

Begleitfall

zum Lehrbuch *Römisches Recht* von Alfred Söllner
und Christian Baldus, Heidelberg 2022

Erarbeitet von:

Ass. iur. Robin Repnow, B.A. (Heidelberg)

Dr. iur. Aaron Stumpf, B.A. (Heidelberg/München)

Online veröffentlicht: 23.02.2023

Sachverhalt:

A hat B formfrei die Überlassung einer Kuh versprochen. Im Gegenzug soll B ihm ein landwirtschaftliches Gerät geben. B übergibt das Gerät, A aber nicht die Kuh. Eines Tages findet A seine Kuh nicht mehr auf seiner Weide. Auf der Weide des B steht eine Kuh, die der des A auffällig gleicht. B sagt, es handele sich um ein Tier, das er jüngst von einem Dritten erworben habe.

- a) B hat die Kuh nachts auf seine eigene Weide getrieben. Das hat ein Zeuge gesehen.
- b) Die Kuh ist von der Weide des A auf die des B gelaufen. Das hat ein Zeuge gesehen. Hinreichende Sicherungen der Weideflächen hatte weder A noch B vorgenommen.
- c) Es lässt sich nicht aufklären, was geschehen ist und woher die neu zu B gekommene Kuh stammt.

Variante:

A ist einige Tage schwer krank, sodass ihm das Fehlen der Kuh nicht auffällt. Sein einziger Familienangehöriger, sein ehelich geborener Sohn S, hält sich bei entfernt lebenden Freunden auf; als er wieder zu Hause eintrifft, ist sein Vater bereits verstorben. Ein Testament hinterlässt A nicht. Beim Nachzählen des Viehbestandes fällt S auf, dass eine Kuh fehlt.

Welche Rechtsbehelfe stehen A bzw. S zu?

Inhaltsübersicht

I. <i>Rei vindicatio</i>	4
1. Einsetzung des Streitverfahrens.....	4
2. Eigentum des A	5
3. Besitz des B	7
4. <i>Exceptiones</i>	7
a) <i>Exceptio rei venditae et traditae</i>	8
b) <i>Exceptio doli</i>	13
c) <i>Exceptio in factum</i>	15
d) <i>Exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat</i>	15
e) Zwischenergebnis	16
5. <i>Replicatio doli</i>	16
6. Ergebnis und Rechtsfolge	17
II. <i>Hereditatis petitio</i>	18
1. Erbenstellung des S	18
2. Erbschaftsbesitz des B	18
3. <i>Exceptiones</i>	20
4. Ergebnis und Rechtsfolge	20
III. <i>Actio furti</i>	20
1. <i>Contrectatio fraudulosa</i>	22
2. <i>Lucri faciendi gratia</i>	24
3. Ergebnis und Rechtsfolge	26
IV. <i>Condictio furtiva</i>	26
V. <i>Interdictum utrubi</i>	28
1. Besitz des A bzw. des S	29
2. Besitz des B	31
3. Vor- und nachklassisches Recht	32
4. Ergebnis und Rechtsfolge	33
VI. <i>Interdictum quorum bonorum</i>	33
VII. Konkurrenzen	34
VIII. Annex: Rechtsbehelfe von B gegen A	35
IX. Gesamtergebnis	35
Zitierte Literatur	37

Lösung*

Die folgenden Ausführungen sollen einen Überblick dazu geben, wie der beschriebene Fall zu verschiedenen Zeitpunkten in der Entwicklung des römischen Rechts beurteilt worden wäre. Sie sollen zugleich einen Eindruck von der Denk- und der Argumentationsweise der römischen Juristen vermitteln – und davon, welchen Schwierigkeiten und Unsicherheiten man bei der Erforschung des römischen Rechts begegnet. Der Fall berührt zahlreiche sehr problematische Fragen; an vielen Stellen ist eine andere Ansicht gut vertretbar und zu vielen Gesichtspunkten hätte noch deutlich mehr geschrieben werden können.

Die in Klammern stehenden Verweise mit dem Pfeil-Symbol → nehmen Bezug auf die Abschnitte im Lehrbuch „Römisches Recht“ von Söllner/Baldus, in denen die betreffenden Themen behandelt werden. Die in den Fußnoten gegebenen Literaturhinweise beschränken sich bewusst weitgehend auf überblicksartige und einführende Werke in deutscher Sprache. Dies vermittelt jedoch kein repräsentatives Bild der Fachliteratur: Die Wissenschaft vom römischen Recht ist sehr international geprägt; besonderes Gewicht hat die italienische Forschung. Weiterführende Literaturhinweise finden sich im Anhang des Lehrbuchs (→ S. 269ff.) und im Lehrbuch „Römisches Privatrecht“ von Kaser/Knütel/Lohsse (insbesondere § 3 Rn. 18–29).

Aufgrund des aktionenrechtlichen Denkens, das für das römische Recht prägend war (→ § 8 I; § 12 III 1), ist die Prüfung nach Rechtsbehelfen gegliedert. Da die klassische Rechtslage bei den meisten Rechtsinstituten deutlich besser belegt und erforscht ist als die vorklassische oder die spätantike, erfolgt die Darstellung in der Regel ausgehend vom klassischen Recht.

Aus didaktischen Gründen wurde ein Aufbau gewählt, der an manchen Stellen Verweise nach unten erforderlich macht. Dies entspricht nicht dem Vorgehen, das in juristischen Prüfungsarbeiten ratsam ist: Dort sollten Verweise nach unten unter allen Umständen vermieden werden.

Wenn von A die Rede ist, bezieht sich die betreffende Aussage auch auf seinen Sohn S, wenn nicht auf das Gegenteil ausdrücklich hingewiesen wird. Ist von S die Rede, ist stets nur S gemeint.

* Die Verfasser danken Herrn Prof. Dr. Christian Baldus (Heidelberg), Herrn Prof. Dr. Christian Reiter (Osnabrück) und Frau stud. iur. Andreea Ionita (Heidelberg) für ihre hilfreichen Anregungen.

I. *Rei vindicatio*

Zunächst kommt eine Sachverfolgung mittels *rei vindicatio* in Betracht. Diese Herausgabeklage des Eigentümers gegen den unberechtigten Besitzer existierte zunächst als *legis actio sacramenti in rem* (→ § 8 II), dann als *actio in rem per sponsionem*, noch später als Klage nach dem Formular- und schließlich nach dem Kognitionsverfahren.¹ Teils wird angenommen, in der Frühzeit habe es noch keine Möglichkeit der selbstständigen Sachverfolgung gegeben.² Diese Frage ist jedoch schwer zu beurteilen, da aus der Frühzeit des römischen Rechts keine Quellen direkt überliefert sind. In den erhaltenen späteren Quellen ist eine Zeit, in der eine Sachvindikation noch nicht möglich war, zumindest nicht fassbar. Spätestens ab der frühen Republik hatte A in jedem Fall die Möglichkeit, gegen B eine *rei vindicatio* anzustellen. Als *res Mancipi* (→ § 8 II 4; § 11 III), konnte die Kuh auch zu jedem Zeitpunkt Gegenstand einer Vindikation sein.³ Die Formel⁴ der formularen *rei vindicatio* lautet (→ § 12 III 3; § 13 I):

Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Wenn es sich erweist, dass die Sache, deretwegen geklagt wird, nach dem Recht der Quiriten Aulus Agerius gehört und diese Sache nicht nach dem Ermessen des Richters dem Aulus Agerius herausgegeben wird, dann verurteile, Richter, Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius zu so viel Geld, wie die Sache wert ist; wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

1. Einsetzung des Streitverfahrens

Da es sich bei der *rei vindicatio* um eine *actio in rem* handelte, war es zu jeder Zeit erforderlich, dass der Beklagte mit der Sache vor Gericht erschien⁵ und sich auf den Streit einließ (→ § 23 I; II 4). Tat er dies nicht, konnte kein Prozess zustande kommen.⁶

Um den Beklagten zur Vorlage der Sache zu zwingen, existierte ungefähr ab der mittleren Republik⁷ die *actio ad exhibendum* (→ § 23 II 4). Bei dieser handelte es sich um

¹ Überblick: HRP/Baldus, § 59 Rn. 26–51.

² So Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 127; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 37 Rn. 2: Vielmehr habe der Eigentümer einer Sache diese nur im Rahmen der Diebstahlsverfolgung herausverlangen können, die aber einen entsprechend weiteren Anwendungsbereich gehabt habe (zur Diebstahlsverfolgung unten III). A.A. Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 92f. Zu den Voraussetzungen für die Existenz der Sachvindikation vgl. weiterhin HRP/Baldus, § 59 Rn. 26.

³ Teils wird vertreten, die *rei vindicatio* sei ursprünglich nur für *res Mancipi* möglich gewesen und erst später für *res nec Mancipi* eröffnet worden, vgl. Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 127. Allgemein zum Objekt der Vindikation HRP/Baldus, § 59 Rn. 79–120.

⁴ Lenel, Edictum Perpetuum, S. 185f.; ebenso Mantovani, Formule, S. 37f.

⁵ Jedenfalls im Legisaktionenprozess gab es aber ein spezielles (symbolisches) Verfahren für Grundstücke und sperrige Sachen, vgl. Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 101f.

⁶ Vgl. HRP/Baldus, § 59 Rn. 57; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 4 Rn. 8; § 37 Rn. 12.

⁷ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 127f.; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 93f. – Die Rechtslage vor Entwicklung der *actio ad exhibendum* ist unklar. Es ist aber davon auszugehen, dass der Kläger einer *actio in rem* in jeder Epoche effektive Möglichkeiten hatte, um die andere Seite zur Vorlage der Sache zu zwingen.

eine *actio in personam*, sodass der Beklagte gezwungen werden konnte, sich auf sie einzulassen.⁸ Wer mit der *actio ad exhibendum* belangt wurde und die Sache nicht vorlegte, wurde in den Betrag verurteilt, der dem Interesse des Klägers an der Vorlegung entsprach.⁹

Erschien der Beklagte (freiwillig oder infolge der *actio ad exhibendum*) mit der Sache vor Gericht, aber verweigerte die Einlassung auf den Streit, wurde der Kläger ermächtigt, die Sache mit sich wegzuführen.¹⁰ Dabei blieb jedoch die Eigentumsfrage unentschieden, sodass dem Beklagten die Möglichkeit blieb, die Sache ggf. mittels einer eigenen *rei vindicatio* zurückzuverlangen (dazu siehe unten VIII.).¹¹ Sofern B die Streiteinlassung verweigerte, erhielt A mithin in allen Epochen zumindest den Besitz an der Kuh.

2. Eigentum des A

Aktivlegitimiert ist der Eigentümer der Sache (→ § 23 II 1). In altrömischer Zeit wurde das Eigentum wohl relativ verstanden: Im Legisaktionenverfahren kam der Prozess nur zustande, wenn beide Parteien ihre Berechtigung behaupteten. Im Prozess wurde in der Folge entschieden, welche der Parteien das relativ gesehen „bessere“ Recht hatte.¹² Demnach agierten die Parteien auf einer Ebene und mussten beide versuchen, ihre behauptete Rechtsposition zu beweisen (→ § 8 II 2).¹³ Im Laufe der Republik wurde ein Eigentumskonzept entwickelt, das mit dem heutigen vergleichbar ist.¹⁴ Diese Berechtigung musste der Kläger beweisen, während der Beklagte nur noch den Beweis des Klägers entkräften, aber kein eigenes Recht mehr glaubhaft machen musste (→ § 12 I 3).¹⁵ Darin kann eine Veränderung der Beweislast zum Nachteil des Klägers gesehen werden.¹⁶ In der Spätantike schließlich könnte es eine zeitweilige Rückkehr zur beiderseitigen Beweislast gegeben haben,¹⁷ ehe spätestens jedoch durch Justinian die klassische Beweislastverteilung wiederhergestellt wurde.¹⁸

Über die Regeln, welchen das Beweisverfahren und die Beweiswürdigung durch den Richter folgten, ist nur wenig bekannt. Jedenfalls in der Klassik war der Zeugenbeweis

⁸ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 37 Rn. 12.

⁹ Ulp. 24 ed. D. 10.4.8.9. Wie dieses zu bestimmen war, ist umstritten. Für eine Gleichsetzung mit dem Betrag, zu dem der Beklagte in der *rei vindicatio* verurteilt worden wäre, Harke, *Actio ad exhibendum*, S. 84–86; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 7 Rn. 12; a.A. HRP/Baldus, § 65 Rn. 94f.

¹⁰ Vgl. Ulp. 1 ed. D. 2.3.1.1. Verschärfung: Nov. Iust. 18.10.

¹¹ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 205; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 7 Rn. 12. Für das Legisaktionenverfahren wird teils vermutet, der Prätor habe in einem solchen Fall den Streit in der Sache entschieden, sodass dem Beklagten keine Möglichkeit der Rückforderung blieb, vgl. Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 93f.; a.A. Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 127f.

¹² Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 130f.; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 103f.; vgl. HRP/Klinck, § 39 Rn. 3.

¹³ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 130f.; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 103f.; vgl. HRP/Varvaro, § 9 Rn. 38; HRP/Baldus, § 59 Rn. 27 und 31.

¹⁴ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 401f.; HRP/Baldus, § 59 Rn. 40; HRP/Klinck, § 39 Rn. 4.

¹⁵ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 432; HRP/Baldus, § 59 Rn. 35, 41–44 und 142; vgl. HRP/Klingenberg, § 13 Rn. 33f.

¹⁶ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 432 Fn. 7.

¹⁷ Const. CTh. 11.39.1; anders HRP/Baldus, § 59 Rn. 48 und 197.

¹⁸ Wohl durch Nichtaufnahme von CTh. 11.39.1 in den Codex Iustinianus, vielleicht bereits durch Arcad./Honor. CTh. 11.39.12, spätestens aber durch Nov. Iust. 18.10.

allgemein zulässig¹⁹ und der Richter in seiner Beweiswürdigung frei.²⁰ In der Frühzeit könnten auch rituelle Akte, Gottesurteile und Omina eine Rolle gespielt haben²¹ und noch in der Republik mag es Beweiswürdigungsregeln gegeben haben, die den Richter bei der Bewertung des Einzelfalls teilweise einschränkten.²² Auch in der Spätantike scheint teilweise auf feste Beweisregeln zurückgegriffen worden zu sein, was insbesondere zu einer Einschränkung des Zeugenbeweises führte, ehe Justinian den klassischen Zustand weitgehend wiederherstellte.²³

Gemessen hieran dürfte in den Fällen a) und b) die Zeugenaussage, der zufolge die bei B befindliche Kuh aus der Herde des A stammt, grundsätzlich in jeder Epoche gerichtlich berücksichtigt worden sein. Es ist also jeweils davon auszugehen, dass A sein Eigentum an der Kuh beweisen konnte,²⁴ wenngleich diese Aussage für die Frühzeit und die vorjustinianische Spätantike mit einer gewissen Unsicherheit behaftet ist. B kann den Beweis des A nicht entkräften, denn der von ihm behauptete Erwerb von einem Dritten hätte nur dann zu einem Eigentumserwerb durch B führen können, wenn der Dritte seinerseits Eigentum an der Kuh gehabt und B diese manzipiert hätte. Dies kann B in keinem Fall beweisen.

Auch ein Eigentumserwerb des B durch *usucapio* (→ § 11 III 3) ist fernliegend: Unabhängig von der Frage nach einer *causa* deutet zumindest nichts auf den Ablauf der Ersitzungsfrist hin, die für die Kuh als bewegliche Sache in klassischer Zeit ein Jahr betragen hätte.²⁵ Ferner liegen die Voraussetzungen eines originären Eigentumserwerbs durch *occupatio* nicht vor: Dafür hätte die Kuh herrenlos sein, d. h. A hätte zunächst sein Eigentum an ihr verlieren müssen. Anders als bei wilden Tieren²⁶ verlor der Eigentümer eines zahmen Tieres wie einer Kuh sein Eigentum nicht, wenn sich das Tier räumlich von ihm entfernte.²⁷

In Fall c) kann A hingegen nicht beweisen, dass die bei B befindliche Kuh in seinem Eigentum steht. Dies dürfte jedenfalls in klassischer Zeit und unter Justinian zum Prozessverlust geführt haben. Wie Fall c) in altrömischer Zeit sowie in der vorjustinianischen Spätantike entschieden worden wäre, ist dagegen unklar, denn immerhin kann auch B das von ihm behauptete Eigentum nicht beweisen. Vielmehr erscheint der von ihm behauptete Gang der Ereignisse deshalb unplausibel, weil er für den von ihm behaupteten Erwerb von einem Dritten keine Zeugen vorweisen kann – dabei würde der betreffende Veräußerer B im Fall einer erfolgreichen Vindikation des A ggf. mit der

¹⁹ Allgemein zum Zeugenbeweis im Formularverfahren HRP/Klingenberg, § 13 Rn. 41–50; vgl. auch die im Digestentitel D. 22.5 gesammelten Aussagen klassischer Juristen.

