VIII.

Ältere und neuere formula arbitraria.

Von

Herrn Professor **Dr. Otto Gradenwitz**

in Königsberg i. Pr.

Lenels Ediktstudien sind in vielen Fällen abschließend, — aber gerade die beiden formulae, an denen er zuerst seine Kraft erprobte, widerstehen seinen Anstrengungen, wie denen der übrigen Forscher: weder für die Publiciana¹⁾ noch für die Arbitraria hat sich bis jetzt eine siegreiche Meinung gebildet. Die Schwierigkeit bei der Aufsuchung des letzteren Formulartextes liegt darin, daß die Quellen uns bei diesem Formulare die Aufgabe übermitteln, festzustellen, quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solvi (c. un. 3, 18); diese Aufgabe widerstrebt einer adäquaten Gestaltung ebenso wie die Formel $a : \beta : \gamma = a : b : c$, die sich erst dann klärt, wenn wir sie als kürzeren Ausdruck für das korrekte $a : b = a : \beta$. $b : c = \beta : \gamma$ erkennen. Denn es erscheint kaum möglich, daß ein Richter im selben Atemzug angewiesen wurde, zu entscheiden, 1. ob Kläger oder Beklagter ein 'berechtigtes Interesse' loci habe,

¹⁾ Gegen die von Pernice (Labeo 2¹, 160, dazu 2², 344) erwogene, von mir (Z. d. S.St. 12, 136) entwickelte Meinung, daß in der, einzigen, formula einfach mit Gaius IV 36 zu lesen: Aulus Agerius emit (et) is ei traditus est, glaubt Lenel (Z. d. S.St. 20, 11 ff.) nunmehr eine formula: A. A. bona fide emit et is etc. aufstellen zu sollen. Es mag sein, daß das von mir angeführte Argument, daß in diesem Falle die Fiktion sich erübrige, weil die Erfordernisse der usucapio sämtlich angeführt seien, minder schwer wiegt. Sollte aber wirklich noch etwas einzuschalten sein, so wäre immer noch A. A. s. d. m. emit wahrscheinlicher als b. f., welches im Edikt eben doch ein Unikum sein würde. Die §§ 7—11 in D. 6, 2, 7 sprechen öfters von dolus malus, und b. f. könnte von den Kompilatoren gerade um deswillen gesagt sein, weil von den beiden unter s. d. m. emit fallenden Rechtsstellungen, Bonitarius und b. f. emptor, gerade nur die letztere praktisch geblieben war.

2. wie hoch sich dieses Interesse belaufe. Diese Aufgabe an sich ist inconcinn, und darum befriedigen die Rekonstruktions- oder auch nur Deskriptions-Versuche hier samt und sonders nicht.¹⁾ Es wird nicht unbescheiden sein, so vielen Versuchen einen neuen hinzuzufügen, da dieser neue Versuch das in den Quellen beschriebene Formular als ein gewordenes auffaßt, demgemäß von der einfachen und ursprünglichen Form ausgeht und in der Erwägung, wie diese zu verbessern, die Herstellung der komplizierten späteren Form zu erraten glaubt. Hervorgerufen ist der Versuch durch den von Naber geführten Nachweis, daß die überlieferten Leges des Titels D. 13, 4 nicht zueinander passen: sicher haben die Kompilatoren bei Behandlung eines so komplizierten Formulars öfter als sonst die Notwendigkeit empfunden, zurechtzustutzen, schon weil für sie die Formulareile nicht in gleicher Weise mehr existierten: der Zug der Entwicklung ergibt sich aus Digesten und Institutionen gleichwohl, wenn man nur die offenbaren Inkongruenzen des Digestentextes auf Rechnung des Libellprozesses setzt. Neues Material bringe ich nicht bei, fuße vielmehr auf Lenel²⁾ und Naber.³⁾

