

der Reichstagscommission deutlich genug erklärt, und v. Bar hat es ganz neuerlich in einem Aufsatz über das Ueberhandnehmen der Duelle (Deutsche Revue von Fleischer, Jahrg. XI, Q. 3 S. 55—63) nachdrücklich hervorgehoben, aber von Landsbergs strafprocessualer Injurienklage erwarten wir, von dem kleinen Gebiete derselben ganz abzusehen, wenig Segen, zumal da gerade der Vortheil, mit dem man die Beibehaltung der Civillklage zu motivieren pflegte, die Nachlassung des Eides als Beweismittels, durch deren Herübernahme in den Strafprocess verloren ginge.

Je weniger wir uns mit dem Endresultat von Landsbergs Arbeit einverstanden erklären können, um so mehr fühlen wir uns verpflichtet, die zahlreichen Vorzüge derselben rühmend hervorzuheben. Das Buch verräth in der That ein grosses Geschick für die Behandlung historisch-dogmatischer Fragen und eine ganz vortreffliche Darstellungsgabe. Letztere wird auch der nicht in Abrede stellen, welcher an dem einen oder anderen Bilde, dessen sich der Verfasser bedient hat (s. z. B. S. 6 u. 13), Anstoss nimmt. Die grosse Herrschaft, die Landsberg über den Stoff erlangt hat, ermöglichte nicht nur eine gute Formulierung der eigenen Ansichten, sondern auch eine glückliche Polemik. Positive Unrichtigkeiten treten nur wenig entgegen; ich rechne zu diesen die Identificierung von *malum carmen incantare* und *occentare* (S. 29. 32), ein Fehler, dessen sich übrigens schon Rein, Criminalrecht S. 902 Anm. ** schuldig gemacht hat.

Halle a/S., im Juni 1887.

E. Brunnenmeister.

Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse, Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage von Dr. Gustav Demelius.
Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig 1887. (152 S.)

Der Verfasser stellt sich zur Aufgabe eine exacte Darstellung des römischen Eidesrechts in seiner historischen Entwicklung. Das Resultat dieser Darstellung ist überraschend und höchst befriedigend; die Beweisführung erscheint zwingend.

I.

I. Die durchaus herrschende Meinung nimmt an, dass im römischen klassischen Prozess „ein allgemeiner Zwangseid über die Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtes“ existirt habe, d. h. dass in jedem Prozesse der Kläger durch Eideszuschließung in jure den Beklagten vor die Alternative gestellt habe: schwören, zurückschieben, oder zahlen. Ebenso übereinstimmend nimmt man an, dass im modernen Rechte der Eideszwang in diesem Sinne keine Stelle mehr finden kann. Die Gründe für diese Unmöglichkeit werden aus der Natur der Sache entnommen: da fragt es sich, ob und wieso bei den Römern ein so unpractisches Institut bestand. Konnte in der That in Rom der beklagte Besitzer gezwungen werden, das Eigenthum des

