

Sitzungsberichte
der
Bayerischen Akademie der Wissenschaften
Philosophisch-philologische und historische Klasse
Jahrgang 1926, 3. Abhandlung

Praetor und Formel

von

Leopold Wenger

Vorgetragen am 5. Dezember 1925

München 1926
Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften
in Kommission des Verlags R. Oldenbourg München

I n h a l t.

| | Seite |
|---|-------|
| I. Der Verfasser der Formel | 8 |
| II. Dare und denegare actionem | 33 |
| III. Dare-Dekret und Richterwahl | 59 |
| IV. Agere iudicati | 84 |
| V. Die Besserstellung des Beklagten | 98 |
| VI. Die Respondierjuristen | 101 |

So bekannt die Zweiteilung des römischen Privatprozesses der klassischen Zeit in ein Verfahren *in iure* und ein solches *apud iudicem*¹⁾ ist, so wenig Sicherheit herrscht auch in der neuesten Prozeßwissenschaft über wesentliche Grundfragen dieser Erscheinung²⁾. Ich brauche an dieser Stelle nicht noch einmal auf frühere Arbeiten Wlassaks hinzuweisen, die uns die Litiskontestation als einen Formalvertrag zwischen den Parteien ansehen gelehrt haben, die uns immer wieder auf die eigenartige Zwiespältigkeit des

1) Vgl. zu dieser sich nach Wlassaks Vorgang doch allmählich gegen das „*in iudicio*“ der landläufigen Schultradition durchsetzenden Terminologie Wenger, *Zivilpr.* (u. S. 5¹) 181¹. Cornils Bemerkung in seiner freundlichen Besprechung meines Buches, *Rev. de l'Univ. de Bruxelles* XXX, No. 4 (1924/5) p. 602 ss. 604, daß man dann ja auch korrekter statt „*in iure*“ „*apud praetorem*“ o. ä. sagen müsse, kann ich aber nicht beipflichten. *Ius* als Gerichts ort ist schon durch die *in ius vocatio* allein quellenmäßig hinlänglich gesichert: Tab. 1, 1; Dig. 1, 1, 11. *Iudicium* dagegen heißt nie der Ort, wo der Spruchrichter judiziert. Zu Cic. *pro Tull.* 16, 38 neuestens sehr fein Wlassak, Prozeßformel I (unten S. 5 N. 2) 113²⁰. Auch Cic. *orat. part.* 28, 99, worauf Buckland, *The Class. Rev.* 1926, 83 hinweist, ist m. E. durch Wlassaks Ausführungen hinlänglich geklärt.

2) Über den Grund dieser eigenartigen Erscheinung bestehen nur einander widerstreitende, aber vielleicht doch in Einklang zu bringende alte und neue Hypothesen. Ich habe zuletzt darüber in meinem Aufsatz *Wandlungen* (so kurz im Folgenden zitiert) im Römischen Zivilprozeßrecht in der *Festschr. f. Gustav Hanausek* (Graz 1925), 5 ff. gehandelt. Im Anschluß an meinen Vortrag machte Herr von Amira einige rechtsvergleichende Bemerkungen, die er auf meine Bitte folgendermaßen schriftlich niederlegte. Indem ich sie hier anfüge, behalte ich mir vor, darauf, namentlich auf die m. E. für die Erschließung der römischen Frühzeit bedeutsame Schlußbeobachtung, an anderer Stelle zurückzukommen. Herr von Amira schreibt mir: „Ein Germanist beim Anblick des römischen Zivilprozesses. Die Spaltung des Prozesses in ein Verfahren *in iure* und ein Verfahren *apud iudicem* befremdet. Es sieht so aus, als habe sie in keinem anderen indogermanischen Recht ihre Parallele. Um so auffälliger, als außerhalb des Prozesses insbesondere zwischen römischem und germanischem Recht eine Menge Analogien vorhanden sind, die auf urgemeinschaftlichen Besitz zurtückweisen.

römischen iudicium¹⁾ hinweisen, das einerseits von den Parteien vertragsmäßig begründet wird, das aber andererseits auch der Magistrat „dat“ oder „denegat“. Ich habe, soweit dies im Rahmen eines auch mit für die Schule bestimmten Buches tunlich war,

