

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen

Band 118



Knut Wolfgang Nörr

Ein geschichtlicher Abriss
des kontinentaleuropäischen
Zivilprozesses

in ausgewählten Kapiteln

Mohr Siebeck

Knut Wolfgang Nörr, geboren 1935; Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg und München; kaufmännische Lehre; 1962 zweites juristisches Staatsexamen; 1964 Promotion; 1967 Habilitation; 1966 ordentlicher Professor in Bonn, seit 1971 in Tübingen.

Gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung

ISBN 978-3-16-154258-9

ISSN 0082-6731 (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Aus persönlichen Gründen hat sich die Abfassung des Buches über mehrere Jahre hingezogen. Aber auch so wäre es ohne die Unterstützung von vielen Seiten nicht erschienen.

Danken möchte ich meinem lieben Kollegen Prof. Dr. Thomas Finkenauer, ohne dessen Zuspruch und substantielle Hilfe ich die Kraft zur Beendigung nicht gefunden hätte. Ihn im Hinblick auf die Endredaktion formell als Koautor zu nennen, verbot nur die ihm eigene Bescheidenheit. Das darf nicht missverstanden werden; Lücken und Mängel bleiben in der Verantwortung des Unterzeichneten.

Danken möchte ich der Fritz Thyssen Stiftung für die langjährige Förderung des Projekts und die Gewährung einer namhaften Druckbeihilfe.

Danken möchte ich dem Verlag Mohr Siebeck für die verlegerische Betreuung im Rahmen der Reihe der „Tübinger Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen“.

Zu danken ist den Institutionen und ihren Vertretern, die es mir ermöglicht haben, auch nach der Emeritierung die wissenschaftliche Arbeit fortzusetzen: dem Land Baden-Württemberg, der Universität Tübingen, ihrer Juristischen Fakultät.

Der Dank gebührt nicht zuletzt Frau Lilly Kades und Frau Cornelia Ruchhöft für die schreibtechnische Besorgung und Druckvorbereitung des Buchs.

Schrifttum wurde, soweit erreichbar, in Auswahl bis 2013 angeführt, um dem Leser die weitere Vertiefung in die Materie zu ermöglichen.

Tübingen, im Mai 2015

K.W.N.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitende Bemerkung	XIII
1. Kapitel: Das römische Formularverfahren	1
§ 1 Zur normativen Eigenart des Formularverfahrens	1
§ 2 Ein Abriss des Verfahrens	3
1. Die binnenparteiliche Verfahrenseinleitung	3
2. Das Verfahren vor dem Prätor (<i>in iure</i>)	4
3. Das Verfahren vor dem Richter (<i>apud iudicem</i>)	6
2. Kapitel: Der romanisch-kanonische Prozess	11
§ 3 Vom Gegenstand der Darstellung	11
§ 4 Die am Verfahren beteiligten Personen	13
1. Der Richter	13
2. Weitere gerichtliche Funktionsträger	14
3. Die Parteien	15
4. Der Prokurator	15
5. Der Advokat	16
§ 5 Grundkonstanten des Verfahrensrechts	18
1. Reihenfolgeprinzip und Terminsequenz	18
2. Mündlichkeit, Protokollierung, Schriftlichkeit	19
3. Kategorien von Prozesshandlungen I: <i>Substantialia iudicii</i>	20
4. Kategorien von Prozesshandlungen II: die Unterscheidung zwischen verfahrens- und entscheidungserheblichen Handlungen.	20
5. <i>Officium iudicis</i>	21
§ 6 Der Gang des Verfahrens im Abriss I: bis zur Litiskontestation	22
1. Die Einleitung des Verfahrens. Arten der Klage	22
2. Die Ladung (<i>citatio</i>)	23

3.	<i>Contumacia</i>	23
4.	Prozesshandlungen im ersten gemeinsamen Termin	23
5.	Klage und Klageschrift	24
6.	Klageerwiderung: die <i>exceptio</i>	25
§ 7	Der Gang des Verfahrens im Abriss II: von der Litiskontestation bis zum Endurteil	26
	1. Überblick über die Stadien des Verfahrens	26
	2. Allgemeine Themen des Beweisrechts	26
	3. Der Zeugenbeweis	27
	4. Der Urkundenbeweis	28
	5. Entscheidungsbezogene Eide	29
§ 8	Das richterliche Urteil	30
	1. Prozessuale Grundregeln für die richterliche Urteilsfindung	30
	2. Erfordernisse an das Urteil. Nichtigkeitsgründe	31
	3. Prozesskosten	32
	4. Die Rechtskraft (<i>res iudicata</i>)	32
§ 9	Rechtsmittel gegen das Urteil	33
	1. Die Appellation	33
	2. Andere Rechtsmittel	37
§ 10	Zur Charakterisierung des romanisch-kanonischen Prozesses	40
	1. Die Herrschaft über das Streitobjekt	40
	2. Die Herrschaft über das Verfahren	40
	3. Verfahrensgerechtigkeit	41
3.	Kapitel: Das Verfahren der preußischen Prozessordnung von 1781	43
§ 11	Grundsätze des Verfahrens	43
	1. Aufgaben der Prozessreform	43
	2. Die Verteilung der Rollen zwischen Richter und Parteien	44
	3. Die Verteilung der Rollen unter den Richtern	46
§ 12	Vom Rhythmus des Verfahrens	48
	1. Einheit und Segmentierung	48
	2. Fristen. Formen	49
§ 13	Das Prozedere im Abriss	50
	1. Die Verhandlungen bis zur Beweisaufnahme	50
	2. Von der Beweisaufnahme bis zum Urteilserlass	52
	3. Das Urteil	54
	4. Rechtsmittel	56
§ 14	Zur Charakterisierung des Verfahrens der preußisch- friderizianischen Prozessordnung	58

4. Kapitel: Das Verfahren des <i>Code de procédure civile</i>	61
§ 15 Entstehungsbedingungen des <i>Code de procédure civile</i>	61
§ 16 Gerichtsverfassung, Gerichtspersonen	64
§ 17 Grundkonstanten des Verfahrensrechts	66
1. <i>Principes directeurs</i>	66
2. Mündlichkeit und Schriftlichkeit. Der Formalismus der <i>actes de procédure</i>	67
3. Mindestverfahren und <i>incidents</i>	69
4. Fristen (<i>délais</i>)	70
§ 18 Der Gang des Verfahrens im Abriss	71
1. Das Mindestverfahren	71
2. <i>Exceptions</i> und Verwandtes	72
§ 19 Der Beweis	75
1. Allgemeine Themen des Beweisrechts	75
2. Der Urkundenbeweis	76
3. Der Zeugenbeweis	77
4. Weitere Beweismittel	78
5. Die richterliche Beweiswürdigung	81
§ 20 Das Urteil	82
1. Prozessuale Grundsätze der Urteilsfindung	82
2. Verfahrensvorschriften zur Urteilsfindung	83
3. Form und Inhalt des Urteils	83
4. Wirkungen des Urteils	84
§ 21 Rechtsmittel gegen das Urteil	85
1. Der <i>appel</i>	85
2. Die <i>opposition</i>	86
3. Außerordentliche Rechtsmittel	86
§ 22 Zur Charakterisierung des Verfahrens des C.pr.civ.	89
1. Richter und Parteien: die Verteilung der Aufgaben und Befugnisse	89
2. Vom Rhythmus des Verfahrens. Schriftlichkeit und Mündlichkeit	90
3. Adressaten und „Stützen“ des Gesetzbuchs	91
5. Kapitel: Die Genfer Loi sur la procédure civile von 1819	93
§ 23 Leitvorstellungen des Gesetzes	93
1. Von Bellot aufgestellte zwei Prinzipien	93
2. Das neue Regelverfahren	94
§ 24 Verfahrensregeln in Auswahl	97
1. Von der Klageerhebung bis zum Urteil	97

