XIX.

Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß.

Von

Herrn Professor Dr. Ernst Levy

in Frankfurt a. M.

Die mannigfachen Untersuchungen, die der Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* seit der Auffindung des Gaius erfahren hat, zielen vorwiegend darauf ab, die merkwürdige Erscheinung zu erklären, daß im klassischen Zivilprozeß der an einer Sache Berechtigte oder der eine geschuldete Sache Fordernde immer nur ein auf Geld lautendes Urteil erwirken kann und so an Stelle des ihm zustehenden oder gebührenden Sachbesitzes mit der ihm nicht geschuldeten *Litisästimation* vorliebnehmen muß.¹⁾ Dieser Leidtragende hat die Blicke der Rechtshistoriker so sehr auf sich gezogen, daß darüber das weitere Schicksal der ihm vor-enthaltenen Sache ins Hintertreffen geraten ist. Und doch stellten sich auch hier wichtige Fragen, die die römische Jurisprudenz beachten mußte und einer Lösung zugeführt hat.

Ausgangspunkt ist, daß die streitbefangene Sache dem sie unberechtigt weigernden Beklagten verbleibt. Das ist zugleich das endgültige Ergebnis in allen den Fällen, in denen der Beklagte (ziviler oder prätorischer) Eigentümer der Sache ist und ihre Übereignung dem Kläger aus irgendeinem Grunde schuldet, sei es die erstmalige Übereignung etwa aus Stipulation, Darlehn²⁾ oder ungerechtfertigter Bereicherung, Testament oder *dotis dictio*, Kauf oder Geschäftsführung, sei es die Rückübereignung etwa mittels

¹⁾ Die *cond. pecun.* gegen den *contumax* ist nur ein Spiegelbild der ausschließlichen *Universalexekution* in Person oder Vermögen. Wie diese sich die klassische Zeit hindurch erhalten konnte, das ist der Kern des (hier beiseite zu lassenden) Problems. Über die Anfänge neuerdings vortreffliche Vermutungen bei Koschaker, ZSSt. 37, 355 ff.

²⁾ Abgesehen natürlich vom Gelddarlehn.

der *actio fiduciae* oder *rei uxoriae*, *quod metus causa* oder *de dolo*, *Pauliana* oder *Fabiana*. Hier wird die dingliche Rechtslage durch den Prozeß überhaupt nicht berührt. Von einer Enteignung des Klägers kann keine Rede sein.

Anders, wenn der Kläger das (zivile oder prätorische) Eigentum¹⁾ an der Sache hat und nun ihre Herausgabe fordert: sei es im Wege dinglicher Klage (*hered. petitio*, *rei vindicatio*, a. *Publiciana*) oder vordinglichen Rechtsbehelfs (*actio ad exhibendum*²⁾, *interdicta quem fundum*, *quam hereditatem*), sei es im Wege persönlicher *actio*, mag ihr ein Vertrag (*actio locati*, *depositi*, *commodati*, *pignoratitia*) oder ein Delikt (*cond. furtiva*, a. *rer. amotarum*, unter Umständen a. *quod metus ca.* und a. *de dolo*) oder ein anderer Tatbestand (*actio de recepto*) zugrunde liegen. Auch in diesen Fällen ist zwar mit der Verurteilung zur ästimierten Summe der Angriff auf den Sachbesitz³⁾ zunächst abgeschlagen: ein erneuter Angriff *de eadem re* (*eodem* oder *alio modo*) wäre aussichtslos. Aber dieser Gesichtspunkt reicht nicht hin, um die Sachlage zu klären.⁴⁾ Nicht bloß konnten dem Kläger noch andere Aktionen zustehen, die durch die erste Streitbefestigung keineswegs nach *ius civile* konsumiert waren.⁵⁾ Auch ein nachträglicher Verlust des Besitzes an einen Dritten oder den einstigen Kläger selbst machte die Frage nach der dinglichen Zugehörigkeit der Sache brennend, und ganz allgemein erschien es unleidlich, das Gegenüber eines unangreifbaren Nichtberechtigten und eines machtlosen Rechtsinhabers zu verewigen. Eine Entscheidung mußte fallen; sie war an sich in doppelter Richtung möglich.

Stellte man den Gesichtspunkt der Unantastbarkeit

¹⁾ Oder das sonstige zum Besitz berechtigende dingliche Recht als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw.

²⁾ Hierzu vgl. Ulp. D. 10, 4, 9, 8 und Beseler I 17f., 31; Lenel, Grünh. Zeitschr. 37, 520 N. 15. S. auch Ulp. D. 43, 5, 3, 12—14.

³⁾ Hierunter wird im folgenden das bloße *detinere* regelmäßig mitverstanden.

⁴⁾ Das erkennt Savigny, System V 122 N. c.

⁵⁾ Man denke etwa an: *rei vind.* + *cond. furtiva*, a. *depositi* + *rei vindicatio*, der gegenüber der *renitente* Depositär nunmehr ganz gewiß passiv legitimiert war: vgl. unten S. 499 N. 5.

des Eigentums oder die mehrfach wiederkehrende Erwägung¹⁾ voran: *Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit*, so mußte man dem einstigen Kläger jeden Weg öffnen, der es ihm ermöglichte, das Hindernis der eadem res zu umgehen: hatte ihm das Glück andere, nicht konsumierte Aktionen in die Hand gegeben, so mochte er erneut auf Herausgabe klagen, anderenfalls seine Vindikation in Bereitschaft halten, bis ein Dritter in den Besitz gelangte. Dementsprechend konnte dann der Gegner seine Stellung nicht festigen: er hatte keine Aussicht auf Ersitzung seiner *res quasi furtiva* und hielt sich nur so lange in labilem Gleichgewicht, als ihn nicht ein neuer Angriff oder eine Veränderung der tatsächlichen Besitzlage an den Mangel eigenen Rechtsschutzes erinnerte; ging die Sache irgendwie verloren, so erschien die gezahlte Litisästimation nur noch als Strafe.

Ein solcher Gedankengang wäre zweifellos geeignet gewesen, den bedenklichsten Folgerungen aus dem Prinzip des Geldurteils die Spitze abzubrechen, und gegenüber gewissen, in irgendeiner Hinsicht besonders gelagerten Tatbeständen²⁾ haben sich die Römer seiner auch wirklich mehr oder weniger bedient. In der großen Menge der Fälle aber ging das nicht an, wollte man nicht den Zufall zum Herrn über die Geschehnisse der streitigen Sache berufen. Es erwies sich eben als unmöglich, dem Kläger einen ausreichenden Schutz angedeihen zu lassen, solange man daran festhielt, daß *omnium formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* (Gai. IV 48). An diesem Punkte hätte reformiert werden müssen, wenn man die ferneren Folgen als unhaltbar empfunden hätte. Tat man das nicht, sah sich vielmehr der Kläger, der die Aufnahme einer auf res ipsa lautenden Kondemnation in seine Formel zu betreiben gewagt hätte,

¹⁾ Paul. D. 50, 17, 87; vgl. Paul. D. eod. 86; Paul. D. 46, 2, 29 i. f.

²⁾ Nämlich da, wo ein Schwebezustand der geschilderten Art nicht zu befürchten war: so in einigen Fällen, in denen der Beklagte zur Zeit des Urteils nicht mehr den Besitz hatte (Näheres unten S. 504, 505 ff.) oder wo der Kläger (wie bei der cond. furtiva: unten S. 490 f.) den Schwebezustand (durch Erhebung der Vindikationsklage) wieder beseitigen konnte.

unbedingt einer *denegatio actionis* ausgesetzt, so rollte sich das weitere Geschehen mit unerbittlicher Notwendigkeit ab. Durch die vereinbarte restitutorische Klagformel¹⁾ wurde der Beklagte vor die Wahl gestellt, ob er Restitution oder *Litisästimation* vorziehe. Entschied er sich für die letztere und erging demgemäß das Urteil, so lag darin die Abfindung des Klägers und die Bestätigung des Beklagten in seinem Besitz. Zu diesem Ausspruch mußte sich die Rechtsordnung bekennen, sollten nicht Halbheiten der bezeichneten Art alle Rechtssicherheit untergraben. Das Recht mußte die Sachherrschaft des Verurteilten sanktionieren, da es sie nicht zu stürzen vermochte. Defensiv wurde er dadurch gesichert, daß die Rechtspflegeorgane in Gemäßheit der allgemeinen Konkurrenzgrundsätze auch außerhalb der *eadem res* eine auf dieselbe Sachherausgabe gerichtete *actio* vereitelten.²⁾ Offensiver Rechtsschutz wurde ihm zuteil, falls die Sache ihm nachträglich wider seinen Willen abhanden kam: sowohl gegenüber jedem Dritten wie gegenüber dem einstigen Kläger selbst. Damit war für die Beurteilung der sachenrechtlichen Lage in jedem Zeitpunkt fester Boden gewonnen und das Gleichgewicht des Beklagten stabilisiert — aber der Kläger war freilich enteignet.

Diese Enteignung ist nun zu schildern nach ihrer juristischen Erfassung und formularen Gestaltung, nach ihren materiellen Voraussetzungen und Schranken. Dabei wird zunächst (unter I) vorwiegend von dem einfachsten und krassesten, auch in der geschichtlichen Entwicklung den Ausgangspunkt bildenden Fall (A) des *reus contumax* d. h. des im Besitz befindlichen renitenten Beklagten die Rede sein. Das gleiche Problem stellt sich aber — ob auch unter verändertem Gesichtswinkel —, wenn dem Kläger die Sache deshalb vorenthalten bleibt, weil der Beklagte vor Ergehen des Restitutionsbefehls des Besitzes verlustig geworden ist, sei es unfreiwillig aus Fahrlässigkeit oder

¹⁾ Oder die diesen gleichgestellten Formeln: unten S. 487 N. 5, 6.

²⁾ Daneben erscheint eine *exceptio (rei quasi venditae et traditae)*. Über deren Verhältnis zu den Rechtsbehelfen des Konkurrenzrechts siehe einstweilen unten S. 499 f., besonders S. 500 N. 1.

schuldlos (Fall B)¹⁾, sei es freiwillig zwecks Schädigung des Klägers (Fall C)²⁾. Alle drei Fälle werden unter II einander gegenübergestellt und zu B und C dabei insbesondere gefragt werden, wie sich denn die Rechtslage gestaltet, wenn nach Erlaß des Urteils der einstige Kläger oder der einstige Beklagte wieder in den Besitz der Sache gelangt. — Die Fälle B und C waren im justinianischen Recht ebenso praktisch wie im klassischen. Daß aber die Kompilatoren, die doch längst an die Spezialexekution manu militari gewöhnt sind, auch die Enteignung zugunsten des contumax noch überliefern³⁾, nimmt wunder. *Διὰ τί γάρ*, fragt Stephanos⁴⁾ sehr mit Recht, *ἐν ᾧ κοντιούμαξ ἐστὶν ὁ τὸ πρᾶγμα ἔχειν ὁμολογῶν καὶ μὴ ἀνεχόμενος ἀποκαταστήσαι, μὴ ἀπαιτεῖται μόνον μιλιταρία*; Die Lösung steckt nicht etwa darin⁵⁾, daß der Kläger nach wie vor aus eigenem Antrieb der Geldabfindung den Vorzug geben konnte (vgl. §§ 283 BGB., 893 ZPO.): ein solcher Kläger wäre kein Enteigneter. Und wenn Stephanos selbst antwortend sich darauf zurückzieht, daß der contumax die Sache versteckt und so der Realvollstreckung entzogen haben könne, so wäre von dieser Basis aus der contumax schwerlich besser zu behandeln gewesen als der böslische Entsitzer, dem der Eigentumserwerb versagt wird.⁶⁾ Solchen Ausflüchten gegenüber genügt es, auf den Erlaß des Kaisers Zeno (a. 484) hinzuweisen, nach dem die renitenten *conductores rerum alienarum non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur* (C. 4, 65, 33 = 8, 4, 10): die Entrichtung der Urteilssumme bedeutet also jetzt Strafzahlung an den Kläger⁷⁾ und nicht mehr seine

¹⁾ Hierzu vorerst unten S. 494f. (zu c).

²⁾ Hierzu vorerst unten S. 493 (zu a).

³⁾ Wenn auch nicht immer ohne Verdunkelung: siehe etwa unten S. 492 N. 1, 494 N. 2.

⁴⁾ *Ἐρωταπόκρισις* zu D. 12, 3, 2 (Heimb. II 577 schol. 1).

⁵⁾ Das ist der übliche Ausweg der Harmonistik: z. B. Cujaz zu D. 6, 1, 46 (Opp. VII 315, ed. Mutin.).

⁶⁾ Unten S. 505ff.

⁷⁾ Vgl. auch Siber, *Passivleg.* 152f.

Abfindung. Zeigen die Digesten nichtsdestoweniger eine Enteignung zugunsten des *contumax*, so ist das nicht byzantinisches Recht, sondern die Spur des klassischen Zustandes, die zu beseitigen man übersah.¹⁾

I. Causa possessionis.

Wann das Enteignungsprinzip sich durchgesetzt hat, ist aus inneren Gründen mit einiger Wahrscheinlichkeit ungefähr zu bestimmen. Seitdem die *lex Julia de vi* durch das Verbot bewaffneter Selbsthilfe das Ventil der eigenmächtigen Naturalvollstreckung beträchtlich verengert hatte²⁾ und so der loyale Bürger sich regelmäßig auf die *condemnatio pecuniaria* angewiesen sah³⁾, duldet die Ordnung der Rechtsverhältnisse an der Streitsache keinen Aufschub mehr. Die Juristen des Labeonischen Zeitalters haben sich dieser Aufgabe schwerlich versagt. Eine unmittelbare Stütze dafür gewährt die Überlieferung freilich nicht: denn der Fall des Paulus (D. 13, 6, 17, 5), für den Labeo herangezogen wird, setzt eine Verurteilung des Kommodatars gar nicht voraus, Cassius (bei Ulp. D. 12, 7, 2) beschäftigt sich nur mit der Rückgewähr der *Litisästimation*⁴⁾, und nicht einmal für die Autorschaft des Plautius in Paul. D. 6, 1, 47 läßt sich irgendein Anhalt gewinnen.⁵⁾ Aber bald danach erscheint Neratius mit einem *Responsum* (D. 16, 3, 30), das den Enteignungsgedanken als selbstverständlich voraussetzt: *Si fideiussor pro te apud quem depositum est litis aestimatione damnatus sit, rem tuam fieri*, und das *placuit* des Pomponius (D. 6, 1, 70) zieht unter präziser Formulierung gewisser Tatumstände, die zusammen-

¹⁾ Gerade diese Spuren hält Steiner, *Datio in solutum* 70f. für kompilatorisch!

