# *VINDICATIO NUMMORUM*

## EINE UNTERSUCHUNG ZUR REICHWEITE UND PRAKTISCHEN DURCHFÜHRUNG DES EIGENTUMSSCHUTZES AN GELD IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT

**von**

**Richard Gamauf**

**Habilitationsschrift**

**Wien, 2001**

## Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| Birks | P. Birks, Other Men's Meat: Aquilian Liability for Proper User, IJ 16 (1981) 141 - 185 |
| Bürge | A. Bürge, Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses, SZ 112 (1995) 1 - 50 |
| Bürge, Einführung | A. Bürge, Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung (1999) |
| Ét. Ankum | R. Feenstra/A.S. Hartkamp/J.E. Spruit/ P.J. Sijpesteijn/L.C. Winkel (Hg.), Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire (1995) |
| Hasler | K. Hasler, Studien zu Wesen und Wert des Geldes in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Severus Alexander (1980) |
| Fuchs, Iusta causa | J.G. Fuchs, Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft (1952) |
| Fuchs, *Consumptio* | J.G. Fuchs, *Consumptio nummorum (Disceptatio nondum consumpta),* Mél. Meylan I (1963) 125 - 137 |
| Guarino | A. Guarino, Diritto privato romano[11] (1997) |
| Kaser | M. Kaser, Das Geld im römischen Sachenrecht, TR 29 (1961) 169 - 229 |
| Kaser, RPR I | M. Kaser, Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht[2] (1971) |
| Kaser, RPR II | M. Kaser, Das römische Privatrecht II: Die nachklassischen Entwicklungen[2] (1975) |
| Kaser/Hackl | M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht[2] (1996) |
| Kiefner | H. Kiefner, Klassizität der 'probatio diabolica'?, SZ 81 (1964) 212 - 232 |
| Kunkel | W. Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen[2] (1967) |

| | |
|---|---|
| Lenel, EP | O. Lenel, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung[3] (1927) |
| Lenel, Pal. | O. Lenel, Palingenesia iuris civilis I/II (1889; Ndr. 1960) |
| v. Lübtow | U. v. Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato (1971) |
| Mantovani | D. Mantovani, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano[2] (1999) |
| Mél. Wolodkiewicz | M. Zablocka/J. Krzynówek/J. Urbanik/Z. Sluzewska (Hg.), Au-delà des frontieres. Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz (2000) |
| Mommsen | Th. Mommsen, Digesta Iustiniani Augusti I/II (1868) |
| OIR | Orbis iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies (Brno, seit 1995) |
| Schermaier | M.J. Schermaier, Teilvindikation oder Teilungsklage, SZ 110 (1993) 124 - 183 |
| Schulz, CRL | F. Schulz, Classical Roman Law (1951; Ndr. 1992) |
| Schulz, Geschichte | F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (1961) (*History of Roman Legal Science*[2], 1953) |
| St. Gallo | Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo (1997) |
| Voci, DER I, II/2 | P. Voci, Diritto creditario romano I (1960), II/2[2] (1963) |
| Wacke | A. Wacke, Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des *pecuniam consumere*, Bull 79 (1976) 49 - 144 |
| Wieacker, RG | F. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur I: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik (1988) |
| Zimmermann | R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (1990; Ndr. 1996) |

Die anderen Abkürzungen folgen den genannten Handbüchern von Kaser bzw. Kaser/Hackl und Wieacker; Abkürzungen antiker Autoren und Werktitel dem Kleinen Pauly.

# Inhaltsverzeichnis

**Abkürzungsverzeichnis** ..... 2

**1. Einleitung: Problemstellung, Meinungsstand und methodische Fragen zur *vindicatio nummorum*** ..... 8

**1.1. Problemstellung** ..... 8

**1.2. Derzeitiger Forschungsstand** ..... 12

**1.3. Untersuchungsziele** ..... 14

**2. Die Eigenheiten der *vindicatio nummorum* nach Kaser** ..... 23

**3. Der notwendige Inhalt der *intentio* einer *rei vindicatio*** ..... 28

**3.1. Das Axiom Wackes: Individualisierung der vindizierten Sache als *species*** ..... 28

**3.2. Die Angaben bei einer *vindicatio nummorum* gemäß Paulus D 6.1.6** ..... 28

3.2.1. Die prozessuale Bedeutung der *intentio* ..... 29

3.2.2. Wackes Interpretation von D 6.1.6 ..... 33

3.2.3. Die Bedeutung von *genus* und *species* in D 6.1.6 ..... 36

**3.3. Die Angaben für die *intentio* der *rei vindicatio*** ..... 46

**3.4. Die Angaben bei der *vindicatio nummorum*** ..... 49

**3.5. Ergebnisse** ..... 56

**4. Die *vindicatio nummorum* als generische Vindikation?** ..... 58

**4.1. Der Spezialitätsgrundsatz der *rei vindicatio*** ..... 58

**4.2. Generische Vindikationen nach Dell'Oro** ..... 60

4.2.1. Einleitung ..... 60

4.2.2. Die Vindikation bei *aurum/argentum omne* ..... 62

4.2.3. Die *vindicatio peculii* ..... 65

4.2.4. Voraussetzungen generischer Vindikationen ..... 68

**4.3. Ergebnisse** ..... 71

**5. Der Beweis bei der *vindicatio nummorum*** ..... 73

**5.1. Problemstellung** ..... 73

**5.2. Beweislast und Beweisverfahren bei der *rei vindicatio*: eine *probatio diabolica?*** ..... 73

5.2.1. Die Quellenaussagen zum Beweis bei der *rei vindicatio* ..... 76

5.2.2. Zur „rechtslogischen Notwendigkeit" der *probatio diabolica* ..... 82

**5.3. Der Einfluß der vorprozessualen Interaktion der Parteien auf das Beweisthema im Prozeß** ..... 89

5.3.1. Die Relevanz von Beweisfragen für die römische Jurisprudenz ..... 89

5.3.2. Die Beweiswürdigung bei der *rei vindicatio* ..... 98

**5.4. Der Beweis bei der *vindicatio nummorum*** ..... 112

**5.5. Ergebnisse** ... **120**

**6. *Si nummi extant* als Voraussetzung der *vindicatio nummorum*** ... **123**

**6.1. *Vindicatio nummorum* nur bei *solutio in sacculo*?** ... **123**

**6.2. Die Feststellung der Passivlegitimation zur *vindicatio nummorum*** ... **127**

**6.3. Geldvindikation nach *consumptio*?** ... **130**

**6.4. Ergebnisse aus den untersuchten Texten** ... **135**

**6.5. Die Wahl zwischen *rei vindicatio, condictio* oder *actio ad exhibendum* als Problem vorprozessualer Strategie** ... **136**

**6.6. Besitzverlust *post litem contestatam* bei der *vindicatio nummorum*** ... **147**

**6.7. Ergebnisse** ... **150**

**7. *Commixtio nummorum*** ... **152**

**7.1. Die Problemstellung in Iavolenus D 46.3.78** ... **152**

**7.2. Die Grundsätze des römischen Vermischungsrechts** ... **154**

**7.3. D 46.3.78 als Sonderregelung bei der Geldvermengung** ... **158**

7.3.1. *Vindicatio pro parte* nach *commixtio nummorum*? ... 158

7.3.2. Traf den Beklagten bei der *rei vindicatio* ein Veräußerungsverbot? ... 161

7.3.3 Das Verhältnis von *vindicatio nummorum* und *vindicatio incertae partis* ... 163

7.3.4. Der Anwendungsfall der *vindicatio pro parte* ... 166

7.3.5. Die *vindicatio pro parte* nach einer Geldvermengung ... 167

**7.4. Eigentumserwerb durch Vermengung beim Getreidetransport? – Alfenus D 19.2.31** ... **170**

**7.5. Die dogmatische Konstruktion des originären Eigentumserwerbs in D 46.3.78** ... **181**

**7.6. Der Anwendungsfall von D 46.3.78** ... **194**

**7.7. Ergebnisse** ... **198**

**8. *Nummos consumere*** ... **200**

**8.1. Einleitung** ... **200**

**8.2. *Consumpsisse* in der *oratio Severi* zur Ehegattenschenkung** ... **202**

**8.3. *Res, quae usu consumuntur* und *consumere*** ... **206**

8.3.1. Einleitung ... 206

8.3.1. Der Quasinießbrauch an Geld ... 207

8.3.2. *Pecuniam consumere* und *pecuniam abuti* ... 211

8.3.3. Die Unklassizität des Terminus *res, quae usu consumuntur* ... 214

8.3.4. Die byzantinische Kategorie der *res, quae usu consumuntur* ... 214

8.3.5. *Usu consumere* beim Geldnießbrauch ... 219

**8.4. *Id quod usu consumitur* und *commodatum*** ... **221**

**8.5. Die Bedeutung von *nummos consumere*** ... **227**

8.5.1. *Nummos consumere*: Gutgläubige Eigentumsübertragung durch einen Nichtberechtigten? ... 227

8.5.2. Andere Deutungen von *nummos consumere* ... 230

8.5.3. *Consumere* als vorprozessuale Verantwortung des Beklagten ... 232

**8.6. Ergebnisse** ..... **236**

**9. *Consumere* und Haftung aus der *lex Aquilia*** ..... **240**

**9.1. Einleitung** ..... **240**

**9.2. Paulus D 9.2.30.2 im Verständnis der herrschenden Lehre** ..... **242**

**9.3. D 9.2.30.2 und Entfall der aquilischen Haftung wegen „proper user" (Birks)** ..... **244**

9.3.1. Der Verbrauch einer fremden Sache als haftungsneutrale „background wrongfulness" ..... 245

9.3.2 Weitere Fälle von „proper user" ..... 250

9.3.3. Abweiden fremder Früchte als Verbrauch? ..... 260

**9.4. Die *actio utilis* in D 9.2.30.2** ..... **274**

9.4.1. Textkritik ..... 274

9.4.2. Der Hintergrund der *actio utilis* ..... 277

**9.5. Die Haftung des gutgläubigen Erben für den Verbrauch einer *per vindicationem* vermachten Sache** ..... **305**

9.5.1. Einleitung, Textkritik und Problemstellung von Callistratus D 31.63 ..... 305

9.5.2 *Condictio* außerhalb einer Kondiktionslage? ..... 309

9.5.3. Die *actio in factum* von D 31.63 ..... 317

**9.6. Ergebnisse** ..... **320**

**10. Zusammenfassung der Ergebnisse** ..... **325**

**Literaturverzeichnis** ..... **341**

# 1. Einleitung: Problemstellung, Meinungsstand und methodische Fragen zur *vindicatio nummorum*

## 1.1. Problemstellung

Der Schutz des Eigentums an Geld, präziser, die Möglichkeit, Geld mit der *rei vindicatio* (*per formulam petitoriam*) herauszuverlangen, wurde bisher für das klassische römische Recht nicht monographisch untersucht. Die *vindicatio nummorum* ist dennoch der Aufmerksamkeit der modernen romanistischen Wissenschaft im 20. Jahrhundert keineswegs entgangen. Beiträge größeren Umfangs zu diesem Thema enthalten Max Kasers Untersuchung zur Stellung des Geldes im römischen Sachenrecht[1], Johannes Georg Fuchs' Monographie über die *iusta causa traditionis*[2], Klaus Haslers Studien zum römischen Geldwesen der Kaiserzeit[3] und eine der sogenannten *consumptio nummorum* gewidmete Abhandlung von Andreas Wacke[4]. Diese Arbeiten[5], wie auch mehrere Spezialstudien zum römischen Bereicherungsrecht[6], betrachteten die *vindicatio nummorum* primär mit dem Anliegen, durch Abgrenzung ihres Anwendungsbereiches andere Phänomene des klassischen römischen Rechts zu erklären, in erster Linie die sogenannte *commixtio nummorum* und die *consumptio nummorum*. Die Geldvermengung (*commixtio nummorum*) und der Verbrauch von Geld (*consumptio nummorum*) werden heute von der herrschenden Auffassung als Tatbestände

---

[1] M. Kaser, Das Geld im römischen Sachenrecht, TR 29 (1961) 169 - 229 (173 - 183).

[2] J.G. Fuchs, Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft (1952) 218 - 236.

[3] K. Hasler, Studien zu Wesen und Wert des Geldes in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Severus Alexander (1980) 46 - 54.

[4] A. Wacke, Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des *pecuniam consumere*, Bull 79 (1976) 49 - 144 (91 - 113).

[5] Aus sprachlichen Gründen konnte der Aufsatz von F. Benedek, Pénztulajdon és condikcio a római jogban [Geldübergabe und *condictio* im römischen Recht], Jogtörténeti tanulmányok 1 (1966) 251 - 269 nur aufgrund der italienischen Zusammenfassung von K. Visky, IVRA 18 (1967) 386 f. verwertet werden.

[6] S. unten in Fn. 8.

verstanden, die in einem komplementären Verhältnis zur *vindicatio nummorum* standen.

Mit dem (nicht quellenmäßigen) Terminus *commixtio nummorum* bezeichnet man gemeinhin einen singulär in D 46.3.78 (Iav 11 ex Cass) überlieferten Fall: Der Empfänger einer Zahlung erwirbt bei ununterscheidbarer Vermengung mit seinem eigenen Geld Eigentum an den dabei verwendeten fremden Münzen. Damit erscheint die anfänglich unwirksame Zahlung im Verhältnis zum Zahlenden schuldrechtlich als „geheilt". Diese Rechtsfolge wird im genannten Text zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen; aufgrund seiner Aufnahme in den Digestentitel *De solutionibus et liberationibus* liegt eine solche Interpretation allerdings nahe.

Ausdrücklich nennen die Quellen solche schuldrechtliche Konsequenzen hinsichtlich des zweiten Phänomens, das mit der Unanwendbarkeit der *vindicatio nummorum* zusammenhängt, nämlich dem Verbrauch von Geld (*consumptio nummorum*). Der aus dem 16. Jahrhundert stammende Ausdruck *consumptio nummorum* charakterisiert die in zahlreichen Quellenstellen anzutreffende Situation, daß eine Geldleistung anfänglich unwirksam ist, weil dem Leistenden die Verfügungsmacht fehlt oder keine gültige *causa* besteht. Dann setzt der Empfänger des Geldes einen Akt, der in der Sprache der Quellen mit *nummos consumere*, *pecuniam consumere* oder schlicht als *consumere* bezeichnet wird, dessen faktische Gestalt allerdings im Dunkeln bleibt. Infolge dieser *consumptio* entfaltet das anfänglich unwirksame Geschäft schuldrechtliche Wirkungen, sei es, daß die ursprünglich vom Leistenden beabsichtigte Rechtsfolge nunmehr eintritt, sei es, daß gegen den Empfänger, wenn sich die *causa* als mangelhaft herausstellt, eine *condictio* zugelassen wird.

*Commixtio* und *consumptio* liegen damit insoweit auf einer Ebene, als die Rechtsfolgen der *consumptio* die gleichen sind wie jene, welche nach einer Vermengung von fremdem Geld mit eigenem von der herrschenden Lehre angenommen werden. Der Empfänger der Leistung wird Eigentümer (*commixtio*) oder er wird zumindest genauso behandelt (*consumptio*). Seit der Glossa ordinaria

des Accursius werden diese Phänomene daher als einander ähnlich verstanden und häufig auf dasselbe Prinzip zurückgeführt: Der Eigentumserwerb bei der *commixtio nummorum* wird als Folge einer dabei stattfindenden *consumptio* konstruiert.[7]

Der bisher in der romanistischen Wissenschaft bei der Analyse der Tatbestände „Geldvermengung" und „Geldverbrauch" betrachtete Aspekt der *vindicatio nummorum* war nicht ihre Anwendung, sondern ihr Ausschluß: *Commixtio* und *consumptio* setzen die Unanwendbarkeit der *vindicatio nummorum* voraus. Schon daraus wird verständlich, warum die *vindicatio nummorum* bisher nicht in das Zentrum einer eigenen Untersuchung gestellt wurde.

Dazu kommt noch ein zweiter Grund: Oft sind *commixtio* und *consumptio nummorum* ihrerseits nur von mittelbarem Interesse, wenn auf sie in Arbeiten verwiesen wird, die sich dem römischen Bereicherungsrecht widmen[8]. Grundsätzlich setzte eine römische Bereicherungs-*condictio* eine Leistung voraus, durch die der Bereicherungsschuldner Eigentümer der geleisteten Sache geworden war (*datio*). Römische Juristen haben die *consumptio*, zumindest im Hinblick auf die Entstehung einer *condictio*, dieser *datio* in den Wirkungen gleichgehalten[9]. Weiters konnte aufgrund einer *consumptio* eine ursprünglich unwirksame Leistung (*datio*) insofern nachträglich wirksam werden, als die Klage aus dem von den Parteien ins Auge gefaßten Vertrag ermöglicht wurde[10], die von den Parteien beabsichtigten Rechtsfolgen eintraten[11] oder der Leistende als von seiner Schuld befreit galt[12]. Für

---

[7] Gl. *accepit* zu D 46.3.78*: quasi nummi sint consumpti per immixtionem cum aliis.*

[8] Vgl. U. v. Lübtow, Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht (1952) 38 f.; F. Schwarz, Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht (1952) 240, 243 u.ö.; H. Niederländer, Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht (1953) 14 - 27; E.-H. Kaden, Das Schrifttum der Jahre 1950 - 1953 zur römischen Bereicherungslehre, SZ 71 (1954) 570 - 576; R. Santoro, Studi sulla *condictio*, APal 32 (1971) 125 - 127 u.ö.; S.E. Wunner, Rechtsfolgen der Konsumption fremder Sachen, GS Kunkel (1984) 583 - 610 (jeweils mit Nachweisen der älteren Literatur).

[9] D 7.1.25.1 (Ulp 18 Sab); D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed); D 12.1.12 (Pomp 6 ex Plaut); D 12.1.13 pr. (Ulp 26 ed); D 12.6.29 (Ulp 2 disp); D 19.1.30 (Afr 8 quaest); D 46.1.56.2 (Paul 15 quaest).

[10] *Mutuum*: D 12.1.13.1, 2 (Ulp 26 ed); D 12.1.18 pr., 2 (Ulp 7 disp); D 12.1.19.1 (Iul 10 dig); D 14.6.9.2 (Ulp 29 ed); D 44.7.24.2 (Pomp ls reg); *actio mandati*: D 46.3.94.2 (Pap 8 quaest).

[11] *Dos profecticia*: D 23.3.81 (Pap 8 quaest); Erlangung der Freiheit bei einem Freikauf *suis nummis*: D 40.7.3.9 (Ulp 27 Sab).

diese Erscheinung haben sich Bezeichnungen[13] wie „nachträglich vollendete *datio*“[14], „gestreckte *datio*“[15] oder schlichtweg „Heilung“ des mangelhaften Rechtsgeschäfts[16] durchgesetzt[17]. Bei diesen bereicherungsrechtlichen Forschungen wird hinsichtlich der Rolle der *vindicatio nummorum* zumeist nur auf die etablierte Meinung bezüglich *commixtio* und *consumptio* verwiesen[18], obwohl das praktische Verhältnis zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio* durchaus eigenständiger Betrachtung wert und zugänglich wäre.

Die zentrale Frage ist, nach welchen Gesichtspunkten bei Anhängigmachung eines konkreten Rechtsstreites, für den beide Klagen von vornherein denkbar gewesen wären, in der Prozeßpraxis zugunsten der einen oder der anderen entschieden wurde.

---

[12] D 12.1.19.1 (Iul 10 dig); D 26.8.9.2 (Gai 12 ed provinc); D 46.3.14.8 (Ulp 30 Sab); D 46.3.17 (Pomp 19 Sab).

[13] Zur wissenschaftlichen Terminologie statt aller Fuchs, *Consumptio* 131 f., 136; Kaser 206 und die reichen Nachweise bei K. Bauer, Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht (1987) 158 f. und M. Müller-Ehlen, Hereditatis petitio (1998) 68 f.

[14] Solche Ausdrücke verwendet erstmalig G.E. Heimbach, Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten“ (1843) („unvollkommne Datio“ [120]; *consumptio* „als Surrogat der Datio“ oder zur „Aushülfe bei unvollkommner Datio“ [120 f., 124]); ders., Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten“ (1849) („zusammengesetzte Datio[n]“ [182, 184]).

In die moderne romanistische Diskussion führt H.H. Pflüger den Ausdruck (ohne Rückgriff auf Heimbach) ein. H.H. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo (1904) 36, 43 und ders., Condictio und kein Ende (1911) 25. Ähnlich formuliert schon F. Mancaleoni, Sulla commixtio dei nummi, Riv.it. 24 (1897) 202: „la consumazione è - nel caso di pagamento o mutuo fatto con danari altrui - causa del perfezionamento del negozio giuridico.“ Auch Schwarz (Fn. 8) 240, 243 und Kaser 206 argumentieren mit dieser Figur; gegen ihre Verwendung z.B. aber v. Lübtow (Fn. 8) 35 f., 39 f. Von A. d'Ors, Derecho privado romano[8] (1991) 456 f. werden diese Fälle als *„dationes ex eventu“* zusammengefaßt.

[15] Fuchs, Iusta causa 233; Kaser 206; Wacke 90.

[16] Als geheilt erscheint nur die *datio* und das auf ihr beruhende Rechtsgeschäft, nicht aber die Verfügung. Von der Heilung eines Verfügungsgeschäfts kann man nur dann sprechen, wenn der Verfügende nachträglich die dingliche Berechtigung erwarb. S. dazu bei D. Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (1987); A. Wacke, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten, SZ 114 (1997) 197 - 232 und ders., Die Konvaleszenz von Pfandrechen nach römischem Recht (Rez. Schanbacher), SZ 115 (1998) 438 - 461.

[17] Als quellenfremde begriffsjuristische Konstruktionsjurisprudenz verwirft diese Deutungen W. Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990) 78 - 80 unter Berufung auf Wunner (Fn. 8) 607 - 610.

[18] Statt vieler jüngst Müller-Ehlen (Fn. 13) 68 Fn. 2.

## 1.2. Derzeitiger Forschungsstand

Der gegenwärtige Forschungsstand zu dem Problembereich *vindicatio nummorum*, *commixtio* und *consumptio* läßt sich mit der an dieser Stelle gebotenen Kürze wie folgt zusammenfassen:

Die Tatbestände *commixtio* und *consumptio* leiteten ihre Wirkung aus dem Unmöglichwerden der dinglichen Verfolgung des Eigentums an gezahlten Münzen ab. Die *vindicatio nummorum* wurde dabei regelmäßig durch ein vom Besitzer des Geldes gesetztes Verhalten unmöglich gemacht. Vermengung oder Verbrauch stellten dem Eigentümer ein praktisches Hindernis zur Erhebung der *rei vindicatio* in den Weg: Er konnte seine Münzen nicht mehr identifizieren und daher auch nicht in der *intentio* seiner *rei vindicatio* hinreichend beschreiben. Dieses Erfordernis einer *vindicatio nummorum* wird dem ersten Satz von D 6.1.6 (Paul 6 ed) entnommen: *Si in rem aliquis agat, debet designare rem ... appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.* Eine erfolgversprechende *vindicatio nummorum* setzte nach heute herrschender Lehre voraus, daß der Kläger konkrete Münzen, etwa einen abgesondert aufbewahrten Geldvorrat (ein sogenanntes *corpus nummorum*) beanspruchte. Die einhellig anerkannten Bestimmtheitserfordernisse führen die Literatur zu zwei Annahmen über die praktischen Anwendungsmöglichkeiten der *vindicatio nummorum*. Eine Gruppe von Forschern hält die *vindicatio nummorum* wegen ihrer strengen Voraussetzungen für eine nur der Vollständigkeit halber erörterte Klage – mehr für eine theoretische Variante, denn ein praktikable Möglichkeit zur Wiedererlangung verlorenen Geldes[19]. Die Frage, was die Juristen denn dazu bewegen sollte, gerade die meistens unmögliche Klage als erste zu erörtern, stellen sich diese Autoren nicht. Die andere Gruppe vermutet, daß die Geldvindikation auf einer Praxis des römischen Zahlungsverkehrs beruhte, Geld verschlossen weiterzugeben und aufzubewahren, obgleich die Quellen dazu keine wirklich schlüssigen Nachweise liefern. Den Schluß aus der oftmaligen Erwähnung

---

[19] A. Ehrhard, Justa causa traditionis (1930) 61 Fn. 38; P. Chevallier, La „reconciliatio mutui", RHD 30 (1955) 377, 379; Schwarz (Fn. 8) 240, 279 Fn. 15; Fuchs, Iusta causa 209 f., 220, 235 f.; Fuchs, *Consumptio* 128 -130; Hasler 33, 46, 57.

der *vindicatio nummorum*[20] in den Quellen auf einen regen praktischen Gebrauch der Eigentumsklage wagen nur wenige Autoren[21]. Selbst bei diesen aber fehlen Überlegungen dazu, wie die *vindicatio nummorum* in der Praxis angewendet wurde.

Weiters ist in der Lehre allgemein anerkannt, daß bei der *vindicatio nummorum* im Unterschied zur „normalen" *rei vindicatio* von einer Naturalrestitution und der Einschaltung der diese berücksichtigenden *clausula arbitraria* Abstand genommen wurde (dazu unten Kapitel 2). Trotz dieser Besonderheit, in der ein Verzicht auf die Naturalrestitution lag, soll es für die Formulierung der *intentio* auf die präzise Beschreibung des geforderten Geldes angekommen sein. Es erscheint der Wissenschaft undenkbar, daß der Kläger eine bloße Summe (und nicht einzelnde Geldstücke) mittels *rei vindicatio* verlangen konnte[22]. Dieses Dogma formuliert etwa Erich Genzmer mit den apodiktischen Worten „on revendique des choses déterminées ou des partes pro indiviso, mais non des quantités"[23] und ein knappes Jahrhundert früher bereits August Bechmann: „Denn es giebt an und für sich keine Vindication von Quantitäten, wie es kein Eigenthum von Quantitäten giebt; der Vindicant muß die concrete Sache vorzeigen oder sonst bezeichnen; jede

---

[20] D 12.6.53 (Proc 7 epist); D 23.3.67 (Proc 7 epist); D 12.6.46 (Iav 4 ex Plaut); D 15.1.37.1 (Iul 12 dig); D 24.1.39 (Iul 5 ex Minic); D 45.3.1.1 (Iul 52 dig); D 46.1.19 (Iul 4 ex Minic); D 15.1.38 pr. (Afr 8 quaest); Gai 2.82; D 42.8.8 (Ven 6 interd); D 7.1. 25.1 (Ulp 18 ad Sab); D 10.4.9.4 (Ulp 24 ed); D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed); D 12.1.14 (Ulp 29 ed); D 12.6.26.9 (Ulp 26 ed); D 12.6.29 (Ulp 2 disp); D 14.6.3.2 (Ulp 29 ed); D 14.6.9.1 (Ulp 29 ed); D 24.1.33.1 (Ulp 36 Sab); D 40.7.3.5 (Ulp 27 Sab); D 40.7.3.9 (Ulp 27 Sab); D 42.5.24.2 (Ulp 63 ed); D 46.3.14.8 (Ulp 30 Sab); D 12.1.31.1 (Paul 17 ad Plaut); D 15.1.52 pr. (Paul 4 quaest); C. 3.41.1 (Alex); C 4.34.8 (Diocl/Maxim); IJ 2.8.2.

Vermutlich die *vindicatio nummorum* oder eine ihr gleichkommtende *actio* betreffen D 46.3.15 (Paul 6 Sab) und D 49.14.18.10 (Marcians ls de delator), wo nähere Angaben zu den Klagen fehlen.

[21] Für die Verwendung der *vindicatio nummorum* L. Mitteis, Trapezitika, SZ 19 (1898) 205 Fn. 1 („massenhaft"); S. Bolla, Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom aerarium (1938) 15; F. Pringsheim, Zum römischen Bankwesen, in: Gesammelte Abhandlungen 2 (1961) 120; Kaser 174 f.; Benedek (Fn. 5) 386; H.T. Klami, Mutua magis videtur quam deposita (1969) 174 - 177; Wacke 112; A. Bürge, Geld und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht, SZ 99 (1982) 131 und ders., Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, SZ 104 (1987) 476 („praxisnahe"). Diesen mit seiner eigenen Ansicht unvereinbaren Quellenbefund vermerkt sogar Fuchs, Iusta causa 167 ausdrücklich.

[22] Auch M. Wimmer, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten (1995) 40 verwirft zuletzt eine Deutung der *vindicatio nummorum* als „Wertvindikation".

[23] E. Genzmer, Pondere, numero, mensura, AHDO-RIDA 1 (1952) 474.

Vertretung ist ausgeschlossen, jede Verwechslung hat die Abweisung des Klägers zur Folge."[24]

Im Falle der *commixtio* könnte man dieser Lehre entgegenhalten, daß die bloße Tatsache der Vermengung noch kein zwingender Grund für den Ausschluß der *rei vindicatio* sein muß, da in Vermischungs- und Vermengungsfällen sonst *pro parte* vindiziert werden konnte und dafür eine Mengenangabe in der *intentio* anerkanntermaßen ausreichte. In der Tat wurden solche Meinungen insbesondere im deutschsprachigen und italienischen Schrifttum gegen Ende des 19. Jahrhunderts mehrfach geäußert und fanden bis in die zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts ihre Vertreter. Nach Ansicht dieser Autoren (Theodor Niemeyer, Alfredo Ascoli, Eugenio Barsanti, Vittorio Scialoja)[25] sollte D 46.3.78 die *vindicatio pro parte* nicht ausschließen.

Diese Auffassung bestreitet die moderne Lehre unter Hinweis auf ein die *res litigiosa* treffendes Veräußerungsverbot. Nach Vermengung wäre der gesamte Bargeldbestand der Hauskasse davon erfaßt gewesen, was dem Beklagten jegliche Dispositionsmöglichkeit und damit die Liquidität genommen hätte. Daher sollte er alleiniges Eigentum an dem Vorrat haben und nur mehr mit schuldrechtlichen Klagen in Anspruch genommen werden können.

Im Ergebnis zeichnet die herrschende Lehre damit ein systematisch geschlossenes, inhaltlich kohärentes Bild vom Zusammenspiel zwischen *rei vindicatio* auf der einen Seite und *commixtio und consumptio* auf der anderen.

### 1.3. Untersuchungsziele

Eine erneute Auseinandersetzung mit diesen Fragen, deren soeben skizzierte Lösung im romanistischen Schrifttum so unangefochten ist, daß die mit Geld verbundenen

---

[24] A. Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (1867) 29.

[25] Th. Niemeyer, Über den Eigenthumserwerb an Geld durch Vermischung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 42 (1894) 20 - 35; A. Ascoli, Contributo alla teoria della confusione e commistione nel diritto romano, Riv.it. (serie 1) 4 (1887) 43 - 52; E. Barsanti, Sulla commixtio e sulla rivendicazione del

Fragen erst unlängst für endgültig gelöst erklärt wurden[26], steht damit unter einer besonderen Argumentationslast. Eine monographische Bearbeitung des Themas erscheint darüberhinaus nur vertretbar, wenn nicht bloß Korrekturen im Detail angebracht werden, sondern von der Kritik am gegenwärtigen Forschungsstand ausgehend der Entwurf eines grundsätzlich anders orientierten Gesamtbildes gelingt, das an innerer Kohärenz und Schlüssigkeit dem jetzigen Modell nicht nachsteht, und dazu in der Auseinandersetzung mit der *vindicatio nummorum* grundsätzliche Einsichten gewonnen werden, die über den unmittelbaren Problemzusammenhang hinausweisen. Dieser Versuch soll im folgenden unternommen werden.

Bei der Erörterung der *vindicatio nummorum* wurde bisher aufgrund der engen Verzahnung der drei Phänomene *vindicatio - commixtio - consumptio nummorum* die selbständige Rolle der Geldvindikation vernachlässigt. Zur Untersuchung schuldrechtlicher Fragestellungen dient der Vorgang der *consumptio* oft nur als Ansatzpunkt. Deswegen wird von einer gesonderten Untersuchung der praktischen Anwendungsmöglichkeiten der *vindicatio nummorum* abgesehen, obwohl aus diesen *e contrario* Aufschlüsse über die Verwendung der an ihre Stelle tretenden schuldrechtlichen Klagen gewonnen werden könnten. Auch der Tatbestand der *consumptio* und die *ratio* der *commixtio nummorum* werden nicht anhand der praktischen Grenzen der *vindicatio nummorum* bestimmt, sondern der Blick richtet sich von diesen schuldrechtlich relevanten Phänomenen aus auf die Geldvindikation. Diese Methode ist bis zu einem gewissen Grad wissenschaftlich legitim. Eine idealtypische Umkehrung und wechselseitige Isolierung solcherart eng zusammenhängender Fragen in der Weise, daß man zuerst das Feld der *vindicatio nummorum* ohne Rücksichtnahme auf diesen Kontext bestimmen und erst von den dabei erzielten Ergebnissen ausgehend die beiden anderen Problemkreise in Angriff nehmen wollte, wäre kaum sinnvoll. Zur ersten Orientierung über das Problem der

---

frumento e del denaro in diritto romano, AG 58 (1897) 201 - 205; V. Scialoja, Teoria della proprietà nel diritto romano II (1931) 81 f.

[26] Schermaier 149 „ ... in den letzen Jahren haben Fuchs, Kaser, Wacke, Hasler und Manthe das Thema wohl abschließend behandelt".

Geldvindiktion erscheint dieser Ansatz jedoch nützlich. Für Fälle, in denen eine Geldleistung rückgefordert werden sollte, kamen grundsätzlich entweder die *vindicatio nummorum* oder nach *consumptio* eine *condictio* in Frage. Zur Analyse dieses Problems sollte daher eine Betrachtungsweise gewählt werden, bei der nicht vornherein ausgeschlossen wird, daß die *vindicatio nummorum* aus Sicht der römischen Juristen von größerer praktischer Bedeutung war, als man das heute noch annimmt.

Der skeptischen Grundhaltung gegenüber dem praktischen Wert der *vindicatio nummorum* zur Verfolgung von Geld entspringt noch ein weiteres Manko der herrschenden Lehre. Anders als das die zahlreichen Stellen nahelegen, welche die *vindicatio nummorum* gleichrangig neben auch in Frage kommenden *actiones in personam* aufzählen, wird die Geldvindikation auf spezielle Sachverhalte (Existenz eines *corpus nummorum*) eingeschränkt. Diese Tendenz knüpft an die zitierte Aussage des Paulus in D 6.1.6 an. Diese Sichtweise wird bei korrekter Betrachung des Gesamttextes des Paulus unhaltbar. Es ist vor allem hervorzuheben, daß der Text eine ausdrückliche, aber bisher übersehene Aussage zur Geldvindikation trifft und für diese nur die Nennung des *numerus*, also der Summe, voraussetzt (s. unten Kapitel 3).

Sobald der falsche Ansatzpunkt der herrschenden Lehre erkannt ist und ihr damit die Grundlagen entzogen sind, muß die Diskussion und Rekonstruktion der *vindicatio nummorum* auf dieser Basis neu unternommen werden. Da D 6.1.6 außerdem der einzige Text ist, der unmittelbare Aussagen über die Bestimmtheit der *intentio* bei einer *rei vindicatio* trifft, gewinnt seine richtige Interpretation über die *vindicatio nummorum* hinausgehende Bedeutung.

Die Bestreitung der Praktikabilität einer *vindicatio nummorum* ist überdies aus methodischer Sicht fragwürdig. Es wird einfach behauptet, sie habe in der Praxis nur eine geringe Bedeutung gehabt. Um an diese Frage unvoreingenommen herangehen zu können, sind auch grundsätzliche Fragen zu beachten, die nicht allein bei der *vindicatio nummorum* oder *rei vindicatio* von Bedeutung sind. In erster Linie ist zu klären, welche prozessuale Bedeutung die Bestimmtheitserfordernisse in der

*intentio* hatten und ob aus diesen Gründen eine weitere Fassung der *intentio* oder einer generische *rei vindicatio* an sich ausgeschlossen waren (s. unten Kapitel 4).

Wenn bis heute eine besondere Strenge bei der Formulierung der *intentio* einer *rei vindicatio* postuliert wird, so übersieht diese Auffassung, daß so bereits für das Verfahren *in iure* Festlegungen des Klägers vorausgesetzt werden (nämlich genaue Beschreibung des Geldes als *species*), die eigentlich erst im Beweisverfahren *apud iudicem* ihre Bedeutung entfalteten (wenn der Kläger nachzuweisen suchte, daß unter dem im Besitz des Beklagten befindlichen Geld seine Münzen waren). Deswegen ist auch das Beweisverfahren bei der *rei vindicatio* zu untersuchen, nicht zuletzt daraufhin, ob die *vindicatio nummorum* mit Recht wegen der besonderen Schwierigkeit einer *probatio diabolica* bei Sachen ausgeschlossen wird, die wie Münzen in dauerndem Umlauf standen[27].

Wegen der schon mehrfach hervorgehobenen praktischen Aspekte des Problems kann eine Untersuchung der *vindicatio nummorum* in erster Linie nur der Versuch zur Rekonstruktion ihrer praktischen Handhabung im Formularverfahren sein (dazu insbesondere unten Kapitel 5 und 6). Sobald die bisherigen Einwände gegen die Verwendbarkeit der *vindicatio nummorum* als haltlos erwiesen sind, müssen die Funktionen von *consumptio nummorum* und *commixtio nummorum* darauf aufbauend erneut bestimmt werden. Für ein solches Forschungsvorhaben spielt die Interdependenz von materiellem Recht und Prozeßrecht eine wesentliche Rolle. Dieter Nörr hat vor einigen Jahren unter diesem Titel erstmals angeregt, Probleme des materiellen Rechts, insbesondere die Wahl unter konkurrierenden Klagen, zugleich als Fragen praktischer Verfahrensvorbereitung und Prozeßtaktik zu sehen. Dieser Ansatz wurde von Alfons Bürge weiterentwickelt und hat für einige Probleme ein neues Verständnis des klassischen römischen Rechts ermöglicht[28]. Die wesentliche Neuerung dieser Methode liegt darin, daß der

---

[27] Fuchs, Iusta causa 210, 218; Fuchs, *Consumptio* 131; Wacke 93 115. Ausführlich schon G. Hartmann, Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868) 27 - 29.

[28] D. Nörr, Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia, RH 6 (1987) 99 - 116; A. Bürge, Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses,

Problemzugang von römischen Juristen nicht mehr als „rein dogmatischer" verstanden wird, sondern auch betrachtet wird, welche prozessuale Ausgangsposition, insbesondere welche Beweissituation, vom entscheidenden Juristen möglicherweise in Rechnung gestellt wurde. In einer breiteren methodischen Perspektive können daher auch anhand der *rei vindicatio* bzw. der *vindicatio nummorum* exemplarisch Rückschlüsse auf das Verhältnis des römischen Juristenstandes zur Prozeßpraxis gezogen werden.

Die Klärung von Problemen des römischen Rechts durch Untersuchungen zum praktischen Funktionieren des Prozeßrechts ist erst seit den Dokumentenfunden aus Pompeji, Herculaneum und Murécine möglich[29]. Die aus ihnen gewonnenen Einblicke in die Prozeßpraxis zeigten vor allem, daß dem förmlichen Verfahren *in iure* regelmäßig eine vorbereitende Phase außergerichtlicher Konfliktregelung vorausging, in der die Parteien dann, wenn der Versuch einer Streitbeilegung scheiterte, durch informelle Verhandlungen über Prozeßthema und Beweise wesentliche Weichenstellungen für das kommende Verfahren vornahmen[30]. Insbesondere gaben sie einander ihre Beweismittel bekannt und legten sich so auf bestimmte Angriffs- und Verteidigungsstrategien fest. Welche *actio* für die gewünschte Rechtsverfolgung am geeignetsten war, konnte der Kläger u.U. erst aufgrund dieser Absprachen entscheiden. Die wichtigste Konsequenz daraus zeigt sich bei konkurrierenden *actiones*: Wenn der Kläger aufgrund des vorprozessualen Vorbringens des Beklagten eine *actio* gewählt hatte, war der Beklagte im Fortgang des Verfahrens mit den Argumenten präkludiert, die den Kläger zur Wahl einer anderen Formel bewogen hätten, wären sie ihm rechtzeitig, d.h. spätestens *in iure,* bekannt gewesen. Belege, welche die Richtigkeit dieser Sichtweise untermauern, finden sich sogar bei den Digestenjuristen, sobald man nur mit ihrer Existenz zu rechnen wagt. Darüberhinaus erscheinen bekannte Texte oft in neuem Licht, wenn

---

SZ 112 (1995) 1 - 50 und ders., Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung (1999) passim.

[29] Für eine wissenschaftsgeschichtliche Würdigung der Funde und Nachweise von Editionen und Literatur s. Kaser/Hackl 15 und Wieacker, RRG 79.

in Erwägung gezogen wird, daß von den Juristen auch Probleme mitbedacht sein konnten, die sich aus der konkreten prozessualen oder vorprozessualen Situation, den konkreten Wünschen des Klägers, der Beweislage oder den Stellungnahmen des Prozeßgegners ergaben.

Mit diesem durch die Urkundenfunde ermöglichten tieferen Verständnis vom Ablauf des Formularverfahrens und vor allem aufgrund der Einsicht, daß die Parteien schon vor der *litis contestatio* miteinander in Kontakt standen und wesentliche Vorfragen bereits geklärt hatten, wenn sie sich an den Gerichtsmagistrat wandten, treten die Probleme in den Hintergrund, welche bisher als Haupthindernisse einer *vindicatio nummorum* angesprochen wurden. Ob das Geld verbraucht oder vermengt war, konnte der Kläger nicht wissen, genausowenig wie er seine Münzen im Detail beschreiben konnte. Im Hinblick auf die *vindicatio nummorum* ging es zuerst um die Feststellung der Passivlegitimation des Beklagten. Im Bezug auf die mit der *vindicatio nummorum* konkurrierende *condictio* bedeutete dies, daß feststehen mußte, ob eine *consumptio* stattgefunden hatte. Zu diesen Fragen konnte der Kläger bindende Äußerungen des Beklagten verlangen, da sie von ausschlaggebender Bedeutung zur Wahl der Formel waren: Fand sich der Beklagte dazu nicht freiwillig bereit, wurden diese Punkte mittels einer *actio ad exhibendum* geklärt. Dieser prozessuale Mechanismus erklärt die häufige Nennung der *vindicatio nummorum*: Erst die Weigerung des Beklagten, eine *litis contestatio* über die *rei vindicatio* vorzunehmen, ermöglichte dieses vorbereitende Verfahren mit der *actio ad exhibendum*. Die Rechtswirkungen von *commixtio nummorum* und *consumptio nummorum* sind daher vor dem Hintergrund dieser vorprozessualen Lage zu sehen, wenn der Beklagte zur Stellungnahme über seine Passivlegitimation zur *vindicatio nummorum* gefordert war (s. unten Kapitel 7 und 8).

Nähert man sich unter Zugrundelegung einer praxisorientierten prozessualen Sichtweise an das Verhältnis *vindicatio nummorum – consumptio nummorum – commixtio nummorum*, so erzielt man Ergebnisse, die vielleicht auch

---

[30] Ähnliches rekonstruiert M. Kaser, Zum Formproblem der litis constestatio, SZ 84 (1967) 20, 23 schon für das Legisaktionenverfahren.

deswegen den am Ende des 19. Jahrhunderts vertretenen Lösungen nahestehen, weil die damaligen Autoren beim Blick auf das römische Recht oft noch Anforderungen der Praxis, wenn auch derjenigen ihrer Zeit, im Auge behalten hatten.

Die vorliegende Arbeit beschränkt ihren Forschungsbereich auf die Geldvindikation und nimmt diese vorderhand nicht zum Ausgangspunkt einer Untersuchung der *condictio*. Der mit der *condictio* verbundene Tatbestand des *nummos consumere* könnte einer solchen weiterführenden Untersuchung insoweit eine andere Richtung vorgeben, als der in neueren Arbeiten gelegentlich aufgeworfenen Frage nachzugehen wäre, ob die *condictio* des klassischen Rechts ausschließlich den Charakter einer Leistungskondiktion trug (so noch die herrschende Lehre)[31], oder ob es neben den diese Klassifikation zu Recht verdienenden Hauptfällen im „Wildwuchs" des römischen Kondiktionenrechts

---

[31] Die Romanistik steht noch immer im Bann der „suggestiven Macht der Leistungskondiktionen" (W. Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, 15), die sich in unterschiedlichem Ausmaß in den verbreiteten Darstellungen niederschlägt.

Bei Kaser, RPR I, 592 findet man das Bestreben nach Enthaltung von terminologischen Modernismen: „Hat jemand etwas in dem irrigen Glauben geleistet, damit einen rechtlich anerkannten Zweck zu verwirklichen, hat er z.B. irrtümlich jemanden bezahlt, was er diesem zu schulden glaubte, so muß ihm das geleistete zurückverschaft werden. ... Hat er aber Eigentum verloren, dann bedarf es besonderer Rückforderungsklagen, die sich auf die unberechtigte Vorenthaltung dessen stützen, was aus irrigem Motiv oder in irriger Erwartung geleistet worden ist."

Ähnlich formulieren das Problem Zimmermann 834: „A special remedy is thus required, a remedy in personam and based on the fact that the purchaser has received what subsequently turned out to be „indebitum": a performance that was never owed to him and that he therefore has no right to keep. This remedy was instituted by the Roman lawyers an it is usually referred to as *condictio indebiti*." und Guarino 990 f.: „Queste obbligazioni sorgevano per il fatto che un sogetto giuridico avesse fatto ad un altro una prestazione non giustificata da una causa, da una ragion d'essere giuridicamente, moralmente o socialmente ammissibile: la conseguenza di ciò era appunto l'obbligazione dell'accipiente alla „restituzione" di quanto datogli o alla 'ripristino' dello *status quo ante*."

H. Honsell (H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Römisches Recht[4], 1987, 352) nähert das Bild des römischen Rechts stärker an die moderne Begrifflichkeit an: „Eine allgemeine *condictio sine causa*, die sowohl Tatbestände der Leistungs- wie der Eingriffskondiktion erfaßt, war dem römischen Recht fremd." ... „Die klassischen Kondiktionstypen setzen mit Ausnahme der *condictio furtiva* eine auf einem, wenn auch nichtigen, Rechtsgeschäft (*negotium*) beruhende Leistung voraus." Besonders der Versuch, die Verhältnisse des römischen Rechts konzise zu beschreiben, führt zwangsläufig zur Verwendung moderner dogmatischer Figuren; vgl. D. Liebs, Römisches Recht[4] (1993) 243: „Die römische *condictio* dagegen blieb in klassischer Zeit eine strengrechtliche Klage, im wesentlichen beschränkt auf unsere Fälle der Leistungskondiktion; und auch Justinian änderte daran kaum etwas. Ihre Grundlage war vertraglich oder doch, wie Gajus die Fälle der Leistungskondiktion einstufte, quasivertraglich (*quasi ex contractu*, s. Dig. 44,7,5 § 3; s.a. § 1)."

Am stärksten an einem einheitlichen, eine *datio* fordernden Kondiktionsbegriff orientiert ist wohl der Versuch von A. d'Ors, auch die *condictio furtiva* auf eine *datio* zurückzuführen (Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis', SDHI 19, 1953, 149 - 154 und ders. Fn. 14, 457).

(„selva selvaggia“)[32] auch solche *condictiones* gab, die treffender als Verwendungsansprüche oder Eingriffskondiktionen zu charakterisieren wären[33].

Bei der *vindicatio nummorum* ergibt sich regelmäßig eine Kondiktionslage, d.h. das Geld, dessen Vindizierbarkeit erörtert wird, ist durch eine mangelhafte Leistung an den Empfänger gelangt. *Consumere* kann aber auch einen Verbrauch fremder Sachen außerhalb einer solchen Situtation bezeichnen. Wie bei der *consumptio nummorum* nahm ein solcher Verbrauch dem Eigentümer die Vindikation und genauso wie bei der *consumptio nummorum* wird in solchen Situationen die *actio ad exhibendum* erwogen. Anstelle einer *condictio* gelangen Klagen in Anlehung an die *lex Aquilia* zur Anwendung. Diese Fragen wurden zuletzt von Peter Birks umfassend untersucht[34], der dabei die These aufstellte, daß ein solcher Verbrauch fremder Sachen grundsätzlich nicht rechtswidrig war und zu keiner Haftung führte. Deswegen sollen die einschlägigen Texte (Paulus D 9.2.30.2; Callistratus D 31.63; Ulpianus D 19.5.14.3 in Verbindung mit Ulpianus D 10.4.9.1) daraufhin untersucht werden, ob der Verbrauch fremder Sachen nach klassischem Recht zu einem Anspruch gegen den Verbraucher führte, der weder auf einer Leistung (*condictio*) noch auf *furtum* (*condictio furtiva*) beruhte, und ob diese Ansprüche noch als deliktische i.e.S konstruiert waren, insbesondere ob auch Verschulden (subjektive Vorwerfbarkeit des Verbrauchs) vorausgesetzt wurde, oder die an die *lex Aquilia* angelehnten Klagen nicht sogar als Versuch zum Bereiche-

---

[32] Santoro (Fn. 8) 181 wohl in Anspielung auf S. Perozzi, Le obbligazioni romane, in: Scritti giuridici 2 (1948) 393 Fn. 1.

[33] Gegen die Verabsolutierung der *datio* Santoro (Fn. 8) 465 Fn. 31 und 471 f., wo der Autor „una teoria unitaria“ der Klassiker im Kondiktionsrecht verneint; im gleichen Sinn D. Liebs, The History of the Roman *Condictio* up to Justinian, Ess. Honoré (1986) 171 und ders. (Fn. 31) 196, wo er die *condictio furtiva* als Hauptfall einer Eingriffskondiktion im römischen Recht bezeichnet, ohne weitere Fälle zu erörtern. Das Bedürfnis nach an der Kasuistik orientieren Differenzierungen stellen schon J.C. van Oven, La „forêt sauvage“ de la condictio classique, TR 22 (1954) 291 - 302 und Kaden (Fn. 8) 569 - 577 fest.

Gegen die Auffassung, die im modernen Recht Fälle des Verbrauches oder Gebrauches als Anwendungsbereiche von Leistungskondiktionen verstehen wollte, Wilburg (Fn. 31) 12 - 18, 22, 49 - 51 u.ö. Für das römische Recht weist Wunner (Fn. 8) 597 ähnliche Möglichkeiten scharf zurück: „Aus dem Eigentum erwachsen nach römischem Recht keinerlei Wertersatz- oder Ausgleichsansprüche gegen den Konsumenten, der beim Verbrauch des fremden Gutes gutgläubig gehandelt hat. ... Eine Kondiktion, die wie die moderne Eingriffskondiktion aus der Inanspruchnahme fremden Eigentums erwächst und als Rechtsfortwirkungsanspruch an die Stelle der weggefallenen Vindikation tritt, ist dem klassischen Recht fremd.“

rungsausgleich außerhalb einer Kondiktionslage verstanden werden können (s. unten Kapitel 9).

[34] P. Birks, Other Men's Meat: Aquilian Liability for Proper User, IJ 16 (1981) 141 - 185.

## 2. Die Eigenheiten der *vindicatio nummorum* nach Kaser

Den Ausgangspunkt zur Untersuchung der *vindicatio nummorum* müssen die Sonderregeln bei der Vindikation von Geld bilden, die Max Kaser in seiner Studie „Das Geld im römischen Sachenrecht“[35] zuerst erkannt hat. In der genannten Untersuchung gelangt Kaser zur plausiblen These, daß die Vindikation von Geld sich in einigen Punkten von der regulären *rei vindicatio* unterschied. Kasers Sichtweise wurde in den umfangreichen Arbeiten von Wacke und Hasler zur rechtlichen Behandlung des Geldes im klassischen römischen Recht zustimmend aufgenommen[36]. Im romanistischen Schrifttum finden sich bislang keine Einwände gegen sie. Wenngleich Kasers Ausführungen damit als die herrschende Lehre gelten können, wird das Bild der *vindicatio nummorum* im derzeitigen Stand der Diskussion noch immer von der Vorstellung dominiert, daß auch bei Geld nach den allgemeinen Regeln der *rei vindicatio* vorgegangen wurde. Damit ist die heutige Vorstellung von der *vindicatio nummorum* in sich widersprüchlich. Die daraus resultierende Notwendigkeit, diese Widersprüche in konsequenter Weiterführung von Kasers Ansätzen zu beseitigen und dabei die Unterschiede zwischen der *vindicatio nummorum* und dem allgemeinen Modell der *rei vindicatio* noch stärker herauszuarbeiten, wurde bislang nicht erkannt.

Eine Ursache dafür könnte sein, daß die Annahme einer Sonderbehandlung der *vindicatio nummorum* diese Form der *rei vindicatio* vom modernen Verständnis des Eigentumsprozesses, welches auch bei der Untersuchung der römischen Geldvindikation stets präsent bleibt, entfernen und ihr eine Stellung zwischen dinglicher und obligatorischer Klage zuweisen würde. Diese Möglichkeit ist von der

---

[35] TR 29 (1961) 169 - 229.

[36] Wacke 92, 113; Hasler 60.

Forschung zwar angedeutet worden[37], das volle Ausmaß der Annäherung von Geldvindikation und *condictio* wurde jedoch nicht erkannt[38].

Worin bestehen nun die Besonderheiten bei der Geldvindikation? Eine Anregung von Fuchs[39] aufgreifend erkennt Kaser an, daß bei der *vindicatio nummorum* diejenigen Abschnitte des Vindikationsverfahrens, welche den Beklagten im „Normalfall" zur Naturalrestitution bewegen sollten (*iussum de restituendo* und *iusiurandum in litem*), funktionslos wurden und daher entfielen[40]. Bei der *vindicatio nummorum* unterschieden sich *condemnatio pecuniaria* und Naturalrestitution praktisch nicht von einander, da, von Sonderfällen[41] abgesehen, wegen der besonderen Vertretbarkeit des Geldes[42] kein rechtliches Interesse an der Herausgabe bestimmter Geldstücke bestand[43]. Es gab daher keinen Grund, mittels

---

[37] Nachweise unten in Fn. 48.

[38] Vgl. etwa die Gleichbehandlung von *vindicatio nummorum* und *condictio* hinsichtlich der Anwendung des *SC Macedonianum*. Die *vindicatio nummorum* wurde bei Verstoß gegen das *senatus consultum Macedonianum* denegiert; vom Haussohn zurückgezahltes Geld konnte der *pater familias* vor Verbrauch vindizieren, nach dem Verbrauch nach Ansicht Julians (D 14.6.9.1) auch kondizieren, während Marcellus (D 12.1.14) die *condictio* verweigerte. S. D 14.6.9. 2 (Ulp 29 ed) ... *nam et ei quoque qui filio familias credidit decreto amplissimi ordinis actio denegatur nec interest, consumpti sint nummi an exstent in peculio.* ...

D 14.6.9.1 (Ulp 29 ed) *Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Iulianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.*

D 12.1.14 (Ulp 29 ed) *Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem.*

Zu diesem Aspekt F. Lucrezi, Senatusconsultum Macedonianum (1992) 95 (Fn. 156 zu 194) und A. Wacke, Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote der wirtschaftlichen Vernunft, SZ 112 (1995) 299, 305 f.

[39] Fuchs, Iusta causa 248 Fn. 6.

[40] Kaser 182 f., 203 Fn. 114; Kaser folgend Wacke 113.

[41] Z.B. bei Münzen mit Sammlerwert.

[42] Die Austauschbarkeit von Münzen geht über die derselben Art und des gleichen Nominales (*eiusdem generis et qualitatis*) hinaus; es reicht im Regelfall, daß die Summe ident bleibt. Dazu unten S. 51 f.

[43] Hasler 33. Ein Interesse an der Naturalrestitution erkennen Kaser 172 Fn. 6, 176 f. und Hasler 34 an, wenn sich die eingeklagten Münzen durch einen höheren Metallwert von anderen mit gleichem Nominale unterschieden. Diese Vermutung scheint nicht zwingend, da sich im Verkehr der Wert aus dem Nominale und nicht dem Reingehalt an Edelmetall ableitete. S. Hasler 62 - 70 und M. Schermaier, Materia (1992) 296 - 299. Benedek (Fn. 5) 387 vermutet als Grund für die Verbreitung der Vindikation die zahlreich in Umlauf befindlichen Falschmünzen.

Arbiträrverfahrens einen indirekten Druck zur Naturalrestitution auszuüben[44]. Bei der Geldvindikation konnte der Feststellung des Eigentums sofort die *condemnatio* auf die beanspruchte Summe folgen, welche der Beklagte durch Zahlung des entsprechenden Betrages – egal mit welchen Münzen – abwenden konnte[45]. Aus D 12.1.2.1 (unten S. 52) ließe sich sogar ableiten, daß die einfache Zahlung der geforderten Summe als Rückgabe galt[46].

Für dieses Prinzip bezog sich Kaser auf eine Äußerung Ulpians in

D 12.3.3 (Ulp 30 ed)
*Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?*

Unterblieb die Rückgabe des hinterlegten Geldes, enthob Ulpian den *iudex* von der Delation des Schätzungseides zur Wertbestimmung, *cum certa sit nummorum aestimatio*[47]. Bei Geld entsprach der Wert des Hinterlegten der Höhe der hinterlegten (und eingeklagten) Summe. Eine Schätzung ließ Ulpian zu, wenn ein darüberhinausgehendes Interesse des Hinterlegers an der rechtzeitigen Rückgabe bestand. Ging es nur um die Rückgabe des Hinterlegten, so sprach die Prozeß-

---

[44] Eine Folge der *condemnatio pecuniaria* bei der „regulären" *rei vindicatio* war, daß der verurteilte Beklagte wie ein Käufer der nicht restituierten Sache angesehen wurde. S. dazu die ausführliche Darstellung bei M. Pennitz, Der „Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats (1991) 306 - 323 (mit Quellen). Bei Geld wäre ähnliches als absurd, wenn nicht gar rechtlich unmöglich erschienen, wenn man an die Diskussion über die Einordnung der *permutatio* unter die *emptio venditio* denkt. D 18.1.1.1 (Paul 33 ed) *... nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.*

[45] Kaser 183, 192 f.

[46] Das auch deswegen, weil der Beklagte nicht für Zinsen haftete. S. unten auf S. 148.

[47] Der erste Satz gilt unbestrittenermaßen als echt. Kaser 183 Fn. 40; ders., Quanti ea res est (1935) 71, 75; G. Provera, Contributo allo studio del iusiurandum in litem (1953) 43; Klami (Fn. 21) 78 f. Zur Diskussion über die Anwendbarkeit des *iusiurandum in litem* bei *bonae fidei iudicia* s. die Literaturnachweise bei Kaser/Hackl 340 Fn. 45.

ökonomie für den Verzicht auf ein *iusiurandum in litem*. Was bei der *actio depositi* möglich war, ist für den gleichgelagerten Fall bei einer *vindicatio nummorum* ebenso denkbar.

Die auffälligste Besonderheit der *vindicatio nummorum* lag nach Kaser also darin, daß sie im Ergebnis stets zur Zahlung in der Höhe der als Eigentum beanspruchten Geldsumme führte – sei es mit den im Eigentum des Klägers stehenden Münzen, sei es mit anderen – und sie im praktischen Ergebnis damit einer *condictio* glich[48].

Mit diesen Modifikationen am Vindikationsmodell bei der *vindicatio nummorum* sind die Entwicklungsmöglichkeiten von Kasers Ansatz, an das Problem unter dem Aspekt der praktischen Handhabung der *rei vindicatio* heranzugehen, keineswegs ausgeschöpft. Eine konsequente Fortführung seiner Ideen zeigt weitere Abweichungen der *vindicatio nummorum* von der regulären *rei vindicatio* und stellt das oft wiederholte Urteil von der Unpraktikabilität der Geldvindikation in Frage.

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, daß Kasers Ergebnisse den Grundeinwand der herrschenden Lehre gegen die Praktikabilität der *rei vindicatio* bei Geld in einem anderen Licht erscheinen lassen. Ist die Annahme wirklich überzeugend, daß die *vindicatio nummorum* mit der präzisen Identifizierung der eingeklagten Münzen in der *intentio* stand und fiel, obgleich diese Identifizierung für einen obsiegenden Kläger ohne praktische Relevanz war, da er keine Möglichkeit (und kein rechtliches Interesse) hatte, genau diese Münzen wiederzubekommen[49]?

Es wird daher zunächst zu klären sein, ob die herrschende Lehre die Bedeutung dieser Voraussetzung für die Einleitung und das Beweisverfahren bei der

---

[48] Kaser 182 f.; vgl. auch A. d'Ors (Fn. 14) 178 und Wacke 92: „Sobald ... der Berechtigte ... nur noch eine abstrakte Summe angeben kann, schlägt seine *intentio* folglich von der *rei vindicatio* um in eine *condictio certae creditae pecunia*." (Gemeint ist wohl, daß der Prätor nur eine *condictio* erteilt, wenn der Kläger keine Beschreibung seiner Münzen vornehmen kann.)

[49] So auch Kaser 182 selbst: „Damit waren dem römischen Recht, solange dieses Prinzip (i.e. *condemnatio pecuniaria*) galt, die eingangs erwähnten Schwierigkeiten, die nach heutigem Recht eine Identifizierung der vindizierten Geldstücke im Weg stehen, noch fremd." Allerdings unterläßt er weitere Folgerungen.

*vindicatio nummorum* zutreffend erfaßt. Danach soll Kasers Hinweis auf die Annäherung von *vindicatio* und *condictio* bei Geld aufgegriffen und die Folgerungen der funktionellen Ähnlichkeiten dieser Klagen für das Verhältnis und die Abgrenzung von *condictio* und *vindicatio* untersucht werden.

## 3. Der notwendige Inhalt der *intentio* einer *rei vindicatio*

### 3.1. Das Axiom Wackes: Individualisierung der vindizierten Sache als *species*

Nach heute überwiegender Ansicht war die Identifizierbarkeit der Münzen als konkrete Gegenstände des Eigentums die Grundvoraussetzung, von der die *vindicatio nummorum* abhing. Konnte der Kläger die eingeklagten Sachen, d.h. die abhandengekommenen Münzen, nicht in der gleichen Konkretheit benennen, wie dies für das Streitobjekt bei jeder anderen *rei vindicatio* erforderlich war, blieb ihm die Vindikation verwehrt. Wacke formuliert diesen Grundsatz so:

> „Auszugehen ist von dem Axiom, dass bei jeder *rei vindicatio* der Kläger den herausverlangten Gegenstand durch seine individuellen Merkmale genau bezeichnen muß. Deutlich erklärt Paulus D. 6,1,6: *Si in rem aliquis agat, debet designare rem ..., appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.*“[50]

Diese Sichtweise beschränkt die *vindicatio nummorum* auf Sonderfälle, in denen der Kläger genau anzugeben wußte, welche der Münzen, die sich im Besitz des Beklagten befanden, er als die seinen beanspruchte und dies auch beweisen konnte.

### 3.2. Die Angaben bei einer *vindicatio nummorum* gemäß Paulus D 6.1.6

Wie genau der Kläger die beanspruchte Sache zu bezeichnen hatte, war im Falle der Vindikation von Münzen von höchster praktischer Bedeutung: Je strenger die hiebei zur Anwendung gelangenden Prinzipien waren, desto geringer waren die Chancen, daß der Kläger bei der Beantragung der Klage *in iure* eine genügend detaillierte

Aufstellung präsentieren konnte. Um zu kontrollieren, ob das von Wacke angesprochene Axiom im Formularprozeß zur Anwendung kam, ist einerseits der Frage nachzugehen, welchem Zweck die Angaben in der *intentio* der *rei vindicatio* dienten, und zum anderen zu überprüfen, ob dieser Grundsatz aus D 6.1.6 abgeleitet werden kann.

### 3.2.1. Die prozessuale Bedeutung der *intentio*

Die Pflicht zur genauen Beschreibung der eingeklagten Sache bei einer *rei vindicatio* wird D 6.1.6 (Paul 6 ed; Text auf S. 34) entnommen. Ein Blick auf die Palingenesie des Textes zeigt, daß die Einordnung in den Digesten als Aussage zur *rei vindicatio* nicht der Stellung im paulinischen Ediktskommentar entspricht[51]. Mit den in D 6.1.6 überlieferten Äußerungen kommentierte Paulus keineswegs die *rei vindicatio*, sondern die vierte Klausel (*de vadimonio concipiendo*) des Ediktstitels *De vadimoniis*. Diese regelte die Bestimmung der eingeklagten Sache bei Abfassung der *cautio vadimonium sisti*[52]. Neben der kompilatorischen Zuordnung des Textes zur *rei vindicatio* rechtfertigt auch sein Inhalt, ihn dennoch daneben auch im Hinblick auf die *rei vindicatio* zu lesen. Nach dem Urteil Lenels allerdings nur insoweit, als Paulus die bei der *rei vindicatio* geltenden „Grundsätze über die Designation des Streitgegenstandes in der Formel analog oder gegensätzlich heran(zog)"[53]. Eine nähere palingenetische Untersuchung wird ergeben, daß der Text von D 6.1.6 auch unmittelbare Aussagen zur *rei vindicatio* bietet.

Das *vadimonium* war das Versprechen einer Person, zu einen bestimmten Zeitpunkt in der Nähe des Gerichtsortes zu erscheinen, um dem Gegner die rechtliche Verfolgung seines Anspruches (z.B. durch Vornahme einer *in ius vocatio*)

---

[50] Wacke 91 f. In diesem Sinn allgemein, ohne Verweis auf römische Quellenstellen, Kaser 173 f. und Wunner (Fn. 8) 593.

[51] Lenel, Pal. I, Paul Nr. 152.

[52] Lenel, EP 82; Kaser/Hackl 227 Fn. 5; M. Bretone, I fondamenti del diritto Romano (1998) 67.

[53] Lenel, EP 82 unter Hinweis auf den Gebrauch der Ausdrücke *petitio* und *in petendo*. Zur Signifikanz dieser Worte bei der palingenetischen Beurteilung des Textes s. unten S. 39.

zu ermöglichen (Ladungsvadimonium)[54] oder das vertagte Verfahren zu einem neuen Termin weiterzuführen (Vertagungs-/Dilationsvadimonium). Kam sie dieser Verpflichtung nicht nach, so wurde dies in Zeugenurkungen festgehalten und die vereinbarte Strafsumme fällig[55]. Im Edikt geregelt war das Vertagungsvadimonium[56], bei dem der Prätor die Stipulation des Beklagten erzwang. Die strengen Anforderungen an die Bestimmung der Streitsache, die Paulus dafür ansetzte, dürfen in diesem Fall nicht verwundern. Zum einen befanden sich die Parteien bereits in einem Rechtsstreit, über dessen Thema sie schon vorher Einigkeit hergestellt hatten (dazu Unterkapitel 5.3). Wenn der Kläger bei Vertagung einer *rei vindicatio* die Strafstipulation formulierte[57], bestand kein Hindernis, daß er die Sache auch genau bezeichnete. Zum anderen dachte der Jurist, wie ein Blick auf die Praxis zeigt, an einen speziellen Fall, in dem es gerade darauf besonders ankommen konnte. Wahrscheinlich war es selten, daß unter denselben Parteien mehrere gleichartige Prozesse anhängig waren, zwischen denen es zu Verwechslungen kommen konnte[58]. Waren beispielsweise zwischen zwei Personen *rei vindicationes* über verschiedene Sklaven jeweils noch nicht bis zur *litis contestatio* gediehen, und erschien der Beklagte zum für die *litis contestatio* bezüglich des Stichus festgesetzten Termin mit dem Pamphilus, so konnte der Kläger die Strafstipulation nur dann durchsetzten, wenn er dem Einwand des Beklagten, er sei ohnehin pünktlich erschienen, aufgrund der Formulierung der *stipulatio* entgegenhalten konnte, daß dieser zum falschen Verfahren gekommen

---

[54] Dazu anschaulich J.G. Wolf, Das sogenannte Ladungsvadimonium, Satura Feenstra (1985) 63 - 65 und Bürge 5; ders. Einführung 4 f.; zu den Druckmitteln des Prätors, um die „freiwilligen" *vadimonia* zu erreichen, grundlegend I. Buti, Il „praetor" e le formalità introduttive del processo formulare (1984) 313 - 326; s. weiters auch A. Rodger, Vadimonium to Rome (and Elsewhere), SZ 114 (1997) 161 - 163, 171 - 173 und R. Domingo, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio II (1993) 54 - 64.

[55] Zur Beurkundung Kaser/Hackl 226; zur Höhe und Durchsetzung des Pönales Kaser/Hackl 228.

[56] Gai 4.184 *Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti.*

[57] Zur Auseinandersetzung mit der Lehre von Arangio-Ruiz, der zwischen dem *vadimonium* und der Strafstipulation trennen wollte, vgl. G. Camodeca, L'archivio Puteolano dei Sulpicii I (1992) 44 - 46.

[58] Vgl. den Hinweis von M. Kaser, Rez. G. Provera, La pluris petitio nel processo romano I (1958), IVRA 10 (1959) 265 f., daß in der Praxis sogar bei einer *condictio* meist eine *praescriptio* verzichtbar war, da es nur einen in Frage kommenden Anspruch und damit einen eindeutigen Prozeßgegenstand gab.

war. Nur in solchen, wohl die Ausnahme bildenden Fällen, die in einem Ediktskommentar dennoch berücksichtigt werden mußten, war die genaue Bezeichnung der Streitsache vonnöten, und diese stellte den Kläger dann auch vor keine unzumutbaren Schwierigkeiten. Gab es nur ein einziges offenes Verfahren zwischen den Parteien, so beschränkte sich die Auseinandersetzung über das *vadimonium* auf die Tatsache des rechtzeitigen Erscheinens[59]. Das bestätigen die Urkunden. Von den auf Wachstafeln erhaltenen insgesamt 21 *vadimonia* und sechs *testationes sistendi*[60] benennen gerade drei Vadimoniumsurkunden die Klage oder den Grund des Rechtsstreits[61]; Hinweise, um welche Sache gestritten wurde, enthält keine. Selbst wenn man in Rechnung stellt, daß es sich um Ladungsvadimonia handelte, ist dieser Befund nur erklärbar, wenn über den Gegenstand deswegen kein Zweifel möglich war, weil es zwischen den Parteien nur einen einzigen Rechtsstreit gab. Angesichts dieses Umstandes urteilen Kaser/Hackl sogar zu vorsichtig, wenn sie anmerken, daß zwar das Edikt strenge Voraussetzungen niederlegte, die Praxis anscheinend aber „anders" war[62]. Soweit die Urkunden Rückschlüsse erlauben, konnten die Bestimmtheitsvorschriften von der Praxis – aus den angeführten Gründen – gefahrlos ignoriert werden.

Mangels Quellen kann dieser Vergleich für die Handhabung der Beschreibung der Streitsache in der *intentio* einer *rei vindicatio* nicht direkt angestellt werden. Da die rechtlichen Grundsätze anerkanntermaßen die gleichen waren wie bei den *vadimonia*[63], darf man allerdings vermuten, daß die Praxis ähnlich lax war. Diese Vermutung unterstützen Juristentexte, die zweifeln lassen,

---

[59] Vgl. D 2.10.1.3 (Ulp. 7 ed); h.t. 3.2 f. (Iul 2 dig); zu den Urkunden Camodeca (Fn. 57) 37 - 96.

[60] Vgl. die Übersicht über die puteolanischen Urkunden bei Camodeca (Fn. 57) 37 - 96; die anderen (a.a.O.) 37 Fn. 2.

[61] TP 32 (*ex empto*) damit in Verbindungs stehend TP 41 (*arra*); TP 33 (*ex vendito*). Zu TP 32, 41 und der dazugehörigen Streitbeilegung in TP 66 s. J.G. Wolf, Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die Streitbeilegung zwischen L. Faenius Eumenes und C. Sulpicius Faustus, St. Sanfilippo VI (1985) 769 - 788.

[62] Kaser/Hackl 227 Fn. 5.

[63] Lenel, EP 185 Fn. 11; Kaser/Hackl 324 Fn. 20.

daß die präzise Benennung der Sache, die von der herrschenden Lehre als Pflicht des Klägers betrachtet wird, in der Praxis tatsächlich stattfand (s. S. 46 - 56).

Die Pflicht zur präzisen Bezeichnung der Streitsache scheint mit der modernen Lehre in Verbindung zu stehen, daß bei der *rei vindicatio* höhere Anforderungen an den Beweis gestellt wurden als z.B. bei schuldrechtlichen Klagen (s. Unterkapitel 5.3). Und wenn der Beweis besonders streng war, mußte ähnliches für die Angaben in der Klage gelten. Dieser – nicht offengelegte – Gedankengang vermengt unzulässigerweise Beweisfragen und Gestaltung der *intentio*. Bei der Formulierung der *intentio* waren nicht Aufgaben zu beachten, die nur im Rahmen der Beweisführung relevant wurden (z.B. die Unterscheidung der eingeklagten Sache von ähnlichen des Beklagten), sondern das prozessuale Funktionieren der *intentio* sicherzustellen. In der *intentio* umschrieb der Kläger sein Begehren[64]. Bei der *intentio* der *rei vindicatio* gab er an, woran er Eigentum behauptete und zu beweisen versuchen würde[65]. Besondere Strenge dabei hätte viele Kläger *a limine* von der Klagserhebung abgehalten, da ein Prätor die beantragte Formel bei nicht ausreichender *designatio rei* verweigern mußte. Daß eine ins Detail gehende Beschreibung der Sache, wenn überhaupt, eher im Beweisverfahren vor dem *iudex* als *in iure* sinnvoll war[66], wird von dieser Lehre nicht erwogen. Der römische Eigentumsprozeß hätte dem Kläger nicht nur einen besonders schwierigen Beweis seines Eigentums, die sogenannte *probatio diabolica* abverlangt, sondern schon durch eine vorprozessuale „*designatio diabolica*" den Zugriff auf sein Eigentum

---

[64] Gai 4.41 *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere; item haec: quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere; item haec: si paret hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse.*

[65] Zum Verhältnis von *intentio* und Beweis s. Kaser/Hackl 312.

[66] Das zeigt D 47.2.48 pr. (Ulp 42 Sab) *Qui vas argenteum perdiderat eoque nomine furti egerit: de pondere vasis controversia cum esset et actor maius fuisse diceret, fur vas protulit: id is cuius erat abstulit ei: qui subripuerat dupli nihilo minus condemnatus est. rectissime iudicatum est: nam in actionem poenalem non venit ipsa res quae subrepta est, sive manifesti furti sive nec manifesti agatur.*

Jemand hatte wegen eines gestohlenen Gefäßes geklagt und im Verfahren *apud iudicem* war das zu duplizierende *quanti ea res fuit* nach dem vom Gewicht abhängigen Wert zu klären. Nun legte der Beklagte das Gefäß vor, um zu zeigen, daß die Sache weniger wert war, als der Kläger behauptete. Für die Verfahrenseinleitung war die für den Verfahrensgegenstand durchaus erhebliche Gewichtsangabe noch nicht nötig gewesen (s. die Musterformel bei Mantovani 62 f. und D 47.2.19 pr. - 4, unten S. 48), da es sich um

erschwert. Die Analyse von D 6.1.6 wird jedoch alsbald zeigen, daß die Anforderungen der Juristen durchaus nicht so praxisfeindlich waren.

Beim Verfahren *in iure* mußte die *intentio* primär prozessualen Funktionen gerecht werden[67]: Sie sollte den Umfang des Begehrens ausreichend konkretisieren, um nach dem Beweisverfahren eine etwaige *pluris petitio*[68] erkennen zu können. Weiters war der Streitgegenstand in der Formel so zu bestimmen, daß die Ausschlußwirkungen der *litis contestatio* klar wurden oder in einem künftigen Verfahren *eadem res* festgestellt werden konnte. Daher konnte sich auch erst im Beweisverfahren herausstellen, daß die Bezeichnung der Sache für die *intentio* ausreichend, zur Erbringung des Eigentumsbeiweises aber zu ungenau war[69].

### 3.2.2. Wackes Interpretation von D 6.1.6

Wacke folgert aus dem von ihm zitierten Ausschnitt aus D 6.1.6 für die *vindicatio nummorum*, daß sich der Kläger in der *intentio* nicht auf eine Angabe des *genus*, d.h. einer Geldsumme, beschränken durfte[70]. Die Münzen waren als *species* zu konkretisieren. Dieses Axiom, das der herrschenden Interpretation des Textes entspricht und damit als Basis für die herrschende Sichtweise der *vindicatio nummorum* im klassischen römischen Recht dient, beruht allerdings auf einer methodisch fragwürdigen Isolation des im ersten Satz aufgestellten Prinzips vom

---

*materia facta* i.S. von D 6.1.6 handelte. Erst im Beweisverfahren wurde vom Kläger eine darüberhinausgehende Individualisierung gefordert.

[67] Zu unterschiedlichen Konkretisierungsmaßstäben bei der prozessual notwendigen Individualisierung des Streitgegenstandes und dem darüberhinausgehend genauer einzugrenzenden Prozeßthema vgl. auch W. Selb, Formeln mit unbestimmter intentio iuris (1974) 40 - 46.

[68] Kaser (Fn. 47) 22; G. Provera, La pluris petitio nel processo romano I (1958) 31 - 34; D. Liebs, Die Klagenkonsumption des römischen Rechts, SZ 86 (1969) 171; G. Sacconi, La „pluris petitio" nel processo formulare (1977) 60 f.; I. Cromme, Vindicatio incertae partis (1971) 6.

[69] Eine Unklarheit über die Streitsache, die nicht die Klagserhebung verhindert hatte, aber eine Verurteilung nicht zuließ, weil der Kläger am Eigentumsbeweis scheiterte, erörtert: D 6.1.5.5 (Ulp 16 ed) *Si plures sint eiusdem nominis servi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem.* Dazu Cromme (Fn. 68) 15; Provera (Fn. 68) 32 f.; Sacconi (Fn. 68) 58.

[70] Ebenso Genzmer (Fn. 23) 474; Hasler 171 (Fn. 1 zu S. 46). Dennoch geht Wacke 108 aber davon aus, daß es sich um eine einheitliche Vindikation handelte und nicht auf eine Zusammenfassung von Einzelvindikationen.

Rest des Textes[71], in welchem dieser Grundsatz anhand von Beispielen näher erläutert wird[72]. Selbst wenn man den gesamten Text allein als Aussage zur *rei vindicatio* versteht und nicht, was aufgrund der Palingenesie eher geboten ist, grundsätzlich zwischen der paulinischen Äußerung zur *cautio vadimonium sisti* und den Aussagen von Octavenus zur *rei vindicatio* trennt, entwirft er in seiner Gesamtheit gelesen ein weitaus differenzierteres und in manchen Fällen zugleich weniger strenges Anforderungsprofil für die Gestaltung der *intentio* bei einer *rei vindicatio*.

D 6.1.6 (Paul 6 ed)

*Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.*

*Octavenus ita definit, quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet: sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. et si vestimenta nostra esse vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus an et colorem? et magis est ut utrumque: nam illud inhumanum est cogi nos dicere, trita sint an nova. quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata vel rutunda, vel pura an caelata sint, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est. nec ita coartanda res*

---

[71] Kaser/Hackl 227 Fn. 5 und 324 Fn. 20 sprechen generalisierend von einer Pflicht zur genauen Beschreibung, während die Urkunden allerdings eine abweichende Praxis erkennen ließen.

Die meisten Autoren vermitteln den Eindruck prinzipieller Strenge des Paulus dadurch, daß sie nur den ersten Satz des Textes zitieren. Wacke 91 f.; S. von Bolla, Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen, SZ 68 (1951) 510; Hasler 46 Fn. 1; so auch noch R. Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 8 (1997/98) 156 Fn. 11.

[72] Die nach den Umständen des Falles differenzierende Behandlung durch Paulus erkennt nur Bürge 19 („gegen schikanöse Erbsenzählerei"). Nach Schermaier (Fn. 43) 279 hat der Kläger „nicht die genaue Form seiner Sache zu beschreiben, sondern nur, welcher Art von Gegenständen sie zugehört". Bereits H. R. Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen nach römischem Recht (1871) 101 hob die Stellungnahme des Paulus gegen „captiöse Subtilitäten" hervor.

*est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint: sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius utendum erit: veluti „qui ex illa hereditate est", „qui ex illa natus est". item fundum petiturus nomen eius et quo loci sit dicere debebit.*[73]

Im Hinblick auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der *intentio* bei einer *actio in rem* gelesen, ergibt sich aus dem Text, daß Paulus einerseits die Bezeichnung der beanspruchten Sache[74] und des Umfangs des an ihr geltendgemachten Rechts forderte. Die präzise *appellatio rei* bestand dabei in der Angabe einer *species* und nicht bloß eines *genus*[75].

Erkannte der Prätor, daß die Angaben des Kläger den prozessualen Zwecken der *intentio* nicht genügten, verweigerte er die *rei vindicatio;* stellte sich die Mangelhaftigkeit erst vor dem *iudex* heraus, führte dies zum Prozeßverlust ohne Rechtsverlust[76].

---

[73] Für Echtheit Provera (Fn. 68) 31 Fn. 16; zur Textkritik weiters Cromme (Fn. 68) 185 (Fn. 13 zu S. 25) und Schermaier (Fn. 43) 278 f.

[74] Zur *demonstratio vice nominis* s. weiters D 12.1.6 (Paul 28 ad ed) *Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur. nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstretur: quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.* D 35.1.34 pr. (Flor. 11 inst) *Nominatim alicui legatur ita „Lucio Titio" an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel adfinitatis, nihil interest: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur. nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.*

[75] Bezüglich der *exceptio rei iudicatae* faßt Paulus beide Fälle zusammen und verwendet für eine mit einer dinglichen Klage eingeklagte Sache den noch allgemeineren Ausdruck *corpus.*

D 44.2.12 (Paul 70 ed) *Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit,* D 44.2.13 (Ulp 75 ed) *Quantitas eadem, idem ius,* D 44.2.14 (Paul 70 ed) *Et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adiectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.*

Dazu E. Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I (1918) 78 Fn. 5.

[76] D 6.1.5.5 (Ulp 16 ed; Text in Fn. 69); vgl. Sacconi (Fn. 68) 60; Provera (Fn. 68) 48; Bretone (Fn. 52) 67 - 69.

### 3.2.3. Die Bedeutung von *genus* und *species* in D 6.1.6

Was bedeuten nun die Schlüsselbegriffe *genus* und *species* im ersten Satz der Stelle? Zunächst könnte man an die Gegenpole Gattungssache und Einzelsache denken[77]. Damit wären bei jeder *rei vindicatio,* die Gattungssachen zum Gegenstand hat, diese in der *intentio* als *species* zu beschreiben. Eine solche Anforderung hätte jedoch die Vindikation von Gattungssachen fast immer scheitern lassen müssen. Überdies läßt Paulus zu, daß Sachteile[78] gefordert werden[79], worunter man auch die *vindicatio pro parte* bei Gattungssachen subsumieren kann, weshalb diese Interpretation nicht haltbar ist. Eine starre, von diesem Vorverständnis der Dichotomie *genus - species* ausgehende Deutung erfaßt also nicht einmal Paulus' Einleitungssatz richtig.

#### 3.2.3.1. *Species* als Synonym für *corpus nummorum*?

Die herrschende Lehre vermutet, daß der Pflicht zur Angabe der *species* nach der in D 6.1.6 geforderten Weise bei der Geldvindikation nur dann entsprochen werden konnte, wenn der Kläger einen bestimmten Geldvorrat, ein sog. *corpus nummorum* beanspruchte[80]. Als häufigster Fall einer solcherart abgrenzbaren Geldmenge

---

[77] So Wacke 92 und P. Sokolowski, Die Lehre von der Specification, SZ 17 (1896) 261; ders., Die Philosophie im Privatrecht 1 (1902) 77 versteht *species* als Verarbeitungsprodukt, das der Kläger nicht unter der Bezeichnung des Ausgangsmaterials fordern kann.

[78] Dazu Provera 38 - 40; Cromme (Fn. 68) 26, 132; H.-D. Spengler, Studien zur Interrogatio in iure (1994) 133 - 136.

[79] Nebeneinander stehen Miteigentumsanteile und Sachteile in weiteren Texten mit prozessualer Thematik, die sich mit der *pluris petitio* bzw. anderen Folgen der Bezeichung der Streitsache beschäftigen. S. Gai 4.53a; D 44.2.7 pr. (Ulp 75 ed) *Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. ... idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio.* ... (dazu Provera, Fn. 68, 35 und Cromme, Fn. 68, 28); D 50.16.25.1 (Paul 21 ed) *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.* (dazu Schermaier, Fn. 43, 158 f.)

Für die verfahrensvorbereitende *interrogatio in iure* über den Besitz des Beklagten vgl. D 11.1.20.1 (Paul 2 quaest) *In iure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit et quota ex parte fundum possideat. respondi: Iavolenus scribit possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat, ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.* (Dazu Spengler, Fn. 78, 144 - 149).

[80] Fuchs, Iusta causa 195 f.; Fuchs, *Consumptio* 127; Kaser 179 f.; A. Burdese, In tema di „consumptio nummorum", Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 51 (1953)

erscheint in den Quellen die *pecunia quae in arca est.* In Anschluß an Fritz Pringsheim[81] behauptet Wacke sogar, daß so bezeichnetes Geld zur *species* wurde. Der Ausgangspunkt dieser Aussage liegt in:

> D 30.30.6 (Ulp 19 Sab)
> *Item si legetur pecunia quae in arca est vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam, quoniam quotiens species legetur, cessare diximus.*

Ulpian behandelte ein Vermächtnis von Geld in einer Kasse oder Wein in einem Keller als Spezieslegat. Der für Gattungssachen geltende Grundsatz, daß der Erbe das Legat in drei Raten (*annua bima trima die*) erfüllen konnte[82], ist für Ulpian dann nicht anwendbar, wenn ein konkreter Vorrat vermacht war (*quoniam quotiens species legetur, cessare diximus*)[83]. Dann mußte die Gesamtmenge in einem geleistet werden wie eine Speziessache. Der Schluß, daß Geld, das sich in einer Kasse befand, damit generell aus der Kategorie der Gattungssachen ausschied und zur *species* wurde, übergeht den konkreten legatsrechtlichen Kontext von Ulpians Erörterung. In § 6 kommt Ulpian auf die schon im *principium*[84] kurz angerissene Frage zurück, bei welchen Sachen aufgrund dieser Klausel die Leistung in Raten möglich sein sollte. Er wiederholt in § 6 nur mit anderen Worten die schon im *principium* genannte Einschränkung, daß zusammengehörige Sachen (*corpora*) dieser Klausel nicht unterlägen. Statt *corpus* steht in § 6 für solche Sachen *species.*

---

273; Benedek (Fn. 5) 387; Klami (Fn. 21) 174 Fn. 1 (auf 175); Wacke 103 f.; Hasler 35, 46; Bauer (Fn. 12) 156.

Einen Harmonisierungsversuch zwischen der paulinischen Regel und der Summenvindikation des Octavenus versucht A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1 (1857) 247: „Quantitäten gelten für Eine Sache". In der zweiten Auflage (1873) 653 fehlt diese Aussage wieder; kritisch zur Erstauflage Bechmann (Fn. 24) 30 Fn. 4.

[81] Pringsheim (Fn. 21) 120; ähnlich zuletzt Bretone (Fn. 52) 128 Fn. 18 unter Hinweis auf einige der in Fn. 85 zitierten Texte.

[82] D 30.30 pr. (Ulp 19 Sab) *Talis scriptura: „quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est, eas heres meus annua bima trima die dato", ad corpora legata non pertinet, sed ad ea quae pondere numero mensura continentur.* Vgl. R. Astolfi, Studi sull'ogetto dei legati in diritto romano (1964) 153.

[83] Vgl. Th. Rüfner, Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensurae constant (2000) 62 f.

[84] S. Fn. 82.

Im Kontext gelesen illustriert D 30.30.6 nur den in zahlreichen anderen Texten des Legatsrechts anzutreffenden Grundsatz, daß Gattungssachen, die nicht *per mensuram* vermacht, sondern vom Erblasser näher konkretisiert worden waren (z.B. durch die Angabe des Aufbewahrungsortes)[85], seinem darin zum Ausdruck kommenden Willen folgend wie *species* zu behandeln waren[86]. Dieses Prinzip dahingehend zu generalisieren, daß *pecunia quae in arca est* immer, insbesondere auch zu Zwecken der Vindikation, als *species* galt, hat keine Berechtigung[87]. Eine Fixierung in der Terminologie, die allenfalls in diese Richtung weisen könnte, fehlt sogar innerhalb des Fragments D 30.30 (*corpus* - *species*). Gegen eine Verallgemeinerung oder die Annahme, daß bei der *rei vindicatio* genauso entschieden wurde, sprechen weiters die unterschiedlichen Rechtsfolgen ungenauer Bezeichnungen im Legatsrecht und bei der Vindikation: Ein ungeschickt formuliertes Legat konnte im Wege der Interpretation aufrecht erhalten werden, während die Vindikation an einer ungenauen *intentio* spätestens im Beweisverfahren scheitern mußte[88].

### 3.2.3.2. *Species* nach der *definitio* des Octavenus

Die Bedeutung der Begriffe *genus* und *species* in D 6.1.6, insbesondere im Hinblick auf die für eine *vindicatio nummorum* notwendigen Angaben in der *intentio*,

---

[85] D 30.34.4 (Ulp 21 Sab) ... *si non certum corpus nummorum saepius sit relictum, ut puta centum, quae in arca habet* .... D 30.51 (Pap 4 quaest) *Sed si certos nummos (veluti quos in arca habet)* ... , *non numerata pecunia* ... D 30.108.10 (Afr 5 quaest) *Qui quinque in arca habebat ita legavit vel stipulanti promisit „decem quae in arca habeo"* ... D 33.4.1.7 (Ulp 19 Sab) ... *nam et si quis ita legaverit „centum quae in arca habeo"* ... D 35.2.30.4 (Maec 8 fideic) *Certis vero corporibus et his ipsis ita relictis: „pecuniam, quam in illa arca"* ... D 45.1.37 (Paul 12 Sab) *Si certos nummos, puta qui in arca sint,* ... Ein Hinweis auf Geld in einer *arca* kann auch einfach nur eine Summenangabe ersetzen vgl. neben den zitierten Texten auch D 18.1.7.1 (Ulp 28 Sab) ... *„quantum pretii in arca habeo"*.

Dieselben Grundsätze betrafen alle vertretbaren Sachen gleichermaßen: D 31.8.2 (Paul 9 ad Plaut) *Si quis legaverit ex illo dolio amphoras decem* .... und D 35.2.30.4 (Maec 8 fideic) *Certis vero corporibus et his ipsis ita relictis: „pecuniam, quam in illa arca", „vinum, quod in illis doleis", „pondus argenti, quod in illis horreis habeo"* ...

[86] Voci, DER II/2 264; N. Benke, In sola prudentium interpretatione, in: B. Feldner/N. Forgó (Hg.), Norm und Entscheidung (2000) 36 - 38; Rüfner (Fn. 83) 38 f.

[87] Ob eine Sache als vertretbar anzusehen war, bestimmte sich sowohl nach objektiven als auch nach subjektiven Kriterien; Rüfner (Fn. 83) 24 - 71.

[88] Vgl. D 30.32.1 (Ulp 20 Sab) *Si quis plures Stichos habens Stichum legaverit, si non apparet, de quo Sticho sensit, quem elegerit debet praestare.* mit D 6.1.5.5 (oben in Fn. 69).

erschließt sich nicht aus theoretischen Überlegungen oder postulierten Axiomen, sondern aus der Kasuistik in dem als *definitio* eingeführten Zitat aus Octavenus[89]. Dieser Teil des Textes betrifft auch allein die *rei vindicatio.* Octavenus erörterte konkrete Fälle und entwickelte unterschiedliche Anforderungen an die *designatio rei,* wobei er bei Gegenständen aus demselben Material nach den Verarbeitungszuständen differenzierte und bei *materia infecta* die Mengenangabe, bei *materia signata* die Zahlenangabe und nur bei *materia facta* die Nennung der *species* verlangte.

Inhaltlich bewegen sich diese Äußerungen nicht auf dem theoretisch-abstrakten Niveau von Paulus' Einleitung. Es handelt sich vielmehr um konkrete Beispiele aus der Prozeßpraxis, um Anleitungen, wie genau der Kläger sein Begehren *in iure* zu konkretisieren hat (*dicere*). Darauf deutet insbesondere die mehrfache Verwendung der Ausdrücke *petere* und *petitio* hin, die man – an einen Gedanken von Franco Casavola anknüpfend[90] – als Hinweise auf ein Verhalten des Klägers bei der *litis contestatio* verstehen darf[91]. Mithin erfahren wir durch Octavenus, wie genau die Angaben in der Praxis aussahen bzw. aussehen sollten. Darin zeigt sich, daß der Paulus-Text ab dem Octavenus-Zitat auf die *rei vindicatio* selbst Bezug nimmt und nicht mehr dem *vadimonium* gilt.

Die Funktion der *definitio* des Octavenus besteht vor allem in der wesentlichen Einschränkung des im ersten Satz niedergelegten Grundsatzes[92]. Damit wirkt der Text geradezu als Illustration des antinormativen Regelverständnisses des Sabinus, von dem Paulus in D 50.17.1 berichtet[93]: Im ersten Satz wurde ein Grund-

---

[89] Er lebte um die Wende zum 2.Jh.n.Chr. (Kunkel 150 f.).

[90] F. Casavola, Actio petitio persecutio (1965) 99 f.; die Stelle selbst fehlt bei Casavola. Kritisch zur Tendenz von Casavola, generell einen technisch fixierten Sprachgebrauch anzunehmen, die Rez. von H. Hausmaninger, TR 36 (1968) 152 f.; weiters Kaser/Hackl 236 Fn. 32.

[91] S. auch Kaser/Hackl 232.

[92] Es fällt aber auch auf, daß sich Octaven nicht immer nur mit der Nennung der *species* begnügt, sondern manchmal auch weitere Angaben verlangt, soweit diese tunlich sind.

[93] D 50.17.1 (Paul 16 Plaut) *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.* Dazu zuletzt N. Forgó,

satz prägnant formuliert (*brevis rerum narratio*). Die anschließend aufgeführten praktischen Fälle des Octavenus zeigten aber sofort die Grenzen der weitgefaßte Allgemeinaussage auf. Insoweit die 'Regel' des ersten Satzes die Vielfalt der Kasuistik nicht adäquat wiedergab, war sie ohne Bedeutung (*perdit officium suum*)[94]. Wenngleich das Octavenus-Zitat keine *definitio* oder *regula* im technischen Sinn darstellte[95], darf man aus ihrer Benennung durch Paulus als *definitio* vermuten, daß Paulus dabei die Diskussion um die *regula* vielleicht mitbewußt war, und er diesen Satz nicht als alleingültigen Grundsatz verstanden wissen wollte. Erst der Rückgriff auf die Kasuistik gab dem verallgemeinernden Grundsatz des ersten Satzes seine notwendigen Grenzen und Konturen.

### 3.2.3.3. Die Terminologie *genus - species* bei Edelmetallegaten

Ausgangspunkt von Octavenus' Definitionsversuch ist der Begriff *materia,* der in D 6.1.6 für Metall steht[96]. Zahlreiche weitere Texte teilen Metalle nach dem Verarbeitungszustand in *factum*, *infectum* und *signatum* ein. Sie finden sich im Legatsrecht des Digestentitels 34.2 *De auro argento mundo ornamentis unguentis*

---

„*Omnis definitio in iure civili periculosa est: Parum est enim ut non subverti posset*" - Alte Fragen und altertümliche Antworten zur (modernen) juristischen Methodologie, in: A. Thier/I. Pfeifer/Ph. Grzimek (Hg.), Kontiuitäten und Zäsuren in der europäischen Rechtsgeschichte (1999) 32.

[94] Dazu O. Behrends, Die Causae coniectio der Zwölftafeln und die Tatbestandsdisposition der Gerichtsrhetorik, SZ 92 (1975) 168.

[95] Vgl. D. Behrens, Begriff und Definition in den Quellen, SZ 74 (1959) 355 und R. Martini, Le definizioni dei giuristi romani (1966) 71; a.A. wohl Schermaier (Fn. 43) 278 f.; zuletzt M.A. Messana, Sui *libri definitionum* di Emilio Papiniano, APal 45 (1998) 71.

[96] *Species* kann auch die Form im Unterschied zum Material (*materia*) bezeichnen. D 41.1.7.7 (Gai 2 rer cott) *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.* Zum Text Schermaier (Fn. 43) 198 - 206; 231 - 240.

*veste vel vestimentis et statuis legatis*[97]. Es geht in ihnen um die Ermittlung des Inhalts von Legaten, die durch Formulierungen wie *aurum/argentum omne* oder *aurum/argentum factum* umschrieben wurden[98]. Ob zum Nachlaß gehörendes Geld unter diese Sammmelbezeichnung fiel, wird mehrfach erörtert.

> D 34.2.19 pr. (Ulp 20 Sab)[99]
> *Cum aurum vel argentum legatum est, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur sive factum sive infectum: pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri.*

> D 34.2.27.1 (Ulp 44 Sab)
> *An cui argentum omne legatum est, ei nummi quoque legati esse videantur, quaeritur. et ego puto non contineri: non facile enim quisquam argenti numero nummos computat. item argento facto legato puto, nisi evidenter contra sensisse testatorem appareat, nummos non contineri.*

> D 34.2.27.6 (Ulp 44 Sab)
> *Argentum factum recte quis ita definierit quod neque in massa neque in lamna neque in signato neque in supellectili neque in mundo neque in ornamentis insit.*

Diese Texte unterscheiden zu Geld gemünztes Metall stets, ob nun zur Verdeutlichung von *pecunia* o.ä. die Rede ist oder die eher generische Benennung *argentum signatum* Verwendung findet, als eigenes *genus* von *argentum* im

---

[97] Weiters Isid.orig. 16.18.13.

[98] Hasler 72 - 74; Voci, DER II/2 290 - 292; Schermaier (Fn. 43) 249 - 251.

[99] R. Astolfi, I libri tres iuris civilis di Sabino (1983) 213 und Schermaier (Fn. 43) 287 f. schreiben den Text Sabinus allein zu.

weiteren Sinn[100]. Die klassischen Juristen[101] subsumierten Geld nicht mehr unter die Oberbegriffe *argentum omne* oder *argentum factum*[102]. Zu den *genera aurum/argentum signatum* zählte das gesamte geprägte Edelmetall und nicht allein als Zahlungsmittel dienendes römisches Geld[103].

---

[100] Ansätze zu einer gewissen erhöhten Vertretbarkeit ergeben sich daraus, daß es sich bei Geld dennoch um *argentum* im weitesten Sinne handelte. Daher konnte sich der Erbe von der Pflicht zur Leistung einer Silbermenge durch eine im Wert gleichhohe (aber nicht gleichschwere) Geldzahlung befreien.

D 34.2.1.1 (Pomp 6 Sab) *Cui certum pondus argenti dare heres iussus sit, ei pecuniam numeratam dando iure ipso liberatur, si in ea pecunia eadem aestimatio fuerit: quod ita verum est, si non certum genus argenti legatum sit.*

D 34.2.9 (Mod 9 reg) *Cum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed pretium praesentis temporis praestari debet.*

D 34.2.35 (Paul 14 resp) *„Titiae amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo": quaero, an heredes ad praestationem integrae materiae auri an ad pretium et quantum praestandum compellendi sint. Paulus respondit aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. (1) Item quaero, si lite contestata praetor ita pronuntiavit, ut materia praestetur, an tutores audiendi sint ab hac sententia pupillum, adversus quem pronuntiatum est, apud successorem eius in integrum restituere volentes. Paulus respondit praetorem, qui auro legato certi ponderis materiam praestari iussit, recte pronuntiasse videri.*

[101] Die Unterscheidung von *argentum factum* und *infectum* war jedenfalls schon Qu. Mucius geläufig; s. D 34.2.27 pr. (Ulp 44 Sab) *Quintus Mucius libro secundo iuris civilis ita definit argentum factum vas argenteum videri esse.* (weiters auch D 34.2.19.9, Ulp 20 Sab).

Daß Quintus Mucius *argentum factum* nur auf silberne Gefäße eingeschränkt hätte, wie dies C.A. Maschi, Studi sull'interpretazione dei legati (1938) 30 behauptet, wird von A. Dell'Oro, Le cose collettive nel diritto romano (1963) 193 Fn. 3 und U. John, Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo (1970) 90 mit Recht zurückgewiesen. Eine andere Frage ist, ob Quintus Mucius daneben auch schon *argentum signatum* als eigene Kategorie anerkannte (vorsichtig dafür H.J. Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, 46).

[102] Ulpian D 34.2.27.1 (Ulp 44 Sab) läßt eine Kontroverse in diesem Punkt erkennen. Der Nachsatz, daß Geld nur dann zum *argentum factum* zu zählen sei, wenn der abweichende Wille des Erblassers deutlich sei, erweist sie aber als überwunden: *An cui argentum omne legatum est, ei nummi quoque legati esse videantur, quaeritur. et ego puto non contineri: non facile enim quisquam argenti numero nummos computat. item argento facto legato puto, nisi evidenter contra sensisse testatorem appareat, nummos non contineri.*

Das offene Diskussionsstadium dokumentieren Cic.top. 13 *Nam quid interest, cum hoc sumpseris, pecuniam numeratam mulieri deberi cui sit argentum omne legatum, utrum hoc modo concludas argumentum: Si pecunia sigata argentum est, legata est mulieri. Est autem pecunia signata argentum; legata igitur est; an illo modo: Non et legatum argentum est et non est legata numerata pecunia. Legatum autem argentum est; legata igitur numerata pecunia est?* und Quint.inst.or. 5.10.62; 5.14.26 (Argumentation wie bei Cicero) gegen Quint.inst.or. 5.11.33 (wie Ulpian).

Bei Ciceros juristischem Lehrer Servius findet sich zwar nur die Unterscheidung in *argentum factum* und *infectum* in D 34.2.27.3 (Ulp 44 Sab); dazu Dell'Oro (Fn. 101) 191 f.; John (Fn. 101) 91; Wieling, (Fn. 101) 43 f.; Benke (Fn. 86) 162. Ob man daraus und Cic.Top. 13 entnehmen kann, daß noch Servius *argentum signatum* zum *argentum factum* rechnete, erscheint eher fraglich. Mangels hinreichender Belege läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, wann sich die Trichotomie (*factum - infectum- signatum*) endgültig durchsetzte (vgl. auch Fn. 101).

[103] S. Hasler 73.

D 34.2.27.4 (Ulp 44 Sab)

*... si autem aurum vel argentum signatum legatum est, id pater familias videtur testamento legasse, quod eius aliqua forma est expressum, veluti quae filippi sunt itemque nomismata et similia.*

Diese Terminologie beherrschte nicht nur, wie es aufgrund der Digestenüberlieferung heute scheinen mag, das Legatsrecht. Die Hauptfundstelle im Titel 34.2, die diese Diskussionen bewahrt, nämlich D 34.2.27 (Ulp 44 Sab), stammt palingenetisch aus jenem Abschnitt des Sabinuskommentars, in dem sich Ulpian der Kommentierung des ädilizischen Edikts widmete. Worin der ursprüngliche thematische Zusammenhang mit diesem Edikt bestand, ist heute allerdings nicht mehr auszumachen[104]. Für die Juristen war Geld also weder Teil von *aurum/ argentum (omne)* noch von *aurum/argentum factum*, sondern ein eigenes *genus*.

Der Gegenbegriff *species* fungierte bei Silber- oder Goldlegaten zur Hervorhebung eines bestimmten Gegenstandes aus dem *genus argentum/aurum omne*[105]. Jedoch ist der terminologische Gegensatz hier noch keineswegs verfestigt. Um sie von *argentum/aurum omne* zu unterscheiden, konnten Metallgegenstände auch nach anderen Kriterien einem Subgenus zugeordnet werden[106]. Das Wort *genus* wurde den Juristen ebenso gebraucht, um zwischen vermachten Metallgegenständen

---

[104] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 2915 Fn. 1; Voci, DER II/2 290 Fn. 94. Lenel spekuliert, daß die kurulischen Ädilen vielleicht den Edelmetallhandel überwachten.

[105] D 34.2.9 (Modestinus 9 regularum) *Cum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit ...* D 34.2.15 (Scaev 15 dig) *Species auri et argenti Seiae legavit et ab ea petit in haec verba: „A te, Seia, peto, ut quidquid tibi specialiter in auro argento legavi ...“* D 34.2.18 pr. (Scaev 22 dig) *Qui uxori suae legaverat bonorum suorum decimam et mancipia et species argenti quas expresserat ...* D 34.2.18.2 (Scaev 22 dig) *Mulier testamento et postea codicillis multas species vestis argenti, quas vel ipsa se confecisse vel habere significavit, specialiter per fideicommissum reliquit ...* D 34.2.19.13 (Ulp 20 Sab) *Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. et ait Sabinus auro argentove cedere: ei enim cedit, cuius maior est species. quod recte expressit: semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. cedent igitur gemmae, fialis vel lancibus inclusae, auro argentove.* D 34.2.38 pr. (Scaev 3 resp) *Titia testamento, item codicillis multas species tam argenti quam vestis specialiter per fideicommissum reliquit: quaero an non aliae species legato cedant, quam quae in hereditate inventae essent. ...*

[106] D 34.2.1 pr. (Pomp 6 Sab) *Si alii vestimenta, alii vestis muliebris separatim legata sit, detractis muliebribus et ei adsignatis, cui specialiter legata sunt, reliquum alteri debetur. idem est, cum alteri mundus muliebris, alteri argentum omne legatum esset, de argento quod in mundo esset. ...*

zu unterscheiden, die der Erblasser unterschiedlichen Verwendungszwecken zugeordnet hatte[107].

Die Texte zum Legatsrecht haben den Schluß, daß *genus* und *species* im juristischen Sprachgebrauch stets eine strikte Dichotomie im Sinne der sachenrechtlichen Kategorien ausdrückte, keineswegs erhärtet. Ob diese Quellen einen auch für andere Rechtsgebiete repräsentativen Befund zeigen, könnte man jedoch aus zwei Gründen in Frage stellen: Die Bedeutungsvarianten im Legatsrecht waren auf die *voluntas testatoris,* den individuellen Sprachgebrauch des Erblassers oder auf konkrete Formulierungen in Testamenten rückführbar. Neben dem schwankenden Sprachgebrauch der Testamentspraxis könnte immerhin eine strikte und fachsprachlich eindeutige Terminologie der Juristen existiert haben. Da aber nicht einmal in einem auf systematische Darstellung angelegten Werk wie den Institutionen des Gaius eine konsequent eingehaltene Terminologie zu beobachten ist[108], erscheint dies unwahrscheinlich. Der andere Grund, der gegen die Annahme spricht, daß die Ausdrucksweise nur im Legatsrecht uneinheitlich war, ist der ungeklärte palingenetische Ursprung der einschlägigen Texte in D 34.2. Es ist zumindest unsicher, ob ihr originaler Zusammenhang ein rein legatsrechtlicher war. Daher darf man aus ihnen ruhig die Schlußfolgerung ziehen, daß den klassischen Juristen ein auf die Antithese Speziessache-Gattungssache fixierter Sprachgebrauch von *species* und *genus* im allgemeinen fremd war.

Aufschlußreich ist, daß die Sachverhalte der legatsrechtlichen Texte der Kasuistik in D 6.1.6 entsprechen[109]. Diese Parallelen könnten vermuten lassen, daß

---

[107] D 34.2.28 (Alf 7 dig) *Cum in testamento alicui argentum, quod usus sui causa paratum esset, legaretur, itemque vestis aut supellex, quaesitum est, quid cuiusque usus causa videretur paratum esse, utrumne id argentum, quod victus sui causa paratum pater familias ad cotidianum usum parasset an et si eas mensas argenteas et eius generis argentum haberet, quo ipse non temere uteretur, sed commodare ad ludos et ad ceteras apparationes soleret. et magis placet, quod victus sui causa paratum est, tantum contineri.*

D 34.2.32.2 (Paul 2 Vitell) *Argento potorio vel escario legato in his, quae dubium est cuius generis sint, consuetudinem patris familias spectandam, non etiam in his, quae certum est eius generis non esse.*

[108] M. Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch (1960) 111 - 113; R. Martini, Genus e species nel linguaggio gaiano, Synt. Arangio-Ruiz (1964) 462 - 468.

[109] Vereinzelt legen legatsrechtliche Texte sogar strengere Maßstäbe an. So ist von *species* in Fällen die Rede, in denen nicht immer eindeutig ist, ob es sich um *materia facta* handelt (oben Fn. 105), wofür nach D 6.1.6 die bloße Mengenangabe ausreichend gewesen wäre. Aufgrund der *voluntas testatoris* konnte auch

Octavenus' *definitio* im Zusammenhang mit Fragen des Legatsrechts stand[110]. Das Problem der *designatio rei* stellte sich bei Vindikationslegaten von Edelmetall genau in der von Octavenus behandelten Form. Es ist sogar denkbar, daß gerade bei Vindikationslegaten Angaben in der *intentio* sich u.U. auf die bloße Angabe eines *genus* beschränken konnten (unten S. 69). Sollte das Anschauungsmaterial diesem Problemfeld entnommen sein, dann wohl deswegen, weil sich das Problem von nur generisch bezeichenbaren Vindikationsgegenständen bei Vindikationslegaten am besten exemplifizieren ließ. Wenn Paulus anhand dieser Fälle allgemeine Aussagen zur *rei vindicatio* traf, bedeutete dies nicht, daß er dazu von an sich strengeren Grundsätzen abwich, die bei der *rei vindicatio* im allgemeinen galten[111].

Die Texte, die von *per vindicationem* vermachten Geld handeln, bieten keine zusätzlichen Hinweise, aus denen zu erschließen wäre, daß bei solchen Vindikationslegaten eine Individualisierung in anderer Form als einer Summenangabe erforderlich war[112]. Vergleicht man die Behandlung von Edelmetallegaten und die von Octavenus aufgezählten Individualisierungskritierien in D 6.1.6 im allgemeinen, so scheint es, daß Octavenus die gängigen Standards der Praxis wiedergab.

Damit wird man das hier kritisierte, aber herrschende Verständnis von D 6.1.6 auch nicht dadurch retten können, indem man dem paulinischen Einleitungssatz mehr Gewicht zumißt als der Äußerung von Octavenus und diese im Sinne der paulinischen Einleitung einschränkt.

---

*materia infacta* als *species* behandelt werden. Verallgemeinerungsfähige Kriterien zur Konkretisierung von *genus*-Sachen zeigen auch diese Texte nicht. Zu strengeren Anforderungen bei der *actio depositi* s. Fn. 114.

[110] Daß der in der Palingenesie vorangehende Text der *hereditatis petitio* gilt, hat angesichts der Digestenordnung und der geringen Überlieferung aus dem Werk des Octavenus wohl keinen Beweiswert. S. Lenel, Pal. I, Octavenus Nr. 4 und 5.

[111] Schermaier (Fn. 43) 276 möchte den Unterschied zwischen der *designatio rei* bei der *rei vindicatio* und im Legatsrecht darin sehen, daß für den Prozeß allein objektive Kriterien ausschlaggebend sein konnten: „Die vom Kläger genannte Beschreibung, mußte genau der streifbefangenen Sache entsprechen." Daß die vom Prätor erlassene Formel nicht dem subjektiven Sprachgebrauch des Klägers folgte, bedeutet nicht, daß die Anforderungen an die Genauigkeit der Beschreibung der Sache deswegen strenger sein mußten.

[112] Kein Text verlangt zusätzliche faktische Voraussetzungen, z.B. die Angabe einer *arca*.

### 3.3. Die Angaben für die *intentio* der *rei vindicatio*

Zusammenfassend ergibt sich für D 6.1.6 folgendes: Bei Paulus haben *genus* und *species* keineswegs einen starren, auf die sachenrechtliche Kategorisierung abzielenden Sinn. Liest man den Einleitungssatz von D 6.1.6 im Zusammenhang mit Octavenus' *definitio,* bestätigt sich Martin Schermaiers Beobachtung, daß Paulus *species* als Gegenstück zu *genus* verstand, während Octavenus *species* und *materia* gegenüberstellte. Somit muß „*species* beide Male etwa dasselbe" bedeuten und zwar, „welcher 'Form', welcher Art von Gegenständen, die betreffende Sache angehört"[113]. Die Forderung nach Angabe der *species* bedeutete also nicht, daß eine vindizierte Gattungssache anhand ihrer individuellen Merkmale von anderen zu differenzieren war, sondern nur, daß neben dem *genus*, soweit das nach den Gegebenheiten des Falles tunlich war, weitere Elemente zur Konkretisierung herangezogen werden sollten. Die gleiche Bedeutung von *species* findet man auch sonst, wenn das Wort für die Bezeichnung einer eingeklagten Sache verwendet wurde[114].

Aber selbst wenn man daran festhalten möchte, daß hinter den im ersten Satz von D 6.1.6 verwendeten Begriffen die landläufigen sachenrechtlichen

---

[113] Schermaier (Fn. 43) 278. In diese Sinne bereits M. Talamanca, Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani, in: La filosofia greca e il diritto romano II (Accademia nazionale dei Lincei; 1977) 282 Fn. 762.

[114] Z.B. bei den für eine *actio depositi* nötigen Angaben über die eingeklagte Sache: D 16.3.1.40 (Ulp 30 ed) *Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem an et pondus complecti debeat? et magis est, ut utrumque complectatur, scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo et materiam et pondus addendo. sed et si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adiciendum salvo eo, ut, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur.* Zur *pluris petitio* bei der *actio depositi* s. Sacconi (Fn. 68) 152; gegen die Angriffe der Textkritik Schermaier (Fn. 43) 280 f.

Bemerkenswert sind die höheren Anforderungen bei einer *actio in personam* gegenüber einer vergleichbaren *actio in rem* nur dann, wenn man unterstellt, daß für *actiones in rem* besonders strenge Anforderungen galten. Ansonsten kann man nur die Beobachtung wiederholen, daß der Umfang der Präzisierungspflicht sich am praktisch Möglichen und u.U. Notwendigen orientierte (z.B. wenn Schüsseln von mehreren Personen bei dem Goldschmied hinterlegt waren). Die im Regelfall wahrscheinlich schwierige Gewichtsangabe kann durch eine Eidesleistung ersetzt werden. Ein anderer Grund dafür, daß neben der Form (*species*) auch auf das Gewicht abgestellt wurde, mag sein, daß es oft nur auf das Edelmetallgewicht ankam; solche Schalen dienten weniger als Gebrauchsgegenstände, denn als Wertanlage. So boten die Bundesgenossen, die im zweiten punischen Krieg Rom freiwillig zur Deckung der Kriegskosten beitragen wollten, zu diesem Zweck Schüsseln aus Edelmetall an (Liv. 21.32; 21.36.9).