2. Der Beweis	98
3. Urteil und Rechtsmittel	100
6. Kapitel: Prozessrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	103
§ 25 Jüngerer Naturrecht und Zivilprozess	103
1. Grund- und Vorfragen	103
2. Exogene Elemente: Rechtfertigung und Zweck des Prozesses	104
3. Endogene Elemente: System- und Maximenbildung	106
§ 26 Die konstruktiv-begriffliche Verwissenschaftlichung des Zivilprozessrechts	107
1. Einführung in das Thema	107
2. Bülow und das Prozessrechtsverhältnis	108
3. Degenkolb und das abstrakte Klagerecht	110
4. Wach und der Rechtsschutzanspruch	112
5. Chiovenda: Principii di diritto processuale civile	114
7. Kapitel: Das Verfahren der Reichscivilprozeßordnung von 1877	119
§ 27 Entstehungsbedingungen der RCPO	119
§ 28 Aus der Allgemeinen Begründung des Entwurfs der RCPO	121
1. Eine vierfache Gruppierung	121
2. Die Mündlichkeitsdoktrin	122
3. Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung	123
§ 29 Grundlinien des Verfahrens nach der RCPO 1877	125
1. Zur Ausgestaltung der Mündlichkeit	125
2. Aufgaben und Befugnisse von Richter und Parteien	126
3. Der Beweis	127
4. Zum Rechtsmittelsystem	128
5. Das Versäumnisverfahren	129
§ 30 Zur Charakterisierung des Verfahrens der RCPO	130
8. Kapitel: Das Verfahren der österreichischen Civilprozessordnung von 1895	133
§ 31 Leitvorstellungen Franz Kleins zur Reform des Zivilprozesses	133
1. Der Inhalt von „Pro futuro“ im Überblick	133
2. Richterliche Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung	134
3. Gegenseitige Unterstützung der Parteien in der Prozessführung	135
4. Mittel der Prozessbeschleunigung	136

5. Die Betrauung Franz Kleins mit dem Entwurf der Zivilprozessordnung	137
§ 32 Das Gesetz von 1895: Impulse und Orientierungen	139
§ 33 Die verfahrensbeteiligten Personen	142
1. Der Richter	142
2. Die Parteien	143
§ 34 Allgemeine Bestimmungen über das Verfahren	145
1. Schriftsätze	145
2. Zustellungen	145
3. Fristen und Termine	146
4. Versäumung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	147
5. Ruhen des Verfahrens	147
§ 35 Allgemeine Bestimmungen über die mündliche Verhandlung	148
1. Parteivorträge	148
2. Prozessleitung	148
3. Verhandlungsprotokoll	149
§ 36 Verfahren vor dem erstinstanzlichen Kollegialgericht (ohne Beweisrecht)	151
1. Die Klage	151
2. Die sogenannte Erste Tagsatzung	152
3. Franz Klein und das Thema der Prozesseinreden	152
4. Die Prozesseinreden	153
5. Beantwortung der Klage	154
6. Vorbereitendes Verfahren	154
7. Mündliche Streitverhandlung	155
§ 37 Allgemeine Bestimmungen über Beweis und Beweisaufnahme	156
1. Beweis	156
2. Glaubhaftmachung	156
3. Beweisaufnahme	157
4. Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter	158
5. Verfahren bei der Beweisaufnahme	158
§ 38 Einzelne Beweismittel	160
1. Beweis durch Urkunden	160
2. Beweis durch Zeugen	161
3. Beweis durch Sachverständige	162
4. Beweis durch Augenschein	163
5. Beweis durch Vernehmung der Parteien	163
§ 39 Urteile und Beschlüsse	165
1. Grundsatzfragen	165
2. Zur Typologie des Urteils	165

3. Urteil in Versäumnisfällen	166
4. Beschlüsse	167
§ 40 Das Rechtsmittel der Berufung	168
1. Die Grundentscheidung des Gesetzes	168
2. Einleitende Bestimmungen	169
3. Erhebung der Berufung	169
4. Das Vorverfahren	170
5. Die mündliche Berufungsverhandlung	171
6. Die Berufungsentscheidung	171
7. Die Wiederaufnahmeklage als Korrektiv des Novenverbots	172
§ 41 Andere Rechtsmittel im Überblick	173
1. Die Revision	173
2. Der Rekurs	173
3. Die Nichtigkeitsklage	174
4. Die Wiederaufnahmeklage	175
§ 42 Zur Charakterisierung des Verfahrens der öZPO	176
Schlusskapitel: Versuch einer Bilanz	177

Einleitende Bemerkung

Wenn sich Theoretiker und Praktiker des Zivilprozessrechts aus verschiedenen Nationen des europäischen Kontinents ohne große Mühe fachlich verständigen können, so geht diese Fähigkeit auf das gemeinsame Erbe im gelehrten Prozessrecht des Mittelalters zurück, eines Erbes, dessen Einzelteile, wenn zerlegt, sich ihrerseits vorwiegend im Corpus iuris Justinians befunden hatten. Von Einzelteilen sprechen wir, nicht vom Ganzen; denn die Regeln und Institute waren, auch wenn da und dort verdichtet, über das ganze justinianische Gesetzeswerk verstreut, und die fortschreitend-zusammenhängende Abbildung und Normierung des Verfahrensablaufs, wie wir sie von modernen Prozessordnungen gewohnt sind, sucht man, aus welchen Gründen auch immer, bei Justinian vergebens. Vor dieser Situation sind die mittelalterlichen Juristen gestanden, ihnen ist aber dann gelungen, durch Interpretieren und Synthetisieren ein kohärentes Gebilde des Prozessrechts zu schaffen: womit sie auch eine neue juristische Disziplin und, in der Folgezeit, einen eigenen Gegenstand kodifikatorischer Gesetzgebung ins Leben gerufen haben.

