

Juristische Kurz-Lehrbücher

# Römische Rechtsgeschichte

Ein Studienbuch

von

Prof. Dr. Wolfgang Waldstein, Prof. Dr. J. Michael Rainer, Gerhard Dulckeit, Fritz Schwarz

11. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65425 1

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

6. Im **Widerstreit** mit dem Zivilrecht behielt jedoch das **prätorische** Recht dann, wenn es *iuris civilis corrigendi gratia* eingeführt wurde (o. IV 1 und 6), stets die Oberhand. Wer etwa vom Eigentümer eine *res Mancipi* durch bloße Tradition erhalten hatte, erwarb nach Zivilrecht kein Eigentum, sondern bloßen Ersitzungsbesitz. Während seiner Ersitzungszeit musste er also nach Zivilrecht der *rei vindicatio* des Veräußerers unterliegen, und bei Besitzverlust stand ihm keine (petitorische) Sachverfolgungsklage zur Verfügung. Es wäre nun offenbar ungerecht, dem Eigentümer, der selbst verkauft und den Kaufgegenstand übergeben hat, nur deswegen die Möglichkeit zu belassen, sein Eigentumsrecht gegen den Käufer durchzusetzen, weil er durch einen Formmangel bei der Eigentumsübertragung nach wie vor Eigentümer geblieben ist. Daher gewährte der Prätor dem Käufer gegen die Vindikation des Verkäufers eine *exceptio rei venditae et traditae*. Als Sachverfolgungsklage erhielt er die sog. *actio Publiciana*, in deren Formel der Ablauf der Ersitzungszeit einfach fingiert wurde und die ihn gegen jeden schlechter legitimierten Besitzer schützte, nicht jedoch gegen den wirklichen Eigentümer, wenn er die Sache nicht von ihm erworben hatte (Ner. D. 6, 2, 17). Wenn er aber vom Eigentümer erworben hatte und die Sache zu diesem zurückgegang war, konnte er auch den Eigentümer mit der *actio Publiciana* klagen. Der *exceptio iusti dominii* des wiederbesitzenden Eigentümers gegen die *actio Publiciana* konnte der Käufer mit einer entsprechenden *replicatio rei venditae et traditae* begegnen. So vermochte der Ersitzungsbesitzer unangefochten seine Ersitzung zu vollenden und damit wirklich quiritischer Eigentümer zu werden. Dies galt auch bei gutgläubigem Erwerb vom Nichtberechtigten (vgl. Ulp. D. 6, 2, 1 pr.; ursprünglich ist im Edikt wohl nur auf den Fall der *traditio* einer *res Mancipi* Bezug genommen worden). 43

7. Kaiser **Hadrian** ließ um 130 n. Chr. das prätorische Edikt und das Edikt der kurlischen Ädilen durch den Juristen **Salvius Iulianus** (§ 34 2 3 in eine endgültige Fassung bringen, die nur mehr durch den Kaiser abgeändert oder ergänzt werden durfte. Dabei wurde wohl das Edikt des *praetor urbanus* mit dem des *praetor peregrinus* verschmolzen (vgl. Lenel, EP 16). Dieses durch Julian redigierte Edikt (man spricht auch von einer **Kodifikation des Edikts**) wird ebenfalls **edictum perpetuum** (im jüngeren Sinne; vgl. o. 1) genannt. 44

Unberührt blieb das Recht der Ausweitung durch Analogie. Darunter versteht man die Anwendung einer Norm auf einen Fall, der in der Norm zwar nicht ausdrücklich geregelt wurde, aber dem geregelten Fall ähnlich ist (dazu Kaser/Knützel, RP § 3 5 2; auch Waldstein, SZ 92 [1975] 47 ff.). Der begriffliche und terminologische Unterschied zwischen **ius civile** und **ius honorarium** hat sich auch während der späten Kaiserzeit und bis zu Justinian erhalten. 45

Die zahlreichen erhaltenen Bruchstücke des Edikts finden sich in den Kommentaren vor allem der spätclassischen Juristen, die auszugsweise in die **Digesten** (§ 43 1 4, 2) aufgenommen worden sind. Den Erläuterungen ist hierbei vielfach auch der kommentierte Ediktstext selbst vorangestellt. Das julianische Edikt gliederte sich in fünf Abschnitte, die nach prozessualen Gesichtspunkten lose aneinandergesetzt sind. Der erste Abschnitt behandelte die Gerichtsbarkeit, die weiteren das ordentliche Verfahren, die beschleunigte Rechtshilfe, die Vollstreckung nebst Nichtigkeitsbeschwerde, der letzte die Interdikte, Exzeptionen und prätorischen Stipulationen (o. 4). Die heute maßgebende Rekonstruktion des Edikts verdanken wir **Otto Lenel**, Das Edictum perpetuum (1883, 3. Aufl. 1927 [Neudruck 1974]). In ähnlicher Weise ist wohl auch das **Provinzialedikt** (das im wesentlichen von vornherein mit dem Edikt des Stadtprätors übereinstimmte) festgelegt worden, obwohl unmittelbare Zeugnisse hierfür nicht vorhanden sind. 46

