

Res iudicata pro veritate accipitur? **Die Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz**

Andreas Wacke, Köln*

Eine der ersten Abhandlungen von Theo Mayer-Maly unter seinen kaum überschaubar zahlreichen, stets anregenden und weiterführenden Schriften¹ galt der *collusio* im römischen Zivilprozess². Er schrieb sie im jugendlichen Alter von 23 Jahren. Zum Andenken an diesen begnadeten, mit Recht allseits bewunderten Universaljuristen möchte ich sein damaliges Thema von einem veränderten Ausgangspunkt aus im Abstand von 55 Jahren erneut aufgreifen³. Da er vor meinem Dienstantritt einige Jahre in Köln lehrte, ehe er nach Salzburg ging, fühle ich mich ihm besonders verbunden.

* Dr. iur., Dr. h. c. mult., LLD h. c., em. o. Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht; E-Mail: Andreas.Wacke@uni-koeln.de. – Detlef Liebs danke ich für aufmerksame Lektüre meines Textes und freundliche Hinweise auf kleinere Versehen.

- 1 Eine Bibliographie seiner rechtshistorischen und seiner grundlegenden rechtsdogmatischen Abhandlungen wurde von mir, gestützt auf Vorarbeiten seiner Gattin *Dorothea Mayer-Maly*, zusammengestellt in *Orbis Iuris Romani* [OIR] 11 (2008), 125 ff. Im Jahre 1954 begann er mit fünf Aufsätzen seine wissenschaftliche Produktion, die er seitdem in ungebrochener Leistungskonstanz bis ins Alter hinein durchhielt.
- 2 *Mayer-Maly*, *Collusio* im Zivilprozeß, SZ 71, 1954, 242 ff. Angesichts des weitgreifenden Inhalts (besonders Scheinprozesse betreffend) erscheint die Überschrift etwas zu eng. Auf die prozessuale Wahrheitspflicht und das Prinzip des rechtlichen Gehörs geht der Aufsatz andererseits nicht ein.
- 3 Mein Beitrag ging hervor aus einem Vortrag in italienischer Sprache im Rahmen einer Ringvorlesung unter dem Generalthema „*Quid est veritas?*“ am Dipartimento di Diritto romano der Università degli Studi di Napoli Federico II auf Einladung von Carla Masi Doria und Cosimo Cascione am 30. April 2010. Über dasselbe Thema referierte ich kurz danach auch an den Universitäten von Lecce und Bari auf Einladungen von Francesca Lamberti und Amalia Sicari. Der Vortragsstil wurde auch in der deutschen Fassung weitgehend beibehalten.

I. Einleitung

1. Meine Überschrift „*Res iudicata pro veritate accipitur*“, „Das Urteil wird für die Wahrheit genommen“, greift aus dem umfassenden Problemkreis der Wahrheitssuche im Prozess nur einen Teilaspekt heraus. Das Zitat ist einer Ulpianstelle entnommen (D 1,5,25 = 50,17,207). Das von mir dahinter gesetzte Fragezeichen soll andeuten, dass Voraussetzungen und Grenzen der Sentenz genauer zu erforschen sind. Anzunehmen, ein Urteilsergebnis sei wahr, setzt nämlich voraus, dass sich der Richter zuvor um die Wahrheitsermittlung nach Kräften bemüht hat. Hierfür ist bedeutsam, welche Erkenntnisquellen dem Richter zu Gebote standen. In Zivilprozessen hängt dies wiederum davon ab, welche Fakten die Parteien dem Richter unterbreiteten und auf welche Beweismittel sie sich dafür bezogen. Nach der Urteilsfällung ist später zu fragen, in welchen Zusammenhängen sein Inhalt für wahr zu halten ist. Außerdem ist vor allem zu klären, wie sich die *Maxime* zu dem entgegengesetzten Grundsatz verhält, dass sich die Rechtskraft von Zivilurteilen auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger beschränkt⁴.

Nach einer Gesetzesnovelle von 1933 zur deutschen Zivilprozessordnung (von 1879) müssen die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abgeben (§ 138 Abs 1 ZPO). Die Wahrheitsfindung würde nämlich dem Richter bedeutend erschwert, wenn ihm eine Partei (oder etwa gar beide im gegenseitigen Einvernehmen zum Nachteil eines Dritten) einen falschen Sachverhalt unterbreiteten. Zur Konkretisierung dieser Wahrheitspflicht greift man zurück auf die Formel des Zeugeneides. Ein Zeuge hat zu schwören, dass er „nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe“ (§ 392 ZPO). Durch das Verschweigen erheblicher Tatsachen kann nämlich die Wahrheit ebenso verfälscht werden wie durch bewusst unwahres Vorbringen. *Veritas corrumpitur vel mendacio vel silentio* (Cicero, *De off* 1,23,294)⁵. Aus der Wahrheitspflicht folgt also ein Verbot von Lügen und Lücken.

Zur Tragweite der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien gibt es im deutschen zivilprozessualen Schrifttum zahlreiche Untersuchungen. Für die Römerzeit wurde das Problem der *veritas* im Prozess hingegen meines Wissens bislang nicht analysiert. Ich konnte keine dem Problemkreis ausdrücklich gewidmete Abhandlung ermitteln. Dies erstaunt, denn schon der antike *iudex* verpflichtete sich durch seinen Eid zur Erforschung der Wahrheit⁶.

4 *Res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant*: Macer D 42,1,63 (*saepe rescriptum est*); Ulpian D 48,2,7,2.

5 Auch: *Tantum est tacere verum quam falsum dicere*: Querolus 1,2. Vgl L. *De Mauri*, 5000 proverbi e motti latini² (1977) s v *verità*.

6 Nach Justinians Bericht in C 3,1,14, pr von 530 nChr hatten die antiken *iudices* zu schwören, *omnino sese cum veritate et legum observatione* zu urteilen. Dazu Kaser/Hackl, Das

Auch *Tomasz Giaro* rezente und staunenswert umfassende Monographie⁷ streift unseren Problemkreis nur am Rande. Ausweislich ihres Titels widmet sich *Giaro* den „römischen Rechtswahrheiten“; das sind dogmatisch richtige, von juristischen Fachgenossen gebilligte Schlussfolgerungen. *Giaro* befasst sich also mit den Aussagen über rechtliche Inhalte; nicht geht es ihm hingegen um die Feststellung von Sachverhalten, um die Ermittlung von Tatfragen, die *quaestio facti*⁸ oder *veritas rei* (wie *Ulpian* sagt)⁹, also um das *Law in action*, wo sich die Rechtssätze in ihrer Anwendung auf den praktischen Fall bewähren müssen.

2. Für mein Thema kann ich mich nur auf einzelne, am Rande liegende Voruntersuchungen stützen. Dazu gehören Arbeiten über die Beweislast (u Fn 13), über Kollusion und *dolo processuale*¹⁰, über etwaige Urteilswirkungen gegenüber Dritten (u Fn 14), sowie über die *iniuria iudicis*¹¹. Vor allem aber mussten mittels geeigneter Wortrecherchen die Quellen selbst befragt werden. Trotz der unschätzbaren Hilfestellung durch die elektronische Datei BIA war die Sammlung der Quellen ungewöhnlich zeitraubend. Die Prüfung konnte sich nämlich nicht auf eine technische Vokabel (oder auf einige wenige) beschränken. Aber nur ein geringer Teil unserer Quellen erwies sich letztlich als einschlägig. Meistens unterstellen die Juristen ihre Sachverhalte als feststehend; nur wenige handeln von der Wahrheitsermittlung durch den Richter während des Gerichtsverfahrens. Die typisch römische Arbeitsteilung zwischen Rechtsgelehrten (*iuris consulti*) und praktisch tätigen Richtern (*iudices*) tritt hier zutage. Sie hatte zweifellos einen bedeutenden Rationalisierungseffekt. Für die Prozessbeteiligten ist die Tatfrage jedoch nicht minder wichtig als die Rechtsfrage. Das Unrecht aus einem unrichtigen Urteil empfindet die unterlegene Partei im Zivilprozess (oder ein Angeklagter im Strafprozess) gleich stark, einerlei ob das Gericht die Rechtslage verkannte oder ungenügend die Fakten aufklärte. Die Tatsachenermittlung ist meistens sogar die schwierigere

römische Zivilprozessrecht² (1996), 358 mit Fn 35; bes *J. Paricio*, *Sobre la administración de la justicia en Roma: Los juramentos de los jueces privados* (1987), 66 ff.

7 *T. Giaro*, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment* (2007), 767 Seiten.

8 In den von BIA verzeichneten Rechtsquellen 26 mal, meist in den Dig. Öfters auch: *facti interpretatio*.

9 Überwiegend bezogen auf die Schätzung des wahren Sachwertes (im Gegensatz zum Interesse), etwa D 35,2,60,1 (*quanti re vera fuit*); D 35,2,62,1 (*secundum rei veritatem aestimare*); D 39,3,6,8; *S. Tafaro*, *La interpretatio ai verba ‚quanti es res est‘* (1980), 160 ff, *rei veritas* auch im Gegensatz zu *scriptura*: D 22,5,3,2; 22,3,25,3.

10 Außer *Mayer-Maly* (o Fn 1) namentlich *M. Brutti*, *La problematica del dolo processuale* (2 Bde, 1973).

11 *O. Mangold*, *Iniuria iudicis. Drittwirkungen des Fehlurteils im römischen Recht* (von Wolfgang Ernst und Wolfgang Kaiser betreute Diss jur, Tübingen), 2004, 116 Seiten (leider ohne Quellenverzeichnis). Vorher namentlich *G. Klingenberg*, *Eviktion durch iniuria iudicis*, in: *Collatio iuris romani, Études dédiées à H. Ankum* (1995) 177 ff.

Aufgabe. Nach einer alten Erfahrung kommt nämlich „auf ein Gramm Rechtliches ein Zentner Tatsächliches“. Die anzuwendenden Rechtsnormen liegen meist klar zutage. Aber in der Erforschung der Tatsachen muss sich die Rechtsordnung praktisch bewähren.

3. Die römischen Rechtsgelehrten konzentrierten also ihr Arbeitsfeld mit bewundernswerter Genialität auf den Aufbau ihrer Rechtsordnung. Die von ihnen diskutierten (und oft vielfach variierten) Fälle sind zwar meist lebensnah (im Unterschied zu den ausgeklügelten Übungsbeispielen in rhetorischen Schriften); sie werden aber aus der Sicht des allwissenden Betrachters geschildert, der die Fakten kennt. Symptomatisch ist dafür die Leichtfertigkeit, mit der die Quellen unbekümmert eine *iniuria iudicis* unterstellen. Denn mit der Rechtskraft ist ein Urteil unanfechtbar geworden. Woher will man dann wissen, ob es zu Recht oder zu Unrecht erging? Die Frage darf eigentlich nicht mehr gestellt werden¹²; sie dennoch aufzuwerfen, führt in eine Aporie. Auch in der Praxis entnommenen Fällen, die sich wirklich ereigneten, geht es selten um strittige Parteibehauptungen. Oft behandeln die Juristen hingegen Schulfälle, hypothetische Kathederexempel. Charakteristisch ist ihre Einleitung mit ‚finge‘, „nimm an“; in den Digesten (und nur dort) 20 Mal vorkommend; dazu weitere 10 Mal im *pluralis sociativus* ‚fingamus‘, „nehmen wir an“. Die Wahrheitsfrage würde kein Interpret an derartige Beispielfälle stellen; zu erörtern wäre höchstens, inwieweit sie realistisch sind, ihr Eintritt also wahrscheinlich ist. Aufgrund solcher feststehenden Sachverhalte wird das juristische Denken an heutigen Rechtsfakultäten in Deutschland (und nicht nur bei uns) bis zum Ersten Staatsexamen eingeübt. Fälle mit streitigen Parteibehauptungen oder eine Theorie der Beweiserhebung kommt auf der Universität nicht vor – im Unterschied zum Law of Evidence, welches in England und in den USA am Anfang des Studiums steht und erheblichen Raum einnimmt. Die Strategie des Argumentierens und Beweisens vor dem erkennenden Richter betrieben in der Antike bekanntlich die Rhetoren. Ihre Schriften lasse ich jedoch beiseite. Nur ausnahmsweise fungierte ein *iuris consultus* in einem Rechtsstreit als Richter.

4. Für eine Zuordnung einzelner Digestenstellen zu bestimmten Prozessgestaltungen wie zum alten Legisaktionenverfahren, zum klassischen Formularprozess oder zum spät- und nachklassischen Kognitionsverfahren, existieren kaum zuverlässige Kriterien. Nach diesem Schema lässt sich die vorliegende Untersuchung nicht untergliedern. Auf der Suche nach Unterschieden im Entwicklungsverlauf der antiken Prozessperioden hat man in früheren Untersuchungen auch zuweilen übertrieben. Für die Beweislast konnte ich dies gegen *Ernst Levy* nachweisen¹³, für angeblich ursprünglich konstitutive Urteilswir-

12 Zutr. *Liebs* in seiner Rez zu K. Hackl, Praejudicium, SZ 94, 1977, 462 ff, 468 f.

13 *Wacke*, Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß. Giovanni Pugliese *versus* Ernst Levy, SZ 109, 1992, 411 ff.

kungen gegenüber Dritten entgegen *Matteo Marrone*¹⁴, sowie für ein vermeintlich ursprünglich „relatives“ Eigentum gegen *Max Kaser*.¹⁵ Die Folgerungen dieser hoch verdienten Gelehrten aus dem Aufkommen und der späteren Degeneration des klassischen Formularprozesses gehen meines Erachtens viel zu weit. Die Aufeinanderfolge der antiken Prozessgestaltungen soll im Folgenden vielmehr als einheitliches Kontinuum betrachtet werden. Das Ziel des Zivilprozesses, der Sach- und Rechtslage entsprechend ein gerechtes Urteil zu fällen, war doch in allen Perioden das gleiche. – Einen markanten Unterschied erkenne ich hingegen bezüglich der Wahrheitsfindung zwischen Zivilprozess und Strafverfahren.

Erheblichen Erkenntnisgewinn verspricht diesbezüglich ein Vergleich mit der modernen Prozessrechtswissenschaft¹⁶. Die Entdeckung des Unterschiedes zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime durch *Nicolaus Thaddäus Gönner* (1764–1827) in seinem vierbändigen Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses von 1801–1803 (2. Aufl. 1804–05) ist ein Meilenstein¹⁷. *Gönner* unterschied gleichbedeutend die formelle Wahrheit von der materiellen Wahrheit. Dies sind unvergängliche Grundbegriffe. Mit *Gönners* Namen ist die Unterscheidung ähnlich eng verbunden wie die Entdeckung des Unterschieds zwischen Auftrag und Vollmacht mit dem Namen von *Paul Laband*. *Gönners* Erkenntnisfortschritte wurden allerdings im mehrbändigen Handbuch des gemeinen Zivilprozesses von *Bethmann-Hollweg* ebenso mit Stillschweigen übergangen wie im modernen Standard-Lehrbuch zum römischen Zivilprozess von *Max Kaser* (2. Aufl. von *Karl Hackl*)¹⁸. Die römischen

14 *Wacke*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten? Zu Matteo Marrones Lehre von der efficacia pregiudiziale della sentenza, OIR 9, 2004, 197 ff.

