

Unverkäufliche Leseprobe

**Münchener Beiträge zur Papyrusforschung Heft 112:
Translatio iudicii**

Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess

2017. VII, 311 Seiten. Broschiert
ISBN 978-3-406-70909-8

Weitere Informationen finden Sie hier:
<http://www.chbeck.de/18979130>

MÜNCHENER BEITRÄGE
ZUR PAPYRUSFORSCHUNG UND
ANTIKEN RECHTSGESCHICHTE

BEGRÜNDET VON LEOPOLD WENGER

*In Verbindung mit H. Heinen (†), W. Huß,
H.-A. Rupprecht und G. Thür,
weitergeführt von
Alfons Bürge, Dieter Nörr und Gerhard Ries,
herausgegeben von
Johannes Platschek
112. Heft*

TRANSLATIO IUDICII

Der Parteiwechsel im
römischen Formularprozess

VON
FRIEDERIKE ERXLBEN



VERLAG C.H.BECK MÜNCHEN 2017

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Verlag C.H.Beck oHG, München 2017

Satz: Friederike Erxleben

Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza

Gedruckt auf alterungsbeständigem, säurefreiem Papier

(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Printed in Germany

ISSN 0936 3718

ISBN 978 3 406 70909 8

www.chbeck.de

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort.....	VII
Einleitung.....	1
§ 1 Themenbestimmung.....	1
§ 2 Der Begriff <i>translatio iudicii</i> in den römischen Quellen.....	2
§ 3 Die <i>translatio iudicii</i> in den römischen Prozessverfahren.....	3
§ 4 Literaturbericht.....	5
§ 5 Ziel dieser Arbeit	9
1. Kapitel: Prozessvertreter.....	11
Teil 1: Kognitor und Prokurator	11
§ 1 Einführung	11
I. Unterscheidung zwischen Kognitor und Prokurator	12
II. Überlieferung der <i>translatio iudicii cognitoria</i> und <i>procuratoria</i>	13
III. Unterscheidung der <i>translatio iudicii cognitoria</i> und <i>procuratoria</i>	16
IV. Auswirkungen der Unterscheidung für diese Untersuchung.....	17
§ 2 <i>Translatio iudicii cognitoria</i>	17
I. <i>Translatio iudicii a cognitore in dominum vel in alium cognitorem</i> ..	18
II. <i>Translatio iudicii a domino in cognitorem</i>	31
III. Verfahren der <i>translatio iudicii cognitoria</i>	32
IV. Redaktion der Formel des <i>iudicium translatum</i>	44
V. Zwischenergebnis	46
§ 3 <i>Translatio iudicii procuratoria</i>	47
I. Einführung	47
II. <i>Translatio iudicii a procuratore in dominum</i> auf der Klägerseite	51
III. <i>Translatio iudicii procuratoria</i> auf der Beklagtenseite	64
IV. Zwischenergebnis.....	100
§ 4 Spät- und nachklassische Entwicklung	101
§ 5 Ergebnis	102
Teil 2: Andere Prozessvertreter	104
§ 1 <i>Actor universitatis vel municipum</i>	104
§ 2 Tutor und Kurator	105
I. <i>Translatio iudicii</i> nach Beendigung der Vormundschaft	107
II. <i>Translatio iudicii</i> vor Beendigung der Vormundschaft	111
§ 3 Ergebnis	115

2. Kapitel: Rechtsnachfolge	117
Teil 1: Einzelrechtsnachfolge	117
Teil 2: Gesamtrechtsnachfolge	119
§ 1 <i>Translatio iudicii in heredem</i>	119
I. Identität von <i>iudicium transferendum</i> und <i>iudicium translatum</i>	121
II. Mitwirkungsakt des Erben	124
III. Grundlage der <i>translatio iudicii in heredem</i>	139
IV. Redaktion der Formel eines <i>iudicium in heredem translatum</i>	152
V. Zwischenergebnis	188
§ 2 <i>Translatio iudicii inter vivos</i>	189
I. <i>Venditio bonorum</i>	189
II. <i>Capitis deminutio</i>	191
III. Zwischenergebnis	198
§ 3 Ergebnis	199
3. Kapitel: <i>Manumissio und pronuntiatio in libertatem</i>	201
§ 1 <i>Translatio iudicii einer actio noxalis</i>	201
I. Freiwerden des Schädigers <i>durante lite</i>	201
II. <i>Pronuntiatio in libertatem</i> des Schädigers	217
III. Ergebnis	227
§ 2 <i>Translatio iudicii anderer Klagen</i>	228
4. Kapitel: <i>Pater und filius familias</i>	229
§ 1 <i>Translatio iudicii a filio in patrem</i> auf der Beklagtenseite	229
I. <i>Translatio iudicii a filio suo nomine convento</i>	229
II. <i>Translatio iudicii a filio cognitore vel defensore extranei</i>	243
III. <i>Translatio iudicii a filio defensore patris in patrem</i>	244
IV. Zwischenergebnis	251
§ 2 <i>Translatio iudicii a patre in filium</i> auf der Beklagtenseite	252
§ 3 <i>Translatio iudicii a patre in filium</i> auf der Klägerseite	253
§ 4 <i>Translatio iudicii a filio in patrem</i> auf der Klägerseite	258
§ 5 Ergebnis	261
5. Kapitel: <i>Mutatio iudicis</i>	263
Ergebnisse	269
Abkürzungsverzeichnis	277
Literaturverzeichnis	278
Quellenverzeichnis	293
Stichwortverzeichnis	308

VORWORT

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Sie wurde mit dem Premio del Centro V. Arangio-Ruiz im Rahmen des X Premio Internazionale Gérard Boulvert und mit dem Promotionspreis der Reinhold-und-Maria-Teufel-Stiftung ausgezeichnet.