Klägers abzuschwören, wofern er nicht den Kläger seinerseits schwören lassen wollte? (Seite 10). „Und nun erst Zwangseid *hereditatem actoris non esse, se filium actoris non esse, mulierem praegnantem non esse* u. s. w.“ Konnte m. a. W. ein Zwangseid in allen Streitsachen deferirt werden? Und ferner, konnte ein Zwangseid in iure überhaupt nicht bloß über das *dare oportere*, sondern auch über Thatsachen deferirt werden? Die erste Frage verneint der Verfasser aus allgemeinen Gründen, die zweite besonders deshalb, weil der Eid über einzelne Thatsachen sich nicht mit l. 56 D. 42. 1 verträgt, nach welcher Stelle dem *ius iurandum in iure delatum* wesentlich ist, „dass durch dasselbe Litiskontestation und Urtheil überflüssig gemacht, die Sache ausser Streit gesetzt und sofort executionsreif gemacht wird“ (Seite 16). Nun stehen aber in den Pandekten sowohl im Titel *de iure iurando*, als auch anderwärts eine ganze Anzahl Stellen, in denen unzweifelhaft von der Zuschreibung eines Eides auch über *rem eius esse* und auch über Einzelthatsachen die Rede ist. Hier sagt nun der Verfasser: Diese Stellen beziehen sich freilich auf Eideszuschreibung, aber nicht auf die Zuschreibung eines Zwangseides: Die Eideszuschreibung, von der in jenen Stellen die Rede ist, versetzt den Beklagten nicht in die Zwangslage, in der sich im Vergleich zu dem völlig ungebundenen natürlich auch ein vor einer Alternative gestellter befindet; den Eid, von dem in jenen Stellen die Rede ist, kann der Beklagte ablehnen, ohne dass er dadurch dem Kläger zur Relation oder Zahlung verpflichtet würde. Schwört der Beklagte, so thut er dies durchaus freiwillig; es ist ein *ius iurandum voluntarium*, um welches es sich hier handelt, ein *ius iurandum*, welches, wenn vom Beklagten geschworen, eine *exceptio*, wenn vom Kläger geschworen, eine *actio iuris iurandi* erzeugt. Dies *ius iurandum* kann ebensowohl in iure, wie ohne Prozess vorkommen; es ist eine Art von Vertrag, allerdings bindend erst durch die Ableistung. „Von einem Schiedseidvertrage .. in dem Sinne, dass Deferent durch Annahme seitens des Gegners verpflichtet würde, es auf den Eid ankommen zu lassen, davon kommt in den Quellen nicht nur nichts vor, sondern es ergibt sich aus ihnen im Gegentheil, dass erst die Ableistung des Eides Klage und Einrede begründet“ (S. 27 A. 5). Hiernach wäre der Schiedseidvertrag nach römischem Rechte eine Art von Realvertrag gewesen.

Nun hat es aber nach römischem Recht unzweifelhaft auch einen Zwangseid gegeben: Sagt doch l. 34 § 6 D. h. t. (12. 2): *eum a quo jus iurandum petetur, solvere aut jurare cogam*: Die nächste Aufgabe wird daher sein, das Quellenmaterial in der Weise zu ordnen, dass jener freiwillige Eid von diesem Zwangseide völlig gesondert wird, wobei sich zugleich ergeben wird, auf welches Gebiet der Zwangseid beschränkt ist. Zur Lösung dieser Aufgabe bedient sich der Verfasser derselben Handhabe, mit welcher Lenel die von den Compilatoren in einen Pandekentitel zusammengeworfenen Fragmente über *fiducia* und *pignus* auseinandergelegt hat, der Inscriptionen: Der Titel *de iure iurando* (12. 2) enthält zwei Excerptenreihen: Die eine