15 Ebenda 213 ff.

16 Tendenziell ähnlich *Liebs*, o Fn 12.

17 Vorhanden in der Univ Bibl Köln (Sign BECK3413–1 bis -4). Dazu vor allem *Falk Bomsdorf*, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß. Vom gemeinen Recht zur ZPO (1971; ursprünglich von Egbert Peters und Hans Hattenhauer betreute Diss, Kiel). Das Buch darf in keiner rechtshistorischen Bibliothek fehlen. Es ist beim Berliner Verlag Duncker und Humblot zum Preise von 34 Euro noch lieferbar. Bomsdorfs Ausführungen übernahm streckenweise *Günther Zettel*, Der Beibringungsgrundsatz (1977). – Falk Bomsdorf, geb 1942 in Dresden, studierte Rechtswiss und Slawistik, war 1974–1977 im Auswärtigen Amt, seit 1993 Leiter der Friedrich-Naumann-Stiftung in Moskau. – Über *Gönner* siehe *K. W. Nörr*, in R. Domingo (ed), *Juristas universales II* (2004), 838 ff; *H. Holzbauer*, HRG² (10. Lief 2009) 463 f; allg *G. Wesener*, Art Prozessmaximen, HRG IV¹ (1985/90), 55 ff.

18 Von Untersuchungsmaxime spricht *Hackl* im ganzen Handbuch dreimal, von Verhandlungsmaxime einmal (S 10). Deren Bedeutung wird dabei vorausgesetzt. Der Begriff ‚Wahrheit‘ fällt 18 Mal, aber stets ohne Apposition, ob formell oder materiell. *Gönner* wird nicht zitiert. Wegen der Einspeicherung des Werkes im Internet lassen sich derartige Recherchen ohne großen Zeitaufwand durchführen. – Die Prozessmaximen werden bei

Quellen enthalten für die von *Göner* eingeführten Differenzierungen zwar noch keine Entsprechungen¹⁹. Wegen ihrer zeitlosen Gültigkeit haben die Begriffe jedoch Schlüsselfunktion auch zum Verständnis von römischrechtlichen Verfahrensordnungen und Rechtskraftproblemen. Vor allem gestatten sie – wie gezeigt werden soll – eine Eingrenzung der zu weit geratenen (und in der Rezeptionsgeschichte sogar extensiv interpretierten) *regula* „*Res iudicata pro veritate accipitur*“ auf Verfahren mit Untersuchungsmaxime.

Einen methodisch wichtigen Impuls verdanke ich überdies *Felix Wubbe*²⁰ mit seiner Unterscheidung zwischen der göttlichen Perspektive des allwissenden *Angelus intellectualis* einerseits und den begrenzten Erkenntnismöglichkeiten von praktisch tätigen Urteilsrichtern andererseits, die sich als Menschen nur schrittweise von einem Prozess zum nächsten der Wahrheit nähern können. Die von *Wubbe* anhand vieler Beispiele meisterhaft exemplifizierten Sichtweisen brachten einen einem Quantensprung vergleichbaren Erkenntnisfortschritt in unsere Wissenschaft. Die menschliche Perspektive ist verknüpft mit dem Zwei-Parteien-Prinzip und dem Gebot des richterlichen Gehörs.

II. Zwei-Parteien-Prinzip und richterliches Gehör

1. Nach dem Zwei-Parteien-Prinzip müssen Kläger und Beklagter verschiedene Rechtssubjekte sein; ein Prozess des Klägers gegen sich selbst ist ausgeschlossen²¹. Wegen der Unterordnung von Sklaven und Kindern unter die Hausgewalt ihres *pater familias* reichte das Verbot von Insichprozessen in Rom weiter

Kaser/Hackl weniger deutlich herausgestellt als bei *E. Seidl*, Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozeßrecht³ (1971) § 32 (in für die Zwecke eines kurzen Grundrisses stark vereinfachter, dafür aber auch auf andere antike Rechtsordnungen erstreckter Darstellung). Nach *Seidl* S 166 Rz 402 sei für die Antike im allgemeinen die Verhandlungsmaxime anzunehmen (unter Hinweis auf die schwierige Afrikanstelle D 42,2,7 zur *confessio in iure*). Die sich für die Inquisitionsmaxime aussprechende Ulpianstelle D 11,1,21 sei von zweifelhafter Echtheit. Der Ulpiantext handelt aber vom richterlichen Fragerecht (vgl § 139 ZPO); es ist von der Amtsermittlung zu unterscheiden.

- 19 Eine Bedeutungsanalyse der quellenmäßigen Ausdrücke *ex officio* bzw *officio iudicis* kann hier nicht erfolgen.
- 20 *Wubbe* in mehreren Abhandlungen, vor allem im Aufsatz: Ungewißheit und Unbehagen in Eigentumsfragen (von 1977), Neudruck in *Wubbe*, *Ius vigilantibus scriptum* (2003), 79 ff. Dazu unten nach Fn 84.
- 21 Für einen Spezialfall ersann Paulus D 3,5,18,3 davon einen Ausweg: Erfährt ein Vermögensverwalter (*procurator*) nachträglich, dass er gutgläubig für sich selbst eine dem abwesenden Geschäftsherrn gehörige Sache kaufte, dann muss er für den Abwesenden einen Untervertreter bestellen, der die Sache von ihm (dem Käufer) vindiziert, um die für ihn laufende *usucapio* abzubrechen und zu seinen Gunsten die Eviktionshaftung auszulösen: *Wacke*, Paulus D 3,5,18,3: Zur bona fides bei Ersitzung, Geschäftsführung und Eviktionsregreß, in: *De iustitia et iure*, Festgabe U. v. Lübtow zum 80. Geb (1980) 269 ff.

als heutzutage. Unzulässig waren nämlich auch Klagen des Gewalthabers gegen Gewaltunterworfenen und umgekehrt. Innerhalb familiärer Subordination war eine Wahrheitsermittlung im *ordo iudiciorum* demnach ausgeschlossen. Unklagbare Naturalobligationen innerhalb eines Gewaltverhältnisses gelangten nur insoweit zu richterlicher Kognition, als davon Außenwirkungen abhingen, etwa ihre Sicherung durch Bürgschaft oder Pfand. Unterhaltsansprüche wurden erst nach Kaiserrecht in der *extraordinaria cognitio* vor dem Konsul durchsetzbar. Ausnahmsweise gewährten die Kaiser auch unmenschlich grausam behandelten Sklaven ein eigenes Beschwerderecht gegen ihre Herren²².

■ Eine Konsequenz des Zwei-Parteien-Prinzips ist, dass sich zur Durchsetzung überindividueller Interessen der Zivilprozess nur begrenzt eignet²³. Beispielsweise kaum (oder allenfalls reflexartig) zum Schutze der Umwelt: Eine *actio negatoria* zwecks Abwehr von Immissionen versagt, wenn beide Grundstücke, das störende wie das gestörte, demselben Eigentümer gehören²⁴. Ein Staatsanwalt als Vertreter öffentlicher Interessen wirkte im römischen Zivilverfahren nicht mit. Sogar in Strafprozessen übernahm ein Privatmann die Rolle des Anklägers. Gebündelte Sammelklagen zahlreicher Kläger vor demselben Gericht mit ähnlichen Sachverhalten, wie sie uns als *class-actions* aus Nordamerika berichtet werden, gab es in Rom nicht. Bei den Popularklagen wurde unter mehreren Prätendenten der würdigste ausgesucht, der im Prozessverlauf grundsätzlich auf sich allein gestellt war. Wir werden noch sehen, mit welchen Mitteln das Fehlen eines Vertreters von Gemeinwohlintereessen im römischen Prozessrecht zuweilen ersatzweise kompensiert wurde (zur *retractatio* eines Ingenuitätsurteils s. unten X).

2. Gemeinsamer Grundpfeiler für alle Verfahrensarten ist der Anspruch auf richterliches Gehör. Aus ihm folgt erstens, dass ein Urteil nicht gegen eine Person wirken darf, die am Verfahren gar nicht beteiligt war. Das von einem Prozessvertreter erstrittene Urteil wirkte für und gegen den Vertretenen nur dann, wenn der Vertreter zur Prozessführung ermächtigt war oder der Vertretene sie nachträglich genehmigte. Ansonsten galt: *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* (o Fn 4). Dieser Grundsatz wurde in unserer Wissenschaft nicht immer genügend beachtet²⁵. Zweitens darf ein Richter zum Nachteil einer Partei nur

22 *Gamauf*, Ad status confugere (1999); *Wacke*, D 41,1,54,2: Ursprung der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung, in: *Recht der Arbeit* 40, 1987, 321 ff; aktualisierte Neufassung in: *Ius romanum schola sapientiae*, Festschrift P. Blaho (2009) 495 ff, 512.

23 Vgl (zum modernen Recht) *K. Thiere*, Der Schutz überindividueller Interessen im Zivilprozess (1980).

24 Zum modernen Recht *D. Medicus*, Zivilrecht und Umweltschutz, *Juristenzeitung* 1986, 778 ff; rechtshistorisch *Wacke*, Umweltschutz im römischen Recht? in: *Orbis Iuris Romani* [OIR] 7, 2002, 101 ff, 109, 199 ff.

25 Unter Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs hätte die verbreitete Meinung nie aufgestellt werden dürfen, die *in iure cessio* habe dem Erwerber unangreifbares Eigentum verschafft und damit einen wahren dritten Eigentümer entrechtet; dagegen unten XI.

entscheiden, wenn er sie zu Wort kommen ließ. Dafür genügt die ihr gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme. Ob sie von der Gelegenheit Gebrauch macht, bleibt ihr überlassen; zum Reden kann man sie nicht zwingen. Ihre Entgegnung ist eine typische prozessuale Last: Nachteile aus ihrem Schweigen hat jede Partei sich selbst zuzuschreiben. Der kontradiktorische Dialog zwischen den Parteien ist nicht nur das probate Mittel zur Wahrheitsfindung. Als Fundamentalprinzip rechtsstaatlicher Verfahrensgestaltung hat die Gewährung des Gehörs überdies einen Eigenwert. Dies erkannte bereits Seneca: „Wer etwas beschloss, ohne die Gegenseite gehört zu haben, der handelte nicht gerecht, mag er auch Gerechtes entschieden haben.“ *Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*²⁶. Selbst wenn das Urteil im Ergebnis zutrifft, war doch der Verfahrensweg nicht gerecht, auf dem es gefunden wurde. Einen Beweisantritt darf der Richter nicht mit der Begründung ablehnen, das Gegenteil sei schon erwiesen. Die im Anschluss an das Decretum Gratiani im Mittelalter gebildete Regel *Manifesta non indigent probatione*, „Handfeste (Tatsachen) bedürfen keines Beweises,“ führte zu missbräuchlicher Beschneidung der Verteidigungsrechte des Angeklagten. Ihr gegenüber erkannte Sebastian Vantius um 1552 dem richterlichen Gehör überragenden Rang zu²⁷: Als universales Gebot göttlichen Rechts sei es ausnahmslos zu respektieren, sogar wenn Satanas als dämonische Verkörperung des Bösen persönlich vor dem Richter erscheinen sollte. Zur Bekräftigung verwies man auf die Befragung Adams durch Gott nach dem Sündenfall vor der Vertreibung aus dem Paradies: Obwohl die Übertretung seines Gebots durch Adam für den allwissenden himmlischen Vater evident war, stellt er ihn zur Rede und gibt ihm die Gelegenheit zur Verteidigung. Diese biblische Begebenheit bildete nach mittelalterlicher Überzeugung den ersten Strafprozess in der Menschheitsgeschichte. Dem Modell des Inquisitionsprozesses entsprechend erscheint darin Gott in einer Person als Ankläger und Richter zugleich. Damit komme ich zur „himmlischen Wahrheit“.

III. Die „*veritas coelestis*“ und das Auge Gottes

1. Nach zahlreichen Bibelstellen ist Gott allwissend²⁸. Gott sieht auch die dem Auge verborgenen Dinge. Gott schaut dem Menschen ins Herz; er erfasst dessen geheimste Gedanken, Wünsche und Begierden. Für ihn sind sie offenkundig; er bedarf keiner Beweise. Gott kann auch die Zukunft voraussehen; so

26 In der Bearbeitung der *Medea* des Euripides durch L. Annaeus Seneca phil (4 vChr – 65 nChr), 2,2, 199 f. Wacke, *Audiatur et altera pars*, in: *Ars boni et aequi*, Festschrift W. Waldstein (1993), 369 ff, 375.

27 Vgl Wacke, *Art Audiatur et altera pars*, HRG² (2. Lief 2005), 327, 329.

28 *Heinz Schäfer*, *Biblischer Zitatenschatz* (1994/2004), 25 f.

wusste Jesus Christus im Voraus von dem ihm bevorstehenden Tode am Kreuz (Joh 18,4).

Auch nach geltendem deutschen Prozessrecht schwört ein Zeuge seinen Eid „bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“ (§§ 481 ZPO, § 64 StPO). Die (fakultative) religiöse Beteuerung nach dem Schwur lautet: „so wahr mir Gott helfe“. Diese Kurzform bedeutet: „so wahr es ist, dass Gott mir helfen wird“²⁹.

Aus der Concha mancher mittelalterlicher oder barocker Kirche blickt auf die Gläubigen das „Auge Gottes“ herab³⁰. Parallelen finden sich in anderen monotheistischen Religionen, als *justitiae oculus* auch schon bei *Ammianus Marcellinus*³¹. Zur Zeit der Aufklärung und Säkularisierung verwandelte es sich in das „Auge des Gesetzes“. Als programmatisches Symbol der Französischen Revolution sollte es die Gleichheit vor dem Gesetz bewachen. In *Friedrich von Schillers* „Lied von der Glocke“ sprichwörtlich geworden, sorgt das „Auge des Gesetzes“ für den ruhigen Schlaf der Bürger. Im Spitzelsystem totalitärer Regimes nahm es freilich bedrohliche Gestalt an („Big Brother is watching you“, nach der futuristischen Schreckensvision von *George Orwell*, „1984“ von 1949).

Nach der Himmelfahrt sitzt Christus „zur Rechten Gottes, zu richten die Lebenden und die Toten“. Bildliche Darstellungen des Jüngsten Gerichts finden sich nicht nur in Kirchen und Kathedralen, sondern seit dem 15. Jhd auch in Ratsstuben und Gerichtssälen. Über die Gerechtigkeit des irdischen Richters wachte nämlich das himmlische Gericht des allwissenden Gottes³².

2. Im allegorischen Roman der Gerechtigkeit von *Philippe de Mézières* mit dem Titel „Der Traum des alten Pilgers“ (*Le songe du vieil pèlerin*, 1389) begibt sich der Pilger namens *Ardent Désir* („Brennendes Verlangen“) auf die Wanderschaft zu den Königinnen *Charité*, *Sapience* und *Vérité*. Sie sollen auf die Erde zurückkehren, um die Welt zu verbessern. Die Königinnen unternehmen zusammen mit dem Pilger eine lange Reise, in deren Verlauf sie sich von den beklagenswerten Zuständen auf allen Gebieten und in allen Schichten der

29 *J. und W. Grimm*, Deutsches Wörterbuch 27 (1922) Sp 700 f. Auf die Möglichkeit, den Eid ohne religiöse Beteuerung zu leisten, soll der Richter den Schwörenden hinweisen. Bundespräsident, Bundeskanzler und Bundesminister leisten ihre Amtseide meistens mit der (gleichlautenden) religiösen Beteuerung, Artt 56, 64 Grundgesetz.

30 *M. Stolleis*, Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher² (2004); *ders.*, Art Auge des Gesetzes, HRG² (2. Lief 2005), 355 f.

31 *Rerum gestarum* 28,6,25 und 29,2,20: *Stolleis* aaO 24 und 79 Fn 34.

32 *Wacke*, Rechtsprechen im Angesicht des Jüngsten Gerichts, nach Gemälden und Inschriften in Ratsstuben und Gerichtssälen, in: Louis Carlen (Hrsg), Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde 24 (2007), 43 ff; *G. Kocher*, Art Gerechtigkeit- und Gerichtsbilder, HRG² (9. Lief 2009), 127 ff; mit reicher Lit, bes. *W. Schild*, Gott als Richter, in: *W. Pleister/W. Schild* (Hrsg), Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst (1988), 44 ff.