Obiger Gegensatz scheint jedoch seine Schärfe zu verlieren, wenn man die Grundgedanken des römischen und des germanischen Prozeßrechts ernstlich analysiert. Worauf läuft eigentlich die Trennung von ius und iudicium hinaus? Der Praetor weist den iudex an, gemäß der von den Parteien vereinbarten Formel zu verurteilen oder freizusprechen, wenn gewisse Tatsachen sich so oder anders verhalten, d. h. in Wahrheit: nicht der iudex soll urteilen, nämlich sagen was Rechtens ist, sondern der Praetor urteilt unter einer Bedingung, der iudex löst nur die Bedingung aus, indem er über den Ausgang des Beweisverfahrens entscheidet.“ (Inwieferne ich von dieser Formulierung abweiche, darüber vgl. unten S. 7 f.)

„Bis hierher stimmt die Grundanlage des germanischen Prozesses mit der des römischen überein. Das germanische Gericht (gleichgiltig wie organisiert) befaßt sich lediglich und allein mit der Rechtweisung. Die Feststellung der Tatsachen geschieht unabhängig von ihm, nach Rechtssätzen und in Formen (s. unten). Auch das germanische Gericht kann das Recht in einem bedingten Urteil (Beweisurteil) weisen und tut dies oft genug.

Aber nun zeigt sich ein Unterschied. Das germanische Beweisurteil macht jedes Endurteil überflüssig. Gemäß dem Beweisurteil hat die beweisführende Partei den ihr zukommenden Beweisschritt in einem Beweisvertrag übernommen. Ob sie diesen Beweisschritt genau so, wie er im Beweisurteil beschrieben, getan oder nicht getan hat, wissen die Solemnitätszeugen des Beweistermins. Anders im römischen Prozeß. Hier erläßt der iudex, seinen Namen rechtfertigend, ein Endurteil, indem er den Auftrag des Praetors erfüllt.

Dieser Unterschied erklärt sich aus einer abweichenden Grundanlage nicht des Prozesses überhaupt, sondern des Beweisverfahrens. Im römischen Prozeß wird der Beweis dem iudex, im germanischen wird er dem Gegner geführt, — allerdings dort wie hier gemäß Vertrag unter den Parteien. Und so ist auch der dabei sich ergebende Unterschied kein fundamentaler. Denn das Verfahren apud iudicem findet vertragsmäßig statt und entspricht so dem vertragsmäßigen Beweistermin des germanischen Rechts.

Wissen möchte man jetzt, ob im römischen Prozeß der Beweis d. h. die Stoffvorlage von jeher vor einem Schiedsrichter geschah, m. a. W. ob es nicht auch im römischen Prozeß einmal ein Beweisverfahren nach strenger Legaltheorie gegeben hat. Wenn ja, so brauchte man auch dort keinen iudex und war die Übereinstimmung von römischem und germanischem Recht vollständig.“

¹⁾ In seiner Besprechung von Wlassaks Prozeßformel (s. u. S. 5 N. 2 deutet Kübler, Philol. Woch. 1926, 453 darauf hin, daß Wlassak nunmehr vermeide iudicium mit „Formel, Schriftformel“ wiederzugeben und vielmehr die Ausdrücke „Gericht, Prozeß, Gerichtsverhandlung“ gebrauche. Ohne

den heutigen Stand unserer Forschung kürzlich zusammenzufassen versucht¹⁾. Aber das Buch erschien gleichzeitig mit einem neuen Buche Wlassaks²⁾, zu dem ich auch in einer kurzen anderen Abhandlung³⁾ nicht mehr Stellung nehmen konnte. Wlassaks Ausführungen sind nun zu einem nicht unbeträchtlichen Teil gegen Aufstellungen gerichtet, die ich vor 25 Jahren in meiner Erstlingschrift⁴⁾ und an verschiedenen Orten gemacht habe⁵⁾, wogegen eben mein Zivilprozeßbuch Wlassak noch nicht vorlag. „Die klassische Prozeßformel“ bringt, wie wir dies ja von jedem Werke dieses Gelehrten nachgerade so gewöhnt worden sind, unsere Erkenntnis um ein großes Stück weiter und vertieft insbesondere durch Eindringen in die letzten Einzelheiten und eine unerbittliche Konsequenz der Gedankenführung unsere Vorstellungen vom klassischen Prozeß von neuem wesentlich. Das gleichzeitige Erscheinen beider genannten Bücher hat diesen Vortrag und seine Niederschrift veranlaßt⁶⁾. Ich wollte meine Stellungnahme nicht in die Form eines Referates, aber auch nicht in die einer Replik kleiden, schon darum nicht, weil ich in einer Reihe von, wie ich