aus Ulpian 22., Paulus' 18. Buche ad edictum commentirt das Edict über den allgemeinen freiwilligen Eid: nach Lenel, dem sich der Verfasser anschliesst: *Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit (sive cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum fuerit), eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo*; die andere aus Ulpian 26., Paulus' 28. Buche ad edictum commentirt das unter dem Titel *de rebus creditis* hinter der Rubrik *si certum petetur* proponirt gewesene, uns in l. 34 § 6 fragmentarisch erhaltene Edict über den Zwangseid: . . . eum a quo iusiurandum petetur solvere aut iurare cogam. Das erstere bezieht sich ganz allgemein auf alle Rechts- und Streitverhältnisse, — denn es ist kein Grund vorhanden, den Parteieid irgend wann der Wirkung zu berauben, wenn die Parteien sich auf denselben geeinigt haben und er geschworen ist. Nur für den Zwangseid ist eine solche Allgemeinheit ganz unpassend. Aber schon die Stelle, die der Zwangseid im Edict hat, ergiebt die Beschränkung desselben auf gewisse Fälle. Er ist bei Gelegenheit einer bestimmten Klage: der Klage *si certum petetur*, proponirt, und bei dieser Klage ist er denn auch allein in Anwendung gekommen, und nicht allenfalls, wie Rudorff und Andere meinen, im Laufe der Zeit von ihr auf andere Klagen ausgedehnt worden. Diese Entdeckung, zu welcher der Verfasser durch die Beobachtung gekommen ist „in welcher sorgloser, ich möchte beinahe sagen, harmloser Weise die Stellen des Digestentitels *de iureiurando* einmal für das *iusiurandum in iure*, das andere Mal für *iusiurandum ex conventione* angeführt und benutzt werden“ (S. 4), beweist wieder, dass auf dem Gebiete der Entjustinianisirung der Pandekten die Sicherheit der Resultate keineswegs von der Complicirtheit der Untersuchungen abhängig ist. Die Wissenschaft würde vielleicht schon früher durch dieselbe bereichert worden sein, wenn ihr nicht ein Hinderniss entgegengestanden hätte, welches der Verfasser sehr glücklich beseitigt: Dies Hinderniss war l. 34 pr. h. t. (Ulpianus libro 26 ad ed., also vom Zwangseid handelnd). *Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet: etiam de operis iusiurandum deferri potest*. Hier scheint deutlich ausgesprochen, dass sich das *iusiurandum*, der Zwangseid, auf Alles, d. h. auf alle Prozessarten bezieht. Allein der Verfasser bemerkt (S. 39), dass den Worten nach hier auf den Gegenstand des klägerischen Anspruchs Gewicht gelegt wird, nicht auf die Art der *actio*. Dies erklärt sich aber sehr leicht, wenn man bedenkt, dass die Klage *si certum petetur* ebensowohl *de certa credita pecunia*, als auch *de certa credita re* möglich war. Danach meint der Verfasser, dass die Worte hier bedeuten: Der Zwangseid finde ebensowohl bei der *actio de certa credita pecunia*, wie bei der *actio de certa credita re* statt, er umfasse also das ganze Gebiet der *actio si certum petetur*, aber auch nur dieses. Was die anhangsweise erwähnten *operae* betrifft, so wird (Seite 40—44) glaubhaft gemacht, dass zur Einklagung von *operae libertorum* die *actio triticiana*, oder eine ihr ganz gleichgebildete Formel, sich vollständig eignete. Sonach

drückt diese Stelle, richtig verstanden, gerade das aus, wogegen sie bisher stets verwandt wurde, nämlich, dass der Zwangseid beschränkt ist auf die *actio si certum petetur*. In der Anwendung auf diese eine Klage ist aber der Zwangseid offenbar ebenso passend, wie er in der allgemeinen Ausdehnung, die ihm bisher vindicirt wurde, ungereimt ist. Denn dem Beklagten, welcher leugnet, dass er ein *certum* schulde, kann man wohl zumuthen, dass er dies eidlich erhärte; denn ob er schuldig oder nicht, muss er wissen; der Erbe aber und die andern secundär betheiligten Personen unterliegen bekanntlich dem Eideszwange nicht [vergl I. 42. D. 50. 17 (Gajus I. 9 ad ed.) und Seite 51 ff., sowie Paulus sent. II. 1, 4].

Das so gewonnene Resultat: Freiwilliger Eid nach dem *edictum de iure iurando* (welches sich an dasjenige *de interrogationibus in iure faciendis* anschliesst) bei allen Rechtsverhältnissen, Zwangseid nur im Anwendungsgebiete und nach dem Edikte der *actio si certum petetur*, wird nun dahin verwerthet, dass die Gegensätze bei der rechtlichen Behandlung beider Arten des Eides an der Hand der Römer überschaut werden. Es sind folgende: a) Conventionaleid — Zwangseid (Seite 26 folg.). b) Delation beiden Theilen zustehend — Delation ausschliesslich Recht des Klägers (Seite 29 folg.). c) Das Eidesthema durch den Parteiwillen bestimmt — Eidesthema gegeben durch die Klageformel (Seite 31 folg.). d) *Actio ex iure iurando* — Execution (Seite 34 folg.).

Alein es giebt noch einige Fälle von zwingender Eidesdelation ausserhalb des *ed. si certum petetur* (§ 9 Seite 58 folg.), nämlich:

1. Bei der *actio rerum amotarum* (Ulpian I. 11 l. 13 D. 25. 2). Dies findet seine ausreichende Erklärung in Folgendem: „Leicht konnte es für den benachtheiligten, gewesenen Ehegatten ganz unmöglich sein, den Beweis zu führen, dass ein *divortii causa amovisse* seitens des andern Theiles stattgefunden hat. . . Dazu kommt noch, dass der Beweis des *amovisse* zu Erörterungen führen, Einblicke in das Innere des häuslichen und ehelichen Lebens eröffnen könnte, welche zu vermeiden der klagende Theil in hohem Grade interessiert ist“ (Seite 61).
2. Bei Noxalklagen ergiebt sich Eideszwang bezüglich der *potestas* über den *servus noxius* (im *ed.* nach I. 21 § 2 D. 9, 4 vorgesehen: *de iurare iubebo in potestate sua non esse etc.*) aus Folgendem: „Der Unfreie ist eben selbst im Stande, an den Umtrieben seines Herrn wirksamst Theil zu nehmen, und auch gewiss bereit, sich drohender *noxae deditio* entziehen zu helfen. Gegen solche Dinge will das *Edict* den Noxalkläger einigermaßen schützen durch Eideszwang bezw. *iudicium sine noxae deditio*“ (Seite 63, vergl. auch Seite 62).
3. Nach der *l. Cornelia de iniuriis* und
4. beim *furtum* gab es nach zwei abgerissenen Notizen in den Pandekten (Ulp. I. 5 § 8 D. 47. 10 und Paulus I. 12 D. 45. 2) ebenfalls Zwangseide, für welche sich specielle Motive unschwer

denken lassen. Endlich ist zu begreifen, dass auch die Abart der *actio de certa credita pecunia*, welche unter dem Namen: *actio de pecunia constituta* figurirt, ihr *ius iurandum necessarium* hatte (§ 10 Seite 64 folg.); freilich gehört von den drei Stellen, „aus welchen man das Vorkommen von Eideszwang bei der *actio de constituta pecunia* gefolgert hat (S. 64 folg.)“, nur l. 14 h. t. von Paulus zum *ius iurandum necessarium*: l. 25 § 1 D. 13. 5 und l. 36 h. t. beziehen sich vielmehr auf das *ius iurandum voluntarium*.

Nach einem Rückblick, der die Brauchbarkeit der gewonnenen Resultate überaus deutlich macht, folgt noch eine Auseinandersetzung mit Bethmann-Hollweg darüber, ob das *ius iurandum necessarium* Vertragsnatur hat, und eine solche mit Schultze darüber, ob dasselbe rechtskräftiges eidliches Parteieurtheil ist (§ 12 Seite 77 folg.).

II. Demnächst wird das im bisherigen Verlauf der Darstellung übergangene *ius iurandum iudiciale*, der Eid in *iudicio* behandelt. Hier schliesst sich der Verfasser der von Bethmann-Hollweg verfochtenen, höchst plausiblen Ansicht an: „Da jedes *iudicium* mit dem Urtheil endet, dieses aber durchaus von der Ueberzeugung des Geschworenen abhängt, so kann der Eid nicht die Stelle des Urtheils vertreten, sondern nur, wie andere Beweise, dasselbe mittelbar bestimmen“ (Römischer Civilprocess II. S. 583–585, citirt S. 85). § 14 ist der Widerlegung des von Savigny gegen diese Meinung unternommenen Quellenbeweises gewidmet, der sich bei der Spärlichkeit des über das Verfahren in *iudicio* überlieferten Quellenmaterials auf drei Stellen beschränkt. Dies sind l. 34 § 8 und l. 34 § 9 h. t. und l. 25 § 3 D. 22. 3. Allein der interpolirte Zustand dieser Stellen ist, wie dies der Verfasser ausführt, völlig klar ersichtlich, und sie beweisen daher für das classische Prozessrecht auch nicht das allermindeste. Ohne die Stütze der interpolirten Stellen vermögen natürlich Seneca *contr. VII praef.* und l. 21 D. 4. 3 nichts, von c. 10 C. h. t. (4, 1) ganz zu schweigen, Einen losen Anhalt für Bethmann-Hollweg und den Verfasser gewährt l. 31 h. t. von Gajus, auf die indess kein entscheidendes Gewicht gelegt wird, einen bedeutenderen Quintilian *inst. oratt. V. 6 p. 219* (ed. Halm), welcher Stelle § 15 (S. 96 f.) gewidmet ist.