Gesellschaft überzeugen. Am Ende präsidiert *Vérité* gemeinsam mit *Charité* und *Sapience* einer Sitzung des Parlaments zu Paris, während der sie die Verhältnisse in Staat, Gesellschaft sowie in Kirche und Justiz kritisiert und den König über Verbesserungen belehrt. Im Epilog folgt freilich die Ernüchterung: Der alte Pilger muss erkennen, dass alles nur ein Traum war und die politischen Wirren fort dauern³³. – Ist die *vérité* demnach nur ein Traum, eine Illusion?

3. Die Wahrheit gehört (anders als die Gerechtigkeit) nicht zu den Tugenden. Die Wahrheit ist etwas Objektives, Gegebenes. Eine Tugend ist hingegen – als menschliche Eigenschaft – die Wahrhaftigkeit. In vielen Sprachen kennt man das Sprichwort: „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht“. *Al bugiardo non è creduto nemmeno il vero. Mendaci homini ne verum quidem dicenti credere solemus* (Cicero, *De divin* 2,71,146). *Un menteur n'est point écouté, même en disant la vérité. A liar is not believed, even if he speaks the truth.*

In der bildenden Kunst wird die Wahrheit nackt dargestellt³⁴; und die nackte oder reine Wahrheit ist gleichfalls sprichwörtlich. Als Attribut hält *veritas* in ihrer Hand einen Spiegel, zuweilen auch eine Lampe (als Symbol der Sonne). Das Spiegelbild ist ein getreues Abbild der Wirklichkeit. Und die Lampe bringt Licht in verworrenes Dunkel. In poetischer Anwendung bezeichnet darum Arcadius Charisius (jünger als Herennius Modestinus: D 50,4,18,26) den Zeugen einmal als *lux veritatis* (D 22,5,21,3). Vom „Licht der Wahrheit“ sprach auch Cicero, *Acad* 2,31: *Nihil est veritatis luce dulcius*, nichts ist süßer als das Licht der Wahrheit, *Nulla è più dolce che il lume della verità*. Mittelalterliche *Ordines iudicariū* verglichen den Zeugen auch mit der Wahrheitstrompete, der *tuba veritatis*; hieraus zog man den Schluss, dass dessen Aussage auch zum Nachteil der beweisführenden Partei verwertet werden dürfe, die den Zeugen benannt hat³⁵.

33 *W. Schild*, Gerechtigkeitsbilder (wie Fn 32) 86 ff, 124 f mit Abb Nr 199 und Fn 74.

34 Vor allem in *L. Berninis* berühmter Marmorskulptur „Die von der Zeit entschleierte Wahrheit“ (1646/52); dazu *E. B. Herrbach*, Berninis Verità: Die schönste Tugend der Welt oder Versuch, sich einer Berniniskulptur zu nähern (Diss Würzburg 1987).

35 *W. Litewski*, Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicariū II (1999), 404. – Im Anschluß an Diokletian C 4,20,5 bezeichnete ein Glossator des 12. Jhdts den Zeugen als *veritatis adiutor*; dazu umfassend *Y. Mauten*, Veritatis adiutor: La procédure du témoignage dans le droit savant (XII^e-XIV^e siècles), 2006, 20 ff mit vielen weiteren Hinweisen über *vérité* im Sachregister.

IV. Die Frage des Pilatus und die Antworten der Philosophen

1. Die skeptische³⁶ Frage *Quid est veritas?*³⁷ stellte der römische Präfekt *Pontius Pilatus* im Laufe des schicksalsschwersten Prozesses für die abendländische Menschheitsgeschichte. Eine Antwort darauf erwartete Pilatus wohl selber nicht; denn ohne eine Erwiderung des angeklagten Jesus abzuwarten, setzte er die kurze frühmorgendliche Verhandlung fort (Joh 18,38). (Nebenbei bemerkt, hätte auch heute – trotz des Anspruchs auf richterliches Gehör – ein angeklagter politischer Überzeugungstäter nicht das Recht auf ausführliche Darlegungen seines Glaubensbekenntnisses im Gerichtssaal). Die von Pilatus mit resignierendem Unterton gestellte Frage war also eine rhetorische.

„Was ist Wahrheit?“: so fragte *Pilatus* nach Luthers Bibelübersetzung. Eine Beantwortung fiel uns leichter, wenn die Frage konkreter gestellt worden wäre: „Was ist die Wahrheit?“ Mit dem bestimmten Artikel vorangestellt, bezöge sich die Frage auf die Wahrheit von etwas, von einer Behauptung, einer Erzählung, einer Geschichte. Gefragt würde dann, ob oder inwieweit eine erzählte Begebenheit mit dem wirklichen, tatsächlichen Geschehen übereinstimmt. So auf einen konkreten Tathergang bezogen, formuliert ein Richter seine Fragen an die Parteien bzw. an den Angeklagten und an die Zeugen.

Fasste nun Pilatus seine an Jesus gerichtete Wahrheitsfrage abstrakt oder konkret? „τί ἐστιν ἀλήθεια?“ lautet der Fragesatz in der griechischen Fassung des Johannesevangeliums – ohne bestimmten Artikel, die das Griechische im Unterschied zum Lateinischen kennt. Demnach war die Frage nach Luthers zutreffender Übersetzung allgemein nach der Wahrheit schlechthin gestellt.

2. Mit der von Pilatus angezweifelte Aussage „Ich bin dazu geboren . . ., um für die Wahrheit zu zeugen,“ (Joh 18,37) meinte Jesus vermutlich: „Ich verkündige den rechten Glauben bzw die wahre Lehre.“ Die Frage nach der richtigen Religion ist aber nicht justiziabel. Wollte man hierzu eine Konferenz von herausragenden Repräsentanten der Weltreligionen einberufen, würde sie kaum anders ausgehen als die Parabel von den drei Ringen in Lessings *Nathan der Weise*. Das im Jahre 1529 vom Landgrafen *Philipp von Hessen* nach Marburg einberufene Religionsgespräch zwischen *M. Luther*, *Ph. Melanchthon* und (unter anderen) *U. Zwingli* erbrachte nur zum Teil eine Einigung und konnte das Schisma unter den Protestanten letztlich nicht verhindern. Innerhalb der katholischen Kirche können über Glaubensfragen ein Konzil oder der Papst entscheiden. Zu Zeiten des römischen Prinzipats war aber keine Ge-

36 *Bove*, Il processo di Gesù (a cura di Fr. Amarelli/Fr. Lucrezi, 1999), 208; vgl *H. G. Knothe*, Der Prozess Jesu, rechtshistorisch betrachtet, OIR 10 (2005), 67 ff, 92. Zur Kürze der Verhandlung am frühen Morgen des 7. April: *Liebs*, Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike (2007) 98 ff.

37 So lautete das Generalthema der napolitanischen Ringvorlesung, s o Fn 3.

richtsinstanz dazu berufen, um über dogmatische Streitfragen unter den Rechtsgelehrten zu entscheiden. Hing die Beurteilung eines praktischen Falles einmal von einer der zahlreichen Streitfragen unter den Rechtsschulen der Prokulianer und der Sabinianer ab, so war der *iudex* nicht zu beneiden: Welcher Meinung sollte er sich anschließen? Heute werden Auslegungszweifel über Rechtsvorschriften höchstrichterlich geklärt, wenn es im Rechtsstreit darauf ankommt. Die abstrakte Bereinigung juristischer Kontroversen (ohne konkretes Rechtsschutzbegehren) ist aber auch heute nicht die Aufgabe der Gerichte. Im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom fehlte es dafür (jedenfalls vor der Einrichtung von Appellationsgerichten) schon an einer zuständigen Instanz. Wenn uns öfters berichtet wird, diese oder jene Meinung habe sich letztlich durchgesetzt (*optinuit* oder ähnlich), dann heißt dies nur, dass im Diskurs unter den Fachgenossen sich die Mehrzahl von deren Argumenten überzeugen ließ. Dieser Prozess der Meinungsbildung war oft langwierig, ja generationenübergreifend, wie *Tomasz Giaro* überzeugend darlegte³⁸.

3. Um Antworten auf die Frage nach der Wahrheit war die abendländische Philosophie unablässig bemüht. Die Abhandlungen darüber sind Legion. Eine Auswahlbibliographie von 1987 umfasst schon über dreihundert Titel³⁹. Mangels eigener philosophiegeschichtlicher Kompetenz skizziere ich hier nur einzelne Aspekte.

Geistesgeschichtlicher Ausgangspunkt ist die von *Platon* und *Aristoteles* angenommene Entsprechung von Denken, Wort und Wirklichkeit. *Thomas von Aquin* prägte die klassische Formel: *Veritas est adaequatio intellectus et rei*. Diese noch von *Karl Marx* vertretene Korrespondenztheorie betrachtet das Erkenntnisobjekt (das Seiende) als fest vorgegeben und definiert. Den Wahrheitsgehalt einer Aussage bemisst sie danach, ob sie die objektiven Gegebenheiten adäquat widerspiegelt (daher auch Widerspiegelungs- oder Abbildtheorie genannt; mit Unterschieden im Einzelnen). Die Gesprächssituation der Äußerung wird dabei ausgeblendet; auf die subjektive Einstellung von Sprecher und Hörer kommt es nicht an.

38 *Giaro* (Fn7) 212, 215 ff. Mit *optinuit* wird aber auch der Erfolg einer Klage oder eines Rechtsmittels bezeichnet, s *Heumann/Seckel s v obtinere*.

39 Und dies nur bezogen auf die Jahre 1970–1985: *J. Seibt*, Bibliographie, in: Lorenz Bruno Puntel, Der Wahrheitsbegriff. Neue Erklärungsversuche. Wege der Forschung Band 636 (1987), 369 ff.

V. Die Eingrenzung durch das beiderseitige Parteivorbringen

1. Im Zivilprozess geht es hingegen um die Ermittlung und die rechtliche Würdigung eines historischen Geschehens; und der Sachverhalt ergibt sich aus dem streitigen Dialog der beiden Parteien. Aus Rede und Gegenrede von Kläger und Beklagtem ergeben sich die relevanten Tatsachen, insbesondere (wie wir noch sehen werden) aus der Art der Einlassung des Beklagten. Zum Dialog gehört es auch, wenn eine Partei Behauptungen des Gegners schweigend zur Kenntnis nimmt und nichts darauf erwidert. Der uns hier interessierende Wahrheitsbegriff ist also ein historisch-empirischer; zugleich ist er ein pragmatisch-dialogischer. Die unterschiedlichen philosophischen Wahrheitskonzepte laufen also für den Richter (grob vereinfachend) zusammen. Auf den Wahrheitsgehalt einer Zeugenaussage passt hingegen die Abbild- oder Widerspiegelungstheorie.

Das Gericht muss aber auch entscheiden, wenn es die Wahrheit einer relevanten Behauptung nicht ermitteln kann. Wie dann zu urteilen ist, ist von den Beweislastnormen vorgegeben; sie ergeben sich aus der Sachlogik des anzuwendenden materiellen Rechts. Ein Prozess, insbesondere ein Zivilprozess, bleibt darum niemals „ergebnislos“. Lässt sich eine erhebliche Behauptung des Klägers nicht erweisen, ist seine Klage abzuweisen, damit Rechtskraft und zugleich Rechtsfrieden eintreten und derselbe Streit nicht erneut aufgerollt werden kann.

2. Anders als Gott der Allwissende oder ein Prophet kann der Richter freilich nicht in die Zukunft schauen. Den Eintritt künftiger und zumal unsicherer Ereignisse kann der Richter nicht abwarten. Nach dem Beschleunigungsgrundsatz muss das Urteil bald gesprochen werden (*bis dat qui cito dat*); eine Vertagung oder gar eine Aussetzung des Verfahrens muss auf Ausnahmen beschränkt bleiben. Für solche nicht seltenen künftigen Ereignisse sorgten die römischen Juristen durch den Abschluss von *cautiones* vor. Haftete zB ein Obhutspflichtiger dem Eigentümer für den Diebstahl einer Sache, dann konnte er sich vor seiner Verurteilung die Rückzahlung des zu leistenden Ersatzes für den Fall ausbedingen, dass der Kläger die gestohlene Sache wiedererlangen sollte⁴⁰.

40 J. Wacke, *Actiones suas praestare debet*: Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen etc (2010), Sachregister s v *cautiones iudiciales*.

VI. Wahrheitswidrige Anerkenntnisse in der *iusdictio voluntaria*

1. Eine Mittelstellung zwischen der Beurteilung von vergangenen und von künftigen Tatsachen nehmen die uns hier zunächst interessierenden Verfahren ein, bei denen mit dem Urteilsspruch eine Änderung der bisherigen Rechtslage (oft von beiden Parteien) begehrt wird. Dies sind erstens die Gestaltungsklagen, heute zB gerichtet auf Scheidung einer Ehe, im römischen Prozess die Teilungsklagen (mit der Bestellung eines Teilungsrichters, Schiedsmannes, *arbiter*): die Grenzscheidungsklage (*actio finium regundorum*) und die auf Auseinandersetzung unter Gemeinschaftern oder Miterben gerichteten *actiones communi dividundo* bzw *familiae erciscundae*. Zweitens gehören hierher die für unsere Betrachtungen wichtigere Abtretung vor Gericht (*in iure cessio*) und die Freilassung eines Sklaven (*manumissio vindicta*). Die beiden letztgenannten rechneten schon die spätklassischen Juristen zur weniger förmlichen *iusdictio voluntaria*⁴¹; dieser Zweig der Gerichtsbarkeit kannte einige Sonderregeln und heißt nach römischem Vorbild noch heute in vielen Ländern „giurisdizione volontaria“ oder Freiwillige Gerichtsbarkeit. Infolge dieser Ausgrenzung von den streitigen Verfahren gehen ihre für die Römer noch auf der Hand liegenden Gemeinsamkeiten für den heutigen Betrachter oft verloren. *In iure cessio* und Stabfreilassung sind jedoch Prototypen des Anerkennungsprozesses, in dem der die Rolle des Beklagten übernehmende Veräußerer oder Freilasser der Behauptung des Klägers bzw *Adsertors* vorbehaltlos zustimmt, *er* (der Kläger) sei der wahre Berechtigte bzw der für einen Sklaven Gehaltene sei ein freier Mensch. Aufgrund dieses ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses des Beklagten spricht der Magistrat entsprechend dem Satz *confessus pro iudicato est* das zu übertragende Herrschaftsrecht dem Kläger zu; bei der einem Freiheitsprozess nachgebildeten *manumissio* lautet der Spruch zugunsten der Freiheit des bisherigen Sklaven.

2. Die *in iure cessio* (auf die wir unser Augenmerk zunächst konzentrieren) bezeichnet man oft als einen Scheinprozess. Die Vindikation des Klägers enthält unbestreitbar eine unwahre Behauptung: Der Kläger gibt vor, er sei schon vor Prozessbeginn Eigentümer gewesen (er wünsche bloß die Feststellung seines bereits bestehenden Eigentums und dessen Verwirklichung durch Herausgabe der Sache). In Wahrheit war Eigentümer (und ist dies bis zum Urteilsspruch noch immer) der Beklagte. Da aber der Beklagte der anders lautenden Behauptung nicht entgegentritt, ihr vielmehr womöglich sogar zustimmt, geht das Eigentum mit dem Urteilsspruch auf den Kläger über und schafft von nun an eine der Klagebehauptung entsprechende und damit wahre Rechtslage.

41 Wacke, Zur *iusdictio voluntaria*, SZ 106, 1989, 180 ff. Kurzfassung „Ursprung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit“ in: DNotZ 1988, 732 ff. Unberücksichtigt gelassen von I. Ebert, Art Freiwillige Gerichtsbarkeit, HRG² (8. Lief 2008) 1784 ff.

