

Festschrift für Heinz Hübner  
zum 70. Geburtstag



Heinz Dübener

Festschrift für  
HEINZ HÜBNER  
zum 70. Geburtstag  
am 7. November 1984

herausgegeben

von

Gottfried Baumgärtel  
Ernst Klingmüller

Hans-Jürgen Becker  
Andreas Wacke



1984

Walter de Gruyter · Berlin · New York

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Festschrift für Heinz Hübner zum 70. [siebzigsten]  
Geburtstag am 7. November 1984 / hrsg. von  
Gottfried Baumgärtel... – Berlin ; New York : de  
Gruyter, 1984.  
ISBN 3-11-009741-9  
NE: Baumgärtel, Gottfried [Hrsg.]; Hübner, Heinz:  
Festschrift**

©

Copyright 1984 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

## Grußwort

Am 7. November 1984 vollendet der Privatrechtler und Rechtshistoriker Heinz Hübner sein 70. Lebensjahr. Während seiner Tätigkeit als Hochschullehrer an den Universitäten Erlangen, Saarbrücken und Köln hat der Jubilar ein breites wissenschaftliches Forschungsfeld bearbeitet, das von der römischen Rechtsgeschichte bis zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, vom Bürgerlichen Recht bis zum Recht der Medien reicht. Neben diesem ungewöhnlichen wissenschaftlichen Engagement hat er durch Jahrzehnte hindurch aufopferungsvolle Tätigkeit im Bereich der akademischen Selbstverwaltung, des Hochschulrechts, der Wissenschaftspolitik und der Fortbildung von Erwachsenen geleistet. Der vorliegende Band soll einmal ein Zeichen des Dankes, zugleich aber auch ein Spiegel des Wirkens des Geehrten sein. Mit der Herausgabe dieser Festschrift verbinden die Herausgeber die besten Wünsche für seine Gesundheit und die erfolgreiche Fortführung seines wissenschaftlichen Werkes.

*Die Herausgeber*



# Inhalt

Grußwort .....	V
----------------	---

## Rechtsgeschichte

HANS ANKUM, Amsterdam: Eine neue Interpretation von Ulpian. Dig. 4.2.9.5–6. Über die Abhilfe gegen <i>matrus</i> .....	3
HANS JÜRGEN BECKER, Köln: Der Städel-Paragraph (§ 84 BGB) .....	21
HELMUT COING, Frankfurt am Main: Zur Entwicklung des Schiedsvertrags im <i>Ius Commune</i> – Die <i>ambicabi-</i> <i>lis compositio</i> und der Schiedsspruch <i>ex aequo et bono</i> .....	35
ROBERT FEENSTRA, Leiden: Ein später Vertreter der niederländischen Schule: Johann Ortwin We- stenberg (1667–1737) .....	47
MAX KAISER, Hamburg/Salzburg: Die ‚ <i>vindicatio pignoris</i> ‘ zwischen ‚ <i>ius civile</i> ‘ und ‚ <i>ius praetorium</i> ‘ ....	63
ERNST KLINGMÜLLER, Köln: Betrachtungen zur Reislamisierung im Recht .....	85
DETLEF LIEBS, Freiburg im Breisgau: Die eigentliche Bedeutung von <i>actum agere</i> und <i>actum est</i> .....	101
KLAUS LUIG, Passau: Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermie- ters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB .....	121
THEO MAYER-MALY, Salzburg: Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte ...	145
JENS PETER MEINCKE, Köln: Steuerprotest in der Antike .....	159
HANS PETER, Zürich: Zur Regelung des Besitzes im französischen Code civil .....	173
CLAUSDIETER SCHOTT, Zürich: Gesetzesadressat und Begriffsvermögen .....	191

DIETER SCHWAB, Regensburg:	
Geschichtliches Recht und moderne Zeiten – Einige Gedanken zu Leben und Werk von Karl Gareis .....	215
HANS HERMANN SEILER, Hamburg:	
Über die Vergütung von Dienstleistungen des Geschäftsführers ohne Auftrag .....	239
WALTER SELB, Wien:	
Gedanken zur römischen ‚lex imperfecta‘ und zu modernen Normvor- stellungen in der Rechtsgeschichte .....	253
DIETER SIMON, Frankfurt am Main:	
Gewissensbisse eines Kaisers .....	263
DIETER STRAUCH, Köln:	
Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart .....	273
HANS THIEME, Freiburg im Breisgau:	
Friedrich Pilgers ‚Wezlarische Annalen‘ (1791) – Ein Zeugnis deutscher Aufklärung aus juristischer Sicht .....	295
MARCEL THOMANN, Strasbourg:	
Theorie und Praxis der „Menschenrechte“ an der Rechtsfakultät Straß- burg im 18. Jahrhundert .....	313
WOLFGANG WALDSTEIN, Salzburg:	
Zum Reskript Hadrians über Operae bei fideikommissarischer Freilas- sung .....	325
GUNTER WESENER, Graz:	
Das Scheingeschäft in der spätmittelalterlichen Jurisprudenz, im usus modernus und im Naturrecht .....	337
FRANZ WIEACKER, Göttingen:	
Ius civile und lex publica in der römischen Frühzeit .....	357

### Zivilrecht

ROBERT BATTES, Bonn:	
Auseinandersetzung, Rückabwicklung, Entgelt. Leistungen an den Partner während der Ehe oder des nichtehelichen Zusammenlebens und ihre Auswirkungen im Fall der Scheidung oder Trennung .....	379
GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Köln:	
Das Verhältnis der Beweislastverteilung im Pflichtteilsrecht zu den Auskunfts- und Wertermittlungsansprüchen in diesem Rechtsgebiet ...	395
BODO BÖRNER, Köln:	
Offene und verdeckte Stellvertretung und Verfügung .....	409

UWE DIEDERICHSEN, Köln:	
Der Auslegungsdissens .....	421
HERMANN DILCHER, Bochum:	
Besteht für die Notwehr nach § 227 BGB das Gebot der Verhältnismäßigkeit oder ein Verschuldenserfordernis? .....	443
PETER HANAU, Köln:	
Die Entscheidungsfreiheit des Richters im Recht der Arbeitnehmerhaftung .....	467
ULRICH HÜBNER, Köln:	
Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm .....	487
GERHARD KEGEL, Köln:	
Zum heutigen Stand des IPR: Stoffbewältigung .....	505
HANS KIEFNER, Münster:	
Entstehung einer Eigentümergrundschuld bei mißglückter Hypothekeneinigung? .....	521
ROLF KNÜTEL, Bonn:	
Von Landanschwemmungen und Schätzen. Die <i>commoda ex re veudita</i> und § 446 BGB .....	551
MANFRED LIEB, Köln:	
Aufgedrängter Vertrauensschutz? Überlegungen zur Möglichkeit des Verzichts auf Rechtsscheinsschutz, insbesondere bei der Anscheinsvollmacht .....	575
ALEXANDER LÜDERITZ, Köln:	
Die Überarbeitung des deutschen Schuldrechts im Lichte internationaler Erfahrungen, insbesondere in den Niederlanden .....	593
DIETER MEDICUS, München:	
Gedanken zum Nebenbesitz .....	611
WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Freiburg im Breisgau:	
„Haftungsvertreter“ und Stellvertreter .....	627
KLEMENS PLEYER, Köln:	
Die Minderanmeldung einer teilvalutierten Sicherungsgrundschuld durch eine Bank im Zwangsversteigerungsverfahren .....	655
ANDREAS WACKE,	
Gefahrerhöhung als Besitzverschulden. – Zur Risikoverteilung bei Rückgabepflichten im Spannungsfeld der Zurechnungsprinzipien – <i>casum sentit dominus, tur semper in more und versari in re illicita</i> .....	669
HARM PETER WESTERMANN, Bielefeld:	
Widerspruch gegen Belastungsbuchungen in Krise und Insolvenz des Lastschriftschuldners .....	697

HERBERT WIEDEMANN, Köln:	
Thesen zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung . . . . .	719

### Medienrecht

ROBERT DITTRICH, Wien:	
Überlegungen zum Urheberrechtsschutz von Bearbeitungen von Schallträgern . . . . .	737
ULRICH MEYER-CORDING, Köln:	
Die provozierenden ‚entstellenden‘ Inszenierungen der Theaterregis- seure . . . . .	745
DIETRICH OEHLER, Köln:	
Die strafrechtliche Bekämpfung der Piratensender auf Hoher See. – 3. Seerechtskonferenz und Europäisches Übereinkommen . . . . .	753
FRIEDRICH-WILHELM VON SELL, Köln:	
Kooperativer Rundfunkföderalismus in der Bewährungsprobe . . . . .	765
IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, Wien:	
Die Dritte Welt und die geostationären Weltraumsatelliten . . . . .	781
UDO STEINER, Regensburg:	
Zur Kulturförderung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk . . . . .	799
KLAUS STERN, Köln:	
Ehrenschatz und „allgemeine Gesetze“ . . . . .	815
Bibliographie . . . . .	831

# Rechtsgeschichte



# Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4.2.9.5–6 über die Abhilfen gegen *metus*\*

HANS ANKUM

Die klassischen Juristenfragmente, die die Kompilatoren – nicht ohne Textänderungen – in den Digenstentitel *Quod metus causa gestum erit* aufnahmen, gehören zu den schwierigsten der uns überlieferten römischen Rechtsquellen. Die meisten dieser Fragmente gaben in der modernen Romanistik zu den verschiedensten Interpretationen Anlaß. Wenn ich für zwei Paragraphen aus dem 11. Buche von Ulpians Ediktskommentar eine neue Interpretation den bisherigen hinzufügen möchte, um damit meine freundschaftliche Verbundenheit mit meinem Kölner Kollegen *Heinz Hübner* zum Ausdruck zu bringen, so geschieht dies deshalb, weil die bis jetzt vorgeschlagenen Lösungen beweisbar unrichtig sind.

1. Aus *Lenels* Palingenesie geht hervor, daß Ulpian sich am Anfang des 11. Buches *ad edictum* zum Thema der *restitutiones in integrum* äußerte<sup>1</sup> und daran seinen Kommentar zum Ediktsabschnitt *Quod metus causa gestum erit* anschloß<sup>2</sup>. Seit *Lenels* Rekonstruktion des julianischen *Edictum Perpetuum* wird fast ohne Ausnahme angenommen, daß dieser Ediktsabschnitt drei Stücke enthielt: das Verheißungsedikt der *restitutio in integrum* (hiernach: *r. i. i.*) *propter metum*, das Verheißungsedikt der *actio quod metus causa* (von der man sich nicht vorstellen kann, daß sie im Edikt nicht prozontiert gewesen wäre)<sup>3</sup>, sowie schließlich die Muster-

\* In einem Seminar über ‚*in bonis alicuius esse*‘ habe ich mit den Teilnehmern die hier behandelten Ulpian-Fragmente diskutiert. Meinen Mitarbeitern, Frau *B. Bergsma-van Krimpen*, Frau *M. J. E. G. van Gessel-de Roo*, sowie den Herren *E. H. Pool* und *L. C. Winkel* danke ich für Ihre Diskussionsbeiträge, die mir wertvolle Anregungen gaben. Die Resultate der gemeinsamen Seminararbeit sollen in naher Zukunft in einer größeren Abhandlung zusammen mit Frau *Van Gessel* und Herrn *Pool* publiziert werden. – Meinem Kölner Kollegen und Freunde *Andreas Wacke* danke ich für eine gründliche Überarbeitung meines vorliegenden Textes in stilistischer Hinsicht.

<sup>1</sup> Vgl. *O. Lenel*, *Palingenesia Iuris Civilis* [hiernach: *Pal.*] (Lipsiae 1889) Sp. 460 Nr. 368.

<sup>2</sup> Siehe *Lenel*, *Pal.* II Sp. 460–465 Nr. 369–382.

<sup>3</sup> So mit Recht gegen *Kupisch* (hiernach zitiert in *Anm.* 5): *M. Kaser*, *Zur in integrum restitutio*, besonders wegen *metus* und *dolus*, *SZ* 94 (1977) S. 114.

formel dieser *actio in quadruplum*. Unbezweifelbar kommentierte Ulpian am Anfang des Digestenfragments 4.2.9 die *r. i. i.* und an dessen Ende die *actio quod metus causa* (hiernach: *a. q. m. c.*). Seit Lenels Palingenesie<sup>4</sup> ist es üblich, die Zäsur zwischen die §§ 6 und 7 zu stellen. Nach allgemeiner Meinung bezieht sich § 6 noch auf die *r. i. i.*, während im § 7 die *a. q. m. c.* erörtert wird. Zwischen diesen beiden §§ 6 und 7 ließen die Kompilatoren – so meint man – ein mehr oder weniger großes Stück des Ulpiantextes ausfallen, welches unter anderem das Verheißungsedikt der *a. q. m. c.* enthielt.

Von dieser hypothetischen Rekonstruktion scheint mir nun einiges sicher zu sein. Wie aus den Worten *rescissa alienatione* hervorgeht, spricht Ulpian im § 4 noch über die *r. i. i.* Wie sich aus den Worten *officio iudicis* am Anfang des § 7 und *quadruplo eum condemnandum* in der Mitte desselben § 7 folgern läßt, ist das Thema des § 7 die *a. q. m. c.*<sup>5</sup>. Nicht mit klaren Argumenten beweisbar ist indessen die Richtigkeit der allgemeinen, auf Lenel zurückgehenden Ansicht, wonach die §§ 5 und 6 zur *r. i. i.* gehören. Da alle bisherigen Erklärungsversuche bezüglich der §§ 5 und 6, welche auf dieser von den Interpreten diskussionslos als richtig angenommenen Prämisse beruhen, gescheitert sind – wie ich sub Nr. 2–4 erweisen werde –, bin ich zu der Hypothese gelangt, daß sich die Zäsur nicht zwischen den §§ 6 und 7, sondern zwischen den §§ 4 und 5 befindet. Mich stützend auf diesen neuen Ausgangspunkt, daß Ulpian

<sup>4</sup> Lenel, Pal. II Sp. 462 Anm. 2. Vor dem Fragment Nr. 374, das mit D. 4.2.9.7 anfängt, schreibt Lenel in dieser Anmerkung: „*Incipit hic alterius edicti interpretatio, quo praetor in quadruplum actionem pollicebatur.*“

<sup>5</sup> Aus den Ausführungen im Text geht schon hervor, daß die originelle, mit Scharfsinn von B. Kupisch in seinem Buche „In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht“ (Berlin–New York 1974) entwickelte These mich nicht überzeugt hat, wonach in Fällen von Übereignungsgeschäften die *r. i. i.* sowohl durch eine dingliche Klage, in deren *formula* die Veräußerung hinweggingiert wurde, als auch durch eine persönliche *actio arbitraria* wie die *a. q. m. c.* verwirklicht werden konnte. Auch Kasers inhaltsreiche und klare Abhandlung, SZ 94 (1977) (s. o. Anm. 3), der die meisten Thesen von Kupisch akzeptiert, brachte mich nicht zu einer anderen Meinung. Die Hauptthese von Kupisch steht m. E. in klarem Widerspruch zu den Ediktsworten „*Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*“. Damit spricht der Prätor aus, daß er erzwungene Rechtsgeschäfte nach seinem Rechte als ungültig behandeln werde. Wenn mit einer persönlichen *actio arbitraria* (z. B. mit der *a. q. m. c.*) geklagt wird, wird das erzwungene Rechtsgeschäft aber nicht vom Prätor als ungültig behandelt. Vielmehr geht auch der *iudex* von der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts aus; nur wird der Beklagte vom Richter dazu veranlaßt, die formwirksam mittels *mancipatio* erworbene Sache zurückzüberaignen. Kupischs These führte ihn zu m. E. unrichtiger Interpretation zahlreicher Digestenstellen. Vgl. z. B. gegen seine Auslegung von Julian D. 21.2.39 pr. meine Abhandlung „L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique“, in: *Maior viginti quinque annis*, ed. by J. E. Spruit (Assen 1979) S. 13–17. Vgl. zu Kupisch aber auch die einfühlsam referierende Rezension von Benöhr, AcP 176 (1976) 247–255.

sich in den §§ 5 und 6 schon mit der *a. q. m. c.* – und nicht mehr mit der *r. i. i.* – befaßte, werde ich dann sub Nr. 5–7 eine neue Interpretation dieses Passus<sup>6</sup> vorschlagen<sup>6</sup>. Daß wir bei diesem Versuch zu ergründen, was Ulpian und der von ihm zitierte Julian gemeint haben, über eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit nicht hinauskommen werden, bin ich mir bewußt.

Dem im folgenden abgedruckten lateinischen Text füge ich eine wortgetreue Übersetzung hinzu, die meine eigene Deutung noch nicht ersichtlich macht.

D. 4.2.9.5–6 (Ulpianus libro 11. ad edictum):

§ 5. Iulianus libro tertio (l. quarto<sup>7</sup>) digestorum putat eum, cui res metus causa tradita est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere.

§ 6. Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est, verum non sine ratione dicitur, si in quadruplum egerit, finiri in rem actionem, vel contra.

§ 5. Julian äußert im dritten (vierten) Buche seiner Digesten die Auffassung, daß derjenige, dem eine Sache aus Furcht übertragen worden ist, nicht nur (die Sache) zurückgeben, sondern auch eine *repromissio de dolo* abgeben soll.

§ 6. Obwohl wir jedoch der Meinung sind, daß eine dingliche Klage gegeben werden soll, weil die Sache *in bonis* desjenigen ist, der das Opfer des Zwanges wurde, wird aber nicht ohne Grund gesagt werden, daß wenn er (mit der *a. q. m. c.*) auf das Vierfache geklagt hat, die dingliche Klage ein Ende nimmt, und umgekehrt.

2. Dem § 5 wird im Schrifttum wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Die bisherigen Interpreten<sup>8</sup> nehmen einen Zusammenhang sowohl mit dem vorangehenden § 4 an (was mir nicht richtig vorkommt) als auch mit dem nachstehenden § 6 (was mir richtig erscheint)<sup>9</sup>. Um den behaupteten Zusammenhang mit dem § 4 zu überprüfen, wollen wir zunächst den § 4 kurz erläutern:

D. 4.2.9.4 (Ulpianus libro 11. ad edictum):

Volenti autem datur et in rem actio «rescissa mancipatione» et in personam rescissa acceptilatione [vel alia liberatione] «vel nexi liberatione».

Dem Gezwungenen wird, wenn er (von diesen Rechtsmitteln Gebrauch machen) will, sowohl eine dingliche Klage «nach Rückgängigmachung der *mancipatio*» als auch eine persönliche Klage nach Rückgängigmachung der *acceptilatio* [oder eines anderen Schulderlasses] «oder der *nexi liberatio*» gegeben.

<sup>6</sup> Ich referiere unten Nr. 7, bevor ich meine eigene Auffassung über das Konkurrenzproblem mitteile, auch kurz über die von früheren Autoren vorgetragenen Meinungen zu diesem Problem.

<sup>7</sup> Am Anfang des 4. Buches seiner Digesten (oder, was ich nicht völlig ausschließe, am Ende des 3. Buches) kommentierte Julian den Ediktsabschnitt *Quod metus causa gestum erit*; vgl. *Lenel*, Pal. I Sp. 324–325 Nr. 46–48.

<sup>8</sup> Siehe bes. *U. von Lübtow*, Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“ (Greifswald 1932) S. 125–126; *H. Coing*, Die clausula doli im klassischen Recht, Festschrift F. Schulz (Weimar 1951) S. 100; *Kaser*, SZ 94, S. 112–113.

<sup>9</sup> Siehe unten Nr. 6 S. 15.

Dem Gezwungenen steht nach Ulpian eine dingliche Klage zu (nämlich die *rei vindicatio*, wenn er Eigentümer nach *ius civile*, bzw. die *actio Publiciana*, wenn er Eigentümer nach prätorischem Recht war), sowie eine persönliche Klage, nachdem der Prätor die von ihm vorgenommene *mancipatio* oder förmliche *liberatio*<sup>10</sup> mittels einer *r. i. i.* rückgängig gemacht hat<sup>11</sup>. Wie aus dem Wort *volenti* hervorgeht, kann der Gezwungene aber statt dessen auch die *a. q. m. c.* erheben<sup>12</sup>. Die Kompilatoren behielten die Worte *rescissa acceptilatione* bei, weil auch nach justinianischem Recht eine Rückgängigmachung (jetzt durch richterlichen Befehl) der erzwungenen *acceptilatio* notwendig war. Bei der *traditio* als unter Justinian einzig verbliebener Eigentumsübertragung war dies jedoch nicht mehr erforderlich. Darum eliminierten die Kompilatoren bei den anderen klassischen Übereignungsformen, insbesondere bei der *mancipatio*, die Worte *rescissa alienatione* u. dgl. im Digestentitel 4.2. Im Digestentitel 4.4 über die Minderjährigenbenachteiligung ließen sie jedoch die Worte *rescissa alienatione* stehen<sup>13</sup>. Der Grund für diesen Unterschied ist, daß die Kompilatoren Ulpian's Lehre über die Nichtigkeit erzwungener formloser Rechtsgeschäfte<sup>14</sup> auf die *traditio* anwandten. Da dem gezwungenen Tradenten die *voluntas domini transferendi* fehlte<sup>15</sup>, konnte er wegen der nichtigen *traditio* ohne richterlichen Restitutionsbefehl sofort die *rei vindicatio* erheben. Falls jedoch ein *minor* bei einer *traditio* ‚*captus*‘ war, galt auch im justinianischen Recht wie im klassischen der Wille zur Eigentumsübertragung nicht als fehlend; daher mußte der Richter zuvor die *traditio* ‚*rescindere*‘.

Diese oder jedenfalls eine verwandte Auslegung des § 4 bestimmt bei den modernen Interpreten, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem folgenden § 5 annehmen, die Deutung des darin auftretenden Julianzitats. Julian habe ihrer Meinung nach von einer *res (mancipi) metus causa mancipata* und von einer *rei vindicatio rescissa mancipatione* gesprochen. Die Kompilatoren hätten statt dessen hier *res metus causa tradita* geschrieben, sie meinten eine ohne Reszission dem Gezwungenen

<sup>10</sup> Wahrscheinlich setzten die Kompilatoren die Worte *vel alia liberatione* an die Stelle der Worte *vel nexi liberatione*, weil die *nexi liberatio* im justinianischen Recht nicht mehr vorkam.

<sup>11</sup> Die *r. i. i.* bedurfte nach modernen Ansichten nicht eines separaten Dekrets in einem besonderen Vorverfahren. Die *actio rescissoria* und das Restitutionsdekret konnten zum selben Zeitpunkt verfügt werden. Bevor der Prätor das Dekret (sei es auch implizit) erlassen hatte, konnte allerdings von einem bonitarischen Eigentum des gezwungenen Manzipanten keine Rede sein; anders Kupisch (o. Anm. 5) S. 223 Anm. 429.

<sup>12</sup> Vgl. Paulus D. 4.2.21.6.

<sup>13</sup> Vgl. Ulpian D. 4.4.13.1; siehe auch die *praetoria cognitio* in Iul. D. 21.2.39.pr.

<sup>14</sup> Vgl. A. S. Hartkamp, Der Zwang im römischen Privatrecht [hiernach: Zwang] (Amsterdam 1971) S. 102–106.

<sup>15</sup> Siehe Gaius D. 41.1.9.3.

nen zustehende *rei vindicatio*. Bei dieser nach klassischem Recht reszissorischen, nach justinianischem Recht normalen *rei vindicatio* sollte nun der Drohende aufgrund des richterlichen *arbitrium* die Sache dem Bedrohten zurückgeben und obendrein eine *stipulatio de dolo* eingehen. Die judiziale *repromissio de dolo* diente dem Kläger als Garantie gegen Rechtsverluste aufgrund von Verfügungsgeschäften des Beklagten während der Zeit, in der er Eigentümer war<sup>16</sup>. Meistens handelt es sich um Sklaven, die vom Beklagten (bedingt) freigelassen oder verpfändet wurden.

Im klassischen Prozeß über die *rei vindicatio rescissoria* war allerdings die Bedeutung der *repromissio de dolo* gewiß sehr beschränkt. Die vindizierte Streitsache galt nach prätorischem Recht als dem Kläger immer gehörig gewesen, da die erzwungene *mancipatio* hinwegfingiert wurde. Vom Beklagten vorgenommene Verfügungen behandelte der Prätor als ungültig. Meistens war also bei einer *rei vindicatio rescissoria* ebenso wie bei der normalen *rei vindicatio* (falls nicht der Beklagte *post litem contestatam* die vindizierte Sache usukapiert hatte)<sup>17</sup>, eine *repromissio de dolo* völlig überflüssig<sup>18</sup>. Ob sie bei der reszissorischen Eigentumsklage überhaupt von Bedeutung gewesen sein kann, hängt ab von der Antwort auf die Frage, ob gegen erzwungene Freilassungen eine *restitutio propter metum* zulässig war. *Hartkamp*<sup>19</sup> hielt eine Restitution gegen solche Freilassungen niemals für statthaft. Soweit die Texte eine Restitution *contra libertatem* ausdrücklich verweigern, beziehen sie sich alle auf zu restituierende Minderjährige<sup>20</sup>. Die *ratio* gilt allgemein:

<sup>16</sup> Die Fälle dieser judizialen *repromissio de dolo* sind aufgeführt von *H. Coing* (o. Anm. 8) S. 99–103. Siehe auch *Kaser*, Das römische Zivilprozeßrecht (München 1966) S. 259 Anm. 27.

