

Andreas Wacke
Die sorgfältige Klagen-Auswahl durch den Käufer
bei umgekehrter Eviktion
(Papinian Dig. 21,2,66pr.):
*Da mihi facta, dabo tibi ius?**

Übersicht: I. Papinians tragischer Tod – Sein charakteristischer knapper Stil. – II. Papinians Gutachten zur umgekehrten Eviktion. – III. Der Verkäufer rät zur *actio Publiciana*. – IV. Der Verkäufer rät zur *actio Serviana*. – V. Folgerungen – Andere Abhilfen? – Eventuelle Klagenhäufung? – VI. Von den einzelnen *actiones* zum gebündelten Klageanspruch. – VII. Zusammenfassung. – VIII. Vereinfachtes Summarium und Literaturnachtrag.

I. Papinians tragischer Tod – Sein charakteristischer knapper Stil

1. Unter dem Dreigestirn der spätklassischen Juristen Papinian, Paulus und Ulpian genoß Aemilius Papinianus in der Nachwelt den größten Ruhm.¹ Nach dem Zitiergesetz von 426 n. Chr. sollte bei Stimmgleichheit der zitierfähigen Juristen Papinians Ansicht den Ausschlag geben. Anlaß für die ihm entgegengebrachte Verehrung bildete sein Märtyrertod, den er für seine aufrechte Gesinnung erleiden mußte, weil er sich weigerte, den von Caracalla an dessen Mitkaiser Geta verübten Brudermord zu rechtfertigen. Dieser Justizmord² wirft ein abschreckendes Licht auf die staatspolitischen Verhältnisse der hohen Kaiserzeit. Er steht im schroffen Gegensatz zum rechtsstaatlichen Inhalt von Papinians eigenen Schriften. Das in ihnen zum Ausdruck gelangende Ethos³ bildet zu Recht die eigentliche Grundlage seines hohen

* Aus: Orsolya Márta Péter/ Béla Szabó (Hrsgg.), *Ünnepi tanulmányok v. A bonis bona discere*. Festgabe für János Zlinszky zum 70. Geburtstag (Miskolc 1998) 63-89. Der Originalabdruck ist (u. a. wegen zu kleiner Drucktype) nur schwer lesbar. Wichtiges seitdem erschienenenes Schrifttum ist am Ende nachgetragen.

¹ Die Papinians Namen zierenden Epitheta werden angeführt von GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, ANRW II 15 (1976) 632-666 (633ff.; mit ausführlicher Papinian-Bibliographie S. 662ff.); neuerdings von ANKUM, *Papinian, ein dunkler Jurist?* in: *Orbis Iuris Romani [OIR]* 2 (Brno 1996) 5-32 (S. 13-17; danach hier zitiert). Eine spanische Version dieses Aufsatzes: ANKUM, *Papiniano, ¿un jurista oscuro?* bereits in: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano [SCDR]* 1 (Madrid 1990) 33-63. Siehe auch ORESTANO in *NND* I 12 (1965) 364ff.; einen knappen, jedoch einfühlsamen biographischen Abriß über Papinian bringt KNÜTEL in *Stolleis (Hrsg.), Juristen: ein biographisches Lexikon von d. Antike bis zum 20. Jh.* (München 1995) 473f.

² Caracalla soll den Prätorianern erlaubt haben, Ankläger und Richter zugleich zu sein und Papinian zu töten. Personengleichheit von Ankläger und Richter (wie bei der mittelalterlichen Inquisition) ist daraus nicht unbedingt herzuleiten. LIEBS (u. Fn. 4) S. 113f. denkt an ein gewöhnliches Militärgericht, bei dem Ankläger und Richter derselben Prätorianergruppe angehörten, bei der Papinian sich unbeliebt gemacht hatte.

³ Auf moralische Werte wie *verecundia*, *pietas*, *existimatio*, *aequitas* greift Papinian bei seinen Problemlösungen relativ häufig zurück, s. ANKUM, *OIR* 2, 10f. Diese Appelle an die herrschende Sozialmoral verteidigt ANKUM S. 20f. mit Recht als klassisch, entgegen der auf vorgefaßter Meinung

Ansehens. Es ist nicht auszudenken, wieviel mehr dieser begnadete Jurist und Staatsmann noch [64] hätte leisten können, falls Caracalla seinem rastlosen Leben nicht mit dem Beilieb brutal ein Ende gesetzt hätte. Die zu seiner Hinrichtung führenden Geschehnisse würdigte OKKO BEHRENDTS kürzlich in einer mustergültig einfühlsamen Analyse aller literarischen Quellen.⁴ Bereits in der Barockzeit bildete die Tragödie den Stoff zweier Bühnenwerke: des schlesischen Dichters ANDREAS GRYPHIUS (1659)⁵ und des italienischen Juristen GIAN VINCENZO GRAVINA (1712).⁶

62 *libri* sind uns von Papinian bekannt: verglichen mit anderen Rechtsgelehrten von Rang, deren Lebenswerk mehrere hundert *libri* umfaßt, kein besonders großes Œuvre. Stoff immerhin genug für die Studenten an den Rechtsschulen zu Beryt und Konstantinopel, deren Lehrplan für das 3. Studienjahr die Schriften Papinians vorsah und die deshalb „Papinianisten“ hießen (siehe *constitutio Omnem* 4). Darum wollen wir zufrieden sein mit dem Anteil seiner Schriften, die uns erhalten blieben. Seine *quaestiones* und *responsa* sind keine systematischen Kommentare, sondern widmen sich kasuistischen Einzelfragen; wegen ihrer herausragenden Bedeutung innerhalb dieser Literaturgattung nannte BLUHME die 3. Masse der von den Kompilatoren exzerpierten Schriften „Papiniansmasse“. EMILIO COSTA – gleichfalls ein Jurist von vortrefflichen Qualitäten – würdigte die uns überlieferten 749 Fragmente Papinians vor einem Jahrhundert in nicht weniger als vier Bänden.⁷

2. Gegenüber dem öfters erhobenen Vorwurf der Dunkelheiten im gedanklichen Ausdruck nahm HANS ANKUM Papinians Schriften neuerdings zutreffend in Schutz (s. o. A. 1). Die auch bei anderen römischen Juristen nicht selten begegnende lakonische Kürze findet sich bei Papinian in gesteigerter Form. Sie läßt sich – je nach der Einstellung des modernen Interpreten – einerseits als Manie, andererseits als Meisterschaft charakterisieren. Papinian schreibt für den

beruhenden negativen Beurteilung durch SCHULZ (nächste Fußnote). Ausführlich zu Papinians juristischer Ethik jetzt BEHRENDTS (sofort) 268-291.

⁴ BEHRENDTS, Papinians Verweigerung oder die Moral eines Juristen, in: U. MÖLK (Herausgeber), Literatur und Recht: Literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart (Göttingen, Wallstein-Verlag 1996) 243-291. Kürzer zuvor LIEBS, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (1987) 90f., 110, 113. Allzu kritische Forscher hielten die Episode zuweilen für legendär; so beiläufig SCHULZ, Geschichte der röm. Rechtswissenschaft (1961) 299.

⁵ GRYPHIUS, Großmutiger Rechtsgelehrter oder sterbender Aemilius Papinianus (Reclams Universalbibliothek Nr. 9835, 1983). Dazu D. NÖRR, Papinian und Gryphius: Zum Nachleben Papinians, SZ 83 (1966) 308-333, sowie außer BEHRENDTS (vorige Fn.): W. BARNER, Der Jurist als Märtyrer: A. Gryphius' *Papinianus*, in MÖLK cit. 229-242.

⁶ Der aus Neapel stammende GRAVINA (1664-1718), Philosoph, Jurist und Poet, war seit 1699 Rechtsprofessor an der Universität La Sapienza in Rom. Über seine *vita* siehe MAZZACANE in STOLLEIS (o.A. 1) 252f.

⁷ COSTA, Papiniano I-IV (1894-99; ristampa 1964).

juristisch [65] gebildeten Fachgenossen als Leser. Für ihn redet er kein überflüssiges Wort, sondern eher einige Worte zu wenig. Im Wege des enthymematischen („im Busen verhaltenen“) Schließens wird ein Gedankenschritt zuweilen übersprungen; angedeutet wird nur das unentbehrliche Gerüst der Argumente. Diese skizzenhaft-stenogrammartige Darstellung unterscheidet sich auf charakteristische Weise von einem modernen obergerichtlichen Urteil, welches das Entscheidungsergebnis in jeder Hinsicht abzusichern trachtet, um gegenüber Anfechtungen durch Rechtsmittel niet- und nagelfest zu sein. Während moderne Gerichtsurteile aus sich selbst heraus verständlich sein sollten, bedürfen Papinians Quästionen und Responsen demgegenüber öfters des erläuternden Kommentars; sie eignen sich darum vorzüglich für exegetische Betrachtungen.

II. Papinians Gutachten zur umgekehrten Eviktion

Eine schwierige Quästionenstelle aus dem Bereich des Eviktionsregresses eines Käufers führte HANS ANKUM in seiner o. A. 1 erwähnten Untersuchung bereits als Beispiel an und einer weitgehenden Klärung zu. Zwecks Verdeutlichung mancher offengebliebenen Frage und meiner teilweise erheblich abweichenden Auslegung möchte ich deren Betrachtung in dieser dem hochverehrten ungarischen Gelehrten gewidmeten Studie aber nochmals aufgreifen. Der Text belehrt uns auf instruktive Weise über die Unterschiede zwischen antikem und modernem Prozeßrecht bezüglich des Umfangs von Streitgegenstand und Rechtskraft,⁸ über Richtermacht und Parteiherrschaft bei der Anwendung des materiellen Rechts. Seinen reichen Aussagegehalt würdigte das vor ANKUM erschienene Schrifttum nicht in adäquater Weise.⁹

[66] D. 21,2,66pr. (Papinianus libro 28. *quaestionum*):

(a) Si cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experietur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio. (b) non idem in Serviana quoque actione probare potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.

⁸ Zu den Bezügen zwischen antikem und modernem Zivilprozeß siehe meinen Überblick in: *Orbis Iuris Romani* 3 (1997) 68-97 (Andeutungen zu unserem Papiniantext S. 86f.).

⁹ Mehrere Autoren beschränkten ihre Bemerkungen auf wenige knappe Fußnoten; so GLÜCK, *Pandecten* 20 (1819) 272f. = GLÜCK trad. ital. 21 (1898) 207f.; RABEL, *Die Haftung des Verkäufers I* (1902) 75; BECHMANN, *Kauf III* 1 (1905) 42 A. 3; etwas ausführlicher COSTA, *Papiniano IV* (1899) 123; weit. Hinw. bei ANKUM 27 A. 78f., zur älteren Lit. bei SCHIMMELPFENG, *Hommel redivivus I* (1858) 518 z. d. St. – APPLETON, *Propriété prétorienne* (1889, Neudr. 1974) behandelt den Text überhaupt nicht. Den besten Kommentar lieferte CUIACIUS, *In libros 28 quaest. Papin.*, in dessen *Operae IV* (Prati 1837) 1627ff. Nur noch teilweise brauchbar ist hingegen K. O. MÜLLER, *Die Lehre des röm. Rechts von der Eviction I* (1851) 160ff.

[(a) Wenn der Verkäufer dem Käufer riet, eher die publizianische Klage oder die für Erbpacht-Grundstücke proponierte Klage zu erheben, der Käufer dies jedoch nicht tat, so schadet ihm jedenfalls sein *dolus* und die (Eviktions)Stipulation verfällt nicht. (b) Dasselbe kann nicht auch bezüglich der Pfandklage gebilligt werden: Obwohl sie nämlich eine dingliche Klage ist, nimmt sie dem Beklagten bloß den Besitz fort, und mit der Zahlung des Geldes an den Verkäufer erlischt sie; daran erkennt man, daß sie dem Käufer im eigenen Namen nicht zusteht.]