²⁰ HRP/Klingenberg, § 13 Rn. 6.

²¹ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 30–32; vgl. auch Wieacker, Römische Rechtsgeschichte 1, S. 272–274.

²² Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 117f.

²³ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 595–599 und 605–607; vgl. auch HRP/Willems, § 15 Rn. 24, 26 und 40.

²⁴ Zu den möglichen Schwierigkeiten des Eigentumsbeweises bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb vgl. aber Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 363f.; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 37 Rn. 6.

²⁵ Gai. 2.42; Inst. 2.6 pr.

²⁶ Das Eigentum an gefangenen (Gai. 2.67; Gai. 2 cott. D. 41.1.3.2 und 5 pr.) und gezähmten (Gai. 2.68; Gai. 2 cott. D. 41.1.5.2–5) wilden Tieren geht unter, wenn sie ihre Freiheit wiedererlangen.

²⁷ Gai. 2 cott. D. 41.1.5.6; I. 2.1.16; Ulp. 19 ed. D. 41.1.44.

*actio auctoritatis*²⁸ (→ § 11 III 2), der *actio empti* oder aufgrund einer entsprechenden Strafstipulation²⁹ haften. Zwar könnte der aktuell bestehende Besitz für B sprechen,³⁰ doch erscheint es zumindest möglich, dass A in altrömischer Zeit sowie in der Spätantike auch in Fall c) als aktivlegitimiert angesehen worden wäre.

Durch die Variante, in der A verstorben ist, ergeben sich in keiner der Fallkonstellationen Unterschiede: S ist in Ermangelung eines Testaments und anderer Familienangehöriger (etwa einer in *manus*-Ehe verheirateten Ehefrau, → § 11 II 1) als Hauserbe (*suus heres*, → § 11 II 4) Alleinerbe des A geworden.³¹ Die Erbfolge der *sui* war bereits in der ältesten Entwicklungsstufe des römischen Rechts anerkannt.³² Als Erbe des A tritt S in dessen gesamte Rechtsposition ein;³³ eines ausdrücklichen Erbschaftsantritts bedarf es dafür bei *sui heredes* – anders als bei Außenerben – nicht.³⁴ Für den Eigentumsbeweis durch S gilt somit grundsätzlich dasselbe wie für den Eigentumsbeweis durch A (zu einem Folgeproblem vgl. aber I.4.d) und II.).

3. Besitz des B

Die *rei vindicatio* muss sich grundsätzlich gegen den Besitzer der Sache richten auch wenn sich dies nicht ausdrücklich aus der Prozessformel ergibt (→ § 23 II 1).³⁵ Manche Details sind unklar,³⁶ aber als unmittelbarer Eigenbesitzer war B zu allen Zeiten tauglicher Beklagter.

4. *Exceptiones*

Soweit die Voraussetzungen einer *rei vindicatio* durch A grundsätzlich gegeben sind – d. h. in den Fällen a) und b), in der Frühzeit und der vorjustinianischen Spätantike womöglich auch in Fall c) –, stellt sich die Frage, ob B dieser eine *exceptio* entgegenhalten kann. Durch eine *exceptio* wurde den in der Prozessformel enthaltenen Verurteilungsvoraussetzungen eine Ausnahme hinzugefügt (→ 12 III 4).³⁷ *Exceptiones* wurden für das Formularverfahren entwickelt, aber galten im klassischen und spätantiken Kognitionsverfahren zumindest im Grundsatz fort, auch wenn sich teils die Begrifflichkeiten änderten und die Richter bei ihrer rechtlichen Würdigung des Parteivorbringens freier waren.³⁸ Inwiefern die Tatbestände, für die ab dem Formularverfahren eine

²⁸ Vgl. *Reiter*, Römisches Privatrecht, S. 85.

²⁹ Vgl. *Reiter*, Römisches Privatrecht, S. 145.

³⁰ Da im altrömischen Recht Besitz und Eigentum wohl noch nicht scharf getrennt wurden, konnte unter Umständen der Nachweis von *usus* an der Sache genügen, um in einem Vindikationsprozess zu obsiegen, vgl. *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, S. 103f.

³¹ Vgl. *Babusiaux*, Römisches Erbrecht, S. 50–52; *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 77 Rn. 1.

³² *Babusiaux*, Römisches Erbrecht, S. 51; *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 76 Rn. 5.

³³ HRP/*Strobel*, § 56 Rn. 1 und 4f.; *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 76 Rn. 1.

³⁴ HRP/*Strobel*, § 56 Rn. 6 und 12f.; *Babusiaux*, Römisches Erbrecht, S. 91.

³⁵ *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 37 Rn. 9.

³⁶ Überblick: HRP/*Baldus*, § 59 Rn. 156–199.

³⁷ Allgemein HRP/*Platschek*, § 106; *Kaser/Knütell/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 5 Rn. 13, § 7 Rn. 9 und § 8 Rn. 13.

³⁸ *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, S. 486–490 und S. 582–586; vgl. HRP/*Willems*, § 15 Rn. 5 und 22.

exceptio galt, bereits vor der Entwicklung des Formularverfahrens rechtliche Berücksichtigung fanden, ist indes unklar. Auch wenn prozessuale Rahmenbedingungen, Voraussetzungen und eventuelle Fallgruppen völlig im Dunkeln liegen, erscheint schwer vorstellbar, dass der Beklagte im Legisaktionenverfahren überhaupt keine Einwände vorbringen konnte.³⁹ Möglich erscheint insbesondere, dass der Richter einer *legis actio sacramenti in rem* bei der bereits erwähnten (oben I.2) umfassenden Abwägung der Frage, wer das relativ „bessere“ Recht hatte, auch Tatbestände berücksichtigte, für die später eine *exceptio* galt. Die in den folgenden Jahrhunderten entwickelten Fallgruppen wird er dabei natürlich nicht vor Augen gehabt haben; gleichwohl ist es möglich, dass in der Frühzeit trotz der fehlenden dogmatischen Unterfütterung ähnliche Gedankengänge angestrengt und ähnliche Wertungen vorgenommen wurden wie in der Klassik. Dennoch müssen eventuelle Rückschlüsse vom klassischen auf das archaische Recht als höchst spekulativ gelten.

a) *Exceptio rei venditae et traditae*

Hätte B die Kuh gekauft und A sie ihm formfrei übergeben, dann stünde B gegen die *rei vindicatio* des A in klassischer Zeit die *exceptio rei venditae et traditae* (→ § 12 III 3) zu. Die Formel⁴⁰ dieser *exceptio* lautet:

Si non Aulus Agerius fundum, quo de agitur, Numerio Negidio vendidit et tradidit.

Wenn nicht Aulus Agerius das Grundstück, um das es geht, dem Numerius Negidius verkauft und übergeben hat.

Der Erbe eines Verkäufers wurde in Bezug auf die *exceptio* so behandelt wie der Verkäufer selbst;⁴¹ der Tod des A in der Variante macht also keinen Unterschied. Allerdings liegt kein Kauf vor, sondern ein formfrei (d.h. nicht stipulationsweise) vereinbarter Tausch. Es stellt sich also die Frage, ob diese für den Kauf entwickelte *exceptio* auch auf den Tausch Anwendung finden kann. In der Klassik war zwischen den Rechtsschulen (→ § 23 III) umstritten, ob kaufrechtliche Regeln auf den Tausch anwendbar waren: Die Sabinianer betrachteten den Tausch als eine Art des Kaufvertrages; die Prokulianer hingegen sahen den Tausch nicht als Vertrag an (→ § 23 III 4).⁴²

Der Spätklassiker Paulus – nach einer vereinzelt gebliebenen Ansicht⁴³ ein später Vertreter der sabinianischen Schule – schreibt zu dieser Frage:

³⁹ Vgl. Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 70–72, 259f.; HRP/dalla Massara, § 108 Rn. 10f.

⁴⁰ Lenel, Edictum Perpetuum, S. 511; ebenso Mantovani, Formule, S. 99; vgl. auch Reiter, Römisches Privatrecht, S. 96f. – Dass in der Formel von einem Grundstück die Rede ist, hat keine Bedeutung; in der Praxis setzte der Prätor stets den konkreten Streitgegenstand ein (ähnlich bei den Formeln der *actio furti*, der *condictio certae rei* und des *interdictum utrubi*, die unter III. bis V. behandelt werden). Anders als im BGB hatte die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen im römischen Recht keine grundlegende systematische Bedeutung.

⁴¹ Her. 6 iur. epit. D. 21.3.3.1.

⁴² Paul. 33 ed. D. 18.1.1.1; Gai. 3.141; Inst. 3.23.2; vgl. HRP/Ernst, § 79 Rn. 33; HRP/Babusiaux, § 90 Rn. 25f.

⁴³ Behrends, in: Text und Kommentar, S. 457f.; Möller, FS Liebs, S. 455–468.

Paul. 33 ed. D. 18.1.1 pr.–1

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, [...]. 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 [...] subveniret. [...] nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse. [...] sed verior est Nervae et Proculi sententia: 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.

Paulus in seinem 33. Buch zum Edikt

Der Ursprung des Kaufens und Verkaufens liegt im Tauschen. Einst gab es nämlich noch kein Geld, und man nannte noch nicht die eine Sache Ware, die andere Preis; sondern jeder tauschte nach den Bedürfnissen der jeweiligen Zeiten und Umstände Entbehrliches gegen Nützliches, [...]. Aber weil es nicht immer und nicht leicht zusammentrifft, dass dann, wenn du etwas hast, das ich haben will, auch ich etwas habe, das du anzunehmen bereit bist, wurde ein Stoff gewählt, dessen allgemeine und dauerhafte Wertschätzung den Schwierigkeiten des Tauschens [...] abhelfen sollte. [...] und man bezeichnet nicht mehr beides als Ware, sondern das eine als Preis. Ob man aber auch heute noch ohne Geldzahlung von einem Kauf sprechen kann, zum Beispiel wenn ich eine Toga gegeben habe, um eine Tunika zu erhalten, wird bezweifelt. Sabinus und Cassius meinen, es handle sich um einen Kauf, Nerva und Proculus meinen, es sei ein Tausch, kein Kauf. [...] Doch die Ansicht von Nerva und Proculus ist richtiger. Wie nämlich ein Unterschied zwischen Verkaufen und Kaufen, zwischen Käufer und Verkäufer besteht, so besteht ein Unterschied auch zwischen Preis und Ware. Bei einem Tausch kann nicht unterschieden werden, wer Käufer und wer Verkäufer ist.

Auffällig ist an diesen Ausführungen, dass Paulus keine Zeitgenossen, sondern ausschließlich Juristen der Frühklassik zitiert. Andernorts stellt er (sofern die Stelle authentisch ist) lediglich die prokulianische Ansicht dar und suggeriert, es sei allgemein anerkannt, dass im Fall eines Tauschs keine Kaufklagen möglich seien.⁴⁴ Dies könnte darauf hindeuten, dass der Streit zu seiner Zeit bereits im prokulianischen Sinne entschieden war. Ein halbes Jahrhundert zuvor hatte der Sabinianer Gaius den Streit noch mit Worten beschrieben, die eine zeitgenössische Diskussion nahelegen.⁴⁵ In den Institutionen Justinians jedenfalls wird berichtet, dass sich die prokulianische Ansicht schließlich durchgesetzt habe (*merito praevaluit*).⁴⁶ Zu welchem Zeitpunkt genau

⁴⁴ Paul 32 ed. D. 19.4.1, insbesondere § 1 (*in factum dandam actionem respondetur*) und § 4.

⁴⁵ Gai. 3.141 ([...] *valde quaeritur: nostri praeceptores putant [...] diversae scholae auctores dissentiunt*).

⁴⁶ Inst. 3.23.2.

dies geschah – also ob die sabinianische Ansicht zur Zeit des Paulus noch vertreten wurde –, ist jedoch unklar. Ebenso ist unklar, welche Ansicht die Praxis bestimmte, als der Streit noch nicht entschieden war.⁴⁷

Es gibt keinen ausdrücklichen Beleg dafür, dass die sabinianische Ansicht zu einer Anwendung der *exceptio rei venditae et traditae* auf getauschte Sachen führte, doch dies dürfte die logische Konsequenz dieser Auffassung sein. Es erscheint demnach gut möglich, dass zumindest zu gewissen Zeitpunkten in der Klassik – bzw. wenn B das Glück hatte, an einen sabinianisch geprägten Richter zu geraten – der Anwendungsbereich der *exceptio rei venditae et traditae* im Fall eines Tauschs als eröffnet angesehen wurde.

Über die Rechtslage vor der Entstehung der beiden Schulen im frühen Prinzipat ist keine gesicherte Aussage möglich: Paulus berichtet, der Kauf habe sich aus dem Tausch entwickelt und beide Rechtsgeschäfte seien zunächst gleich behandelt worden.⁴⁸ Dies könnte bedeuten, dass es die Prokulianer waren, die eine Neuerung einführten, indem sie begrifflich scharf zwischen Kauf und Tausch trennten.⁴⁹ Allerdings kann der Spätklassiker Paulus nicht als verlässliche Quelle für die Frühzeit des römischen Rechts betrachtet werden. Wirtschaftshistorisch ist die Aussage, dass ursprünglich kein Münzgeld existierte, sondern nur der Tauschhandel bekannt war, und dass sich der Kauf mit Geld aus dem Tausch entwickelte, natürlich zutreffend. Aus diesem Umstand dürfte allerdings nichts über die rechtliche Anerkennung des Tauschs abzuleiten sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die *bonae fidei iudicia* (→ § 13 III), zu denen die Kaufklagen gehörten, erst nach Aufkommen der Münzwirtschaft entwickelt wurden (→ § 15 IV). Es ist also durchaus vorstellbar, dass der Kauf zu dem Zeitpunkt, als er erstmals allgemeine rechtliche Anerkennung fand, begrifflich und konzeptionell bereits vom Tausch unterschieden wurde. Dass Paulus (ebenso wie Gaius) die Einbeziehung des Tausches in den Kauf an den Begriffen „Preis“ und „Ware“ festmacht, könnte ebenfalls darauf hindeuten, dass die Terminologie des Kaufes ursprünglich nur auf Geschäfte „Geld gegen Ware“ angewandt wurde und dass es die Sabinianer waren, die eine begriffliche Erweiterung vornehmen wollten.⁵⁰

In der Spätantike kam es nach verbreiteter Auffassung zu einer Aufweichung der Unterscheidung zwischen Kauf und Tausch.⁵¹ Dies wird mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Niedergang und dem Währungsverfall in Zusammenhang gebracht, die teilweise eine Rückkehr zum Tauschhandel erfordert hätten (→ § 24 I 1 und 2). In der neueren Literatur werden demgegenüber auch im Bereich des Kaufrechts eher die

⁴⁷ Frezza, ANRW I.2, 163 (177) meint, die Trennung zwischen Kauf und Tausch habe sich erst unter den Severern durchgesetzt; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 550 geht hingegen davon aus, dass die sabinianische Ansicht nie herrschend war.

⁴⁸ Gai. 3.141 kennzeichnet die Aussage, der Tausch sei die älteste Form des Tauschs, dagegen als Ansicht der Sabinianer: *nostrī praeceptores putant [...] eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse [...]*.

⁴⁹ So wohl Frezza, ANRW I.2, 163 (177).

⁵⁰ So i.E. wohl Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 550.

⁵¹ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 277; Levy, West Roman Vulgar Law, S. 137 und 161; Kaser/Knüttel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 52 Rn. 12.

Kontinuitäten zwischen klassischem und spätantikem Recht betont.⁵² Sofern es eine Verwischung der Unterscheidung zwischen Kauf und Tausch gab, ist unklar, ob daraus – auch in Anbetracht der größeren Freiheiten der Richter im Kognitionsverfahren – Schlüsse in Bezug auf die Anwendung der *exceptio rei venditae et traditae* gezogen werden können. Justinian unterschied jedenfalls wieder klar zwischen Kauf und Tausch.⁵³ Im Ergebnis dürfte also festzuhalten sein, dass eine zeitweise Anwendung der *exceptio rei venditae et traditae* auf den Tausch in der Klassik möglich erscheint und für die Vorklassik sowie die vorjustinianische Spätantike jedenfalls nicht völlig ausgeschlossen werden kann.