## 6. Die Einheit der Rechtsordnung

1. Die verschiedenen Schichten des römischen Privatrechts (**ius civile**, **ius honorarium** und **ius gentium**) standen in einem funktionellen Zusammenhang und stellten eine, in Schichten gewachsene, **Gesamtordnung** dar. Die einzelnen Schichten lassen sich auch gar nicht scharf voneinander trennen. Der Systembegriff *ius gentium* wird von den Juristen erst seit der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts n. Chr. verwendet, so vor allem zunächst Gai. inst. 1, 1. Im Rechtsquellenkatalog Gai. inst. 1, 2 ist jedoch das *ius gentium* nicht mehr angeführt, hingegen sind die Edikte der Gerichtsmagistrate 47

erwähnt. Der Grund dafür wird in der Tatsache zu sehen sein, dass mit *ius gentium* keine einheitliche Normenordnung bezeichnet wird, die für sich bestünde, sondern ein Komplex von Normen, der, ebenso wie das *ius naturale*, auf alle Rechtsquellen einwirkt. Seiner unmittelbaren **Geltungsgrundlage** nach ist das *ius gentium* zunächst *ius honorarium*. Ulp. D. 1, 1, 1, 2 stellt das *ius naturale* neben das *ius gentium* als eine der Quellen des Privatrechts. In D. 1, 1, 6 pr. sagt er aber dann, dass auch das *ius civile* weder ganz vom *ius naturale vel gentium* abweicht, noch sich mit diesen beiden Normenkomplexen gänzlich deckt. *Ius civile* entstehe dadurch, dass dem allgemeinen Recht etwas hinzugefügt oder weggenommen werde (*Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*).

- 48 So gibt es also im Lauf der Zeit nur noch ein **erweitertes ius civile**, in dem mit dem alten formstrengen Zivilrecht das neue formfreie honorarrechtlichen Ursprungs vereinigt war. So lange aber die alten Formalakte noch Wirksamkeit besaßen, war das Honorarrecht als selbständige Rechtsschicht zum Schutz freierer Grundsätze erforderlich. Die vollständige Verschmelzung des Honorarrechts mit dem Zivilrecht tritt erst mit der Kodifikation Justinians ein (§ 43).
- 49 2. Wie Papinian in D. 1, 1, 7, 1 erklärt, haben die Prätores das Honorarrecht *propter utilitatem publicam* eingeführt, also um des allgemeinen Besten oder des Gemeinwohles willen. Auf die *utilitas publica* oder das *bonum publicum* nehmen die klassischen Juristen mehrfach ausdrücklich Bezug. So erklärt etwa Gai. D. 41, 3, 1, dass die Ersitzung *bono publico* eingeführt wurde, damit die Eigentumsverhältnisse nicht zu lange unsicher bleiben. Der Gedanke des Gemeinwohles liegt aber darüber hinaus der gesamten Arbeit der römischen Juristen zugrunde.
- 50 Die sehr lesenswerten Ausführungen Ciceros zu den Fragen des Gemeinwohles, vor allem in seinen Schriften *De legibus*, *De officiis* und *De republica*, geben Zeugnis von einer Geisteshaltung, wie sie zweifellos auch für die großen Juristen dieser Zeit kennzeichnend ist (vgl. Wieacker, Vom röm. Recht 134ff. und 168ff., auch Fg. v. Lübtow [1970] 183ff.). Im „**Scipionenkreis**“ oder im Hause des P. Mucius (§§ 18 4 1 und 24 2 2 Abs. 3 und 2 5) waren sie mit der stoischen Philosophie in Berührung gekommen, die auch Cicero geprägt hat. Die Juristen, die ihre Arbeit als Dienst an der *res publica*, an der Gemeinschaft und den einzelnen Bürgern aufgefasst haben, konnten ihre Vorstellungen als Prätores oder im *consilium* des Prätors wirksam werden lassen und haben so auch auf diesem Wege dem Gemeinwohl gedient.
- 51 Die Frage des Gemeinwohles hängt aber gerade wieder eng mit dem *ius naturale* zusammen. Wie Cicero sagt, ist es die *lex naturae, quae utilitatem hominum conservat et continet* (off. 3, 31, dazu Mayer-Maly, Fs. Verdross [1960] 199ff.). Es ist also das Naturrecht, welches das Wohl der Menschen sichert und bewahrt (zum Naturrecht eine Übersicht bei Waldstein, ANRW II 15 [1976] 78ff. und Ged. Marcic 239ff.). Der seit dem Mittelalter für Gemeinwohl vorherrschende Ausdruck *bonum commune* kommt unter den Belegen des ThLL erstmals bei Seneca vor, der etwa davon spricht, dass der Mensch ein *sociale animal communi bono genitum* sei (Sen. clem. 1, 3, 2). In dieser Hinordnung des Menschen auf das Gemeinwohl ist aber auch nach Ciceros Auffassung das wahre Einzelwohl des Menschen begründet. Wie aus zahlreichen Texten deutlich wird, kann es kein wahres Gemeinwohl auf Kosten des Einzelwohles geben (vgl. bes. Cic. off. 2, 77f.). Die Verbindung des Einzelwohles mit dem Gemeinwohl