²⁾ Vgl. etwa Girard, *ZSSt.* 34, 328 Note.

³⁾ Siehe schon das bekannte Wort Ciceros de leg. 3, 18, 42.

⁴⁾ Über beide Fragmente unten S. 503f.

⁵⁾ Gar nicht verwertbar ist die Nennung des Sabinus in Urs.-Jul. D. 7, 1, 35, 1, der nur zwecks Auslegung einer testamentarischen Freilassungsanordnung den Empfang der Ästimation der Einräumung des Nießbrauchs gleichsetzt; erst recht nicht das Cassiuszitat in D. 19, 1, 11, 14, weil die *duplae stipulatio* selbst nur auf Geld gerichtet ist.

wirken müssen, um die Enteignung auszuschließen¹⁾, anscheinend bereits den Schlußstrich unter ein Stück dogmatischer Entwicklung. Einen wichtigen Fortschritt bringt alsdann Julian²⁾: nicht bloß indem er die Lehre durch vielfache Folgerungen für die Praxis befruchtet³⁾, sondern vor allem weil er den unmittelbaren Anschluß an das Regelrecht⁴⁾ durch das erlösende Wort findet: *qui litis aestimationem suffert*⁵⁾, *emptoris loco habendus est* (19 dig. D. 25, 2, 22 pr.). Diese Denkform⁶⁾ schlug rasch Wurzel und wurde für die Folgezeit die dogmatische Grundlage: Gai. D. 41, 4, 1; Paul.⁷⁾ D. 25, 2, 9; Ulp. D. 6, 2, 7, 1; 21, 2, 21, 2 i. f.⁸⁾; 27, 9, 3, 2; 41, 4, 3; 42, 4, 15.⁹⁾

Sie hätte schwerlich einen solchen Erfolg gehabt, wenn sie nach Art der älteren deutschen Expropriationstheorie¹⁰⁾ die Enteignung zu einem Zwangsverkauf d. h. zu einem fingierten Verträge hätte stempeln wollen. Die Klassiker sind sich von vornherein darüber einig, daß aus der „Kaufähnlichkeit“ schuldrechtliche Wirkungen nicht abfließen¹¹⁾,

¹⁾ Darüber unten S. 491 ff.

²⁾ Von Celsus ist nichts bekannt, wenn, wie wahrscheinlich, in D. 41, 3, 27 der Schlußsatz eine Nachbemerkung Ulpian's darstellt.

³⁾ 11 dig. D. 13, 7, 28 pr.; 19 dig. D. 25, 2, 22 pr.; 22 dig. in Ulp. D. 6, 2, 7, 1; 43 dig. (?) in Ulp. D. 21, 2, 21, 2 i. f.; 45 dig. (Lenel, Jul. Nr. 617) in Paul. D. 41, 4, 2, 21. Dagegen ist Ulp. D. eod. 3 (Lenel, Ulp. Nr. 1668) ein Zusatz Ulpian's zu Jul. dig. 51 in D. 44, 2, 9, 2: vgl. auch Lenel, Jul. Nr. 686.

⁴⁾ Vgl. unten S. 485. ⁵⁾ Hierzu unten S. 511 ff.

⁶⁾ Sie darf nicht etwa wegen Ulp. D. 28, 8, 7, 2 auf Labeo zurückgeführt werden. Denn wenn es hier für absurd erklärt wird, *ei, cui alienatio interdictitur, permitti actiones exercere*, so wird damit nicht die Wirkung der Litisästimation der einer Veräußerung angenähert, sondern lediglich das Prozeßführungsrecht als Ausschnitt des allgemeinen Veräußerungsrechtes erkannt: ein Satz, der, nur nicht ganz folgerecht durchgeführt (Wolff, Familienrecht § 51 III), z. B. auch im BGB. § 1380 Satz 2 zur Geltung kommt.

⁷⁾ Vgl. auch D. 47, 2, 85.

⁸⁾ Nur *id est ex litis aestimatione* ist unecht (Eisele, ZSSSt. 11, 9f.); irrig Steiner, Datio in solutum 71.

⁹⁾ Hierzu unten S. 483 N. 1.

¹⁰⁾ Darüber Gierke, Deutsches Privatrecht II 470.

¹¹⁾ Wohl aber wurde die Enteignung Dritten gegenüber wie ein Verkauf behandelt: vgl. etwa Paul. D. 18, 4, 21 gegen Ende (*quid si*

daß namentlich der Kläger mit irgendwelchen Verkäuferverbindlichkeiten nicht belastet wird.¹⁾ Stand die Sache etwa nicht in seinem Eigentum, so trifft ihn keine Eviktionshaftung: *sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.*²⁾ Entsprechend hat er für Sachmängel nicht einzustehen. Verpflichtet ist er nicht einmal zur Unterlassung erneuten Prozesses: der scheitert nur an den Grundsätzen des Konsumptionsrechts. — Ebensowenig greift die *res iudicata* gleich einem modernen Enteignungsbeschluß kraft Staatshoheitsrechts in die Eigentumsverhältnisse ein: die Sentenz des *iudex privatus* ist kein obrigkeitliches Dekret, und den Anschluß an die rechtsgestaltende *adiudicatio* des Teilungsrichters verschmähte man.³⁾ Die *condemnatio per-*

rem praestare debeo im Kern echt) und die unten S. 500 N. 4—6 angeführten Belege.

¹⁾ Ulp. D. 42, 4, 15, wo das *rem lite aestimata retinere* mitten unter Tatbeständen erscheint, die auch im Innenverhältnis kaufähnliche Wirkungen hervorrufen, ist interpoliert (Steiner 69 ff.; Koschaker, ZSSSt. 37, 368), aber nicht in dem von Steiner angenommenen Umfang. Sachliche Gründe bestehen nur gegen die Kaufähnlichkeit der *datio in solutum* und der onerosen Stipulation. Was Steiner gegen die Klassizität der julianischen Denkform vorbringt, ist unhaltbar. Das störende letzte *qui* erklärt sich besser, wenn die verschiedenen Glieder des *item*-Satzes nicht von derselben (byzantinischen) Hand stammen. Die Kompilatoren hätten wohl eher *litem aestimatam praestitit* geschrieben (siehe unten S. 512 f.) und an der Einfügung dieses Tatbestandes überhaupt kein besonderes Interesse gehabt (oben S. 480 f.). Also ungefährender Urtext: *Is qui rem permutatam accepit, emptori similis est; item is qui rem lite aestimata retinuit.* Diese Zusammenstellung war im Rahmen der klassischen Erörterung (Lenel, Ulp. Nr. 1901) nicht zu beanstanden.

²⁾ Paul. D. 6, 1, 35, 2 (auch von Beseler III 125 nicht beanstandet), ebenso schon Pomp. D. 25, 2, 10. Das ist besonders bemerkenswert, wenn man beobachtet, wie sehr das klassische Recht sonst bestrebt ist, den Stipulationszwang über den Bereich des gewöhnlichen Verkaufs auszudehnen (Rabel, Haftung des Verkäufers 113 ff. [abgesehen vom *dare in solutum*]): vgl. namentlich einerseits Paul. D. 10, 2, 25, 21 und Paul. D. 10, 3, 10, 2, andererseits Paul. D. 24, 1, 36 pr. (dazu unten S. 493 N. 6). Diese Fragmente erbringen einen neuen (vgl. bisher Berger, Teilungsklagen 141; Haymann, ZSSSt. 40, 226, 295 N. 1, 309 N. 1) Anhalt dafür, daß die Verallgemeinerung *hi enim demum ad duplae cautionem compelluntur, qui sponte sua distrahunt* (D. 10, 2, 49 init.) ebenso wie ihre redselige Begründung nicht klassisch sein wird.

³⁾ Vgl. insbesondere Ulp. D. 6, 2, 7 pr., § 1.

cuniaria wirkt hinsichtlich der eingeklagten Sache lediglich negativ, weil sie von ihr schweigt und damit den Sachberechtigten von der Sachverfolgung ausschließt. Diese Rechtslage leitete zu den altbekannten typischen Fällen der Wehrlosigkeit des quiritischen Eigentümers hinüber und damit zum Ersitzungsgedanken, zur publizianischen Klage.

Denn daß der Verurteilte nicht etwa ziviles Eigentum erwarb, versteht sich.¹⁾ Für die *res Mancipi* liegt es auf der Hand. Nicht einmal die Voraussetzungen einer Tradition waren erfüllt, weil es regelmäßig²⁾ an der vom Kläger ausgehenden Besitzübertragung, ausnahmslos an der *iusta causa* fehlte. Indessen traten diese beiden Hindernisse auch der Verwendbarkeit der *actio Publiciana* entgegen, sowohl der ediktalen wie der landläufigeren *formulae accommodatae*³⁾, und so möchte es auf den ersten Blick fast scheinen, als ob die Rekonstruktion des prätorischen Rechtsschutzes hier ebenso im argen liege wie im Falle des *Usufruktuars*.⁴⁾

¹⁾ Ebenso Mitteis, ZSSt. 33, 206; entgegengesetzt die ältere Doktrin (gl. *pertinet ad D. 6, 1, 46*, Cujaz *ibid.*, Opp. VII 316) und neuerdings namentlich Siber, *Passivlegitimation z. rei vind.* 141 ff. Aber Fragmente wie etwa *D. 6, 1, 70*; *6, 2, 7, 1*; *eod. 27 i. f.*; *41, 4, 1*; *eod. 2, 21*; *47, 2, 85* und vor allem *D. 25, 2, 22 pr.*; *41, 3, 4, 13*; *41, 4, 2, 21* sprechen eine nicht mißzuverstehende Sprache und lassen sich nicht dadurch beseitigen, daß der Kläger hier überall nur publizianischer Besitzer gewesen sei und aus diesem Grunde der Beklagte auch nur in das mindere Recht habe „sukzedieren“ (hiergegen unten S. 487 N. 2) können. — *D. 6, 1, 46*, auf das allein Siber sich beruft, würde nur dann etwas beweisen, wenn *dominium* bloß das quiritische Eigentum bedeuten könnte. Für die Zeit des Paulus steht das Gegenteil fest: Mayer, *Z. für gesch. Rechtswissenschaft* 8 (1835), 1 ff., besonders 10 ff.; Erman, ZSSt. 11, 257, 260 ff.; Gradenwitz, ZSSt. 12, 134 ff.; Pernice, Labeo (im Gegensatz zur ersten Aufl.) II 1, 423 N. 2, 447 f.: nur so versteht sich auch der Begriff des „*duplex dominium*“ (*Gai. I 54, II 40*). Um so weniger darf die Ausdrucksweise in *D. 13, 6, 5, 1* und *D. 16, 3, 30* Bedenken erwecken. — Vgl. ferner unten S. 498 N. 4. — Wegen *D. 41, 4, 2, 21* s. unten S. 498 N. 8.

²⁾ Anders unter Umständen im Bereich der *actiones quod metus causa* und *de dolo*. Bei Miete, Leihe, Verwahrung, aber auch beim *pignus* (*Gai. D. 6, 2, 13, 1*; unten S. 485 N. 4) hatte der Kläger hinreichende *possessio* nicht übertragen.

³⁾ Vgl. etwa Lenel, Ed. 167 zu 1 und 3.

⁴⁾ Zu diesem Falle (seit 1911) besonders H. Krüger, *Prätorische*

So schlimm steht es jedoch nicht. Die dort unhaltbare¹⁾ Ersitzungsfiktion, dieses Kernstück jeder Publiciana, läßt sich hier aufs beste unterbringen, und die Quellen selbst gewähren eine unschätzbare Handhabe, indem sie an einer Stelle (D. 6, 1, 70) den Rechtsbehelf als quasi Publiciana actio bezeichnen²⁾ die einzige Klage dieses Namens, die die Digesten überhaupt kennen.³⁾ Einer utilis actio Publiciana bedurfte es deshalb, weil dem von der Musterformel geforderten Traditionswillen (traditus est)⁴⁾ der Traditionswiderwille des enteigneten Klägers durch keinerlei Interpretation gleichzusetzen war.⁵⁾ Dagegen brauchte man um der iusta causa willen den Prätor nicht zu bemühen, weil das formulare *emit* ja selbst ein auswechselbares Glied des Blanketts darstellte. Der Litisästimation als causa possidendi zur Anerkennung zu verhelfen, war Sache der Jurisprudenz. Sie aber schuf weder eine weitere causa possessionis (etwa *pro condemnato*), noch ordnete sie den neuen Fall unter dem Titel *pro suo* ein, sondern sie knüpfte kühn, aber zielbewußt an die Musterrubrik *pro emptore* an. Diesen und keinen anderen Sinn hat der julianische Ausspruch.⁶⁾

Servitut 25, 57 ff.; Rabel, *Mél. Girard* II 404 ff.; Lenel, *ZSSt.* 34, 380; Beseler III 171, IV 78 ff.

¹⁾ Anders jetzt Beseler mit zugegebenermaßen nicht ausreichendem Quellenbeweis. Ebenso schwach sind die inneren Erwägungen. Die lex Scribonia böte nur dann einen genügenden Unterbau, wenn wir von ihr mehr wüßten als die gelegentliche Äußerung des Paulus D. 41, 3, 4, 28 (vgl. etwa Ulp. D. eod. 10, 1 und Girard ⁵ 373 N. 2). Sie kann sich ebensogut auch auf Nichtservituten (Ususfrukt) erstreckt haben wie auf die Servituten, die als res Mancipi vordem eressen werden konnten (vgl. Lenel, *ZSSt.* 20, 27), beschränkt gewesen sein.