Soweit die *exceptio rei venditae et traditae* im Grundsatz auf den Tausch angewandt werden konnte, ergibt sich jedoch das Folgeproblem, dass die oben wiedergegebene Formel der *exceptio* eine Übergabe durch den Verkäufer voraussetzt. Auch der Name der *exceptio* suggeriert, dass eine Übergabe erforderlich war.⁵⁴ Eine solche hat in keiner Fallvariante stattgefunden. Demnach könnte sich B nicht auf die *exceptio* berufen.

Die Formel-Rekonstruktion stützt sich indes auf bloße Indizien und muss nicht zutreffend sein, geschweige denn die Rechtslage aller Epochen widerspiegeln. Der heute übliche Name der *exceptio* ist so (neben der justinianischen Überschrift des Titel D. 21.3) nur bei dem Spätklassiker Paulus und dem Nachklassiker Hermogenian belegt.⁵⁵ Das Vorkommen anderer Bezeichnungen⁵⁶ und eine Vielzahl von Fragmenten, die im Zusammenhang mit der *exceptio* keine *traditio* erwähnen,⁵⁷ könnten darauf hindeuten, dass die Voraussetzungen der *exceptio* weniger klar definiert waren, als es auf den ersten Blick den Anschein hat, oder dass der Zusatz *et traditae* lediglich den praktischen Regelfall, aber keine notwendige Voraussetzung bezeichnete. Aufgrund der Unsicherheiten in der Terminologie und den nur schwer zu fassenden Voraussetzungen der *exceptio rei venditae et traditae* wurde sogar vertreten, es habe sich gar nicht um eine ediktale *exceptio* mit feststehenden Voraussetzungen, sondern vielmehr um eine Fallgruppe der *exceptio doli* gehandelt.⁵⁸ Diese bot dem Richter einen vergleichsweise großen Beurteilungsspielraum (näher unten b)).

Konkret für die Bedeutung einer dem Eigentümer zurechenbaren *traditio* spricht, dass Ulpian im Fall einer im Auftrag des Eigentümers verkauften Sache die Anwendung der *exceptio rei venditae et traditae* davon abhängig macht, ob die Übergabe an den Käufer den Anweisungen des Eigentümers entsprach.⁵⁹ Dem scheint jedoch eine von Ulpian an anderer Stelle überlieferte Entscheidung Papinians zu widersprechen, der in

⁵² Vgl. etwa HRP/Ernst, § 79 Rn. 435–448 mwN. – Jedenfalls Diokletian scheint sich in mehreren Konstitutionen (C. 4.64.3–8) um eine Unterscheidung der beiden Rechtsgeschäfte zu bemühen (was aber auch bedeuten kann, dass manchen seiner Zeitgenossen der Unterschied gerade nicht klar war).

⁵³ Dies ist bereits aus dem Digestentitel 19.4 sowie aus Inst. 3.23.2 ersichtlich; vgl. auch Kaser/Knüttel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 52 Rn. 12.

⁵⁴ So argumentiert etwa Gonvers, *Exceptio rei venditae et traditae*, S. 130.

⁵⁵ Her. 6 iur. epit. D. 21.3.3 pr; Paul. concept. form sing. D. 44.1.20.

⁵⁶ Pomp. 1 sen. cons. D. 16.1.32.2: *exceptio de re empti et tradita*.

⁵⁷ Iul. 44 dig. D. 41.4.7.6; Iul. 21 dig. D. 27.10.7.1; Ulp. 29 Sab. D. 21.2.17; Cels. 25 dig. D. 27.5.2; Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.24; Marcell. 6 dig. D. 17.1.49; Paul. 32 ed. D. 17.1.5.

⁵⁸ Krüger, Verhältnis, S. 46 (niemals ediktal); Thielmann, SZ 111 (1994), S. 225 (ab der Frühklassik nicht mehr ediktal).

⁵⁹ Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.2.

einem ähnlich gelagerten Fall die *exceptio* gewährt, obwohl die Kaufsache dem Käufer gegen den Willen des Eigentümers ausgehändigt wurde.⁶⁰ Es ließe sich fragen, ob bspw. das Geschehen in Fall b) wertungsmäßig mit einer solchen Übergabe gegen den Willen des Eigentümers vergleichbar ist. Gegen das Erfordernis einer *traditio* spricht ferner ein drittes Ulpian-Fragment, in dem erklärt wird, für die *exceptio* genüge eine fehlerfreie Besitzerlangung:⁶¹

Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.5

Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor iustam causam habeat, cur rem vindicet: nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.

Ulpian in seinem 76. Buch zum Edikt

Wenn jemand eine Sache gekauft hat, sie ihm jedoch nicht übergeben wurde, aber er ihren Besitz fehlerfrei erlangt hat, hat er die *exceptio* gegen den Verkäufer, es sei denn, der Verkäufer hat einen berechtigten Grund dafür, dass er die Sache herausverlangt. Denn auch wenn er den Besitz übertragen, aber für das Herausverlangen der Sache einen berechtigten Grund hat, kann er von einer *replicatio* gegen die *exceptio* Gebrauch machen.

Aufgrund des (vermeintlichen) Widerspruchs zu den anderen zitierten Entscheidungen steht diese Aussage unter starkem Interpolationsverdacht.⁶² Es wird auch vertreten, Ulpian habe eigentlich die allgemeine *exceptio doli* (sofern diese nicht ohnehin mit der *exceptio rei venditae et traditae* identisch ist) oder eine *exceptio in factum* gemeint.⁶³ Es ist indes kein zwingender Grund ersichtlich, aus dem die Kompilatoren das Fragment hätten verändern oder eine Aussage über die allgemeine *exceptio doli* in den Titel über die *exceptio rei venditae et traditae* hätten setzen sollen. Es ist daher eher davon auszugehen, dass die Aussage echt ist und sich auch im klassischen Original auf die *exceptio rei venditae et traditae* bezog.⁶⁴

Es liegt nahe, das Wort *vitium* (Fehler) als Anleihe an das Recht der Interdikte zu verstehen, wo es oft verwendet wird.⁶⁵ In diesem Fall dürfte die Besitzerlangung weder gewaltsam noch heimlich noch aufgrund einer Bittleihe (*nec vi nec clam nec precario*) erfolgt sein und die Frage nach der Anwendbarkeit der *exceptio rei venditae et traditae* stünde im Zusammenhang mit der Frage, ob A den Besitz an der Kuh durch ein Interdikt erlangen kann. Ohne insoweit vorzugreifen (zur Frage der Interdikte ausführlich

⁶⁰ Ulp. 16 ed. D. 6.2.14; vgl. Krüger, Verhältnis, S. 45. Ob das entgegengesetzte Ergebnis damit erklärt werden kann, dass der Eigentümer bei Papinian seine Meinung änderte und erst nach dem Verkauf die *traditio* untersagte (so Krüger, Verhältnis, S. 59f.), ist unklar.

⁶¹ Krüger, Verhältnis, S. 44f. leitet aus dem Fragment ab, dass die *traditio* keine Voraussetzung der von ihm sog. *exceptio rei venditae* war.

⁶² Beseler SZ 45 (1925), S. 248f.; ähnlich Gonvers, L'exceptio rei venditae et traditae, S. 131.

⁶³ Gonvers, L'exceptio rei venditae et traditae, S. 131.

⁶⁴ Für Echtheit und Bezug auf die *exceptio rei venditae et traditae* tendenziell auch HRP/Baldus, § 59 Rn. 234. – Der paläogenetische Kontext hilft beim Verständnis nicht weiter, denn in seinem 76. Buch *ad edictum* behandelte Ulpian sowohl die *exceptio rei venditae et traditae* als auch die *exceptio doli*.

⁶⁵ So etwa Gai. 4.151 und Inst. 4.15.1; wohl auch Ulp. 72 ed. D. 41.2.13.13.

unter IV.), liegt eine Bewertung der Besitzerlangung durch B als heimlich (*clam*) jedenfalls in Fall a) nahe, wahrscheinlich auch in Fall b). In der Literatur wird die Formulierung *sine vitio* in Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.5 indes teils auch als „mit Willen des Eigentümers“ verstanden⁶⁶ (wobei das Kriterium der Willensrichtung bei der Frage, ob der Besitz *clam* erlangt wurde, ebenfalls eine Rolle spielt, vgl. unten V.2). Dieses Verständnis wäre kohärent damit, dass Ulpian und Papinian in den zuvor angesprochenen Stellen ebenfalls mit der Willensrichtung des Eigentümers argumentierten.⁶⁷ Demnach wäre die *traditio* grundsätzlich eine Voraussetzung der *exceptio rei venditae et traditae* gewesen, dieses Erfordernis wäre jedoch nicht technisch verstanden worden, sondern hätte auch die anderweitige Besitzerlangung mit Willen des Eigentümers umfasst.

In keiner der Fallvarianten kann der – als Beklagter insoweit beweisbelastete⁶⁸ – B eine Besitzerlangung mit Willen des A nachweisen. Zwar wurde in der Literatur die Möglichkeit erwogen, dass vor der zitierten Entscheidung Ulpians jede Besitzerlangung – ob *cum* oder *sine vitio* – die Anwendung der *exceptio rei venditae et traditae* zur Folge hatte,⁶⁹ doch bei genauer Betrachtung deutet auf eine so extensive Anwendung der *exceptio* nichts hin. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ihre Anwendung selbst dann ausscheidet, wenn man sie für auf den Tausch anwendbar und wenn man eine *traditio* durch den Eigentümer nicht für eine ihrer Voraussetzungen hält. Für die vor- und die nachklassische Zeit ist dieses Ergebnis freilich mit den erwähnten Unsicherheiten behaftet.

b) *Exceptio doli*

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob B sich gegen die Vindikation des A auf eine *exceptio doli* (→ § 12 III 4) berufen kann.⁷⁰ Ihre Formel⁷¹ lautet:

*Si in ea re nihil dolo malo Auli
Agerii factum sit neque fiat.*

Wenn in dieser Angelegenheit nichts durch Arglist des Aulus Agerius geschehen ist oder geschieht.

Die *exceptio* steht einer Klage also dann entgegen, wenn dem Kläger Arglist (*dolus*) zur Last fällt.⁷² Es wird vermutet, dass es bei anderen Kausalverhältnissen als dem Kauf (für den die spezielle *exceptio rei venditae et traditae* existierte) als arglistiges Verhalten in diesem Sinne galt, wenn jemand eine von ihm veräußerte, aber nicht wirksam übereignete Sache zurückverlangte.⁷³ Der Tausch war, soweit er nicht, wie von

⁶⁶ Krüger, Verhältnis, S. 44; ebenso Gonvers, *L'exceptio rei venditae et traditae*, S. 131f.

⁶⁷ Auch in anderen möglicherweise vergleichbaren Fällen wird danach differenziert, ob jemand eine Sache mit oder gegen den Willen ihres Eigentümers erhalten hat, vgl. Paul. 63 ed. D. 41.2.5; Paul. I. Falc. sing. D. 35.2.1.11; Pomp. 32 Sab. D. 41.2.33.

⁶⁸ Ulp. 4 ed. D. 44.1.2: *reus in exceptione actor est*. Vgl. auch HRP/Klingenberg, § 13 Rn. 35.

⁶⁹ Krüger, Verhältnis, S. 44.

⁷⁰ Auch falls es sich bei der *exceptio rei venditae et traditae* in Wahrheit nur um eine Fallgruppe der *exceptio doli* gehandelt haben sollte, wäre gleichwohl zu diskutieren, ob jenseits dieser Fallgruppe die allgemeinen Voraussetzungen der *exceptio doli* erfüllt sind.

⁷¹ Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 512; ebenso Mantovani, *Formule*, S. 99.

⁷² Vgl. Reiter, *Römisches Privatrecht*, S. 96.

⁷³ Kaser, *Römisches Privatrecht* 1, S. 439.

den Sabinianern gefordert, als Kauf behandelt wurde (siehe oben I.4.a))), dann rechtlich anerkannt, wenn eine Partei – wie vorliegend B – in Vorleistung getreten war: Ihr stand dann eine *actio in factum* (→ § 13 II 2) auf die Leistung der anderen Partei zu.⁷⁴ Auch wenn in den Quellen hiervon, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich die Rede ist, liegt die Annahme nahe, dass gegen die Partei eines Tausches, die das Geleistete zurückforderte, die *exceptio doli* Anwendung fand. Es fragt sich jedoch, ob dasselbe galt, wenn die klagende Partei gar nicht geleistet, sondern der Beklagte den Besitz an der Sache auf anderem Wege erlangt hatte. Diese Frage kann, wie oben gesehen, nicht einmal für den Kauf ganz eindeutig beantwortet werden.

Für eine Anwendung der *exceptio doli* spricht die noch heute bekannte *dolo-agit*-Regel, die auf eine Aussage des Paulus zurückgeführt wird:⁷⁵

Paul 6 Plaut. D. 44.4.8 pr. = D. 21.3.1.5	=	Paulus in seinem 6. Buch zu Plautius
<i>Dolo facit, qui petit quod reddi- turus est.</i>		Arglistig handelt, wer etwas verlangt, das er wird zurückgeben müssen.

Könnte A die Kuh von B vindizieren, so könnte B, wie soeben erläutert, gegen A wegen der Kuh eine *actio in factum* (oder nach sabinianischer Ansicht eine *actio empti*) erheben. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Vindikation des A also als arglistig.

Gegen eine Anwendbarkeit der *exceptio doli* spricht jedoch die durch den unfreiwilligen Besitzverlust verletzte Dispositionsfreiheit des Verkäufers über sein Eigentum. Durch eine Gewährung der *exceptio doli* würde die von B geübte Eigenmacht gewissermaßen rechtlich anerkannt. Die im Zusammenhang mit der *exceptio rei venditae et traditae* angeführten Stellen (oben I.4.a)), in denen nach der Zustimmung des Veräußerers einer Sache zum Besitzübergang differenziert wird, beweisen, dass diesem Gesichtspunkt grundsätzlich durchaus eine gewisse Bedeutung beigemessen wurde. Vor diesem Hintergrund mutet die Gewährung einer *exceptio doli* in Fall b) wahrscheinlicher an als in Fall a) (während sich die Frage einer *exceptio* in Fall c) in den meisten Epochen gar nicht stellt, weil A auch ohne *exceptio* nicht durchdringt).

In Ermangelung ausdrücklicher Aussagen der römischen Juristen zu diesem Thema lassen sich letztlich nur Mutmaßungen anstellen. Dies gilt umso mehr, als die *exceptio doli* einen weiten Ermessensspielraum bot und verschiedenste Wertungsgesichtspunkte die Entscheidung beeinflussen konnten.⁷⁶ Es erscheint aber jedenfalls gut möglich, dass B im Formular- und im Kognitionsverfahren eine *exceptio doli* gewährt worden wäre. Über die Rechtslage in der Frühzeit sind kaum Aussagen möglich.

⁷⁴ Paul. 32 ed. D. 19.4.1.

⁷⁵ Klausberger, JAP 4 (2009/10), S. 198 sieht es aus diesem Grund als gesichert an, dass sich der Käufer, der die Sache nach Zahlung des Preises eigenmächtig an sich nimmt, gegen den Verkäufer auf diese *exceptio* berufen kann.