Zu besonderem Dank bin ich Herrn Professor Dr. Thomas Finkenauer, M.A., meinem verehrten Lehrer, verpflichtet. Er hat mich zu einer Arbeit im römischen Recht angeregt und ihr Entstehen engagiert, wo nötig kritisch und stets wohlwollend begleitet.

Aufrichtig danke ich Herrn Professor Dr. Gottfried Schiemann für inhaltliche Hinweise wie für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch Frau Professorin Carla Masi Doria und Herrn Professor Cosimo Cascione, die mir einen Forschungsaufenthalt am Dipartimento di Diritto Romano, Storia e Teoria del Diritto „Francesco De Martino“ der Università degli Studi di Napoli Federico II ermöglicht haben. Sie und die Mitarbeiter des Instituts haben mich freundlich aufgenommen und mir einen regen Austausch ermöglicht.

Mein Dank gilt zudem der Studienstiftung des deutschen Volkes, die meine Arbeit mit einem Promotionsstipendium gefördert und mich großzügig bei meinen Auslandsaufenthalten unterstützt hat.

Für die Aufnahme der Schrift in die Reihe „Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte“ danke ich den Herausgebern ebenso wie für die wertvollen inhaltlichen Anregungen.

Berlin, im Oktober 2016

Friederike Erxleben

EINLEITUNG

§ 1 Themenbestimmung

*Nemo enim in persequendo deteriore causam, sed meliorem facit*¹. Diesen Grundsatz formuliert Paulus und stellt unmittelbar anschließend seine Konsequenzen fest: Mit der Rechtshängigkeit werden unvererbliche Klagen vererblich, und befristete Klagen verlieren ihre Befristung. Auch schadet es den Erfolgsaussichten einer Klage grundsätzlich nicht, wenn der beklagte Besitzer nach Rechtshängigkeit den Besitz an der eingeklagten Sache verliert, er die Sache zerstört oder verschlechtert². Die Rechtshängigkeit bewirkt eine *perpetuatio obligationis*³.

Ein rechtshängiges Verfahren kann nach klassischem römischem Recht deshalb nicht schlicht erlöschen, nur weil während des Prozesses der Beklagte stirbt, der Richter schwer erkrankt oder der Kläger seine Klage nicht selbst weiter verfolgen kann, weil er wegen dringender Staatsgeschäfte daran gehindert ist. Unverändert fortgesetzt werden kann der begonnene Prozess in diesen und ähnlichen Situationen aber auch nicht, ohne Interessen der Beteiligten zu gefährden. Es bietet sich deshalb an, das rechtshängige Verfahren von dem verstorbenen oder verhinderten Beteiligten auf eine andere Person zu übertragen, die es bis zu einem Urteil führen kann.

Translatio iudicii oder *transferre iudicium* ist die Bezeichnung der römischen Juristen für eine solche Prozessübertragung⁴. Sie ist in einer Vielzahl von Quellen überliefert, ohne dass dabei aber ausdrücklich beschrieben wird, wie und mit welcher Wirkung die neue Prozesspartei oder der neue Richter in das rechtshängige Verfahren eintreten kann. Die Untersuchung dieser Fragen betrifft die Grundsätze des römischen Zivilprozesses, die ebenso wie die Besonderheiten des Rechtsbehelfs der *translatio iudicii* Thema dieser Arbeit sind.

¹ Paulus D. 50, 17, 87 (13 quaest.): Niemand verschlechtert nämlich seine Rechtsposition, indem er sie gerichtlich verfolgt, sondern verbessert sie. Vgl. auch Paulus D. 46, 2, 29.

² S. dazu S. 117 f. und S. 134 f.

³ S. Ulpian D. 12, 2, 9, 3. Zur *perpetuatio obligationis* Cannata, FS Mayer-Maly, 85 ff. m.w.N.

⁴ Vgl. nur die ediktale Regelung in Vat. 341. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass die Prozessübertragung auch mit anderen Ausdrücken beschrieben wird. So gebraucht insbesondere Ulpian die Wendung *litem transferre*, die er auch in D. 4, 7, 4, 1 und 3 sowie in D. 4, 7, 11 im Zusammenhang mit dem Edikt *de alienatione iudicii mutandi causa facta* nutzt. Zu dem Edikt s. Lenel, *edictum*, 125 ff.; Partsch, *De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta*, 5 ff.

§ 2 Der Begriff *translatio iudicii* in den römischen Quellen

Mit *transfere iudicium* beschreiben die römischen Juristen vornehmlich den Austausch einer Prozesspartei. Das Wort *iudicium* hat eine große Bedeutungsweite, bezeichnet aber als Objekt zu *transfere* den rechtshängigen Prozess von seiner Begründung bis zu seiner Beendigung⁵. Der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist also der Parteiwechsel in einem rechtshängigen Verfahren, der in Anlehnung an den lateinischen Ausdruck als Prozessübertragung bezeichnet wird⁶.

Mit *transfere iudicium* bezeichnet Ulpian in einer Quelle auch den Richterwechsel nach der Prozessbegründung⁷. Sonst wird der Austausch eines berufenen Richters hingegen meist mit *mutare iudicem* beschrieben⁸. Ob die *mutatio iudicis* als *translatio iudicii* eingeordnet werden kann, wird in einem gesonderten Kapitel (Kapitel 5) untersucht.