Geben beide Parteien vor dem Prätor abredegemäß an, der Kläger sei bereits Eigentümer, obwohl er es erst werden soll, so könnte man dies Simulation nennen. Sie besteht darin, dass eine Rechtslage als gegenwärtig bestehend ausgegeben wird, die es erst durch den Spruch des Prätors werden soll. Da aber mit der *addictio* die einvernehmlichen Parteibehauptungen mit der wahren Rechtslage zur Deckung gebracht werden, nahm man an dieser Antizipation keinen Anstoß. Das Anerkenntnis des beklagten Veräußerers verstößt auch nicht gegen die Wahrheitspflicht, denn nur den Gegner benachteiligende Behauptungen sind verboten. Und die Behauptung des erwerbswilligen Klägers verletzt kein Recht des verzichtsbereiten Beklagten (*volenti non fit iniuria*). Nutzungen und Lasten sollen freilich erst mit dem Eigentumserwerb übergehen.

Die Prozedur ist auch kein Scheinprozess⁴². Denn erstens ist das Ergebnis beabsichtigt. Für ein Scheingeschäft ist jedoch charakteristisch, dass es dem Parteiwillen zufolge nicht gelten soll, sondern statt seiner das verdeckte, dissimulierte Geschäft (§ 117 BGB). Zweitens wusste auch der Prätor, was die Parteien wollten; weder bei der *in iure cessio* noch bei der *manumissio vindicta* kann er geglaubt haben, Streitgegner vor sich zu haben. Darum haben wir es hier mit „offenem zum Schein Handeln“ zu tun.⁴³ Eine Kollusion wird demgegenüber durch das heimliche Einvernehmen der Parteien charakterisiert⁴⁴; durch verdecktes zum Schein Handeln wird das Gericht getäuscht. Zwecks Unterscheidung sprach Mayer-Maly S246 f daher beim kollusiven Zusammenwirken der Streitparteien (im Anschluss an den einzig bei Ulpian D 49,1,14pr. anzutreffenden Ausdruck *iudicium perlusorium*) vom „perlusorischen“ Prozess; das legale *procedere* bei der *in iure cessio* und dergleichen nannte er hingegen einen „Scheinprozess als Rechtsinstitut.“ Das Wort „Scheinprozess“ sollte man in diesem Falle jedoch besser vermeiden. Das *procedere* enthält weniger simulierte Elemente als die Emanzipation eines Hauskinds (als Parallelinstitut zur *manumissio vindicta*) durch dreimaligen Scheinverkauf zu einem symbolischen Preis an einen Treuhänder. Übereignungswirkung bzw. Freiwerdung des Sklaven sind gewollt. Bei der Emanzipation verdrehte man jedoch eine ursprünglich gegen den hartherzigen Vater gerichtete Verwirkungssanktion in eine Befugnis zum Verzicht auf die Hausgewalt⁴⁵. Kaufvertragswirkungen waren nicht gewollt; und bei der Aufstellung

42 Als Scheinvindikation qualifizierte die *in iure cessio* seit Savigny und Jhering eine früher verbreitete Lehre. Dagegen Demelius, Wlassak, Rabel; sämtlich angeführt bei Mayer-Maly, SZ 71, 244 f.

43 So Mayer-Maly, SZ 71, 247, im Anschluss an Wlassak. Der Ausdruck im Anschluss an die Schrift des Germanisten O. Peterka, Das offene zum Schein Handeln im deutschen Recht des Mittelalters (1911). Weitere Literaturnachweise bei Mayer-Maly 242 f.

44 Heumann/Seckel s v colludere; Mayer-Maly, SZ 71, 250. Die Aufdeckung (Enthüllung) einer Kollusion heißt folgerichtig *detegere collusionem*, etwa D 40,16,2,4.

45 Zweifelnd Kaser, PR I (u Fn 70) 70 f. Zur Zeit der Aufstellung des Zwölftafelsatzes 4,2 war der Kinderverkauf jedenfalls noch keine *imaginaria venditio* (wie Justinian Inst

der Vorschrift war nicht daran gedacht, dass ein *pater familias* die drei Verkäufe in einem Zuge hintereinander vornimmt.

VII. Die formelle Wahrheit aufgrund der Verhandlungsmaxime

1. Wie das legale *procere* bei der *in iure cessio* (und bei der ihr nachgebildeten *manumissio vindicta*) lehrt, war die Wahrheitsfindung über vergangene Sachverhalte nicht der einzige Zweck des Zivilprozesses. Seine Aufgabe bestand auch in der Herstellung neuen Rechts, in der Veränderung der Rechtslage⁴⁶. Vom römischen Recht unbeeinflusste germanische Völker kannten deutliche Parallelen in Gestalt der Auflassung vor Gericht⁴⁷.

Die Abtretung vor Gericht ist ein gutes Beispiel für die Verhandlungsmaxime oder das im Zivilprozess herrschende Prinzip der formellen Wahrheit. Räumt der Beklagte die Richtigkeit einer Behauptung des Klägers ein, dann bildet das einvernehmliche Parteivorbringen für den Richter „die Wahrheit“, die er hinzunehmen hat und nicht anzweifeln darf. An das Anerkenntnis eines Anspruchs oder das Geständnis einer Tatsache sind Prätor und *index* gebunden⁴⁸. Die offen zum Schein erhobene Vindikation des erwerbwilligen Klägers bei der *in iure cessio* durfte der Magistrat nicht mit der Begründung zurückweisen: „Das Eigentum steht dir doch offensichtlich nicht zu.“ Das wäre auf Justizverweigerung hinausgekommen. Die Parteidisposition steht vielmehr über der (materiellen) Wahrheit. Wäre das bei der *in iure cessio* ergehende Anerkenntnisurteil ein Fehlurteil gewesen, dann hätte es der Magistrat nicht erlassen dürfen⁴⁹. Aber das Anerkenntnis ist für den Gerichtsherrn die („for-

1,12,6 und 2,10,1 sie im Anschluss an Gaius 1,119 nennt): zutr. *D. Flach*, Das Zwölftafelgesetz (2004), 196. Bis zu zwei Mal wurde der Verkauf eines Kindes toleriert. Aber nach dem dritten, unverzeihlichen Verkauf war Schluss mit der Vatersgewalt.

46 So zutreffend *H. Hattenbauer*, Europäische Rechtsgeschichte⁴ (2004), im Kapitel „Wahrheit“ in archaischen Rechtskulturen, 68 ff.

47 *W. Ogris*, Art „Auflassung“, HRG² (2. Lief 2005), 339 ff.

48 Eine Regel, wonach zugestandene Tatsachen für wahr zu halten sind, formulierten die Römer zwar nicht: *Kaser/Hackl* aaO 366 Fn 37. Aber sie verfuhrten danach. Beispiele: Gestand ein mit der *actio legis Aquiliae* Verklagter, den Sklaven getötet zu haben, obwohl er ihn nicht tötete, so haftet er aus seinem Geständnis, sofern nur der Sklave tot ist: Paulus D 42,2,4. – Wer den Stichus zu schulden anerkannte, der muss – mag auch der Stichus schon tot gewesen sein oder nach der Streitbefestigung gestorben sein – verurteilt werden: Ulpian D 42,2,5.

49 Ein Fehlurteil war es allerdings, falls der beklagte Veräußerer nicht Eigentümer war. Wenn sich dafür Anhaltspunkte in der Verhandlung ergaben, hätte der Magistrat es nicht erlassen dürfen. Es rief dann den Schein einer Eigentumsübertragung hervor, die aber nach richtiger Ansicht den unbeteiligten wahren Eigentümer nicht präjudizierte, s u XI.

melle“) Wahrheit, die nicht hinterfragt wird⁵⁰. Der Wahrheitsbegriff der Juristen ist insoweit viel einfacher als die diversen Wahrheitsbegriffe der Philosophen (angedeutet oben IV. 3.).

Seneca erklärte die Wahrheit für unteilbar: *Veritas in omnem partem sui eadem est* (Epist 79,18). Für den Zivilrichter ist die Wahrheit indessen nicht stets dieselbe. Was er für wahr zu halten hat, hängt von der jeweiligen Einlassung des Beklagten im Einzelfall ab. Gesteht der wegen eines Verkehrsunfalls Verklagte zu: „die Ampel zeigte für mich rot“, dann entfällt jede Beweisaufnahme (§ 288 ZPO). Nur bei einander widersprechenden Behauptungen (jede Partei will grün gesehen haben) muss der Richter untersuchen, welche Partei die Wahrheit und das Recht auf ihrer Seite hat. Die Wahrheit unterliegt demnach der Disposition der Parteien. Wieweit ihre Verfügungsmacht darüber reicht, haben wir genauer zu untersuchen.

Entdeckt hat den Unterschied zwischen formeller und materieller Wahrheit der schon erwähnte bayerische Jurist *Nikolaus Thaddäus Gönner* (ein etwas älterer Zeitgenosse von Friedrich Carl von Savigny, s o Fn 17). Angeregt wurde *Gönner* dazu durch den Vergleich mit dem preußischen Zivilprozess⁵¹. Abweichend vom römisch-gemeinen Prozessrecht galt in Preußen nämlich auch im Zivilverfahren eine Zeit lang die Untersuchungsmaxime. Sogar die freie Advokatur hatte *Friedrich der Große* abgeschafft⁵². Für das zivilgerichtliche Verfahren ist jedoch, wie *Gönner* richtig erkannte, die Erforschung behaupteter Tatsachen von Amts wegen (*ex officio*) nicht angemessen. Der Kläger hat nämlich die Wahl, ob und wann er einen Anspruch einklagen will und in welcher Höhe. Der Gegner kann außergerichtlich freiwillig erfüllen oder im Verfahrensverlauf anerkennen bzw. Zugeständnisse machen⁵³. Da also die Parteien außergerichtlich Herren ihrer Rechte sind, wäre es ungereimt, ihnen während des Verfahrens die Herrschaft über den Tatsachenstoff aus der Hand zu nehmen. Die Privatautonomie wirkt vielmehr in das Verfahren hinein (oder darin fort). Nach *Gönners* etwas frappierender, aber richtiger Erkenntnis ist die Wahrheitsfindung demzufolge nur das sekundäre, zweitrangige Ziel des

50 Ebenso (zum modernen Recht) *Zettel* (o Fn 17), 42: „Alles was die Parteien als unstreitig darstellen, muß das Gericht als wahr behandeln. Die Wahrheit ermittelt es nur, soweit es die Parteien wünschen, selbst dann, wenn es etwa die Unwahrheit positiv kennt.“

51 Die klassische *in iure cessio* konnte *Gönner* noch nicht als Paradigma verwenden, weil die davon handelnden Institutionen des *Gaius* (2,242 f.) erst ein Jahrzehnt später entdeckt wurden.

52 *Chr. Grabl*, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen (1994). Zur Betonung der Amtsmaxime im preußischen Zivilprozess (im Gegensatz zum französischen) s allg *W. Sellert*, Art Zivilprozess, HRG V (1998), 1744 ff.

53 Ein sofortiges Anerkenntnis ist in der Praxis häufig bei verfrühter Klageerhebung; zu entscheiden ist dann nur noch über die Tragung der angefallenen Prozesskosten, § 93 ZPO.

Zivilprozesses⁵⁴. Welches Ziel ist dann aber wohl das primäre? Man wird nicht fehlgehen mit der (etwas pathetisch klingenden) Antwort: einem jeden das Seine zu verschaffen (das *ius suum cuique tribuere*)⁵⁵. „Das Seine“ ist hier: was die Partei wünscht und erstrebt, also das von ihr begehrte Rechtsschutzziel.

VIII. Die Dispositionsbefugnis der Parteien

1. Nach einer kurzen Bemerkung im Lehrbuch von *Kaser/Knütel* (19. Aufl 2008, § 84 Rz 6) sei das Geständnis von Tatsachen für den römischen *index* „nicht schlechthin verbindlich“ gewesen, im Unterschied zum Anerkenntnis (der *confessio*) des Anspruchs. Zwischen Anerkenntnis und Geständnis macht die römische Rechtssprache aber keinen Unterschied⁵⁶. Inwieweit Prätor und *index* an Geständnisse gebunden waren, hängt davon ab, ob der Beklagte über Rechte oder über Tatsachenbehauptungen verfügen kann. *Kaser/Knütels* Bemerkung trifft zu für Strafprozesse und für Statusverfahren; bei ihnen erheischt das öffentliche Interesse die Erforschung der materiellen Wahrheit. Im Zivilprozess sind dies Ausnahmen. Nach heutigem kanonischen Prozessrecht sind Beweise dann entbehrlich, wenn das gerichtliche Geständnis eine private Angelegenheit betrifft und das öffentliche Interesse nicht berührt wird (can 1536 § 1 CJCan)⁵⁷. Diese Leitlinie gilt für alle Arten von Gerichtsverfahren.

2. Im öffentlichen Interesse liegt primär die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung. Ob er zuständig ist, prüft der Richter stets als erstes. Nur innerhalb bestimmter Grenzen können die Parteien einvernehmlich ein unzuständiges Gericht anrufen (Prorogation). Für einen Kreis von Streitfällen können sie sich aber auch einem Schiedsgericht unterwerfen (vgl § 1030 ZPO). Ob, wann und in welcher Höhe der Kläger gerichtlich vorgeht, bleibt ihm überlassen⁵⁸.

54 Unser Bundesgerichtshof bezeichnete demgegenüber die Wahrheitsermittlung als das oberste Ziel des Zivilprozesses. Diese Bemerkung mag zutreffen für streitige Parteibehauptungen.

55 Ulpian D 1,1,10pr-1. Dazu *G. Falcone*, *Annali Palermo* 52 (2007). Entgegen *Liebs* nicht apokryph: *Wacke*, *OIR* 12 (2008) 81 Fn 78.

56 *Kaser/Hackl* aaO 366.

57 „*Confessio iudicialis unius partis, si agatur de negotio aliquo privato et in causa non sit bonum publicum, ceteras relevat ab onere probandi.*“ „Das gerichtliche Geständnis einer Partei befreit die übrigen (Beteiligten) von der Beweislast, wenn es sich um eine private Angelegenheit handelt und das öffentliche Wohl nicht betroffen ist.“

58 *Invitus agere vel accusare nemo cogitur*: „Kernsatz der Dispositionsmaxime“ nach *D. Liebs*, *Römische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*⁷ (2007) Nr J 135 unter Hinweis auf *Diokletian C 3,7,1*. Das Gegenstück für den Beklagten *D 50,17,156pr: Invitus nemo rem cogitur defendere*. Zum Folgenden namentlich *G. Chiovenda*, *Principii di diritto processuale civile* (1. ed 1906, 4. ed inalterata 1928; vorh im Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht der Univ Köln, *Sign IT IVa2*; von der *Accademia dei*

Über sein Begehren darf das Gericht nicht hinausgehen. Der uns geläufige Grundsatz *Ne eat iudex ultra petita partium* (kurz *ne ultra petita*, § 308 ZPO) kommt in den klassischen Quellen zwar so nicht vor⁵⁹ („das Petitem“ als Substantiv kannten die Römer offenbar noch nicht)⁶⁰; er liegt ihnen aber anscheinend als selbstverständlich zugrunde. Dessen Kehrseite bildet die entsprechende Verbindlichkeit von Anerkenntnis und Geständnis des Beklagten. Der Beklagte kann den Anspruch ganz oder teilweise anerkennen (§ 307 ZPO), und demgemäß muss der Richter ihn verurteilen. Weder darf er ihn dann in weniger verurteilen noch die Klage abweisen mit der Begründung, die Klageforderung sei nicht in dieser Höhe oder gar nicht erwiesen.

3. Während des Verfahrens können beide Parteien einen Vergleich abschließen (*transactio*); insbesondere kann der Kläger seine Klage zurücknehmen oder auf seinen Anspruch verzichten. Für den römischen Zivilprozess wird letzteres zwar selten hervorgehoben⁶¹; es ergibt sich aber beispielsweise aus:

D 4,3,25 (Paulus, libro undecimo ad edictum): Cum a te pecuniam peterem eoque nomine iudicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolveris. Quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest: nam ex integro agere possum et si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero.