Daß das Formular *de eo quod certo loco* eine *actio arbitraria* bedeutet, wird uns in Institutionen und Digesten, in diesen geradezu aufdringlich, versichert (§ 31. 33 J. 4, 6. — L. 2 pr. § 8 D. h. t. L. 16 § 1 D. 13, 5); von L. 2 § 8 in *hanc arbitriam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum* ('die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen'. BGB. § 288 II. vgl. 340 II^b. 557^b. 597^b) hat Naber bemerkt, daß *hanc arbitriam* nicht *ulpianisch* sei; auch anderswo ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß der Ausdruck gerade Tribonians Ersatz für die allzu klassische Wendung *formula arbitraria* ist. L. 4 § 1: (*Interdum*) *iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, (absolvere reum debet . . .)* erinnert an L. 7 § 11 D. 4, 2: *Haec autem actio cum sit arbitraria*. Ebenso findet L. 4 § 1 ihre Parallele in L. 3 § 13 *ad exhibendum* (10, 4):

¹⁾ Zusammengestellt bei Leoni, *de eo quod certo loco dari oportet*. Comm. alle Pandette di F. Glück L. XIII t. 4^o. — ²⁾ *Edictum* Seite 191; *P*(age der französischen Ausgabe) 277. — ³⁾ *Mnemosyne bibl. phil.* Batauae 30, 319 ff.

Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si . . . ; de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat . .

Interdum iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. quid enim . . . nonne debebit interdum absolvere? in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex qui huic actioni addictus est.

Es kann zweifelhaft sein, ob hier mit der Verwandlung von ex hac actione und actioni in ex hac formula und formulae Tribonian ausgemerzt ist. In L. 1 § 13 könnte man an *praetorem* per arbitrium *iudici* ex hac *f.* commissum denken. Für die folgende Untersuchung ist dies belanglos, die formula de eo quod certo loco hatte den Namen formula arbitraria, so wie wir ihn bei den Interdikten kennen: Gai. IV, 163: Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.

Wenn x pure stipuliert waren, so lautete die formula: Si paret Num Num A° A° x dare oportere, Num Num A° A° x dare condemna s. n. p. a. War x Ephesi dari stipuliert, und A° A° klagte in Ephesus, und zwar pure (non adiecto loco), so siegte er; klagte er pure in Rom, so verlor er, causa cadebat. Lag aber der Fall so, daß Beklagter sich in Ephesus nicht sehen ließ, sondern in Rom blieb, so konnte Kläger auf den Gedanken kommen, adiecto loco in Rom zu klagen; erhielt er das Dekret in Rom: si paret x Ephesi dari oportere, x condemna, so konnte er in Rom auf x siegen, denn die intentio war zutreffend. Aber hier konnte der Beklagte widersprechen und dem Prätor vorhalten, daß er durch seine formula eine plurispetitio billige und so der Unbilligkeit die Wege ebne: x hier zu geben, sei für ihn härter als x in Ephesus. Wenn nun Kläger darauf hinwies, daß er doch

irgendwie zu seinem Gelde kommen müsse, so konnte dem Prätor folgender Gedankengang nahe liegen oder gebracht werden: Unbillig, wenn Kläger auf *x* hier klagt, denn Beklagter verliert sein Interesse loci. Unbillig im Gegenhalt, wenn Kläger hier keine Klage bekommt, denn Beklagter stellt sich dort im Osten nicht. Darum mag sich Beklagter über sein Interesse loci ausweisen, aber nicht er über deren Höhe entscheiden, sondern der *arbitratus des iudex*. Fügt sich diesem der Beklagte und bietet er dem Kläger, man könnte sagen, den richterlich arbitrierten Preis, den ihm die *x* in Ephesus kosten, so erfolgt *absolutio*. Fügt er sich nicht, so ist der Vermittlungsversuch des *iudex* an der Hartnäckigkeit des Beklagten gescheitert, und es tritt das Klagebegehren in seine Rechte, d. h., der Kläger bekommt seine *x*, wie wenn kein Ephesi in der Stipulation stände. Nach diesem Gedankengange wäre die Klage *de eo quod certo loco* für *intentio* und *condemnatio* gleich der gewöhnlichen *actio de pecunia certa credita*, nur daß die *intentio* den *locus: Ephesi* enthielte. Zwischen die beiden Bestandteile, *si p. x Ephesi d. o. und x cond.*, schiebt sich der richterliche *arbitratus*. Man kann diese Gestaltung als die formula in ihrer negativen oder mindernden Funktion bezeichnen; es wird dem Beklagten die Möglichkeit gegeben, billiger wegzukommen als mit den *x*, die in Ephesus er, und überall der *sine loci adiectione* promittierende zu zahlen hat. Dagegen ist das Interesse loci des Klägers nicht gewahrt. Wie bei der *stipulatio: te sisti nisi steteris, x dari?* heißt es hier: *te satisfacere; si satis non feceris, x dare, iubeo*.