Eine prinzipielle Differenzierung hinsichtlich der Beschreibung der Sache danach, ob jemand seine Sache mittels *rei vindicatio* oder *actio depositi* verlangte, machte auch praktisch keinen Sinn. Wesentlich war, daß

Kategorien stehen, zwingt die Betrachtung der von Octavenus formulierten *definitio* dennoch zur Aufgabe der Ansicht, daß die Individualisierungserfordernisse bei der Vindikation von *genus*-Sachen in der Praxis besondere Probleme aufwerfen mußte. Wie bei jeder Klage diente die *intentio* der *rei vindicatio* zur umfangmäßigen Beschreibung des im Prozeß geltendgemachten Anspruchs. Bei der *rei vindicatio* ergab sich dieser aus der Sache, die der Kläger als sein Eigentum beanspruchte, und die Formulierung in der *intentio* variierte nach Art der geforderten Sache: *Species*, da individualisierbar, waren möglichst genau, u.U. durch zusätzliche Angaben neben der Benennung der *species* zu beschreiben. Nach den gleichen Grundsätzen verfuhr die Praxis bei *genus*-Sachen. Bei diesen verlangte man die nach der Art der Sachen mögliche Individualisierung: die Beschreibung des *genus* und die Angabe der beanspruchten Menge. Auch dieser Gedanken klingt bei Paulus im Einleitungssatz von D 6.1.6 an, in dem neben der *designatio rei* auch der unter Umständen grundsätzlich erforderlichen Mengen- bzw. Anteilsangabe gedacht ist.

Obgleich Paulus von *species* spricht, darf nicht gefolgert werden, daß die Vindikation von *genus*-Sachen mehr als die verkehrsübliche Konkretisierung verlangte. Bei Gattungssachen erfolgte eine solche definitionsgemäß nur durch die jeweils üblichen Mengen-, Gewichts- oder Größenangaben[115]. Es wäre unverständlich (und im Ergebnis unsinnig), für die *intentio* einer *rei vindicatio* andere, aber zugleich wesentlich strengere Kriterien anzulegen als im sonstigen Rechts- und Wirtschaftsverkehr[116]. Die Anforderungen in D 6.1.6 entsprechen, wie Giuseppe

---

die Sache so beschrieben wurde, daß sie von anderen, die sich im Besitz des Beklagten befanden, unterschieden werden konnte.

[115] Zur *actio furti* vgl. D 47.2.52.25 (Ulp 37 ed) *Si linea margaritarum subrepta sit, dicendus est numerus. sed et si de vino furti agatur, necesse est dici, quot amphorae subreptae sint. si vasa subrepta sint, numerus erit dicendus*. Die Kriterien waren dieselben wie in D 6.1.6, obwohl man bei einer Deliktsklage im Interesse des Beklagten (*odium furum*!) auch eine strenge Beschreibung verlangen mußte. Das war aber ein Punkt, der nicht über die Gewährung der Klage, sondern über deren Erfolg entschied und im Beweisverfahren relevant wurde. Vgl. oben Fn. 66.

[116] Beim Kauf von *genus*-Sachen geht bekanntlich die Gefahr erst auf den Käufer über, sobald die Kaufsache individualisiert und damit die gleiche Situation eingetreten ist wie beim Kauf einer *species*. Dazu reicht die Festlegung von *quid, quale, quantum*.

Provera ausführt, dem nach den Umständen üblichen „commune criterio di valutazione economico sociale“[117].

Diese Folgerungen werden die Ausführungen Ulpians zur *actio furti* bestätigt.

> D 47.2.19 pr. (Ulp 40 Sab)
> *In actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intellegi. (1) De pondere autem vasorum non est necesse loqui: sufficiet igitur ita dici „lancem“ vel „discum“ vel „pateram“: sed adscribenda etiam materia est, utrum argentea an aurea an alia quae sit. (2) Quod si quis argentum infectum petat, et massam argenteam dicere et pondus debebit ponere. (3) Signati argenti numerum debebit complecti, veluti aureos tot pluresve furto ei abesse. (4) De veste quaeritur, an color eius dicendus sit. et verum est colorem eius dici oportere ut, quemadmodum in vasis dicitur patera aurea, ita et in veste color dicatur. plane si quis iuret pro certo se colorem dicere non posse, remitti ei huius rei necessitas debet.*

Der Kläger mußte die ihm gestohlene Sache so beschreiben, *ut possit intellegi,* damit sie der *iudex* im Verfahren erkennen konnte[118]. Bei *materia facta* bedeutete das die Angabe von *materia* und *species,* bei *materia infecta* der Menge (des Gewichtes). Für Geld betonte auch Ulpian, daß die Angabe der Anzahl der gestohlenen Münzen ausreichte (*signati argenti numerum debebit complecti, veluti aureos tot pluresve furto ei abesse.*). Generell konnten nähere Angaben dem Kläger,

---

[117] Provera (Fn. 68) 31 geht grundsätzlich dennoch davon aus, daß diese Anforderungen zu einem „onere di precisione assoluta“ führten (32), das ein Ausweichen auf generische Bezeichnungen mit wenigen Ausnahmen (z.B. *vindicatio incertae partis*) ausschloß (186); in diesem Sinn auch Cromme (Fn. 68) 24 - 26. Sacconi (Fn. 68) 61 entnimmt D 6.1.6 die Pflicht, die Sache „esattamente ed esaurientemente“ zu beschreiben (61). Kaser (Fn. 58) 264 spricht von einer Pflicht zur genauen Präzisierung; Bürge 19 von recht strengen Anforderungen, aber ohne „schikanöse Erbsenzählerei“; offener dagegen M. Marrone, Rivendicazione (diritto romano), ED 41 (1989) 13 „bisognava indicare la cosa rivendicata, insieme ad elementi che ne consentissero l'identificazione“ und „precisare quanto necessario“ (14).

[118] Vgl. oben in Fn. 66.

der dazu nicht im Stande war, bei Eidesleistung nachgesehen werden[119]. Grundsätzlich machte es für die Angaben in der *intentio* also keinen Unterschied, ob der Eigentümer wegen des Diebstahls seiner Sachen klagen oder er seine Sachen mittels *rei vindicatio* zurückerhalten wollte[120]. Daß der Kläger Geld in besonderer Weise individualisieren mußte, geht auch aus diesem Text nicht hervor. Auch bei der *actio furti* knüpften diese Angaben an der vorprozessualen Interaktion der Parteien an[121].

### 3.4. Die Angaben bei der *vindicatio nummorum*

Diesen Grundsätzen entsprechend reichte Octavenus für die Vindikation von *materia signata* eine Mengenangabe. Dabei orientierte sich der Jurist an den im Verkehr üblichen Kriterien. Bei Geld bedeutete das die Summenangabe. D 6.1.6 bietet damit ein weiteres Beispiel für den Pragmatismus, mit dem die römischen Juristen Rechtsprobleme des Geldverkehrs lösten.

Überhaupt verraten die Schriften der Juristen eine fundierte Auseinandersetzung mit den wirtschaftlichen Funktionen des Geldes[122]. Im Vordergrund stand dabei stets, wirtschaftlich praktikable Lösungen zuzulassen, selbst wenn diese auf Kosten von beachtlichen Abweichungen von schuld- und sachenrechtlichen Prinzipien gingen.

---

[119] Vgl. auch in Fn. 114.

[120] Von der stillschweigenden Annahme, daß *actiones in rem* strengere Voraussetzungen kannten, geht auch Schermaiers Analyse dieses Textes aus (Fn. 43, 281): „Der Gegenstand muß nicht wie bei den sachverfolgenden Klagen oder bei der *actio depositi* unverwechselbar bestimmt werden. Als Grundlage für eine wertmäßige Verurteilung genügte es, daß der Kläger angab, von welcher Art die ihm entwendete Sache war. Seine Angaben dienten ja nicht dazu, die eingeklagte Sache als seine zu individualisieren, sondern dazu, eine Grundlage für die Geldverurteilung (als *duplum*) zu schaffen."

Auch wenn es in der *actio furti* (wie übrigens in jeder Klage) um die Verurteilung auf eine Geldsumme geht, kann nicht darüber hinweggesehen werden, daß sich der Betrag nach dem Wert der *in concreto* gestohlenen Sache richtet. Daß bei einer infamierenden Strafklage kein Nachweis gefordert wurde, welche Sache gestohlen worden war, ist *per se* undenkbar, und wird durch D 47.2.48 pr. (oben Fn. 66) widerlegt. Schermaier (a.a.O.) 281 f. erklärt die Abweichungen zwischen den Anforderungen an die *actio depositi* und die *actio furti* aus den besonderheiten der jeweiligen *taxatio.*

[121] Bürge 19 f.

[122] S. vor allem Hasler passim. Von „scarsa attenzione verso i problemi monetari da parte di giuristi" spricht dagegen G. Melillo, Economia e giurisprudenza a Roma (1978) 51.

Geld zählte zu den vertretbaren körperlichen Sachen[123]. Wie auch heute lag bei Geld eine erhöhte Vertretbarkeit vor: Münzen unterschiedlichen Nennwertes waren schuldrechtlich untereinander voll vertretbar[124], Geldschulden waren Wertschulden[125], die grundsätzlich mit beliebigen Münzen erfüllbar waren[126]. Diese schuldrechtlichen Prinzipien beeinflußten auch Sonderregeln für Geld im Sachenrecht. Auf diesem Gebiet gerieten die Konsequenzen des Sachcharakters von Geld[127] in eklatanten Konflikt mit der Forderung nach der Geld wesensgemäßen „erhöhten Vertretbarkeit". Für praktisch einfache Lösungen verzichteten die Juristen teilweise auf die Beachtung sachenrechtlicher Prinzipien und durchbrachen die auf das Einzelobjekt, d.h. die Sachindividualität der einzelnen Münzen, abstellende Strenge des Sachenrechts zugunsten eines primär die Zuordnung des Geldwertes berücksichtigenden Sonderregimes[128]. Sachenrechtliche Prinzipien wurden aufgeweicht, um zu einer ähnlichen Flexibilität wie im Schuldrecht zu gelangen.

Ansätze zur Anerkennung der erhöhten Vertretbarkeit im Sachenrecht werden beim Miteigentum am augenfälligsten: Bezahlte jemand mit Münzen, die im

---

[123] IJ 2.2.2 *... et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia* ... Vgl. Hasler 26; Kaser 171 f.; differenzierend jüngst Bretone (Fn. 52) 132 f.

[124] Insoweit ein Fall der rechtlich unerheblichen Varianz der *appellatio* D 45.1.65.1 (Flor. 8 inst.) *Sed et si in rei quae promittitur aut personae appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis.* Dazu Hasler 30 und S. Querzoli, Il sapere di Fiorentino (1996) 235 f.

[125] Hasler 29 f.

[126] Zu der in D 46.3.99 (Paul 4 Resp: *Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit.*) angesprochenen Ausnahme s. Hasler 30.

[127] Diesen Aspekt bei der rechtlichen Behandlung von Geld rückt Kaser 171 f., 176 und RPR I 385 Fn. 9 besonders in den Vordergrund; ebenso Benedek (Fn. 5) 387. Die Abschwächungen dieses Grundsatzes betonen dagegen Fuchs, *Consumptio* 129; Hasler 33 f. und Wacke 112. Zu den wirtschaftshistorischen Hintergründen Bürge, Geld (Fn. 21) 132 - 135.

Vgl. schon die Ausführungen bei G.F. Puchta, Cursus der Institutionen 2[10] (1875) 223 Fn. b: „Geldstücke sind 1) Sachen wie andere, als solche sind sie Gegenstände der Vindication, 2) Repräsentanten eines Werths, indem sei eine Geldsumme darstellen, die keinen Gegenstand der Vindication bildet." Ältere Autoren, die für die Unkörperlichkeit von Geld eintraten, bei H. Hohenemser, Die Consumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung (1893) 12 - 17 und J. Zoder, Ueber den Eigentums-Erwerb an Geld durch ununterscheidbare Vermischung und Verausgabung (1896) 39 - 41.

[128] Vgl. dazu vor allem Hasler 55 - 61; Wacke 109 - 113 und zuletzt Bretone (Fn. 52) 126 - 133. Bürge, Geld (Fn. 21) 156 kommt bei der Untersuchung der *aestimatio* zum Ergebnis, daß das Geld in Rom schon in frühester Zeit nicht nur als Tausmittel diente, sondern als Wertmesser („Parameter") im Rahmen einer noch immer primär naturalwirtschaftlich organisierten Wirtschaft eingesetzt wurde.

Miteigentum standen, so übertrug er nicht Miteigentum in der Höhe seiner Quote, sondern die Zahlung wurde als vollwirksame Verfügung über die seiner Quote entsprechende Anzahl von Münzen verstanden.

> D 12.6.19.2 (Pomp 22 Sab)
> *Si falso existimans debere nummos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, eius summae partem dimidiam, non corporum condicam.*

> D 46.3.94.1 (Pap 8 quaest)
> *Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio, sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intellegat sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.*

> D 12.1.13.2 (Ulp 26 ed)
> *Si servus communis decem crediderit, puto, sive administratio servo concessa est, sive non et consumantur nummi, quinum competere actionem: nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta condicere libro octavo quaestionum Papinianus scribit, etiamsi singula corpora communia fuerint.*

In allen drei Fällen wurde so vorgegangen, als hätte der Zahlende Eigentum an der Hälfte der Münzen und nicht Hälfteeigentum an allen Münzen gehabt[129]. Diese

---

[129] Weiters D 16.3.1.36 (Ulp 30 ed) *Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram praetore vel intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria: sed et si resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra eius partem est: satisdatione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari.*

Dazu Wacke 109 f. (m.w.N.). P. van Warmelo, Aspects of Joint Ownership in Roman Law, TR 25 (1957) 186 - 188 behauptet unter Berufung auf C 3.38.4, 4.50.8 und D 17.2.67.1, obwohl sich in keiner dieser Stellen explizite Stellungnahmen zu dieser Frage finden, für das klassische Recht die Möglichkeit eines Miteigentümers ohne Zustimmung der anderen an gemeinschaftlichem Geld Alleineigentum zu

praxisnahe Lösung erklärte Papinian (D 46.3.94.1) ausdrücklich mit der Rücksichtnahme auf die ökonomische Funktion, die nicht im einzelnen Geldstück, sondern im Geldwert, in der Summe ihren Niederschlag findet: *in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem*[130]. Ähnlich kennzeichnete Paulus die Funktion des Geldes zur Unterscheidung zwischen Ware und Preis beim Kauf (D 18.1.1 pr. *usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate*)[131] und allgemeiner für alle vertretbaren Sachen in

> D 12.1.2.1 (Paul 28 ed)
> *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

Nur *res quae pondere numero mensura consistunt* waren für Paulus denkbare Gegenstände eines *mutuum*, da ihre vollständige Austauschbarkeit bewirkte, daß ein Gläubiger die Leistung beliebiger Stücke nicht (ohne Verzugsfolgen) zurückweisen konnte, was bei anderen Sachen nicht der Fall war. Abermals motivierte eine wirtschaftliche Funktionsanalyse die juristische Argumentation. Angelpunkt war die Beobachtung, daß der ökonomische Zweck vertretbarer Sachen in der voll-

---

übertragen. Die gegenteilige Position in D 12.1.16 (Paul 32 ed) ... *quod si (socius) communem (pecuniam) numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, quia suae partis tantum alienationem habuit* erklärt er für unklassisch. Die dieser These widerstreitenden soeben zitierten Texte werden nicht erörtert.

[130] Vgl. auch, wie Gaius 1.122 das ältere *as* vom zeitgenössischen Geld unterscheidet: ... *olim aereis tantum nummis utebantur: et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes ... eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere ...*

[131] D 18.1.1 pr. (Paul 33 ed) *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.* Vgl. dazu Melillo (Fn. 122) 51 - 81 und Halser 62 - 70.

kommenen Austauschbarkeit der Einzelstücke lag, dem ein Abstellen auf die *species* entgegengewirkt hätte. Die von der Textkritik meist nur formal beanstandete Passage *in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie* erweist sich dabei als zentrale Aussage[132], ohne die der Rest des Textes pointenlos in der Luft hängen würde. Der palingenetische Kontext mit dem Darlehen legt nahe, daß diese Stellungnahme vor allem als Aussage über das juristische Wesen des Geldes gedacht war[133].

Vor dem Hintergrund dieser von den Juristen bewußt herausgebildeten Sonderregeln für Geld versteht man leichter, daß sich Paulus/Octavenus in D 6.1.6 mit der Summenangabe für die *intentio* der *vindicatio nummorum* begnügen konnten und warum dadurch den prozessualen Funktionen der *intentio* hinreichend Genüge getan war.

Primärer Zweck der *designatio* war die Abgrenzung des Streitgegenstandes unter prozessualen Aspekten. Ob der Kläger beweisen können würde, daß die begehrte Sache in seinem Eigentum stand, spielte, wie bei jeder *rei vindicatio*[134], *in iure* noch keine Rolle. In diesem Verfahrenabschnitt mußten die Angaben des Klägers in der *intentio* ausreichen, um die Grenzen zur *pluris petitio* zu ziehen oder die Ausschlußwirkungen der Klage für künftige Verfahren zu bestimmen (oben S. 29). Dafür ließen sich Speziessachen durch die unterschiedlichsten Kriterien präzise beschreiben, die daher in die Klagsformel aufzunehmen waren[135]. Bei *genus*-Sachen

---

[132] Zur Textkritik vgl. Ind.itp. Ohne eigene sachliche Bedenken nimmt Genzmer (Fn. 23) 471 Fn. 10 in Anlehnung an G. v. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen 4 (1920) 126 den Teil ab *quoniam* als Glossem, während sogar Beseler die Möglichkeit inhaltlicher Echtheit zugesteht. In diesem Sinn auch H. Kreller, Römisches Recht II (1950) 157, der auch darauf verweist, daß aufgrund dieses Passus von U. Zasius der Ausdruck *res fungibiles* geprägt wurde.

Keine Bedenken hegen Fuchs, Iusta causa 175; Kaser, RPR I 382 Fn. 7 und zuletzt Rüfner (Fn. 83) 37.

[133] Soweit auf diese Aussage im Fragment D 12.1.2 (Paul 28 ed = Lenel, Pal. I, Paul Nr. 430) konkrete Beispiele folgen, betreffen sie Gelddarlehen.

[134] Dazu allgemein F. Wubbe, Ungewissheit und Unbehagen in Eigentumsfragen, GS Jäggi (1977) passim; ders., *Ergo et Publicianam habebit?* Fragen zur Aktivlegitimation, Ét. Ankum 2 (1996) 646 - 656.

[135] Ein ausagekräftiges Beispiel, das sich allerdings nicht auf die *rei vindicatio* bezieht, sondern auf eine *actio in personam*, bietet Gaius' Musterformel für die *actio depositi* (Gai 4.47): .... *quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit* ... Ulpian verlangt für die *actio depositi* sogar noch weitergehende Angaben (D 16.3.1.40, Ulp 30 ed; oben in Fn. 114). Die undogmatische Flexibilität, mit der

war dies nicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich. Jeder derartige Versuch im Verfahren vor dem Prätor hätte diesen Verfahrensabschnitt verschleppt und außerdem zu einer der Verfahrensökonomie widersprechenden Aufblähung der Formel geführt[136]. Für den *iudex* des aktuellen Verfahrens oder zur Bestimmung der Wirkungen der *litis contestatio* in späteren Verfahren reichte eine knappgefaßte Formel durchaus hin[137], sofern der Gegenstand im Hinblick auf prozessuale Gesichtspunkte (*pluris petitio, eadem res)* im Rahmen des Möglichen[138] ausreichend beschrieben war[139]. Bei der Geldvindikation war dieser Anforderung durch Nennung der Summe und der Angabe des Weges, auf dem diese zum Beklagten gelangt war, Genüge getan[140].

Die von Octavenus und Paulus herangezogenen Kriterien orientieren sich nicht an überzogenen abstrakten Überlegungen, sondern am praktisch Möglichen. Wenn Gattungssachen wie *materia infecta* oder *materia signata* eingeklagt wurden, konnten sie nur wie im sonstigen Rechtsverkehr nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmt werden. Die Konkretisierung als *species* hätte dem Kläger in diesen Fällen

---

in der römischen Praxis agiert wurde, unterstreicht die Tatsache, daß für einen Fall von *argentum factum* bei einer *actio in personam* strengere Anforderungen gestellt werden als in D 6.1.6. Dazu Bürge 19 und oben in Fn. 114.

[136] Primär ist es wichtig, daß für die Parteien der Umfang des Begehrens eindeutig ist (Bürge 24). Zum Verhältnis des Regimes der *pluris petitio* zur vorprozessualen Interaktion vgl. Bürge 9.

[137] Das erkennt schon H. Krüger, Die Worte 'qua de agitur' und (res) 'qua de agitur' in den Prozeßformeln, SZ 29 (1908) 389: „Nun wird, im Gegensatze zu den wortreichen Geschäftsurkunden, die Prozeßformel vom Prätor so knapp gehalten, daß nicht alle individualisierenden Merkmale der vindizierten Sache ausdrücklich genannt werden; das spricht Dig. 6,1,6 wie für die Konzipierung der Vadimonien, so auch für die Fassung der petitorischen Formeln aus ...". Diese Aussage ist insofern zu modifizieren, als nicht notwendigerweise auf ein Eingreifen des Prätors geschlossen werden muß, sondern dieses Ergebnis auch den vorprozessualen Kontakten der Parteien und der sie beratenden Juristen entspringen konnte. Vgl. Bürge 4 - 6.

[138] Ob *eadem res* vorliegt, läßt sich z.B. (trotz Vertretbarkeit und Ununterscheidbarkeit von Münzen) auch bei einer Geldsumme leicht bestimmen, da der Kläger stets den Leistungsakt angibt, durch den der Beklagte in den Besitz des Geldes gekommen ist. Soweit die praktische Durchführung einer *vindicatio nummorum* aus den Texten rekonstruierbar wird, beschränkte sich kein Kläger auf die Behauptung „XY hat mein Geld" sondern formulierte „XY hat mein Geld aufgrund dieses oder jenes Geschäftes". Dazu unten S. 113 - 116.

Die *vindicatio nummorum* unterscheidet sich darin nicht von der *condictio*, bei sich dasselbe Problem stellte; vgl. Selb (Fn. 67) 40 - 46.

[139] Außerdem gab es auch andere Möglichkeiten als die Aufnahme in die Formel, um den *iudex* über erhebliche Umstände in Kenntnis zu setzen (z.B. die Litiskontestationszeugen; Urkunden).

ansonsten schon bei Einleitung der Rechtsverfolgung vor erhebliche Probleme gestellt. Die Benennung der *species* verlangte Octavenus konsequenterweise nur bei der *materia facta*, da nicht die Stoffmenge, sondern die individuelle Form (*species)* das verkehrsübliche Individualisierungkriterium bildete.

Akzeptiert man den Text von D 6.1.6 in der überlieferten Fassung als genuin[141], so erscheinen die Anforderungen selbst bei *materia facta*, also *species*, als durchaus locker. Bei der Vindikation einer Metallschale (*lanx*) verzichtete Octavenus sogar auf nähere Angaben über Form und äußere Beschaffenheit derselben, falls dies für den Kläger eine unzumutbare Härte bedeutet hätte (*in petitionibus quoque adicere difficile est*)[142]. Es ging Octavenus ganz offensichtlich darum, dem Kläger die Klagserhebung nicht durch überzogene Anforderungen unmöglich zu machen. Das schloß aber nicht aus, daß dieser im Beweisverfahren zur genaueren Beschreibung der Sache verhalten wurde, um den Richter von seinem Eigentum zu überzeugen. Angesichts dieser den gesamten Text durchziehenden Tendenz fällt es schwer, die Spekulation zu unterdrücken, ob römische Juristen nicht vielleicht mit denselben Worten, die diese Entscheidung begründen, „man solle nicht übergenau sein" – *nec ita coartanda res est,* die in der modernen Literatur herrschende Meinung zu den Präzisierungserfordernissen bei einer *vindicatio nummorum* zurückgewiesen hätten. Von der weltfremden Idee, daß Münzen nach den gleichen Kriterien wie Einzelgegenstände zu bestimmten wären, fehlt aus guten praktischen Gründen in den Quellen jede Spur. Gerade bei Geld wäre diese Forderung besonders widersinnig und der ökonomischen Zweckbestimmung entgegengesetzt, die für die Juristen ein wesentlicher Bezugspunkt war.

Stellt man die Ergebnisse dieser Gesamtanalyse von D 6.1.6 der von Wacke entwickelten Auffassung gegenüber, wird deutlich, daß Wackes

---

[140] Die Gefahr der Verwechslung stellte sich bei Geld aus diesem Grunde und wegen der Besonderheiten des Verfahres bei der *vindicatio nummorum* nicht. Zum Risiko, den Prozeß wegen mangelnder Bestimmung des Streitgegenstandes trotz Individualisierung als *species* nicht siegreich zu beenden, s. D 6.1.5.5 (oben Fn. 69).

[141] Den Text ab *et si ... debebit* streicht allerdings D. Behrens, *Coartare,* SZ 67 (1950) 520 f. als nachklassisch. Zur Textkritik s. Fn. 73.

[142] Strenger ist dagegen Ulpian; s. in Fn. 114.

Eindruck, die *vindicatio nummorum* habe aus axiomatischen Gründen oder sich aus dem Wesen der *rei vindicatio* ergebendenden Notwendigkeiten die penible Individualisierung einzelner Münzen erfordert, in keiner Weise bestätigt wird. Ganz im Gegenteil: Octavenus sprach für die Vindikation von *materia signata* in einer alle Zweifel ausschließenden Deutlichkeit aus, daß in der *intentio* nicht mehr anzugeben war, als die Anzahl der geforderten Münzen.

### 3.5. Ergebnisse

Die herrschende Ansicht gesteht der *vindicatio nummorum* keinen relevanten Platz in der römischen Prozeßpraxis zu. Als Argument dafür dient die Überlegung, daß der Kläger bei der *vindicatio nummorum* den Grundsätzen der *rei vindicatio* folgend seine Münzen als *species* zu bezeichnen hatte. Die *intentio* hätte detaillierte Angaben über die geforderten Münzen verlangt, damit der *iudex* diese von anderen im Besitz des Beklagten befindlichen eindeutig unterscheiden konnte. Diese Meinung ruht auf zwei Grundlagen: Einmal wird dies aus der Formulierung im Einleitungssatz von D 6.1.6 *appellatio rei non genus, sed speciem significat* gefolgert. Zum anderen wird als Axiom postuliert, daß bei der *rei vindicatio* die Anforderungen an die Bezeichnung der Streitsache prinzipiell besonders hoch waren.

Die Ableitung eines solchen Grundsatzes aus D 6.1.6 läßt sich bei einer Gesamtanalyse des Textes, insbesondere wenn man seine Palingenesie betrachtet, nicht aufrechterhalten. Zwar verlangte Paulus im ersten Satz die Bezeichnung des Gegenstandes einer *actio in rem* als *species*, doch betraf diese Äußerung das Dilationsvadimonium. In der durch urkundliche Überlieferung faßbaren Prozeßpraxis wurde bei Vadimonien auf die Benennung des Streitgegenstandes generell verzichtet, weil oft nur ein Prozeß zwischen denselben Parteien anhängig war. Daher brauchte man bei dessen Vertagung keine Angaben zum Prozeßgegenstand in das *vadimonium* aufzunehmen. Sollte sich das einmal deswegen als notwendig erweisen, weil die Parteien mehrere gleichartige Prozesse gegeneinander führten, konnte die Pflicht zur genauen Formulierung der *cautio* den Kläger bei Erhebung

einer *actio in rem* nicht behindern, weil in diesem Prozeßstadium zwischen den Parteien meist schon Einigkeit bestand, über welche Sache die *rei vindicatio* stattfinden sollte. Der zweite Teil von D 6.1.6 ist dagegen für die Erkenntnis der Gestaltung der *intentio* einer *rei vindicatio* einschlägig. Dort führte Octavenus aus, daß diese Klage bei Geld nur die Summenangabe voraussetzte. Gegen einen Zwang zu übertriebener Genauigkeit wenden sich die Juristen dabei ausdrücklich (*nec ita coartanda res est*).

Damit erweist sich das postulierte Axiom als quellenfernes Konstrukt. Bei Einleitung eines Vindikationsverfahrens zielten die *in iure* vom Kläger verlangten Angaben in der *intentio* nicht auf eine jede Verwechslung ausschließende Beschreibung der geforderten Sache ab. Stellte sich im Prozeß heraus, daß der Beklagte mehrere gleichartige Sachen besaß, scheiterte der Eigentumsbeweis des Klägers, wenn er keine überzeugenden Kriterien zur Identifizierung seiner Sache bieten konnte (D 6.1.5.5 Ulp 16 ed). Die Prozeßführung wurde jedoch nicht schon *a limine* verweigert, nur weil mit dieser Möglichkeit zu rechnen war. Prozessual diente die *intentio* nicht zur Eingrenzung des Eigentumsbeweises, sondern der umfänglichen Bestimmung des Begehrens. Dabei mußte die Konkretisierung nur so weit gehen, daß eine *pluris petitio* oder *eadem res* feststanden. Für die *vindicatio nummorum* hieß das nur, daß der Kläger die Summe zu nennen hatte, die er zu vindizieren beabsichtigte, und angab, aus welchem Grund er das Geld an den Beklagten geleistet hatte (s. unten Unterkapitel 5.4).

# 4. Die *vindicatio nummorum* als generische Vindikation?

## 4.1. Der Spezialitätsgrundsatz der *rei vindicatio*

Nun bleibt zu prüfen, ob diese Ergebnisse aus der Interpretation von D 6.1.6 in anderen Texten eine Bestätigung finden. Es geht mit anderen Worten darum, ob in den Quellen konkrete Belege existieren, daß bei der Vindikation von Geld oder anderen Gattungssachen i.S. einer „lockeren" Interpretation der in D 6.1.6 niedergelegten Anforderungen vorgegangen wurde[143].

Den Digestentitel 6.1 „*De rei vindicatione*" eröffnet ein Text aus dem 16. Buch von Ulpians Ediktskommentar, der im ursprünglichen Zusammenhang von der *hereditatis petitio* und den Klagen im ihrem Umkreis zur Behandlung der *rei vindicatio* überleitete.[144]

> D 6.1.1 pr. (Ulp 16 ed)
> *Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subicitur actio singularum rerum petitionis. (1) Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur. ... (3) Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur.*

---

[143] Zu *vindicatio pro parte* nach Vermischung s. unten S. 164.

[144] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 546 und 547.

Danach konnte eine *actio in rem* entweder einer *universitas*[145] oder einzelnen Sachen gelten. In die erste Kategorie (*actiones, quae de universitate propositae sunt*) fielen die von Ulpian zuvor im 15. und 16. Buch *ad edictum* abgehandelten Klagen[146]. Diesen wird die *rei vindicatio* als *specialis in rem actio*[147] (eigentlich *formula*)[148] gegenübergestellt. Sie war demnach die *singularum rerum petitio.* Anknüpfungspunkt der Unterscheidung ist die Formulierung der *intentio*. Mit den erstgenannten Klagen konnte der Erbe das Eigentum geltend machen, indem er die *hereditas* bzw. einen Teil der solchen in der *intentio* als Streitobjekt benannte[149]. Die einzelne Aufzählung der den Nachlaß bildenden Sachen war dazu nicht notwendig[150].

Aufgrund dieser Charakterisierung der beiden Typen von dinglichen Klagen könnte man meinen, daß Ulpian den Unterschied darin sah, daß die *rei vindicatio* von einem „Spezialitätsgrundsatz" beherrscht wurde und zwingend die Aufzählung einzelner Gegenstände erforderte. Mit der Gegenüberstellung von *universitas* auf der einen und *singulae res* auf der anderen Seite könnte Ulpian versucht haben, die Strenge der Bestimmtheitserfordernisse für die *intentio* der *rei vindicatio* hervorzuheben. Allerdings stellt der dritte Paragraph klar, daß der Begriff *singularum rerum petitio* keineswegs dazu zwang, bei der einheitlichen Vindikation mehrerer Sachen diese in der *intentio* einzeln aufzuzählen. Mit dem Grundsatz, daß die *rei vindicatio singulae res* galt, war die Vindikation von Herden und anderen zusammengehörigen Gruppen von Tieren vereinbar. Bei einer solchen Gesamtvindikation war die Gesamtheit und nicht die einzelnen Tiere (*grex enim, non singula corpora*) das in der *intentio* zu bezeichnende Objekt der Klage. Die

---

[145] Der Ausdruck gilt heute als unbedenklich, s. Kaser, RPR I 735 Fn. 2; Voci, DER I 140 Fn. 20; weitere Nachweise zur textkritischen Literatur bei Casavola (Fn. 90) 108 f.; zur *hereditas* als *universitas* Voci, DER I 138 - 147, 167; B. Biondi, La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane, BIDR 20 (1958) 1 - 59.

[146] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 507 - 545.

[147] Die gleiche Terminologie kennt Paulus, s. D 5.3.19 pr., 40 pr. (Paul 20 ed); D 6.1.27.3 (Paul 21 ed).

[148] Lenel, Pal. II, Sp. 508 Fn. 5.

[149] Lenel, EP 176 - 179.

Klassifikation der *rei vindicatio* als *actio specialis* war mit der Verwendung von Sammel- oder Gesamtbezeichnungen in der *intentio* somit kompatibel. D 6.1.1.3 läßt offen, ob die *vindicatio gregis* als Ausnahme vom Spezialitätsgrundsatz konzipiert war oder nur ein Beispiel für die Verwendung von Sammelbezeichnungen in der *intentio* sein sollte[151]. Im Titel 6.1 gibt es jedenfalls nur Beispiele für die *vindicatio gregis*[152].

## 4.2. Generische Vindikationen nach Dell'Oro

### 4.2.1. Einleitung

Die herrschende Lehre anerkennt nur die *vindicatio gregis* als Durchbrechung des aus D 6.1.6 herausgelesenen Spezialitätsprinzips. Es gilt deswegen die Quellen daraufhin zu überprüfen, ob die *vindicatio nummorum*, in der hier vertretenen Sichtweise als generische Vindikation, die einzige weitere „Ausnahme" war oder ob zusätzliche Belege für die Zulässigkeit einer *rei vindicatio* mit generischen Angaben in der *intentio* sprechen.

Einen solchen Nachweis versuchte Aldo Dell'Oro in seiner Studie über die *universitas rerum*. Dell'Oros von der Kritik nahezu einhellig abgelehnte These lautete, daß das klassische römische Recht neben dem *grex*, dessen Einordnung als Gesamtsache außer Streit steht[153], zahlreiche andere Sachmehrheiten

---

[150] Bei diesem Vergleich zwischen *hereditatis petitio* und *rei vindicatio* liegt das Hauptaugenmerk auf der Verfolgung körperlicher Sachen; daß in die *hereditatis petitio* auch Forderungen einbezogen werden (s. D 5.3.18.2, Ulp 15 ed; D 44.2.7.5, Ulp 75 ed) darf insoweit nicht stören.

[151] Auch Julian (16 ed, D 6.1.56; Text unten S. 66) nimmt die *vindicatio gregis* als Bezugspunkt für die Zulässigkeit einer Gesamtvindikation. Daß er im konkreten Fall ablehnt, die Gesamtvindikation des *peculium* nach dem Muster der *vindicatio gregis* zuzulassen, zwingt für sich noch nicht zur Annahme, daß die *vindicatio gregis* der einzige Fall der Gesamtvindikation war. Beim *peculium* können andere Gründe, die vom Spezialitätsgrundsatz der *rei vindicatio* unabhängig sind, gegen die Gesamtvindikation sprechen. Jedenfalls zeigt der Text, daß die Beschränkung auf die *vindicatio gregis* keineswegs unumstritten war. S. unten S. 66.

[152] D 6.1.3 (Ulp 16 ed); D 6.1.2 (Paul 21 ed); D 6.1.23.5 (Paul 21 ed); D 6.1.56 (Iul 78 dig).

[153] Kaser, RPR I 383.

als *universitates rerum* anerkannte[154]. Unter anderem stellte er die Behauptung auf, daß auch *aurum/argentum* als Gesamtsache angesehen wurde. Dafür berief er sich auf Texte wie D 34.2.27.2, D 34.2.27.4 und D 31.6, die seiner Ansicht nach eine Sammelvindikation bei Gold und Silber zuließen.

Von der Kritik wurde mit Recht gerügt, daß Dell'Oro zu starkes Gewicht auf die Frage der Klassifikation der genannten Sachen als Gesamtsachen legte und damit die Vielfalt der römischen Einzelfallentscheidungen in ein inadäquates, modernes Begriffskorsett zu zwingen suchte[155]. Jedoch kann man den Vorwurf übertriebener Fixierung auf abstrakte Klassifikationen auch manchen seiner Kritiker nicht ersparen, die mit dem genauso begrifflichen Argument, daß *aurum/argentum* keine Gesamtsache bildeten, Hinweise auf die mögliche Vindizierbarkeit eines *genus* übergingen[156].

Im folgenden soll nicht untersucht werden, ob *aurum/argentum meum* u.ä. von den römischen Juristen als Gesamtsachen angesehen wurden[157], sondern ob Dell'Oros Behauptung zu Recht besteht, daß die Quellen eine generische *vindicatio auri/argenti* kennen. Eine positive Antwort wäre für die Untersuchung der *vindicatio nummorum* unter zwei Aspekten interessant: Zum einen hätte man Belege für generische Vindikationen, die genau mit einigen jener Sachverhalte übereinstimmen würden, die in der *definitio* des Octavenus vorkommen. Zum anderen müßte, wenn sich Dell'Oros Befund bestätigen ließe, die aus D 6.1.6 abgeleitete generische Natur der *vindicatio nummorum* nicht als systemwidriger Bruch mit feststehenden Prinzipien der *rei vindicatio* erscheinen.

---

[154] A. Dell'Oro (Fn. 101). S. die Rez. von F. Gallo, IVRA 15 (1964) 305 - 314 und P. Voci, SDHI 30 (1964) 434 - 437; G. Grosso, Problemi sistematici nel diritto romano (1974) 102 - 109; ohne inhaltliche Diskussion wendet sich E.A. Daubermann, Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts (1993) 16 Fn. 32. gegen die Thesen von Dell'Oro.

Th. Mayer-Maly, Quadriga, Estudios d'Ors II (1987) 854 f. gibt nicht gegenüber der Generalthese, wohl aber zu Dell'Oros Einzelergebnissen grundsätzliche Zustimmung zu erkennen.

[155] Th. Mayer-Maly (Fn. 154) 855.

[156] So vor allem Gallo (Fn. 154); differenzierend dagegen Voci (Fn. 154) 436.

[157] Biondi (Fn. 145) 6 f. weist treffend darauf hin, daß *aurum, argentum* u.ä. meist als zusammenfassende Allgemeinbezeichungen verwendet werden, ohne Rückschlüsse auf ein spezielles rechtliches Regime zu erlauben.

### 4.2.2. Die Vindikation bei *aurum/argentum omne*

Als generische Vindikationen versteht Dell'Oro die in D 34.2.27.2 und 4 behandelte *vindicatio auri/argenti.* Diese Texte behandeln (Vindikations-)Legate von *aurum/argentum omne*. In D 34.2.27.2 schließt Ulpian Silber, das dem Erblasser nur geschuldet wurde, aus dem Legat von *argentum omne, quod suum esset* aus; in D 34.2.27.4 präzisiert er den Umfang des Legats (*aurum omne*) durch Ausdifferenzierung in *factum - infectum - signatum* (oben S. 40). Dell'Oro nimmt beide Stellen als Nachweise dafür, daß *argentum/aurum omne* mittels einer einzigen *rei vindicatio* eingeklagt werden konnte. Diese Behauptung stützt er darauf, daß die Formulierung *argentum/aurum omne, quod suum esset* durch den Hinweis auf die Vindikation (*quod vindicari ... possit*; *quod ... vindicare potuit suum esse*[158]) verdeutlicht werde. Ganz besonders in D 34.2.27.2 erkennt er „ben delineata la *vindicatio* dell'*argentum omne* come *vindicatio* unitaria avente per oggetto un complesso di beni corporali ben definito"[159] und ordnet folglich *aurum/argentum omne* als *universitas rerum* ein[160]. Für diese *vindicatio auri/argenti* nimmt er die gleichen Regeln wie bei der *vindicatio gregis* an[161].

> D 34.2.27.2 (Ulp 44 Sab)
> *Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in credito esset: hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit.*

---

[158] Zur prozeßtechnischen Bedeutung dieses Ausdrucks s. M. Wlassak, Die Aquilianische Stipulation, SZ 42 (1921) 441.

[159] Daraus folgt für Dell'Oro (Fn. 101) 195 die Qualifikation von *aurum/argentum omne* als *universitas rerum;* ablehnend Gallo (Fn. 154) 312. Wegen der Konzentration auf die Frage nach der Sachgesamtheit erhält die Argumentation begriffsjuristische Züge. Dem Einwand, daß bei Anerkennung als *universitas rerum* dieser Begriff ins Uferlose erweitern würde, hält Dell'Oro entgegen, daß „una categoria giuridica deve poter comprendere tutti i casi possibili e anche non specificamente prevedibili, purchè ne abbiano i requisiti", ohne daß es ihm in den Exegesen gelingt, diese Voraussetzungen herauszuarbeiten.

[160] Dell'Oro (Fn. 101) 195.

[161] Dell'Oro (Fn. 101) 201.

D 34.2.27.4 (Ulp 44 Sab)

*Cui legatum est aurum omne, quod suum esset*[162] *cum moreretur, eius omne aurum fiet, quod tunc pater familias, cum moreretur, vindicare potuit suum esse*[163]*. sed si qua distributio eius rei facta est, tunc interest, quomodo sit legatum. si factum aurum legatum est, omne ad eum pertinet cui legatum est ex quo auro aliquid est effectum, sive id suae sive alterius usionis causa paratum esset, veluti vasa aurea emblemata signa aurum muliebre et cetera, quae his rebus sunt similia. sed si infectum legatum est, quod eius ita factum est, ut eo, quod ad rem comparatum est, non possis uti sine refectione, quodque ab eo patre familias infecti numero fuerat, id videtur legatum esse. si autem aurum vel argentum signatum legatum est, id pater familias videtur testamento legasse, quod eius aliqua forma est expressum, veluti quae filippi sunt itemque nomismata et similia.*

In beiden Texten beschäftigte sich Ulpian mit Legaten, in denen der Erblasser sein gesamtes Gold bzw. Silber einem einzelnen Legatar vermacht hatte. Die doppelte Ausdrucksweise, mit der das Eigentum des Erblassers in beiden Texten umschrieben wird (*suum esse* bzw. *vindicare posse*), hat es bisherigen Interpreten erschwert zu erkennen, ob Ulpian damit den Erblasser oder den Legatar als Vindikanten ansprach. Dell'Oros Entscheidung für den Erblasser[164] gewinnt zusätzlich an Probabilität, sobald man in Ulpians Texten das Referat der testamentarischen Verfügung einerseits von ihrer Interpretation durch den Juristen andererseits trennt. Der Wortlaut der jeweiligen Klauseln beider Testamente scheint nahezu gleichlautend gewesen sein: Die Referate reichen bis *quod suum esset* in D 34.2.27.2 bzw.

---

[162] In der Florentina *esse*.

[163] Die Worte *eius* - *moreretur* finden sich nicht in der Florentina, sondern nur in den Vulgathandschriften (vgl. Mommsen ad h.l.).

[164] Dell'Oro (Fn. 101) 195 m.w.N.

*suum esset cum moreretur* in D 34.2.27.4. Somit wird klar, daß erst Ulpian *suum esse* durch die dem Eigentümer, also dem Erblasser, zustehende Vindikationsmöglichkeit erklärt.

In diesem Zusammenhang ist die Folgerung aus den Texten, daß der Eigentümer eine *vindicatio* anstellen konnte, deren „oggetto ... pur sempre *aurum omne*" war, nicht annehmbar. Die unterstützende Behauptung, diese *vindicatio* hätte einen ausreichend bestimmten Gegenstand („un complesso di beni corporali ben definitio"), läßt außer acht, daß *aurum omne* aus der Perspektive des Eigentümers (Erblassers) in der *intentio* einer *rei vindicatio* sogar den großzügigen Rahmen von D 6.1.6 sprengen würde. Selbst wenn man davon ausgeht, daß sich das gesamte Gold, das dem Kläger gehörte, bei nur einem Besitzer befand, erfüllte die Angabe *aurum omne* die prozessual notwendigen Funktionen der *designatio rei* nicht. Eine so offene Fassung gestattete keine hinreichende Abgrenzung des Streitobjekts im Hinblick auf eine *pluris petitio* oder *eadem res* oder machte sie zumindest äußerst schwierig[165]. Unmöglich wurde eine Vindikation, deren *intentio* nur auf *aurum omne* lautete, wenn das Gold auf verschiedene Besitzer verteilt war.

Welchen Zweck konnte Ulpian mit dem Hinweis auf die Vindikation verfolgt haben, da in *suum esse* das Eigentum des Erblassers ohnehin deutlich zum Ausdruck kam? Es drängt sich die Vermutung auf, daß Ulpian nicht Zweifel an der inhaltlichen Bestimmtheit der bei Vindikationslegaten üblichen Formel (etwa *aurum omne, quod meum est, do lego*) äußern, sondern, wie D 34.2.27.2 zeigt, verhindern wollte, daß *aurum meum* aufgrund laienhafter Vorstellungen oder wegen semantischer Anklänge an *aes suum* im Sinne eines Gegenbegriffs zu *aes alienum* verstanden wurde. Diesen Sprachgebrauch dokumentiert gerade auch dieser Jurist in

---

[165] Dem Wortlaut des Begehrens nach wäre die Klage wegen *pluris petitio* schon dann abzuweisen, wenn sich eine noch so geringe Menge Goldes, z.B. ein Ring, entweder beim Kläger selbst oder bei einem Dritten befand. Aus dem gleichen Grund wäre der Kläger an einer *exceptio rei iudicatae* gescheitert, wenn er später einen Gegenstand aus Gold beim früheren Beklagten entdeckt und eingeklagt hätte. Da es keine Möglichkeit gab, solches bei *litis contestatio* auszuschließen, war eine Erteilung der Klage in dieser Form unmöglich.

D 50.16.213.1 (Ulp 1 reg)
*„Aes alienum" est, quod nos aliis debemus: „aes suum" est, quod alii nobis debent.*

Unter *aurum meum* hätte man auch geschuldetes Gold verstehen können. Der Hinweis auf die Vindikationsmöglichkeit verdeutlichte damit, daß durch die verwendete Formel nur im Eigentum des Erblassers stehende Sachen, nicht aber auch Forderungen vermacht waren[166].

Zur Unterstützung von Dell'Oros These wären D 34.2.27.2 und 4 nur dann verwendbar, wenn die Vindikation durch den Legatar behandelt worden wäre. Sachverhaltskonstellationen, in denen durch die Angabe *aurum/argentum omne* der Vindikationsgegenstand hinreichend bestimmt war, sind eher vorstellbar, wenn der Legatar das ihm vermachte Metall einklagte. Dies wäre denkbar, wenn sich die Vindikation des Legatars gegen den Erben richtete, der noch den gesamten Nachlaß in seinem Besitz hatte. In anderen Fällen wäre dies aber auszuschließen, etwa wenn sich das Metall bei einem Dritten oder bei mehreren Besitzern befand[167]. Ulpians Ausführungen in D 34.2.27.2 und 4 enthalten zu diesem zentralen Punkt leider keine Angaben. Allerdings führen die Texte auf ein Problem, das nur mittels einer generischen Vindikation lösbar war: Wie sollte der Legatar, der nur wußte, daß ihm *argentum/arum omne* vermacht worden war, aus diesem Legat klagen?

### 4.2.3. Die *vindicatio peculii*

Eine Lösung dafür kann erst versucht werden, nachdem die Argumente überprüft sind, die Dell'Oro zugunsten einer einheitlichen Vindikation durch den Legatar ins Treffen führt. D 31.2 und D 31.6 entnimmt Dell'Oro die „unicità" und die

---

[166] S. zu einem Damnationslegat bei Cic.Top 16 *Non, si uxori vir legavit argentum omne quod suum esset, idcirco quae in nominibus fuerunt legata sunt. multum enim differt in arcane positum sit argentum an in tabulis debeatur.* Vgl. Wieling (Fn. 101) 44.

[167] Daß durch die Angabe *aurum/argentum omne* der Gegenstand des Legats hinreichend bestimmt ist, läßt über die Verwendung der gleichen Worte in der *intentio* keine Schlüsse zu. Auf der anderen Seite zeigt aber Ulpians ausführliche Erörterung in D 34.2.27.4, daß nicht einmal der Gegenstand des Legates immer klar war (s. auch die Stellen oben S. 40 - 43); solche Unsicherheiten schließen die allgemeine Zulassung derartiger Angaben in der *intentio* der *rei vindicatio* aus.

damit verbundene „*vindicatio* unitaria“ bei Legaten von Edelmetallen[168]. D 31.2 läßt bei Verwendung eines Sammelbegriffs (*supellex, argentum, peculium, instrumentum*) ein einheitliches Legat über diese Sachen entstehen; zur Vindikation enthält dieser Text keine Aussagen[169]. Kann man die Einheitlichkeit des Legats stets mit einer einheitlichen *vindicatio* verbinden? Hinsichtlich des auch in D 31.2 genannten *peculium* wurde die Gesamtvindikation von Julian ausdrücklich ausgeschlossen.

> D 6.1.56 (Iul 78 dig)
> *Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.*

Paulus nahm dazu eine Gegenposition ein:

> D 31.6 (Paul ls ad leg Falcid)
> *Grege autem legato non potest quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. idemque dicemus peculio legato aut veste aut argento et similibus.*

Paulus verwehrte dem Legatar, aus dem Legat einer unter einem Sammelbegriff zusammengefaßten Sachmehrheit (*grex, peculium, vestis, argentum*) einzelne Sachen auszuwählen und zu diesem Zweck Einzelvindikationen anzustellen.

Schon seit der Glosse harmonisiert man die Antinomie zwischen D 6.1.56 und D 31.6 durch die Vermutung, daß Julian keineswegs die einheitliche *vindicatio* beim *peculium* (in Anlehnung an die *vindicatio gregis*) verneinte, sondern nur die Selbstverständlichkeit betonen wollte, daß zum *peculium* gehörige Forderungen von dieser *vindicatio* nicht erfaßt waren[170]. Daß dies Julians Standpunkt gerecht werden

---

[168] Dell'Oro (Fn. 101) 195.

[169] D 31.2 (Paul 75 ed) *Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt: si autem supellex aut argentum aut peculium aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.*

[170] Dell'Oro (Fn. 101) 151 m.w.N. Dell'Oro 148 - 150 bietet zwei Erklärungen: Möglicherweise habe D 6.1.56 ursprünglich *ut vindicatio gregis ita et peculii recepta est* gelautet oder eine Rechtsänderung zwischen Julian und Paulus habe die Lockerung herbeigeführt.

kann, erscheint aus zwei Gründen unwahrscheinlich: Die Gegenüberstellung mit der *vindicatio gregis* machte keinen Sinn, wenn es ihm um die unterschiedliche Behandlung von körperlichen Sachen und Forderungen zu tun war, sondern nur, wenn Gesamtklage und Einzelklagen unterschieden werden sollten. In dieser Richtung weist weiters, daß Julian im Ergebnis *res singulas* als Klageziele bezeichnet[171].

Es empfiehlt sich jedenfalls nicht, die gegensätzlichen Entscheidungen allein darauf zu reduzieren, daß Julian keinesfalls eine Gesamtvindikation zuließ und Paulus stets diese Möglichkeit gewährte. Anders als bei den sonst genannten Beispielsfällen können sich beim *peculium* komplexe Situationen einstellen, welche im Rahmen einer Vindikation schwer zu bewältigen sind, und die nicht nur damit zusammenhängen können, daß im *peculium* auch Forderungen enthalten sind[172]. Berücksichtigt man weiters, daß eine Gesamtvindikation zu allererst voraussetzte, daß die Angabe *„peculium"* in der *intentio* den Bestimmtheitserfordernissen i.S. von D 6.1.6 genügen mußte, bietet sich auch an, die widersprüchlichen

---

[171] Von Einzelvindikationen dürfte auch D 33.8.6 pr. (Ulp 25 Sab; Text in Fn. 172) ausgehen.

[172] S. D 33.8.6 pr. (Ulp 25 Sab) *Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora vindicabuntur: sin vero sit, quod domino vel supra scriptis personis debeatur, deminui singula corpora pro rata debebunt. et ita et Iulianus et Celsus putant. (1) Et si fuerit legatum peculium non deducto aere alieno, verendum, ne inutile legatum sit, quia quod adicitur contra naturam legati sit. sed puto verum hanc adiectionem non vitiare legatum, sed nihil ei adicere: nec enim potest crescere vindicatio peculii per hanc adiectionem. plane si proponas legatarium nactum possessionem rerum, exceptione doli adversus heredem vindicantem uti potest: habet enim in solidis rebus voluntatem aeris alieni non deducendi. sed et si dominus remittere se servo quod debet vel nihil sibi servum debere significaverit, valet haec adiectio, quia nuda voluntate potest dominus servo remittere quod ei debet.*

Hier unternehmen die Juristen den Versuch, die Vindikation mit der Haftung für Forderungen gegen das *peculium* zu verbinden. Die Handhabung des Abzuges *pro rata* kann entweder durch eine *exceptio* erfolgen, sodaß der Freigelassene die Forderungen bezahlt, oder durch eine geminderte *condemnatio pecuniaria. Deminui singula corpora pro rata debebunt* soll wahrscheinlich ausschließen, daß der *iudex* im Arbiträrverfahren die Forderungen dadurch berücksichtigt, daß er dem Beklagten gestattet, einige Sachen zu behalten, und die Herausgabe des verbleibenden Restes als hinreichende *restitutio* anerkennt.

S. dagegen die Diskussion bei der *actio rei uxoriae* D 25.1.5 pr. (Ulp 36 Sab) *Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. ceterum haec res efficiet desinere esse fundum dotalem vel partem eius. manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per inpensas necessarias. hoc de his inpensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem.* Zum Grundsatz *impensae dotem minuunt* bei A. Söllner, Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae (1969) 148.

Entscheidungen auf verschiedene Sachverhaltskonstellationen zurückzuführen. Vielleicht hatte Paulus einen Fall vor Augen, in dem aus der Bezeichnung „*peculium*" allein bereits klar werden konnte, welche Sachen der Kläger beanspruchte, z.B. wenn das *peculium* aus einem wirtschaftlich zusammengehörigen Komplex von Sachen bestand, sich bei einem Besitzer befand etc. Je nach den Umständen des Falles bedurfte die Vindikation des *peculium*, genauso wie bei anderen in D 31.6 genannten Gesamtheiten, mehrerer Einzelvindikationen oder es reichte eine einheitliche *vindicatio*[173].

Es ist daher verfehlt, D 31.6 das Prinzip zu entnehmen, daß der Kläger das gesamte *peculium* nicht nur in einer Klage fordern konnte, sondern auch mußte[174]. Paulus schloß bloß die teilweise Annahme des Legats aus, jedoch nicht, daß der Legatar, der den Willen zur Annahme bzw. Nichtausschlagung in anderer Form zum Ausdruck gebracht hatte, einzelne Klagen anstellte.

### 4.2.4. Voraussetzungen generischer Vindikationen

Eine Untersuchung von D 31.2 und D 31.6 zeigt damit keine überzeugenden 'requisiti' für die Anerkennung vermachter Edelmetalle als *universitates,* im Sinne von „entità distinte dalle singole cose, che li compongono"[175]. Sieht man von diesen methodisch fragwürdigen Folgerungen ab, so zeigen freilich die von Dell'Oro herangezogenen Texte zumindest Problemlagen auf (im Testament generisch bezeichnete Vindikationslegate), in denen der Kläger, wenn ihm die generische Bezeichnung der geforderten Gegenstände in der *intentio* verwehrt wurde, von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen wäre, weil oft er keine weiteren Informationen haben konnte, um „sein Eigentum" genauer zu identifizieren. Das könnte man als Anhaltspunkte dafür nehmen, daß die klassische Jurisprudenz nicht grundsätzlich abgeneigt war, auch in anderen Gesamtheiten als dem *grex* geeignete

---

[173] Sacconi (Fn. 68) 60 verlangt aus Prinzip „tante revindiche quanti sono gli oggetti apartenenti al peculio"; so auch Grosso (Fn. 154) 95, 104.

[174] Dell'Oro (Fn. 101) 35.

[175] So die Definition von Dell'Oro (Fn. 101) 1.

Gegenstände einer einheitlichen Vindikation zu sehen[176], sofern bestimmte faktische Voraussetzungen vorlagen.

Diese wesentliche Einschränkung unterläßt Dell'Oro jedoch, da er nicht erörtert, wie die *intentio* bei einer generischen Vindikation gestaltet werden mußte. Verbindet man die genannten Texte mit D 6.1.6[177], kann man die Fälle, in denen eine generische Vindikation möglich war, näher bestimmen. Entgegen der Auffassung von Dell'Oro reichte es noch nicht hin, daß Sachen gefordert wurden, für die Sammelbezeichnungen gebräuchlich waren (*aurum, argentum, peculium, vestis* etc.). Bei quasi rein materiellrechtlicher Sicht fehlen die Differenzierungen, die sich daraus ergeben, daß auch bei einer generischen Vindikation die *intentio* ihre Funktionen erfüllen mußte. Für ihre Formulierung war die Art des geforderten Gegenstandes zwar ein wesentliches, aber nicht das allein ausschlaggebende Element. Erst die Umstände des konkreten Falles erlaubten die Beurteilung, ob eine Sammelbezeichnung den Streitgegenstand hinreichend bestimmte. Anstatt die generische Vindikation von *aurum/argentum omne* allgemein zu verneinen oder zu bejahen, bedarf es einer differenzierenden Sichtweise:

Die generische Vindikation war ausgeschlossen, wenn durch *aurum/ argentum omne* der Verfahrensgegenstand nicht zweifelsfrei feststand. Aus den erörterten Gründen reichte eine solche Formulierung bei einer „gewöhnlichen" *rei vindicatio* nicht. Somit kann Dell'Oro nicht gefolgt werden, wenn er aus D 34.2.27.2 und 4 die (Sammel-)Vindikation durch den Eigentümer (Erblasser) ableitet.

Allerdings konnte in bestimmten Fällen ein aufgrund seiner Weite *prima vista* zur Formulierung des Vindikationsgegenstandes ungeeignet erscheinender Ausdruck wie *aurum/argentum omne* gerade deswegen allen funktionalen Anforderungen der *designatio rei* in der *rei vindicatio* Genüge tun. Wenn der

---

[176] Das scheint auch Voci (Fn. 154) 436 zu konzedieren.

[177] Dieses Manko in Dell'Oros Darstellung rügt schon Gallo (Fn. 154) 312 Fn. 11, der aber nicht ausführt, worin er die Bedeutung des „insegnamento" von D 6.1.6 für diese Frage sieht; aufgrund der

Vindikationslegatar, dem alles Gold/Silber vermacht war, unter Verwendung dieser Formulierung in seiner *intentio* klagte, war das Ausmaß des Begehrens präzise bestimmt: Er verlangte alles dem Erblasser gehörende (und damit an den Legatar gefallene) Edelmetall, das sich beim Erben befand. Aus dem Zusammenhang mit dem Legat ergaben sich auch die weiteren Umstände, die eine für die prozessualen Funktionen der *intentio* hinreichende Präzisierung des Begehrens erlaubten[178].

Nur eine anhand der Umstände des Einzelfalles differenzierende Behandlung der Individualisierungserfordernisse konnte die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Angabe des Geforderten berücksichtigen und zugleich den prozessualen Funktionen der *intentio* gerecht werden. Bei einer „normalen" Vindikation war es dem Eigentümer zumutbar, selbst wenn er „sein gesamtes Gold/Silber" forderte, dieses je nach Art der Gegenstände näher zu beschreiben. Für einen aufgrund eines Vindikationslegats klagenden Eigentümer war „sein Gold/Silber" nur das, was ihm der Erblasser mit der Formulierung „mein Gold/Silber" im Testament vermacht hatte. Ohne nähere Kenntnisse von den Verhältnissen des in solchen Fällen beim Erben befindlichen Nachlasses waren ihm präzisere Angaben aufgrund der üblichen Klauseln nicht möglich. Weiters wäre es unverständlich, einerseits die Formulierung „Ich vermache all mein Gold/Silber" für ein wirksames Vindikationslegat ausreichen zu lassen, obwohl die nähere Konkretisierung durch den Erblasser möglich gewesen wäre, andererseits vom Erben, dem die dafür notwendigen Voraussetzungen nicht immer zur Verfügung standen, bei der Durchsetzung seines daraus resultierenden Herausgabeanspruches die detaillierte Auflistung einzelner Gegenstände zu verlangen. Wie die in D 6.1.6 konservierte Kasuistik verdeutlicht, war die Tendenz römischer Juristen nicht, überzogene Anforderungen an den Kläger zu stellen, sondern die von ihm

---

allgemeinen Tendenz seiner Rezension ist zu vermuten, daß er dem ersten Satz der Stelle den generellen Ausschluß nicht auf Einzelsachen spezialisierter Vindikationen entnimmt.

[178] Die Klarstellung eines an sich vieldeutigen Begehrens durch den Hinweis, die Sache stamme aus einem bestimmten Nachlaß, führt auch Octavenus in D 6.1.6 ausdrücklich an: ... *licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint: sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius utendum erit: veluti „qui ex illa hereditate est"* ...

geforderten Angaben auf ein zumutbares Ausmaß zu beschränken, sofern daraus zugleich die für den Prozeß nötigen Abgrenzungen hervorgingen.

### 4.3. Ergebnisse

Die weitreichenden Thesen Dell'Oros über die Anwendung generischer Vindikationen im Falle von *aurum/argentum* (*omne*) und dem *peculium* finden bei kritischer Überprüfung keine Bestätigung. Dennoch belegen die von ihm in die Diskussion eingeführten Texte, daß in den Juristenschriften weitere Konstellationen zu finden sind, die nur unter Annahme einer generischen Vindikation befriedigend erklärt werden können[179]. Dell'Oros Untersuchungsansatz war insofern unzureichend, als er mit der Kategorie der Gesamtsache argumentierte und nicht prüfte, wie die von ihm vermuteten generischen Vindikationen mit den in D 6.1.6 niedergelegten Prinzipien über die Abfassung der *intentio* in Einklang zu bringen sind. Die von ihm herangezogenen Texte bereichern jedoch das Bild, das D 6.1.6 von den Bestimmtheitsanforderungen bei der Metallvindikation entwirft, konkreter von den Lockerungen gegenüber der von der herrschenden Lehre zum alleinigen Grundsatz erhobenen Verpflichtung zur Benennung einer *species*. Damit verliert das Dogma, daß bei der Vindikation besonders strenge Grundsätze hinsichtlich der Konkretisierung der eingeklagten Sachen galten, abermals an Überzeugungskraft.

Wendet man das aus D 6.1.6 entwickelte funktionelle Verständnis der *designatio rei* auf die Untersuchung der Vindikationslegate an, kann man die Fallgestaltungen konkretisieren, in denen es zu einer generischen Vindikation kommen mußte, wenn dem Legatar der klagsweise Zugriff auf das ihm Vermachte nicht gänzlich verwehrt bleiben sollte. Wie schon bei der Untersuchung der *intentio* der *vindicatio nummorum* ist nur darauf abstellen, daß der Umfang des Begehrens aus der Nennung des Geforderten in der *intentio* im Zusammenhang mit den Umständen des konkreten Verfahrens klar hervorgehen mußte (z.B. alles Gold, das sich im Nachlaß befand etc.). Darin zeigt sich die funktionale Gleichheit dieser

---

[179] Keine Probleme bei der Vindikation beim Quasinießbrauch an Geld sieht G. Grosso, Usufrutto e figure affini nel diritto romano$^2$ (1958) 417.

generischen Vindikationen und der *vindicatio nummorum*. Wie bei dem in den Quellen am häufigsten Fall der *vindicatio nummorum*, daß nämlich der Zahlende den Zahlungsempfänger klagte (s. S. 113 - 119), stand mit Angabe der Summe und der Herkunft des Geldes aus dem Zahlungsakt das Prozeßobjekt in der gleichen Weise außer Zweifel, wie bei der Goldvindikation des Legatars gegen den Erben, zu dem alles Gold des Nachlasses gelangt war. Die Aufzählung der einzelnen Gegenstände war daher aus prozessualer Sicht für die Einleitung der Vindikation nicht notwendig. Eine genauere Beschreibung des Geforderten konnte sich aber u.U. im Beweisverfahren als nötig herausstellen, um dem *iudex* die sichere Unterscheidung der beanspruchten Sachen von ähnlichen im Besitz des Beklagten befindlichen zu gestatten.

# 5. Der Beweis bei der *vindicatio nummorum*

## 5.1. Problemstellung

Aus D 6.1.6 leiten diejenigen, die der *vindicatio nummorum* nur eine geringe praktische Bedeutung zusprechen, auch die Behauptung ab, daß der Kläger, wenn kein *corpus nummorum* bestand, nicht im Stande war, das Eigentum an den beanspruchten Münzen nachzuweisen[180]. Mit dem Hinweis auf die mangelhafte Interpretation dieses Schlüsseltextes durch die herrschende Lehre ist dieser Einwand jedoch noch nicht erledigt. Gerade wenn es möglich war, mittels *rei vindicatio* eine Geldsumme einzuklagen, so mußte der Kläger sein Eigentum beweisen. Das bedeutete, daß er nachzuweisen hatte, daß unter den im Besitz des Beklagte befindlichen Münzen solche waren, die ihm gehörten. Zu fragen ist also, welche Aufschlüsse die Texte über die Form dieses Beweises bei einer *vindicatio nummorum* geben können.

Im folgenden soll deshalb zuerst untersucht werden, was die Quellen zum Beweisverfahren bei der *rei vindicatio* im allgemeinen berichten und wie man sich aufgrund dieser Hinweise den vom Kläger in der Praxis zu erbringenden Eigentumsbeweis bei einer *rei vindicatio* vorstellen darf.

## 5.2. Beweislast und Beweisverfahren bei der *rei vindicatio*: eine *probatio diabolica?*

Es ist heute die in der Romanistik herrschende Ansicht, daß im klassischen Zivilprozeß der Kläger grundsätzlich die Behauptungs- und Beweislast zu tragen hatte[181]. Diese anscheinend selbstverständliche Feststellung verdient nur deshalb ausdrücklicher Erwähnung, weil die deutschsprachige Romanistik noch bis vor

---

[180] Hasler 35, 46.

[181] Kiefner 213 f., 223 - 229; D. Simon, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozeß (1969) 136 f., 142; Kaser/Hackl 363; G. Klingenberg, Rez. Kaser/Hackl, Anzeiger für die Altertumswissenschaft 51 (1998) 254; Bürge, Einführung 15; B. Huwiler, Homo et res: Skizzen zur

kurzem geschlossen einer anderen Lehre folgte[182], die Ernst Levy in den frühen 50er Jahren begründet hatte[183]. Levy leugnete für das Formularverfahren der Klassik eine vorweg fixierte und aus der Formel ableitbare Beweislastverteilung[184] und behauptete, der *iudex* sei bei der Verteilung der Beweislast auf die Parteien weitestgehend frei gewesen[185]. Obwohl Giovanni Pugliese an dieser Ansicht unmittelbar fundierte Kritik übte und die These von der allein den Kläger treffenden Beweislast verteidigte[186], dauerte es mehr als vier Jahrzehnte, bis sie allgemein aufgegeben wurde[187]. Unter ihrem Einfluß standen die in der Nachkriegszeit verfaßten Arbeiten zum Beweis bei der *rei vindicatio*[188]. Mit der Abkehr von der Lehre Levys wird eine neuerliche Auseinandersetzung mit diesem Problem nötig. Für die heutige Romanistik steht außer Streit, daß bei der *rei vindicatio* der Kläger die Beweislast trug[189].

Eine allgemein angenommene Besonderheit im Verfahren der *rei vindicatio* ist, daß der Eigentumsbeweis mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war,

---

hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht, Mél. Wubbe (1993) 261 Fn. 348.

[182] Vgl. die Nachweise bei A. Wacke, Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß, SZ 109 (1992) 412 - 414.

[183] E. Levy, Beweislast im klassischen Recht, Gesammelte Schriften I (1963) 407 - 424. In unterschiedlichem Ausmaß basieren auf der von Levy begründeten These sowohl die Argumentationen für die *probatio diabolica* als auch die Einwände gegen sie in den Arbeiten von F. Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RIDA 9 (1962) 371 f.; Kiefner 224 und G. Diósdi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970) 163.

[184] Levy (Fn. 183) 408, 410; dazu Wacke (Fn. 182) 416 .

[185] Aus der richtigen Beobachtung Levys, daß die Texte oftmals der Eindruck erwecken, daß nicht nur der Kläger Beweise beizubringen hatte, auf die er seine These gründet, folgt nicht, daß der *iudex* nach Willkür Beweise verlangen konnte. Dieser „Wechsel der Beweislast" ergab sich aus der freien Beweiswürdigung; s. Unterkapitel 5.3.2.

[186] Insb. G. Pugliese, L'onere della prova nel processo romano „per formulas", Scritti giuridici scelti I. Diritto romano (1985) 177 - 252.

[187] S. zur Kontroverse die sehr eingehende wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung Wackes (Fn. 182); als herrschende Lehre verzeichnen die Gegenansicht nunmehr auch Kaser/Hackl 363 (anders noch die Erstauflage 278 f.).

[188] So die Arbeiten von Sturm, Kiefner und Diosdi in Fn. 183.

[189] Pugliese (Fn. 186) 186; Simon (Fn. 181) 137; Kaser/Hackl 364.

weshalb er von der Literatur oft als *probatio diabolica* bezeichnet wird[190]. Mit der aus der mittelalterlichen Jurisprudenz stammenden Bezeichnung[191] weist noch die moderne Romanistik auf die Vorstellung hin, daß bei der *rei vindicatio* vom Kläger etwas besonders Schwieriges verlangt wurde und daß die Anforderungen an den Beweis bei der *rei vindicatio* von denen in anderen Verfahren grundsätzlich verschieden waren. Dieser Sicht gemäß habe der Kläger, wenn er sein behauptetes Eigentumsrecht auf einen derivativen Erwerb zurückführen wollte, gegebenenfalls durch einen *regressus ad multos auctores* die Berechtigung seines Vormannes und von dessen Vormännern in der Form nachzuweisen gehabt, daß er die geschlossene Kette bis zu einem originären Eigentumserwerb zurückverfolgte[192].

Diese Vorstellung erscheint schon vom Grundsätzlichen her schwierig. Ein erfolgreiches Prozessieren wäre nur dann denkbar, wenn es sich um Sachen handelte, die nicht oft umgesetzt wurden[193]. Geld kommt aufgrund seiner besonderen Funktion für einen derartigen Beweis naturgemäß nicht in Frage. Die Existenz der *probatio diabolica* im Eigentumsprozeß bildet damit ein weiteres, nicht

---

[190] Die Kurzformel findet sich v.a. in Lehrbüchern z.B. H. Hausmaninger/W. Selb, Römisches Privatrecht[8] (1997) 232; M. Kaser, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch)[14] (1986) 125; B. Schmidlin/C.A. Cannata, Droit privé romain I² (1984) 210.

[191] Zum Ursprung der Formulierung Schulz, CRL 369 f.; Sturm (Fn. 183) 364 Fn. 17; Kiefner 212; F. Benedek, Zur Frage des „diabolischen Beweises", St. Biscardi IV (1983) 445 - 447; B. Nicholas, Introduction to Roman Law (Ndr. 1990) 155.

[192] Dafür Kaser/Hackl 364; Kaser, RPR I 432; Sturm (Fn. 183) 363 f.; Kiefner 214, 226; R. Feenstra, Action publicienne et preuve de la propriété, principalment d'après quelques romanistes du Moyen Age, Mél. Meylan I (1963) 96 f.; Diósdi (Fn. 183) 161; G. Thür, Justinians Publiciana und directa „in rem", SZ 89 (1972) 370.

Offen lassen die Frage P. Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzers durch die *actio Publiciana*?, St. Sanfilippo I (1982) 30; T. Giaro, Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers, Mél. Wolodkiewicz (2000) 299. Zum gemeinen Recht und zur Pandektistik vgl. Ch. F. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld 8/1 (1807) 156 f. (§ 585) und B. Windscheid(/Th. Kipp), Lehrbuch des Pandektenrechts I[8] (1900) 887 (mit Nachweisen zur Kontroverse über diese Frage im pandektistischen Schrifttum).

[193] Mit einem langsamen Güterumsatz argumentieren z.B. M. Kaser, In bonis esse, SZ 78 (1961) 177 und Sturm (Fn. 183) 385 f.; anders Kiefner 226 Fn. 66. Auf die Schwierigkeiten, die eine *probatio diabolica* bei der Zwischenschaltung von mehren Händlern aus entfernten Provinzen aufwarf, verweist auch Kiefner 229 Fn. 77.

unwesentliches Argument gegen die praktische Bedeutung der *vindicatio nummorum*[194].

### 5.2.1. Die Quellenaussagen zum Beweis bei der *rei vindicatio*

Wegen der Bedeutung des Arguments gilt es nun, die Grundannahmen, auf die sich die Lehre von der *probatio diabolica* stützt, Revue passieren zu lassen und sie, ohne Anspruch auf Behandlung aller damit verbundenen Probleme[195], einer kurzen Überprüfung zu unterziehen.

Die Beweislast des Klägers bei der *rei vindicatio* wird in klassischen Juristenschriften nur gelegentlich angesprochen[196].

> D 6.1.24 (Gai 7 ed prov)
> *Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere.*

---

[194] Fuchs, Iusta causa, 247; Fuchs, *Consumptio* 131; Wacke 93.

[195] Das gilt vor allem für die aus den Beweiserfordernissen gezogenen Folgerungen für das Verhältnis der *actio Publiciana* zur *rei vindicatio*. Die Versuche, den wesentlichen Unterschied zwischen *actio Publiciana* und *rei vindicatio* in der Erleichterung des Beweises zu sehen, scheint nur die Umkehrung des Gedankenganges der mittelalterlichen Juristen zu sein, welche, um diese Klagen von einander abzugrenzen, die Idee der *probatio diabolica* entwarfen (dazu Sturm, Fn. 183, 365 - 369). Zum Verhältnis von *actio Publiciana* und *rei vindicatio* s. F.B. Wubbe, Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne, RIDA 8 (1961) 422; P. Voci, Modi di acquisto della proprietà (1952) 160; Diósdi (Fn. 183) 154 - 165; P. Apathy, Die publizianische Klage (1981) 12 - 18 und Benedek (Fn. 191) passim; weitere Literaturnachweise bei Guarino 711; Kaser/Hackl 331 Fn. 29 und Wubbe, Ét. Ankum (Fn. 134) 652 Fn. 16.

Zu einem Fall, in dem die Wahl zwischen *rei vindicatio* und *actio Publiciana* nach klassischem Recht praktisch relevant wurde (D 21.2.66 pr. Pap 28 quaest) s. H. Ankum, Papinian, ein dunkler Jurist?, OIR 2 (1996) 27 - 30 und Wubbe, Ét. Ankum (Fn. 134) 655 f.

[196] Dazu kurz Diósdi (Fn. 183) 163; vgl. weiters C 3.32.28 (Diocl. et Maxim. AA. et CC. Sopatro) *Res alienas possidens, licet iustam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.* D. VIII k. Ian. CC. conss. [a. 294].

D 6.1.73 pr. (Ulp 17 ed)

*In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit: hoc enim petitoris munus est, non possessoris: quod et in Publiciana observatur.*

Die übereinstimmende Grundaussage beider Texte ist, daß der Kläger und nicht der Beklagte zum Beweis verhalten war. Aus der Verwendung des Ausdruckes *onus petitoris* geht nur die Beweislast des Klägers hervor[197], aber keine besondere Strenge bei Durchführung des Beweises[198]. Deutlicher wird der Grundsatz in einer spätklassischen Konstitution überliefert[199].

C 4.19.2 Antoninus. A. Auluzano

*Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere. nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.* PP. XV k. dec. Laeto et Cereale conss. [a 215]

Die kaiserliche Kanzlei stellte fest, daß ein Scheitern des Klägers beim Beweis seines Eigentums den Prozeßverlust nach sich ziehen müsse. Der Kläger könne nicht vom Besitzer verlangen, daß dieser seinerseits beweise, ob ihm die Grundstücke gehörten. Welche Frage der Kläger ursprünglich an die Kanzlei herangetragen hatte, ist nicht leicht zu rekonstruieren. Es ist jedoch schwerlich vorstellbar, daß der Anfragende davon ausgegangen war, der Beklagte hätte, bei

---

[197] Vgl. auch D 31.22 (Cels 21 dig); D 6.1.24 (Gai 7 ed prov.), D 50.17.154 (Ulp 70 ed); D 5.1.62 (Ulp 39 ed), D 43.17.1.3 (Ulp 69 ed); Levy (Fn. 183) 419 hält den Ausdruck stets für interpoliert; dagegen jetzt Wacke (Fn. 182) 422 - 426.

[198] Dafür kann man auch nicht auf D 6.1.24 (Gai 7 ed prov) verweisen. Der Text besagt auch nicht mehr, als daß die durch ein Interdikt erlangbare Passivlegitimation (vgl. D 6.1.9, Ulp 16 ed), die in jedem Prozeß bessere Beklagtenposition verschaffte. Vgl. D 50.17.204 (Pomp 28 ad Q Muc.) *Minus est actionem habere quam rem.* D 50.17.126.2 (Ulp15 ed) *Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis.* und weiters D 3.6.5.1 (Ulp 10 ed), D 6.2.9.4 (Ulp 16 ed), D 20.1.10 (Ulp 73 ed), D 43.33.1.1 (Iul 49 dig).

Wackes (Fn. 182) 445 f. Einwand, dieses Vorverfahren wäre sinnlos, wenn damit nicht eine Regelung der Beweislast verbunden wäre, widerlegt Levys These schlagend, kann im Gegenzug jedoch nicht begründen, daß der Kläger im Eigentumsverfahren einen besonders strengen Beweis zu erbringen hatte.

[199] Vgl. Feenstra (Fn. 192) 97; Pugliese (Fn. 186) 231; Wacke (Fn. 182) 441.

sonstigen Prozeßverlust, seine Berechtigung zum Besitz nachzuweisen. Womöglich ging es gar nicht um die vordergründige Frage nach der ursprünglichen Beweislast, sondern darum, was in einer beweismäßigen „Pattstellung" zwischen den Parteien zu geschehen habe, z.B. wenn der Kläger sein Eigentum wahrscheinlich gemacht hatte, ob nun der Beklagte seine Berechtigung nachzuweisen hätte oder der Kläger auf die substantiierten Einwände des Beklagten reagieren und seinen Beweis zu Ende zu führen müsse[200].

Aus den Quellen weniger deutlich erkennbar, aber für die These von der *probatio diabolica* um so wichtiger ist, wie strikt die Anforderungen an den Eigentumsbeweis in der Praxis gehandhabt wurden. Für das Verständnis des Beweisverfahrens und zur Überprüfung der *probatio diabolica*-Lehre müßte man in erster Linie wissen, wie der Kläger, der behauptete, die eingeklagte Sache derivativ zu Eigentum erworben zu haben, diesen Eigentumserwerb konkret zu beweisen hatte. Die Kernfrage ist, ob der Logik des materiellen Rechts gehorchend bei jeder *rei vindicatio* die Beweispflicht des Klägers darin bestand, den derivativen Eigentumserwerb durch einen lückenlosen *regressus ad multos auctores* vorzuführen, oder ob man sich auch damit begnügen konnte, einen tatsächlichen Ablauf zu beweisen, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung keine Zweifel aufkommen ließ, daß bei dem fraglichen Geschäft Eigentum übergegangen war. Anders formuliert: Reichte bloßes Bestreiten der Berechtigung der Vormänner durch den Beklagten, um dem Kläger diesen nahezu unmöglichen Beweis aufzwingen und bei dessen Scheitern zu obsiegen?

Die einzigen Quellenaussagen über die Beweisführung bei der *rei vindicatio* stammen aus einer spätklassischen und einer diokletianischen Konstitution[201].

---

[200] S. Unterkapitel 5.3.2.

[201] Eine kurze Charakterisierung der für Beweisfragen einschlägigen Titel der justinianischen Kompilation (D 22.3 *De probationibus et praesumptionibus,* C 4.19 *De probationibus*) bei A. Steinwenter, Rhetorik und römischer Zivilprozeß, SZ 65 (1947) 85 f.; J.Ph. Lévy, La formation de la théorie romaine des preuves, St. Solazzi (1948) 418 - 438; G. Pugliese, La preuve dans le procès romain de l'époque classique, Scritti giuridici scelti I. Diritto romano (1985) 339 - 412; Simon (Fn. 181) 135; P. Bajory, Beweisaufnahme im römischen Recht, FS Pólay (1985) 41 - 56 und Kaser/Hackl 363 Fn. 10.

C 4.19.4 Alex. A. Avito.

*Proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed ex quibuscumque aliis legitimis probationibus ostenditur.* PP. k. nov. Alexandro A. cons. [a 222]

C 4.19.12 Diocl. et Maxim. AA. et CC. Chroniae

*Cum res non instrumentis gerantur, sed in haec gestae rei testimonium conferatur, factam emptionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum pretiumque numeratum quibus potes iure proditis probationibus docere debes.* D. V non. oct. AA. conss. [a 293]

In C 4.19.4 verfügte die Kanzlei, daß das Eigentum nicht nur durch die Kaufurkunde, sondern auch durch sonstige Beweismittel dargetan werden könne. Daran knüpfte C 4.19.12 an und ließ bei Fehlen einer Geschäftsurkunde den Beweis von Kaufabschluß, Übergabe und Preiszahlung durch andere Beweismittel zu. Kein Text deutet auch nur an, daß darüberhinaus das Recht des Vormannes besonders zu prüfen war; genausowenig finden sich Indizien, die auf eine zwingende Durchführung des *regressus ad multos auctores* hinweisen könnten, wie das nach der These von der *probatio diabolica* der Fall sein müßte[202]. C 4.19.4 beschränkte die Beweislast auf den Nachweis des Titels, C 4.19.12 auf den Nachweis von Kauf, Übergabe und Preiszahlung[203].

---

[202] Vgl. Kiefner 215 f.

[203] Diese vom Wortlaut her gebotene Interpretation weist Kiefner aber zurück und bestreitet in beiden Fällen, daß es um Eigentumsprozesse ging: In C 4.19.4 sieht Kiefner 215 - 217 einen Prozeß zwischen einem *usufructuar* und demjenigen, der das mit dem *ususfructus* belastete Grundstück vom Erben bei einem Erbschaftskauf erworben hatte. In diesem Fall ersparte man sich den Nachweis des Erwerbs von einzelnen Gegenstände aus praktischen Motiven und ließ „den erwiesen wirksam zustandegekommenen Kaufvertrag als genügend überzeugungskräftiges Indiz (Hervorhebung von mir, R.G.) für den Rechtserwerb selbst" (217) gelten, weil weder der Usufruktuar noch der Erwerber die Berechtigung des Vormannes in Frage stellen konnten, ohne der eigenen Rechtsstellung den Boden zu entziehen (Kiefner 217 Fn. 29). Für C 4.19.12 hält H. Kiefner, Qui possidet dominus esse praesumitur, SZ 79 (1962) 263 f. und Kiefner 215 f., die *exceptio rei venditae et traditae* für das eigentliche Beweisthema. Haltbar sind diese Konstruktionen nur, wenn die Geltung der *probatio diabolica* als gesichert vorausgesetzt wird; sie können die These allerdings nicht begründen.

Vom Kläger verlangten also beide Entscheidungen nur den Nachweis der Gültigkeit des Titelgeschäfts und von dessen Vollzug. Wenngleich in der Berufung auf einen derivativen Erwerb die Behauptung der Berechtigung des Vormannes impliziert ist, fällt das Fehlen der ausdrücklichen Erwähnung des Rechts des Vormannes dennoch auf. Man könnte sogar den Eindruck gewinnen, daß dieser Punkt bewußt nicht berührt wurde (unten S. 111 f.). Die stattdessen angesprochenen Beweisthemen betreffen zwar notwendige Voraussetzungen des Eigentumserwerbs[204]; deren Nachweis ohne Eingehen auf das Recht des Vormannes liefert allerdings bloße Indizien[205], aus denen auf eine Eigentumsübertragung geschlossen werden kann[206].

Sofern man nicht wie Levy[207] einen Wandel bei der Behandlung der Beweisfragen zwischen dem klassischen Formularprozeß und dem späteren Kognitionsverfahren annimmt, wofür allerdings weder Anhaltspunkte in den Quellen noch grundsätzliche Erwägungen Veranlassung bieten[208], erlauben die vorhandenen Texte nur den Negativbefund, daß der These von der Beweisführung im Eigentumsstreit durch eine *probatio diabolica* ein Fundament in den Quellen fehlt. Die Texte, die im Zusammenhang mit der Beweispflicht bei der *rei vindicatio* in der wissenschaftlichen Diskussion erörtert werden, vermitteln bei unbefangener Lektüre eher einen gegenteiligen Eindruck. Soweit man aus ihnen Rückschlüsse auf die Praxis ziehen kann, belegen sie, daß auf die Berechtigung des Vormannes keinesfalls stärkeres Gewicht gelegt wurde als auf die anderen Voraussetzungen des Eigentumserwerbs.

---

Gegen Kiefners Interpretation von C 4.19.12 schon Feenstra (Fn. 192) 98 Fn. 38; gegen Kiefners Deutung von C 4.19.4 und C 4.19.12 auch Diósdi (Fn. 183) 163 Fn. 83 und 85. Kiefner folgen hingegen Thür (Fn. 192) 371 f. und Kaser/Hackl 364 Fn. 21.

[204] Die Preiszahlung diente als Indiz für den gültigen Kauf, war aber keine Voraussetzung des Eigentumserwerbs. S. Kaser, RPR II 277.

[205] So auch Kiefner 217 (wörtlich zitiert in Fn. 203).

[206] Das gleiche Bild bietet sich bei der Behandlung der *exceptio rei iudicatae* bei der *rei vindicatio.* Auch dabei konzentrieren sich die Juristen auf die *causa.* S. D 44.2.11 (Ulp 75 ed); 44.2.14.2 (Paul 70 ed) und Wubbe, GS Jäggi (Fn. 134) 120 f.

[207] Zum von ihm postulierten Übergang zur festen Beweislastverteilung im Kognitionsprozeß Levy (Fn. 183) 419 - 422; die im Text zitierten Stellen behandelt er allerdings nicht.

[208] Mit Änderungen der Beweisführung durch den Wechsel vom Formular- zum Kognitionsverfahren ist nicht zu rechnen. S. Kiefner 214; Wacke (Fn. 182) 441.

In den Quellen finden sich keine Hinweise darauf, daß beim Beweis dem materiellen Recht gehorchend mit der theoretisch gebotenen Rigidität vorgegangen wurde oder daß dieser Beweis die Hauptschwierigkeit im Eigentumsprozeß bildete[209].

Der mögliche Einwand, daß diese Sichtweise im Ergebnis der von der mittelalterlichen Jurisprudenz aus den zitierten Kodexstellen konstruierten Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers[210] entspricht, verfängt dagegen nicht. Denn eine in aller Strenge geforderte *probatio diabolica* kann die Lage des Klägers so erschweren, daß ihre Wirkungen einer Eigentumsvermutung zugunsten des Beklagten, d.h. in der Regel des (im Verhältnis zum Kläger) letzten fehlerfreien Besitzers, gleichkommen[211]. Bei auf ein vernünftiges Maß reduzierten Anforderungen an den Beweis fällt hingegen einerseits das Risiko des *non liquet* weg und wird andererseits die Abweisung des mit seinem Beweis gescheiterten Klägers rechtspolitisch vertretbar.

---

[209] Nicht anders zu verstehen ist die Grundaussage von CTh 11.39.1 (Const. A. Aurelio Helladio) *Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emerserit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur.* Dat. Naisso XV kal. octob. Paulino et Iuliano conss. (325 sept. 17). S. dazu Pugliese (Fn. 186) 415 - 417 und Diósdi (Fn. 183) 162 gegen Kiefner 218.

[210] Sturm (Fn. 183) 365 f.; Feenstra (Fn. 192) 97 f. und umfassend Kiefner (Fn. 203) passim.

[211] Die mittelalterliche Bezeichnung des Prinzips sollte sogar das voraussehbare Scheitern des Klägers am Beweis spiegeln: In mittelalterlichen Schauspielen unterliegt der Teufel stets beim Beweis, daß ihm die geforderte Seele gehört. S. die Literatur in Fn. 191.

Daß diese angenommene Schwierigkeit durch die *actio Publiciana* vermeidbar gewesen wäre, kann nicht zur Begründung herangezogen werden, daß die *rei vindicatio* solche Beweiserfordernisse kannte. Genausowenig läßt sich mit diesem Argument die Schaffung der *actio Publiciana* erklären. Wenn man in dieser Form mit der *actio Publiciana* argumentiert, führt dies nur zu einem Zirkelschluß. Vgl. unten S. 110.

Das muß man auch Benedek (Fn. 191) 445 - 468 und dems., Ursprung und Funktion der actio Publiciana, FS Pólay (1985) 91 entgegenhalten: Aus der Unmöglichkeit, wegen der *probatio diabolica* mit der *rei vindicatio* zu obsiegen, leitet er ab, daß ein Traditionserwerb nahezu unbeweisbar und deswegen die *actio Publiciana* sogar zum Schutz dessen nötig wurde, der vom Eigentümer erworben hatte. Nach Ansicht Benedeks wurde der derivative Erwerb in der Praxis somit bedeutungslos. Gerade wenn man die Folgen der *probatio diabolica* in dieser Konsequenz zu Ende denkt, sollten Zweifel an der Richtigkeit der Ausgangsthese entstehen.

Diósdi (Fn. 183) 161 geht in praktischer Hinsicht von einer Gleichartigkeit bei den Beweiserfordernissen von *rei vindicatio* und *actio Publiciana* aus; Thür (Fn. 192) 363 wiederum nimmt an, daß die *actio Publiciana* in der Praxis keine große Rolle mehr spielte.

### 5.2.2. Zur „rechtslogischen Notwendigkeit" der *probatio diabolica*

Trotz des von Anhängern wie Gegnern der herrschenden Lehre gleichermaßen eingestandenen mageren Quellenbefundes[212] wurde die seit Jahrhunderten vertraute Vorstellung von der *probatio diabolica* nur von wenigen Autoren in Frage gestellt[213]. Als Hauptstütze der herrschenden Lehre gilt heute noch immer eine von Hans Kiefner 1964 publizierte Untersuchung[214]. Diese Arbeit verteidigte die *probatio diabolica* gegen die 1962 von Fritz Sturm[215] erhobene Fundamentalkritik. Sturms Hauptargument ist v.a. das Schweigen der Quellen zur *probatio diabolica*. Spezielle Beweisprobleme, die zwingend zu Lasten des Klägers ausgehen mußten, bot der Eigentumsstreit seiner Ansicht nach keine, da der *iudex* gegebenenfalls von seinem Recht zur freien Verteilung der Beweislast Gebrauch machen konnte oder sich der Entscheidung entzog und sein Amt niederlegte, indem er den Eid *sibi non liquere* leistete[216]. Die schlagwortartige Kernthese Sturms lautet provokant: „Der Nachweis des Eigentums war in *klassischer Zeit außerordentlich einfach*"[217].

Aus der Distanz von mehr als einem Vierteljahrhundert verwundert es allerdings, daß Kiefners Arbeit noch immer als Hauptstütze für die herrschende Sichtweise

---

[212] Sturm (Fn. 183) 363 - 370; Kiefner 214; Diósdi (Fn. 183) 161; Thür (Fn. 192) 372.

[213] Sturm (Fn. 183) 364 - 370 (mit Nachweisen älterer kritischer Stimmen); Diósdi (Fn. 183) 161 - 164 (unentschieden in diesem Punkt die Rez. von F. Wieacker, SZ 89, 1972, 423); Nicholas (Fn. 191) 156.
H.H. Pflüger, Über die *probatio diabolica*, AcP 77 (1891) 16 - 27 darf allerdings nicht mit Sturm (Fn. 183) 369 und Diósdi (Fn. 183) 161 zu den Gegnern der *probatio diabolica* gezählt werden. Sein Bestreben war nicht, die *probatio diabolica* zu bestreiten, sondern sie dem Beklagten aufzuhalsen, wenn dieser sein Eigentum einwendete (18).

[214] Klassizität der 'probatio diabolica'?, SZ 81 (1964) 212 - 232.

[215] Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RIDA 9 (1962) 357 - 416. Auf Sturms Thesen replizierte auch Feenstra (Fn. 192); zur Diskussion Diósdi (Fn. 183) 161.

[216] Sturm (Fn. 183) 364 - 371. Diese Annahme löst das Dilemma der Parteien gerade nicht, weil ein neuer Richter keine bessere Beweislage bedeutete (s. Simon, Fn. 181, 141).

[217] Sturm (Fn. 183) 385; vor Sturm schon H. Erman, Beiträge zur Publiciana II, SZ 13 (1892) 178: „Einen guten Beleg für die Leichtigkeit gerade des Eigenthumsbeweises in der classischen Zeit (oder vorsichtiger: für die Vorstellungen, welche die classischen Juristen von dieser Leichtigkeit sich machten) bietet ... die Möglichkeit, Geld zu vindiciren."

der *probatio diabolica* zitiert wird[218]. Denn in der Kontroverse mit Sturm tritt Kiefner zwar als prononcierter Verteidiger der kanonisierten Lehre auf; was den Kernpunkt seiner Argumentation dagegen betrifft, liegt er durchaus auf einer Linie mit Sturm, sodaß er die Position als vielzitierter Gewährsmann für die vorherrschende Sicht der *probatio diabolica* eigentlich nicht verdient. Ungeachtet seines grundsätzlichen Bekenntnisses zur Notwendigkeit der *probatio diabolica* im Eigentumsprozeß kommt Kiefner letztendlich zu einem Ergebnis, das sich vom Zwang zur praktischen Durchführung einer *probatio diabolica* weit entfernt und dem von ihm verteidigten Konzept sogar diametral entgegengesetzt ist.

Er verweist unter Berufung auf Levy darauf, daß dem klassischen und spätklassischen Formularprozeß die *probatio diabolica*, wie auch jede andere fixierte Beweislastregel, fremd war und die Verteilung der Beweislast allein beim *iudex* lag[219]. Im Eigentumsstreit habe dieser, wenn der Kläger den ihm obliegenden Beweis (*regressus ad multos auctores*) nicht vollständig erbrachte, vom Beklagten weitere Aufklärung verlangt[220]. Sein Sturm durchaus beipflichtendes Resumé lautet deswegen, daß in der Praxis „die Tücken einer 'probatio diabolica' weithin paralysiert" waren[221].

Nimmt man Kiefner beim Wort, dann kann man für den klassischen Formularprozeß nicht von einer *probatio diabolica* sprechen. Das Scheitern des Klägers beim vollen Eigentumsbeweis (*regressus ad multos auctores* bis zum originären Erwerb zurück) war keinesfalls gleichbedeutend mit dem Prozeßverlust, wie das im Konzept der *probatio diabolica* eigentlich zum Ausdruck gebracht wird[222]. Umso mehr überrascht es daher, daß diese gewichtigen Modifikationen von

---

[218] Kaser/Hackl 364 Fn. 21; Simon (Fn. 181) 136; Diósdi (Fn. 183) 162; Thür (Fn. 192) 363.

[219] Kiefner 231.

[220] Kiefner 226, 231. Überspitzt formuliert heißt das aber, daß der Beklagte umso stärker in die Pflicht genommen worden wäre, je schwächer die Beweise des Klägers waren.

[221] Kiefner 226.

[222] Kiefner 226 versteht unter *probatio diabolica*, daß der Kläger sein Eigentum (*regressus ad multos auctores*) beweisen mußte und bei unvollständigem Beweis jedenfalls unterlag; so auch Wacke (Fn. 182) 445 f.

den nachfolgenden Autoren (mit Ausnahme Gerhard Thürs[223]) nicht beachtet wurden. Kiefners differenzierende Sicht der *probatio diabolica* fand auch keinen Eingang in die Darstellungen zum Eigentumsprozeß, die sich auf seine Arbeit berufen. Mit gutem Recht muß man fragen, warum nach Kiefner überhaupt noch von einer *probatio diabolica* gesprochen wurde. Welchen Sinn hat das Festhalten an einem theoretischen Konzept, von dem angenommen wird, daß es in der Praxis nicht zur Anwendung kam[224]?

Der Grund dafür ist wohl, daß Kiefner den konkreten Ausführungen zum klassischen Formularverfahren grundsätzliche Überlegungen zur Seite stellt, die das Fehlen einschlägiger Quellen, den Haupteinwand gegen die herrschende Ansicht, argumentativ überspielen sollen. Wenn man davon ausgeht, daß im klassischen Zivilprozeß nur den Kläger eine Beweislast traf, gewinnen gerade diese Argumente zugunsten der *probatio diabolica* besonderes Gewicht. In Ermangelung eindeutiger quellenmäßiger Fundierung begründet Kiefner die umfassende Beweispflicht des Klägers apodiktisch als

> „eine rechtslogische Notwendigkeit, und so elementar, daß wir darüber einen Quellenausspruch nicht erwarten, einen gegenteiligen Schluß ex silentio keineswegs ziehen dürfen. Und was die Schwierigkeiten des Beweises im besonderen anlangt: Sie liegen ganz im Bereich des Faktischen und sind deshalb kein Problem, das zu erörtern sich ein klassischer Jurist hätte angelegen sein lassen."[225]

So betrachtet wird das Schweigen der Quellen vom Schwachpunkt der herrschenden Ansicht zum geradezu schlagenden Beweis ihrer Richtigkeit verkehrt. Dahinter stehen zwei Überlegungen: Zum einen sei aus materiellrechtlichen Gründen notwendig, beim derivativen Erwerb das Eigentum der Vormänner zu beweisen,

---

[223] Thür (Fn. 192) 363.

[224] Gegen die praktische Anwendung der *probatio diabolica* jüngst auch Giaro (Fn. 192) 299 m.w.N.

zum anderen dürfe man das Schweigen der Quellen schon deswegen nicht als Argument heranziehen, weil Beweisfragen nicht in das Interessengebiet der römischen Juristen fielen.

Das Prinzip *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (D 41.1.20 pr. Ulp 29 Sab) ist seit langem die Grundlage, auf welche man das Erfordernis einer *probatio diabolica* im Eigentumsprozeß stützt[226]. Der einleuchtenden Logik dieses Gedankenganges[227] könnte man die Frage entgegenhalten, welche praktische Bedeutung die *rei vindicatio* denn haben konnte, wenn sie den Kläger vor nahezu unüberwindbare Hürden stellte, sodaß manche Autoren vermuten, diese Beweisschwierigkeiten hätten den Prätor veranlaßt, ihr die *actio Publiciana* an die Seite zu stellen.

Die Logik, die dem Modell seine Überzeugungskraft gibt, leidet jedoch darunter, daß sie das bereits voraussetzt, was mit ihrer Hilfe eigentlich erst bewiesen werden soll: Mit den materiellrechtlichen Voraussetzungen des derivativen Eigentumserwerbs läßt sich die *probatio diabolica* nur dann begründen, wenn man unterstellt, daß in der Praxis der volle Beweis der Berechtigung der Vormänner allein deshalb gefordert wurde, weil der Eigentumserwerb materiell die Berechtigung der Vormänner voraussetzte. Von dieser These ausgehend müßte man eine *probatio diabolica* mit derselben Logik – geradezu als rechtshistorische Selbstverständlichkeit[228] – auch jenseits der *rei vindicatio* in jedem Verfahren

---

[225] Kiefner 214.

[226] Gl. *vacuam* zu C 4.19.12 ... *Item dixit hic P.(lacentius) quod satis est ad dominii probationem probare haec tria, emptionem, et vacuae possessionis traditionem, et pretium solutum. Quod non placet quia potest esse quod venditor non fuit dominus unde emptor non fit dominus, ut ff. de aquirendo rerum dominio l. traditio. Oportet ergo probare quod venditor fuerit dominus, ut ff. de pignoribus l. et quae nondum § quod dicitur et de Publiciana in rem actione l. eum § Publiciana actio.* ... Dazu Sturm 365 f.; s. auch Glück (Fn. 192) 156 f. und Windscheid (Fn. 192) 887; im Sinne der hier vertretenen Ansicht relativiert die *probatio diabolica* beispielsweise schon A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1² (1873) 653.

[227] So auch Benedek (Fn. 191) 445. Dagegen allerding schon Pflüger (Fn.213) 16; weiters auch Diósdi (Fn. 183) 162 und für das justinianische Recht Thür (Fn. 192) 372.

[228] Zu dieser Denkform s. D. Daube, Das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte, SZ 90 (1973) 1 - 13. Wendet man Daubes methodischen Hinweis, daß ein Fehlen von Quellenbelegen nicht immer durch „selbstverständliche" Annahmen ersetzt werden darf, sondern durchaus als Indiz für die Nichtexistenz eines vorausgesetzten Instituts zu werten ist, auf den konkreten Zusammenhang an, wird die „rechtslogische" Notwendigkeit der *probatio diabolica* aus rechtshistorischer Sicht zweifelhaft.

annehmen, in dem es auf das Eigentum des Klägers ankommt, etwa weil i.d.R. nur der Eigentümer aktivlegitimiert ist (z.B. bei der *actio legis Aquiliae*, *condictio furtiva, condictio certae creditae pecuniae* etc.), oder ein vom Recht des Vormannes abhängiges beschränktes dingliches Recht geltendgemacht wird (z.B. *actio Serviana*[229]), da es aus logischen Gründen keinen Unterschied ausmachen darf, ob das Eigentumsrecht (und damit dessen Beweis) eine oder die einzige Verurteilungsvoraussetzung ist[230]. Mit logischen Gründen ist nicht plausibel zu machen, warum z.B. Titius das Eigentum am Sklaven Stichus mittels *probatio diabolica* zu beweisen hatte, wenn er ihn von Maevius herausforderte, nicht aber, wenn er Maevius mit der *actio legis Aquiliae* wegen der Tötung des Stichus belangen wollte. Daß immer dann, wenn das Eigentum zu den materiellen Tatbestandsvoraussetzungen zählte, dieses durch eine *probatio diabolica* erwiesen werden mußte (was logisch konsequent wäre) wird dagegen nur vereinzelt behauptet[231].

Quellenunabhängige Gesichtspunkte der Logik allein können die Vermutung nicht rechtfertigen, daß die Beweisanforderungen in Verfahren, in denen die Feststellung des Eigentums nicht inzidenter erfolgte, sondern den Kernpunkt bildete, strenger sein mußten. In dieser Weise erlauben materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzungen keine methodisch einwandfreien Rückschlüsse auf prozessuale Aspekte, wie die Beweisführung in der Praxis. Mit gleichem Recht

---

[229] In der *intentio* der *actio Serviana* ist das *in bonis esse* des Beklagten sogar ausdrücklich genannt, Lenel, EP 494 f.; Mantovani 45

Die Glossatoren, bei denen man die *probatio diabolica* erstmalig findet, knüpften gerade an pfandrechtliche Texte an. S. dazu in Fn. 226.

[230] Aus logischen Überlegungen ließe sich sogar die Annahme rechtfertigen, daß die Handhabung umso strenger sein müßte, wenn die Aktivlegitimation nicht bloß die Behauptung des Eigentums, sondern das Eigentum voraussetzt.

Eine scharfen Unterscheidung der Klagslegitimation von den sonstigen Verurteilungsvoraussetzungen war der römischen Denkweise, die materielle und prozessuale Aspekte noch nicht trennte, fremd. S. M. Kaser, Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem', SZ 98 (1981) 80; Kaser/Hackl 242, 251.

[231] In diesem Sinn läßt sich nur Kiefner 219 und 230 Fn. 80 verstehen. Dagegen demonstriert F. Wubbe, Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?, SZ 80 (1963) 193 - 196, daß unter *erus* nicht der „wahre Eigentümer", sondern nur die im Eigentumsprozeß obsiegende Partei verstanden wurde. Den Einwand des fehlenden Eigentums habe der Prätor einfach durch die Gewährung einer *actio in factum* an den (gutgläubigen) Besitzer der beschädigten Sache abgeschnitten.

könnte man vermuten, daß ein mittels *probatio diabolica* erstrittenes Urteil in einem Eigentumsprozeß Wirkungen *erga omnes* haben müßte[232] oder sich der siegreiche Kläger bei einer späteren *rei vindicatio* darauf berief[233]. Auch die Möglichkeit von

---

In D 5.3.55 (Iul 60 dig) nimmt Julian ohne weiteres hin, daß ein gutgläubiger Besitzer mit einer *actio legis Aquiliae* durchgedrungen war: *Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.*

[232] Aus rein materiellrechtlicher Sicht würde ein nach *probatio diabolica* getroffener Ausspruch über das Eigentum - *rebus sic stantibus* - zugleich das Eigentum jedes Dritten ausschließen. Dennoch kann auch der *rei vindicatio* eines Dritten vom siegreichen Kläger nicht die *exceptio rei iudicatae* entgegengesetzt werden. Die Römer hielten im Einklang mit den sonstigen prozessualen Grundsätzen offenbar auch die im Eigentumsverfahren festgestellte Wahrheit insofern nur für relativ (vgl. Wubbe, GS Jäggi, Fn. 134, 97 f.). Daher konnte auch bei der *rei vindicatio* eine *confessio* die *pronuntiatio secundum actorem* ersetzen (D 42.2.6 Ulp omn tribunal). Kaser/Hackl 272 f. halten dazu fest (a.a.O. Fn. 28), daß damit das Eigentum nicht bewiesen wurde, aber „daß sich die Klassiker ... damit begnügt(en), daß zwischen den Parteien Recht geschaffen werde."

Die Relativität des Eigentumsschutzes verdeutlicht auch D 44.2.24 (Iul 9 dig) *Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit et a domino petierit, adversus exceptionem „si non eius sit res" replicatione hac adiuvabitur „at si res iudicata non sit".* Dazu Wubbe (Fn. 134) 127 und H. Wieling, Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht, SZ 102 (1985) 315 f.

[233] Man dürfte erwarten, daß jemand, der einmal mit einer *rei vindicatio* obsiegt hatte, in einem nächsten Verfahren unter Berufung auf den einmal erstrittenen Sieg zur *rei vindicatio* griff. Daß dem nicht so war, beweist die Aufzählung des stattgebenden Urteils zugunsten des Klägers unter den Rechtsgründen der *actio Publiciana*: D 6.2.3.1 (Ulp 16 ed) *Ait praetor: „ex iusta causa petet." qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis ... item si res ex causa iudicati sit tradita.* (D 6.2.7) *Sed et si res adiudicata sit, Publiciana actio competit.* Wieling (Fn. 232) 312 versteht das folgendermaßen: „Wird im Vindikationsprozeß eine Sache auf Grund der *pronuntiatio* des Richters herausgegeben, so steht dem Kläger zu seinem Schutz die *actio Publiciana* zu. Das gilt natürlich nur, wenn der Kläger nicht wirklich Eigentümer ist und dies beweisen kann." Nach Wielings Ansicht lagen die konstitutiven Wirkungen des Urteils im Eigentumsverfahren in der Einräumung von Ersitzungsbesitz und waren damit schwächer als in Prozessen über Forderungen oder das Erbrecht (Wieling, a.a.O., 313). Aus der Gewährung der *actio Publiciana* leitet er ab (a.a.O., 314), „daß aus der Tatsache, daß dem siegreichen Kläger im Vindikationsverfahren die *actio Publiciana*, d.h. der Ersitzungsbesitz gegeben wird, ... zwangsläufig (folgt), daß ein Dritter, der sich auf sein Eigentum beruft, gegen den Sieger vorgehen kann. Gegen einen solchen Praetendenten wirkt die Rechtskraft nicht. Allerdings ist das Klagerecht des Praetendenten beschränkt, bis nämlich der siegreiche Kläger die Ersitzungsfrist vollendet und damit unangreifbares Eigentum erworben hat."

Das ist aber nicht zwingend. Ulpian sagt nicht ausdrücklich, daß der Kläger Ersitzungsbesitz erhält (was in dem Fall wohl paradox wäre, weil es auf eine quasi institutionelle Infragestellung aller Urteile in Eigentumsprozessen hinausgelaufen würde), sondern stellt in D 6.2.3.1 ff. *iustae causae* der *actio Publiciana* vor. Darunter mußte Ulpian das Obsiegen mit der *rei vindicatio* aber deswegen aufnehmen, da der siegreiche Kläger sonst schlechter gestanden wäre, als vor dem Besitzverlust an den Beklagten des ersten Verfahrens. Nach Herausgabe besaß er die Sache nicht aufgrund des ursprünglichen Titels, den er im Eigentumsprozeß nachgewiesen hatte, sondern aufgrund seines Sieges im Prozeß. Verlor er neuerlich den Besitz, wäre ihm die *actio Publiciana* mangels *iusta causa* ansonsten verwehrt geblieben. Ob er deswegen nach Ablauf einer Frist ab Herausgabe nicht mehr geklagt werden konnte, wie Wieling folgert, ist aufgrund der oben zitierten Texte allerdings fraglich. Ein Sieg in einem früheren Verfahren war nicht mehr als ein Argument, das der Beklagte gegen das Eigentum des Klägers vorbringen konnte und über das der *iudex* im Rahmen der Beweiswürdigung seine Meinung zu bilden hatte. Dieser konnte auch zur Auffassung gelangen, daß das erste Verfahren zu Unrecht zugunsten des (damaligen Klägers und jetzigen) Beklagten entschieden worden war (dazu sofort). Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit könnte man zugunsten der Gleichsetzung mit einer *iusta causa usucapionis* argumentieren; andererseits wäre aber zu bedenken, daß bei dieser Sichtweise ein

Fehlurteilen müßte bei besonders strengen Beweisanforderungen geringer sein, als in anderen Verfahren[234]. Kiefners Überlegungen dazu wirken daher weniger logisch, denn ideologisch, und man wird deshalb dem Schweigen der Quellen nicht einfach jeden Wert als Ausgangspunkt von Überlegungen zum Beweisverfahren bei der *rei vindicatio* absprechen dürfen.

Überdies beruht die Annahme einer strengen *probatio diabolica,* die den Kläger zwang, von sich aus vollen Beweis zu führen, auch wenn der Beklagte keine substantiierten Bestreitungen oder Einwendungen erhob, auf einer unausgesprochenen, aber vielleicht zu idealistischen Vorstellung vom Verfahren vor dem römischen Laienrichter. Man unterstellt, daß der *iudex* im Beweisverfahren auf „juristische Vollständigkeit" achtete und entweder den lückenlosen *regressus* verlangte oder den Kläger abwies. Ob man dies von Laien erwarten darf[235], scheint zweifelhaft. Blickt man dazu in die Gegenwart, so kann man vielfach beobachten, wie selbst vor Berufsrichtern oder in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz

---

Fehlurteil dazu geführt hätte, daß dem Eigentümer die Geltendmachung von Mängeln verwehrt wurden, die der *usucapio* vor dem ersten Verfahren entgegengestanden wären.

Natürlich war mit der Gewährung der *actio Publiciana* auch eine Erleichterung verbunden, weil der Kläger, der bereits in einem Eigentumsprozeß sein dingliches Recht bewiesen hatte, damit dem Beklagten des späteren Verfahrens den Einwand der fehlenden Berechtigung der Vormänner abschnitt; soweit wirkte das Urteil konstitutiv. Wubbe (Fn. 231) 190 f. betont, daß der bei der *rei vindicatio* siegreiche Kläger praktisch keine günstigere Position einnahm, als jemand, der mit der *actio Publiciana* durchgedrungen war.

[234] Dagegen beschäftigen sich die Juristen mehrfach mit den Folgen von Fehlurteilen zugunsten des Klägers, was wohl indiziert, daß die Praxis beim Eigentumsbeweis nicht mit der von der modernen Theorie geforderten Konsequenz verfuhr.

D 6.1.57 (Alf 6 dig) *Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.* Das parallele Problem bei der *hereditatis petitio* behandelt D 5.3.57 (Ner 7 membr). Schon die Glosse versuchte, die Annahme zweier paralleler Vindikationsverfahren zu umgehen (s. Wimmer, Fn. 22, 26 Fn. 145); keine Bedenken bei Kaser (Fn. 230) 105; ebenso für zwei Vindikationen H.-J. Roth, Alfeni Digesta (1999) 183.

D 6.1.35.1 (Paul 21 ed) *Ubi autem alienum fundum petii et iudex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore et de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit: alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui, et quare habeat quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?*

Vat 10 (Pap 3 resp) *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem auctoritatis committere.* Dazu M. Pennitz, Das periculum rei venditae (2000) 452 - 455.

Zur Fehlurteilsproblematik bei der *rei vindicatio* allgemein Pennitz (Fn. 44) 282 Fn. 162, 316 und G. Klingenberg, Eviktion durch *iniuria iudicis*, Ét. Ankum (1995) 177 - 191.

[235] Der Formelwortlaut der *rei vindicatio* (... *Ai Ai esse ex iure Quiritium* ...) instruierte den *iudex* weder über die zu prüfenden rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen (anders etwa als in der *actio Serviana*; vgl. Fn. 275) noch über den Umfang des Beweises.

zentrale Tatsachen- und Rechtsfragen erst thematisiert werden, wenn sie von den Parteien behauptet, bestritten oder eingewendet werden, oder die Feststellung von entscheidungserheblichen Tatsachen erst durch eine Kassation veranlaßt wird.

### 5.3. Der Einfluß der vorprozessualen Interaktion der Parteien auf das Beweisthema im Prozeß

Im folgenden soll der Versuch einer Rekonstruktion des praktischen Ablaufs bei einer *rei vindicatio* unternommen werden[236]. Dabei gilt das Hauptaugenmerk den Hinweisen in den Quellen, die Aufschlüsse über das vorprozessuale Agieren der Parteien ermöglichen, ihre Strategien im Verfahren erkennen lassen und vor allem natürlich Aussagen über die Beweise gestatten, die der Kläger zu erbringen hatte, um zu obsiegen.

#### 5.3.1. Die Relevanz von Beweisfragen für die römische Jurisprudenz

Mit logischen Argumenten kann das Schweigen der Quellen zur *probatio diabolica* nicht übergangen werden. Wenn der Eigentumsprozeß in beweisrechtlicher Hinsicht eine Sonderstellung einnahm, wenn er für den Kläger besondere Schwierigkeiten bot, so dürfte man darauf irgendwelche Hinweise in den Quellen erwarten. Denn die *probatio diabolica* ist, wie Pietro Bonfante treffend feststellt, eben „tanto logica teoricamente, quando assurda praticamente“[237].

Im Lichte dieser Einsicht soll eine Annäherung an die Praxis des klassischen Eigentumsverfahrens gewagt und die Haltung der klassischen Jurisprudenz zu den praktischen Seiten des Rechtslebens nachgezeichnet werden. Es wird darum gehen, ob wir uns die römischen Juristen in dieser Frage – wie dies von mehreren Autoren in anderen Zusammenhängen hervorgehoben wurde – als von den

---

[236] Zur Ausgestaltung des Beweisverfahren s. Kaser/Hackl 361 - 369.

[237] P. Bonfante, La proprietà II/2 (Corso di diritto romano) (1968) 409. Den praktischen Ausweg sah Bonfante in der *usucapio;* daß diese unter Umständen ähnliche Beweisprobleme aufwarf, zeigt Nicholas (Fn. 191) 156 anschaulich.

Bedürfnissen und Anforderungen der Realität isoliert agierende Theoretiker[238] oder als Männer mit Augenmaß und Sinn für die Bedürfnisse und Möglichkeiten der Praxis vorstellen dürfen[239].