²⁾ Die einzige (siehe sonst unten S. 498 N. 4) andere Stelle, die den Klagennamen erwähnt (D. 6, 2, 7, 1), hat einfach „Publicianam competere“. Dieser abkürzende Ausdruck wird ebensowenig echt sein wie in D. eod. 12, 2 (Liter. bei Rabel, *Mél. Girard* II 406 N. 2). Vgl. auch Lenel, *Ed.* 253 f.

³⁾ Darauf weist schon Lenel, *Beiträge z. K. d. prät. Ed.* 24 hin.

⁴⁾ Vgl. auch Gai. D. 6, 2, 13, 1, dessen Schlußsatz (trotz Beseler IV 78) im wesentlichen echt sein dürfte.

⁵⁾ Unzutreffend Perozzi, *Istit.* I 425 N. 3. — Gerade die *brevi manu traditio* steht und fällt mit der *voluntas domini* (Gai. D. 41, 1, 9, 5); vgl. auch Cels. D. 21, 2, 62 pr. i. V. m. oben S. 483 N. 2.

⁶⁾ Vgl. insbesondere Jul.-Ulp. D. 6, 2, 7, 1 und des Gaius (D. 41,

Wie danach die actio quasi Publiciana ausgesehen haben mag, dafür fehlt in formaler Hinsicht jeder Anhaltspunkt. Sachlich hätte ein Eingang wie etwa *Si quem hominem A^{us} A^{us}¹⁾ emit et possedit²⁾, anno possedisset* wohl allen Erfordernissen Genüge getan. Ob A^{us} A^{us} vor seiner Verurteilung bonae oder malae fidei possessor³⁾, ob er possessor oder nur detentor⁴⁾ gewesen war, machte nichts aus. Ob dagegen dem Kläger, der über A^{us} A^{us} obgesiegt hatte, die Sache gehörte, das spielte durchaus die gleiche Rolle wie im publizianischen Regelrecht das Eigentum des Veräußerers. War er nicht dominus ex iure Quiritium, so wurde der Verurteilte dem wahren Eigentümer gegenüber (vor Ablauf der Ersitzungszeit) nicht geschützt. Kannte der Verurteilte den Eigentumsmangel⁵⁾⁶⁾ oder war die streitbefangene Sache furtiva⁷⁾, so begann die Ersitzung überhaupt nicht, und die actio quasi Publiciana griff auch Dritten gegenüber nicht durch. In allen Regelfällen aber

4, 1) prägnante Wendung: *possessor, qui litis aestimationem optulit* (hierzu unten S. 512), *pro emptore incipit possidere*.

¹⁾ Auf die mehr schwierige als sachlich bedeutungsvolle Frage, ob an dieser Stelle die Worte *bona fide* standen (bejahend Lenel, ZSSSt. 20, 21ff., Ed. 166, verneinend Pernice, Lab. II 1, 342ff.; Gradenwitz, ZSSSt. 12, 136f.; 24, 238 N. 1; Beseler III 197f., IV 87f.), ist hier nicht einzugehen. Vgl. auch unten N. 5.

²⁾ Über dieses Erfordernis Näheres unten S. 496ff.

³⁾ Vgl. etwa Jul. D. 25, 2, 22 pr. (*movet me, quia dolo adquisiit possessionem*); Paul. D. 41, 3, 4, 13; 47, 2, 85; s. auch Nerat. D. 16, 3, 30. — Dazu unten S. 505 N. 1.

⁴⁾ In diesem Falle wurde der contumax mit seiner Verurteilung Besitzer: unten S. 498ff.

⁵⁾ Im Zeitpunkt der Verurteilung oder in dem etwa erst späteren (vgl. unten S. 501ff.) Zeitpunkt des Besitzerwerbs? Die (oben angedeutete) Formel erlaubte, auch wenn sie *bona fide* enthielt (oben N. 1), beide Entscheidungen, und so wird sich die für die formula vulgaris bezeugte Streitfrage (dazu neuerdings einiges bei Beseler III 198; Rabel, Grundzüge 446 N. 1) auch auf das Gebiet der actio utilis verpflanzt haben.

⁶⁾ In der Tatsache, daß er es zur Verurteilung kommen ließ, liegt nicht immer schon ein Argument für seine fides bona: man denke an die Klage des Nichteigentümers aus einem Vertrage (depositum, commodatum).

⁷⁾ Arg. e contr. D. 41, 3, 4, 13; 47, 2, 85.

erwarb der contumax mit seiner Verurteilung¹⁾ originär Ersitzungsbesitz: von einer Sukzession in die Rechtsstellung des Klägers kann keine Rede sein.²⁾ — Neben die actio quasi Publiciana trat folgerecht als Defensivschutz eine exceptio rei quasi venditae et traditae, die in der Überlieferung mehrfach, wenn auch namenlos, begegnet.³⁾

Es fragt sich nur, ob nicht auf solche Weise die widersinnige Fiktion des Zwangsverkaufes durch eine Hintertür doch wieder hereingeschlüpft war. Die Lösung dürfte in Folgendem liegen. Sämtliche Aktionen, bei denen das Enteignungsproblem überhaupt praktisch werden konnte⁴⁾, waren — abgesehen von der einzigen und singulären cond. furtiva — entweder mit ausdrücklicher Restitutions- (Exhibitions-) klausel ausgestattet oder doch kraft ihres *reddere*⁵⁾ oder *ex fide bona*⁶⁾ dem Recht der restitutorischen Klagen in gewisser Beziehung unterstellt. In gewisser, d. h. in der Beziehung, daß alle diese Aktionen und nur sie dem iusiurandum in litem offenstanden.⁷⁾ Zwischen der Eidesfähigkeit dieser Judizien und ihrer Enteignungswirkung besteht ein innerer und beweisbarer Zusammenhang. War die Enteignung nur möglich, wo man mit dem i. i. l. das letzte und schärfste Zwangsmittel zur Naturalerfüllung vergebens eingesetzt hatte, so verliert sie manches von ihrer Seltsamkeit — wie denn umgekehrt die Machtstellung des zum Eide zugelassenen Klägers nur durch das Risiko der Enteignung Erklärung und Licht erhält. Zugleich aber sieht man den Weg, auf dem Julian zu der Idee kam, daß *litis aestimatio similis est emptioni*.⁸⁾ Die Schätzung, die

¹⁾ Ob die irrice Annahme des Sachinhabers, er sei verurteilt worden, hinreicht, entschied sich nach der allgemeinen Stellungnahme zum Putativtitel: Ulp. D. 41, 3, 27 i. f. und überhaupt Rabel, Grundzüge 441.

²⁾ Anders Siber, Passivlegit. 139 ff., im Einklang mit seinem oben S. 484 N. 1 dargelegten Standpunkt.

³⁾ An der Namenlosigkeit sind die Byzantiner gewiß nicht unbeteiligt: unten S. 499 f.

⁴⁾ Siehe oben S. 477.

⁵⁾ Hierzu Levy, ZSt. 36, 72 ff.

⁶⁾ Hierzu Levy 46 ff.

⁷⁾ Levy 66 ff., 75, 76 zu 3.

⁸⁾ Von dieser hochklassischen Konstruktion gesondert zu halten ist m. E. die Erinnerung an die Frühzeit des Ästimationsherganges, die wohl bis auf ein den praedes litis et vindiciarum vertraglich ein-

der schwörende Kläger ohne oder mit taxatorischer Begrenzung nach seinem freien Ermessen vornahm, bedeutete in erster Linie zwar nur das Zahlungsverlangen einer Partei. Weil jedoch dieses Verlangen die Urteilssumme in bindender Weise bestimmte¹⁾, enthielt es zugleich eine — modern gesprochen: rechtsgestaltende — Willenserklärung, in der man das fehlende Vertragselement zur Not finden konnte und fand: *transegisse enim cum eo* (= Kläger) *et decidisse videor* (= Beklagter) *eo pretio, quod ipse constituit*.²⁾

Die Ausnahme bestätigt die Regel. Die *condictio furtiva* als dare-Klage gibt, wie alle Kondiktionen³⁾, dem Eide keinen Raum.⁴⁾ In der Tat ist der durch sie Verurteilte niemals *emptoris loco* erachtet worden. Allerdings fehlt es nicht an Enteignungsbelegen, die durch Inskription oder Inhalt den Verurteilten als einen *fur* kennzeichnen. Aber in einigen von ihnen (Pap. D. 6, 1, 63⁵⁾); Paul. D. 41, 3, 4, 13) steht sicher ein Vindikationsprozeß in Frage, in den anderen wird diese Möglichkeit durch nichts ausgeschlossen: weder in Jul. 22 dig. (de furtis) bei Ulp. D. 6, 2, 7, 1⁶⁾ noch in Paul. D. 6, 1, 47⁷⁾ noch in Paul. D. 47, 2, 85⁸⁾ besteht

geräumtes Loskaufsrecht zurückführt (Partsch, ZSSSt. 31, 439; Sethe-Partsch, Demot. Bürgerschaftsurkunden 665 N. 1). An Partsch anknüpfend (vgl. Costa, *Profilo stor. del proc. civ.* 1918, 27 N. 2) die mir nicht zugängliche Abh. von Betti, *Studi sulla litis aestimatio* 1915: I. *Il litis aestimationem sufferre e il iusiur. in litem*.

¹⁾ Levy 61 ff.

²⁾ Paul. D. 6, 1, 46. Die subjektive Stilisierung dieses Satzes paßt zum Vorhergehenden nicht. Wahrscheinlich ist vor ihm etwas weggefallen. Er selbst gibt keinen Anstoß und stammt jedenfalls nicht von Justinian, dessen Rechtssprache *decidere* im Sinne von „vergleichen“ fremd ist, vgl. Longo, h. v.; siehe auch Levy, Konk. I 408 N. 2.

³⁾ Levy, ZSSSt. 36, 68 N. 1. 36 ff.

⁴⁾ Diese Sonderstellung ist im Grunde nur ein Ausdruck der allgemeinen Singularität, daß hier ein *dare oportere* der Rückgewähr des Besitzes dient.

⁵⁾ Hierzu später Miscelle (siehe unten S. 505).

⁶⁾ Anders Lenel, Jul. Nr. 349; aber der Inhalt läßt die Verknüpfung mit D. 13, 1, 14, 1 (siehe gleich im Text) nicht zu.

⁷⁾ Anders zweifelnd Lenel, Paul. Nr. 1241, inhaltlich mit Rücksicht auf D. 47, 2, 9, 1, formal wegen der Inskription (*libro XVII ad Plautium*). Aber D. 47, 2, 9, 1 beweist das Gegenteil (siehe gleich im Text),

für die cond. furtiva irgendein besonderer Anhalt. Wo diese wirklich erscheint, wird die Enteignungswirkung deutlich abgelehnt:

1. Wie später zu zeigen¹⁾, gehen der Enteignungswirkung in dem Fall, daß der Verurteilte sich nicht im Besitz befindet, Kautionen parallel, mittels derer der Kläger dem Beklagten künftige Klagabtretung oder Sachherausgabe verspricht. Auf diese Kautionen in erster Linie bezieht sich, was Julian in D. 13, 1, 14, 1 allgemein erklärt: *cavere autem ex hac actione* (scil. cond. furtiva) *petitor ei cum quo agitur non debet*.²⁾ So wird mit dem Kautionszwang die Enteignung selbst verneint.

2. Noch bedeutungsvoller ist Pomp. D. 47, 2, 9, 1. Die genauere Erörterung dieser einzigen und im Kern größtenteils echten Nachricht über die Konkurrenz von cond. furtiva und rei vindicatio muß anderer Stelle vorbehalten werden.³⁾ Hier kann es sich nur darum handeln, den klassischen Gehalt des durch Tilgungen verderbten Schlußsatzes in aller Kürze wiederzugeben. Hat der aus der conditio verurteilte Dieb die Ästimation gezahlt, so würde seine nochmalige Belangung durch Vindikation nach allgemeinem Konkurrenzrecht zu deren Abweisung officio iudicis führen müssen (*absolut*).⁴⁾ Das aber hätte, weil der Dieb mit

und die Inskription dürfte ebensowenig intakt sein wie in D. 6, 1, 46 (siehe unten S. 493 N. 2). Richtig VII ad Plautium (de furtis)?

¹⁾ Vgl. die Parallele mit D. 41, 3, 4, 13.

²⁾ Vgl. D. 6, 1, 69; 13, 6, 13 pr. (unten S. 503, 506ff. und sonst).

³⁾ Hier lediglich an die stipulatio duplae zu denken (so Kyrill, adhl. Heimb. V 440 schol. 1, Glosse gl. non debet i. f.), erlaubt weder das allgemeine *cavere* noch die besondere Hervorhebung *ex hac actione*; denn Eviktionshaftung trifft den Kläger ja nirgends (oben S. 483 N. 2). Zutreffend der Anonymos, schol. 4 init. a. a. O., vor allem aber Stephanos, schol. 4 i. f. a. a. O. und in seiner ausführlichen *παράγραφῃ* zu D. 13, 6, 5, 1 (Heimb. II 6), wo das Zitat Ulp. D. 13, 6, 14 statt Jul. D. 13, 1, 14 auf offenbarem Versehen beruht; auch am Schluß (zu D. 25, 2, 22) muß es Julian statt Ulpian heißen.

⁴⁾ Konkurrenz II (§ 94).