§ 33^c. J. 4, 6: . . . *si is qui ita stipulatus fuerit: 'Ephesi dare spondes?', Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione; propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. Man kann dies so ausdrücken: Ut dies ita locus in dubio pro reo. Während aber der dies kommt, wann er kommen soll, und also vom Kläger abgewartet werden kann, steht es in der Gewalt des Schuldners, sich dem *certus locus* zu entziehen,*

und darum muß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden, den Schuldner anderswo abzufangen, — ihm aber dann gewissermaßen nur die Bereicherung abzunehmen, die Schuldner dadurch hat, daß er nicht, wie er müßte, in Ephesus zahlt. Die in dem Ortspreis der Waren liegende Begründung wird von Gaius L. 1. L. 3 h. t. und dem Institutionisten § 33 citata ziemlich gleichlautend geliefert.

Nun ist für dieses Stadium unschwer eine Formel zu finden, die den Quellenresten Genüge tut. Behandelt man das *arbitratus* inhaltlich als ein Mittel, dem Beklagten das *plus loco* zu ersparen, und formell als eine Möglichkeit, durch das Eingehen auf die richterlichen Vorschläge der *condemnatio* zu entgehen, so ergibt sich: es soll dem Beklagten ein Vorschlag zur Güte durch den Richter gemacht werden. Kommt er dem nicht nach, so ist er *contumax* und wird schlecht behandelt; es ist aber die naturgemäße Strafe für die Nichtbefolgung des *arbitratus* die, daß nunmehr die Wünsche des Klägers (wie bei der *formula petitoria* auf dem Wege des *iusiurandum in litem*) berücksichtigt werden. Der Wunsch des Klägers wird aber zunächst sein: in Capua zahlt er die *decem* nicht, mag er *decem* in Rom zahlen. Sonach wäre das, was der *arbitraria* zu ihrem Namen verhilft, in einem Zwischenstück, dem *arbitratus*, zu suchen. Si paret Num Num A° A° Capuae X dare oportere, nisi arbitrato tuo Nus Nus . . . , Num Num A° A° X condemna, s. n. p. a. Nimmt man das Referat § 31 J. 4, 6 als richtig an¹⁾, so sind *actiones arbitrarie*, id est ex arbitrio iudicis pendentes, diejenigen: in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfiat veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat; und zu der Zahl der *arbitrarie*, die in *personam* sind, gehören: veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est petitur etc.; bei diesen Klagen permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

¹⁾ Lenel, Beiträge S. 97 ist zuzugeben, daß dies nicht sicher ist; aber auch Lenels Redaktion bietet das Nötige.

Das arbitrium könnte hier dahin gehen (Si paret N^{um} N^{um} A° A° decem Ephesi dare oportere,) nisi N^{us} N^{us} A° A° arbitrato tuo satisfaciatur¹⁾, (N^{um} N^{um} A° A° decem condemna si non paret absolvito).