⁷⁶ Vgl. Paul. 71 ed. D. 44.4.1.2 (*an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur*); Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 44 Rn. 18; HRP/dalla Massara, § 94 Rn. 14–22; HRP/dalla Massara, § 108 Rn. 50–68.

c) *Exceptio in factum*

Im Übrigen konnte der Prätor grundsätzlich jederzeit eine auf den konkreten Sachverhalt zugeschnittene *exceptio in factum* erteilen.⁷⁷ Es sind Fälle überliefert, in denen dies bei einer *rei vindicatio* geschah.⁷⁸ Die Gewährung einer *exceptio in factum* erscheint folglich auch im vorliegenden Fall zumindest möglich. Dafür könnte auch sprechen, dass, wie bereits gesagt, der Tausch, soweit er nicht wie ein Kauf behandelt wurde, durch *actiones in factum* geschützt war. Allerdings gibt es keine Quellenbelege, die konkret darauf hindeuten, dass bei einer Konstellation wie der vorliegenden eine *exceptio in factum* gewährt wurde. Da sich, wie festgestellt, mit guten Argumenten die Anwendbarkeit der *exceptio doli* begründen ließe, erscheint es plausibler, dass bei Bejahung eines Rechtsschutzbedürfnis eher auf die *exceptio doli* zurückgegriffen worden wäre, als eine völlig neue *exceptio in factum* zu schaffen. Ausgeschlossen werden kann die Gewährung einer *exceptio in factum* jedoch nicht.

d) *Exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*

In der Variante, in der A verstorben ist, kommt zudem eine *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*⁷⁹ (→ § 23 II 2) in Betracht. Die Formel⁸⁰ der *exceptio* lautet:

<i>Quod praeiudicium hereditati non fiat.</i>	Wenn nicht eine Vorentscheidung über die Erbschaft ergeht.
---	--

Die *exceptio* hat also zur Folge, dass der Richter über die Vindikation nur entscheiden darf, sofern er dabei keine Entscheidung über die Frage treffen muss, wem die Erbschaft des A zusteht. Setzt die Entscheidung über die Vindikation eine Prüfung des Erbrechts voraus, muss die Klage abgewiesen werden.⁸¹

Der Hintergrund ist folgender: Zum Schutz des Erbrechts existierte die spezielle Klage der *hereditatis petitio* (siehe unten II.). Ein Erbe, der eine Erbschaftssache von einem unberechtigten Besitzer herausverlangen wollte, hatte grundsätzlich die Wahl, ob er die *rei vindicatio* oder die *hereditatis petitio* erhob. Die beiden Klagen unterschieden sich allerdings insoweit, als die Frage des Erbrechts im Rahmen der *hereditatis petitio* ein- für allemal entschieden wurde, während eine Entscheidung im Rahmen einer *rei vindicatio* keine Präjudizwirkung für künftige Rechtsstreitigkeiten hatte.⁸² Es wäre also theoretisch denkbar, dass ein (vermeintlicher) Erbe gegen einen Besitzer von Erbschaftssachen eine Vielzahl von Vindikationsprozessen anstrengt, in denen die Erbschaftsfrage jedes Mal aufs Neue geprüft werden muss. Dies verhindert die *exceptio*

⁷⁷ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 263.

⁷⁸ Vgl. HRP/Baldus, § 59 Rn. 230.

⁷⁹ Zu dieser vgl. allgemein HRP/Buchwitz, § 58 Rn. 58–60; HRP/Andrés Santos, § 64 Rn. 26; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 739; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 247–250, 258f. – In der Frühklassik handelte es sich bei diesem Ausnahmetatbestand vermutlich noch nicht um eine *exceptio*, sondern um eine *praescriptio pro reo* (Gai. 4.133), was aber wohl keinen praktischen Unterschied macht. Allgemein zur Wirkung von *praescriptiones* HRP/Platschek, § 12 Rn. 28–31.

⁸⁰ Nach Lenel, Edictum Perpetuum, S. 505, gestützt auf Iul. 50 dig. D. 44.1.13 und Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17; leicht abweichend Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1.1; wie dort Mantovani, Formule, S. 99.

⁸¹ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 739.

⁸² Reiter, Römisches Privatrecht, S. 216.

quod praeiudicium hereditati non fiat. Durch sie kann der Beklagte erreichen, dass das Erbrecht ausschließlich in dem dafür vorgesehenen speziellen Verfahren der *hereditatis petitio* geprüft wird.⁸³

Da S nur deshalb Eigentümer der Kuh ist, weil er sie geerbt hat (siehe oben I.2), würde diese *exceptio* grundsätzlich zur Klageabweisung führen. Voraussetzung für die Erteilung der *exceptio* ist allerdings, dass eine *hereditatis petitio* tatsächlich statthaft ist.⁸⁴ Ob (und ggf. in welchen Epochen) dies der Fall ist, wird unten unter II. geprüft.

e) Zwischenergebnis

Von den verschiedenen in Betracht kommenden *exceptiones* dürfte mithin die *exceptio doli* am nächsten liegen. Dass sie B im Formular- und im Kognitionsverfahren gewährt worden wäre, erscheint gut möglich, vor allem für Fall b), ist aber nicht gesichert. Über die Rechtslage vor Entwicklung des Formularverfahrens lässt sich nichts Belastbares aussagen.

In der Variante, in der A verstorben ist, kommt zudem eine *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* in Betracht. Ob diese zum Erfolg des B führt, kann allerdings erst vor dem Hintergrund der Statthaftigkeit einer *hereditatis petitio* beurteilt werden (hierzu unten II.).

5. *Replicatio doli*

Falls B der *rei vindicatio* eine *exceptio* entgegenhalten kann, kann A dieser womöglich mit einer *replicatio* begegnen. Durch eine *replicatio* konnte der Kläger eine eigentlich begründete *exceptio* des Beklagten entkräften.⁸⁵ Konkret kommt insbesondere eine *replicatio doli* in Betracht. Durch eine solche kann sich der Kläger gegen eine *exceptio* zur Wehr setzen, wenn dem Beklagten hinsichtlich der Schaffung des Exzeptionstatbestands oder der Berufung darauf Arglist zur Last fällt.⁸⁶ Von den oben erwogenen *exceptiones* könnte die *replicatio doli* jedoch nur der *exceptio rei venditae et traditae* und einer eventuellen *exceptio in factum* entgegengehalten werden. Gegen die *exceptio doli* kann die *replicatio doli* dagegen nicht eingewandt werden.⁸⁷

In seinem oben wiedergegebenen, wohl auf die *exceptio rei venditae et traditae* bezogenen, Fragment D. 21.3.1.5 zieht Ulpian eine *replicatio*, bei der es sich durchaus um eine *replicatio doli* handeln könnte,⁸⁸ in Erwägung: Er fügt der Aussage, der Käufer, der den Besitz *sine vitio* erlangt habe, könne sich auf die *exceptio* berufen, einschränkend hinzu:

⁸³ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 86 Rn. 13.

⁸⁴ Vgl. Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1.1; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 249 Fn. 57.

⁸⁵ Gai. 4.126; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 4 Rn. 13; § 8 Rn. 13.

⁸⁶ HRP/Platschek, § 106 Rn. 23.

⁸⁷ Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.13.

⁸⁸ Die Frage offenlassend und mit Zweifeln an der Echtheit der Aussage HRP/Baldus, § 59 Rn. 238 nWN.

... nisi forte venditor iustam causam habeat, cur rem vindicet: nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.

..., es sei denn, der Verkäufer hat einen berechtigten Grund dafür, dass er die Sache herausverlangt. Denn auch wenn er den Besitz übertragen, aber für das Herausverlangen der Sache einen berechtigten Grund hat, kann er von einer *replicatio* gegen die *exceptio* Gebrauch machen.

Worin eine solche *iusta causa* bestehen könnte, ist unklar. Vielleicht dachte Ulpian an Fälle, in denen der Käufer den Besitz zwar *sine vitio*, aber dennoch auf missbilligenswerte Art und Weise erlangt hat. Es erscheint vorstellbar, dass das Vorgehen des B – sollte es entgegen dem oben Angenommenen als *sine vitio* qualifiziert werden – ein derart missbilligtes Verhalten darstellt. Dies hätte die Folge, dass B, selbst wenn man annähme, dass ihm die *exceptio rei venditae et traditae* zusteht, mit dieser nicht durchdränge. Für die Frage der *exceptio doli* – die, wie gesehen, ohnehin näher liegt als die *exceptio rei venditae et traditae* – ergeben sich jedoch keine Konsequenzen, da die *replicatio doli* ihr ja nicht entgegengehalten werden kann.

6. Ergebnis und Rechtsfolge

In den Fällen a) und b) dringt A wahrscheinlich in jeder Epoche mit der *rei vindicatio* durch. Es ist jedoch, vor allem in Fall b), auch nicht ausgeschlossen, dass ihm eine *exceptio* entgegengesetzt werden kann. Insoweit kommt insbesondere die *exceptio doli* in Betracht. In Fall c) ist eine erfolgreiche *rei vindicatio* allenfalls in der Frühzeit und der vorjustinianischen Spätantike denkbar; das Ergebnis dürfte in diesem Fall nur schwer vorhersagbar gewesen sein. Soweit S in der Variante auch eine *hereditatis petitio* anstrengen kann (dazu sogleich), kann B seiner *rei vindicatio* die *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* entgegengehalten.

Soweit A mit der *rei vindicatio* Erfolg hat, kann er jedoch trotzdem nicht sicher sein, die Kuh zurückzuerhalten: B hat die Möglichkeit, auf eine entsprechende Aufforderung des Richters (*iussum de restituendo*) hin die Kuh an A herauszugeben (→ § 12 III 3; § 23 II 1).⁸⁹ Verweigert B die Herausgabe, wird er zur Zahlung des geschätzten Sachwertes verurteilt (*condemnatio pecuniaria*), aber darf die Kuh behalten.⁹⁰ Sowohl bei der möglichen Herausgabe durch B als auch bei der Verurteilung ist darauf zu achten, dass A grundsätzlich die volle Restitution geschuldet ist, das heißt, er ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er die Kuh bereits bei Prozessbeginn zurückerhalten hätte; dies betrifft vor allem Fragen des Ersatzes für nachteilige Veränderungen der Sache und für Nutzungen (insbesondere Früchte).⁹¹

⁸⁹ Vgl. HRP/Baldus, § 59 Rn. 200–209.

⁹⁰ Vgl. HRP/Baldus § 59 Rn. 210–227.

⁹¹ Vgl. HRP/Baldus, § 59 Rn. 284 – 286; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 37 Rn. 15–18.

II. *Hereditatis petitio*

In der Variante, in der A verstorben ist, kommt eine *hereditatis petitio* (→ § 23 II 2) des S gegen B in Betracht. Diese war in der Frühzeit ein Anwendungsfall der *legis actio sacramenti in rem*, später der *actio in rem per sponsionem*, noch später wurde sie im Formular- und schließlich im Kognitionsverfahren durchgeführt.⁹² Was die Entwicklung in der Frühzeit und die Frage nach dem Einlassungszwang betrifft, kann auf das oben zur *rei vindicatio* Ausgeführte verwiesen werden.⁹³ Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als ab der Entwicklung des Interdiktenverfahrens der Kläger, falls der Beklagte die Streiteinlassung verweigerte, durch das *interdictum quam hereditatem* den Besitz an der Streitsache erhalten konnte.⁹⁴

Die Formel⁹⁵ der *hereditatis petitio* lautet:

Si paret hereditatem Publii Maevis ex iure Quiritium Auli Agerii esse, si arbitrato tuo res Aulo Agerio non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Wenn es sich erweist, dass die Erbschaft des Publius Maevis nach dem Recht der Quiriten dem Aulus Agerius gehört, dann verurteile, wenn nicht die Sache nach deinem Ermessen dem Aulus Agerius zurückerstattet wird, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius zu so viel Geld, wie die Sache wert ist; wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

1. Erbenstellung des S

Tauglicher Kläger ist der zivile Erbe.⁹⁶ Wie bereits festgestellt (oben I.2), trifft dies auf S zu. In keinem der Fälle kann B das Erbrecht des S widerlegen.

2. Erbschaftsbesitz des B

Passivlegitimiert war grundsätzlich, wer eine Erbschaftssache besaß.⁹⁷ Dass die Kuh eine Erbschaftssache ist, kann S in den Fällen a) und b) beweisen (vgl. oben I.2). Anders als bei der *rei vindicatio* ist ein Durchdringen des S in Fall c) hingegen auch in der Frühzeit und der Nachklassik undenkbar: Auch in der Nachklassik muss der Kläger einer *hereditatis petitio* die Zugehörigkeit der fraglichen Sache zur Erbschaft beweisen⁹⁸ und in der Frühzeit wäre eine *hereditatis petitio* ohnehin in keiner Fallvariante statthaft gewesen. Bis in die Klassik wurde nämlich neben dem Besitz einer Erbschaftssache verlangt, dass der Beklagte behauptete, selbst Erbe zu sein (Besitz *pro*

⁹² Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 123–129.

⁹³ Vgl. Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 123–129.

⁹⁴ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 737; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 86 Rn. 6.

⁹⁵ Nach Lenel, Edictum Perpetuum, S. 177; ebenso Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 127; ähnlich Mantovani, Formule, S. 39.

⁹⁶ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 735.

⁹⁷ HRP/Andrés Santos, § 64 Rn. 17. Im Laufe der Klassik wurde die Passivlegitimation auf die arglistige Besitzaufgabe und den vorgetäuschten Besitz ausgedehnt (HRP/Andrés Santos, § 64 Rn. 21), doch spielt dies für den vorliegenden Fall keine Rolle.

⁹⁸ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 545.

herede).⁹⁹ B behauptet kein eigenes Erbrecht und es ist auch kein Grund ersichtlich, aus dem er diese Behauptung im Verlauf des Rechtsstreites aufstellen sollte. Nach dieser Rechtslage ist B nicht passivlegitimiert und S muss auf die Einzelklagen zurückgreifen.

Wohl in der Hochklassik wurden die Voraussetzungen dahingehend gelockert, dass auch beklagt werden konnte, wer *pro possessore* besaß.¹⁰⁰ Besitzer *pro possessore* ist, wer keinen Rechtsgrund für seinen Besitz nennen kann.¹⁰¹ Wer die Sache aufgrund eines Einzelerwerbsgrundes erhalten hatte, besitzt nicht *pro possessore*, sondern kraft des einschlägigen Erwerbsgrundes, also etwa *pro emptore*.¹⁰² Verbreitet wird angenommen, die Qualifikation als Besitzer *pro possessore* habe ausschließlich davon abgehungen, wie sich der Beklagte äußerte, wenn er bei der *interrogatio in iure* durch den Prätor nach seinem Besitzgrund gefragt wurde: Habe er einen Einzelerwerbsgrund genannt, so habe der Prätor die Klage denegiert.¹⁰³ B beruft sich auf einen Kauf von einem Dritten. Dies spricht dafür, ihn nicht als Besitzer *pro possessore* anzusehen.

Für eine Passivlegitimation des B spricht aber bei genauer Betrachtung eine Begriffsdefinition des Gaius. Sie bezieht sich eigentlich auf das *interdictum quorum bonorum* (zu diesem unten VI.), aber die Beurteilungsmaßstäbe dürften zumindest im Wesentlichen identisch gewesen sein.¹⁰⁴

Gai. 4.144

[...] *pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.*

Pro possessore besitzt derjenige, der ohne irgendeinen Grund eine Erbschaftssache oder auch die ganze Erbschaft besitzt und dabei weiß, dass sie ihm nicht zusteht.

Gaius stellt also darauf ab, ob der Besitzer weiß, dass er kein Recht zum Besitz hat.¹⁰⁵ In eine ähnliche Richtung weist eine Äußerung von Ulpian, wonach derjenige, der aufgrund eines unwirksamen Einzelerwerbsgrundes besitzt und dies weiß, *pro possessore* besitzt.¹⁰⁶ Dies müsste konsequenterweise erst recht für denjenigen gelten, der wie B einen Erwerbsgrund lediglich vortäuscht. Im Übrigen scheint die Aussage auch deshalb nur schwer mit der Vorstellung vereinbar zu sein, wonach die Qualifikation als Besitzer *pro possessore* ausschließlich von der Antwort des Beklagten auf die entsprechende Frage des Prätors abhing, weil es praktisch schwer vorstellbar ist, dass ein Beklagter vor dem Prätor ohne Weiteres seine Kenntnis von der Unwirksamkeit seines

⁹⁹ Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 128; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 86 Rn. 3.

¹⁰⁰ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 735f.

¹⁰¹ HRP/Andrés Santos, § 64 Rn. 19.

¹⁰² Diocl. C. 7.34.4; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 735–737.

¹⁰³ Etwa *Carcaterra*, Azione ereditaria, S. 131–137. Zum Meinungsstand vgl. *Talamanca*, Legittimazione passiva, S. 4f.; HRP/Andrés Santos, § 64 Rn. 18 jeweils mwN.

¹⁰⁴ Kaser, St. Biscardi II, S. 236–239; *Talamanca*, Legittimazione passiva, S. 61–139.

¹⁰⁵ Die Stelle wird in Inst. 4.15.3 aufgegriffen. Allgemein zur Bedeutung der Gut- oder Bösgläubigkeit bei der *hereditatis petitio* vgl. *Talamanca*, Legittimazione passiva, S. 116–135.