„Als ich von dir Geld einforderte und deswegen der Prozess begonnen wurde, überredetest du mich wahrheitswidrig, dieses Geld an meinen Sklaven oder Inkassobevollmächtigten gezahlt zu haben. Auf diese Weise hast du es erreicht, dass du mit meiner Zustimmung freigesprochen wurdest. Auf unsere Frage, ob gegen dich eine Klage wegen Arglist erteilt werden müsse, gefiel die Ansicht, die Klage wegen Arglist nicht zu gewähren, weil mir auf andere Weise geholfen werden könne: Ich kann nämlich von neuem klagen, und wenn mir die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten wird, kann ich zu Recht von der Replik

Lincei preisgekrönter Trattato von 1328 Seiten) § 47: L'attività delle parti come limiti dei poteri del giudice, mit reichen Lit.angaben, auch aus dem älteren deutschsprachigen prozessualistischen Schrifttum. Über die romanistischen Leistungen des großen Prozessualisten jetzt G. Crifò, Giuseppe Chiovenda romanista, in: Studi in onore di A. Metro I (2009) 567 ff.

59 *Liebs* (Fn 58) Nr N 15 und N 84 gibt keine geschichtliche Quelle an. Siehe aber Javolen D 10,3,18: *ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*, „die Entscheidungsbefugnis des Richters kann nicht über den Streitgegenstand hinausgehen“; *Bomsdorf* aaO 38.

60 Nur verbal als Partizip Perfekt begegnet ‚*petitum*‘ in den Quellen.

61 *Kaser/Hackl* gehen auf Verzicht und Klagerücknahme (soweit ersichtlich) nicht ein. Ein Wort dafür ist *destituere*, die Klage fallen lassen, zB D 48,16,2: *Qui destiterit, agere amplius et accusare prohibetur*; dazu auch D 4,4,21.

(*der Arglist*) *Gebrauch machen.*“

Nach der Streitbefestigung spiegelte der Beklagte dem Kläger vor, die eingeklagte Summe an dessen bevollmächtigten Sklaven oder Prokurator gezahlt zu haben; zur Bekräftigung legte er womöglich eine gefälschte Quittung vor. Daraufhin ließ der Kläger seine Klage fallen⁶², und der Beklagte wurde freigesprochen. Dieser Freispruch war weder ein Fehlurteil noch beruht er auf einem *error iudicis*. Ob die behauptete Zahlung wirklich erfolgt war, war nach der Abstandnahme des Klägers von seiner Rechtsverfolgung vom Richter nicht mehr zu untersuchen; ebensowenig musste er eine etwa vorgelegte Quittung auf ihre Echtheit überprüfen, nachdem der Kläger sie anerkannt hatte. Durch sein Einverständnis mit der Klageabweisung disponierte der Kläger über seinen Anspruch. Die Parteiherrschaft steht über der richterlichen Pflicht zur Sachaufklärung, selbst wenn das Entgegenkommen des Klägers durch Täuschung erlangt war. (War das Betrugsmanöver allerdings für den Richter erkennbar, hätte er der Behauptung des Beklagten nachgehen und den Kläger auf mögliche Zweifel hinweisen müssen; denn an einem Prozessbetrug darf ein Richter nicht mitwirken.) Eine *actio de dolo* scheidet nach Paulus zur Abhilfe aus, weil sie nur subsidiär eingreift. Stattdessen könne die abgewiesene Klage einfach (ohne förmliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)⁶³ von neuem (*ex integro*) angestrengt und der vom Beklagten etwa vorgeschützten Einrede

62 Dies ist eher Klageverzicht (§ 306 ZPO) als Klagerücknahme (§ 269 ZPO). Nach wirksam erklärter Klagerücknahme gilt der Rechtsstreit nämlich als nicht anhängig geworden (§ 269 Abs 3 ZPO); die *actio* wäre nicht konsumiert. Ausweislich der vorzuschützenden *exceptio rei iudicatae* war hier aber Rechtskraft eingetreten, der Kläger war mit seinem Anspruch abgewiesen worden (*consentiente me absolveris*). Für die Dispositionsbefugnis des Klägers, seine Einwilligung in die Klageabweisung, ebenso Paulus D 4,3,20,1: *iudicio absolvi te passus sim*. Dort gewährte Julian freilich die (an sich subsidiäre) *actio de dolo*. Zur Kontroverse siehe Wacke (nächste Fn) 117 f; G. Papa, *Noterelle in tema di ingiustizia ... della sentenza*, in: *Diritto e giustizia nel processo* (2002) 37, 46 f.

63 Wacke, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?* SZ 88, 1971, 105, 116 ff. *Ex integro* ist gleichbedeutend mit *denuo, iterum* (Belege dort in Fn 53), heißt hier also schlicht „von neuem klagen“. Übereinstimmend die Übersetzungen von Spruit (1994), Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler (1995) und Shipani (2005). Anders ohne Begründung Mayer-Maly (wie Fn 1) 252, 253 bei Fn 40, sowie Apelt und Longo (zit in SZ 88, 118 Fn 52). Kaum zutreffend d’Ors (1968): „puedo pedir la restitución total“. – Für eine *in integrum restitutio* hingegen M. Brutti, *La problematica del dolo processuale II* (1973), 446, Fn 531 ff mit Fn 254. Aufgrund einer förmlichen Wiederaufnahme des Verfahrens wäre aber die Rechtskraft schon von Amts wegen beseitigt. Eine *exceptio rei iudicatae* dürfte nicht mehr vorgeschützt werden; und eine etwa dennoch vorgeschützte wäre wirkungslos (sie ginge ins Leere), einer *replicatio doli* bedürfte es dazu nicht. *In integrum restitutio* und das hier beschriebene Zusammenspiel von *exceptio* und *replicatio* sind verschiedene Wege mit dem identischen Ziel der Beseitigung der Rechtskraft. Zwischen ihnen gibt es keine Kumulation, sondern nur ein Entweder – Oder. Die Frage (*quaerentibus*) und die Antwort (*placuit*) handeln nur von der *actio de dolo*, nicht von

der Rechtskraft mit der *replicatio doli* begegnet werden. Im zweiten Verfahren kann der Beklagte sogar über die Rechtskraft der Vorentscheidung disponieren; denn er kann dem Text zufolge (*si obiciatur*) die Einrede vorschützen oder auch von ihr Abstand nehmen und sich auf das erneute Verfahren einlassen. Heute muss der Richter die Rechtskraft hingegen von Amts wegen beachten, weil es dem öffentlichen Interesse widerspricht, wenn Gerichtsschutz in derselben Sache mehrfach in Anspruch genommen wird und infolge dessen womöglich divergierende Entscheidungen ergehen. Bezüglich der Disponibilität der Rechtskraft hat sich unsere Beurteilung in den letzten Jahrzehnten gewandelt⁶⁴.

IX. Prozesse um den Personenstand

1. Nicht der privaten Disposition unterliegen Fragen des Personenstandes. Hierzu zwei Beispiele:

a) Die bewusst falsche Angabe der Mutter, ihr Kind sei unehelich geboren, hindert nicht die Aufdeckung seiner ehelichen Geburt:

D 22,3,29,1 (Scaevola, libro nono digestorum): Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore.

„Eine schwangere Frau gebar nach der Ehescheidung einen Sohn; in Abwesenheit ihres Mannes ließ sie ihn im Geburtsregister als unehelich eintragen. Es wurde angefragt, ob der Junge in der Gewalt seines Vaters stünde und, nachdem die Mutter ohne Testament verstorben war, mit dessen Zustimmung ihre Erbschaft (scil kraft Gesetzes) antreten könne: ob dem nicht die von der Mutter im Zorn abgegebene Anmeldung entgegenstünde? Seine Antwort lautete: Der Wahrheit sei der Vorzug einzuräumen.“

einer Wiedereinsetzung. Weit. Lit: *Papa*, *Labeo* 42 (1996) 439 ff; *ders.*, (vorige Fn aE) 42 ff; *Ankum*, jetzt in seinen *Extravagantes* (2007) 89.

64 Früher hieß es, der Gegner „kann die Einrede der Rechtshängigkeit erheben“ (§ 263 Abs 2 Nr 1, vgl § 274 Abs 2 Nr 4 ZPO aF). § 191 des ersten BGB-Entwurfs lautete entsprechend: „Auf die Wirkung des rechtskräftigen Urteils kann verzichtet werden. Das Gericht darf dieselbe nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird.“ Dazu *F. Sturm*, *L'utilisation du concept romain de l'autorité de la chose jugée chez les rédacteurs des codes de procédure civile etc.*, in: *Cahiers* (u Fn 105). Seit der Vereinfachungsnovelle von 1976 „kann die Streitsache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden“ (§ 261 Abs 3 Nr 1 ZPO nF). Rechtshängigkeit und Rechtskraft sind seitdem keine prozesshindernden Einreden (im technischen Sinne) mehr. Das war schon lange vor 1976 herrschende Ansicht.

Aus Verärgerung über ihren Ehemann, der sie verlassen und sich von ihr geschieden hat, ließ eine Mutter ihr neugeborenes Kind als unehelich registrieren; vermutlich gab sie an: „Vater unbekannt“. Dieser Eintrag präjudiziert nicht die wahre Abstammung des Sohnes. Eine wider besseren Wissens abgegebene Erklärung über den Personenstand macht keinen Beweis⁶⁵. War das Kind innerhalb der Empfängniszeit vom damaligen Ehemann gezeugt, so untersteht es als eheliches seiner *patria potestas*.

b) Die wahre Herkunft (*origo*) wird durch dessen falsche Angabe nicht präjudiziert. Der Mensch kann keine andere Identität annehmen; der für seine Identifikation wichtige Geburtsort ist unwandelbar:

D 50,1,6pr. (Ulpianus, libro secundo opinionum): Adsumptio originis, quae non est, veritatem naturae non peremit. Errore enim veritas originis non amittitur, nec mendacio dicentis se esse, unde non sit, deponitur. Neque recusando quis patriam, ex qua oriundus est, neque mentiendo de ea, quam non habet, veritatem mutare potest.

„Die Beilegung eines unzutreffenden Herkunftsortes verdrängt nicht die naturgegebene Wahrheit. Infolge eines Irrtums geht nämlich die natürliche Abstammung nicht verloren; ebenso wenig wird sie durch die lügenhafte Angabe eines falschen Herkunftsortes abgelegt. Weder durch die Verleugnung der Heimat, aus der man stammt, noch durch Erdichtung einer solchen, die man nicht hat, lässt sich die Wahrheit verändern.“

Die apodiktische Aussage gemahnt an konstitutionalen Stil; zugrunde liegt vermutlich ein *responsum* (vielleicht Papinians)⁶⁶ oder ein Reskript. In wohlgesetzten Worten wird spiegelbildlich argumentiert: Weder irrtümlich noch absichtlich kann man seinen wirklichen Herkunftsort ablegen (verleugnen) oder sich einen neuen zulegen. Die Bindung an die *origo* (auch *nativitas* oder *patria* genannt)⁶⁷ ist eine unauflösbare Eigenschaft der Persönlichkeit⁶⁸. Da man in-

65 *Professio a matre irata facta non facit fidem*: so Liebs (o Fn 58) Nr P 113 (ohne Quellenangabe). Der letzte Satz bei Liebs ist zu streichen, s schon Wacke, SZ 109, 1992, 568 Fn 21. Zum Abstammungsnachweis E. Quintana Orive, La prueba del estado civil en Derecho Romano, RIDA 55 (2008), 373 ff; auch A. de Francesco, Giudizio alimentare e accertamento della filiazione, in: Diritto e giustizia nel processo (2002), 93 ff, 127 ff. Entgegen missverständlichen Bemerkungen von R. Haensch, SZ 109, 1992, 283 ff wurden nicht nur eheliche Geburten in den Archiven registriert, sondern auch uneheliche, wie aus unserem Scaevolotext hervorgeht.

66 Vgl Papinians *responsum* in D 50,1,17,10.

67 D. Nörr, *Origo*, TRG 31 (1963), 533 = Nörr, *Historiae iuris antiqui* (ges Schriften) I (2003), 307* ff, 315* f.

68 So De Ruggiero und Levy, zitiert von B. Santalucia, I libri opinionum di Ulpiano II (1971), 96 ff mit weit Lit. In der Interpunktion weiche ich von Santalucia ab. Wegen des Gleichklangs der Verben *amittitur* und *deponitur* gehören die beiden mit *nec* verbundenen Halbsätze zusammen. Als Glosse wird den zweiten Halbsatz nur betrachten, wer

soweit kein Zugeständnis machen kann, ist deren Angabe nicht bindend, sondern gegebenenfalls von Amts wegen zu überprüfen. Seinen Wohnsitz kann man hingegen durch tatsächlichen Umzug (aber nicht durch bloße Ortsangabe) verlegen; Paulus D 50,1,20: *domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione* . . .

2. Einen Sonderfall bildet die Freilassung von Sklaven. Die *manumissio vindicta* ist ein Derivat der *in iure cessio*; im Ansatz unterscheidet sie sich nicht von der Übereignung eines Sklaven vor Gericht. Das Zugeständnis des Beklagten geht bei der Übereignung dahin, der Mensch habe schon immer dem Kläger als Sklave gehört, bei der *manumissio* geht es dahin, er sei schon immer ein Freier gewesen. Beide Geständnisse widersprechen der Wahrheit, sie binden aber das Gericht und sind keine Kollusion. Die von der *lex Aelia Sentia* eingeführten Alterserfordernisse hat aber der Prätor von Amts wegen zu prüfen. Die Einhaltung der gesetzlichen Freilassungsbeschränkungen muss im öffentlichen Interesse kontrolliert werden⁶⁹. Kollusion ist es, wenn zwecks deren Umgehung einvernehmlich mittels Täuschung des Richters ein Freiheitsprozess mit dem Ziel einer *proclamatio in libertatem* geführt wird. Wer eine solche Kollusion aufdeckt, der erwirbt nach dem unter Domitian beschlossenen *SC. Ninnianum* das Eigentumsrecht am Sklaven (Gaius, D 40,16,1; unten 4). Mittels korrekter *manumissio vindicta* erhält aber der Sklave eine Statusverbesserung, und – erstaunlich genug – erlangt er sogar das römische Bürgerrecht. Die römische Rechtsordnung erlaubte es den Herren (was sich keineswegs von selbst versteht), über die Erlangung von Freiheit und Bürgerrecht ihrer Sklaven (in den Grenzen der Freilassungsbeschränkungsgesetze) durch privaten Willensakt (in Gestalt eines Prozesses) zu disponieren.

3. Im Prozess um die Feststellung des Freigeborenenstatus wurde die Untersuchungsmaxime hingegen strenger gehandhabt. Diesem Zusammenhang entstammt die nun zu analysierende *regula iuris* aus Ulpian D 50,17,207: *Res iudicata pro veritate accipitur*. Den ursprünglichen Kontext erfahren wir aus:

jede nicht unbedingt erforderliche Bemerkung für unklassisch hält. Auch der inhaltlich nichts Neues bringende Schlusssatz wäre entbehrlich, ohne dass er deshalb eine spätere Erfindung sein muss. – Sibyllinisch äußert sich zu dem Fragment (ohne Erläuterung des konkreten Inhalts) W. Waldstein, Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen, ANRW II 15 (1976), 36 f: „Der Text ist ein außerordentlich beachtliches Zeugnis für die erkenntnistheoretische Position Ulpians.“ Mit Erkenntnistheorie hat die hier zu entscheidende praktische Frage jedoch wenig zu tun.

69 Die Herrschaft der unterschiedlichen Verfahrensmaximen hängt demnach nicht schematisch von Prozessarten oder Streitgegenständen ab. Sie ist konkreter auf einzelne Urteilelemente zu beziehen.