Lägen nur die Institutionen und die Gaiusfragmente L. 1 L. 3 h. t. vor, so böte die Rekonstruktion der formula also keine Schwierigkeiten. Allein es gibt noch andere Digestenstellen, welche den Zustand vor Augen haben, wie er durch Julian geschaffen ist, und diese betonen übereinstimmend, daß das Interesse beider Teile in der formula gewahrt wurde, das bedeutet, daß dem Kläger durch die formula auch eine Möglichkeit gegeben wurde, auf mehr als den Nennwert der Schuldsumme zu 'kondemnieren'²⁾, wenn nämlich er ein berechtigtes Interesse darauf nachwies; ausgeschlossen ist eine solche Möglichkeit nach den Institutionen und den Gaiusfragmenten keineswegs, — diese geben nur den Hauptgrund der Einführung und den Hauptgrundsatz der formula; aber die obere Grenze der Leistung des Beklagten bleibt immer der volle Betrag der Forderung. Eine Javolenusstelle könnte in der Tat in der Antwort auf die Rechtsfrage jenen Zustand, wie er vor Julian war, vor Augen haben.

¹⁾ Lenel, Beiträge S. 62 lehnt die Arbiträrklausel von Zimmern, Gesch. des R. Pr. III S. 210 neque eo nomine A° A° a N° N° satisfactum erit ab: „Sollte er dem iudex etwa die Befugnis haben zuschreiben wollen, dem Beklagten statt der verabredeten Leistung am verabredeten Orte nach Befinden auch eine andere Leistung oder Leistung an einem anderen Orte zu gestatten und resp. aufzuerlegen?“ Ich glaube, daß gegen perverse Urteile die Qualität des für diese Klage gewiß besonders sorgfältig gewählten Richtermaterials sicherte; immerhin läge eine Gefahr vor, wenn mit Zimmern (a. a. O.) an eine condemnatio: quanti ea res est zu denken wäre; denn dann könnte der iudex für seine Meinung über die satisfactio, auch wenn diese Meinung umstritten oder verkehrt wäre, den staatlichen Arm mit Hilfe der condemnatio in Bewegung setzen. Nimmt man aber die condemnatio N^{um} N^{um} A° A° x dare condemna an, so ist der Kläger gedeckt und der Beklagte doch nur insoweit bedroht, daß ihm ein unzutreffender arbitratu die Möglichkeit nehmen kann, billiger als mit dem vollen Betrage der decem davonzukommen. Lenels eigene ältere Formel arbitratu tuo condemna (Beiträge S. 79) ist dem gleichen Mangel doch noch mehr unterworfen und seine spätere (Ed. S. 195) nicht weniger als die hier vorgeschlagene. — ²⁾ In dem Sinne, den Mitteis Z. d. S. St. 22, 113⁴ aufweist.

L. 15 D. 16, 2: Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum; is petit a me quam ei debeo pecuniam; quaero an hoc quoque pensandum sit quod mea interfuit certo loco dari. Respondit: si Titius petit eam quoque pecuniam quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari. Die Inkongruenz von Frage und Antwort kann darauf zurückgeführt werden, daß von nachjavolenischem Standpunkt aus eingegriffen wurde; vorliegend ist, daß im responsum des Juristen nur das Interesse des Beklagten Berücksichtigung findet. Und im Zusammenhange hiermit sei erwähnt, daß auch die Stelle des Ulpian, die uns über Julians Neuerung aufklärt, an ähnlicher Inkongruenz leidet: L. 2 § 8 D. h. t.: Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an *vel excedere vel minuire* quantitatem debeat, ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio *eius* haberetur. Er fragt, ob mehr und mindern erlaubt, und erläutert dies nur mit der Minderung. Denn Iulianus . . . Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem gehört nicht mehr in diesen Satz. —

Man kann sich in diesem älteren Stadium den arbitratus mehr spezialisiert vorstellen, so daß er auf die utilitas des Schuldners noch mehr ausdrücklich Rücksicht nimmt, wenn auch der Ausdruck rationem haberi (quanti) — rei — interest, der L. 2 § 8 D. h. t. und L. 15 D. 16, 2¹⁾ steht, mehr auf officium iudicis weist. Das Wesentliche dürfte sein, daß durch den arbitratus dem Beklagten die Möglichkeit gegeben wird, eine Summe anzubieten, die der Richter dadurch findet, daß er von der Intentionssumme den Betrag abzieht, um den die Leistung am Klagort dem Beklagten teurer zu stehen kommt als am Schuldort; bietet Beklagter diese Summe an, so wird er absolviert. Es ist also die Summe der intentio gleich der Summe der condemnatio, aber diese Summe ist