Eviktion bedeutet Verlust des *habere licere*, welches der Verkäufer dem Käufer zu garantieren hat. Im Normalfall der Eviktion verliert der Käufer den Besitz infolge einer erfolgreichen Herausgabeklage eines besserberechtigten Dritten. Als Eviktion im weiteren Sinne gilt es aber auch, wenn der Käufer einen Prozeß auf Rückerlangung der unfreiwillig verlorenen Kaufsache gegen einen dritten Besitzer aus Rechtsgründen verliert. In diesem (selteneren) Falle tritt der Käufer also als Kläger auf, nicht wie im Normalfalle als Beklagter. Es handelt sich um Eviktion mit vertauschten Parteirollen, oder kurz gesagt um konträre, „umgekehrte Eviktion“.¹⁰ Die Gleichstellung des zweiten Falles mit dem gewöhnlichen Eviktionsfall ergibt sich beispielsweise aus der Beschreibung der Verfallsvoraussetzungen der Eviktionsstipulation durch:

D. 21,2,16,1 (Pomponius libro 9. *ad Sabinum*): Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est

Auf den letzten von Pomponius erwähnten Fall bezieht sich unser Papinianfragment. Papinian bringt Einschränkungen und präzisiert dadurch dessen Voraussetzungen. Aus der günstigeren Rolle eines Beklagten gelangt der Käufer mit dem Verlust seines Sachbesitzes in die schwierigere Position eines Klägers. Er kann sich nicht mehr darauf beschränken, den Angriff des Dritten zunächst abzuwarten und (nach [67] Klagerhebung) abzuwehren, sondern er muß selber offensiv gegen den dritten Besitzer vorgehen und ihn zu diesem Zweck zuvor ausfindig machen. Als Kläger trifft ihn die volle Last des Hauptbeweises für sein Herausgabebegehren; nicht genügt die bloße Erschütterung der Beweismittel des Gegners durch Antritt des Gegenbeweises. Die Zeit arbeitet gegen, nicht für ihn: Eine begonnene Usukapionsfrist läuft zu seinen Lasten, nicht zu seinen Gunsten. Die einen Käufer im

¹⁰ Von mir vorgeschlagene Bezeichnung in WACKE, Die verschuldete Eviktion, Festschrift Niederländer (1991) 141-179, 149; spanische Übersetzung dieses Beitrags jetzt in: Los presupuestos de la responsabilidad por evicción etc. in WACKE, Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas (Madrid 1996) 319-366, 329. Spaniens Código civil folgt getreu dem römischen Eviktionsprinzip, läßt den selteneren Fall der Konträreviktion in den zu eng formulierten Artt. 1480, 1482 jedoch ungeregelt. Die Behandlung dieses Falles ist dort umstritten. Die Kasuistik der römischen Quellen ist insoweit vollständiger.

Normalfalle drohender Eviktion im Interesse seines Verkäufers treffenden Sorgfaltsanforderungen oder Diligenzpflichten werden bei umgekehrter Eviktion noch verschärft. Den Sachbesitz darf der Käufer nicht mutwillig preisgegeben haben.¹¹ Den Vorprozeß gegen den Dritten muß er mit jeder zumutbaren Sorgfalt führen¹². Unter mehreren zur Rückerlangung in Betracht kommenden Klagen muß er darum (schon im wohlverstandenen eigenen Interesse) dasjenige Klageformular auswählen, welches die besten Erfolgsaussichten verspricht. Dies ist regelmäßig diejenige *actio* mit den geringeren Beweisanforderungen.

III. Der Verkäufer rät zur *actio Publiciana*

1. Am einfachsten und schnellsten wiederverschaffen könnte sich ein ehemaliger Besitzer verlorenen Besitz mit Hilfe eines *interdictum ad [68] recuperandam possessionem*.¹³ Ein Interdikt steht vorliegenden Falles jedoch nicht zur Debatte; offenbar fehlten dafür die Voraussetzungen. Man denke an den Fall, daß der Käufer den Besitz nicht durch gewaltsame oder heimliche Handlung eines Dritten verlor, sondern beispielsweise ein gekaufter Sklave oder ein Tier von ihm fortlief.¹⁴ Der Käufer muß (und will) deshalb mit einer petitorischen Klage

¹¹ D. 21,2,29,1: Kein Eviktionsregreß, wenn der Käufer *ex possessore petitor factus et victus sit, ... sed ita, si culpa vel sponte ... possessio amissa fuerit*. Zur schwierigen Auslegung WACKE, Festschr. Niederländer 166ff. Zur Dereliktion der Kaufsache ebenso D. 21,2,76 (u. A. 26).

¹² BECHMANN/OERTMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht III 2 (1908) 52; KOACHAKER, Iura 4 (1953) 21 A. 55; WOLLSCHLÄGER, SZ 98 (1976) 135; LEMOSSE, Labeo 30 (1984) 168f.; BAUER, Ersitzung und Bereicherung (1988) 26 A. 17. Beispiele für mangelnde prozessuale Sorgfalt: D. 21,2,55pr.: Der Käufer unterlag wegen Säumnis, nicht *quod malam causam habuit*. D. 21,2,63,2: Nach eingeleiteter Appellation verlor der Käufer *bonam causam vitio suo ex praescriptione*, also wohl wegen Fristversäumung; zur '*praescriptio*' als Grund für Erfolglosigkeit der Appellation LITEWSKI, ANRW II 14 (1982) 86 bei A. 236. Ein Käufer mit *bona causa* gewinnt also normalerweise den Vorprozeß. Nur wenn er ihn infolge *mala causa* verliert, muß ihm der Verkäufer haften. '*Causa*' meint hier die Aussicht, den Vorprozeß zu gewinnen, also die anhängige Streitsache (nicht den Usukapionstitel). Sie kann trotz vorliegendem Ersitzungstitel '*mala*' sein (z.B. bei einer gekauften *res furtiva*).

Einschränkend wirkte ein im Vorprozeß ergangenes Fehlurteil nicht gegen den Verkäufer; eine *iniuria iudicis* galt als alleiniges Risiko des Käufers, s. Festschr. Niederländer 158f. Der Grund dürfte darin liegen, daß sich eine *iniuria iudicis* im Einzelfall zu Ungunsten des Käufers ebenso auswirken konnte wie zu seinen Gunsten: Den Vorprozeß konnte er trotz *bona causa* verlieren, aber auch trotz *mala causa* gewinnen. Eviktionsregreß wurde vermutlich deshalb im ersten Falle ebenso versagt, wie er im zweiten (schon von Rechts wegen) entfiel.

¹³ Deutlich lehrt dies auf zeitlos gültige Weise Gaius D. 6,1,124: „Wer eine Sache einklagt, sollte zunächst prüfen, ob er den Besitz durch ein Interdikt erlangen kann, weil es viel einfacher und bequemer ist, selber zu besitzen und den Gegner zum Beweis zu zwingen als gegen den besitzenden Gegner (scil. petitorisch) zu klagen“.

¹⁴ Bei Annahme einer *res se movens* erscheint der Sachhergang am plausibelsten. ANKUM 28 denkt hingegen an ein gekauftes Grundstück, wegen des im Text erwähnten *fundus vectigalis* besonders an einen *fundus Italicus*, jedenfalls an eine *res Mancipi*. Mit seiner Beziehung des Textes auf die *actio de auctoritate* verengt sich ANKUM jedoch die Bandbreite der möglichen Sachverhalte.

gegen den jetzigen Besitzer vorgehen. Zu diesem Zweck wendet er sich an seinen wegen der Eviktion garantiépflchtigen Verkäufcr mit der Bitte, ihm im Prozeß als Streitgehilfe beizustehen, insbesondere die Beweismittel für sein Eigentum zur Verfügung zu stellen. Der Vorgang entspricht der Streitverkündung (*litis denuntiatio*) durch den Käufer nach Erhebung einer gegen ihn als Besitzer erhobenen Herausgabeklage.¹⁵ Die *litis contestatio* ist in Papinians Fall einer „umgekehrten Eviktion“ allerdings noch nicht vollzogen, sie steht jedoch bald bevor. Auf die Bitte des Käufers um Unterstützung im Prozeß um die Wiedererlangung der Sache rät ihm der Verkäufer, eher (*potius*: u. A. 55) mit der *actio Publiciana* vorzugehen,¹⁶ offenbar um das Beweisrisiko möglichst gering zu halten. Dieser Empfehlung folgt der Käufer jedoch nicht (*id facere supersedit*).¹⁷ In wie weit der Käufer davon abwich, sagt Papinian nicht [69] ausdrücklich; auch insoweit ist sein Schweigen kennzeichnend für seinen knappen Stil. Was ist die Alternative zu *potius*? Daß der Käufer gar nichts tat, dürfte auszuschließen sein. Nach zutreffender allgemeiner Annahme klagte der Käufer entgegen dem Rat des Verkäufers mit der *rei vindicatio*;¹⁸ die Vindikation wurde jedoch abgewiesen, weil der Käufer den „teuflischen Beweis“ seines quiritischen Eigentums nicht zu führen vermochte.¹⁹ Abgeraten hat der Verkäufer von der *rei vindicatio* vermutlich, weil er wußte, daß er selber nur bonitarischer und noch nicht quiritischer Eigentümer war (ähnlich insoweit ANKUM S. 28). Die *actio Publiciana*,

¹⁵ Dargestellt von meinem früheren Assistenten P. W. SCHÄFER, Nebenintervention und Streitverkündung (1990) 43f.; Überblick bei WACKE, Festschr. Niederländer 164.

¹⁶ Oder mit der für Erbpächter von Provinzialgrundstücken proponierten *vectigalis actio*. Zu ihr Dig. 6,3; LENEL, Edictum (3. Aufl.) 186ff.; weit. Lit. bei KASER/HACKL, Das römische Zivilprozeßrecht (1996) 352 A. 37. Wie aus unserem Papiniantext hervorgeht, war diese *actio in rem* ediktal (arg. *proposita est*). Wegen der Parallelstellung mit den *actiones Publiciana* und *Serviana* dürfte auch sie *in factum* konzipiert gewesen sein. Im Vergleich zur *rei vindicatio* muß auch sie einen Beweisvorteil für den Kläger gehabt haben. Weiter impliziert der Papiniantext, daß nach einem Verkauf des Grundstücks dem Käufer die *actio vectigalis* aus eigenem Recht (*suo nomine*: arg. aus dem Schlußsatz) gegen Dritte zustand (zum Schutz von *successores* siehe D. 6,3,1pr.). BOVE, Ricerche sugli agri vectigales (1960) geht auf den Text nicht ein. Zu LANFRANCHI, Studi sull'ager vectigalis (1940) s. Rez. WIEACKER, SZ 61 (1941) 468ff.

¹⁷ *Supersedere*, nach HEUMANN/SECKEL, Handlexikon s. v. nicht vor Papinian, entsprechend ital. ‘soprascedere’, engl. ‘to supersede’: etwas unterlassen, sich darüber hinwegsetzen, nicht darauf hören.

¹⁸ So schon GLÜCK, Pandecten 20 (1819) 272 A. 94. Unzutreffend verkürzt den Sachverhalt hingegen MACCORMACK, SZ (1983) 525f., mit der im Ergebnis vielleicht nicht unberechtigten Schlußfolgerung: „the reference to *dolus* ist not strictly a necessary part of the reasoning“. Ähnlich betrachtete BECHMANN, Kauf II 2 (1908) 52 A. 3 die Mißachtung der *admonitio* des Verkäufers nicht in allen Fällen als wesentlich.

¹⁹ Zur *probatio diabolica* siehe KIEFNER, SZ 81 (1964) 212-232 (S. 223 zu D. 21,2,66 pr); DIÓSDI (u. A. 81) 154ff.; BENEDEK, Studi Biscardi IV (1983) 445ff. Die (spätantiken) Quellen zur *necessitas probandi* im Eigentumsprozeß bei GIUFFRÈ, Necessitas probandi (1984) 159f.; WACKE, Beweislast, SZ 109 (1992) 441. Zur von ERNST LEVY entfachten (jedoch inzwischen überwundenen) Polemik über die Beweislast im klassischen Recht zusammenfassend WACKE (o. A. 8) 88ff. Zum Recht Justinians s. THÜR, Justinians Publiciana etc., SZ 89 (1972) 362ff.; zum Mittelalter FEENSTRA, Action publicienne et preuve etc., Mélanges Meylan I (1963) 91ff.

zu der der Verkäufer dem Käufer geraten hatte, wäre trotz Abweisung der *rei vindicatio* an sich noch nicht verbraucht; das ergibt sich aus dem Paralleltext des Julian D. 21,2,39,1: *Si Titius servus petierit et ... victus sit, ... supererit Publiciana actio, et propter hoc duplae stipulatio non committitur*. Hätte der Käufer in Papinians Falle noch ein zweites Mal mit der *actio Publiciana* gegen den Besitzer vorgehen können, dann hätte für ihn aber kein Grund bestanden, den Verkäufer wegen Eviktion in Regreß zu nehmen. Folglich ist davon auszugehen, daß ihm die *actio Publiciana* infolge Zeitablaufs verloren ging, weil der Besitzer die Sache inzwischen ersessen hat.²⁰ Dieses wichtige [70] Sachverhaltselement verschweigt uns Papinian in seiner lakonischen Kürze ebenfalls.