Wlassaks eigener Stellungnahme vorgreifen zu wollen, habe ich doch durchaus nicht den Eindruck, als ob dieser Gelehrte von seinen seinerzeitigen Ausführungen zu diesem umstrittenen und vieldeutigen Worte irgend abrücken wollte. Im Ganzen habe ich aus Küblers und Steinwenter's (Ztschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. [Sav. Z.] 46, 373 ff.) gelehrten Referaten den erfreulichen Eindruck einer Klärung der allgemeinen Meinung über die Grundfragen des klassischen Prozeßrechts.

¹⁾ Institutionen des Römischen Zivilprozeßrechts (1925); im Folgenden zitiert mit Zivilpr.

²⁾ Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit. I. Teil. Wien. Akad. Wiss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 202. Bd. 3. Abh. 1924; im folgenden zitiert mit P. F.

³⁾ Wandlungen, nur S. 14¹ konnte ich dort eine knappe Bemerkung nachträglich zufügen.

⁴⁾ Zur Lehre von der *actio iudicati* (1901), im Folgenden zitiert A. i.

⁵⁾ So in den Artikeln *Editio* (Ed.) und *Formula* (Form.) in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie; dann aber auch in der von mir herausgegebenen und zu vertretenden 17. Aufl. der Institutionen von Sohm-Mitteis. Ich will mich dabei gar nicht auf die milde Entschuldigung zurückziehen, die Steinwenter, Sav. Z. 46, 376, dem Herausgeber eines Lehrbuches zuzubilligen geneigt ist.

⁶⁾ Einige bis zur Drucklegung (Juli 1926) nachträglich erschienene oder doch mir erst bekannt gewordene Literatur ist verarbeitet.

glaube, nicht unwesentlichen Punkten bereits in meinem neuen Buche eine andere Stellung eingenommen habe, als in den Wlassak bei der Drucklegung seines Buches bekannten älteren Schriften, und weil ich es mir darum ersparen durfte, mich bei einzelnen aufgegebenen Stellungen noch weiter aufzuhalten; auch werde ich zur neuen Schrift Wlassaks in prinzipiellen Fragen nunmehr vielfach nur meine Zustimmung mit vielleicht kleinen Modifikationen auszusprechen haben. Aber auch wo noch Differenzen bleiben, halte ich es für richtiger, meine jetzigen Anschauungen positiv zum Ausdruck zu bringen und beim Leser Kenntnis der klassischen Prozeßformel sowie der früheren Bücher Wlassaks voraussetzen. Manchmal mag wohl auch der Unterschied der Meinungen bedeutender scheinen, als er in Wirklichkeit ist. Denn gerade bei Arbeiten, die auf einem Gebiete, wo wir heute nur mehr die Resultierende der Kräfte sehen, die Rekonstruktion einer der beiden Komponenten versuchen, ist es naheliegend, daß die andere Komponente nicht immer so stark gezeichnet erscheint, wie die vom Forscher gerade untersuchte. Man darf diese Tatsache bei scharfen Formulierungen, die zuweilen einseitig scheinen mögen, nicht übersehen¹⁾.

Die Litiskontestation als Parteienvertrag, das Judizium als ein von den Parteien vereinbartes Schiedsgericht, diese als grundlegend erwiesenen Tatsachen²⁾ eines nicht offiziellen Verfahrens, eines Verfahrens mit Parteienbetrieb, führten folgerichtig zu einer anderen Auffassung über Natur und Herstellung der Prozeßformel,

¹⁾ Vgl. Steinwenter, Sav. Z. 46, 376.