Im justinianischen Gesetzeswerk waren Texte aus einem halben Jahrtausend Rechtsentwicklung versammelt, und alles wurde getan, um der hieraus fließenden Verschiedenartigkeit und Uneinheitlichkeit der Sätze und Gedanken Rechnung zu tragen; die Spannungen überall zu lösen ist aber den Verfassern dann doch nicht gelungen. Diese Lage vor Augen hat man im Laufe der Jahrhunderte auf zweierlei Weise reagiert. Im Mittelalter wurden die Texte normativ und argumentativ verwendet, die Spannungen suchten die Juristen mit dem Instrumentarium des Harmonisierens der Texte, des Herstellens von Einklang und Einheitlichkeit zu überwinden. Sobald aber die Texte nicht als „geltend“ verwendet, sondern aus historisch-antiquarisch-rekonstruierendem Antrieb untersucht wurden, war der Weg frei, sowohl die Texte selbst auf ihre ursprüngliche Fassung zu prüfen als auch neben sie andere Texte der Antike zu stellen, Texte unterschiedlichster Herkunft und Natur, mit dem Ergebnis, dass sich aus dem Ganzen bestimmte Entwicklungsstufen, bestimmte Periodisierungen des römischen Zivilprozesses, teils aufeinanderfolgend, teil sich überschneidend herausfiltern ließen. Heute werden den Perioden entsprechend vier Verfahrens-

ordnungen unterschieden¹: Legisaktionenverfahren, Formularprozess, klassischer Kognitionsprozess, Verfahren in nachklassischer Zeit. In dieser Einteilung muss dem Formularprozess seiner „Vernunft“ und Typizität wegen im Rahmen dieser Untersuchung unbestrittenermaßen der Vorrang zukommen. Aus dem Blickwinkel einer europäischen Geschichte des Zivilprozesses ist er als eine Art Prolog oder Praeludium anzusehen, als ein Vorspiel, das nun im Folgenden in knappsten Strichen vor Augen geführt werden soll.

¹ So jedenfalls mit Kaser/Hackl die umfassendste Darstellung des römischen Zivilprozessrechts.

1. Kapitel

Das römische Formularverfahren

§ 1 Zur normativen Eigenart des Formularverfahrens

Um die Eigenart des Formularverfahrens und seine Andersartigkeit gegenüber den heutigen Regelungen näherzubringen, ist es notwendig, gewisse Aspekte des Staats- und Gerichtsverfassungsrechts und des Verfahrensrechts anzusprechen.

Nehmen wir den Allerweltsfall der Klage auf Rückzahlung eines Darlehens. In den modernen Rechtsordnungen Europas finden sich regelmäßig gesetzliche Normen, in denen die Rückzahlung des Darlehens behandelt ist, und existieren Gerichte, die, wenn geklagt wird, über den Streitfall normgemäß entscheiden. Hierbei beruht ihre Befugnis oder Pflicht zu entscheiden auf der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Bestimmung, dass wer ein richterliches Amt innehat und so als Richter tätig wird, den ihm kraft Gesetzes oder Geschäftsordnung zugewiesenen Rechtsstreit dem Recht gemäß zu prüfen und zu entscheiden hat. Man kann dies als gesetzlichen Judikationsbefehl bezeichnen.

Anders gestalteten sich die Verhältnisse im römischen Formularprozess. Hier stellte sich (in unseren Augen) der Weg von der Norm zur Entscheidung des Rechtsstreits verwickelter dar. Den Angelpunkt bildete der von Fall zu Fall an eine Privatperson gerichtete prätorische Judikationsbefehl. Der Prätor¹ hatte am Anfang seiner einjährigen Amtszeit angekündigt, in welchen privatrechtlichen Verhältnissen er den Parteien zu ihrem Recht verhelfen werde. In seinem Edikt führte er als hypothetisch-antizipierende Figuren bestimmte *formulae* in Gestalt von Blanketten auf, in denen er die Privatperson als *iudex* einsetzte und ihr das Streitprogramm vorgab. Die *formula* war mit aller Sorgfalt redigiert; sie bezieht sich auf den Klagegrund² und gibt den Rahmen für die Entscheidung des *iudex* vor.

Für das Ganze pflegt man vom aktionenrechtlichen Denken der Römer zu sprechen, das keine deutliche Grenze zwischen materiellem und Prozessrecht ziehe; genutzt wurde da auch die Mehrdeutigkeit des Begriffs der *actio*³.

¹ Für die typologische Fragestellung kann außer Betracht bleiben, dass zwei Prätores (*praetor urbanus* und *praetor peregrinus*) die einschlägigen Funktionen ausübten.

² Er entstammt entweder Schicht des *ius civile* oder des in der Jurisdiktionsgewalt des Prätors wurzelnden und von ihm strukturierten *ius honorarium*.

³ Es liegt nahe, in diesem Zusammenhang Windscheid zu zitieren: „*Actio* ist in der Abstufung seiner sich immer mehr verengenden Bedeutungen: Handlung; Verhandlung (mit einem

Auf Seiten des Beklagten konnten Gegenrechte – Einwendungen und Einreden nach unserem Sprachgebrauch – vor dem Prätor geltend gemacht werden, der sie in die Formel aufnahm; als negative Bedingung der Verurteilung des Beklagten gefasst trugen sie die Bezeichnung *exceptio*⁴. Bestimmte Einwendungen konnten auch noch vor dem Richter geltend gemacht werden.

anderen); gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung mit besonderer Beziehung auf den Angreifer, also gerichtliche Verfolgung, das, was wir Klage nennen; gerichtliche Verfolgung, Klage nicht als Thatsache gedacht, sondern als rechtliche Zuständigkeit. Dieser letztere Begriff ist es, welcher verwendet wird, um zu bezeichnen, was wir bezeichnen wollen, wenn wir Anspruch sagen. Man darf nicht sagen, die römische *actio* sei unser Anspruch; in dem Begriffe *actio* wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriffe Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat. Aber bei weitem nicht immer, wenn die Römer von *actio* reden, denken sie dieses Element in seiner spezifischen Bedeutung; in außerordentlich häufigen Fällen hat es für ihre Vorstellung keine andere Bedeutung, als eben die, daß das Begehren rechtlich anerkannt sei. Nach einer ihnen durchaus geläufigen Auffassungsweise ist die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs ein Ausdruck seiner rechtlichen Anerkennung überhaupt; statt zu sagen: einem Anspruche steht das Recht zur Seite, sagen sie: es steht ihm das Gericht zur Seite. Was wir Rechtsanspruch nennen, ist für die Römer Gerichtsanspruch“ (B. Windscheid/T. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, I § 44).

⁴ Zur näheren Information über das Vorausgegangene sei auf folgendes Schrifttum verwiesen (wobei wir uns auf die deutschsprachige Literatur beschränken dürfen): M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996; A. Bürge, Römisches Privatrecht, 1999; W. Kunkel/M. Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl. 2005; W. Waldstein/J.M. Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014; M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. 2014.

§ 2 Ein Abriss des Verfahrens

In der Romanistik werden neben der binnenparteilichen Prozesseinleitung zwei Phasen des Verfahrens unterschieden: das Verfahren vor dem Prätor (*in iure*) und das Verfahren vor dem Richter (*apud iudicem*) mit dem den Rechtsstreit abschließenden Urteil. Zwischen die zweite und die dritte Phase schob sich die *litis contestatio*. Unsere Darstellung beschränkt sich auf die stadtrömischen Verhältnisse (und geht auch insoweit nicht auf die Marktgerichtsbarkeit der *aediles curules* ein). Außer Betracht bleiben die besonderen Prozessarten wie etwa die *interdicta*¹.