2. Daß die *actio Publiciana* im Vergleich zur *rei vindicatio* beweismäßig das günstigere Klageformular enthält, müßte der Käufer in Wahrnehmung seines wohlverstandenen eigenen Interesses an sich selber wissen.²¹ Er handelte nicht so vernünftig wie normalerweise ein Kläger in eigenen Angelegenheiten. Leichtfertig ging er ein höheres Prozeßrisiko ein als erforderlich. Seine Außerachtlassung der *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*²² darf nicht dazu führen, daß er durch Zuerkennung der *poena dupli* aus der Eviktionsgarantie noch belohnt würde. Wenn ihn aber der Verkäufer obendrein ausdrücklich darauf hinwies und er dessen Rat dennoch nicht befolgte: dann jedenfalls sind auch etwaige Zweifel daran ausgeräumt, daß der

²⁰ Zutr. DAUBE, Iura 11 (1960) 110f.; ihm zust. WACKE, Festschr. Niederländer 164 A. 96. Abweichend von §§ 109, 941 BGB wurde die *usucapio* mit Erhebung der *rei vindicatio* nicht unterbrochen. Abweichend unterstellt ANKUM S. 29, mit der *actio Publiciana* habe der Käufer noch ein zweites Mal, und nun erfolgreich gegen den Besitzer klagen können. Den *dolus* sieht ANKUM darin, daß der Käufer den Verkäufer verführt wegen Eviktion belangt, also die Abweisung seiner *rei vindicatio* bloß zum Vorwand nimmt. Solange aber der Käufer noch nicht sämtliche ihm zur Wiedererlangung des Sachbesitzes zu Gebote stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, kann ihn der Verkäufer auf diese verweisen und ist Eviktion noch gar nicht eingetreten; deutlich Julian D. 21,2,39,1: *supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio non committitur*. Keinen *dolus* des Käufer nimmt ANKUM S. 29 an, wenn auch dessen *actio Publiciana* abgewiesen würde; den Verkäufer könne er dann erfolgreich wegen Eviktion belangen. Eine solche Möglichkeit zur Purgation des *dolus* wäre jedoch mit Papinians Worten *omnimodo nocebit ei dolus suus* nicht zu vereinbaren (auf 'omnimodo' geht ANKUM gar nicht ein). In Julians Fall hat der Käufer noch die *actio Publiciana*, Eviktion liegt darum noch nicht vor. In Papinians Fall hat er sie nicht mehr, Eviktion trat infolge seines prozessualen Verschuldens ein.

Solange dem Käufer nicht *ferre spes habendi abscessa est*, liegt Eviktion noch gar nicht vor; siehe D. 21,2,35 (dazu WACKE, Festschr. Niederländer 160f.): Der Käufer verlor ohne sein Verschulden den Besitz infolge der Vindikation eines Pfandgläubigers. Die Eviktionsgarantie tritt damit in Kraft, die *stipulatio duplae* ist verfallen (*committitur*). Der Verkäufer schützt sich dagegen jedoch mit einer *exceptio doli (praesentis)*, wenn er die vom Pfandrecht befreite Sache dem Käufer wiederum anbietet. Selber auslösen muß der beklagte Käufer das Pfand hiernach nicht. Leistet er den Schätzwert aus eigenen Mitteln, steht dies nach Pomp. D. 21,2,16,1 cit. Fall 2 einer Eviktion gleich.

²¹ Von vornherein evident wäre die Erfolglosigkeit der *rei vindicatio*, falls der Käufer eine *res Mancipi* vom Verkäufer nur tradiert erhalten hatte. Abweichend ANKUM S. 28: Er unterstellt, der Text habe sich auf die *actio de auctoritate* bezogen.

²² Dazu HAUSMANIGER, Festschr. Kaser (1976) 265ff. sowie die von mir betreute Diss. J. MAUEL (1985). Vgl. zu *de se queri debet* und *officia erga se* MAYER-MALY, Festschrift Kaser 229 ff.

Käufer den Eviktionsfall mutwillig provozierte. Dies meint Papinian mit den Worten *omnimodo nocebit ei dolus suus*. Die Empfehlung oder Ermahnung des Verkäufers ist kein unverbindliches bloßes *mandatum tua gratia*: Mit der sorgfältigen Prozeßführung gegen den Besitzer zwecks Vermeidung des Eviktionsfalles führt der Käufer zugleich ein Geschäft für den Verkäufer. Wegen ihres gemeinsamen Interesses am Prozeßerfolg handelt es sich um ein „auch fremdes Geschäft“.²³ Die Ermahnung des Verkäufers verstärkt die Pflichtverletzung des Käufers bei der von ihm erbetenen Kooperation. Wegen der ausdrücklichen Mitteilung könnte sich der Käufer auch nicht mit eigener Rechtsunkenntnis herausreden.

[71] 3. Die vom Verkäufer abgegebene Eviktionsgarantie verfällt darum von Rechts wegen nicht (*nec committitur stipulatio*); einer *exceptio doli* bedarf es dazu (entgegen ANKUM S. 29 bei A. 84) nicht. Vermutlich wurde schon die Eviktionsstipulation unter der negativen Bedingung abgeschlossen, daß kein Verschulden des Käufers vorliegt. Unter diese Klausel subsumiert Papinian unseren Fall. Als *dolus* betrachtet er das bewußte Abweichen von der Direktive des Verkäufers. Zu klären war, ob der Käufer solchen Weisungen zu folgen hat, inwieweit sie für ihn verbindlich sind. Diesbezüglich unterscheidet Papinian zwischen der dem Käufer angeratenen *actio Publiciana* (Satz *a*) und bloßer Vindikation als Pfand (Satz *b*). Dolos handelt der Käufer nach Satz *a*, wenn er seinen Verkäufer im Prozeß gegen den besitzenden Dritten um Unterstützung bietet, ihm Beweisdokumente zu liefern, sich dann aber nicht an das vom Verkäufer gewünschte Beweisthema hält. Wie in jedem Eviktionsprozeß müssen Käufer und Verkäufer auch bei offensivem Vorgehen gegen den Dritten, also bei umgekehrten Parteirollen, einvernehmlich miteinander kooperieren.

4. Bei alledem ist vorausgesetzt, daß eine rechtzeitig erhobene *actio Publiciana* auch im konkreten Fall größere Erfolgsaussichten gehabt hätte als die vom Käufer weisungswidrig erhobene *rei vindicatio*. Dazu muß die ihm verkaufte Sache zumindest ersitzungsfähig gewesen sein. Eine gekaufte *res furtiva* hätte jedoch selbst ein redlicher Käufer nicht binnen Jahresfrist (*si anno possedisset*) ersitzen können. Seine gegen den Besitzer erhobene *actio Publiciana* wäre ebenso abgewiesen worden wie die *rei vindicatio*. Sein vom Rat des Verkäufers abweichendes Verhalten war dann für sein Unterliegen nicht relevant (nicht kausal). Mit dem Gegeneinwand, die Kaufsache sei keine *res habilis* gewesen, müßte unser Käufer trotz ‘*omnimodo nocebit ei dolus suus*’ gehört werden und mit seinem Eviktionsregreß durchdringen. Die Weisung des Verkäufers ist unbeachtlich, wenn er selber weiß oder sich sagen muß, daß auch mit der *actio Publiciana* kein günstigeres Prozeßergebnis zu erzielen ist (oder gewesen wäre). Führte der

²³ Zum Begriff vgl. SEILER im Münchener Kommentar zum BGB (3. Aufl. 1997) § 677 Randnr. 8-9; § 662 Randnr. 23.

Verkäufer den Mangel der Furtivität durch vorherige Entwendung oder Unterschlagung der verkauften Sache sogar selber herbei, so haftet er wegen seines *dolus* mit der *actio empti* auch ohne Eviktion.²⁴ Ein vorsätzliches Delikt des Verkäufers ist ein schwerwiegenderer Pflichtenverstoß als die weisungswidrige Wahl einer riskanteren *actio*, welche nach RABEL (o. A. 9) ähnlich der unterlassenen [72] Streitverkündung nur in etwas „künstlicher Weise als *dolus* angesehen wird“.

5. Mit den Prinzipien der *stipulatio duplae* ist Papinians Votum jedoch ansonsten (abgesehen von den zuletzt betrachteten Sonderfällen) gut vereinbar. Darauf bezog man ihn im Schrifttum auch seit jeher.²⁵ ANKUM S. 28 glaubt hingegen, den Text auf die *actio de auctoritate* beziehen zu müssen. Als Begründung dafür dient ihm das palingenetische Argument: Aus dem Kontext von Papinians 28. Quaestionenbuch gehe „schon mit aller Klarheit hervor“, daß er „nicht von der Eviktionsstipulation, sondern von der *actio de auctoritate*“ gehandelt habe. Aufgrund dieser Annahme verengt ANKUM den Sachverhalt auf den Fall der Manzipation einer *res Mancipi*. Rein hypothetisch überlegt ANKUM S. 29f. dann aber, wie Papinians Gutachten wohl ausgefallen wäre, falls er doch von der Eviktionsstipulation gehandelt hätte. Kurioserweise gelangt ANKUM dabei praktisch zu demselben wie von Satz *a* ausgedrückten Ergebnis. Statt des erstrebten Nachweises einer Interpolation von Satz *a* bestätigt sich damit seine inhaltliche Richtigkeit.

Anstelle dieser gewundenen Beweisführung vertrauen wir lieber dem überlieferten Wortlaut und halten nichts daran für interpoliert. Der Nachweis einer inhaltlichen Änderung scheint uns nicht gelungen. Das palingenetische Argument darf nur mit äußerster Vorsicht für Interpolationsbehauptungen verwendet werden. Justinians Kompilatoren standen bei ihrer eilig abgefaßten Sammlung der Digesten unter großem zeitlichen Druck. Daß sie von der *actio de auctoritate* handelnde Klassikertexte von vornherein ausschieden ist infolgedessen wahrscheinlicher, als daß sie sie in zeitraubendem Detailstudium auf die *stipulatio duplae* umarbeiteten. Angesichts der oft mangelhaften systematischen Ordnung der Klassikerschriften ist das palingenetische Argument für sich genommen von geringer Beweiskraft, wenn es nicht durch inhaltliche Textargumente bekräftigt werden kann. Dies gilt zumal für ein nicht in Kommentarform abgefaßtes Quaestionenwerk, in dem theoretische Fälle abgehandelt werden. Daß Papinian im 28. Buch von der *actio de auctoritate* handelte, beweist nicht, daß er sich ausschließlich mit ihr beschäftigte und die gleichfalls der Rechtsmängelgewähr dienliche

²⁴ D. 19,1,6,9. Für ein „fait personnel“ haftet der Verkäufer im europäischen Recht stets (auch bei vereinbartem Ausschluß der Eviktionshaftung): Festschr. Niederländer 174; SZ 114 (1997) 228.

²⁵ So etwa COSTA o.A. 9. Ablehnend ANKUM 27 A. 78.