wird besonders deutlich aus Cic. inv. 2, 160: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit ...* (Die Gerechtigkeit ist eine Gesinnung des Geistes, die unter Wahrung des Gemeinwohles jedem sein Verdienst zuteilt. Sie hat ihren Ursprung in der Natur. In der Folge wurden gewisse [Regeln] ihrer Nützlichkeit wegen durch Gewohnheiten festgelegt. Später hat die Ehrfurcht vor den Gesetzen und ihre Verbindlichkeit das bekräftigt, was von der Natur seinen Ursprung nahm und durch Gewohnheitsrecht bestätigt worden war. Naturrecht ist jenes, das nicht eine bloße Vorstellung hervorgebracht hat, sondern ein in der Natur selbst liegendes Wesen uns eingepflanzt hat ...; zum ersten Teil der Stelle Mayer-Maly, Fs. Verdross [1960] 204f.; zur Gerechtigkeit Waldstein, FS Flume I [1978] 213ff. mit weiteren Hinweisen). Damit wird die Einheit der Rechtsordnung, ihre Grundlegung im Naturrecht als Maßstab der Gerechtigkeit und ihre Beziehung auf das Gemeinwohl wie auf das Einzelwohl in besonders klassischer Weise umschrieben.

## § 23. Der Formularprozess

**Schrifttum:** *L. Wenger* (o. zu § 14); *G. Pugliese*, Il processo formulare, 2 Bde (1948–1950); *ders.*, Il processo civile romano, 2 Bde (1961–1963, bis Anf. d. Form-Proz.); *M. Kaser/K. Hackl*, RZ 151ff. und RP §§ 82–86; *ders.*, Zum Ediktstil, in: Fs. F. Schulz II (1951) 21ff.; *ders.*, SZ 101 (1984) 14–23 (Die Fremdengerichtbarkeit) und 23–102; *Franca La Rosa*, L'actio iudicati (1962); *J. M. Kelly*, Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic (1976); dazu *O. Behrends*, in: SZ 94 (1977) 446–462; *P. Frezza*, Storia del processo civile in Roma fino alla età di Augusto, in: ANRW I 2, 163–196; *A. Watson*, Limits of Juristic Decision in the Later Roman Republic, in: ANRW I 2, 215–225; *W. Selb*, Zu den Anfängen des Formularverfahrens, in: Fs. Flume I (1978) 199–204; *B. Schmidlin*, Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß, in: Fg. v. Lübtow (1980) 359–371; *I. Buti*, Il „praetor“ e le formalità introduttive del processo formulare (1984); *Talamanca*, Processo civile 24–79; *A. Guarino*, Diritto privato romano (1994) 211–274; spezielle Beiträge in der Fs. Waldstein (1993): *K. Hackl*, Gaius 4, 37 und die Formeln der *actio furti* (127–139); *A. Völkl*, Insolvenz ohne Vollstreckungsverfahren im klassischen Rom (355–368); *A. Wacke*, *Audiatur et altera pars*, Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß (369–399).

### 1. Allgemeines

1. Die abstrakte Unterscheidung unseres geltenden Rechts zwischen **Anspruch** und **Klagerecht** oder zwischen privatrechtlichem und prozessuallem (sog. öffentlich-rechtlichem) Anspruch geht in ihren Grundlagen auf die späte Pandektistik (Windscheid) zurück. Dem römischen wie den anderen historischen Rechten ist eine so scharfe Trennung zwischen dem materiellen Privatrecht und seiner prozessualen Verwirklichung noch unbekannt. Der Anspruch auf Grund einer rechtlichen Bindung (*obligatio*) oder eines Delikts ist nach römischer Auffassung nur die materielle Seite oder der Inhalt des Klagerechts (**actio**). Die Verpflichtung (die als solche ebenfalls **obligatio** heißt), insbesondere die zivile Rechtspflicht (das rechtliche Müssen: **oportere**), entspricht dem, was mit der *actio* geltend gemacht werden kann (vgl. § 14 I 2). Ihren deutlichsten Ausdruck findet die Einheit von materiellem Recht und Prozessrecht hinsichtlich des subjektiven Rechts in der zwischen beiden sachlich und funktionell vermittelnden Wirkung der *litis contestatio* (u. 4).