⁵⁾ Dazu reichte nach Konkurrenzrecht sogar schon die bloße Streitbefestigung über die Kondiktion hin. Aber zur Erwägung der eventuellen Enteignung mußte ferner das *damnatus* unterstellt werden. Das *l. aesti-*

dem bloßen *pretium iustum* den Ersitzungsbesitz nicht erwerben konnte¹⁾), jene unerträgliche Diskrepanz zwischen Rechtsschutz und dinglicher Rechtslage im Gefolge gehabt, von der eingangs²⁾ die Rede gewesen ist. Ihr zu entrinnen wird dem Bestohlenen (*magis placet*) die Befugnis gegeben, durch Rückzahlung des Empfangenen die Absolution abzuwenden und nun im Vindikationsprozeß entweder Naturalrestitution oder die beschworene Ästimation zu erlangen. Wenn somit wider die Regeln des Konkurrenzrechts das Ergebnis des abgeschlossenen Kondiktionenprozesses zum Provisorium herabgedrückt und die definitive Lösung der Vindikation vorbehalten wird, so kann deren Bevorzugung gar keinen anderen Grund haben als den, der von Pomponius selbst ja deutlich genug genannt wird: die Eignung der Vindikation zum iusiurandum und damit die Aussicht, durch Enteignung des Klägers Rechtsschutz und dingliche Rechtslage wieder in Einklang zu bringen. Hätte schon das Kondiktionenverfahren den Dieb zum dinglich geschützten quasi emptor gemacht, so wäre das ebenso umständliche wie abnorme Hin und Her, das der Klassiker empfiehlt, schlechthin unbegreiflich. Jeden letzten Zweifel beseitigt die Gegenüberstellung mit Jul. D. 25, 2, 22 pr., dessen Schlußsatz genau dieselbe Sachlage behandelt wie der des Pomponius mit der einzigen Abweichung, daß bei Julian nicht die cond. furtiva, sondern die a. rerum amotarum in Frage steht.³⁾ Die enge Verwandtschaft zwischen diesen beiden Aktionen⁴⁾ ließe ein gleiches Ergebnis erwarten. Aber ganz im Gegenteil: von einer Rückgängigmachung der Folgen der durchgeführten a. rer. amotarum

mationem sustulerit endlich erwähnt Pomponius deshalb, um von deren Rückerstattung die Ausübung des ius variandi abhängig zu machen. Das alles hat also seinen guten Sinn.

¹⁾ Pomp. D. 6, 1, 70 (siehe alsbald im Text).

²⁾ S. 478f.

³⁾ Die Verbindung beider Stellen wird noch fester, wenn man das fr. 9 nach Lenels (Pal. II 105 N. 1) trefflichem Vorschlag inskribiert: Pomp. XVI (statt VI) Sab. = de rebus amotis. — Näheres zu fr. 22 m. Konkurrenz II (§ 163), siehe auch unten S. 500 N. 1.

⁴⁾ Levy, Privatstrafe 114ff.

verlautet nichts, und die Folgen selbst bestehen darin, daß die diebische Frau defensiv und offensiv dinglich geschützt ist und insbesondere die Vindikation, ohne daß dem bestohlenen Ehemann ein *ius variandi* zukäme, schlechthin an der *exceptio* (*rei quasi vend. et trad.*)¹⁾ d. h. an seiner Enteignung scheitert. Die Gegensätzlichkeit des Resultates der gleichzeitigen Juristen ist mit einer selten möglichen Exaktheit auf den einzigen Differenzpunkt zurückzuführen, daß die eine der beiden mit der Vindikation konkurrierenden Aktionen dem *iusiur. in litem* zugänglich (*Pomp. D. 25, 2, 8, 1; eod. 10*)²⁾, die andere dagegen auf die nicht beschworene (*iusta*) *aestimatio* angewiesen ist.

3. Aber noch weiter hilft die Überlieferung. Wa für die Ehegattenklage eben gefolgert wurde, sagt unmittelbar die Begründung, die, aus dem Pauluskommentar zur *a. rerum amotarum* (37 ed.) entnommen, zwischen den eben genannten Pomponiusstücken an rechter Stelle in der Kompilation erscheint:

D. 25, 2, 9 (Lenel, Paul. Nr. 551): *non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere.*³⁾

Damit hat man von jeher und mit Fug die Äußerung des Pomponius zusammengestellt⁴⁾:

Pomp. 29 Sab. (Lenel Nr. 740) D. 6, 1, 70: *Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit*⁵⁾, *ne in potestate cuiusque sit (c:) per rapinam (b:) ab invito domino rem (a:) iusto pretio comparare.*

Aber der klassische Zusammenhang dieses Fragments ist unbeachtet geblieben, weil man sich allzu vertrauensvoll auf die kompulatorische Anknüpfung an Paul. D. eod. 69 verließ und so das *ei* des Pomponius auf des Paulus *is qui dolo fecit quo minus possideret* bezog. Diese Beziehung ist

¹⁾ Vgl. unten S. 499 f. ²⁾ Levy, ZSt. 36, 76f.

³⁾ Das *invitum* (quasi) *vendere* d. h. die Enteignung wird also abgelehnt, falls die *Ästimation* das objektiv geschätzte *quant. ea res fuit (est, erit)* nicht überschreiten darf.

⁴⁾ Dazu auch Levy, Z.S.St. 36, 68.

⁵⁾ Vgl. oben S. 481 f.

für das klassische Recht¹⁾ ausgeschlossen. Denn von dem bösslichen Entsitzer bei der a. ad exhibendum oder rei vindicatio²⁾ verstanden, der ganz ebenso wie der contumax das i. i. l. sich gefallen lassen muß, wäre die auf das iustum pretium invito domino abstellende Begründung ein Luft-hieb. In Wahrheit geht das *ei* auf den Dieb, der mittels *condictio furtiva* verurteilt ist. Denn es gibt, wie eben³⁾ dargelegt, keine andere auf Herausgabe von Sachen des Klägers gerichtete *actio*, bei der ohne dessen Zustimmung der renitente Beklagte mit der *iusta aestimatio* davonkäme. Nur bei der *condictio furtiva* können⁴⁾ sämtliche drei Tatbestandsmerkmale des Pomponius (a, b, c) zusammentreffen, die erforderlich sind, um einem verurteilten Besitzer⁵⁾ die *actio quasi Publiciana* zu versagen.⁶⁾

Die Inskription spricht nicht dawider, wohl aber unterstreicht sie die grundsätzliche Bedeutung des an sich schon allgemein redenden (*cuiusque*) Finalsatzes. Pomponius han-

¹⁾ Anders für die Kompilation; vgl. auch unten S. 494 N. 2.

²⁾ Siehe unten S. 507 N. 1. ³⁾ S. 487f.

⁴⁾ Nicht: müssen. Hat der Dieb die Sache fahrlässig oder unverschuldet verloren, so liegt keine *rapina* vor. Auch hätte bei solchem Tatbestande selbst in einem anderen *iudicium* der Kläger ja nicht schwören können. Und so wäre zu erwägen gewesen, ob man nicht diesem Diebe Kautionen, Zessionen und in deren Verfolg letztlich die a. quasi Publ. hätte gewähren sollen. Aber man zog diese Folgerung nicht (D. 13, 1, 14, 1 und unten Note 6). Sicherlich nicht bloß wegen der prozessualen Enge der *condictio*, sondern auch, weil sie im Regelfalle (der Kontumaz) zur Enteignung nicht führte. Schließlich auch wohl *odio furum*: es ist ein Unterschied, ob der Dieb an dem allgemeinen Recht eines jeden Vindikationsbeklagten teilnimmt oder ob er (bei der *condictio*) als Dieb Rechtswohlthaten empfangen soll.

⁵⁾ Oder Detentor. Gegensatz: Nichtbesitzer (unten S. 502ff., 505ff.).

⁶⁾ Übrigens weist das *nec — quidem* (= *et ne — quidem*: nicht beachtet von VIR. IV 55, 30; 63, 15) ganz ebenso wie das *quoque* in D. eod. 69 deutlich darauf hin, daß Pomponius hier auch die parallelen Rechtsbehelfe (Zessionen und Kautionen) dem kondiktionsbelangten Dieb abgesprochen hatte — und zwar wahrscheinlich sowohl dem nichtdolosen wie dem dolosen Entsitzer (vgl. D. 13, 1, 14, 1). Hatte er zuletzt von dem dolosen gesprochen, dem schon aus allgemeinen Gründen jene Rechtsbehelfe abgingen (unten S. 505ff.), so gewinnt nun erst die in *nec — quidem* liegende Steigerung den rechten Ton.

delt hier im 29. Buch ad Sabinum ebenso wie Paulus im 13. und Ulpian im 51. Buche *de iudiciis*¹⁾ und damit ex professo vom iusiurandum in litem (vgl. auch Pomp. D. 26, 9, 1; Paul. D. 12, 3, 2; Ulp. D. 6, 1, 68; 12, 3, 1), insbesondere von der Enteignung des Klägers (vgl. auch Paul. D. 6, 1, 46²⁾; eod. 69; eod. 71). Da darf man erwarten, daß er seine Tatbestandsmerkmale (a, b, c) nicht leichthin kumuliert, sondern — vom Besitzmoment abgesehen³⁾ — die dingliche Klage jedem Verurteilten grundsätzlich⁴⁾ zugestanden hat, falls auch nur eines von ihnen fehlte. Das wird kurz nachzuprüfen und dabei zu beobachten sein, wie weit es die (doch wohl noch) vorjulianische Theorie mit der Herausarbeitung der Enteignungsvoraussetzungen schon gebracht hatte.

Zu a. Erhält der Kläger die Sache *per rapinam* des Beklagten nicht heraus und gibt er sich auch nicht freiwillig (*invito domino*) mit der Verurteilung auf die *iusta aestimatio* zufrieden, erwirkt er vielmehr ein Urteil auf die beschworene Summe, so wird der Verurteilte *emptoris loco*; das i. i. l. bietet den Ausgleich für die rapina. Hierher gehören die Fälle der contumacia und teilweise⁵⁾ der bösslichen Entsetzung.

Zu b. Erhält der Kläger die Sache *per rapinam* (contumacia, dolus) des Beklagten nicht heraus, gibt er sich aber mit der Verurteilung auf die *iusta aestimatio* freiwillig zufrieden⁶⁾, so wird der Verurteilte gleichfalls *emptoris loco*;

¹⁾ Lenel, Sabinussystem 81 ff.; Levy, ZStSt. 36, 69f.

²⁾ Höchstwahrscheinlich XIII statt X inskribiert: Lenel, Pal. I 1282 N. 4; Siber, Pass. 140; P. Krüger.

³⁾ Auf dieses (unten S. 496 ff.) brauchte Pomponius bei seiner negativen Formulierung nicht einzugehen; siehe überdies oben S. 492 N. 6.

⁴⁾ Ausnahme oben S. 492 N. 4.

⁵⁾ Hierzu unten S. 505 ff.

⁶⁾ Ein anderes bezeichnendes Beispiel bietet Paul. D. 24, 1, 36 pr. aus der Schenkung zwischen Ehegatten. Hier fehlt es nur an der rechtlichen Anerkennung des Übereignungswillens und deshalb an der iusta causa possidendi (Paul. D. 41, 6, 1, 2; vgl. auch Paul. D. 24, 1, 26 pr.; Rabel, Grundzüge 440), nicht aber an dem Übereignungswillen selbst. Deshalb weigert der mit der Vindikation belangte Gatte die Herausgabe zwar ohne Grund und Erfolg, aber doch nicht *invito*, sondern *volente et*

denn nicht *invito domino*¹⁾ ist er mit der objektiven Ästimation davongekommen. Entscheidend ist also nicht der Schwur, sondern die Schwurmöglichkeit des Klägers. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so *mos ei gerendus est* (Paul. D. eod. 71): die Enteignung soll das nicht hemmen.²⁾

Zu c. Erhält der Kläger die Sache nicht heraus und muß er sich wider Willen (*invito domino*) mit dem Urteil auf das *iustum pretium* zufrieden geben, weil die Herausgabe durch bloß fahrlässigen oder zufälligen Besitzverlust des Beklagten (also nicht *per rapinam*) vereitelt ist, dann tritt der Verurteilte ebenfalls *emptoris loco*. Dieser Fall scheint am weitesten vom Prinzip abzuliegen. Denn so sehr es auch der Billigkeit entsprach, den Kommodatar, der kulpos oder schuldlos die Sache verloren hatte, oder den Vindikationsbeklagten, dem post litem contestatam der servus custodiendus geflohen war, in sachenrechtlicher Hinsicht nicht schlechter zu stellen als den Renitenten oder Dolosen,

concedente domino (Pomp. D. 41, 7, 5 pr.), und so verfällt er lediglich der iusta aestimatio, welche ganz im Einklang mit D. 6, 1, 70 hinreicht, ihn emptoris loco zu versetzen. Der ursprüngliche Veräußerungswille des Schenkers wirkt ferner sogar darin nach, daß er nunmehr Eviktionskaution zu leisten hat (vgl. oben S. 483 N. 2). — Das *causam possidendi donatio praestitit* in fr. 36 pr. weist nicht etwa technisch auf eine iusta causa (pro donato); siehe auch Pernice, Labeo II 1, 411 N. 2.

¹⁾ Vgl. auch Paul. D. 25, 2, 9.

²⁾ Dieser zweifellose und praktisch bedeutsame Nebensinn des fr. 71 wird verdunkelt, wenn man das Fragment nur von dem dinglich oder vordinglich belangten bösslichen Entsitzer, also von einem Falle versteht, in dem eine Enteignung gar nicht in Betracht kam (unten S. 505 ff.). In Wahrheit sind die Worte *possessor — vero* von den Kompilatoren eingefügt (vgl. Levy, ZSSSt. 36, 67 N. 4), um den Satz, der sich ursprünglich an D. 12, 3, 2 unmittelbar anschloß (Lenel, Paul. Nr. 1858) und also auf den contumax mitbezog, zu einem selbständigen Fragment zu machen und ihn ebenso wie fr. 70 (oben S. 492 N. 1) auf den allein praktisch gebliebenen (oben S. 480) Fall des Entsitzers zu beschränken. Inkorrekt ist *quo minus possideret* weggelassen, wenig präzise das gräzisierende *quidem — vero*, merkwürdig das in D. 12, 3, 2 absichtlich vermiedene *possessor*. Freilich ist auch D. 12, 3, 2 überarbeitet, aber schwerlich tutto triboniano (Biondi, Act. arbitr. I 198 N. 3): *veluti — exhibentis*² kann ergänzendes oder verkürzendes Glossem sein.

so wenig sieht man hier jenes Verständigungsminimum, das im Falle des i. i. l. die Annahme einer Art Verkäuferwillens ermöglichte.¹⁾ — Indessen bedarf es hier der gebrechlichen Krücke des Schätzungseides nicht. Denn der Judex spricht die kondemnierende Sentenz überhaupt nicht aus, ehe der Kläger dem Beklagten die auf die Streitsache bezüglichen Aktionen abtritt oder gewisse Kautionen leistet, in jedem Falle also mit dem Beklagten einen Vertrag schließt, der zumindest die Zustimmung zu dessen künftigem Wiederbesitz enthält.²⁾ Erlangte der Verurteilte dann später den Besitz zurück, so muß er (mit noch besserem Rechte als der *contumax*) als *pro emptore possidens* erachtet worden sein.³⁾ — Gerade in unserem Falle *c* ist der Belangte nach römischem Muster ja noch im heutigen deutschen Recht nur gegen Abtretung der dem Kläger zustehenden Ansprüche zum Ersatz verpflichtet (BGB. § 255), und die wohl noch herrschende Lehre baut die Abtretung sogar zur vollen Sachübereignung (nach § 931) aus.⁴⁾ Während aber diese moderne Enteignung derivativ erfolgen und sich mit der Abtretung sofort vollenden würde, begnügen die Römer sich mit der Inaussichtstellung des Ersitzungsbesitzes, weil sie an die zivile Übereignung größere Anforderungen stellen und insbesondere zu einer Zession materieller Rechte nicht gelangt sind.⁵⁾ Damit gewinnen ihre Sätze stellenweise⁶⁾ eine Elastizität, die jener heutigen Enteignungslehre abgeht.