Von der juristischen *translatio iudicii* zu trennen ist das in den rhetorischen Schriften als *translatio*⁹ bezeichnete Verteidigungsmittel¹⁰. Denn Ziel der

⁵ Allgemein kann *iudicium* auch Prozessbegründung, Prozessformel, Urteil, Klagerecht, Gerichtsstätte oder Gericht bedeuten, vgl. Heumann/Seckel, Handlexikon, 294 ff.; zum weiten Bedeutungsfeld des Wortes auch außerhalb der juristischen Literatur s. die im ThLL unter dem Lemma *iudicium* zitierten Quellen. Vgl. auch Bonifacio, *translatio*, 22 ff.; Kaser/Hackl, 152, 288. Die Novation und Delegation einer Klage vor der Prozessbegründung wird nicht mit *transfere iudicium* beschrieben, sondern mit *actionem transferre* (vgl. Gaius 2, 258; Javolen D. 11, 1, 14 pr.; Gaius D. 18, 1, 35, 4; D. 36, 1, 10; Paulus D. 36, 1, 41 pr.; D. 14, 1, 5, 1) oder *obligationem transferre* (vgl. Gaius 2, 38; Ulpian D. 46, 2, 1 pr.; D. 4, 3, 7, 8; D. 16, 1, 8, 2; Gaius D. 4, 4, 27, 3; Papinian D. 26, 9, 5 pr.; vgl. dazu auch Pernice, SZ 9 (1988), 200 f.; Miceli, *struttura formulare*, 219 f. mit Fn. 66).

⁶ Nicht ausführlich untersucht wird der Personenwechsel nach einem Urteil bei der Zulassung zur *actio iudicati* oder zur Appellation. Von der Untersuchung ausgeklammert ist auch der Personenwechsel vor der *litis contestatio*, der grundsätzlich uneingeschränkt möglich ist. Soweit er im Rahmen der Edikte *de alienatione iudicii mutandi causa facta* und *de cognitore ad litem suscipiendam dato* sanktioniert ist, zeigen sich terminologische (s. S. 1 Fn. 4) oder systematische Ähnlichkeiten zur Prozessübertragung (S. 21 f.), ohne dass in diesen Konstellationen wie bei der *translatio iudicii* eine bereits erteilte Prozessformel geändert werden müsste.

⁷ Ulpian D. 50, 5, 13, 3; vgl. auch Cicero (Verr. I, 1, 20 i.f.), der eine *quaestio perpetua* beschreibt.

⁸ Vgl. insbesondere Macer D. 48, 11, 7 pr., der die *lex Iulia de repetundis* wiedergibt.

⁹ Überliefert bei Rhet. Her. 1, 12, 22; 2, 12, 18; Cic. inv. 1, 8, 10; 1, 11, 16; 2, 19, 57 ff.; Quint. inst. 3, 6, 60. 68 f. und 84; weitere Nachweise bei Martin, *Antike Rhetorik, Technik und Methode*, 42 ff.

¹⁰ Vgl. auch Meyer, SZ 68 (1951), 33 ff.; Schwalbach, SZ 2 (1881), 209 f.; Montefusco (Hermes 103 (1975), 214 ff.), die aber auf die Verwandtschaft der Verteidigungsfigur der *μετάληψις*, der griechischen Vorlage der *translatio*, und der *παραγραφή* im attischen Prozess hinweist (212 mit Fn. 3).

rhetorischen *translatio* ist der Freispruch des Beklagten, während durch eine juristische *translatio* sichergestellt werden soll, dass der begonnene Prozess in anderer Besetzung weitergeführt werden kann¹¹. Deshalb kann das rhetorische Verteidigungsmittel in dieser Untersuchung außer Betracht bleiben.

§ 3 Die *translatio iudicii* in den römischen Prozessverfahren

Das römische Recht kennt mit dem Legisaktionenverfahren, dem Kognitionsverfahren und dem Formularprozess drei verschiedene Prozessformen zur Durchsetzung privater Rechte. In allen drei Verfahrensarten können sich Situationen ergeben, die Anlass für eine Prozessübertragung bieten. Allerdings lässt sich auf der Grundlage der überlieferten Quellen kaum rekonstruieren, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Prozessübertragung *durante lite* in der ältesten römischen Verfahrensart, im Legisaktionenprozess, möglich ist¹².

Für den klassischen und nachklassischen Kognitionsprozess ist die Prozessübertragung hingegen belegt¹³. Die Parteien verhandeln in einem einheitlichen Verfahren vor einem staatlichen Amtsträger, der nicht an den vom Kläger frei vorgetragenen Klageantrag gebunden ist¹⁴. Der Urteilsgewalt dieses Richters unterliegt jeder ohne Weiteres¹⁵. Erfordert es die prozessuale Lage, bestehen deshalb keine Zweifel daran, dass der Richter des Kognitionsverfahrens die

¹¹ Vgl. auch Meyer, SZ 68 (1951), 34 ff.