1. Die binnenparteiliche Verfahreseinleitung

Den Beginn des prozessualen Geschehens stellt regelmäßig die vom Kläger vorzunehmende außergerichtliche *editio actionis* dar. Sind beide Parteien römische Bürger (*cives*), dann richtet sich der Kläger nach den im Edikt des *praetor urbanus* enthaltenen *formulae*, besitzen eine oder beide Parteien nicht das römische Bürgerrecht, so ist die Formel aus dem Edikt des *praetor peregrinus* zu wählen. Ist für den konkreten Sachverhalt, auf den die Klage gestützt werden soll, eine geeignete Formel nicht zu finden, kann der Kläger versuchen, mit einer neuen auf diesen Sachverhalt zugeschnittenen Formel voranzukommen (*actio in factum*). Die angestrebte *actio* hat der Kläger (mündlich oder schriftlich) nebst den in Aussicht genommenen Beweismitteln (*instrumenta*)² dem Beklagten mitzuteilen. Daran können sich Verhandlungen zwischen den Parteien anschließen; der Beklagte widerspricht etwa und bringt eine ihm günstiger erscheinende *actio* ein; oder er akzeptiert zwar die klägerische *actio*, dringt aber auf Einfügung einer *exceptio*, der dann gegebenenfalls der Kläger eine formularische *replicatio* entgegenhält. Die Parteien subsumieren auf diese Weise gemeinsam oder gegenläufig. Die Verhandlungen können in die Vereinbarung münden, sich zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem Ort nahe der prätorischen Gerichtsstätte (*ius*) einzufinden, wofür der Beklagte Sicherheit mittels des *vadimonium* in Form der Stipulation einer Strafsumme leistet³. Misslingen alle Versuche der Eini-

¹ Der Abriss stützt sich in erster Linie auf M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, S. 149–432. Dort finden sich auch die Angaben zur älteren Literatur, nicht zuletzt zum reichen italienischen Schrifttum.

² Hierzu A. Bürge, Zum Edikt De edendo, ZRG Rom. Abt. 112 (1995), S. 1, 25 ff.

³ So nach dem herrschenden Verständnis der einschlägigen Quellen, eine andere Auffassung vertritt E. Metzger, Litigation in Roman Law, 2005. – Vom erwähnten „Ladungsvadi-

gung, dann spricht – in einem ebenfalls außergerichtlichen Akt – der Kläger die Ladung des Beklagten vor den Prätor aus (*in ius vocatio*). Schon im Stadium der Vorbereitungen können sich in verwickelteren Fällen die Parteien von Juristen beraten lassen.

2. Das Verfahren vor dem Prätor (*in iure*)

Folgt der Beklagte der Ladung des Klägers nicht und tritt für ihn auch kein Gestellungsbürge (*vindex*) auf, so ist nicht Sachfälligkeit die Folge, sondern greift der Prätor, um das Erscheinen zu erzwingen, zu scharfen Maßnahmen, die bis in die *venditio bonorum*, eine Art Konkurs des Beklagten, mündeten. Ähnliches gilt, wenn für den Beklagten auftretende Prozessvertreter, etwa ein *cognitor* oder ein *procurator*, säumig geworden sind.

Die Verhandlungen vor dem Gerichtssitz des Prätors finden öffentlich statt; sie sind weder an bestimmte Formen noch an eine festgelegte Reihenfolge gebunden. Ziel der Verhandlungen ist regelmäßig die Einsetzung des *iudicium*, das heißt der Erteilung des Judikationsbefehls an den vorgesehenen *iudex* und die Fixierung des Streitprogramms (*actio, exceptio*, usw.) in Gestalt der *formula*.

Sind sich die Parteien über die *actio* und die allfällige *exceptio* einig⁴, so wird dem der Prätor gefolgt sein, doch behält er sich in bestimmten Konstellationen eine nähere Prüfung der Sach- und Rechtslage vor (*cognitio* im engeren Sinn). Auch sonst stellt er eine Art von Schlüssigkeitsprüfung an. Sind sich die Parteien nicht einig und entscheidet sich der Prätor für die vom Beklagten favorisierte *actio*, beharrt aber der Kläger auf seiner Wahl, dann wird die Klage abgewiesen (*denegatio actionis*)⁵. Gleiches gilt, wenn der Kläger die vom Prätor bewilligte *exceptio* nicht akzeptiert. Im umgekehrten Fall der Entscheidung des Prätors für die klägerische *actio* und der Weigerung des Beklagten, sich hierauf einzulassen, gilt dieser als *indefensus* mit für ihn einschneidenden Folgen, die je nach Art der angestrebten *actio* variieren⁶.

Der Prätor entscheidet aber nicht nur über die zu gewährende *formula*, sondern erstreckt seine Prüfung auch auf verfahrensrechtliche Aspekte. Hierzu gehören⁷: die Wirksamkeit der erfolgten Ladung, die Parteifähigkeit (fehlt bei-

monium“ ist das „Vertagungsvadimonium“ zu unterscheiden, das vom Beklagten zu leisten ist, wenn der Prätor für die Fortsetzung der Verhandlung vor ihm einen neuen Termin ansetzt. S. zuletzt N. Donadio, *Vadimonium e contendere in iure*, 2013.

⁴ Hat sich der Beklagte aus Irrtum nicht auf eine ihm zustehende *exceptio* berufen, so kann ihm der Prätor die *restitutio in integrum* gewähren.

⁵ Rechtskraftwirkung kommt ihr nicht zu, sodass der Kläger einen neuen Versuch vor Prätores der folgenden Amtsjahre unternehmen kann.

⁶ Zu den nach Aktionengattungen unterschiedlichen Folgen, wenn der Beklagte den Klageanspruch anerkennt (*confessio in iure*) s. Kaser/Hackl (oben Fn. 1), § 37.

⁷ Sind mehrere Gerichte sachlich zuständig, also neben Rom Gerichte in den Provinzen, so bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit regelmäßig nach dem Wohnsitz des Beklagten.

spielsweise dem Sklaven), die Prozessfähigkeit (fehlt teilweise der Frau), die Postulationsfähigkeit (fehlt dem unter 17jährigen); bei fehlender oder beschränkter Postulationsfähigkeit stellt der Prätor der Partei einen *advocatus* zur Seite. Steht das Fehlen der Prozessvoraussetzung nicht fest, sondern bedarf es der Beweiserhebung, so sorgt der Prätor für die Aufnahme einer entsprechenden *exceptio* in die Formel, womit dann der *iudex* mit der Prozessvoraussetzung befasst wird. Ob der Beklagte sachlich legitimiert, beispielsweise der wahre Erbe ist, kann durch die förmliche *interrogatio in iure* außer Streit gestellt werden.

Die Parteien können sich durch *cognitores* oder *procuratores* vertreten lassen, die für sie als Partei den Prozess führen, für sie die Anträge stellen (*postulare*)⁸ und Prozesshandlungen vornehmen. Der *cognitor* wird mit an den Gegner gerichteten Worten förmlich bestellt, der *procurator* hingegen formlos ermächtigt. Der klägerische *procurator* hat Sicherheit dafür zu leisten, dass die Partei seine Prozessführung für sich gelten lassen wird. Auf Seiten des Beklagten ist in beiden Varianten der Vertretung Sicherheit für die Erfüllung des Urteils zu leisten je nachdem vom vertretenen Prinzipal selbst oder von seinem Prozessvertreter. Der Prätor prüft die Wirksamkeit der Bestellung zur Prozessvertretung; wenn erforderlich sorgt er für die Einfügung der *exceptio cognitorea* beziehungsweise *procuratoria* in die Formel.