¹⁾ Siehe oben S. 488.

²⁾ Näheres unten S. 501 ff.

³⁾ Daß die die Denkform des Kaufes verwendenden Stellen (siehe oben S. 482) nur den nächstliegenden Fall des (besitzenden) *contumax* im Sinne haben, erklärt sich ohne weiteres daraus, daß der bloße Besitztitel ohne hinzutretenden Besitz einen unfertigen Tatbestand darstellt, der für sich allein Rechtswirkungen nicht äußert. Immerhin schließt das julianische *qui l. aestimationem suffert, emptoris loco habendus est* (D. 25, 2, 22 pr.; vgl. auch D. 6, 2, 7, 1) den (nichtdolosen) Entsitzer nicht aus, und selbst Gai. D. 41, 4, 1 läßt sich auf späteren Wiedererwerb des Besitzes allenfalls mitbeziehen.

⁴⁾ Schwerlich mit Recht; vgl. die vortrefflichen Erwägungen bei Siber-Planck 113 (zu § 255 BGB.).

⁵⁾ Siehe unten S. 502.

⁶⁾ Siehe unten S. 504 und später *Miszelle* (unten S. 505).

II. Possessio.

Ulp. D. 6, 2, 7, 16¹⁾: Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.²⁾

Setzt man, wie nach dem Vorangegangenen erforderlich, in diesem das publizianische Regelrecht betreffenden Grundsatz an Stelle des Kaufvertrages die Verurteilung, an Stelle der Tradition den Besitz des Beklagten (*eo nomine possederit*) ein, so ergibt sich, daß die Verurteilung allein nicht hinreicht, sondern zu ihr der Besitz des Verurteilten hinzutreten muß, um seine dingliche Rechtsstellung zu begründen. Das findet unmittelbare Bestätigung durch zwei in der Kompilation und byzantinischen Theorie³⁾ eng verbundene, aber auch für das klassische Recht dem Sinne nach zweifellos zusammengehörige⁴⁾ Paulusstellen:

D. 6, 1, 46⁵⁾: Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium⁶⁾ statim ad possessorem pertinet:⁷⁾

¹⁾ Das Fragment ist echt: vgl. auch Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld 75 N. 3, anders Beseler III 197f., IV 87.

²⁾ Vgl. auch Nerat. D. eod. 17 i. f.; Ulp. D. eod. 9, 1. 2. 4: Paul. D. eod. 12, 7.

³⁾ Stephanos, Index zu D. 6, 1, 46. 47 (Zach. suppl. p. 25 schol. 120) und Paragr. zu D. 13, 6, 5, 1 (Heimb. II 6); Anonymos, Paragr. zu D. 16, 3, 30 (Heimb. II 57) und D. 25, 2, 22 pr. (Heimb. III 308). — Die Byzantiner werden nicht müde, den Unterschied zwischen der in dem emptoris loco haberi liegenden Enteignungsanwartschaft und der Enteignung selbst immer wieder zu betonen. So der Anon. in der letztgenannten Stelle: βλέπε δέ, πῶς εἶπεν, ἀγοραστὴν καὶ οὐ δεσπότην μιμῆσθαι τὸν δόντα τὴν ἀποτίμησιν· τότε γὰρ γίνεται δεσπότης, ὅτε πάρῃσι καὶ ὑπὸ τὴν αὐτοῦ τυγχάνει νομῆν; Stephanos zu D. 13, 6, 5, 1 a. a. O.: οὕτω οὐ γίνεται δεσπότης διὰ τὴν τοῦ τιμήματος προσφοράν, εἰ μὴ ἐν κατοχῇ τυγχάνων τοῦ πράγματος τὸ τίμημα καταβέβληκεν. Vgl. ferner Stephanos, Paragr. zu D. 13, 6, 13 pr. (Heimb. II 15f.), zu D. eod. 17, 5 (Heimb. II 18), zu D. 16, 3, 30 (Heimb. II 57).

⁴⁾ Vgl. Lenel, Paul. Nr. 1241.

⁵⁾ Zum klassischen Zusammenhang oben S. 493 N. 2.

⁶⁾ Vgl. oben S. 484 N. 1.

⁷⁾ Zum Schlußsatz oben S. 488 N. 2.

Schon hier liegt der Ton auf dem *statim*, das die sofortige Enteignung (nicht etwa bloß das *emptoris loco esse*) feststellt, wofern der Verurteilte *possessor*, also *contumax* ist.¹⁾ Während Paulus aber hier von den anderen Fällen gar nicht gehandelt zu haben scheint, hebt er in D. 6, 1, 47 in präziser Distinktion zugleich den Gegensatz hervor:

Haec si res praesens sit: si absens, tunc cum possessionem eius [possessor]²⁾ nactus sit ex voluntate actoris:³⁾

Auch diese Äußerung trägt sichtlich allgemeinen Charakter⁴⁾: Nur zugunsten des *contumax* tritt die Enteignung mit dem Moment des Urteils ein; der verurteilte Entsitzer erwirbt das (prätorische) Eigentum erst dann, wenn ihm der Besitz nachträglich⁵⁾ und zwar *ex voluntate actoris*⁶⁾

¹⁾ Nur die sofortige Enteignung, nicht die Enteignung überhaupt verneint Paulus also für die Fälle, in denen der Kläger nicht geschworen hat, d. h. für den Prozeß mit dem nichtbösliehen Entsitzer.

²⁾ Mit diesem unlogischen Subjekt hat wohl erst der Exzerptor den Satz ausgestattet.

³⁾ Zum Schlußsatz unten S. 503 N. 3, 507 N. 5.

⁴⁾ Das ergibt sich aus der abstrakten Formulierung, insbesondere aus dem die vielfachsten Möglichkeiten umfassenden *ex voluntate actoris*. (Die oben S. 488 N. 7 vermutete Inskription spricht nicht dagegen.) Zweifelhaft ist nur, ob Paulus den *absens*-Fall bloß von dem bösliehen oder auch vom nichtbösliehen Entsitzer verstanden hat. Für das erstere spräche, daß, wenn man die Verknüpfung mit fr. 46 ganz genau nähme, auch fr. 47 eine Eidesleistung voraussetzte, der ja nur der *dolo d. p.* ausgesetzt ist; für das letztere fiele sehr stark der Schluß des fr. 47 ins Gewicht, wenn er für echt genommen werden könnte (unten S. 503 N. 3, 507 N. 5). Zugunsten der letzteren (weiteren) Auslegung entscheidet m. E. der Gesichtspunkt, daß, vom bösliehen Entsitzer allein verstanden, das *ex voluntate actoris* nur für Vertragsjudizien praktische Bedeutung hätte gewinnen können (D. 42, 1, 12 i. Ggs. zu D. 6, 1, 69: siehe unten S. 506 ff.), an diese Judizien aber — nach der Diktion des Paulus — hier offenbar nicht in erster Linie gedacht ist. Aus dem *aestimari a iudice* ist nichts zu entnehmen (vgl. unten S. 512 N. 1 gegenüber Vangerow, Pand. I ⁷ § 332 S. 649; Wetzell, Vindikationsprozeß 229). — Die Byzantiner bedienen sich des fr. 47 als einer für das ganze Rechtsgebiet maßgeblichen Grundregel: vgl. die Mehrzahl der oben S. 496 N. 3 zitierten Stellen.

⁵⁾ Der verlorene Besitz reicht nicht aus, weil er nicht *ex causa litis aestimatae* erlangt war; das verträgt sich mit der oben S. 486 vermuteten Formel ebensogut wie die Folgerungen der Fragmente oben S. 496 N. 2 mit der formula vulgaris.

⁶⁾ Über dieses Erfordernis etwa unten S. 502, 507 N. 7.

wieder zukommt. Diese Regel ist nun an den drei Grundfällen¹⁾ getrennt zu erhärten.

A. Contumacia.

Weigert der Beklagte die Restitution der in seiner Hand befindlichen Sache und wird er dieserhalb auf den Betrag *quanti in litem actor iuraverit* (D. 6, 1, 46) oder *quanti res sit* (D. eod. 71) verurteilt, so vereinigt er in sich possessio und iusta causa²⁾, und es steht ihm daher bei nachträglichem Besitzverlust die a. quasi Publiciana, bei fortwährendem Besitz gegenüber der rei vindicatio die exc. (rei quasi venditae et traditae)³⁾ zu Gebote. Von der actio quasi Publiciana des im dinglichen Rechtsstreit verurteilten Besitzers sprechen mehr oder weniger ausdrücklich⁴⁾: allgemein (per in rem actionem)⁵⁾ Paul. D. 6, 1, 46; zur hereditio Gai. (Lenel Nr. 141) D. 41, 4, 1; zur rei vindicatio Jul. 22 dig.⁶⁾ in Ulp. D. 6, 2, 7, 1 (vgl. auch Paul. D. 6, 1, 35, 2) und besonders Paul. D. 41, 4, 2, 21, wo der Ersitzungsbesitzer a non domino durch die Litisästimation⁷⁾ gegenüber dem vindizierenden dominus zum Ersitzungsbesitzer a domino aufrückt (*sic Iulianus causam possessionis mutari ei*)⁸⁾, sowie Paul. D. 41, 3, 4, 13 und Paul. D. 47, 2, 85,

¹⁾ Siehe oben S. 479f.

²⁾ Eventuell nötiger guter Glaube und Ersitzungsfähigkeit (oben S. 486 N. 5—7) werden im folgenden unterstellt.

³⁾ Vgl. oben S. 487 N. 3.

⁴⁾ Daß ihr Name so selten genannt (D. 6, 1, 70) und von den im folgenden angef. Fragmenten nur in D. 6, 2, 7, 1 angedeutet (vgl. oben S. 485 N. 2) wird, wo Ulpian sich im Kommentar de Publ. in rem actione befindet, erklärt sich daraus, daß es den Juristen meist darauf ankam, die normale Rechtsstellung des verurteilten contumax zu umschreiben, während die a. quasi Publiciana ein weiteres komplizierendes Moment, den nachträglichen Besitzverlust voraussetzt. Auch ist es ihnen häufig (so namentlich in D. 6, 1, 46, aber auch in D. 13, 6, 5, 1 und D. 16, 3, 30) sichtlich um das materielle Endergebnis, die Enteignung zu tun. — Vgl. dazu die übrigen oben S. 484 N. 1 genannten Stellen.

⁵⁾ An das Urteil im dinglichen Prozeß denken gewiß auch die unbestimmteren Äußerungen Ulpian's in D. 6, 2, 7, 1 und D. 41, 3, 27 i. f.

⁶⁾ Vgl. oben S. 488 N. 6. ⁷⁾ Hierzu unten S. 511ff.

⁸⁾ Wie die emptio und die quasi emptio, so wirkt in gleicher Weise (*idemque*) — sagt Julian-Paulus fortfahrend — die Schenkung

wo sich die *furtiva causa* in eine *iusta causa pro emptore* „verwandelt“. In ganz derselben Rechtslage befindet sich die diebische Frau, die als Besitzerin¹⁾ auf die *actio rerum amotarum* verurteilt worden ist: Jul. D. 25, 2, 22 pr. (*in rem actio ei danda est*). Aber auch der renitente Vertragsbeklagte (Depositär: Nerat. D. 16, 3, 30; Kommodatär: Ulp. D. 13, 6, 5, 1) erhält die quasi Publiciana (*rem tuam fieri; rem offerentis facit*)²⁾, wiewohl er bis zur Verurteilung bloßer Detentor war. Denn nicht er selbst, sondern der Geschworene durch die Litisästimation hat das *causam possessionis mutare* herbeigeführt oder — korrekter³⁾ — das *detinere* zum *possidere* gesteigert. Auch dies entspricht dem publizianischen Regelrecht.⁴⁾

Der exc. (rei quasi vend. et trad.) bedarf der Verurteilung nicht, insoweit er gegen den neuen Angriff schon durch die Regeln der zivilen (eadem res) oder judizialen Konsumption geschützt ist. Darauf geht es offenbar zurück, daß diese exceptio in den Fällen, in denen der nunmehrige Vindikant mit dem Kläger im ersten Prozeß identisch ist⁵⁾, anscheinend nur ein einziges Mal (Jul. D. 25, 2,

der Sache (nicht der Ästimation, wie Schloßmann, ZSSt. 24, 40 meint) seitens des dominus an den Ersitzungsbesitzer; daran ist nichts zu beanstanden. Dagegen schlägt Siber, Pass. 140 zwecks Stützung seiner oben S. 484 N. 1 erwähnten Lehre zu lesen vor: *idemque esse (ac) si dominus [donasset,] (mancipasset)*. Das ist unhaltbar: a) die mancipatio als solche braucht die causa possessionis nicht zu berühren; b) die mancipatio hätte ziviles Eigentum übertragen und so die usucapio hinfällig gemacht, aber nicht verstärkt; c) warum sollte Trib. hier nicht wie sonst in *tradidisset*, sondern in *donasset* geändert haben?

¹⁾ Ihr Besitzverlust ist, wie sich namentlich aus dem responsum ergibt, erst nach der Verurteilung eingetreten; ebenso Dorotheos adhl. schol. ἐν κινήσει (Heimb. III 308).