Stipulation ganz außer Acht ließ. Solch reines „Kästchen-Denken“ hätte der assoziativen und diskursiven Darstellung der römischen Juristen nicht entsprochen. Ein Gegenbeispiel zwecks Widerlegung des palingenetischen Arguments bildet Venuleius D. 21,2,76: In seiner Monographie über die Stipulationen handelt der Jurist auch von der *actio* [73] *auctoritatis*.²⁶ Papinian zufolge verfällt die Stipulation von Rechts wegen nicht (*nec committitur stipulatio*). Gegenüber der *actio de auctoritate* müßte der beklagte Verkäufer hingegen seinen Einwand in Gestalt einer förmlichen *exceptio doli* vorbringen (insoweit zutreffend ANKUM S. 29 A. 84 zu D. 21,2,39,1; ebenso RABEL o.A. 9). Von ihr kann Papinian darum hier nicht gehandelt haben.²⁷ Voreilig fügt ANKUM die *actio de auctoritate* mittels Klammer-Technik leider schon bei der Wiedergabe des Textes ein, die gesamte nachfolgende Exegese damit präjudizierend.²⁸

IV. Der Verkäufer rät zur *actio Serviana*

1. Für unverbindlich erklärt Papinian in Satz *b* mit ausführlicher Begründung den Rat, der Käufer möge mit der Pfandvindikation gegen den Besitzer vorgehen. Wie die *actio Publiciana* ist zwar auch die *Serviana* eine dingliche *actio in rem* (C. 8,13,18; 293); deshalb heißt sie zuweilen auch *vindicatio pignoris* (D. 20,1,16,3; 28; 29pr.). Sie entzieht aber dem Beklagten bloß den Besitz.²⁹ Als akzessorisches Recht erlischt insbesondere das Pfand mit der Tilgung der Forderung kraft der Klausel *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*. Zur Tilgung der Forderung befugt ist außer dem Schuldner der ablösungsberechtigte Beklagte als Besitzer aufgrund seines *ius offerendi* (vgl. § 268 BGB). Durch *litis aestimationem sufferre* kann bei den [74] Arbiträrklagen jeder Beklagte den Kläger

²⁶ SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili* (1989) 174ff. Der Käufer verwirkt auch nach Venuleius seinen Eviktionsprozeß durch eigenes Verschulden, nämlich durch absichtliche Besitzpreisgabe (z.B. jagte er den gekauften fremden Sklaven selber fort): WACKE, *Festschr. Niederländer* 171f.

²⁷ Irrig deutet ANKUM S. 29 bei A. 84 *nocebit ei dolus suus* als förmliche *exceptio doli*. Daß sie gegenüber der *actio ex stipulatu* „nicht notwendig war“, bemerkt er S. 28 zu Recht, ähnlich S. 30. Entgegen seiner Ansicht folgt daraus jedoch kein Argument gegen die Echtheit des Textwortlauts. Der *dolus* ist auch abweichend von ANKUM zu interpretieren, s. o. A. 20.

²⁸ Kritisch gegenüber dieser voreiligen Klammer-Technik schon WACKE, *Rez. zu Ankum*, u. A. 51. Die so veränderten Texte geraten in die Gefahr, nicht mehr verständlich zu sein. Völlig unlesbar ist der Abdruck des gewiß in mancherlei Hinsicht interpolierten Paralleltexes D. 21,2,39,1 bei ANKUM, *Acta Juridica* 1976, 6f. Die Manzipation durch Sklaven behandelte ANKUM in südafrikanischen Beiträgen, obgleich die Fragestellung für das moderne Roman Dutch Law obsolet ist, nochmals in: *Huldigungsbandel van Warmelo* (1984) 6-17 (S. 12ff.).

²⁹ Übereinstimmend mit Papinians Formulierung D. 46,3,20: Keine Schuldbefreiung bei Leistung einer verpfändeten Sache, *quia avocari tibi res possit ab eo qui (eam) pignori accepisset*.

befriedigen.³⁰ Zu zahlen ist der Betrag nach Papinian aber (auch) an den Gläubiger der persönlichen Forderung, das ist und bleibt der Verkäufer, weil die Römer noch keine echte Zession kennen. Dem mit der *actio Serviana* vorgehenden Käufer kann der beklagte Besitzer somit durch Zahlung an den Verkäufer die Klagegrundlage entziehen. Daran erkennt man laut Papinians Schlußfolgerung, daß die *Serviana* (abweichend von der *Publiciana*) dem Käufer nicht im eigenen Namen zusteht: *unde fit, ut emptori suo nomine non competat*. Dieser Endpunkt von Papinians Argumentationskette, auf den seine Beweisführung hinausläuft, ist mitnichten ein Glossem, wie ANKUM S. 28 und 31f. ohne Begründung vermutet. Aufgrund der außergewöhnlichen Wertschätzung, welche die Nachklassik den Schriften Papinians entgegenbrachte, waren diese gegen spätere Verfälschungen vermutlich weitgehend immun. Die *notae* spätklassischer Juristen zu Papinians Schriften annullierte das bis Justinian gültige Kassiergesetz Konstantins von 321. Von dieser Kassation ging eine warnende Wirkung aus vor der Hinzufügung weiterer Anmerkungen.

Wegen ihres beschränkten Ziels ist die Pfandvindikation für den Käufer von weitaus geringerem Wert als die *actio Publiciana*. Der Fremdbesitz eines Pfandgläubigers ist zwar durch Interdikte geschützt und insoweit regelrechte juristische *possessio*.³¹ Von Papinian *nuda possessio* genannt³² (wohl im Gegensatz zur *plena possessio* eines Eigentümers),³³ gehen die Befugnisse eines Pfandgläubigers jedoch nicht weiter, als sein Sicherungsinteresse es gebietet. Ein besitzverbundenes Pfandrecht (*pignus datum*) kann er bis zur Tilgung zurückbehalten. Bei Nichtzahlung hat jeder Pfandgläubiger insbesondere an der Pfandsache ein Verwertungsrecht. Ansonsten darf er mit der Sache nicht wie ein Eigentümer nach Belieben verfahren (im Sinne von § 903 BGB).³⁴ Ein [75] Nutzungsrecht steht ihm normalerweise nicht zu.³⁵ Als akzessorisches, d.h. „geführtes“ Recht teilt das Pfandrecht das Schicksal der gesicherten Forderung. Das *pignus* belastet das Eigentum als *ius in re aliena*,³⁶ ist aber nicht einmal als

³⁰ Zur *actio Serviana* D. 20,1,16,3: *...Si...possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est...*: WUBBE, Festschrift Kaser (1976) 186ff.

³¹ DERNBURG, Pfandrecht I (1860) 53f. A. 10.

³² Übereinstimmend Florentinus D. 13,7,35,1: *pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem*. – Die Vorteile der *nuda possessio* sind nach D. 4,2,21,2 der Berechnung der Buße zugrunde zu legen, wenn jemand zur Aufgabe des Besitzes an einem fremden Grundstück gezwungen wurde.

³³ *Plena possessio* im Zusammenhang mit *proprietates* begegnet einmal bei Just. C. 1,3,53,4 (533).

³⁴ Dieses unterschiedliche Klageziel gilt fort im modernen Recht zwischen der *rei vindicatio* nach § 985 BGB und der Pfandvindikation gemäß § 1227 BGB (obschon die zweite Vorschrift zwecks entsprechender Anwendung auf die erste verweist).

³⁵ Mit vom Verpfänder nicht gestattetem Gebrauch der Pfandsache begeht der Gläubiger nach D. 47,2,55pr. ein *furtum*.

³⁶ Die Kategorie der *iura in re aliena* ist der Sache nach älter als die dafür erst im Mittelalter aufkommende Sammelbezeichnung. Zur Dogmengeschichte FEENSTRA, *Dominium and ius in re aliena*:

„Eigentumssplitter“ zu deuten.³⁷ Die Pfandvindikation verschafft nach alledem „keine Aussicht auf ein dauerndes und ununterbrochenes *habere licere*, wie es ein Käufer zu erwerben beabsichtigt“.³⁸ Ungestörter Eigenbesitz des Käufers setzt voraus, daß ihm ein originäres Klagerecht auf Rückerlangung der Sache zusteht, nicht bloß ein aus der Person des Verkäufers abgeleitetes.

2. Der von Papinian im Fall *b* behandelte Sachverhalt ist demnach folgender: Der Verkäufer riet dem Käufer von der Erhebung der *rei vindicatio* ab und empfahl ihm stattdessen die *vindicatio pignoris*. In dieser Empfehlung liegt das Eingeständnis, daß er dem Käufer nicht das *habere licere* zu verschaffen vermochte, also nicht *bonam causam* (im o. A. 12 dargelegten Sinne), sondern bloßen Pfandbesitz. Der Verkäufer zederte ihm damit nur seine durch Pfand gesicherte Forderung.³⁹ Diesem Ratschlag braucht der Käufer aus den dargelegten Gründen nicht zu folgen; abweichend vom Ausgangsfall begeht er keinen *dolus*. Die hier vom Verkäufer gegenüber dem Regreßanspruch des Käufers vorgebrachte Verteidigung ist in sich nicht schlüssig; heute wäre der Regreßklage ohne Beweisaufnahme stattzugeben. Die Römer folgten [76] hingegen dem strengen Eviktionsprinzip:⁴⁰ Um die mangelnde Rechtsverschaffung durch den Verkäufer außer Streit zu stellen und sich den Eviktionsregreß zu sichern,⁴¹ muß der Käufer in diesem Falle gerichtlich (sei es mit der *rei vindicatio* oder mit der *actio Publiciana*, s. sogleich sub 4) gegen den Dritten vorgehen; anschließend an deren Abweisung kann er den Verkäufer auf das *duplum* belangen (ganz anders insoweit ANKUM S. 31f.). Eine *actio de auctoritate*, welche eine Manzipation voraussetzen würde, ist bei dieser Sachlage entgegen ANKUM S. 31f. noch weniger wahrscheinlich als im Ausgangsfall.

The Origins of a Civil Law Distinction, in BIRKS (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for B. Nicholas* (1989) 111-122; zum *pignus* kurz GIUFFRÈ, *L'emersione di iura in re aliena* (1992) 113f. Nach Gaius D. 39,2,19pr. haben Pfandgläubiger, Nießbraucher und Superficiar (abweichend vom Eigentümer) ein *ius in re*: DERNBURG, *Pfandrecht* I 104ff. m. A. 4.

³⁷ So allerdings Kasers Lehre vom geteilten Eigentum; dagegen ausführlich WACKE, SZ 115 (1998).

³⁸ So zutr. K. O. MÜLLER (o. A. 9) 162. Ähnlich schon CUIACIUS (o. A. 9): „Actio Serviana nudam possessionem avocatur, non jus aliquod stabile et perpetuum, quod sit dominium simile... Alia igitur est possessio nuda, alia conjuncta dominio... aut conjuncta juri perpetuo: jus hypothecae non est perpetuum, quod solutione dissolvitur, et alio genere, quod sit solutionis vice.“ Zu streng hielt CUIACIUS allerdings das Klagerecht des Pfandgläubigers für nicht übertragbar: „competit ei tantum, in cuius persona pignus constitutum est, nec transit in emptorem“. Deswegen verneinte CUIACIUS im Falle *b* ein vorwerfbares Handeln des Käufers, „si monitus non egerit Serviana, quia nec potuit“. Dies geht in der Vereinfachung zu weit. Namens des Verkäufers könnte der Käufer gegen den Dritten gewiß klagen. Mit der bloßen Ermächtigung dazu genügt der Verkäufer jedoch seiner Pflicht zur Verschaffung des *habere licere* nicht.

³⁹ Vgl. D. 20,1,30; DERNBURG I 560ff.

⁴⁰ s. WACKE, *Festschr. Niederländer* 142ff., 146. Tabellarische rechtsvergleichende Übersicht über die vier Varianten der Rechtsmängelgewähr in der spanischen Übersetzung (o. A. 10) 325f.

⁴¹ Arg. D. 47,10,12: *neque id propter evictionem, ut eam sibi conservet.*

3. Die hier vorliegende Abtretung der Forderung samt sicherndem Pfandrecht ist wohlgermerkt nicht zu verwechseln mit der Veräußerung der Pfandsache nach eingetretener Fälligkeit („Pfandreife“) aufgrund des in der Spätclassik gewohnheitsrechtlich anerkannten *pactum de vendendo* (D. 13,7,4): Bei der Verwertung der Pfandsache (oft durch Versteigerung) überträgt der Gläubiger das Eigentum (mindestens das *habere licere*) auf den Ersteher; wegen Eviktion pflegt er sich andererseits dort regelmäßig nicht zu verpflichten.⁴²

4. Mit der *actio Publiciana* könnte der Käufer im Falle *b* den verlorenen Besitz ebensowenig wiedererlangen wie mit der *rei vindicatio*: Es fehlt ihm ein *titulus*, der ihm Eigentum verschaffen könnte. Wegen des Verbots eigenmächtiger Besitzumwandlung⁴³ kann ein Pfandgläubiger an der Pfandsache nicht das Eigentum ersitzen. Ebensowenig kann dies sein „Zessionar“ als „Singularsukzessor“. Weiß der Käufer, daß ihm bloßer Pfandbesitz abgetreten wird, so fehlt ihm die *bona fides*. Spiegelte ihm der Verkäufer hingegen vor, er übertrage ihm Eigentum an der Pfandsache, so beging er nach D. 47,2,74 ein *furtum*; eine *usucapio* an ihr scheidet darum ebenfalls aus. Der Pfandgeber ist demnach gegen den Verlust seines Eigentums durch Ersitzung umfassend geschützt. Die Römer schützten aufgrund ihres weiten *furtum*-Begriffs den Verpfänder diesbezüglich besser als unser modernes Recht⁴⁴.