¹⁾ So auch bei der compensatio: Gai. IV, 4: habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.

infolge der Arbiträrklausel nicht das jedesmalige Quantum des vom Schuldner zu Zahlenden, sondern das Maximum: auf mehr kann er nicht verurteilt werden, verurteilt auf weniger auch nicht, aber er wird freigesprochen, wenn er die vom iudex im arbitratus vorgeschlagene Summe gütlich zahlt. Folglich kann der arbitratus aber auch nie auf mehr gehen als auf die in Ephesus geschuldete Summe, denn da die condemnatio, welche allein dem Vorschlag des Richters Berücksichtigung sichert, immer nur mit dieser Summe droht, so wäre ein arbitratus, es solle mehr als die Kondemnationssumme gezahlt werden, einfach aussichtslos. Vergleicht man die formula petitoria, so springt der Unterschied hervor, daß dort das arbitrium auf eine Naturalleistung geht und die condemnatio als pars formulae auf ein incertum lautet, während quod certo loco das arbitrium Naturalleistung nur höchstens bei der triticaria anordnen kann und die condemnatio schon in der formula eine certa ist. Die Territion bei der petitoria ist daher eine weit eindrucksvollere, zumal in Verbindung mit dem iusiurandum in litem; denn bis zur Höhe der richterlichen taxatio iuris iurandi muß der Beklagte Verurteilung fürchten, wenn er dem arbitratus restituendi taub bleibt, — der Beklagte quod certo loco gibt schlimmstenfalls die Schuldsomme ohne Abzug.

Trotzdem ist dieser in der condemnatio liegende Grenzwert ein genügender, wenn eben das Interesse nur des Beklagten in Frage steht: ein Tor, der dem arbitrium auf 99 nicht Folge leistet und sich lieber auf 100 verurteilen läßt; das arbitrium baut eine Brücke, betritt Beklagter sie nicht, so schädigt er nur sich.

Hier aber setzt die Kritik des Labeo ein: L. 2 § 8 in med. D. h. t.: Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere; itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est?

Die Klage am anderen Ort ist für den Kläger ein Notbehelf; auch der Kläger kann durch die am anderen Orte

erfolgende Zahlung unbillig verkürzt werden, etwa weil er das Geld in Ephesus unter Konventionalstrafe weiter versprochen hat und es nun nicht rechtzeitig dahin schaffen kann: er kommt nur dann zu seinem Recht, wenn er die Schuldsumme (abzüglich der Kursdifferenz) vermehrt um die Konventionalstrafe zugesprochen erhält. Dies ist das materiellrechtliche Postulat des Labeo. Wie wird ihm die alte formula gerecht? Setzen wir etwa, 1000 seien geschuldet für Ephesus, die Kursdifferenz¹⁾ gebe dem Beklagten das Recht, 50 abzuziehen, und die Konventionalstrafe, die Kläger versprochen hat, betrage 40, so wird mit den Mitteln der formula der Richter arbitrieren können: 50 gehen ab, aber 40 kommen zu, darauf hat der Kläger ein Recht (da Beklagter vertragswidrig in Ephesus nicht zahlt), ich arbitriere auf 990. Dann ist alles in Ordnung; denn da nisi satisfaciatur (wenn er nicht 990 zahlt), der Richter auf 1000 verurteilen wird, so liegt es im beklagtischen Interesse, 990 zu zahlen: Ändern wir aber die Konventionalstrafe auf 100, sodaß die Arbitrage den Nennwert der Forderung erhöht (arb. = $1000 - 50 + 100 = 1000 + 50$), und lassen wir den Richter auf 1050 arbitrieren, dann lacht ihn der Beklagte aus, da der Richter wohl auf 1000 verurteilen kann, aber nie auf mehr! Er mag also die 50 der Kursdifferenz gegen die Konventionalstrafe aufrechnen und auf 1000 arbitrieren, — dann muß Beklagter sich von der condemnatio mit 1000 loskaufen, oder er wird auf 1000 verurteilt; höher aber kann der Richter nie gehen. Er mag für sich, im Stillen, arbitrieren, wie hoch er will, der enge Panzer der condemnatio hält ihn für diesen Prozeß innerhalb der prinzipal geschuldeten Summe: die condemnatio also ist es, welche in