Das *ius iurandum in iudicio* erscheint also, da „das Verfahren in *iudicio* den Zu- und Rückschiebungsmechanismus des gemeinrechtlichen Haupteides nicht kennt, also die Rechtswirkung des judiciellen Eides nicht auf formell feststellender Parteidisposition beruht, wirksam als Beweismittel“ (§ 16). Dies gilt gleichmässig für den Fall, dass eine Partei sich selbst zur Beeidigung erbietet, (1) wie für den, dass sie den Antrag auf Vereidigung des Gegners stellt (2), mag nun der Gegner mit dem jeweiligen Verlangen (1 oder 2) einverstanden sein (A) oder nicht (B). Die Ausschwörung, die Recusation, und was sich sonst ergeben mag, wirkt nur auf die Ueberzeugung des Iudex (der geschworen hat, *ex animi sui sententia* zu urtheilen) und bewirkt nicht nach dem Gesichtspunkte der Parteidisposition eine Aenderung

seines officii. Das römische Iudicium kennt den „Haupteid“ nicht. Daher „trägt jeder Eid, zu dem es vor den Geschworenen kommt, einen und denselben processualen Character“ (S. 109 im Beginn des § 17). Die Eidesverfügung ist Interlokut, nicht Bedingung des Endurtheils (§ 17).

III. Im nachklassischen Recht (§ 18 folg.) ist das *ius iurandum voluntarium* wenig verändert worden; was das *necessarium* anlangt aber wurde mit dem Aufhören der übrigen Eigenthümlichkeiten der *actio si certum petetur* auch die specielle Beziehung des prätorischen Eideszwanges auf diese Klage unpractisch. Wie aus dem Mangel an erhaltenen Constitutionen zu schliessen (§ 21 S. 135) wurde gewohnheitsrechtlich die allgemeine zwingende Eidesdelation zum *iurare aut referre* eingeführt, dagegen dieser Eideszwang andererseits beschränkt auf die für das Urtheil erheblichen Thatsachen. Justinians Eidesgesetze, c. c. 11 und 12 C. 4. 1 handeln nur vom Thatsacheneid (§ 20) und schon die Westgothen „haben vom alten *ius iurandum necessarium* des *ed. si cert. pet.* gar keinen Begriff gehabt, weil sie dasselbe gar nicht mehr in Uebung gefunden“ (S. 130); denn Paulus sent. II. 1. 1, 2 lautet bei ihnen: 1. *In pecuniariis causis si alter ex litigatoribus iusiurandum deferat, audiendus est: hoc enim et compendio litium et aequitatis ratione prouisum est.* 2. *Deferre iusiurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia iusiurandum res competit.* Aus § 1 folgt, dass sie den Zwangseid bereits auf alle *pecuniariae causae* beziehen, dass also zu ihrer Zeit der Zwangseid bereits seine ursprüngliche Beziehung auf die *actio si certum petetur* eingebüsst hatte. (In l. 34 pr. hatte Ulpian gesagt: *et ad pecunias et ad res omnes.*) § 2 mit seiner *Interpretatio* zeigt, dass ihnen das Verständniss für das Wesen des Calumnieneides abhanden gekommen war. Denn während nach classischem Recht man einen Calumnieneid zu verlangen berechtigt war, giebt die *Interpretatio* dem Beklagten das Recht, solchen Eid selber zu schwören. So sind § 1 und 2 ein weiterer interessanter Beweis zu dem von Stampe *Compensation* S. 93 und dem von l. 24 pr. D. 4. 4 gelieferten, dafür, dass die Westgothen bei Paulus' Sentenzen auch positiv interpolirend vorgegangen sind.

Das Bestreben der Byzantiner bei Abfassung der Pandekten geht dahin, „die specielle Beziehung des *soluere aut iurare cogam* auf die Klagsachen des *ed. si cert. pet.*“ vollständig zu verwischen, und ferner „erscheinen sowohl im *Digesten-* als *Kodextitel* die von den drei alten Eidesarten handelnden Stellen in einer Weise zusammengestellt, oder vielmehr durcheinandergeworfen, dass man daraus schliessen muss, um Aufrechterhaltung und Beleuchtung des alten Eidesrechtes sei es den Compilatoren keineswegs zu thun gewesen (S. 138). Um ganz klar zu legen, dass sich das *iusiurandum* in *iure delatum* nunmehr in ein *iusiurandum in iudicio* (im nachklassischen Sinne) *delatum* verwandelt habe, und als solches nunmehr den Gegensatz bilde gegen das aussergerichtliche *iusiurandum voluntarium*, schaltete man in die Pandekten l. 34 § 8 und 9 h. t. und l. 25 § 3 D. 22. 3 ein, und schob

vielleicht in L. 17 § 1 und L. 28 § 10 h. t. die Worte: *extra iudicium* hinter *ex conventione* ein (S. 139).