¹⁰⁶ Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.1.

Erwerbsgrundes eingeräumt hat.¹⁰⁷ Generell erschiene es wenig sachgerecht, wenn der Beklagte es in der Hand gehabt hätte, durch das bloße unsubstantiierte Behaupten eines Einzelerwerbsgrundes die einschlägige Klageart zu bestimmen.¹⁰⁸ Es dürfte daher die Annahme vorzugswürdig sein, dass der Prätor – zumindest wenn er begründete Zweifel an dem vom Beklagten behaupteten Einzelerwerbsgrund hatte – die Klage gleichwohl erteilte und die Wahrheit der Behauptung des Beklagten in der Folge vom Richter überprüft wurde.¹⁰⁹ Diese Überprüfung würde im vorliegenden Fall ergeben, dass kein Einzelerwerbsgrund vorliegt und B dies auch weiß, mithin dass B passivlegitimiert ist.

3. *Exceptiones*

Sollte eine *hereditatis petitio* im Grundsatz möglich sein, stellt sich die Frage, ob B sich auf *exceptiones* berufen kann. Insoweit gelten, da die *hereditatis petitio* wie die *rei vindicatio* eine *actio in rem* ist, die im Rahmen der *rei vindicatio* gemachten Ausführungen (oben I.4) entsprechend. Demnach erscheint es möglich, dass B durch eine *exceptio doli* geschützt wird, wobei dieses Ergebnis aber mit erheblicher Unsicherheit belastet ist.

4. Ergebnis und Rechtsfolge

S kann wohl in den Fällen a) und b) mit einer *hereditatis petitio* gegen B vorgehen. Daraus folgt auch, dass B sich gegen eine *rei vindicatio* des S mit der *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* verteidigen kann (vgl. oben I.4.d)). In Fall c) hat S mit einer *hereditatis petitio* dagegen keinen Erfolg. Die Rechtsfolgen der *hereditatis petitio* entsprechen denen der *rei vindicatio* (oben I.6)

III. *Actio furti*

Es kommt ferner eine *actio furti* in Betracht. Der Begriff *furtum* lässt sich am ehesten mit „Diebstahl“ übersetzen, aber ist deutlich weiter als der Diebstahlstatbestand des heutigen deutschen Rechts (→ § 11 III 2; § 23 III 4).¹¹⁰ Die *actio furti* hatte Strafcharakter und zielte auf eine Bußzahlung in Höhe eines Mehrfachen des Sachwerts ab.¹¹¹ Bereits in den XII Tafeln wurde zwischen offenkundigem und nicht offenkundigem *furtum* unterschieden (*furtum manifestum* und *nec manifestum*), wobei Ersteres härter geahndet wurde (→ § 11 IV 2).¹¹² Vorliegend kommt allenfalls ein *furtum nec manifestum* in Betracht. Die sich hieraus ergebende *actio furti nec manifesti* war wohl ursprünglich ein Anwendungsfall der *legis actio sacramenti in personam*;¹¹³ im Formular-

¹⁰⁷ Nach Ulp. 15 ed. D. 5.3.13 pr. besitzt zudem derjenige *pro possessore*, der ein *furtum* begangen hat. Es ist ebenfalls schwer vorstellbar, dass ein Beklagter sich *in iure* selbst eines *furtum* bezichtigt hat.

¹⁰⁸ Vgl. Kaser, St. Biscardi II, S. 232f. und 254.

¹⁰⁹ Kaser, St. Biscardi II, S. 232f. und 254 mit dem Hinweis, dass der Kläger in einem solchen Fall mit der *hereditatis petitio* gleichwohl ein gewisses Risiko einging, weil der Richter das Vorliegen eines Einzelerwerbsgrundes später auch bejahen konnte.

¹¹⁰ Reiter, Römisches Privatrecht, S. 87f. und 168.

¹¹¹ Reiter, Römisches Privatrecht, S. 169.

¹¹² XII tab. 8.12–16; vgl. zudem Honsell, Römisches Recht, S. 163f.

¹¹³ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 159; HRP/Pennitz, § 93 Rn. 2.

und im Kognitionsverfahren handelte es sich um eine eigenständige Klage, wobei *die actio furti* in der Spätantike mit der *condictio furtiva* (hierzu unten IV.) zusammenfiel.¹¹⁴ Da es sich um eine *actio in personam* handelte, herrschte Einlassungszwang.

Die Formel¹¹⁵ der *actio furti nec manifesti* im Formularverfahren lautet:

Si paret Aulo Agerio a Numerio Negidio opeve consilio Numerii Negidii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Numerium Negidium pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito.

Wenn es sich erweist, dass zulasten des Aulus Agerius durch Numerius Negidius oder mit Unterstützung oder Ratschlag des Numerius Negidius ein *furtum* an einer goldenen Schale begangen wurde, weswegen Numerius Negidius als *fur* Sühne zu leisten verpflichtet ist, dann verurteile, Richter, den Numerius Negidius auf das Doppelte des Geldbetrages, den die Sache wert war, als das *furtum* begangen wurde; wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

Zentrale Voraussetzung der Klage ist also das Vorliegen eines *furtum*, das A als Kläger beweisen muss.¹¹⁶ Passivlegitimiert sind der Dieb (*fur*) und seine Komplizen.¹¹⁷ Die Aktivlegitimation ist weniger klar, aber als allgemeine Regel lässt sich formulieren, dass aktivlegitimiert ist, wer ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt bzw. Nichtverlust der fraglichen Sache hat.¹¹⁸ Jedenfalls ihr Eigentümer war daher stets aktivlegitimiert.¹¹⁹ Die Aktivlegitimation ging zudem auf den Erben über;¹²⁰ in der Variante, in der A verstorben ist, ergeben sich also keine Unterschiede.¹²¹

Entscheidend dürfte mithin ausschließlich die Frage sein, ob B hinsichtlich der Kuh ein *furtum* vorgeworfen werden kann. Was genau unter den – grundsätzlich, wie bereits erläutert, sehr weiten – Tatbestand des *furtum* gefasst wurde, entwickelte sich im Laufe der Zeit. In der Frühzeit des römischen Rechts scheint der Begriff *furtum*, wie u.a. der mutmaßliche etymologische Zusammenhang mit *ferre* ((weg-)tragen) nahelegt, vor allem Fälle der physischen Wegnahme bezeichnet haben.¹²² In republikanischer Zeit

¹¹⁴ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 433; Levy, Weströmisches Vulgarrecht, S. 312.

¹¹⁵ Lenel, Edictum Perpetuum, S. 328; ebenso Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 616 Fn. 21; mit leichten, hier aber nicht entscheidenden, Abweichungen Mantovani, Formule, S. 62f.; HRP/Pennitz, § 93 Rn. 6 und Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 62 Rn. 5, jeweils mwN.

¹¹⁶ Vgl. HRP/Klingenberg, § 13 Rn. 33f.

¹¹⁷ HRP/Pennitz, § 93 Rn. 8.

¹¹⁸ HRP/Pennitz, § 93 Rn. 9; vgl. zum älteren Forschungsstand auch Kaser, SZ 96 (1979), S. 97–105; Schulz, SZ 32 (1911), S. 23.

¹¹⁹ HRP/Pennitz, § 93 Rn. 9; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 612.

¹²⁰ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 612.

¹²¹ B hat sich auch kein *crimen expilatae hereditatis* (zu diesem HRP/Pennitz, § 93 Rn. 19 Fn. 221) zuschulden kommen lassen, da dieses einerseits nur vor dem Erbschaftsantritt von Außenerben in Betracht kommt und die Kuh andererseits ohnehin schon vor dem Tod des A verschwunden ist.

¹²² Kaser, Römisches Privatrecht 1 S. 157; Hitzig, RE VII/1, Sp. 384.

wurde der Tatbestand offenbar sehr stark ausgeweitet;¹²³ die klassischen Juristen bemühten sich demgegenüber wieder um eine gewisse Eingrenzung.¹²⁴ In der Spätantike scheint der Tatbestand trotz mancher Unschärfen¹²⁵ weitgehend stabil geblieben zu sein. Allgemein gab es in der Spätantike jedoch eine Tendenz zur strengeren Bestrafung von Delikten.¹²⁶ Aus diesem Grund erhöhte sich einerseits die Höhe der zu leistenden Strafzahlung, bis sie im 5. Jh. die Höhe des vierfachen Sachwerts für alle Arten des *furtum* erreichte;¹²⁷ andererseits verlor aber die zivilrechtliche Verfolgung mittels der *actio furti* an Bedeutung gegenüber der strafrechtlichen Verfolgung.¹²⁸

Der Spätklassiker Paulus unternahm in seinem Ediktskommentar den Versuch, den Tatbestand des *furtum*, wie er zu seiner Zeit verstanden wurde, näher zu bestimmen:

Paul. 39 ed. D. 47.2.1.3

Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.

Paulus in seinem 39. Buch zum Edikt

Ein *furtum* ist das betrügerische Ansichbringen einer Sache, und zwar entweder der Sache selbst oder auch ihres Gebrauchs oder des Besitzes an ihr, zu dem Zweck, Gewinn zu erzielen. Sich dies zuschulden kommen zu lassen, ist durch das natürliche Gesetz verboten.

Diese Aussage darf angesichts der in den Digesten überlieferten reichen und nicht immer widerspruchsfreien Kasuistik bereits für die Spätklassik nicht als eine feststehende, subsumtionsfähige Definition verstanden werden;¹²⁹ für die vorangegangene und die darauffolgende Zeit noch weniger. Gleichwohl kann sie einen ersten Anhaltspunkt bieten und dazu dienen, die folgenden Ausführungen zu strukturieren: Auf Grundlage der Aussage des Paulus lassen sich ein objektives Element, nämlich ein betrügerisches Ansichbringen (*contrectatio fraudulosa*), und ein subjektives Element, nämlich die Gewinnerzielungsabsicht (*lucri faciendi gratia*), unterscheiden.

1. *Contrectatio fraudulosa*

Das Ansichbringen – wörtlich übersetzt eigentlich: das Antasten – einer Sache liegt jedenfalls in Fall a) eindeutig vor und kann von A auch bewiesen werden. Dies würde wohl selbst in der archaischen Zeit so beurteilt werden, als der Tatbestand des *furtum* sich mutmaßlich noch auf die physische Wegnahme beschränkte. In Fall b) ist die Frage problematischer: Eine aktive Wegnahme liegt nicht vor; in archaischer Zeit wäre das Handeln des B daher wohl nicht als *furtum* gewertet worden. Aus klassischer Zeit

¹²³ HRP/Pennitz, § 93 Rn. 4f.; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 614.

¹²⁴ HRP/Pennitz, § 93 Rn. 11f.; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 614f.

¹²⁵ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 433f.

¹²⁶ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 434.

¹²⁷ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 433f.

¹²⁸ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 426–428; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 62 Rn. 6.

¹²⁹ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 62 Rn. 1; vgl. auch HRP/Pennitz, § 93 Rn. 11; Zimmermann, Hom. Murga Gener, Madrid 1994, S. 757.

sind indes auch Entscheidungen überliefert, in denen ein *furtum* in Fällen angenommen wurde, die einer Unterschlagung nahe kommen, bei denen also derjenige, der die Sache bereits in Gewahrsam hat, sie nicht mehr herausgeben möchte.¹³⁰ Dass der Begriff der *contrectatio* sehr weit verstanden wurde,¹³¹ ist auch aus einer allgemeinen Aussage des Gaius ersichtlich:

Gai. 3.195–196

Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito domino contrectat. Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committit [...].

Ein *furtum* geschieht aber nicht nur, wenn jemand eine fremde Sache wegnimmt, um sie zu entwenden, sondern allgemein, wenn jemand eine fremde Sache gegen den Willen des Eigentümers an sich bringt. Daher begeht jemand ein *furtum*, wenn er eine Sache verwendet, die bei ihm in Verwahrung gegeben wurde. [...]

Gaius unterscheidet zwischen *contrectare* (an sich bringen) und *amovere* (wegnehmen) und macht deutlich, dass die *contrectatio* gerade keine Wegnahme voraussetzt.¹³² Nach der im Laufe der Republik erfolgten Erweiterung des *furtum*-Begriffs konnte also bereits das bloße Behalten der Kuh als *furtum* angesehen werden. Möglicherweise vergleichbar ist auch eine weitere, später in die Institutionen Justinians aufgenommene¹³³ Aussage von Gaius:¹³⁴

Gai. 2 cott. D. 41.1.5.6

[...] si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbatae adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo apprehenderit.

Gaius in seinem 2. Buch der „alltäglichen Dinge“

[...] Wenn meine Gänse und Hühner aufgescheucht auf irgendeine Weise so weit geflogen sind, dass wir nicht mehr wissen, wo sie sind, so bleiben sie dennoch in unserem Eigentum. Aus diesem Grund haftet uns wegen *furtum*, wer eines davon mit der Absicht, sich zu bereichern, ergreift.

Es dürfte mithin auch in Fall b) von einer *contrectatio* auszugehen sein. In Fall c) kann A dagegen keine Handlung des B beweisen, die als *contrectatio* angesehen werden könnte.

¹³⁰ Vgl. etwa Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.7.

¹³¹ Vgl. auch Zimmermann, Hom. Murga Gener, S. 757; Thomas, IVRA 13 (1962), S. 85.

¹³² Vgl. HRP/Pennitz, § 93 Rn. 11.

¹³³ Inst. 2.1.16 mit nur minimal verändertem Wortlaut.

¹³⁴ Allerdings ist bei Gaius von einem „Ergreifen“ die Rede, während die Kuh sich in Fall b) bereits auf der Weide des B befand, als dieser von ihr Notiz nahm.

Was genau Paulus mit der zusätzlichen Qualifikation der *contrectatio* als *fraudulosa* ausdrücken wollte, ist unklar. Das Adjektiv ist ansonsten in Rechtstexten nicht belegt.¹³⁵ Das Substantiv *fraus*, von dem es abgeleitet ist, wird meist mit „Betrug“ übersetzt; weitere mögliche Übersetzungen sind „Täuschung“, „Tücke“ oder „Bosheit“. Vermutlich wollte Paulus dem *furtum* also ein Element der Heimlichkeit zuschreiben;¹³⁶ vielleicht wollte er die *contrectatio* aber auch lediglich als widerrechtlich oder unredlich qualifizieren. Das nächtliche, also heimliche, Treiben der Kuh auf die eigene Weide in Fall a) dürfte in jedem Fall den Anforderungen des Adjektivs *fraudulosus* genügen. Das bloße Behalten in Fall b) ist problematischer. Angesichts der sonstigen Weite des *furtum*-Begriffs (abgesehen von der archaischen Epoche) ist aber gut vorstellbar, dass bereits die Entscheidung, A nicht über das Geschehen zu informieren, oder die – offenbar fälschliche – Behauptung, die Kuh von einem Dritten erworben zu haben, für eine Qualifizierung als *fraudulosus* genüge.

Es ist also davon auszugehen, dass Fall a) zu jeder Zeit und Fall b) wahrscheinlich zu allen Zeiten außer in der archaischen Epoche die objektiven Anforderungen an ein *furtum* erfüllte. In Fall c) ist dagegen keine Handlung nachweisbar, die als *furtum* qualifiziert werden könnte.

2. *Lucri faciendi gratia*

Paulus verlangt weiterhin, dass *lucri faciendi gratia* gehandelt wird. Der *fur* muss also die Absicht haben, einen Gewinn zu erzielen oder sich zu bereichern. Dieses Erfordernis ist jedenfalls insoweit erfüllt, als B mit der Kuh vermögensmäßig besser steht als ohne sie. Es erscheint aber fraglich, ob sich das Erfordernis nur auf einer so banalen Ebene bewegt oder ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

In anderen Quellen findet sich die Aussage, dass die Begehung eines *furtum* das Handeln mit *animus* oder *adfectus furandi* (frei übersetzbar mit „Diebstahlsvorsatz“¹³⁷) voraussetzt.¹³⁸ Wie sich *animus/adfectus furandi* und Gewinnerzielungsabsicht zueinander verhalten – also ob diese Begriffe synonym sind oder sich überschneiden oder ob es sich beim *animus/adfectus furandi* um ein anderes (weiteres) Erfordernis handelt –, ist nicht völlig klar.¹³⁹ In den Quellen, die das Erfordernis des *animus/adfectus furandi* erwähnen, scheint es jedenfalls, als hinge dieser entscheidend davon ab, ob der Handelnde weiß, dass die betreffende Sache ihm nicht gehört bzw. dass er ohne die Einwilligung des Eigentümers handelt.¹⁴⁰ Dies ist in den Varianten a) und b) der Fall.