<sup>17</sup> Über die Pflicht des Beklagten zum *de dolo cavere* in diesem Falle *Gai.* D. 6.1.18/20.

<sup>18</sup> Da nach justinianischem Recht dem Gezwungenen zur Rückerlangung der *metus causa* tradierten Sache einfach die gewöhnliche *rei vindicatio* zustand, hatte die *repromissio de dolo* keinen Sinn mehr, weil vom Beklagten vorgenommene Verfügungen als Geschäfte eines Nichteigentümers ohne weiteres nichtig waren. Die Kompilatoren versuchten, dieser *repromissio* eine andere Funktion zu geben. In D. 4.2.9.7 fügten sie die Worte *ne forte deterior res sit facta* hinzu. Danach sollte die *repromissio* offenbar dazu dienen, den Beklagten vor dolosen Wertminderungen der zu restituierenden Sache zu schützen.

<sup>19</sup> *Hartkamp*, Zwang S. 136–145; zust. *Wacke* (u. Anm. 20).

<sup>20</sup> Siehe D. 4.3.7 pr.; D. 4.4.9.6; C. 2.30.1–4; *W. W. Buckland*, The Roman law of slavery (Cambridge 1908) S. 566–567. Unklar ist, ob in Ulp. D. 4.3.7 pr. die Worte *nulla in integrum restitutio* darauf deuten, daß niemals eine *r. i. i. contra manumissum* möglich war (so *Wacke* in seiner ausführlichen Interpretation d. St., SZ 94, 1977, 236 ff, 241 ff mit Anm. 259), oder ob das nur gilt für die dort erörterten Fälle einer *r. i. i. propter aetatem*. In Ulp. D. 4.4.9.6 liest man: *Adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est*. Näheres Studium wird zu entscheiden haben, ob hier zu übersetzen ist: „Auch gegen Freilassungen“ (ebenso wie im vorangehenden § 5, der mit *cessabit restitutio* endet) „kann einem *minor* nicht vom Prätor geholfen werden“, oder: „Auch einem *minor*“

Einmal freigelassene Sklaven sollen nicht in die Unfreiheit zurückkehren wegen des *favor libertatis*. Bisweilen werden aber Ausnahmen von der Unmöglichkeit einer Restitution gegen Freilassungen angenommen<sup>21</sup>. Da es nicht vollkommen klar ist, wie die römischen Juristen diese Frage bei der *r. i. i. propter metum* beurteilten<sup>22</sup>, ist es nicht ganz sicher, ob im Prozeß über die vom Gezwungenen angestrebte *rei vindicatio rescissoria* eine *repromissio de dolo* überhaupt von Bedeutung gewesen sein kann.

Anders liegt die Sache, wenn im klassischen Recht gegen den Besitzer mit einer (arbiträren) *a. q. m. c.* geklagt wurde. Aufgrund der erzwungenen Manzipation erlangte der Drohende und seine Rechtsnachfolger zivilrechtlich Eigentum. Der Beklagte mußte, um seiner Verurteilung in *quadruplum* zu entgehen, die Sache dem Kläger zurückmanzipieren. In diesem Fall bedarf der Kläger des Schutzes vor zwischenzeitlich vom Beklagten wirksam vorgenommenen Freilassungen oder anderen Verfügungen. Aus diesem Grunde ist es wahrscheinlicher, daß in § 5 von der *a. q. m. c.* die Rede war und nicht von einer rezissorischen *rei vindicatio*. Diese Vermutung wird fast zur Gewißheit, wenn man den Anfang des § 7 liest. Dort erklärt es Ulpian zum Inhalt der vom Richter aufzuerlegenden *restitutio* im Prozeß über die *a. q. m. c.*, daß der Beklagte außer der Rückübereignung auch eine *repromissio de dolo* abgeben müsse, *sicut dictum est*. Die Autoren, welche den § 5 auf die *rei vindicatio ficticia* beziehen, sehen sich dazu gezwungen, die Worte *sicut dictum est* im § 7 für interpoliert zu erklären; denn von einer *repromissio de dolo* war bei der *a. q. m. c.* im Ulpiankommentar ja noch nicht die Rede gewesen. So schrieb z. B. Coing<sup>23</sup>: „Bedenklich ist das im jetzigen Zusammenhang auf § 5 zu beziehende ‚sicut dictum est‘, das in diesem Sinne bei Ulpian nicht gestanden haben kann.“ Nimmt man statt dessen an, daß schon die im

(wie allen anderen) „kann der Prätor gegen eine Freilassung nicht zu Hilfe kommen“. Das üblicherweise nachgestellte ‚quoque‘ spricht aber für die erste Deutung.

<sup>21</sup> Vgl. Hartkamp, Zwang S. 138, der selber diese Ausnahmen als unbewiesen betrachtet.

<sup>22</sup> In D. 40.13.2 geht Marcellus davon aus, daß die Freilassung eines durch *mancipatio* ‚per vim‘ erworbenen Sklaven gültig blieb, auch wenn das Eigentum des Drohenden mittels *restitutio* rückgängig zu machen war. Marcellus schlägt darum eine analoge Anwendung der *lex Aelia Sentia* vor und erreicht so, daß die zum Nachteil des Gezwungenen vorgenommene Freilassung nichtig ist. Das Schweigen dieses Textes über eine *r. i. i.* ist noch kein Indiz für die Unzulässigkeit der *restitutio* wegen *metus* gegenüber Freilassungen. Im Zusammenhang mit der *lex Aelia Sentia*, aus dem der Text stammt (Lenel, Pal. I Sp. 630 Nr. 250) wollte Marcellus nur einen Weg aufzeigen, um eine *actio in quantum peruenit* gegen die Erben des Freilassers zu ermöglichen. Siehe über den Marcellustext G. H. Maier, Prätorische Bereicherungsklagen (Berlin 1932) S. 49–51, sowie unten bei Anm. 32.

<sup>23</sup> Coing (Anm. 8) S. 101 Anm. 3.

§ 5 erwähnte *repromissio de dolo* sich auf die *a. q. m. c.* bezieht, so verlieren diese Worte jedoch alles Problematische<sup>23a</sup>.

3. Der oben abgedruckte § 6 ist gleichfalls nicht leicht zu verstehen. „Was Ulpian hier geschrieben hat, wissen wir nicht“, bemerkte dazu *Fritz Schulz*<sup>24</sup>. Nach überwiegender Ansicht<sup>25</sup> sei unter der darin erwähnten *actio in rem* (ebenso wie in den vorangehenden §§ 4 und 5) eine *rei vindicatio rescissoria* zu verstehen, in deren fiktivischer Klagformel die Manzipation als nicht vorgenommen hingestellt wurde<sup>26</sup>. Sie stehe dem Gezwungenen nach Ulpian deswegen zu, weil die nach Zivilrecht formal wirksam übereignete Sache trotzdem nach materiellem prätorischem Recht in seinen *bonis* verbleibe.

Problematisch ist an dieser Auslegung (wie die beteiligten Autoren z. T. selbst einräumen), daß die Zuständigkeit der *actio rescissoria* in diesem Fall, um es in *Beseler*s kurzen Worten zu sagen, „keine Meinenssache“ war<sup>27</sup> (vgl. *existimemus*), zumal mit dem Wort *quia* „Ursache und Wirkung verwechselt“<sup>28</sup> werden. Von der Restitution gegen einen gutgläubigen Dritten ist hier keine Rede, wo am ehesten Meinungsverschiedenheiten unter den Klassikern denkbar sind, worüber uns Quellenäußerungen zwar nicht für die *restitutio propter metum*<sup>29</sup>, wohl aber für

<sup>23a</sup> Ein letzter Hinweis für die Unrichtigkeit der von mir bestrittenen Auffassung, im § 5 sei (wie im § 4) von einer *rei vindicatio rescissoria* die Rede gewesen, ist die Tatsache, daß man alsdann keine Erklärung finden kann für das Wort ‚*tamen*‘ im nächsten § 6, welches einen Gegensatz andeutet. Die in § 6 erwähnte *actio in rem* deutet man meistens als die rescissorische *rei vindicatio*. Wenn jedoch in beiden §§ 5 und 6 von einer *rei vindicatio* die Rede wäre, läge zwischen ihnen gar kein Gegensatz vor, so daß das Wort *tamen* ohne Erklärung bliebe.

<sup>24</sup> *F. Schulz*, Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht, in SZ 43 (1922), S. 200. *Hartkamp*, Zwang, S. 128, Anm. 6 zitiert diesen Satz, um annehmbar zu machen, daß § 6 „zweifelsohne bearbeitet“ sei (S. 128).

<sup>25</sup> Siehe z. B. *O. Gradenwitz*, „Per traditionem accipere“ in den Pandekten, SZ 6 (1885), S. 65; *G. Beseler*, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, I (Tübingen 1910) 73; *E. Levy*, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht II.1 (Berlin 1922) S. 164.

<sup>26</sup> Die Meinung, die erzwungene Sache bleibe im bonitarischen Eigentum des Gezwungenen, wird auch vertreten von *Schulz* (Anm. 24) S. 175 und 200 und *von Lübtow* (Anm. 8) S. 12–13. Sie unterscheiden sich aber von den in Anm. 25 zitierten Autoren, da sie meinen, daß man diese Auffassung nicht auf den interpolierten Text D. 4.2.9.6 stützen könne.

<sup>27</sup> *Beseler* (Anm. 25) S. 73.

<sup>28</sup> *Beseler* (Anm. 25), S. 73.

<sup>29</sup> Man könnte hier an *Julians* Worte in D. 4.2.9.8 *in reum non esse restituendam actionem* denken. In den §§ 7 und 8 ist übrigens nur von der *a. q. m. c.* die Rede, und es würde befremden, wenn *Julian* in diesem Zusammenhang plötzlich über eine Verweigerung der *r. i. i.* gegen einen Dritten gesprochen hätte. Man kann m. E. die zitierten *Julian*worte auch auf die *a. q. m. c.* beziehen. *Julian* wollte dann sagen, daß man mit ihr nicht gegen einen gutgläubigen Hauptschuldner klagen könne um zu erreichen, daß er sich selber aufs neue verpflichtete, wenn der Zwang nur vom *fideiussor* ausging.

die *restitutio ob aetatem*<sup>30</sup> vorliegen. Die Zuständigkeit einer *rei vindicatio rescissa mancipatione* war in unserem Falle folglich keine von Ulpian persönlicher Meinung (*existimemus*) abhängige Frage. Überdies steht den Quellen zufolge eine Sache immer dann und deswegen *in bonis* einer Person, wenn und weil sie sich mit einer *actio* oder *exceptio* (nach zivilem oder prätorischem Recht) dinglich gegen jedermann durchsetzen kann; – nicht aber wird umgekehrt aus der Zuerkennung eines *in bonis esse* auf zivilen oder prätorischen Klage- oder Einredeschutz des Bonitars gefolgert<sup>31</sup>.

Diese Bedenken machen die erwähnte Auslegung schon nicht sehr wahrscheinlich; zumal nach ihr auch das Wörtchen *tamen* unverständlich bleibt (vgl. o. Anm. 23 a). Sie verliert die letzte Annehmbarkeit, wenn man beweisen kann, daß der Bedrohte auch das *in bonis esse* mit der *mancipatio* verlor. Aus Marcellus D. 40.13.2 ergibt sich – wie Maier zweifelsfrei festgestellt hat<sup>32</sup> –, daß der Drohende einen manzipierten und tradierten Sklaven gültig testamentarisch freilassen konnte. Danach muß er also volles ziviles Eigentum an dem Sklaven erworben haben; so daß es nicht zutrifft, daß das bonitarische Eigentum beim Manzipanten geblieben sei, wie die zitierten Autoren behaupten. Mit der *mancipatio* verliert der Bedrohte vielmehr das prätorische Eigentum genauso wie das zivile; keine einzige dingliche Klage gehört unmittelbar zu seinem Vermögen. Anhand des Juliantextes D. 21.1.39 pr. habe ich selber dargetan<sup>33</sup>, daß ein *minor* seine Rechte an einem Grundstück verlor, wenn er bei dessen Veräußerung ‚*captus*‘ war und der Erwerber Titius es an einen dritten Seius weiterveräußerte. Erst nach einer prätorischen *cognitio* erhielt der *minor* eine *rei vindicatio rescissoria* gegen Seius (daher konnte Seius auch nur mit einer *actio de auctoritate utilis* gegen Titius Regress nehmen). Die *rei vindicatio rescissoria* stand als *nova actio* dem *minor* erst nach einer prätorischen Restitutionsentscheidung zu<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Siehe Ulp. D. 4.4.13.1 und Paul. D. 4.4.14.

<sup>31</sup> Ich erlaube mir hier auf die oben Anm. \* erwähnte geplante Abhandlung zu verweisen. Siehe vorläufig Kaser, SZ 78 (1961) S. 177–184, bes. S. 184. Wenn es zuträfe, daß die unter Zwang manzipierte *res Mancipi* ‚*in bonis*‘ des Bedrohten blieb, wäre es vielleicht nicht völlig unmöglich, daß ein klassischer Jurist schrieb, eine dingliche Klage sei statthaft, weil er die Sache *in bonis* habe. Insoweit stimmt Kupischs Bemerkung (Anm. 5 S. 223), hier werde „der Logik zuviel abverlangt“.

<sup>32</sup> Maier (Anm. 22) S. 52.

<sup>33</sup> Ankum (Anm. 5) S. 1–21.

<sup>34</sup> Unrichtig meint Kupisch (Anm. 5) S. 223 Anm. 429, daß dies nicht mehr stimme, seit die neuere Lehre „nicht mehr auf einem separaten Vorverfahren mit Restitutionsdekret besteht“. Auch wenn das Restitutionsdekret im Augenblick der Erteilung einer *rei vindicatio rescissoria* – meinerwegen auch implizit – erlassen wird, bleibt es wahr, daß ein solches *causa cognita* erlassenes Dekret die Voraussetzung für eine rescissorische Klage ist. Die Klage steht dem bedrohten Manzipanten also nicht schon *ipso iure* zu. Ihr dekretaler

Eine Modifikation der hier entwickelten Auffassung wäre die Annahme, der Gezwungene habe die abgepreßte *res mancipi* erst nach dem Erlaß des Restitutionsdekrets (wieder) *in suis bonis* (wobei dieses Dekret auch implizit in der Erteilung einer *rei vindicatio rescissoria* enthalten sein konnte). Diese Deutung käme mir nicht unrichtig vor; mit dem Text von D. 4.2.9.6 ist sie jedoch gewiß unvereinbar.

Für *Kupisch* ist die im Text erwähnte *actio in rem* ebenfalls eine *rei vindicatio rescissoria*. Ihm zufolge habe der Gezwungene die abgepreßte Sache deswegen *in bonis*, weil er gegen jeden Besitzer die *a. q. m. c.* erheben konnte<sup>35</sup>. Dem vermag ich ebenso wenig zu folgen wie *Kaser*<sup>36</sup>. Nach keinem klassischen juristischen Text hat jemand eine Sache *in bonis*, wenn ihm zu deren Erlangung bloß *actiones in personam* zustehen. Bonitarisches Eigentum setzt immer den Schutz mit dinglichen Klagen voraus<sup>37</sup>. Die Deutung von *Kupisch* kann insoweit nicht befriedigen.

4. Einige Autoren, wie *Maier*<sup>38</sup>, *Hartkamp*<sup>39</sup> und *Kaser*<sup>40</sup> gehen ebenfalls von der zutreffenden Ansicht aus, daß die abgepreßte Sache ohne Restitutionsdekret nicht *in bonis* des Gezwungenen stand. Sie sehen in Ulpians *actio in rem* nicht die rezissorische Vindikation, sondern die *actio Publiciana*. Dabei legen sie dem nach *Kaser* offenkundig verkürzten und entstellten Text<sup>41</sup> einen Sonderfall zugrunde: Der Gezwungene habe den Besitz an der Sache entweder trotz der erpreßten Manzipation behalten (so *Maier* und *Kaser*) oder aber später wieder (zufällig) zurückerhalten (so *Hartkamp*)<sup>42</sup>, hieran anschließend jedoch abermals

Charakter verbietet vielmehr die Annahme seines bonitarischen Eigentums, solange die Restitution nicht dekretiert wurde. – In Pauli Sent. 1.7.6 hat der nachklassische Bearbeiter, dem im nachklassischen vorjustinianischen Recht geltenden Prinzip der Nichtigkeit des gezwungenen Rechtsgeschäfts gemäß, Worte wie *rescissa mancipatione* aus dem Text eliminiert.

<sup>35</sup> *Kupisch* (Anm. 5) S. 222–224.

<sup>36</sup> *Kaser*, SZ 94 (1977) S. 140.

<sup>37</sup> Vgl. *P. Bonfante*, Sul cosiddetto domino bonitario e in particolare sulla denominazione in bonis habere, in: *Scritti giuridici vari II* (Torino 1926) S. 386; *Kaser*, SZ 78 (1961) S. 184.

<sup>38</sup> *Maier* (Anm. 22) S. 52–53, der sich übrigens für diese Lösung des von ihm konstruierten Falles nicht auf D. 4.2.9.6 (er schreibt versehentlich D. 4.2.9.4.6) berufen will, weil er diesen Text nicht als „eine unverdächtige Stelle betrachtet“.

<sup>39</sup> *Hartkamp* (Anm. 14) S. 127–133.

<sup>40</sup> *Kaser*, SZ 94 (1977) S. 140–141.

<sup>41</sup> *Kaser*, SZ 94 (1977) S. 141.

<sup>42</sup> *Hartkamp*, *Zwang* S. 129. *Kupisch* a. a. O. (o. Anm. 34) kritisiert mit Recht, daß nach *Hartkamp* selbst *r. i. i.* und rezissorische Vindikation den besitzlosen Veräußerer nicht zum bonitarischen Eigentümer machten. Das war – wie ich oben S. 10 ausgeführt habe – wohl der Fall. *Kupisch* findet *Hartkamps* Ausführungen auf S. 129 „dunkel“. Tatsächlich ist auf S. 129–130 nicht deutlich, wozu der Gezwungene nach Rückerlangung der von ihm manzipierten Sache noch eine dingliche Klage benötigte. Aus S. 133 geht jedoch deutlich hervor, daß nach *Hartkamps* Vorstellung der Erpreßte den Besitz der zurückerhaltenen Sache erneut verliert und nunmehr einer weiteren *actio in rem* bedarf. Nach *Hartkamp* war diese Klage gegen den Dritten die *actio Publiciana* und gegen den Drohenden die rezissorische *rei vindicatio*. Wahrscheinlicher dünkt mir *Kasers* Annahme, SZ 94 (1977) S. 141, daß er auch gegen den Drohenden die *actio Publiciana* erheben (und dessen *exceptio iusti dominii* mit einer *replicatio metus* entkräften) konnte.

verloren und klage nun gegen den jetzigen Drittbesitzer mit der *actio Publiciana*. Alsdann sei Ulpian's Aussage durchaus zutreffend, daß der Gezwungene die Position eines bonitarischen Eigentümers einnehme<sup>43</sup>. Eine zufällige Rückkehr in den Besitz des Gezwungenen sei nach *Hartkamp*<sup>44</sup> auch kein so seltener Fall (z. B. wenn ein manzipierter Sklave dem Erpresser entflieht und zu seinem früheren Herrn zurückkehrt); ein solcher Fall werde auch in Gaius 4.117 erörtert.

Gegen diese geistvolle Deutung ist indessen manches einzuwenden. Ein Schluß Ulpian's vom *in bonis esse* auf die *actio Publiciana* wäre zwar sonderbar, aber nicht völlig unmöglich<sup>45</sup>. Falls Ulpian aber wirklich nur an die von den Autoren ersonnenen Sonderfälle gedacht haben sollte, weshalb wird dann im Text hiervon gar nichts erwähnt? Die von *Hartkamp* angeführte Gaiusstelle 4.117 enthält alle wesentlichen Tatsachen. Für so tiefgreifende Kürzungen der ulpianischen Digestenstelle hatten aber auch die Kompilatoren keinen Anlaß. Unter den von den Autoren in den Text hineingelesenen zusätzlichen Voraussetzungen lautete die Lösung auch im justinianischen Recht nicht wesentlich anders; allenfalls hätte bei einem erpreßten *constitutum possessorium* bloß eine etwaige *mancipatio* durch die *traditio* ersetzt werden müssen.

Ein letzter, entscheidender Einwand gegen die erwähnten Mutmaßungen ist ihre Unvereinbarkeit mit der von Ulpian angenommenen alternativen Konkurrenz zwischen der *actio in quadruplum* und der *actio in rem*. Unter den von den drei genannten Interpreten postulierten weiteren Voraussetzungen war es nämlich keineswegs so, daß nach einer erhobenen *a. q. m. c.* die *actio Publiciana* gegen den Erpresser erlosch. Nach Ulpian D. 4.2.14.11 mußte ein mit der *a. q. m. c.* zur Rechenschaft gezogener Erpresser, falls er zur sofortigen Restitution außerstande war, dem Erpreßten in Form einer judizialen Stipulation versprechen, die Sache (z. B. einen Sklaven) zu suchen und, wenn er sie fand, dem Kläger herauszugeben. Die Sachverfolgungsklagen mußten daher dem Erpreßten daneben erhalten bleiben, wie Ulpian D. 4.2.14.11 schrieb: *et nihilo minus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum (scil. hominem) recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur*. Für die von *Maier*, *Hartkamp* und *Kaser* erdachten komplizierten Sachverhalte hätte Ulpian die Konkurrenzfrage mithin völlig anders lösen müssen. Wenn er dem Gezwungenen hingegen nach Erhebung der

<sup>43</sup> *Hartkamp*, Zwang S. 133. Auch nach *Bonfante* (Anm. 37) S. 386 ist D. 4.2.9.6 eine der (wenigen) Digestenstellen, die „alludono sicuramente all'in bonis pretorio“. An welchen Fall *Bonfante* genau dachte, schreibt er nicht.

<sup>44</sup> *Hartkamp*, Zwang S. 133. Unnötig erscheint mir die hier von *Hartkamp* S. 130–131 angenommene *usureceptio*. *Kaser*, SZ 94 (1977) S. 141 Anm. 143 macht wahrscheinlich, daß man auch ohne diesen unbekanntenen Fall der *usureceptio* auskommen konnte.

<sup>45</sup> Vgl. die oben am Ende der Anm. 31 zitierte Bemerkung von *Kupisch*.

*a. q. m. c.* eine *actio in rem* verweigert, muß er einen anderen Fall im Kopf gehabt haben.

5. Wie oben angedeutet<sup>46</sup>, spricht schon auf den ersten Blick viel für die Annahme<sup>47</sup>, daß sich die judiziale *stipulatio de dolo* im § 5 auf die *a. q. m. c.* bezieht und nicht auf eine *actio in rem rescissa mancipatione*. Dies führte uns zu der oben Nr. 1 schon erwähnten Hypothese, daß Ulpian in den §§ 5 und 6 nicht mehr die *r. i. i.*, sondern bereits die *a. q. m. c.* kommentiert. Zwischen den §§ 4 und 5 muß der Text des Verheißungsedikts zur *a. q. m. c.* ausgefallen sein, wahrscheinlich auch noch ein Kommentarstück zu diesem Edikt von ungewisser Länge. Solange man daran festhielt, daß die §§ 5 und 6 zur *r. i. i.* gehören, war man auch gezwungen anzunehmen, daß sie eine erzwungene *mancipatio* betreffen. Ulpian war nämlich ein Anhänger der Lehre von der Ungültigkeit erzwungener formloser Rechtsgeschäfte, weil *metus* und freier Wille unvereinbar sind<sup>48</sup>. Nach Ulpian war eine erzwungene *traditio* wegen mangelnden *animus domini transferendi* nichtig (vgl. Gai. D. 41.1.9.3). Deshalb konnte er niemals in seinem Kommentar zur *r. i. i.* eine erzwungene *traditio* behandeln. Da nach unserer Hypothese die §§ 5 und 6 aber gar nicht die *r. i. i.*, sondern die *a. q. m. c.* betreffen, sind wir frei in der Annahme, daß der klassische Originaltext des § 5 so wie überliefert tatsächlich eine *res metus causa* ‚*tradita*‘ betraf. Julian meinte zu diesem Fall im 4. Buche seiner *Digesten*<sup>49</sup>, daß der Tradent im Prozeß gegen den Erpresser mit der *a. q. m. c.* nicht nur auf Rückübereignung (*reddere*), sondern auch auf Abgabe einer *repromissio de dolo* klagen könne. Nur nach Erfüllung beider Pflichten hatte der Beklagte dem *arbitrium iudicis* zufolge voll restituiert<sup>50</sup>. Da in fast allen *Digestentexten* zur judizialen *cautio de dolo* als Streitsache ein Sklave auftritt<sup>51</sup> und die erzwungene *traditio* eines Sklaven auch in dem (unten näher zu behandelnden) Paralleltext Ulp. D. 4.2.14.11 begegnet, halte ich es für am wahrschein-

<sup>46</sup> Vgl. oben Nr. 2, S. 8.