Mit diesen Ausführungen stimmt überein der Bericht des Stephanus: *schol. ad bas. 22, 5 c. 1 (§ 22)*.

II.

Während der Verfasser bei der Bestimmung des Inhalts und das Anwendungsbietes der Edicte über den Eid reformatorisch auftritt, schliesst er sich in Betreff der Form der Edicte den Pandekten an, und acceptirt lediglich die Beobachtung Lenels, dass sie uns nur fragmentarisch erhalten sind. Aber auch in formeller Beziehung sind die Pandekten nicht klassisch.

I. Das Edict über den Zwangseid soll lauten: ... *eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam*.

Aber warum ist denn stets im Commentar vom *deferre* die Rede, wenn hier *petere ius iurandum* stand? Und ferner, wurde der Eid gefordert? Der Verfasser selbst bringt uns auf die nothwendige Verbesserung, indem er bemerkt, dass die Compileren die Beziehung des *edictum* über den Zwangseid auf die *actio si certum petetur* stets zu tilgen suchten. Dies musste sie veranlassen, statt einer Bezeichnung dieser Klage ein allgemeines Wort einzusetzen. Und in der That, die Aenderung ist hier leicht zu erkennen! Wen will der Prätor zwingen, zu zahlen oder zu schwören? Den Beklagten bei der erwähnten Klage: *eum a quo certum petetur*. So stand der *Passus* jedenfalls im Edict; er wurde von den Compileren in der verallgemeinernden Weise geändert, indem statt *certum* ein *ius iurandum* gesetzt wurde; auch das andere Eidesedict sagte: *si is cum quo agetur*.

II. Das Edict über den Conventionaleid giebt der Verfasser (Leneln folgend) so wieder: *Si is cum quo agetur, condicione delata iurauerit (siue cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum fuerit) eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo*.

Lässt man nun hierbei die restituirten Worte *siue — remissum fuerit* noch bei Seite, so bleibt doch manches Bedenken.

In Ulpian's Commentar ist direct nach dem Citat aus dem Edict die Rede von „*eius rei*“ (L. 7) und von „*actionem non dabo*“ (L. 7, 9 pr.), nicht aber von „*de qua iusiurandum delatum fuerit*“: im Gegentheil, es heisst „*de eo quod iuratum est*“ und „*nam posteaquam iuratum est*“ (L. 7 und L. 9 pr.), und in der Erklärung des *eius rei*: *siue de tota re siue de parte sit iuratum*. Dies erregt schwere Bedenken gegen das inhaltlich überflüssige Komma „*de qua iusiurandum delatum fuerit*“; ob das Edict „*eius rei de qua*“, und nicht vielmehr „*eius rei qua de re*“ sagte (vergl. Kalb das Juristenlatein S. 27), ob es *fuerit* so ohne Noth statt *erit* gebrauchte, sind Fragen, die hier nur angedeutet werden sollen; lehrreich ist für den Unterschied zwischen *factum erit* und *factum fuerit* namentlich das Edict der *aediles curules*. Dies Alles lässt vermuthen, dass die Worte — *de qua iusiurandum*

delatum fuerit — nicht edictal sind. Das Edikt sprach vorher non condicione delata, und sollte nun gleich noch einmal von iusiurandum delatum sprechen? Dahingestellt bleibe, ob die Worte Ulpian oder einem Glossator oder einem Interpolator angehören¹⁾.

Edictal sind sie schwerlich. Das Edikt lautete wohl: Si [Qua de re?] is cum quo agetur condicione delata iurauerit, eius rei neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.

III.

Endlich sei noch hervorgehoben, dass in einem Punkte die Darstellung des Verfassers einige Zweifel beim Referenten erweckt hat: dieser Punkt ist die Relation des Eides. Nach des Verfassers Ansicht war Relation mit Zwangswirkung nur bei dem Zwangseide des ed. si certum petetur möglich, nicht beim iusiurandum voluntarium, dem Conventionaleid.