Im Verfahren vor dem Prätor spielt der Eid (*iusiurandum*) keine geringe Rolle. Man findet ihn in den beiden Kategorien des entscheidungsbezogenen und des verfahrensbezogenen Eides⁹. Ersterer wird als von Partei zu Partei geschobener Eid (später als *iusiurandum voluntarium* bezeichnet) und als vom Prätor auferlegter oder autorisierter Eid (*iusiurandum necessarium*) geleistet. Wird der freiwillige Eid vom Kläger dem Beklagten zugeschoben und von diesem abgelegt, dann weist der Prätor die Klage ab; wird der Eid vom Beklagten zugeschoben und vom Kläger abgelegt, gewährt der Prätor eine *actio in factum*, bei der der Richter, da das Bestehen des Anspruchs beeidet und somit unbestreitbar geworden ist, über Streitfragen in Hinblick auf die Eidesleistung entscheidet. Der vom Prätor autorisierte Eid ist auf bestimmte *actiones* beschränkt; er wird vom Kläger dem Beklagten zugeschoben, der ihn entweder leistet oder seinerseits dem Kläger zurückschiebt. Zu den verfahrensbezogenen Eiden zählt beispielsweise das *iusiurandum calumniae*¹⁰.

Den *iudex* zu benennen obliegt den Parteien, dem Prätor steht die Kontrolle über bestimmte Hindernisse einer Übernahme der Richterfunktion zu. Die

⁸ Hierzu V. Carro, ... et ius et aequom postulas ...: studio sull'evoluzione del significato di *postulare*, 2006.

⁹ Zum Ganzen jetzt J.D. Harke, Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht, 2013.

¹⁰ Hierzu allgemein A.M. Giomaro, Per lo studio della *calumnia*: aspetti di „deontologia“ processuale in Roma antica, 2003.

Parteien können die Wahl aus einer im Voraus erstellten Richterliste treffen, deren Zusammensetzung ständischen Bindungen unterlag; sie können aber auch listenfreie Personen ohne ständische Beschränkungen benennen, also auch einen Freigelassenen oder einen Nichtbürger. Sind sich die Parteien nicht einig, so wird ein Auswahlverfahren aus der Richterliste erforderlich, bei dem nach mehreren Schritten der Beklagte das letzte Wort behält. Wer als *iudex* bestimmt wird, hat die Aufgabe zu übernehmen, sofern er nicht anerkannte Hinderungsgründe geltend machen kann.

Der Prätor ebnet den Weg zum *iudex* nur, wenn die Parteien in der *litis contestatio* – deren Ausgestaltung im Einzelnen im Schrifttum umstritten ist – die Richtereinsetzung und das Streitprogramm abschließend akzeptiert haben.

An die Litiskontestation knüpft sich neben materiellrechtlichen eine Reihe von prozessualen Wirkungen. Richter und Parteien sind an das Streitprogramm gebunden, eine Klageänderung als Änderung der *formula* würde den Strukturen des Formularprozesses widerstreben. Maßgebend für das richterliche Urteil ist grundsätzlich die Rechtslage im Zeitpunkt der Litiskontestation, nicht der Urteilsfällung. Einer dritten Wirkung liegt eine judizielle Dichotomie zugrunde: Unterschieden werden *iudicium legitimum* und *iudicium imperio continens*; ersteres liegt vor, wenn (unter anderem) der Prozess in Rom stattfindet und alle Beteiligten römische Bürger sind; alle anderen Prozesse stellen *iudicia imperio continentia* dar. Handelt es sich nun im Rahmen der *iudicia legitima* um eine im *ius civile* verankerte schuldrechtliche Klage (*actio in personam*), so wird mit der Litiskontestation die eingeklagte *actio* „konsumiert“, zum Erlöschen gebracht, sodass aus der *actio* nicht erneut geklagt werden kann. In allen anderen Konstellationen bedarf es, um eine doppelte Inanspruchnahme zu verhindern, der Einfügung (auf Verlangen oder von Amts wegen) der *exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* in die Formel der zweiten Klage; hier wird also die durch Litiskontestation eintretende „Rechtshängigkeit“ mit der vom Urteil ausgelösten „Rechtskraft“ zu einer Einheit verknüpft.

3. Das Verfahren vor dem Richter (*apud iudicem*)

Den ersten Termin vor dem *iudex* hatte auf Parteiantrag der Prätor anberaunt. Die Verhandlungen *apud iudicem* können an nur einem Tag abgeschlossen werden oder mehrere Termine in Anspruch nehmen. Jedoch darf das Jahr der Amtsdauer des das Gericht einsetzenden Prätors nicht überschritten werden; als Sonderregel finden *iudicia legitima*¹¹ erst nach 18 Monaten ihr Ende (sog. *mors litis*). Beidemal bleibt wohl das Klagerecht unberührt; in der Amtszeit des neuen Prätors beginnt das Verfahren *apud iudicem* von neuem.

¹¹ Oben unter 2.

Für den Ablauf des Verfahrens vor dem Richter gab es nur wenige rechtliche Vorschriften, man hielt sich jedoch an Regeln, die einem standardisierten Herkommen entsprangen¹². So ist es Brauch, dass der Richter zuerst dem Kläger nebst dessen *advocatus*, dann dem Beklagten mit dem Beistand das Wort erteilt. Dieselbe Reihenfolge wird eingehalten, wenn für die Parteien das Wort von Rhetoren (*oratores, patroni*) geführt wird, deren Redekunst besonders im Beweisstadium das Feld beherrscht. In den Bereich gerichtsblicher Standards fallen auch unsere Prozessprinzipien wie der Grundsatz der Gewährung beiderseitigen Gehörs.

Im Mittelpunkt des Verfahrens *apud indicem* stand die Beweiserhebung. Allerdings war das Beweisrecht begrifflich noch wenig geformt. Uns geläufige Unterscheidungen wie die zwischen Haupt- und Gegenbeweis oder, in Hinblick auf die Beweislast, zwischen subjektiver Beweislast (Beweisführungslast) und objektiver Beweislast (Feststellungslast; Risiko der Beweislosigkeit) kann man zwar implizit den Quellen entnehmen, wurden aber nicht reflektiert. Für die Beweislast gelten einige den Richter bindende Grundregeln, wonach der Kläger die Voraussetzungen der *actio*, der Beklagte die der *exceptio* (unbeschadet gewisser Ausnahmen) zu beweisen hat; ferner verschiebt die bloße Verneinung regelmäßig nicht die Beweislast. Im übrigen war der Fragenkreis weithin von aktionenspezifischen Regeln geprägt¹³. Beweis zu führen und die Beweismittel beizubringen ist Sache der Parteien, von Amts wegen erhebt der Richter keinen Beweis. Fragen zu stellen ist ihm aber nicht verwehrt. Hält er sich für hinreichend instruiert, kann er den Verhandlungen ein Ende setzen.

Unter den Beweismitteln spielt der Zeugenbeweis die erste Rolle. Bestimmte Personengruppen sind (absolut oder relativ) unfähig, Zeugnis zu leisten. Wer zeugnisfähig, aber zeugnisunwillig ist, sieht sich nur dann einem – mittelbaren – Zeugniszwang ausgesetzt, wenn er bei bestimmten Formalgeschäften als Zeuge aufgetreten war. Zeugen legen einen Voreid ab. Sie werden grundsätzlich durch die Parteien, nicht den Richter befragt. Neben dem Zeugenbeweis sei noch der Urkundenbeweis erwähnt. Auch die Urkunden sind von den Parteien beizubringen; weigert sich eine Partei, dem Verlangen des Gegners nach Vorlage einer Urkunde nachzukommen, so kann nur der Prätor und nicht der Richter Abhilfe schaffen.