<sup>47</sup> Insbesondere die viel größere praktische Bedeutung einer solchen *stipulatio* in Fällen, in denen dem Beklagten die Gelegenheit geboten wird, die erzwungene Sache zurückzüberaignen, um seine Verurteilung in den vierfachen Sachwert zu vermeiden (weil in diesen Fällen das Eigentumsrecht des Beklagten vor dieser Rückübereignung respektiert wird), und die Worte *sicut dictum est* in D. 4.2.9.7.

<sup>48</sup> Vgl. Hartkamp, Zwang S. 102–107.

<sup>49</sup> Siehe oben Anm. 7. Nach Lenel hat Julian in diesem Passus den Ediktstitel *Quod metus causa gestum erit* kommentiert; Lenel spezifiziert jedoch nicht, mit welchem der drei Teile dieses Edikts Julian sich in dem von Ulpian in D. 4.2.9.5 zitierten Passus befaßt hat.

<sup>50</sup> Vgl. die Worte *neque ea res arbitrio iudicis restituetur* in Ulp. D. 4.2.14.11 (zweite Hälfte).

<sup>51</sup> Das versteht sich, weil (nur) bei Sklaven die Gefahr besteht, daß der beklagte Eigentümer sie (bedingt) freigelassen hat.

lichsten, daß die §§ 5 und 6 die juristischen Folgen einer *metus causa* tradierten *res Mancipi* betreffen<sup>52</sup>.

Nach meiner Auffassung des § 5 behandelte Julian also den Fall eines *metus causa* verschenkten oder (gegen einen viel zu niedrigen Preis) verkauften und tradierten Sklaven. Noch in vielen von *Hartkamp* zusammengetragenen Kaiserkonstitutionen aus dem 3. Jh.<sup>53</sup> erhält der Erpreßte zur Rückerlangung von zwangsweise tradierten Provinzialgrundstücken eine *r. i. i.*. Die Kanzleijuristen betrachteten offenbar solche zwangsweisen Veräußerungen als *gültig* und machten sie durch eine *r. i. i.* rückgängig. Julian ging vermutlich ebenfalls von der Gültigkeit des unter Zwang zustande gekommenen formlosen Rechtsgeschäfts aus<sup>54</sup>, wie vor ihm Celsus (D. 23.2.22) und nach ihm Paulus (D. 4.2.21.25: *tamen coactus volui*)<sup>55</sup>. Julian gewährt dem Gezwungenen eine *a. q. m. c.*, deren Verurteilung *in quadruplum* der Beklagte nur entging, wenn er außer der Sachrückgabe dem Kläger die Abwesenheit von *dolus* zusicherte. Die *cautio de dolo* war deshalb erforderlich, weil der Erpresser nach Julians Ansicht bonitarischer Eigentümer geworden war und deshalb gültige Verfügungsgeschäfte über den Sklaven hatte vornehmen können (wie besonders eine Freilassung)<sup>56</sup>, welche für den Kläger nach der *retraditio* ernsthafte Benachteiligungen hervorrufen konnte. Die Kompilatoren eliminierten die *traditio* eines Sklaven aus dem Text, um die für diesen Fall gegebene Lösung zu verallgemeinern. Da ihrer Auffassung nach der Erpresser wegen Fehlens einer freien *voluntas tradendi* überhaupt kein Eigentum erwarb und deswegen auch keine gültigen Verfügungen über die tradierte Sache vornehmen konnte, verlor im justinianischen Recht die *cautio de dolo* ihren ursprünglichen Sinn. Mit den interpolierten Worten *ne forte deterior sit facta* im § 7 gaben die Kompilatoren dieser *cautio* eine andere, gegen faktische Schädigungshandlungen gerichtete Funktion. Daher konnten sie dieselbe *cautio* im § 5 stehen lassen.

<sup>52</sup> Für meine Interpretation dieser beiden Paragraphen ist dieser Punkt nicht sehr wichtig. Es ist ebenso gut möglich, daß Julian und Ulpian über eine (auf eine erzwungene Schenkung oder auf einen erzwungenen Verkauf basierende) *traditio* einer *res nec Mancipi* gesprochen haben. Die Lösungen, die die Juristen für diesen Fall vorgeschlagen, waren (fast) dieselben gewesen; nur hätte der Richter den Beklagten, gegen den die *a. q. m. c.* erhoben worden war, veranlaßt, das Eigentum nach *ius civile* an der *metus causa* tradierten Sache zurückzuübertragen.

<sup>53</sup> *Hartkamp*, Zwang S. 166–172.

<sup>54</sup> Das kann man ableiten aus dem Anfang des § 6, in dem Ulpian, offenbar um den Gegensatz zu der julianischen Auffassung zu unterstreichen, schrieb: „*Licet tamen in rem actionem dandam existimemus . . .*“

<sup>55</sup> Vgl. *Hartkamp*, Zwang S. 84–101.

<sup>56</sup> Die von einem bonitarischen Eigentümer freigelassenen Sklaven bekamen den *status* von *Latini (Iuniani)*; vgl. Gaius 1.22 und 3.52.

6. Mit dieser Deutung des § 5 ist nun der Weg bereitet für eine ungezwungene Auslegung der darauf folgenden § 6. Kann man wirklich nicht mehr feststellen (wie *Fritz Schulz* annahm)<sup>57</sup>, was Ulpian mit ihm meinte? Ulpian äußerte m. E. zunächst seine, von Julian und Paulus abweichende Ansicht, daß die erzwungene formlose *traditio* wirkungslos und der Gezwungene infolgedessen bonitarischer Eigentümer geblieben war. Und um den Gegensatz zu Julian und Paulus zu unterstreichen, die einen Eigentumsverlust des Gezwungenen annahmen, gewährt ihm Ulpian „dennoch“ (*tamen*) eine *actio in rem*. Und da hier wirklich eine Meinungsverschiedenheit vorliegt, weil Paulus noch kurz zuvor dem Prinzip ‚*coactus tamen volui*‘ gehuldigt hatte, schreibt Ulpian *existimemus*. Mit der *actio in rem* war die *rei vindicatio* gemeint, wenn der Gezwungene ziviler Eigentümer, und die *actio Publiciana*, wenn er nur Bonitarier war. Und weil der Gezwungene das (zivile oder prätorische) Eigentum trotz der erpreßten *traditio* behielt, weil ihm die Sache also (noch immer) gehörte, schrieb Ulpian: ‚*quia res in bonis eius est*‘.

In diesem Ausdruck steckt nichts Sonderbares. Bereits *Bonfante* wies nach<sup>58</sup>, daß ‚*res alicuius in bonis est*‘ in vielen Digestentexten volles (zivils oder prätorisches) Eigentum bedeutet<sup>59</sup>. Die Kompilatoren ließen den Satzteil ‚*Licet tamen . . . passus est*‘ stehen, weil er mit ihrer Lösung des vorangehenden § 5 harmonierte, in den sie mittels Interpolation die *traditio* einer Sache hineintrugen. Die *traditio* war ihrer Ansicht nach ohne Wirkung, weshalb der Gezwungene Eigentümer geblieben war und als dingliche Klage die *rei vindicatio* erheben konnte.

Unser Deutungsvorschlag zu § 6 fände eine Bestätigung, wenn sich ein vergleichbarer Fall der erzwungenen *traditio* eines Sklaven aufspüren ließe. Nach intensivem Studium gelang mir die Entdeckung eines solchen Falles inmitten des ausführlichen Ulpiantextes D. 4.2.14.11:

pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilo minus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui stipulatione convenitur exceptione tutus fiat.

Im Prozeß gegen den Erpresser mit der *a. q. m. c.* werden im vollständigen Text des § 11 vier Fälle unterschieden. Die beiden ersten Fälle

<sup>57</sup> *Schulz* (o. Anm. 24).

<sup>58</sup> *Bonfante* (Anm. 37), S. 385–386. Den dort angeführten Text könnte man noch viele Texte hinzufügen, in denen der Ausdruck *res alicuius in bonis est* oder *rem in bonis habet* diese breite Bedeutung hat; z. B. Gaius, 2,9 und 11; D. 36.1.65 (63) pr., Paul. D. 39.2.18 pr.; Ulp. D. 23.3.7.3 (am Anfang); D. 43.32.1.5; D. 47.2.12.2; D. 47.8.2.22/25.

<sup>59</sup> Deutlichkeitshalber bemerke ich, daß ich mit vollem zivilen Eigentum meine, „Eigentum an einer Sache, an der niemand anderes ein bonitarisches Eigentumsrecht hat“. Der Ausdruck *in bonis alicuius esse* bezeichnet niemals ein bloßes *nudum ius Quiritium*; vgl. Gaius 1.54.

betreffen die Lage nach dessen Verurteilung, die anderen den vorherigen Zustand. In allen vier Fällen ist der unter Zwang tradierte Sklave dem Beklagten oder Verurteilten *sine dolo et culpa* gestorben oder entflohen. Nach Ansicht des modernen Schrifttums führt der § 11 gänzlich von den Kompilatoren her<sup>59a</sup>. Für das klassische Recht ist die ganze Fragestellung, wie ein ins Vierfache Verurteilter zu behandeln sei, wenn der abgepreßte Sklave stirbt oder entflieht, gewiß undenkbar<sup>60</sup>: Der Kondemnierte muß eben die Urteilssumme bezahlen! Justinianisch ist gewiß auch im ersten Satz die Aufteilung des *quadruplum* in ein Dreifaches als *poena* und das Einfache als Schadensersatz für den verstorbenen Sklaven. Aber deswegen muß man doch nicht den ganzen Inhalt des § 11 den Kompilatoren zurechnen.

Den hier allein interessierenden Fall, daß ein durch Erpressung erlangter Sklave seinem beklagten Besitzer entflohen ist, kann Ulpian sehr wohl zweimal behandelt haben, und zwar nicht für die Lage nach und vor dessen *condemnatio*, sondern für zwei unterschiedliche Situationen vor der Verurteilung, je nachdem der Sklave bloß tradiert oder aber auch manzipiert worden war. Der mit der *a. q. m. c.* Verklagte ist nach § 11 freizusprechen, nachdem er dem Kläger stipulationsweise versprochen hat, den Sklaven zu suchen und nach einem Wiederauffinden zu restituieren. Die dem Erpreßten daneben zustehenden dinglichen Klagen einschließlich der *actio ad exhibendum* sowie jeder anderen Klage auf Rückerlangung bleiben ihm jedoch nichtsdestoweniger erhalten (*nihilominus integra ei servabitur*). Und falls sie erfolgreich sind, wird die *actio ex stipulatu* exeptionsweise entkräftet. Daß hier keine Klagenkonsumtion stattfindet wie in unserem Ausgangsfall D. 4.2.9.6, erklärt sich aus dem Unterschied, daß der Erpresser in § 6 den Sklaven offenbar besitzt, während er ihn in § 11 schuldlos verloren hat, weshalb die *a. q. m. c.* gegen ihn erfolglos bleibt. Als für uns wichtigstes Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, daß Ulpian dem Gezwungenen in § 11 ebenso wie in § 6 eine *actio in rem* gewährte, vermutlich weil er in beiden Fällen von der *traditio* des Sklaven ausging.

7. Die Konkurrenzfrage zwischen der *a. q. m. c.* und der *actio in rem* beantwortet Ulpian in § 6 mit ‚*actio finitur*‘, einerlei ob zuerst die *actio in quadruplum* oder (*vel contra*) die *actio in rem* erhoben wurde. Beim Studium der im VIR unter ‚*finio*‘ angeführten Quellen<sup>61</sup> drängt sich der

<sup>59a</sup> Vgl. Hartkamp, Zwang S. 219–221 mit Lit. Dieser Autor gibt gewiß die herrschende Meinung wieder, wenn er schreibt (S. 220): „Der Text ist stark überarbeitet und verdankt seine heutige Fassung zweifellos der Hand der Kompilatoren.“

<sup>60</sup> Vgl. Lenel, Pal., II, Sp. 465, Anm. 6: *Ulpiani aetate condemnatione facta periculum hominis, qui iam in bonis rei esse coeperat, nullo modo ad actorem pertinere poterat.*

<sup>61</sup> *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* II (Berolini 1933) Sp. 891.

Schluß auf, daß eine „beendete“ Klage vom Prätor nicht mehr erteilt wurde. Nach *E. Levy* sei der § 6 freilich interpoliert; Ulpian habe eine judiziale Konsumtion angenommen<sup>62</sup>. Ein Freispruch im zweiten Prozeß durfte erst erfolgen nach einer Verurteilung im ersten Verfahren. Der Grund für diese *absolutio* sei die von *Levy* für die *metus*-Klage angenommene sachverfolgende Funktion. Meiner Ansicht nach gibt es jedoch nicht genügend Gründe, um die Echtheit des Ausdrucks *actionem finiri* anzuzweifeln, welcher besagt, daß der Prätor nach erfolgter *litis contestatio* über die eine *actio* die andere denegierte. Und die von *Levy* vermutete sachverfolgende Funktion der *metus*-Klage habe ich bereits in einer früheren Abhandlung bestritten<sup>63</sup>.

Nach *v. Lübtow* habe der Prätor die auf denselben Sachverhalt gestützte zweite Klage mittels einer *exceptio in factum* entkräftet<sup>64</sup>. Aber dies läßt sich aus dem Wort *finiri* nicht herleiten.

*Eisele*<sup>65</sup>, *Hartkamp*<sup>66</sup>, *Kupisch*<sup>67</sup> und *Kaser*<sup>68</sup> nehmen eine durch zivile Konsumtion verwirklichte elektive Konkurrenz der beiden aus dem *metus*-Sachverhalt resultierenden Klagen an<sup>69</sup>. *Hartkamp*<sup>70</sup> geht auf den Grund dieser Konkurrenz nicht ein. Nach den drei anderen Autoren liege zivile Konkurrenz hier wegen der Identität von Klagegrund und Klageziel vor. Nach *Eisele* sei *eadem causa* hier „das Haben der Sache“, nach *Kupisch* und *Kaser* ein nichtdeliktisches *metus causa gestum (factum)*. Nach allen drei Autoren ist der Klagezweck die Restitution der erpreßten Sache.

Richtig scheint mir nur die Annahme einer vom Prätor durchgeführten Klagenkonsumtion. Eine Identität der *causa* scheidet aus, denn bei der *actio in rem* ist Klagegrund das dingliche Recht des Klägers, bei der *a. q. m. c.* jedoch das vom Beklagten verübte *metus*-Delikt. Der Zweck beider Klagen ist ebensowenig identisch, denn Ziel der dinglichen Klage ist die Restitution der Sache, Ziel der *metus*-Klage indessen eine Strafe

<sup>62</sup> *Levy*, Konkurrenz II 1 (Anm. 25) S. 165–167.

<sup>63</sup> *Ankum*, Actions by which we claim a thing (*res*) and a penalty (*poena*), BIDR 85 (1982) S. 13 und Anm. 43.

<sup>64</sup> *U. von Lübtow* (o. Anm. 8) S. 257.

<sup>65</sup> *F. Eisele*, AcP 79 (1892) S. 350 und 362.363.

<sup>66</sup> *Hartkamp*, Zwang S. 133.

<sup>67</sup> *Kupisch*, In integrum restitutio (o. Anm. 5) S. 235.

<sup>68</sup> *Kaser*, SZ 94 (1977) S. 142.

<sup>69</sup> Oben Nr. 4 habe ich schon dargetan, daß die Lösung der Konkurrenzfrage in dem Fall, den *Hartkamp* und *Kaser* unserem Text zugrundelegen, eine andere hätte sein müssen.

<sup>70</sup> *Hartkamp*, Zwang S. 133.

für die Erpressung<sup>71</sup> (welche durch eine Restitution allerdings vermieden werden konnte). Wenn wirklich zivile Konsumption wegen Identität der *res* vorgelegen hätte (*quod non*), so hätte Ulpian kaum schreiben können ‚*non sine ratione dicitur*‘: Das Konkurrenzproblem und seine Gründe müssen vielmehr eine diskussionswürdige Zweifelsfrage gebildet haben, was nur bei der Nichtidentität des Streitgegenstandes verständlich ist.

Man stelle sich die Konkurrenzproblematik noch konkreter vor Augen! Angenommen, der mit der *a. q. m. c.* verklagte Erpresser habe zwecks Vermeidung seiner *condemnatio in quadruplum* die Sache zurücktradiert, so wäre seine spätere Verurteilung mittels einer *actio in rem* gar nicht mehr statthaft gewesen, weil er zum Zeitpunkt des späteren Urteilserlasses die Sache schuldlos nicht mehr besaß, hatte er sie doch bereits auf Anweisung des ersten Richters dem Kläger herausgegeben. Denn schon bei schuldlosem Sachverlust vor Beginn des *metus*-Prozesses hatte ihn der Richter nach dem Paralleltext D. 4.2.14.11 freizusprechen, wenn er die darin erwähnte Stipulation abgab. Eine Verurteilung mit der hernach erhobenen zwecklosen dinglichen Klage wäre nach Ulpian (§ 6) folglich ein unvernünftiges Ergebnis und daher ‚*sine ratione*‘. Bezahlte jedoch der Erpresser die Buße des Vierfachen (insbesondere weil er die Sache wegen *dolus* oder *culpa* nicht restituieren konnte), so führte eine Kumulation mit der dinglichen Klage ebenfalls zu einem schwer vertretbaren Resultat: Dieser Beklagte hätte alsdann insgesamt das Fünffache leisten müssen, während ein anderer bei erfolgter Restitution mit dem Einfachen davonkam! Eine derart unbillige und inakzeptable Folge wollte Ulpian mit Recht nicht hinnehmen. Und Justinians Kompilatoren konnte nach ihrer Auffassung von der gemischten Funktion der *a. q. m. c.* dem nur beipflichten. Aber auch im umgekehrten Falle der zuerst erhobenen dinglichen Klage war für Ulpian wie für die Kompilatoren eine Deliktssklage *in quadruplum* gegen den Erpresser, welcher (der formularen Kondemnationsbedingung gemäß) nicht restituiert hatte (!), sinnlos.

8. Wie wir sahen, waren die bisherigen Auslegungsversuche der schwierigen §§ 5 und 6 gescheitert. Alle basierten sie auf der seit *Lenel* allgemein akzeptierten Voraussetzung, daß Ulpian in den §§ 3 bis 6 die *r. i. i.*, und erst von § 7 ab die *a. q. m. c.* kommentiert habe. Nach unserer

<sup>71</sup> *Kupisch* (o. Anm. 5) S. 145–146 und *Kaser*, SZ 94 (1977) S. 110 nehmen an, die *a. q. m. c.* wolle nicht das *Metusdelikt* bestrafen, sondern die Verweigerung der Restitution. Gegen diesen Gedanken sprechen die Ulpiantexte D. 4.2.14.1 und 4.2.16.2, in denen deutlich davon die Rede ist, daß die *poena* schon vor der verweigerten Restitution geschuldet wird, und der Ulpiantext D. 4.2.14.13, aus dem hervorgeht, daß der Drohende schon vor der Verweigerung der Restitution zwei Delikte begangen hat, nämlich *metus* und *dolus*.

Hypothese hat Ulpian hingegen schon von § 5 an die *a. q. m. c.* behandelt. Ausgehend von der weiteren Annahme, daß Ulpian den Fall der erpreßten *traditio* eines Sklaven vor Augen hatte, konnten wir dem § 6 einen neuen, verständlichen Sinn abgewinnen, der auch den Worten *tamen* und *existimemus* Rechnung trägt.



# Der Städel-Paragraph (§ 84 BGB)

HANS-JÜRGEN BECKER

Der bekannte Streit zwischen Thibaut und Savigny über die Kodifikation des bürgerlichen Rechts, der 1814 die Juristenwelt in Deutschland bewegte, ist letztlich akademisch geblieben<sup>1</sup>. Die historische Rechtsschule hat mit ihrem Programm, das man mit dem Schlagwort „Wissenschaft statt Gesetzgebung“ kennzeichnen könnte, den Mangel einer Rechtseinheit lange verschmerzen lassen. Die Praxisferne der historischen Rechtswissenschaft<sup>2</sup> hat jedoch in manchem Rechtsstreit den Wunsch nach einer klaren Gesetzgebung hervorgerufen. Als Beispiel sei der Streit um das Städel-Testament genannt, der wie kaum ein anderer Rechtsfall die Zivilrechtler des 19. Jahrhunderts beschäftigt hat und dessen Spuren sich noch im BGB abzeichnen<sup>3</sup>.

## I. Die Stiftung des Städel'schen Kunstinstituts

Das kulturelle Leben der Reichsstädte ist bis in die Anfänge des 20. Jahrhunderts hinein durch Stiftungen begüterter Bürger geprägt worden. Viele Bibliotheken, Konzert- und Theatergebäude, Museen und sogar Universitäten verdanken ihre Existenz dem tätigen Bürgersinn. Das bekannte Frankfurter Städel'sche Kunstinstitut am Schaumainkai geht auf eine testamentarische Stiftung des Frankfurter Kaufmanns Johann Friedrich Städel (1. 11. 1728 – 2. 12. 1816) zurück<sup>4</sup>. Aus den

<sup>1</sup> Vgl. *H. Hübner*, Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichungen des Instituts für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln 8) 1980, S. 46.

<sup>2</sup> Zu dieser Diskrepanz von Theorie und Praxis vgl. *H. Hübner* (wie Fn. 1) S. 49.

<sup>3</sup> Zum Städel-Fall vgl. zuletzt die eingehende Darstellung von *H. Kiefner*, Das Städel'sche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlenbruchs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls, in: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 11/12, *Itinerari moderni della persona giuridica* I, 1983, S. 339–397. Ein merkwürdiger Zufall hat es gewollt, daß ich mich seit Jahren mit dem Städel-Fall befaßt habe, ohne von den gleichgerichteten Interessen von Herrn Kollegen Kiefner zu wissen. Im folgenden werde ich mich deshalb im wesentlichen auf die Nachwirkungen des Falls bis hin zum BGB beschränken.

<sup>4</sup> *R. Jung*, Art. „Städel“, in: *Allgemeine Deutsche Biographie* 35 (1893, Nachdr. 1971) S. 358. – Zur Geschichte des Kunstinstituts vgl. *H.-J. Ziemke*, Das Städel'sche Kunstinstitut – die Geschichte einer Stiftung, 1980. Die ältere Literatur findet sich bei *F. Gwinner*,

Gedanken der Aufklärung heraus hatte sich Städel vorgenommen, sein Haus am Roßmarkt, seine Kunstsammlung von fast 500 Gemälden, 9000 Kupferstichen und 3000 Zeichnungen sowie ein beachtliches Barvermögen der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen. Ein erstes Testament vom 26. 1. 1793 wurde abgeändert, weil in der Zwischenzeit in Frankfurt am Main der Code Napoléon eingeführt worden war und nun dessen Vorschriften bei der Errichtung des Testaments zu beachten waren. Städel wandte sich an den neuen Landesherren, den Großherzog Karl Theodor von Dalberg, um – im Hinblick auf Art. 910 Code civil – eine Genehmigung für die geplante Stiftung zu erhalten. Mit Dekret vom 21. 11. 1811 wurde diese Genehmigung erteilt<sup>5</sup>. In einem Begleitschreiben hatte der Großherzog, der selbst ein großer Förderer der Künste gewesen ist<sup>6</sup>, Städel zu seinem „rühmlichen Vorhaben“ gratuliert und ihn seiner besonderen Hochschätzung versichert<sup>7</sup>. Das zweite Testament war dann am 18. 1. 1812 errichtet worden. Nach dem Sturz Napoleons wurde für die von der französischen Herrschaft befreiten Gebiete eine Zentralverwaltung unter Vorsitz des Freiherrn vom Stein mit Sitz in Frankfurt a. M. errichtet. Mit Verordnung vom 16. 1. 1814 wurden die französischen Gesetze außer Kraft gesetzt und das früher bestehende Privatrecht wiederhergestellt<sup>8</sup>. Aufgrund der neuen Rechtslage glaubte Städel, ein neues Testament errichten zu müssen. Dies geschah am

Kunst und Künstler in Frankfurt am Main vom 13. Jahrhundert bis zur Eröffnung des Städel'schen Kunstinstituts, 1862, S. XI ff; *B. Müller*, Stiftungen für Frankfurt am Main, 1958, S. 50 f u. S. 220; *K. E. Demandt*, Schrifttum zur Geschichte und geschichtlichen Landeskunde von Hessen, Bd. 2, 1965, S. 483; *W. Kilian*, Die rechtliche Entwicklung der Städelschule – Staatliche Hochschule für bildende Künste in Frankfurt a. M., in: *Archiv für Frankfurts Geschichte und Kunst* 51 (1968) S. 131 Fn. 2.