¹⁾ Auf die materielle Schwierigkeit in der richterlichen Abwägung beiderseitiger berechtigter Interessen gehe ich hier nicht ein; sie ist ebenso groß wie in dem andern Falle, den BGB. § 254 dem iudicis officio zuschiebt: 'Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.' Diese Frage des officium iudicis hat mit der Fassung der formula nichts zu tun.

Wirklichkeit ihn verhindert, das berechtigte Interesse des Klägers im arbitratus anders als bis zur Höhe der prinzipalen Schuld zu berücksichtigen; man kann sagen, der Richter könne dumtaxat quod Ephesi dari promissum est verurteilen, nicht auf mehr.

Meine Auffassung von Julians, dem Labeo verdankter, Neuerung¹⁾ geht nun dahin: eben die für ein gesundes arbitrium allzu enge Form der condemnatio wurde dadurch gesprengt, daß die condemnatio sich nicht mehr als unverrückbarer Grenzwert des arbitratus mit der prinzipalen Schuldsomme deckte, sondern der condemnatio eine Klausel beigegeben wurde, die den Richter befähigte, auch auf ein berechtigtes Interesse des Klägers über die prinzipale Summe hinaus Rücksicht zu nehmen: Der arbitratus ist eingeführt um der utilitas rei willen; er kann sich in der alten Formel zum Mittel auswachsen, auch die utilitas actoris bis zum Nullpunkt, das heißt in der Art zu berücksichtigen, daß gegen sie in concreto die utilitas rei aufgerechnet wird; aber die utilitas actoris verlangt auch selbständige Befriedigung über den Nullpunkt hinaus: dafür dient ein Zusatz in der condemnatio, der den Richter befähigt zu kondemnieren auch: si quid Aⁱ Aⁱ interfuit Ephesi potius quam — alibi — solvi. Setzen wir ihn in die Lage, zu kondemnieren; arbitrieren kann er schon! sagt Julian.

Die neue condemnatio — in der exzedierenden oder mehrenden Funktion — soll den iudex befähigen, den Beklagten nicht bloß auf die in Ephesus geschuldete Summe, sondern auf das Interesse des Klägers an der Zahlung in Ephesus zu verurteilen; dies kann nicht wohl²⁾ durch ein einfaches quanti ea res est ausgedrückt sein, welches dem

¹⁾ Lenel (S. 193 = P. 280) sagt: „Wie nämlich, wenn Julian in dieser Stelle nicht als bloße Autorität, sondern als Ediktsredaktor genannt wäre, der in dieser Eigenschaft eine an dem ältern Edikttext geübte Kritik Labeos berücksichtigte.“ Meines Erachtens trifft diese Vermutung das Richtige. Neben der von Lenel zitierten L. 4 § 3 D. 42, 1 kommt als Simile noch L. 1 § 1 D. 13, 6, allerdings nebensächlich, in Betracht: Unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. — ²⁾ wie Zimmern a. a. O. meint.

Richter gar keine Direktion gäbe, zudem auch dem etiam actoris habuit rationem nicht gerecht würde. Die mehrmalige Betonung (auch L. 2 pr. utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei) der Tatsache, daß auch der Kläger berücksichtigt wird, läßt eine Fassung erwarten, die das Interesse des Klägers nennt, und schließlich dürfte nach L. 2 § 8 cit. die neue condemnatio der alten gegenüber einen Zusatz gebracht haben, nicht aber ein völliges Novum gewesen sein. Die neue formula denke ich mir so: Si paret Num Num A° A° decem Ephesi dare oportere, neque Nus Nus A° A° arbitrato tuo satisfaciat, Num Num A° A° decem *et si quid AⁱAⁱ interfuit*¹⁾ eam pecuniam Ephesi potius quam — hic solvi condemna s. n. p. a.