[77] 5. Auf die *actio Serviana* braucht sich ein Käufer demnach nicht verweisen zu lassen, weil sie ihm nicht mehr als die *nuda* (oder *sola*) *possessio* verschafft, wohl aber auf die (für ihn günstigere) *actio Publiciana*. Die der *rei vindicatio* nachgestaltete *actio Publiciana* schützt nämlich mit dem qualifizierten Eigenbesitz des Käufers seine Anwartschaft zum Eigentumserwerb als „Vorstufe eines Rechts“.⁴⁵ Verglichen mit der Vindikation, deren Ziel die Verwirklichung des Eigentums ist⁴⁶, liegt das Ziel der *Publiciana* demnach in der Mitte der drei Klagen.

6. Nach Abtretung von Forderung samt sicherndem Pfandrecht stehen dem Käufer beide daraus entspringenden Klagen (die Darlehnsklage gegen den Schuldner und die Pfandvindikation gegen den Drittbesitzer) nicht *suo nomine*, sondern nur als *cognitor* oder

⁴² DERNBURG II 177f. Ähnlich § 461 BGB, § 806 ZPO, § 56 S. 3 ZVG.

⁴³ *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*: Iul. D. 41,3,33,1 etc.; HAUSMANINGER, Gedächtnisschrift Rud. Schmidt (1966) 399ff.; MACCORMACK, BIDR 72 (1972) 71ff.

⁴⁴ Die dem Gläubiger anvertraute Pfandsache kommt heute bei treuwidriger Veräußerung vor Fälligkeit dem Verpfänder nicht gemäß § 935 BGB abhandeln. Sofortiger gutgläubiger Erwerb an ihr ist nach § 932 BGB möglich. Der Pfandgläubiger haftet dem entrechteten Eigentümer nur auf Schadensersatz (§ 823 BGB) oder aus Eingriffskondiktion (§ 816 BGB). Will der Verpfänder sich gegen solchen Rechtsverlust schützen, darf er dem Gläubiger gemäß § 1206 BGB nur qualifizierten Mitbesitz einräumen. Oder er übereignet ihm die Sache gemäß §§ 868, 930 BGB unter Vorbehalt seines Besitzes zur Sicherheit; alsdann trifft das entsprechende Risiko eines Rechtsverlusts aber den Sicherungsnehmer.

⁴⁵ WESENER, *Ius possessionis*, Festschrift Kaser (1976) 159-178, 166f. im Anschluß an BENÖHR.

⁴⁶ GEORGIADIS (u. A. 60) 220-223.

procurator für den Verkäufer (wenngleich *in rem suam*) zu. Seit Ant. Pius gewährte man einem Zessionar zwar auch eine *actio utilis*. Schuldner wie Dritter können jedoch trotz der „Zession“ an den Verkäufer leisten⁴⁷. ‘*Venditori*’ im Text ist zunächst überraschend (erwarten würde man heute ein Erlöschen durch Zahlung an den Kläger), aber völlig korrekt, weil es eine echte Zession mit Wechsel der Rechtszuständigkeit für Papinian noch nicht gab⁴⁸. Oft wird gelehrt, der Altgläubiger sei nach einer Abtretung zur Empfangnahme der Leistung nicht mehr befugt gewesen; seine Klage gegen den *debitor cessus* sei mittels *exceptio doli* entkräftet worden.⁴⁹ Unser Papiniantext beweist das Gegenteil: Der Schuldner [78] (oder auch ein Dritter) kann mit befreiender Wirkung noch an den Zedenten zahlen und dadurch dem „Zessionar“ sein Klagerecht entziehen. Eine *exceptio doli* kann dem *debitor cessus* gegen eine Klage des nach wie vor empfangszuständigen Zedenten daher normalerweise nicht zugestanden haben.

V. Folgerungen – Andere Abhilfen? – Eventuelle Klagenhäufung?

1. ‘Evinziert’ wird die Kaufsache nach Ulpian D. 45,1,38,3 normalerweise dem besitzenden Käufer, einerlei ob ihm das Eigentum oder der bloße Besitz oder der Fruchtgenuß streitig gemacht wird. Der Verlust seiner *nuda possessio* genügt. Engere Voraussetzungen gelten für den Fall der umgekehrten Eviktion. Als Quintessenz unserer bisherigen Betrachtung ist dazu folgendes festzuhalten: Bei vertauschten Parteirollen gilt ein Unterliegen des Käufers nur dann als Eviktion, wenn er mit geeigneter Klage gegen den Besitzer vorging. Da der Verkäufer dem Käufer nur das *habere licere*, aber nicht das zivile Eigentum verschaffen muß, eignet sich für das Vorgehen des Käufers folgerichtig die *actio Publiciana*, nicht jedoch die *rei vindicatio* wegen ihrer erhöhten Beweisanforderungen. Zweifellos über das *habere licere* verfügt der Inhaber bonitarischen Eigentums. Die *actio Serviana* ist (trotz ihrer parallelen Stellung zur *actio*

⁴⁷ Abweichend von § 407 BGB auch bei Kenntnis von der Zession (ebenso § 354a Satz 2 HGB). ‘*Venditori*’ bedeutet aber keine Alleinzuständigkeit des Altgläubigers für den Geldempfang (anders CUIACIUS: „solvi oportet venditori, non emptori“). Als *procurator in rem suam* ist der Neugläubiger zur Entgegennahme ebenfalls legitimiert.

⁴⁸ *Soluta pecunia venditori dissolvitur* bildet durch Kontraposition das gedankliche Bindeglied zum folgenden *ut emptori suo nomine non competat*. Diese Verschränkung spricht ebenfalls für die Echtheit des Satzes. ANKUMS Übersetzung S. 27 bringt die Bezugnahme nicht deutlich zum Ausdruck, weil er für *venditori* ungenau ‘Gläubiger’ einsetzt. *Competere*, bezogen auf eine prätorische Klage, ist nicht zu beanstanden.

⁴⁹ Bes. KASER, Das röm. Privatrecht (2. Aufl. 1971) 654 A. 15; LUIG, Geschichte der Zessionslehre (1966) 6f. Ebenso die gefestigte Ansicht der Gemeinrechtler, die später die Klage des Zedenten sogar *ipso iure* erlöschen ließen, LUIG 107ff. Sie beruht aber auf unzulässiger Verallgemeinerung von D. 2,14,16pr., wonach ein zwischen Erbschaftskäufer und Schuldner abgeschlossenes *pactum de non petendo* mittels *exceptio doli* gegen den Verkäufer erstreckt wird. Die Römer sahen in der Klage des Zedenten normalerweise kein widerspruchsvolles Verhalten gegenüber dem *debitor cessus*.

Publiciana) keine geeignete Klage für den Käufer, weil sie ihm nur aus abgeleitetem Recht zustünde und die *possessio* nicht *suo nomine* verschafft.

2. Nach dem von Papinian entschiedenen Ausgangsfall blieb die *rei vindicatio* des Käufers gegen den Dritten erfolglos, weil er sein Eigentum nicht nachweisen konnte. Eine erneute Belangung des Dritten mit der *actio Publiciana* wäre wegen des den klassischen Formularprozeß beherrschenden engen Streitgegenstandsbegriffs zwar prozessual zulässig gewesen⁵⁰; für sie war es jedoch vermutlich zu spät geworden, weil der [79] beklagte Besitzer inzwischen das Eigentum ersessen hat. Der Käufer verlor daher seine *spes habendi* durch eigenes Verschulden (*culpa sua*), weil er den Rat des Verkäufers, sogleich mit der *actio Publiciana* vorzugehen, vorsätzlich mißachtete: „Non committitur stipulatio duplae ob evictionem“, schrieb CUIACIUS (o. A. 9), „quia vitio suo litem amisit dolo malo utens actione incongrua, contra quam admoneretur a venditore“.

3. Der Käufer sieht sich damit (wenngleich aufgrund eigenen Verschuldens) rechtlos gestellt. Es fragt sich, ob zur Vermeidung eines solchen Ergebnisses keine anderen Abhilfen existierten. Konnte der Verkäufer nicht selber anstelle des Käufers als dessen *procurator* sogleich mit der günstigeren *actio Publiciana* gegen den Dritten vorgehen? Nach ANKUMS überzeugendem Nachweis konnte der Verkäufer im Eviktionsprozeß auf Wunsch des Käufers als dessen *cognitor* oder *procurator* auftreten,⁵¹ jedoch mußte er dazu von ihm eingesetzt werden. Trat er für einen abwesenden Käufer als dessen *procurator* auf, hing die Wirksamkeit seines prozessualen Handelns von des Käufers Genehmigung ab. Auch als bloßer Streitgehilfe für den klagenden Käufer durfte sich der Verkäufer mit dessen *petitum* offenbar nicht in Widerspruch setzen (vgl. § 67 a. E. ZPO).

4. Der Prätor konnte unter gewissen Voraussetzungen zwar eine beantragte *actio* denegieren. Seine Aufgabe bestand aber offenbar nicht darin, von Amts wegen die beweismäßig günstigere *actio Publiciana* zu gewähren, wenn der Kläger die *rei vindicatio* beantragte. Mit der Erteilung von Rechtsrat über die besseren Erfolgchancen einer Klage hätte der Prätor seine neutrale Rolle als Mittler zwischen den Parteien verlassen und wäre parteiisch gewesen. Außerdem war der Prätor normalerweise kein Jurist. Die Beraterfunktion oblag - vor dem Gang zum Prätor -

⁵⁰ Arg. *supererit Publiciana actio*: D. 21,2,39,1. Zutreffend CUIACIUS (o. A. 9): „...notandum, victo in proprietatis iudicio non obstat exceptio rei iudicatae, si postea agat Publiciana, quae est utilis praetoria... Quamvis Accursius id ...frustra revocet in dubium... Et hujus sententiae ratio est evidentissima, quia alia est causa Publicianae, alia civilis directae vindicationis. Si alia est causa, ergo, qui una non obtinuit, non prohibetur venire postea ad alteram... Diversae igitur sunt harum actionum causae, ergo alia aliam non elidit...“

⁵¹ ANKUM in NÖRR / NISHIMURA, Mandatum und Verwandtes (1993) 285-308; dazu Rez. WACKE, SCDR (o. A. 1) Supl. 1992-93 (1994) 113.

anderen Sachverständigen, den *iurisconsulti*. ALFONS BÜRGE verdeutlichte uns neuerdings die intensive Interaktion der Parteien im vorprozessualen Stadium bei der Festlegung des Streitprogramms; daran waren auch Juristen beteiligt⁵².

5. Eine Erweiterung des im Formularprozeß geltenden Streitgegenstandes käme in Betracht, falls ein Vindikationskläger sogleich für den Fall seines Unterliegens hilfsweise die *actio Publiciana* hätte mit postulieren können. Im Falle gleichzeitiger Litiskonstestation über die *rei vindicatio* und eventualiter über die *actio Publiciana* hätte der *iudex* bei [80] Abweisung der Vindikation praktischerweise sogleich die Voraussetzungen der Publizianischen Klage zu prüfen gehabt; ein erneuter Gang zum Prätor in der Zwischenzeit wäre den Parteien erspart, das Risiko eines Rechtsverlusts durch Ersitzung wäre für den Kläger vermindert worden. Eventualiter hintereinander gestaffelte Klagen durch Hilfsanträge sind im modernen Prozeß (als Unterart objektiver Klagenhäufung, § 260 ZPO) häufig⁵³. Im antiken Formularprozeß bediente man sich dieser sinnreichen Einrichtung jedoch allem Anschein nach nicht. Die Lehrbücher zum römischen Zivilverfahren berichten darüber nichts. Die Litiskonstestation verträgt nach D. 5,1,35 keinen Schwebezustand⁵⁴. Das Hauptpetitum des Klägers muß danach jedenfalls ein unbedingtes und gegenwärtiges sein. Eine gleichzeitig vollzogene Litiskonstestation über den vom *iudex* in zweiter Linie zu prüfenden Hilfsantrag wäre damit nicht unvereinbar. So weit ließ man es im klassischen Formularprozeß bei Ungewißheit über die letztlich durchgreifende *actio* aber nicht kommen. Im Vorverfahren gab der editionspflichtige Kläger dem zu ladenden künftigen Beklagten zwar mehrere *formulae* bekannt; er fügte jedoch hinzu, daß er aus einer von ihnen vorgehen werde. Das ergibt sich aus dem Schluß von :

⁵² BÜRGE, Zum Edikt De edendo: Ein Beitrag zur Struktur des röm. Zivilprozesses, SZ 112 (1995) 1-50. Vgl. KASER/HACKL (u. A. 67) § 44 A. 3 a. E.