Schon mit Rücksicht auf diese enge begriffliche Verbindung zwischen Prozess und Recht setzt ein eindringendes Verständnis des römischen Verfahrensrechts eine ge-

nauere Kenntnis des Privatrechtssystems voraus. Auf der anderen Seite bildet gerade die Ausgestaltung des Formularprozesses eine für das römische Rechtsdenken so kennzeichnende Eigentümlichkeit, dass hier um des Zusammenhangs willen wenigstens ein kurzer Überblick nötig ist. Alle näheren Einzelheiten sind bei Kaser/Knütel, RP §§ 82–86 dargestellt, ausführlicher in Kaser/Hackl, RZ §§ 22ff.

2. Der alte **Legisaktionenprozess** (§ 14 2) vollzog sich *in iure* durch Austausch unabänderlich feststehender Spruchformeln. Er stellte infolgedessen nicht nur an die Parteien, sondern auch an die Zeugen des Rechtsstreits, der vor dem Magistrat mit der *litis contestatio* abschloß, erhebliche Anforderungen. Denn die Aussagen der Prozesszeugen *apud iudicem* über die *actiones* der Parteien *in iure* mussten sich mit den von den Parteien selbst vorgebrachten Behauptungen decken, und so lag schon in jedem Gedächtnisfehler eine erhebliche Gefahrenquelle, vor allem für die Durchsetzung des klägerischen Anspruchs.
3. Im **Formularprozess** wurde, wie wir gesehen haben, eine Prozessformel aufgestellt, die gleichzeitig das Prozessprogramm und die Ernennung des *iudex* oder einer Richterbank enthält (§ 22 4 2–5). Dieses Prozessprogramm wurde durch Dekret des Magistrats mündlich verkündet, aber schriftlich aufgezeichnet (**judicium dare**). Dem unterwerfen sich die Parteien durch die **litis contestatio**. Wenn sie das nicht tun, dann kommt der Prozess nicht zustande. Der Prätor kann jedoch den Beklagten mit verschiedenen Mitteln indirekt zwingen, sich dem Verfahren zu unterwerfen, indem er den Kläger ermächtigt, den Beklagten in Privathaft zu führen (*ductio*) oder die Einweisung des Klägers in das Vermögen des Beklagten (*missio in bona*) verfügt (dazu Kaser, RP § 82 2 4 e bb). Dies alles setzt beiderseitiges Gehör voraus (o. § 14 2 2 a; vgl. Kaser/Knütel RP §§ 81 1, 82 2 1 und 4, 84 2 1 [Versäumnisurteil]; Wacke, FS Waldstein 378ff.). Mit der *litis contestatio* wird – mit den Worten des modernen Rechts gesprochen – die **Rechtshängigkeit** der Streitsache begründet.
4. Die wesentliche **Wirkung** der **litis contestatio** im Formularprozess tritt bei den zivilrechtlichen Klagen **in personam** darin zutage, dass sich das materielle Leistenmüssen (**dare** oder **facere oportere**) in ein prozessrechtliches Duldenmüssen (**condemnari oportere**) umwandelt – im Grunde nur eine juristische Konstruktion zur Überbrückung der Zeit zwischen der Entscheidung des Gerichtsmagistrats und der Sachentscheidung des Richters.

Bei dinglichen Klagen **in rem**, die sich noch nach klassischer Auffassung nicht gegen die Person des Rechtsverletzers, sondern unmittelbar auf die Sache selbst richteten, fehlte es an einem materiell-rechtlichen Leistungsanspruch und infolgedessen auch an der konsumierenden Wirkung der Litiskontestation. Die Weigerung des Beklagten, sich auf den Prozess einzulassen, führt hier ohne weiteres zur Feststellung des Rechts des Klägers durch den Gerichtsmagistrat. Die Sache wird dem Kläger „zugesprochen“ (*addictio*; vgl. auch § 13 4 2 zur *in iure cessio*).

5. Eine weitere Neuerung des Formularprozesses gegenüber dem Legisaktionenprozess liegt darin, dass an die Stelle der wenigen Legisaktionen, die jeweils der Durchsetzung verschiedenartiger Ansprüche dienten, eine **Vielzahl von Klageformularen** trat, von denen jedes in der Regel dann nur für ein einziges Rechtsverhältnis bestimmt war.