Die von Paulus verwendeten Worte *lucri faciendi gratia* könnten jedoch auch dahingehend verstanden werden, dass der Handelnde nur dann ein *lucrum*, also eine Bereicherung oder einen Gewinn, erzielen möchte, wenn er Vermögensvorteile erstrebt, von denen er weiß, dass sie ihm nicht zustehen. Wenn er sich dagegen nur das nehmen

¹³⁵ Abgesehen von Inst. 4.1.1., wo der paulinische Wortlaut aufgegriffen wird.

¹³⁶ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 615.

¹³⁷ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 62 Rn. 1.

¹³⁸ Vgl. etwa Gai. 2.50 = D. 41.3.37 = Inst. 2.6.5 (*furtum enim sine affectu furandi non committitur*).

¹³⁹ Vgl. zu dieser Frage HRP/Pennitz, § 93 Rn. 11.

¹⁴⁰ Vgl. die in der vorherigen Fußnote genannten Fundstellen sowie weiterhin Inst. 4.1.7; Pap. 10 resp. D. 17.1.57; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43.8.

will, was ihm ohnehin zusteht, dann – so ließe sich argumentieren – erstrebt er keinen Vermögenszuwachs. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es der Qualifizierung als *furtum* entgegensteht, dass B, wie oben festgestellt, hinsichtlich der Kuh eine *actio in factum* – oder nach sabinianischer Ansicht sogar eine *actio empti* – gegen A Zustand. Für diese Auslegung könnte eine Aussage von Ulpian sprechen, der seinerseits Julian zitiert:

Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14 pr.–1

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. [...] quae sententia vera est, et ita et Iulianus. [...] Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. et Iulianus libro vicen-simo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subripuerit, furti actione non tenetur. plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset.

Ulpian in seinem 29. Buch zu Sabinus

Celsus schreibt, dass derjenige, der eine Sache gekauft hat, wenn sie ihm noch nicht übergeben wurde, die *actio furti* nicht habe, sondern dass diese Klage noch dem Verkäufer zustehe. [...] Diese Ansicht ist richtig und so schreibt es auch Julian. [...] Dass der Käufer vor der Übergabe die *actio furti* nicht hat, ist so streng zu verstehen, dass man sogar gefragt hat, ob er, wenn er die Sache selbst stehle, wegen *furtum* hafte. Und Julian schreibt im dreiundzwanzigsten Buch seiner Digesten: Wenn der Käufer eine Sache, für deren Bewachung der Verkäufer ein- stehen musste, nach Zahlung des Preises gestohlen hat, dann haftet er nicht aus der *actio furti*. Wenn er allerdings die Sache entwendet hat, bevor er das Geld zahlte, haftete er aus der *actio furti*, so wie wenn er ein Pfand gestohlen hätte.

In dieser Quelle wird danach unterschieden, ob der Käufer bereits die Gegenleistung erbracht oder nicht. Ist die Zahlung schon vollzogen, so ist nach Julian – zitiert von Ulpian – eine *actio furti* des Verkäufers ausgeschlossen. Die Begründung dieser differenzierten Wertung wird nicht in der Quelle erwähnt. Sie könnte im Zusammenhang mit dem Synallagma der *emptio venditio* stehen.¹⁴¹

Diese Wertung könnte auf den vorliegenden Fall übertragbar sein: Nachdem B bereits das landwirtschaftliche Gerät an A übergeben hatte, wäre A demnach nicht mehr schutzwürdig und es lässt sich bezweifeln, ob B ein *furtum* beging. Die *actio furti* wäre nach dieser Wertung also vermutlich ausgeschlossen. Dies wäre noch eindeutiger, sofern der sabinianischen Ansicht gefolgt würde, dass der Tausch wie die *emptio venditio* zu behandeln sei (siehe oben I.4.a)). Aber auch wenn diese Ansicht – wie wohl zu den meisten Zeitpunkten – abgelehnt wurde, dürfte nichts anderes gelten, da der Partei eines Tauschs, die ihre Leistung erbracht hat, ja zumindest eine *actio in factum* Zustand (siehe oben I.4.b)). Es ist nicht ersichtlich, wieso bei einem deliktischen

¹⁴¹ Klausberger, JAP 4 (2009/10), S. 198. – Zu der von Ulpian nebenbei erwähnten *custodia*-Haftung des Verkäufers vgl. im Übrigen Reiter, Römisches Privatrecht, S. 137 und 157 sowie HRP/Ernst, § 79 Rn. 148–153.

Rechtinstitut die genaue Art des Vertrags bzw. der Klage ausschlaggebend sein soll. Es spricht also viel dafür, dass die Wertung Ulpian's auf den Fall übertragbar ist. Dieses Problem an der Gewinnerzielungsabsicht festzumachen, erscheint insofern sinnvoll, als nach einer Gegenüberstellung des „verlorenen“ landwirtschaftlichen Geräts im Synallagma mit der Kuh auch kein wirklicher „Gewinn“ erzielt wird, sofern man von der Gleichwertigkeit der Tauschgegenstände ausgeht.¹⁴² Gleichwohl ist Vorsicht geboten, um der paulinischen Definition kein zu großes Gewicht beizumessen und die Rückprojektion moderner Konzepte auf die Antike zu vermeiden. In jedem Fall entsteht der Eindruck, als habe B zumindest in klassischer und in justinianischer Zeit nicht wegen *furtum* gehaftet.¹⁴³

In der republikanischen Zeit, als der Begriff *furtum* besonders weit verstanden wurde, könnte es anders gewesen sein. Und für das archaische Recht lässt sich bezweifeln, ob es komplexen Erwägungen wie den oben angestellten überhaupt zugänglich war – oder ob zu dieser Zeit bereits die physische Wegnahme zur Bejahung eines *furtum* genügte. Hierbei handelt es sich jedoch um Spekulationen.

3. Ergebnis und Rechtsfolge

Zu den meisten Zeitpunkten hätte A mit einer *actio furti* gegen B wohl keinen Erfolg gehabt. Anders könnte es in der archaischen und der republikanischen Zeit gewesen sein und zwar insbesondere in Bezug auf Fall a). Soweit A wegen *furtum* gegen B vorgehen kann, würde B, wie bereits erläutert, da es sich um ein *furtum nec manifestum* handelt, in den doppelten Sachwert verurteilt; nur in der Spätantike richtete sich die *actio furti nec manifesti* auf den vierfachen Sachwert.¹⁴⁴

IV. *Condictio furtiva*

Konnte ein *furtum* nachgewiesen werden, so konnte in klassischer Zeit neben der *actio furti* die *condictio furtiva* (auch *condictio ex causa furtiva* genannt) erhoben werden.

¹⁴² Vgl. Klausberger, JAP 4 (2009/10), S. 199.

¹⁴³ Interessant ist allerdings, dass die Begriffsbestimmung des Paulus in den justinianischen Institutionen wörtlich wiederholt wird – jedoch ohne die Worte *lucri faciendi gratia*. Dieser Befund könnte grundsätzlich auf zwei Arten erklärt werden: Entweder die paulinischen Worte *lucri faciendi gratia* wurden von den Kompilatoren der Institutionen weggelassen oder die Worte stellen in den Digesten einen Zusatz der Kompilatoren dar, der in den Institutionen nicht vorgenommen wurde (dies zumindest erwägend: Pugsley, Scr. Guarino V (1984), S. 2425f.). Die zweite Erklärung würde dazu passen, dass nach allgemeiner Auffassung subjektive Elemente im justinianischen Recht eine größere Rolle spielten als in der Klassik. Trotzdem erscheint die erste Erklärung vorzugswürdig. Für sie spricht nicht zuletzt, dass die Formulierung *lucrum faciendum* in ähnlichen Zusammenhängen auch in anderen Aussagen des Paulus sowie seines Zeitgenossen Ulpian's belegt ist (Paul. 12 ed. D. 4.6.18; Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.10; Paul. 39 ed. D. 47.7.8.2 Ulp. 41 Sab. D. 19.5.14.2; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43.4). Aus dem Fehlen der Worte *lucri faciendi gratia* in den Institutionen etwas für die Lösung des vorliegenden Falls nach justinianischem Recht abzuleiten, würde aber wohl zu weit gehen, denn immerhin nahmen die Kompilatoren die Worte zumindest in die Digesten auf (ebenso wie Ulpian's Aussage in D. 47.2.14.1). Ihr Fehlen in den Institutionen dürfte sich am ehesten durch ein Versehen oder durch den Wunsch nach einer didaktischen Vereinfachung der Definition erklären lassen.

¹⁴⁴ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 434.

Bei dieser Klage dürfte es sich um einen Anwendungsfall der *condictio certae rei* (→ § 12 III 1; § 23 III 1) gehandelt haben, deren Formel¹⁴⁵ wie folgt lautet:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius dem Aulus Agerius hundert Scheffel besten afrikanischen Weizens geben muss, dann verurteile Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius auf so viel Geld, wie diese Sache wert ist; wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

Der Grund für das *dare oportere* (geben müssen) wurde im Vorliegen eines *furtum* gesehen. Anders als die *actio furti* hat die *condictio furtiva* keinen pönalen, sondern einen sachverfolgenden Charakter und ist lediglich auf den einfachen Sachwert gerichtet.¹⁴⁶ Der Hintergrund ist folgender: Im Fall eines *furtum* konnte der Geschädigte grundsätzlich sowohl mittels der *actio furti* eine Bestrafung des *fur* erwirken als auch mittels der *rei vindicatio* die entwendete Sache herausverlangen. Die *rei vindicatio* setzt aber im Grundsatz voraus, dass der Beklagte die Sache bei *litis contestatio* besitzt (vgl. oben I.3) und scheitert daher, wenn er seinen Besitz vorher aufgegeben oder verloren hat. Diese Lücke schließt die *condictio furtiva*, indem sie dem Bestohlenen eine zusätzliche Klagemöglichkeit bietet. Die *condictio furtiva* ist für ihn insoweit günstiger als die *rei vindicatio*, als sie keinen Besitz des Klagegegners voraussetzt, sie ist jedoch insoweit ungünstiger, als sie ausschließlich gegen den Dieb und nicht gegen Dritte angestrengt werden kann und lediglich auf den einfachen Sachwert statt – wie die *rei vindicatio* (siehe oben I.6) – auf volle Restitution gerichtet ist.¹⁴⁷

Wann genau es zu dieser Erweiterung der Klagemöglichkeiten des Bestohlenen kam, ist unklar.¹⁴⁸ Vereinzelt wurde eine Entstehung der *condictio furtiva* in klassischer Zeit vermutet.¹⁴⁹ Da aber Tryphonin in Bezug auf die *condictio furtiva* die *veteres* erwähnt¹⁵⁰ und dieser Begriff im Allgemeinen die republikanischen Juristen bezeichnet (→ § 16 II), dürfte die Annahme eines Ursprungs während der (späten) Republik vorzugswürdig sein.¹⁵¹

Im Grundsatz war bei der *condictio furtiva* stets der Eigentümer der entwendeten Sache aktivlegitimiert,¹⁵² wobei die Aktivlegitimation auch auf den Erben überging,¹⁵³ sodass sich für die Fallvariante, in der A verstorben ist, keine Unterschiede ergeben.

¹⁴⁵ Lenel, Edictum Perpetuum, S. 240; ähnlich Mantovani, Formule, S. 49.

¹⁴⁶ Vgl. Gai 4.8; Ulp. 30 ed. D. 13.1.10 pr.; vgl. zudem auch Pika, Ex causa furtiva condicere, S. 26–30.

¹⁴⁷ Vgl. insgesamt Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 618; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 62 Rn. 7; Reiter, Römisches Privatrecht, S. 168f.

¹⁴⁸ Vgl. Pika, Ex causa furtiva condicere, S. 22–25.

¹⁴⁹ Von Mayr-Harting, Condictio, S. 92–95.

¹⁵⁰ Tryph. 15 disp. D. 13.1.20.

¹⁵¹ Ebenso d’Ors, RIDA 12 (1965), S. 458; Pika, Ex causa furtiva condicere, S. 25; HRP/Pennitz, § 93 Rn. 15 nWN.

¹⁵² Ulp. 18 Sab. D. 13.1.1; Pika, Ex causa furtiva condicere, S. 35–43.

¹⁵³ Iul. 22 dig. D. 13.1.14 pr.; Paul. 39 ed. D. 13.1.11; HRP/Pennitz, § 93 Rn. 15.

Passivlegitimiert ist der *fur*,¹⁵⁴ die *condictio furtiva* setzt also das Vorliegen eines *furtum* voraus. Insoweit kann auf die oben zur *actio furti* gemachten Ausführungen verwiesen werden: Die besseren Gründe sprechen gegen die Annahme eines *furtum*. Allenfalls in der frühen Entwicklungsphase des römischen Rechts könnte der Sachverhalt als *furtum* qualifiziert worden sein – doch zu dieser Zeit dürfte es die *condictio furtiva* noch nicht gegeben haben. Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass A zu keinem Zeitpunkt mit der *condictio furtiva* erfolgreich gegen B vorgehen konnte.

V. *Interdictum utrubi*

A könnte gegen B schließlich ein Interdikt anstrengen, um den Besitz an der Kuh zu erhalten. Interdikte wurden vom Prätor erlassen und sind, da sie in vielen Fällen einen schnellen und effizienten Besitzschutz ermöglichten, mit dem Verfahren der einstweiligen Verfügung des heutigen deutschen Zivilprozessrechts vergleichbar (→ § 12 I 2; § 13 IV).¹⁵⁵ In klassischer Zeit dienten Interdikte zudem oft der Klärung der Parteirollen in einem folgenden Vindikationsprozess: Wer im Interdiktenverfahren den Besitz zugewiesen bekam, hatte im Vindikationsverfahren die günstige Beklagtenrolle inne, während es der anderen Seite als Kläger oblag, den oftmals schwierigen Eigentumsbeweis zu führen (→ § 23 II 4).¹⁵⁶ Sollte A vermittelt eines Interdikts den Besitz an der Kuh erhalten, bliebe demnach B die Möglichkeit unbenommen, wiederum gegen A auf Herausgabe der Kuh zu klagen (dazu unten VIII.).

Wurde ein Interdikt beantragt, prüfte der Prätor den Sachverhalt wohl nur summarisch; erschien ihm das Vorbringen des Antragstellers plausibel, so erließ er das Interdikt.¹⁵⁷ Dieses enthielt ein an die Parteien gerichtetes, abstrakt formuliertes Ge- oder Verbot. Leistete der Gegner dieser Anordnung keine Folge, so hatte der Antragsteller in einem zweiten Schritt die Möglichkeit, gegen ihn eine Klage auf Leistung einer Strafzahlung zu erheben.¹⁵⁸ Hierbei handelte es sich um eine *actio in personam*, es bestand also Einlassungszwang.¹⁵⁹ In diesem Verfahren wurde geprüft, ob der Beklagte der prätorischen Anordnung tatsächlich zuwidergehandelt hatte, das heißt, ob die in der Anordnung wiedergegebenen Voraussetzungen des Interdikts wirklich vorlagen.¹⁶⁰

Bei Interdikten selbst handelt es sich nicht um *actiones*; gleichwohl waren auch für Interdikte feststehende Formeln im prätorischen Edikt enthalten, aus denen sich ihre Voraussetzungen ergaben.¹⁶¹ Konkret kommt im vorliegenden Fall vor allem das *interdictum utrubi* (→ § 23 II 4) in Betracht. Die Interdikte *uti possidetis* (allgemeiner Besitzschutz),¹⁶² *unde vi* (Besitzschutz gegen Gewalt)¹⁶³ und *de clandestina possessione*

¹⁵⁴ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 618.

¹⁵⁵ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 11 Rn. 1–3.

¹⁵⁶ Gai. 4.148; Inst. 4.15.4; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 10.

¹⁵⁷ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 414f.

¹⁵⁸ Allgemein zu diesem Nachverfahren vgl. HRP/Isola, § 66 Rn. 82–97; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 415–421; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 11 Rn. 1–6.

¹⁵⁹ HRP/Isola, § 66 Rn. 83.

¹⁶⁰ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 415f.

¹⁶¹ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 11 Rn. 1.

¹⁶² HRP/Isola, § 66 Rn. 63; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 7f.

¹⁶³ HRP/Isola, § 66 Rn. 33; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 13f.