<sup>5</sup> Abdruck des Dekrets bei *J. L. Klüber*, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit einer in demselben Testament verordneten Stiftung oder rechtliche Beurteilung des Städel'schen Beerbungsfalles zu Frankfurt am Main. Mit Bemerkungen über die legislative Cultur der Deutschen, in: *Abhandlungen und Beobachtungen für Geschichtskunde, Staats- und Rechtswissenschaften*, Bd. 1, 1830, S. 330 ff insbesondere S. 331–332. Ferner bei *H. Kieffer* (wie Fn. 3) S. 348.

<sup>6</sup> Vgl. *A. Erler*, Art. „Dalberg“, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 1 (1971) Sp. 658 f u. *P. Darmstaedter*, Das Großherzogtum Frankfurt. Ein Kulturbild aus der Rheinbundzeit, 1901, S. 362 ff.

<sup>7</sup> Abdruck bei *H. Weizsäcker*, Kunst und Künstler in Frankfurt a. M. im 19. Jahrhundert, Bd. 1: Das Frankfurter Kunstleben, 1907, S. 7.

<sup>8</sup> Abdruck des Dekrets in *J. J. Scotti*, Sammlung der Gesetze und Verordnungen (Provinzial-Gesetze), Bd. 5, 1836, S. 2370 ff. Vgl. ferner *C. S. Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 1, 1875, S. 30 Fn. 12; *O. R. Kissel*, Neuere Territorial- und Rechtsgeschichte des Landes Hessen, 1961, S. 89 f; *E. Zimmer*, Die Zivilgerichtsbarkeit in Frankfurt a. M. im 19. Jahrhundert, Teil 1: Die Zeit von 1800 bis 1806, in: *Archiv für Frankfurts Geschichte und Kunst* 57 (1980) S. 87 ff.

15. 3. 1815<sup>9</sup>. Der entscheidende Passus dieses in der Folge so umstrittenen Testaments lautet:

„§ 1. Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen, sammt dazu gehörigen Büchern, soll die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städelschen Kunstinstituts sein. Dieses Städelsche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben ... ein<sup>10</sup>.“

Städel ist am 2. 12. 1816 gestorben<sup>11</sup>. Die von ihm im Testament bestimmten fünf Administratoren – anstelle des ursprünglich vorgesehenen, inzwischen aber verstorbenen Johann Carl Städel hatte der Testator im Legat vom 1. 7. 1815 Carl Ferdinand Kellner nominiert – zeigten dem Stadtgericht an, daß sie als Repräsentanten des Instituts in dessen Namen die Erbschaft unbedingt annehmen wollten, und baten um gerichtliche Einweisung in den Nachlaß. Bevor dies geschehen konnte, erwirkten die Administratoren am 10. 12. 1816 einen Senatsbeschluß, in dem von seiten der Stadt die Stiftung „förmlich angenommen“ wurde. Am 10. 3. 1817 wurde der Anwalt des „zum Erben eingesetzten Kunst-Instituts“ durch das Stadtgericht in den Nachlaßbesitz eingesetzt.

Sechs Monate später wurde das Testament mit Klage vom 11. 9. 1817 durch C. S. Burguburu (geb. Städel) und C. S. Lasplace (geb. Städel) aus Straßburg, zwei mit dem unverheirateten Testator entfernt verwandte Damen, angefochten. Der Klage trat später der Bruder der Klägerinnen L. S. Städel aus Paris bei. Die Kläger machten geltend, das Testament sei nichtig, da das zum Universalerben eingesetzte Kunstinstitut weder existent noch staatlich bestätigt worden und somit nicht erbfähig gewesen sei. Den Nachlaß nahmen die Kläger für sich als Intestaterben in Anspruch. Der Streit um den Erbschaftsbesitz („in possessorio“) wurde in zweiter Instanz durch das Appellationsgericht der Freien Stadt Frank-

<sup>9</sup> Das Original des Testaments befindet sich – zusammen mit weiteren eigenhändigen Vermächtniseinsetzungen aus der Zeit vom 22. 3. 1815, 28. 3. 1815, 1. 7. 1815, 30. 10. 1815 und 4. 6. 1816 – im Stadtarchiv Frankfurt a. M., Verträge Q 24 (Stiftungsbrief vom 15. 3. 1815, eröffnet am 3. 12. 1816). Der Umschlag trägt die Aufschrift:

„Hierin befindet sich meine am 15. März 1815 vor sieben Zeugen und Notar errichtete letzte Willensverordnung, wobey ich zugleich meinen ernstlichen Willen dahin erkläre, daß nach meinem Ableben keine gerichtliche Obsignation vorgenommen werden soll, und daß wann sich außer der in diesem meinem letzten Willen schon beigefügten Haupt-Testaments-Beilage noch weitere Testaments-Zettel dereinst von mir vorfinden, diese gleiche Gültigkeit haben. Johann Friedrich Städel.“

<sup>10</sup> Abdruck des „Stiftungs-Briefs“ u. a. in der Sammlung „Actenstücke und Rechtliche Gutachten in Sachen der Städelschen Intestat-Erben gegen die Administration des Städelschen Kunst-Instituts zu Frankfurt am Main Testamentsanfechtung betreffend“, 1827, S. 1–9 sowie bei *F. Gwinner* (wie Fn. 4) S. 556–560 und zuletzt bei *H. Kiefner* (wie Fn. 3) S. 341–347.

<sup>11</sup> Das Folgende nach den Darstellungen von *J. L. Klüber* (wie Fn. 5) und *H. Kiefner* (wie Fn. 3).

furt am 7.5.1821, abgefaßt durch die Juristenfakultät zu Jena, zugunsten des Instituts entschieden<sup>12</sup>. Das Urteil war jedoch mit der Auflage verbunden, daß „pendente lite“ mit dem Nachlaß keine Veränderung vorgenommen werden dürfe, was die praktische Arbeit der Administratoren, insbesondere den Ankauf weiterer Sammlungen, empfindlich behinderte. – In dem Verfahren „in petitorio“ waren das Urteil erster Instanz vom Stadtgericht am 24.2.1823 – aufgehoben durch Spruch der Tübinger Juristenfakultät vom 29.10.1823 – und das der zweiten Instanz vom Appellationsgericht in Frankfurt, abgefaßt durch die Juristenfakultät zu Bonn, am 16.12.1825 ebenfalls zugunsten des Kunstinstituts ergangen. In dritter Instanz wurde das Oberappellationsgericht der Freien Städte Hamburg, Bremen, Lübeck und Frankfurt in Lübeck angerufen, das die Prozeßakten 1827 an die Juristenfakultät zu Halle versandte. Referent war Professor C.F. Mühlenbruch. Zu einer Entscheidung kam es aber nicht. *J. L. Klüber* berichtet hierüber: „Unbewachte Äußerungen, in Halle gegen einen durchreisenden Rechtsgelehrten, zu Frankfurt von demselben weiter verbreitet, wurden Anlaß, daß von diesem, durch das Oberappellationsgericht davon in Kenntnis gesetzten Spruchkollegium die Acten ohne Urteil zurückgesendet wurden, auch wohl mußten<sup>13</sup>.“ So wurde der Rechtsstreit durch einen Vergleich im Jahre 1829 beendet: Etwa ein Viertel des Nachlasses, nämlich 300 000 Gulden, wurden den Klägern überlassen<sup>14</sup>.

## II. Der Streit der Gutachter

Wie nur wenige andere Rechtsstreitigkeiten des 19. Jahrhunderts ist der Städel-Fall zum Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen der juristischen Gutachter geworden. *H. Kiefner*<sup>15</sup> hat dankenswerterweise einen Überblick über die zahlreichen Stellungnahmen zusammengestellt. Außer den Urteilen der als Spruchkollegien tätigen Rechtsfakultäten von Landshut, Jena, Tübingen und Bonn haben die juristischen Fakultäten von Göttingen, Kiel und Leipzig für die Kläger, die juristischen Fakultäten von Berlin, Gießen, Heidelberg und München für die Beklagte

<sup>12</sup> Das Urteil „in possessorio“ erster Instanz vom 16.12.1818 hatte die Juristenfakultät zu Landshut abgefaßt. Zur Gerichtsorganisation der damaligen Zeit vgl. *E. Zimmer*, Die Geschichte des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main (Studien zur Frankfurter Geschichte 12) 1976, S. 11 f.

<sup>13</sup> *J. L. Klüber* (wie Fn. 5) S. 340.

<sup>14</sup> Zum Wert des Nachlasses von Städel vgl. die Angaben bei *J. L. Klüber* (wie Fn. 5) S. 330 und *A. Kirchner*, Ansichten von Frankfurt am Main, der umliegenden Gegend und den benachbarten Heilquellen, Bd. 1, 1818 (Nachdr. 1926), S. 320 Fn. 1.

<sup>15</sup> *H. Kiefner* (wie Fn. 3) S. 351 ff. Hier ist nur der Beitrag von *J. L. Klüber* (wie Fn. 5) zu ergänzen.

Rechtsgutachten erstattet. Literarisch sind als Autoren C. F. Starck, C. A. von Droste, C. F. Elvers, H. E. G. Paulus, K. S. Zachariä, K. F. C. Wenck, C. F. Mühlenbruch, J. A. Seuffert, S. Zimmern, K. L. Arndts und J. L. Klüber hervorgetreten<sup>16</sup>. Der Streit war vielfach polemisch und parteiisch. Gleichwohl wurde durch diesen, wie *H. Liermann* es formuliert hat, „die Gemüter bewegenden, die Städelsche Stiftung zu Frankfurt am Main betreffenden Erbfall“ die Rechtswissenschaft dazu angeregt, das Stiftungsrecht neu zu durchdenken und den Stiftungsgedanken zu neuem Leben zu erwecken<sup>17</sup>.

Von besonderer Bedeutung waren die Schriften von *C. F. Mühlenbruch*, der als Berichterstatter des Spruchkollegiums in Halle die Gutachten, die Akten und die bis dahin ergangenen Urteile sehr sorgfältig studiert hatte. In seiner Monographie über den Städel-Fall von 1828<sup>18</sup> hatte er das Testament zwar als nichtig bezeichnet, die Intestaterben aber als verpflichtet angesehen, das Kunstinstitut nachträglich durch Gesuch bei den zuständigen Behörden „in Grundlage der über dessen Errichtung und Verwaltung im Testament enthaltenen Anordnungen“ zu begründen. Dieses Ergebnis vermag wenig zu überzeugen. Gleichwohl dürfte der abgeschlossene Vergleich, der den Rechtsstreit beendete, von den Thesen Mühlenbruchs beeinflusst worden sein. Wichtig war aber vor allem, daß *Mühlenbruch* es war, „der schon 1828 die Theorie der rechtsfähigen Stiftung für das 19. Jahrhundert konzipiert hat“<sup>19</sup>. Noch vor *Savigny*, der in seinem „System“ der Arbeit von *Mühlenbruch* mit

<sup>16</sup> Meinem akademischen Lehrer *A. Erler* (Frankfurt a. M.) danke ich dafür, daß er mir die Originaldrucke der meisten Gutachten zugänglich gemacht hat. – Folgende Gutachten sind in der Stadt- und Universitätsbibliothek Frankfurt a. M. vorhanden: *Droste, Elvers, Mühlenbruch, Paulus, Wenck* und *Zachariä*. Ferner finden sich hier die Fakultätsvoten von Berlin, Gießen, Göttingen, Heidelberg und München (Signaturen: Fund. Ff. Stadel 1, 2, 4, 502, 503, 504 und 505). Bemerkenswert sind insbesondere die im Sammelband Nr. 1 enthaltenen Schriften des Anwalts der Kläger Dr. *Ludwig Daniel Jassoy*, Rechtliche Belehrungen . . . , o. J. (vermutlich 1826; mit den Fakultätsgutachten von Leipzig und Kiel, 28 S.) und Pro Memoria in Sachen C. S. Burguburu u. C. S. Lasplace . . . , o. J. (vermutlich 1827, 41 S.).

<sup>17</sup> *H. Liermann*, Handbuch des Stiftungsrechts, Bd. 1: Geschichte des Stiftungsrechts, 1963, S. 232. – Die Beobachtung, daß der Stadel-Fall zu einer großen Verunsicherung auf dem Gebiet des Stiftungswesens geführt hat, ist richtig: *D. Pleimes*, Weltliches Stiftungsrecht. Geschichte der Rechtsformen, 1938, S. 290 f und *ders.*, Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht (Arbeiten zur Neueren Privatrechtsgeschichte 1) 1954, S. 88 ff. Jedoch unterschätzt dieser Autor die heilsame Wirkung dieser Krise.

<sup>18</sup> *C. F. Mühlenbruch*, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. Nebst einer Einleitung über das Verhältnis der Theorie zur Praxis, 1828. Eine kritische Analyse dieser Schrift bei *H. Kiefner* (wie Fn. 3) S. 364–397.

<sup>19</sup> *H. Kiefner* (wie Fn. 3) S. 393.

Respekt gedenkt<sup>20</sup>, hat er die Fiktionstheorie von der Korporation auf die Stiftung übertragen und damit eine dogmatische Formel für das Recht der selbständigen Stiftung gefunden, die noch lange nachgewirkt hat<sup>21</sup>.

Man kann sagen, daß der Städelfall drei Fragen aufgeworfen hat, ohne deren Beantwortung eine Lösung nicht möglich war<sup>22</sup>. Zum einen ging es um das Problem, ob eine reine Kulturstiftung – also keine mit der Kirche in Verbindung stehende karitative „pia causa“ – als echte Stiftung anzuerkennen sei. Sodann war zu klären, ob für die Entstehung der Stiftung eine vorherige staatliche Genehmigung erforderlich sei. Schließlich aber kumulierte der Streitfall in der Frage, ob eine noch nicht existierende Stiftung zum Erben eingesetzt werden kann. Diese dritte Frage nach der Erbfähigkeit eines „embryo moralis“ soll uns im folgenden beschäftigen.

### III. Die Erbeinsetzung einer zu errichtenden Stiftung als Problem der Wissenschaft und Rechtsprechung

„Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur“, lautet eine aus dem römischen Recht abgeleitete Rechtsregel<sup>23</sup>. Der „postumus“, das gezeugte, aber erst nach dem Tode des Erblassers geborene Kind, wird demnach seit alters her bei der Erbfolge berücksichtigt. Wegen der Bedenken, ob der Erbe in diesem Fall hinreichend genau bezeichnet sei, wurden zunächst nur die „postumi sui“ des Erblassers als Erben anerkannt. In der Spätantike aber wurden die „postumi“ schlechthin, also auch die „postumi alieni“ zur Erbfolge

<sup>20</sup> F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 277 Anm. c). Zur Lehre Savignys von der Juristischen Person vgl. C. Tietze, Zur Theorie der Juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Göttinger Jur. Diss. 1974, S. 66 ff; H. Hattenbauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982, S. 26 ff; M. Disselhorst, Zur Theorie der Juristischen Person bei C. F. von Savigny, in: Quaderni Fiorentini (wie Fn. 3) S. 318–337.

<sup>21</sup> H. Kiefner (wie Fn. 3) S. 370 f. – R. von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3, 1924, S. 359, Fn. 468 a) geht m. E. zu weit, wenn er in Mühlenbruchs Abhandlung „die einseitig formal-juristische Behandlungsweise des Rechts“ verurteilt, „welche das Zweckmoment völlig aus dem Auge verliert und sich auf diese Beschränktheit wohl gar noch etwas einbildet...“

<sup>22</sup> Das Folgende im Anschluß an H. Liermann (wie Fn. 17) S. 243 ff.

<sup>23</sup> Die Regel wurde aus den Quellen konstruiert. Vgl. Paulus Dig. 1.5.7 u. 11 sowie 50.16.231; Jul. Dig. 1.5.26; Cels. Dig. 38.16.7. Zu dieser Rechtsregel vgl. A. Wacke, in: Juristische Arbeitsblätter 1981, S. 549 f u. D. Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1982, S. 41 (C 48) u. S. 125 (N 1). Vgl. ferner zur deutschrechtlichen Bedeutung A. Erler, Art. „Leibesfrucht“, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1978, Sp. 1772–1777.

zugelassen und nicht als erbunfähige „personae incertae“ angesehen<sup>24</sup>. Im Mittelalter ging man noch weiter und ließ die Erbeinsetzung einer erst zu errichtenden juristischen Person zu: „Ecclesia construenda potest institui heres sicut postumus alienus“, liest man bei *Bartolus*<sup>25</sup>.

Es lag auf der Hand, daß manche Gutachter im Stadel-Fall an diesen Gedanken anknüpften. In dem Rechtsgutachten der Juristenfakultät zu Gießen vom Juni 1827 hat man das zitierte Rechtssprichwort herangezogen, um damit den Nachweis zu führen, daß es sich beim Stadel-Erben nicht um eine „persona incerta“ handle<sup>26</sup>. *C. A. von Droste* hat in seiner Schrift von 1827 gleichfalls den Gedanken vertreten: „... Embryonen würden bekanntlich, wenn von ihrem Vortheil die Rede sey, als schon geboren angesehen; warum soll denn nicht der Embryo von einem Institute ebenfalls als schon geboren angesehen werden können<sup>27</sup>?“ Auch *C. F. Elvers* vertrat in seiner Arbeit die Ansicht, man dürfe in Analogie zur Erbfähigkeit des „postumus“ von der Erbfähigkeit einer im Gründungsstadium befindlichen juristischen Person ausgehen: „Wenn nämlich eine noch nicht vorhandene, selbst noch nicht concipirte physische Person nach heutigem Rechte unzweifelhaft zum Erben eingesetzt werden kann, zugleich kein Grund vorhanden ist, an sich zwischen einer physischen und juristischen Person jetzt noch hier einen wesentlichen Unterschied zu statuiren; so muß dasselbe Recht, das dem ‚Postumus‘ anerkannt zusteht, auch für die noch nicht existirende, aber wahrscheinlich später rechtlich ins Daseyn tretende juristische Person in Anspruch genommen werden...“<sup>28</sup> Am eingehendsten, leider aber auch sehr unklar hat der Heidelberger Theologe *H. E. G. Paulus* die Theorie vertreten, die im Entstehen befindliche Stiftung sei erbfähig: „Der Embryo des Stadelischen Kunstinstituts war sichtbarer da als jeder embryo nasciturus. Er war in rerum natura, de facto und durch den Willen des Eigenthümers und Stifters auch de jure. Hat man Lust, die Metapher um der Analogie willen fortzusetzen, so war die am 15. März 1815 gestiftete Anstalt, selbst wenn sie damals nur ein lebender Embryo (ein vivus nasciturus) geworden wäre, doch ein für Erbeinsetzung ... empfängliches Subject ... Der Embryo lebte ..., bis durch den Tod des

<sup>24</sup> Zum Erbrecht des „postumus“, der heute oft „nasciturus“ genannt wird, vgl. *M. Kaser*, Das römische Privatrecht, Bd. 1, <sup>1</sup>1971, S. 272 f, 684 f u. 706; Bd. 2, 1959, S. 348.

<sup>25</sup> Glosse zu Dig. 34.1.17 nr. 4, zitiert nach *O. von Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters, 1881 (Nachdr. 1954) S. 373 Fn. 76.

<sup>26</sup> Vgl. Actenstücke (wie Fn. 10) Abschnitt C, § 5, S. 11 ff.

<sup>27</sup> *C. A. von Droste*, Rechtfertigung des von der Bonner Juristen-Fakultät ... erlassenen Urtheiles, 1827, S. 65.

<sup>28</sup> *C. F. Elvers*, Theoretisch-praktische Erörterungen der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen, 1827, S. 117.

Stifters den 2. Dezember 1816 eben der Wille aufhörte, welcher ihm das Leben gegeben hatte und bis dahin noch das Leben zu nehmen vermocht hätte. Von da an hörte die Stiftung auf, widerruflich zu seyn, oder – um die Allegorie fortzusetzen – sie war jetzt ganz, und sogar als eine nun nicht mehr sterbliche persona moralis ausgeborn . . .<sup>29</sup>

In dem gleichen Sinn, wenn auch juristisch präziser, hat sich *J. L. Klüber* geäußert. In seiner Stellungnahme von 1830 bezeichnet er das testamentarisch bedachte Kunstinstitut als einen „Nasciturus seu Embryo moralis“ und führt dazu aus: „Ein solcher Nasciturus sive Embryo moralis ist keine persona incerta. Nicht anwendbar auf das von Staatswegen, ein- für allemal, voraus schon genehmigte und hierauf wirklich gestiftete Kunstinstitut sind daher die Gesetze, welche die Erbeinsetzung einer ungewissen Person für unwirksam (pro non scripta) erklären. Als persona moralis nascitura, in causa favorabili pro nata habenda, a principe probata, et proinde haud incerta, ward das Institut bei Errichtung des Städelschen Testaments, worin dasselbe zum Universalserben eingesetzt ward, erbeinsetzungsfähig, und bei des Erblassers Tod erbfähig. Derselbe Augenblick, in welchem Städel verschied, war auch derjenige, in welchem fast gleichzeitig sowohl das für diesen Fall schon gestiftete Institut als moralischer Postumus aus dem unsichtbaren Leben in das sichtbare übertrat, als auch dessen Erbeinsetzung wirksam ward<sup>30</sup>.“

Es versteht sich von selbst, daß diese zwar einleuchtende, doch rechtlich kühne Analogie auf heftigen Widerspruch gestoßen ist. Am eingehendsten hat sich *Mühlenbruch* gegen den Vergleich gewandt und versucht, ihn durch ein „argumentum ab absurdo“ lächerlich zu machen: „Oder will man den, welcher Gesellschaften trennt und also die moralische Person um ihre Existenz gebracht hat, wie einen Mörder bestrafen, und behaupten, daß der, welcher verhindert, daß eine Gesellschaft zu Stande komme, des Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht schuldig sei<sup>31</sup>?“ Später hat *Mühlenbruch* jedoch seine Auffassung modifiziert und die Erbeinsetzung einer noch nicht existierenden juristischen Person jedenfalls dann für gültig angesehen, wenn die Bedingung der künftigen Existenz ausdrücklich hinzugefügt worden oder aus der Fassung des Testaments zu entnehmen sei<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> *H. E. G. Paulus*, Einfache Rechts- und Verstandes-Ansichten über den Rechtsstreit wegen der Erbfähigkeit der von Joh. Fried. Städel ... gestifteten Kunstanstalt, 1827, S. 62 f.

<sup>30</sup> *J. L. Klüber* (wie Fn. 5) S. 347.

<sup>31</sup> *C. F. Mühlenbruch* (wie Fn. 18) S. 274.

<sup>32</sup> *C. F. Mühlenbruch*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar von D. C. F. von Glück, fortgesetzt von ... Mühlenbruch, Bd. 40, 1838, S. 62 ff, 76.

Wenn man die Lehrbücher zum Pandektenrecht und zum Deutschen Privatrecht auf diese Kontroverse hin durchsieht, so muß man feststellen, daß sich eine breite Mehrheit für die Möglichkeit ausgesprochen hat, eine Stiftung durch Testament zu begründen und gleichzeitig als Erben einzusetzen. Unter den Befürwortern finden sich sowohl Romanisten wie *G. F. Puchta*, *L. Arndts*, *A. Koeppen* und *F. Regelsberger*<sup>33</sup>, in der Mehrzahl aber Germanisten wie *G. Beseler*, *O. Stobbe* und insbesondere *O. von Gierke*<sup>34</sup>. Auch nach österreichischem und preußischem Recht wurde die Frage bejaht<sup>35</sup>.

Die Rechtsprechung war jedoch im Hinblick auf dieses Problem sehr uneinheitlich. Manche Gerichte wollten nur die Möglichkeit anerkennen, milde Stiftungen im Sinn der „*causae piae*“ durch Testament zu errichten und gleichzeitig durch Erbeinsetzung mit Vermögen auszustatten. Andere Gerichte stellten den milden Stiftungen alle anderen Stiftungen gleich. Vielfach wurde in Urteilen eine staatliche Genehmigung als erforderlich angesehen, der teilweise rückwirkende Kraft beigemessen wurde, falls sie erst nach dem Tode des Erblassers erteilt worden war. Andere Gerichtshöfe hielten jede staatliche Genehmigung für überflüssig<sup>36</sup>. Daß diese Vielfalt von Meinungen für die Rechtssicherheit nicht gerade förderlich war, versteht sich von selbst. Es überrascht nicht,

<sup>33</sup> *G. F. Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, <sup>1</sup>1852, S. 63 ff; *ders.*, Art. „Corporationen“, in: Rechtslexikon, hrsg. von J. Weiske, Bd. 3, 1844, S. 67 f; *L. Arndts*, Lehrbuch der Pandekten, <sup>10</sup>1879, S. 53 f; *ders.*, Art. „Erbeinsetzung“, in: Rechtslexikon, hrsg. von Weiske, Bd. 3, 1844, S. 915 f.; *A. Koeppen*, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895, S. 484 ff; *F. Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, S. 347.