²⁾ Diese und andere Ergebnisse der romanistischen Forschungen im klassischen römischen Prozeßrecht hat neuerdings James Goldschmidt, *Der Prozeß als Rechtslage*, Eine Kritik des prozessualen Denkens (1926) in eingehenden Ausführungen zu erschüttern versucht; vgl. z. B. gegen den Vertragscharakter der Litiskontestation 86 ff. u. ö. Ich kann hier demgegenüber nicht die ganzen Beweisführungen Wlassaks und anderer wiederholen, die in der romanistischen Literatur der letzten vier Jahrzehnte niedergelegt sind und die ihrerseits freilich wieder Goldschmidt nicht überzeugt haben. Bemerkungen insb. auch methodologischer Art zu einer neuerdings beliebten Art philosophisch-historischer Betrachtung der Dinge stehen in meinem — nichts weniger als erschöpfenden — Referate über das genannte Buch, Sav. Z. 46, 438 — 459. Vgl. auch Rob. Neuner, *Der Prozeß als Rechtslage*, Ztschr. f. Deut. Zivilproz. 51 (1926) 44 f. Zu Einzelnem im Folgenden passim.

als sie bisher im Gange war. Wlassak hat diese neuen Folgerungen schon in früheren Arbeiten angedeutet¹⁾, jetzt aber seine Lehre nach jeder Seite hin ausgebaut und gesichert.

Danach ist die Schriftformel, welche im einzelnen Prozeß als Prozeßmittel in Verwendung kommt, ein von den Parteien untereinander vereinbartes Schiedsgerichtsprogramm, das vom Judex in der dritten Person, nicht zum Judex in der zweiten spricht²⁾, und das wie jeder Schiedsvertrag bestimmt, daß unter diesen und jenen Voraussetzungen, deren Vorhandensein erst noch zu untersuchen ist, der von den Parteien erwählte und bestellte Schiedsrichter so oder so zu urteilen habe. Da aber die Parteien dem zum Schiedsrichter erkorenen Mitbürger nichts zu befehlen haben und auch der Spruch des Bereitwilligen jeder staatlich irgendwie gewährleisteten Erzwingbarkeit entbehrte, so muß der in der Schriftformel niedergelegte Parteienschiedsvertrag ergänzt werden durch einen, vom Gerichtsherrn, dem Magistrat, an den Judex ergehenden Judikationsbefehl³⁾. Um ihn zu erreichen, müssen die Parteien ihr Prozeßprogramm vom Praetor genehmigen lassen. Davon wird im Folgenden hauptsächlich zu handeln sein. Der Judikationsbefehl verhilft der in der Formel niedergelegten Parteivereinbarung so erst zu ihrer vollen, den Richter

¹⁾ So die Vorstellung von der Formel als Parteienrede, nicht als prätorischen Befehls. Die früheren diesbezüglichen Andeutungen sind jetzt zitiert P. F. 13²¹.

²⁾ Dazu und besonders über das in den Formeln dann korrekt statt *condemna* — *absolve* einzusetzende *condemnato* — *absolvito* vgl. Zivilpr. 131¹⁶. Wenn Kübler, Philol. Woch. 1926, 376 f., seine Bedenken gegen die Annahme von Textverderbnissen in der gajanischen Überlieferung vor allem auf Gai. 4, 46 stützt, wo man nicht bloß ein *condemna* — *absolve* in *condemnato* — *absolvito*, sondern *condemnate* — *absolvite* in *condemnato* — *absolvito* verbessern müßte, so scheint es mir doch noch schwieriger um das überlieferte *recuperatores sunt* an derselben Stelle herumzukommen, was in *estote* zu verwandeln m. E. doch noch größere Bedenken gegen sich hätte. — Ohne Andeutung eines Gegenbeweises stellt Goldschmidt, a. a. O. S. 88 N. 493 seine Zweifel hin.

³⁾ Dieses Stück des klassischen Prozeßrechts behandelt Wlassaks Buch *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien. Akad. Wiss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 197. Bd. 4. Abh. 1921; im Folgenden zitiert mit J. B. Das Gesamtergebnis dieses Werkes hält auch Steinwenter, Sav. Z. 46, 376¹ für „un- anfechtbar“.

zur Übernahme des Amtes zwingenden Wirksamkeit; andererseits setzt aber der Judikationsbefehl die Formel voraus und schwebte ohne sie bei der in den Quellen so und so oft ausgesprochenen Vertragsnatur des Judiziums in der Luft¹⁾.