¹² Einen Versuch unternimmt Duquesne, *translatio*, 25 ff. Er hält die Prozessübertragung im älteren Legisaktionenverfahren wegen der Kürze der Verfahrensdauer (XII-Taf. 1, 9), jedenfalls bis zur *lex Pinaria* (dazu Gaius 4, 15), für weniger relevant. Trotz der Formstrenge des Verfahrens (insbesondere des Grundsatzes *nemo alieno nomine lege agere potest*, Ulpian D. 50, 17, 123 pr.; Gaius 4, 32) nimmt Duquesne an, dass in den Fällen, in denen das Klagerecht verloren ginge, wenn keine *translatio iudicii* stattfände, eine Prozessübertragung möglich sei. Dafür spricht, dass bereits das Zwölftafelgesetz in besonderen Fällen wie schwerer Krankheit (Her. 2, 13, 20) oder Verschleppung in Kriegsgefangenschaft (nach der *lex Hostilia*, Inst. 4, 10 pr.; Ulpian D. 4, 6, 1, 1; Modestin D. 4, 6, 32) eine Prozessvertretung zulässt und insofern zum Erhalt der Klage von der Formstrenge abweicht. Zum Tod einer Prozesspartei vgl. Finkenauer, *Stipulation*, 240 f.

¹³ Scaevola D. 49, 1, 28, 2; C. 2, 12, 22 (219); C. 2, 12, 27 und 28, 1 (die letzten beiden Konstitutionen sind aus den Basiliken restituiert worden); *C. Iuliani de postulando* (363; ediert von Bischoff/Nörr); *Symm. rel.* 19, 4 (384/385); vgl. auch Ulpian D. 40, 5, 30 pr.

¹⁴ Kaser/Hackl, 485 ff.; 579 ff. Eine nachträgliche Klageänderung ist möglich, Inst. 4, 6, 34 f.

¹⁵ Kaser/Hackl, 435 ff., 547 ff. Das zeigt sich deutlich in der Tatsache, dass im Kognitionsverfahren ein Beklagter, der jede Mitwirkung an dem Prozess verweigert, in einem Säumnisverfahren verurteilt werden kann, vgl. Hermogenian D. 42, 1, 53, pr.-3; Kaser/Hackl, 577 m.w.N.

Übertragung des Prozesses von einer Person auf eine andere durchsetzen und das bestehende Verfahren mit der neuen Besetzung fortführen kann¹⁶.

Schwieriger zeigt sich der Vollzug einer *translatio iudicii* im zweistufigen Formularprozess: Das Verfahren ist in einen Abschnitt vor dem Gerichtsmagistrat (*in iure*) und einen zweiten Abschnitt vor dem Urteilsgericht (*apud iudicem* oder *in iudicio*) geteilt¹⁷. Im Verfahren *in iure* einigen sich die Parteien vor dem Gerichtsmagistrat auf ein Prozessprogramm, das in der Prozessformel festgehalten wird und neben dem Klagebegehren des Klägers und den Gegenrechten des Beklagten auch die Parteien selbst namentlich bezeichnet¹⁸. Der Amtsträger setzt mit der *datio iudicii* das Streitverfahren mit dem in der Formel festgehaltenen Inhalt ein, das die Parteien förmlich mit der *litis contestatio* annehmen. Mit diesem Akt unterwerfen sich die Parteien zugleich dem Urteilsgericht¹⁹. Der staatliche Amtsträger entscheidet mit der *datio* oder *denegatio actionis* lediglich über die Einsetzung des Streitverfahrens und des Urteilsgerichts²⁰; ein Sachurteil wird hingegen von der zum Richter berufenen Privatperson im zweiten Verfahrensabschnitt gefällt²¹. Diese ist streng an das in der *formula* festgeschriebene Streitprogramm gebunden²². Deshalb kann der Richter im Formularprozess kein Urteil über eine Person fällen, die nicht in der Prozessformel genannt ist²³. Kommt es während des Verfahrens vor dem Urteilsgericht zu einer Situation, in der eine Prozesspartei ausgetauscht werden soll, kann das Verfahren nur dann zu einem wirksamen Urteil geführt werden, wenn die Prozessformel an das neue Prozesssubjekt und an die neue prozessuale Lage angepasst worden ist. Diese Veränderung der Prozessformel, das Ausscheiden einer Partei und die Integration einer dem *iudicium* fremden Person in das Verfahren umfasst der Begriff der *translatio iudicii* im Formularprozess.

¹⁶ Vgl. dazu auch Duquesne, *translatio*, 19 ff.

¹⁷ Kaser/Hackl, 172 ff.; 192 ff.; Pugliese, *processo formulare* I, 187 ff.

¹⁸ Zum Inhalt der Prozessformel allgemein Gaius 4, 39 ff.; die Parteien werden nicht nur als Blankett *A^{us}A^{us}* und *N^{us}N^{us}* bezeichnet, sondern namentlich benannt, vgl. insb. die in der *lex Rubria* 20, 22 ff. überlieferten Formeln, aber auch Gaius 4, 37 und 42; vgl. auch Kaser/Hackl, 308 f. Zur Frage, ob auch der Richter namentlich in der Prozessformel aufgeführt wird, s. S. 265 f.

¹⁹ Kaser/Hackl, 152 ff., 290 f.

²⁰ Ulpian D. 50, 17, 102, 1; Paulus D. 5, 1, 12, 1; Kaser/Hackl, 172 ff., 249 ff.

²¹ Vgl. Kaser/Hackl, 192 ff. Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden nur vom Einzelrichter gesprochen.

²² Gaius 4, 52 und 57; Javolen D. 10, 3, 18; zu ungenauen Urteilen s. Gordianus C. 7, 46, 3 f. (o.J.); Ulpian D. 42, 1, 5, 1; vgl. auch C. 7, 45, 3 (223); Sen. epist. 107; Kaser/Hackl, 293, 371.