<sup>34</sup> *G. Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 1, <sup>1</sup>1873, S. 258 f; *O. Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. 1, 1871, S. 422; *O. von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887 (Nachdr. 1963) S. 15 ff u. 125 ff; *ders.*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895 (Nachdr. 1936) S. 653.

<sup>35</sup> Vgl. *J. Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 6: Das österreichische Erbrecht, <sup>1</sup>1879, S. 60 ff; *F. Förster / M. E. Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 4, <sup>1</sup>1897, S. 409 f.

<sup>36</sup> Nachweise der umfangreichen Rechtsprechung bei *A. Koeppen* (wie Fn. 33) S. 485 f Fn. 1; *O. von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie (wie Fn. 34) S. 126 Fn. 1; *von Schmitt*, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich..., Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1879, S. 89 f. – In einer Entscheidung des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 25. 11. 1863 heißt es (Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Kgl. Preuß. Rheinprovinzen 51, 1863, S. 91 f): „... daß die Errichtung einer solchen, bisher nicht existierenden Stiftung rechtlich nicht anders gedacht werden kann, als daß sie gerade durch den Willen des Stifters ins Leben gerufen wird; daß mithin bei ihrer Errichtung durch letztwillige Verfügung ihre Existenz gerade durch den Tod des Testators hervorgerufen wird, und ihre landesherrliche Genehmigung hiebei nur als rückwirkende Bedingung zu betrachten ist, sowie denn überhaupt diese in staatlichem Interesse erforderliche Genehmigung die civilrechtliche Gültigkeit der Disposition schon voraussetzt...“

wenn bereits *J. L. Klüber* im Hinblick auf den Städel'schen Erbstreit den Mangel an „legislativer Cultur“ in Deutschland beklagte und nach einer Kodifikation rief<sup>37</sup>.

#### IV. Die Gesetzgebung zum „embryo moralis“

Die ersten partikularrechtlichen Regelungen des Problems finden sich in Sachsen. Nachdem ein Weimarisches Gesetz von 1833 (§3) den Anfang gemacht hatte, bestimmte das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/65 in §2074:

„Juristische Personen sind fähig, aus einem letzten Willen zu erwerben, selbst wenn sie zur Zeit der Errichtung desselben noch nicht bestanden haben, dafern sie später, gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Erblassers, vom Staate anerkannt werden.“

Die Vorentwürfe zum BGB wollten die Regelung des Stiftungsrechts ursprünglich weitgehend dem Landesrecht überlassen<sup>38</sup>. Während die Vorentwürfe zum Allgemeinen Teil nur in den Motiven das Problem ansprechen, wird im Vorentwurf zum Erbrecht von 1879 ein Gesetzesvorschlag unterbreitet. §8 Abs. 2 lautet:

„Die Einsetzung einer erst zu errichtenden oder zu genehmigenden Stiftung oder Vereinigung ist als Verfügung des Erblassers aufzufassen, daß das derselben zuge dachte Vermögen in selbständiger Weise fortbestehen, und zu dem letztwillig bestimmten Zwecke verwendet werden soll.“

Der Redaktor *von Schmitt*<sup>39</sup> gab für die Formulierung des Entwurfs folgende Begründung: „Der Entwurf schließt sich jener Ansicht an, welche einer solchen Einsetzung die dem Sinne und Willen des Erblassers entsprechende Bedeutung und Wirksamkeit beigelegt wissen will. Der Wille des Erblassers kann aber gegebenen Falles kein anderer sein, als daß sein Vermögen oder der bestimmte Theil desselben in selbständiger Weise für sich fortbestehen und zu einem bestimmten löblichen Zwecke verwendet werden soll. Dieser Gehalt einer letztwilligen Anordnung muß zur Geltung gebracht werden trotz des formellen Bedenkens, daß die unmittelbare Honorirung ein bereits existirendes Subjekt voraussetzt, während hier die Entstehung des Subjekts erst durch die Honorirung bewirkt werden soll, somit in der That ein nicht existirendes Subjekt honorirt wird. In einer solchen Anordnung liegt nur eine ungenaue Ausdrucksweise, welche in einer dem Willen des Erblassers entsprechenden Art zu berichtigen, von den allgemeinen, die Ausle-

<sup>37</sup> *J. L. Klüber* (wie Fn. 5) S. 366 ff.

<sup>38</sup> Vgl. die Motive zum Allgemeinen Teil von *A. Gebhard*, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von W. Schubert, Allgemeiner Teil, Teil 1, 1981, S. 510 u. S. 699.

<sup>39</sup> *von Schmitt* (wie Fn. 36) S. 90.

gung letzter Willen beherrschenden Prinzipien geboten ist. Dieser Wille geht aber dahin, daß der Nachlaß dem bezeichneten Zwecke gewidmet sein, somit ein Stiftungsvermögen bilden soll, und es ist Sache des Beschwerten bzw. desjenigen, welchem der Vollzug des letzten Willens im Allgemeinen oder in besonderer Beziehung auf die fragliche Verfügung übertragen ist, die erforderlichen Schritte zu thun, um die von dem Erblasser beabsichtigte Stiftung in das Leben einzuführen.“

Eine Lösung des Problems konnte dieser Entwurf nicht sein, weil er die Frage der Rechtsfähigkeit dahinstellt und den Ausweg einer etwas gewaltsam erscheinenden „berichtigenden“ Auslegung des Erblasserwillens beschreitet. In den Änderungsvorschlägen wurde mit Recht Kritik geübt: „Ist aber die zu gründende Stiftung als Erbe (oder Vorerbe oder Nacherbe) berufen, so wäre in der Zeit vom Tode des Erblassers bis zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung für die Erbnachfolge ein *tempus vacuum* gegeben und es müßten nach allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften zunächst die Gesetzeserben als Vorerben eintreten, um der Stiftung, sobald solche genehmigt ist, als Nachberufenen die Erbschaft herauszugeben. Dies wäre aber mit Rücksicht auf die Kürze der fraglichen Schwebezeit gewiß unzweckmäßig. Daher ist ... die analoge Anwendung der Bestimmungen, die für den ganz ähnlichen Fall der Berufung einer beim Tode des Erblassers noch nicht geborenen Leibefrucht gelten, vorgeschlagen“<sup>40</sup>.

Im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsgeschichte des BGB ist dann die Regelung des Problems aus dem Erbrecht herausgenommen und in den Allgemeinen Teil verlegt worden. Der Entwurf I (1888) sah als § 62 Abs. 3 vor:

„Ist zur Errichtung einer Stiftung durch Verfügung von Todeswegen staatliche Genehmigung erforderlich, so wird die Verfügung von Todeswegen durch Versagung der Genehmigung unwirksam; wird die Genehmigung ertheilt, so gilt sie in Ansehung des Anfalles als schon vor dem Erballe ertheilt.“

In den Motiven wird als Begründung auf die ähnliche Rechtsstellung des „postumus“ verwiesen: „Ungleich einfacher gestaltet es sich, wenn an den nahe liegenden Fall angeknüpft wird, daß eine zur Zeit des Erbfalles empfangene, aber noch nicht geborene Person als Erbe eingesetzt ist. Dies wird dadurch erreicht, daß die Wirkungen der Genehmigung und damit ... die Entstehung der Stiftung als juristische Person in Ansehung des Anfalles auf die Zeit vor Eintritt des Erbfalles zurückbezogen wird“<sup>41</sup>.“ Obgleich in den Protokollen noch die Ansicht vertreten

<sup>40</sup> Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Erbfolge, Begründung der Änderungsvorschläge, o. J., S. 12.

<sup>41</sup> Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Bd. 1, 1888, S. 124.

wurde, der Gesetzgeber solle zur „Konstruktionsfrage“ keine Stellung nehmen und diese Frage der Wissenschaft überlassen<sup>42</sup>, wurden in den späteren Entwürfen (II: § 72 a; II rev: § 81; III: § 81) doch zur rechtlichen Ausgestaltung Ausführungen gemacht und zwar im Sinne einer Fiktion. Die endgültige Fassung von § 84 BGB lautet:

„Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden.“

### V. Die Lösung einer alten Streitfrage

Mit dem Inkrafttreten des BGB war eine lang erörterte Kontroverse durch den Gesetzgeber entschieden worden. Die Kritiker nahmen zwar Anstoß daran, daß man zu dem Hilfsmittel einer Fiktion gegriffen hatte. *O. von Gierke*<sup>43</sup> sprach von einer „ungesunden Konstruktion“. *J. Kohler*<sup>44</sup> bezeichnete die Fiktion als einen „künstlichen Ausdruck“, den er gerne vermissen würde. *F. Endemann*<sup>45</sup> nannte die Annahme einer „persona moralis posthuma“ oder eines „embryo moralis“ eine „häßliche und unrichtige Fiktion, die aber anscheinend bei der Abfassung des BGB §§ 84, 1923 II nachgewirkt hat“. Allein die Tatsache, daß es um den „embryo moralis“ kaum noch gerichtliche Auseinandersetzungen gegeben hat und daß die Kommentierungen von § 84 BGB selbst in den Großkommentaren in der Regel sehr knapp ausfallen, zeigt, daß es dem Gesetzgeber gelungen ist, den im Stadel-Fall scheinbar unauflösbar geschlungenen Knoten geschickt zu lösen. Dies ergibt sich übrigens auch aus dem zu Anfang des Jahrhunderts dominierenden Lehrbuch, aus *B. Windscheid / Th. Kipp*: Wird im Text die Frage, „ob zum Erben auch eine durch letzten Willen erst zu begründende juristische Person (Stiftung) eingesetzt werden könne“, noch grundsätzlich verneint, so heißt es in dem die neue Gesetzgebung einbeziehenden Nachtrag nur kurz und bündig: „Die Frage ... muß nach BGB bejaht werden, s. 2101 Abs. 2, 2043, 84<sup>46</sup>.“

Zu bedauern bleibt allerdings, daß die historische Herkunft von § 84 BGB aus dem Blickpunkt der Zivilrechtsdogmatiker zu geraten scheint.

<sup>42</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1897, S. 595; vgl. auch Bd. 5, 1899, S. 883 ff.

<sup>43</sup> *O. von Gierke*, Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, 1889, S. 47.

<sup>44</sup> *J. Kohler*, Über das Recht der Stiftungen, in: Archiv für Bürgerliches Recht 3 (1890) S. 228 ff, insbes. S. 289 f.

<sup>45</sup> *F. Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3: Erbrecht, <sup>8</sup>1919, S. 98.

<sup>46</sup> *B. Windscheid / Th. Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3, <sup>9</sup>1906 (Nachdr. 1963) S. 254 f. – Hier in Fn. 3 und in Bd. 1, <sup>9</sup>1906 (Nachdr. 1963) S. 281 f Fn. 2 findet sich eine sehr reichhaltige Literaturübersicht über den Stadel-Fall.

Mit Ausnahme der Autoren weniger Lehrbücher wie z. B. *L. Enneccerus / H.-C. Nipperdey*<sup>47</sup> und *H. Lange / K. Kuchinke*<sup>48</sup> wird über die Vorgeschichte dieser Norm nicht mehr berichtet, obgleich seinerzeit *R. Stammler*<sup>49</sup> den Städel'schen Erbfall noch als „lehrreichen Rechtsfall“ referierte und *J. W. Hedemann*<sup>50</sup> ihn im Rahmen der „Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert“ angeführt hat.

*K. S. Zachariä* hatte 1827 seine Abhandlung zum Rechtsstreit über das Städel'sche Kunstinstitut mit den Worten beendet: „Vielleicht läßt die Administration dereinst ein allegorisches Bild malen, um das Andenken an diesen Rechtsstreit bei der Nachwelt desto lebendiger zu erhalten. An Gegenständen für ein solches Bild könnte es nicht fehlen<sup>51</sup>.“ Ein solches Gemälde ist wohl nie zustande gekommen. Der Jurist mag sich damit trösten, daß es § 84 BGB, den Städel-Paragraphen gibt!

<sup>47</sup> *L. Enneccerus / H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Halbbd., 151959, S. 720 Fn. 20.

<sup>48</sup> *H. Lange / K. Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 21978, S. 56 Fn. 21.

<sup>49</sup> Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit. Lehrreiche Rechtsfälle gesammelt und bearbeitet von *R. Stammler*, Bd. 2, 1932, S. 124–128.

<sup>50</sup> *J. W. Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 1: Die Neuordnung des Verkehrslebens, 1910 (Nachdr. 1968) S. 50 f Fn. 13. – Auch *A. Wacke* (wie Fn. 23) S. 550 spricht den § 84 BGB als „lex Städel“ an.

<sup>51</sup> *K. S. Zachariä*, Über den das Städel'sche Kunstinstitut zu Frankfurt betreffenden Rechtsstreit, 1827 (Separatabdruck aus den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur) S. 31.



# Zur Entwicklung des Schiedsvertrages im Ius Commune

Die amicable compositio und der Schiedsspruch ex aequo et bono

HELMUT COING

Am Anfang unseres Jahrhunderts war eine besondere Stärke der deutschen Rechtswissenschaft, daß sie Dogmatik, Vergleichung und Geschichte des Rechts in fruchtbarer Weise zu verbinden wußte. Man braucht nur den Namen von *Ernst Rabel* zu nennen, um sich bewußt zu werden, welche Bedeutung solcher Verbindung zukommt. Heute hat man den Eindruck, daß – während die Rechtsvergleichung in reichem Maße weitergepflegt wird – das Interesse für die historischen Zusammenhänge unserer Dogmatik weitgehend verlorengegangen ist. Diese Entwicklung bedeutet einen bedauerlichen Verlust; denn es ist nun einmal eine Tatsache, daß die systematischen Grundlagen unserer Wissenschaft nur sehr bedingt aus der Sache allein abgeleitet werden können: sie beruhen vielmehr auf Entwicklungen, die der Geistesgeschichte angehören, und sie können nicht ohne Schaden für die Dogmatik selbst aus diesem Zusammenhang gelöst werden. Die historischen Bedingungen ihrer Schöpfung müssen uns gegenwärtig sein.

Diese Erkenntnis hat der Gelehrte, dem diese Zeilen gewidmet sind, stets mit großer Überzeugungskraft vertreten. Seine wissenschaftlichen Arbeiten sind von dieser Auffassung geprägt, und die deutsche Rechtswissenschaft hat Grund, ihm dafür dankbar zu sein.

Es schien mir deshalb angemessen, als Ausdruck des Dankes und gleichzeitig einer über Jahrzehnte bewährten persönlichen Verbundenheit, zu der ihm gewidmeten Festschrift einen Beitrag beizusteuern, der einem Problemkreis gewidmet ist, in dem sich historische Entwicklung und moderne Begriffsbildung immer noch eng durchdringen, und zwar insbesondere im internationalen Felde: nämlich den Formen der Schiedsgerichtsbarkeit, in denen der Schiedsrichter nicht an eine bestimmte Rechtsordnung gebunden wird, sondern als amiable compositeur oder als Richter nach aequum et bonum verfahren soll. Es scheint mir, daß in diesem Bereich eine historische Analyse zur Klärung der heute benutzten Formen beitragen kann. Die entscheidenden Entwicklungen haben sich hier zur Zeit des Ius Commune vollzogen; darum steht diese Zeit in den folgenden Ausführungen im Vordergrund.

## I.

Der Arbitrer des klassischen römischen Rechts war nach herrschender – allerdings nicht unbestrittener – Lehre nicht unbedingt gehalten, nach positivem Recht zu urteilen; er konnte auch nach Billigkeitserwägungen entscheiden. Ein Text, welcher den Schiedsspruch mit Billigkeitsformeln herstellen würde, die wir aus anderen Materien des römischen Rechts kennen, wie „bonum et aequum“ oder „aequius melius“, existiert allerdings im Corpus Iuris nicht.

Nur zwei außerjuristische Texte – *Cicero Pro Roscio comoedo* 11; *Seneca De beneficiis* 3.7.5 – deuten darauf hin, daß ein Arbitrer nach Billigkeitserwägungen urteilen konnte<sup>1</sup>.

Der Schiedsvertrag wird im klassischen Recht durch Stipulation geschlossen; die Parteien versprechen sich dabei eine Vertragsstrafe für den Fall, daß sie den Schiedsspruch nicht ausführen. Nach justinianischem Recht genügt ein schriftlicher Vertrag. Der Schiedsspruch (*definitio*) ist verbindlich, wenn die Parteien ihn durch *subscriptio* anerkannt oder ihn nicht binnen zehn Tagen vor Gericht angefochten haben (C.2.55.5).

Für die spätere Entwicklung sind zwei weitere Gegebenheiten von Bedeutung. Nach der Novelle 86.2 (= *Authentica si vero contigerit* C.3.1) sollten sich Streitparteien in bestimmten Fällen an den zuständigen Bischof wenden. Dieser sollte versuchen, eine gütliche Einigung herbeizuführen. Der Novellentext sagt hier „*per amicabilem conventum*“; in der mittelalterlichen *Authentica* wird von „*amicabilis compositio*“ gesprochen.

Ferner gibt es einen Digestentext (D.17.2.76), in welchem ein Dritter, der eine Vertragsleistung nach billigem Ermessen (*arbitrium boni viri*) bestimmen soll, als *arbitrer* bezeichnet und neben den Schiedsrichter gestellt wird.

## II.

1. Im kanonischen Recht wird dem Schiedsrichter (*arbitrer*), wie er in den römischen Rechtsquellen erscheint (D.4.8) und der nach mittelalterlicher Auffassung als Richter fungiert, der einen Streit nach Prozeßrecht und materiellem Recht entscheidet, die Figur des *Arbitrator* gegenübergestellt.

<sup>1</sup> Vgl. *Karl-Heinz Ziegler*, Das private Schiedsgericht im antiken Recht, München 1971, S. 133, 136, 254–256.

Dem Arbitrator werden folgende Funktionen zugewiesen:

- (1) Er ist *amicabilis compositor*, d. h. er soll den Frieden zwischen den Parteien wiederherstellen, und zwar regelmäßig durch einen Vergleich. Seine Einsetzung wird daher häufig auch als eine Art Vergleich (*quaedam transactio*) beurteilt<sup>2</sup>.
- (2) Er bestimmt gegebenenfalls Leistungen, die in den Parteivereinbarungen offen geblieben sind. Hierzu werden diejenigen Stellen aus dem *Corpus Iuris* angeführt, bei denen ein Dritter eine Leistung bestimmt<sup>3</sup>.

Vom Text des *Corpus Iuris* her gesehen ist diese Figur also eine Kombination von Stellen, die die Bestimmung der Leistung durch Dritte behandeln, mit der oben I. zitierten Novelle, welche die Bischöfe unter gewissen Umständen zu Vermittlern und Friedensstiftern bestimmt.

2. Der Arbitrator ist – im Gegensatz zum Arbitrer – nicht an das Prozeßrecht, den sog. *ordo iuris*, gebunden; er handelt überhaupt außerhalb des Streitverfahrens (*extra iudicium*) und ist kein Richter. Er ist daher auch nicht auf das materielle Recht, das *Ius*, verpflichtet. Vielmehr taucht hier die Formel *ex bono et aequo* auf. Die Aufgabe des Arbitrators ist es, *arbitrari ex bono et aequo*<sup>4</sup>; daher ist sein Spruch auch wegen Unbilligkeit (*iniquitas*) anfechtbar (*reductio ad arbitrium boni viri*, vgl. D 17.2.76)<sup>5</sup>. Er kann daher auch vom Recht des einen etwas wegnehmen und es dem anderen geben<sup>6</sup>. Für diese Möglichkeit des *amicabilis compositor* wird auf Dekretalen Gregors IX. 3.5.21 verwiesen; diese Dekretale betrifft den Fall der Doppelverleihung einer Pfründe, der durch einen Schiedsspruch so geregelt wird, daß der eine die Pfründe erhält, dem anderen aber ein Teil der Einkünfte zugesprochen wird.

3. Hiermit war gegenüber dem römischen Recht eine neue Rechtsfigur, der *amicabilis compositor*, geschaffen. Im Gegensatz zum Schiedsrichter hat der Arbitrator des kanonischen Rechts nicht die Aufgabe, einen Rechtsstreit zu entscheiden, sondern als Vermittler den Frieden zwischen den streitenden Parteien wiederherzustellen. Außerdem wird ihm die Rolle des Dritten zugeteilt, der auf Ansuchen der Parteien die Leistung beider Parteien in billiger Weise bestimmt.

<sup>2</sup> In der maßgebenden Darstellung von *Panormitanus* (Nicolaus de Tudeschis), *Commentaria vel Lectura in quinque Decretalium libros*, Lugduni 1547, Nr. 7 zu Dekretalen 2.24.23 heißt es: „*eligitur ut procedat extra iudicium et componat inter partes*“.

<sup>3</sup> Vgl. dazu oben I.

<sup>4</sup> Vgl. *Panormitanus*, a. a. O., Nr. 7.

<sup>5</sup> Vgl. *Panormitanus*, a. a. O., Nr. 9.

<sup>6</sup> *Panormitanus* gebraucht Nr. 28 zu Dekretalen 2.24.23 den Ausdruck „*de iure unius alteri dare*“.

### III. Die Entwicklung der neueren Zeit

1. Das *Ius Commune* übernimmt aus dem spätmittelalterlichen Recht die Unterscheidung zwischen dem *Arbiter*, dem Schiedsrichter und dem *Arbitrator*<sup>7</sup>. Erhalten bleibt auch die Verbindung der Tätigkeit des *Arbitrator* mit der Entscheidung „*ex aequo et bono*“, in der jetzt freilich im Gegensatz zur antiken Übung die beiden Worte umgestellt werden. Freilich nimmt diese Verbindung, wie sogleich zu zeigen sein wird, allmählich eine andere Bedeutung an<sup>8</sup>.

2. Auch im *Ius Commune* bestehen jedoch die Unschärfen fort, die schon im kanonischen Recht für die Figur des *Arbitrator* kennzeichnend gewesen sind. Die Definitionen, die in der juristischen Literatur gegeben werden, sind zum Teil unklar oder sogar widersprüchlich, und es bilden sich über das Wesen der Institution des *Arbitrator* verschiedene Ansichten heraus. Wenn z. B. *Benedict Carpzow* den *amicabilis compositor* dahin definiert, er sei jemand, der über eine Rechtssache entscheide und sie in freundschaftlicher Weise vergleiche, so sind hier zwei an sich unvereinbare Funktionen zusammengeworfen, nämlich desjenigen, der den Streit entscheidet, und desjenigen, der ihn vermittelt und ihn vergleicht<sup>9</sup>. *Grolman* führt in seiner 1689 in Marburg gedruckten Dissertation „*De officio et potestate arbitratorum*“ in § 2 die verschiedenen Auffassungen vom *Arbitrator* und seinen Funktionen auf. Der im 17. Jahrhundert sehr einflußreiche holländische Jurist *Vinnius* entwickelt die Ansicht, der *Arbitrator* sei niemals zur Entscheidung von Streitigkeiten bestimmt, seine Aufgabe beschränke sich auf die ergänzende Festlegung einer Vertragsleistung nach billigem Ermessen<sup>10</sup>. Gerade entgegengesetzt ist eine andere Auffassung, welche dem *Arbitrator* neben der

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Anton Faber* (Favre, Antoine), *Codex Fabrianus*, Genevae 1659, 2.38.2; *Bertrand d'Argentré*, *Commentarii in patriae Britonum leges*, Paris 1608, zu Artikel 18 der *Coutume der Bretagne*; *Joost de Damhouder*, *Praxis rerum civilium*, Antverpiae 1646, Kap. 203; *Andreas Gail*, *Practicarum observationum*, Coloniae Agrippinae 1608, I, 150 (sämtliche 16. Jh.); für das 17. Jh. vgl. etwa *Georg Adam Struve*, *Syntagma iuris civilis*, Francofurti et Lipsiae 1692, zu D. 4.8 Nr. 96; *Johannes Voet*, *Commentarius ad pandectas*, Hagae Comitum 1707, zu D. 4.8.

<sup>8</sup> Für die Verbindung dieser Formel mit dem *Arbitrator* vgl. etwa *Faber* a. a. O.; *Gail* a. a. O., I, 150 Nr. 4; *Voet* in seinem Kommentar des *Digestentitels* 4.8; *Simon van Leuwen*, *Censura forensis theoretico-practico*, Lugduni Batavorum 1662, II, 1 Cap. 17, Nr. 4; *Wolfgang Adam Lauterbach*, *Tractatio de Arbitris compromissariis*, Tübingen 1675.