Ich halte diese Dinge für soweit geklärt und sichergestellt, daß eine weitere neuerliche Überprüfung derselben sich erübrigt. Nichtsdestoweniger harren eine Reihe von Fragen auch des klassischen Prozeßrechts noch der Antwort und können bei neuerlicher Überlegung von verschiedener Seite her wo nicht erledigt, so doch vielleicht gefördert werden.

I. Der Verfasser der Formel.

Man hat in der bisherigen Literatur — wie mir scheint, freilich ohne viele und reife Überlegung, sondern mehr als ein selbstverständlich Ding — den Prätor als den Verfasser²⁾ der Formel hingestellt. Diese Auffassung ist, jedenfalls in so grundsätzlicher Allgemeinheit, wie ich wenigstens vermuten möchte, durch Wlassaks Ausführungen endgültig berichtigt³⁾. Dazu nur vorweg ein Gedanke⁴⁾, der im Folgenden wiederholt wiederkehren wird und der meine ganzen Ausführungen maßgebend beeinflusst, der aber — wie ich annehmen darf — nirgends her prinzipiellen Widerspruch erhalten wird. Direkt aufdrängen kann der Prätor dem Kläger gewiß keinen Formeltext. Wenn der Kläger — oder der Beklagte — nicht will, kommt keine Formel zustande. Aber indirekt

¹⁾ Über die Formel als „Beilage“ des Judikationsbefehls s. Wlassak J. B. 17 u. o. P. F. 9⁸.

²⁾ Natürlich nach verständiger Ansicht in dem Sinne, wie auch heute ein Verwaltungschef „Verfasser“ aller von ihm unterzeichneten Verordnungen, ein Gesetzgeber „Verfasser“ der von ihm erlassenen Gesetze genannt zu werden verdient. Ich habe, Form. 2865 f., ausdrücklich von Besorgung der Redaktion durch die prätorische Kanzlei gesprochen. Die Bemerkung im Recht der Griechen und Römer (Kultur d. Gegenw. II, VII, 1, 1914) 287 wird dagegen von Wlassak, P. F. 10¹³, mit Recht gerügt. Daß „die Bestimmung der Formel in die Hand des Magistrats gelegt“ wäre, ist, wenn nicht geradezu falsch gedacht, so doch sicher irreführend ausgesprochen. Gegen Sohm richtig Wlassak, P. F. 11¹⁴.

³⁾ So auch Kübler, Philol. Woch. 1926, 453 f. Steinwenter, Sav. Z. 46, 374 f.

⁴⁾ Ich habe ihm schon, Wandlungen a. m. O., Ausdruck gegeben. In der Bewertung des tatsächlichen Einflusses des Prätors darf ich mich auch der Übereinstimmung mit den Ausführungen Steinwenters, a. a. O. 376 f. erfreuen.

wirkt der Prätör. Schon wenn er eine Formel nur dann zuzulassen¹⁾ sich bereit findet, falls eine *Exceptio* hineinkommt, sonst aber mit dem *denegare actionem* droht, so bedeutet das immerhin eine Beeinflussung des Klägers, der vor die Wahl gestellt ist, die vom Prätör für annehmbar erklärte Formel anzunehmen oder auf Formel und Judizium überhaupt zu verzichten. Wenn es sich aber um den Schutz des Beklagten handelt, so verdanken wir den Ausführungen Wlassaks selbst den Hinweis auf eine starke Einwirkung des Prätörs im Sinne der *Offizialmaxime*²⁾.

Der Kläger, bezw. der von ihm zu Rate gezogene Jurist³⁾ entwirft die Formel und der Kläger schlägt diesen Entwurf vor. Wenn sich der Gegner einverstanden erklärt⁴⁾, so kann sofort der Entwurf zum Schiedsgerichtsvertrag erhoben werden. Im Übrigen ist aber der Formelentwurf eine im Laufe des Verfahrens bis zur *Litiskontestation* abänderbare Offerte an den Gegner. Indess Offerte und Vertragsabschluß stehen unter der gesetzlichen Voraussetzung der Genehmigung durch den Prätör. Hier steckt, wie jetzt wohl übereinstimmend als gesichertes Ergebnis vieler widerstreitender Forschungen angenommen werden darf, die starke Macht des Prätörs. Wlassak formuliert⁵⁾ durchaus zutreffend: „Dazu freilich ist die angreifende Partei nicht stark genug, die vorgeschlagene Formel auch gegen den Einspruch des Magistrats durchzusetzen; ebensowenig aber kann dieser dem Kläger einen unerwünschten Text aufdrängen, gleichviel, ob er ihm dadurch nützen oder schaden will. Um es kurz zu sagen: der Beamte kann den Prozess zwar verhindern, niemals aber an des Klägers Statt den Formeltext festsetzen“. Gewiß der Prätör als „Verfasser“ der Formel, wo er als solcher noch im Schriftum begegnen mag, ist erledigt. Aus der erdrückenden Fülle der Belege greife ich hier nur Gai. 4, 35. 41. 68. 86 heraus und verweise auf das