D. 1,5,25 (Ulpianus, libro primo ad legem Iuliam et Papiam): Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur.

„Als Freigeborenen müssen wir auch denjenigen ansehen, der als solcher durch Urteil anerkannt wurde, obwohl er ein Freigelassener war. Denn der rechtskräftige Urteilspruch wird für die Wahrheit gehalten.“

Der *inscriptio* zufolge handelte Ulpian von den Eheverboten nach den *leges Iulia de maritandis ordinibus* und *Papia Poppaea*⁷⁰. Freigeborene Bürger durften danach ua keine *feminae probrosae* heiraten (wie Dirnen oder Kupplerinnen), freigelassene Männer keine Töchter von Senatoren. Die Eigenschaft als ‚freigeboren‘ kann nach Ulpian auf zwei Gründen beruhen: erstens auf blutsmäßiger Abstammung; das wird als Normalfall vorausgesetzt. Sie kann zweitens (*etiam*) als „juristische“ auch auf einem über die Statusfrage ergangenen Urteil beruhen. Das die Freigeboreneigenschaft im Ingenuitätsprozess feststellende Urteil bestimmt nach Ulpian zugleich über die Fähigkeit, eine Frau der genannten Eigenschaften gültig zu ehelichen. Das im Statusprozess ergehende Urteil hat also Drittwirkung (*inter omnes*).

Der Schlusssatz, obwohl mit *quia* eingeleitet, enthält aber keine Begründung; er beschreibt nur das Ergebnis mit einer eingängigen, griffigen Faustformel⁷¹. Dies ist eine rein deskriptive *regula*, weil sie keine (über den Vordersatz hinausgehenden) Rechtsfolgen anordnet. Der dem Lateinischen fehlende Artikel erweckt Zweifel, ob man bei der Übersetzung den bestimmten („das Urteil“) oder den unbestimmten („ein Urteil“) einfügen soll⁷². Der unbestimmte Artikel enthält mE eine zu weitgehende Verallgemeinerung. Denn „ein Urteil“ kann soviel heißen wie „jedes Urteil“. Diese Deutung erzeugte in der Rezeptionsgeschichte zahlreiche Missverständnisse⁷³. Gegen die Existenz einer derart weitreichenden Regel spricht aber die Begrenzung der Rechtskraft im gewöhnlichen Zivilprozess auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger. Wegen

70 Das erste Gesetz von 18 vChr und das zweite von 9 nChr fassten die klassischen Juristen als Einheit auf: *Kaser*, Das römische Privatrecht I², 318 ff; *R. Astolfi*, La lex Iulia et Papia³ (1995).

71 Einer Begründung nahe käme der Schlusssatz, wenn er einen gefestigten, in Juristenkreisen umlaufenden Topos enthielte. Als Vorbild käme die auf Marcellus zurückgehende Sentenz in D 23,5,3,3pr in Betracht, u Fn 74.

72 Den unbestimmten Artikel setzen ein *Spruit* (1994) und *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (1995); den bestimmten hingegen (mE eher zutreffend) *d’Ors* (1968) und *Schipani* (2005).

73 Siehe unten Fn 105. *Tancred* glossierte den Ulpiantext so: *quia res iudicata praeiudicat veritati*. Diese Auffassung wurde bis zur Extravaganz übertrieben: *Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrato rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum . . . mutat*. Zitiert nach *Chiovenda* (o Fn 58), 908 mit Fn 1. Die Sonderstellung von Statusurteilen und den Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime scheint aber auch *Chiovenda* nicht gesehen zu haben.

fehlender Urteilswirkungen gegen Dritte kann nicht jedes Zivilurteil absoluten Wahrheitsgehalt beanspruchen. Ulpian kann nur den Urteilsspruch in der konkreten Verfahrensart gemeint haben (das hier ergangene Urteil, also „dieses“, ein solches Urteil)⁷⁴; derartige Fälle sind Ausnahmen. Normalerweise entfalten Zivilurteile keine Drittwirkung (vgl. *saepe rescriptum est*, o Fn 4).

„Für die Wahrheit genommen“ wird ein Urteil demnach nur (oder vor allem) in Statusprozessen. Dort rechtfertigt sich diese Annahme offenbar deswegen, weil in dieser nichtvermögensrechtlichen, das öffentliche Personenstandswesen betreffenden Streitigkeit der Untersuchungsgrundsatz galt, der Richter also von Amts wegen die materielle Wahrheit erforschen musste. Damit präsentiere ich ein wichtiges Teilergebnis: das Junktim zwischen der Drittwirkung von Urteilen (insbesondere über den Personenstand) mit der Untersuchungsmaxime. Beide Prinzipien gehen miteinander Hand in Hand. Nur wo die materielle Wahrheit vom Richter pflichtgemäß erforscht ist, hat ein so weit reichender Satz *res iudicata pro veritate accipitur* seine Berechtigung. Im Bereich der formellen Wahrheit entbehrte der Satz jedoch der Grundlage. Ein Urteilsergebnis kann nicht als Wahrheit gelten, wo die Parteien über die Urteilsgrundlage mit bindender Wirkung für Prätor und *index* disponieren können. Diese Erkenntnis scheint dermaßen einleuchtend, dass man sich fast geniert, sie ausdrücklich hervorzuheben. Dennoch gehört sie noch keineswegs zum wissenschaftlichen Allgemeingut.

Erforschung der materiellen Wahrheit bedeutet, dass der Richter an Geständnis und Anerkenntnis nicht gebunden ist. Hier sind die Parteiangaben vielmehr auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Der Satz *confessus pro iudicato est* gilt insoweit nicht. Im Ingenuitätsprozess trifft die Parteien vielmehr eine echte Pflicht zur Wahrheit; hier ist sie nicht nur (wie beim Streit über dispositive Vermögensrechte) bloß eine typisch prozessuale Last (Obliegenheit). In diesem Statusprozess darf keine Partei (wie bei der *in iure cessio* oder der *manumissio vindicta*) etwas von der Wahrheit Abweichendes wollen. Ihr Wille ist hier völlig unerheblich. Um (wie dort) eine Rechtsänderung herbeizuführen, dazu ist der Ingenuitätsprozess nicht geeignet. Zu prüfen ist allein die objektive Tatsache der Abstammung. Über diese Tatsache könnten die Parteien auch keinen Vergleich (*transactio*) abschließen; sie ist nicht disponibel.

4. Das schon erwähnte, unter Domitian ergangene *SC. Ninnianum* sollte verhindern, dass Sklaven aus übergroßer Gutmütigkeit (*nimia indulgentia*) ihrer Herren zu Freien, ja sogar zu Freigeborenen erklärt wurden⁷⁵, wodurch

74 So einschränkend drückt sich Ulpian im Anschluß an Marcellus aus in D 25,3,3pr (ebenfals ein Statusurteil betreffend): *Placet enim eius rei iudicem ius facere*. „Man nimmt nämlich allgemein an, dass in einem solchen Rechtsstreit [oder in einem solchen Falle: so Spruit 1997] der Richter Recht schafft.“ Dazu neuerdings *De Francesco* (o Fn 65), 129 f.

75 Dazu *Mayer-Maly*, SZ 71, 264 ff; *Brutti* (o. Fn 10) II, 499 ff; übersichtlicher nach Punkten untergliedert *W. Litewski* (dem aber Bruttis Ausführungen entgingen), *La retractatio de la sentence établissant l'ingenuitas*, RIDA 23, 1976, 153 ff.

der Senatorenstand der Gefahr einer „Verunreinigung“ (*inquinatio*) ausgesetzt wurde (Gaius D 40,16,1)⁷⁶, Nach diesem Beschluss „*de collusione detegenda*“ durfte jedermann ein durch heimliches Einverständnis des Herrn oder Patrons zustande gekommenes Urteil anfechten. Die Kollusion bestand in der widerspruchslosen Duldung des Herrn, also dass er der gegnerischen Behauptung, der Mensch sei ein Freier, ja ein Freigeborener, der Wahrheit zuwider nicht entgegentrat (*quod paterentur servos suos in ingenuitatem proclamare liberosque esse*).

5. Als weiteres Teilergebnis bleibt hiernach festzuhalten, dass für die Zugehörigkeit zum Stand der Freigeborenen strengere Maßstäbe galten als für den Status der Freiheit. Die *manumissio vindicta* folgte der Verhandlungsmaxime mit dem Prinzip der formellen Wahrheit; an das Zugeständnis des Herrn war der Prätor prinzipiell gebunden. Im Ingenuitätsprozess galt hingegen die Untersuchungsmaxime. Der Übergang aus dem Sklavenstand in die Freiheit war nicht schwierig; durch den *favor libertatis* wurde er zudem begünstigt. In den Stand der Freigeborenen konnte man aber nicht durch Privatrechtsakt bei Lebzeiten emporsteigen (sondern allenfalls wegen besonderer Verdienste im Wege kaiserlicher Verleihung der *natalium restitutio* bzw. des goldenen Ringes). Als *ingenuus* musste man (wie schon der Name sagt) wirklich frei geboren sein. Der Stand der Freigeborenen kapselte sich ab. Der Status eines *libertinus* war im Prinzip unwandelbar; ihn konnte man ebenso wenig ablegen wie seine eigene *origo* (oben IX 1b). Die rechtliche Mobilität hat hier ihre Grenzen.

X. „Unrichtige“ Statusurteile?

1. Die Eigenschaft eines Freigeborenen bejaht Ulpian für den durch Urteil dazu Erklärten jedoch mit spürbarer Zurückhaltung. Seine Formulierung: *Ingenuum accipere debemus etiam eum* klingt so, als sei das Urteil ein bloßer Ersatz für die Wirklichkeit, etwa gar eine Fiktion. Aus *debemus* spricht eine sich distanzierende Skepsis: „wir müssen“, dh zwangsläufig, notgedrungen, das ist unumgänglich⁷⁷. Wie aber könnte die freie Geburt besser nachgewiesen wer-

76 Diese Begründung hielt E. Levy für ungläubhaft; zust Mayer-Maly aaO 265. Dass Sklaven zuweilen durch hochstaplerische Machenschaften in den Senatorenstand aufstiegen, berichtet jedoch Tacitus, *Ann* 13,27. Levys Verdacht zeigt, wie leichtfertig früher Interpolationsbehauptungen aufgestellt wurden. Dagegen *Brutti* II, 508 Fn217; *Literwski*, RIDA 23 (1976), 158 Fn 20.

77 *Accipere debemus* gehört freilich zum stereotypen Vokabular des die Fachausdrücke definierenden Kommentators. In den Digesten – und nur dort – begegnet die Wendung nicht weniger als 89 mal, davon 83 mal bei Ulpian, öfters auch verbunden mit *etiam*.

den, als wenn sie sogar durch ein Urteil verbrieft wird? Müsste es an Stelle von *etiam* nicht eher heißen „vor allem“, „in erster Linie“?

Ausgehend von der Unterscheidung zwischen „richtigem“ und (möglicherweise) „falschem“ Statusurteil führte Ulpian missverständliche Formulierung im Schrifttum zu überraschenden, ja sogar zu befremdlichen, nicht akzeptablen Konklusionen. *Karl Hackl* (*Praeiudicium*, 1976, 300 f) unterschied zwei Gründe für die Ingenuität: Neben der Tatsache der freien Geburt bilde auch das positive Statusurteil eine Grundlage, um als Freigeborener zu gelten. Das Urteil stelle dann nicht die Wahrheit der freien Geburt fest, es trete vielmehr an die Stelle der Wahrheit⁷⁸. Das Urteil bilde kein bloßes Beweismittel für die Tatsache der freien Geburt, sondern es liefere dafür selbst einen (eigenständigen, zweiten) Tatbestand. Zugespitzt schrieb *Hackl*, 301: „Dieses Statusurteil hat bloß *feststellende* Wirkung, wenn es eine Person betrifft, die tatsächlich *freigeboren* ist. Es hat dagegen *rechtsgestaltende* Wirkung, wenn es einen unfrei Geborenen trifft, indem es diesen zu einem Freigeborenen *macht*.“⁷⁹

Auf zwei Merkmale des Ulpianentextes ließe sich *Hackl's* Interpretation stützen (selber tut er dies nicht so deutlich): Die mehrdeutige Präposition *pro* (vor *veritate*)⁸⁰ ließe sich erstens im Sinne von „an die Stelle treten“ auffassen (in diesem Sinne auch schon frühere Autoren)⁸¹; vgl die Ausdrücke Prokonsul, Protutor, Prodekan, etc. Zweitens sagt Ulpian „obwohl er ein Freigelassener war“ (*quamvis fuerit libertinus*). Dieser Konzessivsatz klingt so, als sei dies eine erwiesene Tatsache. Wie aber soll gegen das rechtskräftige Urteil der Beweis des Gegenteils erbracht worden sein? Richtig hätte Ulpian im *irrealis* oder *condicionalis* sagen müssen: „obwohl er (vielleicht, möglicherweise) bloß ein *libertinus* gewesen sein könnte“ (*fuisse*). In diesem Sinne lautet (sachlich korrekt, aber wohl entgegen dem lateinischen Wortlaut) die alte deutsche Übersetzung von *Otto/Schilling/Sintenis*⁸². Mit dieser (bescheiden zurückhaltenden) Formulierung hätte Ulpian genug gesagt. Wie es vor dem Urteil war,

78 So schon *Sintenis* (u Fn 81 f); ebenso *Hackl*, Festschrift Mayer-Maly, 264 Fn 29.

79 Kursivdruck im Original. Zustimmung zitiert von *Mangold*, *Iniuria iudicis* (o Fn 11), 103. Gleichsinnig *Hackl*, 307 zu *index ius facit* in Ulp D 25,3,1,16/3pr: „Das Urteil ist konstitutiv, es begründet eine neue Rechtslage.“

80 *Heumann/Seckel*, *Handlexikon*, unterscheidet vier Bedeutungen von *pro*. Es könnten noch mehr sein.

81 *Sintenis* in der Übersetzung von 1830: „weil hier die Rechtskraft statt der Wahrheit gilt“. *Pugliese*, *Studi Volterra V 791* übersetzt: „la sentenza tiene le veci della verità (oppure è assunta in luogo della *veritas*); ähnlich *De Francesco* (o Fn 65), 135. *Chiovenda* übersetzte: „la sentenza si ha non già come verità, ma invece della verità.“ Nach meinem Dafürhalten wird der Vorschlag *Chiovendas* richtiger, wenn man seinen Satz umdreht. Näher dem lateinischen Wortlaut folgt die spanische Übersetzung „se accepta“ oder „se toma como verdad“. Zu kurz referiert *Astolfi* (Fn 70), 96: „è *ingenuus* il liberto, che venne erroneamente dichiarato tale in giudizio.“

82 „selbst wenn er ein Freigelassener gewesen sein sollte“: so *Sintenis*, 1830.

ist nämlich unerheblich, darauf kommt es nicht mehr an. *Sive fuit sive non fuit*, kann man im Anschluss an Ulpian korrekte Formulierung aus ähnlichem Zusammenhang in D 25,3,1,16 sagen. Jegliche Diskussion über die eventuelle frühere Rechtslage soll das Urteil, welches die materielle Wahrheit von Amts wegen erforscht, *a limine* ausschließen. *Rebus iudicatis standum est*⁸³.

An der Verwirrung im heutigen Schrifttum ist Ulpian demnach nicht unschuldig. Ulpian formulierte nicht vorsichtig genug. Er war eben (das zeigt sich hier wieder) ein vielbeschäftigter Schriftsteller⁸⁴. Aus der Sicht eines objektiven Betrachters erörtert Ulpian den theoretischen Fall eines (eventuell) unrichtigen Statusurteils. Dies ist die Sicht des von *Felix Wubbe* (o Fn 20) apostrophierten allwissenden *angelus intellectualis*. Für proleptisch verkürzte Aussagen brachte *Wubbe* etliche Beispiele, auch aus der Alltagssprache. Oft sind solche Antizipationen harmlos (zB „X wurde im Jahre . . . als ältestes von fünf Kindern geboren“). Wegen der allseits verbindlichen Kraft des positiven Statusurteils enthält aber der Konzessivsatz „obwohl er ein Freigelassener war“ – wenn auf eine bestimmte Person bezogen und solange das Urteil besteht – eine unrealistische, inhaltlich unmögliche Aussage.