(Besitzschutz gegen heimliche Verdrängung aus dem Besitz)¹⁶⁴ scheinen dagegen zwar auf den ersten Blick in Betracht zu kommen, sind jedoch alle drei nur auf unbewegliche Sachen anwendbar.

Dem *interdictum utrubi* kommt, obwohl es im Ansatzpunkt auf die Erhaltung des bestehenden Besitzes gerichtet ist, auch eine rekuperatorische (das heißt, auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtete) Funktion zu.¹⁶⁵ Seine Formel¹⁶⁶ lautet:

Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.

Ich verbiete, dass dagegen Gewalt geschieht, dass derjenige von euch beiden, bei welchem dieser Sklave, um den es hier geht, im größeren Teil dieses Jahres gewesen ist, und zwar ohne dass der Besitz vom anderen durch Gewalt oder heimlich oder durch Bittleihe erlangt worden ist, den Sklaven wegführt.

Es obsiegt also derjenige, der im letzten Jahr die Sache im Vergleich zum anderen länger fehlerfrei besessen hat.¹⁶⁷ Als fehlerfrei gilt ein Besitz, der nicht gewaltsam, heimlich oder im Wege der Bittleihe (*nec vi nec clam nec precario*) von der anderen Seite erlangt wurde.¹⁶⁸ Einem fehlerfreien Besitzer wird dabei die Besitzzeit seines Vorbesitzers angerechnet, wenn er die Sache von diesem geerbt, gekauft oder anderweitig fehlerfrei erworben hat (sog. *accessio temporis*).¹⁶⁹

1. Besitz des A bzw. des S

Wenn A in den Fällen a) und b) das Interdikt innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Besitzwechsel beantragt, ist er in jedem Fall derjenige, der die Kuh im letzten Jahr die längere Zeit in Besitz hatte. Sein Besitz war gegenüber B auch fehlerfrei, denn er hatte die Kuh nicht gewaltsam, heimlich oder im Wege der Bittleihe (*precarium*) von B erhalten. A hätte mit dem Interdikt also grundsätzlich Erfolg. In Fall c) kann A dagegen nicht beweisen, dass sich die auf der Weide des B stehende Kuh zuvor in seinem Besitz befunden hat. Aus diesem Grund dürfte ein Vorgehen mittels des *interdictum utrubi* in diesem Fall nicht erfolgsversprechend sein.

In der Variante, in der A verstorben ist, spielt die *accessio temporis* eine Rolle: Grundsätzlich ist einem Erben – hier also S – die Zeit anzurechnen, in der der Erblasser besaß.¹⁷⁰ Dies galt auch dann, wenn der Erblasser noch vor seinem Tod den Besitz

¹⁶⁴ HRP/Isola, § 66 Rn. 64; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 16.

¹⁶⁵ Vgl. Honsell, Römisches Recht, S. 54.

¹⁶⁶ Lenel, Edictum Perpetuum; rekonstruiert nach Gai. 4.160; ebenso Mantovani, Formule, S. 95f.; vgl. auch Ulp. 72 ed. D. 43.31.1 und Inst. 4.15.4a.

¹⁶⁷ HRP/Isola, § 66 Rn. 80; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 9.

¹⁶⁸ Die entsprechende Klausel wird als *exceptio vitiosae possessionis* bezeichnet; es handelt sich jedoch um eine untechnische Bezeichnung, da diese Ausnahme nicht – wie *exceptiones* im eigentlichen Sinne – auf Antrag des Beklagten in die Formel eingefügt wurde, sondern bereits standardmäßig zum ediktalen Wortlaut des Interdikts gehörte, vgl. Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 8.

¹⁶⁹ Gai. 4.151; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 9.

¹⁷⁰ Gai. 4.151.

an der Sache verloren hatte.¹⁷¹ Unklar ist allerdings, ob ein Erbe, um sich auf das Interdikt berufen zu können, zumindest zu irgendeinem Zeitpunkt auch selbst im Besitz der Sache gewesen sein musste. Anders ausgedrückt: Konnte das Interdikt dem Erben zur erstmaligen Besitzerlangung dienen? Diese Frage scheint von Ulpian erörtert zu werden:

Ulp. 72 ed. D. 41.2.13.4

Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. et quidem in emptoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emptionis: sed subtilius est quod in emptorem, et in heredem id quoque probari.

Ulpian in seinem 72. Buch zum Edikt

Es wurde gefragt, ob dem Erben, wenn er zuvor nicht besessen hat, der Besitz des Erblassers angerechnet werde. Und freilich wird bei Käufern der Besitz unterbrochen, aber in Bezug auf Erben sind die meisten nicht derselben Ansicht, weil das Recht bei der Erbfolge umfassender ist als beim Kauf. Aber scharfsinniger ist es, das, was beim Käufer gilt, auch beim Erben anzunehmen.

Es ist nicht vollständig gesichert, dass sich Ulpian mit seinen Aussagen auf das *interdictum utrobi* bezog, doch dafür sprechen sowohl der palingenetische Kontext¹⁷² als auch der Kontext innerhalb des Fragments sowie die Verwendung des Wortes *accedere*.¹⁷³ Ulpian berichtet, dass die meisten anderen Autoren – wen er konkret meint, wird nicht deutlich – dem Erblasser die Besitzzeit des Erben in jedem Fall anrechnen möchten, auch wenn der Erbe selbst nie im Besitz der Sache war. Wie Ulpian selbst zu dieser Frage steht, ist kurioserweise nicht völlig eindeutig, denn das von ihm verwendete Adjektiv *subtilis* kann in Rechtstexten nicht nur in einem positiven Sinn „fein-/scharfsinnig“, sondern auch in einem negativen Sinn „spitzfindig“ oder „(übertrieben) streng“ bedeuten.¹⁷⁴ Der Anschluss *sed* (aber) deutet allerdings darauf hin, dass Ulpian sich von der zuvor geschilderten Ansicht der meisten distanzieren und mit *subtilis* eine positive Wertung ausdrücken wollte.¹⁷⁵ Es ist daher davon auszugehen, dass Ulpian (aufgrund eines Vergleichs mit der Rechtslage des Käufers, der die gekaufte Sache nie erhalten hat und sich nicht auf die Besitzzeit des Verkäufers berufen kann) die *accessio temporis* verneint.¹⁷⁶ Dies ist kohärent zu anderen Aussagen, wonach eine *accessio temporis* nur bei eigenem Besitz möglich sei.¹⁷⁷ Nach der Meinung Ulpians wäre S das *interdictum utrobi* also verwehrt, da S die Kuh nie selbst besaß,

¹⁷¹ Ulp. 72 ed. D. 41.2.13.5.

¹⁷² Lenel, Palingenesia II, Sp. 848.

¹⁷³ Ebenso Domisch, Besitzübergang, S. 187.

¹⁷⁴ Heumann/Seckel, Handlexikon, S. 564.

¹⁷⁵ Otto/Schilling/Sintenis, Corpus Juris Civilis IV übersetzen: „Allein richtiger gedacht ist es doch“. Generell scheint der Komparativ in Rechtstexten nur mit positiver (oder jedenfalls nicht negativer) Bedeutung verwendet zu werden, vgl. Call. 2 quaest. D. 14.2.4.2; Ulp. 26 ed. D. 12.4.3.8; Ulp. 12 Sab. D. 49.15.15; Nov. Val. 8.2 pr.; lust. C. 6.22.10.3; Nov. lust. 122.3.2; Nov. lust. 159.1.

¹⁷⁶ Ausführlich zum richtigen Verständnis der Stelle Domisch, Besitzübergang, S. 185–189, 210–212.

¹⁷⁷ So Ulpian im weiteren Fortgang des Fragments, D. 41.2.13.12: *Accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem: ceterum accessio nemini proficit, nisi ei qui ipse possedit.*

sondern sie sich bei seiner Rückkehr bereits bei B befand. Nach der Gegenansicht – die nach Aussage Ulpian von den meisten vertreten wurde – könnte S sich dagegen auf das *interdictum utrubi* berufen. Welche Ansicht die Praxis bestimmte, kann nur gemutmaßt werden. Vielleicht hätte man sich vor der Äußerung Ulpian eher an der Mehrheitsauffassung und nach der Äußerung Ulpian aufgrund von dessen großer Autorität eher an Ulpian orientiert. Da Ulpian's Ansicht – anders als die Gegenauffassung – in die Digesten aufgenommen wurde, dürfte Ulpian's Meinung jedenfalls der justinianischen Rechtslage entsprechen.

2. Besitz des B

Würde das Interdikt erst später als sechs Monate nach dem Besitzwechsel an der Kuh beantragt, dann hätte grundsätzlich B die Kuh im letzten Jahr länger in Besitz gehabt. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob der Besitz des B fehlerfrei ist. Zudem ließe sich auch vor Ablauf der sechs Monate fragen, ob nicht womöglich B im Wege der *accessio temporis* die Besitzzeit des A zugerechnet werden könnte (mit dem Erfolg, dass B länger besessen hätte), denn A und B haben ja immerhin einen Tausch vereinbart. (Eine Anrechnung der Besitzzeit der Person, von der B die Kuh erworben zu haben behauptet, kommt dagegen nicht in Betracht, da B diesen Erwerb in keiner der Fallvarianten beweisen kann.) Eine *accessio temporis* wäre allerdings jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Besitz des B fehlerhaft wäre.¹⁷⁸ Auch insoweit kommt es also auf die Frage an, ob B seinen Besitz *vi*, *clam* oder *precario* erlangte.

Von den römischen Juristen sind verschiedene Versuche zur Definition des Begriffs *clam* überliefert.¹⁷⁹ Ihnen ist gemeinsam, dass sie daran anknüpfen, ob nach der Inbesitznahme Streit mit dem bisherigen Besitzer zu erwarten ist.¹⁸⁰ Die Inbesitznahme durch B erfolgte in Fall a) dadurch, dass B die Kuh – von einem Zeugen beobachtet – nachts auf seine Weide trieb. In Fall b) beobachtete ein Zeuge, wie die Kuh von selbst auf die Weide des B ging.¹⁸¹ In beiden Fällen war im Moment der Besitzerlangung durch B absehbar, dass A über den Verlust seiner Kuh nicht erfreut sein und B den Besitz wieder streitig machen würde. Dies musste auch B erkennen. In den Fällen a) und b) dürfte die Besitzerlangung durch B daher als *clam* zu qualifizieren sein, sodass B sich weder auf seine eigene Besitzzeit noch auf eine *accessio temporis* berufen kann.¹⁸² Das denkbare Gegenargument, es sei kein Streit mit A zu erwarten gewesen, da B ja infolge des seinerseits bereits vollzogenen Tauschs ein Anrecht auf die Kuh

Ebenso Paul. 3 Sab. D. 44.3.16: *Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest*. Und besonders anschaulich Gai. 4.151: *Nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest. nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest*.

¹⁷⁸ Gai. 4.151.

¹⁷⁹ Insbesondere Muc. sing. D. 50.17.73.2; Ulp. 71 ed. D. 43.24.3.7–8 (mit Zitaten von Cassius und Aristo); Ven. 2 interd. D. 43.24.4 (mit Servius-Zitat) und Ulp. 70 ed. D. 41.2.6 (mit Pomponius-Zitat).

¹⁸⁰ Für ein noch weiteres Verständnis von *clam*, wonach es nur auf den Willen des Vorbesitzers ankommt, *Schwind*, Römisches Recht 1, § 64.8. Vgl. ferner auch *Heumann/Seckel*, Handlexikon, S. 71.

¹⁸¹ Hierbei ist davon auszugehen, dass A den Besitz an der Kuh *solo animo* bis zur Inbesitznahme durch B behielt; letztere dürfte in dem Moment erfolgt sein, in dem B seinerseits Besitzwillen hinsichtlich der Kuh entwickelte. Vgl. zum Besitzerhalt *solo animo* die ähnliche Problematik beim *servus fugitivus* (Paul. 54 ed. D. 41.2.1.14 sowie auch Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.25 und Ulp. 70 ed. D. 41.2.6.1).

¹⁸² Bei einer weiten Auslegung des Begriffs könnte in Fall a) womöglich sogar eine Besitzerlangung *vi* angenommen werden.

hatte, würde verkennen, dass Interdikte dem Schutz des Rechtsfriedens vor verbotener Eigenmacht dienen und dass in diesem Zusammenhang die Frage nach der Besitzberechtigung gerade keine Rolle spielt.¹⁸³ Diese Frage ist vielmehr erst in einem eventuellen Folgeprozess zu klären (dazu unten VIII.).

In Fall c) ist hingegen keine Handlung des B nachweisbar, die sich als *vi aut clam* qualifizieren ließe. Selbst wenn A es – entgegen dem unter 1. Gesagten – gelänge, zu beweisen, dass er die Kuh während des letzten Jahres in Besitz hatte, könnte er sich in dieser Fallvariante also nur in den ersten sechs Monaten auf das Interdikt berufen.

3. Vor- und nachklassisches Recht

Wann genau das *interdictum utrubi* entwickelt wurde, ist ungewiss. Es dürfte zu den ältesten Interdikten gehören.¹⁸⁴ Gleichwohl wird angenommen, dass das Interdiktenverfahren im Ursprung nur dem Schutz des Besitzes an Grundstücken diene und dass es erst in einem zweiten Schritt auf bewegliche Sachen übertragen wurde.¹⁸⁵ Die Wurzel des Interdiktenverfahrens war wohl eine Art Verwaltungsverfahren, das nach und nach formalisiert und ediktal geregelt wurde.¹⁸⁶ In jedem Fall war es erst ab einem gewissen Zeitpunkt in der Geschichte des römischen Rechts möglich, ein Interdikt zu beantragen; in der Frühzeit wird diese Möglichkeit für A noch nicht bestanden haben.

Im spätantiken Recht ist allgemein eine Tendenz zu einer härteren Unterdrückung der Selbstjustiz zu beobachten.¹⁸⁷ Diese erfolgte aber insbesondere durch strafrechtliche bzw. obrigkeitliche Maßnahmen, gegenüber denen das Interdiktenverfahren an Bedeutung verlor.¹⁸⁸ Zudem wurden manche klassischen Differenzierungen aufgegeben.¹⁸⁹ Insbesondere soll es, zur Unterdrückung aller Formen der Selbstjustiz, dem Antragsgegner versagt worden sein, sich darauf zu berufen, dass der Antragsteller den Besitz seinerseits fehlerhaft erlangt hatte;¹⁹⁰ hieraus ergibt sich im vorliegenden Fall aber kein Unterschied. Im Ergebnis dürfte für den Fall in der Spätantike, soweit das Interdiktenverfahren nicht völlig aufgegeben wurde, also nichts anderes gegolten haben als in klassischer Zeit.

Justinian stellte das klassische Recht in Bezug auf Interdikte weitgehend wieder her.¹⁹¹ Beim *interdictum utrubi* änderte er jedoch die Rechtslage dahingehend, dass nicht mehr der Besitz des letzten Jahres betrachtet wurde, sondern demjenigen die Sache zugesprochen wurde, der sie zuletzt fehlerfrei besaß.¹⁹² Nach dem unter 2. Gesagten ändert sich durch diese Reform aber für die Lösung des vorliegenden Falles nichts.

¹⁸³ Vgl. Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 5.

¹⁸⁴ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 6.

¹⁸⁵ Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 413.

¹⁸⁶ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 1.

¹⁸⁷ Müller, Besitzschutz in Europa, S. 19; vgl. auch Levy, West Roman Vulgar Law, S. 248.

¹⁸⁸ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 256–259; Müller, Besitzschutz in Europa, S. 19.

¹⁸⁹ Vgl. etwa Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 66; Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, S. 637f.: teilweise sogar die Unterscheidung zwischen *actio* und *interdictum*.

¹⁹⁰ Kaser, Römisches Privatrecht 2, S. 257 (allgemein) und 259 (zum *interdictum utrubi*).

¹⁹¹ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 13 Rn. 18; vgl. aber Inst. 4.15.8.

¹⁹² Inst. 4.15.4a; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 31 Rn. 9; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 398f.

4. Ergebnis und Rechtsfolge

Ab der Entwicklung des *interdictum utrubi* konnte A mit diesem Interdikt wohl in den Fällen a) und b) erfolgreich gegen B vorgehen, in Fall c) dagegen wohl nicht. Ob in der Variante, in der A verstorben ist, S mit dem Interdikt Erfolg hat, hängt davon ab, ob die Ansicht Ulpians oder die der Mehrheit seiner Zeitgenossen den Ausschlag gab.