¹⁾ Über dieses schwierige *actionem dare* vgl. unten, besonders unter II.

²⁾ Vgl. unten V. Einstweilen Gai. 4, 57: *Facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus*. Wlassak, P. F. 16²⁹; 105 ff.

³⁾ Vgl. unten VI.

⁴⁾ Endgiltig gebunden sind die Parteien allerdings stets erst mit der *Litiskontestation*. Die Form von Angebot und Annahme mag man dabei als sekundäre Frage zurückstellen. Vgl. Wlassak, P. F. 14²⁶ und die dort Zitierten.

⁵⁾ P. F. 16. Vgl. auch 105—112.

von Wlassak hierzu Gesagte¹⁾. Indess wollen wir die Frage, wer, wenn wir so sagen dürfen, nicht juristisch, sondern rechtspolitisch betrachtet, den Hauptanteil an der endgültigen Formelgestaltung hat — eine Frage, deren Beantwortung ja nur einen, wenn auch sehr wichtigen Teil der großen Frage: „Parteienbetrieb oder Officialmaxime“ bedeutet — einstweilen zurückstellen und uns nur zunächst ein Bild vom tatsächlichen Hergang beim Zustandekommen der Formel zu machen versuchen.

Ich muß dabei mit einer Berichtigung früherer eigener Anschauungen beginnen, schon darum, weil Wlassak dazu ausführlich ablehnende Stellung genommen hat²⁾ und eine genauere Ausführung zu einigen von ihm gestellten Fragen wünscht³⁾. In den Artikeln bei Pauly-Wissowa⁴⁾ habe ich Lenels⁵⁾ Lehre von der außergerichtlichen Edition akzeptiert⁶⁾ und Dig. 2, 13, 1, pr. § 1⁷⁾ hierauf bezogen, dabei aber von einem „Anspruch“, den der Kläger dem Beklagten zu edieren habe, gesprochen. Gegen die Verwendung dieses modernrechtlichen und auch hier, wie zugegeben, nicht scharf umrissenen, ja vielleicht gar nicht hinreichend geklärten Ausdruck fürs römische klassische Prozessrecht wendet sich besonders Wlassaks Widerspruch⁸⁾: nicht der Anspruch sei Gegenstand der Edition, sondern die Formel.

¹⁾ P. F. 67.

²⁾ Schon Anklage [Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Wien. Akad. Wiss. Phil. hist. Kl. Sitz. Ber. 184. Bd. 1. Abh. 1917] 176⁹⁰ und jetzt P. F. 74 ff.

³⁾ P. F. 79, vgl. 74⁶.

⁴⁾ Ed. 1961; Form. 2861 f.

⁵⁾ Sav. Z. 28, 385 ff.

⁶⁾ Ältere Andeutungen sind zustimmende Literatur Ed. 1962; seither Lenel, E. P. (Edictum perpetuum, 2. A. 1907) 60; Zivilpr. 91; Wlassak, P. F. 73³).

⁷⁾ Zur korrupten Stelle zuletzt Wlassak, P. F. 72².

⁸⁾ P. F. 73—82. 95 u. ö. Über die Form, in der die Edition des Anspruchs erfolgte, habe ich mich dagegen m. W. nirgends bestimmt geäußert, namentlich nicht von einem „in freier Rede vorgebrachten Anspruch“ — Wlassak 95 bekämpft diese Wendung — gesprochen; für das Edieren des Anspruchs habe ich in meinen Ausführungen im Artikel Ed. dagegen auf die Eventualitäten hingewiesen, die Dig. 2, 13, 1, § 1 aufgezählt sind. Damit ist doch auf eine Formulierung — wenn auch gegebenen Falles eine bloß mündliche — hingewiesen. Dagegen will ich Unklarheit meines Ausdrucks keineswegs in Abrede stellen. P. F. 74⁶. Auch Steinwenter, Sav.