In der Würdigung der geführten Beweise, ob nun Zeugen- oder Urkunden- oder anderer Beweis, ist der Richter keinen rechtlich bindenden Regeln unterworfen, genießt er insoweit unbeschränkte Freiheit.

Im Judikationsbefehl hatte der Prätor neben der Untersuchung die Entscheidung des Streitfalls angeordnet (*condemnato/absolvito*). Dem konnte sich der

¹² Siehe Kaser/Hackl (oben Fn. 1), § 52.

¹³ Beweisrechtliche Vermutungen (später *praesumptiones* genannt) lassen sich im Formularverfahren kaum von Auslegungsregeln unterscheiden; zu letzteren s. U. Babusiaux, *Id quod actum est*, 2006.

iudex durch den Eid entziehen *rem sibi non liquere*; es war dann ein neuer Richter einzusetzen. Das Urteil (*sententia*) hat sich an die *formula* zu halten, es darf im Fall des Stattgebens der Klage Inhalt und Umfang des klägerischen Begehrens nicht überschreiten. Dieser im gemeinen Recht in die Wendung *ne ultra petita* gefasste Grundsatz verwandelt sich bei bestimmten Aktionen in ein *ne infra petita* in Fällen übersteigter Formulierung des Klaganspruchs: die Gefahr der *pluris petitio* (der Klage nur teilweise stattzugeben blieb außer Betracht). Das Urteil hat sich ferner an Parteivortrag und Beweisergebnis zu halten: *secundum allegata et probata partium* in mittelalterlicher Diktion. Dem Richter sind Subsumption und Assoziation aufgegeben; sieht er sich Rechtsfragen gegenüber, die er selbst (weil wie meist juristischer Laie) nicht lösen kann oder aus Haftungsgründen¹⁴ allein nicht lösen will, so bedient er sich – wie schon *in iure* der Prätor – des *consilium* von Juristen¹⁵. Ein Ausspruch über Prozesskosten ist nicht vorgesehen. Das Urteil wird vom Richter öffentlich verkündet; Urteilsbegründung nach unseren Maßstäben war unbekannt¹⁶. Vorwerfbare Säumnis des Beklagten hatte offenbar Sachfälligkeit zur Folge.

Ist das Urteil verkündet, kann es vom Richter nicht mehr geändert oder widerrufen werden. Ein neuer Prozess zwischen den Parteien *de eadem re* ist ausgeschlossen, wenn nicht ausnahmsweise eine *restitutio in integrum* gewährt wird¹⁷. Zur (materiellen) Rechtskraft finden sich zwar einprägsame Sätze¹⁸ wie *res iudicata pro veritate accipitur* oder *res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant*, doch bleiben sie kontextbestimmt und werden nicht abstrahiert: wie überhaupt die ganze Materie teils aktionenspezifisch, teils kasuistisch behandelt wird und um eine die Fälle und Lösungen aufeinander beziehende Synthese die Juristen nicht besorgt gewesen sind.

Wird der Beklagte verurteilt und erfüllt er nicht freiwillig, so ist er der Klage aus dem Urteil (*actio iudicati*) ausgesetzt.

Rechtsmittel im eigentlichen Sinn gegen das Urteil setzen einen hierarchisch aufgebauten Instanzenzug voraus, den es nicht gegeben hat. Die benachteiligte Partei mag versuchen, ein Instrument des Verfassungsrechts einzusetzen, nämlich an Konsuln, an den *collega* des Prätors oder an Volkstribune heranzutreten und sie zum Veto (*intercessio*) zu bewegen, doch kann hierdurch nur auf Juris-

¹⁴ Ausgedrückt in der Wendung des *iudex qui litem suam facit*.

¹⁵ Sind *responsa prudentium* einhelliger Meinung, ist der Richter daran gebunden.

¹⁶ Zu „summarischen“ Begründungen s. M. Marrone, in: *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, 1999, S. 53.

¹⁷ Näheres oben unter 2.

¹⁸ Soweit sie auch dem Formular- und nicht nur dem Kognitionsprozess zugeordnet werden. – Vgl. A. Wacke, *Res iudicata pro veritate accipitur? Die Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz*, in: *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, 2011, S. 489.

diktionsakte des Prätors, nicht auf das richterliche Urteil eingewirkt werden¹⁹. Im Prinzipat nahm hingegen, vom Kognitionsprozess herüberreichend, die Möglichkeit Gestalt an, gegen das richterliche Urteil an den Kaiser zu appellieren. In den nicht seltenen Fällen der Urteilsnichtigkeit kann sich hierauf die verurteilte Partei gegenüber der *actio iudicati* berufen.

* * *

Nicht an das Formularverfahren, sondern an das prozessrechtliche Konglomerat im *Corpus iuris civilis* hat der romanisch-kanonische Prozess des Mittelalters angeknüpft. Wenn dann Splitter des Formularverfahrens wiederzukehren schienen – allen voran die *litis contestatio* –, so handelte es sich bestenfalls um ein Kontinuum in sozusagen justinianisch gefilterter, justinianisch entkernter Gestalt: das Wort ist dasselbe geblieben, die Sache eine ganz andere geworden. Aber auch das justinianische Recht hat in der Verarbeitung durch das romanisch-kanonische Prozessrecht seine Identität verloren; zwar bemühten sich die gelehrten Juristen um getreueste Befolgung der justinianischen Regeln, doch fehlte ihnen die uns heute geläufige Einsicht in die kulturell-perzeptorische Bedingtheit (wenn solche vereinfachenden Formulierungen erlaubt sind) jeder Aufnahme des Gedankenguts einer anderen Zeit.

¹⁹ In gewissen Fällen gewährt der Prätor die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*) gegen die von ihm oder einem Vorgänger verfügte Einsetzung des *iudicium*.

2. Kapitel

Der romanisch-kanonische Prozess

§ 3 Vom Gegenstand der Darstellung

An der Wiege des gemeinsamen europäischen Erbes im Zivilprozessrecht standen nicht der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung, sondern die Wissenschaft¹. Sie hat anhand – vorwiegend – des ungefüg-disparaten Textmaterials im *Corpus iuris civilis*² ein neues Ganzes geschaffen, genauer: die eigenständige Disziplin des Zivilprozessrechts überhaupt erst begründet und in diesem Rahmen eine Kohärenz des Verfahrensablaufs literarisch hergestellt. Vorwiegend, sagten wir, weil noch andere Quellen nicht unwesentlich beigetragen haben: zum einen italienisches Statutarrecht nebst ungeschriebener Rechtsgewohnheit, zum anderen päpstliche Rechtsetzung, die Dekretalen³ (die ihrerseits zum großen Teil aus Lösungen gelehrter Kontroversen hervorgegangen sind)⁴. An den wissenschaftlichen Bemühungen und Ergebnissen hatten Legisten und Kanonisten insgesamt gleichen Anteil.