⁵³ Klageanträge sind zwar (wie die meisten Prozeßhandlungen) bedingungsfeindlich. Innerprozessuale Bedingungen (hier das Unterliegen mit dem Hauptantrag) sind jedoch gestattet. Sie bewirken keinen ungewissen Schwebezustand.

⁵⁴ Javolen D. 5,1,35: *Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeat, non posse.* Dazu STURM, Studi Donatuti III (1973) 1243f.; B. ECKARDT, Iavoleni Epistulae (1978) 101ff.; etwas anders SACCONI, La pluris petitio (1977) 17ff. Die Bürgschaft kann trotz ihrer Akzessorietät bereits eine bedingte oder künftige Forderung sichern; vgl. FREZZA, Studi Biondi I (1965) 238f.; übereinstimmend § 765 II BGB (ebenso für die Hypothek § 1113 II, für die Vormerkung § 883 I 2 BGB). Die Prozeßbegründung gestattet jedoch keine entsprechende Antizipation. Möglicherweise leistet der Schuldner bis zum Eintritt der Fälligkeit; dann war der verfrühte Gang zum Prätor vergeblich. Für eine gemäß §§ 257ff. ZPO nur ausnahmsweise zulässige Klage auf künftige Leistung fehlt dem Gläubiger im allgemeinen das Rechtsschutzinteresse.

D. 43,3,1,4 (Ulpianus libro 67. *ad edictum*) ... quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius⁵⁵ actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit.

[...Wie wir es gewöhnlich tun, wenn es unsicher ist, welche Klage eher zum Erfolg führen wird: Dann geben wir (dem Gegner) zwei Klagen bekannt mit der Maßgabe, aus einer von ihnen zu verfolgen, was uns gebührt.]

Der Kläger genügt seiner Editionsspflicht mit Bekanntgabe mehrerer in Betracht kommender Formeln. Der Gegner kann sich auf beide **[81]** einrichten und seine Verteidigung dementsprechend vorbereiten. Im außergerichtlichen Vorverfahren braucht sich der Kläger noch nicht festzulegen. Bei der *litis contestatio* muß er dies jedoch (wie die letzten Worte andeuten) endgültig tun. Der Beklagte muß sich nur auf eine *actio* einlassen. Deutlicher spricht Ulpian dies an anderer Stelle aus:

D. 50,17,43,1 (Ulpianus libro 28. *ad edictum*): Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.

[Konkurrieren mehrere Klagen wegen ein und derselben Angelegenheit, so muß man mit einer von ihnen gerichtlich vorgehen.]

DETLEF LIEBS versteht die Aussage (zumindest im justinianischen Kontext) materiellrechtlich, daß der Kläger den Streitwert nicht doppelt kassieren dürfe, gleichbedeutend mit Gaius D. 50,17,57: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*⁵⁶. Mit der ersten, erfolgreichen Klage darf eine zweite demnach nicht nachfolgend kumuliert werden. Ulpian's strengere Aussage in fr. 43,1 gilt aber schon für das frühere Stadium der Litiskonstestation über die erste Klage: Auch wenn der Kläger nicht doppelt, sondern nur einmal das ihm Gebührende verlangt, muß er zwischen mehreren in Betracht kommenden Klagen eine auswählen, auch wenn er schwer abschätzen kann, welche Erfolg haben wird⁵⁷. Diese Pflicht zur Elektion erfordert der Formularprozeß zwecks genauer Individualisierung des Streitgegenstandes. Miteinander kombinieren darf der Kläger zwei Klagen auch nicht im geschilderten Sinne hintereinander gestaffelter Eventualanträge.⁵⁸ Nur ausnahmsweise half man dem Kläger nach D. 19,5,1,1 mit einer *actio praescriptis verbis* bei Unklarheit, ob er in der Rolle als *conductor* (Schiffsmieter) oder als *locator* (Warenversender) kontrahiert hatte.

⁵⁵ *Potius* 'eher' sagt Ulpian, übereinstimmend mit Papinian im Ausgangsfall. Den Ausdruck verwenden die römischen Rechtsquellen über 340mal. Allein 4mal begegnet er bei der Definition der *donatio mortis causa* in Paul. D. 39,6,35,2.

⁵⁶ LIEBS, Die Klagenkonkurrenz im röm. R. (1972) 77f. Mutmaßungen über den ursprünglichen Kontext dort S. 236.

⁵⁷ Der Beklagte kann sich hingegen mehrerer Einreden gleichzeitig bedienen (*favor defensionis*): WACKE, SZ 90 (1973) 228.

⁵⁸ Wohl aber im Vorverfahren *de edendo*. Entgegen WLASSAK, SZ 33 (1912) 128 besteht nach der Interpretation von BÜRGE (o. A. 52) 9ff. zwischen beiden Ulpianstellen kein Widerspruch.

VI. Von den einzelnen *actiones* zum gebündelten Klageanspruch

1. Heute könnte sich der von Papinian erörterte Fall nicht in gleicher Weise ereignen. Dies aus zwei Gründen, einem speziellen und einem allgemeinen. Der spezielle beruht auf abweichender Regelung der Rechtsmängelhaftung im Kaufrecht: Anders als im nach Spanien rezipierten römischen Eviktionssystem hängt nach deutschem Recht die [82] Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsmängelgewähr nicht mehr formal vom Unterliegen des Verkäufers in einem Vorprozeß ab⁵⁹. Der allgemeine Grund liegt im wesentlich umfassenderen modernen Konzept des prozessualen Anspruchs. Abweichend vom antiken Formularprozeß ist Streitgegenstand heute nicht bloß eine isolierte *actio*. Das Begehren des Klägers würdigt der moderne Richter aufgrund des von den Parteien vorgebrachten Sachverhalts unter sämtlichen in Betracht kommenden materiellen Anspruchsgrundlagen (deren jede für sich einer antiken *actio* entspricht). Bei Konkurrenz von Anspruchsnormen bildet der materiellrechtlich mehrfach begründete Anspruch prozessual einen einzigen, durch Sachverhalt und Klageantrag bestimmten Streitgegenstand. Mit dieser moderneren Substantiierungstheorie wurde die ältere, dem römischen Aktionen-Schema verwandte Individualisierungstheorie überwunden. Gegenüber dem engen richterlichen *officium* unter dem Aktionen-Schema führte die erhebliche Erweiterung des Feldes richterlicher Kognition zur entsprechenden Ausweitung von Streitgegenstand und Rechtskraft⁶⁰. Die Subsumption unter das Prozeßprogramm einer vom Kläger ausgewählten *actio* ist dem Richter nicht mehr vorgeschrieben. Auf die rechtliche Würdigung der Fakten haben die Parteien keinen Einfluß. An die Prüfung einer speziellen materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage kann der Kläger den Richter nicht mehr binden⁶¹. Der Klage gibt der Richter statt „aus bereitestem Grunde“: Bei streitigem Eigentum (§ 985 BGB) erhebt er darüber keinen Beweis, falls die Voraussetzungen des Anspruchs aus besserem

⁵⁹ Die Einschränkung in § 440 Abs. 2-3 BGB enthält nicht das Eviktionsprinzip (wie gelegentlich gelehrt wird), sondern nähert sich ihm nur an. Zu den Unterschieden s. WACKE, Festschr. Niederländer 141ff.

⁶⁰ Eine exzellente Darstellung (unter Einbeziehung von Geschichte und Rechtsvergleichung) verdanken wir A. GEORGIADES, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht (München 1968).

⁶¹ Ist im besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes (*forum solutionis*, § 29 ZPO) die Prüfung von konkurrierenden Deliktsansprüchen ausgeschlossen, bzw. *vice versa* im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (*forum delicti commissi*, § 32 ZPO) die Prüfung konkurrierender Vertragsansprüche? Nach dem neuen § 17 Abs. 2 GVG prüft das angegangene Gericht den Sachverhalt unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt. Das dort für die Rechtswegezuständigkeit Ausgesprochene sollte für die minder bedeutsame örtliche Zuständigkeit (soweit sie keine ausschließliche ist) erst recht gelten. Kritisch gegenüber einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs jedoch SPICKHOFF, Zeitschr. für Zivilprozeß 109 (1996) 493ff.

Besitz (§ 1007 BGB, weitläufig vergleichbar der *actio Publiciana*)⁶² unstreitig vorliegen. Zur Abweisung der Klage [83] gelangt der Richter nach Prüfung sämtlicher in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen mit negativem Ergebnis. Übersieht er einen materiellrechtlichen Gesichtspunkt, muß der Kläger Rechtsmittel einlegen; andernfalls tritt Rechtskraft ein. Bei abgewiesener Klage kann er dasselbe Begehren nicht mit einer neuen Klage auf etwa übersehene materielle Gründe stützen. Bei abgewiesener *rei vindicatio* (§ 985 BGB) ist der Beklagte vor einer auf besseren Besitz (§ 1007 BGB) gestützten erneuten Klage geschützt⁶³. *Res iudicata* tritt in viel umfassenderem Sinne ein als im Formularprozeß. Umgekehrt wird auch der Kläger nicht mehr deshalb unterliegen, weil er ein falsches Klageformular wählte⁶⁴; ein prozessuales Verschulden kommt insoweit nicht mehr in Betracht.

2. Die Arbeitsteilung zwischen Parteien und Richter kennzeichnen wir gemeinhin mit den lateinischen Rechtssprüchworten *Iura novit curia* und *Da mihi facta, dabo tibi ius*. Beide Regeln werden oft in einem Atemzug genannt. Ihre Bedeutung ist jedoch nicht ganz identisch. Im Schrifttum ist die erste eingehender erforscht⁶⁵ als die zweite⁶⁶. Beider Herkunft ist jedoch unbekannt.

Iura novit curia heißt primär: Die Geltung anzuwendender inländischer Rechtssätze bedarf keines Beweises (arg. § 293 ZPO). Sie zu kennen ist Amtspflicht des Richters; dafür absolvierte er sein Studium und bestand er seine Examina. Trotz des Fehlens entsprechender [84] Zulassungsvoraussetzungen für den antiken *iudex* (wie für den Prätor) wurden

⁶² P. KOCH, § 1007 BGB: Neues Verständnis auf der Grundlage alten Rechts (Köln/ Wien 1986). Österreich rezipierte hingegen die *actio Publiciana* in § 372 ABGB: APATHY, Die publicianische Klage etc. (1981). Beide Autoren handeln auch von der Entstehungsgeschichte. Auch in Spanien rezipierte man die *actio Publiciana*, obschon der Código civil darüber schweigt: J. M. MIQUEL, Art. Acción publiciana, Enciclopedia Jurídica Básica I (1995) 129ff.

⁶³ JAUERNIG, Zivilprozeßrecht (24. Aufl. 1993) § 37 III 2.

⁶⁴ Im bis 1875 in England geltenden *writ*-System konnte dies allerdings einem Kläger bei Wahl eines falschen *writs* ebenfalls passieren.

⁶⁵ Besonders im Hinblick auf die Kenntnis ausländischen Rechts: BROGGINI, Conoscenza e interpretazione del diritto straniero, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 11 (1954) 105-170 (zu Geschichte der Parömie 150ff.); O. MÜLLER, *Iura novit curia*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 91 (1955) 41-58; BROGGINI, Die Maxime 'iura novit curia' und das ausländische Recht, AcP 155 (1956) 469-485 (zur Geschichte 475ff.); ISAAK MEIER, *Iura novit curia* ... im schweizerischen Zivilprozeßrecht (Zürich 1975) 3ff.; SCHUPBACH, *Iura novit curia*, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts (Basel 1975) 509-529 (zu den origines pp. 509ff.); SPRUNG/KÖNIG, 'Iura novit curia' und rechtliches Gehör, in: Jur. Blätter 98 (Wien 1976) 1-7 (zur Geschichte der Tatsachen-Ermittlung S. 2f.).