### 5.3.1.1. *Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem!* Beweisprobleme und das Selbstverständnis der römischen Rechtswissenschaft

Die Heranziehung von Juristentexten für Aufschlüsse über die Handhabung von Beweisfragen in der Praxis scheidet Kiefner *a priori* als methodisch unzulässig aus, weil sich die römischen Juristen seiner Ansicht nach nicht mit Beweisfragen abgaben. Damit erklärt er einerseits das Fehlen von Quellenbelegen und spricht andererseits dem Schweigen der Überlieferung jeglichen Quellenwert ab[240]. Wenngleich die angesprochene Grundtendenz römischer Juristen, sich nicht mit Beweisfragen zu beschäftigen, stimmt, läßt sich bei differenzierender Betrachtung demonstrieren, daß zur effektiven Wahrnehmung der sozialen Rolle eines römischen Juristen in manchen Situationen die bewußte Rücksichtnahme auf Beweisfragen unumgänglich war.

In den gängigen Darstellungen der Geschichte der römischen Jurisprudenz wird meist unter Berufung auf Ciceros Schilderung von der bewußt plakativ stilisierten Ablehnung des Gaius Aquilius Gallus, bei der Prozeßvertretung in Konkurrenz zu den Rhetoren zu treten und Beweisfragen vor Gericht zu diskutieren[241], darauf hingewiesen, daß sich die römischen Juristen ab der späten

---

[238] Z.B. F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934; Ndr. 1954) 16 f.; A. Steinwenter, Fundus cum instrumento (1942) 9 und 100 f. Eine markante Gegenposition nimmt B. Frier, Law, Technology, and Social Change, SZ 96 (1979) 226 ein („Early classical law was solidly founded in prevailing agricultural practice.").

[239] Zur Bedeutung des praktischen Tätigkeitsfeldes z.B. F. Wieacker, Vom römischen Recht² (1961) 128 - 160. Die häufige Erwähnung der *vindicatio nummorum* nimmt Bürge, Geld (Fn. 21) 131 als Hinweis auf eine Praxisorientiertheit der Juristen.

[240] Vgl. dagegen die Argumentation von Nicholas (Fn. 191) 156 (Textzitat unten in Fn. 265) und im gleichen Sinn schon Schulz, CRL 370.

[241] Cic.Top. 12.51 *Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem, inquiebat Gallus noster, si quid eum tale rettulerat, ut de facto quaereretur.* Vielleicht wandte sich der Jurist mehr gegen die Auseinandersetzung mit den in dieser Hinsicht biegsamer und erfolgversprechender agierenden Rhetoren, als gegen die seriöse Beschäftigung mit solchen Fragen. Schon alleine deswegen, weil wir auch wissen, daß er als *iudex privatus* den von Cicero *pro*

Republik von der Prozeßführung zurückzogen, daß die offene Diskussion von Beweisproblem ab diesem Zeitpunkt etwas geradezu Standeswidriges gewesen wäre[242]. Allerdings erscheint die Folgerung überzogen, daß so jedes Interesse der *iurisprudentes* an Beweisfragen geschwunden wäre. Sie konnten sich auf praktisch-forensischer Ebene der Auseinandersetzung mit den Rhetoren umso leichter kampflos entziehen und ihnen die Prozeßvertretung überlassen, als damit noch nicht genuin juristisches Gebiet preisgegeben wurde[243]. Für die soziale Rolle des Juristenstandes mochte die Beschränkung sogar die gegenläufige Wirkung haben und die Autorität des *iuris peritus* festigen. Indem man durch einen „strategischen Teilrückzug" den eigentlichen Tätigkeitsbereich der Juristenzunft formell enger definierte, wurde dieser gegen weiterreichende Übergriffe gesichert und als autonome Domäne des Juristenstandes erhalten.

An der Methode der römischen Juristen pflegt man weiters die Fähigkeit hervorzuheben, Rechtsfragen strikt von Tatfragen zu trennen, und die juristische Beurteilung ausschließlich auf die abstrakten Rechtsfragen zu konzentrieren. Das erst machte die römische Jurisprudenz zur Wissenschaft und zum Ausgangspunkt er abendländischen Rechtswissenschaft[244]. Daran knüpft auch die Unterstellung, daß die Juristen aus dieser Grundhaltung heraus für praktische Aspekte des Rechtslebens Desinteresse, wenn nicht sogar Verachtung[245] übrig hatten. So wirken die römischen Juristen typologisch (und das wohl nicht ganz zufällig) wie heutige akademische Rechtslehrer, die ihr Interesse mehr den theoretischen Fragen des Rechts

---

*Quinctio* geführten Prozeß leitete, wird man die Aussage in Cic.Top. 12.51 nicht als „Totalverweigerung" der Betrachtung von Beweisfragen gerade durch diesen Juristen klassifizieren dürfen.

[242] F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934) 28: „(S)ie (sc. die Klassiker) behandeln das Recht ... grundsätzlich nicht vom Standpunkt des Beweis erhebenden Richters."

S. weiters statt vieler Schulz, Geschichte 65 f.; M. Kaser, Römische Rechtsgeschichte² (1967) 167 - 169; G. Dulckeit/F. Schwarz/W. Waldstein, Römische Rechtsgeschichte⁹ (1995) 169; Hausmaninger/Selb (Fn. 190) 61 f.; J.A. Crook, Legal Advocacy in the Roman World (1995) 40 f., 173 f.; Wieacker, RG 662 - 675, der allerdings auch darauf aufmerksam macht, daß selbst Fragen der Beweiswürdigung nie gänzlich aus dem Arbeitsfeld der Juristen verschwanden (667).

[243] Vgl. Wieacker, RG 667 - 669; zur Rollenverteilung zwischen Rhetoren und Juristen Steinwenter (Fn. 201) 109 f. und Behrends (Fn. 94) 181.

[244] Statt vieler Wubbe (Fn. 231) 179.

[245] So Lévy (Fn. 201) 430.

zuwenden[246]. In einem Rechtssystem, das auf Entscheidungen konkreter Einzelfälle durch eben diese Juristen aufbaute, erscheint diese Grundeinstellung fragwürdig[247], die Anwendung des aktionenrechtlichen Denkens in der Praxis ohne Rücksicht auf die Beweislage nahezu undenkbar[248].

Es ist nur schwer vorstellbar, daß die Juristen Beweisfragen dort ausweichen durften, ohne gleichzeitig einen Kompetenzverlust auf ihrem Gebiet zu riskieren, wo deren Berücksichtigung die notwendige Voraussetzungen ihrer ureigensten juristischen Tätigkeit war[249]. Nur in der engen Rückbindung an die Bedürfnisse der tagtäglichen Praxis sicherte sich die kasuistisch ausgerichtete Jurisprudenz dagegen, daß ihre Falldiskussionen zum systematischen Durchexerzieren realitätsferner Schulbeispiele degenerierten, wie dies etwa bei den rhetorischen *controversiae* der Fall war. Aus dem retrospektiven Blickwinkel des Rechtshistorikers betrachtet, für den die Entwicklung des römischen Rechts hin zum modernen Systemdenken, wie es die neueren Privatrechtskodifikationen prägt, die nahezu unvermeidliche Projektionsfläche auch für die Untersuchung des antiken römischen Rechts abgibt, rückt die Loslösung einer Entscheidung von Anlaß- und

---

[246] Vgl. Wubbe (Fn. 231) 179 „Der Jurist ist nur dann allwissend, wenn er sich mit einer Rechtslage in abstracto auseinanderzusetzen hat. Dagegen kann er sich als Richter, Anwalt oder Gutachter seine Meinung zum konkreten Fall nur bilden auf Grund dessen, was er über Personen und Sachen in Erfahrung zu bringen vermag. ... Nur wenn er wissenschaftlich tätig wird, bezieht er seine hohe Warte außerhalb des Geschehens ..." und die pointierten Ausführungen von R.E. Megarry, Lawyer and Litigant in England (Hamlyn Lectures, 14th. series; 1962) 119 f.: „A fundamental distinction between academic law and the practice of the law is, paradoxically enough, shown by considering questions of fact. In a phrase, in academic law the facts are clear whereas the law is often uncertain; in the practice of the law, usually the facts are uncertain but the law is clear. A large part of the practice of law lies in the handling and ascertaining of the facts." (zit. nach Crook, Fn. 242, 16). Kunkel 325 - 330 vertritt, daß vor allem (aber nicht ausschließlich) Juristen ohne *ius respondendi* als Anwälte tätig waren.

Eine, der von Megarry hervorgehobenen Erfahrung zum Teil entsprechende Beobachtung, kannte bereits Quintilian (inst.or. 5 pr.): *Iis nulla est cui probatione opus non sit.*

[247] An der idealtypisch konstruierten Trennung von autonomer, selbstgenügsamer Rechtswissenschaft auf der einen Seite und bloßer (von rechtlichen Erwägungen weithin unbeeinflußt agierender) Gerichtsrhetorik auf der anderen meldet Crook (Fn. 242) jüngst vehemente Bedenken an (insbesondere im Schlußkapitel). Zur Zusammenarbeit von Rhetoren und Juristen in den *iudicia privata* Bürge, Einführung 92 (m.w.N.).

[248] Vgl die grundlegende Überlegung von Bürge 45: „Zwar bleibt es dabei, daß (die römischen Juristen) nicht in die Domäne des Richters, die Beweiswürdigung, eingreifen, doch ihre juristische Reflexion setzt gerade an einer konkreten Beweislage ein, von der aus sich das weitere Prozedere abstecken läßt. Das könnte - ganz nebenbei bemerkt - dazu beitragen, einen neuen Sinngehalt dessen zu erschließen, was gemeinhin als aktionenrechtliches Denken umschrieben wird."

[249] Im hier skizzierten Sinne auch Bürge 44 - 49 und Bürge, Einführung 9 - 12.

Einzelfall fast zwangsläufig zum signifikantesten Charakteristikum römischer Rechtsentwicklung auf, während der – leider nur in Einzelfällen verdeutlichbare – Ursprungszusammenhang einer Entscheidung[250] und damit der praktische Aspekt römischer Rechtsfindung demgemäß zu kurz kommt. Daß der Ausgangspunkt der historischen Analyse so fast zwangsläufig zum Bewertungsschema wird, verleiht dieser Entwicklungslinie den Rang der unbestreitbaren Hauptleistung der römischen Jurisprudenz. Dies tritt besonders deutlich im Vergleich mit dem strukturell ähnlichen case law des anglo-amerikanischen Rechtskreises hervor. In dieser Perspektive sticht die Konsequenz, mit der die römischen Juristen praktische Fälle durch Aufgabe des singulär Einzelfallbezogenen und durch meist völligen Verzicht auf den historischen „Anlaßfall" als bleibenden Bezugspunkt einer Entscheidung zu „rein juristischen" Fall- und Problemtypen umformten, umso mehr als markantester Charakterzug römischer Rechtswissenschaft hervor[251]. Daß sich Konzentration auf die Abstraktion problemlos mit Beharren auf der fallrechtlichen Grundstruktur vereinbaren ließ, daß die römische Rechtswissenschaft nie den Weg zum bloßen Theoretisieren über das Recht beschritt, sondern sich auf das bewußte Praktizieren des *ius* beschränkte bzw. darin verharrte[252], mit anderen Worten, ihren über die Jahrhunderte nahezu unverändert bewahrten pragmatisch-offenen Zugang zu Rechtsproblemen, darf man vielleicht auch als Hinweis auf die solide Verwurzelung der römischen Juristen in der Praxis werten[253]. Darum sollte man die Rolle nicht unterbewerten oder verdrängen, die praktische Gesichtspunkte (und damit

---

[250] Diesem gilt durchaus auch juristische Aufmerksamkeit, soferne sie geboten ist. Vgl. z.B. D 44.2.27 (Nerat 7 membr) *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset.*

[251] S. dazu etwa F. Horak, Rez. L. Vacca, Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano (1976), IVRA 27 (1976) 149; Benke (Fn. 86) 25.

[252] Schulz, Geschichte 84 - 86; Benke (Fn. 86) 65 - 78.

[253] Vom Praxisbezug der Juristen (allerdings in anderer Weise als hier) geht jüngst Pennitz (Fn. 232) 50 aus, indem er „die aktionenrechtliche Orientierung der Juristen, wenn diese auf kasuistische Weise die prozessualen Handlungsmöglichkeiten der Parteien prüfen" als Ansatzpunkt zur Untersuchung der Gefahrragungsproblematik beim Kauf wählt.

selbstverständlich auch Beweisprobleme) in der juristischen Diskussion spielen konnten[254].

Das kann man schon aus der ursprünglichsten und zugleich langlebigsten Ausdrucksform des römischen Rechtsdenkens, dem *responsum*, ablesen. Dessen Erteilung und sein Inhalt sind auf der einen Seite formal davon unabhängig, ob die in der Anfrage vorgetragenen Tatsachen bewiesen sind. Auf der anderen Seite kann es nur dann praktische Wirksamkeit entfalten, wenn die Tatsachen, die der Jurist als rechtserhebliche Tatbestandsvoraussetzungen ansieht, vom Kläger im späteren Prozeß auch mit Erfolg bewiesen werden können. Deshalb erscheint es nur naheliegend, daß sich die Juristen bei Erteilung eines *responsum* natürlich auch mit der Beweislage auseinandersetzten. Wenn sich jemand vor der Anhängigmachung eines Prozesses an einen Juristen um ein *responsum* wandte, mußte er diesen über den relevanten Sachverhalt informieren. Dabei kam es sicherlich vor, daß eine subjektiv gefärbte Sicht der Tatsachen präsentiert wurde, die der Jurist daher unter Umständen in Zweifel ziehen konnte[255]; notwendig war es jedoch auch, daß der Jurist erfuhr, welche möglicherweise relevanten Tatsachen der Kläger für beweisbar hielt und worin die Voraussetzungen einer erfolgversprechenden Prozeßstrategie bestanden[256]. Unter Berücksichtigung dieser Umstände konnte der Jurist sein

---

[254] Genauso wie Crook (Fn. 242) 176 zur „Ehrenrettung" der römischen Advokaten darauf verweist, daß ihre erfolgreiche Tätigkeit ohne substanzielle Rechtskenntnisse undenkbar gewesen wäre, müßte man *mutatis mutandis* dasselbe für die Praxisorientiertung der römischen Juristen behaupten. Crook selbst stimmt allerdings mit der herrschende Lehre darin überein, daß die Juristen an Beweisproblemen desinteressiert waren (179).

[255] Dabei macht es keinen Unterschied, ob man sich als Anfragenden eine Partei oder Prätor bzw. *iudex* vorzustellen hat. Kiefner 220 erwägt zumindest die Diskussion von Beweisfragen im *consilium*. Mit der Tätigkeit im *consilium* Hadrians ist wohl auch das besondere Interesse des Celsus an Beweisfragen zu erklären (s. unten Fn. 258).

Vgl. die bedächtige Haltung Alfens in D 9.2.52.1 (Alf 2 dig), der auch Varianten einbezieht, die in der Anfrage des *tabernarius* offenkundig nicht angesprochen waren, die der Jurist aber deswegen miterörterte, weil ihm die Version des *tabernarius* aus seiner Erfahrung mit ähnlichen Fällen oder wegen dessen sozialen Status vielleicht nicht glaubwürdig und daher nicht beweisbar erschien. Zum letztgenannten Aspekt s. J.E. Spruit, Nocturne: eine Auslegung von Alfenus D. 9,2,51,1 aus soziologischer Sicht, TR 63 (1995) 247 - 262. Dagegen meint Roth (Fn. 232) 103, 127, daß das *responsum* nicht für die Praxis, sondern den Unterricht bestimmt war; für die Entstehung aus Diskussionen in der servianischen Schule G. Negri, Per una stilistica dei Digesti di Alfeno, in: D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (1996) 138.

[256] F. Wubbe, GS Jäggi (Fn. 134) 95 - 133, führt zahlreiche Beispiele von Juristentexten an, die nicht von einer *ex post* Betrachtung anhand der objektiven Faktenlage ausgehen, sondern auf die Situation, wie sie sich

*responsum* erteilen und die einschlägige Formel konzipieren[257]. Bei alledem war ihm die Beweislage durchaus mitbewußt.

Obwohl der praktische Umgang mit Beweisfragen in der juristischen Fachliteratur nicht diskutiert wurde, erscheint die Unterstellung höchst fragwürdig, daß ein so gewichtiger Aspekt juristischer Tätigkeit wie die Beweisführung, dessen Vernachlässigung die erfolgreiche Umsetzung des juristischen Fachwissens gefährdete, von den Juristen geradezu aus Prinzip nicht beachtet wurde[258]. Das Sozialprestige der römischen Juristen als Gruppe, wie vielleicht auch des einzelnen Juristen, beruhte wohl nicht allein auf der Wertschätzung der *responsa* bei den Fachgenossen, sondern hing auch davon ab, daß diese *responsa* das Obsiegen im Prozeß ermöglichten[259]. Dazu bedurfte es eines Sensoriums für die Bedürfnisse der

---

aus der *ex ante* (fehlerhaften) Sicht der Parteien darstellt. Davon, daß auch Juristen Fälle „durch die Augen der Beteiligten" sehen konnten, verweist außerdem Wubbe (Fn. 231) 193.

Weitere grundsätzliche Bemerkungen dazu bei Wubbe (Fn. 231) passim; ders., Res aliena pignori data (1960) 35 - 48, 111; ders., Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains e modernes (1963) und ders., Ét. Ankum (Fn. 134) 650 f. Noch Kaser (Fn. 193) 175 versucht Wubbes Überlegungen auch mit Levys Lehre von der freien Beweislastverteilung durch den *iudex* entgegenzutreten.

Gegen diese am Prozeß anknüpfende Sichtweise Wubbes argumentieren z.B. auch F. Wieacker, Rez. Wubbe, Le posseseur de bonne foi, TR 33 (1965) 472 - 475 und A. Wacke, Zur Aktiv und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers, FS Seidl (1975) 179 - 219 (mit Nachweisen weiterer Kritiker von Wubbes Sichtweise in Fn. 3 f.) zugunsten einer „objektiven" Betrachungsweise bei den römischen Juristen.

[257] Dazu M. Wlassak, Die klassische Prozeßformel I (1924) insb. 25 - 71; L. Wenger, Prätor und Formel (1926) 19 - 32; 101 - 115; Wieacker (Fn. 239) 132 f.; Kaser/Hackl 237 f. Behrends (Fn. 94) 192 f. vermutet sogar, daß eine rechtliche Beratung des Prätors *in iure* durch juristische Experten die Ausnahme war.

Das muß man umsomehr annehmen, wenn der Jurist eine *actio in factum* konzipierte. Die konkreten Umstände des Falles einer Formel zugrundezulegen und mit dieser zu klagen, macht erst dann Sinn, wenn man a) davon ausgeht, daß die Voraussetzungen der regulären Formel nicht beweisbar sind (z.B. das *occidere* der *actio legis Aquilia*), aber b) dies von den als *factum* in der Formel vorangestellten Umständen annimmt.

[258] Man wird weiters in Rechnung stellen müssen, daß die Haltung der Juristen durch individuelle Interesse oder Karrierewege bestimmt wurde. Unter den Hochklassikern zeigt v.a. Celsus ein auffallend großes Interesse an Beweisfragen, das mit seiner Tätigkeit im *consilium* Hadrians in Verbindung stehen dürfte. Celsus war außerdem der erste Klassiker, der Beweisfragen ausführlich literarisch diskutierte.

S. D. 22.3.9 (Cels 1 dig); h.t.11 (Cels 11 dig); h.t. 12 (Cels 17 dig); h.t. 13 (Cels 30 dig); h.t. 17 (Cels 6 dig); s. weiters auch Celsus' Hinweis auf die Berücksichtigung der individuellen Umstände des Klägers durch einen *bonus iudex* in D 6.1.38 (Cels 3 dig).

Vgl. dazu H. Hausmaninger, Publius Iuventius Celsus - The Profile of a Classical Roman Jurist, in: W. Krawietz/N. MacCormick/G.H. von Wright (Hg.), Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems (1994) 259 f.

[259] Die Praxisorientierung wurde als lobenswerte Eigenschaft an Sextus Aelius Paetus Catus (cos. 198 v.Chr.) hervorgehoben. Vgl. die Charakterisierung in Cic.rep. 1.18.30 ... *qui 'egregie cordatus' et 'catus' fuit et ab Ennio dictus est, non quod ea quaerebat quae numquam inveniret, sed quod ea respondebat quae eos qui quaessisent et cura et negotio solverent* ... Zu seiner Persönlichkeit Wieacker, RG 535; weiters F.

Praxis, damit die von ihm konzipierte Formel angesichts der konkrete Beweissituation dem Kläger auch eine erfolgreiche Prozeßführung erlaubte[260].

### 5.3.1.2. Hinweise auf die Praxis aus Texten der Digestenjuristen?

Eine vielleicht noch immer von der jahrhundertelangen Geltung der römischen Rechtsquellen als generelle Normen mitgeprägte Grundeinstellung läßt heutige Interpreten einzelfallbezogenen Elemente in den Texten der Digestenjuristen oft übersehen. So werden die Spuren von der Interaktion zwischen Parteien und beratenden Juristen, die Wahrnehmung der engen Verschränkung von „rein" juristischen mit „praktisch" prozeßtaktischen, darunter wiederum beweisbezogenen, Überlegungen in den juristischen Quellen nicht wahrgenommen[261].

In jüngster Zeit hat Bürge mehrmals vorgeführt, daß Juristentexte unter dem Blickwinkel der Prozeßpraxis aus untersucht werden können und wie dabei der

---

Horak, Etica della giurisprudenza, in: D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (1996) 167.

Über Titius Aristo, der „wohl der ersten juristischen Autorität der trajanischen Zeit" (Th. Mommsen, Sextus Pomponius, in: ders., Gesammelte Schriften 2/2, 1905, 14) schreibt Plinius (epist. 1.22.6) *in toga negotiisque versatur, multos advocatione, plures consilii iuvat.* Die rein auf die Praxis beschränkte Tätigkeit des Aristo, der kein *ius respondendi* hatte, hielt renomierte Juristen keineswegs ab, seine Meinung einzuholen. Vgl. D 2.14.7.2 (Ulp 4 ed) *eleganter Aristo Celso respondit*; D 20.3.3 (Paul 3 quaest) *Aristo Neratio Prisco scripsit*; D 37.5.6 (Iul 23 dig) [*Salvius*] *Aristo Iuliano salutem* (mit Mommsen ist Salvius zu tilgen); D 40.7.29.1 (Pomp 18 Q Muc) *quod et Aristo Celso rescripsit* (dazu Kunkel 318 - 320).

Auch die Gewährung eines Hauses an Gaius Scipio Nasica, *quo facilius consuli posset* (D 1.2.2.37 Pomp ls enchir) deutet auf die Wertschätzung und praktische Bedeutung seiner Tätigkeit.

[260] Eine Problemstellung, bei der Beweisfragen zum zentralen Prozeßthema wurden, war die Unterdrückung von Beweisurkunden. G. Klingenberg, Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl, SZ 96 (1979) 229 - 257 erschließt aus den Entscheidungen einerseits ein Desinteresse der Juristen an Beweisfragen (249), erkennt aber auf der anderen Seite, „daß die Klassiker bei ihrem unbefangenen Zuspruch des verbrieften Interesses ... von der Vorstellung ausgingen, das *officium iudicis* erlaube dem Richter bei der *aestimatio* ein Abgehen von einer Bindung an konkrete Beweisergebnisse und eine Anlehnung an bloße Behauptungen des Klägers oder sonstige Anhaltspunkte über den Inhalt der gestohlenen bzw. zerstörten Urkunden." Daß die Juristen Ansprüche erörterten, deren „Beweisbarkeit *in praxi* höchst problematisch oder ... nahezu ausgeschlossen war" (Klingenberg 249), weil ihnen bewußt war, daß die freie Beweiswürdigung dem *iudex* die Möglichkeit gab, sich über den Inhalt der Urkunde eine die *aestimatio* zulassende Meinung zu bilden, deutet m.E. doch darauf hin, daß sie sich mit den in der Praxis auftretenden Beweisprobleme bewußt auseinandersetzten.

[261] Bürge 49 weist die „gemeinhin verbreitete Aussage, die römischen Juristen hätten für das Beweisverfahren nichts übrig gehabt" als „sicher" falsch zurück. Im selben Sinn auch T. Giaro, „De ponte" oder „de monte"?, Labeo 37 (1990) 187.

Schon Pugliese (Fn. 186) 215 erkannte hinter der differenzierten Behandlung der Beweislastfragen die Frucht intensiver juristische Beschäftigung mit diesem Problem, während Levy (Fn. 183) 408 paradoxerweise gerade das aktionenrechtliche Denken der Juristen für das angebliche Manko verantwortlich machen wollte.

Niederschlag praktischer Erwägungen in den Texten sichtbar gemacht werden kann[262]. Vor allem seine Studie zur *editio actionis* demonstriert, wie nahe die Texte der Digestenjuristen oft noch der Prozeßpraxis standen. Als wesentliches Ergebnis der genannten Untersuchung ist hervorzuheben, daß aus der überlieferte Diskussion um das Edikt *de edendo* hervorgeht, daß der Prozeßgegenstand und die erheblichen Beweismittel zwischen den Parteien schon vor dem formellen Verfahrensbeginn (*in iure*) fixiert wurden. Dabei orientierten sich die in dieser Phase beratenden Juristen an der konkreten Beweissituation für die rechtliche Beurteilung des Prozeßgegenstandes, vor allem der Wahl der für den Kläger am aussichtsreichsten erscheinenden *actio*[263].

Von diesen Erkenntnissen ausgehend bietet es sich an, auch andere Juristentexte bezüglich der unter Beweis zu stellenden Tatsachen zu untersuchen. Wenn man auch sicherlich nicht erwarten darf, im Einzelfall alle relevanten Beweisthemen von den Juristen erörtert zu finden, da die komprimierten Sachverhaltsdarstellungen selbst die materiellen Anspruchsvoraussetzungen nur selten vollständig aufführen[264], kann dieser Ansatz für die hier gestellte Aufgabe, das Schweigen der Quellen zur *probatio diabolica* einer Neubewertung zu unterziehen, mit Aussicht auf Erfolg herangezogen werden. Nimmt man an, daß aus den in den Texten erwähnten Tatsachen bis zu einem gewissen Grad auch hervorgeht, welche

---

[262] Bürge passim; zustimmend Kaser/Hackl 220 f.; Bürge, Einführung 9 - 12, 23 - 35.

[263] Bürge 44 f., 48; Bürge, Einführung 24 f., 75, 78. Zur Rechtsberatung durch die Juristen allgemeine L. C. Winkel, Error iuris nocet (1985) 60 - 64. Im Zusammenhang eines anderen Problemes ansatzweise ähnlich argumentiert Klami (Fn. 21) 193 f.

Bürges Einsicht, daß dem Prozeß regelmäßig eine intensive Auseinandersetzung der Parteien voranging, relativiert die noch von Wlassak 105 und Wenger 100 (beide in Fn. 257) betonte Tatsache, daß der Kläger, indem er über den Zeitpunkt der Anhängigmachung des Prozesses und die Formel bestimmen konnten, die taktisch günstigere Position hatte.

[264] Auch wenn es sich nicht um ein *responsum*, sondern um einen Schulfall u.ä. handelt, kann ein Praktiker die erwähnten Tatsachen als das Minimum dessen verstehen, was er für eine erfolgreiche Klage jedenfalls zu beweisen hat.

Natürlich ließen sich die juristischen Autoren nicht auf eine breite Darstellung der Tatsachen ein, wie das ein Gerichtsredner in der *narratio* mußte. Allerdings stand am Ende einer langen *narratio*, bevor der Redner zum Beweis überging, eine zusammenfassende *propositio,* bzw. in einfachen Verfahren oder in solchen, in denen es primär um Rechtsfragen ging, ließ man es bei der *propositio* bewenden (dazu Behrends, Fn. 94, 176 f.). Im Sinne einer solch prägnanten Zusammenfassung und Fokussierung des Prozeßstoffes sowie der unter zu Beweis stellenden Tatsachen, wie dies in einer *praepositio* stattfand, könnte man auch Sachverhaltsangaben in den Juristentexten lesen.

Umstände in der Praxis beweiserheblich waren, so gelten diese Bedenken nicht. Aufgrund dieser Überlegungen wäre vielmehr begründungsbedürftig, warum kein Text den Punkt, der für den Erfolg einer *rei vindicatio* in der Praxis der essentielle war, nämlich der Beweis des Rechts des Vormannes, auch nur erwähnt.

Entgegen den von Kiefner formulierten theoretischen Erwägungen wird man das Schweigen der Quellen über die *probatio diabolica* nicht einfach als Belanglosigkeit übergehen können. Aufgrund der Quellenlage, wenn man die Texte auch als Hinweise auf die Beweissituation realer Verfahren nimmt, führt kein Weg an dem Befund vorbei, daß die aus dem absoluten Eigentumsbegriff ableitbaren Konsequenzen hinsichtlich des Eigentumsbeweises bei einem derivativen Erwerb weder von den Juristen eingefordert, noch in der Praxis gezogen wurden. Das Festhalten an der *probatio diabolica* reflektiert eine Denkweise, zu der im materiellrechtlichen Denken geschulte kontinentaleuropäische Rechtshistoriker vielleicht eher tendieren, als solche, denen die praktischen Aspekt der fallrechtliche Denkweise noch aus eigener Anschauung eher vertraut sind[265].

### 5.3.2. Die Beweiswürdigung bei der *rei vindicatio*

#### 5.3.2.1. Die „Entschärfung" einer *probatio diabolica* durch die freie Beweiswürdigung

Über die ersten Schritte des Beweisverfahrens bei einer *rei vindicatio* herrscht in der Literatur weitgehende Einigkeit. Wie aus den oben vorgestellten Konstitutionen C 4.19.4 und C 4.19.12 hervorgeht (oben auf S. 79), mußte der Kläger zuerst den Beweis des ordnungsgemäßen Erwerbs, d.h. des Titelgeschäfts und der Übergabe, erbringen. Für die Anhänger der *probatio diabolica* ist das nur der erste Schritt, dem ein *regressus ad multos auctores* nachzufolgen hatte. Der durch einen ersten erfolgreichen Beweis errungene Vorteil bestand gemäß Levys Beweislastkonzept

---

[265] Vgl zum Kontrast Nicholas (Fn. 191) 156, der dieselben Ausgangspunkte wie Kiefner nimmt, aber das Gegenteil folgert: „The Romans themselves, with their habitual lack of interest in questions of evidence, never discuss this problem (den Beweis bei der *rei vindicatio*, R.G.), but one is driven to the conclusion that, inspite of the wording of the *vindicatio*, the Roman plaintiff can hardly have been required to do more than his English counterpart, viz. to show a right to possession deriving from possession itself, and to be prepared to show that it was better than any which the defendant could adduce in answer."

darin, daß der *iudex* die Beweislast dem Beklagten zuweisen konnte. Wie stellt sich das Bild dar, wenn man die Quellen ohne Rückgriff auf Levys Thesen zu verstehen sucht?

Die Nichterwähnung der Berechtigung des Vormannes in den zitierten Texten könnte so verstanden werden, daß der Kläger unter Umständen allein durch den Beweis eines korrekten Titelgeschäfts samt Übergabe obsiegen konnte. Dies wäre etwa denkbar, wenn der Beklagte schwieg oder sich auf weiteres unsubstantiiertes Bestreiten zurückzog[266]. Qualifiziertes Bestreiten hinsichtlich des Eigentums des Vormannes verpflichtete ihn dazu, für die dazu nötigen Tatsachenbehauptungen Beweise beizubringen[267]. Damit erst lud er dem Kläger seinerseits die Last des Beweises für das Recht des Vormannes auf[268].

Allerdings ist dieses Hin-und-Her, anders als es noch Levy bewertet, kein Beweis der Freiheit des *iudex* bei der Verteilung der Beweislast, sondern ergab sich

---

[266] S. auch M. Kaser, Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß, SZ 71 (1954) 223 - 225, der dies, trotz Anlehnung an Levy, richtigerweise aus der Beweiswürdigung ableitet. Ähnlich auch Kaser 179 für die *vindicatio nummorum*; dazu unten S. 112.

[267] Diesen Mechanismus zeigen D 22.3.12 (Cels 17 dig) *Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.* und C 4.19.1 (Sev et Ant AA Faustino) *Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam adfirmat, eius rei probationem praestare debet.* (PP prid. k. iul. Dextro II et Prisco conss) [a 196].

Auch wenn grundsätzlich der Kläger den Bestand der Forderung zu beweisen hat, trägt der *iudex*, nachdem der Kläger ihre Begründung erwiesen hat, den Beweis für die anspruchsvernichtende Einwendung dem Beklagten auf, so als ob es eine *exceptio* wäre (Pugliese, Fn. 186, 190 - 192, 200 - 202, 217 f.; Wacke, Fn. 182, 424 - 426). Den prozessualen Bezug der celsinischen Diskussion übersieht die Kritik von J.D. Harke, Argumenta Iuventiana (1999) 27 f. an D 22.3.12 (Cels 17 dig): Die entdeckten „gravierenden Schwächen in der Argumentation", die durch „rhetorisch geschickt vorgetragene Parallelisierung der Fälle" nur oberflächlich bemäntelt werden, liegen allein darin, daß Harke die Fälle auf materiellrechtlicher Ebene einander gegenüberstellt und deshalb als „strukturell nicht vergleichbar" einstuft. Celsus dagegen hatte die prozessuale Situation des Klägers vor Augen und wollte eine Prozeßverschleppung durch den Beklagten verhindern. Nach einem gelungenen Beweis des Klägers, sollte der Beklagten nicht einfach durch neuerliche Vorbringen dem Kläger weitere Beweise aufzwingen können. Insoweit sind die Fälle strukturell durchaus vergleichbar.

Dasselbe Prinzip ist auch D 22.3.5.1 (Paul 9 resp.) zu entnehmen: *Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.*

[268] Diósdi (Fn. 183) 162; Simon (Fn. 181) 140 und für das justinianische Recht Thür (Fn. 192) 370, 372.

Für ihre in die gleiche Richtung gehenden Annahmen argumentieren Levy (Fn. 183) 407 und Kiefner 226 mit der freien Beweislastverteilung durch den *iudex*.

aus dessen Recht zur freien Beweiswürdigung[269]. Hatte der Kläger die vom Gegner bestrittene Gültigkeit eines Aktes, der eine Voraussetzung zum Eigentumserwerb bildete, nachgewiesen, mußte der Beklagte Argumente und vielleicht auch Beweise dafür beibringen, daß entgegen dem üblichen Lauf der Dinge bei dem betreffenden Rechtsgeschäft kein Eigentum übertragen worden war. So wie die Behauptung des derivativen Erwerbs die Berufung auf das Recht des Vormannes in sich trug[270], konnte man in der Praxis wohl davon ausgehen, daß im Regelfall der Veräußerer auch befugt gewesen war. Somit entsprach der Beweis des Titelgeschäfts praktisch dem Beweis des Eigentums.

Gelang es dem Beklagten, beim *iudex* ernstliche Zweifel an der Berechtigung des Vormannes zu wecken und das Vorliegen einer Ausnahmesituation wahrscheinlich zu machen, dann mußte der Kläger diese ausräumen, mit anderen Worten, den Beweis über das Recht des Vormannes antreten[271].

Zentral war, wie in jedem anderen Verfahren, wie der *iudex* die Beweise des Klägers bei der freien Beweiswürdigung einschätzte[272]. Es ist vorstellbar, daß ein rhetorisch geschickt argumentierender Kläger[273] den *iudex* schon durch den Beweis des Erwerbsgeschäftes überzeugte[274]. Der gelungene Nachweis des Kausalgeschäfts machte die implizite Behauptung wahrscheinlicher, der Veräußerer sei auch befugt

---

[269] Zur freien Beweiswürdigung im allgemeinen s. Lévy (Fn. 201) 422, 430; Sturm (Fn. 183) 372, 374 Fn. 38 (m.w.N.); Kaser/Hackl 362.

[270] Pugliese (Fn. 186) 220.

[271] Für diesen galten keine anderen Regeln. Ein tatsächlicher *regressus* war wiederum vom Verhalten den Beklagten abhängig.

[272] Vgl. D 22.5.3.2 (Call 4 de cogn) *Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: „Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris“*. Zum Text Lévy (Fn. 201) 430. E. Seidl, Tryphoninus und Callistratus, Eranion Maridakis I (1963) 246 f. betont, daß Callistrat für die Praxis schrieb.

[273] Vgl. die Überlegungen bei Sturm (Fn. 183) 376.

[274] In der freien Beweiswürdigung sehen Schulz, CRL 370 und Kaser (Fn. 190) 125 Lockerungen der an sich strengen Anforderungen bei der *probatio diabolica*.

gewesen[275]. Der Beklagte konnte sich nunmehr nicht darauf beschränken, die Berechtigung der Vormannes anzuzweifeln, sondern mußte dies u.U. auch durch Beweise substantiieren[276]. Schließlich verpflichteten die Formelworte *si paret - condemnato, si non paret, absolvito* den *iudex* nicht, mathematische Genauigkeit anzustreben, sondern gemäß seiner *viri boni arbitratu* und auf Grund seines Erfahrungswissens[277] gewonnenen Überzeugung zu urteilen[278]. Dieses Bild vom Verfahren *apud iudicem*, das schon Sturm in ähnlicher Weise unter Hinweis auf die Rolle der Gerichtsrhetorik entwirft[279], findet auch in der juristischen Überlieferung eine Bestätigung.

### 5.3.2.2. Freie Beweiswürdigung und Prozeßstrategie

Es gibt zwar keine unmittelbaren Belege für die Beweiswürdigung hinsichtlich des Rechts des Vormannes bei einer *rei vindicatio*. Die Grundsätze, nach denen der Richter aufgrund der Behauptungen der Parteien und den von ihnen erbrachten Parteien agierte, läßt jedoch ein Text zu Beweisfragen bei einer *condictio indebiti* plastisch vor Augen treten.

> D 22.3.25 pr. (Paul 3 quaest)
> *Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem*

---

[275] Anders ist dies bei der *actio Serviana*, bei der die Berechtigung des Vormannes ausdrücklich in der Formel genannt war, und diese daher vom *iudex* auch deswegen zu prüfen war. S. D 22.3.23 (Marc ls form hypoth) *Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore, aut cuius voluntate hypotheca data sit.*

Der Nachweis der Pfandabrede allein begründet keine ausreichende Vermutung, daß die Sache zum relevanten Zeitpunkt *in bonis* des Pfandbestellers war.

[276] Vgl. auch die Überlegungen von Pugliese (Fn. 186) 223 f. und 242 f.; Wacke (Fn. 182) 432 - 434, 442, 444; Kaser/Hackl 364.

[277] Dazu Kaser (Fn. 266) 229.

[278] Simon (Fn. 181) 141; Kaser/Hackl 363; zum *officium iudicis* Steinwenter (Fn. 201) 88 - 92.

[279] Sturm (Fn. 183) 375 - 377.

*adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse. et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.*

Paulus beschäftigte sich mit der Beweislast für das *indebitum* bei einer *condictio indebiti.* Wenn der Beklagte den Empfang des Geldes zuerst bestritt und der Kläger diesen beweisen konnte, so sollte daraufhin der Beklagte beweisen, daß er ein Recht auf die Leistung gehabt hatte. Wenn der Beklagte nicht den Empfang, sondern nur die Rechtsgrundlosigkeit in Abrede stellte, trug der Kläger für diese Tatbestandsvoraussetzung die Beweislast.

Damit gibt der Text wertvolle Einblicke in die juristischen Alltagsarbeit. Er demonstriert, wie flexibel in der forensischen Praxis an die Lösung von Beweisproblemen herangegangen wurde. Außerdem widerlegt er die These, daß solche Fragen nicht auf das Interesse der Juristen stießen[280]. Auf den ersten Blick

---

[280] Ein besonderes Interesse des Paulus könnte auf seine anwaltliche Tätigkeit zurückgehen; D 32.78.6 (Paul 2 ad Vitell.) ... *ego apud praetorem fideicommissarium petebam* .... Vgl. Kunkel 326 und C.A. Maschi, La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus, ANRW II/15 (1976) 675, 692.

verwundert die Fragestellung, denn nach den allgemeinen Grundsätzen konnte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger bei einer *condictio indebiti* den Nichtbestand der Schuld zu beweisen hatte. Paulus Lösung zeigt aber, daß diese Prinzipien in der Praxis durchaus differenzierend angewendet werden konnten. Die Ausgangspunkte seiner Entscheidung sind nicht materiellrechtliche Überlegungen, sondern die Berücksichtigung der Strategie des Parteien und das Streben nach prozeßökonomischer Konzentration des Beweisverfahrens.

In der ersten Fallvariante wies Paulus den Beweis der Grundlosigkeit der Leistung dem Beklagten zu, weil er den Empfang des Geldes bestritten und der Kläger diese Behauptung widerlegt hatte. Das neue Vorbringen des Beklagten, er habe ein Recht auf die Leistung gehabt, solle der *iudex* nur zulassen (*si vult audiri*), wenn der Beklagte gleichzeitig Beweise anbieten könne (*compellendum esse ad probationes praestandas*); geschähe dies nicht, könne der *iudex* sofort ein stattgebendes Urteil erlassen. So wird die Verfahrensverschleppung durch gehäufte unsubstantiierte Bestreitungen des Beklagten verhindert. Für dessen Prozeßtaktik bedeutet dies, daß es riskant werden konnte, die Behauptungen des Klägers in Bausch und Bogen zu bestreiten, da in einem solchen Fall der Klage schon dann stattgegeben werden konnte, wenn nur eine der bestrittenen Anspruchsvoraussetzungen bewiesen wurde und der Beklagte beim Nachweis für das Fehlen einer anderen scheiterte.

In der zweiten Variante hatte der Beklagte die effiziente Verfahrensführung durch sein Tatsachengeständnis gefördert (*ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias*); somit blieb es bei der grundsätzlichen Beweislastverteilung, und der Kläger mußte die noch offengebliebene Anspruchsvoraussetzung des *indebitum* beweisen.

Aus der Motivierung der Entscheidung (*per entenim - exigere; qui enim - errasse*) geht hervor, daß Paulus das Verhalten der Parteien im Prozeß als Prüfstein für die Beurteilung ihrer Glaubwürdigkeit ansah und dem *iudex* als Orientierungshilfe bei der Beweiswürdigung empfahl. Der gelungene Nachweis der behaupteten Zahlung in Variante 1 (*legitimis probationibus solutionem adprobaverit*) verlieh

dem gesamten Vorbringen des Klägers Glaubwürdigkeit[281]. Komplementär büßte der Beklagte wegen widersprüchlicher Behauptungen an Glaubwürdigkeit ein, denn zusammengenommen ergaben seine Bestreitungen die abstruse Verteidigung: „Erstens habe ich nichts bekommen, und zweitens hatte ich ein Recht darauf." Dies erklärt, warum Paulus dem Beklagten eine Stattgebung der Klage androhte, obwohl die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung noch unbewiesen war. Ziel war die Verhinderung weiterer Prozeßverschleppung durch bloßes Bestreiten.

Daneben erscheint in diesem Text ein anderer Aspekt der römischen Prozeßpraxis, der ansonsten nur aus Werken zur Rhetorik bekannt ist. Die juristisch holprige Begründung von Variante 1 *absurdum est eum, qui ab initio negavit ... , postquam fuerit convictus ..., probationem ... ab adversario exigere,* mit der der Jurist auf die widersprüchlichen Einwendungen des Beklagten reagiert, spiegelt eine dem Praktiker vertraute psychologische Faustregel, welche der schon in der Antike sprichwörtlich gewordene Satz „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht"[282] prägnant zusammenfaßt. Ihren Wert legt sogar Quintilian, wenngleich in eleganterer Formulierung, künftigen Gerichtsrednern ans Herz, indem er ihnen einschärft, daß die eigene Sache besonders an Glaubwürdigkeit gewinne, wenn vom Gegner angezweifelte oder bestrittene Tatsachen erfolgreich bewiesen werden können (*nulla esse firmiora, quam quae ex dubiis facta sunt certa*)[283]. In der Prozeßpraxis spielten der persönliche Eindruck, die soziale Wertschätzung oder die über eine Person umlaufenden Gerüchte für ihre Glaubwürdigkeit[284] und die von ihr

---

[281] Ein weiterer Aspekt, der auf den praktischen Hintergrund dieser Entscheidung hinweist, ist *sine ulla distinctione*. Bei offenkundig widersprüchlichen Behauptungen soll es keinen Unterschied machen, welchen sozialen Rang die Partei einnahm. Zum Einfluß des sozialen Status auf die Würdigung der Aussagen im Prozeß unten Fn. 291.

[282] Vgl. Phaedr. 1.10.1 f. *Quicumque turpi fraude semel innotuit, etiamsi verum dicit, amittit fidem*; Hieron.ep. 6.1 *Mendaces faciunt, ut nec sibi vera dicentibus credatur;* weitere Belege bei A. Otto, Die Sprichwörter der Römer (1890; Ndr. 1964) 219 und außerdem Demetrios von Phaleron bei Stobaeus, Florilegium 12.18.

[283] Quint.inst.or. 5.12.2; s. auch Quint.inst.or. 5.13.51 ... *suspectam enim facit iudici causam, et frequenter, quae statim dicta omnem dubitationem sustulissent, dilata ipsis praeparationibus fidem perdunt* ...

[284] Zum Einfluß des *status* auf die Glaubwürdigkeit einer Aussage vgl. Cic.Top. 19.73 f., 20.77 f. Zum vorprozessualen *editio* s. D 2.13.6.1 (Ulp 4 ed) ... *quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit?* ...

angebotenen Beweise eine u.U. ausschlaggebende Rolle[285]. Ein bestimmter persönlicher Eindruck ließ auch Rückschlüsse auf entscheidungsrelevante Tatsachen und typische Verhaltensweisen zu[286], an denen sich der *iudex* orientieren konnte. Allerdings reichte es nicht aus, im Prozeß allein auf den guten Leumund des *bonus pater familias* zu bauen, damit dem eigenen Vorbringen geglaubt wurde. Ein solcher mußte die eigene Position nicht notwendigerweise erleichtern, wie in der juristisch „einfältigen"[287] Begründung bei D 22.3.25 pr. (Variante 2) erkennbar wird (*qui enim solvit numquam ita resupinus est ... homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est ...*). Der Kläger mußte den Beweis der Rechtsgrundlosigkeit erbringen, weil es dem *iudex* unglaubwürdig schien (*incredibile est)*, daß ein ordentlicher *pater familias*, als der sich der Kläger präsentierte, so sorglos war, um leichtfertig und ohne ausreichende Prüfung des gegen ihn geltendgemachten Anspruchs zu leisten[288].

---

Zur Einschätzung der Glaubwürdigkeit von Zeugen vgl. D 22.5.1 pr. (Arcad ls de tes) *Testimoniorum usus frequens ac necessarius est et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat;* D 22.5.2 (Mod 8 reg) *In testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est: et ideo testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt.* und D 22.5.21.3 (Arcad ls de tes) *Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint et negotii qualitas ac iudicis motus cum his concurrit, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero, credendum est id quod naturae negotii convenit et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret, confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.*

Vgl dazu J. Ph. Lévy, Cicéron et la preuve judiciaire, Mél. Lévy-Bruhl (1959) 192 - 197; J.M. Kelly, Roman Litigation (1966) 68; P. Garnsey, Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire (1970) 231 und Bürge 28 f.; zum *liber singularis de testibus* E. Pólay, Arcadius Charisius als der nachklassische Jurist der Digesten, Sodalitas 5 (1984) 2404 f.; T. Honoré, Arcadius, also Charisius. Career and Ideology, Index 22 (1994) 167 - 170.

[285] Quint.inst.or. 5.1.2; 5.3; 5.6.2; 5.7.27, 30, 34; 5.9.1; 5.10.24.

[286] Quint.inst.or. 5.10.17 f., 64; Cic.part.or. 10.34 f.

Vgl. auch D 4.2.23 pr. (Ulp 4 opin.) *Non est verisimile compulsum in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere.* und den Schluß auf das Geschäftsübliche in Zweifelsfällen in D 22.5.21.3: *credendum est id quod naturae negotii convenit* (voller Text in Fn. 284).

[287] Simon (Fn. 181) 171.

[288] Die Umkehrung des Grundsatzes zeigt der folgende Paragraph. D 22.3.25.1 (Paul 3 quaest) *Sin autem is qui indebitum queritur vel pupillus vel minor sit vel mulier vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agri cultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidia deditus: tunc eum qui accepit pecunias ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas et, si non ostenderit, eas redhibere.* Wenn der Kläger eine Person war, die im Rechtsverkehr leicht übervorteilt werden konnte, so mußte der Beklagte, auch wenn der Empfang des Geldes nicht bestritten war, seine Gutgläubigkeit (*bene eas accepisse)*

Der generelle Bannstrahl, den die Interpolationenkritik gegen das Wort *praesumptio* gerichtet hat, rechtfertigt die Annahme nicht, der Ausdruck wäre in D 22.3.25 pr. als unecht anzusehen[289]. Bei *praesumptio* darf nicht an eine Rechtsvermutung im technischen Sinn gedacht werden, sondern es muß der prozessuale Zusammenhang beachtet werden: Mit *praesumtio* bezeichnete Paulus die Annahmen des *iudex* über die Wahrscheinlichkeit bestimmter fallrelevanter Vorgänge, welche dieser aufgrund seines persönlichen Eindrucks im Verfahren gewinnen konnte[290]. Aus denselben Gründen sind auch die anderen Interpolationsannahmen bezüglich dieser Stelle zurückzuweisen, betreffen sie doch Passagen, welche nur dann unverständlich wirken, wenn man ihre Beziehung zur Prozeßpraxis verkennt.

Aus D 22.3.25 pr. kann man erkennen, daß der Kläger eine zu seinen Gunsten ergehende Entscheidung auch ohne den vollständigen Beweis aller Tatbestandsvoraussetzungen seines Anspruchs oder des von ihm geltend gemachten dinglichen Rechts erzielen konnte. Die von Paulus in diesem Fall befürwortete Vorgangsweise erlaubt den Schluß, daß in der Praxis die Beweisthemen einzeln, Schritt für Schritt aufgegriffen wurden, wobei man sich zuerst auf solche Punkte konzentrierte, deren Beweis Rückschlüsse auf weitere, für das Vorbringen des Klägers relevante Tatsachen zulassen konnte. Solcherart konnte u.U. der gelungene Beweis hinsichtlich eines prozeßrelevanten Faktums schon den Prozeß entscheiden. Damit hingen die prozessualen Erfolgsaussichten nicht anders als heute primär davon ab, ob es dem Kläger gelang, den Richter von der eigenen „Version" zu überzeugen.

---

und den Bestand der Forderung beweisen. Offenbar lag der Verdacht nahe, der Beklagte habe die Unerfahrenheit seines Gegenübers unredlich ausgenützt.

[289] Gegen die Echtheit von *praesumptio* Heumann/Seckel 454 und die bei C. Ferrini, Le presunzioni in diritto romano, in: Opere 3. Studi vari di diritto romano e moderno (1929), 425 f. und G. Donatuti, *Iustus error* e *iusta causa erroris* nelle fonti romani, in: Studi di diritto romano I (1976) 96 f. nachgewiesene Literatur; Zweifel an diesen Verdächtigungen jetzt bei Kaser/Hackl 598 Fn. 29.

Die von Levy (Fn. 183) 419 unter Hinweis auf Ind.Itp. behauptete Unechtheit ist nicht haltbar; die formalen Mängel deuten auf eine Überarbeitung. Ferrini (a.a.O.) 425; Donatuti (a.a.O.) 96 f.; Simon (Fn. 181) 170 f. und Pugliese (Fn. 186) 219. Für Echtheit tritt Wacke (Fn. 182) 433 Fn. 60 ein

[290] Diese Sicht deutet auch G. Donatuti, Le praesumptiones iuris in diritto romano (Loro origine), in: Studi di diritto romano I (1976) 495 an. Im Sprachgebrauch der Klassiker hat *praesumere* noch keine technische Bedeutung, sondern heißt „glauben, für wahr halten"; vgl. Ferrini (Fn. 289) 425; Kaser (Fn. 284) 234 f.; Simon (Fn. 181) 195 - 197; Kaser/Hackl, 598 Fn. 29. Diese Interpreation harmoniert mit der Einsicht von Crook (Fn. 242) 19, daß die beweisrelevanten *argumenta* bei Cicero regelmäßig nicht „proofs", sondern „presumtions" sind; dazu auch J.Ph. Lévy (Fn. 284) 190.

Dies war um so einfacher, wenn er die Präsentation einer schlüssigen „Geschichte" mit einem respektablen persönlichen Eindruck oder hohem sozialen Status verbinden konnte, die es leicht machte, diese „Geschichte" zu glauben[291].

### 5.3.2.3. Der Entlastungsbeweis bei Besitzverlust *post litem contestatam*

Der Situation des Klägers, der ein gültiges Erwerbsgeschäft bewiesen hatte und daraufhin mit dem Einwand des Beklagten konfrontiert wurde, der Vormann sei nicht verfügungsbefugt gewesen, erinnert an die prozessuale Lage, in der ein Beklagter den Besitzverlust *post litem contestatam* behauptete. In beiden Fällen handelte es sich um eine Verurteilungsvoraussetzung, deren Nachweis ihm besonders schwierig werden konnte.

Nach sabinianischer Auffassung war der Beklagte nur dann zur *rei vindicatio* passivlegitimiert, wenn er *utroque momento*, d.h. sowohl zur *litis contestatio* als auch bei Urteilsfällung, im Besitz der streitverfangenen Sache war. Wegen des Besitzverlustes wäre der Beklagte daher freizusprechen gewesen[292].

> D 6.1.27.1 (Paul 21 ed)
> *Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. item si litis contestatae temporis non possedit, quo autem iudicatur*

---

[291] Diese „Anleitungen" für den *iudex privatus* nur ein Appell an seine Menschenkenntnis und seinen Hausverstand. Vgl. auch die Gewissensnöte des Aulus Gellius (14.2.10), der als *iudex privatus* der Situation gegenüberstand, daß ein honoriger Kläger keine Beweise liefern konnte und der zwielichtige Beklagte daher auf Abweisung drang: *Sed ego enim homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum.* Der zu Rate gezogene Philosoph Favorinus verwies als Ausweg auf das *exemplum* Catos, der erklärt hatte, bei ungenügenden Beweisen solle danach entschieden werden, *uter ex his vir melior esset* (14.2.21). Zur Bedeutung von Gell. 14.2 für diesen Aspekt der römischen Prozeßpraxis vgl. Pugliese (Fn. 186) 243 -245; P. Garnsey (Fn. 284) 210 f.; Bürge, Einführung 14 f.

[292] Vgl. dazu zuletzt eingehend Pennitz (Fn. 44) 285 - 287 (Fn. 168 zu 285) und Wimmer (Fn. 22) 12 - 32 (jeweils mit Nachweisen von Quellen und Literatur).

*possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.*

Im ersten Satz schloß sich Paulus grundsätzlich der sabinianischen Position an, daß der Besitz *utroque momento* vorliegen mußte. Ausnahmen davon ließ er zu, wenn der Beklagte den Besitz nach *litis contestatio* dolos aufgegeben hatte, bzw. unter Heranziehung der prokulianischen Lösung, wenn er den Besitz erst nach *litis contestatio* erworben hatte. In diesen Fällen genügte zur Verurteilung der Besitz entweder bei *litis contestatio* oder zum Zeitpunkt *quo iudicatur*. Markus Wimmer hat darauf aufmerksam gemacht, daß der Wegfall der Passivlegitimation in D 6.1.27.1 von Paulus auch unter dem Aspekt der Beweislastverteilung gesehen wurde. Wimmer kommt zum Schluß, daß, wenn der Besitz des Beklagten zum Zeitpunkt der *litis contestatio* einmal festgestellt worden war, die bloße Behauptung des nachträglichen Besitzverlustes durch den Beklagten nicht dazu führte, daß der Kläger diese Verurteilungsvoraussetzung nachzuweisen hatte[293]. Einen Freispruch konnte der Beklagte mit diesem Einwand nur erreichen, wenn er anhand der wohl auch nur ihm bekannten Umstände nachwies, daß er den Besitzverlust nicht schuldhaft verursacht hatte[294]. Nach *litis contestatio* erzeugte der Einwand des Besitzverlustes die Vermutung, daß der Beklagte diesen herbeigeführt hatte, um so der Verurteilung zu entgehen. Diese aus den Umständen abgeleitete *praesumptio* hatte nun der Beklagte zu widerlegen. Scheiterte sein Versuch dazu, dann wurde er wegen dolosen Besitzverlustes verurteilt[295]. Diese Sichtweise des Wegfalls der Passivlegitimation als Problem der Beweislastverteilung bestätigt:

---

[293] Wimmer (Fn. 22) 17 f.

[294] In diesem Sinn kann man auch den ein Haftungsproblem (Wimmer, Fn. 22, 48 f.) betreffenden Text D 6.1.16.1 (Paul 21 ed) lesen: *Culpa non intellegitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit. Si navem - perierit* ist die Behauptung des Beklagten, an die sich die Vermutung anschließt, daß ein Schiff, das bei günstigen Bedingungen auslief und dennoch sank, vielleicht untüchtigen Leuten anvertraut wurde. Der *nisi*-Satz gibt dann den Inhalt des Freibeweises an: Der Beklagte muß dartun, daß auch die Mannschaft ordentlich war.

[295] Die Haftung des Beklagten für den Untergang der *res litigiosa* war ein neues Prozeßthema, von dessen Beweis nur er profitierte, und damit griff eine andere Beweislastverteilung ein.

D 44.2.17 (Gai 30 ed prov)

*Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae.*

Jemand hatte mittel *rei vindicatio* seine Sache von einem anderen verlangt. Dieser war freigesprochen worden, weil er bewiesen hatte, *sine dolo malo* den Besitz verloren zu haben. Einer neuerlichen *rei vindicatio* konnte der Beklagte des ersten Verfahrens keine *exceptio rei iudicatae* entgegenhalten.

### 5.3.2.4. Vorprozessuale Taktik und Beweislast

Sieht man von der Besonderheit ab, daß im Verfahren bei einer *condictio indebiti* kumulative Bestreitungen der Anspruchsvoraussetzungen notwendigerweise zu Widersprüchen führten, dann kann man die aus D 22.3.25 pr. rekonstruierten Grundsätze, nach denen das Beweisverfahren geführt wurde, ebenso für Rückschlüsse auf den praktischen Ablauf bei anderen Klagen, insbesondere bei der *rei vindicatio,* nützen. Bei dieser führte die Bestreitung aller Voraussetzungen des derivativen Erwerbs zu keiner inhaltlichen Widersprüchlichkeit des Vorbringens. Angesichts der grundsätzlich beim Kläger liegenden Beweislast hätte der Beklagte durchaus sowohl die Gültigkeit der *causa* als auch den Vollzug der *traditio* und das Recht des Vormannes anzweifeln und damit dem Kläger den Beweis für alle drei Voraussetzungen aufbürden können. Allerdings barg undifferenziertes Bestreiten das Risiko, daß der *iudex,* sobald der Beweis einer strittigen Voraussetzung gelungen war, nunmehr dem gesamten Vorbringen des Klägers Vertrauen schenkte, da dieses aufgrund des gelungenen Nachweises einer bestrittenen Tatsache an Glaubwürdigkeit gewann, und den Beklagten unter Androhung der Klagsstattgebung zur Substantiierung und zum Beweis seiner Gegenbehauptungen aufforderte (vgl. auch D 6.1.27.1 und D 44.2.17 auf S. 107 bzw. S. 109). Allgemeine Bestreitungen durch den Beklagten bedeuteten nicht, daß der Kläger automatisch in

vollem Umfang beweispflichtig wurde[296]. Stattdessen tat der Beklagte gut daran, sich auf konkrete Streitpunkte zu beschränken und seine Einwände gegen das Vorbringen des Klägers möglichst präzise zu formulieren. Es wäre also naheliegend zu vermuten, daß die aussichtsreichste Strategie darin bestand, sich auf die Voraussetzung zu konzentrieren, deren Beweis aus heutiger Sicht als der schwierigste erscheint: das Recht des Vormannes.

An dieser Stelle muß zusätzlich ein in der Praxis wesentlicher Aspekt des römischen Zivilverfahrens in die Überlegungen einbezogen werden. Im Formularprozeß waren die Parteien aufgrund des vorprozessualen Editionsverfahrens gezwungen, ihre grundsätzlichen taktischen Überlegungen der Gegenseite schon vor *litis contestatio* offenzulegen. Deswegen blieb ihnen wenig Spielraum, um den Gegner erst im Verfahren *apud iudicem* durch überraschende Vorbringen auszumanövrieren. Die für den Prozeß entscheidenden Festlegungen hinsichtlich strittiger Tatsachen und beabsichtigter Beweismittel wurden schon vor der formellen Streiteinlassung getroffen. Vor dem Gang zum Gerichtsmagistrat erkundeten die Parteien in Verhandlungen die gegenseitigen Standpunkte und versuchten zur grundsätzlichen Einigung über die Themen des Prozesses zu gelangen[297]. Die wesentlichen Streitpunkte mußten jedenfalls *in iure* feststehen, da neue Vorbringen oder nicht edierte Beweismittel danach ausgeschlossen waren.

Im vorprozessualen Taktikspiel war der Beklagte allerdings schlecht beraten, zu starkes Gewicht auf seine Zweifel an der Berechtigung der Vormänner zu legen oder durch geschickte Tatsachengeständnisse diesen Punkt zum Hauptthema des Prozesses zu machen. Er riskierte so, daß der Kläger diese Strategie durchschauend

---

[296] Diósdi (Fn. 183) 162: „The scholarly idea of the plaintiff anxiously struggling with bringing evidence, and the defendant sitting by with a contemptuous smile, is devoid of any reality." Zustimmung zu dieser common sense Argumentation bei Wieacker (Fn. 213) 324.

Daraus, daß der Beklagte nicht in der *intentio*, sondern erst in der *condemnatio* genannt ist und im Unterschied zu persönlichen Klagen von ihm kein aktives Verhalten verlangt wird (darauf macht F. Sturm, La nature juridique de la *rei vindicatio*, Ét. Ankum 2, 1996, 507 aufmerksam), läßt sich für prozessuale Fragen wohl nichts ableiten.

[297] Vgl. die anschaulich anhand von *actio legis Aquiliae* und *actio in factum* entwickelten Überlegungen bei Nörr (Fn. 28) 107 - 111; ihm folgend Bürge, Einführung 22 - 25. Vgl. auch oben S. 96.

*in iure* die *actio Publiciana* beantragte[298] und dem Beklagten damit die Möglichkeit nahm, diese Verteidigung im Verfahren anzuwenden[299]. Wenn der Beklagte etwa bereits die Gültigkeit des Titels und die tatsächliche Übergabe konzediert hatte, weil er erwartet hatte, damit die Berechtigung der Vormänner zum Prozeßthema machen zu können, konnte er nur mehr die *mala fides* des Klägers bei Erwerb oder die Furtivität der Sache einwenden, wofür er freilich ohnehin die Beweislast trug[300].

Auch dieser Aspekt hilft, das Fehlen der Berechtigung der Vormänner unter den zu beweisenden Voraussetzungen in den einschlägigen Texten zur *rei vindicatio* (auf S. 76 - 80) besser zu verstehen. Für keine Seite war die Betonung dieses Punktes unmittelbar von Vorteil: Der Beklagte riskierte, den Kläger zur Beantragung der *actio Publiciana* zu veranlassen; der Kläger, dafür zum Beweis aufgefordert zu werden. Aussichtsreicher war der Versuch des Klägers, allein aus den Umständen seines Erwerbs die Überzeugung zu wecken, alles sei ohnehin mit rechten Dingen zugegangen, während der Beklagte hoffen durfte, entsprechende Zweifel zu schüren und so den Beweis über diesen Punkt zu erzwingen.

Die Betrachtung der vorprozessualen Abwägungen hinsichtlich der Prozeßstrategien und der Möglichkeiten zur Eingrenzung von Prozeß- und Beweisthemen durch die Parteien wirft damit zugleich eine neues Licht auf das Verhältnis von *rei vindicatio* und *actio Publiciana.* Grundsätzlich muß man ja die Frage stellen, warum sich ein Kläger, der sich für den Eigentümer hielt, den Risiken der *probatio diabolica* bei der *rei vindicatio* aussetzen sollte, wenn er eine zum gleichen Ziel führende Klage

---

Zur Rolle der vorprozessualen Interaktion bei der Wahl zwischen der *in ius* und *in factum* konzipierten Formeln der *actio depositi* Bürge, Einführung 6 - 13, 177 Fn. 66.

[298] Zur Konkurrenz von *rei vindicatio* und *actio Publiciana* s. zuletzt Giaro (Fn. 192) 298 f. Schon Wubbe (Fn. 231) 182 - 186 betont, daß bei derivativem Erwerb die *actio Publiciana* stets der günstigere Rechtsbehelf war; s. auch ders., Res aliena (Fn. 256) 30 und Kaser (Fn. 193) 194 f.

[299] Bei konkurrierenden Rechtsbehelfen wurden dem Beklagten beide ediert. Vgl. D 43.3.14 (Ulp 67 ed) *Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit.* Dazu Bürge 10 f.

[300] Vgl. z.B. Wubbe (Fn. 231) 193.

zur Wahl hatte, bei der es gerade auf diesen Punkt nicht ankam[301]. Genauso schwer zu erklären wäre, warum sich der Beklagte auf die *actio Publiciana* einlassen sollte, die ihm dieses griffige Verteidigungsinstrument nicht gab[302], bzw. nach welchen Kriterien der Prätor entschied, wenn der Kläger die *actio Publiciana* begehrte und sein Gegner darauf verwies, daß im konkreten Fall eigentlich die *rei vindicatio* zu verwenden wäre. Aus vorprozessualer Sicht wird die Beantwortung dieser Fragen vielleicht besser möglich: Die *actio Publiciana* ermöglichte nicht nur, wie bisher argumentiert wurde, demjenigen, der das auf einem derivativen Erwerb beruhende quiritische Eigentum an der Sache behauptete, die Vermeidung der *probatio diabolica*[303], sondern ihre Existenz verhinderte bis zu einem gewissen Grad, daß der Beklagte seine Verteidigung zu sehr auf die Bestreitung des Rechts des Vormannes konzentrierte. Damit relativierte sie mittelbar zugleich die Bedeutung dieses Punktes für die *rei vindicatio*: Auch bei ihr stand die Berechtigung des Vormannes, wie die einschlägigen Quellenzeugnisse in eindrucksvollem Gleichklang bezeugen, nicht im Zentrum der Auseinandersetzung.

### 5.4. Der Beweis bei der *vindicatio nummorum*

Die wissenschaftliche Literatur erklärt den Beweis bei der *vindicatio nummorum* aus allgemeinen Überlegungen zur *rei vindicatio*. Anhänger der These, daß die Unpraktikabilität der *vindicatio nummorum* auch durch unüberwindbare Beweisprobleme herbeigeführt wurde, führen dies auf die *probatio diabolica* zurück[304]. Dagegen steht eine Einzelmeinung, welche die zahlreichen Belege der *vindicatio*

---

[301] Unter Praktikabilitätsgesichtspunkten besteht zwischen der zivilen *rei vindicatio* und der prätorischen *actio Publiciana* dasselbe Verhältnis wie zwischen der prätorischen *actio in factum* und der *actio legis Aquiliae*. Die prätorische Klage gestattet ein erfolgreiches Prozessieren, wenn ein für die zivile Klage wesentlicher Punkt wegen der Beweislage prekär wirkt. S. Nörr (Fn. 28) 107 - 111; ders., Causa mortis (1986) 151- 158 und Bürge 46.

Nach einmal vollendeter Ersitzung, wenn eine Prüfung des Rechtes des Vormannes nicht mehr von Relevanz war, zogen die Juristen jedenfalls die *rei vindicatio* vor. S. Giaro (Fn. 192) 298 und Wubbe (Fn. 231) 189 f.

[302] Der Beklagte konnte den Formelvorschlag des Klägers auch zurückweisen (*recusare*). S. Cic.Quinct. 61; 63 und dazu G. Jahr, Litis contestatio (1960) 169 - 171.

[303] Am konsequentesten verfolgt diesen Gedanken Benedek (Fn. 211), der deswegen die praktische Bedeutung des derivativen Eigentumserwerbs durch *traditio* bestreitet.

*nummorum* als Hinweis auf besondere Beweiserleichterungen versteht[305]. Die m.E. vom Grundsätzlichen her zutreffende Lösung hat bereits Kaser skizziert[306]. Seiner Ansicht nach mußte der Kläger nicht seinen Eigentumserwerb, sondern nur den früheren Besitz nachweisen und Gründe dartun, die einen derivativen Eigentumserwerb des nunmehrigen Besitzers ausschlossen. Der Beweis des Eigentums konnte nach Kaser nur gefordert werden, wenn der Beklagte diesen Punkt ausdrücklich bestritt[307].

Um den praktischen Umgang mit der *vindicatio nummorum* zu erkennen, bietet sich zuerst wieder ein auf die prozessuale Situation gerichteter Blick in die einschlägigen Quellen an. Die Analyse der Sachverhaltsdarstellungen soll sich darauf konzentrieren, welche Rolle das Eigentum des Klägers in diesen Fällen als Prozeßthema spielen konnte und welche Rückschlüsse auf mögliche Argumentationslinien der Parteien oder Beweisfragen aus ihnen ableitbar sind. Wie schon im vorhergehenden Unterkapitel 5.3.2 kann die Zielsetzung vor dem Hintergrund der herrschenden Lehre auf den Versuch einer Negativabgrenzung beschränkt bleiben: Sollte sich herausstellen, daß die Juristen das Eigentum des Klägers nicht oder nur am Rande beachteten, so darf man wohl vermuten, daß der Eigentumsbeweis nicht der Punkt war, der in der Praxis allein über Erfolg oder Mißerfolg einer Klage entschied.

Als erstes fällt an den einschlägigen Texten im Unterschied zum Quellenmaterial im Digestentitel 6.1 auf, daß nahezu alle Stellen zur *vindicatio nummorum* erkennen lassen, wie das umstrittene Geld zum nunmehrigen Besitzer gelangt ist[308]. Regelmäßig geschah dies durch einen einzelnen Leistungsakt[309], bei

---

[304] Nachweise oben Fn. 27 und Fn. 194.

[305] Erman (Fn. 217) 178 (wörtlich zitiert in Fn. 217); dagegen Mitteis (Fn. 21) 205 Fn. 1; Lockerungen nimmt auch Klami (Fn. 21) 195 an (zu dessen Meinung aber unten in Fn. 342).

[306] Kaser 179 f.; im gleichen Sinn schon Hartmann (Fn. 27) 31 f.

[307] In der Prozeßpraxis war diese Strategie allerdings nicht zielführend; vgl. S. 116.

[308] S. oben in Fn. 20. In D 6.1 bilden ähnlich strukturierte Texte dagegen die Minderzahl (D 6.1.17 pr., 37, 38, 59, 67, 72, 77).

[309] Ausnahmen: C 3.41.1 (Geld wurde dem Eigentümer gestohlen); C 4.24.8 (Geld wird zweimal weitergegeben).

dem ein derivativer Eigentumserwerb des Empfängers an der *causa*[310] (häufigster Fall: Leistung eines *pupillus sine auctoritate tutoris*[311]) oder der Verfügungsmacht des Leistenden scheiterte. In diesen Fällen konnte dem Empfänger regelmäßig bewußt sein, daß die Leistung nicht mit Geld des Zahlenden selbst erfolgte, weil sich der Betreffende in einer Abhängigkeitsposition befand, die eine Verfügung über eigenes Vermögen ausschloß, ihm aber gleichzeitig Verfügungen über fremdes Vermögen in einem gewissen Rahmen gestattete (Sklaven[312], Haussöhne[313], scheinfreier *tutor*[314], Sklavenfreikauf *suis nummis*[315]). In anderen Fällen wird auf Rechnung eines Dritten (*heredis nomine*[316], Anweisung[317]) oder aus dem *peculium* eines *bona fide* besessenen Sklaven geleistet[318]. Weitere Belege betreffen die Berechnung eines *peculium*[319], die Rechtsfolgen der *restitutio in integrum ob fraudem*[320], die Feststellung von Konkursprivilegien[321] oder die Existenz von Vollstreckungsvorrechten des *fiscus*[322].

Damit warfen diese Fälle Rechtsprobleme auf, sich von der „normalen" *rei vindicatio* durchaus unterschieden. Im Zentrum der juristischen Analyse stand die

---

[310] D 15.1.38 pr. (Afr 8 quaest); D 10.4.9.4 (Ulp 24 ed); D 24.1.33. 1 (Ulp 36 Sab).

[311] Gai 2.82; IJ 2.8.2; D 12.6.29 (Ulp 2 disp) (oder sonst nicht verfügungsbefugten Eigentümer); D 46.3.14.8 (Ulp 30 Sab).

[312] D 12.6.53 (Proc 7 epist); D 23.3.67 (Proc 7 epist); D 15.1.37.1 (Iul 12 dig); D 46.1.19 (Iul 4 ex Minic); D 7.1.25.1 (Ulp 18 Sab): die Zahlung erfolgt entweder auf Kosten des *dominus* oder des Usufruktuars s. in Fn. 411; D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed); D 12.1.31.1 (Paul 17 ad Plaut).

[313] D 12.1.14 (Ulp 29 ed) vgl. in Fn. 38; D 12.6.26.9 (Ulp 26 ed); D 14.6.3.2 (Ulp 29 ed); D 14.6.9.1 (Ulp. 29 ed) vgl. in Fn. 38.

[314] D 15.1.52 pr. (Paul 4 quaest).

[315] D 40.7.3.5 (Ulp 27 Sab); D 40.7.3.9 (Ulp 27 Sab).

[316] D 12.6.46 (Iav 4 ex Plaut); vgl. Bretone (Fn. 52) 131 f.

[317] D 24.1.39 (Iul 5 ex Minic).

[318] D 45.3.1.1 (Iul 52 dig).

[319] D 15.1.38 pr. (Afr 8 quaest).

[320] D 42.8.8 (Ven 6 interd); vgl. H. Ankum/M. van Gessel-de Roo/E. Pool, Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht, SZ 104 (1987) 297 Fn. 237.

[321] D 42.5.24.2 (Ulp 63 ed); dazu Klami (Fn. 21) 179 - 182, 185 und Kaser/Hackl 401, 403.

Frage nach dem derivativen Eigentumserwerb des Besitzers, zu dessen Feststellung die Gültigkeit der *causa* oder das Vorliegen einer Verfügungsbefugnis beim tatsächlich Zahlenden zu prüfen war. Kein Text thematisiert die Frage, ob der Kläger vor der Zahlung Eigentümer des Geldes gewesen war, was man eigentlich erwarten würde, wäre dies in der Prozeßpraxis ein zentraler Punkt gewesen[323].

Diese Texte bestätigen insofern den Befund aus den allgemeinen Quellen zur *rei vindicatio*, daß zum Eigentumsbeweis bei einer Vindikation in der Regel der Nachweis eines gültigen Erwerbsgeschäftes ausreichte. Allerdings diente die Konzentration auf die *causa* bei der *vindicatio nummorum* dazu, den Eigentumserwerb des Beklagten auszuschließen. Nur dies mußte dem Kläger gelingen; nach seinem Eigentum an den Münzen wurde nirgends gefragt und dieses offenbar regelmäßig unterstellt[324]. Hinsichtlich des Beweises zeigen sich also keine Unterschiede zur *condictio*, die in den meisten Texten als Alternative zur *rei vindicatio* erörtert wird[325].

Diese Besonderheit erklärt sich daraus, daß in den meisten Fällen Kläger und Beklagter in einem durch rechtsgeschäftlichen Kontakt begründeten Verhältnis standen[326]. Der Kläger forderte mittels *vindicatio nummorum* nur die Rückgewähr seiner Leistung. Für die Entscheidung darüber reichte die Prüfung des Rechtsgeschäfts, aufgrund dessen das Geld an den Beklagten gelangt war. Stellte sich dieses als ungültig heraus, entfiel der Grund zum Behalten des Geldes. In solchen Zwei-Personen-Verhältnissen trat der dingliche Charakter der Vindikation in den Hintergrund. Dies hebt die *vindicatio nummorum* vom Regelfall der *rei*

---

[322] D 49.14.18.10 (Marcian ls de delator); s. unten S. 130.

[323] An dem Befund kann man nur mit Kiefners Methode vorbeigehen, indem man behauptet, daß die Prüfung des Rechts des Vormannes so selbstverständlich gewesen sei, daß die Juristen es nicht zu erörtern hatten oder einschlägige Texte als zu banal von den Kompilatoren ausgeschieden wurden.

[324] Für Kaser 179 ergibt sich dies aus dem Beweis des vormaligen Besitzes.

[325] Nachweise in Fn. 9.

[326] Vgl. auch Wacke 90 und Bauer (Fn. 12) 154.

*vindicatio* ab und erinnert an die *condictio*[327]. Aufgrund dieser Besonderheit spielte auch die Prüfung des Eigentums des Klägers keine eigenständige Rolle.

Dieser Quellenbefund kann nicht verwundern, wenn man sich die vorprozessuale Situation vergegenwärtigt, in der die Parteien ihre Strategieüberlegungen trafen. Der Kläger hatte an den Beklagten geleistet und meinte, Einwände gegen die *causa* vorbringen zu können, welche ihn zur Rückforderung berechtigten. Dafür stellten ihm die Juristen regelmäßig drei Klagen zur Auswahl: *rei vindicatio*, *condictio* oder *actio ad exhibendum*. Die beiden erstgenannten standen zu einander in alternativer Konkurrenz, d.h. sie beinhalteten jeweils eine Voraussetzung, deren Vorliegen die andere Klage ausschloß. Der entscheidende Punkt war, ob der Kläger Eigentümer der verwendeten Münzen geblieben war: Wenn er dies behauptete, mußte er die *rei vindicatio* beantragen, im anderen Fall die *condictio*.

Für den Kläger war es jedenfalls taktisch besser, sich nicht von vornherein auf eine Klage festzulegen, sondern sich vorprozessual solange beide Möglichkeiten offenzuhalten, bis er die Verantwortung des Beklagten zur entscheidenden Frage kannte, ob die Münzen noch vorhanden oder verbraucht worden waren. Dies konnte er, wenn er sich in erster Linie auf die Behauptung eines Mangels der *causa* beschränkte, da diese Argumentation sowohl bei der *rei vindicatio* als auch bei der *condictio* für ihn von Vorteil war. Sein weiteres Vorgehen konnte er dann nach den Äußerungen des Beklagten strukturieren. Wenn dieser das Eigentum des Klägers an den Münzen in Zweifel zog, um ihm die Vindikation zu erschweren, schnitt er sich selbst das Argument ab, er habe vom Kläger *ex iusta causa* Eigentum erworben. Eine dafür nötige Voraussetzung hatte er vorprozessual bereits selbst bestritten[328]. Für beide Seiten war es also zielführender, die Auseinandersetzung auf die *causa* zu konzentrieren, da diese für beide Klagen das zentrale Thema bildete. Außerdem war

---

[327] Die *vindicatio nummorum* wird also nicht in dem Fall angestrengt, daß der Kläger seine Sachen bei jemandem entdeckt hat, und sie von diesem verlangen möchte, wie dies der gemeinrechtlichen Parömie *ubi meam rem invenio, ibi vindico* zugrundeliegt.

[328] Gegen die *condictio* richtete er mit der Bestreitung des Eigentums nichts aus, da deren Voraussetzung ohnehin die *consumptio* war. Mit diesem Einwand konnte sich der Beklagte auch nicht gegen eine *actio ad exhibendum* verteidigen.

die Berufung des Beklagten auf die Gültigkeit der *causa* ein Einwand, den er sowohl gegen die *condictio* als auch gegen die *rei vindicatio* verwenden konnte. Die Konzentration auf die *causa* verschaffte dem Kläger damit keine einseitigen Vorteile.

Aufgrund der konkurrierenden Rechtsbehelfe wäre der Beklagte bei seinen vorprozessualen Überlegungen gleichsam zwischen Skylla und Charybdis gefangen geblieben, hätte er die mangelnde Berechtigung des Klägers einwenden wollen[329]. Vor dem gleichen Problem wäre der Prätor gestanden, der *in iure* aufgrund des Antrags des Klägers und der Einwände des Beklagten die richtige Formel auswählen mußte. Praktisch betrachtet machte es keinen Sinn, eine Verteidigungsstrategie auf das Fehlen des Eigentums an den Münzen abzustellen. Es verwundert daher nicht, daß beide Klagen, obwohl sie in dogmatischer Hinsicht von völlig verschiedenen Grundlagen ausgehen, in der praktischen Handhabung als weitgehend austauschbar erscheinen.

Es gibt daneben einige Texte, in denen die *vindicatio nummorum* gegen Dritte diskutiert wird, anhand derer nunmehr zu kontrollieren ist, ob Fälle, in denen die *vindicatio nummorum* ihren dinglichen Charakter entfaltete, dem bisherigen Ergebnis widersprechen. In C 4.34.8[330] gab ein Verwahrer ohne Zustimmung des Hinterlegers hinterlegtes Geld als Darlehen weiter. Die diokletianische Kanzlei verwies den Kläger primär auf die *actio depositi* gegen den untreuen Verwahrer bzw. dessen Rechtsnachfolger. Für den eher theoretisch interessanten Fall, daß sich die „Darlehensvaluta" noch immer beim Darlehensnehmer befand[331], wurde dem Anfragenden die *vindicatio nummorum* verheißen. Auch in dieser Konstellation

---

[329] Solch taktische Überlegungen braucht der Kläger nicht anzustellen, da er für beide Klagen sein Eigentum und die mangelhafte *causa* behaupten kann und sich daher nicht in Widersprüche verstrickt, wenn er die Präferenz für eine Klage zu erkennen gibt.

[330] C 4.34.8 (Diocl. et Maxim. AA. et CC. Aurelio Alexandro) *Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam eius successores teneri tibi certissimum est. adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit, nisi nummi extant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.* D. IIII k. mart. Sirmi AA. conss. [a 293].
S. dazu Fuchs, *Consumptio* 131 und Klami (Fn. 21) 186 - 190.

[331] S. Unterkapitel 6.1.; v.a. die widersprüchlichen Argumente der Literatur in Fn. 348.

konnte sich der Eigentumsbeweis gegen den Dritterwerber also auf den Nachweis der Hinterlegung beschränken; eine Bestreitung des Rechts des Vormannes hätte wieder gegen die Position des Beklagten gewirkt, weil er damit das Zustandekommens eines *mutuum* ausschloß. In D 40.7.3.9 wurde ein Sklave testamentarisch unter der Bedingung einer Zahlung an den Erben freigelassen und erbrachte diese mit gestohlenem Geld[332]. Gehörte das Geld in den Nachlaß bzw. dem Erben, wurde der *statuliber* nicht frei, da er seiner Verpflichtung zum *dare* i.S. einer Übereignung des Geldes nicht nachgekommen war[333]. Hatte der *statuliber* das Geld einem Dritten entwendet, verschaffte ihm eine nachfolgende *consumptio* durch den Erben dann die Freiheit, wenn sie dem Eigentümer endgültig die Möglichkeit nahm, das Geld dem Erben zu entziehen (*ut nullo casu avelli possint)*. In D 45.3.1.1 verwies Julian auf die Vindikation von als Darlehen gegebenem Geld, das von einem gutgläubigen Besitzer des Sklaven dem *peculium* entnommen worden war[334]. Vorausgesetzt, aber nicht ausdrücklich angesprochen wird die *vindicatio nummorum* auch in D 46.3.78, wenn die Rechtslage der Münzen vor Vermengung mit *manent eius cuius fuerunt* beschrieben wird; dabei ging die Vindikationsmöglichkeit nicht durch *consumptio,* sondern durch ununterscheidbare Vermengung unter.

Auch außerhalb von zweipersonalen Verhältnissen spielte es damit wenig Rolle, daß die *vindicatio nummorum* eine *actio in rem* war. Anknüpfungspunkt war stets, wie der Beklagte in den Besitz des Geldes gekommen war. Die *vindicatio nummorum* gegen einen Dritten war nur dann praktikabel, wenn dieser das Geld durch eine unberechtigte Verfügung eines Mittelsmannes erhalten hatte, der dabei

---

[332] D 40.7.3.9 (Ulp 27 Sab) ... *si nummos subtractos dedisset, ad libertatem non perveniret: nec enim videtur dedisse, sed magis reddidisse. sed nec si aliis subripuerit nummos et heredi dederit, ad libertatem perveniet, quia avelli nummi ei qui accepit possunt. plane si sic consumpti fuerint, ut nullo casu avelli possint, conpetet libertas.*

[333] Die Verpflichtung zu einem *dare* demonstrieren UE 2.4 *Sub hac condicione liber esse iussus: „si decem milia heredi dederit" etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex duodecim tabularum iubet.* D 40.7.29.1 (Pomp 18 ad Q Muc) *Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat „Si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto". ...*

[334] D 45.3.1.1 (Iul 52 dig) *Si servus tuus, qui mihi bona fide serviebat, peculium habuerit, quod ad te pertineat, et ego ex eo pecuniam Titio credidero, nummi tui manebunt, stipulando autem mihi servus eandem pecuniam nihil aget: vindicando ergo eam pecuniam tu consequi poteris.*

ein *furtum* beging[335]. In dieser Konstellation mußte der Kläger wiederum nur beweisen, daß der Mittelsmann nicht zur Weitergabe berechtigt war, um den Eigentumserwerb des Dritten auszuschließen[336]. Damit beschränkte sich der Beweis des Klägers auf sein Verhältnis zu der Mittelsperson bzw. auf den Nachweis des bei der Weitergabe begangenen *furtum*. Dem Eigentumsbeweis kam auch gegenüber einem Dritten nicht mehr Gewicht zu als in den anderen Fällen der *vindicatio nummorum*.

Diese Rekonstruktion des praktischen Anwendungsbereichs der *vindicatio nummorum* widerspricht der manchmal vertretenen Ansicht, der Kläger habe vor dem Problem gestanden, den Weg seines Geldes über verschiedene Mittelsmänner zu rekonstruieren und zu beweisen[337]. Es bedarf daher auch nicht der Konstruktion, daß man in der Praxis deswegen darauf verzichten konnte, weil der Kläger dem Einwand der mangelnden Berechtigung durch Berufung auf eine Geldvermengung (dazu Kapitel 7) abschneiden konnte[338]. Daß so argumentiert wurde ist zumindest nicht belegbar. Da das Eigentum vor Zahlung in keinem Text thematisiert wird, erscheint diese Vermutung als unbegründet.

Die Überlegungen zum praktischen Vorgehen bei der *vindicatio nummorum* bestätigen die Interpretation von D 6.1.6, daß nicht das Eigentum an einzelnen Münzen zu erweisen war. Auf solche *ab initio* aussichtslose Versuche wurde verzichtet. Stattdessen ergriff man primär in zweipersonalen Verhältnissen oder solchen Drei-Personen-Konstellationen diese Klage, in denen die Einschaltung eines Mittelsmannes die Beweissituation des Klägers nicht erschwerte, da der Mittelsmann mit der Weitergabe des Geldes ein Delikt beging. Somit konnte sich

---

[335] D 45.3.1.1 (Iul 52 dig) bildet die Ausnahme, da der Nichteigentümer *bona fide* handelt. C 3.41.1 (Alex) *Si extat corpus nummorum, quos ablatos ex patris tui hereditate ab eo, quem liberum esse constitit, adlegas, vindicare eos vel ad exhibendum agere non prohiberis. ...* behandelt dagegen die *vindicatio nummorum* gegen den Dieb selbst.

[336] Aus den bereits erörterten Gründen macht es auch wenig Sinn, wenn der beklagte Dritte von sich aus das Eigentum des Klägers bezweifelt, da er sich so die Berufung auf einen derivativen Erwerb versperrt.

[337] Hasler 33. Eine Verzerrung der Quellen und am Standardfall der Vindikation orientiert ist die Behauptung von Fuchs, *Consumptio* 131: „Der Kläger muß den Nachweis antreten, daß „sein Geld", das in den meisten der erörterten Fälle durch die Hände einer Mittelsperson ging ...."; ähnlich Wacke 130.

der Kläger auf den Nachweis seines Verhältnisses zum Mittelsmann beschränken; diesem war wegen des *furtum* auch die Behauptung versperrt, er habe eigenes Geld weitergegeben[339]. Dabei war sicherlich auch von Bedeutung, daß so dem Eigentümer neben den deliktischen Ansprüchen auch eine konkursfeste Verfolgungsmöglichkeit auf das Geldes beim Dritterwerber zugestanden werden sollte.

## 5.5. Ergebnisse

Die besondere Strenge des Eigentumsbeweises bei einer *rei vindicatio*, der, wenn der Kläger sein Eigentum auf einen derivativen Erwerb gründete, den Beweis der Berechtigung der Vormänner regelmäßig notwendig machte, wird ebenfalls als wesentliches Hindernis bei der dinglichen Verfolgung von Geld gesehen. Bei Überprüfung dieses Einwandes wurden die im Hinblick auf den Eigentumsbeweis bei der *rei vindicatio* einschlägigen Quellen neuerlich einer Musterung unterzogen. Es war festzustellen, daß diejenigen Autoren, welche die *probatio diabolica* schon bisher in Zweifel zogen, jedenfalls das Schweigen der Quellen zu dieser Voraussetzung auf ihrer Seite haben. Dem begegnete Kiefner in seiner bis heute als grundlegend angesehenen Abhandlung zur *probatio diabolica* mit zwei Gegenargumenten: Er wandte ein, daß die Texte von Digestenjuristen für Beweisfragen nicht einschlägig wären, weil die klassischen Juristen an Beweisfragen grundsätzlich kein Interesse zeigten und außerdem das materielle Recht den Beweis des Rechtes des Vormannes zwingend voraussetzte. Die daraus resultierenden Beweisprobleme bei der *rei vindicatio* milderte Kiefner dadurch, daß er mit Levy annahm, der *iudex* habe in Ausübung seines Rechtes zur freien Verteilung der Beweislast, wenn der Kläger keinen vollständigen Beweis erbrachte, auch vom Beklagten Beweise fordern können.

Im Gegensatz zur skeptischen Haltung, die zahlreiche moderne Autoren bei der Frage einnehmen, ob die überlieferten Juristenschriften Rückschlüsse auf die Prozeßpraxis gestatten, lassen sich die Texte zum Beweis bei der *rei vindicatio*,

---

[338] Vgl. etwa Wacke 130.

durchaus unter der Annahme lesen, daß der Kläger nur die dort diskutierten Voraussetzungen des Eigentumserwerbes nachzuweisen hatte.

Levys Sichtweise einer freien Beweislastverteilung durch den *iudex* wird von der heutigen Romanistik nicht mehr geteilt. Texte, in denen Levy Hinweise auf eine Beweisführung durch den Beklagten fand, zeigen stattdessen die Handhabung der freien Beweiswürdigung. Die vorprozessuale Interaktion der Parteien konnte den Prozeßstoff eines Verfahrens auf spezielle Streitpunkte konzentrieren. Ein Beklagter, der sich dazu nicht bereit fand und alle Behauptungen des Klägers rundweg bestritt, riskierte aber, daß der *iudex* aus dem erfolgreichen Beweis einer bestrittenen Tatsache weitergehende Schlüsse zog: Er konnte daraus die Richtigkeit des gesamten Vorbringens des Klägers folgern (bzw. die Bestreitungen des Beklagten in ihrer Gesamtheit für unsubstantiiert ansehen) und der Klage stattgeben. Das nötigte den Beklagten nachzuweisen, daß seine weitere Einwände mehr waren als bloße Bestreitungen zur Verzögerung des Verfahrens.

Betrachtet man das Problem aus der Perspektive vorprozessualer Erwägungen erscheint die Bestreitung des Rechtes des Vormannes keineswegs als *per se* erfolgverprechende Taktik. Der Kläger konnte ja die *actio Publiciana* beantragen, um eine *probatio diabolica* von vornherein zu vermeiden. Vielleicht ist auch das ein Grund, warum die Quellen durchgehend nur vom Beweis der *causa* und der Übergabe sprechen und die Berechtigung des Veräußerers nie erwähnen.

Die Texte zur Geldvindikation sind davon keine Ausnahme. Nirgends ist belegt, daß der Kläger das Eigentum des Vormannes zu beweisen hatte. Dem könnte man entnehmen, daß unterstellt wurde, der Kläger habe das Geld vor Ausgabe jedenfalls vermengt oder die Zahlung habe als *consumptio* dessen Verfolgung durch einen Dritten unmöglich gemacht. Für die erste Sichtweise fehlt jeder Hinweis in den Quellen; gegen die zweite spricht, daß die *vindicatio nummorum* nahezu ausschließlich in Zwei-Personen-Verhältnissen erörtert wird und eine dingliche Verfolgung von Geld bei einem oder durch einen Dritten die Ausnahme bildete.

---

[339] Vgl. das Beispiel bei Kaser 174 zur Identifizierung des Geldes bei auf frischer Tat betretenen Räubern.

Diesen Befund erklärt sich wiederum aus der Situation von Kläger und Beklagten bei Einleitung der *vindicatio nummorum.* Gegen die *vindicatio nummorum* machte die Bestreitung des Eigentums aus Sicht des Beklagten allein deswegen keinen Sinn, weil er danach keinen zu seinen Gunsten wirkenden derivativen Eigentumserwerb am Geld behaupten konnte. So beschränkte sich das Prozeßthema bei *vindicatio nummorum* und *condictio* gleichermaßen auf die Frage nach der Gültigkeit der *causa*.

# 6. *Si nummi extant* als Voraussetzung der *vindicatio nummorum*

## 6.1. *Vindicatio nummorum* nur bei *solutio in sacculo*?

Die herrschende Auffassung setzt für eine *vindicatio nummorum* die unterscheidbare Aufbewahrung des eingeklagten Geldes vom übrigen Geld des Beklagten voraus. In den Quellen wird mehrfach darauf verwiesen, daß die *vindicatio nummorum* nur dann stattfinden könne, wenn es sich um *nummi exstantes*, *nummi salvi, nummi integri* handelt[340]. Diese Ausdrücke versteht man dahingehend, daß die zur Zahlung verwendeten Münzen ohne Vermengung mit dem Geld des Empfängers als abgegrenztes *corpus nummorum* (C 3.41.1)[341] weiterexistierten[342]. Den Ausgangspunkt für diese Sichtweise bildet wiederum das aus D 6.1.6 abgelesene Erfordernis, in der *intentio* die Münzen als *species* zu beschreiben und den Eigentumsnachweis für die einzelnen Stücke zu erbringen.

Bei Durchsicht der Quellen zeigt sich freilich, daß nur ein Drittel der Stellen diese Voraussetzung für die *vindicatio nummorum* explizit nennen[343]. Bei den anderen

---

[340] D 46.3.94 pr. (Pap 8 quaest) *Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris pergat petere quod sibi debeatur, nec offerat quod accepit, exceptione doli summovebitur.*

D 46.3.15 (Paul 6 Sab) *Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest. si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.*

[341] Häufiger wird in den Quellen der Ausdruck *corpora nummorum* verwendet, mit dem die einzelnen Münzen im Unterschied zur Summe bezeichnet werden (s. Heumann/Seckel s.v. *corpus* 3).

[342] Nachweise oben in Fn. 80. Eine abweichende Meinung äußert Klami (Fn. 21): Er hält es zu Recht für eine *petitio principii*, „dass die vindicatio *nur* verschlossen verwahrtes Geld hätte betreffen können" (190). Was er als Alternative vorschlägt, ist allerdings nicht klar erkennbar, da er zum einen annimmt, daß die Notwendigkeit zur Individualisierung in der Praxis „vielleicht keine ausnahmslose" war, und daß es auf eine abgesonderte Aufbewahrung von Münzen zur Erhaltung des Eigentums nicht ankam, „wenn man nur irgendwie im Stande war, sie zu individualiseren" (195). Ob er damit von der Pflicht zur Individualisierung abrückt, geht aus diesen Äußerungen nicht hervor.

Eine Individialisierung anhand von der Markierungen an einzelnen Münzen ist nicht anzunehmen; statt aller Fuchs, *Consumptio* 127.

[343] D 24.1.39 (Iul 5 ex Minic); Gai 2.82; IJ 2.8.2; D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed); D 12.6.29 (Ulp 2 disp); D 24.1.33.1 (Ulp 36 Sab); D 42.5.24.2 (Ulp 63 ed); D 12.1.31.1 (Paul 17 Plaut); C 3.41.1 (Alex); C 4.34.8 (Diocl/Maxim).

muß man diese Voraussetzung stillschweigend unterstellen[344]. Zur Rechtfertigung dieser Vorgangsweise wird behauptet, daß in der römischen Praxis bei Zahlungsvorgängen sehr oft gekennzeichnete Beutel oder andere Behältnisse Verwendung fanden[345], die darüber hinaus sogar zur Aufbewahrung des empfangenen Geldes für längere Zeiträume dienten.

Diese These entspricht nicht ganz dem Bild der Quellen. In der juristischen Überlieferung wird die Zahlung unter Verwendung von Beuteln (*in sacculo solvere*) offenbar als Ausnahme und nur in zwei Stellen explizit erwähnt (davon in einer für eine hypothetische Situation)[346]; weitaus zahlreicher ist von offener Zuzählung der Münzen (*numerare, numeratio)* die Rede[347]. Das zahlenmäßige Mißverhältnis, in dem diese Formen in den juristischen Quellen auftauchen, braucht natürlich nicht repräsentativ zu sein. Der rein quantitative Befund läßt noch keine sicheren Aussagen über die Gebräuche im römischen Geschäftsverkehr zu. Gegen die längere Aufbewahrung von *in sacculo* gezahltem Geld im selben Beutel[348], d.h. ohne

---

[344] So wie z.B. Kaser 179 Fn. 29.

[345] Pringsheim (Fn. 21) 117 f. nimmt sogar an, daß genormte Beutel in Umlauf waren; ähnlich Klami (Fn. 21) 176 Fn. 4 (auf 177); dagegen Fuchs, Iusta causa 200 - 205; Wacke 97 - 99; s. weiters Kaser 177 f.

[346] D 7.1.25.1 (Ulp 18 Sab) ... *si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis* ... (zur hypothetischen Natur dieses Beispiels unten in Fn. 411); D 40.7.3.6 (Ulp 27 Sab) ... *sive numeravit sive in sacculo dedit* ...

So auch Kaser 177; Hasler 164 (Fn. 14 zu S. 35); größere Bedeutung messen Klami (Fn. 21) 177 und Wacke 95 diesen Belegen zu.

Eine vergleichbare Faktenlage muß man wohl bei D 46.3.94 pr. annehmen, da der Gläubiger nach Zahlung weiterhin auf einer Leistung besteht, weil er die Münzen als nicht dem Schuldner gehörig erkannt hat. D 46.3.94 pr. (Pap 8 quaest) *Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris pergat petere quod sibi debeatur, nec offerat quod accepit, exceptione doli summovebitur.*

[347] Kaser 177, Wacke 95 -99. Das Linzer Programm ROMTEXT liefert zu *numerare* und *numeratio* insgesamt 423 Stellen.

Versiegelte Beutel erscheinen nur bei der Geldverwahrung als die übliche Form. S. D 47.2.78 (Pomp 13 ex var lect), D 16.3.1.36 (Ulp 30 ed), D 16.3.26.2 (Paul 4 resp.), D 16.3.29 pr. (Paul 2 sent) D 47.2.21.1, 3 (Paul 40 Sab); ähnlich auch D 18.3.8 (Scaev 7 dig) und D 19.2.31 (Alf 5 dig a Paulo epit). S. auch Fuchs, Iusta causa 201 f.

[348] Manche Argumente zugunsten der Sonderaufbewahrung sind auch in sich widersprüchlich. Vgl. die Ausführungen von Kaser 191: „Bei den wichtigeren Zahlungen dagegen sorgte der Brauch, die empfangenen Summen gesondert aufzubewahren, dafür, daß der Eintritt dieser nicht unbedenklichen Rechtsfolge (Eigentumserwerb des Besitzers *per commixtionem,* R.G.) vermieden wurde." Welches Interesse konnte der Empfänger einer *solutio* oder *datio credendi causa* haben, das Geld für den Fall einer Vindikation identifizierbar zu erhalten? Hätte man jemandem, der um mögliche Vindikationen zu verhindern, das Geld aus dem Beutel umfüllte, Bösgläubigkeit unterstellen können, wenn sich schließlich herausstellte, daß der Leistende nicht berechtigt war?

Möglichkeit bzw. Gefahr der Veränderungen des Inhalts[349], und die Möglichkeit, Geld daher anhand des Beutels zu identifizieren, sprechen einige Überlegungen: Naheliegend wäre es, daß der Empfänger den Beutel öffnete, um die Vollständigkeit des Betrages zu festzustellen[350] oder die Münzqualität prüfen zu lassen[351]. Allein schon damit würde die sichere Identifikation des Inhaltes unmöglich. Bei der Aufbewahrung in der Hauptkasse des Hauses (*arca*)[352] wurde das Geld wohl nicht nach seiner Herkunft[353], sondern nach Sorten getrennt[354], wie man aufgrund einer Stelle aus Plautus' Komödie *Rudens* vermuten muß, die vielfach als Beleg für die Weiterverwahrung des Geldes *in sacculo* zitiert wird[355]. Labrax schildert den Inhalt seines bei einem Schiffbruch abhanden gekommenen Koffers (*vidulus*), damit ihn Gripus, falls er ihn finden sollte, als Eigentum des Labrax identifizieren könne.

---

Die gegenteilige Ansicht stützt Wacke 130 auf Verkehrsschutzgesichtspunkte: „Wären vom Nichtbefugten geleistete Gelder nicht alsbald beim Empfänger vermengt worden, so hätten zwangsläufig schon die römischen Juristen unter Preisgabe des Vindikationsprinzips zur modernrechtlichen Anerkennung sofortigen gutgläubigen Erwerbs vordringen müssen ... Denn für das Bedürfnis nach Verkehrsschutz waren die Klassiker keineswegs blind. Zum Schutz vor den Folgen der Geldvindikation empfahl sich die alsbaldige Konsumtion." Dem läßt sich entgegnen, daß eine „dingliche" Vindikation gegen Dritte bei Geld in den Quellen nur als Ausnahmefall behandelt wird, Befürchtungen über Unsicherheiten im Zahlungsverkehr also nicht bestehen mußten.

[349] Kaser 178 f. nimmt das bei größeren Zahlungen an; das vermutet zu D 49.14.18.10 (Marcian ls de delator) auch H. Wagner, Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (1974) 133.

[350] Fuchs, Iusta causa 205 f., Fuchs, Consumptio 127 und Wacke 98 Fn. 205.

[351] Zu den *nummularii* vgl. Kaser 176 f.; Wacke 93 - 98; Andreau, La vie financiere dans le monde romain (1987) 177 ff.; Bürge, Fiktion (Fn. 21) 467 ff. (jeweils m.w.N.) und zuletzt A. Földi, Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani, Mél. Wolodkiewicz (2000) 207 - 219.

[352] Vgl. die Nachweise bei Wacke 101 -106; ebenso Schermaier 151.

[353] D 15.1.52 pr. (Paul 4 quaest) ... *plane si ex re pupilli nomina fecit vel pecuniam in arca deposuit, datur ei vindicatio nummorum et adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt* ... Kaser 179 Fn. 29 betont mit Recht, daß man sich hier abgesonderte Aufbewahrung durch den Scheintutor vorzustellen hat. Die Absonderung erklärt sich daraus, daß es sich um eine Form der Geldverwahrung handelt, bei der dies üblich war (oben Fn. 347), besagt aber nichts über die sonstige Praxis. S. auch D 27.7.4 pr. (Ulp 36 ed) ... *si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumpserit* ....

[354] Vgl. auch die Abbildungen der Münzen von Phillipus und Gallienus bei Wacke 106, die drei Beutel über einer *arca*, also offenbar deren Inhalt, zeigen und nach der Deutung Longpériers (Wacke a.a.O.) die drei unterschiedlichen Münzsorten (Gold, Silber, Kupfer) sybolisieren.

[355] Fuchs, Iusta causa 199, 216; Kaser 179 Fn. 29; Wacke 105 Fn. 239.

1309 Gripus: *Quid perdidisti?*
Labrax: *Vidulum cum auro atque argento multo.*
1310 Gripus: *Ecquid meministi, in vidulo qui periit quid ibi infuerit?*
Labrax: *Quid refert, qui periit tamen? sine hoc, aliud fabulemur.*
Gripus: *Quid, si ego sciam qui invenerit? volo ex te scire signa.*
Labrax: *Nummi octingenti aurei in marsuppio infuerunt,*
*praeterea centum minaria Philippa in pasceolo sorsus.*
1315 Gripus: *Magna hercle praedast, largiter mercedis indipiscar;*
*di homines respiciunt: bene ego hinc praedatus ibo.*
*profecto huius est vidulus. perge alia tu expedire.*
Labrax: *Talentum argenti commodum magnum inerat in crumina, ...*

Im Koffer befanden sich kleinere Beutel, darin das Geld getrennt nach Sorten (800 Goldstücke, 100 philippische Denare, ein attisches Talent). Nach diesem Prinzip dürfte auch die Hauptkasse eines *pater familias* organisiert gewesen sein. Die Aufbewahrung erfolgte nach Sorten und nicht nach der Herkunft getrennt[356]. Nur so behielt man den Überblick über den Kassenbestand und konnte ihn jederzeit so präzise angeben wie Labrax. Hätte Labrax sein Geld vindizieren wollen, so wären ihm trotz seiner präzisen Aufstellung nur Summenangaben hinsichtlich der einzelnen Währungen möglich gewesen. Ob die Bezeichnung des *vidulus* als Behältnis – ohne Angabe des Inhalts – den Streitgegenstand bei einer Klage auf den Inhalt ausreichend bestimmt hätte, war zumindest im Hinblick auf die *actio depositi* unter römischen Juristen kontrovers[357]. Die Überlieferung zum römischen Rechnungswesen bietet daneben keinerlei Hinweise, daß eine nach der Herkunft bzw. dem Vormann unterscheidende Verwahrung eingenommener Gelder gebräuchlich gewesen wäre[358]. Die Verwahrung *in sacculo*, wie sie bei Plautus belegt ist, hätte also keine Identifikation und infolgedessen auch keine Vindikation von Geld erlaubt, da durch die Aufbewahrung in *sacculo* keine Zuordnung zum Vorbesitzer

---

[356] So auch Wacke 106 f. (mit Nachweisen).

[357] D 16.3.1.41 (Ulp 30 ed) *Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur an et species comprehendendae sint? et ait Trebatius cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt et sic depositae, adiciendae sunt et species vestis. Labeo autem ait eum qui cistam deponit singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. quid ergo si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum suscepit depositum. ergo et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit.* S. dazu A. Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic (1965) 163 f.

[358] R.M. Thilo, Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht (1980) insb. 85 - 93 zu den Aufzeichnungen Ein- und Ausgaben betreffend.

vorgenommen werden und beim Sortieren die Vermengung mit dem Geld des Besitzers regelmäßig eintreten konnte. Es ist daher höchst unwahrscheinlich, daß die römischen Juristen mit der insofern unscharfen Formulierung *nummi exstantes* an in dieser Weise abgesondert verwahrtes Geld dachten oder eine derartige Verwahrung stillschweigend unterstellen durften.

### 6.2. Die Feststellung der Passivlegitimation zur *vindicatio nummorum*

Die Beantwortung der Frage, was die Juristen unter *nummi exstantes* verstanden, sollte daher ohne Rekurs auf das in den Quellen nicht aufscheinende Sachverhaltselement der abgesonderten Aufbewahrung gefunden werden. Dazu ist allein von der regelmäßigen Antithese *nummi exstantes* und *nummi consumpti* auszugehen. *Prima vista* wirkt dies wenig erfolgversprechend, scheint doch bloß ein Zirkelschluß möglich: *Nummi extantes* sind noch nicht *consumpti*, *nummi consumpti* sind nicht mehr *extantes*. Zu dessen Vermeidung griff man bisher auf die Annahme der regelmäßig stattfindenden abgesonderten Aufbewahrung zurück, um dem aus D 6.1.6 abgeleiteten Zwang zur Beschreibung des eingeklagten Geldes als *species* zu Genüge zu tun. *Extare* galt als Voraussetzung der Individualisierung des Klagsgegenstandes und des Eigentumsbeweises. Die Notwendigkeit zur Ergänzung der Texte, deren Sachverhaltsdarstellungen das Element der gesonderten Aufbewahrung nicht enthalten, entfällt mit der Erkenntnis, daß D 6.1.6 die Summenvindikation erlaubte. Somit muß und kann die Kontrastierung von *nummi exstantes* und *rei vindicatio* auf der einen Seite bzw. *nummi consumpti* und *condictio* (bzw. anderen schuldrechtlichen Klagen) auf der anderen nur aus den Texten, so wie sie sind, erklärt werden.

Die bereits erwähnte Konstitution C 4.34.8 (oben auf S. 117) präzisiert die Funktion des *extare* als Voraussetzung der *vindicatio nummorum* folgendermaßen: *... nulla actio tibi competit, nisi nummi extant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.* Für die diokletianische Kanzlei bedeutete *nummi extant*, daß der

Beklagte noch im Besitz der fraglichen Münzen war. Diese Sichtweise findet man schon in

> D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed)
> *Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur. et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*[359]

Ulpian lehnte die vertragliche *condictio* aus Darlehen ab, wenn ein *servus fugitivus* ein Darlehen gewährte, da mit der Flucht die *libera administratio peculii* erlosch[360]. Stattdessen stellte er mehrere nichtvertragliche Klagen zur Wahl: die *rei vindicatio*, wenn die *nummi exstant*, die *actio ad exhibendum* bei doloser Besitzaufgabe und eine *condictio* bei gutgläubigem Verbrauch. In der Gegenüberstellung von *exstare* mit *desinere possideri* bzw. *consumere* wird die Bedeutung von *exstare* noch deutlicher faßbar als in C 4.34.8. Mit *si extant nummi* sprach Ulpian den Besitz und damit die Passivlegitimation zur *vindicatio nummorum* an[361]. Entfiel dieser, richtete sich die zuständige Klage nach der Absicht des Beklagten: bei doloser Besitzaufgabe kam die *actio ad exhibendum* in Frage, bei gutgläubiger *consumptio* die *condictio*. *Consumere* erfolgte in der Terminologie der Klassiker regelmäßig gutgläubig[362]. Im Hinblick auf die *rei vindicatio* waren dolose Besitzaufgabe und

---

[359] Den Teil ab *quid ergo* verdächtigt H. Siber, Naturalis obligatio, GS Mitteis, 46 Fn. 2.

[360] D 15.1.48 pr. (Paul 17 ad Plaut).

[361] So schon Flume (Fn. 17) 79. Die Gleichsetzbarkeit bestreitet Burdese (Fn. 80) 270 Fn. 5, gesteht aber doch zu, daß im seiner Meinung nach breiterere Konzept des *consumere* auch *desinere possidere* eingeschlossen war.

[362] Die moderne Literatur spricht manchmal davon, daß es auch eine bösgläubige *consumptio* gegeben hätte, nach der die *actio ad exhibendum* zur Anwendung kam. S. Kaser 204; Hasler 44; U. Manthe, Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus (1982) 49; Bauer (Fn. 12) 157. Dagegen verwenden die klassischen

(gutgläubige) *consumptio* wirkungsgleich, weil sie eine Passivlegitimation ausschlossen[363]. So ließe sich leicht erklären, warum diese für die herrschende Ansicht wesentliche Voraussetzung nur in der Minderzahl der Belege ausdrücklich genannt ist: Da eine ohnehin allgemeine und selbstverständliche Voraussetzung der *rei vindicatio* angesprochen war, bedurfte dies keiner besonderen Betonung.

Dieses Verständnis unterstützen weiters Texte, die sich mit dem *exstare* von Geld im *peculium* eines Gewaltunterworfenen beschäftigen: In D 14.6.9.2 (Ulp 29 ed) sprach Ulpian diese Unterscheidung im Hinblick auf das *SC Macedonianum* an (... *nam et ei quoque qui filio familias credidit decreto amplissimi ordinis actio denegatur nec interest, consumpti sint nummi an exstent in peculio.* ...); in D 19.1.30 pr. (Afr 8 quaest) gab Africanus die *condictio*, wenn der *dominus* das *peculium*, in dem sich gestohlenes Geld befand, an sich gezogen hatte (... *si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et*

---

Quellen den Ausdruck *consumere* für den bösgläubigen Verbrauch einer fremden Sache noch kaum. Vgl. richtig Burdese (Fn. 80) 271; Fuchs, Iusta causa 220; ders., *Consumptio* 134 f.

Die Klassikertexte, die im allgemeinen von *consumere* bzw. von der Geldkonsumption sprechen, betonen entweder, daß dies *sine dolo malo* (D 46.3.17, Pomp. 9 Sab.; D 5.3.25.15, Ulp. 14 ed.) oder *bona fide* (D 26.8.9.2, Pomp. 17 Sab.; D 25.5.1.3, Ulp. 34 ed.) geschieht, oder sie unterstellen stillschweigend die *bona fides*, was Siber (Fn. 359) 46 darauf zurückführt, daß „der bösgläubige Verbraucher ein fur, also kein typischer Verbraucher ist; auch wir sagen von dem ungetreuen Kassenboten, daß er Geld unterschlagen, nicht daß er es bösgläubig verbraucht habe". So auch Burdese (Fn. 80) 272 und Wunner (Fn. 8) 596.

Mehrere Texte handeln dagegen, daß zuvor gestohlenes Geld von gutgläubigen Dritten verwendet wird (D 46.3.94.2 Pap. 8 quaest; D. 19.1.30 pr. Afr 8 quaest; D 12.1.31.1 Paul 17 ad Plaut; D 12.1.13.pr., 1 Ulp 26 ed).

In D 10.4.14 (Pom 14 ad Sab) *Si vir nummos ab uxore sibi donatos, sciens suos factos non esse, pro re empta dederit, dolo malo fecit quo minus possideat et ideo ad exhibendum actione tenetur.* wird die dolose Weitergabe auch nicht mit dem Ausdruck *consumere* bezeichnet.

Eine explizit *mala fide* vorgenommene *consumptio* kennt erst IJ 2.8.2 *Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.* ... vgl. dazu die Vorlage Gai 2.82 *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis suam pecuniam, nullam contrahit obligationem. unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extent, id est intendere (?) suos ex iure Quiritium esse <non tamen ab eo qui accepit condictione repetere potest SI PARET EUM DARE OPORTERE. unde de pupillo quidem quaeritur, si nummi quos mutuos dedit ab eo qui accepit consumpti sint, an condictione eos persequi possit, quoniam sine tutore auctore nummos suos alienare non potest.>* Zur Rekonstruktion M. David/H. L. W. Nelson, Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar (1. Lieferung) (1954) 294 - 297. G. Studemund, Gai institutionum commentarii quattuor (Apographum) (1874) 73 (Anmerkung) schließt aus, daß in den nur bruchstückhaft lesbaren Teilen von Gai 2.82 der Verbrauch *mala fide* erwähnt gewesen sein könnte.

Vgl. auch C 4.9.3 (Diocl/Maxim): *consumptio* von Früchten durch einen *mala fide possessor*.

*consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*). In diesen Fällen hieß *exstare*, daß das Geld vom Eigenvermögen des *dominus* getrennt geblieben war[364].