So wurde die *legis actio sacramento in rem* (§ 14 2 3) ersetzt durch die einzelnen dinglichen Klagen (*rei vindicatio*; *petitio hereditatis*; *vindicatio ususfructus* bzw. *servitutis*); die *legis actio per iudicis postulationem* (§ 14

2 3 durch die *actiones communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum*. Lediglich die alte *condictio* (§ 14 2 3) diente nach wie vor zur Durchsetzung sämtlicher altzivilen **Ansprüche** auf *certa res* oder *certa pecunia*.

6. Die der **Vollstreckung** dienende *legis actio per manus iniunctionem* (§ 14 2 3) wurde 4 durch eine *actio iudicati* ersetzt. Diese Vollstreckungsklage diente in der Praxis gewissermaßen zugleich als Berufungs- und Revisionsverfahren, da der Beklagte hierbei die Möglichkeit hatte, das vorangegangene Urteil als unrechtmäßig zu beanstanden.

Gelang ihm dies nicht, so verdoppelte sich die Urteilssumme (*lis infitiando crescit in duplum*; Litiskreszenz, § 14 2 3 d). Daher war ein Schuldanerkenntnis (*confessio in iure*) bei der *actio iudicati* das Übliche.

Die **Exekution** vollzog sich nach wie vor durch **Personalvollstreckung**, die der Prätor dem Gläubiger an der Person des Schuldners durch *addictio* gewährt, wobei die Schuldsumme angegeben wird. Der Schuldner gerät damit in **Schuld knechtschaft**, bleibt aber rechtlich frei. Sie ist ein Pressionsmittel gegen den Schuldner, eventuell gegen seine Angehörigen und Freunde, zu zahlen. Geschieht das nicht, wird er die Schuld abarbeiten müssen. Neben diese Personalexekution, die es bis zum Ende der römischen Zeit gibt, tritt die vom Prätor geschaffene **Vermögensexekution** durch Einweisung des siegreichen Klägers in das Vermögen des Beklagten (*missio in bona*). Sie führte in aller Regel nach einer **proscriptio** (öffentlichem Ausgebot) und Meldung der übrigen Gläubiger zum Konkursverkauf an einen *bonorum emptor*.

7. Nach der **lex Iulia iudiciaria** (§ 22 4 5) nahm der Formularprozess die Stelle des 5 alten Legisaktionenverfahrens als **ordentliches Streitverfahren** unter **römischen Bürgern** ein. Der heute dafür übliche Begriff **\*ordo iudiciorum privatorum** ist nicht quellenmäßig, aber gerechtfertigt, veranlaßt durch den in den Quellen häufig gebrauchten Gegenbegriff *cognitio extra ordinem* (§ 32 3). Das Streitverfahren im Bereich der Stadt **Rom** oder innerhalb der Bannmeile (Gai. inst. 4, 104) war durch die schon erwähnte (§ 22 4 2) **Zweiteilung** gekennzeichnet. Der erste Teil fand vor dem Gerichtsmagistrat (**in iure**) statt, der zweite vor dem urteilenden Richter (**apud iudicem**). Das ordentliche Verfahren wurde, soweit die genannten Voraussetzungen erfüllt waren, als **iudicium legitimum** bezeichnet (Gai. inst. 4, 103f.), da es auf Gesetz beruhte (*consistebat legitimo iure*).

Jedes hiervon abweichende Gerichtsverfahren, das der Magistrat kraft seines Imperiums durchführen konnte, galt als **iudicium quod imperio continetur**; so z. B. das Rekuperatorenverfahren (Gai. inst. 4, 104. 105 – o. § 14 2 2 Abs. 2 a. E.) oder auch das vom Statthalter in der Provinz eingesetzte Streitverfahren unter römischen Bürgern. Der Statthalter stellte, mindestens in den Senatsprovinzen, selbst in seiner Provinz ein Edikt auf, doch beruhte das Formularverfahren in der Praxis auf dem Imperium des Statthalters. Für die Marktgerichtsbarkeit in den Senatsprovinzen beruhte es auf der *iurisdictio* der Quästoren, die den Statthaltern als Gehilfen beigegeben waren. Diese Marktgerichtsbarkeit entspricht jener der kurulischen Ädilen in Rom (Gai. inst. 1, 6).