²⁾ Zu diesen Wendungen oben S. 484 N. 1. Da in beiden Fragmenten von einem Besitzverlust nicht die Rede ist, so steht der normale Fall der fortdauernden Innehabung in Rede. So ausdrücklich Stephanos zu beiden Stellen (zit. oben S. 496 N. 1).

³⁾ Paul. D. 41, 2, 3, 20.

⁴⁾ Gai. D. 41, 1, 9, 5; Ulp. D. 6, 2, 9, 1 und weitere Belege bei Riccobono, ZSSt. 34, 188 N. 3 sowie Jul. D. 41, 3, 33, 1 i. f.

⁵⁾ Etwa: der Mieter, Entleiher, Verwahrer war auf die Vertragsklage des Eigentümers zur Litisästimation verurteilt: dann erwarb er

22 pr.) überliefert ist und auch hier bloß deshalb auftritt, weil es Julian, wie die Fragestellung zeigt, darum zu tun war, den dinglichen Schutz der Frau im Zusammenhange (in defensiver und offensiver Richtung) darzustellen.¹⁾ Versagen dagegen die Grundsätze der Konsumption, weil das Konkurrenzgebiet überschritten ist²⁾, so erwächst die *exceptio* zu praktischer Bedeutung. Hat also der dritte Pfandbesitzer auf die quasi Serviana actio des creditor hin die Herausgabe abgelehnt und so das Geldurteil über sich ergehen lassen, so sichert ihn die *exceptio* (r. q. v. e. t.) gegen den hernach vindizierenden debitor, wie wenn der creditor ihm das Pfand berechtigterweise verkauft hätte³⁾: so der zweifellose Urtext von Jul. D. 13, 7, 28 pr.⁴⁾ und Gai. D. 20, 6, 2⁵⁾ und der echte Kern des *quia pro eo erit*-Satzes in Paul. D. 10, 2, 29.⁶⁾ Die Überlieferung hat hier darunter gelitten, daß die Byzantiner die Zahlung der Litisästimation der Pfandsache für eigene Rechnung mit der Zahlung der Pfandschuld für fremde Rechnung verwechselten oder vermengten und deshalb folgerecht zu anderen Ergebnissen kamen, insbesondere nicht zu einer Enteignung.⁷⁾

mit einem Schläge die Passivlegitimation zur rei vindicatio und die exc. r. q. v. e. t. als Abwehrmittel gegen sie; vgl. oben S. 499 N. 2.

¹⁾ Vgl. oben S. 490f. — Denn die Regeln des Konkurrenzrechtes führen hier schneller zum praktischen Ziel — Voraussetzung: lediglich die Streitbefestigung über die a. rer. amotarum; Wirkung: Abweisung der Vindikation officio iudicis. Hierüber später m. Konkurrenz II (insbesondere § 163).

²⁾ Zu diesem Begriff Levy, Konkurrenz I 24ff.

³⁾ Vgl. etwa Ulp. D. 21, 3, 1, 2 und Dernburg, Pfandrecht II 201 ff.

⁴⁾ Itp. von *nisi* ab: vgl. die bei Ebrard, Dig. Fr. ad form. hyp. 66 N. 67 Angeff. Die *exceptio* ist keine exc. doli, wie man gewöhnlich meint (z. B. Eisele, ZSSSt. 10, 305; Kalb, Roms Juristen 18 N. 1). Die exc. doli in Ulp. D. 43, 5, 3, 15 ist anderer Art.

⁵⁾ Itp. von *non aliter* ab: vgl. die bei Ebrard a. a. O. Angeff.

⁶⁾ Auf das vielfach itp. Fragment ist hier nicht näher einzugehen: Literaturübersichten bei Schulz, Einführung 98 N. 3; Ebrard 68 N. 69.

⁷⁾ Das ist der Grund der Verfälschung von Jul. D. 13, 7, 28 pr., Gai. D. 20, 6, 2 (oben N. 4, 5) und Paul. D. 10, 3, 7, 12 ([*licentia* — *luere*]: Gradenwitz, Itp. 98; Lenel und P. Krüger z. d. St.; bezeichnend Stephan. ind., Heimb. I 802 schol. 16); siehe insoweit auch Ebrard 138. — Aus dem gleichen Grunde ist aber auch in Marcian. D. 20, 4, 12, 1

B. Nichtdoloser Besitzverlust.

Auch der Beklagte, der vor der Verurteilung¹⁾ den Besitz (Innehabung) der Sache zufällig oder fahrlässig verliert, steht nach der Verurteilung *emptoris loco*.²⁾ Aber er hat noch kein prätorisches Eigentum. Mangelte ihm vorher zur *possessio* die *iusta causa*, so fehlt ihm nun zur *causa* die *possessio*.³⁾ Wie jedoch der *emptor* die Tradition fordern kann, so geben Theorie und Praxis auch dem quasi *emptor* Mittel an die Hand, um wieder zur *possessio* zu gelangen. Diese Mittel unterscheiden sich zum Teil, je nachdem die Verurteilung in einem Vertragsjudizium erging oder nicht.

1. Urteil auf Vertragsklage.

Wenn der Geschworene im *iudicium locati, depositi, commodati* (Labeo D. 19, 2, 60, 2⁴⁾; Marcell. D. 42, 1, 12⁵⁾: *quamquam!*) die Verurteilung davon abhängig macht, daß der Kläger dem Beklagten die ihm auf Herausgabe der Sache gegen Dritte zustehenden Klagen abtritt⁶⁾, oder wenn im Falle außergerichtlicher Befriedigung zur Herbeiführung dieser Abtretung dem Schuldner ein Klagrecht gewährt wird (Gai. D. 19, 2, 25, 8), so handelt es sich um Maßnahmen, deren unmittelbarer Zweck negativ der Vereitelung eines nochmaligen Vorgehens des Klägers (Kon-

die (verneinende) Entscheidung des Klassikers durch die Worte *et recte puto hoc admittendum esse* ersetzt: wegen *admittere* vgl. Beseler IV 65; *recte* läppisch, mindestens überflüssig. Unzutreffende Auslegung bei Ebrard 138 ff. — Klassisch und von den Kompilatoren übersehen ist die für sie unerklärliche *doli mali exceptio* in dem im wesentlichen echten (anders Ebrard 108 N. 58) Marcian. D. 20, 6, 8, 19. — Den Byzantinern folgen in dieser Frage noch Schmid, Grundlehren der Zession I 263 f. und Siber, Passivl. 115.

¹⁾ Sei es vor oder nach der Streitbefestigung. Letzteres ist nur wichtig für die hier nicht zu erörternde Frage, ob der Beklagte überhaupt zu verurteilen ist.

²⁾ Siehe oben S. 494 f.

³⁾ Siehe oben S. 496 ff.

⁴⁾ Entgegen der herrschenden Lehre ist das fr. von *fullonem* ab m. E. echt: Konkurrenz II § 137.

⁵⁾ Zu *condemnato* siehe unten S. 506 N. 6.

⁶⁾ Oder, falls der derzeitige Drittbesitzer unbekannt ist, die künftige Abtretung (nach Maßgabe von D. 6, 1, 69) kaviert.

sumption), positiv der Abwälzung der Rechtsfolgen auf den Drittbesitzer (Regreß) dient. Sie setzen weder im Prozeß die geschehene Verurteilung noch überhaupt einen Prozeß voraus und können schon deshalb nicht eine spezielle Einrichtung des Enteignungsrechtes sein. Insbesondere bedeutet die Zession der Vindikation, der wichtigsten der abzutretenden Aktionen, nicht etwa eine Änderung der dinglichen Rechtslage noch überhaupt einen Schritt auf dem Weg zu einer Übereignung. Vielmehr muß der Zessionar — wenn er mit *actio mandata* oder *utilis in rem suam* vorgehen will — ja gerade des Zedenten Recht *ex iure Quiritium* aufs neue proklamieren¹⁾, und der Vindikationszedent vergibt (vom Klagschutz abgesehen) durch die Zession an sich seiner quiritischen und sogar seiner bonitarschen Rechtsstellung zunächst noch gar nichts. Alles kommt darauf an, ob der Zessionar auf irgendeine Weise in den Besitz der Sache gelangt. Wenn der Drittbesitzer sie nicht herausgibt, sondern sich als *contumax* verurteilen läßt, dann sind die Voraussetzungen der quasi *Publiciana* nunmehr in seiner Person gegeben und zu seinen Gunsten wird der Zedent über den Kopf des erstverurteilten Zessionars hinweg enteignet: dessen quasi-emptor-Stellung ist damit hinfällig geworden. Gibt der Drittbesitzer die Sache dagegen — auf irgendeine oder auch auf gar keine Klage hin — an den Zessionar heraus, so erwirbt dieser nun (und zwar *ex voluntate actoris*: D. 6, 1, 47) die *possessio pro emptore*, und ein weiterer Besitzverlust findet ihn mit a. qu. *Publiciana* gerüstet.

Die Klagenzession ist also ein wichtiger Behelf zur Begründung des Ersitzungsbesitzes, aber weder ein typischer noch der einzige. Auch der Verurteilte, der etwa durch Zufall originär den Besitz wiedererlangt, *pro emptore incipit possidere*.²⁾ Und endlich taugt die Abtretung nichts, wenn der einstige Kläger selbst die Sache nachträglich wiederbekommt.³⁾ Dieser Möglichkeit pflegt der *Judex da-*

¹⁾ Levy, Konk. I 224.

²⁾ Nicht überliefert, aber zweifellos und im Einklang mit D. 6, 1, 47.

³⁾ Die im gemeinen Recht (Lit. bei Windscheid II § 337 N. 5;

durch Rechnung zu tragen, daß er den Kläger die Rückleistung der Sache (Pomp. D. 13, 6, 13 pr. *ut repertam (rem) dominus ei praestet*)¹⁾ kavieren oder (wohl korrekter)²⁾ versprechen läßt, alles zu unterlassen, was den Beklagten in der selbständigen Besitzergreifung behindern könnte (vgl. Paul. D. 6, 1, 47 i. f.).³⁾ Außerdem aber — und jedenfalls wenn die Kautio unterblieben⁴⁾ oder der Ersatz überhaupt außergerichtlich geleistet war — gewährte man schon seit Labeo dem Herausgabeschuldner, der den anderen Teil schadlos gehalten hatte, die Vertragsklage (a. commodati contraria⁵⁾: Paul. D. 13, 6, 17, 5; ebenso Jul.-Afric. D. eod. 21 pr.; a. conducti: Cass.-Ulp. D. 12, 7, 2).⁶⁾ Ihr Ziel geht

Dernburg I § 225 N. 3) vielfach vertretene Verwendbarkeit der *actio cessa* gegen den Zedenten ist für das klassische Recht indiskutabel.

¹⁾ Doch wohl echt; das byzantinische Anakoluth (Kalb, Wegweiser 82, 139) ist gewiß daraus zu erklären, daß die Zerreißung des klass. Zusammenhangs neue Anfangsworte erheischte.

²⁾ Keinesfalls braucht der Kläger sich zur Übereignung zu verpflichten (siehe auch oben S. 482f.); aber selbst das *nudam possessionem tradere* ist — mit der Passivität des Klägers im Kontumazfalle verglichen — ein Plus.

³⁾ Der das aussprechende Schlußsatz (von *et ideo* ab) ordnet sich also sachlich zwanglos in den Zusammenhang (vgl. oben S. 497 N. 4). Auch sprachlich kann gegen das Stück bis *actor* ein Bedenken um so weniger erhoben werden, als die Wendung *non est alienum* c. infin. auch sonst in den Digesten, besonders bei Paul. D. 11, 1, 10 vorkommt (VIR. I 344, 26ff.) und der Diktion Justinians (Longo, s. v. *alienus*) fremd zu sein scheint. Dagegen bietet das Folgende in *cavere quod* und *per se non fiat* mit acc. c. inf. einen schweren doppelten Anstoß (Beseler I 56; Kalb, Wegweiser 104), der in Paul. D. 7, 1, 60, 1 eine Parallele, aber kaum eine Stütze findet (Beseler I 57; Seckel-Kühler zu Paul. sent. 5, 6, 8b; *satis cavere* ist hier ebenso unecht wie [vgl. VIR. V 253, 24] in D. 26, 4, 5, 3 [Levy, ZSSt. 37, 37 N. 3]); vgl. ferner Stolz-Schmalz, Lat. Gramm. 4. Aufl. 430f., 540. Auch das viermalige *non* ist wenig ansprechend. So bleibt nur die Vermutung, daß der vielleicht ausführlichere Inhalt der Kautio des Paulus den Byzantinern Anlaß zum Einschreiten gab.

⁴⁾ So Stephanos zu D. 13, 6, 5, 1 (Heimb. II 6).

⁵⁾ Auch von Biondi, Iud. bon. fid. I 147f. und sonst nicht beanstandet.

⁶⁾ Daneben empfiehlt Cassius in D. 12, 7, 2 ein *condicere pretium*, aber die beiden anderen Fragmente erwähnen davon nichts, und Ulpian

nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebenso wenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus¹⁾, die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.²⁾

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5; Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

¹⁾ Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZStSt. 36, 68 N. 1).

²⁾ Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte οὐ γίνεται τοῦτου δεσπότης. ἡ γὰρ ἄν ἰν ἑμέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγὴν. — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raumman-
gels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle
nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der¹⁾ Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nicht-dolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfin-
ge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem bösliehen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwenden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit²⁾ nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliehe Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitz-
erlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litis-
ästimation für den einen reine Bereicherung, für den ande-
ren reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

¹⁾ Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebenso-
wenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71 ff.,
ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige
deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111 f.

²⁾ Siehe oben S. 478 f.

Mechanismus der Zessionen und Kautionen und damit¹⁾ die Idee des *emptoris loco haberi* zugunsten jedes Entsitzers zur Geltung kommen, mag er dolos sein oder nicht.²⁾ Auf den Wegzeichen am Kreuzungspunkt stehen also wieder einmal die Worte: Privatstrafe — Schadensersatz.

Die Klassiker sind beide Wege gegangen, jeden zu seiner Zeit. Zwei kurze Fragmente heben sich klar und scharf voneinander ab.