Die gleiche Terminologie findet zur Unterscheidung von *fructus exstantes* und *fructus consumpti* Verwendung[365]: Als *fructus exstantes* galten die vorhandenen[366], noch im Besitz des Beklagten befindlichen Früchte.

### 6.3. Geldvindikation nach *consumptio*?

Im Zusammenhang mit der *vindicatio nummorum* ist auch ein Text im fiskalrechtlichen *liber singularis de delatoribus* Marcians relevant, der eine Klage erwähnt, die sich wahrscheinlich an der *vindicatio nummorum* orientierte.

> D 49.14.18.10 (Marcian ls de delator)
> *Papinianus tam libro sexto quam undecimo responsorum scribit ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit,*

---

[363] Ähnlich versteht auch Wunner (Fn. 8) 587 - 589 *consumere* und *exstare*. Anstatt dies ausdrücklich auf die Passivlegitimation zur *rei vindicatio* zu beziehen, spricht er dagegen davon, daß der Verbrauch mit dem Wegfall der Sachevidenz juristisch gleichgestellt wird.

[364] In D 15.1.38 pr. wurde beim Haussohn hinterlegtes Geld deswegen nicht zum *peculium* gerechnet, weil es um die Berechnung der Höhe des *peculium* für die *actio de peculio* ging (*pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii*). Für die Passivlegitimation des *pater familias* zur *vindicatio nummorum* reichte aber der durch den Haussohn vermittelte Besitz (dazu unten in Fn. 394). D 15. 1.38 pr. (Afr. 8 quaes) *Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. Quamvis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.*

[365] D 13.7.22.2 (Ulp 30 ed) *Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.* C 3.32.22 (Diocl/Maxim AA et CC Diodoto) *Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos.* D. III k nov CC conss [A 294]. C 9.32.4.2 (Gord) *Fructus autem rerum quas mala fide tenuit, licet expilatae hereditatis non teneatur crimine, suos non facit, sed extantes quidem vindicari, absumptos vero condici posse procul dubio est.*

[366] Kaser, RPR I 428; Wunner (Fn. 8) 388.

*cum consumeret: et postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo digestorum scribit.*

Papinian behandelte folgenden Fall: Ein Gläubiger hatte von seinem Schuldner eine Zahlung zur Schuldtilgung entgegengenommen. Nach dieser Leistung war der Schuldner offenbar nicht mehr in der Lage, seinen Verpflichtungen gegenüber dem *fiscus*[367] nachzukommen. Dieser wollte daher dem Gläubiger das Geld wieder abnehmen. Papinian ließ dies unter zwei Einschränkungen zu: Er forderte, daß der Gläubiger entweder bei Empfang des Geldes gewußt hatte, daß gegen seinen Schuldner auch Forderungen des *fiscus* bestanden (*publicum quoque esse debitorem*) oder er davon noch vor *consumptio* des Geldes erfahren hatte. Im Gegensatz dazu läßt der von Marcian stammende Nachsatz (*sed placet - consumeret*) ein Vorgehen gegen den Gläubiger sogar dann zu, wenn er bei *consumptio* in Unkenntnis der fiskalischen Forderung war. Schließlich wird noch Marcellus zitiert, der im Einklang mit mehreren kaiserlichen Reskripten[368] dem benachteiligten Gläubiger die ursprüngliche Klage gegen den Schuldner (*directa actio*) gab.

Die Gegensätze zwischen Papinians und Marcians Lösung zeigen die Entwicklung dieses Durchgriffsrechts der öffentlichen Hand. In einer ersten Entwicklungsstufe war das Wissen des Gläubigers um den Eingriff in das Recht des *fiscus* ausschlaggebend, der durch die Entgegennahme des Geldes oder dessen Verbrauch begangen wurde; später reichte der objektive Tatbestand. Beide Lösungen lassen vermuten, daß fiskalrechtliche Vorschriften existierten, die privaten Gläubigern die Entgegennahme von Zahlungen durch *debitores publici* vor

---

[367] Diskutiert wird, ob Papinians Stellungnahme noch das *aerarium* oder bereits den *fiscus* betraf; vgl. die Argumente bei F. Kniep, Societas Publicanorum 1 (1896) 230 f. Während Wagner (Fn. 349) 131, 134 für die erste Variante eintritt und meint, erst Marcian habe diese Äußerungen auf den *fiscus* übertragen, hält die Mehrzahlt der Autoren die zweite für wahrscheinlicher; vgl. Kniep (a.a.O.) 230 f.; F. Wieacker, Protopraxie und „ius pignoris" im klassischen Fiskalrecht, FS Koschaker 1 (1939) 245; P. Cerami, Contrahere cum fisco, APal 34 (1973) 311 Fn. 62, 357 Fn. 126; ders., La *lex in vacuom vendendis* e la genesi dell'ipoteca legale del *fiscus*, APal 36 (1976) 36 Fn. 59.

[368] Zur möglichen Zuordnung s. G. Gualandi, Legislazione imperiale e giurisprudenza II (1963) 199.

Befriedigung des *fiscus* untersagten[369]. So läßt sich erklären, daß Papinian nur die Kenntnis vom Bestand der Fiskalforderung verlangte, aber keinen auf eine bewußte Verkürzung des *fiscus* gerichteten *dolus*.

Schwierigkeiten bereitet die dogmatische Einordnung dieses Durchgriffsrechts. Dies mag wenig verwundern, da das zur *cognitio extra ordinem* zählende Fiskalverfahren[370] nicht in den Formen des *ius civile* oder *ius honorarium* unterworfen war[371]. Einiges deutet darauf hin, daß es sich um einen dinglich konstruierten Anspruch des *fiscus* handelte. Ob dieser pfandrechtlich oder eigentumsähnlich einzustufen ist, ist für die hier untersuchte Frage nicht von vorrangiger Bedeutung[372], da es unter dem Aspekt der klagsweisen Durchsetzung dinglicher Ansprüche auf Geld keinen Unterschied macht, ob ein pfandähnliches Recht oder Eigentum verfolgt wird, und in beiden Fällen eine Anlehung an die *vindicatio nummorum* möglich ist. Einen Anhaltspunkt für die Eigentumsvariante bietet die Terminologie: Das fragliche Geld wurde als *pecunia publica* bezeichnet; dies konnte sowohl dem Staat zustehendes, geschuldetes Geld als auch dem Staat

---

[369] Diese Hypothese wäre mit Knieps (Fn. 367) 230 Rekonstruktion der Entwicklung vereinbar: Zuerst mußte der Gläubiger vom *fiscus* über den Bestand der Forderung informiert werden (D 18.3.8 Scaev 7 dig ... *posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret.* ...), später reichte Wissen des Gläubigers (Papinian in D 49.14.18.10), schließlich konnte das Geld ohne Rücksicht auf sein Wissen dem Gläubiger abgenommen werden (Marcian in D 49.14.18.10).

Wagner (Fn. 349) 132 schließt aus der Betonung der Kenntnis seitens des Gläubigers durch Papinian, daß dieser den Fall unter *peculatus* subsumierte, während Marcian, der nach Wagners Ansicht als erster Jurist den *fiscus* als Kläger vor Augen hat (s. Fn. 367), deshalb an die privatrechtliche *fraus creditoris* denkt.

[370] Wagner (Fn. 349) 108; Kaser/Hackl 454 f.

[371] In diesem Fall ist davon die Rede, daß der *fiscus* dabei *iure suo* bzw. *extraordinario iure* vorgeht. D 49.14.21 (Paul 3 quaest) *Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor, solvit mihi quae debebat: postea fiscus iure suo usus abstulit mihi pecuniam, quaerebatur, an liberata essent pignora. Marcellus recte existimabat, si id quod mihi solutum est fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem. neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum quod solutum est an tantundem repetatur.* C 7.73.5 (Imp. Alexander A. Magnae) *Pecunia, quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex iusta causa fisco restituenda erit, sine usuris debetur, quia non fenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario iure aufertur. PP. XV k. Iun. Fusco et Dextro conss.* [a 225]. Dazu Wagner (Fn. 349) 127 - 129 m.w.N.

[372] Schon Kaser 174 Fn. 13 führt die Stelle in der Quellenübersicht über die Texte zur *vindicatio nummorum* als Vergleichsfall an. Wagner (Fn. 349) 203 nennt den Anspruch in D 49.14.18.10 deliktisch, der von Marcian aber „pfandrechtlich oder pfandrechtsähnlich" ausgestaltet wurde; D 49.14.21 und C 7.73.5 bezieht er auf Pfandrechte (152); ein antezipertes öffentliches Eigentum lehnt er ab (133). Wieacker (Fn. 367) 244 f. rückt das Vorgehen in die Nähe der Protopraxie, wobei der *fiscus* das Geld als „ihm gehörig" zurücknimmt. Nach Bolla (Fn. 21) 84 laufen die Gläubiger Gefahr, „das Geld eines Tages wieder an den

gehörendes Geld bedeuten; für das Vorgehen gegen den Gläubiger wurde *auferre*[373] gewählt, was als „auf rechtlichem Wege entziehen" aber auch „vindizieren" verstanden werden kann[374]. Wenngleich beide Termini keine eindeutige Interpretation erlauben, ist bei *pecuniam auferre* eher an die Wegnahme des vom Schuldner erhaltenen Geldes, als ob es Staatseigentum wäre, zu denken. Für diese Sicht könnte man auch ein palingenetisches Argument beibringen, wenn man, einer Vermutung Lenels folgend, das Papinian-Zitat von *libro sexto responsorum* auf *libro sexto quaestionum* emendiert[375], wo unter anderem die *rei vindicatio* behandelt wurde[376]. An die *vindicatio nummorum* gemahnt weiters die Berücksichtigung der *consumptio.* Zumindest Marcian ließ aufgrund des Verbotes der Schuldtilgung bei der *solutio* kein Eigentum an den Münzen übergehen, da er den benachteiligten Gläubiger auf die ursprüngliche Klage gegen den Schuldner (*directa actio*) verwies. Daß schon Papinian diese Ansicht vertrat, wird indes von Kniep bestritten[377]. Dafür spricht jedoch, daß Papinian vom beklagten Schuldner auch keine Zinsen für das Geld forderte, was er damit begründete, daß sich der Anspruch nicht *in personam,* sondern in *rem* richtete[378].

---

Fiskus herausgeben zu müssen"; im gleichen Sinn G. Ürögdi, Fiscus (privatrechtlich), RE Suppl 10 (1965) 228.

[373] Vgl. D 49.14.21 (Paul 3 quaest) *Titius .. solvit mihi quae debebat: postea fiscus iure suo usus abstulit mihi pecuniam. ...*

[374] Vgl. Heumann/Seckel s.v. *publicus* (c) und *auferre* (2).

[375] Lenel, Pal. I, Sp. 910 Fn. 1 (zu Papinian 567). Innerhalb des 6. Buches der *responsa* läßt sich der Text thematisch nicht einordnen. S. auch Wagner (Fn. 349) 131.

[376] Lenel, Pal. I, Sp. 822.

[377] Kniep (Fn. 367) 230. Er argumentiert auf Grund von D 49.14.20 (Pap 11 resp *Sed revocata pecunia in fideiussorem liberatum utilis actio dabitur.*), daß auch gegen den Hauptschuldner daher nur eine *actio utilis* möglich war. Denkbar ist aber, daß die Papinian deshalb zur *actio utilis* griff, weil zum Zeitpunkt der Zahlung noch offen war, ob der *fiscus* gegen den Gläubiger vorgehen würde, und der Bürge sich daher durchaus als *fideiussor liberatus* ansehen konnte. Erst die spätere Insolvenz und die Inanspruchnahme des Gläubigers zeigen, daß die Zahlung wirkungslos war. Aus Sicht des Gläubigers stellt sich dann heraus, daß das verwendete Geld zu seiner Befriedigung untauglich war. Nach Paulus/Marcellus D 49.14.21 (oben Fn. 371) erlöschen auch Pfandrechte nicht, was für die Unwirksamkeit der Zahlung *ex tunc* spricht.

[378] D 49.14.19 (Pap 10 resp) *[Cum creditori publica pecunia, quam in solutum accepit, aufertur ...]: denique non esse praestandas usuras, cum pecunia revocatur, convenit, quoniam res, non persona convenitur.* Die Rekonstruktion folgt Lenel, Pal. I, Papinian Nr. 647. Zur Zinslosigkeit auch C 7.73.5 (oben Fn. 371).

Als fiskalrechtliche Besonderheit muß man allerdings vermerken, daß der Anspruch des *fiscus* trotz *consumptio* weiterbestand[379]. Dies ist ohne weiteres erklärbar, da die Wirkungen, welche eine *consumptio* sonst erzeugte, in diesem Fall unerwünscht waren. Gemäß den sonst beobachteten Grundsätzen, daß die von einem Nichtverfügungsberechtigten erbrachte Leistung mit Verbrauch des Geldes durch den Empfänger wirksam wurde, hätte die *consumptio* im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger schuldbefreiend gewirkt und einen Zugriff des *fiscus* auf das verwendete Geld endgültig ausgeschlossen. Da der Schuldner, solange gegen ihn eine Fiskalforderung bestand, nicht über sein Vermögen zugunsten Dritter verfügen sollte, war es nur konsequent, wenn auch die *consumptio* durch den Dritten dessen Erwerb nicht endgültig machte, da sonst das Befriedigungsvorrecht des *fiscus* durch einen (seitens des Beklagten behaupteten)[380] Verbrauch des Geldes hätte vereitelt werden können. Der Verbotszweck und die weitgehende praktische Gleichartigkeit von *vindicatio nummorum* und *condictio* erklären vielleicht diese Erweiterung im Fiskalrecht[381]. Vereinzelt stößt man auch in anderem Zusammenhang darauf, daß mit der Möglichkeit gerechnet wurde, daß trotz *consumptio* ein Anspruch auf das Geld erhoben werden konnte. Beim Freikauf eines Sklaven mit fremden Geld wurde deshalb eine „irreversible" *consumptio* gefordert: *plane si sic consumpti fuerint, ut nullo casu avelli possint, conpetet libertas* (D 40.7.3.9 Ulp 27 Sab).

Obwohl sich der in D 49.14.18.10 diskutierte Anspruch auf dasselbe Geld richtete, das der Gläubiger vom Schuldner erhalten hatte, wie auch daraus erhellt, daß nach *consumptio* ausnahmsweise ein Anspruch auf *tantundem* gewährt wurde, liefert der Text keinen Hinweis, ob und wie *in concreto* festgestellt wurde, daß sich

---

[379] S. auch D 49.14.21 ... *neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum quod solutum est an tantundem repetatur.*

[380] S. dazu S. 140.

[381] Wagner (Fn. 349) 134 - 136 löst das Problem durch die Streichung von *cum consumeret*, weil mit der *consumptio* ein Zugriff auf die *pecuniam auferendam* unmöglich wurde und ein Rechtsgrund für die Zuweisung anderer Gelder an den Staat fehlte.

beim Gläubiger noch dasselbe Geld befand[382]. Wagner behilft sich damit, daß er eine Zahlung *in sacculo* annimmt, räumt aber ein, daß daraus weder die Identifizierung der *publica pecunia* noch deren Vorhandensein beim Gläubiger mit Sicherheit hervorgehen mußte[383]. Für die Durchsetzung des fiskalischen Anspruchs trat dieses Problem in den Hintergrund. In der Praxis dürfte es schon gereicht haben, wenn der *debitor fisci* angab, einen anderen Gläubiger dem *fiscus* vorgezogen zu haben. Da diesem der Einwand einer *consumptio* nicht nützte, reichte das für das Vorgehen des *fiscus* gegen ihn.

### 6.4. Ergebnisse aus den untersuchten Texten

In ihrer Gesamtheit bieten die analysierten Texte keine Hinweise darauf, daß *exstare* als Voraussetzung für die Identifikation des Geldes aufgefaßt wurde und diese Tatbestandsvoraussetzung der *vindicatio nummorum* dem Zweck der Bestimmung des Streitgegenstandes diente. Genausowenig umschrieb *exstare* mittelbar den Gegenstand des Eigentumsbeweises. Unter praktischen Gesichtspunkten konnte auch eine Verwahrung *in sacculo* für den von der herrschenden Lehre geforderten Beweis des Eigentums an einzelnen Münzen kaum hilfreich sein: Der Kläger hätte zu beweisen gehabt, daß noch immer dieselben Münzen in dem Beutel waren, was bei längerer Aufbewahrung durchaus unwahrscheinlich war. Außerdem wären zum Beweis der Behauptung, der Beklagte besitze den ihm bei der Zahlung übergebenen Beutel noch mit unverändertem Inhalt, intime Kenntnisse von dessen Finanzgebarung nötig gewesen, über die, wenn überhaupt, nur er selbst verfügen konnte, und deren Offenlegung der Kläger nicht erzwingen konnte[384]. Und es wäre für den

---

[382] Allerdings tritt die Bedeutung dieser Frage wegen der Besonderheiten des Fiskalrechts in den Hintergrund.

[383] Wagner (Fn. 349) 133.

[384] Bürge 32 - 34. C 2.1.8 (Alex A Floro) *Et quae a divo Antonino patre et quae a me rescripta sunt, cum iuris et aequitatis rationibus congruunt. nec enim diversa sunt vel discrepantia, quod multum intersit, ex parte eius, qui aliquid petit quique doli exceptione submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes promi reus desideret, quibus se posse instruere contendit (quod utique ipsa rei aequitatis suadet), an vero ab eo a quo aliquid petitur actor desideret rationes exhiberi, quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis eius qui convenitur fundari.* PP k oct Fusco et Dextro conss [a 225].

Selbst eine Herausgabe der Bücher hätte dazu nicht gereicht, da diese Informationen darin nicht enthalten waren. S. oben S. 126.

Kläger geradezu unmöglich gewesen, die Behauptung des Beklagten zu widerlegen, die ursprünglich enthaltenen Münzen seien aus dem Beutel entnommen worden.

### 6.5. Die Wahl zwischen *rei vindicatio, condictio* oder *actio ad exhibendum* als Problem vorprozessualer Strategie

Auch zur Lösung dieses Problems führt ein Zugang über die Rekonstruktion der vorprozessualen Handlungsspielräume der Parteien. Ausgangspunkt der *vindicatio nummorum* war die Behauptung des Klägers, daß sein Geld ohne Rechtsgrund oder durch eine nicht verfügungsberechtigte Person[385] an den Beklagten gezahlt worden sei. Da er im Regelfall wohl nicht wissen konnte, was danach mit dem Geld geschehen war, bieten die Texte meist zwei, manchmal auch drei Klagen als Möglichkeiten an. Die Beantragung der zutreffenden Klage *in iure* verlangte das Wissen des Klägers um *exstare* oder *consumpti esse* der verwendeten Münzen. Darüber verfügte der Kläger zu diesem Zeitpunkt im Regelfall noch nicht. Die Klage, die aufgrund des Schicksals des Geldes nach der Zahlung an den Beklagten im konkreten Fall zutraf, konnte der Kläger nur nach der Einlassung des Beklagten zum weiteren Schicksal des Geldes wählen. Vor der Entscheidung für *rei vindicatio* oder *condictio* mußte sich der Kläger also Klarheit verschaffen, ob der Beklagte noch im Besitz des Geldes war.

Dazu diente die Klage, die von den Juristen in solchen Fällen als dritte Möglichkeit erwähnt wurde: die *actio ad exhibendum*[386]. Ihr kam in der bei der *vindicatio nummorum* typischen Ausgangslage eine zentrale Rolle für die Entscheidung zwischen dinglicher Rechtsverfolgung und *condictio* zu.

Die Wahl der Klage, die dem konkreten Fall am ehesten entsprach, hatte in der vorprozessualen Phase bzw. spätestens *in iure* zu erfolgen. Die *vindicatio nummorum* war, wie die stereotype Reihung an erster Stelle andeutet, jener Behelf,

---

[385] Die Einschaltung des Dritten konnte die Beweissituation des Klägers in diesen Fällen nicht verschlechtern, da es sich i.d.R um eine Person in seiner *potestas* handelte.

[386] Geldverbrauch: D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed); IJ 2.8.2; bei Verbrauch anderer Sachen: D 10.4.9.1 (Ulp 24 ed); D 16.3.1.32 (Ulp 30 ed); D 31.63 (Call 4 ed monit); *vindicatio nummorum* und *actio ad exhibendum*: D 15.1.38 pr. (Afr 8 quaest); D 10.4.9.4 (Ulp 24 ed); C 3.41.1 (Alex).

an den die Juristen in solchen Fällen zuerst dachten[387]. Daß diese Reihenfolge nicht zufällig ist, sondern praktische Motive hatte, wird sofort deutlich, wenn man die Situation des Klägers nach einer Zahlung an den Beklagten betrachtet. Sofort mit der *condictio* vorzugehen und den Einlassungszwang der *actiones in personam* zu nutzen, konnte sich für den Kläger insofern als riskant herausstellen, als er im Prozeß vom Beklagten mit der Behauptung konfrontiert werden konnte, noch im Besitz einiger Münzen zu sein, weshalb die erhobene *condictio* wegen *pluris petitio* abzuweisen sei.

Bei der *vindicatio nummorum* als *actio in rem* war der Einlassungszwang schwächer als bei einer *actio in personam*[388]. Erst wenn die Sache *in iure* gegenwärtig war und der Beklagte sie nicht verteidigte (Indefension), konnte der Prätor den Kläger zur Mitnahme ermächtigen. Ab der jüngeren Republik wurde die Vorweisung der Sache *in iure* generell unüblich[389]. Daß davon abweichend bei der *vindicatio nummorum* das Geld regelmäßig *in iure* vorgewiesen wurde, scheint wenig wahrscheinlich. Ließ sich der Beklagte nicht auf die *rei vindicatio* ein, stand dem Kläger hinsichtlich beweglicher Sachen die *actio ad exhibendum* zur Verfügung, um die Vorlage der beanspruchten Sache zwecks späterer Defension (bzw. Wegführung) zu erzwingen[390]. Verteidigte der in der *actio ad exhibendum* unterlegene Beklagte die exhibierte Sache dann nicht, durfte sie der Kläger an sich

---

[387] D 7.25.1 (Ulp 18 Sab) ... *aut vindicabit aut, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent* ... D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed) ... *vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.* D 12.1.14 (Ulp 29 ed) ... *patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur: sed si fuerint consumpti* ... D 12.1.31.1 (Paul 17 ad Plaut) ... *quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit.* D 12.6.29 (Ulp 2 disp) ... *et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.* D 15.1.52 (Paul 4 quaest) ... *datur ei vindicatio nummorum et adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt* ... D 46.3.148 (Ulp 30 Sab) ... *vindicarique poterunt. plane si fuerint consumpti, liberabitur.*

[388] Dazu Kaser/Hackl 275 f.; gegen die eingebürgerte Bezeichnung dieser Situation bei *actiones in rem* als Einlassungsfreiheit ebenda in Fn. 7; vgl. auch Jahr (Fn. 302) 222 - 225. Eine anschauliche und ins Detail gehende Schilderung des Ablaufes eines Vindikationsprozesses samt den vorbereitenden Verfahren gibt Pennitz (Fn. 44) 263 - 323.

[389] Kaser (Fn. 230) 86; vgl. auch Pennitz (Fn. 44) 281 - 287; Wimmer (Fn. 22) 23 f.

[390] Kaser, RPR I 434; Kaser (Fn. 230) 86 - 89; Kaser/Hackl 275 f.; Pennitz (Fn. 44) 267 - 274.

nehmen. Kam der Belagte dem Vorlegungsbefehl nicht nach, erfolgte eine Verurteilung auf den Sachwert[391].

Zur Vorbereitung der Geldvindikation durch die *actio ad exhibendum* mußte der Kläger die Zahlung an den Beklagten behaupten und beweisen. Dieser wurde verurteilt, wenn er im Besitz des Geldes war oder diesen dolos aufgegeben hatte[392]. Der erfolgreiche Beweis der Zahlung verpflichtete wohl auch bei der *actio ad exhibendum* den Beklagten zum Beweis (oder zur Glaubhaftmachung), daß beim Verlust des mit der Zahlung nachgewiesenen Besitzes kein *dolus malus* seinerseits im Spiel gewesen war[393]. Diese Sicht entspräche der Lösung der analogen Problemlage bei der *rei vindicatio* (oben Unterkapitel 5.3.2.3). Im Rahmen der *actio ad exhibendum* entging der Beklagte der Verurteilung nur, wenn er nachwies (oder wenigstens wahrscheinlich machte), daß er das Geld nicht mehr besaß und dieser Besitzverlust von ihm nicht im Bewußtsein bewirkt worden war, daß es sich um fremdes Geld handelte. Das konnte der Beklagte etwa dadurch, daß er vorgab, das Geld ausgegeben zu haben u.s.w., d.h. es regulär, in der Meinung, es sei das seine, verwendet zu haben. Das führte zwar zum Freispruch aus der *actio ad exhibendum* und entzog ihn der *vindicatio nummorum,* jedoch hatte er damit zugleich dem Kläger die Informationen an die Hand gegeben, die dieser für eine *condictio* brauchte. Sobald der Beklagte im Verfahren mit der *actio ad exhibendum* die gutgläubige Verwendung des Geldes einwandte, war damit die wesentliche Voraussetzung für die *condictio*, die *consumptio nummorum*, von seiner Seite aus unwiderruflich eingestanden.

Die *actio ad exhibendum* diente somit nicht allein als Druckmittel, um eine etwaige Einlassung auf die *vindicatio nummorum* zu erreichen, sondern zugleich dazu, diejenigen Informationen zu erlangen, die der Kläger als Grundlage einer *condictio*

---

[391] Kaser (Fn. 230) 87; Pennitz (Fn. 44) 271 f.

[392] S. die Formel nach Mantovani 60: *Si paret N. Negidium A. Agerio hominem quo de agitur exhibere oportere quem N. Negidius possidet dolove malo fecit quo minus possideret neque ea res arbitrio iudicis exhibetur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, s.n.p.a.* Vgl. M. Kaser, Die „formula" der „actio ad exhibendum", St. Volterra 3 (1971) 545 - 577.

[393] Kaser (Fn. 230) 87 geht im Gegensatz dazu von einer „regelmäßigen" Beweislast des Klägers aus.

benötigte. Da zur prozessualen Verfolgung von Ansprüchen auf Geld *rei vindicatio* und *condictio* zur Wahl standen, war die Mitwirkung des Inanspruchgenommenen insoweit erforderlich, als der Kläger von ihm bindende Einlassungen benötigte, welche die Beantragung der korrekten Klage ermöglichten: das Eingeständnis des Besitzes oder der *consumptio.* Verweigerte der Beklagte diese vorprozessuale Mitwirkung grundsätzlich oder gab er überhaupt keine konkreten Hinweise zum Schicksal des Geldes, so galt er, da er sich nicht auf die *rei vindicatio* einließ, als den Besitz bestreitend. Blieb er *in iure* bei dieser Haltung, erteilte der Prätor die *actio ad exhibendum*[394]. Mit ihr ließ nun der Kläger vom *iudex* prüfen, ob der Beklagte noch im Besitz des Geldes war, um es bejahendenfalls zu vindizieren oder, wenn sich das Gegenteil herausstellte, zu kondizieren. Brachte der Beklagte nichts vor, das ihn vom Vorwurf der dolosen Besitzaufgabe befreite, kam es zur Verurteilung auf die gezahlte Summe. Und im Unterschied zu *rei vindicatio* oder *condictio* konnte sich der Beklagte bei der *actio ad exhibendum*, da bei dieser auch ein allfälliges Recht zur Innehabung nicht berücksichtigt wurde[395], nicht auf eine zu seinen Gunsten wirkende *causa* berufen, um die Verurteilung zu verhindern. Beim Versuch, durch eine Hinhaltetaktik mittels Verweigerung von Auskünften das Verfahren zu verschleppen oder den Kläger bei der Wahl zwischen *rei vindicatio* und *condictio* zu behindern, verlor der Beklagte damit seine wertvollste Verteidigungsmöglichkeit. Hatte der in der *actio ad exhibendum* verurteilte Beklagte das Geld einmal herausgegeben, konnte er später wohl schwerlich eine *vindicatio nummorum* gegen seinen Prozeßgegner anstellen und sich zu diesem Zweck auf einen vorangegangenen derivativen Eigentumserwerb von diesem berufen, da er im ersten Prozeß durch die Leugnung des Besitzes zugleich die Leistung durch den obsiegenden Kläger bestritten hatte. War der Beklagte aus der *actio ad exhibendum* einmal kondemniert worden und hatte die Judikatsschuld getilgt, so konnte er gegen

---

[394] Kaser 180. In D 15.1.38 pr. (Afr 8 quaest, Text oben in Fn. 364) diente die *actio ad exhibendum* gegen den *pater familias* dazu, die Vorweisung der beim *filius familias* befindlichen *pecunia deposita* zu erzwingen, um gegen den Vater die *vindicatio* anstellen zu können. Damit wird dem Vater die Einwendung genommen, er wisse nicht, ob das Geld noch vorhanden sei, und dem Hinterleger das Risiko der Erschöpfung des *peculium* bei einer *actio de peculio* erspart.

[395] Kaser (Fn. 230) 87.

den siegreichen Kläger genausowenig eine *condictio* anstellen, selbst wenn er sich auf die Unzuständigkeit der *rei vindicatio* wegen der ursprünglich gegebenen Kondiktionslage berief[396].

Fand sich der Beklagte unter dem Damoklesschwert der *actio ad exhibendum* zur „freiwilligen" Mitwirkung bereit, kam es dann zur *vindicatio nummorum*, wenn er den Besitz des (im Regelfall) vom Kläger an ihn gezahlten Geldes eingestand. Bei Einleitung des Verfahrens mit der *vindicatio nummorum* war es also nicht die Aufgabe des Klägers, ein *corpus nummorum* nachzuweisen, sondern es reichte schon die Behauptung, eine bestimmte Summe an den Beklagten gezahlt zu haben, und, da dieser noch im Besitz derselben sei, zur *rei vindicatio* aktivlegitimiert zu sein. Für die Bestimmung des Streitgegenstandes in deren *intentio* brauchte von ihm nur die Summe genannt zu werden, damit der Umfang seines Begehrens klar war, und der Zahlungsakt, um für weitere Verfahren eine Klage aus dem selben Sachverhalt auszuschließen (s. unten S. 142). Gab der Beklagte den Empfang zu, leugnete aber den Fortbestand des Besitzes und machte damit eine *consumptio* geltend, wählte der Kläger die *condictio*.

Wenn der Beklagte zu vorprozessualen Äußerungen über den Besitz bereit war, entschied der Prätor allein auf ihrer Grundlage über die zuständige *actio*. Zum Beweis über diesen Punkt kam es nur, wenn die Behauptung des Klägers, der Beklagte befinde sich im Besitz, von diesem bestritten wurde. Dazu diente die *actio ad exhibendum*. Zur *vindicatio nummorum* reichte die grundsätzliche Bereitschaft des Beklagten zur *litis contestatio*. Darin zeigt sich keine Besonderheit der *vindicatio nummorum*, sondern die von Martin Pennitz mit Recht hervorgehobene Eigenheit der *rei vindicatio,* „als einvernehmlich geführter Streit konstruiert (zu sein) und ... daher des Einverständnisses des Beklagten bzw. dessen freiwilliger Unterwerfung unter die *formula* in der *litis cont(estatio)*" zu bedürfen[397].

---

[396] Eine Besonderheit der Judikatsschuld war, daß die *condictio* selbst dann ausschied, wenn das Urteil nichtig war (was in dem im Text behandelten Fall außerdem nicht zutraf). S. Kaser/Hackl 378.

[397] Pennitz (Fn. 44) 265. Zur Mitwirkung des Beklagten bei der *litis contestatio* im allgemeinen Kaser (Fn. 30) 5 - 7.

Die hier betonte Notwendigkeit einer Parteieneinigung über die Passivlegitimation als Grundlage einer *vindicatio nummorum* entsprach der sonstigen Übung bei der *rei vindicatio*. Ulpian berichtet bei Kommentierung des *interdictum uti possidetis* von der Praxis, die Rollen für das Vindikationsverfahren im Wege einer freiwilligen Übereinkunft festzulegen. Das *interdictum* kam, wie die *actio ad exhibendum* bei der *vindicatio nummorum,* erst in Ermangelung einer solchen Einigung zum Zuge: *Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit....* (D 43.17.1.3 Ulp 69 ed). Beim Eigentumsstreit über Grundstücke spielte das Einvernehmen hinsichtlich der Parteienrolle insofern eine besondere Rolle, da wegen der gelinderen Anforderungen *in puncto* körperliches Naheverhältnis eher als bei anderen Sachen Unklarheiten darüber auftreten konnten, welche der Parteien sich im Besitz befand.

Das mag der Grund dafür sein, daß ein explizites Quellenzeugnis über die Vorgehensweise bei beweglichen Sachen fehlt. Einen Schluß *e contrario*, daß eine einvernehmliche Festlegung der Beklagtenrolle bei beweglichen Sachen nicht vorgenommen werden konnte, wird man aufgrund der dürftigen Überlieferung zum *interdictum utrubi*[398] einerseits und seiner Anlehnung an das *interdictum uti possidetis* andererseits jedoch nicht ziehen dürfen.

Auch wenn bei beweglichen Sachen wohl nur in besonders gelagerten Fällen strittig sein konnte, wer von den Streitparteien gegenwärtig Besitzer der Sache war, stellte sich wohl schon häufiger die Frage, ob die als Beklagter in Anspruch genommene Person tatsächlich im Besitz der Sache war. Ein freiwilliges Zugeständnis dieser Person war bei beweglichen Sachen von gleicher Bedeutung wie bei Grundstücken[399] und bei der Geldvindikation darüberhinaus auch für die

---

[398] Der Digestentitel 43.31 besteht nur aus einem Fragment (D 43.31.1, Ulp 72 ed); Lenel, Pal. II zählt insgesamt fünf überlieferte Texte aus dem einschlägigen Abschnitt aus Ulpians Ediktskommentar (Ulpian Nr. 1621 - 1625).

[399] Dies erkennt man auch aus D 6.1.25 (Ulp 70 ad ed) *Is qui se optulit rei defensioni sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. sed hoc post litem contestatam: ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse qui discessit.* Der zweite Teil

Wahl der zutreffenden *actio* ausschlaggebend. Neben dem „formlosen" Eingeständnis des Besitzes bestand auch die Möglichkeit einer für das spätere Verfahren gleichermaßen bindenden Befragung *in iure* über den Besitz[400]. In beiden Fällen nahm das vorprozessuale Eingeständnis des Besitzes dem Beklagten die Möglichkeit, diesen *post litem contestatam* zu leugnen[401].

Die Interaktion im vorprozessualen Stadium beeinflußte auch die Behandlung von Konkurrenzproblemen. Nach einer aufgrund der konkreten Einlassung des Beklagten erhobenen Klage verlor der Kläger durch die Ausschlußwirkungen der *litis contestatio* (Klagenkonsumption)[402] die Möglichkeit, später mit Erfolg eine alternative Klage zu erheben, da diese vom Prätor nur mit der auf Antrag des Beklagten eingefügten *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* gewährt wurde.

> D 44.2.7.4 (Ulp 75 ed)
> *Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*

Julian[403] gewährte diese *exceptio* unabhängig vom *genus iudicii*, sobald die Klage dazu geführt hätte, *eadem quaestio* zwischen den bisherigen Parteien neuerlich

---

des Textes belegt, daß die Parteien über den Besitz des Beklagten schon *ante litem contestatam* diskutierten; s. Bürge 7 (m.w.N.). Zur der *oblatio litis* im selben Sinn Pennitz (Fn. 44) 287 - 293.

[400] Kaser 180; s. auch Pugliese (Fn. 186) 208. Das ist durch D 5.3.12 (Ulp 67 ed) *Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium.* für das Erbschaftsverfahren belegt. Dazu zuletzt eingehend Spengler (Fn. 78) 150 - 153, der ebenfalls bejaht, daß die Anwort *in iure* die Verteidigung im Prozeß determinierte; weiters Müller-Ehlen (Fn. 13) 11 - 14.

[401] Spengler (Fn. 78) 151 f. unter Hinweis auf D 44.2.7.4 (Ulp 75 ed).

[402] Von einer Konsumption kann im Verhältnis zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio* nur in untechnischer Bedeutung die Rede sein, da die Grundlage der *actio in rem*, das Eigentum an der Sache, durch die *litis contestatio* nicht erlosch; vgl. Kaser/Hackl 302 f.

[403] S. auch D 44.2.3 (Ulp 15 ed) *Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur.*

aufzuwerfen. Mit *eadem quaestio* stellte Julian in aller Deutlichkeit auf das Prozeßthema ab, den Lebenssachverhalt, auf dem die im vorangegangenen Prozeß anhängige Klage beruhte (*quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur*)[404] und nicht auf ein abstraktes Verhältnis zwischen zwei Klagen. Diese Lösung des Konkurrenzproblems zeigt, daß dafür die Identität des Lebenssachverhaltes den Bezugspunkt bildete. Ein in diesem Sinn identes Prozeßthema läßt sich bei *vindicatio nummorum* und *condictio* auf eine Geldsumme ohne weiteres bejahen.

Gegen eine alternative Konkurrenz zwischen *rei vindicatio* und *condictio* wendet sich jedoch Felix Wubbe[405] unter Berufung auf D 44.2.31.

> D 44.2.31 (Paul 3 resp)
> *Paulus respondit ei, qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae.*

Paulus verweigerte nach einer erfolglosen *actio in rem* die *exceptio rei iudicatae* gegen eine *condictio.* Paulus hielt damit dem Kläger, der mit seiner *rei vindicatio* gescheitert war, die Möglichkeit offen, dasselbe Ziel neuerlich mittels einer *condictio* zu verfolgen.

---

[404] Vgl auch D 44.2.5 (Ulp 74 ed) *De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re: ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. recteque ita definietur eum demum „de ea re" non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur: ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur „de ea re" agere.*

Diese Ausführungen galten ursprünglich vermutlich dem Ladungsvadimonium (Levy, Fn. 75, 101 f., Kaser/Hackl 228 Fn. 23, aber eher zweifelnd in 231 Fn. 37), betreffen also eine vorprozessuale Situation, was erklären kann, warum nur auf das Klagsziel abgestellt wird. Im Stadium vor *litis contestatio*, wenn es vorerst nur darum ging, das erstmalige Erscheinen des Beklagten *in iure* oder zu vorprozessualen Verhandlungen durch ein sog. freiwilliges *vadimonium* zu sichern, konnte der Kläger nur sein Klagsziel aufgrund der ihm bekannten Tatsachen formulieren. Daß aufgrund eines Lebenssachverhaltes dasselbe Ziel mittels unterschiedlicher Klagen verfolgt werden konnte, zeigt neuerlich die Bedeutung der Einlassung und der Angaben des Beklagten.

Sollte es sich hingegen nicht um ein Ladungsvadimonium handeln würde dies an der Argumentation wenig ändern, da auch bei Abfassung eines Vertagungsvadimoniums zu einem weiteren Termin *in iure* u.U. noch nicht alle zur Wahl der *actio* relevanten Auskünfte seitens des Beklagten vorgelegen sein mußten.

[405] Wubbe, GS Jäggi (Fn. 134) 130.

Folgerungen über das Konkurrenzverhältnis setzen die Klärung voraus, an welche *condictio* Paulus dachte. Schon Levy erkennt, daß der Hinweis *nec tenuisset* nur dann Sinn macht, wenn das *responsum* das Konkurrenzverhältnis von *condictio furtiva* und *rei vindicatio* betraf.[406] Die gegensätzlichen Voraussetzungen von *rei vindicatio* und *condictio indebiti* bzw. *certi* legen eine elektive Konkurrenz und den Ausschluß der jeweils anderen Klage nahe, der dann durch die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* bewirkt wurde[407]. Diese Interpretation von D 44.2.31 wird auch aus den Überlegungen zur Bindung der Parteien an die vorprozessual getätigten Aussagen zu den Prozeßvoraussetzungen erhärtet.

Der Blick auf die vorprozessuale Situation und den Aktionsradius der Parteien macht das besondere Schema in den Texten zur *vindicatio nummorum* verständlich. Die vorprozessualen Unsicherheiten der Klägers reflektieren sie darin, als sie manchmal sogar alle drei in Frage kommenden Klagen (*rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio* oder Vertragsklage), meistens aber zwei als Alternativen erörtern[408]. Wenn ein Kläger den Rat des Juristen einholte, wußte er zwar meist, wie und an wen ihm sein Geld abhanden gekommen war, jedoch noch nicht, was mit dem Geld beim Beklagen geschehen war oder wie dieser sich vorprozessual oder *in iure* zu den relevanten Tatfragen äußern würde.

Offen ist noch die Frage, wie vorzugehen war, wenn der Beklagte nicht den Erhalt des Geldes, aber doch den gegenwärtigen Besitz bestritt, weil er selbst nicht angeben konnte, ob er noch alle empfangenen Münzen im Besitz hatte, z.B. wenn er das Geld in seine Hauptkasse getan, aber wegen späterer Entnahmen den Überblick verloren hatte, ob noch alle Münzen vorhanden waren. Blickt man zum Vergleich

---

[406] Levy (Fn. 75) 423 f.

[407] Zu den anderen Maßnahmen, um eine weitere Klage *de eadem re* hintanzuhalten, vgl. Kaser/Hackl 306 f.

[408] Wacke 103 führt die Alternativvoten auf Desinteresse der Juristen an Beweisfragen zurück und vermutet, daß der *iudex* auch über den Besitz am Geld Beweis erhob. Aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen der Passivlegitimation bei den zur Wahl stehenden Klagen hätte eine so späte Klärung des wesentlichsten Punktes den Kläger gröblich benachteiligt, da er mit der *litis contestatio* die Möglichkeit verlor, die alternative Klage zu erheben (s. Fn. 401).

auf das geltende österreichische Recht, so sieht man, daß spätere Entnahmen das Hauptproblem der Geldvindikation darstellen[409].

Eine solche Ungewißheit machte es unmöglich, für eine der beiden Klagen zu optieren. Man konnte in dieser Situation nicht willkürlich zu einer Klage greifen, da die römischen Juristen grundsätzlich auf scharfe Trennung zwischen *condictio* und *rei vindicatio* bestanden.

> D 12.1.13.1 (Ulp 26 ed)
> *Unde Papinianus libro octavo quaestionum ait: si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. quod si per partes eos consumpseris, an per partes tibi condicam, quaerit: et ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.*

Papinian machte das Eingreifen der *condictio* vom Verbrauch abhängig und gab bei teilweisem Verbrauch konsequenterweise die *condictio* nur für den verbrauchten Teil des Geldes.

Die notwendige Grundlage zur Aufspaltung des Begehrens auf Rückerstattung des Geldes auf zwei verschiedene *actiones* war eine Äußerung des Beklagten über Besitz und Verbrauch. Der Hinweis, daß eine *condictio certae creditae pecuniae* auf den Gesamtbetrag scheitern müsse, weil der Kläger vor Erhebung der Klage erfahren habe, es sei nicht das gesame Geld verbraucht worden (*quia nondum totos consumptos compereram*), ist wohl so zu verstehen, daß der Kläger zuerst die *condictio certae creditae pecunia* über den gesamten Betrag erwogen, dann jedoch aufgrund der vorprozessualen Auskünfte des Beklagten seine Auffassung geändert hatte.

Auch wenn man die *vindicatio nummorum* als Summenvindikation versteht, d.h. als Vindikation, die sich auf eine Geldsumme richtete, zu deren Besitz sich der

---

[409] G a m a u f (Fn. 71) 218 f. (mit Nachweisen).

Beklagte bekannte, konnte sie, wenn die einschlägigen Informationen nicht zur Verfügung standen und auch nicht im Umweg über die *actio ad exhibendum* erzwungen oder substituiert werden konnten, wegen der Gefahr einer *pluris petitio* nicht erhoben werden[410]. Aus demselben Grund durfte der Kläger nicht ohne weiteres die *condictio* auf den Gesamtbetrag erheben. Diese Situation verlangte nach einer Regelung, welche die Entscheidung zugunsten einer Klage zuließ, die ohne Risiko der *pluris petitio* auf den gesamten Betrag möglich war.

Diese Möglichkeit eröffnete der Eigentumserwerb durch Geldvermengung in D 46.3.78: Danach erwarb der Besitzer von fremden Geld an diesem Eigentum, wenn die Münzen mit seinen *mixti essent, ita ut discerni non possent.* Wenn der Empfänger – ohne sich dabei *dolos* zu verhalten – keine Angaben über spätere Vorgänge machen konnte, welche die Vindikation oder *condictio* – und sei es jeweils nur auf einen Teil des Geldes – gegen ihn gestatteten[411], sollte dies nicht die

---

[410] So auch Pennitz (Fn. 44) 297 zur *rei vindicatio* auf Sachmehrheiten und Gesamtsachen. Wimmer (Fn. 22) 43 hält hier eine Verurteilung auf das noch Vorhandene für wahrscheinlicher. Für diesen Fall ist die Anwendung der *vindicatio pro parte* allerdings nicht belegbar; s. Unterkapitel 7.3.4.

[411] Anders entschied Julian in D 7.1.25.1 (Ulp 18 Sab) *Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius servus: ut puta si servum emit et per traditionem accepit necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. et Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam, cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse. idemque est et si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam: nam numeratio declarabit, cui sit adquisita stipulatio. ergo ostendimus in pendenti esse dominium, donec pretium numeretur. quid ergo si amisso usu fructu tunc pretium numeretur? Iulianus quidem libro trigensimo quinto digestorum scripsit adhuc interesse, unde sit pretium numeratum: Marcellus vero et Mauricianus amisso usu fructu iam putant dominium adquisitum proprietatis domino: sed iuliani sententia humanior est. quod si ex re utriusque pretium fuerit solutum, ad utrumque dominium pertinere Iulianus scripsit, scilicet pro rata pretii soluti. quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque, ut puta decem milia pretii nomine debebat et dena solvit ex re singulorum: cui magis servus adquirat? si numeratione solvat, intererit, cuius priores nummos solvat: nam quos postea solverit, aut vindicabit aut, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent: si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis et ideo nondum adquisisse cuiquam dominium videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis.*

Ein Nießbrauchsklave hatte eine Sache gekauft, ohne den Preis zu bezahlen, bzw. sich die Rückzahlung eines Darlehens stipulieren lassen, bevor er die Darlehensvaluta zugezählt hatte. Julian ging es darum, wer an der gekauften Sache Eigentum erwerben bzw. Gläubiger aus der Stipulation werden sollte. Nach einem Schwebezustand (*in pendenti esse*) sollte die Zahlung des Kaufpreises bzw. der Darlehensvaluta darüber entscheiden. Stammt das Geld *ex re fructuarii* erwarb dieser, sonst der Eigentümer (vgl. dazu auch Bürge, Geld, Fn. 21, 148). Diese Lösung vertrat Julian auch nach Ende des Nießbrauchs, während Marcellus und Mauricianus dann immer den Eigentümer des Sklaven erwerben lassen wollten. Zahlte der Sklave *ex re utriusque,* erwarben beide *pro rata pretii soluti* Miteigentum.

Wenn der Sklave mehr geleistet hatte, als geschuldet worden war, erwarb er das fragliche Recht bei offener Zuzählung (*nummeratione*) für denjenigen, dessen Geld zuerst verwendet worden war; der andere hatte die *vindicatio nummorum* oder die *condictio* nach Verbrauch. Zahlte er mit beider Geld, das sich dabei

Position des Klägers erschweren. Er wurde auf die *condictio* verwiesen, ohne gleichzeitig damit das Risiko tragen zu müssen, daß der Beklagte *apud iudicem* vorbrachte, er habe nunmehr Münzen gefunden, die seiner Ansicht nach noch im Eigentum des Klägers stehen könnten. Wie sich die Regelung der Geldvermengung in D 46.3.78 mit der *vindicatio nummorum* als Summenvindikation vereinbaren läßt, wird im Zentrum der Erörterung von Kapitel 7 stehen.

### 6.6. Besitzverlust *post litem contestatam* bei der *vindicatio nummorum*

Nach dem Zugeständnis oder der Feststellung des Besitzes und der Einlassung auf die *vindicatio nummorum* fand ein Eigentumsprozeß statt. Entsprach die *vindicatio nummorum* auch insofern der *rei vindicatio*, als sich der Beklagte noch im laufenden Verfahren auf den Verlust des Besitzes berufen konnte, um einer *condemnatio* zu entgehen?

Bekanntlich bestand über die Frage des Wegfalls des Besitzes nach *litis contestatio* eine Schulkontroverse. Nach Ansicht der Prokulianer genügte der Besitz zum Zeitpunkt der *litis contestatio*; bei späterem Besitzverlust behielt der Beklagte die Passivlegitimation, und es konnte weiterhin eine Entscheidung zugunsten des Klägers ergehen. Nach dieser Lehre wurde bei der *vindicatio nummorum* der Beklagte gegebenenfalls auf die Summe verurteilt, bezüglich derer er sich auf die Klage eingelassen hatte. Die Sabinianer dagegen verlangten den Besitz *utroque*

---

in einem Beutel befand (*simul*), wurde der Gläubiger des Sklaven nicht Eigentümer und der Sklave erwarb weder für seinen Eigentümer noch den Nießbraucher.

Die am Schluß für das *in sacculo solvere* getroffene Lösung ist einigermaßen rätselhaft. Warum wollte Julian diesen Fall nicht auch als Leistung *ex re utriusque* bewerten und die Kondiktion und das Eigentum *ad utrumque pertinere* lassen? Jedenfalls nahm Julian offenbar an, daß sich am Eigentum an den Münzen nichts änderte, obwohl sie sich vermengt in einem *sacculus* befanden. Nach der hier vertretenen Deutung der *commixtio nummorum* (s. Unterkapitel 7.6.) wäre dies damit zu erklären, daß die für das Eingreifen der Sonderregel für die Geldvermengung vorausgesetzte Situation *sacculo integro* nicht vorlag, weil sich das Gemenge noch nicht in einer Weise verändert hatte, daß nicht mehr feststellbar war, ob die ursprünglichen Beiträge vorhanden waren. Somit hätte jeder Eigentümer vindizieren können. Das würde auch mit der Erklärung von Grosso (Fn. 179) 233 Fn. 1 übereinstimmen, daß die „contemporaneità assoluta" eine Zuordnung nach dem Prioritätsprinzip ausschloß. Leider kennen wir die Meinung Julians über die Wirkungen des Verbrauchs der Münzen nicht. Daß diese Fallvariante offenkundig hypothetisch war (für Mancaleoni, Fn. 14, 205 „assolutamente strana e fuori di pratica"), beeinträchtigt aber den Befund nicht, daß eine Vermengung *per se* noch keinen Einfluß auf das Eigentum an Geld haben mußte.

*momento*[412]. Die sabinianischer Ansicht machte den Wegfall des Besitzes nach *litis contestatio* einerseits zu einem Problem der Passivlegitimation, andererseits auch zu einem Haftungsproblem[413]. Das Risiko, aufgrund einer unsubstantiierten Behauptung des Beklagten zu diesem Punkt den Prozeß zu verlieren, war für den Kläger gering, da der Beklagte nachweisen mußte, den Besitz an der streitverfangenen Sache ohne doloses Zutun verloren zu haben. Bei der *vindicatio nummorum* hätte sich der Beklagte, wenn er den Wegfall seiner Passivlegitimation einwendete, in derselben Situation befunden, welche nach der herrschenden Lehre das Haupthindernis bei der *vindicatio nummorum* war: Wie sollte er beweisen, daß gerade das Geld des Klägers abhanden gekommen war? Dies konnte er nur dann, wenn seine gesamten Bargeldbestände durch Diebstahl oder höhere Gewalt untergegangen waren. Sonst stand dem Beklagten diese Möglichkeit wohl nur offen, wenn er eine der vindizierten Summe entsprechende Geldmenge *in iure* präsentiert hatte und diese dann gekennzeichnet (*sacculus obsignatus*), oder besser noch bei einem Sequester, verwahrt wurde. Zweckmäßig wäre eine solche Vorgangsweise auch für den Beklagten insofern, als er damit – anders als als Schuldner bei einer *condictio* – für den zufälligen Untergang nicht mehr einzustehen hatte.

Nur unter der Voraussetzung abgesonderter Verwahrung wäre es vertretbar, dem Beklagten die Möglichkeit zuzugestehen, sich durch den nachträglichen Besitzverlust aus dem Verfahren zu lösen, weil nur bei Aussonderung, so wie dies von der sabinianischen Lösung vorausgesetzt wurde, dem Kläger u.U. die Verfolgung der Sache bei einem Dritten möglich war[414], wenngleich gerade dafür bei Geld praktisch geringe Aussichten bestanden.

Ein Besitzverlust warf auch ein Haftungsproblem auf. Eine *culpa*-Haftung des Beklagten ist bei der *vindicatio nummorum* auszuschließen. Die Überlegungen, mit welchen die auf *culpa* beschränkten Haftung bei einer regulären *rei vindicatio*

---

[412] Vgl. die Nachweise oben in Fn. 292.

[413] Wimmer (Fn. 22) passim.

begründet wird, treffen auf die *vindicatio nummorum* nicht zu. Man sieht als Gründe der Haftungserleichterung, daß dem Beklagten ermöglicht werden sollte, die Sache auch nach *litis contestatio* weiterzubewirtschaften, ohne daß ihm aus der Verwendung der Vorwurf dolosen Verhaltens gemacht werden konnte, weil er ja zugleich auch für *fructus neglecti* zwischen *litis contestatio* und dem Urteilszeitpunkt haftete. Beides konnte bei Geld nicht der Fall sein. Die Verwendung des Geldes war i.d.R. gleichbedeutend mit Ausgeben, das wiederum bedeutete die dolose Aufgabe des Besitzes (unten S. 262). Zur Verwendung des Geldes nach *litis contestatio* fehlte auch jeder Grund, da Kapitalzinsen nicht als Früchte galten und daher im Rahmen der *vindicatio nummorum* vom Beklagten nicht zu restituieren waren[415].

Durch Absonderung des Geldes konnte der Beklagte das wirtschaftliche Risiko des zufälligen Unterganges oder des Unterganges im *custodia*-Bereich von sich abwenden. Dies brachte dem Kläger zwar im Vergleich zu *condictio* Nachteile, da er nun diese Risiken trug, zugleich aber einen erheblichen Vorteil im Fall seines Obsiegens. Gewann der Kläger den Prozeß, wurde der Beklagte auf eine Geldsumme in Höhe der vindizierten Summe verurteilt. Statt Eigentum an Geld hatte er nunmehr eine bloße Geldforderung (Judikatsschuld), welche er mit der *actio iudicati* einklagen konnte, aber kein dem Eigentum entsprechendes Aussonderungsrecht am Bargeld des Beklagten[416]. Bei einer abgesonderten Verwahrung des „eingeklagten" Geldes trug der Beklagte zwar die Gefahr für dessen Untergang, zugleich aber wurde ihm die Möglichkeit zur Aussonderung „seines" Geldes in einem etwaigen Konkurs eröffnet.

---

[414] So P. Voci, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa', SDHI 56 (1990) 49. Dm tritt Wimmer (Fn. 22) 11 (mit Fn. 70 - 73) mit dem Einwand entgegen, daß auch die Zerstörung der Sache als Besitzverlust behandelt wurde. Allerdings betrifft keine der dafür zitierten Belege die *rei vindicatio*.

[415] D 50.6.121 (Pomp 6 ad Q Muc) *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.* Das ist ein weiteres Argument, das zugunsten Kasers Annahme der Entbehrlichkeit des Schätzverfahrens spricht.

[416] Das ist ein Problem, das sich aufgrund der *condemnatio pecuniaria* bei jeder *rei vindicatio* (*per formulam petitoriam*) stellte. Vielleicht war die Sicherung des Klägers gegen diese Eventualität auch eine Funktion der Prozeßkaution (zu den anderen s. Kaser/Hackl 281). Diese Frage kann an dieser Stelle aber nicht vertieft werden.

Ob diese hier rekonstruierte Möglichkeit, von der beide Parteien profitierten, in der Praxis in Anspruch genommen wurde, muß nach der Quellenlage dahingestellt bleiben. Diese Probleme werden in den Quellen nicht diskutiert. Aus der Perspektive des geltenden österreichischen Rechts sind es gerade diese Situationen, die besonders nach einem dinglichen Rechtsschutz für das Geldeigentum verlangen[417]. Das Fehlen von Belegen kann aber gerade bei diesen Fragen wie – oft im Zusammenhang mit der Urteilsvollstreckung[418] – auf das Konto der Kompilatoren gehen.

## 6.7. Ergebnisse

Die von den Juristen angesprochenen *nummi extantes,* die allein als Gegenstand einer *vindicatio nummorum* Frage kommen konnten, waren nicht als *corpus nummorum* gesondert aufbewahrte Münzen, sondern diejenigen, die der Beklagte noch besaß. Die Verwendung gekennzeichneter *sacculi* bei Zahlungen kam nur in Ausnahmefällen vor. Daß diese verschlossen und vom Empfänger unvermengt weiteraufbewahrt wurden, wie das die herrschende Ansicht unterstellen muß, um der *vindicatio nummorum* einen praktischen Anwendungsbereich zu belassen, läßt sich weder quellenmäßig belegen, noch handelt es sich dabei um eine Annahme, die von unseren Kenntnissen des römischen Geldwesens nahegelegt wird. Vor allem ist schwerlich zu begründen, warum der Empfänger von der Vermengung des Geldes bewußt Abstand nehmen sollte, um so die Voraussetzungen zu einer künftigen *vindicatio nummorum* zu erhalten. *Si nummi extant* heißt nur, daß Geld vindiziert werden konnte, wenn der Beklagte die Voraussetzungen der Passivlegitimation zur *rei vindicatio* erfüllte. Dieser Punkt wurde vor *litis contestatio* über die *rei vindicatio* durch eine Einigung der Streitparteien oder mittels einer *actio ad exhibendum* geklärt. Eines Beweises des Klägers, daß der Beklagte im Besitz konkreter Münzen war, bedurfte es im Vindikationsprozeß daher nicht mehr. Ließ sich der Beklagte auf die *vindicatio nummorum* ein, wurde vindiziert; behauptete er

---

[417] Gamauf (Fn. 71) 221.

[418] Vgl. bei Kaser/Hackl 626 f.

den Verbrauch des Geldes, wurde kondiziert. Freiwillige Äußerungen mit für das weitere Verfahren bindendem Charakter konnte der Kläger dadurch erreichen, daß ihm gegen den widerstrebenden Beklagten die *actio ad exhibendum* zur Verfügung stand, um diese Punkte einer Klärung zuzuführen und u.U. eine sofortige Verurteilung auf den geforderten Betrag zu erwirken. Zugunsten einer freiwilligen Erteilung der nötigen Auskünfte durch den Beklagten sprach vor allem, daß er gegen die *actio ad exhibendum* einen derivativen Eigentumserwerb oder ein Recht auf die empfangene Leistung nicht einwenden konnte. Bei der *vindicatio nummorum* hätte der Beklagte *post litem contestatam* wohl auch unter Zugrundelegung der sabinianischen Ansicht den Untergang des Geldes zu vertreten gehabt (und damit wie ein Kondiktionsschuldner gehaftet), sofern er dieses nicht bei *litis contestatio* von seinem eigenen getrennt hatte.

# 7. *Commixtio nummorum*

## 7.1. Die Problemstellung in Iavolenus D 46.3.78

Die von der herrschenden Lehre aufgestellten Präzisierungserfordernisse der *vindicatio nummorum* und die daraus resultierende praktische Unmöglichkeit der Geldvindikation haben nach dieser Auffassung römische Juristen veranlaßt, bei *commixtio nummorum* den Eigentumserwerb des vermengenden Besitzers anzunehmen. Diese Lösung überliefert allerdings nur eine Digestenstelle.

> D 46.3.78 (Iav 11 ex Cass)
> *Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.*

Javolen entschied folgenden Fall: Jemand hatte mit fremden Münzen ohne Wissen und/oder Willen des Eigentümer eine Schuld bezahlt. Der Empfänger hatte sie sodann mit eigenen vermengt[419]. Javolen interessierten vor allem die Wirkungen dieser Zahlung: Die Zahlung selbst sollte die dingliche Rechtslage nicht ändern (*manent eius cuius fuerunt*). Eigentum erwarb der Empfänger erst, als er die erhaltenen mit seinen eigenen Münzen vermengte (*eius fieri qui accepit*). Außerdem sprach der Jurist dem Eigentümer die *actio furti* gegen den Zahler zu.

---

[419] Bekanntermaßen (Manthe, Fn. 362, 33 und Schermaier 127 - 129) werden die Substantiva *confusio* und *commixtio* (dieses ist den klassischen Quellen überhaupt fremd; s. D. Daube, Roman Law, 1969, 14) zur Unterscheidung der Vermischung flüssiger und Vermengung fester Stoffe verwendet, obwohl die dazugehörenden Verba in den klassischen Quellen *promiscue* verwendet werden. Gemäß dieser Tradition wird im folgenden der Einfachheit und Klarheit halber Vermischung (*confusio*) einerseits als Oberbegriff und i.e.S. zur Bezeichnung für die Vermischung von Flüssigkeiten verwendet. Der Ausdruck Vermengung (*commixtio*) wird auf feste Stoffe, insb. Geld, angewendet.

*Commixtio* wird nach E. Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum (1883) 251 f. schon bei den Glossatoren zum *terminus technicus*. Dieser Befund ist insofern ungenau, als Accursius nur das Verbum verwendet, und auch in der Institutionensumme des Placentius (2.1) aus der zweiten Hälfte des zwöften Jahrhunderts nur das sich an den Institutionentext anlehende Wort *mixtio* aufscheint.

Von Javolen stammen Problemstellung (*si - fuerunt*) und Entscheidung (*ita - competeret*). Zur Begründung diente ihm die Autorität des Cassius, der wohl der Schöpfer der Sonderregel für die Geldvermengung war[420]. Javolen gab die Diebstahlsklagen[421] gegen den Zahlenden; gegen den Vermengenden entstanden keine Ansprüche des früheren Eigentümers[422].

Für Javolens Lösung spielte die Vermengung streng genommen keine Rolle. Zur Gewährung von *actio furti* und *condictio furtiva* reichte die bösgläubigen Verwendung des Geldes[423]. Zur sinnvollen Vervollständigung des Gedankenganges muß man nach *manent eius cuius fuerunt* die bewußte Auslassung der Erwähnung der noch immer möglichen *vindicatio nummorum* vor der Vermengung des Geldes (oder einen Textausfall?)[424] annehmen. Nach der Vermengung sollte nach Javolen nur mehr der *fur* haften, und es konnten allein die Diebstahlsklagen möglich sein.

---

[420] Der Aufbau des Textes ist insofern bemerkenswert, als die *libri ex Cassio* allgemein als „lemmatischer Kommentar oder eine kommentierende Epitome" gelten (Schulz, Geschichte 269; Manthe, Fn. 362, 32). In D 46.3.78 scheint aber Javolen weniger Cassius zu kommentieren, als sich für eigenen Zwecke der Autorität diese Juristen zu bedienen (s. dazu und den palingenetischen Fragen unten S. 167). Das könnte zugunsten der von Kaser 185 geäußerten Vermutung sprechen, diese Lösung sei nicht allgemein akzeptiert gewesen (zur Frage der Kontroverse unten S. 181).

[421] Vgl. Kaser 185 Fn. 52.

[422] Die Kritik von Manthe (Fn. 362) 50 an Kaser 203, daß der Eigentümer von einem gutgläubigen Vermengenden/Verbraucher nie kondizieren könne, beruht in erster Linie darauf, daß Kaser 200 f. denjenigen als Verbraucher bezeichnet, der das Geld gutgläubig weitergibt (dazu Unterkapitel 8.5.1), Manthe richtigerweise den Empfänger. Beide stimmen also überein, daß die *condictio* gegen den Zahlenden geht. Berechtigt ist sie jedenfalls insoweit, als Kaser 192 die von Javolen gegebene *condictio* gegen den Vermengenden richten möchte.

[423] C. Ferrini, Diritto penale romano (1902; Ndr. 1976) 207 f. Das nimmt M. Pampaloni, Appunti sulla Confusione e sulla Commistione, Bull 37 (1929) 47 f. zum Anlaß, radikal alle sachenrechtlichen Passagen zu tilgen und den Text so umzuschreiben, daß die *actio furti concepti* gegen den Vermengenden ausgeschlossen wird. Den Eigentumserwerb hätten danach erst die Kompilatoren erfunden.

[424] Einen Hinweis könnte die Formulierung *manent eius cuius fuerunt* bieten. Die Vorzeitigkeit bewirkt einen Gedankenbruch, da sie etwas Zukünftiges (den Eigentumsverlust - *fuerunt*) vorwegnimmt. Wenn die Erklärung nicht in einer Unachtsamkeit oder der stilistischen Erwägung liegt, die Banalität „sie gehören, wem sie gehören" zu vermeiden, könnte dies eine Textstörung indizieren.

Die Basiliken (26.5.78, Heimb. 3, 124 = Schelt. A IV, 1282) vemeiden ähnliches durch Umstellen auf die erste Person. In den Übersetzungen wird dies, im Unterschied zur Literatur, berücksichtigt; vgl. K.E. Otto/B. Schilling/K.F.F. Sintenis (Hg.), Das Corpus Iuris Civilis 4 (1832; Ndr. 1984) 756 „... so bleiben sie Eigentum desjenigen, dem sie gehört haben ..."; Th. Mommsen/P.Krüger/A. Watson, The Digest of Justinian 4 (1985) 714 „they remain the property of him to whom they belonged"; H. Hausmaninger, Casebook zum römischen Sachenrecht[9] (1999) 170 „... bleiben sie das Eigentum dessen, dem sie gehört haben ...".

Unklar ist, welchen Sachverhalt Cassius eigentlich behandelte[425]. Schermaier hat zuletzt sogar in Zweifel gezogen, daß auch Cassius von einer Zahlung mit fremden Geld ausging[426]. Da aber auch der Hinweis, daß die Vermengung des Geldes den Empfänger Eigentum erwerben lasse (*eius fieri qui accepit*) zum Referat der Ansicht des Cassius gehört, ist dies wohl der wahrscheinlichste Ausgangspunkt. Ob es Cassius so wie Javolen primär um die schuldrechtliche Seite des Problems ging oder er sachenrechtliche Aspekte in den Vordergrund stellen wollte, ist schwer zu entscheiden. Der Umstand, daß eine Zahlung den Anknüpfungspunkt bildete, läßt weder Spekulationen für die eine noch für die andere Möglichkeit zu, da auch bei den Stellen, die von einer *vindicatio nummorum* handeln, regelmäßig eine Zahlung erwähnt ist. Eine genauere Eingrenzung des Problems ist erst nach Klärung des Verhältnisses dieses Textes zum römischen Vermischungsrecht im allgemeinen möglich.

### 7.2. Die Grundsätze des römischen Vermischungsrechts

Über die Rechtsfolgen der Vermischung[427] informiert Ulpian unter ausführlicher Zitierung aus Pomponius' Kommentar *ad edictum*[428].

> D 6.1.3.2 (Ulp 16 ed)
> *Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.*

---

[425] S. auch untern S. 167.

[426] Schermaier 151. Für Schermaier gehört die Stelle nicht in den Problembereich des klassischen Vermischungsrechts.

[427] Dazu jüngst umfassend Schermaier auf den für weitere Literaturnachweise verwiesen sei.

[428] Lenel, Pal. I, Pomponius Nr. 76 und 77 unter der Rubrik *de rei vindicatione.*

D 6.1.5 pr. (Ulp 16 ed)
*Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio.*

Eine nicht konsentierte untrennbare Vermischung (*ut deduci et separari non possint*) gleichartiger Sachen (*eiusdem naturae*) berührte nicht das Alleineigentum, sondern nur dessen prozessuale Durchsetzung: Die *rei vindicatio* wurde zur *vindicatio pro parte.* Die *intentio* brauchte nicht mehr konkrete Sachen aufzuzählen, sondern mußte entweder das Ausmaß des eigenen Beitrags (d.h. des Anteils am Gemenge; *pro rata ponderis*) nennen oder wurde, wenn dieses unbekannt war, zur *vindicatio incertae partis*. Dann lautete die *intentio* auf *quantum paret in illo acervo suum esse*, verzichtete also auf Angaben über die Beitragshöhe (Gewicht). Abschließend erörterte Pomponius die einvernehmliche Vermischung, welche zur Vergemeinschaftung des Gemenges (*communio pro indiviso*) führte. In diesem Fall klagte man mittels *actio communi dividundo.* Zwischen der Vermischung von Flüssigkeiten und der Vermengung von festen Stoffen traf Pomponius keine Unterscheidung.

Wenig Aufmerksamkeit widmete Pomponius der Trennung des Gemenges und der Rückgabe *in natura*. Wie noch im heutigen Recht sollte diese erfolgen, soweit sie möglich war[429]. Die trennbare Vermischung (*ut deduci et separari possint*) blieb sachenrechtlich folgenlos; jeder vindizierte seine Sachen (*totum*)[430].

---

[429] § 415 ABGB, Art. 727 (1) ZGB, Art. 939 (1) Codice civile, Art. 573 Code civil; §§ 948, 947 BGB verzichten wie D 6.1.3.2 auf eine ausdrückliche Erwähnung; diese Folge ergibt sich für das BGB nur aus dem Tatsbestandsmerkmal der Untrennbarkeit.

[430] D 6.1.5.1 (Ulp 16 ed) *Idem (Pomponius) scribit, .... si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum ....* D 41.1.12.1 (Call 2 inst) *Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet.*

Eine abweichende Entscheidung bezüglich der Vermischung von Flüssigkeiten und geschmolzenen Metallen, die auf eine mögliche Schulkontroverse über diesen Tatbestand hindeuten könnte, präsentierte der Sabinianer Gaius[431].

D 41.1.7.8 f. (Gai 2 rer cott)

*Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum: quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species. (9) Sed et si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel eiusdem generis vel diversae, idem iuris est.*

Gaius erörterte zuerst die einvernehmliche Vermischung, die er wie Pomponius behandelte (*commune totum corpus efficit*), und schloß daran die Vermischung *sine voluntate dominorum* an, bei der er ebenfalls Miteigentum entstehen ließ (*idem iuris est*)[432]. Eine explizite Erwähnung der Getreidevermengung fehlt. Sie enthält erst die justinianische Institutionenstelle, für welche die Erörterung der Vermischung in den *res cottidianae* des Gaius die Vorlage bildete[433].

IJ 2.1.27 f.

*Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint. sed si diversae materiae sint et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum aut ex auro et argento electrum, idem iuris est: nam et eo casu*

---

[431] Kaser 187 f. Zweifel an der Klassizität äußert Schermaier 182 f., der die Lösung der *res cottidianae* dennoch nicht als unklassisch verwirft, aber ausschließt, „sie hätte bereits frühzeitig dominiert."

[432] Vgl. Schermaier 131 - 135 m.w.N.

[433] Pampaloni (Fn. 423) 34, Kaser 187; zum Text Schermaier 132 - 135 m.w.N.

*communem esse speciem non dubitatur. quodsi fortuitu et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit. (28) Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. quodsi casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint: sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competat, arbitrio autem iudicis continetur, ut is aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit.*

Justinian ließ bei Vermischung von Flüssigkeiten *fortuitu et non voluntate dominorum* wie Gaius Miteigentum eintreten. Die Vermengung von festen Stoffen änderte dagegen nichts am Eigentum, sondern führte zur in *rem actio pro modo frumenti*, welche nichts anderes war, als die *vindicatio pro parte*[434]. Wenn in dieser Lösung ein gaianisches Vorbild aus den *res cottidianae* nachwirkte, so darf man annehmen, daß auch Gaius bei der Vermengung fester Stoffe einen Eigentumswechsel ablehnte[435]. Für das klassische Vermischungsrecht läßt sich daraus der Grundsatz erkennen, daß die Vermengung fester Stoffe – unabhängig nach welcher Schullehre – jedenfalls zu keiner Änderung des Eigentums führte.

---

[434] Cromme (Fn. 68) 75 stützt mit diesem Text allerdings ihre These von der alternativen Konkurrenz zwischen *vindicatio pro parte* und *actio communi dividundo.*

[435] Vgl. Manthe (Fn. 362) 46 Fn. 38.

## 7.3. D 46.3.78 als Sonderregelung bei der Geldvermengung

Die moderne Romanistik versteht D 46.3.78 als eine von diesen Grundsätzen abweichende Sonderregel für die Geldvermengung, welche einen Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Vermischungsrechts ausschloß[436]. Strenggenommen paßt die systematische Einordnung der *commixtio* als Form des natürlichen Erwerbes von Alleineigentum neben *accessio* und *specificatio* sogar nur auf diesen Fall, da nach klassischem Recht in den übrigen Vermengungs- und Vermischungsfällen entweder keine Änderung oder Miteigentum eintrat[437].

### 7.3.1. *Vindicatio pro parte* nach *commixtio nummorum*?

Diese Sonderstellung der Geldvermengung wurde noch zu Ende des 19. Jahrhunderts bestritten, und es fehlte nicht an Versuchen, die Rechtsfolgen von D 46.3.78 mit den allgemeinen Vermischungsregeln zu harmonisieren[438]. Die meiste Beachtung (wenngleich keine Zustimmung) in der Literatur findet bis heute ein Ansatz von Theodor Niemeyer[439]. Dieser bestritt (für das damals geltende Recht[440]) die sachliche Notwendigkeit zur abweichenden Behandlung der Geldver-

---

[436] Fuchs, Iusta causa 186, 189; Kaser 184 - 192; Fuchs, *Consumptio* 125; Kaser, RPR I 430 f.; Wacke 117; Hasler 39; Wunner (Fn. 8) 584; Manthe (Fn. 362) 46; Schermaier 150; Müller-Ehlen (Fn. 13) 84 Fn. 68; Voci (Fn. 195) 266 f. behandelt auch die Geldvermengung nach den allgemeinen Grundsätzen (so schon Pampaloni, Fn. 423, 38, 47).

Zur gemeinrechtlichen und pandektistischen Diskussion Hohenemser (Fn. 127); Th. Niemeyer, Über den Eigenthumserwerb an Geld durch Vermischung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 42 (1894) 27 f. und Zoder (Fn. 127).

[437] Schermaier 129 - 131 meldet grundsätzlich Zweifel an, ob die lehrbuchsystematische Qualifikation der Vermischung als Eigentumserwerbstatbestand gerechtfertigt ist und zählt D 46.3.78 nicht zum Vermischungsrecht; dazu unten S. 169.

[438] A. Ascoli, Contributo alla teoria della confusione e commistione nel diritto romano, Riv.it. (serie 1) 4 (1887) 43 - 52; diesem folgend V. Scialoja, Teoria della proprietà nel diritto romano II (1931) 81 f.; E. Barsanti, Sulla commixtio e sulla rivendicazione del frumento e del denaro in diritto romano, AG 58 (1897) 201 - 205; unmittelbare Kritik an diesem bei Mancaleoni (Fn. 14) 198 - 206. S. weiters Fn. 439.

[439] Th. Niemeyer (Fn. 436) 20 - 35. Ähnlich zuvor E.I. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1 (1886) 322 und diesem zum Teil folgend Ascoli (Fn. 438) 49.

Andere wollten aus Gründen des Verkehrsschutzes alle Vermischungsfälle nach dem Muster der Geldvermengung behandeln; s. Göppert (Fn. 72) 81 f. Nachweise älterer Lehrmeinungen dieses Inhalts (Alciatus, Cuiacius, Donellus) bei Ascoli (Fn. 438) 47 f.; Hohenemser (Fn. 127) 8 f., 10 - 12, 62 f. und Zoder (Fn. 127) 19 - 23.

[440] Historische Argumente spielen für seine Argumentation keine tragende Rolle. Weder sein Hinweis, daß die Sonderregel für Geld in IJ 2.1.28 fehlt, noch die bloße Behauptung, daß Javolen selbst die Ansicht des Cassius nicht teilte, überzeugen. Angesichts der Einmaligkeit der Regelung in D 46.3.78 ergibt der Hinweis,

mengung und versuchte die Harmonisierung der in D 46.3.78 angeordneten Rechtsfolgen mit den Grundsätzen der Vermischung in D 6.1.5 pr. Die bei Vermischung zuständige *vindicatio pro parte* (er bezeichnete sie als *utilis vindicatio*) setzte nach seiner Ansicht nur voraus, daß „das Vorhandensein des eingemengten Materials in einer individuell bezeichenbaren, wenngleich nicht einheitlich gehäuften Masse nachzuweisen" war[441].

Der Haupteinwand gegen diese Sicht ist, daß sie sich nicht mit der Rechtsfolge von D 46.3.78 *eius fieri qui accepit* zu vereinbaren läßt[442]. Dem hielt Niemeyer vorausschauend entgegen, daß

> „... die Zulassung der *in rem actio „in quantum in illo acervo suum esse paret"* die Auffassung nicht ausschließt, daß der Beklagte Eigenthümer geworden sei. - Die Klage geht ja nicht *in id, quod in illo acervo suum esse paret*, sondern *in quantum* u.s.f. - Dem Restitutionsbescheid des römischen *iudex* geschah Genüge durch Leistung von *tantundem*, und nach Leistung des Quantums, gleichgiltig von welcher Provenienz, wurde unzweifelhaft der Besitzer des vermengten Getreides oder Geldes Eigentümer[443].

---

daß die Stellen zur *consumptio* nur die Ausgabe des Geldes und nicht auch dessen Vermengung erwähnen, kein tragfähiges Argument (Niemeyer, Fn. 436, 25, 33).

[441] Niemeyer (Fn. 436) 23. Bei der Verteilung auf mehrere Behältnisse u.s.w mußte eine *demonstratio* vorangestellt bzw. die *intentio* geändert werden. Das Haupthindernis einer *vindicatio nummorum* sah er in der Bezeichnung der Streitsache; Alleineigentum des Vermengenden ließ er zu, wenn aufgrund von Verfügungen des Besitzers keine Anteilsfeststellung mehr möglich war (24, 34).

[442] Kaser 189; Hasler 40; Manthe (Fn. 362) 47; Wacke 118 Fn. 293, der das Gegenargument Niemeyers als „allzu scharfsinnig" verwirft; Bauer (Fn. 12) 153 Fn. 8; Müller-Ehlen (Fn. 13) 84 Fn. 68; Fuchs, Iusta causa 188 f. beurteit Niemeyers Lösung als in „rein juristischer Hinsicht kaum anfechtbar" zugleich aber als konstruiert und quellenfremd; ablehnend weiters auch Schermaier 150.

Ähnlich bereits Hartmann (Fn. 27) 30, der bei doloser Vermengung eine Vindikation trotz Eigentumserwerbs des Beklagten erwog.

[443] Niemeyer (Fn. 436) 32 f. (Hervorhebungen im Originial).

Niemeyer leitet die „verdünnte Dinglichkeit" der *vindicatio pro parte* aus den Auswirkungen der Naturalrestitution her[444]: Dabei erhält der Kläger nicht nur die ihm gehörigen Teile des Gemenges (z.B. seine Münzen), sondern es kommt zu einer Aufteilung des Gemenges und damit zu einer dinglichen Neuzuordnung der einzelnen Gegenstände zwischen den Parteien[445]. Diese Besonderheit der *vindicatio pro parte* lasse ihre Anwendung trotz der ausdrücklichen Anordnung *eius fieri qui accepit* auf die Geldvermengung zu.

Dieser Ansatzpunkt geht aber an der Denkweise der römischen Juristen vorbei. Gaius und Pomponius hoben als Besonderheit der Klage nicht etwaige materiellrechtliche Wirkungen der Naturalrestitution hervor, die ja nicht erzwungen werden konnte, sondern die vereinfachte Gestaltung der *intentio*[446]. Auch eine *vindicatio pro parte* setzte das Eigentum des Klägers voraus[447] und richtete sich nicht auf eine (Rück-)Übereignung. In der von Niemeyer versuchten Weise kann der Widerspruch von D 46.3.78 mit dem sonstigen Vermischungsrecht nicht aufgelöst werden.

---

[444] Dies lag schon deswegen nahe, weil die Reichszivilprozeßordung 1877 die Rückgabe der Sache ausdrücklich vorsah. Vgl. heute § 884 in Verbindung mit § 883 I dZPO.

[445] Kaser 192 f. spricht davon, daß mit der Behauptung des Eigentums an einem Quantum „von der allgemeinen Vorstellung des Eigentums als eines dinglichen Rechts abgegangen" werde und „die Naturalrestitution ... selbstverständlich mit beliebigen Stücken aus dem Gemenge geschehen" könne, sodaß die „Naturalrestitution eine weitergehende Wirkung als sonst hat, indem sie das Eigentum konkretisiert, also das Quantitätseigentum in ein gewöhnliches an der herausgegebenen und den dem Beklagten verbleibenden Stücken auflöst". Allerdings bestreitet Cromme (Fn. 68) 198 (Fn. 18 zu S. 59), daß darin ein besonderes Eigentumskonzept greifbar wird, und sieht stattdessen eine Erweiterung des *officium iudicis*. Zugunsten Crommes' Konzeption der *vindicatio pro parte* (dazu unten S. 166) ließe sich Kasers Sichtweise jedoch heranziehen, um die Ähnlichkeit zur *actio communi dividundo* zu konstruieren.

Diese Ähnlichkeiten vermerkt schon Bechmann (Fn. 24) 30: „ ... Wird nämlich restituiert, so ist es ungewiß und unnachweisbar, wessen Körper restituiert sind. Gleichwohl sollen dieselben ausschließlich dem Kläger gehören; die Restitution macht ihn also unter Umständen zum Eigentümer und es tritt hier eine ganz ähnliche Wirkung ein, wie bei dem Theilungsprozesse."

[446] Darin unterscheidet sich Niemeyers Ansatz auch grundlegend von der Konstruktion, mit der Kaser die Eigenart der *vindicatio nummorum* erklärt und von der hier vertretenen Sicht (oben S. 8). Die generische *vindicatio nummorum* sieht nur davon ab, daß dem Kläger dieselben Stücke restituiert werden, aber nicht, daß er auf eine ihm gehörende Sache klagt. Und die *vindicatio nummorum* setzt weiters voraus, daß sich der Beklagte zum Besitz von fremdem Geld bekennt.

[447] S. *competit singulis in rem actio* in D 6.1.5 pr.; in D 6.1.3.2 ist *erit nobis commune* ist, wie *vindicabimus* klarstellt, i.S. von „wir werden unser Eigentum behalten" aufzufassen.

Dies ändert aber nichts an der grundlegenden Bedeutung der Frage, aus welchen juristischen Gründen bei der Geldvermengung, anders als bei der Vermischung sonst, keine *vindicatio pro parte* zugelassen wurde.

### 7.3.2. Traf den Beklagten bei der *rei vindicatio* ein Veräußerungsverbot?

Wacke erklärt den Ausschluß der *vindicatio pro parte* mit folgender Überlegung: Die *vindicatio pro parte* hätte nach Vermengung des Geldes als *vindicatio incertae partis* stattfinden müssen. Da jede Anteilsfeststellung schwieriger wurde, sobald das Gemenge Veränderungen erfuhr, habe *post litem contestatam* ein allgemeines Veräußerungsverbot eingegriffen, das dem Beklagte keine weiteren Verfügungen über das Gemenge gestattete. Befand sich das fremde Geld – und davon konnte man in der Regel ausgehen – in der Hauptkasse, so bewirkte dies, daß für die Dauer des Prozesses dem Beklagten kein Bargeld mehr zur Verfügung stand und er daher in Konkursgefahr geriet. Das wäre ein unzumutbarer Nachteil gewesen, dessentwegen Cassius auf die *vindicatio pro parte* in diesem Fall verzichtet habe[448].

Ein derartiges Veräußerungsverbot kennt die Klassik aber noch nicht[449]. Das in den *fragmenta de iure fisci* 8[450] referierte Verbot aus einem *edictum divi Augusti* betraf nur den Kauf eines streitverfangenen italischen Grundstückes vom Kläger.

---

[448] Wacke 119 f.; zustimmend Schermaier 151. Wacke läßt die *vindicatio pro parte* trotz dieser Konsequenzen nur zu, wenn Verkehrsschutzinteressen keine Rolle spielten, z.B. bei zufälliger Vermengung ohne vorangegangene *solutio*. Da dazu kein Fall überliefert ist, behilft sich die Literatur mit tralatizischen Beispielen (s. Hohenemser, Fn. 127; 9, Niemeyer, Fn. 436, 27 und die anderen Nachweise bei Wacke a.a.O.), die aber richtigerweise an die Problemstellung von Pomponius' Getreidevermengungsfällen angelehnt sind. S. dazu unten S. 164.

Kaser 186; weiters ders., Zur „iusta causa traditionis", Bull 64 (1961) 87 Fn. 105 und Manthe (Fn. 362) 49 erwägen die *vindicatio pro parte* gegen den bösgläubigen Empfänger; ablehnend dazu Wacke 114, Hasler 38 und Müller-Ehlen (Fn. 13) 84 Fn. 68.

[449] Für das allgemeinen Veräußerungsverbotes beruft sich Wacke auf M. Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht (1966) 227 (= Kaser/Hackl 298); Kaser, RPR I 406 und F. De Marini Avonzo, I limiti alla disponibilità della „res litigiosa" nel diritto romano (1967). Bei Kaser findet sich nur das Verbot des Kaufes der streitbefangenen Sache und der *consecratio*. De Marini Avonzo bekämpft gerade die Idee eines allgemeinen, beide Prozeßparteien in gleicher Weise treffenden Veräußerungsverbotes (z.B. 6 f., 391).

[450] *Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare compellitur. res autem litigiosa videtur, de qua lis apud suum iudicem delata est. sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione optinuit.*

Die Klassiker erstreckten es nur in vorsichtiger Analogie auf andere Geschäfte (z.B. Verpfändungen) und Gegenstände (Provinzgrundstücke), hielten aber an der Beschränkung auf Verfügungen durch den Kläger fest[451]. Erst unter Konstantin findet sich eine Norm[452], die beiden Streitparteien, also auch dem Beklagten, eine Veräußerung untersagte[453]. Für ein ausdrücklich an den Beklagten gerichtetes Verbot, die Sache nach *litis contestatio* zu veräußern, bestand allein deswegen kein Bedürfnis, weil vom Beklagten zwischen *litis contestatio* und Urteil vorgenommene Veräußerungen der Sache zu keiner Verschlechterung der Lage des Klägers führten[454]; der Beklagte blieb trotz (dolosen!) Besitzverlusts weiterhin passiv klagslegitimiert und konnte auf den Geldwert verurteilt werden (oben S. 147).

Außerdem konnte es zu den von Wacke befürchteten Beweisproblemen hinsichtlich der Anteilshöhe, denen das Veräußerungsverbot abhelfen sollte, schon deshalb nicht kommen[455], weil das Ziel der Klage nicht die Feststellung eines quotenmäßigen Anteils war[456]. Klageziel war vielmehr die Herausgabe einer umfänglich bekannten Geldmenge. Die *vindicatio nummorum* unterschied sich in der *intentio* von einer *vindicatio pro parte* insoweit, als sie nicht einmal auf das Vorhandensein eines *acervus* abstellte.

---

[451] De Marini Avonzo (Fn. 449) 267 - 329; H. Kiefner, Ut lite pendente nil innovetur, GS Kunkel (1984) 119 - 128.

[452] C 8.36(37).2 (= CTh 4.5.1)(Const A. ad provinciales) *Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat, tamquam si nihil factum sit, lite nihilo minus peragenda.* (D k aug Basso et Ablabio conss) [a 331].

[453] De Marini Avonzo (Fn. 449) 331 - 389; M. Kaser, Rez. von F. De Marini Avonzo, I limiti alla disponibilità della „res litigiosa" nel diritto romano (1967), SZ 86 (1969) 522; Kiefner (Fn. 451) 130.

[454] De Marini Avonzo (Fn. 449) 393; Kiefner (Fn. 451) 130.

[455] Die behaupteten Nachteile wären unschwer vermeidbar gewesen, indem man die Höhe des Geldgemenges (des *acervus* i.S. von D 6.1.5 pr.) schon vor *litis contestatio* (durch Außerstreitstellung oder *interrogatio in iure*) feststellte oder der Beklagte für Nachteile aus späteren Verfügungen Sicherheit leistete.

[456] Selbst in diesem Fall hätte ein Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung eine den Kläger nicht benachteiligende Lösung erzielen können. S. heute § 273 öZPO; zur Heranziehung dieser Bestimmung bei der Geldvermengung Gamauf (Fn. 71) 218 (m.w.N.).

### 7.3.3 Das Verhältnis von *vindicatio nummorum* und *vindicatio incertae partis*

Die andere Grundlage von Wackes These bildet die Annahme, daß die *vindicatio pro parte* bei Geldvermengung stets nur als *vindicatio incertae partis* möglich war. Ihrer quellenmäßige Begründung ist nunmehr nachzugehen.

Nach Gai 4.54 bildete die *vindicatio incertae partis* eine *in paucissimis causis* gestattete Ausnahme, die dem Kläger das Risiko der *pluris petitio* nehmen sollte[457], wenn er aufgrund besonderer Umstände nicht in der Lage war, in der *intentio* anzugeben, wie groß der Teil eines Gemenges war, den er herausverlangte.

Zuerst gilt es zu klären, wie der geforderte Teil in der *intentio* einer *vindicatio pro parte* angegeben wurde. Die Bezeichnung dieser Form der *rei vindicatio* suggeriert, der Kläger habe in der *intentio* die relative Höhe seines Anteils am Gemenge, etwa in Form eines Bruchteils, zu beziffern gehabt. Wacke geht demgemäß von der Benennung einer Quote aus[458]. Konnte der Kläger die Quote nicht feststellen, kam die *vindicatio incertae partis* zur Anwendung. Die Gründe, aus denen bei dieser Sichtweise nach einer Geldvermengung nur mehr eine *vindicatio incertae partis* möglich wäre, liegen auf der Hand: Der Kläger konnte i.d.R. nicht wissen, wieviel Geld der Beklagte vor der Vermengung in seiner Kasse gehabt hatte und wieviel später dem Gemenge entnommen worden war; deshalb konnte er allein aufgrund seines Beitrages keine Quote berechnen und mußte zur *vindicatio incertae partis* greifen.

Die *intentio* der *vindicatio pro parte* ist aus Gai 4.54 und Pomponius D 6.1.5 pr. präzise erkennbar[459]. Bei Gaius lautet die Formulierung *quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, actoris esse*, bei Pomponius *quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse.* Der geringfügige Unterschied zwischen diesen beiden Mustern ist inhaltlich durchaus bedeutsam. Nur Gaius sprach ausdrücklich, da es

---

[457] Provera (Fn. 68) 182 - 185; Sacconi (Fn. 68) 69 - 74; Cromme (Fn. 68) 29 - 37; Schermaier 166 f.

[458] Wacke 119.

sich um ein Grundstück handelte, von einer quotenmäßigen Beschreibung (*pars*)[460]. Im der *vindicatio nummorum* näherliegenden Vermischungsfall des Pomponius könnte mit *quantum* sowohl eine Quote (ein Bruchteil) als auch ein durch Maßangabe bestimmter Teil gemeint sein[461]. Da Pomponius in D 6.1.3.2 die *vindicatio pro parte* bei bekannten Beiträgen *pro rata ponderis*, d.h. nach dem Gewicht der jeweiligen Beiträge gewährt, kann *quantum* in D 6.1.5 pr. nur das dem Kläger regelmäßig bekannte Gewicht des eigenen Beitrags bedeuten[462].

Aufgrund dieser Konzeption blieben der *vindicatio incertae partis* in Vermischungssachverhalten nur zwei Anwendungsfälle übrig[463]. Einen behandelt D 6.1.3.2: Pomponius befürwortete die *vindicatio incertae partis*, wenn das Gewicht der Beiträge von vornherein unbekannt war (*etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet*), etwa weil die Vermengung unabsichtlich erfolgte. Der andere Fall war, daß der Kläger zwar das Gewicht seines Beitrags kannte, aber Stoffe unterschiedlicher Qualität vermengt worden waren. Da keine Restitution von Sachen *eiusdem generis et qualitatis* erfolgen konnte, mußte in einem solchen Fall berücksichtigt werden, daß Beitrag und Mengenanteil wertmäßig nicht identisch waren. Daher war der Anteil aufgrund des Wertverhältnisses der Stoffe zu ermitteln[464].

Bei Geldvermengung wäre nach diesen Grundsätzen eine *vindicatio pro parte*, solange das Gemenge unverändert blieb, eine „einfache" *vindicatio pro parte* aber keine *vindicatio incertae partis* gewesen, da dem Kläger aufgrund der

---

[459] Zur Rekonstruktion Cromme (Fn. 68) 146 und Schermaier 165 f.

[460] S. weiters D 6.1.8 (Paul 12 ad ed).

[461] Für diese erste Interpretation aus entwicklungsgeschichtlicher Sicht Cromme (Fn. 68) 76 (anders 55) und Schermaier 153 (anders aber 158 „Beitrag", 165 „wieviel aus einer Menge"), für die zweite M. Kaser, *Adiudicare* bei der *actio finium regundorum* und bei den Vindikationen, Symb. David I (1968) 107 f. Auf eine Quote geht die *vindicatio pro parte* allerdings bei Miteigentum; vgl. Kaser (Fn. 47) 22.

[462] Ebenso Schermaier 158, 166. Das bestätigt die Kasuistik in D 6.1.6: für *materia infecta* reicht das Gewicht. A.A. Mantovani 37 Fn. 8 (auf 38).

[463] Cromme (Fn. 68) 55; Schermaier 148, 158, 166.

[464] Vgl. auch die unter Vermischungsgesichtspunkten beachtliche Aussage des Cassius in D 41.1.27.2 (Pomp 30 Sab) ... *Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis* ...

vorangegangenen *solutio*, die sowohl in D 46.3.78 als auch in den parallelen *consumptio*-Stellen stets erwähnt wird, jedenfalls die Höhe seines Beitrages bekannt war[465]. Eine zur *vindicatio incertae partis* führende Unkenntnis über die Höhe des Beitrags des Klägers konnte in diesen Fällen nicht auftreten. In der *intentio* hätte der Kläger also nur die Summe anzugeben gehabt. Die Handhabung der *vindicatio pro parte* in den Vermischungsfällen bestätigt damit die Ergebnisse aus der Interpretation von D 6.1.6. Die hier diskutierte *vindicatio pro parte* entspricht hinsichtlich der Ausgestaltung der *intentio* der in D 6.1.6 für Geld und wohl auch *genus*-Sachen im allgemeinen zugelassenen Summenvindikation, verlangte aber zusätzlich den Bestand eines bestimmten Vorrates. Der zweite Anwendungsfall der *vindicatio incertae partis* konnte bei Geld keine Rolle spielen, da Münzen trotz unterschiedlicher Nennwerte vollkommen vertretbar waren, sodaß auf „Qualitätsunterschiede" keine Rücksicht genommen werden mußte, und da es nur auf den Wert ankam, der Anteil immer dem Beitrag entsprach.

Die von Wacke aufgezeigten Schwierigkeiten traten hingegen auf, wie auch ein Blick auf die heutige Diskussion augenfällig macht, sobald sich das Gemenge verringerte. Einerseits konnte der Kläger nicht wissen, wie hoch die Entnahmen waren; anderseits wurden selbst bezifferbare Entnahmen problematisch, sobald sie den ursprünglichen Eigenanteil des Vermengenden überschritten und dieser das Gemenge wieder aufgefüllt hatte. Solange die bekannten Entnahmen den Eigenanteil des Vermengenden nicht überschritten, hätte noch immer mittels *vindicatio pro parte* geklagt werden können, falls man die Verfügungen nur zu Lasten des Eigenanteils rechnete[466].

---

[465] So aber bereits Barsanti (Fn. 438) 203 f. Den quellenmäßig nicht belegten Fall der zufälligen Vermengung von unbekannten Beiträgen (oben Fn. 448) kann man daher getrost übergehen; das Schweigen der Quellen über diese Variante dürfte kein Zufall sein.

[466] Zum österreichischen Recht Gamauf (Fn. 71) 219 (m.w.N.). Das die römischen Juristen diese Variante genauso entschieden, könnte man aufgrund der Behandlung von Zahlungen mit in Miteigentum stehenen Geld erschließen. S. oben S. 51. Anders löst diesen Fall dagegen Bekker (Fn. 439) 322 und zu diesem Ascoli (Fn. 438) 49 f.

### 7.3.4. Der Anwendungsfall der *vindicatio pro parte*

Ob nachträgliche Veränderungen im Vorrat bei einer *vindicatio pro parte* oder *vindicatio incertae partis* berücksichtigt werden konnten, ist den Äußerungen von Pomponius in D 6.1.3.2 und D 6.1.5 pr. nicht entnehmbar[467]. Die *vindicatio pro parte* verwendete Pomponius, um nach der Vermischung die noch vollständig vorhandenen Beiträge *ex illo acervo* auszusondern[468]. Pomponius setzte für die *vindicatio pro parte* voraus, daß der *acervus* in der bei Vermischung entstandenen Zusammensetzung unverändert weiterbestanden hatte[469]; daneben griff die *vindicatio incertae partis* ein, wenn die Höhe des ursprünglichen Beitrags des Klägers (nicht die Höhe des relativen Anteils am Gemenge) unbekannt war. Zweck dieser Gestaltung war, im Wege einer Teilung des Gemenges die Vermischung rückgängig zu machen und dem Kläger seine Sachen so weit wie möglich *in natura* zurückzustellen.

Verminderungen des Gemisches hätten die *vindicatio pro parte/incertae partis* funktional der *actio communi dividundo* angenähert[470]. Vor allem dann, wenn der Besitzer mehr entnahm, als seinem rechnerischen Anteil entsprach, aber dafür eigenes Geld hinzufügte, scheiterte die Vindikation auf den ursprünglichen Beitrag an der Surrogationsfeindlichkeit des Sachenrechts[471], da der Beklagte nicht mehr alle

---

[467] Keine Hinweise ergibt für diese Frage D 6.1.76.1 (Gai 7 ed prov) *Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat. iusta autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud iudicem examinatur: iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat: itaque talis dabitur actio. eadem et de ceteris rebus intellegemus.* Dazu Provera (Fn. 68) 184 f.; Cromme (Fn. 68) 80 - 106 und Sacconi (Fn. 68) 72 - 74 (jeweils mit weiteren Belegen), D. Schanbacher, Ratio legis Falcidiae (1995) 50 f. Wie in den Vermengungsfällen betrifft die Unkenntnis die ursprüngliche Höhe des Anteils.

[468] Vgl. weiters IJ 2.1.28 ... *sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competat* ...

[469] So schon Ascoli (Fn. 438) 50 f.; Barsanti (Fn. 438) 204, Scialoja (Fn. 438) 81 f. Von Schermaier 150 wird diese Interpretation als „spitzfindig" abgelehnt, obwohl sie mit den Quellen und den Formelrekonstruktionen in bestem Einklang steht. Diesem Konzept entsprechen auch die von Guarino 665 zusammengestellten Falltypen.

[470] Für den von den Juristen im Vermischungsrecht betrachteten Regelfall, daß das Gemisch unverändert blieb, stimmt dagegen Schermaiers Feststellung, daß wegen der *vindicatio pro parte* kein Bedürfnis nach der *actio communi dividundo* bestand (157 f.).

[471] Klami (Fn. 21) 177.

fremden Münzen besaß. Eine Lösung für diesen Fall könnte nur mehr die These von Ingrid Cromme eröffnen, daß in der Klassik *vindicatio pro parte* und *actio communi dividundo* in Konkurrenz standen. Nur wenn man wie Cromme bei jeder Vermischung die Entstehung von Miteigentum annimmt, wurden auch spätere Beiträge des Besitzers zur Auffüllung des Gemenges vergemeinschaftet und konnten damit in die Auseinandersetzung bei der *actio communi dividundo* einbezogen werden. Daß diese Theorie nicht aufrechtzuerhalten ist, hat aber zuletzt Schermaier mit fundierten Argumenten dargetan[472].

Die Anwendung der *vindicatio pro parte* (auch als *vindicatio incertae partis*) auf Geldvermengungen mußte am Fehlen wesentlicher Voraussetzungen dieser Klage scheitern: Der Kläger hätte nachzuweisen gehabt, daß sich die von ihm gezahlten Münzen noch in einem bestimmten Gemenge (*in illo acervo*) befanden[473], was wegen seiner Unkenntnis über das Schicksal des Geldes und die Wahrscheinlichkeit späterer Veränderungen des Gemenges kaum möglich war. Die *vindicatio pro parte* hätte vom Kläger mithin mehr verlangt als nur den Nachweis einer Zahlung, wie dies bei der *vindicatio nummorum* regelmäßig der Fall war. Da es nach der auch von Wacke akzeptierten Lehre Kasers nicht auf die Naturalrestitution derselben Münzen oder aus dem konkreten Gemenge ankam, bot eine *vindicatio pro parte* dem Kläger keine Vorteile gegenüber einer „normalen" *vindicatio nummorum.* Als der für eine Geldvermengung in Frage kommende Rechtsbehelf kann die *vindicatio pro parte* nur aufgrund der verfehlten Interpretation von D 6.1.6 erscheinen, wenn man nämlich wegen überspannter Bestimmtheitsanforderungen eine „normale" Vindikation bei Geld ausschließt und die Summenvindikation übersieht.

### 7.3.5. Die *vindicatio pro parte* nach einer Geldvermengung

Überlegungen zur Anwendbarkeit der *vindicatio pro parte* auf die Geldvermengung sind dennoch zur Aufklärung der *ratio* von D 46.3.78 nützlich. Im klassischen

---

[472] Cromme (Fn. 68) 60 - 79; Schermaier 161 - 170.

[473] Vgl. auch Kaser 192 und die Autoren in Fn. 469.

Vermischungsrecht war, so betont Schermaier, die Teilvindikation der typischerweise zur Anwendung gelangende Rechtsbehelf zur Verfolgung des Eigentums[474].

Muß man deswegen auch die cassianische Lösung der Geldvermengung (Alleineigentum des Vermengenden) aus dem Vermischungsrecht verweisen? Palingenetisch fixieren läßt sich ihr ursprünglicher Zusammenhang nur mit Schwierigkeiten. Die spärlichen Reste des elften Buchs von Javolens *libri ex Cassio* verraten keinen sachenrechtlichen Schwerpunkt[475]. Manthe ordnet aufgrund von Vergleichstexten den Fall deshalb der *condictio* aus Darlehen zu[476]. Bei der Einordnung orientierten sich die Kompilatoren am Solutionseffekt und folgten darin dem Vorbild Javolens. Da Javolen die cassianische Vorlage aber seinen eigenen Bedürfnissen gemäß verwertete[477], ergibt ihre Einordnung in seinen *libri ex Cassio* noch keinen Hinweis auf die Problemstellung bei Cassius.

Vergleicht man D 46.3.78 deshalb einerseits, wie dies seit der Glosse geschieht, mit den Stellen zur *consumptio nummorum* (ohne damit schon die dogmatischen Konstruktion der Geldvermengung vorwegnehmen zu wollen), auf der anderen Seite aber mit den Vermischungstexten, so zeigt sich, daß der Text Elemente aufweist, die für beide Textgruppen typisch sind.

Die Gemeinsamkeit mit den *consumptio*-Stellen ist der Hinweis auf die *solutio*. Allerdings – und hier unterscheidet sich der Text ganz wesentlich von den *consumptio*-Stellen, in deren palingenetische Nähe ihn Manthe stellt – braucht man für die schuldrechtliche Lösung des Textes die *commixtio* gar nicht. Deren Auswirkungen im Verhältnis zwischen dem zahlenden *fur* und dem vermengenden Empfänger der Leistung, die Schuldbefreiung, werden gerade nicht genannt[478].

---

[474] Schermaier 160. Deshalb (und dazu) schließt er D 46.3.78 aus dem Vermischungsrecht aus und äußert Zweifel an der Klassizität der Miteigentumslösung der *res cottidianae* (151, 182 f.).

[475] Lenel, Pal. I, Javolen Nr. 45 - 49.

[476] Manthe (Fn. 362) 301; insoweit zustimmend Schermaier 151.

[477] F. d'Ippolito, Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino (1969) 93. Schermaier 151 läßt den cassianischen Kontext offen, moniert aber das Fehlen der Entscheidung im Digestentitel 6.1.

[478] S. Solazzi, L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I² (1935) 35, 84 billigt dem Schuldner für die Klassik nur eine *exceptio doli* zu, während er die *ipso iure* Befreiung für justinianisch hält.

Die *solutio* unterscheidet den Text aber auch von den typischen Vermischungsfällen. In diesen argumentieren die Juristen sachenrechtlich, und deswegen spielt die „Vorgeschichte", wie das Geld an den vermengenden Besitzer gelangte, keine Rolle. In diesen Fällen geht es um die Auswirkungen der Vermischung auf die dingliche Rechtslage bzw. die Verfolgung des Eigentums, und sie setzen daher erst bei der vollzogenen *commixtio* an. In die Nähe des Vermischungsrechts rückt der Text Javolens aber durch die in ihm enthaltene Zusatzinformation über das faktische Schicksal des gezahlten Geldes. Anders als in den *consumptio*-Texten wird in ihm ein konkreter äußerer Vorgang, die *commixtio*, betont. Es gab also ein Gemenge, in welches das Geld nach Behauptung des Beklagten eingeflossen war. Vermischungsrechtlich ist auch die Abgrenzung *si mixti essent, ita ut discerni non possent*, die parallel zu der bei Pomponius vorkommenden (*commixtum, ut deduci et separari non possint*) verläuft[479]. Die Vermengungsregel machte also nur Sinn, wenn etwas über das Schicksal des Geldes nach *solutio* bekannt war: War dies nicht der Fall und gestand der Beklagte den Besitz nicht ein, ermöglichte nur die Konstruktion über die *consumptio* eine Klage (*condictio*).

Schermaier verbannt D 46.3.78 also sicherlich zu Unrecht aus dem Vermischungsrecht. Allerdings behandelt der Text, wie auch die vom Vermischungsrecht abweichende Lösung klarmacht, eine für diesen Bereich atypische Situation. Stillschweigende Voraussetzung in den Fällen, bei denen die *vindicatio pro parte* nach einer Vermischung zur Anwendung kam, war stets, daß der Vorrat in der ursprünglichen Form erhalten geblieben war (oder zumindet davon ausgegangen

---

[479] Bemerkenswerte Parallelen im Aufbau zu D 46.3.78 weist D 41.1.7.2 (Gai 2 rer cott) auf: *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.* Die Argumentation funktioniert in beiden Texten nach dem selben Schema: 1. Vorgang, durch den die fremde Sache in aus dem Machtbereich des Nocheigentümers ausscheidet und in den des künftigen Eigentümers eintritt (unberechtigte *solutio* - Ab- und Anschwemmung). 2. Hinweis, daß sich sachenrechtlich daraus allein noch keine Änderung ergeben hat (*manent eius cius fuerunt - palam est eam tuam permanere*). 3. Zum Eigentumserwerb führendes Faktum (*si mixti ... possent - si longiore ... egerint*). 4. Abschließende Feststellung des Eigentumserwerbs (*eius fieri qui accepit - videtur meo fundo adquisita esse*). Daß auch dieser Text auf Cassius zurückgeht, ist jedenfall nicht auszuschließen (vgl. auch die Berufung auf ihn in D 41.1.7.7). Aber auch der Umstand, daß beide Werke in derselben Schultradition standen und Lehrzwecken dienten, könnte die stilistische Nähe erklären.

S. dazu auch unten S. 186 f.

werden konnte, das dies regelmäßig so war). Das konnte man bei einer Geldvermengung nicht ohne weiteres unterstellen. Bei dieser war die Vornahme laufender Kassenbewegungen oder ein von der aktuellen Liquidität bestimmtes Wirtschaften eher typisch (vgl. S. 191). Aus der Perspektive der vorprozessualen Interaktion der Parteien war der Beklagte nun in der Situation, daß er, ohne sich dafür dem Vorwurf doloser Verweigerung der Streiteinlassung und dem resultierenden Risiko der *actio ad exhibendum* auszusetzen, seine verbindliche Äußerung nicht auf die Varianten Besitz oder Verbrauch einschränken mußte, weil er selbst nicht wissen konnte, ob das gezahlte Geld noch in der Kasse war.

Die Lösung, in diesem Fall die Vermengung als Eigentumserwerbstatbestand zu behandeln und so die Problematik von späteren Veränderungen von vornherein auszuschließen, die mit vermischungsrechtlichem Instrumentarium (*vindicatio pro parte*) nicht berücksichtigt werden konnten, gehorchte vor allem den Anforderungen der Praxis[480]. Aus diesem Motiv geht aber noch nicht hervor, wie der Bruch mit den vermischungsrechtlichen Prinzipien in dogmatischer Hinsicht bewerkstelligt wurde. Aufschluß darüber zu gewinnen ist nur möglich, wenn man die Überlegungen erforscht, die Cassius zu seiner in D 46.3.78 überlieferten Entscheidung geführt haben könnten.

### 7.4. Eigentumserwerb durch Vermengung beim Getreidetransport? – Alfenus D 19.2.31

Der Eigentumserwerb des vermengenden Besitzers an fremdem Geld nahm im römischen Recht eine Sonderstellung ein. Dennoch haben seit dem Humanismus Autoren immer wieder – sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* – erwogen, ob nicht auch andere Vermischungs- und Vermengungsfälle i.S. von D 46.3.78 zweckmäßiger zu lösen wären als nach den Grundregeln des Vermischungsrechts[481]. Von ähnlichen Diskussionen unter den klassischen Juristen berichten unsere Quellen nicht. Der beschränkte Anwendungsbereich der *vindicatio pro parte* wirft dennoch

---

[480] S. schon Göppert 82 („Lebensnothdurft"); Wacke 116.

[481] Nachweise in Fn. 439.

die Frage auf, wie entschieden wurde, wenn nach einer Vermischung oder Vermengung anderer Sachen mit einer Veränderung des dabei zustandegekommenen *acervus* zu rechnen war. Die von Pomponius in D 6.1.5 pr. gewährte *in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse* hatte einen unveränderten *acervus* zur Voraussetzung, der beide Beiträge zur Gänze enthielt, und damit vor allem Situationen zufälliger Vermischung vor Augen (oben Unterkapitel 7.3.4.), z.B. wenn in einem Speicherabteil versehentlich Getreide verschiedener Eigentümer eingelagert wurde oder die Trennwand zwischen zwei Abteilen eines *horreum* nachgab. Setzt man voraus, daß sich die Eigentümer in einer solchen Situation redlich verhielten, bestand keine Schwierigkeit, die für eine *vindicatio pro parte* notwendigen Mengenangaben anhand der Mietverträge über die Lagerabteile oder anderer Urkunden zu bestimmen[482] und daraufhin das Gemenge einvernehmlich oder durch *vindicatio pro parte* aufzulösen. Anders konnte dies den Umständen nach bei einem Getreidetransport sein, den D 19.2.31 zum Inhalt hat.

> D 19.2.31 (Alf 5 dig a Paulo epit)
> (I) *In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat:* (II) *quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione.* (III) *respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut* (a) *idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur)* (b) *aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli):* (aa) *ex superiore causa rem domini manere,* (bb) *ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito:* (bbb) *nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil alius eum debere*

---

[482] Zur Praxis bei der Getreidelagerung, auch die einzulagernde Menge in die betreffenden Verträge aufzunehmen, vgl. TP 7, 15, 16; und dazu J.G. Wolf/J.A. Crook, Rechtsurkunden in Vulgärlatein aus den Jahren 37 - 39 n.Chr. (1989) 18 - 21.

*apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret.* (IV) *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum.* (V) *quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare.* (VI) *et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset:* (VII) *sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi.* (VIII) *sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.*

Der komplexe Text[483], zu dem eine reiche Literatur existiert, wurde zuletzt von Nikolaus Benke einer eingehenden Exegese unterzogen[484]. Benke kam zum Ergebnis, daß Alfen mit der Konstruktion, daß der Frachtführer bei einem Transport ohne abgesondere Lagerung des Getreides Eigentümer der Ladung wurde, nicht die

---

[483] Insbesondere die Lösung (III) ist in sich mehrfach und sachlich kohärent gegliedert: Bei den *genera locatorum* unterschiedet Alfen grundsätzlich zwischen (a) *idem reddere* und (b) *eiusdem generis reddere* und wiederholt dies hinsichtlich der dinglichen Rechtsfolge Eigentumserhalt (aa) oder Eigentumsverlust (bb) beim Transport. Beim *depositum* ist nur die zweite Variante (bbb) erwähnt; die fehlende steckt wohl im Wort *depositum* selbst (aaa: Eigentumserhalt). Bei der sachenrechtlichen Fallösung beginnt er mit Variante b (IV) und nennt dann Variante a (V); bei der *actio oneris aversi* findet man ebenso b (VI) vor a (VII). Am Ende spricht er mit *ut in simili re solvi possit* wieder Fall b an.

[484] N. Benke, Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis", SZ 104 (1987) 156 - 237 (mit reichen Literaturnachweisen). Zusätzliche Literaturnachweise gibt Roth (Fn. 232) 134 Fn. 2; dazu ergänzen sind Schermaier 175 - 179 und A. Bürge, Der Witz im antiken Seefrachtvertrag, Index 22 (1994) 399 - 401.

Gefahrtragung i.S. von *casum sentit dominus* auf ihn verlagerte[485], sondern die Abwicklung des Vertrages, vor allem die sachenrechtlich vollwirksame Zuteilung von Alleineigentum bei Ausfolgung des Getreides durch den Frachführer erleichtern wollte[486]. Auf diesem Ergebnis aufbauend sollen sich die Überlegungen zu D 19.2.31 darauf konzentrieren, ob und inwieweit diese Entscheidung mit dem eingeschränkten Anwendungsfeld der *vindicatio pro parte* in Zusammenhang stehen könnte und ob aus der vom Vermischungsrecht abweichenden sachenrechtlichen Behandlung der Getreidevermengung in D 19.2.31 weitere Hinweise auf die *ratio* hinter der *commixtio nummorum* gewonnen werden können.

Der Sachverhalt (I) von Alfens Fall[487] war: Mehrere Personen hatten Getreide in das Schiff des Saufeius geschüttet. Dieses war gesunken, nachdem Saufeius erst an einen Befrachter ausgefolgt hatte. Die Anfrage (II) der leer ausgegangenen *ceteri* galt der *actio oneris aversi* für ihre Anteile (*pro sua parte frumenti*). Das *responsum* beginnt mit einer Erörterung über die *duo genera locatorum* (III) und erklärt vorerst nur, daß Saufeius Eigentümer geworden sei und er daher ausfolgen durfte (IV). Für den Fall des getrennten Transports (*ita ut internosci posset quid cuiusque esset*) verwies Alfen den Eigentümer des unrichtig ausgefolgten Getreides auf die *rei vindicatio* gegen den Besitzer (V). Erst danach kam der Jurist zum geltendgemachten Anspruch aus der *actio oneris aversi* zurück und verneinte ihn, da (VI) beim Sammeltransport der *nauta* Eigentümer wurde (*ut continuo eius fierent*; *quippe quod nautae fuisset*) oder (VII) bei abgesondertem Transport die *actio furti* zuständig sei. Und er schloß (VIII), daß Saufeius nur für *culpa* einzustehen habe, von der im konkreten Fall vernünftigerweise aber keine Rede sein könne (*quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum*).