Die Bezeichnung **iudicium quod imperio continetur** ist nach Gai. inst. 4, 105 darauf zurückzuführen, dass das **Urteil** (durch den ersternannten Richter) hier **nur während der Amtsdauer des** (bei der Litiskontestation mitwirkenden) **Magistrats** ergehen konnte, während **beim ordentlichen Verfahren** durch die *lex Iulia* hierfür ein

auf **18 Monate** nach der Litiskontestation erweiterter Zeitraum vorgesehen war. Außerdem verknüpfte sich mit einem **iudicium legitimum**, falls mit einer auf *ius civile* beruhenden *actio in personam* geklagt wurde, eine **Konsumtionswirkung ipso iure**. Diese Folge konnte bei einem *iudicium*, das nur auf dem Imperium des Prätors beruhte, nicht eintreten.

## 2. Inhalt und Aufbau der Prozessformel

- 6 1. Der wesentliche Inhalt der Formel besteht bei Leistungsklagen in der Anweisung an den Richter, entsprechend den hypothetisch festgestellten Entscheidungsvoraussetzungen rechtlicher und tatsächlicher Art, die durch das Beweisverfahren zu klären sind, das Urteil zu sprechen. Daher ist die Formel selbst **hypothetisch abgefaßt** und in Bedingungssätze gekleidet: Der Richter soll den Beklagten verurteilen, wenn das Begehren des Klägers sich als richtig erweist (*si paret ... , condemnato*). Er soll ihn „freisprechen“ im Sinne der Abweisung des klägerischen Begehrens, wenn es sich als unbegründet erweist oder durch eine *exceptio* entkräftet wird (*si non paret, absolvito*).

Gai. inst. 4, 39 führt vier ordentliche Formelbestandteile (*partes formularum*) an: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio*. Zu diesen Formelbestandteilen können noch weitere hinzukommen, mit denen bestimmten Umständen Rechnung getragen wird, wie die *exceptiones*, *praescriptiones*, *fictiones* oder besondere Klauseln, wie etwa die *clausula arbitraria*.

- 7 2. An der Spitze der Formel steht die Benennung des **Richters**, der im Einvernehmen mit den Parteien eingesetzt wird und dem der Prätor den **Judikationsbefehl** erteilt. In den Musterformeln wird er mit dem Blankettnamen Titius (*Titius iudex esto*) bezeichnet.

Die *intentio* enthält das Begehren des Kägers (Gai. inst. 4, 41). Wenn die Klage auf eine bestimmte Leistung (*certum*) gerichtet ist, beginnt sie mit den Worten: *Si paret ...* (wenn es sich erweist, dass ...). War die Klage auf eine nicht von vorneherein genau bestimmte Leistung gerichtet (*incertum*), beginnt die *intentio* mit den Worten: *quidquid ob eam rem ...* (was immer der Beklagte auf Grund dieses Sachverhaltes dem Kläger zu leisten schuldig ist, ...). Bei Klagen auf ein *incertum* ging der *intentio* eine **demonstratio** voraus, die den Sachverhalt umschrieb, auf den sich der Anspruch stützte (z. B.: *Quod Aulus Agerius [in den Musterformeln gebrauchter Blankettnamen für den Kläger] Numerio Negidio [Blankettnamen für den Beklagten] rem vendidit*; Gai. inst. 4, 40). War der Anspruch rechtlich noch gar nicht anerkannt, konnte die *intentio* einfach auf den Sachverhalt, auf das *factum*, abgestellt sein, wie etwa bei der älteren Klage aus der Verwahrung: *Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit ...*; vgl. Gai. inst. 4, 47. Gaius nennt solche Klagen *in factum conceptae*.

- 8 Die **adiudicatio** ermächtigte den *iudex*, bei Teilungsklagen den bisherigen Miteigentümern Alleineigentum zuzuweisen. Man nennt solche Klagen daher auch Rechtsgestaltungsklagen. Die **condemnatio** enthält den bereits erwähnten auf die *intentio* bezogenen bedingten Urteilsbefehl: (*si paret ... oportere [quidquid ... dare facere oportet] iudex ... condemnato, si non paret, absolvito*).
- 9 Unter den weiteren Formelbestandteilen spielt die **exceptio** eine besonders wichtige Rolle. Sie dient der Verteidigung des Beklagten und stellt eine Ausnahme von den Verurteilungsbedingungen dar. Sie ist daher in die Gestalt eines negativen Bedingungssatzes gefaßt. Der Beklagte soll, wenn an die *intentio* eine *exceptio* angefügt wird, nur verurteilt werden, wenn nicht die in der *exceptio* genannten Umstände vorliegen (z. B. bei der *exceptio doli*: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit* [bei der Begründung des Anspruchs, sogen. *exc. doli specialis*] *neque fiat* [durch Erhebung der Klage, sogen. *exc. doli generalis*]; vgl. Gai. inst. 4, 115 ff.).