Man bedenke, daß nach L. 2 pr.: Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: die utilitas rei steckt im arbitratus, die utilitas actoris gewinnt erst durch die erweiterte condemnatio ihr Gebiet. Erscheint dem iudex nur die utilitas rei berücksichtigungswert, so spricht er seinen arbitratus auf weniger (minoris pecuniae quam intentum est) als die prinzipale Summe; zahlt Beklagter diese kleinere Summe, so wird er absolviert; bleibt er renitent, so würdigt der Richter in der condemnatio das Interesse des Klägers genau so wie er es bei der formula petitoria tut, — nur ohne iusiurandum in litem, wie es scheint.

Findet er von vornherein das Interesse des Klägers berücksichtigungswert, so stellt er seinen arbitratus getrost auf mehr als die prinzipale Summe, — weiß er doch, daß die an sich unbegrenzte condemnatio den Beklagten zwingt, im eignen Interesse auf den arbitratus einzugehen: die neue Klausel der condemnatio macht einen überschießenden arbitratus zu dem, was bei Gesetzen eine lex perfecta ist.

Man kann vermuten, daß, wenn Beklagter renitent blieb, zur Strafe dann in der condemnatio sein Interesse gar keine Berücksichtigung fand.

Die von Lenel²⁾ dargelegte, feststehende Form, in der uns der Inhalt der actio de eo quod certo loco entgegen-

¹⁾ Vgl. L. 10 h. t.: . . . pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest. — ²⁾ S. 192; P. 279.

tritt, widerspricht dem obigen in keiner Weise; c. un. h. t. (3, 18) sagt von der arbitraria actio: in qua venit aestimatio. quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solvi.

Prüfen wir die Stellen des Titels XIII, 4 auf diese Kombination, so ist zunächst L. 2 pr. nochmals in Erwägung zu ziehen: Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris pecuniae fit condemnatio quam intentum est; aut si actoris, maioris pecunia fiat. Daß dies nicht ganz korrekt ist, hat Haloander durch Streichung der beiden letzten Worte hervorgehoben; aber das ist nur formal und läßt eine matte und weitläufige Antithese übrig. Vgl. Cohn, Actio de re quod certe loco S. 191: „Wie die Stelle [L. 2 § 8] vorliegt, so macht sie zuerst den Eindruck zwar nicht der Interpolation, wohl aber der Zurichtung, vielleicht durch Streichung; denn die auffallende Häufung von interesse, utilitas und noch einmal interesse hintereinander hat etwas Verdächtiges: nichtsdestoweniger ist sie doch vielleicht authentisch, wenn folgende Auslegung zutrifft.“ Von meinem Standpunkt aus würde ich nicht die condemnatio auf weniger erfolgen lassen als intentum est, diese vielmehr immer mindestens auf id quod intentum est, sondern den arbitratu: minoris fit *arbitratu* quam intentum est. Dann gewinne ich für den zweiten Satz aut (*at?*) si actoris, maioris pecuniae fiat *condemnatio*.

Die zweite Stelle ist L. 2 § 8. Naber¹⁾ hat gezeigt, daß sie und L. 2 pr. sich nicht vertragen; von meinem Standpunkt aus erklärt sich dies dadurch, daß hier der allerdings komplizierte Mechanismus der formula erläutert wurde, und also die Kompilatoren zu Streichungen und Umänderungen sich genötigt sahen. Statt des von Naber¹⁾ beanstandeten contractus kann man intentionis vermuten, und statt des harten in hanc¹⁾ arbitriam quod interfuit veniet in hanc formulam (oder gar: in condemnationem oder in arbitratum) quod interfuit, veniet. Die Erläuterung ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur, läßt darauf schließen, daß ursprünglich nur

¹⁾ Naber S. 321.