Aber L. 25 pr. D. 13, 5 (Pap.), die nach des Verfassers wohlbegründeter Meinung vom iusiurandum voluntarium handelt, redet von einer referendi necessitas, die doch kaum ausgesprochen werden konnte, wenn der Beklagte beim Conventionaleid nicht die Befugniss des Referirens mit Zwangswirkung gehabt hätte; daher wird es zweifelhaft, ob nicht das Angebot beim Conventionaleid zugleich das bindende Angebot eigenen Eides über das Gegentheil war.

Was aber die Zurückschiebung des Zwangseides betrifft, so bekennt Referent, schwere Bedenken gegen dieselbe, in der Form wenigstens, wie sie überliefert ist, zu hegen, ohne dass ihm ein festes Resultat aus den Quellen hervorzuleuchten scheint. Ait praetor: „eum a quo certum petetur, solvere aut iurare cogam“. Hier fehlt vorher die Erwähnung der condicio delata von Seiten des „qui certum petet“, fehlt sicher die Erwähnung des Calumnieneides; aber sollte auch die Relation von den Compilatoren weggeschnitten sein? Nach dem kategorischen: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: (si non iurat, solvere cogendus erit a praetore) ist schon die dritte Möglichkeit: den Calumnieneid zuzuschieben, nur dadurch erklärlich, dass diese im Edict schon vorher abgehandelt war (etwa so: Delata in iure condicione si non per eum qui certum petet, steterit, quo minus de calumnia iuret . . . cfr. c. 9 C. h. t. (4, 1) und die editio der argentarii, Lenel, bei Bruns Fontes S. 189), und die vierte des referre nimmt sich ganz absonderlich aus: datur autem et alia facultas reo. . . . Aber alterum eligat! wie kommt da neben die beiden altera noch das aliud? Möglich wäre, dass in § 7 noch des gewöhnlichen calumniae iudicium gedacht war, das, nach Gajus IV. 181, nur bevor es zu sponsio und restipulatio kam, beantragt werden konnte und die Wetten ausschloss. Jedenfalls verträgt sich die Relation sehr schlecht mit dem Calumnien-

¹⁾ Gegen die erste der drei Möglichkeiten spricht, dass die Worte cui iusiurandum delatum est am Schluss der Stelle noch einmal sinnstörend stehen.

eid, auch wenn man annimmt (wie dies der Verfasser thut), dass der Beklagte entweder Calumnieneid fordern, oder selbst schwören musste. Denn wenn man sich durch den Calumnieneid die Relationsbefugniss abschneidet, war seine Hülfe wenig werthvoll.

Zu beachten ist, dass Paulus, sent. II. 1, 2: *deferre iusiurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia iusiurandum reo competit*, von der Relation anscheinend nichts weiss, und dass die Worte — *nisi referat iusiurandum* — selbst in Diocletians c. 9 C. h. t. sehr wie ein aufgesetzter Flicker aussehen. L. 34 pr. mit dem in dieser Bedeutung wohl nur in c. 12 § 1 h. t. (Justinian) wiederkehrenden *relationem* kann auch vom Calumnieneid gehandelt haben.

Von der andern Seite leugnet Referent nicht die Kraft der *argumenta a contrario*, welche daraus, dass beim *voluntarium* und einzelnen Specialfällen des *necessarium* die Relation ausdrücklich abgeschnitten wird (§ 17 pr. h. t. L. 11 § ult. — L. 13 D. 25, 2), für die Möglichkeit derselben beim Zwangseid des *ed. si certum petetur* geschöpft werden können: die in den Pandekten normirte Relationsbefugniss ist für das klassische Recht nur zweifelhaft. — Vielleicht genügte als Schutzmittel gegen *iniuria* der Calumnieneid, vielleicht sind die Worte der L. 34 § 7: *Si is qui (certum?) petet condicione [iurijurandi] non utetur, iudicium ei (non dabo)* ein eigenes Edikt zum Schutz des Beklagten.

Berlin, im Juni 1887.

Otto Gradenwitz.