²³ Ein Urteil in einem Verfahren, das ein Prozessvertreter geführt hat, ist nach C. 7, 45, 1 (208) nichtig, wenn in der Entscheidung der Prinzipal als Verurteilter bezeichnet wird. Zur Unwirksamkeit eines Urteils, das gegenüber einem Toten ergangen ist, s. S. 120 Fn. 19.

Wie die Änderung der Prozessformel *in iure* bewirkt wird, unter welchen Voraussetzungen die römischen Juristen sie zulassen und welche Rolle dabei dem Magistrat und den Parteien zukommt, führen die römischen Juristen nicht ausdrücklich aus. Die Auseinandersetzung mit diesen Fragen ist aber nicht nur für die Beschreibung der *translatio iudicii* selbst von Bedeutung, sondern trägt darüber hinaus dazu bei, das Verständnis des römischen Formularprozesses, die Verflechtungen des Verfahrens *in iure* und *apud iudicem* und die Rolle der Parteien und des Magistrats zu vertiefen. Aus diesen Gründen konzentriert sich die vorliegende Untersuchung auf die *translatio iudicii* im Formularprozess²⁴.

§ 4 Literaturbericht

Obwohl eine Vielzahl von Translationsfällen in den Quellen belegt ist, berichten die römischen Juristen wenig darüber, wie sie vollzogen wird. Sicher ist, dass im Zuge der Translation die *formula* zumindest in der *condemnatio* von der ausscheidenden auf die in den Prozess eintretende Person umgestellt werden muss. Wie die römischen Juristen dieses Ergebnis erreicht haben, wird in der Literatur unterschiedlich eingeschätzt. So wird die *translatio iudicii* einerseits als eine vom Magistrat angeordnete Prozessübertragung beschrieben, mit der die eintretende Partei das begründete Verfahren weiterführt²⁵. Nach anderer Ansicht muss das rechtshängige Verfahren abgebrochen und das verbrauchte Klagerecht restituiert werden, bevor die neue Prozesspartei mit der verbliebenen ein zweites, neues Verfahren mit einer neuen Prozessformel begründen kann²⁶.

²⁴ Weil die eindeutige Zuordnung einzelner Quellen zum Kognitionsverfahren oder zum Formularprozess nur selten möglich ist, werden lediglich diejenigen Quellen von der Untersuchung ausgeklammert, die sicher den Kognitionsprozess behandeln.

²⁵ So der unstrittige Stand der Wissenschaft vor 1881, vgl. v. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß, 451-454; Keller, Civilprocess, 1. Auflage von 1852, 294-298, später ebenso v. Keller/Wach, Civilprocess, 350-353.

²⁶ Eisele, SZ 2 (1881), 138-140. An anderer Stelle (Cognitur und procuratur, 106 f.) bezeichnet Eisele die kognitorische Translation ohne weitere Begründung allerdings als „nichts Anderes als Bewirkung einer processualen Succession“. Auch nach Krüger (GrünhZ 33 (1906), 545 f.) wird bei einer *translatio iudicii* durch eine zweite *litis contestatio* ein *novum iudicium* begründet, ohne dass es einer Restitution bedürfe. Denn bereits der Personenwechsel, der mit jeder *translatio iudicii* verbunden sei, führe dazu, dass das übertragene *iudicium* zu einer *alia res* werde. Wlassak stimmt Eisele zunächst zu (FG v. Jhering, 40 f.), korrigiert sich aber später (Judikationsbefehl, 61 Fn. 4, 237), s. dazu S. 41 Fn. 156.

Die Bedeutung der Wendung *translatio iudicii* schließt weder die eine noch die andere Deutung aus. Das Nomen *translatio*²⁷ und das Verb *transferre* weisen in ihrer für diese Untersuchung entscheidenden Übersetzung²⁸ auf die Übertragung einer Rechtsposition von einer auf eine andere Person hin²⁹. Wie sich diese Übertragung vollzieht, ist durch die Wortbedeutung allerdings nicht bestimmt: Die römischen Juristen verwenden die Ausdrücke sowohl zur Beschreibung der Gesamtrechtsnachfolge³⁰, bei der ein bestehendes Recht unverändert auf eine andere Person übergeht³¹, als auch zur Beschreibung einer Novation, bei der eine bestehende Obligation aufgelöst und von einer zweiten neuen Verbindlichkeit ersetzt wird³².

In praktischer Hinsicht zeigt sich allerdings eine *translatio iudicii*, bei der das ursprüngliche Verfahren mit einem neuen Prozess ersetzt wird, als für die Beteiligten nachteilig: Nicht nur die Konsumtionswirkung, sondern auch alle anderen Folgen der durch die erste *litis contestatio* bewirkten Rechtshängigkeit werden mit der Restitution als ungeschehen fingiert. Das hat zur Folge, dass sämtliche Prozesshandlungen, die die Parteien *in iure* oder *in iudicio*, bezogen auf das ursprüngliche Verfahren, vorgenommen haben, keinen Bestand haben und neu vollzogen werden müssen. Die Parteien sind gezwungen, die gesamte Beweisführung zu wiederholen, was misslich sein kann, wenn zwischenzeitlich Beweismittel unter- oder verloren gegangen sind. Auch kann sich eine Person oder Partei weigern, den im ersten Verfahren geschworenen Eid im zweiten zu wiederholen³³. Der Zeitpunkt der *litis contestatio* hat zudem für die Erfolgsaussich-

²⁷ Weitere Bedeutungen von *translatio* sind nach Heumann/Seckel, Handlexikon, 592: Fortschaffung, Transport und Veränderung; vgl. auch Forcellini, Lexicon totius Latinitatis IV, 778 f.