utrum quantitati contractus¹⁾ debeat servire an vel minuire quantitatem gesagt war, oder daß der ganze Satz an vel excedere — quantitatem debeat eingeschoben ist, und dafür am Schluß des Satzes etwa an vel excedere quantitatem debeat, si actoris interfuit ausgefallen ist. Das officium iudicis ist wohl mehr im Sinne von quando als im gewöhnlichen von utrum — an behandelt. Diese Einzelheiten sind so unsicher wie unwesentlich. Der Gedankengang ist zu erraten, und, um es zu wiederholen, die klarliegenden Schäden der Stelle weisen auf Schwierigkeiten der formula, welche für die Kompilatoren Grund zur Umbildung gaben.

In L. 10 kann der Ausdruck: (videamus ne) ea pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest (non debeatur nec sit in obligatione, scil. fideiussoris) sehr wohl auf das Plus in der condemnatio gedeutet werden.

Der komplizierte Mechanismus war: 1. Intentio: Wird für Ephesus nicht die in der intentio genannte Summe geschuldet, so erfolgt ohne weiteres Abweisung. 2. Arbitratus: Wird sie geschuldet, so macht der Richter seine Rechnung auf, berücksichtigt den einzelnen Fall, entscheidet, ob, ex aequo et bono, des Beklagten Mehrbelastung abzuziehen, wohl gar bloß Kautio zu leisten sei (L. 4 § 1) oder des Klägers damnum emergens, oder gar lucrum cessans (L. 2 § 8 inf.), hinzuzuschlagen sei, und gibt dann sein parere ab. 3. Befolgt der Beklagte den auktoritativen Rat, so erfolgt wieder Absolution; befolgt er ihn nicht, so verurteilt der Richter mindestens auf den Betrag der intentio, aber wenn sein arbitratus auf mehr ging, eben auf mehr und ohne Abzug des Gegeninteresses auf beklagtischer Seite.

Das wesentliche praktische Resultat war, daß nach des Richters in diesem Falle allerdings eminent freiem Ermessen²⁾ abzuwägen war, ob und mit welchem Betrage das Interesse eines der beiden Teile zur Hebung kommen solle, und darum ist es ganz natürlich, daß das Schlagwort lautete in qua venit aestimatio quod alterutrius interfuit Ephesi potius quam Romae solvi.

¹⁾ intentionis? — ²⁾ Vgl. BGB. 254^I (Note 11).

Die Stellen sind bei Lenel¹⁾ gesammelt und ergeben sicher, daß die Formel *interfuit-potius-quam-solvi* enthielt, beweisen aber weiterhin nur, daß dem Richter die Möglichkeit gegeben war, einer oder der andern der Parteien durch Verrechnung ihrer Utilität entgegenzukommen, nicht, daß diese alternative Möglichkeit durchaus gerade in der *condemnatio* wörtlich zum Ausdruck kam. — Demgemäß stimme ich Lenel darin bei, daß beider Parteien Interesse abgewogen wurde, ferner darin, daß ein vergangenes²⁾ Interesse, nicht ein künftiges in Betracht kam, behaupte aber im Gegensatz zu Lenel: 1. daß eine Arbiträrklausel zwischen *intentio* und *demonstratio* allerdings stand, 2. daß die *condemnatio* nur das überschießende Interesse des Klägers nannte, und auch dies erst seit Julian, — für das Interesse des Beklagten sorgte seit altersher das *arbitrium*. Mit Zimmern teile ich den *arbitratus*, nehme aber für ältere und neuere Form eine *condemnatio* an, die von der seinigen gänzlich verschieden ist.

Hiernach würde ich proponieren:

Si paret Num Num A° A° Ephesi decem dare oportere
neque Nus Nus A° A° arbitrato tuo satisfacere

Ältere Formel:

Neuere Formel:

Num Num A° A° decem

Num Num A° A° decem et si
quid actoris interfuit eam pecuniam
Ephesi potius quam hic
solvi

condemna s. n. p. a.

¹⁾ Lenel S. 192; P. 279. — ²⁾ S. 194; P. 282.