Würde ein Interdikt erlassen, so würde es, wie aus dem Formelwortlaut ersichtlich ist, B untersagen, sich der Wiederergriffung der Kuh durch A zu widersetzen. Falls B das Wegführen der Kuh durch A nicht duldete, hatte A, wie bereits erläutert, die Möglichkeit, von B mittels einer Klage eine Strafzahlung zu erlangen.

VI. *Interdictum quorum bonorum*

In der Fallvariante, in der A verstorben ist, kommt zudem das *interdictum quorum bonorum* in Betracht. Dieses schützt denjenigen, dem der Prätor den Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) erteilt hat; er konnte dadurch in den Besitz aller Nachlassgegenstände gelangen.¹⁹³ Falls S sich auf das Interdikt berufen kann, hat also die Versagung des *interdictum utrubi* durch Ulpian keine Rechtsschutzlücke zur Folge.¹⁹⁴ Ähnlich wie das *interdictum utrubi* zur Vorbereitung der *rei vindicatio* dienten, wurde das *interdictum quorum bonorum* zur Vorbereitung der *hereditatis petitio* genutzt.¹⁹⁵ Die Formel¹⁹⁶ des Interdikts lautet:

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.

Was du von diesem Nachlass, dessen Besitz jenem aufgrund meines Edikts erteilt wurde, *pro herede* oder *pro possessore* besitzt oder besitzen würdest, wenn nichts durch *usucapio* erworben worden wäre, und das, wovon du arglistig dafür gesorgt hast, dass du es nicht mehr besitzt, das sollst du jenem zurückgeben.

Das Interdikt setzt also grundsätzlich voraus, dass dem Antragsteller die *bonorum possessio* (→ § 24 II 1) erteilt worden war und dass der Antragsgegner einen Nachlassgegenstand *pro herede* oder *pro possessore* besaß. Die *bonorum possessio* wurde vom Prätor auf Antrag erteilt. Die Personen, die zu ihrer Beantragung berechtigt waren, waren in mehrere Klassen eingeteilt:

Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.1

Sed successionem ab intestato in plures partes divisit: fecit enim gradus varios, primum liberorum,

Ulpian in seinem 44. Buch zum Edikt

Aber er [der Prätor] hat die Rechtsnachfolge *ab intestato* in mehrere Gruppen eingeteilt. Er hat nämlich verschiedene Klassen geschaffen, als

¹⁹³ Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 740.

¹⁹⁴ Vgl. (auch zu anderen Konstellationen und möglichen Hintergründen) Domisch, Besitzübergang, S. 189 und 210–212.

¹⁹⁵ Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 86 Rn. 15.

¹⁹⁶ Lenel, Edictum Perpetuum, S. 452; ebenso Mantovani, Formule, S. 85; Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 129.

secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.

erstes die der Kinder, als zweites die der gesetzlichen Erben, als dritte die der Blutsverwandten, schließlich die von Ehemann und Ehefrau.

Diese Klassen waren nacheinander berufen: Für jede Klasse bestand eine Frist zur Beantragung der *bonorum possessio*; verstrich diese ungenutzt, waren die Angehörigen der nächsten Klasse berufen.¹⁹⁷ Die Frist betrug grundsätzlich für jede Klasse 100 Tage, nur für die Eltern und die Kinder des Erblassers betrug sie ein Jahr.¹⁹⁸ Sie begann erst mit Kenntnis des Antragsberechtigten von seiner Berechtigung.¹⁹⁹ Wer mehreren Klassen angehörte, konnte mehrfach berufen werden.²⁰⁰ Als Sohn und *suus heres* (vgl. oben I.2) des A war S in den ersten drei Klassen antragsberechtigt.²⁰¹ Wurde S die *bonorum possessio* erteilt, so war er grundsätzlich dazu befugt, ein *interdictum quorum bonorum* zu beantragen.

Richten konnte sich das Interdikt, wie aus seinem Wortlaut hervorgeht, gegen denjenigen, der *pro herede* oder *pro possessore* besaß. Diese Begriffe dürften hier genauso ausgelegt werden wie im Rahmen der *hereditatis petitio* (oben II.2). Demnach dürften die besseren Gründe dafür sprechen, dass B *pro possessore* besitzt und dass S sich in den Fällen a) und b) auf das *interdictum quorum bonorum* stützen kann. In Fall c) hingegen kann er nicht belegen, dass die Kuh, wie nach dem Wortlaut des Interdikts erforderlich, zum Nachlass gehört. Das Verfahren und die Rechtsfolgen entsprechen im Wesentlichen denen des *interdictum utrubi* (oben V.)

VII. Konkurrenzen

Im heutigen deutschen Zivilprozess muss ein Kläger nur sein Klageziel nennen, aber braucht sich nicht dahingehend festzulegen, auf welche Anspruchsgrundlage er seine Klage stützen möchte. Im römischen Recht musste sich ein Kläger bei der Antragstellung vor dem Prätor dagegen entscheiden, welche *actio* er erheben wollte.²⁰² Manche *actiones* waren nebeneinander möglich, andere schlossen sich gegenseitig aus.

Im Fall muss A sich grundsätzlich zunächst entscheiden, ob er im Wege des Interdiktenverfahrens oder mittels einer Klage gegen B vorgehen möchte. Günstiger dürfte das Interdiktenverfahren sein. Will er aber eine Klage erheben, so spielen Fragen der Klagenkonkurrenz eine Rolle. Allgemein galt, dass pönale und sachverfolgende Kla-

¹⁹⁷ Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 62 und 98.

¹⁹⁸ Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.8,9,12; Babusiaux, Römisches Erbrecht, S. 62.

¹⁹⁹ Ulp. 49 ed. D. 38.15.2 pr.; Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 698.

²⁰⁰ Ulp. 46 ed. D. 38.7.2 pr.; Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.11; Pomp. 4 Sab. D. 38.8.5; Kaser/Knütell/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 77 Rn. 14. Dass Ulpian in D. 38.9.1.11 die Worte *magis est* verwendet, könnte jedoch darauf hindeuten, dass diese Frage umstritten war, vgl. Kaser, Römisches Privatrecht 1, S. 698 Fn. 5. Noch weitergehend (für eine Interpolation) mit beachtlichen Argumenten etwa Schulz, Classical Roman Law, Rn. 421; ebenso Reiter, Römisches Privatrecht, S. 196 Fn. 35.

²⁰¹ Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.11.

²⁰² Vgl. Reiter, Römisches Privatrecht, S. 167.

gen nebeneinander zulässig waren, aber dass sachverfolgende Klagen sich untereinander gegenseitig ausschlossen.²⁰³ Die *actio furti* hatte pönalen Charakter, *rei vindicatio*, *hereditatis petitio* und *condictio furtiva* dagegen sachverfolgenden. Daraus folgt: A kann in jedem Fall die *actio furti* erheben und sie mit einer der sachverfolgenden Klagen kombinieren; aus diesen muss er aber eine auswählen und kann die anderen in der Folge nicht mehr geltend machen. Da nach den Ergebnissen der Prüfung von allen behandelten *actiones* ohnehin allenfalls die *rei vindicatio* und die *hereditatis petitio* zum Erfolg führen (und letztere ausschließlich S zusteht), kommt der Frage der Klagenkonkurrenz aber letztlich keine große Bedeutung zu.

VIII. Annex: Rechtsbehelfe von B gegen A

Für den Fall, dass A – infolge eines richterlichen *iussum de restituendo* (vgl. oben I.6), aufgrund der Verweigerung der Einlassung auf die *rei vindicatio* (vgl. oben I.1) oder im Rahmen des Interdiktenverfahrens – den Besitz an der Kuh erlangt hat, stellt sich die Frage, ob B wegen der Kuh seinerseits Rechtsbehelfe gegen A anstrengen kann.

In Betracht kommt zunächst eine *rei vindicatio*. A wäre als Besitzer der Kuh passivlegitimiert. B gelingt es jedoch in keiner der Fallvarianten, sein eigenes Eigentum zu beweisen, sodass seine *rei vindicatio* scheitern dürfte. Sofern B die Kuh infolge eines *iussum de restituendo* herausgegeben hat, dürfte eine *rei vindicatio* seinerseits in jedem Fall ausgeschlossen sein.

Soweit auf den Tausch die kaufrechtlichen Vorschriften angewandt wurden (vgl. oben I.4.a)), kann B wegen der Kuh eine *actio empti* anstrengen. Soweit auf den Tausch dagegen nicht die kaufrechtlichen Vorschriften angewandt wurden, aber er dennoch rechtliche Anerkennung fand (vgl. oben I.4.b)), kann B wegen der Kuh eine *actio in factum* anstrengen. Eine solche Klage setzte in klassischer und justinianischer Zeit voraus, dass die Gegenleistung schon erbracht war.²⁰⁴ Da B das landwirtschaftliche Gerät bereits übergeben hat, ist dies der Fall.

IX. Gesamtergebnis

Wie deutlich wird, ist es schwierig, den Fall nach römischem Recht zu beurteilen. Das zentrale Wertungsproblem liegt darin, dass die Kuh rechtlich A zugeordnet ist, sodass B durch das Wegtreiben bzw. Behalten der Kuh in rechtlich missbilliger Weise in dessen Sphäre eingegriffen hat, aber dass die Kuh zugleich nach der (bereits teilweise vollzogenen) Parteiabrede B zustehen soll, sodass B durch sein Handeln im Ergebnis den rechtlich erstrebten Zustand hergestellt hat. Wie dieser Konflikt im konkreten Fall aufzulösen ist, ergibt sich aus den Quellen nicht eindeutig.

Es spricht jedoch viel dafür, dass das Anrecht des B auf die Kuh jedenfalls eine Bewertung seines Handelns als *furtum* und damit die *actio furti* und die *condictio furtiva*

²⁰³ Reiter, Römisches Privatrecht, S. 166.

²⁰⁴ Paul. 32 ed. D. 21.4.1.4.

ausschließt. In Bezug auf die *rei vindicatio* und die *hereditatis petitio* ist die Lage weniger eindeutig. Aber auch hier ist es gut möglich, dass die – eigentlich begründete – Klage aufgrund des Tauschgeschäfts an einer *exceptio doli* des B scheiterte. In den frühen Entwicklungsphasen des römischen Rechts könnte die Beurteilung jeweils anders ausgefallen sein, doch sind hierüber kaum klare Aussagen möglich.

Sicher zu dem von A erstrebten Erfolg führten nur die Interdikte, denn bei diesen kommt es ausschließlich auf den Besitz als solchen (und ggf. die Art und Weise seiner Erlangung) an, nicht aber auf die Besitzberechtigung. Ab dem Zeitpunkt der Entwicklung des Interdiktenverfahrens wäre A daher zu raten, nicht gegen B zu klagen, sondern ein Interdikt zu beantragen. In der Folge wäre er auch gegen eine mögliche folgende Vindikation der Kuh durch B gefeit. Dass er von B wegen der Kuh mittels einer *actio in factum* (oder nach sabinianischer Ansicht einer *actio empti*) in Anspruch genommen wird, kann A hingegen nicht verhindern.

In Fall c) hat A anders als in den anderen beiden Fallvarianten schon deshalb nur wenig Chancen auf ein erfolgreiches Vorgehen gegen B, weil es ihm schwer fällt, zu beweisen, dass die Kuh in seinem Eigentum steht (*rei vindicatio* und *hereditatis petitio*), dass er sie zuvor besessen hat (Interdikte) oder dass B sie unerlaubt an sich genommen hat (Rechtsbehelfe wegen *furtum*). Ein Erfolg des A in Fall c) ist höchstens für die Frühzeit des römischen Rechts, vielleicht auch für die Spätantike, vorstellbar, aber hier sind kaum klare Aussagen möglich.

Die Variante, in der A verstorben ist, führt nur zu geringen Unterschieden in der rechtlichen Bewertung: Der *rei vindicatio* steht eine *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* entgegen; stattdessen steht S die *hereditatis petitio* zu. Zudem kann S das *interdictum quorum bonorum* geltend machen; wenn man der von Ulpian gegen die Mehrheit seiner Zeitgenossen vertretenen Ansicht folgt, allerdings nicht das *interdictum utrubi*.

Zitierte Literatur

- Babusiaux, Ulrike: Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht (2. Aufl. Wien u.a. 2021).
- Behrends, Okko: Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, in: Text und Kommentar, hrsg. v. Jan Assmann/Burkhard Gladigow (München 1995), S. 423–462.
- Beseler, Gerhard: Miscellanea, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 45 (1925), S. 188–265.
- Carcattera, Antonio: L'azione ereditaria nel diritto romano (Roma 1948).
- Domisch, Jörg: Zur Frage eines Besitzübergangs auf den Erben im klassischen römischen Recht (Berlin 2015).
- Frezza, Paolo: Storia del processo civile in Roma fino alla età di Augusto, in: Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt I.2 (Berlin 1972), S. 163–196.
- Gonvers, Jacques: L'exceptio rei venditae et traditae (Lausanne 1939).
- Handbuch des Römischen Privatrechts, hrsg. v. Ulrike Babusiaux u.a. (Tübingen 2023) (zitiert: HRP/Bearbeiter).
- Harke, Jan Dirk: Actio ad exhibendum. Vorlegungsklage im römischen Recht (Berlin 2019).
- Heumann, Hermann/Seckel, Emil: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts (11. Aufl. Graz 1971, unveränderter Abdruck d. Ausg. Jena 1907).
- Honsell, Heinrich: Römisches Recht (8. Aufl. Berlin/Heidelberg 2015).
- Kaser, Max: Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht (2. Aufl. München 1971); Zweiter Abschnitt: Die nach-klassischen Entwicklungen (2. Aufl. München 1971).
- Kaser, Max: "Pro herede vel pro possessore", in: Studi in onore die Arnaldo Biscardi II (Milano 1982), S. 221–260.
- Kaser, Max/Hackl, Karl: Das Römische Zivilprozessrecht (2. Aufl. München 1996).
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian: Römisches Privatrecht (22. Aufl. München 2021).
- Klausberger, Phillipp: Der voreilige Käufer und die actio furti – Musterelegese zu D. 47.2.14.1, in: Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 4 (2009/10), S. 196–199.
- Krüger, Hugo: Das Verhältnis der exceptio doli (generalis) zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti (Halle 1892).
- Lenel, Otto: Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung (3. Aufl. Leipzig 1927).
- Lenel, Otto: Palingenesia iuris civilis II (Leipzig 1889, Ndr. Graz 1960).
- Levy, Ernst: West Roman Vulgar Law. The Law of Property (Philadelphia 1951).

- Levy, Ernst: Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht (Weimar 1956).
- Mantovani, Dario: Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano (2. Aufl. Padova 1999).
- Mayr-Harting, Robert von: Die *Condictio* des römischen Privatrechtes (Leipzig 1900).
- Möller, Cosima: Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag (Berlin 2011), S. 455–468.
- Müller, Therese: Besitzschutz in Europa (Tübingen 2010).
- D’Ors, Álvaro: The „*odium furum*” of Gaius 4,4, in: *Revue internationale des droits de l’Antiquité* 12 (1964), S. 453–467.
- Otto, Karl/Schilling, Bruno/Sintenis, Carl: Das *Corpus Juris Civilis* in’s Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter IV (Leipzig 1832).
- Pika, Wolfram: *Ex causa furtiva condicere* im klassischen römischen Recht (Berlin 1988).
- Pugsley, David: *Animus furandi*, in: *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino V* (Napoli 1984), S. 2419–2426.
- Reiter, Christian: Einführung in das römische Privatrecht. Ausgewählte Themengebiete und Fälle (Wien/Köln 2021).
- Schulz, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
- Schwind, Fritz: Römisches Recht. Erster Band: Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts (Wien 1959).
- Talamanca, Mario: *Studi sulla legittimazione passiva alla “hereditatis petitio”* (Milano 1956).
- Thielmann, Georg: Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte. D. 19, 1, 31, 2 und D. 6, 2, 9, 4, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 111 (1994), S. 197–241.
- Thomas, Joseph: *Contrectatio, Complicity and Furtum*, in: *IVRA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* 13 (1962), S. 70–88.
- Wieacker, Franz: Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik (München 1988).
- Zimmermann, Reinhard: *Furtum*, in: *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid 1994), S. 753–783.

Die Übersetzungen orientieren sich teilweise an denen von Behrends et. al. (für die Digesten) und Manthe (für die Institutionen des Gaius), stellen jedoch keine wörtlichen Übernahmen dar.