⁶⁶ JOLOWICZ, *Da mihi facta* etc.: A problem of demarcation in English and French law, in: *Multum non multa*, Festschrift K. Lipstein (Heidelberg 1980) 79-99. Zur Geschichte schreibt er S. 81: „The maxim is said to be of mediaeval origin“, unter Hinweis auf MILLAR, *History of Continental Civil Procedure* (1928) 12 [mir nicht zugänglich]. LITEWSKI (u. A. 69) fand den Satz jedoch nicht in der von ihm studierten mittelalterlichen Prozeßrechtsliteratur; er hält ihn für wesentlich jünger. ROLAND/BOYER, *Adages du droit français* (3. ed. 1992) 139ff. und 365ff. zitieren S. 370 die französ. Version: „Avocat passez au fait, la Cour sait le droit“.

Rechtskenntnisse von ihnen jedenfalls erwartet⁶⁷. Auf die Observation der Wahrheit und der Gesetze leisteten die Richter ihren Amtseid⁶⁸. Waren sie (wie häufig) selber des Rechtes unkundig, pflegten sie den Rat eines *consilium* einzuholen. Unter diesem Vorbehalt galt die Regel *iura novit curia* ihrem Inhalt nach schon im römischen Formularprozeß. Ihrer Form nach ist ein antiker Ursprung allerdings auszuschließen, denn ‘*curia*’ heißt kein antikes Gericht⁶⁹.

Ex officio seine Rechtskenntnis anwenden durfte der *iudex* aber nur im Rahmen des von den Parteien entworfenen und vom Prätor gebilligten Streitprogramms⁷⁰. Unter außerhalb des Bereichs der *formula* liegende Rechtsnormen durfte der *iudex* vorgebrachte Fakten nicht subsumieren. Ob einer abzuweisenden Klage aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt stattzugeben wäre, durfte er nicht prüfen⁷¹.

3. In diesem Punkte reicht die zweite Regel weiter. *Narra mihi facta*⁷², *dabo tibi ius* bedeutet: In der Anwendung des Rechtes ist der Richter souverän. Anders als im Aktionenrecht kann die Partei dem Richter die [85] Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes nicht mehr vorschreiben (bzw. die eines anderen ausschließen): Bei der Rechtsanwendung geht Richtermacht vor Parteiherrschaft.

So verstanden, kann die zweite Regel schon ihrem Inhalt nach in der Antike noch nicht entstanden sein⁷³. Ihre Nichtgeltung für den römischen Formularprozeß erscheint unseren

⁶⁷ KASER/HACKL, Das röm. Zivilprozeßrecht (2. Aufl. 1996) 358. Ebenso für den nachklassischen Kognitionsprozeß: S. 597 m. A. 17. Wohl noch nicht für das Legisaktionen-Verfahren: S. 119 A. 31.

⁶⁸ KASER/HACKL 358 A. 35. Unterlag der Käufer dem Dritten hingegen in einem schiedsgerichtlichen Verfahren (*compromissum*), so versagte man ihm den Eviktionsregreß (D. 21,2,56,1), wohl wegen dessen mangelnden rechtsstaatlichen Garantien; s. Festschr. Niederländer 150ff.

⁶⁹ *Curia* hieß der Stadtrat in den Munizipien. Munizipale Jurisdiktionsmagistrate waren indessen die *praefecti iure dicundo*, die *duoviri* oder die *iuridici*. Der *curia* war allenfalls eine Beratung der Lokalmagistrate aufgegeben: s. KASER/HACKL 176ff., 545f. – Auch im Mittelalter wird das Gericht selten ‘*curia*’ genannt (häufiger noch *curia Romana*, nur ausnahmsweise *curia imperialis*). Den Hinweis verdanke ich WIESLAW LITEWSKI. Er schreibt ein Handbuch über den mittelalterlichen Zivilprozeß; zu diesem Zweck studierte er alle einschlägigen *ordines iudicarii* und *specula juris*. – Ital. *corte* und frz. *cour* ‘Gerichtshof’ leitet sich ab von mittellateinisch *curtis*, dieses von *cortem*, zusammengesetzt aus *cohortem*. *Cohors*, kurz *cors* (stammverwandt mit *hortus*) bedeutet im klass. Latein sowohl ‘Gehege, Hofraum’ als auch die militärische Schar (vgl. ‘Korps’).

⁷⁰ Zutr. KASER/HACKL 358 A. 36: Ohne ermächtigenden Hinweis in der *formula* ist richterliche Kenntnis (z.B. von einem Einrede-Tatbestand) irrelevant.

⁷¹ Das Schweizer Bundesgericht weigerte sich noch 1897, bei einer Klage auf Darlehnsrückzahlung zu prüfen, ob der Beklagte die Summe etwa aus anderem Rechtsgrund schulde. Kritisch O. MÜLLER (o. A. 65) 43f.

⁷² *Narra* bezogen auf *facta* ist inhaltlich zutreffender als *da*. *Da mihi - dabo tibi* enthält andererseits eine Anspielung auf das *do ut des*-Prinzip: O. MÜLLER 41. Zur spätantiken *narratio* s. KASER/HACKL 593 m. A. 68a-70. *Iura dare* bedeutet in älteren literarischen Quellen Recht setzen (= *leges dare*), zuweilen auch Recht sprechen (Vergil, Ovid); angeführt bei HARTMANN/UBBELOHDE, Der ordo iudiciorum I (1886) 232 A. 5b.

⁷³ Die Abschaffung des „silbenstecherischen“ Formularverfahrens durch die Söhne Konstantins bereitete ihr allenfalls den Weg.

Lehrbuch-Autoren derart evident, daß ungeschickterweise keines der von mir eingesehenen Institutionen-Werke auf diesen Unterschied aufmerksam macht, obschon der Leser dies erwartet. Erklärlich ist das Schweigen hierüber bei Autoren, die ihre Betrachtungen auf antikes römisches Recht beschränken: Sie sind mit dem Aktionen-Schema dermaßen vertraut, daß ihnen die Abweichung vom heutigen Recht kaum auffällt. Darauf gestoßen wird man bei diachroner Geschichtsbetrachtung durch Vergleich mit dem modernen Recht.

Die Suche nach der Herkunft der zweiten Regel gestaltet sich nicht minder schwierig. LIEBS verweist in seiner verdienstvollen Regel-Sammlung⁷⁴ auf eine Stelle aus den Dekretalen Gregors IX; dort heißt es in einer Aufforderung Alexanders III an die Richter: ... *Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiretis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum...* In der mit ‘Abbas’ unterzeichneten Summe dazu heißt es deutlicher: *Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo ius agendi colligatur*: „Den Namen ihrer Klage muß die Partei in ihrer Klageschrift nicht nennen; sie muß aber die Tatsachen so deutlich vortragen, daß man daraus das Klagerecht entnehmen kann“. (Überdies muß der Kläger sein Begehren doch wohl durch einen bestimmten Antrag ausdrücken).

4. Auf den Tatsachen-Vortrag durch die Parteien bezieht sich die bekannte mittelalterliche Parömie *Judex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus*. Lücken im rechtlichen Vorbringen ergänzt der Richter von Amts wegen, bei unzureichendem Tatsachen-Vortrag aber ermittelt er nicht *ex officio*: *Judex potest supplere de iure, non de facto*⁷⁵. Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfrage läßt [86] sich aber nicht strikt durchführen⁷⁶. Und mit neuen rechtlichen Gesichtspunkten darf der Richter die Parteien nicht überraschen, ohne ihnen Gehör gewährt zu haben⁷⁷.

Wir können die Geschichte beider Parömien durch die schwierige mittelalterliche Rechtsanwendungslehre hier nicht weiter verfolgen. Trotz sinngemäßer antiker Vorläufer erscheint die Annahme plausibel, daß die Maxime *iura novit curia* erst mit der Etablierung des gelehrten Richterstandes aufgekommen sein kann. Für die mit Laien besetzten deutschen

⁷⁴ LIEBS, Lateinische Rechtsregeln etc. (6. Aufl. 1998) Nr. D 1. Die nachfolgende Quelle bei FRIEDBERG, Corpus iuris can. II 241.

⁷⁵ Zum *allegare (supplere de facto)* K.W. NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Recht der Frühzeit: *Iudex secundum allegata... iudicat* (München 1967) 30ff. Zum *supplere de iure*: WIEGAND, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit (Ebelsbach 1977) 75ff.

⁷⁶ Da die Parteien (oft notwendigerweise) auch zur *quaestio iuris* Stellung beziehen, nennt BROGGINI, AcP 155, 476f. A. 29 den bekannten Satz wegen der zugespitzten Entgegensetzung von *facta* und *ius* „eine doktrinäre und unwirkliche Parömie“.

⁷⁷ SPRUNG/KÖNIG (o. A. 65).

Schöffen-Stühle ist ihre Geltung auszuschließen. Auch die städtischen Gerichte Oberitaliens zeichneten sich trotz Podestà-Verfassung und Syndikatsprozeß oft nicht durch hervorragende Sachkunde aus⁷⁸. Nach der Reichskammergerichtsordnung von 1495 mußte nur die Hälfte der höchsten Richter des Reiches studierte Juristen sein. Auch während der bis zum Ausgang des Ancien Regimes praktizierten Aktenversendung⁷⁹ an juristische Fakultäten konnte die *Maxime iura novit curia* keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Der Satz *Narra mihi factum, dabo tibi ius* enthält endlich trotz seiner lateinischen Formulierung eine bewußte Abkehr von den Regeln des antiken Formularprozesses.

VII. Zusammenfassung

Unser Papinianfragment eignet sich auf exzellente Weise zur didaktischen Verdeutlichung charakteristischer Unterschiede zwischen antikem und modernem Prozeßrecht. Wegen Nichtgeltung der *Maxime Da mihi facta...* konnte sich ein Kläger in Rom nicht auf die Angabe eines bestimmten Klageziels (Herausgabe einer Sache) beschränken. Sein *petitum* mußte er individualisieren durch die Angabe einer konkreten *causa petendi*. Dazu wurden ihm mehr Rechtskenntnisse [87] zugemutet als heute.⁸⁰ Individualisiert wurden die einzelnen *actiones* durch ihren Namen;⁸¹ der Ausdruck ‘*nomen actionis*’ kommt in den antiken Quellen allerdings noch nicht vor (ihn verwendet Abbas o. V. 3 a. E.).

Papinian vergleicht drei denkbare *actiones* (heute sagen wir Anspruchsgrundlagen)⁸² miteinander im Hinblick auf ihre Eignung, einem Käufer den schuldlos verlorenen Besitz der

⁷⁸ HERMANN LANGE, Römisches Recht im Mittelalter (1997) 288. Odofredus kanzelte die aus bedeutenden Familien gewählten Stadtoberhäupter als *viri illiterati* ab. Die studierten Juristen Spaniens nannte man demgegenüber ‘letrados’.

⁷⁹ S. die Artt. ‘Aktenversendung’ und ‘Spruchtätigkeiten’ im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.

⁸⁰ Polemisch zum Theorienstreit zwischen Individualisierung und Substantiierung und zur Interaktion Prätor-Laie: R. SCHOTT, Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft (1904) 30ff.

⁸¹ D. 2,13,1pr.: *Quia quisque actione agere volet, eam edere debet*. Die Nennung der Klage beim Namen ist wichtigster Bestandteil des byzantinischen Klaglibells; die bloße Angabe der beanspruchten *quantitas* ließen jedoch die Kaiser zuweilen genügen; s. SIMON, Unters. z. Justinian. Zivilprozeß (1969) 39-62. Die Bologneser Juristen verteidigten die Abfassung formeltypischer Klaglibelle im Interesse ihres Berufsstandes, um zu verhindern, daß *quilibet rusticus* eine Klageschrift einreichen könne: K. W. NÖRR, Das Streitprogramm: eine historisch-vergleichende Skizze, Festschr. F. Baur (1981) 537-547, 538f. = NÖRR, *Iudicium est actus trium personarum*. Beitr. zur Geschichte des Zivilprozeßrechts (1993) 268f.