²⁸ Vgl. Heumann/Seckel, Handlexikon, 590 ff.; Forcellini, Lexicon totius Latinitatis IV, 773 f. Zu dem weiten Bedeutungsspektrum des Wortes s. Heumann/Seckel, Handlexikon, 592; Forcellini, Lexicon totius Latinitatis IV, 778 f.

²⁹ Quellen s. S. 6 Fn. 30-32.

³⁰ Vgl. Ulpian D. 29, 2, 81 pr.; D. 30, 49, 3; Marcian D. 29, 5, 15 pr.; Julian D. 37, 4, 13 pr.; Papinian D. 50, 16, 219; vgl. Kaser, *translatio iuris*, RE VI A 2, 2158.

³¹ Das gilt allerdings nur für Rechte und Pflichten, die uneingeschränkt vererblich sind. Ähnlich auch bei der *translatio iurisdictionis*, mit der in einem gewissen Rahmen die Gerichtsbarkeit, nicht aber das *imperium* übertragen werden kann, vgl. Papinian D. 1, 21, 1 pr. und 1; Ulpian D. 1, 21, 2, 1, wo eine Unterscheidung zwischen *iurisdictionem mandare* und *transferre* anklingt.

³² Vgl. Ulpian D. 46, 2, 1 pr.; Gaius 3, 176. Zu *transferre dominium* (Ulpian D. 39, 3, 6, 4; Papinian Vat. 263), dem ursprünglich ein ähnliches Verständnis zugrunde liegt, vgl. Kaser, 412 f.; s. auch Pernice, SZ 9 (1988), 200 ff. Ebenso wie die *novatio* wird auch die *translatio legati* oder *fideicommissi* konstruiert, vgl. Gaius D. 34, 4, 5; Paulus D. 34, 4, 6 pr.

³³ Um diese negativen Folgen zu vermeiden, schlägt Koschaker (*translatio*, 20 f.) wenig überzeugend vor, der Richter des ersten Verfahrens müsse selbst als Zeuge auftreten

ten eines *iudicium* große Bedeutung. Zwar liegt es nahe, dass mit der *restitutio in integrum* eine Klagefrist wiederhergestellt werden kann, die nach der ersten und vor der zweiten Streitbegründung ausgelaufen ist. Allerdings drohen dem Kläger³⁴ gravierende Nachteile, die nicht ohne weiteres durch die Restitution überwunden werden können, wenn eine Partei stirbt und die Klage unvererblich ist, wenn die *res litigiosa* ersessen wird³⁵ und wenn die Bereicherung des Beklagten untergeht³⁶. Zudem bezieht sich der Restitutionsbefehl der *actiones in rem* auf den Zeitpunkt der *litis contestatio*³⁷: Zuwächse und Ersatz für Schäden, die nach der ersten, aber noch vor der zweiten Streitbegründung anfallen, gehen dem Kläger verloren.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich ein dogmatisches Dilemma, das die Betrachtung der *translatio iudicii* lange bestimmt hat: Eine Partei kann nicht allein durch das Dekret eines Magistrats³⁸ ohne ihre eigene Mitwirkung³⁹ der Rechtssprechungsgewalt eines Richters und dem in der Formel festgehaltenen Prozessprogramm unterworfen werden. Ein Mitwirkungsakt der Parteien zeigt sich deshalb auch bei der *translatio iudicii* als unentbehrlich. Die in den Quellen überlieferte Form, in der die Parteien den Richter und das Prozessprogramm anerkennen, ist die *litis contestatio*. Geht man aber davon aus, dass eine *translatio iudicii* durch eine zweite Streitbegründung vollzogen wird, führt dies zwangsläufig dazu, dass im Zuge einer Prozessübertragung kein Prozess übertragen, sondern ein begonnenes Verfahren, durch einen zweiten, neuen Prozess ersetzt wird, was die beschriebenen Nachteile mit sich bringt. Ohne selbst eine Antwort zu finden, fasst Wlassak diesen Befund in die für die weiteren Untersuchungen der *translatio iudicii* maßgebliche Bemerkung: „Besonders wichtig ist die Frage, ob und wie die Römer zur Annahme der Einheit des alten und neuen Prozessverhältnisses gelangten“⁴⁰.

und sich deshalb, sofern er auch Richter des *novum iudicium* sei, durch den Schwur *sibi non liquere* aus seinem Amt zurückziehen.

³⁴ Aber auch die Lage des Beklagten kann sich verschlechtern, vgl. dazu Duquesne, *translatio*, 86.

³⁵ S. dazu Gaius D. 6, 1, 18; Paulus D. 41, 4, 2, 21. Dasselbe gilt für den Untergang einer Dienstbarkeit nach der Streitbegründung durch Nichtgebrauch, vgl. Ulpian D. 8, 5, 8, 4.

³⁶ Vgl. dazu Ulpian D. 4, 2, 20; D. 24, 1, 7 pr.; Paulus D. 3, 5, 36 pr. und 1; D. 4, 4, 34 pr. (= PS 1, 9, 4a).

³⁷ Vgl. dazu Kaser/Hackl, 297 f. m.w.N.