Marcell. 4 dig. D. 42, 1, 12: In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Paul. 13 Sab. D. 6, 1, 69: Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum.

Allerdings spricht Marcellus von der Zession, Paulus von dem Zessionsversprechen. Aber das macht keinen Unterschied. Jede der beiden Rechtsfolgen zieht, wie begrifflich geboten und durch weitere Belege bestätigt, die ihr verwandten anderen zwangsläufig nach sich.³⁾ Bejaht Marcellus zugunsten des bösslichen Entsitzers im Vertragsjudicium ausdrücklich nur den Zessionszwang, so befürwortet er damit zweifellos⁴⁾ auch die Zessionskaution, ferner aber auch für den Fall der Besitzerlangung des Klägers die Rückleistungskautions⁵⁾ und, wenn nötig, die *actio contraria*⁶⁾ sowie endlich bei erneuter Besitzergreifung des Verurteilten dessen a. qu. Publiciana⁷⁾ und somit die vollendete Ent-

¹⁾ Vgl. oben S. 495 N. 3.

²⁾ Aus diesem Grunde spricht Siber-Planck 112 den Abtretungsanspruch aus § 255 BGB. mit Recht auch dem dolosen Entsitzer zu.

³⁾ Anders Siber, Passivleg. 139f.

⁴⁾ Siehe auch oben S. 501 N. 6.

⁵⁾ Sie ist sogar überliefert, wenn man den Schluß von Paul. D. 6, 1, 47 verwerten darf: siehe oben S. 503 N. 3.

⁶⁾ An eine a. contraria zwecks Abtretung denkt vielleicht überhaupt Marcellus (*condemnato*), doch könnte er auch das Verfahren im jure des Judikatsprozesses im Sinne haben; anders Bekker, Akt. II 170 N. 32. — Hat nicht Tribonian gekürzt und Marcellus vom officium iudicis der Vertragsklage gesprochen?

⁷⁾ Sie ist, wenigstens mittelbar, durch Paul. D. 6, 1, 47 (*ex vol. actoris*) positiv zu belegen: vgl. oben S. 497 N. 4.

eignung. Versagt andererseits Paulus dem bösliehen Entsitzer im dinglichen oder vordinglichen Prozeß¹⁾ das Zessionsversprechen, so deutet er doch selbst schon durch *quoque* darauf hin, daß damit nur ein Glied aus der Kette der Rechtsfolgen bezeichnet ist²⁾: dieser Entsitzer kann dann natürlich auch die Zession der actio gegen den etwa schon bekannten Drittbesitzer nicht verlangen³⁾, der vielmehr einer Vindikation durch den Kläger selbst entgegenseht.⁴⁾ Um so weniger ist der Kläger seinerseits, falls er mittels dieser Vindikation oder sonstwie die Sache wiedererhält, zur Rückleistung oder vorher zur Kautionsleistung an den Entsitzer anzuhalten⁵⁾, sondern er kann umgekehrt gegebenenfalls auch gegen den Entsitzer vindizieren⁶⁾, dem keine exceptio (*rei qu. vend. et trad.*) zu Gebote steht, wie ihm ja auch gegen Dritte (nach etwa wiedererlangtem Besitz) die *a. qu. Publiciana* verschlossen bleibt.⁷⁾

Die hiernach diametral entgegengesetzte Stellungnahme beider Fragmente zu erklären, ist die Interpolationensonde bisher mit Recht nicht angelegt worden⁸⁾: denn wenn auch vielleicht namentlich das fr. 12 bei der Loslösung aus dem Urtext eine Veränderung erlitten hat⁹⁾, so wird diese seinen Sinn schwerlich berührt haben. Die moderne Forschung

¹⁾ Hierzu Beseler I 28; Lenel, Grünhuts Z. 37, 538 N. 40. Von welchen von beiden Aktionen Paulus gesprochen hat, ist aus der Inschrift nicht zu entnehmen (oben S. 492f.) und sachlich ohne Belang (vgl. oben S. 477 N. 2).

²⁾ Ganz ebenso wie Pomponius in D. eod. 70 (oben S. 492 N. 6).

³⁾ So denn auch ausdrücklich Pap. D. 6, 1, 63 init. (*non fraude*).

⁴⁾ Marcell.-Ulp. D. 5, 3, 13, 14; Pap. D. 46, 3, 95, 9.

⁵⁾ Nicht dawider der Schluß von Paul. D. 6, 1, 47, der, auch wenn er dem Sinne nach klassisch sein sollte (siehe oben S. 503 N. 3), doch immer nur auf die *ex voluntate actoris*-Fälle sich beziehen würde, zu diesen aber nach dem klaren D. eod. 69 der vorliegende Fall eben nicht gehört.

⁶⁾ Anders Puchta, Instit. ⁹ II 170.

⁷⁾ Denn der wiedergewonnene Besitz wäre gewiß nicht *ex voluntate actoris* (D. 6, 1, 47); sonst hätte dieser ja seine Aktionen abgetreten.

⁸⁾ Nur Beseler III 188 bewältigt das Problem durch den einfachen Zusatz zum fr. 12: „Diese Singularität ist wohl byzantinische Milde“. Justinian ein Beschirmer der Arglist?

⁹⁾ So gut das *quamquam* zum depositum paßt, so sehr würde man für das commodatum ein *etiamsi* vorziehen; siehe auch oben S. 506 N. 6.

macht den Kontrast sogar noch drastischer, wenn sie davon ausgeht, daß Marcellus hier gerade den Ediktstitel *de rei vindicatione* behandelt und so mit seinem *quamquam*-Satz einen deutlichen Fingerzeig auf den dinglich belangten Entsitzer gibt¹⁾, den er dort ex professo betrachtet haben wird.²⁾ Wie von jeher bemerkt, liegt der Gegensatz in der Verschiedenheit der zur Verurteilung führenden Aktionen. Seinen Grund suchte man lange Zeit³⁾ — völlig abwegig⁴⁾ — in dem Gegenüber von strikten und bonae fidei-Aktionen, während man seit 100 Jahren die Zurücksetzung des dinglich belangten Entsitzers vorwiegend damit erklärt⁵⁾, daß nur dieser (nicht aber der Vertragsgegner) durch die Besitzaufgabe dem Rechtsstreit auszuweichen suche.⁶⁾ Aber ganz abgesehen davon, daß das klassische Recht dieser Absicht durchschlagend dadurch begegnete, daß es im Ergebnis⁷⁾ den dolosen Entsitzer zur Streiteinlassung und Ästimationsleistung genau so zwang wie den Vertragsschuldner, hätte doch dann die Grenze nicht zwischen dinglichen und vertraglichen Aktionen, sondern innerhalb der ersteren gezogen werden müssen, je nachdem die Entäußerung vor oder nach der Streitbefestigung vor sich gegangen war: denn der Besitzverlust während des Prozesses änderte an der Passivlegitimation überhaupt nichts mehr, selbst dann nicht, wenn ein Dolus gar nicht in Frage stand.⁸⁾

Der wirkliche Grund ergibt sich ungezwungen aus den

¹⁾ Treffend Lenel, Pal. I 594 N. 3.

²⁾ So bei Ulp. D. 5, 3, 13, 14 (Lenel, Marc. Nr. 28).

³⁾ So gl. non debet zu D. 6, 1, 69; Cujaz, Opp. (ed. Mutin.) IV 290; weitere Lit. bei Mühlenbruch, Zession 411 N. 374.

⁴⁾ Dagegen bereits Mühlenbruch a. a. O., weil die fides bona keinen Freibrief für dolus gibt. Auch ist die Vindikation im Hinblick auf die Möglichkeit von judizialen Zessionen gewiß keine „strikte“ Klage (D. 6, 1, 21; eod. 63) und endlich das Commodat kein bonae fidei iudicium, wie Kübler, ZSSt. 38, 75 ff. und Biondi, Iud. bonae fidei I (1920) 176, 183 ff., 259 ff. erneut behaupten (hierüber anderwärts).

⁵⁾ So Mühlenbruch (I. Aufl. 1817: 383 ff. = 3. Aufl.) 411 ff.; Wetzell, Vind.-Proz. 226 ff.; Schmid, Zession I 264 ff.; Siber, Passivleg. 140 N. 1.

⁶⁾ de Ruggiero, Bull. 19, 19 N. 1 verzichtet auf eine Lösung.

⁷⁾ Vgl. Levy, Konk. I 68 N. 5.

⁸⁾ Lit. bei Levy, ZSSt. 36, 56 N. 1.

obigen¹⁾ Aufstellungen über den Charakter der Rechtswirkungen.²⁾ Der Dolus bedeutet, je nachdem er innerhalb oder außerhalb eines Vertragsverhältnisses begangen wurde, für den Klassiker einen ganz verschiedenen Tatbestand. Der erstere ist, soweit er mit der Vertragsklage geltend gemacht wird³⁾, weder selbst deren causa⁴⁾ noch sonst selbständigen Rechtsfolgen zugänglich, sondern lediglich (bald notwendiges, bald zufälliges)⁵⁾ Tatbestandsmerkmal der Vertragsverletzung, die nach allgemeiner Regel immer nur zur rei persecutio, insbesondere zum Schadensersatz, niemals zur Bestrafung des Dolosen führen kann⁶⁾: *hic dolus ex contractu reique persecutione descendit ideoque* haften die Erben des dolosen Vertragsschuldners nicht bloß auf die Bereicherung⁷⁾ und er selbst möglicherweise de peculio, aber nicht noxal⁸⁾. Und ebenso muß er, wenn er als bösslicher Entsitzer zur beschworenen Litisästimation verurteilt werden soll, vom Kläger alles fordern dürfen, was ihm den Regreß auf Herausgabe sichert und dem Gegner die nochmalige Sachverfolgung abschneidet, weil nur so der Grundgedanke sich durchsetzt, daß, wer *ex contractu agit, rem tantum persequitur*⁹⁾: der Depositär oder Kommodatar gelangt zur Kautio, Zession und später gegebenenfalls zur a. qu. Publiciana, weil er ex contractu nicht gestraft werden kann.

Ganz anders¹⁰⁾ der außervertragliche Dolus: er ist Delikt und verlangt Strafe. So ohne weiteres dann, wenn

¹⁾ S. 505 f.

²⁾ Einen Schritt auf diesem Wege macht schon Schulz, ZSt. 27, 99.

³⁾ Ist er zugleich ein typisches Delikt, so folgt er innerhalb der Deliktsklage deren Gesetzen.

⁴⁾ Levy, Konk. I 93 ff.

⁵⁾ Depositum — commodatum.

⁶⁾ Levy, Privatstrafe 13 f.

⁷⁾ Ulp. D. 16, 3, 7, 1; vgl. Pomp. D. 44, 7, 12 i. V. m. D. 50, 17, 38; Paul. D. 44, 7, 49.

⁸⁾ Paul. D. 44, 7, 49; C. 2, 34, 1 (a. 200). ⁹⁾ Nach Gai. IV 7.

¹⁰⁾ Hat Pomponius diesen Gegensatz vielleicht geradezu in dem gleichen Zusammenhange betont? D. 44, 7, 12 + D. 50, 17, 38 (Lenel, Pomp. Nr. 742) gehören (vgl. auch Lenel, Pal. II 137 N. 3) zur Rubrik *de iudiciis* und, was noch mehr sagt, in die nächste Nähe von D. 6, 1, 70 (Pomp. Nr. 740); hierzu besonders oben S. 492 N. 6.

eine selbständige *actio ex delicto* in Frage steht. So aber auch in den Ausnahmefällen, in denen er aus Gründen der Rechtsökonomie mittels einer *doli clausula* im Rahmen einer an sich sachverfolgenden *actio* geltend gemacht wird. Das ist für die Dolusklausel der *actiones de peculio* und *tributoria* schon anderswo dargetan worden¹⁾ und gilt für die Klausel der *actio ad exhibendum* nicht weniger (D. 10, 4, 12, 6).²⁾ Dem entspricht es nur, daß da, wo — wie bei der *hered. petitio* nach dem Juventianischen Senatuskonsult — ohne besonderen Anhalt in der Formel der *ante litem contestatam dolo desinens possidere* die Passivlegitimation erhielt, die ihm auferlegte Litisästimation wie eine Strafe behandelt wurde.³⁾ Und Gleiches galt endlich ohne Zweifel auch gegenüber dem *post l. c. d. d. p.*⁴⁾, der auf Grund der Restitutionsklausel⁵⁾ der *hered. petit.* oder *rei vind.* oder einer anderen Formel verurteilt worden war. Zwar war der Grund der Verurteilung hier der, daß zugunsten des Klägers für Restitution und Ästimation der Augenblick der Streitbefestigung maßgebend blieb, weshalb ja auch der nicht-dolose Entsitzer der Kondemnation nicht entging.⁶⁾ Aber diese Tatsache bildete hier im vertragsfremden Gebiet⁶⁾ kein Hindernis, den Entäußerer, falls er *dolos* vorgegangen war, als strafwürdig zu betrachten und ihm deshalb jegliches Äquivalent ebenso abzusprechen wie bei der Erbschaftsklage dem *ante l. c. d. d. p.*⁷⁾ Das ist es, was Paulus (fr. 69) im technischen Sinne ein *punitur* nennt.⁸⁾

¹⁾ Levy, Konk. I 153f., 155.

²⁾ Vgl. Levy, Privatstrafe 89 N. 10, woselbst auch über das *interd. qu. fundum* (D. 6, 1, 52; vgl. dazu Lenel, ZSSt. 39, 154 N. 1; Beseler IV 266).

³⁾ Marcell.-Ulp. D. 5, 3, 13, 14; Pap. D. 46, 3, 95, 9. Näheres m. Konkurrenz II § 169.

⁴⁾ Vgl. das *etiamsi* in D. 5, 3, 20, 6c.

⁵⁾ Levy, ZSSt. 36, 55f.

⁶⁾ Auf dieses beschränken sich bezeichnenderweise die Fragmente, die das böslche Entsitzen als *delinquere* bezeichnen: Lab.-Ulp. D. 29, 4, 1, 12; Paul. D. 43, 5, 4.