Noch krasser als *Hackl* formuliert *Otfried Mangold* in seiner (an sich recht gescheiterten und nützlichen) Tübinger Dissertation über die *iniuria iudicis* von 2004 (o Fn 11), 109: „Das Fehlurteil schafft Recht“. Diese (wohl bewusst paradoxe) Schlussfolgerung ist aber schon logisch angreifbar, denn sie verstößt gegen den Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch: Seit wann lässt sich aus einer als falsch erkannten Aussage wie „Diese Person ist frei geboren“ eine richtige Aussage herleiten? *Ex iniuria non oritur ius*. Höchst selten steht die Eigenschaft als „Fehlurteil“ einem Urteil zudem auf der Stirn geschrieben. Die statistisch entlegene Ausnahme zum Paradigma zu nehmen und darauf eine Theorie zu etablieren, empfiehlt sich nicht. Vor allem aber: Was ermächtigt mich dazu, ein Urteil schlechthin als „falsch“ zu bezeichnen, zumal wenn es (wie nach Ulpian) *pro veritate accipitur*? Dies zu ermitteln, erforderte (falls überhaupt zulässig) ein neues, nicht minder förmliches Gegenverfahren (*retractatio*, Wiederaufnahme; dazu sogleich sub 2). Nicht das Fehlurteil schafft Recht, sondern jedes rechtskräftige Urteil, indem es eine unangreifbare Rechtsposition hervorbringt. Zweifel daran zu äußern, wird durch die Rechtskraft präkludiert, sonst würde nie Rechtsfrieden eintreten. Gemäß dem Tenor jedes deutschen Gerichtsurteils wird „für Recht erkannt“ (so lautet der Einleitungssatz). Nur rein hypothetisch lässt sich sagen: „wenn es falsch sein sollte;“

83 Ulpian D 38,2,12,3; Ant Caracalla C 7,52,1 (anno 213).

84 *A. Pernice*, Ulpian als Schriftsteller (von 1885), Neudruck in: Labeo 8 (1962), 351 ff. Die *constitutio Antoniniana* von 212 nChr löste bei Ulpian einen „Schaffensrausch“ aus, und sein 20 *libri* umfassender Kommentar zu den Ehegesetzen entstand in Caracallas späteren Jahren (wohl bis 217 nChr): so *Liebs* im Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV (1997), 176 und 180.

aber dann ändert sich (bis zu einem gegenteiligen Urteil im Wiederaufnahmeverfahren) am Ergebnis nichts. Alsdann von Gestaltungswirkung des Urteils zu reden, erscheint bedenklich⁸⁵, weil man weder wissen kann noch danach fragen darf, wie die Rechtslage vorher wirklich war.

Gegen *Hackl* hatte schon sein Rezensent *Detlef Liebs* (Fn 85) methodisch Grundlegendes eingewandt; dessen Bedenken sind Mangold leider entgangen⁸⁶. *Liebs* schrieb unter anderem:

„Wenn der Staat zur Bereinigung gegensätzlicher Auffassungen mehrerer Betroffener ein Verfahren bereitstellt mit dem Ergebnis, daß eine bestimmte Sicht als maßgebend erklärt wird, so ist es genaugenommen sinnlos, zu sagen, diese Sicht trete, wenn sie falsch ist, an die Stelle der Tatsache (rechtsgestaltende Wirkung); wenn sie richtig ist, stellte sie sie fest (feststellende Wirkung) oder verdoppele die Maßgeblichkeit der Tatsache gar. Mit dem Urteil soll das In-Betracht-Ziehen mehrerer Möglichkeiten ausgeräumt werden. Wer... dann noch glaubt, es besser zu wissen, dessen notwendig auch nur subjektive Sicht hat keine Relevanz...“⁸⁷

Für die Praxis gibt es demnach nur eine einzige Kategorie des Ingenuitätsurteils, und die Unterscheidung verschiedener materieller Wirkungen je nach seiner Richtigkeit erweist sich, solange nicht dessen Anfechtung zur Diskus-

85 So zutr. *Liebs* in seiner lesenswerten Rez zu *Hackl*, SZ 94, 1977, 469.

86 Obschon sich *Hackl* in einem späteren Aufsatz von 2002, den *Mangold* zitiert, mit seinem Rezensenten *Liebs* auseinandersetzt.

87 In seiner Replik gegen *Liebs* hielt *Hackl* an seiner Sicht fest: Das Urteil verschaffe die Stellung eines Freigebornen dann, wenn es sich um ein Fehlurteil handelt. Es verändere den Personenstand für alle an die Entscheidung gebundenen Personen; es bilde eine neue, von anderen Begründungen unabhängige *causa* und wirke darum konstitutiv. So *Hackl*, Wurde man in Rom Sklave durch ein fehlerhaftes Zivilurteil? Festschrift Mayer-Maly (2002), 259 ff, hier 263 f mit Fn 28. *Hackl* folgt damit (unbewusst) der theoretischen Perspektive des allwissenden objektiven Betrachters. Aber woher weiß man im Rechtsleben des Alltags, dass ein Fehlurteil vorliegt, woher darf man es wissen? Dies zu konstatieren, ehe ein Wiederaufnahmeverfahren abgeschlossen ist, verbietet die Rechtskraft! Ulpian's Ausdrucksweise, auf die sich *Hackl* in Fn 29 beruft, ist eben *tout court*. Noch Ulpian's Schüler *Marcian* hat in D 20,4,12pr eine konsequente prozessuale Sichtweise und Terminologie nicht gelernt, siehe *Wacke*, TRG 37 (1969), 395 ff; zustimmend *Wubbe*, Ius vigilantibus, 87 f, Fn 22. *Wubbe*'s Entdeckungen hat *Hackl* (soweit ersichtlich) nicht rezipiert. Wie hier auch *H. F. Gaul*, Zweck des Zivilprozesses, Archiv für die civilist Praxis 168 (1968), 27 ff, zum Arglisteinwand gegenüber der Vollstreckung aus unrichtigem Urteil 53 ff, 61: „Die bisherige Diskussion leidet darunter, daß sie einfach von der Unrichtigkeit als feststehender Tatsache, als gegebener Größe ausgeht, also von vornherein (im materiellen Sinne) den Standpunkt des objektiven Beobachters bezieht.“ – Dass eine Drittwirkung von Statusurteilen die vorherige Ermittlung der materiellen Wahrheit von Amts wegen voraussetzt, erwähnt *Hackl* auch in dieser jüngeren Abhandlung nicht.

sion steht, als theoretische Spekulation. Die Unterscheidung ist auch quellenwidrig. Nach einer vom Urteilstenor abweichenden früheren Rechtslage zu fragen, ist beim Ingenuitätsurteil nicht legitim. Anders bei der *manumissio vindicta*: dass der Freigelassene früher ein Sklave war, weiß jedermann; im Ausdruck *libertus* ist dies inbegriffen. Insoweit ließe sich von Gestaltungswirkung reden. Die vom Prätor verkündete Freiheit oder seine *addictio* bei der *in iure cessio* würde niemand als Fehlurteil bezeichnen⁸⁸. Dennoch schaffen beide neues Recht⁸⁹.

Der richtigen Bedeutung von *pro veritate accipitur* rücken wir näher durch eine Gegenüberstellung mit Juvenals harschem Befehl (Sat 6,223): *Hoc volo, sic iubeo; sit pro ratione voluntas*. („Dieses will ich, so befehle ich; statt eines vernünftigen Grundes stehe mein Wille!“). Die Willkür des Sklavenhalters tritt hier an die Stelle vernünftiger Gründe. Diese *voluntas* muss sich auf ihre *ratio* hinterfragen lassen (und irgendwann muss auch ein Sklavenhalter sich rechtfertigen, obwohl er dieses Ansinnen hier von sich weist). Das bindende rechtskräftige Urteil darf jedoch gewöhnlich nicht angezweifelt werden. Es ist auch alles andere als Willkür: Es wurde in der Regel am Maßstab der Gerechtigkeit gemessen und setzt selbst einen Maßstab. Es wurde im gesetzmäßigen Verfahren gefunden und ist dadurch legitimiert⁹⁰.

Eine zutreffende Übersetzung der Präposition ‚*pro*‘ darf somit nicht an deren wörtlicher Bedeutung halt machen. Der Kontext zwingt zu einer freieren Wortwahl. Dazu fallen mir keine besseren Wendungen ein als: Das Urteil verbrieft, bescheinigt, verkörpert die Wahrheit, es spricht sie aus, verkündet sie – wie ein Schauspieler dies auf der Bühne tut; oder wie es in Mephistos sprichwörtlich gewordener Sentenz aus Goethes „Faust“ heißt: „Aus zweier Zeugen Mund wird allerwegs die Wahrheit kund“. Wahrer Sachverhalt und Urteilsinhalt bilden also nicht zwei verschiedene Gegenstände (wie in den Regeln *Dolus pro possessione est, Culpa lata dolus est, oder Reus in exceptione actor est*); sondern der Urteilsspruch ist die Wahrheit, er ist im eigentlichen Sinne „Wahrspruch“, *verdict*⁹¹.

2. Gefragt werden kann nur: wie lange ist von der Richtigkeit des Urteils auszugehen? Die Antwort lautet: Seine Bindungswirkung *inter omnes* endet, wenn es auf die Klage eines anfechtungsberechtigten Dritten aufgehoben wird. Anfechtungsberechtigt ist erstens, wer selber das Patronatsrecht für sich

88 Fehlurteile wären es bei Missachtung der Freilassungsbeschränkungsgesetze, oder wenn der Freilasser nur ein Scheindominus, der Freizulassende sein *bona fide serviens* war.

89 Ob die Übereignungswirkung bei der *in iure cessio* auf dem Parteiwillen oder auf dem Spruch des Prätors beruht, ist umstritten, siehe Kaser, u Fn 98. Dieser Streit ist müßig. Betrachtet man die *in iure cessio* als ein in die Gestalt eines Prozesses gekleidetes Rechtsgeschäft, so sind beide Elemente gleich wichtig.

90 Vgl grundlegend N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969, 3. Aufl 1978 bzw 1993, 4. Aufl 1997).

91 Wahrspruch: Lehnübersetzung von frz *verdict*, nach Giaro (Fn 7) 84 f.

in Anspruch nimmt (mit der Behauptung „ich bin der wahre Patron“), ohne am früheren Verfahren beteiligt gewesen zu sein. Dieser Gedanke ist eine Folgerung aus seinem Recht auf richterliches Gehör; er lebt für Statusprozesse fort in unserem bisherigen § 640h ZPO⁹². Anfechtungsberechtigt ist außerdem *quivivis ex populo* nach dem erwähnten speziellen *SC. Ninnianum* unter Domitian (D 40,16,1), wenn er ein kollusives Zusammenwirken der Parteien des Ingenuitätsprozesses aufdeckt. Die an zweiter Stelle genannte Popularklage wurde von Marc Aurel aus Gründen der Rechtssicherheit auf fünf Jahre befristet (Ulpian D 40,16,2pr ff). Die erstgenannte Klage des Patrons blieb unbefristet⁹³. Zulässigkeitsvoraussetzung für beide Wiederaufnahmeklagen sind also neue Tatsachenbehauptungen; ansonsten darf der Stoff des ersten Verfahrens nicht wieder aufgerollt werden. Nur zwecks Vorbereitung einer solchen *retractatio* sind Zweifel am Urteilsinhalt demnach relevant und dürfen Beweismittel für sie zusammengetragen werden. Aber erst nach erfolgreicher Anfechtung lässt sich mit Gewissheit sagen: Dieses war ein Fehlurteil.

Zur Illustration der unterschiedlichen Perspektive, ob *ex ante* oder *ex post*, diene die folgende Anekdote: Vor der Trauung nach kanonischem Recht werden die Brautleute vom Priester auf etwaige Eehindernisse befragt, wie Verwandtschaft, Doppellehe, Impotenz ... Schlagfertig erwidert darauf der verdutzte Bräutigam: „Ob potent oder impotent, darf ich doch gar nicht wissen! Vor der Hochzeitsnacht dürfen wir es doch noch nicht miteinander probieren.“⁹⁴

Gelingt die Wiederaufnahme, dann ist die vom Ingenuitätsurteil geschaffene Rechtslage für die Zukunft beseitigt; ein Freigelassener hat wie vor dem Urteil die Stellung eines *libertinus*⁹⁵. Für die Zwischenzeit behält er (wohl um

92 Ein die Vaterschaft feststellendes Urteil wirkt danach für und gegen alle. Gegen einen Dritten, der die Vaterschaft für sich in Anspruch nimmt, wirkt es aber nur, wenn er am Verfahren teilgenommen hat. Dazu auch *Hackl*, Festschrift Mayer-Maly, 264. Weniger deutlich die an die Stelle des bisherigen § 640h getretene Vorschrift des § 184 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen etc. (FamFG) vom 17. Dez. 2008 (BGBl I, 2586).

93 Papinian D 40,14,5; *Hackl*, Festschrift Mayer-Maly, 265.

94 Scherzen war *Theo Mayer-Maly* in unserer seriösen Wissenschaft nicht abgeneigt. Seinen Leidener Scherzvortrag von 1965 „*Ius civile dormientibus scriptum est*“ ist diesem Erinnerungsbande beigelegt. In scherzhafter Übertreibung illustrierte Theo darin methodisch wichtige Erkenntnisse nach dem Motto: *ridendo dicere verum*.

95 Ulpian D 40,16,4: ... *conclusionem detecta in quibusdam causis quasi libertinus incipit esse. Medio tamen tempore, antequam collusio detegatur, et post sententiam de ingenuitate latam utique quasi ingenuus accipitur*. War der zu Unrecht zum Freigeborenen erklärte inzwischen eine Ehe eingegangen, die Freigelassenen verboten war, dann waren daraus geborene Kinder mithin ehelich. *Litewski* (o Fn 75) 170 ff spricht vom mangelnden *effet suspensif*; er meint jedoch offenbar den mangelnden *effet rétroactif*. – Ein Sklave gehört von nun an dem Ankläger, der die Kollusion aufdeckte: D 40,16,1; 40,12,19,1. *Litewski* 179, 181.

das Vertrauen Dritter zu schützen) seine vom ersten Urteil geschaffene Stellung als *ingenuus*⁹⁶. Für die Zwischenzeit tritt also das Urteil an die Stelle der materiellen Wahrheit; insoweit – *ex post* betrachtet – ist Hackls Kennzeichnung zutreffend. Misslingt aber die *retractatio*, dann darf niemand behaupten, es sei ein Fehlurteil. Der von einem Fehlurteil geschaffene Status ist also nicht von Dauer. Wo der Status aber von Dauer ist, darf man nicht von einem Fehlurteil reden. Ein einmal zurückgewiesener Antrag auf Wiederaufnahme darf nicht wiederholt werden⁹⁷. Auch der zum *ingenuus* Erklärte würde den Gedanken an ein Fehlurteil von sich weisen; stets wird er die Rechtmäßigkeit des zu seinen Gunsten ergangenen Urteils beteuern.

Ob die nachträgliche Sanktion durch das *SC. Ninnianum* sehr effektiv war, kann man bezweifeln. Die Bezeichnung der Kollusion enthielt einen schwerwiegenden Vorwurf. Wer Wert auf fortdauernde gute Beziehungen zu den Prozessparteien legte, wird die Anklage nicht erhoben haben. Wahrscheinlicher sind Anklagen aus unedlen Motiven wie Missgunst, Neid, Rachsucht, politischer Gegnerschaft oder Feindschaft (auch wenn der Anzeigende der *calumnia* abschwören musste). Die abstrakte Gefahr, dass eine Anklage erhoben werden könnte (auch wenn dies nicht häufig vorkam), mag sensible Gemüter vor einer Kollusion abgehalten haben. Effektiver gewesen wäre eine präventive Kontrolle mittels Bestellung eines Vertreters des öffentlichen Interesses oder *advocatus diaboli* im Streitverfahren über die Ingenuität. Angesichts dessen Fehlens musste das Gericht dessen Funktion wahrnehmen und die Sachlage von Amts wegen genauestens erforschen. Zur Täuschung des Gerichts bediente man sich vermutlich des Vorwands, der für unfrei Gehaltene sei in Wahrheit ein aus Kriegsgefangenschaft freigekaufter *captivus redemptus* (arg C 7,20,1).