³⁸ So aber v. Keller, *Litis Contestation*, 1 ff.; v. Keller/Wach, *Civilprocess*, 257 f., 297 f.; vgl. aber auch 313 ff.

³⁹ Vgl. dazu ausführlich Wlassak, *Litiskontestation*, 3 ff. Die *litis contestatio* aber als Formalvertrag der Parteien einzuordnen, wie Wlassak es tut, geht zu weit. Vgl. dazu m.w.N. Kaser/Hackl, 290 ff.

⁴⁰ Wlassak, FG v. Jhering, 41 Fn. 11.

Im Spannungsfeld der beiden geschilderten Thesen zur *translatio iudicii* lösen Sperl⁴¹, Koschaker⁴², Duquesne⁴³ und Bonifacio⁴⁴ in ihren Monographien zum Thema das beschriebene Dilemma jeweils unterschiedlich: Sperl untersucht lediglich die *translatio iudicii* nach dem Tod einer Prozesspartei und nimmt die Sukzession des Rechtsnachfolgers in die Parteirolle des Erblassers an, ohne dass es auf einen Mitwirkungsakt der Parteien oder eine Anordnung des Magistrats ankäme⁴⁵. Nach Koschaker wird im Zuge der *translatio iudicii* je nach der zugrunde liegenden Fallkonstellation entweder das begonnene Verfahren durch die Autorität des Magistrats fortgesetzt, begleitet allenfalls durch einen deklaratorischen „Translationsvertrag sui generis“⁴⁶. Oder es wird durch die Parteien mit einer *litis contestatio* ein neues Verfahren begründet, das das alte ersetzt⁴⁷. Duquesne konstruiert eine einheitliche Erklärung aller Translationskonstellationen: Es bedürfe in jedem Fall einer *in integrum restitutio* und einer zweiten Streitbegründung. Die Restitution wirke aber nur relativ, sodass die Streitbegründung als *litis contestatio repetita die* auf den Zeitpunkt der ersten Prozessbegründung zurückbezogen werden könne⁴⁸. Auch nach Bonifacio bedarf es der Manifestation einer Willensübereinkunft der Parteien. Er verzichtet aber darauf, den Parteienakt einem bekannten Institut zuzuordnen⁴⁹: Ebenso wie von dem Mitwirkungsakt der Parteien hänge die Prozessübertragung von einer *datio translationis* des Magistrats ab, wobei durch die so vollzogene *translatio iudicii* die Prozesseinheit gewahrt bleibe⁵⁰. Zur Prozessübertragung sei ausschließlich derjenige berechtigt und verpflichtet, der auch aus der *actio iudicati* desselben Verfahrens berechtigt oder verpflichtet sei.

Die neuere Literatur orientiert sich weitgehend an Bonifacio⁵¹, wobei aber einzeln zu dem Vollzug der *translatio iudicii* nichtsdestoweniger eine neue *litis*

⁴¹ Succession in den Process: eine civilprocessuale Studie, Graz 1895.

⁴² Translatio iudicii: eine Studie zum roemischen Zivilprozess, Graz 1905.

⁴³ La translatio iudicii dans la procédure civile romaine, Paris, 1910.

⁴⁴ Studi sul processo formulare romano. 1. Translatio iudicii, Napoli 1956.

⁴⁵ Sperl, Succession, 15.

⁴⁶ Diesen Ausdruck prägt Koschaker, translatio, 57, 85, 254.

⁴⁷ Zustimmend: Clerici, Riv. it. 11 (1905), 66 ff.; Wenger, SZ 26 (1905), 524 ff.; s. aber sogleich Fn. 48.; Costa (Profilo storico, 133 ff.), der neben Koschakers allerdings auch Duquesnes Ansatz erwägt; Pissard, questions préjudicielles, 170 ff. insb. 171 Fn. 6 und 172 Fn. 2.

⁴⁸ Duquesne, translatio, 83 ff. Zustimmend nunmehr gegen Koschakers Ansatz Wenger, SZ 32 (1911), 462 f.; Institutionen, 174.

⁴⁹ Bonifacio, translatio, 45 ff. Ähnlich bereits Wirbel, cognitor, 144 ff.

⁵⁰ Bonifacio, translatio, 46 ff. Zustimmend Seidl, Labeo 2 (1956), 370 f.; Luzzatto, IURA 8 (1957), 459 f.; Filhol, Latomus 16 (1957), 398 f.; Mayer-Maly, SZ 75 (1958), 438 ff.; Brogini, TR 27 (1959), 315.

⁵¹ Kaser/Hackl, 354; Meffert, Streitgenossenschaft, 21 Fn. 2; Talamanca, Istituzioni, 352. Nicht behandelt wird die *translatio iudicii* unter anderem von Cannata, Profilo istituzionale II, und Metzger, Litigation in Roman law.

contestatio gefordert wird⁵². Ausführlicher hat sich zuletzt d’Ors mit der *translatio iudicii* in einem posthum veröffentlichten Aufsatz beschäftigt⁵³. Er beschränkt seine Untersuchung auf die *translatio iudicii noxalis* und hält in diesen Fällen eine zweite *litis contestatio* für notwendig⁵⁴. Seinen Ansatz möchte d’Ors nicht auf alle anderen Translationsfälle übertragen. Er formuliert in der Einleitung seines Aufsatzes: „El tema de la *translatio iudicii* (y de la *translatio iudicis*) parece requerir todavía hoy un nuevo estudio“⁵⁵.