Dabei muß nun zunächst eine Richtigstellung meiner Ausführungen vorweg genommen werden, die, wenn ich recht sehe, noch gar nicht besonders urgiert worden ist, sondern wohl im allgemeinen Widerspruch mit inbegriffen sein sollte. Es gibt, wie uns Wlassak an anderen Stellen wiederholt belehrt hat, im römischen Recht keinen dinglichen Anspruch¹⁾. Wollte man also im *qua quisque actione agere volet, eam edere debet*, womit Ulpian, Dig. 2, 13, 1 pr. beginnt, das „actione“ schlechtweg und nur mit „Anspruch“ wiedergeben, so könnte damit der Anschein erweckt werden, als sei das Fragment nur auf obligatorische, nicht auf dingliche Aktionen zu beziehen. Da aber eine solche Einschränkung natürlich niemand behaupten wird, so ist der Gebrauch des unserer Rechtssprache entnommen Wortes „Anspruch“ hier jedenfalls zu eng und es müßte einer korrekten romanistischen Denkform entsprechend vielmehr heißen: Anspruch oder (subjektives) dingliches Recht. Nach dieser Feststellung mag es aber gestattet sein, um der Kürze willen eine Ungenauigkeit in Kauf zu nehmen und diesem selbsterhobenen Einwand gegenüber im Folgenden kurzweg von einem „Anspruch“ im Sinne einer *pars pro toto* zu sprechen. Ja es mag noch mehr zur Vereinfachung beitragen, wenn wir nur den Fall des obligatorischen Anspruches in Betracht ziehen und die Betrachtung des dinglichen Rechts, das vom Berechtigten in rem verfolgt wird, beiseite lassen. Indess auch nach dieser Berichtigung und Einschränkung will ich gerne zugeben, daß die Verwendung des umstrittenen Terminus zu Unklarheiten führen, ja daß das wenig präzise Wort „Anspruch“ selbst irreführend wirken kann. Wlassak²⁾ bezeichnet das Wort mit Grund als mehrdeutig. Ich habe inzwischen über die Bedeutung des Wortes „actio“³⁾ im Rechtsstreit kurz meine Ansicht zu formeln versucht⁴⁾, und dabei zunächst auf die bekannte Tatsache hingewiesen, daß *actio* sowohl eine formelle als eine ma-

Z. 46, 378 ff. kommt unter sehr beachtlichen rechtsvergleichenden Beobachtungen am griechischen Prozeßrecht zu einem Ergebnis, das wenigstens in der Formulierung Wlassak näher steht als meinen Formulierungsversuchen.

1) S. Literatur Wenger, Zivilpr. 104³⁷ u. 5.

2) P. F. 74⁶.

3) Dessen eine Bedeutung eben mit „Anspruch“ wiederzugeben versucht wird.

4) Zivilpr. 11—13.