Das auf diese Weise entstandene romanisch-kanonische Prozessrecht⁵, ein Teilbereich des mittelalterlichen *ius commune*⁶, hat sich zwar als universales Recht verstanden, nicht jedoch gegenüber partikularrechtlichen Erscheinungen monopolistisch abgeschottet, vielmehr sie in aller Regel beachtet und ihnen dann Vorrang eingeräumt. Besondere Bedeutung kam hierbei dem *stilus curiae* oder *usus fori* zu. Aus diesen und anderen Gründen⁷ verkörpert die folgende

¹ Das Kapitel beruht auf Untersuchungen, deren Ergebnisse in meinem Romanisch-kanonischen Prozessrecht (2012) publiziert worden sind. – Für die Frühzeit s. auch W. Litewski, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*, 1999. – Anregend M. Schmoeckel, *Die Jugend der Justitia: Archäologie der Gerechtigkeit im Prozeßrecht der Patristik*, 2013.

² Siehe oben die Einleitende Bemerkung.

³ Eine schon früh *a potiori* gewählte Bezeichnung.

⁴ Näher hierzu K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, 2012, § 1, Fn. 1.

⁵ Zur Bezeichnung s. Rom.-kan. Prozessrecht (oben Fn. 4), § 1, unter 1.

⁶ Später hat sich im deutschen Sprachraum der Name Gemeines Prozessrecht eingebürgert.

⁷ Weder die Kenntnis der Regeln des gelehrten Prozessrechts noch die Bereitschaft, sie strikte einzuhalten, war an allen Gerichten gleich ausgeprägt.

Darstellung eine Art Grundmuster eines Regelwerks, von dem dann in der praktischen Anwendung mit vielfachen Abweichungen zu rechnen war⁸.

Wenn wir vom Zivilprozessrecht, vom Prozessrecht in Zivilsachen sprechen, so ist für das gelehrte Recht noch näher hinzusehen. Im romanisch-kanonischen Prozess wurde zwischen Zivil- und Strafsachen unterschieden, nicht aber wie heute zusätzlich nach den Kategorien des öffentlichen Rechts gegliedert; unter *causae civiles* fielen daher Streitigkeiten, die im modernen Recht als verfassungs- oder verwaltungsrechtlich klassifiziert werden⁹. Für viele kirchenrechtliche Streitigkeiten, den *causae spirituales*¹⁰, galten gewisse Sonderregelungen. Wie im heutigen Recht so waren auch im Mittelalter verschiedene Verfahrensarten im Gebrauch; wir behandeln hiervon den ordentlichen, nicht aber den vereinfacht-summarischen Prozess¹¹, noch die außerordentlichen Prozessarten.

Ein „caveat“ ist für die ganze folgende Darstellung vorzuschicken: es gab fast keinen Rechtssatz, der nicht kontrovers diskutiert worden wäre¹², desgleichen keinen Rechtssatz, der nicht mit Ausnahmen bestückt war (teilweise von einer Intensität, dass für den Rechtssatz selbst vom Anwendungsfeld nicht mehr viel übrig blieb).

⁸ Wurde von den Abweichungen im gelehrten Schrifttum Notiz genommen und blieb es nicht dabei, sondern hat man sie in den romanisch-kanonischen Prozess integriert, so schloss sich gewissermaßen wieder der Kreis.

⁹ Kontradiktorisch gemäß dem *ordo iudiciarius civilis* verhandelt wurde so zwischen Gleich- und zwischen Über- und Untergeordneten. Öffentlich-rechtlich nach heutiger Anschauung waren unter vielem anderen Streitigkeiten um Hoheits- und Jurisdiktionsrechte, Immunitäten und Exemtionen, ständische und Bürgerrechte, Rechte der Ämterbesetzung, Wahlrechte und Wählbarkeiten, ferner um Abgaben, Steuern, Zehnten, Zölle, Lasten und Dienste. Im kontradiktorischen Verfahren wurde Regierungs- und Verwaltungshandeln kontrolliert; das Klagerecht gegen Maßnahmen von Amtsträgern als obrigkeitlichen Instanzen (§. unten zur *appellatio extraiudicialis*, § 6, unter 1) kann mit Fug und Recht als genuin mittelalterlicher Beitrag zur Entfaltung der Rechtsidee bezeichnet werden (Rom.-kan. Prozessrecht, oben Fn. 4, § 1, unter 3).

¹⁰ Beispielsweise Ehesachen oder Streitigkeiten in Zusammenhang mit Bischofswahlen.

¹¹ Behandelt in Rom.-kan. Prozessrecht (oben Fn. 4), 6. Kap.

¹² Und zwar über die nicht selten anzutreffenden *differentiae* zwischen *leges* und *canones* hinaus.

§ 4 Die am Verfahren beteiligten Personen

Iudicium est actus trium personarum, des Richters, Klägers und Beklagten: so lautete die gängige, andere Strukturen wie die Trennung von Richter und Urteilern ablehnende Formulierung. Dem Richter und den Parteien standen helfende Hände in verschiedenen Funktionen zur Seite; sie alle haben das Prozessgeschehen nicht unwesentlich mitgestaltet.

Auf beiden Seiten – um dies vorwegzunehmen – auf Seiten des Gerichts und Seiten der Parteien konnte nicht jedermann die einschlägigen Tätigkeiten übernehmen; in den meisten Hinderungsgründen machten sich die sozialen und die kirchlichen Strukturen der mittelalterlichen Welt bemerkbar¹.

1. Der Richter²

Wem die richterlichen Aufgaben übertragen sind, ergab sich aus der Gerichtsverfassung der politischen Einheit, welcher er angehört; und so unterschiedlich sich die politischen Verfassungen des mittelalterlichen Europa darstellen, so unterschiedlich zeigten sich unseren Augen auch die jurisdiktionellen Gebilde.

Man trifft auf ständige Einrichtungen und solche auf Zeit, trifft auf eine einzige Instanz oder einen Instanzenzug, auf einheitliche oder nach Materien getrennte Gerichte, auf den Einzelrichter oder das Kollegialgericht, auf den juristisch ausgebildeten oder den Laienrichter.

Was die Stellung des Richters angeht, waren die uns heute als unverzichtbar geltenden konstitutionellen Sicherungen noch nicht gegeben; weder die Gewaltenteilung mit der Trennung richterlicher und administrativer Funktionen noch die persönliche und sachliche Unabhängigkeit von den politischen Instanzen; nur die Professionalisierung der richterlichen Tätigkeit³ mag eine gewisse Gewähr für Neutralität und Rechtssicherheit geboten haben.

Wenn eben von ständigen Einrichtungen und solchen auf Zeit die Rede war, so ist in dieser Hinsicht die Unterscheidung zwischen dem ordentlichen und delegierten Richter hervorzuheben. Delegierte Gerichtsbarkeit fand sich in allen Jurisdiktionen; besondere Bedeutung für die Rechtsfortbildung kam der päpstlichen Delegationsgerichtsbarkeit

¹ Zur Stellung der Frau im Verfahren s. G. Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, 1989 u. 1994.

² Rom.-kan. Prozessrecht (oben § 3, Fn. 4), § 3.