⁷⁾ Nicht hierher gehört Paul. D. 6, 1, 7, wo lediglich eine *dare-Klage* auf Zahlung der Vertragsstrafe zur Verurteilung geführt hat (Levy, Konk. I 26).

⁸⁾ So auch Steph. Index i. f. zu D. 5, 3, 13, 14 (Heimb. IV 199):

III. Beginn des Ersitzungsbesitzes.

Im vorstehenden wurde zugrunde gelegt, daß der Ersitzungsbesitz und die Aktivlegitimation zur a. qu. Publiciana für den contumax mit seiner Verurteilung, für die privilegierten Nichtbesitzer mit dem Zeitpunkt ihrer späteren Besitzerlangung beginne. In keinem dieser Fälle kommt es also darauf an, daß der Kläger wegen der Judikatsschuld auch befriedigt ist. Das mag in hohem Grade unbillig erscheinen, weil so dem Verurteilten aus seinem rechtswidrigen Verhalten eine Bereicherung erwächst, ehe er noch um einen Heller ärmer geworden ist. Und so läßt denn auch die fast allgemeine Lehre die Enteignung erst mit der Schadloshaltung des Klägers eintreten.¹⁾ Nicht ohne Anhalt in der Überlieferung. Denn eine Reihe von Belegen knüpft die typischen Rechtsfolgen (Ersitzungsbesitz oder quasi emptio, a. qu. Publiciana oder entsprechende exceptio) an die Voraussetzung, daß der Beklagte die Ästimation *sustulerit*²⁾

ὁ γὰρ ὁλόω πανσάμενος νέμεσθαι ὅβ ποέναμ καταδικάζεται. — Indessen tragen die Byzantiner — abweichend von dem strengen Sprachgebrauch der Klassiker — kein Bedenken, auch die Rechtsfolgen aus reinen Ersatzklagen hier und da als poena zu bezeichnen (nicht im Widerspruch mit Levy, Priv. 67). So bei Vertragsklagen z. B. D. 47, 2, 62, 5 i. f. (Eisele, Arch. ziv. Prax. 84, 331 ff.; Kübler, ZSSt. 38, 95 f. und viele andere); zur a. tutelae vgl. die Verweisungen bei Levy, Konk. I 235 N. 8 sowie D. 12, 3, 8 i. f. (Biondi, Act. arbitrarie I 198 N. 4; P. Krüger) und D. 26, 7, 38, 2 (Levy, Konk. I 236 f.). Im Bereich der a. rer. amot. ist das überflüssige und laienhafte *etsi lenius coercetur mulier* (D. 25, 2, 29) gewiß ebenso unecht (anders noch Levy, Priv. 114 N. 4 zu c) wie bei der cond. furtiva das *impune* (D. 15, 1, 3, 12; Levy, Konk. I 446 N. 6). Vgl. auch allgemein *poenas* in Just. C. 7, 47, 1, 1 i. f.

¹⁾ Puchta, Inst. ⁹ II 170; Wetzell, Vind.-Proz. 224 N. 1; Bechmann, Kauf II 567 f.; Sohm, Inst. ¹⁵ 325; Mommsen, Strafr. 756 N. 3; Perozzi, Ist. I 462; Mitteis, Z.S.St. 33, 206 f.; Steiner, Datio in sol. 70 f. — Naber, Mnemosyne 18 (1890) 151 f. erhebt Zweifel, ohne zur Entscheidung zu kommen; Siber, Passivleg. 138 ff., 142 schwankt zwischen Zahlung, Verurteilung und Eidesleistung als Enteignungsursache. — Zutreffend im Ergebnis Pringsheim, Kauf mit fr. Geld 76 f.

²⁾ *Litis aestimationem sufferre* gehört in diese Reihe und nicht mit *l. a. dubire* zusammen (unten S. 512 N. 3). Zwar ist an dem ursprünglichen Sinn = „ertragen, sich gefallen lassen“ nicht zu zweifeln (vgl. außer den allgem. Wörterbüchern insbesondere zu Gai. IV 89 Partsch zit. oben S. 487 N. 8), aber für die klassische Zeit steht der weiterent-

(Pomp. D. 47, 2, 9, 1; Jul. D. 25, 2, 22 pr.; Jul.-Paul. D. 41, 4, 2, 21 [bis]; Ulp. D. 21, 2, 21, 2) oder *praestiterit* (Jul. D. 25, 2, 22 pr.) oder daß der Kläger sie *consecutus sit* (Jul. D. 13, 7, 28 pr.) oder *perceperit* (Pap. D. 6, 1, 63) oder *acceperit* (Paul. D. 6, 1, 35, 2; 41, 3, 4, 13) oder *oblatam suscepit* (Ulp. D. 13, 6, 5, 1). Eine andere Gruppe aber erfordert nur, daß der Beklagte *litis aestimationem optulerit* (Jul. in Ulp. D. 6, 2, 7, 1; Gai. D. 20, 6, 2; 41, 4, 1; Paul. D. 10, 2, 29 [bis]; Ulp. D. 27, 9, 3, 2), und eine dritte begnügt sich damit, daß die *lis aestimata* sei¹⁾ (Jul. D. 25, 2, 22 pr. init.; Paul. D. 6, 1, 46; 47, 2, 85; Ulp. D. 6, 2, 7, 1; 41, 4, 3; 42, 4, 15²⁾) oder daß der Beklagte *litis aestimatione damnatus sit* (Nerat. D. 16, 3, 30) oder *l. aestimationem subierit*³⁾ (Ulp. 41, 3, 27 i. f.). Eine Meinungsverschiedenheit unter den Juristen läßt sich nicht annehmen, da Julian, Paulus und Ulpian in allen drei Gruppen erscheinen und sogar innerhalb desselben Fragmentes bisweilen die Ausdrücke wechseln.⁴⁾ Ebensovienig sind die Kompilatoren an diesem Stande der Dinge beteiligt. Ihr etwaiger Eingriff hätte hier notwendig in der Richtung der ersten Gruppe gehen und eine Verfälschung von Stellen der dritten Gruppe zum Ziele haben müssen: wie sie ja doch im Konkurrenz-

wickelte Sprachgebrauch = „leisten, zahlen“ fest: so etwa im Noxalrecht Gai. IV 75, Gai. D. 9, 4, 20; Ulp. D. 21, 1, 17, 18 und dazu Lenels Formel Ed. 190. In unserem Gebiet wird die Gleichsetzung mit *praestare* überdies durch Jul. D. 25, 2, 22 pr. bewiesen.

¹⁾ *Litem aestimare* bezeichnet ebenso wie *litis aestimationem facere* (dazu später Konk. II § 114) die Abschätzung des Streitgegenstandes in Geld, insbesondere in klassischer Zeit die Fällung des Geldurteils, also eine Tätigkeit des Geschworenen. Ganz vereinzelt klingt noch die ältere Bedeutung (vgl. Partsch, vorige Note) in D. 9, 2, 26 nach, wo Paulus das *litem aestimare* des Klägers dem *aestimationem solvere* des Beklagten gegenüberstellt; vgl. auch das wohl echte *aest. facere* in Ulp. D. 27, 9, 10 (darüber Konk. II § 132). Vom Beklagten dagegen wird *l. aestimare* nirgends gebraucht; eine Interpolation in Paul. D. 39, 3, 11, 1 (Levy, Konk. I 387f.).

²⁾ Insoweit echt: siehe oben S. 483 N. 1.

³⁾ Die Bedeutung von *subire* = „über sich ergehen lassen, auf sich nehmen“ wird durch Ulp. D. 16, 1, 2, 5 bestätigt.

⁴⁾ In Jul. D. 25, 2, 22 pr. zwischen *quaestio* und *responsum*; in Jul. Ulp. D. 6, 2, 7, 1 (kein sachlicher Unterschied der Rechtsfolgen!). Auch die Paulusstellen D. 41, 3, 4, 13 und D. 47, 2, 85 eignen sich zu einem Vergleich.

recht den Aktionenverlust des Gläubigers, im Kaufrecht die Änderung der dinglichen Rechtslage jeweils auf den Moment der Leistung verschoben haben. Von einem solchen Eingriff ist aber in den Fragmenten der ersten beiden Gruppen nichts zu bemerken. Gegen ihn spricht nicht bloß die verhältnismäßig große Zahl von überlieferten Stellen der dritten Gruppe, sondern namentlich die wenig einheitliche Haltung, die ihnen gegenüber die byzantinischen Digestenkommentatoren an den Tag legen.¹⁾

Der klassische Rechtszustand ergibt sich aus der zweifellosen Tatsache, daß die Rückleistungs- und Zessionsversprechen, vor allem aber die Zessionen selbst nicht etwa nur für den Fall der späteren Ästimationsleistung herbeigeführt, auch nicht erst vom Prätor in jure des Judikatsprozesses veranlaßt, sondern bereits vor der Verurteilung vom Geschworenen dem Kläger abgenötigt werden.²⁾ Erhält der verurteilte Nichtbesitzer auf diese Weise sofort die Möglichkeit, die Herausgabe der Sache von jedermann zu erstreiten, so muß er von der Besitzerlangung an auch mit dinglicher Klage und entsprechender Einrede ausgestattet sein. Diese Erscheinung ist um nichts merkwürdiger als im Konkurrenzrecht die Konsumption durch Streitbefestigung³⁾ oder der Remissionszwang⁴⁾, im Pekuliarrecht die

¹⁾ Mit dem Digestentext betonen die Basiliken zu D. 41, 4, 3 und D. 42, 4, 15 die Maßgeblichkeit der Litisästimation (Heimb. V 65, I 469). Im Gegensatz zu ihm legen sie zu D. 47, 2, 85 (H. V 532) ebenso wie Dorotheos zu D. 25, 2, 22 pr. (H. III 308 schol. 1) und D. 47, 2, 85 (H. V 533) auf die Zahlung das Gewicht. Bald bringt Stephanos, aber nicht der Basilikentext die ursprüngliche Fassung (so zu D. 6, 1, 46: Zach. suppl. p. 25), bald wieder der Basilikentext, aber nicht Stephanos (so zu D. 16, 3, 30: H. II 57). In allgemeineren Äußerungen der Byzantiner überwiegt, wie begreiflich, das Zahlungsmoment, und doch bemerkt Stephanos in seiner *παραγραφή* zu D. 13, 6, 13 pr. (H. II 15) aus freien Stücken: *Ἐπειδὴ γὰρ ἡ καταδίκη δεσπότην οὐ ποιεῖ τὸν κομμοδατάριον, εἰ μὴ πάρεσιν μήτε ἐστὶ ὑπὸ τὴν αὐτοῦ κατοχὴν . . .*, und noch grundsätzlicher: *τοσοῦτον γάρ, ἐν ᾧ μὴ ἔσιν ἐν κατοχῇ τοῦ πράγματος ὁ καταδικασθεὶς, οὐ γίνεται τούτου δεσπότης διὰ τῆς καταδίκης, ὅτι οὐ καταβλῶν δεσπότης γίνεται . . .*: das argumentum e contrario auf die enteignende Wirkung der condemnatio ist hier unabweislich.

²⁾ Eine große Zahl weiterer Beispiele dafür im II. Band m. Konkurrenzrechts.

³⁾ Vgl. Levy, Konk. I 188 ff.

⁴⁾ Konk. II § 80.

Regreßforderung des verurteilten *dominus servi* gegen den *dominus socius*.¹⁾ Sie ist auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit durchaus nicht unbegreiflich. Mit dem Urteil erwarb der Gläubiger bisweilen eine fällige Forderung gegen etwaige Urteilsbürgen²⁾, unter allen Umständen aber das Recht zur Zwangsvollstreckung, die die Person und die Vermögensgesamtheit des Verurteilten ergriff. Gegenüber dieser Drohung wird der solvente Ästimationschuldner regelmäßig gezahlt haben; tat er es nicht, so erstreckten sich *missio in bona* und *venditio bonorum* auch auf die etwa in seinem Ersitzungsbesitz befindliche *res litigiosa* oder die *actio cessa*, und der Urteitsgläubiger gewann so möglicherweise die Aussicht, *res* oder *actio* für die Urteilssumme vom *bonorum emptor* loszukaufen. So versteht es sich, wenn die klassischen Zeugnisse bald von Zahlung³⁾ oder Angebot der Urteilssumme als dem praktischen Regelfalle ausgehen, bald theoretisch korrekt den Urteilszeitpunkt zugrunde legen. Die (bezeichnenderweise wechselnde⁴⁾) Betonung von Leistung oder Angebot verneinte die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Urteils nicht, die Hervorhebung des Urteils dagegen wäre aus historisch-kritischen wie aus dogmatischen Gründen gleich unverständlich, wenn damit in Wahrheit nur eine Vorstufe für den entscheidenden Akt der Leistung erreicht gewesen wäre. Auch für die Doppelung der Terminologie bietet der Rückgriff des *dominus socius de peculio condemnatus* ein klärendes Gegenstück.⁵⁾

¹⁾ Levy I 242. ²⁾ So Pringsheim, Kauf mit fr. Geld 76 N. 6.

³⁾ Deren Erwähnung bisweilen überdies durch besondere Umstände gefordert wird: z. B. in D. 21, 2, 21, 2 (vgl. Rabel, Haftung d. Verk. 73f.) oder D. 47, 2, 9, 1 (oben S. 489 N. 4).

⁴⁾ S. auch Pringsheim 76 N. 8.

⁵⁾ Die Verurteilung ist hinreichende Regreßgrundlage nach Paul. D. 10, 3, 8, 4 und prinzipiell Paul. D. eod. 15 sowie C. 3, 36, 13 (Diocl.). Gleichwohl sprechen Jul. D. 10, 3, 25 und Gai. D. 15, 1, 27, 8 von Urteil + Zahlung, und Afric. D. 10, 3, 9 setzt lediglich ein *damnatus esset* voraus, um dann die Regreßklage trotzdem ohne weiteres *ad recipiendam partem pecuniae* abzielen zu lassen: das ist genau die gleiche Annäherung beider Tatbestände wie oben S. 512 N. 4. Vgl. dazu auch Levy, Konk. I 252 N. 1; anders Berger, Teilungsklagen 135, 173 N. 1, 185f., der hier an eine Neuerung des Paulus denkt.