---

[485] Bürge (Fn. 484) 400 sieht dies als Folge einer vertraglichen Haftungsübernahme des Schiffers für *vis maior*.

[486] Benke (Fn. 484) 228 - 236; im letzten Punkt stimmt Bürge (Fn. 484) 407 (Fn. 43 zu 401) wieder zu.

[487] Für diese Urheberschaft Benke (Fn. 484) 210 - 214 und zustimmend Roth (Fn. 232) 134 Fn. 2; kritisch Schermaier 177.

Das *responsum* galt der *actio oneris aversi*[488]. Alfens Lösung berücksichtigte zwei Fallgestaltungen, nämlich Vermischung und Absonderung, und deren unterschiedliche sachenrechtliche Konsequenzen. Daß Alfen den *nauta* als Eigentümer ansah (*videri triticum factum Saufeii; ut continuo eius fierent*; *quippe quod nautae fuisset*) wird man ohne radikale Eingriffe in den Text nicht bestreiten können[489]. Fraglich ist nun, ob dieser Eigentumserwerb originär aufgrund der Vermengung oder aber derivativ erfolgte.

Die Problemstellung geht von einer vermischungsrechtlichen Konstellation aus: Getreide, das verschiedenen Personen gehörte, war vermengt worden. Ausdrücke wie *confuderant, frumentum reddiderat de communi, pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt* verdeutlichen das genauso wie das Metallbeispiel zur *locatio conductio irregularis* (III). Es handelt sich wie bei Pomponius' *argentum in massam redactum* von D 6.1.3.2 um Silber.

Die Lösung der Klassik auf sachenrechtlicher Ebene wäre Quantitätseigentum gewesen und keinesfalls das Alleineigentum des Saufeius[490]. Eine sachenrechtliche Begründung, etwa, daß man eine Vermengung *suo nomine* des Saufeius annahm und Alfen daraus dessen Alleineigentum ableitete, wie das in der Frühklassik bei der *ferruminatio*[491] zumindest in Diskussion stand, muß an der Formulierung *complures frumentum confuderant* scheitern. An die Vermengungslage knüpfen Autoren an, die gegen den überlieferten Text Quantitätseigentum der Befrachter annehmen. Das versucht Theo Mayer-Maly[492] und trennt zu diesem Zweck mehrere Textschichten und Überarbeitungsstufen; oder jüngst wieder Hans-Jörg Roth, der am überlieferten Text festhaltend aus der Fragestellung der *ceteri* schließt, daß in der Praxis in Frachtverträgen Quantitätseigentum vereinbart

---

[488] Zur dieser nur hier belegten *actio oneris aversi* und den Thesen der Literatur s. Benke (Fn. 484) 193 - 198.

[489] Benke (Fn. 484) 207.

[490] Dazu oben Unterkapitel 7.2 und insbesondere auch Fn. 445.

[491] D 41.1.27.2 unten S. 181.

wurde[493]. Ebenfalls auf die vermischungsrechtliche Terminologie stützt sich Schermaiers Vermutung, daß aufgrund des einvernehmlichen *confundere* Miteigentum der Befrachter vorlag[494]. Außerhalb des Sachenrechts argumentiert Bürge[495] und schließt in der zuerst angesprochenen Variante (I, III b, IV) auf eine vertragliche Regelung *ut eiusdem generis redderetur*, die eine Haftung des Frachtführers für alle Risiken begründete; in der zweiten (III a, V) nimmt er an, daß die Möglichkeit *ut in simili re solvi possit* vereinbart worden war, sodaß Saufeius nicht das übernommene Getreide, sondern aus dem Gemenge zu leisten hatte und daher nur für *culpa* einstand[496].

Zugunsten seiner Sichtweise bringt Schermaier folgenden Gedanken in die Diskussion ein[497]: „Darüber hinaus fehlt beim Sammeltransport die für den Stoffvorrat etwa des Goldschmieds typische Eigenschaft des ständigen Hinzu- und Wegkommens von einzelnen Mengen. ... Welchen Sinn hätte es also, dem Reeder Eigentum und damit die Gefahr zu übertragen, gleich ob er *idem* oder *idem genus* ausliefern muß, wenn er doch in jedem Fall eine ganz bestimmte, abgegrenzte Menge Getreides befördert?“ Die Antwort ist nicht schwierig: Nur als Eigentümer konnte der Reeder in einer Situation, wie sie Alfen vorlag, durch Ausfolgung der vertragskonformen Mengen mit endgültiger Wirkung verfügen (*recte datum* i.S. von wirksam übereignet). Eigentum und Gefahrtragung waren, wie Benke nachgewiesen hat, von einander entkoppelt. Das Eigentum des *nauta* war ein treuhändisch gebundenes; im wirtschaftlichen Sinn und damit auch für die Risikoverteilung galt das Getreide weiterhin als fremdes.

---

[492] Th. Mayer-Maly, Locatio conductio (1956) 35 - 38. Nachweise der älteren Literatur außerdem bei Benke (Fn. 484) 203 Fn. 144.

[493] Roth (Fn. 232) 146 „Die *ceteri* fragen nach der *actio oneris aversi pro parte* und gehen also von der gemeinsamen Berechtigung an der Teilmenge aus, die Saufeius vor dem Schiffbruch einem der Befrachter herausgegeben hat.“

[494] Schermaier 177 f.

[495] Bürge (Fn. 484) 399 - 401.

[496] Dabei nimmt Bürge (Fn. 484) 400 an, „dass der Eigentumserwerb nicht vereinbart wird, sondern aufgrund der sachenrechtlichen Regeln zustande kommt.“ Diese führt er (a.a.O. 401) auf die Auslegung des Vertrages zurück.

Eine Lösung den Falles anhand der Theorien, die kein Alleineigentum des Frachtführers anerkennen, wäre aus mehreren Gründen problematisch. Ohne *culpa* auf Seiten des *nauta* fehlten Ansprüche aus der *locatio conductio*; die *actio oneris aversi* gewährte Alfen nicht einmal bei Alleineigentum, und somit wird sie wohl auch nicht bei Quantitätseigentum zur Anwendung gekommen sein. Es blieb die *actio furti* gegen Saufeius, die aber *dolus* voraussetzte[498].

Mangels schuldrechtlicher Ansprüche gegen Saufeius hätten die Befrachter versuchen können, sich an den *unus* zu halten, der bereits Getreide erhalten hatte. Sie hätten ihn heranziehen können, um ihre Nachteile aus dem Schiffbruch etwa im Sinne der Risikoausgleichung zu verringern, wie sie der *lex Rhodia de iactu* zugrundelag[499]. Daß Alfen im letzten Satz die Herausgabe an den *unus* seitens des *nauta* nicht als *culpa* wertete, mußte nicht ausschließen, daß der *unus* gegenüber den anderen Befrachtern als unsachlich privilegiertes (und daraus ausgleichsverpflichtetes) Mitglied ihrer Gefahrengemeinschaft erscheinen konnte.

Unter Zugrundelegung von Quantitätseigentum hätten die *ceteri* die *vindicatio pro parte,* bei dem von Schermaier vertretenen Miteigentum die *actio communi dividundo* erheben müssen. Bei Quantitätseigentum konnten die anderen Befrachter behaupten, daß nach Untergang des Schiffs der *acervus* nunmehr die bei *unus* vorhandenen Menge war, und davon „ihre Anteile" verlangen. Die *actio communi dividundo* ermächtigte den Richter zu *ex aequo et bono adiudicare*[500].

---

[497] Schermaier 178.

[498] Die Zustimmung der Befrachter zum Entladen und zur Herausgabe darf man wohl voraussetzen. Im Falle vereinbarungsgemäßer Herausgabe, aber auch bei irrtümlicher Annahme des *nauta*, er sei dazu berechtigt, wäre damit das *furtum* entfallen. S. dazu D 47.2.46.7 (Ulp 42 Sab) *Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit.*

[499] Dazu H. Honsell, *Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*, FS Waldstein (1993) 141 - 150.

[500] IJ 4.6.20 *Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam. qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur , eum invicem certa pecunia alteri condemnare.* Zur Klassizität des Inhalts s. Th. Drosdowski, Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht (1998) 39 Fn. 123.

Dazu war, wie Ulpian ausführte, das zu berücksichtigen, was *ad eum pervenit ex re communi*[501]. Bei wörtlichem Verständnis wäre *id quod pervenit* auch das, was ein Miteigentümer vorab erhalten hatte[502].

Sogar über die weithin im Dunkeln liegende Natur und Funktion der *actio oneris aversi* könnte man unter Zugrundelegung einer dinglichen Mitberechtigung aller Befrachter am vermengt transportierten Getreide zu einer neuen Hypothese gelangen. Über diese *actio* ist nicht viel mehr bekannt als ihr Name und daß sie in D 19.2.31 nicht zur Anwendung kam. Der Name muß daher der erste Anhaltspunkt für die Deutung ihrer Eigenschaften sein. Der Genetiv *oneris aversi* könnte von der Bezeichnung eines Delikts *onus aversum* stammen, so wie *actio furti* von *furtum. Oneris aversi* im Titel der Klage könnte sich aber auch aus der Schädigungshandlung ableiten, dem Wegbringen einer bestimmten Menge (*onus avertere*), etwa so wie der Name *actio servi corrupti* von *servum corrumpere.* Im letzten Sinn verstanden, käme als Klagegrund *onus avertere* nur die Herausgabe an den *unus* in Frage. Wenn die *ceteri* mit dieser Klage einen Anspruch *pro sua parte frumenti* stellten, konnte sich dieser nur auf ihre Quote am *onus aversum* beziehen, d.h. an dem Getreide, das *unus* erhalten hatte. Darin könnte man die Nachwirkung eines Mit- oder Quantitätseigentums sehen. Der *nauta* würde mittels *actio oneris aversi* für die korrekte Verteilung dieser Restmenge einstehen.

Die Geltendmachung von Mit- oder Quantitätseigentum am ausgefolgten Getreide war jedenfalls ausgeschlossen, wenn der Frächter bei der Verteilung Alleineigentum verschaffen konnte. Er brauchte also eine Verfügungsbefugnis. Diese könnte aus einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung oder aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gewonnen werden. Damit aber stößt man auf ein zentrales Problem, das bislang übergangen wurde. Wer waren die Vertragsparteien? Auf der einen Seite unzweifelhaft der Frachtführer Saufeius. Ihm standen aber mehrere *locatores*

---

[501] D 10.3.3 pr. (Ulp 30 Sab) *In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.*

Zur Abrechnungsfunktion der *actio communi dividundo* vgl. Drosdowski (Fn. 500) 41 - 45.

[502] Drosdowski (Fn. 500) 43 f. denkt vor allem an Früchte und andere Erträgnisse.

gegenüber. Hatten die *complures* daneben untereinander eine Vereinbarung geschlossen, mit der sie Saufeius zur Verfügung ermächtigen? Waren die *locationes* inhaltlich identisch oder hatte jeder seinen Vertrag individuell mit Saufeius ausgehandelt und abgeschlossen? Die Annahme, daß Saufeius inhaltlich idente Verträge geschlossen hatte, vielleicht unter Zugrundelegung eines von ihm vorgeschlagenen Formulars, würde zwar die Sache vereinfachen, erscheint aber nicht zwingend, wenn nicht gar unwahrscheinlich. Typischer Inhalt eines Vertrages über den Seetransport war nicht nur der Transport als solcher, sondern auch die vertragliche Risikoverteilung. Kürzlich erst hat Bürge herausgearbeitet, daß im römischen Seehandel unterschiedliche Gefahrtragungsregelungen vertraglich vereinbart werden konnten, woran sich dann das Frachtentgelt orientierte: Für einen höheren Preis übernahm der Frachtführer mehr Risiko und umgekehrt. Auf demselben Schiff konnten durchaus Personen mit unterschiedlichen Haftungsklauseln in ihren Beförderungsverträgen reisen[503].

Man müßte also den konkreten Sachverhalt genauer kennen, insbesondere ob die *complures* gemeinsam das Schiff beladen hatten[504], oder ob der Frachtführer so lange nach Kunden Ausschau gehalten hatte, bis er einen vollen Frachtraum hatte, d.h. die Eigentümer von einander keine Kenntnis hatten und untereinander auch nichts vereinbart haben konnten. Gleichfalls wissenswert wäre, ob die Beladung/ Entladung in jeweils einem Hafen geschah oder in mehreren[505] u.s.w. Diese Fakten wären für Rückschlüsse auf die konkrete rechtliche Gestaltung deswegen bedeutsam, weil ohne gemeinsame Beladung und Abholung des Getreides keine Zustimmung aller Betroffenen zur Aufteilung des Gemenges bei Entladung des Schiffes durch den Reeder vorliegen konnte. Die Rätsel, die der Text aufgibt, sind damit aber noch nicht erschöpft. Nicht einmal über den genauen Ablauf des Untergangs sind wir informiert: Denkbar wäre, daß das Schiff in einem Hafen einen

---

[503] Bürge (Fn. 484) 396 f.

[504] Schermaier 178 bezeichnet auch die von ihm präferierte Deutung („doch scheint die Initiative zum gemeinsamen Transport eher von den Befrachtern ausgegangen zu sein") nur als Vermutung.

Teil seiner Ladung gelöscht hatte und danach auf dem Weg zum nächsten gesunken war[506] oder der Untergang während des Löschvorgangs erfolgte[507].

Das Fehlen von Angaben über etliche für eine Entstehung von Mit- oder Quantitätseigentum relevante Punkte ist ein weiteres Argument gegen diejenigen Autoren, die sich zugunsten von Mit- oder Quantitätseigentum aussprechen. Bei Alfens sonst dokumentierter Neigung zu lebensnahen, detailreichen und farbigen Sachverhaltsdarstellungen läßt das wohl nur die Deutung zu, daß diese Punkte nicht erheblich waren, weil Alfen ohnehin mit der Übergabe an den Frachtführer einen Übergang des Eigentums an diesen eintreten ließ (*nautae traderentur, ut continuo eius fierent*). Damit vermied er alle Probleme, die sich aus unterschiedlichen Einzelverträgen, dem mangelnden Konsens unter den Mit- oder Quantitätseigentümern etc. in sachenrechtlicher Hinsicht ergeben konnten. Streitigkeiten über die Art der Verteilung oder der Nichtbeachtung von Bestimmungen in Einzelverträgen (Beiziehung des Beladers zum Entladung, Genehmigung der Teilung u.s.w.) konnten noch immer mit dem Frachtführer abgeführt werden; auf Mitbefrachter oder Dritte konnten sie nicht durchschlagen.

Ein gemäß der sachenrechtlichen Regeln ohne vertragliche Einigung unter den Eigentümern (Befrachtern) eintretendes Quantitätseigentum hätte sich mit der *vindicatio pro parte* in diesem Fall schlecht verfolgen lassen. Konnte der Kläger sicher sein, daß im Schiff, wenn es im Hafen einlief, nachdem es mehrere Zwischenstationen hinter sich gebracht hatte, noch seine Getreidemenge war? Woher sollte er zwecks Anteilsberechnung Informationen über die genaue Menge der Zu- und Entladungen oder über Verluste auf See u.s.w. erhalten? Gegen welchen der übrigen *complures* konnte der als letzter zum Zug kommende Belader vorgehen, wenn er feststellte, daß die Restmenge für ihn nicht ausreichte?

---

[505] Das will Schermaier 178 ausschließen; für „offenbar mehrere Bestimmungsorte" Mayer-Maly (Fn. 492) 35.

[506] So z.B. Mayer-Maly (Fn. 492) 35; Bürge (Fn. 484) 399.

[507] Das ist die Benke (Fn. 484) 194 für eher und Roth (Fn. 232) 134 Fn. 4 allein in Betracht zu ziehende Variante.

Der erste Satz des *responsum,* der nach dem Exkurs zu den *genera locatorum* wieder zum konkreten Fall Stellung nimmt (IV), beseitigt alle diese Probleme: *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum.* Erst nachdem die sachenrechtliche Position so geklärt ist, nimmt Alfen zu der eigentlichen Frage nach der *actio oneris aversi* Stellung. Daß Alfen jedenfalls auch Überlegungen zur dinglichen Situation angestellt hatte, beweist die Stellungnahme zum getrennten Transport (V): *non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare.*

Im Ergebnis bestätigen diese Überlegungen, daß Benkes Deutung dem Text am ehesten gerecht wird und daß Saufeius deswegen mit der Übergabe des Getreides derivativ Eigentum erworben hatte und kein sachenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Eigentum an Quantitäten bestand. Mit der Konstruktion eines treuhändisch gebundenen Eigentum stellte Alfen sicher, daß vom Befrachter vertragskonform herausgegebenes Getreide vom späteren Schicksal des Restgetreides gelöst wurde. Der Empfänger konnte somit ab der Ausfolgung ohne Bedenken darüber verfügen. Im übrigen wäre eine *actio in rem* der Mitbefrachter gegen den *unus* bei einem Schiffbruch nach Entladung eines Teiles der Ladung in der Regel ohnehin nutzlos gewesen. Die zum Schutz des nach Vermengung eingetretenen Quantitätseigentums bestimmte *vindicatio pro parte* – auch als *vindicatio incertae partis* – setzt in den überlieferten Fällen einen unveränderten *acervus* voraus. In der *intentio* nannte der Kläger dabei die von ihm übergebene Menge als seinen Anteil am Gemenge. Nach einer Veränderung des Gemenges hätte die *vindicatio pro parte* von Angaben über die aktuelle Größe der Anteile verlangt, die ein Kläger im Regelfall schwerlich erbringen konnte.

Für die eingangs aufgeworfene Frage nach dem Grund, weshalb in anderen Vermengungsfällen nicht wie bei der Geldvermengung entschieden wurde, macht D 19.2.31 deutlich, daß den Juristen, wenn von vornherein mit einem Versagen der *vindicatio pro parte* zu rechnen war, an derselben Lösung wie in D 46.3.78 gelegen war: Sie sprachen dem Besitzer alleiniges Eigentum zu. Insoweit bestätigt D 19.2.31 die Folgerungen über die praktischen Erwägungen, die zur Sonderbehandlung bei

der *commixtio nummorum* geführt hatten[508]. Für den Eigentumserwerb des Saufeius wurde aber nicht auf eine sachenrechtliche Lösung zurückgegriffen, also kein originärer Erwerb konstruiert, sondern ein derivativer bei der Beladung des Schiffes. Die Grundlage für diese Sichtweise dürfte Alfen aus der Interpretation von Seefrachtverträgen oder Handelsbräuchen gefunden haben.

### 7.5. Die dogmatische Konstruktion des originären Eigentumserwerbs in D 46.3.78

Im Gegensatz zu dem in D 19.2.31 vorgefundenen, auf dem Parteiwillen beruhenden derivativen Eigentumserwerb des Besitzers bei einer Vermengung, wurde in D 46.3.78 eine sachenrechtliche Regel wirksam. Deren dogmatische Hintergründe und ihre Konstruktion sollen nunmehr analsysiert werden.

Bonfante[509] und Kaser[510] erwägen, daß die Lösung von D 46.3.78 vielleicht nur von den Sabinianern vertreten wurde[511]. Vor Cassius bzw. von den Prokulianern sei auch die Geldvermengung wie jede Vermischung behandelt worden[512]. Als Ausgangspunkt dieser These dient Cassius' Stellungnahme zur *ferruminatio* in

> D 41.1.27.2 (Pomp 30 Sab)[513]
> *Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda*

---

[508] Benke (Fn. 484) 223 f. (Fn. 237) überlegt, ob nicht auch bei der Übergabe von Bruchgold ein Eigentumserwerb i.S. von D 46.3.78 stattgefunden haben könnte, lehnt dies aber mangels Verkehrsschutzbedürfnissen ab.

[509] Bonfante (Fn. 237) 165 f.

[510] M. Kaser, Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht, SZ 65 (1947) 242; Kaser 191 f. spricht vorsichtiger von einer Kontroverse aber keinem Streit; in RPR I 431 Fn. 51 hält er einen Schulenstreit für denkbar, aber nicht beweisbar. Ähnlich E. Holthöfer, Sachteil und Sachzubehör im römischen und im gemeinen Recht (1972) 30 Fn. 73. Eine Kontroverse lehnt Wacke 116 ab.

[511] S. schon Hohenemser (Fn. 127) 21.

[512] Das ist für Voci (Fn. 195) 266 auch bei Geld die klassische Lösung.

> *sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est. sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere.*

Bei der Verschweißung von Metallteilen (*ferruminatio*) ließ der Sabinianer Cassius einen Eigentumswechsel eintreten, wobei primär die Größe bzw. der Wert der Beiträge als Zuordnungskriterium des Eigentums an der durch die Verbindung geschaffenen Sache dienen sollte. Versagte dieses Kriterium, so zog er bei Gleichwertigkeit der Beiträge Miteigentum oder die Anwendung der Verarbeitungsregeln in Erwägung. Für die Prokulianer Proculus und Pegasus führte das Anschweißen wie das Anlöten keine Änderung des Eigentums herbei[514].

Bonfante interpretiert unter Bezugnahme auf D 41.1.27.2 auch den Eigentumserwerb bei Geldvermengung als Folge einer *accessio*[515]: „quando la mescolanza delle cose fosse tale *ut discerni non possint* ... la massa maggiore attraesse la minore"[516].

Zur Überprüfung dieser Lehre und dogmatischen Rekonstruktion der möglichen cassianischen Überlegungen dazu muß zuerst die zweite Stellungnahme des Cassius zur *ferruminatio* in D 6.1.23.5 (Paul 21 ed) betrachtet werden.

> *(I) Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: (II) scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum bracchium sit, unitate maioris partis*

---

[513] Lenel, Pal. I, Cassius Nr. 107.

[514] Schermaier 146. Zum Schulenstreit über *adplumbatio* und *ferruminatio* vgl. D. Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, ANRW II/15 (1976) 250; G.L. Falchi, Le controversie tra Sabiniani e Proculiani (1981) 130 f.

[515] Ablehnend Fuchs, Iusta causa 191 (m.w.N.); Kaser 190 f. Zur *accessio* zählten schon die Glossatoren u.a. auch *confusio* und *commixtio*; s. Landsberg (Fn. 419) 251 - 267.

[516] P. Bonfante (Fn. 237) 166. Gegen die Anwendung von Akzessionsgesichtspunkten schon Hartmann (Fn. 27) 31; s. auch Wacke 118.

*consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: (III) ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.*

Zu Beginn des Textes[517] (I) formulierte Paulus als Grundsatz, daß bei Verbindung zweier beweglicher Sachen kein Wechsel des Eigentums eintrat[518] und der Eigentümer, solange die Verbindung bestand, nicht sogleich vindizieren, sondern zuerst *ad exhibendum* klagen mußte. Zur *ferruminatio* referierte er die Lehre des Cassius (II), daß beide Sachen in einander aufgingen und eine Sache mit einheitlichem Charakter (*uno spiritu continetur*) formten[519]. „Meine Statue" und „dein Arm" ließen sich nicht mehr wie „meine Herde" und „dein Widder" auseinanderhalten, sondern bildeten eine Einheit. *Actio ad exhibendum* und Vindikation wurden durch eine

---

[517] Berechtigte stilistischen Korrekuren nimmt Kaser (Fn. 510) 234 vor; zur substantiellen Echtheit Voci (Fn. 195) 260 Fn. 2. S. auch die Exegese von A. Hägerström, Der römische Obligationsbegriff (1927) 236 f.

[518] Zur Verbindung z.B. Kaser, RPR I 429; Guarino 668 f. Abweichende Lehrmeinungen bei Kaser, RPR I 429 Fn. 39 und unten in Fn. 523.

[519] Dazu und zu den drei *genera corporum* s. D 41.3.30 pr. (Pomp 30 Sab).

*actio in factum* ersetzt[520]. Zuletzt (III) kam Cassius in der ersten Person nochmals zur *ferruminatio* zu Wort.

Der lehrhafte Traktat entstammt den *libri tres iuris civilis* des Cassius[521]. Ausgehend von einem Grundsachverhalt (*si statuae suae ferruminatione iunctum bracchium sit*) und dessen Variation (*etiamsi inde abruptum sit*) gelangte Cassius zu einer Verallgemeinerung (*quod semel alienum factum sit ... redire ad priorem dominum non posse*) und zur subsidiären Anwendbarkeit der *actio in factum*, die er von einem ähnlichen Fall abgrenzte[522]. Die theoretischen Begründungsversuche entsprechen dem Schulcharakter des Textes. Die von Cassius begründete Unterscheidung zwischen *adplumbatio*[523] und *ferruminatio* gehörte zur sabinianischen Schuldoktrin[524].

---

[520] Deren Interpolation vermutet P. Maddalena, „Tabula picta": ritorno a Jhering, Labeo 13 (1967) 74 Fn. 43; keinerlei Bedenken hegt dagegen R. Sotty, Les actions qualifiées d'"utiles" en droit classique, Labeo 25 (1969) 144 Fn. 14.

[521] Lenel, Pal. I, Cassius Nr. 27.

[522] Methodisch erinnert dies an das Herangehen an allgemeine Regeln in der sabinianischen Schule in D 50.17.1 Paul. 16 ad Plaut. und D 50.17.202 Iav. 11 epist. Vgl. oben S. 39.

[523] Voci (Fn. 195) 258 nimmt für jede Verbindung den Eigentumserwerb des Eigentümers der Hauptsache an (kritisch bereits Kaser, Rez. Voci, IVRA 4, 1953, S. 339; vgl. auch ders., Fn. 510, 232 - 240) und sieht als einzige Besonderheit die „irrevocabilità" der *ferruminatio*. Dieses Kriterium versagt, wenn, wie von Paulus ja auch erörtert, der Arm wieder abgetrennt wird. Eine tragfähige Begründung bietet dann nur die Veränderung des Bestandteils (s. z.B. P. Maddalena, „Accedere" e „cedere" nelle fonti classiche, Labeo 17, 1971, 169 f. und unten S. 189). Schon Göppert (Fn. 72) 90 weist auch bei den sogenannten untrennbaren Verbindungenen (*satio, implantatio, ferruminatio*) auf die immer bestehende faktische Trennbarkeit hin und leitet die Lösung richtigerweise aus der Entstehung einer wesensmäßig einheitlichen *res unita* ab.

[524] Vgl. auch Kaser (Fn. 510) 242. Guarino 668 zählt neben den ausschließlich in sabinianischen Kontext stehenden Belegen (zu den ziterten Stellen außerdem D 41.1.27 pr., Pomp 30 Sab) auch die Stellungnahme des Celsus in D 47.12.2 (Ulp 18 ed) zur Statue, welche *neque adplumbata fuit neque adfixa*, obwohl *ferruminatio* darin nicht vorkommt.

Grundsätzlich a.A. ist Voci (Fn. 195): Er bezieht nur D 6.1.23.5 auf die *ferruminatio* und unterstellt Cassius' eine Einzelmeinung (263). Gegen die Ansicht einer sabinianischen Schultheorie führt er eine gleichlautende prokulianische Meinung in D 41.1.26 pr. (Paul 14 Sab) ins Treffen (258 f.): *Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, <aedificio cementum>: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant.* (Zur Streichung von *aedificio cementum* s. Voci a.a.O. 258 Fn. 1.) Kaser (Fn. 510) 244 und 238 f. bezieht die Stelle auf die Vindikation durch den Eigentümer der Hauptsache; Hägerström (Fn. 517) 269 und Maddalena (Fn. 520) 183 auf die Unmöglichkeit einer gesonderten *possessio* an Bestandteilen; zum Text zuletzt O. Behrends, Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz, SZ 112 (1995) 225 - 229.

D 41.1.27.2 stimmt bezüglich der Rechtsfolgen einer *ferruminatio* mit D 6.1.23.5 überein. Da in D 41.1.27.2 die verbundenen Sachen nicht in einem offenkundigen Verhältnis von Über- und Unterordnung standen (arg. *partes*), wie dies in D 6.1.23.5 der Fall war (arg. *statua - bracchium*) suchte Cassius zuerst nach Kriterien zur Feststellung von Haupt- und Nebensache, ohne eine klare Entscheidung für gleichrangige *partes* zu liefern[525]. Die erwogenen Alternativen zeigen, daß er die Nähe der *ferruminatio* zur *confusio* bzw. *specificatio* sah, nicht aber, daß er die *ferruminatio* unter sie subsumierte[526].

An die *specificatio* erinnert es, wenn Cassius die Identität der *materia* zum Entscheidungskriterium nimmt: *quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit*. Das Spezifikationsrecht erklärt die cassianische Lösung jedoch nicht. Nach dessen Regeln hätte Cassius als Sabinianer für die Beibehaltung des Eigentums eintreten müssen und, da die Materialien zwei verschiedenen Personen gehört hatten, wohl Quantitätseigentum erwägen müssen[527]. Soweit er das in D 41.1.27.2 tut, bezieht er sich dafür nicht auf die *specificatio,* sondern die *confusio* (*sicuti massa confusa*). Bei Subsumierung des Falles unter die *specificatio* schlug er dagegen die – eher der prokulianischen Sicht bei der Verarbeitung entsprechende[528] – Lösung vor, den Auftraggeber des Handwerkers, der verschweißt hatte, Alleineigentum zu geben (*cuius nomine ferruminata est*)[529].

---

[525] Dieser Eindruck kann natürlich mit der Entstehung der *libri tres iuris civilis* aus der Schule zusammenhängen. *Videamus* läßt die Antwort offen (E. Pool, De minutulis curat philologus, SZ 100, 1983, 455). Es könnte sowohl die Einleitung zu einer für den Unterricht typischen rhetorischen Frage sein, für die Cassius bereits eine Lösung anbot, als auch auf eine noch offene wissenschaftliche Diskussion verweisen. Daß bereits in Pomponius' Vorlage eine Entscheidung des Cassius fehlte, wäre in der zweiten Variante natürlich denkbar. Wozu Cassius eher tendierte, ist nicht mehr erkennbar. Fest steht nur, daß er - anders als die Prokulianer - eine Gleichbehandlung mit der *adplumbatio* ablehnte.

[526] Ein Grund dafür war vielleicht, daß der Terminus *ferruminatio* einer fremden Fachsprache entstammt (Daube, Fn. 419, 15 f.) und noch ohne spezifische juristische Bedeutung war, die von Cassius erst zu erarbeiten war.

[527] D 41.1.7.7 (Gai 2 rer. cott.) ... *Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit* ... Vermutlich scheiterte die Übertragung dieses Gesichtspunkts daran, daß die *materia* beiden gehört.

[528] Als Verarbeitungsfall betrachtet würde D 41.1.27.2, Cassius als Anhänger der prokulianischen Lehre (Alleineigentum des Verarbeiters), Proculus und Pegasus dagegen als Vertreter der sabinianischen Auffassung (keine Änderung des Eigentums) zeigen.

Weiters unternahm Cassius einen Brückenschlag zur *confusio* (D 6.1.23.5 *ferruminatio ... facit confusionem*; D 41.1.27.2 *sicuti massa confusa*)[530]. Die Regeln der *confusio* führen nicht direkt zu diesem Ergebnis, weil die von Cassius getroffene Entscheidung mit keinem der beiden klassischen Lösungsmodelle der *confusio* von Metallen übereinstimmt: Der Sabinianer Gaius befürwortete in jedem Fall Miteigentum, Pomponius beließ bei nicht konsentierter Vermischung Alleineigentum nach Quoten[531].

Der Sinn dieser Überlegungen und ihre Bedeutung für Cassius' Argumentation in D 6.1.23.5 werden klarer, wenn man einen anderen Paulus-Text über die sabinianische Schullehre zur *inplantatio* mitberücksichtigt:

> D 41.1.26.1 (Paul 14 Sab)
> *Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.*

Ein Baum war in ein fremdes Grundstück versetzt worden, hatte dort Wurzeln geschlagen und wurde danach neuerlich ausgegraben. Mit der Verwurzelung fiel das Eigentum am Baum an den Grundstückseigentümer[532]. Ein neuerliches Ausgraben

---

Keine „prokulianische" Entscheidung des Cassius bietet D 13.7.18.3, da die Herstellung des Schiffes durch den Eigentümer des Waldes und damit des Materials erfolgte. S. Schermaier (Fn. 43) 224 f.

D 13.7.18.3 (Paul 29 ed) *Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: „quaeque ex silva facta natave sint".*

[529] Vgl.damit D 41.1.7.7 (Gai 2 rer cott) *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit ...*

[530] Den Hinweis in D 41.1.27.2 verdächtigt Schermaier 149 als „naseweise" Glosse. Für Voci (Fn. 195) 259 behandelt D 41.1.27.2 überhaupt die *confusio*. Die Entscheidung in D 6.1.23.5 führen z.B. auch U. Ratti, Rinascita della proprietà in tema di accessione, St. Bonfante 1 (1930) 268, 271 und Maddalena (Fn. 520) 185 auf die Vermischung zurück. Nach A. Guarneri Citati, La cosidetta accessione separabile e i suoi effetti, APal 14 (1930) 255 bewirkt die *confusio* die *consumptio* des Bestandteils; nach C. Roddi, I mutamenti della cosa e loro conseguenze giuridiche in diritto romano (1936) 38 kommt es zum 'asorbimento' des Bestandteils; für Falchi (Fn. 514) 130 stellen die Sabinianer auf die 'prevalenza' der Hauptsache ab.

[531] D 41.1.7.8 f.; D 6.1.3.2, 5 pr. S. dazu Schermaier (Fn. 43) 163 - 174 (m.w.N.) und oben S. 154 - 157.

[532] Vgl. weiters Gai 2.74 und D 41.1.9 pr. (Gai 2 rer cott).

führte nicht zu einem Rückfall an den früheren Eigentümer, genausowenig wie das Abbrechen des einmal angeschweißten Armes. Dahinter stand also derselbe Grundsatz[533] – *quod semel alienum factum sit ... redire ad priorem dominum non posse* – wie in D 6.1.23.5 und – *agro cedit, et ... non ad priorem dominum revertitur* – in D 41.1.26.1. Begründet wird die Entscheidung in D 41.1.26.1 damit, daß der Baum durch die Aufnahme von *terrae alimentum* aus dem Grundstück ein anderer geworden sei[534].

D 41.1.26.1 zeigt in Problemstellung, Argumentation und Lösung Parallelen zur Entscheidung bei der *ferruminatio* und könnte ihr vielleicht als Modell gedient haben[535]: In beiden Fällen bewirkte die Verbindung eine irreversible Veränderung des Bestandteils. Der Bestandteil blieb nicht wie die vermengten Getreidekörner oder ein in die fremde Herde eingedrungenes Tier in seiner wesensmäßigen Eigenständigkeit erhalten (*retinere suam propriam speciem)*[536]. Die nachhaltige Veränderung bildete den Ansatzpunkt, um zu einer auch eine spätere Trennung überdauernden Neuzuordnung des Eigentums zu gelangen.

---

[533] Kaser (Fn. 510) 235.

[534] Für die Echtheit dieses Passus Voci (Fn. 195) 255 Fn. 3; Nachweise der Textkritik bei Roddi (Fn. 530) 35 f., der durch Streichung dieses Teils die Abgrenzung von trennbarer und untrennbarer Verbindung preisgibt.

Zum philosophischen Hintergrund s. R. Knütel, Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen, in: R. Zimmermann/R. Knütel/J. P. Meinecke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999) 561 - 563.

[535] Die Verbindung beweglicher Sachen assoziierte auch der Sabinianer Gaius mit dem Grundsatz *superficies solo cedit.* D 41.1.9.1 (Gai 2 rer cott) *Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur. ....* und die Entwicklung der Argumentation in Gai. 2.70 - 78, insbesondere 2.70 *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.* und die Anknüpfung daran zur Verbindung beweglicher Sachen in Gai 2.77 *Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt: ...*

[536] Vgl. IJ 2.1.38 ... *quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint ...* und die Verwendung dieses Kriterium zur Abgrenzung von Vermischung und Verarbeitung bei Pomponius in D 6.1.5.1 (Ulp 16 ed) *Idem (Pomponius) scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.* ... Dazu M.J. Schermaier, Zur Unterscheidung von Vermischung und Verarbeitung im klassischen römischen Recht, RIDA 39 (1992) 250 f.

Eine ähnliche Bedeutung von *species* in diesen Stellen vertritt bereits Hägerström (Fn. 517) 236 - 240.

Wie ließ sich die *ratio* der *implantatio* auf die *ferruminatio* übertragen, obwohl die *ferruminatio* definitionsgemäß *eadem materia* erfolgen mußte und so die wesentliche Voraussetzung, eine der Veränderung des Baumes durch das *alimentum terrae* analoge Wesensänderung, gar nicht eintreten konnte? Eine unmittelbare Übernahme der Lösungen aus *specificatio* oder *confusio* scheiterte, da sowohl nach sabinianischer Spezifikationslehre als auch nach den Prinzipien der Vermischung der abgetrennte Arm eher dem früheren Eigentümer zuzusprechen gewesen wäre.

Zur Entwicklung und Begründung seiner Lösung nahm Cassius zuerst Anleihen bei der *confusio*. Im Gegensatz zur *adplumbatio* erfolgte bei *ferruminatio* ein „Ineinanderfließen" (*confusio*) von Statue und Arm, das die Durchdringung von Grundstück und Baum bei der *inplantatio* imitierte[537]. *Confusio* erhielt dabei zwar eine assoziativ-bildhafte Bedeutung; der juristische Bedeutungsgehalt blieb aber präsent[538]. Dennoch fehlt in D 6.1.23.5 die notwendige „Identitätsänderung" (Untergang der ursprünglichen Sache und Annahme eines neuen Charakters) der Nebensache und deren Angleichung an die Hauptsache, welche erst die Beibehaltung des Eigentums nach Abtrennung legitimieren würde. Eine noch stärkere Anlehnung an D 41.1.26.1 scheiterte jedoch am Ausgangspunkt der cassianischen *ferruminatio*-Lehre, die aus Gründen der Abgrenzung von der *adplumbatio* eine Verbindung *per eandem materiam* verlangte. Die „*confusio*" zwischen Statue und

---

[537] Diese Beziehung bemerken bereits Göppert (Fn. 72) 90; Scialoja (Fn. 438) 76 und Hägerström (Fn. 517) 237, 250.

Ähnliche Überlegungen tragen auch ander Entscheidungen. Die Sabinianer führen den Eigentumserwerbs an einer *avulsio* auf die Durchdringung des Ufergrundstück durch Wurzeln von der angelandeten Scholle zurück: D 41.1.7.2 (Gai 2 rer cott) ... *si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.* D 39.2.9.2 (Ulp 53 ed) begründet den Eigentumserwerb an einer *crusta lapsa* durch die *unitas* mit dem Grundstück: *Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas ... ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.* S. dazu A. Watson, The Law of Property in the Later Roman Republic (1968) 74 f.; P. Maddalena, Gli incrementi fluviali nella visione della giurisprudenza classica (1970) 27 - 35. Der Verweis auf die *confusio* findet sich auch bei der Behandlung des *arbor in confinio nata* und des über eine Grundstücksgrenze reichenden Steins in D 10.3.19 pr. (Paul 6 Sab) und D 17.2.83 (Paul 1 manual); vgl. Schermaier 143 - 145.

[538] Noch deutlicher ist die Paralle zur *massa confusa* wieder in D 41.1.27.2. Zusätzliche Anhaltspunkte sieht Voci (Fn. 195) 159 und zählt D 41.1.27.4 zur *confusio*. Zum Sprachgebrauch von *confusio* Daube (Fn. 419) 15 Fn. 1 und Schermaier 125 - 129 und 148 Fn. 105, wo er für D 6.1.23.5 eine untechnische Verwendung annimmt.

Arm konnte deshalb keine Identitätsänderung im Bestandteil bewirken. Den Eigentumserwerb des Eigentümers der Hauptsache an der Nebensache konstruierte Cassius, indem er der Verbindung *per ferruminationem* weitergehende Auswirkungen als der *inplantatio* zuschrieb: Sie verzehrte den Bestandteil und vernichtete seine *species*[539]. Der Arm ging in der Statue auf und dabei unter[540], er wurde durch die Verbindung „konsumiert" (*bracchium ... unitate maioris partis consumi*)[541]. Damit waren die unterschiedlichen Folgen der Abtrennung des Armes nach *ferruminatio* und *adplumbatio* verständlich gemacht: Da der Arm mit *ferruminatio* endgültig untergegangen war, konnte er nach Trennung nicht an den früheren Eigentümer zurückfallen.

Für die Rekonstruktion der cassianischen Lösung bei der *commixtio nummorum* ist der Exkurs zu *ferruminatio* und *inplatatio* in methodisch-dogmatischer Hinsicht erhellend. Bei der Begründung der Rechtsfolgen der *ferruminatio* bediente sich Cassius der unterschiedlichen Formen des natürlichen Eigentumserwerbs als eines Reservoirs von diskutierbaren Lösungsmodellen. Er blickte dazu nicht primär auf

---

[539] Vgl. auch Maddalena (Fn. 520) 184 und 186. Zur ähnlichen Konstruktion bei den Glossatoren Landsberg (Fn. 419) 258.

Sachuntergang bzw. -weiterbestand begegnen auch als Kriterien bei der *inaedificatio*: D 46.3.98.8 (Paul 15 quaest) ... *area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debebit* ... oder bei der Frage nach der Erhaltung einer Servitut D 8.2.20.2 (Paul 15 Sab) *Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intellegatur: nam alioquin si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur: et ideo sublato aedificio usus fructus interit, quamvis area pars est aedificii.* S. weiters D 41.3.23 pr. (Iav 9 epist) ... *cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie* ...

[540] Mit Blick auf die *actio ad exhibendum* argumentierte sogar Sabinus (!) mit dem Untergang der Ausgangssache bei einer Metallbearbeitung: D 10.4.9.3 (Ulp 24 ed) *Sed si quis in rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.*

[541] Abstrakter formuliert tritt dieser Gedankengang in § 4 entgegen: D 6.1.23.4 (Paul 21 ed) *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit* ... Einen ähnlichen Gedanken wollen Bonfante (Fn. 237) 160 Fn. 4 und Dell'Oro (Fn. 101) 193 Fn. 5 in D 32.78.4 (Paul 4 Vitell) erkennen.

Behrends (Fn. 524) 206 f. erkennt an, daß Cassius' aufgrund des „Übergewicht(s) des beherrschenden Teils argumentiert"; seine Begründung ist jedoch nicht, daß der Untergang des Armes fingiert wird, sondern einer Spezialregelung für Kunstwerke, wonach „der 'Geist' des Kunstwerks auch den angeschweißten Arm erfaßt und durchdringt und dadurch mit dauerhafter Folge das Eigentum an der Statue auf den Arm erstreckt." Rechtlich bewirkt dies die Aufzehrung des Armes (a.a.O.) Fn. 19.

die durch das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge fixierte Typizität[542], sondern auf die Übertragbarkeit der hinter den etablierten Lösungen stehenden Grundgedanken. Seine Methode war nicht subsumierend, sondern ein ergebnisorientiertes Kombinieren von Versatzstücken. Es lassen sich dabei zwei Schritte beobachten. Der Jurist begann damit (D 41.1.27.2), die direkte Übernahme der Lösung aus einem etablierten Typus (*confusio*, *specificatio*) zu prüfen; als sich dies als untunlich erwies, erarbeitete er (D 6.1.23.5) eine Begründung durch freie Kombination mehrerer Modelle (*accessio, confusio*). Diesen Lösungsweg zeigt die Behandlung des vermutlichen Anlaßfalles bei der *ferruminatio* (Anschweißen eines fremden Armes an die eigene Statue) in D 6.1.23.5. Obgleich Cassius seine Entscheidung primär in den Bezugsrahmen der *accessio* stellte, machte erst der Rückgriff auf die *confusio* den endgültigen Zuwachs durch das „konsumierte" Eigentum am Arm plausibel. Hierbei bediente sich Cassius der semantischen Vieldeutigkeit von *consumere*, die ihm erst gestattete, sowohl die Voraussetzungen als auch die Wirkungen der Verbindung in einem Wort prägnant zu erfassen. Mit *consumere* brachte er zugleich den Sachuntergang, der zum dauernden Erlöschen des Eigentums führte, und den Eintritt einer Bereicherung durch den korrelierenden Eigentumserwerb, welche zur Ausgleichspflicht mittels *actio in factum* führte, zum Ausdruck[543].

Die bei der Analyse der *ferruminatio* zu Tage getretene kreative methodische Offenheit, mit der Cassius bereits typologisch fixierte Modelle variierte und kombinierte, unterstützt die Vermutung, daß vielleicht auch die Neuerung in D 46.3.78 durch die Kombination unterschiedlicher Gedanken aus dem Fundus der Leitideen des natürlichen Eigentumserwerbs konstruiert wurde. Anders als Bonfante wird man die Untersuchung nicht darauf beschränken dürfen, ob für Cassius die *commixtio nummorum* auch ein Fall der *accessio* war, sondern in Rechnung stellen müssen, daß im methodisch breiten Zugang des Cassius der

---

[542] Das Fehlen strikter Grenzen zwischen den Erwerbstatbeständen vermerkt auch Schermaier 135, 147.

[543] Kaser 198 Fn. 96 versteht *consumere* als „in dem gleichartigen größeren Stück" aufgehen.

Rückgriff auf *confusio* und *accessio* nicht die strikte Subsumtion unter einen Typus bedeutete, sondern nur den Bezugsrahmen zur Entscheidungsfindung absteckte.

Überträgt man Cassius' Äußerungen von der *ferruminatio*, wie dies Bonfante tut, eins zu eins auf die *commixtio nummorum*, so setzte der Eigentumserwerb unterschiedlich große Anteile voraus. Für D 46.3.78 wäre stillschweigend zu unterstellen, daß der Anteil des vermengenden Besitzers (erheblich) größer war[544]. Zum Alleineigentum des Vermengenden wäre es nur dann gekommen, wenn eine geringe Zahl fremder Münzen in einen Geldvorrat, vielleicht die Hauptkasse, gerieten. Umgekehrt hätte Cassius, falls er wie bei der *ferruminatio* entscheiden wollte, dem Eigentümer der fremden Münzen das Alleineigentum zusprechen müssen, wenn sein Beitrag größer war. Gleiche Anteile hätten keine Lösung zugelassen. Die Position des Klägers wäre also wieder davon abhängig gewesen, ob er sich Einblicke in die Finanzgebarung des Besitzers verschaffen konnte (oben S. 135).

Dieses Problem vermeiden Kaser und Wacke durch die Vermutung, Cassius habe die Konstellation, daß der Kassenbestand höher gewesen sei als die zugeflossene Geldmenge, als Regelfall betrachtet[545]. Sie unterstellen also, daß der „durchschnittliche" *pater familias* regelmäßig größere Bargeldbestände im Hause hielt. Diese Annahme wirkt vor dem Hintergrund des römischen Geldwesens (Fehlen von Papier- und Buchgeld) durchaus naheliegend und keiner weiteren Untersuchung bedürftig[546]. Allerdings mahnt Bürge in dieser Hinsicht zur Vorsicht, da sich größere römische Haushalte regelmäßig der *nummularii* als Zahlstellen

---

[544] Bei Geld könnten sich auch durch das Abstellen auf *pro portione ... vel pro pretio* (D 41.1.27.2) unterschiedliche Lösungen ergeben, wenn die hinzugekommenen Münzen wertvoller war, als die Masse der bereits vorhandenen. Waren hingegen alle wertvoller und blieben damit erkennbar, fehlt das *discerni non posse*.

[545] Kaser 191 und Wacke 118. Wacke schließt wegen *si mixti essent* ... aus, daß der empfangene Geldbetrag größer war.

[546] Vgl. H.P. Benöhr, Rez. H.T. Klami, Mutua magis videtur quam deposita (1969), SZ 89 (1972) 442: „Auf den eher banalen Hinweis, daß im Altertum mangels Banknoten und anderer moderner Wertpapiere stets größere Mengen von Bargeld gehalten und bewegt werden mußten, verzichtet er (Klami)."

bedienten und daher „keine nennenswerten liquiden Mittel hielten“[547]. Vorsichtigerweise wird man das Vorhandensein von großen Geldmengen nicht als den Standardfall ansehen dürfen, den eine rechtliche Regelung stillschweigend zum Anknüpfungspunkt nehmen konnte. Eine direkte Ableitung der Geldvermengung aus *accessio* und *ferruminatio* war für Cassius daher nicht möglich.

Am ehesten wird eine Verbindungslinie zwischen den cassianischen Lehren zu *ferruminatio* und *commixtio nummorum* einerseits auf methodischer Ebene zu finden sein, im freien Umgang des Cassius mit Lösungsmodellen und Begründungsansätzen, andererseits im in beiden Fällen offenkundigen Motiv, praktikable Lösungen zu erreichen.

Die *commixtio nummorum* hätte man gemäß dem wohl schon dem Sabinianer Gaius geläufigen Grundsatz *quia singula corpora in sua substantia durant* (IJ 2.1.28)[548], da die einzelnen Münzen ihre physische Integrität behielten, als gewöhnlichen Vermischungsfall ohne eigentumsrechtliche Auswirkungen

---

[547] Bürge, Fiktion (Fn. 21) 476 mit Nachweisen der Kontroversen im wirtschaftsgeschichtlichen Schrifttum. Sogar von notorisch knapper Liquidität in der Klassik spricht A. Bürge, Der Text als Problem des Kontextes, SZ 115 (1998) 157, von „chronische(r) Münzknappheit“ Bürge, Geld (Fn. 21) 128. Umfassend zum Liquiditätsproblem Bürge, Geld (Fn. 21) passim.

Dies könnte auch erklären, warum bei Geldschenkungen zwischen Ehegatten, welche zum Erwerb einer Sache verwendet wurden, die Ersparnis grundsätzlich nicht als Bereicherung gewertet wurde und daher nach Verbrauch des Geldes keine Rückforderung stattfand. (K. Misera, Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten, 1974, 148 f.; vgl. unten S. 204) Bei knapper Liquidität veranlaßt meist erst das Geldgeschenk die Ausgabe, sodaß keine Ersparnis vorliegt. Wenn Ulpian in D 24.1.5.17 (Ulp 32 Sab) die Bereicherung selbst dann verneint, wenn die Frau ohne die Schenkung ein Darlehen aufgenommen hätte, um einen Aufwand für einen Verwandten zu tätigen, muß das kein Widerspruch sein, sondern man könnte darin sogar eine Bestätigung dieser Deutung sehen: Im Vordergrund der Betrachtung steht eben, daß das Geld sofort weitergegeben wurde, d.h. sich die verfügbare Menge liquiden Geldes bei der Frau durch die Schenkung nicht erhöht hatte. Diese Denkweise wird dann leichter einsichtig, wenn man sich vorstellt, daß Dispositionen mangels größerer liquider Geldmengen von Moment zu Moment getroffen wurden und man nicht über einen längeren Zeitraum „bilanzierte“. Deswegen spricht Ulpian (D 24.1.7.7 Ulp 31 ad Sab) bei Begleichung einer gegen die Frau bestehenden Forderung durch den Ehemann diese nur als *quasi locupletior ex ea facta* an.

S. D 24.1.50.1 (Iav 13 epist); D 24.1.29 pr., D 24.1.31.9 (Pomp 14 Sab), D 24.1.7.1 (Ulp 31 Sab), D 24.1.5.17 (Ulp 32 Sab); dazu Niederländer (Fn. 8) 32 -34; Misera 148 f., 160 - 163, 178; Schlei 65 - 71

Eine anschaulichen Eindruck von der Situation „knapper Liquidität“ gibt Ulpian mit dem Ausgangsfall zum sogenannten *contractus mohatrae*; D 12.1.11 pr. (Ulp 26 ed) *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. ...* insoweit fast wortgleich D 19.5.19 pr. (Ulp 31 ed); dieselbe Lage schildert in anderem Kontext D 24.1.7.1 (Ulp 31 ad Sab). Zum Liquiditätsproblem dabei Bürge, Geld (Fn. 21) 141.

behandeln können. Genausowenig veränderte das Anschweißen des Armes an die Statue faktisch den Bestand der *materia/substantia*. Mit der Entscheidung für einen Alleineigentümer der verbundenen Sache bei der *ferruminatio* vermied Cassius in erster Linie wiederum praktische Probleme, die sich bei einer Trennung (etwa durch die *actio ad exhibendum* wie bei der *adplumbatio*) ergeben konnten. Sein juristischer Weg zu diesem Ziel war die Fiktion des Sachunterganges.

Bei der Geldvermengung ist klar, daß der Zugriff auf das eingemengte Geld für den Kläger mit Schwierigkeiten verbunden war, während es daneben andere erfolgversprechende Rechtsbehelfe gab, die allerdings erst dann zum Zuge kommen konnten, sobald die Vindikation endgültig ausgeschlossen war. Denkbar ist, daß Cassius' juristische Begründung für die praktisch einfachste Lösung in dieser Situation, das Alleineigentum des Besitzers, in ähnlicher Weise wie bei der *ferruminatio* lautete: Die juristische *ratio* der *commixtio*-Lösung wäre damit die *consumptio* der Münzen, ähnlich wie eine *consumptio* bei der *ferruminatio* als konstruktiver Behelf diente (D 6.1.23.5 *unitate maioris partis consumi*).

Dies wäre ein Indiz dafür, daß die *commixtio nummorum* schon von den Römern i.S. der sog „Konsumptionstheorie" gelöst wurde[549], obwohl dieser Gedanke erstmalig von der Glosse explizit in die Diskussion gebracht wurde: *quasi nummi sint consumpti per immixtionem cum aliis*[550]. Accursius fingierte (*quasi*) den Untergang der *nummi* bei Vermengung, um den Eigentumserwerb zu begründen. Die Anwendung einer Untergangsfiktion bereits im römischen Recht hat erstmals Hermann Hohenemser unter Hinweis auf D 6.1.23.5 vertreten und diese mit der Unmöglichkeit der Vindikation mangels Identifizierbarkeit der Münzen

---

[548] Schermaier 133 spricht der Begründung apodiktisch jeden Sinn ab und qualifiziert sie als Verlegenheitslösung Tribonians. Pampaloni (Fn. 423) 39, der ansonsten nicht mit Textkritik spart, wollte nur *corpora* durch *grana* ersetzen.

[549] Dafür Chevallier (Fn. 19) 378 Fn. 9; Kaser 190; Wacke 123, Manthe (Fn. 362) 47 f.; ablehnend Burdese (Fn. 80) 270 und Flume (Fn. 17) 79.

Zur Dogmengeschichte s. die Autoren bei Hartmann (Fn. 27) 25 Fn. 2; Hohenemser (Fn. 127) 5 - 8, 10 - 12, 17 f., 64 (*adde* Mancaleoni, Fn. 14) und Zoder (Fn. 127) 33 - 39.

[550] Gl. *accepit* zu D 46.3.78. Vgl. Landsberg (Fn. 419) 254; Hohenemser (Fn. 127) 5 f.

begründet[551]. Diese Erklärung wird jedoch, abgesehen davon, daß von strengen Konkretisierungserfordernissen bei der *rei vindicatio* ausgeht, den komplexen Überlegungen, die hinter Cassius' Entscheidung stehen, nur zum Teil gerecht.

### 7.6. Der Anwendungsfall von D 46.3.78

Im vorhergehenden Kapitel wurde dargestellt, wie Cassius den Eigentumsverlust an den vermengten Münzen als originären Eigentumserwerb des vermengenden Besitzers dogmatisch konstruierte. Nunmehr gilt es zu klären, in welchen Fällen es zu einem solchen Eigentumserwerb des Besitzers kam und warum Cassius nicht wie in anderen Vermengungsfällen eine *vindicatio pro parte* zulassen wollte.

Die herrschende Lehre geht davon aus, daß jede Vermengung, zumindest dann, wenn sie gutgläubig nach einer *solutio* erfolgte, den Besitzer zum Eigentümer des empfangenen Geldes machte[552].

Welcher Anwendungsbereich verbleibt dieser Regelung, wenn man die *vindicatio nummorum* nicht von der Individualisierung der einzelnen Münzen abhängig macht? Die Erörterung der Geldvermengung im Rahmen des römischen Vermischungsrechts hat ergeben, daß die bisher gegen die Anwendbarkeit der *vindicatio pro parte* bei einer Geldvermengung vorgebrachten Bedenken unbegründet sind. Solange es ein bestimmtes Geldgemenge als *acervus* i.S. von D 6.1.5 pr. gab[553], sprach auch nichts dagegen, daß der Eigentümer sein Geld mit einer *rei vindicatio* in Gestalt der *vindicatio pro parte* forderte. Für die Teilvindikation wären in diesem Fall keine anderen Angaben in der *intentio* notwendig gewesen, als die in D 6.1.6 für Geld vorgesehene Nennung der Summe[554]. Die Erklärung von D 46.3.78 wird dadurch noch schwieriger: Warum sollte die Vermengung zum Verlust des Eigentums und

---

[551] Hohenemser (Fn. 127) 78; ihm folgend Fuchs, Iusta causa 190; dagegen Burdese (Fn. 80) 271.

[552] S. die Nachweise in Fn. 448.

[553] Zum *acervus pecuniae* vgl. D 45.1.29 pr. (Ulp 46 ad Sab) ... *tamen si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae* ...

[554] Oben S. 164 und die Unterkapitel 7.3.4. und 7.3.5.

der *vindicatio nummorum* führen, wenn die Vindikation ohnehin grundsätzlich nur einer Summe galt?

Zur Beantwortung dieser Frage empfiehlt sich wieder der Blick auf die vorprozessuale Situation (oben S. 145): Nach der Zahlung mußte sich der Kläger für die Beantragung entweder der *rei vindicatio* oder der *condictio* (bzw. einer Vertragsklage) entscheiden. Dazu bedurfte er einer verbindlichen Äußerung des Beklagten zu den ihn betreffenden Prozeßvoraussetzungen der in Frage kommenden Klagen. Wenn der Beklagte grundsätzlich zur Mitwirkung bereit war (sonst hätte der Kläger zur *actio ad exhibendum* gegriffen), aber behauptete nicht zu wissen, ob er das erhaltene Geld noch habe, riskierte der Kläger sowohl bei der *rei vindicatio* als auch bei der *condictio* den Prozeßverlust wegen *pluris petitio,* wenn sich im Beweisverfahren herausstellte, daß einige Münzen nicht mehr bzw. doch noch beim Beklagten waren. Mangels vorprozessualer Äußerungen zum Besitz war der Beklagte in dieser Hinsicht nicht gebunden. Auch eine *vindicatio pro parte* verbesserte die Lage des Klägers nicht, da die Ungewißheit nicht die Höhe seines Beitrags zum aktuellen Kassenbestand des Beklagten betraf, sondern die Frage, ob dieser Beitrag noch *in toto* im Besitz des Beklagten war.

Um dem Kläger das Risiko der *pluris petitio* zu nehmen, wirkte die ursprüngliche Vermengung des Geldes, die rein vermischungsrechtlich betrachtet keinen Einfluß auf das Eigentum ausübte, in diesem Fall als Eigentumserwerbstatbestand. Genauer gesagt war es nicht die Vermengung als solche, sondern die in ihrer Folge eingetretene Möglichkeit von nachträglichen Veränderungen der Zusammensetzung des Gemenges. Vindikationsrechtlich betrachtet gab es den bei Vermengung zustandegekommenen *acervus* nicht mehr in seiner ursprünglichen Zusammensetzung, wie dies bei der *vindicatio pro parte* sonst vorausgesetzt wurde. Ohne *acervus*, der den gesamten Beitrag des Klägers enthielt, war eine Aussonderung – auch im Wege der *actio ad exhibendum* – unmöglich, was die *vindicatio pro parte* ausschloß. Für eine *rei vindicatio* war der Beklagte nicht mehr passivlegitimiert. Auch die von D 6.1.6 zugelassene generische Formulierung der *intentio* nützte dem Kläger nichts, wenn der Besitz des Beklagten zweifelhaft war.

Ist diese Erklärung mit der bei Javolen referierten Begründung des Eigentumserwerbs durch Cassius *si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit* vereinbar, obwohl diese eher anzudeuten scheint, daß Cassius den Eigentumserwerb als Folge der Vermengung ansah?

Interessante Überlegungen zu D 46.3.78, welche die hier entwickelte Lösung unterstützen, entwickelte die italienische Romanistik gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Alfredo Ascoli wollte die Regelung von D 46.3.78 auf den Fall beziehen, „in cui dalla mistione dei *nummi* non sia nato alcun mucchio determinato“[555]. Ohne *acervus* gab es keine *rei vindicatio*, da keine Passivlegitimation bestand. Daran anknüpfend folgerte Eugenio Barsanti, daß die *vindicatio nummorum* „la prova che in quel determinato scrigno, si trovano delle nostre monete, per un determinato valore“ voraussetzte. Scheiterte aber

> „la dimostrazione che in quel determinato scrigno vi sono i nostri nummi, e allora non potendosi fare quel discernimento intelletuale e quella separazione del denaro nostro da altrui ... le monete nostre, se pur ve ne sono, per la nota regola, *melior est causa possidetis*, rimangono di coloro che le possiede ...“ [556].

Barsanti reicht für die Vindikation der Nachweis, daß im Vorrat noch die Summe enthalten ist („una certa somma, che intendiamo di rivendicare“). Textlicher Anknüpfungspunkt ist die Beobachtung, daß *discernere* grundsätzlich „trennen“ und erst in übertragenem Sinn „unterscheiden“ bedeutet. Liest man den Text in diesem

---

[555] Ascoli (Fn. 438) 51.

[556] Barsanti (Fn. 438) 204. Beiden Autoren hält Mancaleoni (Fn. 14) 199 entgegen, daß weder Cassius noch Javolen etwas Ausdrückliches sagen, das dieser Interpretation entgegenkommt. Dieser Einwand gilt allerdings für alle anderen Theorien, die D 46.3.78 zu erklären versuchen, insbesondere auch für die von Mancaleoni favorisierte Konsumptionstheorie. Zustimmend dagegen Scialoja (Fn. 438) 81 f.

Verfehlt ist aber die Erklärung mit der Regel *melior est causa possidentis*: Besitzt der Beklagte die Münzen noch, dann bleibt er der Vindikation ausgesetzt; gleiches gilt aufgrund der Vertretbarkeit des Geldes, solange im ursprünglichen Vorrat noch die vom Kläger stammende Summe enthalten ist. Ist der Vorrat aber darunter abgesunken, dann beginnt die Vermengungsregel relevant zu werden. Zu diesem Zeitpunkt besitzt der Beklagte die Münzen aber nicht mehr.

Sinn, so läßt sich D 46.3.78 mit den anderen Vermischungstexten harmonisieren. In D 6.1.3.2 und D 6.1.5.2 (Ulp 16 ed) ließ Pomponius bei der Vermischung die *vindicatio pro parte* eingreifen, sobald die Wiederherstellung des früheren Zustandes (bzw. die Vorbereitung einer *rei vindicatio* im Wege der *actio ad exhibendum*) durch *deduci et separari* unmöglich wurde[557]. Wegen der erhöhten Vertretbarkeit von Geld verlangte eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht die Rückgabe derselben Münzen. Ob die Münzen identifiziert werden konnten, war dafür somit unwichtig. Relevant war allein, ob die Rückgabe aus dem ursprünglichen Gemenge (*acervus*) möglich war, ob die vom Kläger stammende Summe darin noch enthalten war. Dies konnte Cassius in D 46.3.78 mit *discernere* zum Ausdruck gebracht haben.

Die *vindicatio nummorum* verlangte keine Abtrennbarkeit konkreter Münzen, sondern, wie in der *intentio* formuliert, der geforderten Summe (*numerus*). Solange sich diese noch im Gemenge befand, konnte sie an den Kläger herausgegeben und deswegen auch mittels Vindikation verfolgt werden. Mißlang dies, weil sie nicht mehr im ursprünglichen Gemenge war, scheiterte der Zugriff des Vindikanten an der Passivlegitimation. Vermischungsrechtlich gesehen war die Trennung unmöglich geworden. Während in den „normalen" Vermischungsfällen, bei denen der Vorrat seinen ursprünglichen Umfang behalten hatte, nunmehr die *vindicatio pro parte* zum Tragen kam, verlor der Kläger, dessen *vindicatio nummorum* inhaltlich ja stets einer *vindicatio pro parte* entsprach, jede Möglichkeit zur dinglichen Verfolgung seiner Sachen.

Damit entspricht die Situation des Geldes *post commixtionem* der des nach *ferruminatio* nicht mehr abtrennbaren Armes. Bei der *ferruminatio* führte die als untrennbar bewertete Verbindung zur Identitätsänderung der Sache, die den Untergang des Eigentums am angeschweißten Arm bewirkte. Nach einer Geldvermengung ging das Geld für den Vindikanten unter, indem es mit der Entfernung aus dem Gemenge seinem Zugriff entzogen wurde oder zumindest nicht mehr

---

[557] Vgl. auch D 41.1.12.1 (Call 2 inst).

feststellbar war, ob und wieviel davon dort noch vorhanden war. In beiden Fällen verlor die Vindikation ihr Objekt. Damit war es nicht die Vermengung als solche, sondern die durch weitere Vorgänge eingetretene Untrennbarkeit des eingemengten Geldes, die zum Eigentumserwerb führte. Eine bloße Vermengung fremden Geldes mit dem Geld des Besitzers in einem *acervus* bewirkte noch nichts[558], da die Juristen die Herausgabe von irgendwelchen Münzen in summenmäßig richtiger Höhe problemlos als *restitutio* anerkennen konnten und daher das Gemenge noch trennbar war[559]. Hier wirkte sich die erhöhte Vertretbarkeit des Geldes aus, sodaß, wie Wacke richtig, aber entgegen seiner eigenen Theorie, feststellt, „[i]nnerhalb des einzelnen Geldvorrats ... die einzelnen Münzen nämlich als wechselseitig vertretbar [galten]“[560].

## 7.7. Ergebnisse

Der Eigentumserwerb des vermengenden Besitzers fiel aus dem Rahmen des römischen Vermischungsrechtes insofern heraus, als die Vermengung zu einer Neuzuordnung des Eigentums und nicht nur zu einer anderen Form der Verfolgung des Eigentums mittels *vindicatio pro parte* führte. Diese Entscheidung basierte auf praktischen Überlegungen. Zur Verfolgung von Geld mußte der Kläger eine Entscheidung zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio* treffen. Eine Vermengung des Geldes verhinderte die *vindicatio nummorum* nicht, solange der Beklagte zugestand, noch immer alle erhaltenen Münzen zu besitzen, da er nicht zur Restitution derselben Münzen verpflichtet war. Unmöglich wurde die Wahl zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio* aber dann, wenn der Beklagte sich damit verantwortete, das empfangene Geld mit seinem eigenen vermengt zu haben, und infolge dessen nicht mehr zu wissen, wieviel davon noch in seinem Besitz war. Dann war unsicher, ob der Beklagte noch alles fremde Geld besaß. In dieser Situation hätte der Kläger sowohl bei der *vindicatio nummorum* als auch bei einer

---

[558] Das kann man auch D 7.1.25.1 (oben in Fn. 411) entnehmen. Wenn ein Nießbrauchsklave Geld des Nießbrauchers und seines Eigentümers in denselben Beutel tat, blieben beide Eigentümer.

[559] Zur Naturalrestitution bei der *vindicatio nummorum* s. S. 24; zum Miteigentum an Geld S. 51.

*condictio* den Prozeßverlust wegen *pluris petitio* zu fürchten gehabt. Deswegen entschied man, daß der Empfänger, der eine die Aussonderung des fremden Geldes ausschließende Vermengung behauptete, Eigentümer wurde. Daraufhin konnte der Kläger ohne Risiko des *plus petere* kondizieren. Grund dafür war kein vermischungsrechtlicher Gesichtspunkt. Nach einer Vermengung war es dem Beklagten nicht zumutbar, verbindliche Äußerungen über den Besitz abzugeben. Nach den Regeln des Vermischungsrechts ließ sich die Geldvermengung deswegen nicht behandeln, weil durch eine *vindicatio pro parte,* nicht einmal in Form der *vindicatio incertae partis*, auf nachträgliche Änderungen des Gemenges Rücksicht genommen werden konnte. Mit diesem Problem dürfte auch Alfens Entscheidung in D 19.2.31 zugunsten des derivativen Eigentumserwerbs des Frachtführers bei der *locatio conductio irregularis* zusammenhängen, durch die Zweifel über die dingliche Zuordnung von ausgesonderten Getreidemengen von vornherein vermieden wurden. Bei der Geldvermengung brachte der Eigentumserwerb des Besitzers für den frühren Eigentümer des Geldes auch keine Nachteile, sondern ermöglichte ihm erst, sein Geld bzw. dessen Wert mit einer *condictio* ohne Risiko des *plus petere* zu verfolgen.

In dogmatischer Hinsicht griff Cassius, wie auch in anderen Fällen des natürlichen Eigentumserwerbes an einer fremden Sache (z.B. *ferruminatio*), dabei auf die Fiktion des Sachunterganges bei Vermengung zurück: Bei untrennbarer Vermengung wurde die Vindikation praktisch undurchführbar. Aktionenrechtlich betrachtet war das Recht an der Sache nicht mehr durchsetzbar. Damit ging die Sache aus Sicht des Eigentümers verloren. Man konnte sie nunmehr auch in sachenrechtlicher Hinsicht dem Besitzer zuordnen.

---

[560] Wacke 109.

# 8. *Nummos consumere*

## 8.1. Einleitung

Auf den bisher erarbeiteten Ergebnissen aufbauend kann nun untersucht werden, was die römischen Juristen mit *nummos/pecuniam consumere* zum Ausdruck brachten. Es ist dabei zu klären, inwieweit ein technischer Sprachgebrauch vorlag, ob sich *consumere* auf konkrete Sachverhalte eingrenzen läßt und welche prozessuale Funktion dieser Begriff hatte.

Um die Erfassung und Erklärung der *consumptio nummorum* bemüht sich die Rechtswissenschaft seit den Glossatoren[561]. Erst in dieser über die Jahrhunderte hinweg geführten Diskussion hat sich der Ausdruck *consumptio nummorum* herausgebildet und zugleich den Wert eines *terminus technicus* angenommen. Die substantivierte Form erscheint erstmalig in den Anmerkungen zur *Corpus Iuris* Ausgabe des Gothofredus bei D 46.3.78: *Immixtio habet vim consumptionis, consumptio vim solutionis*[562]. Damit wurde nicht der originäre Eigentumserwerb des vermengenden Besitzers begründet, sondern eine Erklärung für die Solutionswirkung der Geldvermengung (*immixtio*) durch Gleichsetzung mit der *consumptio nummorum* gegeben: *Immixtio*[563] und *consumptio* waren demgemäß wirkungsgleich und führten die Erfüllung herbei[564].

Den römischen Rechtsquellen ist das Substantiv *consumptio* noch fremd. In der sonstigen lateinischen Literatur gewinnt das Wort nicht vor dem 4. Jahrhundert an Verbreitung[565]. Dieser Befund ist für die Frage nach einem etwaigen technisch

---

[561] Vgl. Hohenemser (Fn. 127) 5 f.; Zoder (Fn. 127) 34 - 36. Weiters oben S. 193.

[562] Hohenemser (Fn. 127) 5 Fn. 9; Zoder (Fn. 127) 36. Zur Konsumptionstheorie auch oben S. 193.

[563] Zur Entwicklung der Terminologie oben in Fn. 419.

[564] Zur Frage, ob die *consumptio* als Eigentumserwerbstatbestand angesehen wurde vgl. den Überblick über die in der Literatur vertretenen Ansichten bei Kaden (Fn. 8) 571 f.

[565] Vgl. ThLL 4 (1946 - 49) 618 f. Die älteren Beleg aus dem Umkreis Ciceros sind für den Nachweis eines eigenständigen Wortgebrauches nicht repräsentativ. In Rhet.Her. 4.22.32 bietet nur eine Handschrift

fixierten Sprachgebrauch bei den klassischen Juristen nicht ohne Bedeutung. David Daube hat darauf verwiesen, daß die Bildung eines *nomen actionis* aus einem Verb eine Abstraktionsleistung und damit eine systematisierende, theoretische Beschäftigung mit dem zugrundeliegenden rechtlichen Phänomen voraussetzt[566]. Umgekehrt indiziert das Fehlen des einer häufig dokumentierten Verbalform entsprechenden Substantivs, daß dieses Stadium theoretischer Durchdringung der Materie noch nicht erreicht war.

Neben dem Substantiv *consumptio* geht den klassischen Quellen auch eine allgemeine Definition von *consumere* ab. Das dort allein bezeugte Verb *consumere* trägt eine Vielzahl von Bedeutungsschattierungen, die von der Kernbedeutung „aufzehren, verbrauchen" bis zu „aufwenden" oder „ein Recht zum Erlöschen bringen" reichen[567]. Diese semantische Unbestimmtheit ließ es vielleicht gar nicht zu, für den juristischen Sprachgebrauch nur eine dieser Bedeutungskomponenten als substantivischen *terminus technicus* hervorzuheben oder über eine Definition als alleinbestimmend zu isolieren.

Bevor nun auf die Bedeutung von *consumere* im Zusammenhang mit der *consumptio nummorum* eingegangen wird, sollen zunächst zwei Themenbereiche behandelt werden, bei denen dem Anschein nach von römischen Juristen doch Definitionsversuche zum Begriff *consumere* unternommen wurden bzw. eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Frage nach der juristischen „Konsumierbarkeit" von Sachen, darunter auch Geld, stattfand.

---

*consumptio* statt *sumptio;* in Cic.Tim. 18 ist das Substantiv *consumptio* wohl als Nachbildung des griechischen *φθίσις* zu erklären. A. Walde/J.B. Hofmann, Lateinisches etymologisches Wörterbuch $2^3$ (1954) 630 halten *consumptio* dennoch schon für ciceronianisch.

Zur Etymologie von *sumo* A. Walde/J.B. Hofmann (a.a.O.) 630; A. Ernoult/A. Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine[4] (1967) 666 f.

[566] Daube (Fn. 419) 11 „The step of forming the noun means something; a good deal or relatively little according to circumstances, but something. To put it at its lowest, there has been some reflection on the activity in question, there is some trend towards abstraction, systematization, classification perhaps, the thing is becoming more of an institution."

[567] Heumann/Seckel 101; VIR 1 (1903) 974 - 976; R. Leonhard, Consumere, RE IV (1901) 1145 f.; Liebs (Fn. 68) 177 f.

## 8.2. *Consumpsisse* in der *oratio Severi* zur Ehegattenschenkung

Einer Definition von *consumere* am nächsten kommt eine Stelle aus Ulpians Kommentar zum *ius civile* des Sabinus (D 24.1.32.9 Ulp 33 Sab). Es handelt sich dabei um die lemmatische Kommentierung zu einer das Recht der Ehegattenschenkung betreffenden *oratio Severi* aus 206. Diese *oratio* bestimmte, daß eine verbotene Ehegattenschenkung, die der Geschenkgeber zu Lebzeiten nicht mehr widerrufen hatte, selbst ohne Bestätigung durch Fideikommiß mit seinem Tod Gültigkeit erhielt[568]. Die *oratio* ist nicht im Wortlaut überliefert, einzelne der in ihr verwendeten Formulierungen werden von Ulpian in seinem Ediktskommentar aber zitiert und ausgelegt[569]. Daher weiß man, daß die *oratio* eine Bestimmung über das *consumere* des Geschenkten enthielt.

> D 24.1.32.9 (Ulp 33 Sab)
> *Quod ait oratio „consumpsisse", sic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit: ceterum si factus est, orationis beneficium locum habebit. sed et si non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem eaque exstet, dicendum est, si is decessit, qui factus est locupletior, posse repetere id quod dedit nec compensare id quod consumpsit, quamvis divortio secuto haec compensatio locum habeat.*

Das *consumere* in der *oratio* erläuterte Ulpian nicht, indem er ein faktisches Verhalten als *consumere* bezeichnete, sondern mit Blick auf die Rechtsfolgen bei

---

[568] D 24.1.32.1 f. (Ulp 33 Sab) *Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. (2) Ait oratio „fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse".* Vgl. Kaser, RPR I 332; Guarino 607; Misera (Fn. 547) 150 - 154; ders., Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten, FS Kaser (1976) 431; ders., Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht, FS Wahl (1973) 45; H. Schlei, Schenkungen unter Ehegatten (1993) 80 - 82.

[569] D 24.1.32 (Ulp 33 Sab).

der Ehegattenschenkung. *Consumpsisse* war mit *ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit* gleichzusetzen. In diesem Kontext bedeutete *consumere* den Ausschluß von *locupletior factus esse*. Voraussetzung einer Rückforderung des Geschenkten war, daß bei dem beschenkten Ehegatten eine aus der Schenkung herrührende Bereicherung vorhanden war. Durch *consumere* verlor der Geschenkgeber bzw. dessen Erben die Rückforderung, mit anderen Worten die Rückforderung entfiel wegen Wegfalls der Bereicherung[570]. Damit brauchte, da ohnehin kein Anspruch gegen den Beschenkten bestand, das *beneficium* der *oratio* nicht in Anspruch genommen zu werden. Wenn der überlebende Ehegatte bereichert war – also ohne *consumere* – griff zu seinem Schutz das *beneficium orationis* ein. Anders lag der am Ende des Textes angesprochene Fall, daß bei einer gegenseitigen Schenkung der überlebende Ehegatte das Geschenkte konsumiert und der verstorbene es bewahrt hatte. In dieser Konstellation konnte der Überlebende das vorhandene Geschenk von den Erben rückfordern, ohne daß zu seinen Lasten eine Aufrechnung mit dem von ihm Konsumierten in Analogie zum Fall der Scheidung zulässig war[571]. Von einer solchen Verrechnung handelt[572]:

> D 24.1.7.2 (Ulp. 31 ad Sab.)
> *Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint et maritus servaverit, uxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum et hoc divus Hadrianus constituit. aestimari oportere, in quantum locupletior facta sit mulier. proinde et si praedia hodie vilissimo sunt, consequenter dicemus litis contestatae tempore aestimationem eorum spectandam. plane si magni pretii praedia sunt, summa tantum numerata erit restituenda, non etiam usurae pretii.*

---

[570] Dazu vor allem Misera (Fn. 547) 131 - 166.

[571] Misera (Fn. 547) 152; zur Nichtanwendbarkeit der *oratio* und Weitergeltung des *ius vetus* (D 24.1.32.10 Ulp 33 Sab) bei Vorversterben des Beschenkten s. die Quellen bei Misera (a.a.O.) 152 Fn. 103.

[572] Misera (Fn. 547) 154 schließt aus D 24.1.32.9, daß die Kompilatoren diese Entscheidung, die ursprünglich nur an den Scheidungsfall dachte, zu verallgemeinern suchten.

Nach einer gegenseitigen Schenkung, bei der ein Gatte das ihm Geschenkte verbraucht (*consumpserit*), der andere es indessen aufbewahrt hatte (*servaverit*), verfügte Hadrian die wechselseitige Aufrechnung. Zu diesem Zweck wurde die aus dem Verbrauch des Geschenks herrührende Bereicherung (*in quantum locupletior facta sit mulier*) berücksichtigt. D 24.1.7.2 gilt einer von D 24.1.32.9 verschiedenen Rechtsfrage und verwendet den Ausdruck *consumere* auch in anderer Bedeutung.

Diese beiden Texte zeigen schon, wie der Sprachgebrauch von *consumere* selbst innerhalb eines Problembereichs variierte: In D 24.1.32.9 wurde mit *consumere* das Gegenteil von *locupletior factus esse* gekennzeichnet, während in D 24.1.7.2 die *uxor* trotz *consumere* als *locupletior facta* galt. Worin das *consumere* der geschenkten Sache (auch in D 24.1.32.9 wahrscheinlich Geld[573]) faktisch bestand, verdeutlicht kein Text.

In D 24.1.7.2 wie auch in anderen Texten zur Ehegattenschenkung schließt *consumere* nur die Vindikation, nicht aber einen Zugriff auf die Bereicherung aus[574]. Bezieht man diese Stellen mit Karlheinz Misera auf Geldschenkungen als wahrscheinlichen Regelfall, kann *consumere* ein Synonym von „ausgeben" darstellen[575]. In diesen Fällen haben *consumere* und *exstare* (vorhanden sein) denselben Sinn wie auch sonst bei der *vindicatio nummorum*[576].

In der *oratio Severi* dagegen brachte *consumere* den Wegfall der Bereicherung aus der Schenkung und den daran anknüpfenden Ausschluß einer Rückforderung zum Ausdruck[577]. Der Sprachgebrauch in der *oratio* war insofern singulär. Angesichts der verschiedenen Rechtsfolge kann Ulpians Definition zur Präzisierung

---

[573] Misera (Fn. 547) 151 Fn. 100.

[574] D 24.1.5.18 (Ulp 32 Sab); D 24.1.33.1 (Ulp 36 Sab); D 24.1.36 pr. (Paul 36 ed); D 24.1.37 (Iul 17 dig); D 24.1.39 (Iul 5 ex Minic).

[575] Misera (Fn. 547) 128 f., 132 f.

[576] Vgl. oben Unterkapitel 6.2. Zur *actio ad exhibendum* bei doloser Beseitigung der Vindikationsmöglichkeit D 24.1.37 (Iul 17 dig).

[577] Misera (Fn. 547) 145.

von *nummos/pecuniam consumere* direkt wenig beitragen. Zwei Berührungspunkte seien jedoch hervorgehoben.

Mit *consumere* verwendete die *oratio Severi* einen Ausdruck, der im sonstigen juristischen Sprachgebrauch, und das auch in Texten, die von Problemen der Ehegattenschenkung handeln, in einem anderen Sinn gebräuchlich war. Daraus ergab sich für Ulpian die Notwendigkeit, die konkrete Bedeutung im Zusammenhang mit der *oratio* zu definieren. Auf der anderen Seite zeigt das zugleich, daß *consumere* keineswegs als *terminus technicus* so gefestigt war, daß er nur in einem bestimmten Sinn gebraucht werden konnte[578].

Die *oratio* übernahm den Ausdruck *consumere* nicht isoliert, sondern behielt die Gegenüberstellung zu *exstare* bei. Auch *exstare* gewann dabei eine problemspezifisch andere Bedeutung und brachte zum Ausdruck, daß eine die Rückforderung des Geschenkten zulassende Bereicherung (*locupetior esse*) noch gegeben war[579].

Trotz der Bedeutungsunterschiede im Detail zeigen sich bei funktionaler Betrachtung des Gegensatzpaares *consumere* - *extare* strukturelle Ähnlichkeiten: Im Vindikationskontext vermittelte die Paarung *consumere* - *exstare* eine andere

---

[578] Eine andere Nuance verrät D 24.1.28.6 (Paul 7 Sab) *Illud constat, si antequam a viro annuum acciperet, mulier ipsa de suo aut etiam mutuata impenderit, videri tantum iam ex annuo consumptum.* Hier wurde etwas (das *annuum*) bereits vor dem Erhalt konsumiert. Misera (Fn. 547) 144 bezeichnet diese Form des Wegfalls der Bereicherung als „Vorwegverbrauch". Mit dem Verbrauch bereits erhaltenen Geldes ist dieses *consumere* damit wiederum nicht vergleichbar.

[579] Vgl. D 24.1.32.9 (oben S. 202). Ob *tantam - exstet* so zu verstehen ist, daß noch dieselben Sachen (Geld?) vorhanden waren bzw. der überlebende Ehegatte einen vom Umfang zur Deckung des Anspruch hinreichenden Vorrat (*quantitas*) oder dessen Wertäquivalent präsent hatte, bleibt offen, da es Ulpian primär um die Frage der Rückforderbarkeit und nicht darum ging, mit welcher Klage (*rei vindicatio* oder *condictio*) diese zu bewerkstelligen war.

Das wird in D 24.1.55 von Paulus bei *exstare* eines Surrogats diskutiert und zugunsten einer *actio in rem utilis* entschieden. D 24.1.55 (Paul 6 quaest) *Uxor marito suo pecuniam donavit: maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit: solvendo non est et res extant: quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter condicticia experiatur? videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris comparata exstet. respondi: locupletiorem esse ex donatione negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet et vindicari directo potest: et erit deterior causa viri, si ei pecunia quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare.* Dazu Misera (Fn. 547) 168 - 173, der auch gegen die Annahme einer Interpolation der *actio in rem utilis* (Nachweise a.a.O. 168 Fn. 1) auftritt und deren inhaltliche Klassizität verteidigt (172 f.); an der Interpolation hält dagegen E. Valiño, Actiones utiles (1974) 249 f. fest.

sachenrechtliche Bedeutung. Für die vorprozessuale Lage des Klägers brachten die Ausdrücke aber dasselbe zum Ausdruck wie bei der *vindicatio nummorum*: nämlich den Entfall bzw. Nichtentfall einer zur Geltendmachung des Anspruches notwendigen Voraussetzung durch ein Verhalten des Beklagten, mit dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu rechnen war[580]. Bedenkt man die praktischen Möglichkeiten zur prozessualen Geltendmachung der Rückforderung, so stellte die Voraussetzung des *exstare* des Geschenkten den Kläger faktisch vor ähnliche Probleme wie *exstare* bei der *vindicatio nummorum*. *Extare* bezeichnete eine zur Durchsetzung seines Anspruchs wesentliche Voraussetzung, über die i.d.R nur der Beklagte Auskunft geben konnte. Im Anwendungsbereich der *oratio* verlor der Kläger jeden Anspruch, wenn sich der Beklagte auf *consumere* berief[581], da ihm so auch die Zugriffsmöglichkeit auf eine aus dem Verbrauch herrührende Bereicherung verwehrt war.

## 8.3. *Res, quae usu consumuntur* und *consumere*

### 8.3.1. Einleitung

Für die Suche nach dem spezifisch juristischen Gehalt von *consumere* scheint die Überlieferung zum sogenannten *usus fructus irregularis* als besonders erfolgversprechendes Feld, da als dessen Gegenstand *ex definitione* nur verbrauchbare, „konsumptible" Sachen denkbar sind[582]. In der Überlieferung bildet Geld sogar das geradezu typische Beispiel zum Anwendungsbereich dieses Instituts[583]. Dazu

---

[580] Vgl. auch *exstare* in dieser Bedeutung in PS 5.7.4 *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur, maxime si in dolum quoque eius concepta fuerit stipulatio.* Ähnlich auch in D 12.3.5.4 (Marc 4 reg); zu beiden Texten Pennitz (Fn. 44) 304.

In ähnlicher Bedeutung erscheint das Wort in D 14.4.5.18 (Ulp 29 ed) *Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero; nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.* Dazu Bürge, Geld (Fn. 21) 152.

[581] In diesem Fall hatte wohl der Beklagte den Wegfall der Bereicherung zu beweisen, sobald der Kläger die Schenkung nachgewiesen hatte.

[582] Vgl. Kaser, RPR I 453.

[583] In acht von 12 Fragmenten in D 7.5 (h.t. 2, 5, 6, 8, 10, 11).

präsentiert D 7.5 die einschlägigen Klassikertexte unter der Rubrik *De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur*. An diese Formulierung anknüpfend bildete das gemeine Recht die Kategorie der verbrauchbaren Sachen[584].

Allgemein anerkannt ist, daß die Schaffung einer eigenen Untergruppe von „abnutzbaren Sachen" – *res, quae usu minuuntur* – in der Titelrubrik[585] den Byzantinern zuzuschreiben ist[586], die damit die *vestimenta* in den Bereich des Quasinießbrauchs eingliederten[587].

Für die Bedeutung von *pecuniam consumere* ist dieser Themenbereich daraufhin zu untersuchen, inwieweit schon die klassischen Juristen eine ähnliche Klassifizierung kannten, ob auch sie das Geld als „verbrauchbar" ansahen und die Formulierung der Titelrubrik von D 7.5 klassisches Gedankengut wiedergibt. Weiters werden die rechtliche Konstruktion des *usus fructus irregularis* bei Geld und die justinianische Klassifizierung von Münzen als *res, quae usu consumuntur*[588] auf ihr Verhältnis zur *consumptio nummorum* zu untersuchen sein.

### 8.3.1. Der Quasinießbrauch an Geld

Zugelassen wurde der *usus fructus irregularis* durch ein SC, das vermutlich in der frühen Kaiserzeit erging[589]. Ein Quasinießbrauch an verbrauchbaren Sachen verlangte eine *cautio*, in welcher anders als beim regulären *usus fructus* nicht die Rückgabe von *eadem res*, sondern von *tantundem* sichergestellt wurde. Der

---

[584] § 301 ABGB: Sachen welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber, unverbrauchbare Sachen. Dazu Kreller (Fn. 132) 158.

[585] Die Rubrik von Bas 16.5 lautet Περὶ χρήσεως πραγμάτων, ἅτινα τῇ χρήσει μειοῦνται.

[586] Vgl. Lenel, Pal. II, Sp. 1074; F. Schulz, Sabinus-Fragmente in Ulpians Sabinus-Commentar (1906) 43; Grosso (Fn. 179) 301, 414; A. Soubie, Recherches sur les origines des rubriques du Digeste (1960) 74; G. Wesener, usus fructus, RE 9 A 1 (1961) 1170.

[587] In der Klassik galt der Nießbrauch an Kleidungsstücken als regulärer *usus fructus* (D 7.9.9.3 Ulp 51 ed; D 7.1.15.4 Ulp 18 Sab); aufgrund der mit dem Gebrauch verbundenen Abnutzung wurde er von den Byzantinern als *ususfructus irregularis* verstanden (IJ 2.4.2); vgl. Grosso (Fn. 179) 301 f., 414.

[588] Dies ist zumindest der Eindruck der aus der Behandlung des Geldnießbrauches unter dieser Rubrik der Digesten entstehen könnte. Zur Haltung der justinianischen Institutionen s. unten S. 215.

[589] Grosso (Fn. 179) 411. Zur Datierung auch unten Fn. 598.

Nießbraucher erhielt mit Übergabe der Sachen an diesen Eigentum[590]. Die Verwendung des Ausdrucks *res, quae usu consumuntur* im SC selbst, ist auszuschließen[591]. Ulpian referiert dessen Inhalt folgendermaßen:

> D 7.5.1 (Ulp 18 ad Sab)
> *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur [vel minuuntur], possit usus fructus legari.*

Das SC bestimmte in erster Linie, daß der Nießbrauch an einem Gesamtvermögen per Legat vermacht werden konnte[592]. Als einschneidende Folge für das Recht des *ususfructus* empfanden Sabinus und Ulpian[593], daß deswegen auch Sachen *quae usu tolluntur* Gegenstände des Nießbrauchs werden konnten, was ohne das SC grundsätzlich nicht der Fall gewesen wäre (*quo senatus consulto inductum videtur*). Die Klassik kannte dann auch die Begründung des Quasinießbrauch durch spezielle, d.h. nicht das Gesamtvermögen betreffende Legate[594]. Bezüglich der Terminologie, welche zur Bezeichung von verbrauchbaren Sachen beim Quasinießbrach zur Anwendung kam, gestattet D 7.5.1 den Schluß, daß im Hinblick auf dieses SC weder im *ius civile* des Sabinus noch im von Ulpian dazu verfaßten Kommentar von *consumere* gesprochen wurde. Faktisch verbrauchbaren Sachen wurden als Gegenstände des Quasinießbrauchs stattdessen mit *res, quae usu tolluntur* bezeichnet. In UE 24.27 wird der Inhalt des SC um den eigentlichen Ausgangsfall

---

[590] Grosso (Fn. 179) 415 f.

[591] Dazu sofort im Text.

[592] Grosso (Fn. 179) 413; Kaser, RPR I 449. Von einer Bestimmung über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen im SC geht G. Grosso, Sul quasi usufrutto, Bull 43 (1935) 238 - 240 aus. M. Pampaloni, Sull'oggetto del quasi usufrutto, Bull 19 (1907) 95 - 97 beschränkt den Anwendungsbereich des SC nur auf Geld und schreibt die Ausweitung auf alle *res, quae usu consumuntur* der Interpretation der Klassiker zu.

[593] Die Behandlung des Quasinießbrauchs in D 7.5.1 geht auf Sabinus zurück; vgl. Schulz (Fn. 586) 43 und Astolfi (Fn. 99) 212.

[594] Z.B. D 7.5.7 (Gai 7 ed prov); UE 24.27.

verkürzt wiedergegeben. Von D 7.5.1 unterscheidet sich der Text weiters durch eine andere Terminologie hinsichtlich der Gegenstände des Quasinießbrauchs:

> *Senatus consulto cautum est, ut, etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit.*

Der Epitomator konzentrierte seine Aufmerksamkeit darauf, daß aufgrund des SC auch verbrauchbare Sachen (*quae in abusu continentur*), welche er durch Beispiele erläuterte[595], nach Kautionsleistung für die Rückgabe dem Legatar zu übergeben waren. In der Aufzählung der Gegenstände fehlt bezeichnenderweise das Geld.

Anstelle von *res, quae usu tolluntur* findet sich der Ausdruck *res, quae in abusu continentur.* Er wird in diesem Text nur auf solche Sachen bezogen, die real verzehrt werden können (Wein, Öl, Getreide). Diese Formulierung konnte aber auch das in UE 24.27 fehlende Geld miterfassen, wie D 7.5.5.1 und 2 (Ulp 18 Sab) zeigen:

> (1) *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res,*

---

[595] Eine Erklärung wäre, daß sich der Epitomator dazu an D 7.5.7 (Gai 7 ed prov) orientierte: *Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est. idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae <ab>usu continentur, intellegemus.* Zur Emendation vgl. Fn. 597. Allerdings lehnt die neuere Forschung eine gaianische Vorlage für die *Tituli ex corpore Ulpiani* ab.

Zu Ulpians *liber singularis regularum* s. L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts (1953) 526; T. Honoré, Ulpian (1982) 107 - 111; für eine gaianische Vorlage V. Arangio-Ruiz, Sul „liber singularis regularum", Bull 30 (1921) 187 f.; ablehnend und für eine ulpianische Vorlage F. Albertario, Tituli ex corpore Ulpiani, Bull 32 (1922) 112; H.L.W. Nelson, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones (1981) 92 - 96. Zuletzt tritt F. Mercogliano, Un'ipotesi sulla formazione dei „Tituli ex corpore Ulpiani", Index 18 (1990) 185 - 207 dafür ein, daß es sich um von einem Schüler herausgegebenes Material ulpianischer Provenienz handelte. UE 24.27 ordnet er unter alleinigen Hinweis auf D 7.5.1 (Ulp 18 ad Sab) ähnlich den „esempi di divaricazione rispetto a Gaio, in presenza di costanti referenti ulpianei" ein (192 mit Fn. 204).

> *quae in [absumptione]*[596] *<abusu> sunt, condici possint. ... (2) Quae in usu fructu pecuniae diximus vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt ...*

Dieselbe Kategorisierung von Sachen danach, ob *propter abusum* der Nießbrauch ausgeschlossen war, verwendete Ulpian auch in D 12.2.11.2 (Ulp 22 ed), ohne die gemeinten Gegenstände zu spezifizieren:

> *... sed si rerum, in quibus usus fructus propter abusum constitui non potest, iuraverit usum fructum se habere ...*

Und in diesem Sinn ist schon Gaius (D 7.5.7, 7 ed prov) zu lesen:

> *Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit ... idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae <ab>usu*[597] *continentur, intellegemus.*

Erstmalig stößt man bei Cicero, in einem Text (Cic.Top. 3.17), der den *terminus post quem* zur Datierung des SC bietet[598], auf diese Formulierung.

> *Non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usum fructum legavit cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. usus enim, non abusus, legatus est. ea sunt inter se contraria.*

Zur Zeit Ciceros durfte eine Ehefrau, welcher der Nießbrauch am Gesamtvermögen ihres Mannes vermacht worden war, die darunter befindlichen verbrauchbaren Sachen nicht als ihr Eigentum ansehen (*non debet ... putare id ad se pertinere*). Zur

---

[596] *Absumptio* ist in juristischem Kontext ein hapax legomenon; in der nichtjuristischen Literatur taucht es erst im 4. und 5. Jh. auf; vgl. VIR s.v. (für itp. Kübler), ThLL s.v. G. Crifò, Due note sulle cose consumabili nel diritto romano, St. Grosso 2 (1968) 129 f. nimmt das Wort als Indiz dafür, daß Ulpian, bevor er zu seinen Formulierungen fand, unter dem Einfluß Papinians stand.

[597] Die Form *usu* der Florentina ist mit Haloander und Mommsen (nach den Basiliken; s. auch unten in Fn. 621; Mommsen ad h.l.) in *abusu* als den korrekten *terminus technicus* zu emendieren.

B. Kübler, Exegetische und kritische Bemerkungen zu einigen Digestenstellen, SZ 59 (1939) 570 und Crifò (Fn. 596) 127 schlagen stattdessen *quae usu consumuntur* vor; das wäre aber keine Emendation, sondern eine Interpolation; vgl. unten S. 218.

Erklärung, warum für verbrauchbare Sachen in der Klassik Ausdrücke wie *res, quae in abusu sunt* u.ä. in Verwendung standen, ist der Text besonders wichtig. Aus ihm geht nämlich hervor, wieso der Gebrauch verbrauchbarer Sachen terminologisch mit einem Ausdruck für „Mißbrauch" bezeichnet wurde. *Usus enim, non abusus, legatus est* zeigt an, daß zur Zeit Ciceros die Verwendung des Weines oder Öles durch die Nießbraucherin unzulässig war, da der bestimmungsgemäße Gebrauch Sachen dieser Art aufbrauchte. Ihr Gebrauch war deswegen keine Ausübung des *usus fructus* (*uti salva rerum substantia*), sondern dessen Überschreitung, also *abusus.* Weitergehende Rechte als ein Nießbraucher hatte nur der Eigentümer. Er war zum *abusus* berechtigt. Im Zusammenhang mit dem *usus fructus* war die Bezeichnung des Gebrauchs einer verbrauchbaren Sache durch den Eigentümer mit *abusus* vollkommen einleuchtend. Um zu diesem über den *usus* hinausgehenden *abusus* (d.h. Verbrauch) berechtigt zu sein, hätte die Ehefrau also Eigentümerin der Sachen werden müssen, was erst vom SC ermöglicht wurde.

### 8.3.2. *Pecuniam consumere* und *pecuniam abuti*

Eine begriffliche Annäherung zwischen *consumere* und *abuti* bei Geld, die nichts mit dem Quasinießbrauch zu tun hatte und auch keine Gleichsetzung oder Verbindung i.S. von *usu consumere* war, belegt ein Text des Spätklassikers Claudius Tryphoninus.

> D 26.7.54 (Tryph 2 disp)
> *Non existimo maximis usuris subiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit et cavit certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, quia hic sibi non consumpsit nec clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur et, nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset: et multum refert, palam aperteque debitorem se ut extraneum et quemlibet*

---

[598] Kaser, RPR I 449 Fn. 14 f.; die Topik entstand 44 v.Chr.

*faceret pupillo an sub administratione tutelae pupillique utilitate latente sua commoda pupilli pecunia iuvaret.*

Ein Tutor, dem von den Mitvormündern ein Darlehen aus Mündelgeldern zugezählt worden war, wurde von Tryphonin anderen Schuldnern des Mündels (insb. hinsichtlich der Zinsen) gleichgehalten[599]. Die Konsultation der Mitvormünder schützte das Mündel und entsprach der Pflicht des Vormundes. Ansonsten hätte er es eigenmächtig für sich verwendet und durch den Verbrauch dem *pupillus* das Eigentum entzogen (*hic sibi non consumpsit nec clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur*). Die Ausdrucksweise Tryphonins enthält insofern eine Besonderheit, als die Verwendung des Geldes durch einen Vormund meist mit *pecuniam in usus suos convertere* bezeichnet wurde[600]. In der Nebeneinanderreihung von *consumere* und *abuti* kommt eine Differenzierung zum Ausdruck, die ausschließt, daß Tryphonin *consumere* i.S. von *usu consumere* verstand. *Consumere* ist wie bei der *consumptio nummorum* zu verstehen, als eigenmächtiger Akt (*clam*), der dem Mündel faktisch die *vindicatio nummorum* nahm, und nur mit fremden Geld möglich war[601]. *Abuti* i.S. von „gebrauchen", „verbrauchen" setzte dagegen,

---

[599] Die Privilegierung des Vormundes bestand darin, daß er nur die in der Geschäftspraxis üblichen Kreditzinsen zu zahlen hatte und keine *maximae usurae* wie bei der Inanspruchnahme von Mündelgeldern sonst. Ohne die Kontrolle durch die Mitvormünder hätte er gesetzliche Zinsen (*usurae legitimae/centsimae*) zu leisten gehabt. S. dazu bei G. Cervenca, Contributo allo studio delle „usurae" c.d. legali nel diritto romano (1969) 146 - 168.

[600] D 26.7.7.4 (Ulp 35 ed) *Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant, sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse: ceterum non utique qui non faeneravit vel non deposuit, in suos usus vertit, et ita divus Severus decrevit. doceri igitur debet in usus suos pecuniam vertisse.*

Weiters D 26.7.7.5, 10, 11, 12 (Ulp 35 ed); D 27.4.3.3 (Ulp 36 ed); D 26.7.46.2 (Paul 9 resp).

[601] Die in D 27.4.3.1 verwendete Formulierung *de suo consumere* bezieht sich darauf, daß der Tutor sein Geld *pupilli nomine* leistete und daher wie ein Darlehensgläubiger des Mündels zu behandeln sei. Der Verbrauch wird dem Mündel zugerechnet; in diesem Sinn war es also fremdes Geld. D 27.4.3.1 (Ulp 36 ed) *Contrarium iudicium an ad hoc quoque competat, ut quis a pupillo exigat liberationem, videndum est. et nemo dixit in hoc agere quem contrario posse, ut tutelae iudicio liberetur, sed tantum de his, quae ei propter tutelam absunt. consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris, sed vel trientibus, vel his quae in regione observantur, vel his quibus mutuatus est, si necesse habuit mutuari, ut pupillo ex iusta causa prorogaret, vel his a quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimium profuit pupillo pecuniam esse exsolutam.*

Nicht eine *consumptio nummorum,* sondern die Vergeudung von Geld meint *consumere* in D 41.4.8 (Iul 2 ex Minic) *Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset.* Weiters D 4.4.24.4 (Paul 1 sent) ... *sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur* ...D 4.4.32 (Paul 1 quaest) ... *ante impletum vicensimum quintum annum solutae sunt adulescenti pecuniae debitae easque male*

wie Tryphonin extra durch *quasi sua pecunia* hervorhob, Eigentum am Geld voraus[602]. Beim Gebrauch eigenen Geldes hätte also auch Tryphonin nicht von *pecuniam consumere* gesprochen.

Erste Anzeichen für einen Wandel in Richtung des späteren byzantinischen Konzepts finden sich am Ende der Spätklassik. In Modestins Definition des Seedarlehens[603] wird erstmalig vom Verbrauch durch den Eigentümer des Geldes (Darlehensnehmer) im eigenen Namen gesprochen.

> D 22.2.1 (Mod 10 pand)
> *Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit.*

Das ist der erste Text, der von der Konsumierbarkeit des eigenen Geldes ausgeht und Geld damit als verbrauchbare Sache ansieht. Aber selbst in ihm sind die Nachwirkungen der klassischen Idee, den Gebrauch eigenen Geldes nicht mit *consumere* zu bezeichnen, noch zu erkennen. Beim *fenus nauticum* gehörte das Geld zwar dem Darlehensnehmer, die Gefahr trug im Unterschied zum *mutuum* jedoch der Darlehensgeber. Das hing allerdings von der Bedingung ab, daß das Geld *trans mare vehitur.* Mit dem Verbrauch *eodem loci* kam somit kein *fenus nauticum* zustande. Der Verbrauch des sachenrechtlich eigenen Geldes führte dazu, daß es auch im wirtschaflichen Sinn nicht mehr fremdes Geld war.

---

*consumpsit.* ... und IJ 4.7.7. ... *quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur.* (zum *SC Macedonianum*).

[602] S. auch D 27.9.5.13 (Ulp 35 ed) *Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur quam mutuam acceperunt, oportebit praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur et de hoc decernere dareque viatorem, qui ei renuntiet pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.*

[603] Vgl. F. Pringsheim, Der Kauf mit fremden Geld (1916) 143 - 145.

### 8.3.3. Die Unklassizität des Terminus *res, quae usu consumuntur*

Der Überblick über den Sprachgebrauch vor und bei den Klassikern belegt, daß die Kompilatoren die Titelrubrik für D 7.5 jedenfalls nicht unter direktem Rückgriff auf ein klassisches Vorbild formulierten[604]: Das den Quasinießbrauch zulassende SC kannte den Ausdruck *res, quae usu consumuntur* nicht[605] und auch in der juristischen Diskussion läßt er sich in diesem Zusammenhang noch nicht nachweisen[606]. Wie die klassische Terminologie deutlich macht, sahen die Klassiker im Quasinießbrauch primär den Bruch mit zivilen Grundsätzen (*natura*)[607] des Nießbrauchs, wonach die Sachsubstanz zu schonen war und der Untergang der Sache *eo ipso* auch das Nießbrauchsrecht beendete[608]. Den beim Quasinießbrauch eintretenden Verbrauch der Sachen kennzeichnen sie gerade nicht mit *consumere*[609], sondern noch mit Ausdrücken wie *tollere*, *abuti, in abusu esse* etc. Da die meisten einschlägigen Texte von Ulpian stammen, dem ansonsten den Ausdruck *consumere* im Zusammenhang mit Geld durchaus geläufig war, kann das kein Zufall sein.

### 8.3.4. Die byzantinische Kategorie der *res, quae usu consumuntur*

Den Unterschied, der zwischen der klassischen Denkweise und der Idee, die der Formulierung in der Titelrubrik von D 7.5 zugrunde liegt, verdeutlicht vor allem die Darstellung des *quasi usus fructus* in IJ 2.4.2.

---

[604] Anders Grosso (Fn. 179) 402, der als Rubrik im Kommentar Ulpians *res quae usu tolluntur vel consumuntur* annimmt. S. auch die Autoren in Fn. 586.

[605] So auch Grosso (Fn. 592) 240.

[606] Zu einem Beleg aus einem anderen Zusammenhang s. in Unterkapitel 8.4.

[607] D 7.5.2.1 (Gai 7 ed prov) *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.*

[608] Dazu D 7.1.1 pr. (Paul 3 Vitell; unten Fn. 613) und D 7.1.2 (Cel 18 dig) *Est enim usus fructus ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.*

Der *ususfructus irregularis* ging nur bei Tod oder *capitis deminutio* des Berechtigen unter; D 7.5.9 (Paul 1 ad Nerat) und D 7.5.10 pr. bzw. D 7.9.7.1 (Ulp 79 ed); IJ 2.4.2.

[609] Ungenau Bretone (Fn. 52) 129 Fn. 23, der keinen Unterschied zwischen der Terminologie der Geldkonsumption und des Geldnießbrauchs erkennt.

*Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum. quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed aestimatis his satisdatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti eae fuerint aestimatae. ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit.*

Im der Einleitung werden die *res, quae ipso usu consumuntur* erstmalig als Kategorie[610] eingeführt und den Gegenständen des regulären Nießbrauchs gegenübergestellt[611]. *Usus fructus* und *usus fructus irregularis* bzw. die Eignung von Sachen für die eine oder andere Form des Nießbrauches grenzten die Verfasser der Institutionen anhand natürlicher Eigenschaft der Sachen von einander ab. Die in D 7.5.2.1 von Gaius aufgeworfene Frage, wie sich der *usus fructus irregularis* zur *natura* des Nießbrauches verhalte und die dort vorgefundene Argumentation *nec*

---

[610] Dazu Crifò (Fn. 596) 119 f.

[611] Vgl. zum Kontrast auch das Fehlen diese Gedankenganges in den Vorlagen D 7.5.2.1 (Gai 7 ed prov; oben Fn. 607) und D 7.1.3 (Gai 2 rer cott) *(pr.) Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usum fructum. dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui. et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. (1) Constitit autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus. (2) Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extingui usum fructum et ad proprietatem reverti. (3) Quibus autem modis usus fructus et constitit et finitur, isdem modis etiam nudus usus solet et constitui et finiri.*

*enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit* beziehen sie nicht mehr wie Gaius D 7.5.2.1 auf das Wesen des *usus fructus* (*ut pecuniae usus fructus proprie esset)*[612] sondern auf Eigenschaften der davon betroffenen Sachen (... *ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur:nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum*).

Auffassungsunterschiede zwischen den Klassikern und den Kompilatoren liegen nicht bezüglich der Gegenstände des Quasinießbrauchs vor, sondern bei den Konzepten, die zur Klassifikation herangezogen wurden: Die Klassiker argumentierten im Rahmen einer Diskussion um die immanenten Grenzen des *usus fructus,* nicht aber mit natürlichen Sacheigenschaften oder allgemein-abstrakten Sachkategorien. Wenn der Gebrauch *salva rerum substantia* möglich war, galt die Sache für einen *usus fructus* als geeignet[613]. Daher konnten die Klassiker Geld, das nicht physisch verbraucht wurde, auch als primäres Beispiel für den Gegenstand eines Quasinießbrauchs ansehen (D 7.5.5.2 ... *in usu fructu pecuniae diximus vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu* ...). Zu diesem beim Nießbrauch typischen *usus* bildete *abusus* einen sprachlogisch einleuchtenden Gegenbegriff. *Abusus* bedeutete „Mißbrauch": einen Gebrauch, der nicht dem beim regulären *usus fructus* zulässigen entsprach[614], insbesondere dessen Überschreitung durch Zerstörung oder Verbrauch einer Sache[615]. Die Frage nach dem Umfang des Gebrauchsrechts stellten

---

[612] Text in Fn. 607. Vgl. D. Daube, Greek and Roman Reflections on Impossible Laws, in ders., Collected Studies in Roman Law 2 (1991) 1168 f.

[613] D 7.1.1 pr. (Paul 3 Vitell) *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.* UE 24.26 *Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas; et tam singularum rerum, quam plurium, id est partis.*

[614] Besonders deutlich bei Cic.Top. 3.17 *Usus enim, non abusus legatus, est.* Insofern macht der in den Editionen regelmäßig getilgte Folgesatz (*Ea sunt inter se contraria.*) inhaltlich durchaus Sinn.

S. auch D 7.1.15.1 (Ulp 18 Sab) *Mancipiorum quoque usus fructus legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti ... (4) Et si vestimentorum usus fructus legatus sit non sic, ut quantitatis usus fructus legetur, dicendum est ita uti eum debere, ne abutatur ...*

[615] D 7.5.5.1 f., 7.1.15.1, 4 (Ulp 18 ed); D 7.8.12.1 (Ulp 17 ed). Kaser, RPR I 450 Fn. 26; diese spezifisch fachsprachliche Bedeutungsnuance von *abusus* übersieht der radikal textkritische Ansatz von Kübler (Fn. 597) 569 f. („*Abusus* soll an all diesen Stellen 'Verbrauch' bedeuten, es heißt aber 'Mißbrauch'."), der deshalb das Wort streichen möchte. Ebenso Daube (Fn. 612) 1166 f.

Ein anderes technisches Verständnis entwickelt Crifò (Fn. 596) 127 - 131. Seiner Ansicht nach vermied Ulpian *consumere*, da dieses Wort nur ein Phänomen beschrieb, während *abusus* u.ä. der technische Ausdruck für „venir meno per effetto del uso" war (131).

römische Juristen meist wohl in einem konkreten Fallzusammenhang, um zu klären, ob der Nießbraucher die Grenzen seines Rechts beachtet hatte. Im Kontext des Nießbrauchs gab es damit juristisch gesehen nur zwei Arten der Verwendung einer Sache: Entweder lag ein gestatteter *usus* oder ein widerrechtlicher *abusus* vor[616].

Hält man sich diese begriffliche Dichotomie vor Augen, so ist verständlich, warum noch die Klassiker im Gleichklang mit Cicero Sachen, deren Gebrauch *salva rerum substantia* unmöglich war und die darum für einen Nießbrauch nicht in Frage kommen konnten, als *res, quae in abusu sunt*[617], bezeichneten. Ein regulärer Gebrauch verbrauchbarer Sachen war – aus Sicht des Nießbrauchs – gleichbedeutend mit *abusus*. Die Klassiker verwendeten jedoch noch kein vom konkreten Problemzusammenhang abstrahierendes, naturalistisches Konzept, das an allgemeinen Eigenschaften einer Sache (Verbrauchbarkeit - Unverbrauchbarkeit) anknüpfte, sondern ein rechtliches: Sie konstruierten keine Sachkategorie, sondern untersuchten Sachen bezüglich ihrer Eignung zum *usus salva rerum substantia* im Sinne des Nießbrauchs. Den Unterschied zwischen *usus fructus irregularis* und *usus fructus* brachten sie juristisch darin auf den Punkt, ob die wirtschaftlich sinnvolle Verwendungsform der beim *usus fructus* rechtlich zulässigen Gebrauchsart entsprach: In diesem Fall war es substanzschonender *usus*, im anderen Fall ein substanzaufzehrender *abusus*.

Von der Differenzierung danach, ob der übliche Gebrauch auch im Rahmen eines *usus fructus* möglich war, verschoben die Verfasser der Institutionen Justinians den Akzent hin zu einer neuartigen Unterscheidung nach Sachkategorien (verbrauchbare - unverbrauchbare). Sie ersetzten das rechtliche Kriterium der Klassiker durch ein naturalistisch-faktisches. Der Problemzusammenhang mit dem *usus fructus* blieb nur mehr in der Terminologie gewahrt, als von *usu consumere* gesprochen wurde. Indem die Institutionenverfasser natürliche Eigenschaften der Sachen (Verbrauchbarkeit) zum Ausgangspunkt der Kategorienbildung machten,

---

[616] Das zeigt schon Cic.Top. 3.17: Der Frau ist nur die Ausübung des *usus* im Rahmen des *ususfructus* vermacht; dies beeinhaltet nicht den Verbrauch. Dieser wäre daher *abusus*.

[617] Die Unechtheit dieser Kategorie vertritt noch Kaser, RPR I 382 Fn. 8; vgl. Kübler (Fn. 597) 569 f.

ermöglichten sie erst eine Verallgemeinerung über den Ursprungszusammenhang hinaus und die Ablösung vom Recht des Nießbrauchs. Eine Kombinationsmöglichkeit wie zu *usu consumere*[618] bot sich nach der Terminologie der Klassiker beim *ususfructus irregularis* nicht. Die Verbindung von *usus* mit einem den Verbrauch ausdrückenden Verbum hätte eine *contradictio in adiecto* ergeben: *Usus* war in diesem Zusammenhang als *terminus technicus* für einen dem Nießbrauch gemäßen Umgang mit einer Sache eingebürgert und keineswegs nur als Sammelbegriff für den Gebrauch einer Sache im allgemeinen gemeint. So war im Begriff *usus* definitionsgemäß kein Platz für den verbrauchenden Gebrauch[619]. Dieser war das begriffliche Gegenteil, technisch: *abusus.*

Erst die Institutionenverfasser konnten, als sie diesen Sprachgebrauch verließen, zu einer Prägung wie *res, quae ipso usu consumuntur* finden und ihr den – aus Sicht der Klassiker untechnisch-allgemeineren, aber wörtlichen – Sinn geben „Sachen, die ein Gebrauch aufzehrt". Den Unterschied verdeutlicht die Terminologie: Erst die Byzantiner stellten darauf ab, daß die Sachen *ipso usu* verbraucht wurden[620].

Aufgrund der unterschiedlichen Denkweisen kann die Kategorie der *res, quae usu consumuntur* in der Titelrubrik von D 7.5 und in IJ 2.4.2 nur als

---

[618] Der Übung der Klassiker gemäß hätte man wohl eher *usu tollere* zu formulieren. S. auch Fn. 620.