Folgerung: Infolge der Notwendigkeit eines förmlichen Aufhebungsverfahrens hat das die materielle Wahrheit erforschende Urteil im Statusprozess höhere Bestandskraft als ein gewöhnliches Zivilurteil. Hierauf gründet sich letztlich Ulpians Vermutung für seine inhaltliche Richtigkeit. Gewöhnliche Zivilurteile wirken hingegen von Rechts wegen nicht gegen unbeteiligte Dritte; beim Streit um Vermögensrechte gilt die *Maxime Res inter alios indicata aliis non praeiudicat*. Die materielle Rechtskraft eines Zivilurteils beschränkt sich auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger (o Fn 4; vgl § 325 ZPO).

96 Nichtig war hingegen das gegen einen falschen Gegner ergangene Ingenuitätsurteil: Callistratus D 40,16,3. Die fehlende Gegenwart eines *instus contradictor* war ein schwerwiegenderer Mangel als die *collusio*: Litewski 189.

97 Hermogenian D 40,16,5pr; Litewski 184.

XI. „Originärer“ (konstitutiver) Eigentumserwerb durch *in iure cessio*?

Die limitierte Wirkung *inter partes* galt meines Erachtens auch für die *in iure cessio*. Dass die *addictio* durch den Prätor weitergehende Wirkungen gehabt haben soll als ein Streitiges Zivilurteil, kann ich mir nicht vorstellen. Darin unterscheide ich mich von einer These meines verehrten Lehrers *Max Kaser*⁹⁸, der *Theo Mayer-Maly* in jungen Jahren noch beipflichtete⁹⁹. Die von einem Nichtberechtigten vorgenommene *in iure cessio* schloss den wahren Eigentümer mit seiner *rei vindicatio* meines Erachtens nicht aus. Mit seiner Vindikation drang er durch, und zwar ohne dass die Wirkungen der *in iure cessio* zuvor (wie beim Statusprozess) förmlich beseitigt werden mussten. *Kasers* gegenteilige These von deren konstitutiver Eigentumsverschaffung hätte es einem Verkäufer allzu leicht gemacht, sich seiner Eviktionshaftung mittels Vornahme einer *in iure cessio* zu entziehen. Ich sehe aber keine Gründe für die Annahme, dass für die Abtretung vor Gericht das Fundamentalprinzip nicht gegolten habe, wonach niemand mehr Rechtsmacht übertragen kann, als er selber hat (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*)¹⁰⁰. Die prätorische *addictio* ist nur eine Vorwegnahme der Sentenz des *iudex* bei unstreitigem Sachverhalt. Dass der abgekürzte, von Formlosigkeit gekennzeichnete (Fn 99)

98 *Kaser*, Das altrömische ius (1949) § 14, 104 ff: „Urteilswirkung gegen Dritte“. Die Prozessnatur der *in iure cessio* wies *Kaser* dort überzeugend nach. Ihre konstitutive eigentumsübertragende Wirkung auch gegen Dritte bezeichnete er (104) sogar als unbestritten. Ihr widerspricht freilich *Kasers* eigene Lehre vom ursprünglichen „relativen“ Eigentum; gegen diese s *Wacke*, o Fn 15.

99 SZ 71, 1954, 254 f, Fn 47. Zur Rechtfertigung vermutete *Mayer-Maly*, zur Entstehungszeit des alten Legisaktionenverfahrens hätten daran „wohl alle Glieder der noch kleinen Rechtsgemeinschaft teilgenommen“. Das entspräche dem *open market*-Gedanken, wonach im angelsächsischen Recht Dritten Einsprüche verwehrt werden, wenn Gegenstände auf offenem Markte veräußert werden. Die Vornahme einer *manumissio vindicta* schildert *Plinius* ep 7,23 und 32 aber in ganz privater Umgebung auf einem Landsitz ohne die Präsenz von Liktores; s *Wacke*, SZ 106, 1989, 190. Um anderweitige Eigentumsprätendenten auszuschließen, müsste ein befristetes Aufgebot mit anschließendem Ausschlussurteil ergehen. Die Identität der Prozessparteien mit den durch die Rechtskraft erfassten Personen entsprach auch nach *Mayer-Maly* einem „rechtspolitischen Ideal“.

100 Auf die Form der Veräußerung kann es nicht ankommen. Siehe nur *Alexander* C 3,42,1 (anno 222): „Wenn das Eigentum an der Sklavin, wegen der du klagst, deiner Mutter zustand, sie aber zu Unrecht von deinem Vater verkauft wurde, und du das Eigentum an ihr für dich beanspruchen willst, wird der Provinzgouverneur sie vorzuweisen befehlen, damit vor dem Richter die Wahrheit der Angelegenheit untersucht werde (*ut apud iudicem de rei veritate quaeratur*).“ Bezieht sich auf den zweigeteilten Formularprozess nach *N. Palazzolo*, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II. secolo d C* (1974,) 99 f.

erste Verfahrensabschnitt vor dem Prätor weiterreichende Wirkungen entfalten sollen als ein anschließendes kontradiktorisches Verfahren nach Beweisaufnahme durch den *index*, wäre widersinnig. Nach der herrschenden Entlastungstheorie zur Erklärung der Zweiteilung des Verfahrens spricht der für den Streitfall eingesetzte *index* sein Urteil an Stelle des Prätors; eine geringere Reichweite seiner Sentenz wäre nicht erklärbar. Da die Autorität des Richterspruchs durch die Delegation des Prätors legitimiert ist, müssen ihre Wirkungen identisch sein. Gegen einen bestimmten Dritten lassen sich Urteilswirkungen durch eine Streitverkündung an ihn erzielen (*litis denuntiatio*). Darüber hinausgehende Wirkungen gegen unbeteiligte Dritte entsprächen nicht den Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens¹⁰¹. Aufgabe der Rechtsordnung ist, Werte zu erhalten, nicht, sie zu zerstören¹⁰².

Mit dem verbreiteten Mythos, dass *mancipatio* und *in iure cessio* originäres Eigentum verschafft hätten, räumte *Fortunat Stagl* kürzlich gründlich auf¹⁰³. Seinen Beweisgründen ließe sich hinzufügen: Die Veräußerung einer verpfändeten Sache kann der Pfandgläubiger deswegen ruhig geschehen lassen, weil er durch deren Übereignung keinen Verlust seines Pfandrechts befürchten muss (*quod sciebat ubique pignus sibi durare*, Marcian D 20,6,8,15)¹⁰⁴. Denn *Res transit cum suo onere* (vgl. Ulpian D 41,1,20,1). Nicht einmal durch Ersitzung des Eigentums ginge das an einer Sache bestehende Pfandrecht verloren (anders § 936 BGB). Da also dingliche Belastungen einer veräußerten Sache bestehen bleiben, kann der Eigentumserwerb nur derivativ und nicht originär sein. Unbelastetes Eigentum kann auch die *in iure cessio* einem Erwerber nicht verschaffen. Eine mittels *in iure cessio* vom Nichteigentümer veräußerte Sache kann somit allgemeiner Regel entsprechend nur ein *bona fide emptor* im Wege der *usucapio* zu Eigentum erwerben. Ebenso wirkungslos ist die von einem Nichteigentümer vorgenommene Freilassung eines Sklaven (etwa eines *servus bona fide serviens*).

XII. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen

1. Das Thema der Tatsachenermittlung im römischen Prozess hat zahlreiche Aspekte; man könnte ein Buch darüber schreiben. Ich muss aber hier innehalten, und meine Zusammenfassung muss kurz sein. Die von *Nicolaus Thaddäus*

101 Gegen Urteile können nicht angehörte Interessierte auch appellieren: Macer D 49,1,4,2; *Mayer-Maly*, SZ 71, 270; *Wacke*, Festschrift Waldstein (1993), 386 Fn 81. – Noch heute begründet die Grundbucheintragung nur eine widerlegbare Vermutung der Richtigkeit ohne formelle Rechtskraft, § 891 BGB.

102 *E. Seidl*, Römisches Privatrecht (1963) § 8 (betr. die Spezifikation).

103 *Stagl*, Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs, in: Festschrift Rolf Knütel (2009), 1191 ff.

104 *Wacke*, SZ 91, 1974, 251, 265 f.

Gönnner um 1804 eingeführte Unterscheidung zwischen formeller und materieller Wahrheit, zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime gehört heute (jedenfalls in Deutschland) trotz mancherlei Anzweiflungen zum Allgemeingut der aktuellen Zivilprozessrechtswissenschaft. Für die Lehre vom römischen Prozessrecht lässt sich diese Feststellung aber nach meinem Eindruck noch nicht treffen. Trotz *Falk Bomsdorfs* gehaltvoller Monographie von 1971 (o Fn 17) sind *Gönnners* Entdeckungen im gegenwärtigen romanistischen Schrifttum nicht rezipiert.

2. Für die prozessuale Wahrheitspflicht ist als Ergebnis festzuhalten: Das Prinzip der formellen Wahrheit gilt, soweit der Beklagte über den Streitgegenstand verfügen kann. Insoweit ist der Richter an dessen Anerkenntnis oder Geständnis gebunden, auch wenn es der bisherigen Rechtslage (sogar offenkundig) widerspricht; und die von beiden Parteien gewollte Rechtsänderung tritt mit dem Urteilsspruch ein. Das Bestreiten des Beklagten ist eine bloße prozessuale Last, das Nichtbestreiten sein eigener Nachteil. Verzichten kann man vor allem auf sein Eigentum; auch die Stabfreilassung eines Sklaven enthält einen Eigentumsverzicht. Die Rechtskraft beschränkt sich in diesen vermögensrechtlichen Streitigkeiten jedoch auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger (*Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*: o Fn 4). Dies ist eine Konsequenz des rechtsstaatlich gebotenen Anspruchs auf richterliches Gehör. Von einem Nichteigentümer vorgenommene Sklavenfreilassungen (auch in Gestalt einer *manumissio vindicta*) waren wirkungslos. Zum Nachteil eines unbeteiligten Dritten kann auch eine *in iure cessio* nicht gewirkt haben.

Im Bereich der Verhandlungsmaxime ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit nicht das oberste Ziel des Zivilprozesses. Wegen des Prinzips der nur formellen Wahrheit konnte die Freiwillige Gerichtsbarkeit der streitigen entwachsen (o Fn 41). Dass in der modernen Freiwilligen Gerichtsbarkeit das Prinzip der Amtsermittlung herrscht (§ 12 FGG), ist ein hier nicht zu vertiefendes Paradoxon.

Eine echte Pflicht zur Wahrheit besteht hingegen erstens, soweit die Aufklärung im öffentlichen Interesse liegt (vor allem in Statusfragen); zweitens darf sich ein Verstoß nicht zum Nachteil des Gegners oder in kollusivem Zusammenspiel mit ihm zum Nachteil Dritter auswirken.

3. Der von Ulpian D 1,5,15 als Begründung angeführte und von Justinians Kompilatoren in D 50,17,207 als *regula iuris antiqui* exzerpierte Satz *Res iudicata pro veritate accipitur* enthält keine *ratio decidendi*. In die Gesetzbücher Frankreichs, Belgiens, Spaniens und des vorunitarischen Italiens wurde die *regula* in Gestalt einer Wahrheitsvermutung aufgenommen. Die damit herbeigeführte Generalisierung geht jedoch zu weit; in der Rezeptionsgeschichte richtete sie viel Verwirrung an¹⁰⁵. Anhand der Doppelüberlieferung bei Ulpian D

105 Zu Tancred s. schon o Fn 73. Die hier nicht zu vertiefende Rezeptionsgeschichte wurde gründlich aufgearbeitet von *G. Pugliese*, *Res iudicata pro veritate accipitur*, Studi in

1,5,25 konnten wir den zutreffenden ursprünglichen Sinn herausarbeiten; er beschränkte sich auf Statusprozesse mit amtswegiger Erforschung der materiellen Wahrheit. Solche Urteile wirkten solange *inter omnes*, bis sie in einem Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben wurden. Gewöhnliche Zivilurteile tangierten hingegen schon von Rechts wegen nicht die Interessen unbeteiligter Dritter.

4. Beispielhaft wurde deutlich, wie gefährlich sinnentstellend die Methode des Exzerpierens vermeintlicher *regulae iuris* durch Justinians Kompilatoren sich auswirken konnte. Zu danken haben wir ihnen andererseits für die aufgrund von Doppelüberlieferungen (einschließlich ihrer Herkunftsbezeichnungen) gewährte Möglichkeit, den ursprünglichen Sinngehalt aufzuklären und im Laufe der Geschichte heraufbeschworene Missverständnisse zu bereinigen.

Ferner war zu beobachten, welche Schwierigkeiten beim Übersetzen auch kleine Wörter bereiten können wie die lateinische Präposition ‚*pro*‘ (o Fn 80). Ob wir unsere *regula* im Deutschen mit „ein Urteil“ oder als „das Urteil“ wiedergeben, verändert völlig ihren Sinn (o bei Fn 72). Wer wenig Latein kann und hauptsächlich mit Übersetzungen arbeitet, ist der Deutung des jeweiligen Übersetzers ausgeliefert. Er müsste zumindest mehrere Übersetzungen miteinander vergleichen und sollte sich ein eigenes Urteil zutrauen können.

onore di E. Volterra V (1971), 783 ff = *Pugliese*, Scritti giuridici scelti II (1985), 199 ff (von *Mangold* in seiner Dissertation nicht berücksichtigt). Der Sammelband enthält weitere Abhandlungen von *Pugliese* zur *res iudicata*. Zum Schicksal der *regula* auch *Jolowicz*, Seminar 12 (1954), 34 ff. – Der einschlägige kurze Beitrag von *Gilbert Hanard*, *Res iudicata pro veritate habetur*: La naissance d'un concept, in: Centre de recherches en histoire du droit et des institutions [CRHIDI], Cahier n°4, Bruxelles, Facultés Univ Saint-Louis 1995) 15 ff ist hingegen enttäuschend. Hanard holt weit aus, er stützt sich überwiegend auf *Pugliese*; in seinen rein deskriptiven Ausführungen vermisst man Präzisierungsbemühungen. Das schwer zugängliche Heft mit dem Generaltitel „L'autorité de la chose jugée“ ist vorhanden im Institut für Römisches Rechts der Universität Bonn, Sign IAl 48. *D. Walters* beschäftigt sich darin 63 ff sogar mit der Bedeutung unserer Regel im Common Law. Förderlich ist darin der Beitrag von *F. Sturm* über die Rezeption der römischen Rechtskraftlehre bei den Redakteuren der deutschsprachigen Kodifikationen 47 ff (vgl o Fn 64). – Zum gegenwärtigen Recht Frankreichs ausführlich *H. Roland/L. Boyer*, *Adages du droit français*³ (1992) Nr 379. Nachweise aus der spanischen Literatur und Judikatur bei *R. Domingo/B. Rodríguez-Antolín*, *Reglas jurídicas y aforismos* (2000) Nr 604, vgl Nr 601 f. Einen aktuellen rechtsvergleichenden Überblick über die gegenwärtigen Rechtskraftlehren in Europa bietet *S. Sepperer*, *Der Rechtskrafteinwand in den Mitgliedstaaten der EuGVO* (2010), mit Abdruck der Gesetzesvorschriften, 169 ff und ausführlichen Schrifttumsnachweisen 177 ff.