Die **praescriptiones** dienen vor allem der Einschränkung des Begehrens des Klägers etwa bei Ratenforderungen, um eine Abweisung der Klage wegen *pluris petitio* zu vermeiden (Gai. inst. 4, 131: *ea res agatur, cuius rei dies fuit*, jener Teil der Forderung soll eingeklagt sein, der bereits fällig ist). 10

**Fictiones** benützt der Prätor, um den Rechtsschutz auf Fälle auszudehnen, für die er sonst nicht anwendbar wäre. So wird etwa bei der *actio Publiciana* (§ 22 5 6) der Rechtsschutz so gewährt, wie er zustünde, wenn die Ersitzungszeit bereits abgelaufen und der Kläger dadurch Eigentümer geworden wäre (Gai. inst. 4, 36; andere Beispiele 4, 34f.).

Die **clausula arbitraria** schließlich war ein Hilfsmittel gegen die Folgen aus dem Grundsatz, dass (bis in die klassische Zeit) jedes Leistungsurteil nur auf Geld lauten konnte (Grundsatz der *condemnatio pecuniaria*; vgl. Gai. inst. 4, 48). In Fällen, in denen dem Kläger besonders an der Wiedererlangung der Sache selbst und nicht bloß an ihrem Geldwert gelegen war (Eigentumsklage, *actio quod metus causa* und andere, sogenannte *actiones arbitrarie*), konnte der *iudex* nach Klärung der Rechtslage dem Beklagten die Herausgabe der Sache an den Kläger auftragen. Zu einer Verurteilung in Geld kam es dann nur, wenn der Beklagte die Sache nicht mehr herausgeben konnte oder wollte (... *neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur*; Lenel, EP 186). Unter Umständen drohte dem Beklagten aber dann eine Verurteilung in einen den Sachwert weit übersteigenden Betrag, der vom Kläger geschätzt worden war (vgl. Ulp. D. 6, 1, 68 zur *rei vindicatio*; bei der *actio quod metus causa* drohte die Verurteilung in den vierfachen Wert des Schadens, Ulp. D. 4, 2, 9, 6). Dies war für den Beklagten in aller Regel eine ausreichende Veranlassung, die Sache selbst herauszugeben. 11

Mit Hilfe der Möglichkeiten, welche die verschiedenen Formelbestandteile und ihre Kombinationen eröffneten, konnte praktisch allen Bedürfnissen des Rechtsschutzes angemessen entsprochen werden. Alle für die Entscheidung auch eines komplizierten Rechtsstreits maßgeblichen Voraussetzungen konnten so **in einem einzigen Satz** zusammengefaßt werden. Die Ausgestaltung dieser Prozessformeln stellt eine geistige Leistung von ganz außerordentlichem Rang dar. Juristischer Scharfsinn hat sich dabei mit dem Sinn für möglichste Einfachheit und Zweckmäßigkeit in glücklichster Weise verbunden.

Die näheren Einzelheiten bei Kaser/Knütel, RP § 83.

### 3. Zivilrechtliche Klagen

1. Wir sahen, dass gewisse **formfreie Institute**, die nicht auf Gesetz beruhten, sondern ihre Anerkennung und damit ihren Klagschutz dem Honorarrecht verdankten, wie insbesondere die Konsensualverträge, bereits frühzeitig, vielleicht gegen Ende der Republik, in das *ius civile* einbezogen wurden (§ 22 3 3). Seither gab es innerhalb des Zivilrechts neben den alten formstrengen *iudicia (stricta)* auch freiere Klagen, bei denen Inhalt und Umfang der Schuld nach Treu und Glauben bemessen wurden (*iudicia bonae fidei*: § 22 3 3, 5 4). Dieser Unterschied trat auch in den jeweiligen Klagformeln zutage. 12

2. Bei den sog. **iudicia stricta** hatte der Richter streng nach der *Intentio* der Formel zu entscheiden. Bei einer *intentio certa* (auf eine bestimmte Geldsumme) führte daher jede *pluris petitio* (d. h. die den wirklichen Schuldbetrag übersteigende Forderung, „**Überforderung**“, Kaser/Knütel, RP § 34 2 1) zum endgültigen Verlust des Prozesses (vgl. I 2), während bei einer *intentio incerta* (z. B. *quanti ea res est* bzw. *erit*) diese Gefahr fortfiel, da die Urteilssumme (*tantam pecuniam*) hier erst durch richterliche Schätzung festgesetzt werden musste. 13

3. Die **iudicia bonae fidei** waren stets Klagen auf ein *incertum (quidquid dare facere oportet ex fide bona)*; aber der Zusatz *ex fide bona* erweiterte nicht nur die Schätzungsbefugnis des Richters, sondern überließ ihm auch die Feststellung des eigentlichen Schuldinhalts. Das billige Ermessen des Richters wurde hierbei an feste Leitsätze gebunden, die in der Praxis der Juristen für die Anwendung der *bona fides* aufgestellt 14

worden waren. Insbesondere hatte sich die Regel herausgebildet, dass bestimmte Exzeptionen (wie die **exceptio doli, metus, pacti** und **rei iudicatae vel in iudicium deductae**) ohne weiteres in den *bonae fidei iudicia* enthalten seien (**iudiciis bonae fidei insunt**).