<sup>9</sup> Siehe *Benedikt Carpzow*, *Iurisprudencia forensis Romano-saxonica* (Definitiones forenses), Ausgabe durch Mylius, Lipsiae et Francofurti 1694, Teil I *Constitutio* I, *Definitio* 13, Nr. 1: „*Amicabiles compositores qui causam cognoscant eamque amicabiliter componant.*“

<sup>10</sup> Vgl. *Arnoldus Vinnen*, *Selectarum iuris quaestionum*, Roterodami 1672, I Nr. 16.

Aufgabe der Vertragsergänzung (Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen) sowohl die Aufgabe der vergleichenden Vermittlung wie die der schiedsrichterlichen Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten überträgt, allerdings mit der Maßgabe, daß er den *ordo iudiciorum* nicht zu beachten brauche und in der Sache *ex aequo et bono* entscheiden könne. Diese letzte Ansicht bezeichnet die Dissertation als die überwiegende<sup>11</sup>.

Infolge dieser verschiedenartigen und zum Teil unklaren Auffassungen vom Arbitrator wird nun auch die Abgrenzung zwischen Arbitrator und Arbiter unsicher; hatte das kanonische Recht sich klar dahin ausgesprochen, daß der Arbiter den ihm übertragenen Prozeß nach den geltenden Rechtsvorschriften entscheide, der Arbitrator aber gänzlich außerhalb jedes Prozeßverfahrens vorgehe (*extra iudicium*), so verwendet z. B. die Schrift von *Lauterbach* „*De arbitris compromissariis*“<sup>12</sup> den Begriff des Arbiter als Oberbegriff, unter den er sowohl den Schiedsrichter im Sinne des römischen Rechts (D 4.8) einordnet, wie den *amicabilis compositor* oder Arbitrator des kanonischen Rechts. Andererseits spricht *Schilter*<sup>13</sup> von einem Schiedsrichter (*arbiter*), der „*ex aequo et bono*“ entscheide<sup>14</sup>.

3. Eine gewisse Klärung erfolgt dadurch, daß die Wissenschaft eine stärkere Differenzierung der verschiedenen Funktionen des Arbitrator entwickelt. So kann nach der oben zitierten Schrift von *Grolman* der Arbitrator in drei Funktionen auftreten:

(1) er kann als Schiedsmann (*Vir Bonus*) aufgrund einer Ermächtigung der Parteien in Verträgen oder anderen Rechtsgeschäften eine Leistung nach billigem Ermessen bestimmen<sup>15</sup>;

(2) er kann unter Einsatz seiner persönlichen Autorität und seines Rates, durch gutes Zureden, Streitigkeiten freundschaftlich vergleichen<sup>16</sup>;

(3) er kann berufen sein, ohne langen Aufschub und ohne Beobachtung des *ordo iudiciorum* einen Streit *ex aequo et bono* zu entscheiden<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Vgl. *Melchior Dethmar Grolman*, a. a. O., § 2 Nr. 10.

<sup>12</sup> Vgl. *Lauterbach*, a. a. O. (Fn. 2).

<sup>13</sup> Vgl. *Johann Schilter*, *Praxis iuris Romani in Foro Germanico*, Francofurti et Lipsiae 1713, XII § 18 zu D 4.8.

<sup>14</sup> Zu dieser Entwicklung mag beigetragen haben, daß in den Urkunden häufig die Stellung des Schiedsrichters mit der unklaren Formel „*Arbiter, arbitrator seu amicable compositor*“ bezeichnet wurde. Beispiele dafür, schon aus dem Spätmittelalter, bei *Karl Siegfried Bader*, *Arbiter arbitrator seu amicable compositor*, in: *Savigny-Ztschr.* (Kan. Abt.) 46 (1960) S. 239 ff.

<sup>15</sup> Hierzu wird auf die bereits erwähnten Digestenstellen verwiesen, in denen von der Leistungsbestimmung durch einen Dritten die Rede ist, D 17.2.76; D 19.2.25; D 31.1.1.

<sup>16</sup> Hier wird auf D 4.8.13.2 verwiesen.

<sup>17</sup> Letztere Ansicht wird in dem angegebenen Werk von *Grolman* in § 2 Nr. 10 entwickelt und als die überwiegende Meinung bezeichnet.

*Lauterbach* trennt in seinem etwa gleichzeitig erschienenen Traktat den Arbiter, der wie ein Richter die Streitsache unter Beobachtung des *ordo iudiciorum* beurteilt, von dem Arbitrator, der einen Rechtsstreit ohne Beobachtung des *ordo iudiciorum* in quasi-richterlicher Rechtsfindung *ex bono et aequo* entscheide und dem *amicabilis compositor*, der einen Vergleich vermittele und schließlich demjenigen, der Vertragslücken aufgrund einer Ermächtigung durch die Parteien ergänze.

Mit dieser differenzierenden Betrachtungsweise ist eine *neue Figur* entstanden, die in dieser Klarheit bei den Kanonisten noch nicht erscheint. Es ist der *Schiedsrichter, der ohne Bindung an den ordo iudiciorum materiell ex aequo et bono* entscheidet. Dieser differiert von dem Arbitrator des kanonischen Rechts dadurch, daß er zwischen den Parteien nicht im Sinne eines Vergleichs *extra iudicium* vermittelt, sondern wie ein Arbiter den Rechtsstreit *entscheidet* (*cognoscit*); von dem normalen Arbiter aber dadurch, daß er nicht wie dieser die strengen Regeln des Prozeßrechts, den *ordo iudiciorum*, zu beachten hat und materiell-rechtlich *ex aequo et bono* urteilen kann. Es ist der *arbiter ex aequo et bono*.

Diese neue Figur tritt also *neben* die alten des rechtsgebundenen Arbiter, des Vermittlers (*amicabilis compositor* kanonischen Rechts) und desjenigen, der nach billigem Ermessen eine Leistung bestimmt; es ist der Schiedsrichter nach Billigkeit. Diese Entwicklung, die uns in den zitierten deutschen Schriften aus der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts entgegentritt, war nicht auf Deutschland beschränkt. Schon *Anton Faber*<sup>18</sup> hatte den Arbitrator dahin definiert, daß er ohne Beachtung des *ordo iudiciorum ex aequo et bono* entscheide<sup>19</sup> und der französische Jurist *Claude de Ferrière*<sup>20</sup> hatte den *arbitrateur ou amiable compositeur* in ähnlicher Weise, wenn auch weniger eindeutig als *Anton Faber*, charakterisiert<sup>21</sup>.

#### IV.

Daß der Arbiter, dem die Befugnis erteilt ist, eine Entscheidung *ex aequo et bono* zu fällen, nicht an den schwerfälligen *ordo iuris* im Verfahren gebunden ist, ist eindeutig. Man darf annehmen, daß er nach den Grundsätzen des summarischen Prozesses verfahren ist. Schwer zu

<sup>18</sup> Codex Fabrianus a. a. O. (Fn. 8).

<sup>19</sup> Arbitrator qui non servato iudiciorum ordine iudicat ex bono et aequo.

<sup>20</sup> Professor de Droit Français in Paris. Hier zitiert seine: *Nouvelle introduction à la pratique*, Paris 1719.

<sup>21</sup> „Arbitrateur, ou amiable compositeur est celui qui est élu par les Parties pour terminer leurs difficultés à l'amiable, selon l'équité, sans être tenu de garder exactement les formalités de Justice, à la rigueur du Droit.“

erkennen ist aber, was nun die Entscheidung *ex bono et aequo* im einzelnen bedeutet hat, welcher Maßstab mit der Formel „*aequum et bonum*“ als materielle Entscheidungsgrundlage gesetzt ist.

1. Hierzu ist es notwendig, auf die Bedeutung, die dem *Terminus aequitas* im *Ius Commune* zugekommen ist, näher einzugehen.

Der *Terminus* „*aequitas*“ wird in dieser Zeit in verschiedenem Sinne verwendet. *Aequitas* bedeutet zunächst in einem sehr allgemeinen Sinne soviel wie die Gerechtigkeit und die aus ihr entwickelten Grundsätze. Ein deutscher Jurist des 17. Jahrhunderts, *Struwe*, formuliert: „*Aequitas est idem quod iustitia et aequum est, quod in genere iustum*“<sup>22</sup>.

Dies deckt sich in etwa mit dem Verständnis vom *Ius naturale*<sup>23</sup>.

Die aus dem Mittelalter übernommene Lehre der Juristen des *Ius Commune* geht dann weiter dahin, daß aus der so verstandenen *aequitas* das geschriebene Recht, d. h. das justinianische, abgeleitet sei; die *aequitas* ist die „Mutter“ des Rechtes, wie es im *Corpus Iuris* erscheint; dieses selbst ist daher „*aequitas scripta*“.

2. Diese Lehre bedeutet nun aber nicht, daß alle Regeln, welche sich im *ius scriptum*, insbesondere im *Corpus Iuris*, finden, zur *aequitas scripta* gehören. Vielmehr enthält das *ius scriptum* auch Regeln, die im Gegensatz zur *aequitas* stehen; dem billigen Recht steht der *rigor iuris* gegenüber; es gibt ihn sogar im kanonischen Recht. Welche Bestimmungen zum *ius aequum*, welche zum *rigor iuris* zu zählen sind, ist m. W. nie abschließend festgestellt worden. Die Anschauungen darüber haben wohl auch geschwankt. Jedenfalls gehören aber zum „*rigor*“ Regelungen, die aus bestimmten Zweckmäßigkeitsgründen in die materielle Rechtstellung der Parteien eingreifen: wie diejenigen über Verjährung oder Rechtskraft, ferner Formvorschriften. Im späteren *Usus modernus* im 18. Jahrhundert rechnet man auch die „*apices iuris*“, die „*subtilitates*“ des römischen Rechts hierher und zählt dazu auch die historischen Eigentümlichkeiten des römischen Rechts, so die Klageformen (*actiones*), die *exceptiones* u. a., wie die verschiedene Behandlung der *contractus* und *pacta*. Hier wirken Tendenzen fort, die schon in den Quellen selbst bemerkbar sind<sup>24</sup>, die aber durch das kanonische Recht im Mittelalter, durch die naturrechtliche und rationalistische Betrachtungsweise

<sup>22</sup> Nr. 44 zu D 1.4; ähnlich *Aloysius Xaverius Wigulaeus Kreittmayr*, Anweisungen über den *Codicem iuris Bavarici*, München 1791, I, 32. Die gleiche Lehre schon bei den Postglossatoren z. B. *Baldus*, vgl. dazu *Norbert Horn*, *Aequitas* in den Lehren des *Baldus*, Köln-Graz 1968, S. 18.

<sup>23</sup> Dazu für *Baldus*: *Horn*, a. a. O.; für das 18. Jh. etwa *Kreittmayr*, a. a. O., I, 1 § 11.

<sup>24</sup> Vgl. *Fritz Pringsheim*, *Ius aequum und ius strictum*, in: *Savigny Zeitschrift* (Rom. Abt.) 42 (1922), S. 643–668.

in der Aufklärung verstärkt worden sind. Zum *ius aequum* in diesem Sinne gehört z. B. in jedem Falle die Rücksicht auf die *bona fides* im Vertragsrecht.

3. In einer zweiten Bedeutung wird *aequitas* in dem Sinne einer Billigkeitsentscheidung gebraucht, d. h. derart, daß in einem Einzelfall mit Rücksicht auf dessen besondere Gestaltung von der nach dem Wortlaut des Gesetzes an sich vorgeschriebenen Lösung abgewichen wird.

*Struve* spricht hier von einer „*aequa accomodatio legis ad certum et speciale casum*“<sup>25</sup>. Hinter dieser Lehre steht letztlich die aristotelische Lehre von der *Epieikeia*, welche im Einzelfall eine Korrektur des allgemein gefaßten Gesetzes ins Auge faßt<sup>26</sup>.

Eine solche Korrektur läßt die *opinio communis* aber nur in sehr engen Grenzen zu. Sie wird nur dann als zulässig angesehen, wenn ein Fall gegeben ist, in dem das Gesetz zwar nach seinem Wortlaut zutrifft, nicht aber nach der dahinter stehenden *ratio legis*. Auch die Rücksicht auf die *ratio legis* gehört übrigens nach Aristoteles zur Billigkeit<sup>27</sup>. In solchen Fällen wird, da die *ratio* die *causa* des Gesetzes ist, auf die Regel „*cessante causa, cessat lex*“ zurückgegriffen, die in den *Decretalen* X 2.24.26 positiviert worden war<sup>28</sup>. Das Gesetz kann daher entgegen seinem Wortlaut nicht angewendet werden. Diese Lösung wird zugleich als *aequitas*, als Billigkeitsentscheidung, bezeichnet. So bemerkt *Kreittmayr* in seinen Anmerkungen, im engen und eigentlichen Verstande sei *aequitas* „*interpretatio restrictiva*“<sup>29</sup>.

4. Sucht man danach zu bestimmen, was die Formel „*ex aequo et bono*“ im *Usus modernus pandectarum* bedeutet hat, so ergibt sich, daß man kaum an eine freie Entscheidung nach Billigkeitsgefühl denken darf. Da das römisch-kanonische Recht selbst sich als *aequitas scripta* darstellt, ist vielmehr anzunehmen, daß auch der Schiedsrichter, der *ex aequo et bono* entscheiden darf, grundsätzlich an die Regeln des *Corpus Iuris* und seine Auslegung, wie sie durch die *communis opinio* und Rechtsprechung festgestellt worden ist, gebunden gewesen ist. Legt man die Lehre der Zeit über das, was billig ist, zugrunde, so kann es hiervon nur zwei Ausnahmen gegeben haben:

Der Schiedsrichter brauchte einen Text sicher nicht anzuwenden, wenn dies der *ratio legis* widersprochen hätte (Fall der Billigkeitsent-

<sup>25</sup> *Struve*, a. a. O. (Fn. 8).

<sup>26</sup> Nikomachische Ethik, 1137 b.

<sup>27</sup> Rhetorik, I, 13.17 (1374 b).

<sup>28</sup> Hierzu *Hermann Krause*, *Cessante causa cessat lex*, in: *Savigny-Zeitschrift* (Kan. Abt.) 16 (1960) S. 81 ff. *Klausdieter Schott*, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur, Berlin 1975, Abschnitt X, S. 104 ff.

<sup>29</sup> A. a. O. (Fn. 22). I, 1 § 11, S. 32.

scheidung oben IV. 3). Er war ferner von dem rigor iuris freigestellt; insoweit konnte er das Gesetz korrigieren.

Diese Auffassung tritt uns in der Tat in einer Äußerung von *Schilter* entgegen. Er führt aus, auch der Arbitrer, der ex aequo et bono entscheiden könne, sei an die Gesetze gebunden, also zu seiner Zeit an das Corpus Iuris; „etsi non secundum rigorem apicesque iuris et formulas“<sup>30</sup>.

Freilich ist dieses Ergebnis aus den Sätzen der Theorie abgeleitet; ob es der Praxis gerecht wird, wäre gegebenenfalls anhand von erhaltenen Schiedsakten zu prüfen.

## V.

Die Entwicklungen und die Diskussionen, die in der Zeit des Ius Commune über die verschiedenen Gestaltungen der Stellung des Schiedsrichters geführt worden sind, wirken sich noch heute im internationalen Schiedsgerichtswesen aus. Manche der Unsicherheiten, die sich gegenwärtig insbesondere mit dem Begriff des amiable compositeur verbinden<sup>31</sup>, dürften mit jenen Kontroversen zusammenhängen. Es sei daher noch ein kurzer Blick auf die weitere Entwicklung in einigen europäischen Rechten erlaubt.

1. Unsere bisherige Darstellung hat die Rechtslage gekennzeichnet, wie sie sich am Ende der Geltung des Ius Commune im kontinentalen Europa in unserer Frage ergeben hat. Diese Zeit, die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts, ist bekanntlich zugleich eine Phase des Niederganges der Schiedsgerichtsbarkeit, die sich mit dem System der Justizverwaltung im Absolutismus schlecht vertragen hat. Man hielt sie damals für ein absterbendes Institut<sup>32</sup>.

Es folgt die Periode der großen Kodifikationen und damit zugleich der Nationalisierung des Rechts in Europa, bestimmt vor allem durch die großen Gesetzbücher Frankreichs, Österreichs und Preußens<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> A. a. O. (Fn. 13) XII Nr. 18 zu D 4.8. Es ist bemerkenswert, daß selbst bei dem Billigkeitsverfahren vor der Rota Romana gemäß der „clausula arbitrio Rotae“ nicht von klaren positiven Bestimmungen abgewichen werden darf; vgl. *Eugen Wohlhaupter*, *Aequitas canonica*, Paderborn 1931, S. 136/137.

<sup>31</sup> Dazu *R. Marx*, *Amiable Compositeur Arbitration Journal* 1947, S. 214; *Simont*, *International Arbitration II*, S. 139/40; *Jean Robert*, *Arbitrage civil et commercial*, 4. Aufl. Paris 1967, Nr. 161.

<sup>32</sup> Vgl. *Hermann Krause*, *Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesen in Deutschland*, Berlin 1930, S. 88 ff.

<sup>33</sup> Code Civil 1804, Code de Procedure Civil 1806 in Frankreich; in Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811; Allgemeine Gerichtsordnung von 1783; in Preußen: Allgemeine Gerichtsordnung von 1793, ALR von 1794.

Von diesen Kodifikationen hat nur der französische Code de procedure in Art. 1019 das Institut des „amiable compositeur“ aus dem Ius Commune übernommen. Dadurch haben im französischen Recht und den von ihm beeinflussten Rechten, wie dem italienischen, auch die gemeinrechtlichen Lehren z. T. fortgewirkt. Das gilt wohl auch von dem in mancher Hinsicht schillernden Terminus „amiable compositeur“. Im französischen Recht ist im 19. Jahrhundert zunächst eine Auffassung des amiable compositeur maßgebend gewesen, die diesen als eine Person begreift, der als mandataire der Parteien einen billigen Vergleich zwischen den Parteien herbeiführt<sup>34</sup>. Diese Anschauung hätte sich auf die alte Auffassung des kanonischen Rechts vom amicable compositor berufen können, die ja in *einem* der Typen des Arbitrator, dem Vermittler, weitergelebt hatte.

Ob wirklich ein historischer Zusammenhang besteht, vermag ich nicht zu sagen. Im modernen französischen Recht scheint dagegen – jedenfalls für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit – die Ansicht vorzuherrschen, der amiable compositeur sei ein echter Schiedsrichter, der jedoch materiell nach Billigkeit entscheiden kann<sup>35</sup>.

In Italien hat sich in Anlehnung an die ältere Auffassung des amiable compositeur der sogenannte arbitrato libero oder irrituale entwickelt, bei dem sich die Parteien durch schuldrechtlichen Vertrag versprechen, diejenigen Leistungen zu erbringen, welche ein „Schiedsrichter“ im Wege des Vergleichs festsetzen wird<sup>36</sup>.

In Deutschland<sup>37</sup> ist dagegen die Tradition des gemeinen Rechts stärker unterbrochen worden. Die österreichische und preußische Kodifikation kennen weder den amiable compositeur noch den arbitrator ex aequo et bono. Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung bindet den Schiedsrichter an das materiell geltende Recht, die österreichische ermöglicht nur die Befreiung vom Verfahrensrecht (§ 272). Erst bei der Ausarbeitung der Zivilprozeßordnung von 1877 hat man in Deutschland wieder in gewissem Umfang an die alte Tradition angeknüpft, und zwar unter dem Einfluß des belgischen Rechts und des Gedankens des amiable compositeur<sup>38</sup>. Diesen Terminus selbst hat man jedoch vermieden. Viel-

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Sauser-Hall*, *Annuaire de l'Institut de Droit International* I, Basel 1952, S. 516.

<sup>35</sup> Die Unsicherheit des Terminus hat aber gerade in internationalen Verhältnissen immer wieder Mißverständnisse hervorgerufen. Vgl. zu der Frage *Marx*, a. a. O. (Fn. 31); *Simont*, a. a. O. (Fn. 31); *Robert*, a. a. O. (Fn. 31).

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Werner Wenger*, *Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht*, Basel 1968.

<sup>37</sup> Hierunter sollen die Länder des Deutschen Bundes verstanden werden, wie er 1814 geschaffen wurde.

<sup>38</sup> Vgl. dazu *Krause*, a. a. O. (Fn. 32), S. 113/114.

mehr hat sich im deutschen Rechtskreis der Gedanke durchgesetzt, daß die Parteien den Schiedsrichter – in den Grenzen der zwingenden Normen – von der Beachtung des positiven Rechts entbinden und ihn zur Entscheidung des Streites nach Billigkeit ermächtigen können<sup>39</sup>. Historisch gesehen ist dies der *arbitr ex aequo et bono* des gemeinen Rechts.

2. Die Unsicherheiten, die sich in dieser Entwicklung zeigen, lassen sich durch einen Rückgriff auf die Diskussionen, die im Ius Commune geführt worden sind, klären. Sie erlauben uns zunächst, die Figur des *amiable compositeur* klar von derjenigen des *arbitr ex aequo et bono* zu unterscheiden. Jener vermittelt einen Vergleich, dem sich die Parteien unterwerfen; er kann auch in die Rechte der Parteien eingreifen. Dieser entscheidet als Richter; aber er kann sein Verfahren frei gestalten und nach Billigkeit entscheiden.

3. Die Klärung der geschichtlichen Ursprünge dieser beiden Figuren erlaubt es aber m. E. auch, eine genauere Einsicht in die Maßstäbe zu gewinnen, die ein zur Entscheidung *ex aequo et bono* berufener Schiedsrichter anzuwenden hat.

Sicher ist er in seiner Entscheidung nicht völlig ungebunden; er kann auch nicht eine Entscheidung erlassen, die sich als akzeptabler Vergleich darstellt. Dazu ist der *amiable compositeur* berechtigt, nicht der *arbitr ex aequo et bono*. Natürlich kann auch er einen Vergleich anregen; aber er kann ihn nicht einfach zum Inhalt seiner Entscheidung machen.

Zieht man die *Aequitas*-Lehre in Rechnung, in deren Zusammenhang diese Figur entstanden ist, so ist ein solcher Schiedsrichter zumindestens auf die allgemeinen Grundsätze der Gerechtigkeit verpflichtet<sup>40</sup>. Zu diesen gehört z. B. der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, so daß ihm Eingriffe in Vertragsrechte der Parteien verwehrt sind. Ebenso ist er hinsichtlich des Verfahrens an die elementaren Prinzipien eines gerechten Prozesses gebunden, z. B. an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Das entspricht auch der Auslegung, die der Klausel „*ex aequo et bono*“ im Völkerrecht gegeben wird. *Scheuner* hat dies folgendermaßen umschrieben<sup>41</sup>:

<sup>39</sup> Vgl. für Deutschland: *Stein-Jonas-Schlosser*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. Tübingen 1972–1975, I 2 b zu § 1034; *Rosenberg-Schwab*, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. München 1977, § 176 III; für Österreich vgl. *Hans W. Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 4. Band, Wien 1971, Anm. 18 zu § 587 ZPO; für die Schweiz siehe Zürcher ZPO § 253, Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. 3. 1969, Art. 31 III.

<sup>40</sup> Vgl. oben IV. 1.

<sup>41</sup> *International arbitration*, in: *Liber amicorum* for Martin Domke, The Hague 1967, S. 283.

„A clause giving the judge power to decide *ex aequo et bono* does not confer on him unlimited freedom for his findings. If to a certain extent he may set aside the existing legal rules, still he is bound by the general principles of justice and by generally accepted standards of international relations. The term „*ex aequo et bono*“ refers to certain moral and even legal standards, to a higher sphere of justice; it confers on the judge no „*blanque cheque*“, no unfettered discretionary power. A decision *ex aequo et bono* is still a judicial or arbitral decision, pronounced with binding force, and as such it must, by definition, be guided by general principles and standards.“

4. Der historische Zusammenhang legt aber noch eine weitergehende Einschränkung nahe. Für die Juristen des *Ius Commune* war das damals geltende römisch-kanonische Recht, wie gezeigt, *aequitas scripta*, der Schiedsrichter *ex aequo et bono* daher im Prinzip auch daran gebunden. Modernisiert man diese Anschauung, so ergibt sich, daß auch der heutige Schiedsrichter *ex aequo et bono* sich zunächst an der für das betreffende Rechtsverhältnis in Betracht kommenden Rechtsordnung (u. U. auch mehrere) orientieren sollte, denn auch für uns sind die positiven Ordnungen ja solche, die auf Gerechtigkeitserwägungen beruhen. Der Schiedsrichter sollte von ihr nur abweichen, wenn das Ergebnis im Einzelfall kraß unbillig wäre. Im Endeffekt läuft dies auf die Ansicht hinaus, die für das Schweizerische Recht vertreten wird<sup>42</sup>. Auch was die materiellen Entscheidungsgrundsätze angeht, dürfte also der geschichtliche Rückblick hilfreich sein.