[619] Eine dieser Terminologie entsprechende Formulierung wie *usu abuti* wäre rein sprachlich widersinnig gewesen.

[620] *Uti* i.S. von „verbrauchen" mit Bestimmung der Ursache durch ein Substantiv im Ablativ kommt in der klassischen Juristensprache nur in D 13.6.3.6 vor (s. Unterkapitel 8.4).

Ansonsten wird bei *consumere,* wenn ein Verbrauch gemeint ist, nur der Zweck, aber nicht der Vorgang angegeben: *in alimenta* (D 10.2.39.2 Scaev 1 resp); *in familiam domini cibariorum nomine* (D 15.3.3.1 Ulp 29 ed); *in usus necessarios sibi et in servos quos secum habebat* (D 15.3.21 Scaev 5 dig); *in refectionem navis* (D 14.1.7 Afr 8 quaest); *ad aliquid faciendum* (D 22.6.9.6 Paul. ls de iuris et facti ig); *in funus* (D 31.63 Call 4 ed monit); *in monumentum* (D 35.1.40.5 Iav 2 ex post); *funeris causa* (D 35.2.1. 19 Paul ls. ad l Falcid); *publicam pecuniam delegatam in usum aliquem retinuit neque in eum consumpsit* (D 48.13.2 Paul 11 Sab); *in luxuriam* (IJ 4.7.7).

Von der Ursache ist nur bei *consumere* i.S. von „untergehen", „zerstören" die Rede: *domus incendio consumpta* (D 18.1.57 Paul 5 ad Plaut); *insula incendio consumpta* (D 19.2.19.6 Ulp 32 ed); *opus vi aliqua* (D 19.2.37 Iav 8 ex Cass); *aedes incendio* (D 24.1.14 Paul 71 ed); *pars insulae incendio* (D 45.1.15 Pomp 27 Sab) und metonymisch in D 6.1.23.5 (Paul 21 ed) *bracchium unitate maioris partis.*

Schöpfung der byzantinischen Schule oder der Kompilatoren gelten und verrät so nichts über die Konzepte der Klassik[621].

### 8.3.5. *Usu consumere* beim Geldnießbrauch

Anders etwa als Wein, Öl, Getreide oder Kleider[622] fiel Geld für die Kompilatoren nicht unmittelbar unter die verbrauchbaren Sachen. Das im Naturalistischen verhaftete *usus*-Konzept der Kompilatoren erlaubte nur, es den verbrauchbaren Sache *sensu proprio* vorsichtig anzunähern und mit diesen zu vergleichen (*proxima*)[623]. Da Geld beim Verbrauch nicht körperlich vernichtet wurde, aber im Gebrauch beständig von Hand zu Hand ging (*in ipso usu adsidua permutatione*)[624], konnte man es dabei als vernichtet ansehen (*quodammodo extinguitur*). Die Einbeziehung des Geldes in den Quasinießbrauch, die für die Klassiker eine direkte Rechtsfolge des SC war, konnte das naturalistische Konzept der *res, quae usu consumuntur* nur vermittels der Untergangsfiktion bewältigen. Paradoxerweise hatten die Institutionenverfasser so jenen Fall zum Problemfall erhoben, der bei den Klassikern den Hauptanwendungsfall des *usus fructus irregularis* und das Modell zur Ausdehnung des Instituts auf weitere „nicht-nießbrauchstaugliche" Sachen (*vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt*, D 7.5.5.2) bildete.

---

[621] Bei Theoph. 2.4.2 findet man keine eigenständige Terminologie; er übersetzt in (πραγμάτα), ἅτινα αὐτῇ δαπανᾶται τῇ χρήσει bzw. ἡ χρῆσις δαπανᾷ το ὑποκείμενον. Die Basiliken (16.5.5; 7 Heimb. 2, 197 f. = Schelt. A II, 825) verwenden ἐν ἀποχρήσει um Ulpians bzw. Gaius' *abusus* wiederzugeben, bzw. πραγμάτα, ἅτινα τῇ χρήσει μειοῦνται für *res, quae usu tolluntur vel minuuntur*.

Die Klassizität der *res, quae usu consumuntur* vertreten G. Longo, Corso di diritto romano. Le cose - La proprietà e i suoi modi di acquisto (Ndr. 1946) 16; Grosso (Fn. 179) 301; Crifò (Fn. 596) 123 f., 133; Kaser 189 f.; für kompilatorischen Ursprung P. Bonfante, Corso di diritto romano II/1 (rist. 1966) 111.

[622] S. Fn. 587.

[623] Darin unterscheidet sich das Konzept der Kompilatoren auch von Ulpians neben das Geld gereihten *aliae res, quae in abusu consistunt.* Ein *abusus* i.S. einer Überschreitung des Nießbrauchs war bei allen Sachen möglich, aber nur bei Geld und verbrauchbaren Sachen üblich. Für die „Verbrauchbarkeit" des Geldes ergibt sich daraus nichts. S. D 7.5.51 (Ulp 18 Sab) *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in [absumptione] <abusu> sunt, condici possint.* ... (zur Emendation oben S. 209).

[624] Zur Tauschfunktion des Geldes schon D 18.1.1 pr. (Paul 33 ed) ... *electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.* Dazu Hasler 62 - 66.

Die konstruktive Begründung der Byzantiner bei der für sie notwendig gewordenen Reintegration des Geldes unter die Gegenstände des Quasinießbrauchs geht aus einem Detail von IJ 2.4.2 hervor: IJ 2.4.2 spricht von *pecunia numerata*. Das könnte grundsätzlich bares Geld, abgezähltes Geld oder ausgezahltes Geld heißen[625]. Bei der nauralistischen Sichtweise der Byzantiner gab es keinen Grund, warum nur abgezähltes Geld den konsumierbaren Sachen nahestehen sollte (Mengenangaben wurden bei den anderen Sachen ebensowenig vorausgesetzt). Daher bedeutet *pecunia numerata* hier wohl „zugezähltes", „ausbezahltes" Geld. Versteht man die Verfasser der Institutionen in dem Sinn, daß es ihnen um die Konsumierbarkeit gezahlten Geldes ging, kann aus diesem Detail der Weg rekonstruiert werden, wie die Byzantiner das Geld dem neuen Konzept der *res, quae usu consumuntur* wieder annäherten.

Die Formulierung *pecunia numerata* läßt vermuten, daß die Byzantiner die klassischen Texte zum *pecuniam consumere* zum Anküpfungspunkt nahmen, um das Geld trotz ihrer naturalistischen Sicht als quasi-verbrauchbar anzusehen: *Consumere* setzte typischerweise eine *sine causa* oder vom Nichtberechtigten vorgenommene Geldzahlung voraus und hatter zur Folge, daß der Empfänger wegen des Entfalls der *vindicatio nummorum* regelmäßig nicht anders behandelt wurde, als wenn er derivativ Eigentum erworben hätte. Für den *usus fructus irregularis* brauchte es die typischen Rechtsfolgen einer *consumptio nummorum* nicht, da der Empfänger mit Übergabe und Leistung der *cautio* derivativ Eigentum erwarb[626]. Sein Eigentumserwerb beruhte eben nicht auf *usu consumere*, sondern auf einer *traditio ex iusta causa.* Offenbar waren die Kompilatoren (oder byzantinische Gelehrte vor ihnen), sobald sie die Gegenstände des Quasinießbrauchs zu *res, quae usu consumuntur* umgeformt hatten, vor dem Problem gestanden, das Geld in diese Lehre zu integrieren, das zu den Gegenständen des Quasinießbrauchs gehörte, aber nach ihrem Verständnis keine verbrauchbare Sache war. Dies führte sie auf die in

---

[625] Heumann/Seckel s.v. *numerare.*

klassischen Texten häufige Figur des *pecuniam/nummos consumere.* Damit hatten sie ein Vorbild, um die ihnen fremde gewordene Vorstellung der 'Konsumierbarkeit' des Geldes in die Diskussion einzuführen und ihr Konzept mit dem überlieferten Rechtszustand beim *usus fructus irregularis* zu harmonisieren. Die Herkunft aus dem anderen Problembereich verrät nur mehr der in *pecunia numerata* erhaltene, aber in diesem Kontext obsolete Hinweis auf die Zahlung.

### 8.4. *Id quod usu consumitur* und *commodatum*

Wie in der Titelrubrik von D 7.5 wird von Sachen, die durch den Gebrauch verbraucht werden, auch in D 13.6.3.6 gesprochen:

> D 13.6.3.6 (Ulp 28 ed)
> *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*

Ulpian schließt Sachen, die beim Gebrauch verbraucht werden, grundsätzlich als Gegenstände einer Leihe aus. Eine Ausnahme macht er, wenn diese nur *ad pompam vel ostentationem* überlassen werden. Nach der Parteienabrede war der für verbrauchbare Sachen naturgemäße Gebrauch nicht gestattet. An welche Sachen er vornehmlich dachte, legt Ulpian nicht offen.

Dieser singuläre Beleg vermag die im vorigen Kapitel erzielten Ergebnisse nicht zu erschüttern, er kann sie vielmehr sogar bestätigen. An eine Interpolation im Sinne des byzantinischen Konzepts der *res, quae usu consumuntur* ist nicht zu denken[627]. Das gängige Beispiel für *commodare ad pompam vel ad ostentationem*

---

[626] Für die Leistung des mit einem Quasiususfructus an Geld belasteten Erben an den Legatar wird nicht *numerare*, sondern der die Übereignung betonende Ausdruck *pecuniam dare* verwendet (D 7.5.5.1 Ulp 18 Sab; D 7.5.10.1 79 ed). Der Sprachgebrauch gleicht insoweit dem bei Gelddarlehen (*datio*).

[627] Der Index Interpolationum bietet zu dieser Stelle keine Nachweise. In Bas 13.1.3 (Heimb. 2, 5 = Schelt. A II, 712) lautet der Text Τὸ τῇ χρήσει δαπανώμενον, οὐ κιχρᾶται, εἰ μὴ διὰ πομπὴν ἢ ἐπιδείξιν. Das entspricht terminologisch nicht der Wiedergabe des einschlägigen Digestenmaterials zum Geldnießbrauch, sondern erinnert an Theophilos' Paraphrasierung von IJ 2.4.2 (oben Fn. 586 und 621). Eine Interpolationsvermutung sollte man daran nicht knüpfen.

war Geld[628], das nach der justinianischen Konzeption keine verbrauchbare Sache i.e.S. war. Als Nachweis einer in diesem Sinn fixierten Terminologie zur Bezeichnung verbrauchbarer Sachen in der Klassik kann D 13.6.3.6 allein nicht dienen. Die beim Quasinießbrauch übliche Terminologie konnte Ulpian nicht verwenden, weil es bei *commodatum* die Gegenpole *usus* - *abusus* nicht gab. Beim *commodatum* durfte er jeden vertragswidrigen Gebrauch aber ohne terminologische Widersprüchlichkeiten als *usus* bezeichnen (D 13.6.5.8 Ulp 28 ed ... *qui alias re commodata utitur* ...)[629].

Über eine andere Möglichkeit zur Verwendung „geliehenen" Geldes informiert Gaius im Folgefragment:

> D 13.6.4 (Gai 1 de verb oblig)
> *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*

Der Jurist gibt an, daß Geld häufig deswegen verliehen werde, um bei Scheinzahlungen Verwendung zu finden. Wie man sich einen einschlägigen Sachverhalt dazu vorstellen darf, verdeutlicht D 46.3.67[630]:

> D 46.3.67 (Marcell 13 dig)
> *Si quis duos homines promiserit et Stichum solverit, poterit eiusdem Stichi dominium postea consecutus dando liberari. in nummis minor vel prope nulla dubitatio est: nam et apud Alfenum Servius eum, qui minus a debitore suo accipere et*

---

[628] Vgl. die historischen Beispiele der Basilikenscholiasten zu Bas 13.1.3 (Schol. 13 Heimb. 2, 5 = Schol. 19 Schelt. B II, 605). Aufgrund für die Klassik singulären Formulierung *usu consumere* (oben Fn. 620) wäre aber auch an verbrauchbare Sachen i.e.S. zu denken, die beim Verbrauch physisch zerstört wurden.

[629] Vgl. auch den Sprachgebrauch beim *depositum* (*irregulare*), wo der Gebrauch mit *uti* und nicht mit *consumere* zum Ausdruck gebracht ist. D 16.3.1.34 (Ulp 30 ed) *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, prius quam utaris depositi teneberis.* D 16.3.25.1 (Pap 3 resp) *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.* D 16.3.29.1 (Paul 2 sent) *Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.*

*liberare eum vellet, respondit posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere: veluti, si centum debitorem decem acceptis liberare creditor velit, ut, cum decem acceperit, eadem ei retro reddat, mox ab eo accipiat ac novissime retineat: etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur, quod non possit videri is qui ita accepit, ut ei a quo accepit retro reddat, solvisse potius quam decessisse.*

Marcellus berichtet das Problem, ob ein Schuldner eine teilbare Schuld auch durch mehrfache Leistung derselben Sache tilgen könne. Im ersten Fall hatte jemand zwei Sklaven versprochen, zuerst Stichus geleistet und, nachdem er das Eigentum an Stichus wiedererlangt hatte, diesen nochmals an den Gläubiger übereignet. Dies wirke als Befreiung von der Schuld, erkennt der Jurist an. Von diesem offenbar umstrittenen Fall geht er sodann zum analogen Problem bei einer *ipso iure* teilbaren Geldschuld über, bei der hinsichtlich dieser Frage *minor vel prope nulla dubitatio est,* da schon Servius ähnliches zugelassen hatte. Servius ging von dem Fall aus, daß sich der Gläubiger mit einer Zahlung von zehn anstelle des vollen Betrags von 100 zufrieden geben wollte. Um die vollständige Befreiung des Schuldners auch formell zu erreichen, gestattete er, daß der Gläubiger die erhaltenen Münzen retournierte und neuerlich als Zahlung entgegennahm und dieser Vorgang so oft wiederholt wurde, bis die volle Summe „gezahlt" worden war[631]. Grund zum Zweifel an der Zulässigkeitkeit dieser Lösung gab den *quidam* vielleicht, daß die Rückgabe durch

---

[630] Auf diese Stelle verweist schon das Anonymos-Scholion (Heimb. 2, 5 = Schelt. II B, 606), wenn man den Verweis auf D 43.3.67 richtig als D 46.3.67 liest.

[631] Zum Hintergrund von Servius' Entscheidung Watson (Fn. 357) 208 - 211. Watsons Annahme, er habe sich um einen praktischen Fall, in dem die Parteien aus Rechtsunkenntis die Möglichkeit zur *acceptilatio* übersehen hätten (a.a.O. 210), ist jedoch unwahrscheinlich. Diese Stelle aus Marcell 13 dig gehört zu *de legatis* (Lenel Pal. I, Sp. 613 f.; Marcellus Nr. 157), die Zuordnung bei Servius ist unklar (Lenel, Pal. II, Servius Nr. 77). Die Annahme, es habe sich um eine Stipulationsschuld, die durch *acceptilatio* erlaßbar gewesen wäre, liegt deswegen nicht nahe. Vgl. L. Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I (1908) 263 Fn. 21.

den Gläubiger ihrerseits als Zahlung[632] und damit als neuer Schuldgrund über zehn verstanden werden konnte, womit sich an der Lage des Schuldners nichts geändert hätte.

Das Problem, wie die Rückgabe des eben erhaltenen Geldes an den Schuldner rechtlich zu bewerten war, kann der Ausgangspunkt von Gaius' Erörterung gewesen sein[633]. Was konnte man einer Interpretation i.S. der *quidam* entgegenhalten, um den Einwand zu entkräften, bei Rückgabe sei ein Kreditverhältnis entstanden? Der Wille zur Rückübereignung des erhaltenen Geldes war dem Gläubiger schwerlich zu unterstellen. Deshalb und vor allem weil er das Geld gerade nicht in der Absicht aus der Hand gegeben hatte, es nicht wieder zurückzuerhalten (D 39.5.1 Iul 17 dig: *ullo casu ad se reverti*), lag keine *donatio* vor[634]. Der Parteiwille bei diesem Geschäft ging dahin, dem Schuldner die Verwendung des Geldes zum alleinigen Zweck der Scheinzahlung zu ermöglichen, ohne daß der Gläubiger mit der Rückgabe an den Schuldner zugleich sein Eigentum am Geld aufgeben wollte. Hiezu bot sich das *commodatum* an. In der bei einem *commodatum* geschlossenen Vereinbarung konnten die Parteien über die erlaubte Verwendung der Sache bestimmen, sie sogar auf einen bestimmten Fall festlegen[635]. Somit war Hingabe des Geldes zur Scheinzahlung nichts anderes als eine Leihe zum alleinigen Zweck der Rückgabe und konnte nicht als Gewährung eines Darlehens

---

[632] So die Rekonstruktion bei Mommsen ad h.l.: *quod non possit videri is qui ita accepit, ut ei a quo accepit retro reddat, [solutum accepisse. puto tamen debitorem ita dantem] solvisse potius quam decidisse.*

[633] Lenel, Pal. I, Sp. 262 Fn. 2 denkt an ein formelles Lösungsgeschäft wie die *nexi liberatio.*

[634] D 39.5.1 (Iul 17 dig) *Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. qualis est mortis causa donatio.*

[635] Gai 3.196 *Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committi; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus [rogaverit], et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius [cum] aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset.*

D 47.2.40 (Paul 9 Sab) *Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit.*

mißdeutet werden[636]. Die Einwände der *quidam* waren somit ausgeräumt. Das einzige Hindernis bei dieser Konstruktion, daß der Gläubiger sein eigenes Geld erhielt, war offensichtlich nicht der Punkt, aus dem diese Konstruktion fragwürdig erschien[637]. Die Scheinzahlung wirkte eben *numerationis loco*[638]. Außerdem sicherte das *commodatum* den Gläubiger ab, wenn der Schuldner das Geld nicht zurückgab[639].

In terminologischer Hinsicht verrät der Gaius-Text D 13.6.4, daß es weitere Möglichkeiten gab, geliehenes Geld seiner typischen Verwendung zuzuführen, ohne daß es dabei aus Sicht des Eigentümers unterging. *Pompa vel ostentatio* waren nicht die einzigen Gründe zu einem *commodatum* von Geld, wie der Ulpian-Text mit der Gegenüberstellung von *usu consumere* und den atypischen Gebrauchsarten andeutet. Wesentlich beim Gebrauch der *nummi commodati* war, ob diese Verwendung nach dem Vertrag zulässig war. *Pompa, ostentatio* und Scheinzahlung waren vertraglich gestattete Verwendungsformen, in denen der Gebrauch nicht mit einer *consumptio* einherging. Diesen Gegensatz wird auch bei Ulpian angesprochen:

---

Vgl. dazu und zu den literarischen Belegen zum *furtum usus* P. Huvelin, Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I/1 (1915; Ndr. 1968) 329 - 335.

[636] D 12.1.2 (Paul 28 ed) *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus ...*

[637] Die Rückgabe wirkte sowohl als Zahlung als auch als Rückgabe des Geliehenen. Die bewußte Annahme des eigenen Geldes als Zahlung schloß aus, daß der Hinterleger darüberhinaus die *actio commodati* anstellen durfte. Vgl. zum *depositum* D 16.3.1.33 (Ulp 30 ed) *Eleganter apud Iulianum quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit ita, ut domino pro libertate eius dem, egoque dedero, an tenear depositi. et libro tertio decimo digestorum scribit, si quidem sic dedero quasi ad hoc penes me depositam teque certioravero, non competere tibi depositi actionem, quia sciens recepisti, careo igitur dolo: si vero quasi meam pro libertate eius numeravero, tenebor. quae sententia vera mihi videtur: hic enim non tantum sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit: aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare.*

[638] S. auch Kaser, RPR I 636 Fn. 5.

[639] Dann standen die *actio commodati* bzw. die *actio ad exhibendum* und die *actio furti* zur Verfügung, wenn dieser das Geld behielt. Ohne Detentionsverhältnis hätte man aus dem bloßen Behalten, mangels *contrectatio*, vielleicht keine *actio furti* ableiten können.

Der verabredungswidrige Gebrauch einer zurückgegebenen Sache bildete ein *furtum*, wenn so die bei der Rückgabe verfolgte Absicht des Retournierenden frustriert wurde. Vgl. dazu zum *pignus* D 13.7.3 (Pom 18 Sab) *Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur.* D 20.6.8.14 (Marcian ls ad form hypoth) *Quod si concesserit decem vendere, ille quinque vendiderit, dicendum est non esse repellendum creditorem: in contrarium non erit quaerendum, quin recte vendit, si pluris vendiderit, quam concessit creditor.*

D 12.1.18.1 (Ulp 7 disp)

*Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit.*

Im ersten Fall gab jemand einem anderen Geld zur Verwahrung, dieser meinte ein *mutuum* zu erhalten. In der zweiten Variante wollte jemand ein Gelddarlehen geben, der Empfänger glaubte jedoch, das Geld werde *ostendendi gratia* zur Leihe gegeben. In beiden Fällen verneinte der Jurist das Zustandekommen eines der von den Parteien vorgestellten Verträge; nach Gebrauch sprach er dem Leistenden die *condictio* zu. Wieder zeigt sich der Gegensatz zwischen *consumere* und dem bei einem *commodatam ostendendi gratia* zulässigen Gebrauch.

Auch bei der Leihe *ad pompam vel ostentationem* folgte in den Klassikertexten wie im Zusammenhang des *usus fructus irregularis* die Terminologie dem konkreten Problemzusammenhang und diente nicht zur Charakterisierung allgemeiner Sacheigenschaften. In D 13.6.3.6 betrachtete Ulpian die Sachen nicht im Hinblick auf ihre natürlichen Eigenschaften, sondern daraufhin, ob sie als Gegenstände des *commodatum* geeignet waren. Dazu kam es nicht allein auf die Sache, sondern auch die im Vertrag gestattete Verwendungsform an. Wenn mit dieser kein *consumere* verbunden war, konnte auch die konsumierbare Sache verliehen werden. Ihre Konsumierbarkeit spielte erst dann wieder eine Rolle, wenn der Verwahrer das Geld entgegen seinen Befugnissen zur Zahlung heranzog; dann nahm die *consumptio* durch den Empfänger dem Verleiher das Eigentum (D 12.1.18.1).

## 8.5. Die Bedeutung von *nummos consumere*

### 8.5.1. *Nummos consumere*: Gutgläubige Eigentumsübertragung durch einen Nichtberechtigten?

Die eingehende Diskussion über die *consumptio nummorum* in der neueren Romanistik leiteten Burdese und Kaser mit der These ein, die *consumptio nummorum* sei von den römischen Juristen als gutgläubige Eigentumsübertragung verstanden worden. Für Burdese bezeichneten die Juristen so „una *traditio* effettuata dal non proprietario (e non legittimato a *tradere*), dove la legittimazione obbietiva del tradente è sostituita dalla circostanza sogettiva della buona fede del tradente medesimo“[640]. Als Tatbestand von *consumere pecuniam* identifiziert Burdese die gutgläubige Weitergabe des fremden Geldes. Die der Verfügung eines Nichtberechtigten ausnahmsweise zuerkannten translativen Wirkungen sah Burdese als „conseguenze giuridiche della circolazione monetaria, in vista appunto del valore di utilizzazione quale strumento di scambio, riconosciuto al denaro“[641].

Kasers näherte sich dem Problem von der schuldrechtlichen Seite der *consumptio*. Da durch die *consumptio* eine Leistung schuldrechtlich vollendet wurde, mußten in der *consumptio* die sachenrechtlichen Voraussetzungen dazu liegen. Das erforderte, daß „der Verbraucher an dem empfangenen Geld mit dessen Weitergabe dem neuen Empfänger Eigentum verschafft hat“. Und dazu wurde dem Verbraucher von den Juristen nach Kasers Auffassung „die Fähigkeit zugestanden, den Empfänger des Geldes zum Eigentümer zu machen“, „was man damit gerechtfertigt haben (wird), daß der Verbraucher in gutem Glauben verfügt hat.“[642] Kaser meinte damit im römischen Recht die sachenrechtliche Regel aufgespürt zu haben, „daß, wer gutgläubig mit fremden Geld bezahlt, dem Empfänger Eigentum

---

[640] Burdese (Fn. 80) 288.

[641] Burdese (Fn. 80) 272.

[642] Kaser 200 - 202.

verschafft“[643]. Nach Kasers Deutung hieß *consumere* „gutgläubig zahlen“. Als weitere Besonderheit zog er zudem in Erwägung, daß der derivative Eigentumserwerb an Geld von der Gültigkeit der *causa* vielleicht absah[644].

Kaser machte damit den zum Verbraucher, der das Geld weitergab und nicht wie die Quellen erweisen, den Empfänger. In Zwei-Personen-Verhältnissen könnte diese Sichtweise Kasers allenfalls noch vertreten werden, obwohl auch hier die Texte das Gegenteil nahelegen, wie z.B aus D 12.1.13.1 hervorgeht.

> D 12.1.13.1 (Ulp 26 ed)
> *Unde Papinianus libro octavo quaestionum ait: si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. ...*

Papinian ging davon aus, daß *ego* fremdes Geld zum Darlehen gab und diese Weitergabe (in Kasers Sichtweise wäre das der Verbrauch) aber ohne Wirkungen blieb. Diese traten erst ein, wenn der Empfänger *tu* das Geld verbrauchte (*consumpseris*). Unhaltbar wird die Sichtweise, daß die *consumptio* als gutgläubige Eigentumsübertragung verstanden wurde, jedoch eindeutig bei dreipersonalen Verhältnissen.

> D 12.1.19.1 (Iul 10 dig)
> *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui*

---

[643] Kaser 200 f. Nachweise älterer Lehrmeinungen dieses Inhalts bei Wacke 55 Fn. 24.

[644] Kaser 223.

> *alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.*

Julian behandelte eine Geldzahlung durch ein Mündel *sine auctoritate tutoris*, zuerst in einer zweipersonalen, dann in einer dreipersonalen Fallgestaltung. In der ersten Variante traten zwischen dem Mündel und dem Empfänger des Geldes die Wirkungen einer fehlerfreien *datio* mit dem Verbrauch des Geldes ein. Hier wäre noch die Zahlung durch das Mündel (arg. *quod facto eius*) als *consumptio* deutbar. In der dreipersonalen Konstellation ist diese Interpretation allerdings nicht mehr vertretbar. Gab der Empfänger dasselbe Geld bei einer Zahlung an einen Dritten weiter (*eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit*), so entstanden *consumpta ea* schuldrechtliche Wirkungen *uno actu* sowohl zwischen dem Dritten und dem Zahlenden (*eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit*) als auch beim Zahler und dem Mündel (*ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit*). Die Wirkungen im Verhältnis Mündel - Zahler können in dieser Variante aber nicht mit einer gutgläubigen Eigentumsübertragung an den Empfänger erklärt werden. *Consumere* kann also nicht diesen Sinn haben. Daß Kasers Sicht von *consumere* deshalb nicht zutrifft, hat Wacke in seiner ausführlichen Exegese des Textes überzeugend nachgewiesen[645] und Kaser selbst schließlich zur Aufgabe dieser Meinung veranlaßt[646].

---

[645] Wacke 57 - 75; zustimmend auch Wunner (Fn. 8) 575 f., 608 f.; Flume (Fn. 17) 78; Bauer (Fn. 12) 155; Müller-Ehlen (Fn. 13) 68 Fn. 2. Gegen Kaser und Burdese zuvor bereits Fuchs, *Consumptio* passim. und Hasler 43 f. Gegen eine Eigentumsübertragung durch *consumptio* auch v. Lübtow (Fn. 8) 35 f.; diesem zustimmend Kaden (Fn. 8) 572.

[646] M. Kaser, Die actio furti des Verkäufers, SZ 96 (1979) 92 Fn. 6; ders., Durchgangserwerb, Labeo 26 (1980) 59 Fn. 157; ders., Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen, in: ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode (1986) 149 Fn. 6. Kasers älterer Ansicht folgt nur mehr Manthe (Fn. 362) 47.

### 8.5.2. Andere Deutungen von *nummos consumere*

Was verstanden nun die Juristen unter *nummos consumere,* welches faktische Verhalten des Besitzers hatten sie mit diesem Ausdruck im Sinn? Die moderne Literatur nennt vornehmlich das Ausgeben oder setzt *consumere* mit der Vermengung gleich. Fuchs betont den Wegfall der Identifikationsmöglichkeit und bezeichnet Ausgeben auf „Nimmerwiedersehen" oder die Vermengung als die Bedeutung von *consumere*[647]. Wacke will in „der Vermengung mit eigenem Geld de(n) Hauptfall der *consumptio nummorum* ... sehen"[648]. Andere Autoren deuten *consumere* i.S. einer Zahlung[649] oder, wenn der Zahlende ausnahmsweise ein unverändertes *corpus nummorum* weitergeben hatte, als dessen Auflösung beim Empfänger oder bei einem Dritten[650]. Knüpft man an das *corpus nummorum* an, müßte man darüber hinaus jeden Realakt als *consumere* ansehen, der eine sichere Identifikation des Geldes aufgrund des Behältnisses unmöglich machte, weil eine Veränderung des Inhalts nicht mehr auszuschließen war (z.B. die Entfernung des Siegels oder das Öffnen des *sacculus*)[651].

Kein Autor konnte aber bisher eine überzeugende Erklärung anbieten, warum es die Juristen beim unscharfen Ausdruck *consumere* bewenden ließen und den Akt, der diese Wirkungen hatte, nie deutlicher bezeichnen. Meist verweist man zur Erklärung auf die Zugehörigkeit des Geldes zu den *res quae usu consumuntur*[652] oder auf die Konstruktion des Cassius bei der *ferruminatio*[653]. Wacke hat sich der Frage gestellt, sie aber in einer m.E. zu technischen Weise zu klären versucht[654]:

---

[647] Fuchs, *Consumptio* 136 f.; ihm folgend Hasler 45.

[648] Wacke 123 -130. (Zitat 123); ähnlich auch Flume (Fn. 17) 79 und Bretone (Fn. 52) 132; diese Interpretation von *consumere* schließen Kaser 197, 199 und Wunner (Fn. 8) 584 f. aus.

[649] Fuchs, Iusta causa 194; Kaser 201; Kaden (Fn. 8) 51; Manthe (Fn. 362) 48; Flume (Fn. 17) 79; Bauer (Fn. 12) 157

[650] Bauer (Fn. 12) 157.

[651] Bauer (Fn. 12) 157; Gamauf (Fn. 71) 159.

[652] Fuchs, Iusta causa 192; Kaser 189, Wacke 126; Manthe (Fn. 362) 47; Gamauf (Fn. 71) 159.

[653] Fuchs, Iusta causa 190; Kaser 190 Fn. 71.

[654] Wacke 126.

„*Consumere pecuniam* ist eine bloße Brachylogie für *consumere vindicationem pecuniae.*“ Der Ausdruck *consumere vindicationem* ist jedoch nicht quellenmäßig bezeugt; als *terminus technicus* wäre er nur schwer vorstellbar[655]. Damit geht Wackes unterstützender Verweis auf das Material des VIR ins Leere[656]. Texte, die aus der Geldkonsumption die Unanwendbarkeit einer Klage ableiten, sprechen nie technisch von *actionem consumere*, sondern man liest stattdessen, daß die Klage wegfällt (*evanescit*)[657] oder eine Klage fehlt (*deficit)*[658]. Gegenstand des *consumere* ist das Geld selbst, nicht die *vindicatio nummorum.*

---

[655] Zum metaphorischen Gebrauch von *consumere actionem* Liebs (Fn. 68) 170 f. Gegenstand des *consumere* war aber nicht die Klage, sondern das Forderungsrecht (Liebs, a.a.O. 180 - 182). Bei einer *rei vindicatio* läßt sich deswegen nicht von einer Konsumption sprechen, weil auch eine *litis contestatio* das zugrundeliegende Eigentum nicht konsumiert (s. auch oben in Fn. 402). Im Verhältnis von *vindicatio nummorum* und *condictio* ließe sich die Verwendung dieser Terminologie ausnahmsweise rechtfertigen (unten Fn. 964).

[656] VIR s.v. *consumo* (V. *ius extinguere*).

[657] D 12.1.31.1 (Paul. 17 Plaut) *Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. et hoc verum est: nam et Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori. quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit. sed adicere debuit Iulianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. idem dici debet, si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim.*

[658] D 15.1.52 (Paul 4 quaest) *Ex facto quaeritur: qui tutelam quasi liber administrabat, servus pronuntiatus est. an si conveniatur eius dominus a pupillo, cuius quidem potiorem causam quam creditorum ceterorum servi habendam rescriptum est, an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur? et si putaveris posse deduci, an intersit, utrum, cum adhuc in libertate ageret, domini debitor factus est, an postea? et an de peculio impuberi competat? respondi nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur. plane in ceteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum: quid enim si filius dotem accepit, tutelam administravit? merito igitur et in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est, et quia occupantis melior solet esse condicio, quam ceterorum inhibebitur actio. plane si ex re pupilli nomina fecit vel pecuniam in arca deposuit, datur ei vindicatio nummorum et adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt: hic enim alienare eos non potuit: quod et in quovis tutore dicendum est. nec tamen interesse puto, quando domino debere coepit, utrum cum in libertatis possessione esset an postea: nam et si Titii servo credidero eiusque dominus esse coepero, deducam quod prius credidi, si conveniri de peculio coepero. quid ergo est? quia de peculio actio deficit, utilis actio in dominum quasi tutelae danda erit. ut quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intellegatur.* S. dazu A. Bürge, Occupantis melior est condicio, SZ 106 (1989) 263 - 265.

Zum nicht näher bestimmten Verbrauch einer rückgezahlten *dos* durch eine *filia familias* D 24.3.22,1 (Ulp 33 ed) *Si post solutum matrimonium filia familias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat, patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur. quod ita verum est, si perditurae solvatur: ceterum si non perditurae et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio. sed mortuo patre nec etiam heredes agent nec mulier.*

### 8.5.3. *Consumere* als vorprozessuale Verantwortung des Beklagten

Die Unsicherheiten bei den bisherigen Versuchen zur tatbestandlichen Fixierung von *consumere* entfallen, wenn man den Begriff über seine prozessuale Funktion zu erfassen sucht. Worin *consumere* bestand, konnten die Juristen deswegen offen lassen, als nur klargestellt sein mußte, daß ein Akt vorlag, der eine *vindicatio nummorum* ausschloß und der zugleich geeignet war, einen Kondiktionsanspruch des Klägers zu begründen. Bei der *condictio* wäre das *consumere* vom Kläger zu behaupten gewesen, um den Prätor *in iure* von der Schlüssigkeit des Vorbringens im Hinblick auf die beantragte *condictio* zu überzeugen. *Apud iudicem* hätte der Kläger den Verbrauch dann zu beweisen gehabt. Wie der Kläger die seiner Ansicht nach fehlerhafte Leistung – auf die es sowohl für die *vindicatio nummorum* als auch für die *condictio* ankam – mit der richtigen *actio* rückgängig zu machen hatte, hing von der Frage nach dem *exstare* oder *consumere* der *nummi soluti* ab.

Wie im Verlauf dieser Arbeit schon mehrfach hervorgehoben wurde, wäre dem Kläger dieses Unterfangen deswegen schwer gefallen, da er in der Regel nicht wissen konnte, was der Beklagte mit dem Geld nach Empfang gemacht hatte, ob er es noch hatte, oder ob es dem *sacculus* entnommen, mit anderem vermengt oder ausgegeben worden war. Allerdings sollte der Kläger darüber spätestens *in iure* seine Meinung gebildet haben, weil er sich zu diesem Zeitpunkt zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio* zu entscheiden hatte. Das konnte er nur deswegen, weil der Beklagte sich zu diesen Fragen verbindlich äußern mußte. Schwieg der Beklagte vorprozessual und *in iure*, so galt das als Verweigerung der Einlassung auf die *rei vindicatio*, und er konnte wegen des Geldes mit der *actio ad exhibendum* in Anspruch genommen werden.

In den von den Juristen regelmäßig vorausgesetzten zweipersonalen Konstellationen, in denen eine mangelhafte Zahlung vorlag, zu deren Rückforderung die *vindicatio nummorum* und *condictio* (bzw. Vertragsklage) konkurrierend in Frage kamen, lassen sich folgende Streitpunkte und Einlassungen des Beklagten dazu denken:

1. Die Tatsache der Geldleistung des Klägers an den Beklagten oder deren geltendgemachte Höhe wurden vom Beklagten bestritten:

a. Der Beklagte leugnete den Erhalt einer Leistung: Damit verneinte er den Besitz und die Passivlegitimation zur *rei vindicatio*; für den Kläger kam nur die *condictio* in Frage. Durch die vorprozessuale Ableugnung des Besitzes, welche den Kläger zur Wahl der *condictio* veranlaßt hatte, waren dem Beklagten im Verfahren Vorbringen verschlossen, die mit dieser Einlassung in Widerspruch standen. Im Prozeß konnte er nicht mehr Münzen vorweisen und behaupten, diese wären Eigentum des Klägers, um eine Abweisung wegen *pluris petitio* erreichen, da er sich diesen Einwand vorprozessual abgeschnitten hatte (oben Unterkapitel 6.5).

b. Der Beklagte behauptete, weniger Geld erhalten zu haben, als der Kläger forderte: Hinsichtlich des Teiles der Leistung, dessen Empfang der Beklagte nicht bestritt, mußte er sich zusätzlich zum Besitz äußern. Gestand er diesen zu, konnte dieser Teil vindiziert und der strittige Rest vom Kläger kondiziert werden[659]. Machte er den Verbrauch des ganzen Empfangenen geltend (ohne sich damit über die Höhe verbindlich zu äußern), dann wurde alles kondiziert.[660]

2. Der Beklagte gestand den Empfang der Leistung explizit oder durch seine Verteidigung (z.B. die Behauptung eines Rechts auf die Leistung) implizit zu. Das Streitthema für den Prozeß reduzierte sich auf die Frage nach der *causa* oder der dinglichen Berechtigung des Tradenten.

a. Der Beklagte bestritt das Eigentum des Klägers am Geld: Bekannte der Beklagte ein, dieses noch zu besitzen, stand dem Kläger die *actio ad exhibendum* offen. Berief er sich auf den Verbrauch, kam wieder die *condictio* in Frage.

---

[659] D 12.1.13.1; oben S. 145.

[660] Um dem Risiko zu entgehen, mit dem bestrittenen Betrag zu unterliegen und wegen *pluris petito* den gesamten Prozeß zu verlieren, konnte der Kläger hier auch nur einen Teil einklagen. Einer Klage auf den Restbetrag konnte im Amtsjahr desselben Prätors die *exceptio litis dividuae* entgegengestellt werden (Gai 4.122). S. Kaser/Hackl 324.

b. Der Beklagte behauptete ein Recht auf die Leistung: Hier richtete sich die Wahl der Klage wieder nach seiner Einlassung über Besitz bzw. Verbrauch (analog zu 1b und 2a).

c. In den Fällen 2a und 2b stand dem Beklagte vorprozessual der Einwand offen, er wisse zwar noch, daß er das erhaltene Geld in seine Kasse getan habe, aber nicht mehr, ob es dort noch zur Gänze sei und könne sich deshalb nicht zum Besitz äußern. Wenn er die Möglichkeit einer Vermengung behauptete, wurde er als Eigentümer behandelt und es kam nur eine *condictio* gegen ihn in Frage.

Wenn man *consumere* auf diese vorprozessuale Situation bezieht, in der seitens des Beklagten die unterschiedlichsten Behauptungen erhoben werden konnten, wird verständlich, warum der so oft in den Quellen aufscheinende Ausdruck *consumere* nie mit einem konkreten Lebenssachverhalt verbunden wurde. Was auch immer der Beklagte an Erklärungen über das rechtliche Schicksal des Geldes angeboten hatte, brauche einen Juristen im Detail nicht zu interessieren. Für die Prozeßführung des Klägers war allein ausschlaggebend, ob das Vorbringen eine verbindliche Äußerung über den Besitz enthielt, da dieser die für die Wahl zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio* entscheidende Tatbestandsvoraussetzung war. Die verschiedenen Äußerungen dazu, was mit dem Geld passiert war, welche der Beklagte machen konnte, etwa, er habe das Geld ausgegeben, durchgebracht, bei ungünstigen Geschäften verloren oder es sei ihm sonstwie abhandengekommen, konnten so ohne Verlust an juristischer Präzision auf den Ausdruck *pecunia consumpta* reduziert werden. Daß Geld ausgegeben, verwendet, aufgewendet, vergeudet, jedenfalls nicht mehr vorhanden war, faßt die häufigsten Bedeutungen dieses Worten in den juristischen Quellen zusammen[661]. Für „aufwenden" erscheint es erstmalig in einem juristischen Kontext in republikanischen Munizipalrechten wie der *lex Tarrentina*[662]

---

[661] S. auch Wacke 124.

[662] FIRA I Nr. 18. VIIII 4 *Nei quis in oppido quod eius municipi er[i]t aedificium detegito neiue dem[olito] neiue disturbato, nisei quod non deterius restiturus erit, nisei d[e] s(enatus) s(ententia). sei quis aduersus ea faxit, quant[i] id aedificium f[u]erit, tantam pequuni[a]m municipio dare damnas esto, eiusque pequniae [que]i uolet petiti[o] esto. magi(stratus) quei exegerit dimidium in [p]ublicum referto, dimidium in l[u]deis, quos publice in eo magistratu facie[t] consumito, seiue ad monumentum suom in publico consumere uolet, l[iceto] idque ei s(ine) f(raude) s(ua) facere liceto.*

(zwischen 89 und 62 v. Chr.) oder der *lex Ursonensis*[663] (44 v.Chr.)[664]. In klassischen Texten heißt *pecuniam consumere* daneben, Aufwendungen zu einem bestimmten Zweck tätigen[665] oder etwas vergeuden[666]. *Consumere* bringt weiters zum Ausdruck, daß Voraussetzung eines Anspruches (z.B. eine Bereicherung) entfallen sind[667] oder eine Sache dem physischen Untergang zugeführt wurde[668]. Man gebrauchte das Wort aber genauso, wenn etwas einem Vermögen bzw. einem Sachkomplex (z.B. *penus*) entnommen wurde oder diese Masse ausgeschöpft worden war[669], oder wenn Geschäfte schlecht geführt worden waren[670]. Aber auch zur Bezeichnung von

---

[663] FIRA I Nr. 21. LXX. *IIuiri quicu[m]que erunt ei praeter eos, qui primi post h(anc) l(egem) [fa]cti erunt, ei in suo mag(istratu) munus ludosue scaenicos ioui iunoni mineruae deis deabusq(ue) quadriduom m(aiore) parte diei, quot eius fieri poterit, arbitratu decurionum faciunto inque eis ludis eoque munere unusquisque eorum de sua pecunia ne minus HS ∞ ∞consumito et ex pecunia publica in sing(ulos) IIuiros dum taxat HS ∞ ∞ sumere consumere liceto, itque eis s(ine) f(raude) s(ua) facere liceto, dum ne quis ex ea pecun(ia) sumat neue adtributionem faciat, quam pecuniam h(ac) l(ege) ad ea sacra, quae in colon(ia) alioue quo loco publice fient, dari adtribui oportebit.*

LXXI *Aediles quicumq(ue) erunt in suo mag(istratu) munus ludos scaenicos Iovi Iunoni Minervae triduom maiore parte diei, quot eius fieri poterit, et unum diem in circo aut in foro Veneri faciunto, inque eis ludis eoque munere unusquisque eorum de sua pecunia ne minus HS ∞ ∞ consumito deue publico in singulos aed(iles) HS ∞ ∞ sumere liceto, eamq(ue) pecuniam IIvir praef(ectusve) dandam adtribuendam curanto itque iis s(ine) f(raude) s(ua) capere liceto.*

LXXII *Quotcumque pecuniae stipis nomine in aedis sacras datum inlatum erit, quot eius pecuniae eis sacris superfuerit, quae sacra, uti h(ac) l(ege) d(ata) oportebit, ei deo deaeve, cuius ea aedes erit, facta fuerint, ne quis facito neve curato neve intercedito, quo minus in ea aede consumatur, ad quam aedem ea pecunia stipis nomine data conlata erit, neve quis eam pecuniam alio consumito ne[ue] quis facito, quo magis in alia re consumatur.*

[664] Zur jeweiligen Datierung Wenger (Fn. 595) 396.

[665] D 10.2.39.2 (Scaev 1 resp); D 11.7.37 (Macer 1 ad l vices hered); D 11.7.14.6 (Ulp 25 ed); D 15.3.3.1, 2, 6 (Ulp 29 ed); D 31.63 (Call 4 ed monit); C 8.51.1 (Alex).

[666] D 4.4.24.4 (Paul 1 sent); D 24.3.22.6 (Ulp 33 ed); D 11.3.16 (Alf 2 dig).

[667] Vgl. Unterkapitel 8.2 zur Ehegattenschenkung. D 5.3.23 pr. (Ulp 15 ed) *Utrum autem omne pretium restituere debebit bonae fidei possessor an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum: finge pretium acceptum vel perdidisse vel consumpsisse vel donasse. et verbum quidem pervenisse ambiguum est, solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat. et puto sequentem clausulam senatus consulti, etsi haec sit ambigua, ut ita demum competat, si factus sit locupletior.* Dazu Müller-Ehlen (Fn. 13) 332 f., 356 - 363.

[668] D 25.2.3.3 (Paul. 7 Sab) *Item verum est quod Ofilius ait etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit vendiderit donaverit qualibet ratione consumpserit, rerum amotarum iudicio contineri.* Vgl. auch D 29.2.71.6 (Ulp 61 ed) dazu Voci, DER I (1960) 539; D 9.2.30.2 (Paul 22 ed).

[669] D 29.1.18.1 (Tryph 18 disp); D 33.9.2 (Marc 3 reg); D 33.9.4 (Paul 4 Sab); D 36.1.82 (Scaev 5 dig); D 37.4.16 (Pomp 4 Sab); D 37.9.1.28 (Ulp 41 ed); C 11.33.2.3 (Const).

[670] Gai 1.199

Vermögensverlusten oder Schäden findet es sich in eine Reihe mit *amovere* und *corrumpere* gestellt[671].

Wenn die Aussage des Beklagten auf *pecunia consumpta* hinauslief, bedeutete das prozessual den Ausschluß der Vindikation und den Umstieg auf die *condictio*. Am besten wird man *pecuniam consumere* daher als Kürzel für die möglichen Inhalte der Stellungsnahmen des Beklagten im vorprozessualen Stadium verstehen können, wenn er über seinen Besitz am Geld befragt, diesen abstritt und sich über die Gründe dafür oder den möglichen Verbleib des Geldes mehr oder weniger detailfreudig ausließ. Wesentlich für das künftige Verfahren – und nur darauf richteten die Juristen ihre Aufmerksamkeit – war ausschließlich, daß sich das Geld nicht mehr im Besitz des Beklagten befand. Für eine *actio in rem* fehlten die *nummi exstantes*. *Consumere* bot sich als Sammelbegriff für so unterschiedliche Faktenlagen deswegen an, weil es allgemein genug war, um die denkbaren Einlassungen des Beklagten zu erfassen. Und das Wort brachte außerdem zum Ausdruck, daß der Beklagte einen Vorteil aus dem Geld gezogen hatte, und dabei, was der für die Unzuständigkeit der *rei vindicatio* bedeutsame Aspekt war, das Geld dem Zugriff des Eigentümers entzogen und es für diesen dabei in gewissem Sinne zugleich vernichtet hatte.

### 8.6. Ergebnisse

Den Tatbestand des *consumere nummos* beschreibt kein klassischer römischer Jurist. Aus Ulpians Definition des Wortes „*consumpsisse*" der *oratio Severi* von 206 zur Ehegattenschenkung in D 24.1.32.9 (Ulp 33 Sab) sind für *pecuniam consumere* keine Aufschlüsse zu gewinnen, da die Rechtsfolge von *consumere* des Geschenkten in der *oratio* der Ausschluß jedes Anspruches gegen den Verbraucher und nicht nur der *rei vindicatio* war. Im Zusammenhang mit Ehegattenschenkungen wurde der Begriff *consumere* außerdem für den Geldverbrauch verwendet, der nur die

---

[671] D 15.1.27.1 (Gai 9 ad ed. provinc) *Constat heredem domini id quoque deducere debere, quod servus, cuius nomine cum eo de peculio ageretur, ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amovisset consumpsisset corrupisset.* D 40.12.41.1 (Paul ls de art liberalis) *Iudex autem, qui de libertate cognoscit,*

*vindicatio nummorum* unmöglich machte. *Consumere* war jedenfalls kein juristischer *terminus technicus* mit fixer Bedeutung.

Das *consumere* der Digestentexte ist genausowenig darauf rückführbar, daß Geld bereits in der Klassik als verbrauchbare Sache i.S. der gemeinrechtlichen oder modernen Terminologie galt. Unter die Gegenstände des Quasinießbrauchs, die im justinianischem Recht als *res, quae usu consumuntur* bezeichnet wurden, fiel auch Geld nicht, sondern IJ 2.4.2 betont nur die Ähnlichkeit des Geldes mit solchen Sachen. Erst das justinianische Recht erhob die natürliche Eigenschaft der Verbrauchbarkeit im Rahmen des normalen Gebrauchs zum Kriterium der Unterscheidung zwischen Nießbrauch und Quasinießbrauch. Das klassische Recht kannte beim Nießbrauch den gestatteten *usus* und einen diesen überschreitetenden *abusus*. Geld konnte für die klassischen Juristen aus dem einfachen Grund nicht zu den *res, quae usu consumuntur* zählen, weil sie diese Kategorie nicht kannten. Klassische römische Juristen bezeichneten die Gegenstände des *usus fructus irregularis* als *res, quae usu tolluntur* oder *res, quae in abusu continentur*. Die Klassiker dachten dazu nicht in abstrakten Sachkategorien, sondern argumentierten aus dem Zusammenhang mit dem Nießbrauch heraus. Für den regulären Nießbrauch kamen verbrauchbare Sachen nicht in Frage, weil ihr regulärer Gebrauch zum Verbrauch führen mußte. Ein Gebrauch war damit mehr als der bloße *usus,* welcher dem Nießbraucher zustand, ein *abusus*, zu dem nur der Eigentümer berechtigt war. Daher wurden verbrauchbare Sachen, an denen der Nießbrauch erst durch das SC ermöglicht worden war, weiterhin als *res, quae in abusu continentur* verstanden.

Die justinianische Kategorie der *res, quae usu consumuntur* steht mit dem *nummos consumere* der klassischen Texte nur insofern in Verbindung, als die Byzantiner den Texten zum Geldverbrauch entnahmen, daß Geld trotz seines physischen Weiterbestandes beim Gebrauch den physisch verbrauchbaren Sachen ähnlich war. Die Klassiker sprachen beim Quasinießbrauch nicht von *consumere*, weil der Nießbraucher Eigentümer des Geldes wurde, der keiner *vindicatio*

---

*etiam de rebus amotis damnove facto cognoscere debet: fieri enim potest, ut fiducia libertatis et subripere quaedam et corrumpere atque consumere ex bonis, quibus serviebat, ausus sit.*

*nummorum* ausgesetzt sein konnte, und sich so die Frage nach einer *consumptio* von vornherein erübrigte. Eine einfache Gleichsetzung des Gebrauches von Geld mit *consumere* wie dies bei Subsumtion des Geldes unter die *res, quae usu consumuntur* zum Ausdruck käme, kann auch nicht auf andere klassische Quellen gestützt werden, die von *usu consumere* sprechen (etwa zum Geldkommodat; D 13.6.3.6 Ulp 28 ed; D 12.1.18.1 Ulp 7 disp).

Eine Besonderheit der Geldkonsumption ist, daß keiner der sie behandelnden Juristen die Umstände erörtert, die als *consumere* bewertetet wurden. Dies hat in der Literatur zu verschiedenen Thesen über das *consumere* Anlaß gegeben. Bereits die herrschenden Lehre weist den Versuch von Kaser und Burdese zurück, die *consumptio* als gutgläubige Übertragung des Eigentums durch einen Nichtberechtigten zu erklären. Stattdessen sucht sie den Realakt zu identifizieren, der die *vindicatio nummorum* des Eigentümers der Münzen unmöglich machte und aus diesem Grund als *consumere* verstanden wurde. Als solche werden die Ausgabe des Geldes, die Auflösung eines *corpus nummorum* oder die Geldvermengung genannt. Problematisch ist diese Sichtweise insofern, als keiner dieser Akte des Besitzers dem Kläger aus eigener Anschauung bekannt sein konnte. Somit hätte er sie nur selten beweisen können, wenn er unter Berufung auf eine *consumptio* mit der *condictio* anstelle der *vindicatio nummorum* klagte.

Den zahlreichen Bedeutungsvarianten von *consumere* im Zusammenhang mit Geld (ausgeben, vergeuden, bei ungünstig verlaufenden Geschäften verlieren u.ä.) ist als kleinster Nenner gemeinsam, daß nach dem *consumere* das Geld nicht mehr im Besitz des Beklagten war. Im Hinblick auf die *vindicatio nummorum* war eine genauere Qualifikation der zum Besitzverlust führenden Umstände gerade deswegen nicht nötig, weil es – wie auch der Gegenbegriff *exstare* verdeutlicht (s. Kapitel 6) – nur darauf ankam, daß der Beklagte nicht mehr zu einer *rei vindicatio* auf das Geld passivlegitimiert war. Auf die Erörterung des konkreten Aktes, durch den Beklagte diese Passivlegitimation verloren hatte, konnte verzichtet werden, weil dieses Wissen zur Prozeßführung des Klägers nicht nötig war. Denn bei einer *condictio* lag es nicht am Kläger zu beweisen, daß der Beklagte das Geld

konsumiert hatte. Kondiziert wurde erst, sobald das *consumere* außer Streit stand, weil es vom Beklagten einbekannt worden war. Aufgrund der besonderen prozessualen Ausgangslage bei Rückforderung einer sachenrechtlich unwirksamen Geldleistung konnte sich die juristische Diskussion zur *condictio* auf die lapidare Feststellung *pecunia consumpta* beschränken: Der Verbrauch des Geldes bildete weder bei der *condictio* ein Prozeßthema, zu dem der Kläger Beweise vorzubringen hatte, noch bei der *vindicatio nummorum* einen zulässigen Einwand, mit dem der Beklagte nachträglich seine fehlende Passivlegitimation geltend machen konnte. Die bindenden vorprozessualen Äußerung des Beklagten zum Besitz bzw. Verbrauch des Geldes determinierten die Wahl zwischen *vindicatio nummorum* und *condictio*. Da der Verbrauch schon vorprozessual verbindlich zugestanden oder ausgeschlossen werden mußte, bildete er weder einen Beweisgegenstand bei der *condictio* noch einen zulässigen nachträglichen Einwand gegen eine *vindicatio nummorum.* Wie der Beklagte das Geld verbraucht hatte, brauchte die Juristen nicht zu interessieren, weil es in dieser prozessualen Lage nicht von Relevanz war.

# 9. *Consumere* und Haftung aus der *lex Aquilia*

## 9.1. Einleitung

Eine *vindicatio nummorum* konnte nicht nur am Verbrauch des Geldes scheitern. Genauso verlor der Eigentümer sein Recht an den Münzen, wenn diese von einer anderen Person vernichtet wurden, ohne daß diese einen Nutzen erzielte. Dieser Fall wird als Problem einer aquilischen Haftung in D 9.2.27.21 behandelt.

> D 9.2.27.21 (Ulp 18 ed)
> *Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait.*[672]

Jemand hatte einem anderen Münzen aus der Hand geschlagen[673], sodaß diese verlorengegangen waren (*perierint*). Die Ansprüche des Geschädigten richteten sich nun danach, welche Absicht der Täter verfolgt hatte. Wollte er einem Dritten die Wegnahme der Münzen ermöglichen, haftete er wegen Beihilfe zum *furtum* (*ope*

---

[672] Vgl. auch D 19.5.23 (Alf 3 dig a Paulo epit) *Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret : illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. Respondit posse agi cum eo in factum actione.* und D 41.1.55 (Proc 2 epist) ... *sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimississes et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.* Dazu G. MacCormack, Aquilian Studies, SDHI 41 (1975) 31 f., 34 f. und Astolfi (Fn. 99) 160 f. (mit Lit.); zur Orientierung der *actio in factum* an der *actio legis Aquiliae* s. W. Selb, Formulare Analogien in „actiones utiles" und „actiones in factum" vor Julian, St. Sanfilippo V (1984) 731.

[673] Einen vergleichbaren Fall behandelt D 47.2.52.13 (Ulp 37 ed) *Si quis de manu alicuius nummos aureos vel argenteos vel aliam rem excusserit, ita furti tenetur, si ideo fecit, ut alius tolleret, isque sustulerit.*

*Nummos excutere* kann auch einen unittelbaren Wegnahmeakt bezeichnen; s. D 9.4.38.2 (Ulp 37 ed) *Si servus meus rem tuam subtraxerit et vendiderit tuque nummos quos ex pretio habebat ei excusseris, locus erit furti actioni ultro citroque: nam et tu adversus me furti ages noxali servi nomine et ego adversus te nummorum nomine.*

*consiliove*)[674]. Gingen die Münzen dadurch unter, daß sie in einen Fluß, die Kloake oder das Meer fielen, sprach sich Sabinus im ersten Satz für die *actio legis Aquiliae* aus. Im letzten Satz befürwortet er außerdem die *actio in factum.* MacCormack hält es für möglich, daß Sabinus „emphasising the physically indestructible nature of coins, may have held that the loss of the coins in the river or sea or sewer constituted their destruction"[675] und deren Verlust bei absichtlichem Aus-der-Hand-Schlagen unter *rumpere* subsumierte, während er die *actio in factum* bei Fahrlässigkeit gab[676]. Andere Autoren wollen entweder die *actio directa* oder die *actio in factum* streichen, oder im *idem* des letzten Satzes einen weiteren Juristen erkennen[677]. Eine ansprechende Erklärung dafür, daß Sabinus anscheinend zwei an sich nur alternativ mögliche Klagen – die *actio directa* und die *actio in factum* – in diesen Fall für möglich hielt, gibt Walter Selb[678]: Sabinus konnte so berücksichtigen, daß der Kläger im Formularverfahren bei der *actio directa* den Prozeßverlust riskierte, wenn der *iudex rupisse* strenger interpretierte als der Prätor[679]. Sicher ist jedenfalls, daß Sabinus bei dauerndem Verlust der Münzen – ohne daß diese i.S. von *(cor)rumpere* Schaden genommen hatten, die aquilische Haftung in Erwägung zog[680].

---

[674] Vgl. dazu G. MacCormack, Ope consilio furtum factum, TR 51 (1983) 275 f.; Nörr (Fn. 301) 150 f.; Mantovani 62 f. und K. Hackl, Gaius 4.37 und die Formeln der *actio furti*, FS Waldstein (1993) 127 - 139. MacCormack (a.a.O.) 275 f. und ihm folgend Zimmermann 930 vermuten, daß die *veteres* die Haftung wegen *furtum* sogar bejahten, wenn die Münzen nicht in den Besitz eines Dritten gelangt, sondern untergegangen waren.

[675] So auch v. Lübtow 181. Vgl. damit den Fall, daß die Sache durch das Wasser physisch zerstört wurde in D 9.2.27.19 (Ulp 18 ed) *Sed et si quis milium vel frumentum meum effuderit in flumen, sufficit Aquiliae actio.*

[676] MacCormack (Fn. 672) 31 f., 35 f. (Zitat 31).

[677] MacCormack (Fn. 672) 32; v. Lübtow 181 f.; P. Pauw, Actio in factum and the lex Aquilia, The South African Law Journal 97 (1980) 288 f.

[678] Selb (Fn. 672) 740.

[679] Zur Entscheidung für eine prätorische Klage bei Zweifeln über die eindeutige Subsumierbarkeit eines Falles unter eine zivile Formel vgl. D 19.5.17 pr. (Ulp 28 ed); D 19.5.19 pr. (Ulp 31 ed) und D 19.5.24 (Afr 8 quaest).

[680] S. B. Winiger, La responsabilité aquilienne romaine (1997) 40 erklärt hier *damnum* i.S. von „dommage économique" und sieht bei Sabinus im Vergleich mit Proculus eine „ligne plutôt conservatrice" (171).

Im Zusammenhang mit der *vindicatio nummorum* ist ein Blick auf die Quellen zur *lex Aquilia* nicht nur in Hinblick auf die physische Zerstörung von Münzen von Interesse. Es finden sich auch drei Texte, in denen von *consumere* verbrauchbarer Sachen *sensu stricto* die Rede ist: Wein und Getreide in D 9.2.30.2 (Paul 22 ed) bzw. Früchte in D 10.4.9.1 (Ulp 24 ed) und D 19.5.14.3 (Ulp 41 Sab). Außerdem kann D 31.63 (Call 4 ed monit) in diesen Zusammenhang mitbetrachtet werden, wenngleich dort weder genannt ist, welche Sache verbraucht wurde, noch der Zusammenhang mit der *lex Aquilia* auf den ersten Blick offenkundig wird.

Da es sich stets um Fälle handelt, in denen keine Kondiktionslage bestand, d.h. der Verbraucher nicht aufgrund einer Leistung in den Besitz der Sachen gekommen war, kommt dem *consumere* eine andere Funktion zu, als in den bisher betrachtetet Fällen. Diese soll zuerst untersucht werden und abschließend die Frage gestellt werden, wie ein Geldverbrauch ohne vorangegangene Leistung an den Besitzer oder ein deliktisches Verhalten, durch welches dem Eigentümer das Geld entzogen worden war, wohl von den römischen Juristen behandelt worden sein könnte.

## 9.2. Paulus D 9.2.30.2 im Verständnis der herrschenden Lehre

Ein vieldiskutierter Text[681] aus Paulus' Ediktskommentar zum dritten Kapitel der *lex Aquilia* behandelt den Verbrauch fremder Sachen von einem schadenersatzrechtlichen Blickpunkt aus.

> D 9.2.30.2 (Paul 22 ad ed)
> *Si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio.*[682]

Jemand hatte fremden Wein oder fremdes Getreide ohne Zustimmung des Eigentümers verbraucht. Der dabei eintretende Sachuntergang reichte Paulus nicht,

---

[681] Vgl. die Literaturnachweise bei Birks 142 - 145.

[682] Lenel, Pal. I, Paul Nr. 366.

um diesen Vorgang unter den Begriff *rumpere* (i.S. von *corrumpere*) des 3. Kapitels der *lex Aquilia* zu subsumieren[683]: Wer fremde Sachen konsumierte, handelte nicht tatbestandsmäßig im Sinne der *lex - non videtur damnum iniuria dare.* Statt mit der *actio legis Aquiliae* (*actio directa*) glich der Jurist den Nachteil durch eine *actio utilis* aus.

Nach heute überwiegender Lehre belegt der Text das Prinzip, daß im unberechtigten, aber bestimmungsgemäßen Verbrauch einer fremden Sache von den römischen Juristen keine Sachzerstörung i.S. von *(cor)rumpere* gesehen wurde[684]. Deshalb erhielt der Eigentümer hinsichtlich der untergegangen Sachen vom Prätor eine analoge Klage[685], bei Paulus als *actio utilis*. Die Substanzzerstörung infolge bestimmungsgemäßen Verbrauches fiel trotz unmittelbarer Einwirkung des Schädigers auf das geschädigte Objekt nicht unter den Sammelbegriff *corrumpere*[686], zu dem eine Interpretationstradition den Tatbestand *rumpere* des

---

[683] Vgl. die Unterscheidung zwischen *consumere* und *corrumpere* in D 15.1.27.1 (Gai 9 ed provinc) und D 40.12.41.1 (Paul ls de art liberalis) (Texte oben in Fn. 671).

[684] Vgl. auch D 9.2.27.15 (Ulp 18 ed) *Cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.* Als *alio modo vitiare* des Weines galt der Konsum nicht. Bei Gaius erweitert sich dieses Konzept noch stärker, wie *et quoquo modo vitiata aut perempta* zeigt (Gai. 3.217; unten Fn. 688). Zur Interpretation von *rumpere* als *corrumpere* durch Celsus und dessen Einfluß auf andere Juristen vgl. H. Hausmaninger, Zur Gesetzesinterpretation des Celsus, St. Grosso V (1972) 265 - 269.

[685] F.H. Lawson, Negligence in the Civil Law (1950; Ndr. 1968) 116; v. Lübtow 185 f.; H. Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia[5] (1995) 18; Zimmermann 987.

[686] Lawson (Fn. 685) 23; v. Lübtow 186; Hausmaninger (Fn. 685) 18; Zimmermann 987; R. Willvonseder, Die Verwendung der Denkfigur der „*condicio sine qua non*" bei den römischen Juristen (1984) 14; G. Valditara, Damnum iniuria datum (1996) 30; in diesem Sinne wohl auch B.W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict (1989) 21 und Winiger (Fn. 680) 169, der aber auf den Text auch im Zusammenhang mit der indirekten Einwirkung verweist (162). Weitere Nachweise bei Birks 145.

B. Albanese, Studi sulla legge Aquilia, APal 21 (1950) 80, 176 rekurriert nicht auf die Interpretation von *(cor)rumpere,* sondern schließt bei Verbrauch das deliktstypische *damnum* aus; so auch G. Rotondi, Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae, in: Scritti giuridici 2 (1922) 456 und Pauw (Fn. 677) 288.

Dem herrschenden Verständnis wirft Birks Inkonsequenz vor, da *corrumpere* einerseits als Ergebnis einer extensiven Interpretation eines gesetzlichen Tatbestandes erscheint, *in concreto* aber restriktiver ausgelegt werden müsse als die Worte der *lex,* um die Vernichtung der Sache durch den ordentlichen Gebrauch auszuschließen (Birks 144). Dagegen ist allerdings einzuwenden, daß für die Juristen wahrscheinlich genausowenig Grund bestand, mit dem Ausdruck *consumere* (trotz seiner vielfältigen Bedeutungen) die Vorstellung des *corrumpere* zu verbinden, wie man heute im alltäglichen Sprachgebrauch, wenn man von „verbrauchen" spricht, bedenkt, daß dadurch die Sache zerstört wird.

Die römischen Vorstellungen erfaßte die Glossa ordinaria (Glosse f zu D 9.2.30.2) präzise: *Hoc autem non videtur corruptum, cum eo usu consumatur, ad quem est inventum.*

dritten Kapitels ausgeweitet hatte[687]. Im aquilischen Kontext fungierte *consumere* in gewisser Hinsicht damit als einschränkender Gegenbegriff zu *corrumpere*, wobei die Bedeutungskomponente „zerstören" von *consumere* insoweit ausgeblendet blieb[688]. In der juristischen Diskussion um die *lex Aquilia* bedeutete *corrumpere* jene Substanzverletzungen, die nicht aus dem üblichen Gebrauch einer Sache herrührten, oder Fälle, in denen eine Sache ohne unmittelbare Einwirkung auf ihre Substanz unbrauchbar gemacht oder der Verderbnis ausgesetzt wurde. Mit anderen Worten subsumierte man darunter die Sachzerstörungen/-beschädigungen, bei denen, im Unterschied zum verbrauchenden Gebrauch (*consumere*), aus der Substanzverletzung regelmäßig kein unmittelbarer Nutzen entsprang. Beim Untergang von verbrauchbaren Sachen war also *corrumpere* die Bezeichnung für eine nutzlose Beschädigung oder Zerstörung (i.e.S.)[689], *consumere* für den nutzbringenden Verbrauch.

### 9.3. D 9.2.30.2 und Entfall der aquilischen Haftung wegen „proper user" (Birks)

Zuletzt hat Peter Birks gegen diese Sichtweise in mehreren Arbeiten ausführlich Stellung bezogen[690]. Seiner Auffassung nach schloß der bestimmungsgemäße Verbrauch, er kennzeichnet diesen als „proper user"[691], jeglichen Anspruch gegen-

---

[687] D 9.2.27.13 (Ulp 18 ed) *Inquit lex „ruperit". rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt „corruperit".*; Gai 3.217; IJ 4.3.13 u.ö.

Flüssigkeiten waren anfänglich, da eine physische Verletzung i.S. von *rumpere* nicht stattfinden konnte, von der Haftung ausgenommen; s. A. Völkl, Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht (1984) 45; Valditara (Fn. 686) 26.

[688] In Gaius' breitem Verständnis des Zwecks des dritten Kapitels (*Capite tertio de omni cetero damno cavetur.*) und seiner Definition von *corrumpere* (Gai 3.217) wäre für den Sachuntergang durch *consumere* durchaus Platz gewesen: ... *ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta* [*aut rupta*] (?) *aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

[689] Vgl. auch Cels/Ulp in D 9.2.27.15 (oben Fn. 684.)

[690] Birks 141 - 185 und ders., Cooking the Meat: Aquilian Liability for Hearth and Ovens, IJ 20 (1985) 352 - 377.

[691] Unter „user" ist dabei nicht die Person, die eine Sache gebraucht, sondern der Gebrauch zu verstehen. „User" ist ein Terminus der Rechtssprache zur Bezeichnung der Ausübung eines Rechtes u.ä. (vgl. französisch „user" für gebrauchen, verbrauchen, abnutzen).

über dem gutgläubigen Verbraucher aus[692]. Eine Klage wäre nur gegen den Bösgläubigen aus *furtum* möglich gewesen.

Da es an einer kritischen Auseinandersetzung mit dieser Lehre bislang mangelt[693] und Birks ein völlig neues Verständnis von *consumere* präsentiert, ist auf seine Thesen näher einzugehen. Nach Birks wäre sogar ein fahrlässiger Verbraucher ungeachtet seiner durch den Verbrauch u.U. erzielten Bereicherung von einer Ersatzleistung frei gewesen[694]. Aufgrund des *consumere* könnte kein Anspruch gegen den Verbraucher gerichtet werden. *Consumere* hätte in D 9.2.30.2 nicht dieselbe Funktion wie beim Geldverbrauch, sondern wäre so zu verstehen, wie das die Rückforderung ausschließene *consumere* bei der Ehegattenschenkung (oben Unterkapitel 8.2).

### 9.3.1. Der Verbrauch einer fremden Sache als haftungsneutrale „background wrongfulness"

Ausgangspunkt für die Erklärung von D 9.2.30.2 ist Birks' Sichtweise der Tatbestände des dritten Kapitels der *lex Aquilia*: Nach seiner Auffassung bedeutete der Ausdruck *iniuria* im dritten Kapitel des Plebiszits nicht, daß für die Haftung zu einer äußerlich dem Tatbild entsprechenden Verhaltensweise (*urere, frangere, rumpere*) des Beklagten ein qualifizierendes Element (*iniuria*) hinzutreten mußte. Das als adverbieller Ablativ nachgestellten *iniuria* signalisiert für ihn die innere Einheit von *iniuria* und den aufgezählten Handlungsweisen. Die Tatbestände liest er daher einheitlich, als *urere iniuria - frangere iniuria - rumpere iniuria*. So habe es keinen Unterschied zwischen der Feststellung der äußeren Tatbildmäßigkeit der schädigenden Handlung (*urere, frangere, rumpere*) und dem Urteil über Rechts-

---

[692] Birks 180.

[693] Als abweichende Lehre erwägen sie Zimmermann 987; Hausmaninger (Fn. 685) 18 Fn. 47 und Valditara (Fn. 686) 30 Fn. 224. Nur D. Pugsley, Americans are aliens, in: ders., Americans are aliens and other essays on Roman Law (1989) 86 verwirft sie (ohne weitere Diskussion) rundweg als „contrary both to principle and common sense".

[694] Zum Verhältnis von aquilischer Haftung und Bereicherung s. Unterkapitel 9.4.2.3.

widrigkeit und Verschulden (*iniuria*) geben können[695]. Bei der Haftungsprüfung sei nicht zwischen äußerem Tatbild und *iniuria* getrennt worden, sondern man habe in einem Schritt untersucht, ob *rumpere iniuria* etc. vorlag[696]. Dieses Prüfungsschema erlaubte nicht, das äußere Tatbild zu verneinen, die *iniuria* (Rechtswidrigkeit und Verschulden) aber zu bejahen. Folglich habe das Nichtvorliegen des *(cor)rumpere* bei bestimmungsgemäßem Verbrauch einer verbrauchbaren Sache („proper user") durch einen Nichtberechtigen zugleich das Fehlen von *iniuria* bedeutet (kein *corrumpere iniuria*)[697]. Diese Sichtweise hätte zur Konsequenz, daß beim Ausschluß eines Tatbestandes des dritten Kapitels wegen der impliziten Verneinung der *iniuria* auch Ansprüche aus Ergänzungsklagen mangels *iniuria* unmöglich wurden: Das Fehlen von *rumpere* bewirkte nicht nur die Unmöglichkeit der *actio legis Aquiliae* (*actio directa*), sondern zugleich den Entfall einer ergänzenden *actio in factum (*bzw. *actio utilis).* Daher lehnt Birks die in den Digesten überlieferte Entscheidung, daß anstelle der *actio directa* eine *actio utilis* gegeben wurde, als unklassisch ab[698] und vermutet ursprünglich, daß diese Lösung auf den Kompilator Dorotheus zurückging[699].

Eine Haftung für den Verbrauch einer fremden Sache läßt die Theorie von Birks nur bei *dolus* (*furtum*), nicht dagegen bei bloßer Fahrlässigkeit zu. Daß auch der Fahrlässige einerseits auf Kosten eines anderen bereichert war und andererseits

---

[695] S. zu dieser Vorgangsweise Hausmaninger (Fn. 685) 20 und ders., Das Mitverschulden des Verletzten und die Haftung aus der lex Aquilia, in: GS Hofmeister (1996) 250.

[696] Birks 148.

[697] Birks 144.

[698] Als Wiedergabe der klassischen Doktrin versteht er dagegen das Scholion Τοῦ 'Αγιοθεοδ. zu Bas. 60.3.30 ... ἄδικον γὰρ ζημίαν, ὥστε τεχθῆναι τὸν' Ακουίλιον, ζητοῦμεν, οὐχ ἵνα ἀδίκως ἁπλῶς ζημιωθῇ ὁ τοῦ πράγματος δεσπότης, ἀλλ ἵνα καὶ τὸ βλαβὲν ἐικεῖνο πρᾶγμα παρὰ φύσιν ἀποφθαρῇ .... εἰ παρὰ φύσιν ἐβλάβη, ἀλλ οὐ κατὰ φύσιν ἐδαπανήθη ... (Heimb. 5, 303 = Schelt. B VIII, 3142). Birks 148 argumentiert, daß daraus hervorgehe, daß die *iniuria* (ἀδίκος/ἀδίκως) bei einem bestimmungsgemäßen Verbrauch/„proper user" (κατὰ φύσιν ἐδαπανήθη) nicht gegeben war.

[699] Birks 178. Ausgangspunkt für diese Ansicht waren die Ergebnisse von T. Honoré, Tribonian (1968), auf die sich Birks wiederholt stützt (Birks 142, 149, 151, 170 f. 173, 174 - 179, 182 f.). Diese Argumentationslinie gibt er später aufgrund methodischer Bedenken auf, ohne zugleich die dogmatischen Ergebnisse seiner Arbeit in Frage zu stellen, die er durch die anderen Argumente für hinreichend begründet ansieht (Birks, Fn. 690, 352 Fn. 3; ders., Ulpian 18 *ad edictum*: Introducing *damnum iniuria*, Ét. Ankum 1, 1995, 21 Fn. 22).

schuldhaft in ein fremdes Eigentumsrecht eingriff[700], wird zur Qualifikation als *rumpere iniuria* etc. als nicht ausgereichend angesehen. Aus dieser Sichtweise resultiert, daß ein Verbraucher die fremde Sache zwar zerstört und überdies aus dem Vermögen eines anderen Vorteile gezogen hätte, aber dem Geschädigten weder zu Ersatz des Schadens noch zum Ausgleich des rechtswidrig erlangten Vorteils verpflichtet gewesen wäre.

Birks stellt dazu die Behauptung auf, daß der Eingriff in fremdes Eigentum allein den Verbrauch noch nicht zum *rumpere iniuria* i.S. der *lex Aquilia* stempelte, sondern daß eine solcher Eingriff nur als „mediate or background wrongfulness" galt[701]. Diese These entwickelt er anhand eines von ihm konstruierten Beispiels, das, weil es eine zentrale Funktion hat und gleichzeitig den Schwachpunkt seiner These offenlegt, nähere Betrachtung verdient[702]:

> „If I am driving my carriage impeccably or burning off my stubble exactly as the job should be done, and nevertheless a collision occurs or the fire escapes, I am plainly not liable because not at fault. So, supposing the quality of my driving and burning remains the same, would we really want the Aquilian result to be different in the case in which it happens that the carriage and the field are to my knowledge yours?

---

[700] Pugsley (Fn. 693) 86 leitet aus dem ausdrücklichen Hinweis auf die Fremdheit der verwendeten Sachen ab, daß sie hinterlegt waren. Seiner Ansicht nach hatte der Verwahrer bei der Hinterlegung von vertretbaren Sachen nur dieselbe Menge zu retournieren, weshalb Paulus keine Notwendigkeit zur Zulassung eines aquilischen Anspruches sah. Zu Pugsleys Interpretation auch unten S. 275.

Diese Deutung ist jedoch unhaltbar. Wenn der Verwahrer nur zur Rückgabe derselben Menge und Qualität verpflichtet war (*depositum irregulare*), scheiterte die aquilische Haftung, weil der Hinterleger nicht mehr Eigentümer war bzw. der Verbrauch nicht *iniuria* erfolgte.

Bei einer regulären Verwahrung galt ein Zugriff auf die Sache, ausgenommen der Verwahrer handelte irrtümlich, als *furtum* (zum Tatsachenirrtum unten Fn. 889). Die Möglichkeit das Entnommene *in genere* zu ersetzen schloß dies nicht aus (vgl. zum Diebstahl vertretbarer Sachen D 47.2.21 pr., 25, Paul 40 Sab). Und für die Verwendung gestohlenen Getreides bejaht Pugsley die aquilische Haftung.

[701] Birks 185: „And so it is there that it becomes necessary to say that fault of that kind does not count, that the fault which attracts Aquilian liability consists always in improper user." S. weiters Birks (Fn. 690) 374.

Die Differenzierung zwischen „schadensnaher" und „schadensferner" Rechtswidrigkeit ist Ulpian jedoch fremd: D 9.2.5.1 (Ulp 18 ed) *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius ... Contra ius* war der Eingriff in fremdes Eigentum durch Verbrauch der Sache jedenfalls.

> These lines of argument come together. Given that the *rumpere* itself must happen *iniuria*, is not *ruptor*'s knowledge that the thing is not his too remote in itself to determine the quality of an otherwise impeccable act? ... for Aquilian purposes a *rumpere* in the course of proper user does not happen *iniuria*, not even when *ruptor* is a thief."

Es sind darin (eingeschränkt auf das Kutschenbeispiel) folgende Fälle enthalten: A fährt in seiner eigenen Kutsche (Fall 1) bzw. in der Kutsche des C (Fall 2) und beschädigt bei einem ohne sein Verschulden eingetretenen Zusammenstoß die Kutsche des B.

Bei der Betrachtung konzentriert sich Birks auf das Verhältnis zwischen A und B. Dazu sind seine Folgerungen zutreffend, daß es für die schadenersatzrechtliche Beurteilung irrelevant ist, wem die von A gefahrene Kutsche gehörte. In dieser Fragestellung liegt allerdings ein grundlegender Denkfehler: Sobald man das Verhältnis zwischen A und B problematisiert, entfernt sich das Beispiel von der in D 9.2.30.2 ins Auge gefaßten Situation so weit, daß die Verwertbarkeit der aus dem hypothetischen Fall entwickelten Argumente für die Analyse von D 9.2.30.2 fraglich wird[703].

Hinsichtlich der Ansprüche des Unfallgegners B lassen sich gegen die von Birks vorgeschlagene Lösung keinerlei Einwände erheben: A haftet für die Beschädigung von dessen Kutsche, vorausgesetzt ihn trifft Verschulden an der Verursachung dieses Schadens. Dies ist im Beispiel nicht der Fall, weshalb er auch nicht haftet. Wem die dabei verwendete Kutsche gehörte, kann im Verhältnis zu B

---

[702] Birks 148 f.

[703] Vorerst sei nur angemerkt, daß keines der beiden Beispiele die Konsumption fremder Sachen oder die Zufügung von Nachteilen betrifft, die mit dem Gebrauch regelmäßig verbunden sind (dazu unten S. 250): Die Schäden an der Kutsche entstehen nur aus Anlaß des Gebrauches, aber nicht zwangsläufig durch die Verwendung, wie z.B. die Abnutzung der Achsen etc. Genauso ist das Abbrennen eines abgeernteten Stoppelfeldes wohl eine übliche Tätigkeit, aber kein Verbrauch von Früchten oder ein zu diesem notwendiges Verhalten wie das Abernten. Zu einer Haftung gegenüber dem Eigentümer kann es in diesen Fällen mangels Schadenszufügung nicht kommen. Zu den Versuchen von Birks, *nullum damnum*-Entscheidungen im Sinne seiner These zu *nulla iniuria*-Entscheidungen umzudeuten s. unten S. 253.

außer Betracht bleiben. Für den untersuchten Schaden bei B war das Faktum, daß die Kutsche dem C gehörte, keine *condicio sine qua non.* Nur deshalb gibt es, wenn man die Probleme des Vergleichsfalls so formuliert, in der Tat keinen rechtserheblichen Unterschied zwischen Fall 1 und 2.

Wegen der erheblichen Abweichung des Beispiels sind diese Argumente zum Nachweis, daß D 9.2.30.2 im Sinne der „proper user"-These entschieden wurde, nicht verwendbar. Die wesentlichen Unterschiede, die eine Anwendung dieser Überlegungen auf D 9.2.30.2 ausschließen, sind, daß 1) drei Personen vorkommen und 2) der Schaden nicht beim Eigentümer der unberechtigt verwendeten Sache, sondern bei einem Dritten eintritt[704].

Um den argumentativen Wert im Hinblick auf D 9.2.30.2 beurteilen zu können, muß man prüfen, wie die anhand des Beispiels erörterten Probleme in einer D 9.2.30.2 eher entsprechenden Konstellation zu lösen wären. Dazu muß man die Schäden an der von A verwendeten, aber C gehörenden Kutsche beurteilen. Grundsätzlich setzt die Haftung des A voraus, daß er die Nachteile rechtswidrig herbeigeführt hat. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Kutsche nicht in seinem Eigentum stand, sondern dem C gehörte (Fall 2). Durch die unberechtigte Verwendung der fremden Kutsche griff A in fremdes Eigentum ein, handelte also rechtswidrig. Die Haftung hinge also nur mehr vom Verschulden ab[705].

Sobald das Beispiel an D 9.2.30.2 angenähert wird, läßt sich unschwer aufzeigen, daß es verfehlt ist, die Verwendung der fremden Sache a priori auf eine bedeutungslose „mediate or background wrongfulness" zu reduzieren. Ganz im Gegenteil: Sie bildet jedenfalls die *condicio sine qua non* für den Schadenseintritt bei C. Es wäre unverständlich, warum C die Schäden aus dem rechtswidrigen

---

[704] Auf D 9.2.30.2 übertragen: A trinkt eigenen Wein bzw. Wein des C und befleckt dabei die Toga des B. Für den Nachteil des B ist das Eigentum am Wein ein nicht relevantes Detail.

[705] Da Birks voraussetzt, daß A am Zusammenstoß kein Verschulden trifft, kann es also nur darauf ankommen, ob A fahrlässigerweise die fremde Kutsche verwendet hat.

Eingriff des A in sein Eigentumsrecht, A's Verschulden an der unberechtigten Verwendung vorausgesetzt, nicht auch bei diesem liquidieren können sollte[706].

Die von Birks favorisierte Lösung hätte den Sorglosen, der sich nicht vergewisserte, ob er seine eigene oder eine fremde Kutsche verwendete, also fahrlässig handelte, gegenüber dem Sorgfältigen privilegiert, da er, folgte man Birks Argumentation, solange er sich im Bereich des „proper user" befand, bestimmte Risiken aus der Beteiligung am allgemeinen Verkehr[707] auf C hätte abwälzen können. Mangels schadenersatzrechtlichen Anspruches gegen A hätte C die Reparaturkosten zu tragen gehabt, die bei Verwendung der eigenen Kutsche A getroffen hätten[708].

Eine andere Abweichung, die gegen eine Übertragung auf D 9.2.30.2 spricht, ist, daß es sich nicht um einen Fall des aufbrauchenden Verbrauchs – *consumere* – handelt. Die Schäden, von denen Birks' Überlegungen ausgehen, entsprechen nicht der Problemstellung von D 9.2.30.2. Versucht man dagegen einen ähnlichen Fall zu konstruieren, so wird klar, daß bei schadenersatzrechtlicher Betrachtung, insb. unter Kausalitätsgesichtspunkten, für die Haftung nicht darauf ankommen kann, ob der Wein des B, den A getrunken hatte, bereits trinkreif war („proper user" und keine Haftung) oder noch nicht („improper user" und Haftung)[709], sondern nur, ob A dazu berechtigt war oder nicht. Der Schaden des B durch den Verlust des Weines ist in beiden Fällen der gleiche. Der einzige Unterschied liegt darin, daß A nur im ersten Fall den üblichen Nutzen gehabt hätte.

### 9.3.2 Weitere Fälle von „proper user"

Wenngleich die Grundlegung zu Birks' Deutung von D 9.2.30.2 als „proper user" nicht zu überzeugen vermag, kann nicht allein aufgrund dieser Stelle, die auch

---

[706] C könnte sich nur an B halten, falls diesen Verschulden an dem Unfall trifft.

[707] Zufällige Beschädigung der Kutsche oder Insolvenz eines schädigenden Dritten.

[708] Nach Birks könnte C keinen Ersatz verlangen, wenn A C's Kutsche ohne *dolus* verwendete und diese dabei durch *vis maior* unterging. Das Zufallsrisiko trüge C allein, obwohl die Sache gegen seinen Willen und für ihn nutzlos der Gefahr ausgesetzt worden wäre.

wenig über den Sachverhalt erkennen läßt, das hinter Paulus' Entscheidung stehende Konzept ergründet werden. Ergänzend sind auch die anderen Texte zu betrachen, die Birks zugunsten seiner Meinung in Anspruch nimmt, um zu überprüfen, inwieweit diese ein Verständnis von *consumere* als „proper user" bestätigen.

In erster Linie ist dies eine Katene aus den Texten D 9.2.27.25 - 32, D 47.12.2 und D 47.10.25, die nach Birks' Ansicht ursprünglich einen durchgehenden Abschnitt des 18. Buches von Ulpians Kommentar *ad edictum* bildeten[710], dessen zentrales Thema Fälle waren, in denen zwar das Delikt *iniuria* vorlag, aber aufgrund von „proper user" eine Sachbeschädigung *iniuria* im Sinne der *lex Aquilia* ausgeschlossen wurde[711]. Aus diesen Texten möchte er die ursprüngliche „brilliant exposition of the doctrine of proper user" rekonstruieren.

Der erste Teil dieses Abschnitts beschäftigt sich mit der Ernte reifer bzw. unreifer Früchte. Er lautet in der überlieferten Form bzw. der Fassung, die Birks als die vor den Eingriffen der Kompilatoren bestehende betrachtet[712]:

---

[709] Zur Rolle der Reife bei „proper user" unten S. 257.

[710] D 9.2.27.25 - 32 und D 47.12.2 tragen bei Lenel, Pal. II, Ulpian die Nr. 625, D 47.10.25 wird von Lenel unter die Nr. 624 gereiht. (Diese besteht aus D 9.2.27.13 - 17, Coll 2.4, D 47.10.25 und D 9.2.27.18 - 24.) Zur Begründung der Versetzung s. Birks 151 und 161 - 163.

[711] Birks 151 f.

[712] Streichungen sind durch eckige Klammern, Birks' Ergänzungen durch Unterstreichungen kenntlich gemacht.

D 9.2.27.25 (Ulp 18 ed)

*Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit inmaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur: quod si iam maturas, cessat Aquilia: nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur: sed si collecta haec interceperit, furti tenetur.*

*Octavenus in uvis adicit, nisi inquit, in terram uvas proiecit, ut effunderentur. (26) Idem et in silva caedua scribit, ut, si immatura, Aquilia teneatur, quod si matura interceperit, furti teneri eum et arborum furtim caesarum. (27) Si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris, cessare Aquiliam.*

Rekonstruktion nach Birks:

*Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit inmaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur: quod si iam maturas, cessat Aquilia: nulla enim iniuria est, [] in olivis vel spicis vel uvis percipiendis quae iam maturae sint.[]*

*sed iniuriarum erit agendum quod fundum introivit et si intercipiendi causa haec fecerit, furti tenebitur. Octavenus in uvis adicit, nisi inquit, in terram uvas proiecit, ut effunderentur. (26) Idem et in silva caedua scribit, [ ] si immatura Aquilia [ ], quod si matura [ ] furti teneri eum et arborum furtim caesarum. (27) Si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, [] secueris, cessare Aquiliam.*

Jemand hatte fremde Oliven, fremdes Getreide oder fremde Weintrauben geerntet[713]. Ulpian gewährte nun eine *actio legis Aquiliae*, wenn die Früchte unreif, aber keine Klage, wenn sie bereits ausgereift waren. Ergänzend erwähnte er die *actio furti*, wenn das Geerntete mitgenommen wurde, und die *actio legis Aquiliae*, wenn die reifen Früchte durch unsachgemäße Behandlung nach der Ernte untergingen. Nach diesen Grundsätzen behandelte er weiters das Fällen von schlagreifem Holz oder das behutsame Abschneiden schnittreifer Weidenruten.

---

[713] Birks Übersetzungsvorschlag, *vinea* als Weinberg und nicht als Weinrebe zu verstehen (vgl. dagegen im OLD s.v.; Heumann/Seckel s.v.; Hausmaninger, Fn. 685, 71), verschleiert eher, daß Ulpian das Schicksal der Früchte in das Zentrum der Erörterung stellte. Dies zeigt auch die differenzierende Behandlung von Reben und Weiden: In D 9.2.27.27 mußte Ulpian, anderes als in den Fällen der Weinernte und des Schlagens von Bäumen sowohl Schäden durch die Erntetätigkeit an der Muttersache (= Baum; *ne stirpes laederes*) als auch die Beschädigung der Früchte (= Zweige) durch verfrühtes Abschneiden bedenken. (Die Erntetätigkeit gefährdet dagegen den Weinstock nicht, da nur die Trauben von die Reben geschnitten werden, und man die Reben ohnehin zurückschneiden muß. Zum Beschneiden der Weinstöcke vgl. Colum. 4.24 f.). Daher steht in D. 9.2.27.27 auch der ergänzende Hinweis auf den schonenden Umgang mit der Muttersache (*ne stirpes laederes*) neben der aus den anderen Beispielen vertrauten Erfordernis der genügenden Reife der Frucht (*salictum maturum*).

Die Begründung *nulla enim iniuria est* in D 9.2.27.25 unterstützt *prima vista* die „proper user"-Erklärung: Bei der Ernte reifer Früchte könnte infolge des „proper user" die aquilische *iniuria* ausgeschlossen worden sein. Dazu muß Birks aber den folgenden Nebensatz *cum - impenduntur* streichen, der als Begründung nur dann paßt, wenn Ulpian wegen Fehlens eines Vermögensschadens (*nullum damnum*) die Haftung verneinte[714]. Diese Interpretation von Ulpians Entscheidung lehnt er ab, da die Zusammenziehung von *damnum* und *iniuria* ein Bruch mit der Systematik des lemmatischen Kommentars wäre und der Arbeitsweise eines Klassikers widerspräche. Weiters versage sie, wenn das Abernten zu einem Vermögensschaden führte, weil das Geerntete gegessen oder mitgenommen wurde oder der Eigentümer das Feld mitsamt den stehenden Früchten verkaufen wollte[715].

Beide Einwände gehen jedoch am Kern des Problems vorbei und lassen sich zum Teil direkt anhand von Ulpians Ausführungen widerlegen: Ulpian schloß die Haftung für die bei der Ernte unvermeidbaren Substanzverletzungen deswegen aus, weil die Erntetätigkeit an sich, wenn reife Früchte geerntet wurden, zu keiner Vermögenseinbuße führte. Eine Haftungsfrage stellte sich bei Ernte reifer Früchte erst, sobald das Geerntete anschließend zerstört oder gegessen/mitgenommen wurde. Diese Nachteile wären aber nicht durch die Erntetätigkeit entstanden, sondern aus davon zu unterscheidenden, später gesetzten Akten, der Zerstörung der Ernte bzw. dem *furtum*. Verfehlt ist m.E. auch der letzte Einwand, da unverständlich ist, warum ein potentieller Käufer des Feldes (vorausgesetzt das Getreide würde ihm übergeben, sonst läge wieder *furtum* vor), der sich den Ernteaufwand ersparte, deswegen einen niedrigeren Preis zahlen sollte.

Als einziges Argument zugunsten der „proper user" These bleibt die Formulierung *nulla enim iniuria est*. Ihre grammatikalische Form entspricht allerdings nicht den Anforderungen von Birks' These. Diese würde verlangen, daß Ulpian das Vorliegen von *corrumpere iniuria* verneint, *iniuria* müßte also als

---

[714] V. Lübtow 133; A. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte (1867) 98; Frier (Fn. 687) 60; Hausmaninger (Fn. 685) 34.

[715] Birks 156 f.

Adverb[716] mit einem der Verben des dritten Kapitels verbunden sein und dürfte nicht wie hier als Subjekt gebraucht stehen.

Die meisten Interpretationsschwierigkeiten, die die Diskussion von D 9.2.27.25 seit langem prägen, hat die im Text vorkommende Doppelbegründung gegen eine Haftung geboten. Es sind darin zwei miteinander unvereinbare Argumente verbunden: zuerst *nulla iniuria est*, das auf einen Ausschluß der aquilischen *iniuria* hindeutet, dann *cum - impenduntur,* das auf den ersten Blick besser zu einer *nullum damnum* Erklärung paßt. Zur Harmonisierung könnte man wie Alfred Pernice *iniuria* als Synonym für *damnum* lesen[717] oder mit Ulrich von Lübtow *iniuria* durch *damnum* ersetzen[718]. Gegen beide Vorgangsweise gibt es aber gute Argumente[719].

Das Problem stellt sich wenn, *nulla iniuria est* als nachgeschobene Begründung für *cessat Aquilia* verstanden und *nulla - impenduntur* wiederum als Begründung dazu aufgefaßt wird[720]. Dies ist aber nicht die einzig mögliche Lesart. Wie Birks richtig erkannt hat, spielen in Ulpians Diskussion der aquilischen Haftung im 18. Buch *ad edictum* immer wieder Abgrenzungsfragen zum Delikt *iniuria* hinein[721]. Wenn man eine ähnliche Diskussion auch für D 9.2.27.25 annimmt, kann man den Gedankengang so rekonstruieren, daß die bisherigen Probleme entfallen, ohne daß aber die Notwendigkeit entstünde, ihn im Sinne von Birks umzuschreiben.

Das Generalthema von D 9.2.27.25 sind die Delikte, die mit dem Abernten fremden Getreides u.s.w. in Zusammenhang stehen konnten. An erster Stelle stand die aquilische Haftung beim Abernten unreifer/reifer Früchte (*si - cessat Aquilia*). Auf explizite Begründungen für den Entfall der Haftung bei Ernte reifer und die

---

[716] Birks 148.

[717] Pernice (Fn. 714) 28.

[718] V. Lübtow 132.

[719] Birks 156 f.

[720] Birks 156.

Haftung bei Ernte unreifer Früchte konnte Ulpian gleichermaßen verzichten. Daß er hier im Sinne eines *nullum damnum*-Konzepts entschied, verdeutlichte er durch das nur im Einleitungsfall vollständig vorgeführte Gegensatzpaar *immaturam - Aquilia tenebitur* und *maturas cessat Aquilia* zur Genüge[722]. In der weiteren Erörterung der aquilischen Haftung beschränkte er sich deswegen jeweils nur auf eines dieser Beispiele (*silva caedua immatura - salictum maturum*).

Im Anschluß an die Variante von D 9.2.27.25, in der kein *damnum datum* i.S. der *lex Aquilia* vorlag, ging Ulpian zur Prüfung von anderen deliktischen Ansprüchen über, die zugunsten des Opfers bei Unanwendbarkeit der *actio legis Aquiliae* oder in Konkurrenz zur *actio legis Aquiliae* in Frage kommen konnten.

Mit *nulla enim iniuria est* schloß er auch die Haftung aus dem Delikt *iniuria* aus[723]. Versteht man unter *iniuria* an dieser Stelle das selbständige Delikt so kann man den Textteil *nulla enim rell.* in der überlieferten Form belassen und folgendermaßen übersetzen: „Das Delikt *iniuria* liegt nicht vor, weil er dir sogar den Aufwand schenkt, der für die Ernte dieser Früchte notwendig ist." Wenn diese Worte Ulpians nicht der *lex Aquilia* galten, sondern der *actio iniuriarum*, entfällt zugleich die widersprüchliche Doppelgeleisigkeit beim Auschluß der aquilischen Haftung zwischen den Begründungen *nullum damnum* und *nulla iniuria*.

Den äußeren Tatbestand des Delikts *iniuria* erfüllte bereits das unberechtigte Betreten eines fremden Grundstückes[724] und *argumento a minore ad maius*

---

[721] Vgl. z.B. Birks und ders. (Fn. 699) passim.

[722] Birks 158 wendet ein, daß manchmal vor der Reife geerntet würde, um höhere Preise zu erzielen.

[723] Denkbar wäre, daß zwischen *cessat Aquilia* und *nulla* ... Ein Satzteil ausgefallen ist, der sinngemäß etwa lautete: „Ob aber eine *actio iniuriarum* erhoben werden kann, hängt von der dahinterstehenden Absicht ab. Wer bloß aus Versehen das fremde Getreide geschnitten hat, haftet nicht".

Möglicherweise lautete der Text aber auch nur *etiam nulla iniuria est* statt *nulla enim iniuria est*.

[724] D 47.2.21.7 (Paul 40 Sab) *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. quid ergo? qua actione tenebitur? utique iniuriarum: aut de vi accusabitur, si per vim introivit.* PS 2.31.35 *Qui furandi animo conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, iniuriarum potest.* S. dazu bei R. Gamauf, *Sex and crime* im römischen Recht, in: M.F. Polaschek/A. Ziegerhofer (Hg.), Recht ohne Grenzen, Grenzen des Rechts (1998) 28.

D 47.10.23 (Paul 4 ed) *Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait.*

weitergehende Übergriffe, denen der Eigentümer nicht zugestimmt hatte. Die *actio iniuriarum* setzte keinen Vermögensschaden, wohl aber einen qualifizierten Beeidiungsvorsatz (*animus iniuriandi*) voraus. Diesen konnte man wohl schwerlich bejahen, wenn der ungebetene „Helfer" dem Eigentümer des Grundstückes *de facto* den Ernteaufwand erspart hatte. Die Erhöhung des Vermögensstandes infolge der Tätigkeit des „Schädigers" schloß eine einfache Ableitung des *animus iniuriandi* aus der Tatsache der fehlenden Zustimmung des Eigentümers aus. Daher waren besondere Umstände notwendig, um eine *actio iniuriarum* dennoch zu rechtfertigen[725]. Der Eingriff in die fremde Sphäre, den das rechtswidrigen Abernten bildete, reichte Ulpian als Verstoß gegen die guten Sitten nicht aus. So ist der Hinweis, es handle sich um eine vom Täter erwiesene Wohltat, wohl nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern als aus den Umständen des Falles abgeleitete, widerlegliche Vermutung zur Motivation des Täters. Damit wird der inhaltlich holprige *cum - impenduntur* Satz[726] auf das Delikt *iniuria* bezogen, zur sachlich untadeligen Begründung für das Fehlen des deliktsspezifischen *animus iniuriandi.* Die Notwendigkeit, wie Birks den Text dahingehend zu verändern, daß die *actio iniuriarum* von Ulpian bejaht würde[727], entfällt.

In ähnlicher Gemenglage präsentieren sich die Delikte *damnum iniuria datum*, *iniuria* und *furtum* in weiteren Stellen des 18. Buchs *ad edictum*[728]. In D 9.2.27.17

---

Vgl. zur *actio iniuriarum* in diesen Fällen F. Raber, Grundlagen klassischer Injurienansprüche (1969) 152 - 159.

[725] Ein solcher Fall folgt wohl nicht ohne Grund in § 28 (eigenmächtige Kastration eines fremden Sklaven, unten S. 258). Ehrenrührig war, daß der Eigentümer in den Verdacht geraten konnte, selbst an der verbotenen Kastration mitgewirkt zu haben. Der Besitz von und der Handel mit kastrierten Sklaven waren im Gegensatz zur Kastration nicht strafbar.

[726] F. Pringsheim, Animus donandi, in: Gesammelte Abhandlungen I (1961) 285 und ihm folgend v. Lübtow 133 kritisieren, daß der Satz nicht mit der *nullum damnum* Lösung zusammenpasse und daß die Verweigerung eines Aufwandsersatzanspruches nicht mit einer Schenkung der Impensen gleichzusetzen sei.

[727] Birks 159 f.; vgl. oben S. 252.

[728] Vgl. auch Birks (Fn. 699) 30 f., der weiters Ulpians Äußerungen über das Motiv des Täters in D 9.2.7.4 (Ulpian 18 ed. ... *quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum*) nicht die aquilische *iniuria*, sondern das Delikt *iniuria* bezieht. Die h.M. führt die Erwähnung der freien Personen am Beginn des Fragments auf eine justinianische Verallgemeinerung zurück; s. Hausmaninger (Fn. 695) 256 (m.w.N.).

folgt dem Ausschluß der *actio legis Aquiliae* bei Verletzung eines Sklaven mangels *damnum*[729] die Gewährung der *actio iniuriarum.*

> D 9.2.27.17 (Ulp 18 ed)
> *... ceterum si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. ...*

Auch der von Lenel[730] im unmittelbaren Anschluß gereihte Text D 47.10.25 werden wiederum diese Klagen diskutiert und der Aufbau der Gedankenführung ähnelt D 9.2.27.25 - 27.

> D 47.10.25 (Ulp 18 ed)
> *Si stuprum serva passa sit, iniuriarum actio dabitur: aut, si celavit mancipium vel quid aliud furandi animo fecit, etiam furti: vel, si virginem inmaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actionem competere quidam putant.*

Beim unberechtigten Beischlaf mit einer fremden Sklavin wurde gegen den Täter die *actio iniuriarum* gegeben, bzw. wenn das Opfer entführt worden war, zudem die *actio furti*[731]. Zuletzt wird zum *stuprum* an einer *virgo immatura* die Meinung der *quidam* referiert, daß diese Tat (wegen möglicher Verletzungen) unter die *lex Aquilia* fallen konnte. Bei einer *ancilla viripotens* wäre diese Haftung am fehlenden *damnum* gescheitert[732]. Zur Alternative standen daher wieder *iniuria*[733] oder *furtum.*

---

[729] V. Lübtow 128, 134; G. Valditara, Superamento del *aestimatio rei* nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai *non domini* (1992) 255 und Winiger (Fn. 680) 39 f.

[730] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 624. Birks setzt D 47.10.25 erst hinter D 9.2.27.28. Als inhaltlichen Konnex sieht er, daß sich beide Stellen auf die Sexualsphäre beziehen.

[731] Gamauf (Fn. 724) 27 f.

[732] Anders wieder Birks 163. Er nimmt ohne Anhaltspunkt im Text an, es gehe um eine *virgo matura*, es sei aber wegen „proper user" kein *rumpere iniuria* vorgelegen.

Eine ähnliche These wird zum Ausschluß des *furtum* in D 47.2.39 (Ulpian 41 Sab) vertreten. Man argumentiert, daß die Entführung und Vergewaltigung einer *ancilla meretrix* nicht *invito domino* erfolgte und daher nicht als *furtum* gewertet wurde, da es die vom *dominus* zugewiesene Aufgabe der Sklavin gewesen sei, sich fremden Männern hinzugeben. In diesem Fall wäre sogar ein *furtum* wegen „proper user" ausgeschlossen. So O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II/1 (1901) 785; P. Huvelin, L'animus

Wenngleich es aus heutiger Sicht befremdet, ein Sexualdelikt auf eine „simple" Sachbeschädigung zu reduzieren[734], verdeutlicht nicht zuletzt der terminologische Gleichklang zu den anderen Fällen (*immatura*)[735], daß als *ratio decidendi* Ulpians wiederum nur der Grundsatz in Frage kommen kann, daß ein aquilischer Schaden (*corrumpere*) jedenfalls den bestimmungsfremden, *in concreto* „verfrühten" Gebrauch einer fremden Sache voraussetzte. Das *nullum damnum* Konzept erklärt auch die Entscheidung zur unbefugten Kastration eines fremden Sklaven.

> D 9.2.27.28 (Ulp 18 ed)
> *Et si puerum quis castraverit et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.*

Zwar lag hier mit der Körperverletzung zweifelsohne *rumpere* vor. Dessen atypische Konsequenz *pretiosiorem facere* war aber das genaue Gegenteil von *damnum dare*[736]. Hier griff wieder die *actio iniuriarum* ein[737].

Die Haftung aus der *actio iniuriarum* kam oft dann aushilfsweise zum Tragen, wenn ein rechtswidriges Verhalten vorlag, das zwar äußerlich (durch körperliche Einwirkung und Verletzung der Substanz) einem der Tatbestände des dritten Kapitels glich, aber zu keinem Schadens i.S. eines Vermögensverlustes beim

---

lucri faciendi dans la théorie romaine du vol, RH 42 (1918) 100; G. Longo, L'elemento soggetivo nel delitto di furto, in: Ricerche romanistiche (1966) 599 und M. Molè, Una 'vexata quaestio' in tema di furto, in: St. Volterra III (1971) 84 f. Für einen anlaßfallbezogenen Hintergrund der Entscheidung Gamauf (Fn. 724) 21 - 41.

[733] Dazu Raber (Fn. 724) 169 f.; M. Balzarini, „De iniuria extra ordinem statui" (1983) 193 Fn. 180 und Gamauf (Fn. 724) 27 f.

[734] Vgl. auch Gamauf (Fn. 724) 21.

[735] Weiters PS 1.13a.6 *Qui ancillam alienam virginem immaturam corruperit, poena legis Aquiliae tenebitur.*

[736] V. Lübtow 132 f.; Birks 161 schließt diesen Fall vom „proper user" aus, weil „castration of human males is manifestly not within the range of that doctrine". Angesichts der Häufigkeit der Sklavenkastration und den ökonomischen Motiven, die hinter ihr standen (vgl. D. Dalla, L'incapacità sessuale in diritto romano, 1978, und P. Guyot, Eunuchen als Sklaven und Freigelassene in der griechisch-römischen Antike, 1980), wäre auch die Selbstverständlichkeit dieser Annahme zumindest zu bezweifeln.

Zum Verhältnis des öffentlichrechtlichen Kastrationsverbotes zu dieser Entscheidung R. Gamauf, Sklavenschutz und römische Jurisprudenz, OIR 4 (1998) 35 f.

[737] Dazu Raber (Fn. 724) 170; zu den Ansprüchen aus dem ädilizischen Edikt Dalla (Fn. 736) 73 - 77. Zum *animus iniuriandi* oben Fn. 725.

Eigentümer geführt hatte und deshalb wegen *nullum damnum* keine Subsumtion unter die *lex Aquilia* unmöglich war.

Eine neue Begründung für die Haftungsfreistellung im bekannten Fall des *diatretarius*, der das zur Bearbeitung übergebene Glas zerbrach, versucht Birks ebenfalls aus der „proper user"-These zu entwickeln.

D 9.2.27.29 (Ulp 18 ed)

*Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excussatus:et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae. (30) Si cum maritus uxori margaritas extricatas dedisset in usu eaque invito vel inscio viro perforasset, ut pertusis in linea uteretur, teneri eam lege Aquilia, sive divertit sive nupta est adhuc.*

Rekonstruktion nach Birks:

*Si calicem diatretum faciendum [] diatrearius fregerit damni iniuria non tenebitur [], si vero non imperitia [] fregerit. [] Frangi enim potest etiam a peritissimo et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere. []*

*(30) Si [] maritus uxori margaritas extricatas dedisset in usum eaque invito vel inscio viro perforasset, ut pertusis in linea uteretur, teneri eam lege Aquilia. []*

Ulpian verneinte danach die *actio legis Aquiliae* nicht wegen des vertraglichen Haftungsausschlusses, sondern aufgrund von „proper user" durch den *diatretiarius*[738]. Da ein Glasrohling (*calix*) einzig und allein zur Herstellung eines Diatretglases dienen konnte, lag im Schleifen „proper user", und damit fehlte es am *frangere iniuria.* Der vertragliche Haftungsausschluß war bei dieser Sicht nicht konstitutiv für die Haftungsfreistellung. Die Frau haftete dagegen für das unberechtigte Durchbohren der Perlen, da diese auch ungelocht verwendet werden konnten, die Lochung der Perlen ein „improper user" war[739]. Im überlieferten Text, der vor allem das Verschulden des *diatretiarius* analysiert, finden sich wiederum keine Hinweise, die diese Sichtweise nahelegen könnten.

---

[738] Birks 167 und 170. Zur h.L. v. Lübtow 100 - 103; Hausmaninger (Fn. 685) 26 (jeweils mit Nachweisen).

Ein Eingehen auf D 9.2.27.31, 32 und D 47.12.2 (Ulp 18 ed), die gleichfalls zu dem von Birks rekonstruierten Textblock gehörten, der der „proper user" Doktrin und der Abgrenzung der aquilischen *iniuria* und dem Delikt *iniuria* gegolten haben soll, erübrigt sich, da es in diesen Fällen nicht um bestimmungsgemäßen Gebrauch geht[740].

Zur Erklärung der bislang untersuchten Texte hat sich die „proper user"-Theorie in keinem Fall als nützlich oder gar notwendig erwiesen. Da es sich um keine Fälle des verbrauchenden Gebrauches handelte, ergeben die Texte auch keine Anhaltspunkte für das Verständnis von *consumere* in D 9.2.30.2.

### 9.3.3. Abweiden fremder Früchte als Verbrauch?

Möglicherweise aussagekräftiger, weil mit der Problemstellung von D 9.2.30.2 enger verwandt als die bisher erörterten Belege, sind D 19.5.14.3 (Ulp 41 Sab) und D 10.4.9.1 (Ulp 24 ed), die auch Birks als Bestätigung seiner These in Anspruch nimmt. Es handelt sich um die einzigen von Birks herangezogenen Texte[741], in denen Juristen zu einem Verbrauch fremder Sachen in einer D 9.2.30.2 vergleichbaren Konstellation Stellung beziehen. Beide Stellen behandeln den Sachverhalt, daß jemand vom Nachbargrundstück herübergefallene Baumfrüchte (*galndes caducae*)[742] durch sein Vieh abweiden ließ.

---

[739] Birks 164 und 171.

[740] Birks 151 f., 372 f.
D 9.2.27.31 (Ulp 18 ed) *Si quis aedificii mei fores confregerit vel refregerit aut si ipsum aedificium diruit, lege Aquilia tenetur.* (32) *Si quis aquae ductum meum diruerit, licet cementa mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere actionem utilem dandam.* D 47.12.2 (Ulp 18 ed praet) *Si sepulchrum quis diruit, cessat Aquilia: quod vi tamen aut clam agendum erit: et ita de statua de monumento evolsa Celsus scribit. idem quaerit, si neque adplumbata fuit neque adfixa, an pars monumenti effecta sit an vero maneat in bonis nostris: et Celsus scribit sic esse monumenti ut ossuaria et ideo quod vi aut clam interdicto locum fore.*

[741] Zu D 31.63 s. Unterkapitel 9.5.

[742] Zur extensiven Interpretation von *glans* D 50.16.30.4 (Gai 7 ed prov) *„Glans caduca" est, quae ex arbore cecidit.* und weiters D 18.1.80.2 (Lab 5 post a Iav epit); D 43.28.1.1 (Ulp 71 ed).

D 19.5.14.3 (Ulp 41 Sab)[743]

*Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam:*

*Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possis*[744]*: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque [de]*[745] *pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*

D 10.4.9.1 (Ulp 24 ed)

*Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri?*

*Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem commederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet sive consumpta sit. Sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero.*

Auffällig ist, daß Ulpian denselben Fall zweimal mit unterschiedlichen Lösungen behandelte. Eine Erklärung für die nahezu völlige Wortgleichheit der einleitenden Sachverhaltsdarstellung könnten Tony Honorés Hypothesen zur Entstehungsgeschichte von Ulpians Schriften bieten. Danach lagen zwischen der Abfassung der entsprechenden Abschnitte der Kommentare *ad edictum* und *ad Sabinum* nur wenige Jahre[746]. Palingenetisch gehörten die Texte jedoch zu verschiedenen

---

[743] Die Textkritik bei v. Lübtow 187 ändert nicht Substantielles am Text. Lit. bei v Lübtow (a.a.O.) Fn. 37; Selb (Fn. 672) 775 und V.M. Giangrieco Pessi, Ricerche sull'*actio de pauperie* (1995) 171 Fn. 10.

[744] Die Verbesserung von *possim* in *possis* ist für eine sinnvollen Grundstruktur des Textes unabdingbar und allgemein anerkannt (s. v. Lübtow 187; Hausmaninger, Fn. 685, 108; ein andere Vorschlag bei Birks 149 Fn. 33). Nachweise von Interpolationsvermutungen bei Birks 149 Fn. 37.

[745] Mommsen ad h.l.

[746] Das 24. Buch *ad edictum* wäre mit Honoré (Fn. 595) 149 - 153 in das Jahr 213 und das 41. *ad Sabinum* auf 216 zu datieren.

Themenbereichen: D 10.4.9.1 betraf die *actio ad exhibendum*[747], während in D 19.5.14.3 das *furtum* erörtert wurde[748]. Deswegen überschneiden sich die Texte nur im Sachverhalt. Die Lösungen dagegen entsprechen der Problemstellung des jeweiligen thematischen Kontextes[749]. D 19.5.14.3 löst das Problem aus deliktsrechtlicher Sicht, D 10.4.9.1 unter dem Aspekt der Sachverfolgung.

In D 10.4.9.1 erörterte Pomponius zuerst die Rechtslage, wenn der Grundstückseigentümer dolos sein Vieh die Fallfrüchte abweiden ließ (*si dolo pecus immissi*), dann die Folgen der Weigerung, dem Nachbarn das Aufsammeln zu gestatten (*nec patieris me tollere*). Für beide Fällen schlug er die *actio ad exhibendum* vor. Zuletzt prüfte er noch die Anwendbarkeit des *interdictum de glande legenda*[750].

Matteo Marrone erblickt in der Erörterung über die Passivlegitimation des *qui dolo fercerit quo minus possideat* zur *actio ad exhibendum* das zentrale Thema des Textes[751]. Er führt die Gewährung der Klage in Konkurrenz zum *interdictum de glande legenda* darauf zurück, daß für Pomponius schon das Wissen um den Überfall von fremden Früchte auf das eigene Grundstück im Hinblick auf die Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum* zum Besitz *corpore* ausreichte[752].