terielle Bedeutung hat. Actio im materiellen Sinn bedeutet, „freilich nicht ohne steten Ausblick auf die prozessuale Durchsetzung, den Anspruch, und hier wiederum zunächst nur den zivilrechtlichen obligatorischen Anspruch“, wie ihn Celsus, Dig. 44, 7, 51 definiert: nihil aliud est actio quam ius quod sibi debetur, iudicio persequendi. Danach ist „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch)“¹⁾ prozessual mit einer Formel²⁾ geltend zu machen. Ich will Wlassaks Kritik nicht entgehen und die Basis der ganzen Fragestellung nicht verschieben: ich wiederhole vielmehr, daß „Edition des Anspruchs“ einen reichlich unbestimmten Inhalt hat³⁾, und ich stelle gerne wiederholt fest, daß durch die Lehre von der Herstellung des Formelentwurfs durch den Kläger und von der Notwendigkeit, diesen Entwurf dem Beklagten zu edieren, unsere Vorstellung vom ganzen Vorgange bei der Einleitung eines Rechtsstreites ungleich klarer geworden ist. Aber ich habe mich bei allem Streben, die Sache vom gegnerischen Standpunkt aus zu betrachten, doch nicht von der Unrichtigkeit einer Behauptung überzeugen können, wonach der Kläger dem Beklagten den Anspruch, die actio im materiellen Sinne, edieren müsse; oder genauer: wonach diese Edition den personenrechtlichen Anspruch, die actio in personam, bezw. das subjektive dingliche Recht, die actio in rem, zum Gegenstand habe. Denn die actio im materiellen Sinne — Anspruch und dingliches Recht — ist doch das Entscheidende, die Schriftformel im klassischen Prozess aber nur das Gewand, in das sich die actio im Rechtsstreit kleidet; das ius quod sibi debetur ist das Primäre, das iudicio persequi eines solchen ius das Sekundäre, sowie überhaupt der Prozess das Sekundäre ist gegenüber dem materiellen Recht. Ich kann mir nicht vorstellen, warum dieser doch von jeder positiven Rechts- und Prozessordnung losgelöste Satz einer allgemeinen Rechtslehre gerade für die Römer nicht gelten solle. Dort, wo sich der Rechtsstreit im Schriftformelverfahren abspielt,

1) Deut. BGB § 194.

2) iudicio übersetzt Wlassak „mit einer Schriftformel“ oder „durch Begründung eines Prozesses“. Literaturzitate s. Zivilpr. 13²³.

3) Wlassaks bessere, weil auch genauere Formulierung meiner Auffassung vom zu edierenden Anspruch P. F. 74 f. darf ich grundsätzlich annehmen. Vgl. das Folgende.

wird man ohne unzulässiger Synthese gegensätzlicher Anschauungen ziehen zu werden, von einer Bekanntmachung des Beklagten mit dem klägerischen Anspruch vermittelt einer Formel, bezw. wiederum ganz genau: zunächst mittels eines Formelentwurfes sprechen dürfen. Also Edition des Anspruchs durch den Formelentwurf? Doch da gibt es gleich wieder Schwierigkeiten: der Formelentwurf, mit dem der Kläger seine Aktion beginnt, ist noch nicht die Formel¹⁾, fehlt doch die Namhaftmachung der Person des Richters²⁾ und enthält dieser Entwurf doch nur die actio des Klägers, während actionis verbo non continetur exceptio³⁾, eine Stelle, die übereinstimmend als Stück des paulinischen Kommentars zum Editionsedikts angesehen wird⁴⁾. Ferner: dieser Entwurf unterliegt noch möglichen Korrekturen, zu welchen sich der Kläger herbeilassen muß, wenn er nicht die denegatio actionis des Prätors riskieren will, der etwa über den Entwurf anders denkt als er. Doch von dieser prätorischen Einflußnahme später. Wlassak rückt, trotz der eben genannten, von ihm selber hervorgehobenen Unterschiede zwischen Entwurf und — bei der Litiskontestation verwendbarer — vollendeter Formel, dennoch den Entwurf sehr nahe an die vollkommene Formel heran und wendet sich gegen eine Annahme, wonach der Gegenstand der außergerichtlichen Edition und der endgiltigen, die ein Stück der Litiskontestation ist, „etwas wesentlich Anderes sein könnte: das einemal der in freier Rede vorgebrachte Anspruch, das zweitemal eine dem herkömmlichen Typus entsprechende Formel“⁵⁾. Daß dem im Formelentwurf bei der ersten Edition geltend gemachten Anspruch der in der endgiltigen Formel für die Litiskontestation formulierte Anspruch trotz aller Modifikationen, zu denen sich vielleicht der Kläger unter der steten Drohung der Denegation entschloß, im wesentlichen entsprechen mußte, wenn das Judizium für den Kläger überhaupt noch Sinn

1) Wlassak, P. F. 80.

2) Zivilpr. 130¹².

3) Dig. 50, 16, 8, 1; freilich vorbehaltlich solcher Exzeptionen, die „schon im Album dem als Muster gewählten Prozeß-Schema eingefügt sind“. Wlassak, P. F. 80.

4) Wlassak, P. F. 76¹⁵.

5) P. F. 95. Vgl. aber oben S. 10. N. 8.