⁸² Zum unerschöpflichen Thema der Entwicklung von der *actio* zum Anspruch: KASER/HACKL 235f. Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens H. KAUFMANN, Juristenzeitung 1964, 482ff. Neuerdings die groß angelegten Untersuchungen von M. KRIECHBAUM, *Actio, ius und dominium* in den

gekauften Sache wieder zu verschaffen. Nur sein Unterliegen mit geeigneter Klage gilt nämlich (bei umgekehrten Parteirollen) als Eviktion. Der *rei vindicatio* soll sich ein Käufer wegen des schwierig zu erbringenden Eigentumsbeweises nicht bedienen (solange er nicht sicher sein kann, daß er die Sache durch *usucapio* erwarb). Entsprechend der Pflicht des Verkäufers zur Verschaffung des bloßen *habere licere* eignet sich für den Käufer vielmehr die *actio Publiciana*⁸³. Sie verwirklicht zwar nicht wie die *rei vindicatio* das Eigentum an der Kaufsache, verschafft aber doch mehr als die *nuda possessio* wie die *actio Serviana*. Das in der Mitte liegende Klageziel der *Publiciana* besteht in dem Schutze des qualifizierten Besitzes als Vorstufe zum Eigentum.

[88] Auf Anraten des Verkäufers muß sich der Käufer der *Publiciana* bedienen, vorausgesetzt die Kaufsache ist keine *res furtiva* und als solche nicht ersitzungsunfähig (o. III 4). Ein solcher Ratschlag des Verkäufers war empfehlenswert zwecks Einschränkung seiner Eviktionshaftung: Folgte ihm der Käufer nicht, handelte er auf eigenes Risiko; mit seiner Abweichung verwirkte er seinen Regreßanspruch. Der *dolus* des Käufers liegt nicht in einer absichtlichen Schädigung des Verkäufers. Dolos handelt der Käufer mit seinem Streben nach dem *duplum*, gleichsam als „Belohnung“ für seine nachlässige Prozeßführung. Auf das *duplum* richtete sich die *actio auctoritatis* (PS 2,17,3) ebenso wie die *ex stipulatu dupli*. Von welcher Klage Papinian ursprünglich handelte, ist für das Ergebnis darum letztlich nicht erheblich.

Nachlässige Prozeßführung ist einem Käufer auch anzulasten bei verzögerter Erhebung seiner Herausgabeklage gegen den Dritten. Die Nichtverhinderung der zugunsten eines Dritten laufenden *usucapio* kann ebenso schuldhaft sein wie die Nichtwahrnehmung einer zu seinen Gunsten laufenden Ersitzungsmöglichkeit.⁸⁴ Die Belastung des Käufers mit Diligenzpflichten zugunsten des regreßverpflichteten Verkäufers steht im Kontrast zum Bürgschaftsrecht. Einer Aufforderung des Bürgen, (rechtzeitig) gegen den Hauptschuldner zu klagen oder ein Pfand zu

Rechtslehren des 13./14. Jh. (1996) und A. KOLLMANN, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht (1996).

⁸³ Auch ein ziviler Eigentümer durfte sich vermutlich zwecks Beweiserleichterung der *actio Publiciana* bedienen. Ablehnend DIÓSDI, Ownership in ancient and preclassical Roman Law (1970) 154ff., 160 (unseren Papiniantext läßt er jedoch außer Betracht); zur Streitfrage über die Subsidiarität der *actio Publiciana* vgl. SCHANBACHER, Die Konvaleszenz von Pfandrechten (1987) 118f. A. 618. Einen sich seines Eigentums nicht ganz sicheren Kläger zunächst auf die *rei vindicatio* zu verweisen, wäre (zumal angesichts ihrer nicht statthaften Verbindung mit der *actio Publiciana*) nicht zumutbar gewesen. Papinians Text spricht für die Wahlfreiheit des Klägers: Der Rat des Verkäufers, er möge sich der *Publiciana* bedienen, wird für den Fall nicht eingeschränkt, daß der Käufer etwa schon das Eigentum erwarb.

⁸⁴ D. 21,2,56,3; WACKE, Festschr. Niederländer 168f. Auch eine verspätete Abnahme der Kaufsache kommt hier als *culpa* in Betracht, wodurch sich die Vollendung der Ersitzung hinauszögert: MEDICUS, Id quod interest (1962) 93 A. 48.

verwerten, braucht der gesicherte Gläubiger nach Scaevola nicht zu folgen.⁸⁵ Der *fideiussor* haftet aber auch nicht wie der wegen Eviktion haftpflichtige Verkäufer auf das *duplum*.

Nach abgewiesener *rei vindicatio* war eine Prozeßwiederholung mit der *actio Publiciana* (wegen des engen römischen Begriffs vom Streitgegenstand) zulässig⁸⁶, jedoch erfolglos, falls der Besitzer die Sache [89] inzwischen ersessen hatte. Die *Publiciana* (in Form eines gleichzeitig erhobenen Eventualantrags) mit der *rei vindicatio* in einer einzigen *litis contestatio* zu verbinden, wäre prozeßökonomisch wünschenswert gewesen, war aber vermutlich nicht statthaft.

Eine dem Käufer abgetretene Pfandvindikation verschafft ihm hingegen nicht das *habere licere* und keine Aussicht auf den Eigentumserwerb. Er kann sie nicht *suo nomine* erheben, sondern nur als Prozeßvertreter für den nach wie vor zum Geldempfang zuständigen Zedenten.

Den genauen Ursprung der beiden sprichwörtlichen Maximen *Iura novit curia* und *Da mihi facta ...* aufzuklären, ist uns nicht gelungen. Nach ihrer Herkunft werden wir weiter forschen.

VIII. Vereinfachtes Summarium und Literaturnachtrag

(April 2016)

1. Die Belangung des Verkäufers wegen nicht verschafften ungestörten dauerhaften Besitzes setzt nach römischem Eviktionsprinzip voraus, dass der Käufer den Prozess um das Behaltendürfen oder die Wiedererlangung des Besitzes mit aller zumutbarer Sorgfalt geführt hat. Nach schuldlosem Besitzverlust muss sich der Käufer zur Rückerlangung der Klage mit den geringsten Beweisanforderungen bedienen, das ist die *actio* aus besserem Besitz (Ersitzungsbesitz, *actio Publiciana*), nicht die *rei vindicatio*. Diese Obliegenheit muss der Käufer zumal dann beachten, wenn der Verkäufer ihn ausdrücklich darauf hinwies. Missachtet der Käufer diesen Rat und ist es nach verlorener *rei vindicatio* für eine Prozesswiederholung mit der *actio Publiciana* zu spät (weil der verklagte Besitzer die Sache inzwischen ersessen hat), dann hat er seinen Regressanspruch gegen den Verkäufer verwirkt.

⁸⁵ D. 46,1,62: *Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summove? respondit non posse.* Hier entspricht das *denuntiare* dem *admonere* im Papiniantext. Dennoch kein *beneficium excussionis*, weder *personalis* noch *realis* (abweichend von § 772 BGB). Die Unverbindlichkeit des vom Bürgen erteilten Ratschlags weicht beachtlich ab vom vergleichbaren kaufrechtlichen Sachverhalt nach Papinian. Der noch in den Motiven zum BGB gewiesene Ausweg, der Bürge könne sich selber helfen durch Abfindung des Gläubigers Zug um Zug gegen Abtretung der Forderung gegen den Schuldner (MUGDAN II 379f.), verlangt ihm ein zusätzliches Opfer ab und ist darum von zweifelhaftem Wert. Anders zur Ausfallbürgschaft Modestin D. 46,1,41pr. Zum Problemkreis WACKE, SZ 91 (1974) 276f. m. weit. Nachw.

⁸⁶ Gegen die Gefahr, erneut mit der *Publiciana* belangt zu werden, konnte sich der Beklagte wohl nicht einmal mit einer negativen Feststellungs(wider)klage wehren.

Rät der Verkäufer hingegen anstelle der *rei vindicatio* zur Pfandvindikation, dann braucht der Käufer dem nicht zu folgen, weil der Besitzer das Pfand durch Zahlung der Schuldsomme an den Verkäufer zum Erlöschen bringen kann. In diesem Falle ist die Weisung des Verkäufers nicht schlüssig, denn damit räumt er ein, dass er dem Käufer nicht dauerhaften Eigenbesitz, sondern nur auflösend bedingten Pfandbesitz verschaffen konnte.

Die Fälle veranschaulichen, dass das römische Eviktionsprinzip eine gerichtliche Vorentscheidung über das dem Käufer nicht verschaffte Recht zum dauerhaften Eigenbesitz voraussetzte. Der erste Fall charakterisiert insbesondere den engen, sich auf die individuelle *actio* beschränkenden Streitgegenstand im klassischen Formularverfahren. Nach modernem Recht erfasst die Rechtskraft wegen der Beschränkung der Parteien auf den Tatsachenvortrag und aufgrund der erweiterten richterlichen Kognition hingegen sämtliche für den Sachverhalt in Betracht kommende materiellrechtliche Anspruchsgrundlagen.

2. Die Last des Klägers zur Auswahl einer bestimmten *actio* im Formularprozess erörtert auch CHRISTIAN BALDUS, *Una actione experiri debet?* Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht, *Orbis Iuris Romani* 5 (1999) 20 ff., bes. 24 ff.

Über *Iura novit curia* ausführlich PETER OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (Frankfurt/ M. 2002) 549 ff. („Richterliche Selbstermittlung“). Zur Unerheblichkeit der Benennung einer bestimmten *actio* im kanonischen Prozess (oben VI 3 a. E.) auch PETER LANDAU, *Pacta sunt servanda*, in: *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für Knut Wolfgang Nörr* (2003) 457-474, 463.

3. Der zweite Satz der Quelle ist ein Beleg für die dem klassischen Recht mangelnde Vollrechtsübereignung durch die *Zession*. Ohne die gesicherte Forderung kann das akzessorische Pfandrecht nicht abgetreten werden. Kraft seines *ius offerendi* kann der auf Herausgabe verklagte Besitzer aber noch an den Zedenten zahlen, damit das *pignus* zum Erlöschen bringen und der Pfandvindikation die Grundlage entziehen (*soluta pecunia venditori dissolvitur*). Für die Annahme der geschuldeten Leistung bleibt mithin der Zedent empfangszuständig. Dazu WACKE, *Übertragbarkeit des iuris vinculum* mittels *Zession*? in: *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VIII* (2002) 333-380, 363 ff.

4. Die These vom ursprünglichen Bezug des Fragments auf die *actio de auctoritate* (anstelle der im Text genannten Klage aus der *stipulatio duplae*) verteidigt ANKUM, D. 21,2,66pr.: Eine schwierige Papinianstelle über die *auctoritas*-Haftung des Verkäufers im Fall umgekehrter Eviktion, in: *Iurisprudencia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly* (2002) 1-10. Aus den oben III 5 dargelegten Gründen bleibt Ankums Hypothese jedoch zweifelhaft. Der Schluss vom

palingenetischen Zusammenhang auf ein vom Juristen ursprünglich behandeltes (aber von den Komplatoren beseitigtes) Rechtsinstitut hat bei kasuistischen Werken (wie den hier vorliegenden Quästionen Papinians) geringere Beweiskraft als bei eher systematisch angelegten Kommentaren. Angesichts des unbekanntem Umfangs an Verlorenem ist mit inhaltlichen Abschweifungen und vergleichenden Seitenblicken auf verwandte Institute in Originaltexten stets zu rechnen. Den Sachverhalt verengt Ankum auf den Besitzverlust an einer formgerecht veräußerten *res Mancipi* (vgl. o. Fn. 14). Wegen der Schwierigkeit, sechs (einschließlich des *libripens*) mündige männliche und mit den Parteien nicht verwandte Formzeugen gleichzeitig zusammenzubringen, begnügte man sich aber schon in klassischer Zeit oft mit der im Text genannten, die formlose Übergabe begleitenden *stipulatio duplae*. Die von Papinian an zweiter Stelle erwähnte ediktale *actio de fundo vectigali* erhielten Erbpächter von Provinzialgrundstücken (o. Fn. 16); diese Grundstücke waren keine *res Mancipi*. Ankums Hypothese verändert letztlich nicht das sachliche Ergebnis. In der Illustration des engen, die jeweilige *actio* individualisierenden Umfangs von Streitgegenstand und Rechtskraft nach klassischem Formularprozess im Unterschied zur umfassenden, das *petitum* des Klägers abschließend klärenden modernen Streitgegenstandslehre liegt der wertvolle Aussagegehalt des Papiniansfragments. Mangelnde Sorgfalt bei der Klagenauswahl im Vorprozess kann ein auf Regress in Anspruch genommener Beklagter dem Kläger heute nicht mehr vorwerfen.