- 15 4. Alle Zivilrechtsklagen stützten sich auf Bestimmungen des alten **ius civile**. Ihre Formeln enthielten infolgedessen stets den ausdrücklichen Hinweis auf ein zivilrechtlich anerkanntes Rechtsverhältnis (*rem Ai Ai esse ex iure Quiritium*) oder eine zivilrechtlich festgesetzte Verbindlichkeit (*dare oportere; dare facere praestare oportere*). Man nannte sie demgemäß **formulae in ius conceptae**.

#### 4. Honorarrechtliche Klagen

- 16 1. Beruhte die vom Prätor anerkannte Leistungspflicht nicht auf einer Norm des Zivilrechts, so musste auch die Formel der Klage anders lauten. An Stelle der Berufung auf das *ius* (*Quiritium*) oder das *oportere* trat der einfache Hinweis auf den der Klage zugrunde liegenden **Tatbestand (factum)**. Bei diesen vom Magistrat lediglich auf Grund seiner Jurisdiktionsgewalt gewährten Klagen, die in zahlreichen Fällen mit den dazugehörigen Formeln bereits im Edikt proponiert waren und damit zu **actiones honorariae** wurden, handelte es sich dementsprechend um sog. **formulae in factum conceptae** (o. 2 2).

Eine Reihe dieser Klagen wurde dann als *bonae fidei iudicia* bereits von der frühklassischen Jurisprudenz ins Zivilrecht einbezogen. Noch in hochklassischer Zeit bestanden aber teilweise (wie beim *depositum* und beim *commodatum*) beide Formeln nebeneinander (vgl. Gai. inst. 4, 47).

- 17 2. Zu den honorarrechtlichen Klagen gehören auch die **actiones ficticiae** (o. II 2), die **actiones utiles** (durch den Magistrat ‚brauchbar gemachte‘ Klagen; vgl. Kaser/Knütel, RP § 83 1 2b) und die **actiones adiecticiae qualitatis**, wie sie später in Anlehnung an die Ausdrucksweise von Paul. D. 14, 1, 5, 1 (*hoc edicto ... actio ... adicitur*, wird **hinzu-gefügt**) genannt wurden. Ferner gehören dazu auch die Klage aus **metus** und **dolus**, sowie zahlreiche weitere vom Prätor geschaffene Klagen, wie etwa die Klagen aus **pacta**, die der Prätor klagbar gemacht hat (*constitutum debiti, recepta*; vgl. Kaser/Knütel, RP § 46 2 und 3).

#### § 24. Die Rechtswissenschaft

**Schrifttum:** *W. Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen (1952, 2. Aufl. 1967); *J. Stroux*, Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik (1949); *H. Coing*, Zur Methode der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung, in: Stud. Arangio-Ruiz 1 (1952) 365ff.; *ders.*, Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, in: SZ 69 (1952) 24ff.; *F. Schulz*, Geschichte 44ff.; *M. Kaser*, Methode; *F. Wieacker*, Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie, in: Iura 20 (1969) 448–477; *ders.*, Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts, in: Fg. v. Lübtow (1970) 183–214; *ders.*, Rationes decidendi, in: SZ 88 (1971) 339–355; *ders.*, Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz, AS 153–173; *ders.*, RG I 519–675; *F. Horak*, Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo I (1969); *ders.*, Wer waren die „veteres“? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen, in: Fs. Wesener (1992) 201–236; *D. Nörr*, Spruchregel und Generalisierung, in: SZ 89 (1972) 18–93; *ders.*, Divisio; *ders.*, Iurisperitus sacerdos, in: Ἐπίτιον I (1973) 555–572; *ders.*, Rechtskrit.; *O. Behrends*, Wissenschaftsl.; *ders.*, T. Gracchus; *ders.*, Staatsrecht und Philosophie, in: SZ 100 (1983) 458–484; *H. Honsell*, In fraudem legis agere, in: Fs. Kaser (1976) 111–126; *P. Stein*, The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science, in: Fs. Wieacker (1978) 175–184; *E. Bund*, Rahmenerwägungen zu einem Nachweis