³ Hierzu umfassend J.A. Brundage, *The medieval origins of the legal profession*, 2010.

zu⁴. Die hierzu gebildeten Regeln strahlten auch in die weltliche Gerichtsbarkeit aus, wenn auch Unterschiede bestehen blieben. Der oder die delegierten Richter werden von den Parteien oder bei Uneinigkeit vom *iudex delegans* benannt. Delegiert wird zur Untersuchung und Entscheidung eines oder einer Gruppe von Streitfällen. Das Delegationsreskript definiert die Aufgaben und Befugnisse des *iudex delegatus*; deren Umfang kann im Einverständnis von Parteien und Delegaten erweitert werden⁵.

Einen ordnungsgemäß bestellten Richter⁶ wegen Befangenheit abzulehnen kann jede Prozesspartei versuchen; für das dann zu beobachtende Verfahren gingen die beiden Rechte, soweit es sich um die Ablehnung des ordentlichen Richters handelte, verschiedene Wege⁷.

2. Weitere gerichtliche Funktionsträger⁸

Stellung und Aufgabenkreis der im Folgenden erwähnten Personen unterscheiden sich vielfach nach der jeweiligen Gerichtsverfassung, in der sie eingefügt waren; wir beschränken uns auf einige dem gemeinen Recht angehörende Regeln.

- Der Richter kann die Prüfung von Partei- und die Vornahme von richterlichen Handlungen (etwa die Zeugenvernehmung) einem *auditor* übertragen⁹; ausgeschlossen war die Fällung des Endurteils. Der *auditor* soll im Einverständnis mit den Parteien benannt werden. Hält er sich nicht an seinen Auftrag oder fügt er einer Partei ein *gravamen* zu, so kann an den ihn einsetzenden Richter appelliert werden.
- Den *assessor* in seinen Funktionen einheitlich zu definieren ist nicht möglich. So berät er etwa am kirchlichen Gericht den Richter¹⁰, nimmt aber regelmäßig nicht an der Entscheidung des Rechtsstreits teil; als *assessor* des *podestà* wirkt er je nach Statutrecht selbst als Richter (daher die formelhafte Wendung *assessor et iudex*). In Jurisdiktionen, die den Assessor als beratendes Organ vorsehen, soll seine Auswahl im Einverständnis mit den Parteien erfolgen. Der Assessor soll professionellen Anforderungen gewachsen sein; nicht selten wird ein *advocatus* zum Assessor bestellt, woraus sich dann subtile Fragen der Inkompatibilität erheben können.

⁴ Die Stellung delegierter Richter nahmen ursprünglich auch die Richter an der Rota Romana ein; näher hierzu wie Fn. 2, unter 2 am Ende.

⁵ Unter bestimmten Voraussetzungen kann der delegierte Richter seinerseits weiterdelegieren; eine solche *subdelegatio* überträgt entweder die Prüfung und Entscheidung des ganzen Streitfalls oder sie betraut den Subdelegierten mit der Leitung einzelner Prozessstadien und Vornahme entsprechender Prozesshandlungen (wie etwa der Vernehmung von Zeugen).

⁶ Wird trotz Vorliegens eines Hinderungsgrunds ein Richter bestellt, so kann im Prozess die entsprechende *exceptio* erhoben werden; wird sie nicht vorgetragen, bleibt noch die aus dem Mangel sich ergebende Nichtigkeit des Endurteils, die von Amts wegen zu antizipieren war.

⁷ Einzelheiten wie oben, Fn. 2, unter 4.

⁸ Rom.-kan. Prozessrecht (oben § 3, Fn. 4), § 4.

⁹ Vielerorts trug er die Bezeichnung *commissarius*. Wird er von einem delegierten Richter eingesetzt, sprach man vorwiegend vom *subdelegatus*.

¹⁰ Der ihm auch die Aufgabe eines *auditor* übertragen kann.

- Die Bedeutung der Tätigkeit des *notarius* oder *tabellio* für das mittelalterliche Rechtsleben kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. In unserem Zusammenhang geht es nur um seine Rolle am Gericht. Aus seiner Feder stammen die Schriftsätze der Parteien und die richterlichen Prozessschriften. Er führt das Protokoll; den Protokollzwang an kirchlichen Gerichten hatte das 4. Laterankonzil (1215) eingeführt¹¹. Ferner werden ihm Aufgaben gleich einem *auditor* übertragen, hierunter fiel häufig die Zeugenvernehmung. Zur Kostspieligkeit des Prozesswesens hat der Notar nicht unerheblich beigetragen.
- Zur Ausführung seiner Anordnungen stehen dem Richter Hilfspersonen mit unterschiedlicher Bezeichnung wie *apparitores*, *cursores*, *executores*, *nuntii* zur Verfügung. Partikularrechtlich hob sich von ihnen der Siegler (*sigillarius*, *sigillifer*) ab. Auch die Hilfspersonen hatten gewissen Anforderungen zu genügen.

3. Die Parteien¹²

Im kontradiktorischen Verfahren stehen sich zwei Personen oder Personengruppen gegenüber. Die gelehrten Juristen nahmen eine dreifache Gliederung vor in die Parteien *qui suo nomine agunt* oder *conveniuntur*, die Prozessvertreter *qui alieno nomine* auftreten, und die den Parteien Unterstützung leistenden Personen *qui adminiculum causae praestant*, womit vor allem der Advokat gemeint war. Nur für letzteren war eine unserem Begriff der Postulationsfähigkeit vergleichbare Prozessvoraussetzung bekannt¹³; im übrigen wurde zwischen Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis begrifflich nicht unterschieden, sondern summarisch von der *legitimatio personae* gesprochen¹⁴. Hierbei mischten sich materiellrechtliche Erfordernisse in prozessuale mit ein; obwohl der Unterschied erkannt wurde, hat man ihn nicht für eine systematische Differenzierung von Zulässigkeit und Begründetheit der Klage nutzbar gemacht.

4. Der Prokurator¹⁵

Unter den Personen, die *alieno nomine* den Prozess führen, können drei Kategorien unterschieden werden: der gesetzliche Prozessvertreter wie *tutor* und *curator*, der notwendige Vertreter bei Prozessen unter Beteiligung einer Gesamtheit (*universitas*, *collegium* und ähnliches) wie *syndicus*, *actor*, *oeconomus*,

¹¹ Const. 38 = X 2.19.11.

¹² Rom.-kan. Prozessrecht (oben § 3, Fn. 4), § 5. Dort auch zu den Themen Streitgenossenschaft, Intervention und Parteiwechsel.

¹³ Siehe die Titelrubriken *de postulando* C. 2.6, D. 3.1, X 1.37.

¹⁴ Vorbild hierfür war die Titelrubrik *Qui legitimam personam standi in iudicio habent vel non* (C. 3.6). – Mangelnde *legitimatio* berechtigt zur gegnerischen *exceptio* oder führt zur von Amtswegen zu antizipierenden Urteilsnichtigkeit (ähnlich oben Fn. 6).

¹⁵ Rom.-kan. Prozessrecht (oben § 3, Fn. 4), § 6, unter 1 und 2. – Zum Schrifttum (dort Fn. 135) ergänzend B. Pasciuta, *La rappresentanza processuale nell'età del diritto comune classico*, in: *Agire per altri*, ed. A. Padoa Schioppa, 2010, S. 495.