Vergleicht man die Funktion der *actio ad exhibendum* in diesem Fall mit der im Kontext der *vindicatio nummorum*, so lassen sich durchaus Parallelen

---

[747] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 721; weitere Versuche zur Palingenesie des Textes bei A. Fliniaux, Une vieille action du droit romain l'„actio de pastu", Mél. Cornil 1 (1926) 259 Fn. 1.

[748] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 2867 (unter der Rubrik *De furtis 2)*; dazu Fliniaux (Fn. 747) 254 f. Hinsichtlich der Zuordnung des Pomponius-Zitates (Pal. II, Pomponius Nr. 107) zeigt sich Lenel unsicher (Pal. II, Sp. 15 Fn. 3 und Sp. 158).

[749] Das erklärt am einfachsten, warum Aristo in D 19.5.14.3 die *actio ad exhibendum* nicht erörterte. Der Text ist damit für die Diskussion um die *actio ad exhibendum* nicht mehr verwertbar; *e contrario*-Schlüssen auf Aristos Haltung zur *actio ad exhibendum* (vgl. M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, APal 26, 1957, 298 f.) kann er nicht als Grundlage dienen. Das Verhältnis der Texte zueinander verkennen Fliniaux (Fn. 747) 257 Fn. 3, Albanese (Fn. 687) 79 und jüngst Giangrieco Pessi (Fn. 743) 176 f. J. Burillo, Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico, SDHI 26 (1960) 200 f. wird durch die thematische Gleichstellung der Texte sogar zur Annahme verleitet, die *actio in factum* in D 19.5.14.3 wäre die *actio ad exhibendum* gewesen.

[750] Das Ende des Textes in Anschluß an den ulpianischen Einschub *et placet - consumpta sit* dürfte wieder von Pomponius stammen.

[751] Marrone (Fn. 749) 402; so schon Fliniaux (Fn. 747) 258.

[752] Marrone (Fn. 749) 312 - 315; zur Konkurrenz ebenda 312 Fn. 76.

feststellen. In der ersten Variante (doloses Abweiden) entsprach sie der bei Vereitelung der *vindicatio nummorum* durch dolose Aufgabe des Besitzes. Einen Unterschied könnte man bei der zweiten Variante (*si glans extet*) sehen, da die *actio ad exhibendum* zugelassen wurde, obwohl sich die Früchte noch im Besitz des Beklagten befanden. Bei Geld hätte diesfalls die *vindicatio nummorum* eingegriffen. Für *nummi exstantes* kam die *actio ad exhibendum* nur in Frage, wenn der Beklagte deren Herausgabe dolos verweigerte oder die zur *vindicatio nummorum* vorprozessual nötige Mitwirkung unterließ[753]. Dieselbe Wirkung hatte die Weigerung des Eigentümers zum *tolli pati* hinsichtlich der *glandes caducae*. Beim Überfall sollte der Eigentümer der Früchte nach einem 12-Tafel-Satz Gelegenheit erhalten, diese zur Vermeidung der Verderbnis möglichst rasch einzusammeln, d.h. jeden zweiten Tag[754]. Dazu stand ihm *interdictum de glande legenda* zur Verfügung. Der reguläre Schutz des Eigentumsrechts an *glandes caducae* erfolgte nicht durch die *rei vindicatio,* die sich wegen der möglichen Verderbnis oder bei einem unmittelbaren Bedarf an Viehfutter als zu langwierig herausstellen konnte, sondern im Wege rechtlich gebilligter Selbsthilfe. Jedoch wirkte das *interdictum de glande legenda* nur prohibitorisch[755]. Der den Zutritt verweigernde Grundstückseigentümer, indem er seinem Nachbarn damit diese Möglichkeit entzog, verzögerte und behinderte dessen Rechtsdurchsetzung in ähnlicher Weise wie jemand, der durch vorprozessuales Lavieren die *rei vindicatio* hinauszuschieben oder zu vermeiden suchte. Der Eigentümer der Früchte hätte das *interdictum de glande legenda* beantragen müssen und bei fortgesetzter Weigerung *ex interdicto agere*[756]. Die von Pomponius zugelassene *actio ad exhibendum* hatte für ihn den Vorteil, rascher zu

---

[753] Oben Unterkapitel 6.5.

[754] Tab. 7.10: Plin.n.h. 16.5.15 ... *cautum est praeterea lege XII tab., ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.* Kaser, RPR I 126 und Watson (Fn. 537) 120.

[755] D 43.28.1 pr. (Ulp 71 ed) *Ait praetor: „Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto".* Kaser, RPR I 407.

[756] Gai 4.141.

einer Verurteilung auf *quanti ea res erit* zu gelangen[757] als das im umständlichen Nachverfahren aus der Verletzung des Interdikts[758] möglich gewesen wäre.

Aus textkritischer Sicht scheinen die thematischen Brüche in der Stelle auf eine spätere Veränderung des Textes hinzuweisen. Denn strenggenommen korrespondiert nur der erste Fall des Pomponius-Zitates der Problemstellung Ulpians. Außerdem wird an der Gedankenführung des überlieferten Textes als störend empfunden, daß die *actio ad exhibendum* nach Untergang der Früchte (d.h. im Anlaßfall Ulpians) mit ihrer Anwendung bei der Behinderung des Einsammelns von *fructus exstantes* (nur bei Pomponius) gerechtfertigt wird. Marrone nimmt dies neben den stilistischen Mängeln zum Anlaß, das Eingreifen eines Glossators zu vermuten[759].

Betrachtet man jedoch die spezifische Funktion der *actio ad exhibendum* in den beiden Fällen, entfällt die Notwendigkeit zu dieser Annahme: Die *actio ad exhibendum* bei Weigerung die Selbsthilfe hinsichtlich existierender *glandes* zu dulden (*tolli pati*), setzte das Wissen des Grundstückseigentümers voraus, daß der Nachbar aus diesem Titel zum Zutritt auf sein Grundstück berechtigt war, mithin daß der Grundstückseigentümer sich bewußt rechtswidrig verhielt. Von der dolosen Verweigerung der Rechtsdurchsetzung ausgehend ließ sich der zuerstgereihte Fall, daß die erlaubte Rechtsverfolgung mittels Selbsthilfe oder Interdikt nicht nur zeitweilig, sondern durch Zerstörung der Sache endgültig verunmöglicht wurde, im Wege eines *argumentum a minore ad maius* logisch einwandfrei ableiten[760].

Die gedankliche Struktur des von Pomponius stammenden Abschnitts wäre also folgendermaßen zu rekonstruieren: 1) Die *glandes* gingen durch *dolus* des

---

[757] Zur *condemnatio* vgl. bei Lenel, EP 220 und Mantovani (Fn. 229) 60.

[758] Vgl. Kaser/Hackl 414 - 419.

[759] Marrone (Fn. 749) 401 f. schreibt die Teile *nam - pateretur* und *si exstet rell.* einem Glossator zu, der aber inhaltlich den klassischen Rechtszustand wiedergab und vermutet die Interpolation von *et placet - sit.* Zur textkritischen Literatur s. Marrone (Fn. 749) 401 Fn. 363.

[760] Ähnlich rekonstruiert Fliniaux (Fn. 747) 259. Anders Marrone (Fn. 749) 402: „(I)l fatto, che l'*a. ad e.* venga accordata *re exstante* non vuol dire che la stessa azione si debba dare anche dopo il perimento doloso; è vero solo il contrario."

Grundstückseigentümers unter. 2) *Glandes exstant*, aber der Grundstückseigentümer verweigerte dolos den Zutritt zwecks Aufsammelns. 3) *Glandes exstant,* und der Grundstückseigentümer verhindert den Zutritt zum Grundstück ohne *dolus*, etwa weil er nichts vom Überfall weiß. Vom Aufbau her stringenter und systematisch überzeugender wäre zwar die Entwicklung des Gedankens in umgekehrter Richtung, vom Fall, daß der Eigentümer gutgläubig den Zutritt untersagte, über den Fall der dolosen Weigerung hin zur dolosen Zerstörung. Wenn man sich die von Pomponius ursprünglich gewählte Darstellungsform so vorstellt, sind die Mängel des überlieferten Textes dennoch nicht einem späteren Bearbeiter anzukreiden[761], sondern am ehesten noch auf Ungenauigkeiten Ulpians rückführbar. Mit seiner Problemstellung machte er den Sachuntergang zum Ausgangspunkt. Die Annahme, daß ihm bei Anpassung des ursprünglich anderes aufgebauten Abschnitts aus Pomponius an seine Bedürfnisse Flüchtigkeitsfehler unterliefen, würde nicht nur die stilistischen Mängel (Subjektswechsel)[762], sondern auch die inhaltlichen Brüche erklären, v.a. auch warum nur die erste der erörterten Variante zur Ausgangsfrage paßt.

In der Erörterung fehlt ein Hinweis auf die Rechtslage bei gutgläubigem Abweiden. Als schwaches Indiz auf ihre ursprüngliche Behandlung ist vielleicht der Abschnitt *et placet - consumpta sit* verwertbar. Diesen möchte Marrone aufgrund der „forma pomposa (*placet nobis*!)“ aber den Kompilatoren zuweisen[763]. Gegen die inhaltliche Klassizität der Paarung *exstare - consumere* läßt sich nichts einwenden. Es gibt auch keinen hinreichenden stilistischen Grund, um diesen Passus Ulpian abzusprechen, da gerade diese Formel für ihn typisch war[764]. *Consumere* wäre insofern ein Anhaltspunkt für eine Erwähnung des gutgläubigen Abweidens, als bei den Klassikern

---

[761] Bas 15.4.9 (Heimb. 2, 175) hat keinen Einleitungssatz zum Abweiden. Das Fragment beginnt mit der Erörterung der *actio ad exhibendum* und des *interdictum de glande legenda* bei existierenden Früchten und stellt das dolose Abweiden nach. Die Verweigerung des Aufsammelns der Früchte fehlt zur Gänze; das ist nur hinsichtlich der *materia lapsa* erörtert.

[762] Marrone (Fn. 749) 401 f. Während Ulpian das Problem aus Beklagtensicht formulierte - *qua actione possum teneri*, argumentierte Pomponius von Klägerseite aus.

[763] Marrone (Fn. 749) 402.

[764] Honoré (Fn. 595) 59 Fn. 159.

*consumere* meist für gutgläubigen Verbrauch stand[765]. Daß Ulpian aber im konkreten Zusammenhang das dolose Abweiden mit *consumere* bezeichnete, ist dennoch nicht auszuschließen. Als zusätzliches Indiz dafür, daß der Text des Pomponius ursprünglich vielleicht diesen Fall mitbehandelte, könnte man die Reihenfolge der Ausdrücke (*exstare - consumere*) nehmen, da zum Ablauf des erhaltenen Textes *consumere* vor *exstare* besser passen würde. *Exstare - consumere* ist hingegen die bei Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von *rei vindicatio* zu *consumptio* üblichere Reihenfolge, wobei die *consumptio* zumeist erst nach Erwähnung der *actio ad exhibendum* behandelt wird[766]. Zu mehr als einer vorsichtigen Spekulation, daß Pomponius vielleicht das Abweiden ohne *dolus* ebenfalls berücksichtigt hatte, kann man diese Momente aber nicht verdichten. Vor allem aber ergibt sich daraus keinerlei Hinweis auf die zuständige Klage[767].

Aus der Verwendung des Wortes *consumere* ergibt sich mit Sicherheit aber, daß jedenfalls Ulpian das Abweiden als Fall des Verbrauches ansah.

Die deliktsrechtliche Behandlung des Falles erfolgt in D 19.5.14.3 (Ulp 41 Sab)[768]. Diesmal zitierte Ulpian Aristo[769]. Dessen Ausgangsfrage war, ob für diesen Sachverhalt eine *actio legitima*, also ein ziviler Anspruch[770], auf Schadenersatz

---

[765] Oben S. 128.

[766] Vgl. D 12.1.11.2 (Ulp 26 ed) ... *vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*

Die Nennung von *exstare* vor *consumere* bildet die Regel. Vgl. die Stellen zum *exstare* bei der *vindicatio nummorum* oben Fn. 343 und bei Früchten Fn. 365.

[767] Für Ulpian war dies insofern kein Manko, weil er darauf in D 19.5.14.3 zu sprechen kam. Wenn das Tier nicht angetrieben wurde, war die *actio de pauperie* zuständig (s. sofort im Text). Offen bleiben muß der Fall, daß der Eigentümer der Tiere die Früchte versehentlich für die seinigen hielt.

[768] Zur Textkritik J. Kerr Wylie, Actio de pauperie, St. Riccobono 4 (1936) 518 f.; Marrone (Fn. 749) 298 Fn. 35; Albanese (Fn. 687) 78.

[769] Um 100 n.Chr.; vgl. Kunkel, Herkunft 141 -144; der palingenetische Zusammenhang muß offen bleiben; Lenel, Pal. I, Aristo Nr. 24.

[770] Vgl. D 1.2.2.6 (Pomp ls enchir) *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet instituereret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones.* ... D 2.14.5 (Ulp 4 ed) *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium* ... D 2.14.6 (Paul 3 ed) *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.* D 9.35.12 (Ulp 23 ed) ... *quia et legitima et honoraria actio deficit.* D 35.2.32 (Maec 9 fideic) *Poenales actiones sive legitimae*

bestand[771]. Zuerst zog er die altzivile *actio de pastu* (*pecoris*) in Erwägung[772]. Diese scheiterte aber daran, daß nicht ein fremdes Grundstück abgeweidet worden war (*non in tuo pascitur*). Im Unterschied zur aquilischen Haftung war die *actio de pastu* (wie die Gleichsetzung in PS 1.15.1 vermuten läßt) verschuldensunabhängig[773].

Für den Ausschluß von *actio de pauperie*[774] und *actio legis Aquiliae* fehlen explizite Begründungen.

Die *actio de pauperie* kommt deshalb nicht zur Anwendung, weil der Impuls zur Schadensstiftung nicht vom Tier[775], sondern vom Eigentümer ausgegangen war (*ego immisso pecore depascam*)[776]. Ulpian grenzte die *actio de pauperie* von der aquilischen Haftung danach ab[777], ob *contra naturam fera mota pauperiem dedit* (D 9.1.1.7 Ulp 18 ed) oder das Tier von einem Schädiger angetrieben bzw. schlecht beaufsichtigt worden war[778]. Die *actio de pauperie*

---

*sive honorariae* ... D 38.10.4.2 (Mod 12 pand) ... *civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit* ... D 39.3.22.2 (Pomp 10 var lect) *Sed et si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis: an vero etiam utilis in fructuarium actio aquae pluviae arcendae danda sit, quaesitum est: et magis est ut detur.*

[771] Wie die *actio legis Aquiliae* gingen auch die beiden anderen Klagen nur auf Schadloshaltung; Kaser, RPR I 162.

[772] Tab 8.7. Lenel, EP 198; Zimmermann 1107 f. Lenel, EP 198 rekonstruiert *alienum pratum immisso pecore depavisse* als Tatbestand. Vgl. auch Fliniaux (Fn. 747) 291.

[773] PS 1.15.1 *Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat: quod etiam lege Pesolania de cane cavetur.* Gegen die Echtheit des Verweises auf die *actio de pastu* vor allem Fliniaux (Fn. 747) 268 - 272 und diesem zustimmend B.S. Jackson, Liability for Animals in Roman Law, CLJ 37 (1978) 137. Auf eine verschuldensunabhängige Haftung schließt daraus Zimmermann 1107 (mit Nachweisen zur Kontroverse). Der einzige Anhaltspunkt einer Verschuldenshaftung ist der Einleitungssatz von D 19.15.14.3; vgl. Jackson (Fn. 773) 127 und 137 (m.w.N.); außerdem Giangrieco Pessi (Fn. 743) 180.

[774] Literaturnachweise bei V.M. Giangrieco Pessi, L'interpretazione *prudentium* nell'evoluzione dell'*actio de pauperie*, St. Gallo (1997) 285 Fn. 2.

[775] Zum Tier als „Täter" bei der *actio de pauperie* Zimmermann 1097, 1099 - 1104 (m.w.N.).

[776] S. D 9.1.1.4 - 7 (Ulp 18 ed); Fliniaux (Fn. 747) 256; Zimmermann 1102; Kaser, RPR I 634; Nörr (Fn. 301) 141; Giangrieco Pessi (Fn. 743) 174; dies. (Fn. 774) 286 Fn. 3. Eingehend zu diesem Aspekt A.M. Honoré, Liability for Animals, Satura Feenstra (1985) 239 - 250.

[777] D. Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht (1972) 113 spricht von „peinlich genaue(r) Grenzziehung zwischen *a° de pauperie* und *legis Aquiliae*". Zu einem speziellen Konkurrenzproblem H. Ankum, L'*actio de pauperie* et l'*actio legis Aquiliae* dans le droit romain classique, St. Sanfilippo II (1982) 11 - 59.

[778] Für den Fall des Abweidens ergab sich daraus ein weiterer Grund gegen die *actio de pauperie*, da dieses Verhalten nicht als *contra naturam* einzustufen war. S. auch Giangrieco Pessi (Fn. 743) 172, 174.

erforderte eine Schädigung aus eigenem Antrieb des Tieres. Den Fall eigenständiger Schadensverursachung durch die Tiere von dem - vielleicht praktisch häufigeren - der schlechten Beaufsichtigung strikt zu trennen, war sicherlich schwierig und dürfte zu diffizilen Abgrenzungsfragen und in Verbindung damit erheblichen Beweisproblemen geführt haben. Sobald jedoch die aquilische *culpa*-Haftung für Unterlassungen (*actio in factum*) anerkannt war, konnte man diese Fälle genauso über eine Zurechnung an den Tierhalter im Wege der aquilischen Haftung lösen. Den Endpunkt dieser Entwicklung markierte eine Entscheidung der diokletianischen Kanzlei, die dem Kläger für diesen Fall weder die *actio de pauperie* noch die *actio de pastu* in Aussicht stellte, sondern zur *actio legis Aquiliae* riet[779].

> C 3.35.6. (Diocl et Maxim AA et CC Plinio)
> *De his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.* (Pp. xv k. nov. CC conss, a 294)

Nachdem Aristo also diejenigen Klagen, die ein eigenständiges Verhalten des Tieres voraussetzten, abgelehnt hatte, kam komplementär dazu nur mehr der Eigentümer der Tiere, der sie zur Weide getrieben hatte, als Schädiger in Frage[780]. Doch die *actio legis Aquiliae* gegen ihn lehnte Aristo ebenfalls ab. Daran knüpft sich die Frage, ob schon er oder erst Ulpian an ihrer Stelle die *actio in factum* gab[781]. Gegebenfalls wäre dann zu untersuchen, aus welchem Grund er zu dieser Klage griff, ob die mangelnde Unmittelbarkeit der Einwirkung oder das Fehlen von *(cor)rumpere* diese Entscheidung motivierte. Wenn die *actio in factum* darauf

---

[779] Fliniaux (Fn. 747) 293 f.; Albanese (Fn. 687) 78; Jackson (Fn. 773) 138; Zimmermann 1108; Giangrieco Pessi (Fn. 743) 180 - 182.

[780] Eine, aufgrund der *inscriptio* in diesem Fall nicht unwahrscheinliche, zusätzliche Diskussion über *furtum* vermutet Albanese (Fn. 687) 77 - 81; dagegen v. Lübtow 187.

[781] Für Aristo Fliniaux (Fn. 747) 257 Fn. 3 und Giangrieco Pessi (Fn. 743) 175 (m.w.N.); vorsichtiger Kerr Wylie (Fn. 768) 519 und MacCormack (Fn. 672) 23. Am überzeugendsten zugunsten der Urheberschaft des Aristo spricht die Beobachtung von Selb (Fn. 672) 756, daß die Gewährung der *actio in factum* der Unanwendbarkeit der am Beginn von Aristo untersuchten *actio legitima* entspricht.

Für kompilatorischen Ursprung etwa Rotondi (Fn. 687) 456 f. (s. auch unten S. 275); dagegen mit stilistischen Argumenten Honoré (Fn. 595) 244 f. (ohne auf die Urheberschaft näher einzugehen).

beruhte, daß der Schädiger nur mittelbar auf die Früchte eingewirkt hatte, könnte man D 19.5.14.3 nichts über die juristische Einstufung der Verbrauches durch Aristo entnehmen.

Dazu muß ein Blick auf das Verhältnis zwischen *actio de pauperie* (oder *actio de pastu*) und die Klagen geworfen werden, die in Frage kommen konnten, wenn nicht das Tier als eigenständiger „Täter" anzusehen war. Die dazu überlieferte Kasuistik ist keinesweg einheitlich. Im ältesten Beleg wird Servius als Befürworter der *actio legis Aquiliae* genannt, wenn das schädigende Verhalten des Tieres auf menschliche Einwirkung und Verschulden zurückging.

> D 9.1.1.4 (Ulp 18 ed)[782]
> *Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.*

Denselben Standpunkt nahm noch der Frühklassiker Proculus ein:

> D 9.2.11.5 (Ulp 18 ad ed)
> *Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.*

---

[782] Radikale Textkritik bei Kerr Wylie (Fn. 768) 482 - 484. Vgl. zuletzt M.J. Garcia Garrido, Due tradizioni testuali (Alfeno Varo e Ulpiano) sui danni causati da *quadrupedes*, in: D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (1996) 159 - 161 (m.w.N.).

Proculus gab gegen denjenigen, der einen Hund aufgereizt, sodaß dieser einen fremden Sklaven gebissen hatte, die *actio legis Aquiliae* (*actio directa*). Julian dagegen differenzierte. Der Lösung des Proculus stimmte er für den Fall zu, daß der Täter den Hund gehalten hatte (*qui tenuit*); war dies nicht der Fall (*si non tenuit*), trat er für eine *actio in factum* ein. Die Entscheidung zugunsten der *actio in factum* in der zweiten Variante kann man damit begründen, daß nach Julians Auffassung der Täter nicht unmittelbar (*corpore corpori*) auf das Opfer eingewirkte hatte[783]. Der Schädiger hatte sich auch nicht des Hundes als Werkzeuges bedient, um das Opfer gezielt zu schädigen, sondern nur den Hund zur Aggression provoziert (*irritaverat*[784] *et effecerat, ut aliquem morderet*). Bei Ulpian wird ein vergleichbarer Fall im Sinne Julians entschieden:

> D 9.1.1.7 (Ulp 18 ed)
> *Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si, cum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus.*

Zur *actio de pauperie* kam es nicht, wenn das Pferd ausgeschlagen hatte, weil es von jemandem gereizt worden war[785]. Gegen diesen Täter verweigerte Ulpian die *actio legis Aquiliae* mangels direkter Schadenszufügung (*quia non ipse suo corpore damnum dedit*) und gewährte eine *actio in factum.* Die einstige Kontroverse verrät nur mehr der Passus *in factum magis quam lege Aquilia.* Aufgrund der AcI-Konstruktion kam man entweder *puto* ergänzen oder man muß annehmen, daß der

---

[783] G. MacCormack, Juristic Interpretation of the *lex Aquilia*, St. Sanfilippo I (1982) 277, 283 erklärt Proculus' Entscheidung für die *actio directa* als Folge des *dolus* des Täters. Nörr (Fn. 301) 144 und Hausmaninger (Fn. 685) 16 (jeweils m.w.N.) begründen die Divergenz mit einer differenzierenden Sichtweise Julians, derzufolge es auch die „körperliche Nähe" (Nörr a.a.O.) ankam.

[784] Non. 31.21 *inritare dictum est proprie provocare*; Plaut.Capt. 485 *canem inritatam imitarier.*

Name eines anderen Juristen, von dem die Entscheidung stammte, samt *ait* ausgefallen ist.

Die älteren Juristen Servius und Proculus betrachteten denjenigen, der das Tier zur Schadensstiftung veranlaßt hatte, als den unmittelbaren Täter, oder vorsichtiger formuliert, sie hatten noch kein Hindernis für eine *actio directa* gegen diese Person gefunden[786]. Als frühesten Beleg für die Idee, daß die *actio directa* bei der Schädigung durch ein Tier voraussetzte, daß dieses gesteuert und als verlängerter Arm des Täters agiert hatte[787] und ohne diese Voraussetzung mangels unmittelbarer Einwirkung eine *actio in factum* zu geben sei, kann man Julians Entscheidung in D 9.2.11.5 ansprechen. Problematisch an dieser Entwicklungshypothese ist allerdings, daß vor dem Servius-Schüler Ofilius keine *actio in factum* belegt ist[788]. Es könnte also auch sein, daß man Servius' *damnique iniuriae agetur*[789] noch nicht strikt im Hinblick auf die Dichtomie *actio directa - actio in factum* lesen darf[790], sondern bloß als Andeutung, daß ein in dieser Art verursachter Schaden in den Bereich der aquilischen Haftung (i.w.S) gehörte. Zur Erhellung des Grundes der *actio in factum* in D 19.5.14.3 wäre D 9.1.1.4 damit wertlos.

Es gibt immerhin zwei Argumente dafür, Servius beim Wort zu nehmen. Nörr folgert aus der Argumentationsweise des Ofilius in D 9.2.9.3 (*quemadmodum*), daß dieser die im *in insidias deductus*-Fall anerkannte *actio in factum* auf seinen Fall übertrug. Damit wäre bereits Ofilius vor dem Problem gestanden, ob die vorliegende Tötung noch unter *occidere* subsumierbar oder wegen

---

[785] Vgl. den *equus calcitrosus* als Gegenbeispiel in D 9.1.1.4 (oben S. 269).

[786] Watson (Fn. 357) 241 verweist darauf, daß in der späten Republik die *actio legis Aquiliae* auch gegeben wurde, „where the injury was inflicted less directly than it was required in classical law".

[787] D 9.2.51 pr. (Iul 86 dig) bezeichnet dieses Erfordernis einer *actio directa* mit *quasi manu.*

[788] D 9.2.9.3 (Ulp 18 ed) *Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.* Dazu Nörr (Fn. 301) 139 - 145.

[789] Zu *damni iniuriae actio* für *actio legis Aquiliae* (*directa*) bei älteren Juristen vgl. Alfen D 9.2.29.4 (Ulp 18 ed); Labeo/Proculus D 9.2.29.3 (Ulp 18 ed); Proculus D 9.2.27.10 f., h.t. 29.1 (Ulp 18 ed); Sabinus D 9.2.27.21 (Ulp 18 ed).

[790] Letztere nehmen Honoré (Fn. 776) 241 und Winiger (Fn. 680) 106 Fn. 36 an.

mittelbarer Verursachung eine *actio in factum* zu geben war[791]. Mit Ofilius war in dieser Abgrenzungsfrage (zumindest bei *occidere*) bereits der allgemeine Diskussionstand der Klassik erreicht. Die dazu nötigen Vorstufen, nämlich die Unterscheidung von direkter und mittelbarer Verursachung, der Ausschluß der *actio legis Aquiliae* im zweiten Fall und ihre Ersetzung durch die *actio in factum* waren also schon von einem Vorgänger geleistet worden. Darüber, wann dies geschah oder welche Juristen diese Leistung für sich in Anspruch nehmen könnten, soll hier nicht spekuliert werden. Es läge jedenfalls nahe, gerade Ofilius' Lehrer Servius die Unterscheidung zwischen *actio directa* und *actio in factum* schon zuzutrauen[792].

So hätte Servius schon zur *actio in factum* gegriffen, falls er den konkreten Schaden als mittelbar verursacht angesehen hätte. Unterstützung erfährt diese Interpretation aus einer stilistischen Analyse Honorés. Ihr zufolge ist die Schlußphrase von D 9.1.1.4 *haec actio cessabit damnique iniuriae agetur* als „typically Ulpianic" anzusehen[793]. Wenn die Formulierung jedoch aus der Feder Ulpians stammt, kann ihr Inhalt keinesfalls von ihm sein. Sonst würde er im selben Buch des Ediktskommentars ohne erkennbaren Anlaß zwei unterschiedliche Meinungen vertreten, da er sich in D 9.1.1.7 – sogar unter Hinweis auf die Kontroverse – der von Julian vertretenen Lösung (*actio in factum*) als auch dessen Begründung (*quia non ipse suo corpore damnum dedit*) anschloß[794]. Für D 9.1.1.4 bleibt damit nur die Folgerung, daß die im Schlußsatz vertretenen Ansicht zwar von Ulpian formuliert wurde, inhaltlich aber die Meinung des Servius war.

---

[791] Nörr (Fn. 301) 139. So schon P. Stein, School Attitudes in the Law of Delict, St. Biscardi (1982) 289 f. Gegen die Analogie D. Pugsley, The Roman Law of Property and Obligations (1972) 93 f., der als Grund der Entscheidung zugunsten einer *actio in factum* das Fehlen des für die *actio legis Aquiliae* seiner Ansicht nach vorausgesetzten Vorsatzes annimmt.

[792] Weitere Argumente, daß Servius diese Unterscheidung grundsätzlich kannte, bringt Nörr (Fn. 301) 148 f. Dafür auch Watson (Fn. 357) 244 Fn. 3 und 280 f., der allerdings in Servius einen Vertreter der *actio in factum* sieht.

Ein Grund zur Annahme, daß dieses Verursachungsproblem beim dritten Kapitel erst später erkannt worden wäre, ist auch nicht ersichtlich.

[793] Honoré (Fn. 776) 242; ebenso ders. (Fn. 746) 66.

[794] Watson (Fn. 357) 280 vermutet, daß Servius zitiert wurde.

Welche Position Aristo zu diesem Problem bezog, ist nicht so leicht zu ergründen. Der Befund, daß man die Stellungnahmen zugunsten der *actio directa* bei den älteren Juristen wie Servius und Proculus[795] findet, während ab Julian die *actio in factum* vertreten wird, könnte darauf hinweisen, daß die *actio in factum* eine Innovation Julians war. Ulpian würde Julian deswegen zitiert haben, weil auf ihn die subtile Unterscheidung zurückging. Bei dieser entwicklungsgeschichtlichen Sichtweise wäre Aristo eher noch ein Vertreter der *actio directa* gewesen. Seine Entscheidung für eine *actio in factum* in D 19.5.14.3 hätte man auf das Fehlen von *(cor)rumpere* i.S. einer zweckwidrigen Zerstörung der Sache zurückzuführen.

Daß als Vertreter der unterschiedlichen Meinungen in D 9.2.11.5 mit Proculus und Julian jeweils prominente Vertreter der prokulianischen und sabinianischen Schule genannt sind, könnte auf eine ältere Schulkontroverse hindeuten[796]. Als Sabinianer hätte Aristo die *actio in factum* vielleicht auf die mangelnde Direktheit zurückgeführt; D 19.15.14.3 würde somit nichts über den Ausschluß der *actio directa* bei *consumere* besagen[797].

Angesichts des zeitlichen Abstands zwischen den zitierten Juristen liegt eine Schulkontroverse nicht unmittelbar nahe. Dazu kommt noch, daß nach Ulpians Einleitungssatz der Halter des Viehs der eigentliche Akteur war (*immisso pecore*). Da das Aristo zur Ablehung der *actio de pauperie* veranlaßte, hatte sein Votum für die *actio in factum* kaum den Grund, daß er das Abweidenlassen nicht als unmittel-

---

[795] Vgl. auch die Stellungnahme des Proculus zum Schiffszusammenstoß in D 9.2.29.2 (Ulp 18 ed) ... *et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum, quia parvi refert navem immittendo aut serraculum ad navem ducendo an tua manu damnum dederis ... Navem immittere* rechnet der Jurist als *tua manu damnum dare*; vgl. G. MacCormack, Aquilian *Culpa,* Daube Noster (1974) 209.

[796] Nörr (Fn. 301) 141 wertet D 9.1.1.7 als Beleg für *ius controversum,* läßt die Frage Schulkontroverse aber offen. Für diese Möglichkeit Stein (Fn. 791) 291 („On the whole the Sabinians did not pay much attention to the distinction between Aquilian action and *actio in factum*, and perhaps there was a touch of malicious mischief in Julian's suggestion that Proculus had allowed an Aquilian action instead of the *actio in factum* on which Labeo and he so frequently insisted."). Dagegen zählen weder Liebs noch Falchi (beide Fn. 514) das Problem den Schulkontroversen zu.

[797] Für eine *actio in factum* mangels Direktheit Kerr Wylie (Fn. 768) 518; MacCormack (Fn. 672) 23 und Giangrieco Pessi (Fn. 743) 175. Birks 150 nimmt D 19.5.14.3 nur unter Vorbehalt für die „proper user"-Doktrin in Anspruch, da die *actio in factum* auch aus der mangelnden körperlichen Einwirkung erklärbar wäre. Für beide Gründe Fliniaux (Fn. 747) 257; v. Lübtow 188 tritt für eine selbständige *actio in factum* ein.

bare Einwirkung ansah, sondern wohl nur den, daß er im Abweiden der *glandes*, ihrer zweckdienlichen Verwendung als Viehfutter, kein *(cor)rumpere* erkannte.

D 19.5.14.3 erweist sich damit als tauglicher Vergleichsfall zu D 9.2.30.2. Wie Paulus lassen auch Aristo und Ulpian keine *actio directa* zu, weil das Abweiden der *glandes* ein bestimmungsgemäßer Gebrauch war. Zwar kommt das Wort *consumere* bei der Auseinandersetzung mit der deliktischen Seite des Problems nicht vor. Daß Ulpian das Abweiden lassen auch mit *consumere* bezeichnete, geht jedoch aus D 10.4.9.1 hervor. Wie beim *consumere* führte auch *depascere*[798] zum Sachuntergang und brachte dem Schädiger gleichzeitig Gewinn. In zweierlei Hinsicht unterscheiden sich die Texte freilich: Zum einen hinsichtlich der Klagen. In D 9.2.30.2 ist es die *actio utilis,* in D 19.5.14.3 die *actio in factum.* Zum anderen hinsichtlich der Aussagen zum Verschulden des Schädigers: D 19.5.14.3 läßt *dolus*[799] erkennen, während in D 9.2.30.2 jeglicher Hinweis auf eine Verschuldensform fehlt. Dieser Punkt ist aber für die Auseinandersetzung mit Birks „proper user" These essentiell.

## 9.4. Die *actio utilis* in D 9.2.30.2

### 9.4.1. Textkritik

Die Erklärung des Grundes der von Paulus in D 9.2.30.2 vorgesehenen *actio utilis* hat bisher zu erheblichen Diskussionen in der Wissenschaft geführt. Die Gewährung einer *actio utilis* läßt sich nicht mit dem Schema vereinbaren, das ansonsten innerhalb der an die *actio legis Aquiliae* angelehnten *actiones in factum* und *actiones utiles* zu beobachten ist. Seit Pernice gilt als grundsätzlich anerkannt, daß *actiones in factum* zur Anwendung kamen, soweit die Sachbeschädigung nicht *corpore corpori* erfolgt war, während *actiones utiles* zumeist die Aktivlegitimation

---

[798] *Depascere* trägt weiters die Nebenbedeutung „zerstören" (s. Heumann/Seckel s.v., OLD s.v.). Auch insoweit entspricht es *consumere.*

[799] Die *actio furti* fehlt in Ermangelung einer *contrectatio.*

erweiterten[800]. Daß gerade D 9.2.30.2 sich dieser Kategorisierung widersetzt, mußte allerdings schon Pernice selbst eingestehen:

> „Allein es lassen sich doch sämtliche Fälle der *actio utilis* mit Ausnahme des ganz abspringenden der Consumption fremder Früchte eng an die Aq.Formel anlehnen ...“[801].

Zahlreiche Autoren treten daher gegen eine Zuschreibung der in D 9.2.30.2 genannten *actio utilis* an Paulus ein. Rotondi, Birks oder Pugsley vermuten, daß in der Klassik beim Verbrauch überhaupt kein Anspruch bestand. Giovanni Rotondi und David Pugsley argumentieren damit, daß kein typischer Schaden im Sinn der *lex Aquilia* vorlag, und es somit keinen Grund zur Gewährung einer Erweiterungsklage gab[802]. Birks schließt bei „proper user“ das *corrumpere iniuria* aus und mangels *iniuria* auch die Erweiterungsklagen[803].

Nach einer anderen Meinung gibt es keinen Anlaß, an der Zulassung einer Erweiterungsklage im Falle des Verbrauches zu zweifeln, wohl aber an der *actio utilis*. Diese Autoren harmonisieren D 9.2.30.2 mit den anderen Texten dadurch, daß sie annehmen, Paulus habe eine *actio in factum* gegeben[804].

Eine dritte Ansicht zieht aus der beim beim Verbrauch stattfindenden Sachzerstörung *corpore corpori*[805] die Konsequenz, daß für diesen Fall nach klassischem Recht die *actio directa* zur Anwendung kommen mußte[806].

---

[800] Pernice (Fn. 714) 144 - 164; dazu W. Selb, Actiones in factum und Formeltechnik, FS Demelius (1973) 228 - 230.

[801] Pernice (Fn. 714) 161 (ähnliche Urteile 148 und 160). Diese Beobachtung teilt Selb (Fn. 800) 231.

[802] Rotondi (Fn. 687) 456 f.; Pugsley (Fn. 693) 86; zur Kritik an dessen Interpretation oben Fn. 700.

[803] Oben S. 245.

[804] Albanese (Fn. 687) 177; v. Lübtow 186.

[805] Darauf weisen z.B. auch Albanese (Fn. 687) 80, 176 und Birks 181 - 183 hin.

[806] E. Valiño, Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia (1973) 39 f. und ders. (Fn. 579) 341.

Die gemeinsame Schwäche all dieser Interpolationsannahmen ist, daß kein überzeugender Grund nachzuweisen ist, warum die Kompilatoren den Text gerade in diesem Punkt hätten verändern sollen. Zugunsten der ersten Ansicht (kein Anspruch nach klassischem Recht) könnte man noch argumentieren, daß damit eine Rechtsschutzlücke geschlossen werden konnte. Für die Ersetzung einer ursprünglichen *actio in factum* oder *actio directa* durch eine *actio utilis* lassen sich hingegen schwerlich Gründe nennen. Den Kompilatoren, deren Vorgabe die Vereinheitlichung des vorgefundenen Materials war, fehlte jedes Motiv, eine Kontroverse zu erzeugen, die überdies einen Punkt betraf, der für sie nur mehr von geringer praktischer Bedeutung war. Ein zusätzliches Indiz für die Echtheit der *actio utilis* in D 9.2.30.2 bietet das einschlägige Scholion zu ὑπόκειται δὲ οὐτιλίᾳ ἀγωγῇ von Bas. 60.3.30[807]: Τινὲς μὲν οὐτιλίῳ Ἀκουϊλίῳ, ἄλλοι ἰμφακτούμ. Ἀνάγνωθι τὸ τέλος τοῦ ιδ'. διγ. τοῦ ιθ'. βιβ. ἤγουν βιβ. κ' τιτ. δ'. Der unbekannte Scholiast berichtet, daß einige Juristen für eine *actio utilis,* andere für eine *actio in factum* eingetreten seien und verweist zum Beleg auf Aristo/Ulpian in D 19.5.14.3. Daß auf eine Digestenstelle verwiesen wird, indiziert, daß das Scholion der älteren Schicht der Basilikenscholien zugehört und unter Justinian oder bald nach ihm entstanden sein muß[808]. Daß der Scholiast also einerseits die Abweichung der *actio utilis* in D 9.2.30.2 von der *actio in factum* von D 19.5.14.3 bemerkt, aber andererseits auch nichts von einer Diskussion über eine *actio directa* weiß, spricht dagegen, daß erst die Kompilatoren, denen das genauso bewußt sein mußte, die *actio utilis* an die Stelle einer ursprünglich im Text genannten *actio in factum* oder *actio directa* setzten.

---

[807] Der erste Teil von Schol. 13 bei Heimb. 5, 303 = Schol. 13 Schelt. B VIII, 3141.

[808] H.J. Scheltema, Subseciva III, TR 30 (1962) 355 - 357.
Das spätere, nur auf die Basiliken verweisende Teil des Scholions (Heimb. 5, 303 f. = Schelt. B VIII 3141 f.) versucht die unbeholfene Auflösung des Widerspruchs durch καὶ γὰρ πᾶσα ἴμφακτος οὐτιλία ἐστίν.

## 9.4.2. Der Hintergrund der *actio utilis*

### 9.4.2.1. Die terminologischen Unterscheidung von *actio in factum - actio utilis* in der Spätklassik

Die damit wohl nicht mehr zu bezweifelnde Echtheit der *actio utilis* in D 9.2.30.2[809] führt zur Frage, warum Paulus gerade zu dieser Ergänzungsklage und nicht zu einer *actio in factum* griff. Mit einer indirekten Einwirkung auf die Sache, auf die Zimmermann abstellt[810], ist die *actio utilis* von D 9.2.30.2 nicht schlüssig erklärbar[811]. Dazu kommt das Problem, aus welchen Grund Paulus anders als Aristo/Ulpian entschieden haben könnte.

Diese Fragestellung könnte sich freilich dann als unlösbar bzw. nur als unbedeutendes Scheinproblem herausstellen, falls die Klassiker, wie dies weithin angenommen wird, die Bezeichnungen *actio in factum* und *actio utilis* beliebig verwendeten bzw. zwischen *actio in factum* und *actio utilis* nicht mehr präzise unterscheiden konnten[812].

Zur Frage, nach welchen Kriterien zwischen den an die *lex Aquilia* angelehnten Klagen nach *actiones in factum* oder *actiones utiles* differenziert wurde, hat die Romanistik, ungeachtet der umfangreichen literarischen Behandlung dieses Themas[813], bis heute keine allgemein akzeptierte Lösung gefunden. Als Haupthindernis erwiesen sich gerade Quellen zur *lex Aquilia*, denen eine einheitliche Linie abgeht, was die Vermutung nährte, es habe selbst in der Klassik keinen Unterschied gegeben.

---

[809] So z.B. auch Pauw (Fn. 677) 287; keine Zweifel gibt Nörr (Fn. 301) 178 zu erkennen.

[810] Zimmermann 994 mit Fn. 288.

[811] Oben S. 275 mit Fn. 805 und 806.

[812] Z.B. Lenel, EP 203 - 205; Rotondi (Fn. 687) 456; Kaser, RPR I 621; Honsell (Fn. 31) 367; Pauw (Fn. 677) 285; weitere Nachweise bei G. Thielmann, „Actio utilis“ und „actio in factum“, St. Biscardi II (1982) 303 f.; P. van Warmelo, Les actions autour de la loi Aquilie, St. Biscardi II (1982) 351 - 361; U. v. Lübtow, Die Aktionen im Umkreis der „*lex Aquilia*“, Labeo 30 (1984) 321; Winiger (Fn. 680) 159 Fn. 42.

[813] Reiche Literaturnachweise bei Kaser/Hackl 238 f. und 329 f. (insb. Fn. 19).

In der Diskussion über die (scheinbar) terminologisch uneinheitlichen Quellenaussagen hat sich die Literatur in einen nahzu unlösbaren gordischen Knoten widersprüchlicher Erklärungsversuche verstrickt. Dessen Durchtrennung ist auf ebenso einfache wie überzeugende Weise Selb geglückt. Er gruppiert dazu die Quellenzeugnisse in hauptsächlich zwei Schichten: Einerseits die aus vorjulianischer Zeit, welche von Juristen stammen, zu deren Zeit der Formularprozeß noch in Blüte stand, und solche aus nachjulianischer Zeit, als im Gefolge der Ediktsendredaktion das formulare Denken bereits schwächer wurde. Trennt man bei der Lektüre die Quellen in dieser Weise, ergeben sie ein kohärentes Bild[814], das überdies das von Pernice beobachtete Schema, daß die *actio in factum* zur Tatbestandserweiterung, die *actio utilis* zur Ergänzung einer institutionellen Voraussetzung diente[815] – mit nur einer (erklärbaren) Ausnahme[816] – erneut bestätigt.

Im einheitlichen Sprachgebrauch bis Julian spiegelt sich die essentielle Funktion der richtigen Bezeichnung, um die vom Prätor zugelassenen materiellen Anlogien korrekt in die Sprache des Formularprozesses zu übersetzen, d.h. die formeltechnischen Unterschiede zwischen den Typen der Ergänzungsklagen präzise zum Ausdruck zu bringen[817]. In der Formel instruierte der Prätor den *iudex* darüber, an welche zivile Grundlage die Ergänzungsklage anknüpfte und in welche Richtung (Tatbestand oder institutionelle Voraussetzung) sie den zivilen Anspruch erweiterte und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben sollten[818]. Als die prätorische Rechtsschöpfung aber erloschen, das Edikt abgeschlossen und das *agere per formulas*

---

[814] W. Selb (Fn. 800) 223 - 235; ders., Rez. zu E. Valiño, Actiones utiles (1974), SZ 95 (1978) 490 - 495; ders., Rez. zu E. Valiño, Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia (1973), SZ 94 (1977) 429 - 431; ders., Formulare Analogien in „actiones utiles" und „actiones in factum" am Beispiel Julians, St. Biscardi III (1982) 315 - 350; ders., (Fn. 678) 729 - 759.

Dieser Ausgangspunkt von Selb wird durch die grundsätzliche Kritik von M. Talamanca, Processo civile (Diritto romano), ED 36 (1987) 62 Fn. 446 nicht in Frage gestellt.

[815] Selb (Fn. 672) 759.

[816] D 47.2.51 (Gai 13 ed prov). Vgl. Selb, St. Biscardi (Fn. 814) 331.

[817] Selb (Fn. 672) 729 - 759.

[818] Zum Verhältnis von materiellrechtlicher Analogie und aktionenrechtlicher Denkweise s. Selb, St. Biscardi (Fn. 814) 315 - 321.

durch den Kognitionsprozeß tendenziell verdrängt wurde[819], verlor diese Terminologie weitgehend ihren Sitz im Leben.

Daher ist zu beobachten, daß sie bei den Spätklassikern schwankend wird[820]. Diese orientierten sich grundsätzlich weiterhin an den bisherigen Bezeichnungen, hielten etwa konsequent an der Unterscheidungen von *actio directa* und Ergänzungsklagen fest[821]. Auch die älteren Diskussionen über Abgrenzungsfragen gelangten in die großen Kommentarwerke und wurden durch vereinzelte Stellungnahmen angereichert[822]. In der Mehrzahl wurden die aber *actiones in factum* bzw. *utiles* wohl so fortgeschrieben, wie sie bei den älteren Juristen gefunden wurden.

Aus Selbs Studien wird deutlich, daß ein freier Austausch von *actio in factum* und *actio utilis* bis zu den Hochklassikern undenkbar gewesen wäre. Eine präzise Verwendung der Bezeichnungen *actio in factum* und *actio utilis* bezog aus dem geteilten Verfahren ihre Notwendigkeit, in dem die Rechtsfortbildung nur dem Prätor zustand, der über die Gestaltung der Ergänzungsklage diese dem Richter signalisierte. Aus der Formel erkannte der *iudex*, worin materiellrechtlich betrachtet die Analogie bestand, oder aktionenrechtlich formuliert, welche Abweichungen von der in der Musterformel typisierten Fallgestaltung aufgrund prätorischer Anordnung einem Obsiegen des Klägers nicht im Wege stehen durften. Mit dem Absterben dieses Verfahrens hatte die Terminologie ihre innere Rechtfertigung und der Sprachgebrauch der Juristen den Zwang zur Kohärenz verloren.

Bei den Spätklassikern, für die nach Selbs Prämisse diese Unterscheidung obsolet geworden war, könnte man deswegen einen freieren Umgang mit den

---

[819] Vgl. P.E. Pieler, Gerichtsbarkeit (D. Dominat) RAC 10 (1978) 391 f.; Kaser/Hackl 168 - 171.

[820] Selb, St. Biscardi (Fn. 814) 329 f.; zustimmend M. Kaser, 'Ius honorarium' und 'ius civile', SZ 101 (1984) 101.

[821] S. J.L. Barton, The *Lex Aquilia* and Decretal Action, Daube Noster (1974) 21 f. und diesem zustimmend Thielmann (Fn. 812) 306, 310. Die dafür von diesen Autoren angeführte Begründung, daß der Grund zur Aufrechterhaltung der Unterscheidung war, daß die Ergänzungsklagen nicht der Litiskreszenz unterlagen, überzeugt jedoch nicht nicht, da bei Leugnen des Beklagten nur die *actio directa* in Frage kam. S. Nörr (Fn. 301) 157 f. und ders. (Fn. 28) 111 - 114.

[822] Für Stellungnahmen zu älteren Abgrenzungsdiskussionen bzw. abweichende Entscheidungen vgl. D 9.2.11.8, 10; 9.2.27.9, 32 (Ulp 18 ed); 9.2.41 (Ulp 41 Sab).

Bezeichnungen annehmen. Dagegen, daß für sie die korrekte Terminologie nebensächlich wurde, spricht jedoch in erster Linie, das von Selb ebenso beobachtete Faktum, daß die terminologische Präzision im Umgang mit der älteren Literatur gewahrt blieb[823].

Betrachtet man den terminologischen Spielraum eines Spätklassikers, so war dessen Freiheit durchaus beschränkt. Die Wahl einer Bezeichnung war zwar prozessual nicht mehr von Bedeutung, weil der Kognitionsprozeß keine Entscheidung für eine bestimmte Formelkonzeption erforderte. In der literarischen Diskussion durfte man diese Frage nicht leichtfertig übergehen, da sonst Konflikte zur älteren Literatur aufgetreten wären, in der kohärent unterschieden wurde. Zugleich kannten die Spätklassiker aus dieser Literatur den (vorjulianisch-hochklassischen) Unterschied zwischen *actio in factum* und *actio utilis* noch genau. Gerade sie dokumentierten ja die Fülle der Diskussionen in ihren Großkommentaren. Es wäre also voreilig anzunehmen, daß ein Spätklassiker nur aus Unkenntnis oder Desinteresse die „richtige" Terminologie verließ.

Gleichzeitig mußten für ihn die Ausdrücke *actio in factum* und *actio utilis* nicht mehr auf die Frage nach Ergänzung des Tatbestandes oder Supplierung einer institutionellen Voraussetzung eingeschränkt bleiben. Aufgrund von Selbs Ergebnissen kann die beobachtete „Lockerung" der Terminologie genauso als terminologischer Wandel interpretiert werden, den die veränderten prozessualen Rahmenbedingungen ermöglicht hatten. Sobald die Begriffe *actio in factum* und *actio utilis* ihre Interdependenz mit einem konkreten prozessualen Rahmen (*agere per formulas*) verloren, wurden sie gewissermaßen für neue Inhalte aufnahmefähig.

Es sei einmal unterstellt, daß ein mit der älteren Literatur vertrauter Spätklassiker 1) erkennen konnte, wenn er von der herkömmlichen Terminologie abwich und 2) daß auch er dies noch mit der Intention tat, so eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der *lex Aquilia*, eine analoge Ausdehnung der Haftung zum Ausdruck zu bringen. Die Trias *actio directa, actio in factum* und *actio utilis*

---

[823] Selb, St. Biscardi (Fn. 814) 330; ders., SZ 95 (Fn. 814) 493.

definierte in der traditionellen Diskussion bis Julian den unmittelbaren Anwendungsbereich der *lex Aquilia* einerseits als auch deren analoge Ausweitbarkeit. Der Gestaltungsspielraum bei den Ergänzungsklagen war dadurch beschränkt, weil der Prätor sich von der Konzeption der zivilen Formel nicht zu weit entfernen konnte.

Die Spätklassiker befanden sich dagegen in einer anderen Situation. Zwar gab es Bindungen an die Tradition, die bei der *lex Aquilia* sogar stärker wirkten, als in anderen Bereichen[824]; dennoch konnte ein Spätklassiker, für den die Bezeichnungen *actio in factum* und *actio utilis* eher schon Kürzel i.S. materiellrechtlicher Haftungserweiterungen waren, in Erwägung ziehen, mit der analogen Erstreckung der Haftung weiter zu gehen, als dies unter Geltung des hochklassischen Formelkonzepts möglich gewesen wäre. Die Verfolgung dieser Wege ist uns heute allerdings dadurch erschwert, daß deren Markierungen – die Benennung der Klagen – mit denen ihrer Vorläufer verwechselt werden können.

So verstanden könnte ein terminologischer Bruch mit hochklassischen Vorbildern signalisieren, daß der Spätklassiker eine andere materielle Auffassung zum Ausdruck bringen wollte.

Warum Paulus in D 9.2.30.2 die *actio utilis* anstelle der – aus vorjulianisch-hochklassischer Sicht – „richtigen" *actio in factum* wählte, bleibt also weiterhin eine legitime Frage[825]. Hinweise zu ihrer Beantwortung können im Sinne der Selb'schen Methode nur in der richtigen Textschicht gefunden werden, d.h. in Äußerungen der Spätklassiker, die nicht Ergebnisse älterer Diskussionen referieren, und die deshalb möglicherweise das Charakteristische ihres eigenen Sprachgebrauchs verraten können. Wenn man dabei terminologische Unterschiede zwischen den hochklassischen Vorbildern und dem Spätklassiker findet, sollte man dazu auch in

---

[824] Zumindest findet sich keine vergleichbare Aussage wie in D 3.5.46.1 (Paul 1 sent = PS 1.4.10) *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.* Dazu Selb, St. Biscardi (Fn. 814) 330.

[825] Jüngst behauptet Winiger (Fn. 680) 158 f., es habe in der Klassik zwei konkurrierende Lehren gegeben, die des Gaius, der jede Ergänzungsklage als *actio utilis* bezeichnete, und diejenige, wonach bei mangelnder Einwirkung *corpore corpori* eine *actio in factum* zu geben war, und daß Paulus von Mal zu Mal einer der beiden gefolgt sei.

Erwägung ziehen, ob sich hinter diesen nicht auch neuartige Ansprüche verbergen könnten, die weder mit der *actio directa* noch den an ihr orientierten hochklassischen *actiones in factum* oder *actiones utiles* durchsetzbar gewesen wären.

Als Ausgangspunkt dafür käme die grundsätzlich klingende Äußerung zum Verhältnis von *actio directa* und den Ergänzungsklagen aus Paulus' Kommentar zum Werk des Frühklassikers Plautius in Frage.

> D 9.2.33.1 (Paul 2 ad Plaut)
> *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

Paulus stellte fest, daß für Schäden, die nicht unter den direkten Anwendungsbereich der *lex* fielen, die *actio in factum* zuständig sei. Aus dem palingentischen Kontext[826] geht nicht hervor, auf welchen Sachverhalt dieser Satz bezogen war.

Der Text wird gerne den Byzantinern zugeschrieben oder, sofern man seine Echtheit erwägt, als Anknüpfungspunkt der byzantinischen *actio in factum generalis* verstanden[827]. Eine Verallgemeinerungstendenz, die man nicht mit der subsidiären *actio in factum* der Byzantiner in Verbindung bringen kann, beherrscht allerdings schon das vorangehende *principium*[828]. Die Verallgemeinerungen dürfte eher Paulus aus Fällen des Plautius gewonnen haben, als die Kompilatoren aus Paulus. Inhaltlich wäre in D 9.2.33.1 also nur älteres Recht auf eine griffige Formel gebracht. Einen *e*

---

[826] Lenel, Pal. I, Paul. Nr. 1084.

[827] Rotondi (Fn. 687) 461 Fn. 1 vermutet einen verallgemeinernden, byzantinischen Texteingriff; in diesem Sinne auch v. Lübtow 217. Zum Verhältnis dieses Textes zur byzantinischen *actio in factum generalis* s. Rotondi, Fn. 687, 461 f.; ders., Dalla „lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ., in: Scritti giuridici 2 (1922) 477 f.; v. Lübtow 216 f. und Zimmermann 1022 f.

[828] D 9.2.33 pr. (Paul 2 ad Plaut) *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.* Eine Überarbeitung nimmt v. Lübtow 123 Fn. 173 auch hier an (m.w.N.).

*contrario* Schluß über Paulus' Haltung zur hochklassischen *actio utilis* läßt der Text damit freilich nicht zu.

Weitere Belege von paulinischen *actiones in factum* in Anlehnung an die *lex Aquilia* gibt es nicht. Die unter seinem Namen überlieferten *actiones utiles*[829] gelten mit Ausnahme von D 9.2.30.2 der Erweiterung der Klagslegitimation und folgen dem hochklassischen Schema. Somit nimmt die in D 9.2.30.2 gewählte *actio utilis* selbst innerhalb seines – in diesem Punkt allerdings nicht in repräsentativem Umfang erhaltenen – Werkes eine Sonderrolle ein. Dazu kommt, daß D 9.2.30 – nach dem Urteil von Alan Rodger palingenetisch „rather a rag-bag with pieces of text coming from various parts of Paul's commentary"[830] – einer Suche nach der ursprünglichen Textordnung und palingenetischen Analysen nicht gerade die besten Voraussetzungen bietet.

Im Sinne der gerade skizzierten Ausgangsposition und unter der Annahme, daß Paulus die *actio utilis* durchaus im Bewußtsein ihrer Abweichung von den hochklassischen Vorbildern wählen konnte, soll nun überlegt werden, ob sich materiell-rechtliche Gründe für diese Wahl finden lassen. Als auf der Hand liegend bieten sich zwei Anknüpfungspunkte an: Zum einen der Aspekt der Bereicherung, zum anderen das Fehlen einer Aussage über das Verschulden des Täters.

### 9.4.2.2. Die in D 9.2.30.2 vorausgesetzte Verschuldensform

D 9.2.30.2 läßt offen, welche Verschuldensform Paulus bei Entscheidung zugrundelegte. Wenngleich der Jurist den Sachverhalt objektiv formulierte – *si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit* ... – wäre, wie bei zahlreichen anderen Stellen, die keine Aussage zum Verschulden bieten, an die stets stillschweigend vorausgesetzte Haftung für *dolus* oder *culpa* zu denken.

---

[829] D 9.2.30.1 und 2 (Paul 22 ed); in D 9.2.12 (Paul 10 Sab) ist von einer *actio ad exemplum* die Rede.

[830] S. A. Rodger, Paul's Edictal Commentary on the *lex Aquilia*, IJ 25 - 27 (1990 - 1992) 329 - 333 (Zitat 331).

Häufig wird die Diskussion ab initio auf die *dolus*-Variante beschränkt. V. Lübtow führt etwa aus[831]:

> „Wer widerrechtlich fremde Lebensmittel verbrauchen will, muß sich ihrer in Aneignungsabsicht bemächtigten. Damit ist das *furtum* bereits vollendet. ... Die Tatbestände des *furtum* und des *damnum iniuria datum* können sich in einem und demselben Faktum verwirklichen."

Beim bewußt unerlaubten Verbrauch fremder Lebensmittel war der Verzehr ohne Aneignungshandlung und *furtum* unmöglich. So betrachtet wird *dolus* zur *ex definitione* einzig in Frage kommenden Verschuldensform. Dabei wird jedoch vergessen, daß diese Lösung Paulus' Haltung zur Konkurrenz zwischen *furtum* und *damnum iniuria datum* gerade nicht entsprach. In D 47.2.28 (Paul 9 Sab) schloß Paulus die aquilische Haftung neben oder anstelle von *furtum* aus:

> D 47.2.28 (Paul 9 Sab)
> *Sed si subripuit, priusquam deleat, tanto tenetur, quanti domini interfuit non subripi: delendo enim nihil ad poenam adicit.*

Die nachfolgende Zerstörung blieb gegenüber dem *furtum* eine sanktionslose Nachtat[832]. Dagegen, daß Paulus bei Tateinheit, d.h. wenn ein Verbrauch nicht wie die Zerstörung der Dokumente in D 47.2.28 vom Wegnahmeakt zeitlich getrennt erfolgte, anders entschieden hätte, spricht eine Entscheidung Ulpians. Grundsätzlich trat dieser im Gegensatz zu Paulus für eine kumulative Konkurrenz von *actio furti* und *actio legis Aquiliae* ein[833]. Aber auch er erkannte unter Berufung auf Pomponius an, daß manchmal nur die *actio legis Aquiliae* zuständig war, dann nämlich, wenn der *animus furandi* fehlte.

---

[831] V. Lübtow 186.

[832] Hausmaninger (Fn. 685) 43; Liebs (Fn. 777) 232 mit Lit.

D 9.2.41.1 (Ulp 41 Sab)

*Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.*

Ein *animus furandi* ließ sich wohl dann nicht leugnen, wenn die weggenommenen Dokumente erst nach einiger Zeit zerstört worden waren. Bei Tateinheit lag nur ein *damnum iniuria datum* vor. Aufgrund dieser Stellungnahme Ulpians, der eine Konkurrenz von *actio furti* und *actio legis Aquiliae* grundsätzlich zuließ, sie aber im Fall der Tateinheit ablehnte, darf man mit Sicherheit ausschließen, daß für Paulus bei einer einheitlichen Tat die *actio furti* gegeben hätte.

Bei dolosem Verbrauch kam für Paulus in jedem Fall nur die *actio furti* in Frage. *Dolus* war also nicht die in D 9.2.30.2 vorausgesetzte Verschuldensform. Folglich müßte man D 9.2.30.2 im Sinne eines fahrlässigen Verbrauches lesen.

Wäre es aber denkbar, daß Paulus sogar den gutgläubigen Verbraucher haften lassen wollte? Neben dem Schluß *e silentio* scheint dafür auf den ersten Blick wenig zu sprechen, war doch die aquilische Haftung grundsätzlich eine Haftung für Verschulden.

Man sollte die letzte Möglichkeit dennoch nicht ungeprüft verwerfen. Ein sachliches Bedürfnis nach Ersatz bestand auch beim gutgläubigen Verbrauch. Wenn D 9.2.30.2 auf *culpa* des Verbrauchenden einzuschränken wäre, hätte beim gutgläubigen Verbrauch eine erhebliche Rechtsschutzlücke bestanden. Der Sachuntergang nahm dem Eigentümer die *rei vindicatio*. Die subsidiäre Erstreckung der Passivlegitimation zur *rei vindicatio* auf den Nichtbesitzenden verlangte *dolus*[834]; die

---

[833] Hausmaninger (Fn. 685) 42 f.; Liebs (Fn. 777) 232.

[834] Daß die Passivlegitimation dessen, *qui dolo desiit possidere* jedenfalls in der Spätklassik anerkannt war, verteidigt zuletzt Wimmer (Fn. 22) 39 - 47 (m.w.N.).

*actio ad exhibendum* hinsichtlich des Verzehrten ebenso[835]. Außerhalb eines, sei es auch nur mangelhaften, rechtsgeschäftlichen Verhältnisses, das nach dem Verbrauch einen vertraglichen Anspruch oder eine *condictio* zuließ, hätte der Eigentümer keine Chance auf Ersatz gehabt. Sobald der Eigentümer der Behauptung des Beklagten nicht entgegentreten konnte, dieser sei nicht in der Lage gewesen zu erkennen, daß die Sache fremd gewesen sei, stand ihm keine erfolgversprechende Klage mehr zur Verfügung.

Zugunsten der hier vorgeschlagenen Hypothese, daß Paulus diesen Fall vor Augen hatte, lassen sich einige Anhaltspunkte finden.

Den ersten liefet die *actio utilis*. Die auch Paulus vertraute formeltechnisch korrekte Lösung wäre eine *actio in factum* mangels *corrumpere* gewesen. D 19.5.23 beweist, daß dem Juristen bekannt war, daß bei einer Schädigung ohne *corrumpere* korrekterweise eine *actio in factum* zur Anwendung zu kommen hatte[836]. Damit kann die *ratio* für die Gewährung der *actio utilis* nicht allein im Fehlen von *corrumpere* liegen. Der Bruch mit der „korrekten" formelmäßigen Bezeichnung könnte somit auch als Signal für ein Abgehen von der klassischen Konzeption der aquilischen Verschuldenshaftung verstanden werden.

Unterstützend kann man (mit aller Vorsicht) die Palingenesie von D 9.2.30 heranziehen. Wie erwähnt bietet die Rekonstruktion der paulinischen Erörterung ein erhebliches Problem, da bei der Kompilation substanzielle Kürzungen und möglicherweise zudem Umstellungen im ursprünglichen Text vorgenommen wurden. In der gegenwärtigen Form beginnt das Fragment mit Erwägungen zum ersten Kapitel (*iniuria* im pr.; Aktivlegitimation in § 1), geht dann zum 3. Kapitel über (§ 2

---

[835] Vgl. oben zu D 10.4.9.1 S. 261 - 264. In D 16.3.1.32 (Ulp 30 ed) *Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget: sed si exhibuerit, vindicabitur, si vero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.* tritt Marrone (Fn. 749) 395 f. und 548 f. allerdings für eine Streichung ab *sed si* ein.

[836] D 19.5.23 (Alf 3 dig a Paul epit) *Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.*

Verbrauch, § 3 *iniuria*) und schließt mit einem am Verschulden anknüpfenden Konkurrenzproblem zwischen den Klagen aus dem ersten und dritten Kapitel (§ 4).

In Lenels Palingensie ist § 2 der erste Text zum dritten Kapitel[837]. Wenn auch Paulus' Kommentar lemmatisch aufgebaut war, ist seine Erörterung der Tatbestände des dritten Kapitels verlorengegangen, die vom Umfang her vermutlich sogar breiter war als in D 9.2.27.7 - 24 (Ulp 18 ed). Zwischen § 1 und § 2 fand jedenfalls ein erheblicher Textverlust statt. § 2 könnte somit der Rest einer Kommentierung von *ruperit* sein oder, wie Rodger vermutet, schon zu *damnum faxit iniuria* gehören[838]. Bei dieser Einordnung stützt sich Rodger neben den §§ 3 f., die vom Verschulden handeln, auf das zur Sabinus-Masse gehörende (und in die bis D 9.2.40 reichende Ediktsmasse eingeschobene) Folgefragment D 9.2.31 (Paul 10 Sab), das ebenso das Verschulden thematisiert. Die Kompilatoren hätten an dieser Stelle des Titel 9.2 also einen geschlossenen Block von Paulus-Texten zum Verschulden zusammengestellt. Zugunsten der Annahme, daß D 9.2.30.2 zu *damnum faxit iniuria* gehörte, spricht zusätzlich, daß §§ 2 f. hinsichtlich der zerstörten Gegenstände Parallelen in den Sachverhalten aufweisen, die auf einen zusammenhängend komponierten Abschnitt hindeuten. In § 2 ist von Wein und Getreide, in § 3 von Getreide auf dem Halm bzw. (noch tragenden) Weinreben die Rede[839]. Wie auch die thematische Ähnlichkeit nahelegt, entspricht die heutige Reihung der §§ 2 und 3 grundsätzlich noch immer der originalen Abfolge im paulinischen Kommentar, sodaß weder mit der Auslassung größerer Passagen noch einem Themenwechsel zu rechnen ist.

Wegen der unmittelbaren Nähe ließ sich der Einleitungssatz zu § 3 (*In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur.*) auch in

---

[837] Lenel, Pal. I, Sp. 1010

[838] Rodger (Fn. 830) 332.

[839] D 9.2.30.3 (Paul 22 ed) *In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut neglegentia id accidit. nam si die ventoso id fecit, culpae reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

Verbindung mit § 2 lesen, als Rückbesinnung auf den Grundsatz, von dem § 2 eine Ausnahme zuließ. Die damit implizit zum Ausdruck gebrachte Begründung für den formellen Gegensatz zwischen *actio utilis* in § 2 und *actio directa* (*actio, quae ex hoc capitulo oritur)* in § 3 wäre sodann der ausnahmsweise Verzicht auf die Prüfung des Verschuldens.

### 9.4.2.3. Bereicherungsverbot und aquilische Haftung

Ein grundlegendes Hindernis gegen die Schließung der Rechtsschutzlücke bei gutgläubigem Verbrauch fremder Sachen durch eine an die *lex Aquilia* angelehnte Klage könnte man im pönalen Charakter der *actio legis Aquiliae*[840] sehen. Doch selbst Stellen, welche die Sanktion der *lex Aquilia* buchstäblich noch als Strafe bezeichnen[841], gelten heute nicht mehr als überzeugende Nachweise dafür, daß dieser Aspekt für die Klassiker in materieller Hinsicht noch von größerer Bedeutung war[842]. Aus der Sicht des Klägers war in der Klassik die *actio legis Aquiliae* eher reipersekutorisch denn pönal; von eigenständiger Bedeutung bei der Festlegung der Verurteilungssumme war die Pönalität nur in seltenen Fällen[843].

---

[840] Valditara (Fn. 686) 55 - 60; Hausmaninger (Fn. 685) 40; Zimmermann 973 - 975; v. Lübtow 36 - 41 (jeweils m.w.N.).

[841] D 9.2.51.2 (Iul 86 dig) ... *quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat* ... D 5.1.18.1 (Ulp 23 ed) ... *nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia* ... Gai 3.202 ... *per legem Aquiliam, quae de damno lata est , etiam culpa puniatur.* Gai 4.112 ... *est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec conpetere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.* ... D 9.2.32 pr. (Gai 7 ed pro) ... *cum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat eaque ratio similiter et in actionem damni iniuriae interveniat* ... D 50.17.111.1 (Gai. 2 ed prov) *In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum.* PS. 1.13a.6 *Qui ancillam alienam virginem immaturam corruperit, poena legis Aquiliae tenebitur.* D 9.2.30.3 (Paul 22 ed) *In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur* ... D 9.2.11.2 (Ulp 18 ed) ... *nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.* D 9.2.23.8 (Ulp 18 ed; dazu sogleich im Text).

[842] Zimmermann 973 und sehr weitgehend Valditara (Fn. 686) 57 f. Er beschreibt die *actio legis Aquiliae* „come un rimedio a tutela della proprietà" und betont die „complementarietà delle funzioni tra *reivindicatio* e *actio legis Aquiliae"* (57) seit der Frühklassik. Eine ähnliche Sichtweise entwickelt Pugsley (Fn. 791) 97 f. im Hinblick auf das Verhältnis von *actio in factum* und *rei vindicatio.*

[843] Nach Valditara (Fn. 686) 60 und ders. (Fn. 729) 170 - 175, 188 f. reduziert sich der pönale Charakter darauf, u.U. eine über das Interesse hinausgehende Verurteilung zuzulassen (D 9.2.23.3 - 5 Ulp 18 ed).

Im Hinblick auf Fragen mit prozessualem Charakter wurde die *actio legis Aquiliae* von den Klassikern weiterhin als *actio poenalis* verstanden[844]. Dies hatte u.a. die passive Unvererblichkeit der *actio legis Aquiliae* zur Konsequenz[845]. Davon gestattete jedoch Ulpian eine Ausnahme für den Fall, daß dem Erben aus dem Delikt ein Vorteil erwachsen war.

> D 9.2.23.8 (*Ulp 18 ed*)
> *Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.*

Der erste Satz läßt die aktive Vererblichkeit[846] der Klage zu, der zweite schließt die passive aus, weil es sich um eine *actio poenalis* handelte. Im nachgestellten *nisi*-Satz wird davon dann eine Ausnahme gemacht, wenn beim Erben *ex damno* eine Bereicherung verblieben war. Mit den Grundprinzipien des Rechts der *lex Aquilia* wird damit in zweifacher Hinsicht gebrochen: Die Klage setzte keine *iniuria* seitens des Beklagten voraus, und sie ging nicht vom *damnum* des Klägers, sondern von der Bereicherung des Beklagten aus.

Die Einhelligkeit, mit der von der Literatur die Echtheit dieses Satzes bestritten wurde, ist deswegen keinesfalls überraschend[847]. Allein Herbert Hausmaninger findet sich bereit anzuerkennen, daß die Klage „jedoch vielleicht in der Spätklassik auf Rückforderung einer etwaigen Bereicherung der Erbschaft gewährt“ wurde[848].

---

[844] Vgl. Valditara (Fn. 686) 56; Zimmermann 973; Hausmaninger (Fn. 685) 40 f.

[845] Gai 4.112 (in Fn. 844) und D 9.2.23.8 (Ulp 18 ed).

[846] Die Erweiterung auf andere Rechtsnachfolger wird mit Recht als interpoliert gestrichen; Nachweise bei v. Lübtow 41.

[847] Nachweise bei v. Lübtow 41 Fn. 40.

[848] Hausmaninger (Fn. 685) 40. Keine Zweifel (aber auch keine Auseinandersetzung mit diesem Punkt) bei Frier (Fn. 687) 114.

Mit dem formalen Angriff auf den „in berüchtigter Manier nachhinkende(n) *nisi-forte*-Satz“[849] vermag man heute nicht mehr zu überzeugen. In sachlicher Hinsicht werfen Pietro De Francisci und Emilio Albertario dem Passus den Widerspruch zu Gai 4.112 vor und bemängeln, daß sich kein Fall denken lasse, in dem der Schaden zu einer Bereicherung des Erben führen könne[850]. Wenn in Gai. 4.112[851] von dieser Ausnahme noch keine Rede ist, schließt das nicht aus, daß Gaius ungenau war bzw. nur die Grundsätze präsentieren wollte, noch daß schon die Spätklassiker dazu eine andere Auffassung vertreten konnten. Die Echtheit ließe sich aber nicht mehr verteidigen, wenn, wie behauptet, eine Bereicherung generell unmöglich gewesen wäre.

Solche Fälle sind gar nicht so schwer vorstellbar, wie dies die Gegner der Klassizität von D 9.2.23.8 unterstellen. Schon in einer von zweiter Hand zugesetzen und damit wohl späteren Bemerkung zum Scholion οὐ μὴν κατὰ κληρονόμων zu Bas. 60.3.60 des codex Parisinus graecus 1350 (Pe) findet sich als Beispiel, daß das Leder eines geschlachteten Tieres dem Erben verblieben ist[852]. Einen solchen Fall verwirft v. Lübtow mit dem auf Georg Maier zurückgehenden Argument, daß „(w)er ein fremdes Tier tötet und das Fleisch verwertet, ... auch ein *furtum* (begeht)

---

[849] v. Lübtow 41. Zur Glosse erklären ihn E. Levy, Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht (1915) 112 und G.H. Maier, Prätorische Bereicherungsklagen (1932) 28.

[850] P. De Francisci, Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva (1912) 70 f.; E. Albertario, Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede, in: Studi di diritto romano IV (1946) 372 f.: „L'interpolazione risulta dal confronto con Gai IV, 112 e dal nessun significato dell'aggiunta stessa. Infatti, il primo capitolo della *lex Aquilia* colpiva l'uccisore dello schiavo o dell'animale: dove e come poteva esservi un arrichimento dell'erede?“; ebenso ders., Nota al fr. 10 pr. D. comm. div. 10, 3, in: Studi di diritto romano IV (1946) 411 - 413.

Gegen diese Behauptung J.B. Thayer, Lex Aquilia. On Gifts between Husband and Wife (1929) 81 und Maier (Fn. 849) 28 unter Hinweis auf den Fall, daß ein als Erbe eingesetzter Sklave erschlagen worden war. V. Lübtow 41 tut den Fall als „singulär“ ab.

[851] Gai. 4.112 *Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque conpetunt aut dari solent: est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec conpetere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus actoris huiusmodi actiones conpetunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.*

[852] Schol 30 bei Heimb. 5, 285 = Schol 31, 32 und 34 Schelt. B VIII, 3116: Τί γάρ, ὅτι βοῦς ἢ ἵππος ἦν ὁ φονευθείς, καὶ περιῆλθεν εἰς αὐτοὺς τὸ ἐκείνου δέρμα;

und ... zugleich mit der vererblichen *condictio* (haftet)"[853]. Wie schon bei D 9.2.30.2 wird die Analyse des Textes von vornherein dadurch präjudiziert, daß *dolus* vorab zur einzigen in Frage kommenden Verschuldensform erklärt wird. Als Beleg dafür verweist man dazu auf D 13.1.14.2, da Julian nur die passiv vererbliche *condictio furtiva* gewährte[854].

> D 13.1.14.2 (Iul 22 dig)
> *Bove subrepto et occiso condictio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt*[855]*: cornua quoque condicentur. sed si dominus condictione bovis pretium consecutus fuerit et postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omnimodo exceptione summovetur. contra si corium condixerit et pretium eius consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis detracto pretio corii doli mali exceptione summovebitur. (3) Idem iuris est uvis subreptis: nam et mustum et vinacia iure condici possunt.*

Wie der Ausdrucke *subrepto* und das Abstellen auf eine *contrectatio* der Produkte belegen, setzt Julian am dolosen Verhalten des Diebes an[856]. Im Kontext der *condictio furtiva*[857] ist dies wohl auch nicht überraschend. Damit sagt der Text weder etwas über die Rechtsfolgen einer gutgläubigen Schlachtung aus, noch legt er nahe, daß eine solche als faktisch unmöglich angesehen wurde.

Die Diskussion um die Echtheit von D 9.2.23.8 bei Maier leidet darunter, daß er *a priori* davon ausgeht, eine Sachbeschädigung könne „zwar einen Vermögensschaden des Verletzten, aber keine Bereicherung des Täters oder gar seines Erben

---

[853] V. Lübtow 41; Maier (Fn. 849) 27 f.; so schon De Francisci (Fn. 850) 71.

[854] Dazu W. Pika, Ex furtiva causa condicere im klassischen römischen Recht (1988) 104 f. mit Lit.

[855] *Fuerint* (F 2).

[856] Pflüger, Ciceros Rede (Fn. 14) 19.

[857] Lenel, Pal. I, Julian Sp. 377 f.

(herbeiführen)"[858] und in dieser Ausgangsposition sein Ergebnis, die Unechtheit einer Bereicherungshaftung, bereits vor Auseinandersetzung mit dem Text vorwegnimmt.

Weniger kategorisch gegen das Bedürfnis nach einem nicht auf *furtum* gestützten Anspruch des Geschädigten tritt James Thayer auf[859]. Er teilt zwar die Interpolationsvermutungen hinsichtlich des *nisi*-Satzes; die *condictio furtiva* ist für ihn aber nur „usually sufficing", und er läßt daneben eine aquilische Bereicherungshaftung des Erben unter Verweis auf die Sachverhalte in D 9.2.30.2 und D 9.2.41.1 zu[860].

Gegen eine Beziehung von D 9.2.23.8 zum Fall des Verbrauches wird eingewandt, daß der Text palingenetisch zur Kommentierung des ersten Kapitels gehörte[861] und nur die Tötung eines Sklaven betreffen könne[862]. Damit wird die palingenetische Stellung von D 9.2.23.8 grundsätzlich richtig erfaßt, aber zugleich übersehen, daß, wie schon Lenel hervorhebt, Ulpian in den §§ 8 f. Aussagen von grundsätzlicher Natur zur *actio legis Aquiliae* als solcher machte, die das dritte Kapitel der *lex Aquilia* genauso betrafen[863]. Der Grundsatz, wenn er von Ulpian stammte, galt für das dritte Kapitel nicht anders als beim ersten.

Wem soll man die Erweiterung der aquilischen Haftung auf den Erben, falls dieser aus dem Delikt einen Vorteil gezogen hatte, deren sachliche Berechtigung für diesen Fall wohl nicht zu bestreiten ist, am ehesten zutrauen: einem Spätklassiker, anonymen Nachklassikern oder den Kompilatoren? Ein sicherer Beleg zugunsten

---

[858] Maier (Fn. 849) 27.

[859] Thayer (Fn. 850) 81.

[860] Oben S. 285. Frier (Fn. 687) 114 verweist auf D 9.2.40 (Paul 3 ed) *In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.*

[861] Lenel, Pal. II, Sp. 526.

[862] De Francisci 70 und Albertario, Studi IV, 372 f. (beide Fn. 850). Zu solchen Fällen dagegen Maier (Fn. 849) 27 f. und das Beispiel in Fn. 850.

[863] Lenel, EP 199 und Levy (Fn. 849) 135 Fn. 1.

der letzten Variante wäre, wenn man diesen Gedanken auch in IJ 4.3.9 bzw. 4.12.1 finden könnte. Das ist allerdings nicht der Fall[864].

Gegen eine nachklassische Entwicklung und zugunsten der Spätklassiker sprechen einige Texte, die eine breitere Diskussion über die Ausweitung deliktischer Ansprüche im Wege prätorischer Bereicherungsklagen[865] belegen, wenn dem Erben aus dem Delikt ein Vorteil zugeflossen war. Gegen den Verdacht späterer Zusätze oder Abänderung sind vor allem solche Zeugnisse gefeit, die über eine Diskussion berichten[866], die Haftung im Ergebnis aber verneinen. Das ist hinsichtlich der prätorischen *actio vi bonorum raptorum* der Fall in

> D 47.8.2.27 (Ulp 56 ed)
> *Haec actio heredi ceterisque successoribus dabitur. adversus heredes autem vel ceteros successores non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. an tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. et ego puto ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere condictionem.*[867]

Formulierung des Problems und Argumentation gleichen D 9.2.23.8. *Videamus* beweist, daß die Zulässigkeit von Klagen gegen die Erben *in id, quod locupletiores facti sunt* zumindest in Diskussion stand und möglicherweise - wie *et ego puto* nahelegt - kontrovers war. Zentral ist jedoch die Motivation, die Ulpian dem Prätor unterstellte: *quia putavit sufficere condictionem.* Für einen auf die Bereicherung gegründeten Anspruch fehlte in diesem Fall ein Rechtsschutzbedürfnis, da die *condictio furtiva* ohnehin passiv vererblich war[868]. Die gleiche Diskussion bestand

---

[864] Levy (Fn. 849) 111 f.

[865] Zum Terminus Kaser, RPR I 600.

[866] Vgl. allgemein T. Giaro, Echtheitsindizien, OIR 1 (1995) 78 - 109.

[867] Dazu Maier (Fn. 849) 25 - 27.

[868] Pika (Fn. 854) 64 f.

über die *formula de turba*[869] und zum Edikt *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. Eine Haftung des bereicherten Erben war nur im letzten Fall anerkannt[870].

Als Nachweis für den generellen Ausschluß einer Bereicherungshaftung des Erben wegen Sachbeschädigung zieht Maier[871] auch D 39.4.4 pr. (Paul 52 ed) heran.

> D 39.4.4 pr. (Paul 52 ed)
> *Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem.*

Labeo ließ gegen den bereicherten Erben eines Publikanen, der Sachen gewaltsam entzogen hatte, die *actio* aus dem Edikt *de publicanis* zu. Diesen Text möchte Maier dadurch zum Argument für die Gegenansicht machen, daß er auf eine Abweichung zum Edikt *de publicanis* verweist.

> D 39.4.1 pr. (Ulp 55 ed)
> *Praetor ait: „Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo. si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo".*

Während das Edikt drei Tatbestände (*adimere, damnum dare, furtum*) aufzählte, handelte Labeo nur von *adimere*. Daraus schließt Maier *e contrario* eine Bereicherungshaftung in den beiden anderen Fällen aus. Diesem *e contrario*-Schluß fehlt allerdings ein ausreichendes Fundament. Es ist zum einen nicht gesichert, ob

---

[869] D 47.8.4.16 (Ulp 56 ed) *Quae de heredibus ceterisque successoribus in vi bonorum raptorum actione diximus, et hic erunt repetita.* Vgl. Lenel, EP 395 f.; zum Text Maier (Fn. 849) 26, 28.

[870] D 47.9.4.2 (Paul 54 ed) *Hae actiones heredibus dantur. in heredes eatenus dandae sunt, quatenus ad eos pervenit.* Vgl. Lenel, EP 396 f.; zum Text Maier (Fn. 849) 31 f.

[871] Maier (Fn. 849) 29.

*damnum iniuria datum* und *furtum* zu den Tatbeständen dieses Edikts gehörten[872]; Zum anderen kann mit *vi adimere* der häufigste Fall oder ein konkreter Fall angesprochen gewesen sein, womit der Text nichts über die Erbenhaftung für ein *damnum iniuria datum* aussagen würde.

Die Problematik der Haftung des Erben für aquilische Schäden findet sich auch bei Paulus.

> D 10.3.10 pr. (Paul 23 ed)
> *Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.*

Es wird erörtert, ob der Erbe eines Miteigentümers (*socius*)[873] einem anderen Miteigentümer für Schäden einzustehen hatte, die der Erblasser einer gemeinschaftlichen Sache zugefügt hatte. Die *actio legis Aquiliae* schloß Paulus wegen deren passiver Unvererblichkeit aus. Die zuständige Klage (*hoc iudicio*) war die *actio communi dividundo*[874], in der die vom Erblasser nicht gutgemachten Schäden rechnerisch zu Lasten des Erben gingen[875]. Dem Juristen ging es offenbar darum, einen vom Beklagten vorgebrachten Einwand abzuschneiden, daß wegen der deliktischen Natur des Anspruchs das *damnum iniuria datum* bei der Abrechnung nicht Berücksichtigung finden dürfe[876]. Da zwischen Miteigentümern auf die Teilungsklage zurückgegriffen werden konnte[877], bestand nach einem deliktischen

---

[872] Dagegen Lenel, EP 288; zur Diskussion Maier (Fn. 849) 29 - 31, der selbst bejaht.

[873] Zur Bedeutung von *socius* als Miteigentümer s. Th. Drosdowski, Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht (1998) 14 Fn. 2.

[874] Lenel, Pal. I, Paul Nr. 395.

[875] Vgl. A. Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht (1912) 128.

[876] Zur *actio legis Aquiliae* zwischen Miteigentümern s. D 10.2.16.5 (Ulp 19 ed) *Denique ait (sc. Iulianus), si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit: non minus autem etiam familiae erciscundae iudicio.*
Gegen die Ansicht, daß zwischen Miteigentümern keine *actio legis Aquiliae* möglich war, vgl. Drosdowski (Fn. 873) 61 Fn. 7 (m.w.N.).

[877] Vgl. D 10.2.16.5 in Fn. 876.

Anspruch gegen den Erben kein Bedürfnis: Der Geschädigte war ohnehin durch die *actio communi dividundo* geschützt. Damit könnte Ulpians Motivation von D 47.8.2.27 (*quia putavit sufficere* ...) diese Entscheidung ebenso begründen.

Aus diesem Überblick wird deutlich, daß Spätklassiker die passive Unvererblichkeit einer Pönalklage nicht als absolutes Hindernis betrachteten, einen pönal verstandenen Anspruch ausnahmsweise gegen den Erben zuzulassen, falls dazu eine sachliche Notwendigkeit in Form einer sonst gegebenen Regelungslücke bestand. Daß sich D 9.2.23.8 in diese Diskussion eingliedern läßt, bestätigt nur Hausmaningers Interpretation des Textes.

Wesentliche Voraussetzung zur Überleitung des deliktischen Anspruch gegen eine Person, die selbst nicht rechtswidrig gehandelt hatte, war das Schutzbedürfnis des Geschädigten. Falls er auf anderem Wege auf den Erben greifen konnte (D 10.3.10 pr.; D 47.8.2.27; D 47.8.4.16), wurde der deliktische Anspruch nicht aktiviert.

Daneben verlangen die Texte stets auch eine Bereicherung des Erben *ex ipso delicto*. Dem Erben wurde die Ersatzleistung zugemutet, weil und insoweit er über den Nachlaß in den Genuß des vom Erblasser widerrechtlich erlangten Vorteils gelangt war und mit der Ersatzleistung keinen Nachteil in seinem eigenen Vermögen (d.h. ohne den Nachlaß) erfuhr. Zugleich wurde dem pönalen Charakter der *actio* insoweit entsprochen, als die Ersatzleistung rechnerisch nicht zu Lasten des Vermögens des Erben ging.

Solche Überlegungen wurden schon lange vor der Nachklassik gepflegt. Ausgangspunkte waren die prätorischen Delikte *dolus* und *metus* (vielleicht auch das *interdictum unde vi*), bei denen die Erbenhaftung *in id quod ad eum pervenit/quanto locupletior factus est* bereits vom Edikt angeordnet war[878]. Ab der Frühklassik und vielleicht schon davor verband sich die positivrechtlich angeordnete Erbenhaftung auf die Bereicherung mit dem aus der stoischen Sozial-

philosophie übernommenen Gedanken, daß sich niemand aus dem Nachteil eines anderen rechtswidrig bereichern dürfe. Die bekanntesten Fassung dieser Idee wird bei Pomponius als Grundsatz des *ius naturale* überliefert:

> D 50.17.206 (Pomp 9 var lect)
> *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.*[879]

Als Grundlage der deliktischen Erbenhaftung diente das Bereicherungsverbot schon Sabinus. Er verwies darauf, daß die im Edikt angeordnete Haftung des Erben aus *dolus* nicht mehr deliktisch war (und eine Verurteilung daher ohne infamierende Wirkung blieb), sondern zum Ausgleich der Bereicherung dienen sollte.

> D 4.3.29 (Paul 11 ed)
> *Sabinus putat calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere.*

*Ratione calculi* rückt die Bereicherung als tragenden Haftungsgrund gegenüber dem Delikt (*ratione maleficii*) in den Vordergrund[880]. Eine noch deutlichere Bezugnahme auf das sozialethisch-naturrechtliche Prinzip zeigte Gaius:

> D 4.3.28 (Gai 4 ed prov)
> *Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. at si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno*

---

[878] Maier (Fn. 849) 81 f. Zu *dolus* vgl. auch Kaser RPR I 628; noch zweifelnd Lenel EP 115; bei *metus* steht dies außer Frage (Lenel, EP 112, Kaser RPR I 627); zur *actio in factum* gegen den Erben beim *interdictum unde vi* vgl. Lenel, EP 466.

[879] D 12.6.14 (Pomp 21 Sab) *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

[880] Ch. Wollschläger, Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft, FS Wieacker (1985) 69.

*damno. cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio.*

Die zeitlich unbeschränkte Erbenhaftung aus *dolus* sieht Gaius als Ausfluß des Bereicherungsverbots: *non debet lucrari ex alieno damno*. Seit Christian Wollschlägers Untersuchung ist an der Klassizität dieser und ähnlicher Aussagen nicht mehr zu zweifeln[881]. Die Haftungserweiterung auf den Erben aus dem Bereicherungsverbot ist somit kein Konstrukt aus byzantinischen Billigkeitsmaximen[882], sondern ein der Klassik vertrauter Grundsatz. Dessen normative Bedeutung setzt Wollschläger allerdings als gering an. Er schwankt zwischen einem eher zögernden *non liquet* und der Vermutung, das Bereicherungsverbot sei „gewiß kein subsumtionsfähiger Rechtssatz, hatte aber doch eine abgeschwächte normative Geltung"[883].

Auf die Übernahme dieses Grundsatzes des *ius naturale* wird in D 9.2.23.8 nicht ausdrücklich hingewiesen. Die Begründung *ex damno locupletior heres factus* gemahnt aber jedenfalls an vergleichbare Texte, in denen der Einfluß des stoischen Bereicherungsverbotes deutlicher artikuliert wird. Inhaltlich spricht daher einiges dafür, daß auch D 9.2.23.8 unter dem Einfluß dieses Gedankens stand.

### 9.4.2.4. Irrtum über die Rechtswidrigkeit und Verschulden

Die intensive Diskussion über die Gewährung deliktischer Ansprüche gegen den bereicherten Erben des Schädigers zeigt, daß in der Spätklassik die Erweiterung der aquilischen Haftung, obwohl sich der in Anspruch Genommene nicht rechtswidrig

---

[881] Wollschläger (Fn. 880) 41 - 88. Der Text wird von Wollschläger nicht behandelt, da er für den Nachweis des stoischen Bereicherungsverbot primär Texte für signifikant hält, in denen die Bereicherung an erster Stelle erwähnt ist (insb. 56 - 60).

D 23.3.6.2 (Pomp 14 Sab) *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum.* hält er eine „unschöne Umkehrung des Gedankens" vor (59).

[882] Zur älteren, die Unklassizität dieses Gedankens betonenden Literatur s. Wollschläger (Fn. 880) 41 f. und auch schon Kaden (Fn. 8) 588 f. A. Simonius, Zur Frage einer einheitlichen „causa condictionis", FS Lewald (1953) 162 f. macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Grundsatz in überlieferter Form nicht anerkannte Rechtsgrundsätze „aus irgendwelchen unbestimmten Billigkeitserwägungen" außer Kraft setzen will, sondern die rechtsethische Fundierung des Bereicherungsrechts konstituiert.

verhalten hatte und ihm daher kein Verschuldensvorwurf gemacht werden konnte, nicht als Verletzung unumstößlicher Prinzipien erscheinen mußte[884]. Die Tendenz, gegebenenfalls der Prüfung des Verschuldens einen geringeren Stellenwert einzuräumen, als dies bei älteren Juristen der Fall war, wird man den Spätklassikern nicht absprechen dürfen[885]. Dies wird auch durch die Entscheidung von D 9.2.23.8 bestätigt. Die Gegenüberstellung von *damnum* und *locupletior factus esse* des Erben als Ausgangspunkte für die Haftung macht den Einfluß des stoischen Bereicherungsverbotes wahrscheinlich. Dieser Aspekt, der den Text Interpolationenjägern suspekt machte, kann heute eher als verstärkendes Echtheitsindiz dienen. Die spätestens ab Sabinus unter Einbeziehung des Bereicherungsverbotes geführte Diskussion um die Erbenhaftung bei Delikten bot Ulpian ein zusätzliches normatives Prinzip als Legitimation zur Schließung einer Rechtslücke.

Daraus folgt allerdings noch nicht, daß auch in D 9.2.30.2 die aquilische Haftung schon in den Bereich der „prätorischen Bereicherungsklagen" gehörte. Bei D 9.2.23.8 bestand ein auf Verschulden (des Erblassers) aufbauender deliktischer Anspruch, dieser wäre aber wegen der passiven Unvererblichkeit der *actio poenalis* nicht auf den Erben übergegangen. Die Inanspruchnahme des Erben wegen eines *lucrum* entsprach der Tendenz zur Stärkung des sachverfolgenden Charakters der aquilischen Haftung[886] und fand darüberhinaus in einem anerkannten Rechtsgrundsatz eine weitere Stütze.

Warum der Geschädigte gerade im Fall, daß „Schädiger" und „schuldlos Bereicherter" ident waren, ohne Schutz bleiben sollte, ist vor diesem Hintergrund

---

[883] Wollschläger (Fn. 880) 69 f. bzw. 87 (dort auch das Zitat).

[884] Vgl. etwa de Francisci (Fn. 850) 71: „ ... si tratta quindi di un principio, che contrasta con un testo classico genuino (sc. Gai 4.112; R.G.) e colla logica giuridica dei classici, e che si accorda invece perfettamente colle teorie dei bisantini ..."

[885] Vgl. auch den von MacCormack (Fn. 672) 42 f. - anhand anderer Stellen (causation) gewonnenen Eindruck, „that the jurists of the later classical period were prepared to grant actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae more readily than jurists of the earlier period" (43). Den Hauptunterschied möchte er darin erkennen, daß die Frühklassiker „allowed the the actio ad exemplum only where an intention to deprive the owner of his property could be presumed", während die Spätklassiker „no longer imposed this restriction" (43).

[886] Vgl. oben in Fn. 842 und 843.

noch schwerer zu verstehen. Daß man Lösungen, die in Drei-Personen-Verhältnissen unstreitig waren, auch für Zwei-Personen-Sätze adaptieren konnte, sagt Ulpian an einer Stelle nahezu apodiktisch: *quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est*[887]. Daß diese Denkweise die Entscheidung von D 9.2.30.2 beeinflußte, läßt sich nur erwägen; beweisbar ist es nicht. Im Unterschied zu den Fällen der „prätorischen Bereicherungsklagen" fehlt in D 9.2.30.2 eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit einem auch als *lucrum* bezeichneten Bereicherungselement, das sonst zur Überbrückung der fehlenden deliktischen Voraussetzung herangezogen wurde. Dieser Aspekt wird nur durch den Gebrauch des Wortes *consumere* signalisiert.

Auf den ersten Blick erscheint es als grundlegend für die Interpretation von D 9.2.30.2, ob man im Sachverhalt dem Verbraucher *culpa* unterstellt und z.B. annimmt, er habe nicht ausreichend geprüft, wessen Wein er trinkt, oder ob man andererseits davon ausgeht, daß es auf *culpa* nicht ankam. Birks ist der Frage dadurch ausgewichen, daß er *alienum* zur unerheblichen „background wrongfulness" reduzierte.

In der juristischen Diskussion galt diesem Problem nur nur geringe Aufmerksamkeit. Die Frage des Irrtums über ein Recht an der Sache wird in den Quellen nicht erörtert. Man findet keine Auseinandersetzung mit einem Fall, daß eine fremde Sache in der Meinung, es handle sich um eine eigene beschädigt oder zerstört wurde, geschweige denn, daß über die subjektive Vorwerfbarkeit eines solchen Irrtums diskutiert würde. Ein Blick auf die allgemeine Rolle des *error facti* im Deliktsrecht hilft bei der Lösung dieses Problems für die *lex Aquilia* nicht weiter.

---

[887] So Ulpian zur Ableitung des Vereinbarungsdarlehens aus dem Anweisungsdarlehen in D 12.1.15 (Ulp 31 ed) *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.*

Der *error facti* schloß zwar die deliktische Haftung aus[888]; allerdings behandeln die Belegstellen dafür immer Vorsatzdelikte[889].

Man ist wieder auf nur mittelbar verwertbare Stellungnahmen angewiesen. Die älteste stammt von Labeo und gilt dem Einfluß des Tatsachenirrtums auf die *actio vi bonorum raptorum* bzw. die aquilische Haftung.

> D 47.8.2.20 (Ulp 56 ed)
> *Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia.*

Ein Steuerpächter hatte ein Tier des Pächters eines *ager vectingalis* in der irrigen Annahme gewaltsam weggeführt, dieser habe gegen den Vertrag verstoßen. Labeo verneinte die *actio vi bonorum raptorum*, weil der vom Edikt geforderte *dolus* fehlte[890]. Der Publikane hatte grundsätzlich ein Pfändungssrecht[891]. Ein dinglich Berechtigter beging mit der Wegnahme keinen Raub[892]; daher exkulpierte der Tatsachenirrtum in dieser Hinsicht.

---

[888] P. Voci, L'errore nel diritto romano (1937) 181 - 184; U. Zilletti, La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano (1961) 193 - 204.

[889] Vgl. zum *furtum* etwa D 47.2.21.3 (Paul [Ulp?] 40 Sab); h.t. 35 (Pomp 19 Sab); h.t. 43.6, 10, 11 (Ulp 41 Sab); h.t. 46.7 (Ulp 42 Sab); h.t. 84(83) pr. (Nerat 1 resp; vgl. auch D 47.19.6 Paul 1 ad Nerat); D 47.8.2.20 (Ulp 46 ed); D 47.9.3.3 (Ulp 46 ed).

[890] Vgl. D 47.8.2 pr. (Ulp 56 ed) *Praetor ait: „si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo*".

[891] Gai 4.28 *Lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent.* Dazu Wagner (Fn. 349) 199 f. und Kaser/Hackl 147.

[892] D 47.8.2.18 (Ulp 56 ed) *Hac actione is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit. si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter multabitur. sed et si quis fugitivum suum, quem bona fide aliquis possidebat, rapuit, aeque hac actione non tenebitur, quia rem suam aufert. quid ergo, si sibi obligatam? debebit teneri.*

Problematischer ist die Stellungnahme zur aquilischen Haftung. Der Textteil ab *sane* gilt der Textkritik als verdächtig, inhaltlich allerdings als dennoch klassisch[893]. Es findet darin sich der „Schulfall der mittelbaren Tötung"[894] wieder, die Tötung durch Verhungernlassen. Als Todesursache qualifiziert der Jurist die Verhinderung des Weidens (*inclusit, ne pascatur*), mithin eine Unterlassung[895]. Daß die Lösung von Labeo stammt, ist deswegen unwahrscheinlich, da er zur *actio in factum* und nicht zur *actio utilis* hätte greifen müssen. Wahrscheinlich stammt die Variante mit dem Tod des Tieres und die *actio utilis* erst von Ulpian[896]. Zum Einfluß eines Tatsachenirrtums auf die aquilische Haftung kann dem Text nichts entnommen werden, weil der Publikane, selbst wenn er zur Pfandnahme berechtigt gewesen wäre, kein Recht zur Vernichtung der gepfändeten Sache gehabt hätte. Er hätte das Tier in jedem Fall füttern oder die Fütterung dulden müssen. Das zeigt ein analoger Fall in D 9.2.29.7, wo Ulpian bei berechtigter und irrtümlicher Pfändung die aquilische Haftung gleichermaßen bejahte[897]. Der Pfandgläubiger hatte nur das Verwertungsrecht, aber kein Recht zur Zerstörung der Sache. Ein etwaiger Irrtum über den Inhalt seiner Befugnis wäre als *error iuris* ohne exkulpierende Wirkung geblieben.

Die Vernichtung einer fremden Sache durch Seewurf unter irrtümlicher Annahme einer rechtfertigenden Notstandssituation erörtert

---

[893] V. Lübtow 148 f.

[894] Nörr (Fn. 301) 7 Fn. 18.

[895] Zur Haftung für Unterlassungen statt aller Winiger (Fn. 680) 78.

[896] Selb (Fn. 672) 738; zustimmend Nörr (Fn. 301) 168 Fn. 32; Winiger (Fn. 680) 168. Für eine *actio utilis* wegen indirekter Verursachung Zimmermann 994.

[897] D 9.2.29.7 (Ulp 18 ed) *Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio.*

D 19.5.14 pr. (Ulp 41 Sab)

*Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.*

Ein bei Seenot erfolgter Seewurf ließ wegen des Notstandes keine Haftung entstehen[898]. Bei *dolus* stand die *actio de dolo* zur Verfügung. Aus Ulpians objektiver Beschreibung des mittleren Falles (*si sine causa id fecisset*), in dem er zugunsten einer *actio in factum* entschied, wird mit Sicherheit nur klar, daß weder eine Notlage noch *dolus* vorlagen. Ob die *actio in factum* voraussetzte, daß objektiv keine Gefahr für das Schiff bestand oder dies auch erkennbar gewesen sein mußte, d.h. der Irrtum verschuldet war, beantwortet der Text nicht[899]. Deutlicher auf ein „objektives Haftungsregime" verweist Paulus' Entscheidung zur abgeirrten Notwehrhandlung.

D 9.2.45.4 (Paul 10 Sab)

*Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.*[900]

---

[898] Zimmermann 1002. Zur Textkritik vgl. Pauw (Fn. 677) 290. Er selbst kritisiert, daß der Schaden eigentlich über den Frachtvertrag hätte abgewickelt werden müssen. Die Phrase *servandarum mercium suarum causa* läßt aber auch an einen Befrachter denken, der fremde Sachen zur Rettung seiner eigenen aufopferte; gegen ihn konnte der Geschädigte nur *ex delicto* vorgehen.

[899] Nörr (Fn. 301) 151 f. schwankt zwischen der Bezeichnung dieser Person als „bloß unberechtigte(r) Vernichter" oder als „weniger 'schuldige(r)' Seewerfer".

[900] S. weiters D 9.2.45.5 (Paul 10 Sab) *Qui idoneum parietem sustulit, damni iniuria domino eius tenetur.*

Im ersten Satz hob Sabinus hervor[901], daß für Notwehrakte nicht zu haften war, obwohl die Schädiger *damni culpam dederint*. Er sah die Schädigung grundsätzlich als schuldhaft an, wohl weil er hier Verschulden i.S. einer die konkrete Schädigung intendierenden Zweckgerichtetheit des Handelns verstand[902]. Ein solches Verschulden spielte jedoch keine Rolle, soweit die Schädigung selbst von der Rechtsordnung zugelassen war. Davon ausgehend löste Paulus den in seiner Anmerkung eingeführten Fall der *aberatio ictus* nicht, wie es aus moderner Sicht naheliegend wäre, danach, ob dem Angegriffenen die *aberatio* subjektiv vorwerfbar war, sondern knüpfte allein an das Fehlen der objektiven Voraussetzung (Notwehrlage gegenüber dem getroffenen Sklaven) an.

Das stellt auch Sandro Schipani fest, verneint jedoch, daß das der generelle Grundsatz war[903]. Diese Skepsis scheint unangemessen. Aus beiden Zeugnissen geht ohne weiteres hervor, daß beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe die Haftung keine Prüfung der individuellen Umstände (subjektive Vorwerfbarkeit) erforderte. Auf *culpa* wurde nicht verzichtet, aber diese wurde wie auch sonst, anhand eines objektiven Maßstabes gemessen[904]. Offenbar war klar, daß einem *bonus pater familias* kein vergleichbarer Fehler unterlaufen wäre. Die Zugrundelegung einer objektiven *culpa* beim Irrtum über rechtfertigende Umstände ersparte nur die Prüfung des subjektiven Verschuldens, schloß aber nicht aus, daß ein aufgrund weiterer Umstände als entschuldbar anzusehender Irrtum haftungsbefreiend wirkte. Die bloße Berufung auf einen Irrtum reichte nicht zur Entschuldigung, sondern es mußten Gründe dargetan – und vom Schädiger wohl auch

---

[901] Zur Palingenesie Astolfi (Fn. 99) 45 mit weiterer Literatur.

[902] Ähnlich Winiger (Fn. 680) 131 „La personne peut à la fois être fautive et innocente ... il (Paulus) reconnaît qu'en cas de légitime défense les conditions de la *culpa* sont remplies, mais ne condamne pas l'auteur." Zu *damnum culpa datum* ebenda 130 - 133.

[903] S. Schipani, Responsabilità „ex lege Aquilia" (1969) 359, 415. Auf 447 spricht er dagegen von der „permanente irrelevanza dell'errore".

[904] Nachweise bei Hausmaninger (Fn. 685) 27 f. und MacCormack (Fn. 795) 220 (Fn. 6 zu 202).

bewiesen – werden, die ein aufgrund der objektiven Umstände in diesem Sinne culpös wirkendes Verhalten entschuldigten[905].

Legt man diese Erwägungen auf D 9.2.30.2 um, so konnte der Verbrauch einer fremden Sache *per se culpa* konstituieren. Die Frage nach dem Verschulden des Konsumenten wäre nicht positiv gestellt worden, ob er fahrlässig gehandelt hatte, sondern negativ, ob er den Vorwurf einer situationsbezogen vorausgesetzen „typisierten *culpa*"[906] widerlegen konnte, die sich allein aus dem unerlaubten Übergriff auf fremdes Eigentum ableitete. Die Verschuldensprüfung reduzierte sich damit auf den die Vermutung aufhebenden Gegenbeweis. Daß ein subjektiv nicht verschuldeter Verbrauch die Haftung in einem solche Fall ausschloß, scheint aus dem Grund unwahrscheinlich, daß mit der eingetretenen Bereicherung ein weiterer, anerkannter Haftungsgrund vorlag. In diesem Sinn wäre D 9.2.30.2 ein Fall insofern (subjektiv) verschuldenunabhängiger, besser vielleicht verschuldensneutraler, Haftung.

## 9.5. Die Haftung des gutgläubigen Erben für den Verbrauch einer *per vindicationem* vermachten Sache

### 9.5.1. Einleitung, Textkritik und Problemstellung von Callistratus D 31.63

Den bisher erörterten Belegen läßt sich ein Text aus Callistrats Kommentar zum *edictum monitorium*[907] an die Seite stellen, der von der romanistischen Literatur in diesem Zusammenhang bislang nicht hinreichend gewürdigt wurde. In ihm ist von einer *actio in factum* bei gutgläubigem *consumere* die Rede.

---

[905] Vgl. zu dieser Seite des *error facti* bei Delikten auch Zilletti (Fn. 888) 193 - 204.

[906] Vgl. MacCormack (Fn. 795) 205.

[907] Nach Meinung von Schulz, Geschichte 238 f. handelte es sich dabei aller Wahrscheinlichkeit nach um einen nachklassisch überarbeiteten Kommentar zum *edictum provinciale*, was insbesondere aus D 31.63 hervorgehe, wo bereits das Edikt *de sumptibus funerum* behandelt werde. H. Krüger, gegen dessen These sich Schulz wendet, schlägt für D 31.63 dieselbe palingenetische Zuordnung vor (H. Krüger, Verweisungsedikte im prätorischen Album, SZ 37, 1916, 308).

D 31.63 (Call 4 ed monit)

*Si heres rem, legatam ignorans, in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.*

Der Erbe hatte eine *per vindicationem*[908] vermachte Sache in Unkenntnis dieses Umstandes auf die Beerdigung des Erblassers verwendet. Callistrat verweigert die *actio ad exhibendum* gegen den gutgläubigen Erben, da dieser die fragliche Sache nunmehr weder besaß, noch ihren Besitz dolos aufgegeben hatte. Der Jurist empfiehlt jedoch, für die Schadloshaltung des Legatars durch eine *actio in factum* zu sorgen.

Der von der *actio in factum* handelnde Schlußsatz stand im Mittelpunkt von Angriffen der Textkritik[909]. In die Gegenrichtung ging v. Lübtow, der den Schlußsatz verteidigte und dafür die *actio ad exhibendum* des ersten Satzes durch eine *condictio* ersetzte[910]. H. Krüger wiederum bezeichnete die *cautio legatorum servandorum causa* als die Lösung des klassischen Rechts[911].

Die Literatur versteht die Fragestellung des Textes als kondiktionenrechtliches Problem, nämlich ob eine *condictio* auch ohne *datio* gewährt werden konnte bzw. ob die Unanwendbarkeit einer *condictio* in diesem Fall die *actio in factum* erklären könnte. *Condictiones*, d.h. sowohl die *condictio indebiti* als auch die *condictio furti*, scheiterten am Fehlen einer *datio* bzw. eines *furtum*. Daher folgert

---

[908] Das ist die überwiegende Ansicht. S. Marrone (Fn. 749) 422; Kaser, RPR I 754 mit Fn. 4; v. Lübtow (Fn. 8) 153 (m.w.N.); zur abweichenden Ansicht Krügers unten in Fn. 911.

[909] Neben dem Index Interpolationum vgl. die Nachweise bei Marrone (Fn. 749) 422 Fn. 413; vor allem M. Wlassak, Vindikation und Vindikationslegat, SZ 31 (1910) 225 (Fn. 1 zu 224) und 244 (Fn. 1 zu 243).

Für die Echtheit votierte nur C. Ferrini, Teoria generale dei legati e dei fedecommessi (1889; Ndr. 1976) 407, der die *actio in factum* als „innovazione della più recente giurisprudenza classica" erkannte, über deren Charakter er aber „nulla di preciso" sagen wollte.

[910] V. Lübtow (Fn. 8) 153; dagegen Marrone (Fn. 749) 422 Fn. 413 mit dem schlagenden Einwand, daß die Interpolation einer unanwendbaren Klage wenig Sinn ergäbe.

[911] Krüger (Fn. 907) 308 Fn. 1. Diese würde aber ein Damnationslegat voraussetzen (Kaser, RPR I, 743 f.)

v. Lübtow, daß die *actio in factum* „eine prätorische 'condictio' auf Herausgabe des Wertes der Sache" war[912].

Unter den neueren Autoren, die diesen Text erwähnen, überlegt, so weit ersichtlich, nur Kaser eine Verbindung der *actio in factum* mit der *lex Aquilia*[913]. Er begründet dies allerdings nicht, sondern verweist nur auf D 4.3.7.5 und D 9.2.15 pr.[914]. Diese Stellen zeigen, daß dem Legatar die *actio legis Aquiliae* zustand, wenn die vermachte Sache beschädigt oder zerstört worden war, bevor der Legatar mit dem Erbschaftsantritt des Erben Eigentum an der *res per vindicationem legata* erworben hatte.

Wenn man Kasers Beispiel folgend den Text in einen aquilischen Kontext stellt, wäre die von Callistrat befürwortete Klage als *actio in factum* mangels *corrumpere* wie in D 19.5.14.3 zu interpretieren[915]. Zugunsten der „schadenersatzrechtlichen" Deutung ließe sich vor allem die Begründung *ut indemnitas ei ab herede praestetur* ins Treffen führen. Um eine tragfähige Argumentation an sie anzuknüpfen, ist zuerst ihre Klassizität zu untersuchen. Rotondis[916] Angriff auf die Stelle galt gerade dieser Begründung, da er „la generale *a. in factum* εἰς τὸ ἀζήμιον" als sicheres Signal der Zugehörigkeit zur „produzione giuridica bizantina" werten wollte[917]. Zweifelhaft wird die These Rotondis allerdings allein

---

[912] V. Lübtow (Fn. 8) 153 im Anschluß an Pflüger, Ciceros Rede (Fn. 14) 49 f.; dagegen Kaden (Fn. 8) 573 (m.w.N.).

[913] Kaser, RPR I 754 Fn. 4.

[914] D. 4.3.7.5 (Ulp 11 ad ed) *Item si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam priusquam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio: de dolo autem actio, quocumque tempore eum occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit.* Der von Kaser offenbar geteilte Interpolationsverdacht Wlassaks (Fn. 909) 226 f. trifft nur die *actio doli.*

D 9.2.15 (Ulp 18 ed) *Huic scripturae consequens est dicere, ut, si ante aditam hereditatem occidatur legatus servus, apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem adquisita. quod si vulneratus sit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remansit, sed cedere ea legatario heredem oportet.* Dazu Valditara (Fn. 729) 405.

[915] Auf die Vergleichbarkeit dieses Textes im Hinblick auf die Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum* weisen Marrone (Fn. 749) 443 Fn. 461 und Burillo (Fn. 749) 274 f. hin.

[916] Rotondi (Fn. 687) 462 mit Fn. 2.

[917] P. Collinet, La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oevre de Justinien (1947) 363 f. sieht in der Klage eine byzantinische „action quasi-contractuelle".

schon durch den Befund, daß ausgerechnet von diesem angeblichen „Leitfossil des Byzantinismus“ in den Basiliken selbst keine Spur zufinden ist[918].

Solchen in der Blütezeit der Interpolationenjagd geäußerten Ansichten billigt man heute *per se* kein Gewicht mehr zu. Im Kern gehen alle Angriffe gegen D 31.63 auf die stilistischen Einwänden Beselers[919] gegen die Worte *consulere* und *indemnitas* zurück. Diese Ausgangsbasis ist methodisch umso fragwürdiger, als damit die stilistische Meßlatte an einen griechischsprechenden Provinzialjuristen angelegt wird, dem man seit Theodor Mommsen entweder vorhält, daß er „das Lateinische nur stammelt“[920], oder in etwas freundlicherer Weise attestiert, „daß er die lateinische Sprache (zwar benützte), aber griechisch dachte“[921]. „Schwacher“ Stil oder „ausgefallene“ Vokabel können vor diesem Hintergrund nichts beweisen.

Man darf sich also beruhigt der der Substanz des Textes zuwenden. D 31.63 wie H. H. Pflüger oder v. Lübtow im Hinblick auf die Bereicherungs-*condictio* zu sehen, liegt nahe, da es sich um den nach herrschender Lehre problematischen Fall handelt, daß eine Sache ohne *datio* an den Bereicherten gelangte. Das nehmen die genannten Autoren zugleich als Grund, um die Kondiktion *ab initio* auszuschließen und deswegen das Bedürfnis nach einer „prätorischen“ *condictio* zu postulieren. Sie anerkennen, daß ein bereicherungsrechtliches Problem vorliegt, fraglich ist für sie nur, durch welche Klage der Jurist dem Entreicherten zu Hilfe kommen wollte.

Der Erbe hatte die Sache nicht aufgrund einer Leistung des Legatars erhalten, sondern sie im Nachlaß vorgefunden und gutgläubig verwendet. Im Hin-

---

[918] In Bas. 44.2.61 (Heimb. 4, 361) ist weder von einer *actio in factum* die Rede, noch enthält der Text eine Begründung.

[919] G. v. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen 2 (1911) 77, 114; P. De Francisci, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ II (1916) 142 f.

[920] Th. Mommsen, Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen, in: Gesammelte Schriften 2/2 (1905) 161; s. auch Kunkel 235.