§ 5 Ziel dieser Arbeit

Nach der regen Beschäftigung mit der *translatio iudicii* seit 1881 fehlt es also nicht an Entwürfen für die dogmatische Einfassung der Prozesstranslation. Es soll an dieser Stelle kein weiteres dogmatisch durchgebildetes Erklärungsmodell entworfen und anschließend an den Quellen vorgeführt werden. Vielmehr soll die *translatio iudicii* losgelöst von einem dogmatischen Vorverständnis so untersucht werden, wie sie die römischen Juristen beschreiben. Dabei ist von besonderem Interesse,

1. was die römischen Juristen als Anlass für eine *translatio iudicii* anerkennen und aus welchen Gründen sie als notwendig angenommen wird,
2. ob nach den römischen Juristen die Prozessübertragung in den verschiedenen Konstellationen in einem einheitlichen oder in unterschiedlichen Verfahren vollzogen wird und ob durch die *translatio iudicii* ein *novum iudicium* begründet wird oder das *iudicium translatum* und das *iudicium transferendum eadem lis* sind,
3. welche Rolle die römischen Juristen dem Magistrat und welche den Parteien innerhalb des Translationsverfahrens zuerkennen.

Diese Fragen sind nicht neu und unterscheiden sich nicht grundsätzlich von jenen, die sich jeder Autor gestellt hat, der sich mit der *translatio iudicii* auseinandergesetzt hat.

⁵² So formuliert Pugliese (Istituzioni, 323): „si doveva redigere una nuova formula, in cui si trasfondesse la sostanza della precedente, e concludere su di essa una nuova *litis contestatio*“. Er steht mit dieser Beschreibung dem Ansatz Duquesnes nahe.

⁵³ D’Ors, Liber amicorum Juan Miquel, 737 ff. Die *translatio iudicii* in besonderen Konstellationen behandeln unter anderem auch Bischoff/Nörr, Konstitution, 30 ff.; Marrone, Fides Humanitas Ius, 9. Maggio 2007, 145 ff.; Chiusi, actio de in rem verso, 56 ff.

⁵⁴ D’Ors, Liber amicorum Juan Miquel, 737 ff.

⁵⁵ D’Ors, Liber amicorum Juan Miquel, 737.

Unterschieden wird diese Arbeit von den Voruntersuchungen aber dadurch, dass die Antworten auf die aufgeworfenen Fragen nicht in abstrakten Erwägungen zum Formularprozess, sondern in den Quellen, in den Entscheidungen der römischen Juristen selbst, gesucht werden. Diesen Perspektivwechsel hat Bonifacios Untersuchung möglich gemacht, indem sie den Weg für eine Beschreibung der *translatio iudicii* jenseits des in den Quellen nicht belegten dogmatischen Geflechts aufzeigt, das insbesondere Koschaker, Duquesne und zuletzt auch d'Ors mit der *litis contestatio (repetita die)* und der *in integrum restitutio* um die Prozesstranslation gespannt haben. Allerdings stellt auch Bonifacio seiner Untersuchung ein dogmatisches Vorverständnis voran, das den Blickwinkel seiner Analyse der Quellen *a priori* bestimmt. Dadurch verschließt er sich jeder Interpretation der Quellen, die nicht seiner Grundannahme entspricht, was sich insbesondere in seiner Ablehnung gegenüber jeglicher prokuratorischen Translation in klassischer Zeit zeigt. Die bisher vorgetragenen Theorien zur *translatio iudicii* sollen nicht von vornherein verworfen werden. In der Analyse der Quellen soll vielmehr überprüft werden, ob und inwieweit sie geeignet sind, die Entscheidungen der römischen Juristen zu erklären. Dieses Vorgehen muss dazu führen, dass dort, wo die Quellen schweigen, keine eindeutigen Aussagen getroffen und lediglich mehr oder minder wahrscheinliche Vermutungen angestellt werden können.

Entscheidend ist deshalb die Exegese der überlieferten Translationsfälle. Ausgangspunkt soll die Betrachtung der *translatio iudicii* mit der Beteiligung eines Prozessvertreters sein, für die eine Vielzahl von Quellen überliefert und die als *translatio iudicii cognitoria* im Edikt vorgesehen ist (1. Kapitel). Anschließend werden die Translationsfälle aufgrund einer Rechtsnachfolge untersucht, wobei der Schwerpunkt auf der häufig belegten *translatio iudicii in heredem* liegt. Ausführlich wird in diesem Zusammenhang auch auf die Redaktion der Translationsformel eingegangen (2. Kapitel). Es folgt die Untersuchung der *translatio iudicii*, die durch das Freiwerden desjenigen ausgelöst wird, für dessen Handlung sich sein Besitzer auf eine Klage eingelassen hat (3. Kapitel), und die Betrachtung der Fälle einer *translatio iudicii*, die zwischen Vater und Sohn innerhalb des Gewaltverhältnisses der *patria potestas* überliefert sind (4. Kapitel). Mit der *mutatio iudicis* wird auch der Richterwechsel *durante lite* in einem knappen Überblick angesprochen (5. Kapitel). Abschließend werden die Ergebnisse der Exegesen zusammengefasst. Bevor die belegten Translationsfälle untersucht werden, soll aber zunächst auf die Quellen hingewiesen werden, die der Prozessübertragung ähnliche Konstellationen behandeln, nichtsdestoweniger aber keine Fälle der *translatio iudicii* sind.

Mehr Informationen zu [diesem](#) und vielen weiteren Büchern aus dem Verlag C.H.Beck finden Sie unter: www.chbeck.de