<sup>42</sup> Vgl. *Max Affolter*, Schiedsgerichtsbarkeit und Billigkeitsklausel, in: Schweizerische Juristenzeitung 49 (1953), S. 202; *F. Wiget*, Bem. 3 zu § 253 Zürcher ZPO, in: *Sträuli-Messmer*, ZPO. Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung (Gesetz über den Zivilprozeß vom 13. 6. 1976), Zürich 1976; *Max Kummer*, Grundriß des Zivilprozeßrechtes nach den Prozeßordnungen des Kantons Bern und des Bundes, Bern 1970, S. 251; *Andreas Früh*, Der Billigkeitsschiedsrichter in der Zürcher Civilprozeßordnung und im Concordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1979, S. 13 ff.

## Ein später Vertreter der niederländischen Schule: Johann Ortwin Westenberg (1667–1737)

ROBERT FEENSTRA

Als ich im Jahre 1967 vom Jubilar zu einem Besuch an sein Institut für neuere Privatrechtsgeschichte in Köln eingeladen war, sprach er mit mir auch über seine Pläne für ein ‚Biographisches Lexikon zur neueren Privatrechtsgeschichte‘. Obgleich dieses Projekt bis jetzt noch nicht verwirklicht werden konnte, ist der Jubilar immer stark an Juristenbiographien interessiert geblieben<sup>1</sup>. Es schien mir deshalb nicht unangebracht, ihn jetzt mit einem kleinen Beitrag auf diesem Gebiet<sup>2</sup> – das auch mich öfter beschäftigt hat – zu ehren. Meine Wahl fiel auf einen Juristen deutscher Herkunft, der mehr als 40 Jahre an niederländischen Universitäten gelehrt hat und der, wenn er auch heute weniger bekannt ist als andere Vertreter der niederländischen Schule des ausgehenden 17. und des beginnenden 18. Jahrhunderts<sup>3</sup>, doch bis ins 19. Jahrhundert einen gewissen Einfluß auf den Rechtsunterricht auch außerhalb der Niederlande ausgeübt hat: Johann Ortwin Westenberg (1667–1737).

Westenberg wurde am 28. Mai 1667 in Neuenhaus (Grafschaft Bentheim) geboren<sup>4</sup>. Sein Vater, der Leibarzt des Grafen von Bentheim

<sup>1</sup> Siehe z. B. seine Rezension von ‚Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten‘ [1. Aufl.], in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 47 (1979), 186–188.

<sup>2</sup> Sowie auch demjenigen der juristischen Bibliographie.

<sup>3</sup> Immerhin nennt *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup> (Göttingen 1967), 169, ihn mit Vinnius, Huber, Voet, Noodt und Schulting unter den bedeutendsten Vertretern der niederländischen antiquarischen Richtung.

<sup>4</sup> Für die biographischen und bibliographischen Daten, welche der folgenden Darstellung zugrundeliegen, sei an erster Stelle verwiesen auf den Bericht von *J. van Kuyk* in *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek*, III (Leiden 1914), Sp. 1408–1410, und auf *M. Ahsmann* und *R. Feenstra*, *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Leidse Universiteit tot 1811* (= *Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap*, VII–1; Amsterdam etc. 1984), 360–366 (Nr. 1128 A bis 1161).

Die biographischen Einzelheiten sind in den von Van Kuyk angeführten Quellen überprüft worden, besonders in *J. C. Rücker*, *Oratio de vita et obitu Joannis Ortwini Westenbergii (Lugduni Batavorum 1737)*, die wohl als Grundlage für die meisten späteren Kurzbiographien fungiert hat (für Ausgaben von Rückers *Oratio* siehe *Ahsmann/Feenstra* Nr. 546–547; hinzuzufügen ist, daß der Text auch in der praefatio von *J. H. Jungius* zu Westenbergs *Opera omnia*, Bd. I – vgl. *Ahsmann/Feenstra* Nr. 1159 – vollständig abgedruckt und mit Anmerkungen versehen worden ist). Aus Rücker hat namentlich geschöpft *E. L. Vriemoet*, *Athenarum Frisiacarum libri duo* (Leovardiae 1758) 776–781, dessen

war<sup>5</sup>, starb schon im Jahre 1675; mit seiner Mutter, Gertrud von Gessler, wohnte er zuerst in Bentheim, dann in Lingen. Im Alter von 14 Jahren fing er sein Studium am Gymnasium Arnoldinum in Steinfurt an, wo sein Onkel, Jodocus von Gessler<sup>6</sup>, Professor der Rechte war. Er studierte dort aber wohl nur Humaniora. Am 8. September 1682 immatrikulierte er sich an der Universität Franeker. Obgleich er in der Matrikel als Theologe verzeichnet ist<sup>7</sup> (und auch wohl theologische Vorlesungen, besonders von Campegius Vitringa<sup>8</sup>, gehört hat), war nach Aussage seines Biographen Rücker sein Hauptziel, sich in Franeker in der lateinischen Sprache und in den römischen Altertumswissenschaften bei Jakob Perizonius weiter auszubilden<sup>9</sup>. Unter dessen Präsidium respondierte er 1684 über eine von diesem verfaßte<sup>10</sup> ‚Dissertatio histo-

Elogium auf W. – einschließlich Bibliographie – aufs neue herausgegeben worden ist von *J. L. E. Püttmann* in *Ioa. Ortwinii Westenbergii Opusculorum academicorum fasciculus primus* (Lipsiae 1794) 141–150 (für das zweite Heft der *Opuscula* von W. siehe unten Anm. 101). Seit Van Kuyk sind einige Quellen herausgegeben worden, in denen Daten über W. zu finden sind. Sie werden unten in den Anm. an den entsprechenden Stellen zitiert. Nur die wichtigste Quelle sei hier genannt: *Bronnen tot de geschiedenis der Leidsche Universiteit*, ed. *P. C. Molhuysen*, Bd. IV (‘s Gravenhage 1920) und Bd. V (‘s Gravenhage 1921).

In bibliographischer Hinsicht geben *Absmann/Feenstra* den neuesten Stand wieder. *R. Dekkers*, *Bibliotheca belgica juridica* (Brussel 1951) ist, wie üblich, unvollständig und fehlerhaft.

Nach Handschriften von W. habe ich nicht systematisch gesucht, doch befindet sich in der Universitätsbibliothek Leiden, BPL 191 J, eine Sammlung Papiere aus seinem Nachlaß (Hss. und annotierte Drucke), die merkwürdigerweise von Van Kuyk nicht erwähnt wird. Eine vollständige Beschreibung kann ich hier nicht geben; einzelne Stücke sind unten verwertet worden (siehe Anm. 16, 19, 43 und 102); sonst verdienen noch Erwähnung die nicht datierten ‚*Praelectiones publicae ad tit. ff. de acquirendo rerum dominio*‘ (Nr. 10) und die Unterlagen zu verschiedenen seiner Schriften.

Die von Van Kuyk genannten Hss. betreffen nur Vorlesungen von späteren Professoren und Dozenten zu W.’s Kompendien über die Institutionen und die Digesten; siehe darüber unten Anm. 50 u. 55. Auch nach solchen Hss. habe ich keine weiteren systematischen Untersuchungen angestellt.

<sup>5</sup> Johann Ortwin Westenberg (1628–1675); er war am 30. Oktober 1654 mit einer Dissertation ‚*De vertigine*‘ in Leiden promoviert.

<sup>6</sup> Über ihn siehe *J. van Kuyk* in *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek*, III (Leiden 1914), Sp. 462–463; er wurde 1682 Professor in Harderwijk und starb daselbst 1688.

<sup>7</sup> *Album studiosorum Academiae Franekerensis*, ed. *S. J. Fockema Andreae* und *Tb. J. Meijer* (Franeker [1968]), Nr. 7988.

<sup>8</sup> Beim Tode von Vitringa am 31. März 1722 war Westenberg Rektor der Universität Franeker; seine lateinische Einladung zur Leichenrede ist auf einem ungefalteten Druckbogen gedruckt (Franeker 1722) und enthält mehrere biographische Daten.

<sup>9</sup> Über ihn siehe neuerdings *Tb. J. Meijer*, *Kritiek als herwaardering: Het levenswerk van Jacob Perizonius (1651–1715)* (Diss. Leiden 1971).

<sup>10</sup> Dazu jetzt *Meijer* a. a. O. 62; siehe auch *Absmann/Feenstra* Nr. 1128 A.

rica de duobus maxime insignibus L. Flori locis'. Juristischen Studien soll sich Westenberg in Franeker erst später gewidmet haben<sup>11</sup>. Die berühmtesten Juristen in Franeker waren zu dieser Zeit Ulrich Huber und Gerhard Noodt. Letzterer folgte aber schon Anfang 1684 einem Ruf nach Utrecht. Es ist also nicht ganz sicher, ob Westenberg ihn noch als Lehrer gehabt hat<sup>12</sup>. Nachdem Westenberg aus Gesundheitsgründen von Franeker in die Heimat zurückgekehrt war, immatrikulierte er sich am 29. November 1684 an der Universität Harderwijk<sup>13</sup>. Dort lehrte inzwischen sein schon erwähnter Onkel Jodocus von Gesseler<sup>14</sup>. Bei diesem hat er wohl hauptsächlich seine juristische Bildung genossen. Unter dem Präsidium von Gesseler soll er sich mehrmals als Respondent an einer Reihe von exercitii gratia abgehaltenen öffentlichen Disputationen über das Thema ‚De successione ab intestato‘ beteiligt haben. Ein Exemplar von einer solchen Disputation mit seinem Namen ist allerdings bisher nicht gefunden worden, wohl aber ist ein Exemplar der ersten Disputation aus der Reihe vorhanden, datiert vom 11. Dezember 1684<sup>15</sup>. Seine Disputation pro gradu verteidigte Westenberg am 7. Oktober 1687; von dieser Disputation ‚De usuris‘ ist uns ein Exemplar erhalten<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> So *Rücker* a. a. O. (Anm. 4) 23 f.

<sup>12</sup> Über Westenbergs Verhältnis zu Noodt siehe unten bei Anm. 107 ff. *Rücker* 24 erwähnt zwar eifrige Studien von W. in der römischen Rechtsgeschichte ‚cum eo tempore apud Franekeris splenderent maxima Jurisprudentiae bina lumina Gerardus Noodt et Ulricus Huber‘, sagt jedoch nicht ausdrücklich, daß er Noodts Schüler war, und in seinen Werken haben wir auch keine Anweisungen dafür gefunden (ebensowenig dafür, daß er sich als Schüler von Ulrich Huber betrachtete). *Van Kuyk* (oben Anm. 4) und andere Autoren suggerieren wohl zu leichtfertig, daß W. ein Schüler von Huber und Noodt gewesen ist. Neben diesen beiden war übrigens zu W.'s Zeit auch Sebastian Schelkens (1635–1700) Professor der Rechte in Franeker.

<sup>13</sup> Hier wurde er als Student der Rechte eingeschrieben, siehe Album studiosorum Academiae Gelro-Zutphanicae, ed. *D. G. van Epen* (Hagae Comitum 1904) 39; zweite Immatrikulierung – als ‚juris candidatus‘ – am 30. September 1687 (a. a. O. 43), zusammen mit seinem Bruder Johann Arnold (vgl. unten Anm. 16).

<sup>14</sup> Siehe oben Anm. 6. Er war der einzige Professor der Rechte.

<sup>15</sup> Disputatio juridica prima de successione ab intestato iuxta Nov. 118, Resp. Everhardus op Gelder. Ich entnehme diesen Titel dem von S. van der Woude angefertigten Zettelkatalog von niederländischen Dissertationen und sonstigen kleineren Universitätschriften, der sich in der Universitätsbibliothek Amsterdam befindet. Diesen Katalog habe ich auch für weitere unten angeführte Dissertationen benutzt.

<sup>16</sup> Siehe *Abmann/Feenstra* Nr. 1128 B. Vgl. jetzt auch *Het Album promotorum van de Academie te Harderwijk*, ed. *O. Schutte* ([Zutphen 1980]) 65. Er wurde vorher über D. 17,1,34 und C. 3,28,34 examiniert; eine ‚Explicatio legis 34 ff. mandat. in princ.‘ und eine ‚Explicatio legis 34 C. de inoff. test.‘ befinden sich in Hs. Leiden, BPL 191 J, Nr. 9<sup>b</sup> (vgl. oben Anm. 4). Er promovierte ‚more majorum‘ (siehe Widmung in der Disputation; vgl. auch Album a. a. O.: ‚promotus in senatu patente janua‘). Nach *Rücker* 25 soll W. sich vor seiner Promotion auch noch nach Groningen begeben haben, doch haben wir ihn dort nicht in der Matrikel gefunden, wohl aber – am 31. Dezember 1686 – seinen Bruder Johann

Im Jahre 1688 wurde Westenberg zum Professor der Pandekten am Gymnasium Arnoldinum in Steinfurt ernannt; er trat sein Amt mit einer Rede ‚De excellentia iuris‘ an<sup>17</sup>. Von seiner Tätigkeit als Rechtslehrer in Steinfurt zeugen mehrere Disputationen unter seinem Präsidium. Ob er diese alle selber geschrieben hat, ist ungewiß<sup>18</sup>. Von zweien haben wir Exemplare gefunden: die eine ‚De querela inofficiosi testamenti‘ (vom 29. September 1693), die andere ‚De consuetudine‘ (vom 13. März 1694)<sup>19</sup>. Vier weitere Disputationen werden von seinem Biographen erwähnt<sup>20</sup>. Nach einiger Zeit wurde er zugleich Professor der Geschichte und Eloquenz; auch war er später Rat des Grafen<sup>21</sup>.

Die Universität Harderwijk berief Westenberg Ende 1694 zum Nachfolger von Anton Schulting. Diese Professur trat er am 8. März 1695 mit einer Rede ‚De ratione docendi et discendi iuris‘ an<sup>22</sup>. In Harderwijk hat er 21 Jahre gearbeitet; seine Hauptwerke sind, wie wir noch sehen werden, alle dort entstanden. Dort heiratete er auch zweimal: zuerst 1697 seine Kusine Mathilde von Gessler<sup>23</sup>, die schon nach nicht einmal zwei Jahren von seiner Seite genommen wurde, und dann 1710 Anna Gertrud de Wit aus Wesel, die nur einige Jahre vor ihm starb<sup>24</sup>.

Aus seiner Harderwijker Zeit sind zunächst sehr viele Disputationen exercitii gratia unter seinem Präsidium bezeugt<sup>25</sup>. Mit einer Ausnahme<sup>26</sup>

Arnold, der auch in Harderwijk studiert hat (imm. am 16. Oktober 1682 und am 30. September 1687, vgl. oben Anm. 13).

<sup>17</sup> Erwähnt von *Rücker* 26; ich habe kein Exemplar gefunden, ebensowenig wie *Jungius* (vgl. Anm. 4).

<sup>18</sup> *Rücker* 27 scheint ihn für den Verfasser zu halten, siehe jedoch die folgende Anm.

<sup>19</sup> Exemplare in der Bibliothek von Schloß Steinfurt. Die erste wurde verteidigt von Gerhardus a Gessler aus Neuhausen, die zweite von Jellis a Buine aus Lingen; beide bezeichnen sich als ‚auctor et defendens‘. Ihre Namen kommen unter dem Jahre 1690 in einer von W. geschriebenen Liste von ‚mei auditores‘ vor (Ms. Leiden BPL 191 J, Nr. 16); für die Periode 1688–1692 erwähnt W. dort insgesamt 17 Hörer.

<sup>20</sup> ‚De servitutibus‘, ‚De emphyteusi‘, ‚De fructuum perceptione‘ und ‚De foro competentis‘ (*Rücker* 27).

<sup>21</sup> Siehe über W. in Steinfurt *G. Heuermann*, Geschichte des reformierten gräflich Bentheimschen Gymnasium Illustre Arnoldinum zu Burgsteinfurt (Burgsteinfurt 1878) 132 und *R. Rübél*, Das Burgsteinfurter Gymnasium Arnoldinum im Wandel der Zeiten (Burgsteinfurt 1953) 75, 306 u. 308. Bei beiden findet man kaum etwas Neues.

<sup>22</sup> Erwähnt von *Rücker* 28; ich habe kein Exemplar gefunden, ebensowenig wie *Jungius* (vgl. Anm. 4).

<sup>23</sup> Sie war nicht die Tochter von Jodocus sondern von Hermann von Gessler, Leiter der Finanzverwaltung der Grafschaft Bentheim, dem er 1704 sein ‚De causis obligationum liber singularis‘ widmete (siehe unten Anm. 33).

<sup>24</sup> Am 12. Juli 1734, siehe Bronnen (oben Anm. 4) IV, 137.

<sup>25</sup> Wir haben dazu vor allem den oben Anm. 15 erwähnten Zettelkatalog von Van der Woude überprüft. Es findet sich darin nur ein Fehlzitat: die Disputation ‚De actionum delectu utili‘ von Ph. E. Dexbach ([7.] März 1700) ist nicht unter W.’s Präsidium sondern unter seinem Rektorat pro gradu verteidigt worden, vgl. Album promotorum (oben

gehören sie drei verschiedenen Reihen von Disputationen an, in denen er sie nachher noch einmal herausgegeben hat. Diese Disputationen waren also wohl sämtlich von ihm selbst verfaßt worden.

Die erste Reihe besteht aus vier öffentlichen Disputationen und ist dem Thema ‚De portione legitima liberis, parentibus et fratribus relinquenda‘ gewidmet. Die erste Disputation dieser Reihe wurde am 7. April 1696 gehalten<sup>27</sup>, die dritte am 16. Juni 1697<sup>28</sup>; die Daten der zweiten und der vierten sind uns unbekannt, weil keine Exemplare der Originalausgaben erhalten sind<sup>29</sup>. Westenberg hat diese vier Disputationen 1699 als Anhang zur ersten Edition seiner ‚Principia juris secundum ordinem Institutionum‘ in neuer Bearbeitung herausgegeben<sup>30</sup>.

Zur zweiten Reihe gehören neun öffentliche Disputationen ‚De causis obligationum‘, deren erste am 13. April 1699 und deren letzte am 5. Juli 1701 verteidigt wurden<sup>31</sup>. Von allen diesen Disputationen ist ein Exemplar der Originalausgabe aufgefunden worden<sup>32</sup>. Im Jahre 1704 hat Westenberg die ganze Reihe unter dem Titel ‚De causis obligationum liber singularis seu dissertationes IX‘ in neuer Bearbeitung publiziert<sup>33</sup>.

Die Geschichte der dritten Reihe, die die Konstitutionen von Mark Aurel behandeln, ist etwas komplizierter. Denn die dazu gehörigen Disputationen sind von ihm nicht nur in Harderwijk, sondern auch in

Anm. 16) 91 (Exemplar vorhanden in UB Düsseldorf). Die u. a. von *Van Kuyk* erwähnte ‚Dissertatio de ignominiiis‘ (1710) wurde unter seinem Rektorat pro gradu disputiert und ist also nicht W. zuzuschreiben. Der Verfasser ist A. Besier, siehe Album promotorum 105.

<sup>26</sup> Diss. jur. De actione funeraria, Resp. Theodorus Cloppenborgh ([10.] Juni 1696) (nach Zettelkatalog Van der Woude).

<sup>27</sup> Resp. Ernestus Wilhelmus a Gesseler (vom Exemplar in der Universitätsbibliothek Groningen hat mir Herr Unterbibliothekar Kingma freundlichst eine Kopie geschickt).

<sup>28</sup> Resp. Rodericus Schrassert (vom Exemplar im Veluws Museum, Harderwijk, hat mir Herr Direktor Hilckmann freundlichst eine Kopie geschickt).

<sup>29</sup> Die Namen der Respondenten sind uns allerdings aus dem Vorwort der Edition 1699 (siehe unten) bekannt: Jacobus a Sevenaer und Henricus van Holthe. Letzterer promovierte am 31. Oktober 1699, siehe Album promotorum 91.

<sup>30</sup> In späteren Editionen der Principia kommen sie nicht mehr vor, mit Ausnahme der Ausgabe in Band I der Opera omnia (siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1129–1137 und 1159).

<sup>31</sup> Siehe für weitere Daten den Zettelkatalog Van der Woude (oben Anm. 15), der allerdings die 8. Disputation nicht enthält. Diese befindet sich jedoch in der Koninklijke Bibliotheek im Haag: sie wurde am 29. Juni 1701 von Nicolaus Hermannus Brandt verteidigt (die KB besitzt übrigens auch die 7. Disputation, welche der Zettelkatalog als nur in Göttingen vorhanden angibt). Für diese Auskunft danke ich Herrn Dr. H. J. M. Nellen (Haag).

<sup>32</sup> Siehe Anm. 31. In der ersten Disputation gibt es ein ‚Proloquium‘ zur ganzen Reihe.

<sup>33</sup> Siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1138; zum Inhalt siehe unten bei Anm. 102. Die dritte Ausgabe in Band I seiner Opera omnia ist nicht ein Nachdruck der Ed. 1704, sondern der ursprünglichen Ausgabe 1699–1701 (dies zu *Absmann/Feenstra*, Nr. 1159 und Anm. vor Nr. 1138).

Franeker<sup>34</sup> (wo er von 1716 bis 1723 lehrte) für Disputationsübungen verwendet und gedruckt worden. Eine erste – vorläufige – Gesamtausgabe von 24 Disputationen ist wohl in Franeker erschienen; sie besteht aus einer Zusammenstellung der zunächst einzeln erschienenen Disputationen mit Weglassung der Titelseiten und Hinzufügung eines Gesamttitels – ‚Ad constitutiones Marci Aurelii Antonini imp. dissertationes XXIV‘ –, jedoch ohne Impressum<sup>35</sup>. Eine endgültige Gesamtausgabe von 45 ‚Dissertationes‘ gab Westenberg 1736 – kurz vor seinem Tode – unter dem Titel ‚Divus Marcus seu dissertationes ad constitutiones Marci Aurelii Antonini imperatoris‘ heraus<sup>36</sup>. Wie viele dieser Disputationen schon in Harderwijk geschrieben und verteidigt worden sind, ist unsicher: bisher sind nur Exemplare der vier ersten dieser Disputationen in einer Harderwijker Edition bekannt<sup>37</sup>. Sie stammen aus den Jahren 1702, 1706<sup>38</sup>, 1707 und 1708; es ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß noch weitere Disputationen dieser Reihe schon in Harderwijk zustandegekommen sind. Jedenfalls hat Westenberg in Franeker aufs neue angefangen. Die alten Harderwijker Disputationen wurden neu gedruckt, jetzt aber sofort mit einer fortlaufenden Numerierung versehen, und zwar auch in den Exemplaren, welche mit separaten Titelseiten (mit dem Namen des Respondenten) ausgestattet wurden<sup>39</sup>. Die Leidener Edition vom Jahre 1736 ist typographisch ganz neu; dort sind dem ursprünglichen Text auch kurze Summaria vorangestellt<sup>40</sup>.

Neben Disputationen würde man aus Harderwijk auch gedruckte Ausgaben von Westenbergs Rektoratsreden erwarten. Er war fünfmal

<sup>34</sup> Auch in Leiden? Dafür haben wir keine Beweise gefunden, doch wäre es möglich, daß von den Nummern 25–45 der endgültigen Gesamtausgabe (Leiden 1736), die nicht in der vorläufigen Gesamtausgabe (Franeker 1723?) vorkommen, einige in Leiden disputiert worden sind; vgl. jedoch unten Anm. 79.

<sup>35</sup> Siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1157. In der 2. Auflage seiner *Principia iuris secundum ordinem Digestorum* (siehe unten Anm. 55) hat er diese Ausgabe zitiert, siehe § 3 zu D. 50, 8: ‚... v. l. 9 D. h. t. l. 24 D. ad municip. Diss. N. XXII ad Const. Marc. ...‘ (S. 1217).

<sup>36</sup> A. a. O. Nr. 1158.

<sup>37</sup> Nach Zettelkatalog Van der Woude (oben Anm. 15), wo weitere Daten zu finden sind. Es handelt sich um öffentliche Disputationen, in Gegensatz zu denjenigen welche in Franeker verteidigt wurden.

<sup>38</sup> Diese zweite Disputation, welche am 17. April dieses Jahres verteidigt wurde, hatte den bekannten Juristen Johann Schrassert (1687–1756) zum Respondenten; er promovierte am 5. August 1706, siehe Album promotorum (oben Anm. 16) 99.

<sup>39</sup> Siehe unten bei Anm. 69.