[921] Seidl (Fn. 279) 252 Fn. 56. Seidl möchte sogar den Titel *ad edictum monitorium* als sprachliche Ungeschicklichkeit des Juristen, die „pleonastische Rückübersetzung von κεκελευσμένον = *edictum*“ entlarven; andere Erklärungen diskutiert Schulz, Geschichte 239. Für D. Liebs, Römische Provinzial-

blick auf das Fehlen eines als *datio* interpretierbaren Aktes gleicht der Fall D 9.2.30.2 und dem *glans caduca*-Fall D 19.5.14.3. Das ließe den Schluß zu, daß die *actio in factum* in Zusammenhang mit der *lex Aquilia* stehen könnte. Zuvor ist aber noch zu prüfen, welche anderen schuldrechtlichen Rechtsbehelfe in Frage gekommen wären, wenn eine Sache ohne Rechtsgrund und *datio*, ohne Verwirklichung eines *furtum* oder durch ein zufälliges Ereignis an jemanden gelangte, der aus ihr einen Vorteil zog, und die *rei vindicatio* unmöglich wurde.

### 9.5.2 *Condictio* außerhalb einer Kondiktionslage?

Die in der modernen Romanistik behauptete rigorose Ablehnung einer *condictio* ohne Leistung durch die römischen Juristen wird von den Quellen allerdings nicht bestätigt. In einem in den Darstellungen des römischen Kondiktionsrechts nicht immer berücksichtigten Text[922] läßt Sabinus eine *condictio* (*sine causa*) ungeachtet des Fehlens einer *datio* zu, wenn jemand seine Sachen bei einem Hochwasser an einen anderen verloren hatte.

> D 12.1.4.2 (Ulp 34 Sab)
> *Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt.*

Der lapidare Text zeigt nur das Grundgerüst eines Sachverhaltes: Es wurden fremde Sachen auf ein Grundstück angeschwemmt. Was dann geschah und welchem Ziel die von Sabinus dem Eigentümern zugestandene *condictio* galt, ist nicht erkennbar. Zwei Fälle wären denkbar: Es könnte sein, daß die Sachen noch selbständig bestanden. Dann wäre die *condictio* in Konkurrenz zur *rei vindicatio* gestanden und als *condictio possessionis* aufzufassen. Die angeschwemmten Sachen könnten aber auch eine untrennbare Verbindung mit dem Grundstück eingegangen sein. Es läge also ein Eigentumserwerb des Grundstückseigentümers *sine datione* und damit ein besonderer Fall einer Bereicherungskondiktion (Eingriffskondiktion) vor.

---

jurisprudenz, ANRW II/15 (1976) 338 war es eine Latinisierung von ὑπόμνημα (Kommentar) und der Titel bedeutete damit nichts anderes als Ediktskommentar.

[922] Er fehlt etwa in den Monographien v. Lübtows (Fn. 8) und Schwarz' (Fn. 8).

Savigny konnte diese Klage noch ohne Bedenken als *condictio sine causa* anerkennen, als Erweiterung des sonst an einer Leistung ansetzenden Kondiktionsanspruchs „auch auf die grundlose zufällige Bereicherung des Einen aus dem Eigenthum des anderen“[923]. Mit der Betonung des Leistungselements als Grundvoraussetzung der *condictio* fiel es der modernen Romanistik vorübergehend schwer, diese Interpretation zu teilen. Man wollte den Text streichen[924], auf die *condictio furtiva* beziehen[925] oder als nur *condictio possessionis* gelten lassen[926]. In der neuesten Forschung zeichnet sich dagegen eine Tendenz ab, die Leistungskondiktion nicht mehr zur einzig denkbaren Form der römischen *condictio* zu verabsolutieren: Detlef Liebs versteht D 12.1.4.2 als authentisches Beispiel einer von Ulpian gewährten *condictio ex iniusta causa* und resümiert weiter: „ ... the Romans thus recognized to a remarkable extent those claims based on encroachment by the defendant (*Eingriffskondiktionen*) including even cases of innocent encroachment“[927]. In dieselbe Richtung gehen die Ansichten von Zimmermann[928] und Santoro, welcher die Entscheidung allerdings auf eine Sondermeinung des Sabinus mit dem Kondiktionsgrund „*esse apud aliquem ex iniusta causa*“[929]

---

[923] F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts 5 (1841) 524 f. (Zitat 525).

[924] Vgl. im Index Interpolationum; später noch G. Donatuti, Le *cause* delle *condictiones*, in: Studi di diritto romano II (1976) 809.

[925] Pflüger, Ciceros Rede (Fn. 14) 55; Donatuti (Fn. 924) 808; auf die genetische Verbindung zur *condictio furtiva* verweisen auch Kaser, RPR I 595; Liebs (Fn. 33) 170 f. und Zimmermann 841

[926] Kaser, RPR I 594 f.; A. Bürge, Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht (1979) 83. Ältere Lehrmeinungen dieses Inhalts bei J. v. Koschembahr-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht 2 (1906) 191 Fn. 1. Kritisch zu Kasers Interpretation des Sachverhaltes als *alluvio* Liebs (Fn. 33) 171 Fn. 60 unter Verweis auf D 39.2.9.1.

[927] Liebs (Fn. 33) 171. Einen Eigentumserwerb setzt er nicht voraus; s. a.a.O. mit Fn. 60.

[928] Zimmermann 841.

[929] D 12.5.6 (Ulp 18 Sab) *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* Van Oven (Fn. 33) 300 f. nimmt das als wesentlichen Beleg dafür, daß der Kondiktionsbegriff der Klassiker von der *datio* absah. Zur Interpretation des Textes in der jüngeren Lehre s. Harke (Fn. 267) 140 - 143.

einschränkt[930]. Als Argument gegen die Echtheit der *condictio* von D 12.1.4.2 galt bisher der angenommene Widerspruch zu[931]

> D 39.2.9.1 (Ulp 53 ed)
> *De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.*

Diesen Widerspruch sieht man darin, daß Ulpian für denselben Fall[932] ein Mal eine *condictio* (D 12.1.4.2), das andere Mal unter Berufung auf Trebatius ein Interdikt gegeben hätte (D 39.2.9.1). Nun wird man freilich den von Trebatius berichteten Fall auf ein außergewöhnliches Ereignis beziehen dürfen, vielleicht mit Bürge auf die bei Cass.Dio 39.61.1 belegte Tiberflut des Jahres 54 v.Chr.[933]. Wenn der Prätor nach der Naturkatastrophe *ad hoc* ein Interdikt geschaffen hatte, dann vor allem mit Blick auf die aktuelle Problemlage. Es ging darum, die voraussehbare Unzahl von Vindikationen (*res multas multorum*!) abzuwenden und den Eigentümern die raschere Selbsthilfe, ja sogar die Rückholung ihrer Sachen aus fremden Häusern (*in aliena aedificia detulisset*) zu sichern, während die davon betroffenen Grundstückseigentümer durch eine Sicherheitsleistung geschützt wurden[934]. Daß aufgrund dieses Interdikts andere Rechtsbehelfe ausgeschlossen waren, beweist der Text hingegen nicht[935]. In weiteren Entscheidungen Ulpians zu diesem Sachverhalt findet man weitere „Widersprüche" zur *condictio* von D 12.1.4.2. Einschlägig ist die die

---

[930] Santoro (Fn. 8) 375 f. So zuvor bereits A. Pernice, Labeo I (1873) 313 Fn. 10; Pflüger, Ciceros Rede (Fn. 14) 56.

[931] Pflüger, Ciceros Rede (Fn. 14) 55.

[932] Zur Mehrfachüberlieferung dieses Falles R. Greiner, Opera Neratii (1973) 150 - 155 mit Lit.

[933] Greiner (Fn. 932) 154 f.; Bürge (Fn. 926) 82.

[934] Dazu Bürge (Fn. 926) 83 f.

[935] Vgl. auch Bürge (Fn. 926) 83.

Triplette aus den Texten D 47.9.8/D 39.2.9.3/D 10.4.5.4, welche eine Entscheidung des Neraz zum Inhalt haben[936].

> D 47.9.8 (Ner 2 resp)
> *Ratis vi fluminis in agrum meum delatae non aliter potestatem tibi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.*
>
> D 39.2.9.3 (Ulp 53 ed)
> *Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.*
>
> D 10.4.5.4 (Ulp 24 ed)
> *Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit. unde quaerit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno an et de praeterito domino agri cavendum sit, et ait etiam de praeterito caveri oportere.*

Der Ausgangsfall ist, daß ein Floß bei Hochwasser auf ein fremdes Grundstück (D 47.9.8 *vi fluminis in agrum*) abgetragen wurde. D 39.2.9.3 behandelt den Abtransport des Floßes und die dem Grundstückseigentümer zu leistende *cautio*[937], damit dessen Ansprüche gegen den Eigentümer des Floßes, welche durch ein Retentionsrecht geschützt waren. D 10.4.5.4 hingegen beschäftigt sich mit der Klagsmöglichkeit des Eigentümers des Floßes. In der Fassung, die unter dem Namen des Neraz auf uns gekommen ist, gleicht die Situation D 39.2.9.3.

---

[936] Greiner (Fn. 932) 155 - 165 folgert aus der Mehrfachüberlieferung, daß D 47.9.8 nicht den originalen Neraz-Text bietet, sondern daß den Kompilatoren ein Werk vorlag, in dem Neraz-Zitate aus den Werken anderer Juristen zusammengestellt worden waren. Ablehnend R. Knütel, Rez. Greiner, IVRA 25 (1974) 159 f.

[937] Dazu Bürge (Fn. 926) 84 f.

Interessant zu wissen wäre, ob auch das D 10.4.5.4 nachfolgende Fragment dem Neraz zuzuweisen ist. Ulpian bezieht sich darin zwar nicht auf Neraz, aufgrund der Nennung im vorangehenden Fragment ist das eine durchaus zu erwägende Möglichkeit[938].

> D 10.4.5.5 (Ulp 24 ed)
> *Sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, licet non possideas.*

Wäre das der Fall, könnte man darin den bereits etablierten, älteren Fall sehen, an den Pomponius seine Meinung über die Anwendbarkeit der *actio ad exhibendum* bezüglich noch vorhandener *glandes* in D 10.4.9.1 anknüpft (... *quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur*). Auch wenn man deswegen allein Neraz nicht mit Sicherheit als Gewährsmann des Pomponius ansprechen darf, so bestand zwischen den „*ratis delata*" und „*glans caduca*"-Fällen für Ulpian doch eine Verbindung, wie die gemeinsame Behandlung im 24. Buch *ad edictum* verdeutlicht[939].

Ulpians Eingangsfrage in D 39.2.9.1 *an interdictum dari possit* weist darauf hin, daß zu seiner Zeit die Möglichkeit eines Interdikts in diesem Fall zumindest diskutiert wurde. Als allein rechthistorische Reminiszenz an eine einmalige Situation, als die Greiner das Trebatius-Zitat durch Ulpian deutet[940], darf man den Text trotz Fehlens dieses Interdikts im Edikt[941] daher nicht verstehen. Somit wäre es vielleicht möglich gewesen, auch das verlorengegangene Floß durch per Interdikt

---

[938] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 720. Der gesamte unter dieser Nummer zusammengefaßte Abschnitt trägt starke Züge einer reinen Blütenlese aus fremden Werken.

[939] Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 720 (D 10.4.5.4 f.) und 721 (D 10.4.9.1).

[940] Greiner (Fn. 932) 154 f.; Bürge (Fn. 926) 84 sprich unscharf „von allgemeine(r) Geltung nur für die Ausnahmesituation einer bestimmten Katastrophenlage". Selbst dann aber war dieses *interdictum* als *exemplum* später heranziehbar. Die Diskussion um die Sicherheitsleistung bei Neraz (D 47.9.8; D 39.2.9.3) vor Einräumung einer *potestas tollendi* könnte auch mit der Möglichkeit des Interdikts in Verbindung stehen.

[941] Greiner (Fn. 932) 154 f.; Bürge (Fn. 926) 82.

legitimierte Selbsthilfe wiederzuerlangen[942]. Der Ausgangsfall wäre also der Situation in D 10.9.4.1 ähnlich gewesen, wo Pomponius die *actio ad exhibendum* gab, um bei Mißachtung des *interdictum de glande legenda* die Rechtsverfolgung zu vereinfachen[943]. D 39.2.9.1 darf man somit nicht gegen die Texte ausspielen, die in diesem Fall eine *actio ad exhibendum* vorsehen, da keiner der jeweiligen Texte, wie die Palingenesie[944] und die Fragestellung beweisen (D 39.2.9.1 *an interdictum dari possit;* D 10.4.5.4 *posse eum conveniri ad exhibendum*), den Fall umfassend behandeln will, sondern jeweils ein bestimmter Aspekt herausgegriffen wird, sodaß *e contrario* Schlüsse auf nicht erwähnte Klagen unangebracht sind. Das Verhältnis zwischen den Texten ähnelt vielmehr dem oben erörterten zwischen D 10.4.9.1 und D 19.5.14.3 (oben S. 261): Die Gleichheit beschränkt sich auf die Grundsachverhalte. Die Texte divergieren dagegen in den juristischen Fragestellungen und daher auch in den Antworten.

Je nach Situation und Bedürfnis des Klägers bzw. Beklagten erörtert Ulpian die rasche Gewährung des Interdikts bzw. der *actio ad exhibendum,* wenn der Grundstückseigentümer zum *tolli pati* bereit war, sowie die diesem zu leistenden Sicherheiten. Neben diesen Rechtsbehelfen wären auch andere, die nicht erörtert wurden, in Frage gekommen, wie z.B. die *rei vindicatio* und, da das Floß auch zu den Sachen gehörte *quae vi fluminis importata sunt*, auch die von Sabinus erwogene *condictio*.

Für die Entscheidung im Einzelfall kam es wohl darauf an, welche Interessen der Kläger verfolgte: Sobald die *res, quae vi fluminis importatae sunt* nicht mehr vindizierbar waren, weil eine feste Verbindung mit dem Grundstück

---

[942] Auf einen anderen Hochwasser-Sachverhalt, in dem Trebatius die *necessitas* zum Anlaß nimmt, einen Grundstückseigentümer zur Duldung sonst untersagbarer Eingriffe zu verpflichten, verweist dazu M. d'Orta, La giurisprudenza tra Repubblica e Principato (1990) 237. D 39.3.11.6 (Paul 49 ad ed) *Trebatius existimat, si de eo opere agatur, quod manu factum sit, omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur: si vero vi fluminis agger deletus sit aut glarea iniecta aut fossa limo repleta, tunc patientiam dumtaxat praestandam.*

[943] Oben S. 262; eine *cautio* wird auch in D 10.4.9.4 verlangt.

[944] D 10.4.5.4 (Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 720; Rubrik *ad exhibendum*); D 39.2.9.1 (Lenel, Pal. II, Ulpian Nr. 1772; Rubrik *de damno infecto*).

vorlag oder ein gutgläubiger Verbrauch stattgefunden hatte[945], mußte ein Ersatz für die *rei vindicatio* gefunden werden. Abhängig sind die Entscheidungen für die jeweiligen Rechtsbehelfe nicht nur von dogmatischen Fragen, sondern auch von den situationsabhängigen Bedürfnissen und Möglichkeiten des Klägers, ob er nämlich die Sache *in natura* zurückerlangen wollte (Interdikt, *actio ad exhibendum, rei vindicatio*) oder, wenn das nach Lage des Falles unmöglich geworden war, weil z.B. zwischen dem weggeschwemmten Baum und dem fremden Grundstück nunmehr eine feste Verbindung bestand, eine andere Klage begehrte, um seinen Verlust wettzumachen.

Das Bild möglicher Ansprüche wird noch bunter, wenn man nicht nur die Texte zu den Floß-Fällen neben D 10.4.5.4 stellt, sondern aufgrund der ähnlichen Problemlage auch die beiden „*glans caduca*"-Entscheidungen von D 10.4.9.1 und D 19.5.14.3 heranzieht. Für Fälle einer Bereicherung außerhalb einer Leistungskondiktionslage standen danach folgende Behelfe zur Verfügung: Interdikte, die *actio ad exhibendum* und die *rei vindicatio;* wenn der Kläger *dolos* die Herausgabe vereitelte (z.B. Einpflanzen des Baumes), die *actio ad exhibendum* und die Klagen aus *furtum*; weiters die *condictio* des Sabinus und die *actio in factum* aus D 19.5.13.4.

Um zu erkennen, nach welchen Kriterien die Juristen für die eine oder andere Klage entschieden, insbesondere welche dogmatischen Überlegungen für eine *condictio* oder *actio in factum* ausschlaggebend waren, würde ein genaueres Wissen von den jeweiligen Sachverhalten voraussetzen. Bei D 12.1.4.2 besteht das Problem darin, daß nicht klar wird ist, ob Sabinus auf einem Eigentumserwerb des Grundstückseigentümers oder auf das bloße Vorhandensein der Sachen auf seinem Grundstück abstellte. In der zweiten Variante würde aus der Gewährung einer *condictio* folgen, daß man in ihr eine Fortbildung der *condictio furtiva*, die auch auf die eigene Sache möglich war, oder eine *condictio possessionis* sehen könnte oder aber, daß Sabinus den Fall vor Augen hatte, daß der Geschädigte keine *rei vindicatio* hatte, weil er nur

---

[945] An die Möglichkeit von *consumptio* ohne Kondiktionslage verweist auch Santoro (Fn. 8) 375.

Detentor der Sache war, und der Jurist ihm den Umweg über vom Eigentümer abgetretene Klagen ersparen wollte.

Nimmt man an, daß die *condictio* auch für Sabinus einen Eigentumserwerb des Kondiktionsschuldners voraussetzte, womit die Übereinstimmung zu den nicht-deliktischen *condictiones* aus ungerechtfertigter Vorenthaltung gewahrt wäre und an die bei D 12.1.4.2 (*vi fluminis*) eher zu denken ist als an eine der *condictio furtiva* nachempfundene, würde sie zur Entschädigung für einen Eigentumsverlust durch den originären Eigentumserwerb des Grundstückseigentümers gedient haben.

Eine *actio in factum* in Anlehnung an das 3. Kapitel der *lex Aquilia* kam in diesem Fall, läßt man einmal die Frage des Verschuldens beiseite, schon deswegen nicht in Betracht, weil die Verbindung zwar den Eigentumsverlust bewirkte, nicht aber die tatsächliche Zerstörung der Sache i.e.S., wie der Verbrauch in D 9.2.30.2 oder das Abweiden in D 19.5.14.3. Es wurde gezeigt, daß Paulus' *actio utilis* wegen des Konsums fremder Nahrungsmittel an der Zerstörung anknüpfte, die wegen der besonderen Form (ordentlicher Gebrauch) nicht als (*cor)rumpere* galt. Soweit es in den Verbindungsfällen zum Eigentumsverlust kam, wurde dieser jedoch nicht mit einer Zerstörung der Nebensache begründet und konnte diesem deshalb wohl auch nicht in schadenersatzrechtlicher Hinsicht gleichgehalten werden[946]. Dies leuchtet schon deswegen ein, weil das Problem dieser sachenrechtlichen Fälle die dingliche Zuordnung der Nebensache ist. Diese wird grundsätzlich als weiterbestehend angesehen. Daher verbieten logische Gründe, die Neuzuordnung des Eigentums zugleich als Sachuntergang zu sehen, der eine aquilischen Haftung i.w.S. auslösen könnte. Paulus' Begründung in D 41.1.26.1 (oben S. 186) *nam credibile est alio terrae alimento aliam factam* spricht dazu eine deutliche Sprache: Der Baum war durch die Einwirkung des Grundeigentümers beim Einsetzen nicht i.S. von (*cor)rumpere* zerstört worden, sondern in der Folge durch natürliche Vorgänge (*coaluerit* + *terrae alimentum*) zu einem anderen, sachenrechtlich gesehen zu einem fremden geworden. Wo in den Fällen des natürlichen Eigentumserwerbes daher von

*actiones in factum* oder *actiones utiles* gesprochen wird, kommt als Vorbild nicht die *actio legis Aquiliae* in Frage[947]. Wenn die *ferruminatio*-Lehre des Cassius in D 6.1.23.5 (oben S. 182) dennoch mit dem Sachuntergang argumentiert[948], dann kann dies nicht als Erklärung für die Wirkungen der *accessio* angesehen werden, sondern als konstruktives Hilfsmittel, um eine unumkehrbare *accessio* zu erreichen, obwohl die natürlichen Voraussetzungen, auf denen die Regelung der *implantatio* beruhte, im konkreten Fall nicht zutrafen.

Nimmt man deswegen als wahrscheinlichen Sachverhalt bei Sabinus einen Fall des natürlichen Eigentumserwerbes an, entfällt die Möglichkeit zur Rückstellung und damit die Gewährung von Interdikten und der *rei vindicatio*. Mangels aktiven Zutuns des Bereicherten und mangels *corrumpere* schied auch eine an die *actio legis Aquiliae* angelehnte Klage aus. Sabinus' *condictio* blieb daher der einzige unter den in diesen Fällen erörterten Rechtsbehelfen, der dem Eigentümer Ersatz für den Verlust seiner Sache verschaffen konnte.

### 9.5.3. Die *actio in factum* von D 31.63

Der Blick auf die kondiktionsrechtliche Behandlung von Bereicherungsproblemen außerhalb einer Lage, die eine Leistungskondiktion zuließ, hat gezeigt, daß die

---

[946] Cassius etwa fingiert, daß die Sache verbraucht wurde (*consumere*), nicht daß sie zerstört wurde (*corrumpere*).

[947] Für eine *actio in rem utilis* entscheiden Varus und Nerva D 6.1.5.3 (Ulp 16 ed) *De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, m*ea esse non desinet. Ebenso wohl auch Gaius D 41.1.9.2 (Gai 2 rer cott) *Sed non uti litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit. adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.* S. auch Gai 2.78; IJ 2.1.34.

D 24.1.29.1 (Pomp 14 ad Sab) *Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait*: D 24.1.30 (Gai 11 ed prov) *Utilem tamen viro competere.* Vgl. Kaser, RPR 1, 431.

[948] Von Zerstörung der Sache ist bei einem „umgekehrten" Verabeitungsproblem, ein Becher wird zu einem Metallklumpen umgewandelt, die Rede: D 10.4.9.3 (Ulp 24 ed) *Sed si quis in rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.* Nach Schermaier (Fn. 43) 144 f. bedeutet *substantia*

*condictio* gelegentlich nicht der einzige in Frage kommende Rechtsbehelf war. Man wird also auch die Texteingriffe v. Lübtows als vorschnell zurückweisen und den Text in seiner überlieferten Gestalt analysieren müssen.

Der Ausschluß der *actio ad exhibendum* bei gutgläubigem Verbrauch der vermachten Sache ist nicht schwer zu erklären. Da der Erbe, wenn er nicht wußte, daß die Sache vermacht war, als gutgläubig anzusehen war[949], konnte er auch nicht als jemand der *dolo malo fecit quo minus possideret* verurteilt werden[950].

Hinsichtlich des Verbrauches der vermachten Sache ist in erster Linie zu klären, worum es sich dabei gehandelt haben könnte. *Res* könnte so allgemein gemeint sein, daß auch Geld darunter fallen würde. Jedoch läßt sich beobachten, daß im Zusammenhang mit Begräbnissen, wenn ein Aufwand in Geld zu tätigen[951] bzw. Geld für das Begräbnis oder das Grabmal[952] zu verwenden (*consumere*) war, dieses meist ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wird (*pecunia*, *aurei* ...)[953]. Bei dem insofern unscharfen *rem in funus consumere* wird man daher eher an die Verwendung einer anderen Sache denken dürfen. In Frage kämen nach dem Zeugnis anderer Stellen in erster Linie Salben zur Einbalsamierung[954] oder das Totenkleid[955],

---

*rei* „Wesen der Sache", der (a.a.O. 226) auch auf die Abweichung dieser Ansicht des Sabinus von anderen sabinianischen Texten hinweist.

[949] Marrone (Fn. 749) 391; Burillo (Fn. 749) 275.

[950] Grundsätzlich hatte er die Pflicht für die Beerdigung zu sorgen und deren Kosten aus dem im Nachlaß vorhandenen Geld, ja sogar zum Nachteil von Vindikationslegataren zu bestreiten. S. D 11.7.12.4, 6 und h.t. 14.1 (Ulp 25 ed).

[951] Vgl. D 11.7.14.2 (Ulp 25 ed); D 50.16.202 (Alf 2 dig); D 35.1.40.5 (Iav 2 ex post Lab).

[952] Zur Unterscheidung s. Marcell in D 35.2.1.19 (Paul ls ad l Falcid).

[953] Von *impensae* oder *sumptus* im Zusammenhang mit *consumere* und einem Begräbnis sprechen D 11.7.14.6 (Ulp 25 ed); D 11.7.37 (Macer 1 ad l vices hered); D 35.2.1.19 (Paul ls ad l Falcid).

[954] D 11.7.37 (Macer 1 ad l vices hered) *Funeris sumptus accipitur, quidquid corporis causa veluti unguentorum erogatum est, et pretium loci in quo defunctus humatus est, et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi et vectura: et quidquid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est, funeris impensam esse existimo.*

[955] D 11.7.14.3 (Ulp 25 ed) *Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit, ut puta si quid impensum est in elationem mortui: sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum Labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur.*

also Sachen, die auch oft per Legat zugewendet wurden[956]. Emilio Valiño hält es für sicher, daß hier an die letztgenannte Möglichkeit gedacht war und die *actio in factum* in Anlehnung an die *actio funeraria* gegeben wurde[957]. Das entnimmt er dem Sachverhalt von

> D 11.7.46.2 (Scaev 2 quaest)
> *Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit et privilegium funerarium.*

Valiño sieht aber nur die Sachverhalte von D 11.7.46.2 und D 31.63 als weitgehend ident an (caso análogo de consumción de vestidos legados)[958] nicht aber die Klagen. Die Klage des Vindikationslegatar gegen den Erben in D 11.7.46.2 versteht er als *rei vindicatio utilis,* die in D 31.63 dagegen als an die *actio funeraria* angelehnte *actio in factum.* Die *actio funeraria* war eine Geschäftsführungsklage dessen, der etwas für eine fremde Beerdigung aufgewendet hatte, und richtete sich grundsätzlich gegen den Erben[959]. Wenn man dem Eigentümer der Sache, die verwendet wurde, eine Klage in Analogie zu dieser zubilligte, weil nicht von ihm, aber doch auf seine Kosten das Begräbnis bestritten wurde, ist die Differenzierung Valiños zwischen D 11.7.46.2 und D 31.63 nicht zu erklären. Dieser Tatbestand lag in beiden Fällen vor. Will man den Ersatzanspruch in D 31.63 auf einen Geschäftsführungsgedanken aufbauen, wäre nicht zu erklären, warum Callistrat die Gutgläubigkeit des Erben hervorhebt und vor allem auch als erstes die *actio ad*

---

[956] S. nur den Titel D 34.2 *De auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis.*

[957] Valiño(Fn. 579) 231 - 233. Zur *actio funeraria* vgl. J. Paricio, Estudios sobre las „actiones in aequum conceptae" (1986).

Palingenetisch enthält das Argument zudem einen Zirkelschluß. Die palingenetische Zuordnung von D 31.63 zur *actio funeraria* setzt voraus, daß sich das *edictum monitorum* am Provinzialedikt orientierte, wofür D 31.63 zugleich das einzige Indiz bildet (oben Fn. 907). Die Zuordnung von Lenel, Pal. II Sp. 96 mit Fn. 4 ist selbst nur eine Verlegenheitslösung und nach Ansicht von Liebs (Fn. 921) 311 Fn. 159 nicht mit Sicherheit zu bestätigen.

[958] Valiño(Fn. 579) 232.

[959] Lenel, EP 231 - 233.

*exhibendum* zur Diskussion stellte, die grundsätzlich zur Vorbereitung der Geltendmachung eines dinglichen Anspruches diente.

Aus diesen Gründen scheint es eher angebracht, unter der *res consumata* von D 31.63 eine Sache zu verstehen, die beim Begräbnis physisch verbraucht worden war, wie z.B. Salben o.ä. Kleider würden bei der Leichenverbrennung zwar zerstört, *in funus consumere* scheint aber eher einen bei der Beerdigung nutzbringenden Verbrauch zu meinen als die Zerstörung der Sache bei der Verbrennung[960]. Die terminologischen Unterschiede zwischen den fraglichen Texten sind zwar gering, die Wortwahl der Juristen dürfte dennoch mit Bedacht getroffen worden sein[961].

Wenn man sich aus diesen Gründen entschließt, die *actio in factum* in D 31.63 als Ergänzungsklage zur *actio legis Aquiliae* zu interpretieren, findet man auch das vorhin als tragenden Grundsatz in den Fällen verschuldensneutraler Haftung hervorgehobene Prinzip des Bereicherungsausgleiches wieder[962]. Der Erbe hatte sich durch das *consumere* der *res legata* einen Aufwand erspart, für den er den Legatar zu entschädigen hatte.

### 9.6. Ergebnisse

Die Analyse von D 9.2.30.2 hat gezeigt, daß Birks' Interpretation der Stelle als Anwendungsfall einer „proper user" Doktrin unhaltbar ist, nach der es für den Ausschluß der aquilischen Haftung i.w.S. schon reichte, wenn der Schädiger mit der Sache bestimmungsgemäß verfahren war. Dasselbe gilt bei den zusätzlich von Birks dafür herangezogenen Belegen. Die beste Erklärung der Unzuständigkeit der *actio legis Aquiliae* beim Verbrauch, obwohl eine Sache dabei u.U. *corpore corpori*

---

[960] Das spricht m.E. auch gegen das von Marrone (Fn. 749) 443 Fn. 461 vorgeschlagene Verständnis als Verkauf der betreffenden Sachen.

[961] Vgl. auch die andere Ausdrucksweise in D 15.3.19 (Paul 4 quaest) *Filius familias togam emit: mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse dedicavit eam in funus eius. ...*

[962] Seidl (Fn. 279) 232 - 242, 252 hebt hervor, daß bei den etwa zeitgleich wirkenden Provinzialjuristen Callistrat und Tryphonin, die Idee der Vorteilsausgleichung in zahlreichen Entscheidungen Tryphonins, bei Callistrat dagegen nicht zu finden sei. Nach der hier vorgeschlagenen Deutung von D 31.62 war diese Idee Callistrat ebenso vertraut.

zerstört wurde, bleibt der Ansatz, daß *consumere* nicht unter *(cor)rumpere* subsumierbar war, weil beim Verbrauch die Sache zwar aufgezehrt wurde, dies allerdings aufgrund der bestimmungsgemäßen Nutzung keine Zerstörung i.S. von *(cor)rumpere* war.

Ein neuer Aspekt hat sich allerdings in dieser Untersuchung hinsichtlich des von Paulus vorausgesetzten Verschuldens ergeben. Da Paulus beim Zusammentreffen von *furtum* und *damnum iniuria datum* grundsätzlich keinen Anspruch aus der *lex Aquilia* gewährte, sondern nur die *actio furti* zu geben bereit war, ist die in der Literatur allein diskutierte Variante zu verwerfen, daß der Verbraucher den fremden Wein/das fremde Getreide bösgläubig verbraucht hatte. Der generellen Tendenz der aquilischen Haftung sowohl bei der *actio directa* als auch bei den Ergänzungsklagen würde dann am ehesten die Fallvariante entsprechen, daß der Jurist an einen fahrlässigen Verbrauch dachte. Die Beschränkung auf die Situation, daß *culpa* i.S. eines subjektiv vorwerfbaren Verhaltens vorliegen mußte, hätte allerdings zwei gewichtige Nachteile für den Rechtsschutz des Geschädigten und die Ausgleichsfunktion der Rechtsordnung gehabt: Der Geschädigte hätte keinen Ersatz ansprechen können, wenn er dem Konsumenten dieses Verschulden nicht nachweisen konnte. Und die Rechtsordnung hätte in diesem Fall sogar doppelt versagt, da nicht nur der Geschädigte ohne Ersatz geblieben wäre, sondern zugleich auch der Verbraucher den widerrechtlich genossenen Vorteil ohne Ersatzleistung hätte für sich genießen können. D 9.2.30.2 läßt sich insoweit deshalb mit Fällen vergleichen, in denen deliktische Ansprüche unabhängig vom Verschulden des Beklagten deswegen zugelassen wurden, weil dieser aus dem Delikt bereichert war. Dabei handelt es sich in der Regel darum, daß ein deliktischer Anspruch und damit eine *actio poenalis* gegen den Erben wegen dessen Bereicherung aus einem Delikt des Erblassers zugelassen wurde. Unter dieser Voraussetzung gewährt Ulpian sogar einen aquilischen Anspruch gegen den Erben. Das legt nahe, daß das als Maxime anerkannte stoische Bereicherungsverbot – *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* (D 50.17.206 Pomp 9 var lect) – auch bei solchen Diskussionen im Umfeld der *lex Aquilia* eine Rolle spielen konnte.

Dafür kann man auch auf D 31.63 verweisen, wo Callistrat einen gutgläubigen Verbraucher dazu verpflichtet, dem Geschädigten schadlos zu stellen. Die in der juristischen Diskussion entwickelte Voraussetzung zur Schließung einer Regelungslücke anhand dieses Prinzips war, daß ein vom Geschädigten erlittenes, rechtswidriges *damnum* und ein aus diesem entsprungenes *lucrum* bei einer anderen Person vorlagen, der man selbst kein eigenes deliktisches Verhalten vorwerfen konnte. Die Klassizität der Idee, daß in diesen Fällen der widerrechtlich zum Nachteil eines anderen erlangte Vorteil dem Geschädigten grundsätzlich zu erstatten sei, kann heute nicht mehr bestritten werden. Ob und inwieweit Paulus' Entscheidung von der Leitidee eines Ausgleichsgedankens getragen war, der auf dem Bereicherungsverbot aufbaute[963], entzieht sich einem strikten Nachweis. Neben dem Bedürfnis nach einer vom subjektiven Verschulden absehenden Bereicherungshaftung zum Ausgleich für das verlorene Eigentum, die sich in diesem Fall in Ermangelung anderer, insb. rechtsgeschäftlicher Anknüpfungspunkte, nur an die aquilische Haftung anlehnen konnte, sprechen auch andere Argumente dafür, daß sich der Beklagte auch bei irrtümlichem Verbrauch der Haftung nicht entziehen sollte. Zum einen galt ein Tatsachenirrtum im Hinblick auf einen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstand grundsätzlich als verschuldet i.S. von *culpa*, weil dieser Irrtum in sich den Verstoß gegen die im Hinblick auf den Eingriff in fremdes Eigentum pflichtgemäße Sorgfalt bedeutete. Zum andern darf man aus der von Paulus in D 9.2.30.2 entgegen der klassischen Gepflogenheit gegebenen *actio utilis* ableiten, daß er diesem Punkt vielleicht keine zentrale Rolle zumaß. Zuletzt zeigt gerade auch der Gebrauch des Wortes *consumere*, das in der Klassik noch den Beiklang von subjektiv unverschuldetem Verbrauch trug, daß keine Verschuldensprüfung vorausgesetzt wurde. Der Irrtum konnte nur insofern exkulpieren, als den Schädiger im Regelfall der Nachweis besonderer Umstände (*iusta causa erroris*, *probabilis error*) entlastete. Beim Verbrauch stand einer Haftungsfreistellung aber die Bereicherung im Wege.

---

[963] Zur Vertrautheit mit dem Grundsatz vgl. die Paulus-Zitate mit Bezugnahmen auf das Bereicherungsverbot bei Wollschläger (Fn. 880) 59.

Ob aus diesen Texten darüberhinaus mittelbare Aussagen zum Geldverbrauch gewonnen weden können, sei abschließend erwogen. Daß durch den Wegfall der *vindicatio nummorum* eine Rechtsschutzlücke entstand und das Bedürfnis nach einer Haftung hervorrief, ist nicht zu leugnen. Angenommen, jemand hatte fremdes Geld zufällig – ohne Leistung, an die ein vertraglicher oder Kondiktionsanspruch angeknüpft werden konnte, oder deliktisches Verhalten – erlangt und dieses in der Meinung verbraucht, es sei sein eigenes: *Rei vindicatio*, deliktische Ansprüche oder die *actio ad exhibendum* konnten nicht erhoben werden. Solange er vorprozessual zu Auskünften über den Verbleib des Geldes (d.h. die Berufung auf den Verbrauch) bereit war, bestand keine Möglichkeit, ihn wegen Verweigerung der vorprozessualen Mitwirkung aus der *actio ad exhibendum* in Anspruch zu nehmen. Der Einwand des Verbrauches, der in den Fällen der *vindicatio nummorum* zum Umstieg auf eine schuldrechtliche Klage führte, hätte in diesem Fall jegliche Haftung ausgeschlossen.

Die Diskussion der aquilischen Haftung für die Vernichtung von Geld ist mit D 9.2.27.21 klar belegt. Daß es dazu nur auf den Verlust, aber nicht auf die physische Vernichtung der Münzen ankam, könnte aus Sabinus' Entscheidung zugunsten einer *actio legis Aquiliae* (*actio directa*) gefolgert werden. Ob deswegen auch ein *nummos consumere*, bei dem zugunsten des Geschädigten keine anderen Ansprüche möglich waren, eine *actio* in Anlehnung an die *actio legis Aquiliae* gewährt werden konnte, erscheint dennoch wenig wahrscheinlich. Der Geldverbrauch war kein *consumere*, an das eine aquilische Haftung anknüpfen konnte. Mangels physischer Zerstörung der Sache ließ er sich nicht mit *(cor)rumpere* gleichsetzen. D 9.2.30.2 und D 31.63 gingen immerhin von dauernder physischer Vernichtung der Sache aus, wenngleich keiner nutzlosen (daher nicht *corrumpere*).

Ein Verbrauch fremder Münzen in der eben skizzierten Konstellation, die keine Möglichkeit bot, den Eigentümer durch deliktische Ansprüche oder eine *condictio* für den Verlust zu entschädigen, führte zu einer Rechtsschutzlücke. Daß ein römischer Jurist in diesem Fall zu einer *actio utilis* oder *actio in factum* greifen mußte, wenn er an die Bereicherung des Verbrauchers anknüpfend, welche in

diesem Fall als alleiniger Ansatzpunkt einer Haftung in Frage kam, Rechtsschutz gewähren wollte, kann wohl nicht bezweifelt werden. Die Besonderheit des Geldverbrauches, bei dem von einer physischen Zerstörung i.S. von *corrumpere* nicht gesprochen werden konnte und der deshalb insofern nicht mit dem Verbrauch von Wein, Getreide oder anderen verbrauchbaren Sachen vergleichbar war, legt eine Anlehnung der Klage an die *actio legis Aquiliae* nicht unmittelbar nahe. Viel eher käme dafür die *rei vindicatio* als ziviles Vorbild in Frage.

## 10. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Die heutige Romanistsik beurteilt die *vindicatio nummorum* aus verschiedenen Gründen nur als Randphänomen der römischen Prozeßpraxis. Sie behauptet das Bestehen wichtiger Hindernisse, die eine *vindicatio nummorum* zum Schutz des Eigentums an Geld praktisch entwertet hätten: Schon bei Einleitung des Verfahrens hätte der Kläger wegen der Pflicht zur präzisen Benennung der geforderten Sache das von ihm verlangte Geld detailgenau zu beschreiben gehabt, d.h. in der *intentio* der beantragten *rei vindicatio* wären die Münzen grundsätzlich als *species* zu identifizieren gewesen. Weiters hätte der Kläger, um sein Eigentum zu beweisen, den Nachweis der Berechtigung seiner Vormänner antreten müssen. Aus diesen Gründen wäre die *vindicatio nummorum* nur im Hinblick auf ein abgrenzbares *corpus nummorum* in Frage gekommen, beispielsweise einen markierten *sacculus*, der bei der Zahlung an den Beklagten verwendet worden sei. Ausschließlich ein solches *corpus nummorum* hätte nach den strengen Erfordernissen für die Formulierung der *intentio* einer *actio in rem* beschrieben werden können; allein in diesem Fall wäre ein Eigentumsbeweis durchführbar gewesen.

Der Eindruck von der Unpraktikabilität der *vindicatio nummorum* ruht auf unterschiedlichen Voraussetzungen: Einerseits auf der Interpretation von D 6.1.6 und dem mit ihr verbundenen Dogma, daß generische Vindikationen undenkbar waren; weiters auf der Lehre, daß zum Obsiegen bei der *rei vindicatio* stets auch der Nachweis der Berechtigung der Vormänner gefordert wurde (*probatio diabolica*).

II. Die der herrschenden Ansicht zugrundeliegenden Annahmen haben sich im Verlauf dieser Arbeit jedoch als unhaltbar herausgestellt. Das Dogma besonders strenger Anforderungen an die *designatio rei* in der *intentio* einer *rei vindicatio* entstand aus einer verfehlten – weil die Beziehung zum Formularverfahren nicht berücksichtigenden – Interpretation des Schlüsseltextes Paulus D 6.1.6. Bisher wurde nicht gewürdigt, daß der Text inhaltlich und palingenetisch in zwei Abschnitte zerfällt. Nur in den Digesten steht er unter dem Titel *de rei vindicatione*.

In Paulus' sechstem Buch des Ediktskommentars lautete die Rubrik nach Otto Lenels Zuordnung jedoch *de vadimoniis*. Paulus behandelte also nicht unmittelbar die *rei vindicatio,* sondern die Abfassung der *cautio vadimonium sisti*, mit der ein Beklagter bei Vertagung *in iure* das Erscheinen zum neuen Termin versprach. Die von Paulus entworfenen strengen Anforderungen für die Bezeichung der Streitsache kamen erst zur Anwendung, sobald das Verfahren bereits bis zum Abschnitt *in iure* gediehen war. Paulus durfte dann auch voraussetzen, daß zwischen den Parteien schon Einigkeit über die Prozeßführung mit einer *actio in rem* herrschte (arg. *Si in rem aliquis agat* ...). In der Praxis ging regelmäßig eine Phase informeller vorprozessualer Interaktion zwischen den künftigen Prozeßgegnern dem Verfahren *in iure* voraus. Während dieser verständigten sich die Parteien in Grundzügen über das Verfahren und bereiteten die konzentrierte Verfahrensführung vor. War eine *actio in rem* in Aussicht genommen, wurde vorprozessual klargestellt, über welche Sache prozessiert werden sollte. Zum Zeitpunkt der Vertagung, wenn die *designatio rei* für die *cautio* vorzunehmen war, mußte der Kläger die geforderte Sache also nicht – wie heute allgemein angenommen wird – allein aufgrund seines Kenntnisstandes bezeichnen. Er wußte bereits, daß der Beklagte bezüglich der von ihm beanspruchten Sache grundsätzlich zur Einlassung auf eine *rei vindicatio* bereit war. Kläger und Beklagter hatten sich also schon auf die Sache geeinigt. Eine präzise *designatio rei* stellte damit keine unbilligen Anforderungen an den Kläger, geschweige denn, daß aus ihr eine prozeßhindernde Hürde wurde. Das verdeutlicht der Blick auf die Urkundenpraxis. Die erhaltenen Vadimoniumsurkunden bieten zumeist weder Angaben über die rechtliche Seite des Prozeßgegenstandes (die geplante *actio* oder das strittige Rechtsverhältnis) noch über die geforderten Sachen. Diese im Vergleich zu den Normen von D 6.1.6 lockere Handhabung lag sicher nur zum Teil am kleinstädtischen Umfeld der Urkundenverfasser. Situationen, in denen zwischen zwei Personen mehrere gleichartige oder ähnliche Prozesse anhängig waren, bildeten in Rom wie auch heute die Ausnahme. In den meisten Fällen reichte bei Vertagung – wie die Prozeßurkunden zeigen – die bloße Vereinbarung, sich zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder vor dem Jurisdiktionsmagistrat einzufinden. Da

in solchen Fällen selbst ohne Benennung des Verfahrensgegenstandes keine Zweifel über das betroffene Verfahren aufkommen sollten, waren die in der Praxis üblichen „unvollständigen" *vadimonia* dennoch präzise genug, um dem Kläger bei Nichterscheinen des Beklagten die Klage aus der Stipulation zu ermöglichen. Paulus mußte im Ediktskommentar natürlich auch kompliziertere Verhältnisse bedenken (mehrere, u.U. ähnliche Verfahren zwischen denselben Parteien) und verlangte deswegen eine jeden Zweifel ausschließende Angabe (*species*) zur vindizierten Sache. Der palingenetische Hintergrund verbietet aber, den Einleitungssatz von D 6.1.6 und das darin niedergelegte Prinzip auch zur Norm für die *intentio* einer *rei vindicatio* nach klassischem Recht zu erheben.

Für diese Frage ist vielmehr der Hauptteil des Textes einschlägig. Gerade dieser wurde von der Forschung bislang nicht genügend beachtet. Die *definitio* des Octavenus galt, wie die mehrfach verwendeten Ausdrücke *petere* und *petitio* bezeugen, einem Verhalten des Klägers *in iure*. Octavenus erteilte Anleitungen zur Formulierung der *intentio* bzw. referierte, wie in der Praxis verschiedene Typen von Begehren abgefaßt wurden. Darunter findet sich auch das Beispiel einer *rei vindicatio* auf die Herausgabe von Geld (*materia signata*). Für die *vindicatio nummorum* setzte Octavenus ausdrücklich nur die Angabe der geforderten Summe (*numerus*) voraus. Damit fehlt der Sichtweise, wie sie etwa Andreas Wacke zugunsten der herrschenden Lehre entwickelt, wonach das Wort *species* im paulinischen Einleitungssatz besonders strenge Bestimmtheitserfordernisse zum Ausdruck brachte und darin praktisch der Ausschluß einer *vindicatio nummorum* lag, von vornherein jede Grundlage. Für D 6.1.6 trifft vielmehr das Gegenteil der bisherigen Interpretation zu: Das klassische Recht ermöglichte die *vindicatio nummorum* in einem weiten Rahmen, da für Geld bloß Summenangaben in der *intentio* erforderlich waren.

III. Daß die römischen Juristen – ganz im Gegensatz zu den auf sie blickenden modernen Rechtshistorikern – die generische Formulierung der *intentio* als unproblematisch empfanden, tat deren eigentlicher Funktion keinen Abbruch. Diese entfaltete sich primär im Verfahren *in iure*. Mit der Betonung strenger Konk-

retisierungserfordernisse unterstellt man dagegen stillschweigend, daß der *iudex privatus* aus ihr die zur Individualisierung des eingeklagten Gegenstandes notwendigen Kennzeichen der Sache entnahm. Detaillierte Angaben des Klägers über seine Sache wurden nicht *in iure*, sondern vielmehr erst *apud iudicem* notwendig, wenn zu beweisen war, daß eine konkrete Sache dem Kläger gehörte. Dazu mußte sie von ähnlichen Gegenständen des Beklagten unterschieden werden. Das war allerdings ein Problem des Beweisverfahrens. Scheiterte der Kläger dabei, wurde die Klage abgewiesen (Ulpian D 6.1.5.5).

Die Angaben in der *intentio* dienten hingegen dazu, die Wirkungen der *litis contestatio* über das geltendgemachte Herausgabebegehren zu fixieren. Aus der *intentio* mußte gegebenenfalls hervorgehen, ob der Kläger im gegenwärtigen Verfahren überklagt hatte (*pluris petitio*) oder ob er in einem weiteren Prozeß versuchte, ein Verfahren *de eadem re* anhängig zu machen. Und der Sachverhalt sollte außerdem so ausgeführt sein, daß die Auswirkungen der *litis contestatio* auf mit der *rei vindicatio* u.U. konkurrierende Klagen absehbar wurden. Die Präzisierungen konnten je nach Lage des Falles variieren. Da die *vindicatio nummorum* regelmäßig nur zwecks Rückabwicklung fehlgeschlagener Leistungen in Zwei-Personen-Verhältnissen erwogen wurde, reichten Summenangaben für die prozessualen Aufgaben der *intentio*. Die nähere Konkretisierung des Begehrens ergab sich aus Angabe des Zahlungsaktes, bei dem der Kläger den Besitz des Geldes an den Beklagten übertragen hatte. Welchem Rechtsverhältnis die Zahlung zuzuordnen war, brauchte aus der Formel der *vindicatio nummorum* genausowenig hervorzugehen wie aus der einer *condictio*. Die Information des *iudex* über diese Fakten wurde durch andere Maßnahmen sichergestellt (Litiskonteststionszeugen, weitere Urkunden u.s.w.). Deshalb konnte die *litis contestatio* über eine *vindicatio nummorum* oder eine *condictio* die regelmäßig in solchen Fällen konkurrierende andere Klage konsumieren[964].

---

[964] Man dürfte hier wohl von Konsumption der *rei vindicatio* sprechen, weil mit Berufung auf die *consumptio* auch das Eigentum des Klägers verlorenging; daran mußte auch die ohnehin unwahrscheinliche Klage eines Dritten scheitern.

IV. Eine präzise ausformulierte *intentio* (d.h. über die Summe hinausgehende Angaben) bildete genausowenig die Voraussetzung zum erfolgreichen Eigentumsbeweis bei der *vindicatio nummorum*. Es mußte nur bewiesen werden, daß der Kläger die behauptete Summe tatsächlich an den Beklagten geleistet hatte. Nach diesem Beweis war zu prüfen, ob der Beklagte dabei *ex iusta causa* Eigentum an den Münzen erworben hatte.

Das war keine Eigenheit der *vindicatio nummorum*. Die Belege, die den Eigentumsbeweis bei der *rei vindicatio* betreffen, sprechen stets nur vom Nachweis eines gültigen Erwerbsgeschäftes durch den Kläger. Über den Beweis zum Recht des Vormannes verlautet aus den Texten nichts. Bei der *vindicatio nummorum* lief das Verfahren allerdings unter „verkehrten Vorzeichen" ab: Nicht der Kläger hatte den Eigentumserwerb von seinem Vormann zu beweisen, sondern daß die bei der Zahlung beabsichtigte Eigentumsübertragung in Ermangelung einer gültigen *causa* gescheitert war.

Die Einschränkung des Prozeßthemas auf diesen Punkt erklärt die Analyse der vorprozessualen Ausgangspositionen. Beide Seiten mußten jeweils dem Gegner die eigene Strategie schon vor Prozeßbeginn offenlegen. Es hätte dabei für den Beklagten keinen Sinn ergeben, das Eigentum des Klägers an den fraglichen Münzen zu bestreiten. Damit hätter er den Kläger zur Beantragung der *condictio* gedrängt. Gegen diese hätte der Beklage nicht vorbringen dürfen, daß das erhaltene Geld noch bei ihm vorhanden und immer noch im Eigentum des Klägers war, falls dem Kläger der Beweis der Mangelhaftigkeit der *causa* glückte. Die Möglichkeit dazu war wegen der vorprozessualen Bestreitung ausgeschlossen. Aus einem ähnlichen Grund war die unsubstantiierte Bestreitung des Rechts des Vormannes bei einer regulären *rei vindicatio* nicht zielführend, um den Kläger die *probatio diabolica* aufzuzwingen, da der Kläger so auch zum Ausweichen auf die *actio Publiciana* gedrängt werden konnte.

V. Da D 6.1.6 die *vindicatio nummorum* ausdrücklich in Form der Summenvindikation zuließ, wird die in der Literatur häufig getroffene Annahme obsolet, daß nur ein *corpus nummorum* einklagbar und dem Eigentumsbeweis zugänglich war.

Vielmehr bezeichnen Ausdrücke wie z.B. *nummi exstantes* allein die Passivlegitimation des Beklagten als Besitzer der Münzen. Das geht insbesondere daraus hervor, daß bei doloser Beseitigung des *exstare* die *actio ad exhibendum* zur Anwendung kam. Die Existenz eines *corpus nummorum* als Grundvoraussetzung zur *vindicatio nummorum* anzusehen, wäre überdies nur schlecht mit den Quellen in Übereinstimmung zu bringen, weil eine gängige Sitte, Geld regelmäßig in einer die Identifikation ermöglichenden Weise zu aufzubewahren, nicht nachweisbar ist.

VI. Die in dieser Arbeit entwickelte Rekonstruktion von Ablauf und Anwendungsbereich der *vindicatio nummorum* sowie die im Zuge der Untersuchung zu Tage getretenen Modifikationen am gängigen Bild des Verfahrens bei der *rei vindicatio* ergeben sich in erster Linie aus einer am prozessualen Funktionieren des klassischen römischen Rechts orientierten Sichtweise. Auf diesem Gebiet waren jüngere Forschungen zur römischen Prozeßpraxis (Ignazio Buti, Dieter Nörr, Alfons Bürge) richtungweisend, die auf die Prozeßurkunden der pompejanischen Wachstäfelchen zurückgriffen. Unter diesen findet man Beurkundungen mehrerer Ladungsvadimonien, mit denen sich die Parteien zu einem Treffen in der Nähe des Amtssitzes des Gerichtsmagistrats verpflichteten. Aus diesen konnte erkannt werden, daß dem förmlichen Verfahren Unterredungen über prozessrelevante Umstände vorangingen. Nur bei Widerstreben des Beklagten wurde mit Hilfe der vom Gerichtsmagistrat zur Verfügung gestellten Druckmittel die Streiteinlassung erzwungen. Unter anderem dienten solche Verhandlungen zur Abklärung der Prozeßvoraussetzungen konkurrierender Klagen. Diese aus den Urkunden zu erschließende Interaktion der Parteien verhinderte, daß der Kläger bei der Wahl einer Klage *in iure* auf sich allein gestellt war. Er mußte diesen entscheidenden Schritt nicht aufgrund seines mitunter unvollständigen Tatsachenwissens über die Prozeßvoraussetzungen auf der Gegnerseite setzen. Aus der vorprozessualen Phase verfügte er in der Regel bei Beantragung einer Klage über bindende Aussagen des Beklagten zu den Prozeßvoraussetzungen. Die Teilung des Formularprozesses in den die Rechtsfragen konzentriert behandelnden Abschnitt *in iure* und das Beweisverfahren *apud iudicem* bedingte besonders bei *iudicia stricti iuris* wie der *rei*

*vindicatio* und der *condictio,* daß alle für die rechtliche Würdigung des geltendgemachten Anspruchs und der Einwendungen notwendigen Tatsachen spätestens *in iure* vorgebracht wurden. Angriffs- und Verteidungsstrategien mußten in der prozeßvorbereitenden Phase so weit offengelegt sein, als deren Kenntnis für die Prozeßführung der Gegenpartei in diesem Stadium notwendig war. Der Gegner sollte in Stand gesetzt sein, mit der richtigen *actio* und den zutreffenden *exceptiones* zu agieren. Von den dabei gemachten Angaben konnte die Parteien *apud iudicem* nicht mehr zum Nachteil des Gegner abweichen. Die Mitwirkung des Beklagten wurde dadurch erreicht, als ihm spätere Vorbringen verwehrt blieben, auf welche der Kläger mit der Beantragung einer anderen *actio* reagiert hätte. Die Bindung beider Seiten an ihre vorprozessualen Tatsachenvorbringen zu den Prozeßvoraussetzungen beweisen etwa die Regelungen des Edikts *de edendo*, das Regime der *interrogationes in iure* oder der gegenseitige Ausschluß von Klagen, die zwar verschiedenen *genera iudicii* zugehörten, aber auf demselben Lebenssachverhalt beruhten (Julian/Ulpian D 44.2.7.4).

VII. Ausgehend von den Forschungen zur Praxis des Formularverfahrens konnten viele im Hinblick auf die *vindicatio nummorum* bisher nicht oder nur unbefriedigend gelöste Fragen geklärt werden. Der Hauptertrag eines prozessualistischen Ansatzes bei der Erforschung der *vindicatio nummorum* ist die Erkenntnis, daß die praktischen Probleme, in denen bislang die wesentlichen Hindernisse einer dinglichen Geldverfolgung gesehen wurden, oft gar nicht entstehen konnten. Der Modellfall, für den eine *vindicatio nummorum* in Frage kam, war eine rechtsgrundlose Geldleistung. Neben der *vindicatio nummorum* stand in dieser Situation dem Kläger die *actio ad exhibendum* oder eine *condictio* zur Verfügung. Für die richtige Wahl der Klage brauchte der Kläger zumindest das ihm schwerlich zugängliche Wissen, ob die Münzen im Besitz des Beklagten waren. Verweigerte dieser Auskünfte darüber oder bestritt er die Leistung, kam gegen ihn die *actio ad exhibendum* zur Anwendung. Der Kläger obsiegte mit der *actio ad exhibendum* schon dann, wenn er die Leistung bewies. So erzwang er entweder die Vorlage des Geldes *in iure* und die Einlassung auf die *vindicatio nummorum* oder er erhielt ein

auf die beanspruchte Summe lautendes Leistungsurteil. Hatte sich der Beklagte jedoch vorprozessual zum Besitz geäußert, konnte, wenn er ihn zugestanden hatte, mit der *vindicatio nummorum*, wenn er ihn in Abrede gestellt hatte, mit der *condictio* geklagt werden. Die vorprozessualen Äußerungen präkludierten später abweichende Verantwortungen des Beklagten, sobald aufgrund seiner Angaben gegen ihn geklagt worden war: Gegen eine *vindicatio nummorum* konnte er seine zur Zeit der *litis contestatio* fehlende Passivlegitimation nachträglich nicht mehr relevieren, genausowenig wie er die Abweisung der *condictio* wegen *plus petere* des Klägers dadurch erreichte, daß er später vorgab, noch einige Münzen zu besitzen.

VIII. Trotz Mitwirkung des Beklagten an der vorprozessualen Feststellung der Prozeßvoraussetzungen von *vindicatio nummorum* oder *condictio* konnte sich eine Situation ergeben, in welcher der Kläger wiederum nicht mit Sicherheit für die eine oder die andere Klage zu optieren vermochte und der Einwand des *plus petere* nicht schon infolge der vorprozessualen Stellungnahmen präkludiert war. Dazu kam es, wenn der Beklagte vorbrachte, das Geld zwar erhalten zu haben, aber nicht mit Sicherheit zu wissen, ob und wieviel davon gegenwärtig in seiner Kasse wäre. In diesem Fall versagte die *actio ad exhibendum* zur Erzwingung der notwendigen Auskünfte. Der Kläger hatte damit keine Druckmittel, um bindende Auskünfte zu erzwingen. Der Entscheidung für *rei vindicatio* oder *condictio* fehlten sichere Grundlagen. Auf sich allein gestellt riskierte der Kläger in dieser speziellen, aber vielleicht keineswegs seltenen Lage, daß im Verfahren hervorkommende Tatsachen gegen die erhobene Klage sprachen und er wegen *pluris petitio* den Prozeß verlor. Die von der aktionenrechlichen Struktur des römischen Zivilprozesses geforderte „entweder - oder" Entscheidung zugunsten einer Klagsmöglichkeit im Verein mit dem Regime der *pluris petitio* hätten für den Kläger in diesem Fall unkalkulierbare Risiken geschaffen, denen er nicht ausgesetzt werden sollte.

In diesem Fall griff die in D 46.3.78 überlieferte Sonderregel für die Geldvermengung ein: Geld, das in der Kasse des Beklagten mit dessen Geld so vermengt worden war, daß es dieser für die *vindicatio nummorum* nicht mehr von seinem eigenen trennen konnte, wurde sein Eigentum. Selbst als Summenvindikation

verlangte die *vindicatio nummorum*, daß der Beklagte Münzen besaß, bezüglich derer zumindet *in abstracto* die Möglichkeit bestand, sie von denen des Beklagten zu trennen, um sie *in iure* zwecks Vindikation vorzuweisen. Wenn die Voraussetzung zur Verfolgung des Eigentums mittels *rei vindicatio*, daß der Beklagte bewiesener- oder unbestrittenermaßen im Besitz einer Sache des Klägers war, nicht aufklärbar war, mußte selbst die Verfolgung des Eigentums mit einer als Summenvindikation konstruierten *vindicatio nummorum* ins Leere gehen. Sobald aber eine Trennung von fremden und eigenem Geld in der Form nicht mehr stattfinden konnte, daß sich der Beklagte unwiderruflich zum Besitz an einer bestimmten Summe bekannte, wurde er, da deswegen eine *vindicatio nummorum* ausgeschlossen war, aufgrund der Vermengung als Eigentümer des erhaltenen Geldes betrachtet. Von ihm konnte (nun auch ohne Risiko des *plus petere*) kondiziert werden. Der Zweck des Eigentumserwerbs bei der *commixtio nummorum* war, daß im Unterschied zu den sonstigen Vermengungsfällen, die bei nicht konsentierter Vermengung zu Quantitätseigentum führten, das eine weitere Verfolgung des Eigentums mit der *vindicatio pro parte* zuließ, auf Veränderungen des Gemenges zu reagieren war. Die *vindicatio pro parte* setzte aber voraus, daß die Anteile am unveränderten Gemenge gleich den Beiträgen waren. Bei Geld in einer Kasse durfte davon nicht ausgegangen werden; damit erlosch die Vindikationsmöglichkeit. Einen ähnlichen Sachverhalt behandelte Alfenus in D 19.2.31. Er ließ den Frachtführer an einer vermengt transportierten Getreidemenge mit der Übernahme derivativ Eigentum erwerben, um von vornherein keine Zweifel über die dingliche Rechtslage bei späterer Aussonderung aufkommen zu lassen. Die Entscheidung von D 19.2.31, mit der Unsicherheiten über die dingliche Zuordnung der dem Gemenge entnommenen Teile vermieden wurden, bestätigt damit die als *ratio* hinter D 46.3.78 offengelegten Erwägungen.

C. Cassius konstruierte bei der Geldvermengung einen originären Eigentumserwerb, wozu er, wie andere Entscheidungen zum natürlichen Eigentumserwerb an fremden Sachen nahelegen, den Untergang der Münzen fingierte, um zu der atypischen Vermengungslösung zu finden. Allerdings war dies keine Entscheidung

nach Grundsätzen der *accessio*, als die sie etwa von Pietro Bonfante interpretiert wurde: Cassius übernahm die bei der *ferruminatio* bewährten Kriterien, um einen weiteren Fall, der in der Praxis zu Schwierigkeiten führen konnte, über die Zuweisung des Alleineigentums an den Besitzer sachenrechtlich eindeutig zu klären. Mit der Fiktion des Sachuntergangs war Cassius in der Tat der Vorläufer der sogenannten Konsumtionstheorie, die seit der Glosse zu D 46.3.78 die am häufigsten vertretene Erklärung des Eigentumserwerbs im Gefolge einer Geldvermengung ist.

IX. Betrachtet man die Rückforderung von Geld wie die römischen Juristen aus prozessualer Perspektive, so präsentierte die Abgrenzung von *vindicatio nummorum* und *condictio* nicht nur rechtsdogmatische Fragen, sondern auch das Problem, wie der Kläger die Wahl zwischen den in Frage kommenden Klagen vornehmen sollte. Daß *vindicatio nummorum* und *condictio* zu den gleichen praktischen Ergebnissen führten, nämlich der Zahlung einer Summe an den Kläger, zeigt nur, daß auch bei der *vindicatio nummorum* der dingliche Charakter eine geringere Bedeutung spielte. Seit den Untersuchungen von Max Kaser über das Geld im römischen Sachenrecht zählt die Einsicht, daß bei der Geldvindikation kein Bedürfnis nach einer Naturalrestitution und einem zu dieser führenden Arbiträrverfahren bestand, zum unbestrittenen Gemeingut der modernen Romanistik. Diese Ausgangsposition für das Verständnis der *vindicatio nummorum* konnte in der vorgelegten Arbeit durch weitere Argumente gefestigt werden. Daß eine *vindicatio nummorum* aber konsequenterweise nicht einmal die Identifikation bestimmter Münzen als Voraussetzung hatte, ist eine neue Perspektive, die erst eine auf die praktische Rechtsdurchsetzung konzentrierte Analyse eröffnet. Für *vindicatio nummorum* oder *condictio* kam es nur darauf an, ob der Beklagte die Frage nach dem Besitz des Geldes mit *nummi exstant* oder *nummi consumpti sunt* beantwortete. Die prozessuale Behandlung entsprach damit der auch im materiellen Recht zu beobachtendenen Tendenz zur Auflösung des Geldeigentums als dinglichem Recht an konkreten Sachen. Kaser betonte als grundlegenden Unterschied zwischen dem römischen Recht und den modernen Rechtsordnungen noch das Festhalten der

Römer am Sachcharakter des Geldes. Bislang war demgemäß nur anerkannt, daß dieser bei Fragen des Miteigentums gegenüber dem Wertcharakter der Münzen in den Hintergrund treten konnte: *quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie* (D 12.1.2.1 Paul 28 ed). Die für die juristische Sichtweise der Klassiker prägende theoretische Erkenntnis vom Wesen des Geldes entspricht die hier entwickelte Sicht der *vindicatio nummorum* besser, als ein weiterhin auf die Sachindividualität konzentriertes, „atomistisches" Vindikationsmodell. Damit wird einmal mehr die Meinung widerlegt, daß die zahlreichen Erwähnungen der Geldvindikation in den Quellen nur ein praxisfernes Konstrukt theoretisierender Juristen bezeugten.

Gerade das Gegenteil ist richtig. Einen deutlichen Hinweis, daß die Juristen bei der Erörterung der *vindicatio nummorum* stets auch die Bedürfnisse und Möglichkeiten der praktischen Rechtsdurchsetzung vor Augen hatten, bildet die vorrangige Nennung der *vindicatio nummorum* unter den in Frage kommenden Rechtsbehelfen. Das hieß nicht, daß die Juristen diese Klage als die in jedem Fall *per se* einfachste oder erfolgversprechendste unter den in Frage kommenden *actiones* ansahen. Die *vindicatio nummorum* bot aber den Schlüssel zu einem prozessualen Mechanismus, der dem Kläger erst die Aussicht auf eine erfolgreiche Prozeßführung eröffnete. Typologisch kann die Aufgabe des Klägers bei Rückforderung einer sachenrechtlich unwirksamen Geldleistung mit dem von Thür geprägten Ausdruck als „komplexe Prozeßführung"[965] verstanden werden: Dem Kläger standen zur Erreichung seines Zieles (Rückzahlung) unterschiedliche Klagen zur Verfügung. Jedoch fehlten ihm regelmäßig die notwendigen Kenntnisse, um über die *in concreto* erfolgversprechende Prozeßstrategie autonom entscheiden zu können. Seine Taktik hing sowohl bei Wahl der Klage als auch bei der

---

[965] Damit charakterisiert G. Thür für das aktionenrechtliche (und insoweit dem römischen Recht vergleichbare) attische Recht die Auswirkungen vorprozessualer Verhandlungen und anderer Schritte zur Konzentration des Prozeßstoffes auf das nachfolgende Verfahren. Im attischen Prozeß setzte die rasche Erledigung eines Rechtsstreites voraus, daß den Parteien die Standpunkte der Gegenpartei außerhalb des eigentlichen Verfahrens bekannt wurden, sodaß die Prozeßführung im eigentlichen Prozeß vorausschauend darauf abgestellt werden konnte. G. Thür, Komplexe Prozeßführung dargestellt am Beispiel des Trapezitikos (Isokr. 17), in: H.J. Wolff/J. Modrzejewski/D. Nörr (Hg.), Symposion 1971 (1975) 157 - 188.

Argumentation im Prozeß weitgehend von Informationen des Beklagten ab. Seine Prozeßführung setzte den Zugang zu diesen voraus. Darauf bezogen sich die Juristen direkt, indem sie die *vindicatio nummorum* als erste unter den möglichen Klagen erörterten.

Die juristische Analyse an der dingliche Verfolgung anzusetzen, erfolgte in Reaktion auf die Bedürfnisse bei der praktischen Prozeßführung. Den Kläger sofort auf die meistens ohnehin zuständige *condictio* zu verweisen, wäre im Kontext „komplexer Prozeßführung" kurzsichtig gewesen. Die *condictio* stand unter dem Einlassungszwang der *actiones in personam* und setzte damit – anders als die *vindicatio nummorum* – keine Kooperationsbereitschaft des Beklagten voraus. Diesen Vorteil hatte der Kläger aber mit dem Risiko der vollständigen Abweisung der Klage wegen *pluris petitio* zu erkaufen. Aus dieser Perspektive erweist sich eine Möglichkeit zur dinglichen Verfolgung des Geldes als unersetzbarer Vorteil. Zwar konnte der Kläger die Einlassung nicht direkt erzwingen, bei Weigerung zur *litis contestatio* über die *vindicatio nummorum* stand ihm jedoch die *actio ad exhibendum* offen, um bindende Informationen oder eine sofortige Verurteilung aufgrund der nachgewiesenen Leistung zu erzielen. Die unter Einlassungszwang stehende *actio ad exhibendum* war ein Druckmittel, das der Prätor dem Kläger bereitstellte, um die vorprozessuale Kooperationsbereitschaft des Beklagten sicherzustellen. Die Rückforderung des Gezahlten mittels *vindicatio nummorum* mag in der Praxis durchaus nicht die häufigste Prozeßform gewesen sein, weil Beklagte die Frage nach dem Besitz oft unter Hinweis auf eine *consumptio* verneinten. In der juristischen Erörterung nahm sie jedoch deswegen den ersten Rang ein, weil sie dem Kläger die Möglichkeit zu sicherer Prozeßführung gab.

XII. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum die Juristen in keinem Fall die Präzisierung des Ausdrucks *nummos consumere* durch konkrete Umstände versuchten. Die lexikalische Untersuchung des Wortgebrauches im Zusammenhang mit Geld zeigt, daß die unterschiedlichsten Akte als *consumere* bezeichnet wurden: das Ausgeben, die Vergeudung, ein geschäftlicher Verlust u.v.m. Eine nähere Eingrenzung war für die Funktion von *consumere*, die Vindikation auszuschließen

und eine Kondiktion an ihre Stelle treten zu lassen, nicht notwendig: Das ausschlaggebende Sachverhaltselement war durch *consumere* klargestellt, egal in welcher Bedeutung das Wort auf den konkreten Fall zur Anwendung kam. Der Beklagte hatte die Münzen nicht mehr. Es hatte jedenfalls ein Besitzverlust stattgefunden. *Consumere* war ein einfaches Kürzel für eine gegen die *vindicatio nummorum* sprechende vorprozessuale Verantwortung des Beklagten. In anderen Problemzusammenhängen (z.B. bei der Ehegattenschenkung) knüpfen an dem Wort auch andere Rechtsfolgen an; stets bezeichnet es jedoch den faktischen Wegfall einer Anspruchsvoraussetzung.

Mit der Kategorie der *res, quae usu consumuntur*, die in der Titelrubrik von D 7.5 und in IJ 2.4.2 aufscheint, hat das klassische Modell der *consumptio nummorum* nur indirekt zu tun. Die Kompilatoren griffen auf den in klassischen Texten erwähnten Geldverbrauch zurück, als sie die Möglichkeit des Quasi-nießbrauchs, für dem sie in erster Linie physisch verbrauchbare Sachen als geeignete Gegenstände ansahen, auch bei Geld aufrechtzuerhalten hatten.

XII. An die in Kapitel 8 vorgenommene Untersuchung der Bedeutungsnuancen des Wortes *consumere* bei Geld anschließend bezieht Kapitel 9 den Verbrauch fremder Sachen in die Betrachtung ein. In den Fällen des *nummos consumere* konkurriert die *rei vindicatio* regelmäßig mit der *condictio*. Der Verbrauch des Geldes, der die *vindicatio nummorum* ausschließt, wird damit zum Tatbestand, der die *condictio* begründet, weil er eine „Vollendung" oder „Heilung" der mangelhaften *datio* bewirkt. Deswegen sieht die herrschende Ansicht die *condictio* auch in diesen Fällen als Leistungskondiktion. Welche bereicherungsrechtlichen Folgen der Verbrauch von Geld außerhalb einer Kondiktionslage erzeugen konnte, wenn dem Ausschluß der *vindicatio nummorum* keine Möglichkeit zur *condictio* zur Seite stand, läßt sich für Geld nicht beantworten. Es mangelt dazu an eindeutigen Belegen. Der Text von Callistrat D 31.63 wäre für die Annahme eines solchen Sachverhaltes zumindest offen, wenngleich eine Interpretation in diesem Sinn eher auszuschließen ist (oben S. 318). Deswegen bietet sich die Untersuchung der über das unmittelbare Thema hinausgehenden Fragestellung an, wie die Rechtslage nach

dem Entfall der Vindikationsmöglichkeit beurteilt wurde, wenn ein Verbrauch außerhalb der bei Geld typischen, aber nicht allein denkbaren Situation, erfolgte, in der statt der *rei vindicatio* sodann eine *condictio* in Frage kommen konnte. Vor allem ist in diesen Fällen zu berücksichtigen, inwieweit die Juristen darauf Rücksicht nahmen, daß der Verbrauch eine besondere Form des Sachunterganges war: Dem Verlust des Eigentums stand eine Bereicherung des Verbrauchers gegenüber.

Beim Verbrauch fremder Sachen in der eben dargelegten Konstellation gewährten manche Klassiker Klagen, die an die *actio legis Aquiliae* angelehnt waren. Peter Birks' Erklärung, daß die einschlägigen Quellenzeugnisse erst von den Kompilatoren stammen, trifft nicht zu. Die von Birks entwickelte Hypothese, daß ein Verbrauch fremder Sachen in der Klassik nicht als rechtswidrig galt, beruht auf einem verfehlten Ansatz und findet in den Quellen keine Bestätigung. Problematisch ist in diesen Fällen vielmehr das – in den Texten nicht erörterte – Verschulden. Die nächstliegende Interpretation dieser Texte (v.a. Paulus D 9.2.30.2; Callistrat D 31.63) wäre, daß der Verbraucher aus einer an die *actio legis Aquiliae* angelehnten *actio utilis* oder *actio in factum* nur haftete, wenn er im Stande gewesen wäre zu erkennen, daß er fremde Sachen verbrauchte.

Bei dieser Interpretation hätte das klassische römische Recht eine in zweifacher Hinsicht unbefriedigende Rechtsschutzlücke in Kauf genommen: Auf der einen Seite wäre ein nicht gedeckter Schaden gestanden; auf der anderen eine diesem komplementäre Bereicherung, für die der Verbraucher keinen Ersatz zu leisten gehabt hätte. Eine an der Bereicherung anknüpfende aquilische Haftung (i.w.S.) stünde aber vor allem in Widerspruch zur deliktischen Natur dieser Klage.

Allerdings stellten die Spätklassiker in verstärktem Maße auf den sachverfolgenden Charakter der aquilischen Haftung ab. Ulpian ließ jedenfalls auch einen aus Delikt bereicherten Erben verschuldensunabhängig auf die Bereicherung haften (Ulpian D 9.2.23.8). Mehrere Texte beweisen daneben, daß verschiedene Juristen durchaus in „Kondiktionslagen ohne *datio*" bereit waren, nach Möglichkeiten zum Ausgleich der Bereicherung zu suchen, wenngleich dazu eine

als Leistungskondiktion konzipierte *condictio* nicht in Frage kommen konnte. Wie im Sachverhalt von D 9.2.30.2 betreffen diese Diskussionen Fälle, in denen der Eigentümer seine *rei vindicatio* verloren hatte und jemand, dem kein doloses Verhalten vorgeworfen werden konnte, daraus einen Vorteil gezogen hatte. Die Quellen zeigen, daß die Klassiker zu keiner einheitlichen Lösung fanden. Sabinus geht in D 12.1.4.2 sogar soweit, bezüglich der *res, quae vi fluminis importatae sunt* nach einem Eigentumserwerb durch *accessio* eine *condictio* zu geben.

Vor dem Hintergrund, daß ähnliche Probleme bereits von älteren Juristen diskutiert worden waren, sollte man an der Echtheit der bei Spätklassikern wie Paulus oder Callistrat für solche Fälle bezeugten an die *actio legis Aquiliae* angelehnten *actio in factum* oder *actio utilis* wohl nicht zweifeln. Den Ausgleich für den Verbrauch einer fremden Sache in Anlehnung an die Sanktionen für deren Zerstörung zu suchen, war dem Wortsinn von *consumere* nach nicht abwegig. Der Einwand, daß dies eine verschuldensunabhängige Deliktshaftung bewirkt hätte, relativiert der Umstand, daß die römischen Juristen beim Irrtum über die Rechtswidrigkeit anhand eines objektiven *culpa*-Konzepts vorgingen. Der Nachweis des Verschuldens wäre in diesem Fall nicht vom Kläger zu erbringen gewesen, sondern der Beklagte hätte den dem Eingriff in das fremde Eigentum inhärenten Verschuldesvorworf zu widerlegen gehabt.

Daß dem Schädiger dazu Gelegenheit geboten wurde, erscheint freilich unwahrscheinlich. Schaden auf der einen Seite und eine rechtswidrige Bereicherung auf der anderen war die Grundkonstellation, in der die römische Jurisprudenz seit der Frühklassik immer wieder auf das stoische Bereicherungsverbot – *aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* – zurückgegriffen hat, um einem Geschädigten Rechtsschutz zu geben.

Der Verfahrensablauf in diesen Fällen unterschied sich nicht von der *vindicatio nummorum.* Wieder diente die *actio ad exhibendum* zur Sicherstellung der Erteilung der vorprozessual notwendigen Auskünfte. Gestand der Beklagte den Besitz zu oder legte er die noch vorhandenen Sache *in iure* vor, konnte sie der Kläger vindizieren. Wenn er er die Mitwirkung verweigerte oder ihm im Verfahren

über die *actio ad exhibendum* die dolose Zerstörung nachgewiesen wurde, wurde er auf den Sachwert verurteilt (Ulpian D 10.4.9.1). Problematisch war der Einwand des dazwischen liegenden Falles: des Sachuntergang durch gutgläubigen Verbrauch. Hiefür gewährten die Juristen wegen der Sachzerstörung an die *actio legis Aquiliae* angelehnte Klagen, bei denen sich der Beklagte genausowenig wie beim Geldverbrauch durch den Einwand seiner Gutgläubigkeit von einer Haftung befreien konnte.

## Literaturverzeichnis


B. Albanese, Studi sulla legge Aquilia, APal 21 (1950) 5 - 343

E. Albertario, Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede, in: Studi di diritto romano IV (1946) 369 - 408

E. Albertario, Nota al fr. 10 pr. D. comm. div. 10, 3 (Contributo allo studio della responsibilità nella misura dell'arricchimento), in: Studi di diritto romano IV (1946) 409 - 413

E. Albertario, Tituli ex corpore Ulpiani, Bull 32 (1922) 73 - 130

H. Ankum, L'*actio de pauperie* et l'*actio legis Aquiliae* dans le droit romain classique, St. Sanfilippo II (1982) 11 - 59

H. Ankum, Papinian, ein dunkler Jurist?, OIR 2 (1996) 5 - 32

H. Ankum/M. van Gessel - de Roo/E. Pool, Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht, SZ 104 (1987) 238 - 436

P. Apathy, Die publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmäßigen Besitzers (1981)

P. Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzers durch die *actio Publiciana*?, St. Sanfilippo I (1982) 21 - 37

V. Arangio - Ruiz, Sul „liber singularis regularum". Appunti gaiani, Bull 30 (1921) 178 - 219

A. Ascoli, Contributo alla teoria della confusione e commistione nel diritto romano. Interpretazione del fr. 78 de solutionibus XLVI 3, Riv.it. 4 (1887) 43 - 52

R. Astolfi, Studi sull'ogetto dei legati in diritto romano (1964)

R. Astolfi, I libri tres iuris civilis di Sabino (1983)

P. Bajory, Beweisaufnahme im römischen Recht, FS Pólay (1985) 41 - 56

M. Balzarini, „De iniuria extra ordinem statui" (1983)

E. Barsanti, Sulla commixtio e sulla rivendicazione del frumento e del denaro in diritto romano, AG 58 (1897) 201 - 205

J.L. Barton, The *lex Aquilia* and the Decretal Actions, Daube Noster (1974) 15 - 25

K. Bauer, Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB (1987)

A. Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (1867)

O. Behrends, Die Causae coniectio der Zwölftafeln und die Tatbestands-disposition der Gerichtsrhetorik, SZ 92 (1975) 162 - 185

O. Behrends, Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz (zugleich Rezensionsmiszelle zu M. Schermaier, Materia, 1992), SZ 112 (1995) 195 - 238

D. Behrens, *Coartare,* SZ 67 (1950) 519 - 526

D. Behrens, Begriff und Definition in den Quellen, SZ 74 (1957) 352 - 363

E.I. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1 (1886)

F. Benedek, Pénztulajdon és condikcio a római jogban [Geldübergabe und condictio im römischen Recht], Jogtörténeti tanulmányok 1 (1966) 251 - 269 (ital. Zusammenfassung von K. Visky, IVRA 18 (1967) 386 f.)

F. Benedek, Zur Frage des „diabolischen Beweises", St. Biscardi IV (1983) 445 - 468

F. Benedek, Ursprung und Funktion der actio Publiciana, FS Pólay (1985) 71 - 91

N. Benke, Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis", SZ 104 (1987) 156 - 237

N. Benke, In sola prudentium interpretatione. Zu Methodik und Methodologie der römischen Juristen, in: B. Feldner/N. Forgó (Hg.), Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls (2000) 1 - 85

H.P. Benöhr, Rez. von H.T. Klami, Mutua magis videtur quam deposita (1969), SZ 89 (1972) 437 - 443

A. Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht (1912)

G. v. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen 2 (1911)

G. v. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen 4 (1920)

B. Biondi, La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane, BIDR 20 (1958) 1 - 59 = Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari - Sassari 23 - 26 maggio 1955) (1968) 21 - 82

P. Birks, Other Men's Meat: Aquilian Liability for Proper User, IJ 16 (1981) 141 - 185

P. Birks, Cooking the Meat: Aquilian Liability for Hearths and Ovens, IJ 20 (1985) 352 - 377

P. Birks, Ulpian 18 *ad edictum*: Introducing *damnum iniuria*, Ét. Ankum 1 (1995) 17 - 36

S. Bolla, Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom aerarium. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung (1938)

S. von Bolla, Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen, SZ 68 (1951) 502 - 511

P. Bonfante, Corso di diritto romano II. La proprietà (Parte I) (rist. 1966)

P. Bonfante, Corso di diritto romano II. La proprietà (Parte II) (rist. 1968)

M. Bretone, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura (1998)

A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1 (1857; 2. Aufl. 1873)

A. Bürge, Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht (1979)

A. Bürge, Geld und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht, SZ 99 (1982) 128 - 157

A. Bürge, Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, SZ 104 (1987) 465 - 558

A. Bürge, Occupantis melior est condicio, SZ 106 (1989) 248 - 291

A. Bürge, Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum, Index 22 (1994) 389 - 407

A. Bürge, Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses, SZ 112 (1995) 1 - 50

A. Bürge, Der Text als Problem des Kontextes, SZ 115 (1998) 150 - 160

A. Bürge, Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung (1999)

A. Burdese, In tema di „consumptio nummorum", Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 51 (1953) 269 - 290

J. Burillo, Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico, SDHI 26 (1960) 190 - 281

I. Buti, Il „praetor" e le formalità introduttive del processo formulare (1984)

G. Camodeca, L'archivio Puteolano dei Sulpicii I (1992)

F. Casavola, Actio petitio persecutio (1965)

P. Cerami, *Contrahere cum fisco*, APal 34 (1973) 275 - 396

P. Cerami, La *lex in vacuom vendendis* e la genesi dell'ipoteca legale del *fiscus*, APal 36 (1976) 89 - 122

G. Cervenca, Contributo allo studio delle „usurae" c.d. legali nel diritto romano (1969)

P. Chevallier, La „reconciliatio mutui". Contribution à l'étude du prêt dans la Rome ancienne, RHD 30 (1955) 376 - 411

P. Collinet, La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oevre de Justinien (1947)

G. Crifò, Due note sulle cose consumabili nel diritto romano, St. Grosso 2 (1968) 117 - 133

G. Crifò, Studi sul quasi - usufrutto romano I. Problemi di datazione (1977)

I. Cromme, *Vindicatio incertae partis*. Ihre Bedeutung für die Erkenntnis der geschichtlichen Entwicklung des klassischen dinglichen Verfahrens (1971)

J.A. Crook, Legal Advocacy in the Roman World (1995)

D. Dalla, L'incapacità sessuale in diritto romano (1978)

D. Daube, Roman Law. Linguistic, Social, and Philosophical Aspects (1969)

D. Daube, Das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte, SZ 90 (1973) 1 - 13

D. Daube, Greek and Roman Reflections on Impossible Laws, in: ders., Collected Studies in Roman Law 2 (1991)1129 - 1222

E.A. Daubermann, Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts vornehmlich unter dem Blickwinkel von Veränderungen in ihrer Zusammensetzung (1993)

M. David/H.L.W. Nelson, Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar (1. Lieferung) (1954)

P. De Francisci, Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva (1912)

P. De Francisci, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati II (1916)

A. Dell'Oro, Le cose collettive nel diritto romano (1963)

F. De Marini Avonzo, I limiti alla disponibilità della „res litigiosa" nel diritto romano (1967)

G. Diósdi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970)

F. d'Ippolito, Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino (1969)

R. Domingo, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio II. El edicto de competencia jurisdiccional (1993)

G. Donatuti, *Iustus error* e *iusta causa erroris* nelle fonti romani, in: Studi di diritto romano I (1976) 87 - 101

G. Donatuti, Le praesumptiones iuris in diritto romano (Loro origine), in: Studi di diritto romano I (1976) 421 - 532

G. Donatuti, Le *cause* delle *condictiones*, in: Studi di diritto romano II (1976) 703 - 827

A. d'Ors, Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis', SDHI 19 (1953) 134 - 201

A. d'Ors, Derecho privado romano[8] (1991)

M. d'Orta, La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa (1990)

Th. Drosdowski, Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht (1998)

G. Dulckeit/F. Schwarz/W. Waldstein, Römische Rechtsgeschichte[9] (1995)

A. Ehrhard, Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht (1930)

H. Erman, Beiträge zur Publiciana II, SZ 13 (1892) 173 - 224

A. Ernoult/A. Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots[4] (1967)

R. Feenstra, Action publicienne et preuve de la propriété, principalment d'après quelques romanistes du Moyen Age, Mél. Meylan I (1963) 91 - 110

B. Feldner/N. Forgó (Hg.), Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls (2000)

C. Ferrini, Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza (1889; Ndr. 1976)

C. Ferrini, Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale (Estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal Prof. E. Pessina) (1902; Ndr. 1976)

C. Ferrini, Le presunzioni in diritto romano, in: Opere 3. Studi vari di diritto romano e moderno (1929) 417 - 451

A. Fliniaux, Une vieille action du droit romain l'„actio de pastu", Mél. Cornil 1 (1926) 245 - 294

W. Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modern-rechtliches Denken (1990)

A. Földi, Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani, Mél. Wolodkiewicz (2000) 207 - 219

N. Forgó, „*Omnis definitio in iure civili periculosa est: Parum est enim ut non subverti posset*" - Alte Fragen und altertümliche Antworten zur (modernen) juristischen Methodologie, in: A. Thier/I. Pfeifer/Ph. Grzimek (Hg.), Kontiuitäten und Zäsuren in der europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker München 22. - 24. Juli 1998 (1999) 23 - 47

B. Frier, Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies, SZ 96 (1979) 204 - 228

B.W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict (1989)

J.G. Fuchs, Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft (1952)

J.G. Fuchs, *Consumptio nummorum (Disceptatio nondum consumpta),* Mél. Meylan I (1963) 125 - 137

M. Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike (1960)

F. Gallo, Rez. von A. Dell'Oro, Le cose collettive nel diritto romano (1963), IVRA 15 (1964) 305 - 314

R. Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 8 (1997/98) 154 - 162, 217 - 222

R. Gamauf, Sklavenschutz und römische Jurisprudenz, OIR 4 (1998) 18 - 44

R. Gamauf, *Sex and crime* im römischen Recht. Zu einem Fall nichtsanktionierter sexueller Gewalt (D 47.2.39 Ulp. 41 Sab.), in: M.F. Polaschek/A. Ziegerhofer (Hg.), Recht ohne Grenzen, Grenzen des Rechts (1998) 21 - 41

M.J. Garcia Garrido, Due tradizioni testuali (Alfeno Varo e Ulpiano) sui danni causati da *quadrupedes,* in: D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di S. Marino, 7 - 9 gennaio 1993) (1996) 159 - 161

P. Garnsey, Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire (1970)

E. Genzmer, Pondere, numero, mensura, AHDO - RIDA 1 (1952) 469 - 494

V.M. Giangrieco Pessi, Ricerche sull'*actio de pauperie.* Dalle XII tavole ad Ulpiano (1995)

V.M. Giangrieco Pessi, L'interpretazione *prudentium* nell'evoluzione dell'*actio de pauperie*: *res mancipi* e *res nec mancipi*, St. Gallo (1997) 285 - 300

T. Giaro, „De ponte" oder „de monte"? Banalitäten in der römischen Jurisprudenz, Labeo 37 (1990)

T. Giaro, Echtheitsindizien. Eine Fallstudie zu *verus, verius, verissimus*, OIR 1 (1995) 78 - 109

T. Giaro, Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers, Mél. Wolodkiewicz (2000) 277 - 302

Ch.F. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld 8/1 (1807)

H.R. Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt - Sachen nach römischem Recht (1871)

R. Greiner, Opera Neratii. Drei Textgeschichten (1973)

G. Grosso, Sul quasi usufrutto, Bull 43 (1935) 237 - 291

G. Grosso, Usufrutto e figure affini nel diritto romano² (1958)

G. Grosso, Problemi sistematici nel diritto romano. Cose - contratti (a cura di L. Lantella; 1974)

G. Gualandi, Legislazione imperiale e giurisprudenza II (1963)

A. Guarino, Diritto privato romano[11] (1997)

A. Guarneri Citati, La cosidetta accessione separabile e i suoi effetti, APal 14 (1930) 227 - 387

P. Guyot, Eunuchen als Sklaven und Freigelassene in der griechisch-römischen Antike (1980)

K. Hackl, Gaius 4.37 und die Formeln der *actio furti*, FS Waldstein (1993) 127 - 139

A. Hägerström, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I (1927)

J. Hammerstein, Die Herde im römischen Recht. Grex als rechtliche Sachgesamtheit und Wirtschaftseinheit (1975)

J.D. Harke, Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen (1999)

G. Hartmann, Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868)

K. Hasler, Studien zu Wesen und Wert des Geldes in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Severus Alexander (1980)

H. Hausmaninger, Rez. von F. Casavola, Actio petitio persecutio (1965), TR 36 (1968) 149 - 153

H. Hausmaninger, Zur Gesetzesinterpretation des Celsus, St. Grosso V (1972) 243 - 277

H. Hausmaninger, Publius Iuventius Celsus - The Profile of a Classical Roman Jurist, in: W. Krawietz/N. MacCormick/G.H. von Wright (Hg.), Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. *Festschrift* for Robert Summers (1994) 245 - 264

H. Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia[5] (1995)

H. Hausmaninger, Das Mitverschulden des Verletzten und die Haftung aus der lex Aquilia, in: GS Hofmeister (1996) 235 - 262

H. Hausmaninger, Casebook zum römischen Sachenrecht[9] (1999)

H. Hausmaninger/W. Selb, Römisches Privatrecht[8] (1997)

G.E. Heimbach, Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten (1843)

G.E. Heimbach, Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (1849)

H. Hohenemser, Die Consumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung (1893)

E. Holthöfer, Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht (1972)

T. Honoré, Tribonian (1978)

T. Honoré, Ulpian (1982)

A.M. Honoré, Liability for Animals: Ulpian and the Compilers, Satura Feenstra (1985) 239 - 250

T. Honoré, Arcadius, also Charisius. Career and Ideology, Index 22 (1994) 163 - 179

H. Honsell, *Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.* Die Kontribution nach der *Lex Rhodia de iactu*, FS Waldstein (1993) 141 - 150

H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Römisches Recht[4] (1987)

F. Horak, Rez. von L. Vacca, Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano (1976), IVRA 27 (1976) 143 - 149

F. Horak, Etica della giurisprudenza, in: D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di S. Marino, 7 - 9 gennaio 1993) (1996) 163 - 183

P. Huvelin, Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I. Les sources. Parte I (1915; Ndr. 1968)

P. Huvelin, L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol, RH 42 (1918) 73 - 101

B. Huwiler, Homo et res: Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht, Mél. Wubbe (1993) 207 - 272

B.S. Jackson, Liability for Animals in Roman Law: An Historical Sketch, CLJ 37 (1978) 122 - 143

G. Jahr, Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren (1960)

U. John, Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo (1970)

E.-H. Kaden, Das Schrifftum der Jahre 1950 - 1953 zur römischen Bereicherungslehre, SZ 71 (1954) 555 - 590

O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II/1 (1901)

M. Kaser, Quanti ea res est. Studien zu Litisästimation im klassischen römischen Recht (1935)

M. Kaser, Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht, SZ 65 (1947) 219 - 260

M. Kaser, Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß, SZ 71 (1954) 221 - 241

M. Kaser, Rez. von G. Provera, La pluris petitio nel processo romano I (1958), IVRA 10 (1959) 263 - 268

M. Kaser, Das Geld im römischen Sachenrecht, TR 29 (1961) 169 - 229

M. Kaser, Zur „iusta causa traditionis", Bull 64 (1961) 61 - 97

M. Kaser, In bonis esse (zugleich Rez. von F. Wubbe, Res aliena pignori data, 1960), SZ 78 (1961) 173 - 220

M. Kaser, Römische Rechtsgeschichte[2] (1967)

M. Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht (1966)

M. Kaser, Zum Formproblem der litis constestatio, SZ 84 (1967) 1 - 46

M. Kaser, *Adiudicare* bei der *actio finium regundorum* und bei den Vindikationen, Symb. David 1 (1968) 85 - 109

M. Kaser, Rez von F. De Marini Avonzo, I limiti alla disponibilità della „res litigiosa" nel diritto romano (1967), SZ 86 (1969) 519 - 522

M. Kaser, Die actio furti des Verkäufers, SZ 96 (1979) 89 -128

M. Kaser, Durchgangserwerb, Labeo 26 (1980) 24 - 60

M. Kaser, Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem', SZ 98 (1981) 77 - 146

M. Kaser, 'Ius honorarium' und 'ius civile', SZ 101 (1984) 1 - 114

M. Kaser, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch)[14] (1986)

M. Kaser, Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen, in: ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen (1986) 112 - 154

M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht[2] (1996)

J.M. Kelly, Roman Litigation (1966)

J. Kerr Wylie, 'Actio de pauperie. Dig. Lib. IX, tit. 1', St. Riccobono 4 (1936) 459 - 521

H.T. Klami, Mutua magis videtur quam deposita: Über die Geldverwahrung im römischen Recht (1969)

H. Kiefner, Qui possidet dominus esse praesumitur. Untersuchungen zur Geschichte der Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers seit Placentius, SZ 79 (1962) 239 - 306

H. Kiefner, Klassizität der 'probatio diabolica'?, SZ 81 (1964) 212 - 232

H. Kiefner, Ut lite pendente nil innovetur. Zum Verbot der Verfügung über *res* und *actiones litigiosae* im römischen Recht und im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, GS Kunkel (1984) 117 - 178

G. Klingenberg, Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl. Die These der quidam und die Klassiker, SZ 96 (1979) 229 - 257

G. Klingenberg, Eviktion durch *iniuria iudicis*, Ét. Ankum 1 (1995) 177 - 191

G. Klingenberg, Rez. von Kaser/Hackl, Anzeiger für die Altertumswissenschaft 51 (1998) 250 - 255

F. Kniep, Societas Publicanorum 1 (1896)

R. Knütel, Rez. von R. Greiner, Opera Neratii. Drei Textgeschichten (1973), IVRA 25 (1974) 145 - 162

R. Knütel, Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen. Zu den Grundlagen einzelner Tatbestände des originären Eigentumserwerbs, in: R. Zimmermann/R. Knütel/J. P. Meinecke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999) 549 - 577

J. v. Koschembahr-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht 2 (1906)

H. Kreller, Römisches Recht II. Grundlehren des gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht (1950)

H. Krüger, Die Worte 'qua de agitur' und (res) 'qua de agitur' in den Prozeßformeln, SZ 29 (1908) 378 - 389

H. Krüger, Verweisungsedikte im prätorischen Album, SZ 37 (1916) 230 - 316

B. Kübler, Exegetische und kritische Bemerkungen zu einigen Digestenstellen, SZ 59 (1939) 569 - 581

W. Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen[2] (1967)

E. Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. Rechts- und Dogmengeschichtliche Untersuchung (1883)

F.H. Lawson, Negligence in the Civil Law (1950; Ndr. 1968)

O. Lenel, Palingenesia iuris civilis I/II (1889; Ndr. 1960)

O. Lenel, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung[3] (1927)

R. Leonhard, Consumere, RE IV (1901) 1145 f.

E. Levy, Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht (1915)

E. Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I (1918)

E. Levy, Beweislast im klassischen Recht, IVRA 3 (1952) 155 - 179 (= Gesammelte Schriften I, 1963, 407 - 424

J.Ph. Lévy, Cicéron et la preuve judiciaire, Mél. Lévy-Bruhl (1959) 187 - 197

J.Ph. Lévy, La formation de la théorie romaine des preuves, St. Solazzi (1948) 418 - 438

D. Liebs, Die Klagenkonsumption des römischen Rechts, SZ 86 (1969) 169 - 191

D. Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe (1972)

D. Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, ANRW II/15 (1976) 197 - 286

D. Liebs, Römische Provinzialjurisprudenz, ANRW II/15 (1976) 288 - 362

D. Liebs, The History of the Roman *Condictio* up to Justinian, Ess. Honoré (1986) 163 - 183

D. Liebs, Römisches Recht[4] (1993)

G. Longo, Corso di diritto romano. Le cose - La proprietà e i suoi modi di acquisto (Ndr. 1946)

G. Longo, L'elemento soggetivo nel delitto di furto, in: Ricerche romanistiche (1966) 571 - 600 (= Studi in onore di Pietro De Francisci III, Milano, 1956, 249 - 283)

F. Lucrezi, Senatusconsultum Macedonianum (1992)

U. v. Lübtow, Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht (1952)

U. v. Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato (1971)

U. v. Lübtow, Die Aktionen im Umkreis der „lex Aquilia". *Abwehr gegen Georg Thielmann*, Labeo 30 (1984) 317 - 328

G. MacCormack, Aquilian *Culpa,* Daube Noster (1974) 201 - 224

G. MacCormack, Aquilian Studies, SDHI 41 (1975) 1 - 78

G. MacCormack, Juristic Interpretation of the *lex Aquilia*, St. Sanfilippo I (1982) 253 - 283

G. MacCormack, Ope consilio furtum factum, TR 51 (1983) 271 - 293

P. Maddalena, „Tabula picta": ritorno a Jhering, Labeo 13 (1967) 68 - 74

P. Maddalena, Gli incrementi fluviali nella visione della giurisprudenza classica (1970)

P. Maddalena, „Accedere“ e „cedere“ nelle fonti classiche, Labeo 17 (1971) 169 - 186

G.H. Maier, Prätorische Bereicherungsklagen (1932)

F. Mancaleoni, Sulla commixtio dei nummi, Riv.it. 24 (1897) 198 - 206

U. Manthe, Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus (1982)

D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di S. Marino, 7 - 9 gennaio 1993) (1996)

D. Mantovani, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano² (1999)

M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, APal 26 (1957) 177 - 693

M. Marrone, Rivendicazione (diritto romano), ED 41 (1989) 1 - 29

R. Martini, Genus e species nel linguaggio gaiano, Synt. Arangio - Ruiz (1964) 462 - 468

R. Martini, Le definizioni dei giuristi romani (1966)

C.A. Maschi, La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus, ANRW II/15 (1976) 667 - 707

C.A. Maschi, Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas (1938)

Th. Mayer-Maly, Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht (1956)

Th. Mayer - Maly, Quadriga, Estudios d'Ors II (1987) 853 - 867

R.E. Megarry, Lawyer and Litigant in England (Hamlyn Lectures, 14th. series; 1962)

G. Melillo, Economia e giurisprudenza a Roma (1978)

F. Mercogliano, Un'ipotesi sulla formazione dei „Tituli ex corpore Ulpiani“, Index 18 (1990) 185 - 207

M.A. Messana, Sui *libri definitionum* di Emilio Papiniano. *Definitio* e *definire* nell'esperienza giuridica romana, APal 45 (1998) 61 - 323

K. Misera, Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht, FS Wahl (1973) 25 - 45

K. Misera, Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten (1974)

K. Misera, Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten, FS Kaser (1976) 407 - 435

L. Mitteis, Trapezitika, SZ 19 (1898) 198 - 260

L. Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I. Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen (1908)

M. Molè, Una 'vexata quaestio' in tema di furto, in: St. Volterra III (1971) 69 - 104

Th. Mommsen, Digesta Iustiniani Augusti I/II (1868)

Th. Mommsen, Sextus Pomponius, in: ders., Gesammelte Schriften 2. Juristische Schriften 2 (1905) 21 - 25 (= ZRG 7, 1868, 474 - 479)

Th. Mommsen, Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen, in: ders., Gesammelte Schriften 2. Juristische Schriften 2 (1905) 155 - 171 (= ZRG 9, 1870, 97 - 116)

Th. Mommsen/P. Krüger/A. Watson, The Digest of Justinian 4 (1985)

M. Müller-Ehlen, Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage (1998)

H.L.W. Nelson, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones (1981)

G. Negri, Per una stilistica dei Digesti di Alfeno, in: D. Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di S. Marino, 7 - 9 gennaio 1993) (1996) 135 - 158

B. Nicholas, Introduction to Roman Law (Ndr. 1990)

H. Niederländer, Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung (1953)

Th. Niemeyer, Über den Eigenthumserwerb an Geld durch Vermischung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 42 (1894) 20 - 35

D. Nörr, Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung (1986)

D. Nörr, Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia, RH 6 (1987) 99 - 116

A. Otto, Die Sprichwörter der Römer (1890; Ndr. 1964)

K.E. Otto/B. Schilling/K.F.F. Sintenis (IIg.), Das Corpus Iuris Civilis (Romani) ins Deutsche übersetzt von einem Verein Rechtsgelehrter 4 (1832; Ndr. 1984)

M. Pampaloni, Sull'oggetto del quasi usufrutto, Bull 19 (1907) 85 - 131

M. Pampaloni, Appunti sulla Confusione e sulla Commistione, Bull 37 (1929) 33 - 52

J. Paricio, Estudios sobre las „actiones in aequum conceptae" (1986)

P. Pauw, Actio in factum and the lex Aquilia, The South African Law Journal 97 (1980) 285 - 295

M. Pennitz, Der „Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats (1991)

M. Pennitz, Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionenrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht (2000)

A. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte (1867)

A. Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit I (1873)

S. Perozzi, Le obbligazioni romane, in: Scritti giuridici 2. Servitù e obbligazioni (a cura di U. Brasiello) (1948) 311 - 549

H.H. Pflüger, Über die *probatio diabolica*, AcP 77 (1891) 16 - 27

H.H. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo rechtlich beleuchtet und verwertet (1904)

H.H. Pflüger, Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik (1911)

P.E. Pieler, Gerichtsbarkeit (D. Dominat) RAC 10 (1978) 391 - 492

W. Pika, Ex furtiva causa condicere im klassischen römischen Recht (1988)

M.F. Polaschek/A. Ziegerhofer (Hg.), Recht ohne Grenzen, Grenzen des Rechts (1998)

E. Pólay, Arcadius Charisius als der nachklassische Jurist der Digesten, Sodalitas 5 (1984) 2395 - 2408

E. Pool, De minutulis curat philologus. Was bedeutet videndum/videamus ne?, SZ 100 (1983) 454 - 457

F. Pringsheim, Der Kauf mit fremden Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischen Recht (1916)

F. Pringsheim, Zum römischen Bankwesen (Rez. von R. Herzog, Aus der Geschichte des Bankwesens im Altertum. Tesserae nummulariae, 1919), in: Gesammelte Abhandlungen 2 (1961) 114 - 121

F. Pringsheim, Animus donandi, in: Gesammelte Abhandlungen I (1961) 253 - 289 (= SZ 42, 1921, 273 - 327)

G. Provera, Contributo allo studio del iusiurandum in litem (1953)

G. Provera, La pluris petitio nel processo romano I: La procedura formulare (1958)

G.F. Puchta (/P. Krüger), Cursus der Institutionen 2. System und Geschichte des römischen Privatrechts[10] (1893)

G. Pugliese, L’onere della prova nel processo romano „per formulas“, RIDA 3 (1956) 349 - 422 (= Scritti giuridici scelti I. Diritto romano, 1985, 177 - 252)

G. Pugliese, La preuve dans le procès romain de l'époque classique, Recueils de la Société Jean Bodin 16. La preuve (1964) (= Scritti giuridici scelti I. Diritto romano, 1985, 339 - 412)

D. Pugsley, The Roman Law of Property and Obligations. An historical introduction to some of the main institutions (1972)

D. Pugsley, Americans are aliens, in: ders., Americans are aliens and other essays on Roman Law (1989) 74 - 88

S. Querzoli, Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle *Institutiones* (1996)

F. Raber, Grundlagen klassischer Injurienansprüche (1969)

C. Roddi, I mutamenti della cosa e loro conseguenze giuridiche in diritto romano (1936)

A. Rodger, Paul's Edictal Commentary on the *lex Aquilia*, IJ 25 - 27 (1990 - 1992) 329 - 333

A. Rodger, Vadimonium to Rome (and Elsewhere), SZ 114 (1997) 160 - 196

H. - J. Roth, Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift (1999)

G. Rotondi, Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae, in: Scritti giuridici 2 (1922) 411 - 464 (= APer. 1914)

G. Rotondi, Dalla „lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche, in: Scritti giuridici 2 (1922) 465 - 578 (= Rivista di diritto commerciale 14, 1916, 942 - 970 und Rivista di diritto commerciale 15, 1917, 236 - 295)

Th. Rüfner, Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensurae constant (2000)

G. Sacconi, La „pluris petitio" nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo (1977)

R. Santoro, Studi sulla *condictio*, APal 32 (1971) 181 - 512

F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts 5 (1841)

D. Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (1987)

D. Schanbacher, Ratio legis Falcidiae. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrer Erbschaften in einer Hand (1995)

H.J. Scheltema, Subseciva III. Die Verweisung bei den frühbyzantinischen Rechtsgelehrten, TR 30 (1962) 355 - 357

M. Schermaier, Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht (1992)

M.J. Schermaier, Zur Unterscheidung von Vermischung und Verarbeitung im klassischen römischen Recht, RIDA 39 (1992) 232 - 257

M.J. Schermaier, Teilvindikation oder Teilungsklage. Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht, SZ 110 (1993) 124 - 183

M.J. Schermaier, Rez. von E.A. Daubermann, Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts (1993), SZ 112 (1995) 602 - 612

S. Schipani, Responsabilità „ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della culpa (1969)

H. Schlei, Schenkungen unter Ehegatten. Zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht (1993)

B. Schmidlin/C.A. Cannata, Droit privé romain I. Sources - Famille - Biens² (1984)

F. Schulz, Sabinus-Fragmente in Ulpians Sabinus-Commentar (1906)

F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934; Ndr. 1954)

F. Schulz, Classical Roman Law (1951; Ndr. 1992)

F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (1961) (History of Roman Legal Science², 1953)

F. Schwarz, Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht (1952)

V. Scialoja, Teoria della proprietà nel diritto romano I/II (Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante) (1928/31)

E. Seidl, Tryphoninus und Callistratus, Eranion Maridakis I (1963) 231 - 252

W. Selb, Actiones in factum und Formeltechnik, FS Demelius (1973) 223 - 235

W. Selb, Rez. von E. Valiño, Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia (1973), SZ 94 (1977) 429 - 431

W. Selb, Rez. von E. Valiño, Actiones utiles (1974), SZ 95 (1978) 490 - 495

W. Selb, Formulare Analogien in „actiones utiles" und „actiones in factum" vor Julian, St. Sanfilippo V (1984) 729 - 759

W. Selb, Formulare Analogien in „actiones utiles" und „actiones in factum" am Beispiel Julians, St Biscardi III (1982) 315 - 350

H. Siber, Naturalis obligatio, GS Mitteis (1926) 1 - 88

D. Simon, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozeß (1969)

A. Simonius, Zur Frage einer einheitlichen „causa condictionis", FS Lewald (1953) 161 - 174

A. Söllner, Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae (1969)

S. Solazzi, L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I² (1935)

P. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht 1 (1902)

P. Sokolowski, Die Lehre von der Specification. Ein Beispiel römischer Juristenphilosophie in ihrem Verhältnis zur modernen Gesetzgebung, SZ 17 (1896) 252 - 311

R. Sotty, Les actions qualifiées d'„utiles" en droit classique, Labeo 25 (1969) 139 - 162

A. Soubie, Recherches sur les origines des rubriques du Digeste (1960)

H. - D. Spengler, Studien zur Interrogatio in iure (1994)

J.E. Spruit, Nocturne: eine Auslegung von Alfenus D. 9,2,51,1 aus soziologischer Sicht, TR 63 (1995) 247 - 262

P. Stein, School Attitudes in the Law of Delict, St. Biscardi (1982) 281 - 293

A. Steinwenter, Fundus cum instrumento. Eine agrar - und rechtsgeschichtliche Studie (1942)

A. Steinwenter, Rhetorik und römischer Zivilprozeß, SZ 65 (1947) 69 - 120

F. Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RIDA 9 (1962) 357 - 416

F. Sturm, La nature juridique de la *rei vindicatio*, Ét. Ankum 2 (1996) 505 - 511

M. Talamanca, Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani, in: La filosofia greca e il diritto romano II (Accademia nazionale dei Lincei; 1977)

M. Talamanca, Processo civile (Diritto romano), ED 36 (1987)

J.B. Thayer, Lex Aquilia (Digest IX, 2, ad legem Aquiliam), Text, Translation and Commentary. On Gifts between Husband and Wife (Digest XXIV,1, de donationibus inter virum et uxorem), Text and Commentary (1929)

G. Thielmann, „Actio utilis" und „actio in factum". Zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia, St. Biscardi II (1982) 295 - 318

A. Thier/I. Pfeifer/Ph. Grzimek (Hg.), Kontiuitäten und Zäsuren in der europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker München 22. - 24. Juli 1998 (1999)

R.M. Thilo, Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation (1980)

G. Thür, Justinians Publiciana und directa „in rem", SZ 89 (1972) 362 - 375

G. Thür, Komplexe Prozeßführung dargestellt am Beispiel des Trapezitikos (Isokr. 17), in: H.J. Wolff/J. Modrzejewski/D. Nörr (Hg.), Symposion 1971. Vorträge zur griechischen Rechtsgeschichte (1975) 157 - 188

G. Ürögdi, Fiscus (privatrechtlich), RE Suppl 10 (1965) 222 - 230

G. Valditara, Superamento del *aestimatio rei* nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai *non domini* (1992)

G. Valditara, Damnum iniuria datum (1996)

E. Valiño, Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia (1973)

E. Valiño, Actiones utiles (1974)

J.C. van Oven, La „forêt sauvage" de la condictio classique, TR 22 (1954) 267 - 307

P. van Warmelo, Aspects of Joint Ownership in Roman Law, TR 25 (1957) 125 - 195

P. van Warmelo, Les actions autour de la loi Aquilie, St. Biscardi II (1982) 351 - 361

P. Voci, L'errore nel diritto romano (1937)

P. Voci, Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano) (1952)

P. Voci, Diritto ereditario romano I. Introduzione, parte generale (1960)

P. Voci, Diritto ereditario romano II. Parte speciale: Successione ab intestato, successione testamentaria² (1963)

P. Voci, Rez. von A. Dell'Oro, Le cose collettive nel diritto romano (1963), SDHI 30 (1964) 434 - 437

P. Voci, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, SDHI 56 (1990) 29 - 143

A. Völkl, Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht. Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injurienrecht (1984)

A. Wacke, Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des *pecuniam consumere*, Bull 79 (1976) 49 - 144

A. Wacke, Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy, SZ 109 (1992) 411 - 449

A. Wacke, Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote der wirtschaftlichen Vernunft. Der Macedonianische Senatsbeschluß in Theorie und Praxis, SZ 112 (1995) 239 - 329

A. Wacke, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten. Zur Dogmatik und vergleichenden Geschichte des § 185 Abs. 2 BGB, SZ 114 (1997) 197 - 232

A. Wacke, Die Konvaleszenz von Pfandrechen nach römischem Recht (Rezensionsmiszelle zu D. Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, 1987), SZ 115 (1998) 438 - 461

H. Wagner, Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians) (1974)

A. Walde/J.B. Hofmann, Lateinisches etymologisches Wörterbuch 2³ (1954)

A. Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic (1965)

A. Watson, The Law of Property in the Later Roman Republic (1968)

L. Wenger, Prätor und Formel (1926)

L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts (1953)

G. Wesener, usus fructus, RE 9 A 1 (1961) 1137 - 1176

F. Wieacker, Protopraxie und „ius pignoris" im klassischen Fiskalrecht, FS Koschaker 1 (1939) 218 - 257

F. Wieacker, Vom römischen Recht. Zehn Versuche² (1961)

F. Wieacker, Rez. von F. Wubbe, Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains e modernes (1963), TR 33 (1965) 469 - 475

F. Wieacker, Rez. von G. Diósdi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970), SZ 89 (1972) 415 - 425

F. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur I: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik (1988)

H.J. Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht (1972)

H. Wieling, Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht, SZ 102 (1985) 291 - 326

W. Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschen Recht. Kritik und Aufbau (Festschrift der Universität Graz 1933/1934) (1934)

R. Willvonseder, Die Verwendung der Denkfigur der „*condicio sine qua non*" bei den römischen Juristen (1984)

M. Wimmer, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten (1995)

B. Windscheid(/Th. Kipp), Lehrbuch des Pandektenrechts I⁸ (1900)

B. Winiger, La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum (1997)

L. C. Winkel, Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung I. Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian (1985)

M. Wlassak, Vindikation und Vindikationslegat. Studien zur Erforschung des Sachenrechts der Römer, SZ 31 (1910) 196 - 321

M. Wlassak, Die Aquilianische Stipulation, SZ 42 (1921) 394 - 451

M. Wlassak, Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit. I. Teil (1924)

J.G. Wolf, Das sogenannte Ladungsvadimonium, Satura Feenstra (1985) 59 - 69

J.G. Wolf, Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die Streitbeilegung zwischen L. Faenius Eumenes und C. Sulpicius Faustus, St. Sanfilippo VI (1985) 769 - 788

J.G. Wolf/J.A. Crook, Rechtsurkunden in Vulgärlatein aus den Jahren 37 - 39 n.Chr. (1989)

Ch. Wollschläger, Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft, FS Wieacker (1985) 41 - 88

F. Wubbe, Res aliena pignori data. De verpanding van andermans zaak in het klassieke romeinse recht (1960)

F.B. Wubbe, Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne, RIDA 8 (1961) 417 - 440

F. Wubbe, Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains e modernes (1963)

F. Wubbe, Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?, SZ 80 (1963) 175 - 205

F. Wubbe, Ungewissheit und Unbehagen in Eigentumsfragen, GS Jäggi (1977) 95 - 133

F. Wubbe, *Ergo et Publicianam habebit?* Fragen zur Aktivlegitimation, Ét. Ankum 2 (1996) 646 - 656

S.E. Wunner, Rechtsfolgen der Konsumption fremder Sachen, GS Kunkel (1984) 583 - 610

U. Zilletti, La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano (1961)

R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (Ndr. 1996)

R. Zimmermann/R. Knütel/J. P. Meinecke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999)

J. Zoder, Ueber den Eigentums - Erwerb an Geld durch ununterscheidbare Vermischung und Verausgabung (1896)