<sup>40</sup> Verschiedene Indices wurden dem Werk von seinem Studenten Abraham Havercamp hinzugefügt, siehe das Vorwort. Das Werk erschien zum zweiten Mal als Band III der *Opera omnia*, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1159. Es handelt sich dabei um eine Titelausgabe, in der nur das Titelblatt und (ein Teil des) Vorworts neu gesetzt worden sind; vgl. schon *Püttmann*, im Vorwort zum ersten Heft der *Opuscula* (oben Anm. 4) S. XI.

Rektor – 1696/1697, 1699/1700, 1704/1705 und 1709/1710 – und jedesmal hielt er beim Abschied vom Amt eine ‚Oratio‘. Nur eine davon scheint gedruckt worden zu sein: ‚Dissertatio de calculo Minervae seu lege isopsephias ejusque justitia‘ (1715)<sup>41</sup>. Von den anderen vier bezweifelt 1758 schon Vriemoet<sup>42</sup>, ob sie je gedruckt worden sind. Die Themen waren: ‚De jure naturali‘ (1697), ‚De jure civili ad fontem juris naturalis redigendo‘ (1700), ‚De jure gentium‘ (1705) und ‚De licito non honesto‘ (1710). Von der zweiten und der vierten ist uns eine handschriftliche Fassung erhalten<sup>43</sup>.

In Harderwijk gab er, wie schon erwähnt, 1699 zum ersten Mal seine ‚Principia juris secundum ordinem Institutionum Justiniani‘ heraus<sup>44</sup>. Es handelt sich um ein einfaches Lehrbuch auf Grundlage der Institutionen, mit Anführung von Texten aus anderen Teilen des Corpus iuris civilis<sup>45</sup>. Eine zweite Auflage erschien 1719 in Franeker<sup>46</sup>. Diese bildete die Grundlage für 7 weitere<sup>47</sup> Editionen<sup>48</sup>: Harderwijk 1759 (‚editio tertia auctior‘), Leiden 1766 (‚editio tertia emendatior‘) und Leiden 1793, 1818, 1823, 1842 und 1844<sup>49</sup>. Offenbar wurde das Werk jedenfalls in

<sup>41</sup> Zuerst Harderwijk 1715 und dann, mit zusätzlichen Anmerkungen von Püttmann, im zweiten Heft der *Opuscula*, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1151 und 1161. In der Anmerkung zu Nr. 1161 soll es heißen ‚Excursus ad Io. Ortwin. Westenbergii dissertationem de calculo Minervae‘; es handelt sich um einen Excurs von 13 Seiten, den Püttmann zum Thema der Freisprechung bei Stimmengleichheit schrieb.

<sup>42</sup> A. a. O. (oben Anm. 4) 781.

<sup>43</sup> In Hs. Leiden BPL 191 J, Nr. 1 und 2. Die zweite ist wohl die interessantere; sie handelt u. a. ausführlich über das Duell.

<sup>44</sup> Die erste Auflage erschien bei einem Amsterdamer Verlag, doch wurde sie in Harderwijk gedruckt, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1129.

<sup>45</sup> An der Spitze des Werkes stehen ‚Prolegomena de compositione et partibus juris Justinianeae‘, die außerhalb der arabischen Numerierung der Seiten bleiben.

<sup>46</sup> Im Vorwort zur 2. Auflage – welches nicht mit demjenigen zur 1. Auflage identisch ist (unrichtig *Absmann/Feenstra* Nr. 1130) – verwahrt er sich gegen diejenigen, die den Wert – der Institutionen als Grundlage des Unterrichts bestreiten. Das Bestehen einer zweiten Auflage ‚Harderwijk 1704‘ (wie z. B. angenommen wird von Vriemoet a. a. O. (oben Anm. 4) 781) ist unwahrscheinlich.

<sup>47</sup> Nicht jedoch für die Edition im ersten Band der *Opera omnia* (vgl. oben Anm. 30); diese scheint der ersten Edition von 1699 gefolgt zu sein (auch was das Vorwort anbelangt) – Korrekturzusatz: Die ‚editio tertia auctior‘ (Harderwijk 1759) hat zwar das Vorwort der 2. Auflage übernommen, doch ist sie im Text der Edition von 1699 gefolgt (wie die Edition in den *Opera omnia*). Deshalb hat sich die Edition Leiden 1766 wohl ‚editio tertia emendatior‘ genannt; sie folgt der 2. Auflage auch im Text. Die späteren Editionen sind denjenigen von 1766 nachgedruckt.

<sup>48</sup> Das Vorwort zu diesen Editionen ist auch grundsätzlich dasselbe wie in der Edition 1719 (unrichtig auch in dieser Hinsicht *Absmann/Feenstra* Nr. 1131–1137); leichte Varianten, die mit der Verbesserung der Druckfehler zusammenhängen, kommen vor.

<sup>49</sup> Siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1131–1137.

Leiden<sup>50</sup> bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts als Grundlage für Vorlesungen benutzt<sup>51</sup>.

Auch Westenbergs ‚Principia iuris secundum ordinem Digestorum‘ sind in Harderwijk entstanden: die erste Auflage erschien dort 1712<sup>52</sup>. Wie er in seiner Dedikation an die Curatoren der Universität sagt, beabsichtigte er, für das Studium der Pandekten ein ähnliches Hilfsmittel wie für die Institutionen zu schaffen. In der Vorrede beschreibt er seine Methode, die sich hauptsächlich dadurch hervorhebt, daß er versucht, zu jedem Titel den von den römischen Juristen kommentierten Edikts- oder Gesetzestext im Wortlaut wieder herzustellen, wozu ihm beson-

<sup>50</sup> Kollegienhefte und Notizen von Vorlesungen zu Westenbergs Kompendium der Institutionen sind uns u. a. (vgl. oben Anm. 4) überliefert worden von N. Smallemburg (1761–1836; siehe *Absmann/Feenstra* 229), Professor in Franeker (1788–1790) und in Leiden (1790–1834), siehe Hss. Leiden BPL 989 (1806–1807), 1311 (1817–1818), 1312 (1816–1817), 1317 (1831–1832) und Hs. Deventer, Athenaeumbibliothek, 38 D 20 (1831–1832). Undatierte Dictata von D. van der Klaauw befinden sich in Hs. BPL 1928 I u. II. Dieser war Praeceptor in Zwolle – wo u. a. der bekannte Schriftsteller Rhijnvis Feith (1753–1824) Recht bei ihm hörte – und ab 1782 Conrector im Haag; er lehrte also nicht an einer Universität (1795 wurde sein Name für eine Professur in Harderwijk genannt). Anonyme Dictata in Hs. BPL 713.

Erst nach Abschluß meines Manuskripts bekam ich durch die Güte des Verfassers in die Hände: W. A. Verbeek, *De Voorda Collectie: Catalogus van de door Johannes Henricus Voorda aan het Hof van Friesland gelegteerde handschriften en gedrukte werken*, Groningen 1983. Es handelt sich um den Katalog einer Sammlung in der Provinciale Bibliotheek van Friesland, Leeuwarden (unten zitiert als ‚Hss. Hof‘). In dieser Sammlung befinden sich u. a. Exemplare der Werke von Westenberg mit Notizen nicht nur von Johannes Henricus Voorda (1732–1814), Professor in Utrecht (1767–1786) und in Franeker (1797–1802), sondern auch von dessen Bruder Bavius Voorda (1729–1790; siehe *Absmann/Feenstra* 353), Professor in Franeker (1755–1765) und in Leiden (1765–1788, 1795–1799), und vor allem von deren Vater Jacobus Voorda (1698–1768), Professor in Franeker (1727–1730) und in Utrecht (1730–1760), der ein Schüler von Westenberg war (vgl. unten Anm. 72; von Jacobus ist in der Sammlung auch das Kollegienheft von einer Vorlesung von W. vorhanden: Hs. Hof 12, Praelectio de jure belli ac pacis; Hs. 11, Explicatio Institutionum, ist wohl nicht eine Vorlesung von W. sondern von Zacharias Huber). Was das Kompendium der Institutionen anbelangt, sind hier zu erwähnen Hs. Hof 35 (Ed. 1699, mit Notizen von Jacobus Voorda) und Hs. Hof 53 (Ed. 1766, mit Notizen von Johannes Henricus Voorda). Eine ‚Explicatio Institutionum ... ad Westenberghii Principia iuris secundum ordinem Institutionum‘ von Bavius Voorda als Leidener Professor wurde auch dem ‚Hof van Friesland‘ vermacht, doch befindet diese sich jetzt nicht mehr in der Sammlung, siehe *Verbeek* 46; für Exemplar(e) eines solchen Kollegienheftes vgl. aber A. A. Roberts, *A South African Legal Bibliography* (Pretoria 1942) 327.

<sup>51</sup> Neben Westenbergs Kompendium der Institutionen wurde allerdings in Leiden bis ins 19. Jahrhundert auch dasjenige von J. F. Böckelmann (1633–1681) benutzt, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 32–44; besonders D. G. van der Keessel (1738–1815; Professor in Leiden ab 1770) las nach Böckelmann.

<sup>52</sup> Siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1139.

ders die Ediktsrestitution von Ranchinus (1597) dient<sup>53</sup>. Er beruft sich dabei u. a. auf Böckelmann, Cujaz, Hotman, Duaren und Wesenbeck<sup>54</sup>. Dieses umfangreichere Werk hat nicht nur in den Niederlanden, sondern auch in Deutschland und Österreich Erfolg gehabt. Eine zweite, dritte und vierte Auflage erschienen 1732, 1745 und 1764 in Leiden<sup>55</sup>. Weitere Editionen wurden in Leipzig (1754), in Wien (1755, 1763[–1764] und 1777) und in Berlin (1814 und 1823) veröffentlicht<sup>56</sup>.

Die Wiener Drucke hingen offenbar damit zusammen, daß das Werk dort an der Universität beim Unterricht benutzt wurde; darauf weist schon das Privileg der ersten Wiener Auflage hin<sup>57</sup>. Man findet Westenberg's Werk aber auch in den zur Reform von 1753 gehörenden Wiener Studienplan erwähnt<sup>58</sup>. L. F. Voss hat seine ‚*Legum consuetudinumque Austriacarum ... cum Romano jure collatio*‘ (Wien 1770<sup>59</sup>, 2. Auflage 1772<sup>60</sup>, 3. Auflage 1774<sup>61</sup>) mit dem Untertitel ‚*ad ordinem Digestorum ab*

<sup>53</sup> Siehe *E. Landsberg* in Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III-1 (München–Leipzig 1898) [Text] 165 u. [Noten] 109.

<sup>54</sup> Zum Verschweigen von Noodt siehe unten bei Anm. 107 ff.

<sup>55</sup> *Absmann/Feenstra* Nr. 1140–1142 u. 1146. Nicht nur in Leiden, sondern wohl auch in Franeker, Harderwijk und Utrecht wurden die Pandekten nach Westenberg's Principia gelesen. Für Leiden, Harderwijk und Utrecht haben wir Kollegienhefte gefunden (vgl. jedoch oben Anm. 4). In Leiden lehrte zunächst J. C. Rücker (1691–1769), der 1718 in Franeker unter Westenberg promoviert hatte, nach W.'s Principia: Hs. Leiden, BPL 665 (ohne Datum); später N. Smalenburg (vgl. oben Anm. 50): Hs. Leiden, BPL 1311 (1817–1818); schließlich C. J. van Assen (1788–1859): Hs. Deventer, Athenaeumbibliothek 100D 46 (1834–1836). In Harderwijk Gerhard Schröder (1708–1762): Hs. Leiden, BPL 705 (ohne Datum). In Utrecht (und zuerst in Franeker?) Jacobus Voorda (vgl. oben Anm. 50): der Autograph dieser Vorlesungen in Hs. Leeuwarden, Hof 31, Kollegienheft in Hs. Leiden, BPL 674 (1754). Exemplare von W.'s Principia mit handschriftlichen Notizen der Voorda's in Leeuwarden: Hs. Hof 32 (Ed. 1732, Notizen von allen drei Voorda's), Hs. Hof 29 (Ed. 1732, Notizen von Bavius V.), Hs. Hof 37 (Ed. 1745, Notizen von Jacobus V.), Hs. Hof 14 (Ed. 1764, Notizen von Johannes Henricus V.), siehe *Verbeek* (oben Anm. 50).

<sup>56</sup> A. a. O. Nr. 1143–1145, 1147–1150. Außerdem erschien das Werk als Band II der *Opera omnia*, Hannover und Lüneburg 1747, a. a. O. Nr. 1159.

<sup>57</sup> Siehe *R. Feenstra* und *C. J. D. Waal*, Seventeenth-Century Leyden Law Professors and their influence on the development of the Civil Law, A study of Bronchorst, Vinnius and Voet (= [Verhandelingen der] Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks, 90; Amsterdam–Oxford 1975) 64 Anm. 319.

<sup>58</sup> *H. Coing*, Die juristischen Fakultäten der Aufklärungszeit, Geschichte einer Studienreform (in Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen für das Jahr 1970, 34–55) 47: ‚Zweiter Jahrgang ... Pandecten nach Westenberg von Banniza‘ (Banniza war damals Professor in Wien).

<sup>59</sup> *Viennae, litteris Schulzianis, 1770*; das Titelblatt enthält als Verfasseramen nur die Initialen L. F. V.

<sup>60</sup> Nicht gesehen; nach dem Katalog der Oesterreichischen Nationalbibliothek ‚*Ed. altera de integro elaborata*‘, beim selben Verlag – auch nur mit Initialen des Verfassers – erschienen.

<sup>61</sup> *Editio nova emendata et aucta, Viennae, literis Schulzianis 1774*.

Joanne Ortw. Westenbergio expositorum accommodata<sup>62</sup> versehen. In seiner Vorrede sagt Voss, er habe sich der ‚Westenbergii elementa<sup>63</sup> bedient ‚tum quod haec nihil peregrini juris admixtum habeant unde confusio oriri possit, tum quod scirem illa publice praelegi<sup>64</sup>. Auch außerhalb Wiens wurde so verfahren: in Prag erschien 1778 von einem anonymen Verfasser ‚Adnotationes theoretico-practicae usibus Boemie accommodatae ad Joannis Ortwini Westenbergii Principia juris juxta ordinem Pandectarum<sup>65</sup>.

Die Berliner Edition von 1814 ist auf Anregung von Savigny veröffentlicht worden, der das Werk bei seinem Unterricht benutzen wollte<sup>66</sup>.

Im Jahre 1716 erhielt Westenberg einen Ruf nach Franeker als Nachfolger von Zacharias Huber. Am 3. Dezember dieses Jahres<sup>64</sup> trat er sein Amt an mit einer ‚Oratio de jurisprudentia rationali<sup>65</sup>. Darin vertritt er die These ‚jus civile maximam sui partem ex jure naturali deductum ac derivatum esse<sup>66</sup>. Diese These ist gegen diejenigen gerichtet, die nur das positive Recht studieren wollen<sup>66</sup>: ‚jurisconsultos de jurisprudentia rationali oportet esse sollicitos<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Pars prior: Vetero-Pragae, apud Franciscum Augustinum Hoechenberger, [1778]; Pars posterior: Pragae, characteribus Regiae Scholae Normalis, per Ioannem Adamum Hagen, 1778. In seiner Praefatio sagt der Verfasser u. a., daß er W.'s ‚Enchiridium<sup>63</sup> zugrundegelegt habe ‚tum quod illud ordine pulcherrimo, scribendique genere succincto quidem, ast gravi et ex ipsis plerumque legis verbis mutuato, nihil fere quod juris est Romani intactum relinquat, tum quod familiare sit Musis nostris et vix non in omnium manibus<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Siehe G. A. Reimer in seinem Vorwort zu dieser Edition: ‚celeberrimus enim Savignius, vir omni mea laude major, cum Westenbergii libro in scholis suis uti destinasset, suo potissimum suasu ut ad novam editionem parandam accederem effecit<sup>65</sup>. Reimer gibt auch ausführlich Auskunft über die früheren Editionen, die ihm bekannt sind oder die er erwähnt gefunden hat (er ist in diesem Punkt hier viel ausführlicher als in der Ed. 1823; die Anmerkung bei *Absmann/Feenstra*, vor Nr. 1139, ist in diesem Sinne zu berichtigen). Er fügt hinzu, daß er die Ed. Wien 1777 zum Ausgangspunkt genommen hat und deren Text von einigen ungenannten Helfern mit demjenigen von anderen Editionen hat kollationieren lassen; diese Helfer läßt er dann zu Wort kommen, um über die weiteren von ihnen angebrachten Verbesserungen zu berichten.

<sup>64</sup> Zu seinem Amtsantritt ließ J. G. van de Poll, ‚S. S. Th. studiosus<sup>64</sup> auf einem ungefalteten Druckbogen ein schwülstiges Gedicht drucken: ‚Aan den wydberoemden en doorgelerden Heer Johannes Ortwinus Westenberg tot Hoogleeraar der beide Regten in Friesland's Opperschoole binnen Franeker ingehuldigt...<sup>65</sup> (Franeker, by François Halma, 1716).

<sup>65</sup> Diese Oratio ist zuerst 1717 in Franeker erschienen und dann 1795 in Leipzig im zweiten Heft der *Opuscula* (unten Anm. 101), mit zusätzlichen Anmerkungen von Püttmann, neu herausgegeben worden, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1151 u. 1161.

<sup>66</sup> Insoweit ist ein Vorwurf, den Van Oven Westenberg macht, nicht ganz gerecht; siehe *J. C. van Oven*, *Le droit romain aux Pays-Bas* (in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna e Roma, 17–27 Aprile 1933, Bologna II, Pavia 1935, 23–55) 51–52. Das Thema hatte Westenberg auch schon in seiner Rede ‚De jure civili ad fontem

Vergebens versuchte 1720 die Universität Groningen, Westenberg für sich zu gewinnen; die Friesen wußten ihn durch Erhöhung seines Gehaltes für Franeker zu behalten. Im akademischen Jahr 1721–1722 bekleidete er das Rektorat; beim Abschied hielt er eine Rede, die unter dem Titel ‚Paulus Tarsensis jurisconsultus seu dissertatio de jurisprudentia Pauli Apostoli‘ veröffentlicht wurde<sup>67</sup>.

Von den in Franeker abgehaltenen Disputationen über die Konstitutionen von Mark Aurel war schon die Rede<sup>68</sup>. Wahrscheinlich waren es deren 24, doch haben wir nur die Nummern 1<sup>1</sup>, 2<sup>1</sup>, 2<sup>2</sup>, 6, 7 und 11 in der Form einer Disputation mit eigener Titelseite aufgefunden; diese waren 1717 (Nr. 1<sup>1</sup>), 1718 (Nr. 2<sup>1</sup>, 2<sup>2</sup> und 6), 1719 (Nr. 7) und 1720 (Nr. 11) verteidigt worden, alle ‚in auditorio privato‘<sup>69</sup>.

Vier weitere private Disputationen aus Franeker unter Westenbergs Präsidium sind uns erhalten<sup>70</sup>. Es handelt sich dabei jedoch um einen ganz anderen Typus als bei den Disputationen über die Konstitutionen von Mark Aurel: sie bestehen nur aus je 10 kurzen ‚Positiones‘ mit 4 ‚Annexa defendentis‘, und sie sind auf einem ungefalteten Druckbogen gedruckt. Sie gehören einer Reihe von ‚Positiones juridicae controversae secundum ordinem Pandectarum‘ an, deren 6., 8., 12. und 13. ‚Decas‘ sie bilden<sup>71</sup>. Die 6. und 13. ‚Decas‘ wurden, am 24. Februar 1717 und am 23. März 1718, von dem späteren Franekeraner und Utrechter Professor Jacobus Voorda (1698–1768) verteidigt<sup>72</sup>.

Am 16. Juli 1723 wurde Westenberg zum ‚Professor iuris civilis et hodierni vel practici‘ in Leiden ernannt. Zwar gab es dort keine Vakanz, doch meinten die Curatoren, seine Ernennung sei erwünscht ‚wegen hohen Alters und Schwäche einiger Professores iuris‘<sup>73</sup>. So kam er als vierter Professor neben Noodt, Schulting und J. J. Vitriarius nach

juris naturalis redigendo‘ (siehe oben Anm. 43) gestreift. Er hat übrigens in Franeker auch eine Vorlesung über Grotius‘ *De jure belli ac pacis* gehalten, siehe Hs. Leeuwarden, Hof 12 (vgl. oben Anm. 50).

<sup>67</sup> Franeker 1722; ein Nachdruck erschien in Bayreuth 1738 und die Rede wurde schließlich mit zusätzlichen Anmerkungen von Püttmann im ersten Heft der *Opuscula* neu herausgegeben, siehe *Absmann/Feenstra*, Nr. 1153 u. 1160.

<sup>68</sup> Oben bei Anm. 39.

<sup>69</sup> Für weitere Daten siehe den Zettelkatalog Van der Woude (oben Anm. 15).

<sup>70</sup> Daneben ist eine öffentliche Disputation unter seinem Präsidium erhalten: Gosen Walschartz, *Dissertatio juridica de sterilitate, Franequerae* 1722. Walschartz bezeichnet sich auf der Titelseite ausdrücklich nur als ‚Auctor‘.

<sup>71</sup> Einzelheiten im Zettelkatalog Van der Woude.

<sup>72</sup> Voorda las später jedenfalls in Utrecht *Pandekten* nach den *Principia* von Westenberg, siehe oben Anm. 55.

<sup>73</sup> Bronnen (oben Anm. 4) IV, 344; vgl. auch 340. Der Ernennung war ein Briefwechsel mit Petrus Burmannus vorangegangen, siehe Briefe von W. in Hs. Leiden, Burman Q 27 (11. Juni, 2. Juli und 2. August 1723).

Leiden. Von seiner Antrittsvorlesung ‚De philosophia jurisconsultorum et imprimis ea quae circa legum collisionem versatur‘, die er am 27. September 1723 gehalten hat, ist uns kein Exemplar in die Hände gekommen<sup>74</sup>. Seine zwei Rektoratsreden sind uns hingegen erhalten: ‚Rhadamanthus seu dissertatio de jure Rhadamanthi‘ (1726)<sup>75</sup> und ‚Quintus Cerbidius Scaevola seu dissertatio de jurisprudentia Q. Cerbidii Scaevolae‘ (1734)<sup>76</sup>.

Aus Leiden ist nur eine Disputation unter seinem Präsidium bekannt geworden<sup>77</sup>. Weil sich jedoch der Respondent als ‚Auctor‘ bezeichnet, handelt es sich wohl nicht um eine Schrift von Westenberg selbst.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Westenberg privat noch über die Konstitutionen von Mark Aurel hat disputieren lassen, doch haben wir davon keine Spuren angetroffen<sup>78</sup>. Aus den Vorlesungsverzeichnissen wissen wir hingegen, daß er von September 1731 bis Sommer 1733 oder Januar 1734 öffentliche Vorlesungen über dieses Thema gehalten hat<sup>79</sup>.

Seine weiteren öffentlichen Vorlesungen von Februar 1724 bis September 1736 sind den Verzeichnissen zu entnehmen. Angefangen hat er mit ‚caput de actionibus‘ (Februar 1724 bis Januar 1725)<sup>80</sup>; dann las er ‚controversiae illustres et selectae pro re nata leges‘ (Februar 1725 bis Sommer 1729)<sup>81</sup>, ‚rationes veterum Iurisconsultorum‘ und ‚controversiae illustres‘ (September 1729 bis Sommer 1731)<sup>82</sup> und – nach den Vorlesungen über die Konstitutionen von Mark Aurel kombiniert mit ‚illustres controversiae‘<sup>83</sup> – ‚Papirii Iusti constitutiones‘ und ‚controversiae illu-

<sup>74</sup> Wahrscheinlich existiert aber eine Edition davon. Vriemoet (oben Anm. 4) 781 zitiert sie, mit Angabe des Formates, bei den Arbeiten, die gedruckt worden sind. Und auch Jungius scheint sie ausweislich der Praefatio zu den Opera (oben Anm. 4), fol. C 4 v<sup>o</sup>, zu kennen.

<sup>75</sup> Nach der Ausgabe Leiden 1726 wurde sie 1794 in Leipzig, im ersten Heft der Opuscula (oben Anm. 4), mit zusätzlichen Anmerkungen von Püttmann herausgegeben, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1155 u. 1160.

<sup>76</sup> Zuerst Leiden 1734, dann Leipzig 1795, im zweiten Heft der Opuscula (unten Anm. 101), mit zusätzlichen Bemerkungen von Püttmann, siehe *Absmann/Feenstra* Nr. 1156 u. 1161.

<sup>77</sup> Franciscus Cornelius Denick, *Dissertatio juridica ad Sexti Pomponii fragmentum ex libro 22 ad Quintum Mucium (quod in extat in l. 45 II de usuris etc.)*, Lugduni Batavorum 1736 (Verteidigung am 18. April 1736).

<sup>78</sup> Siehe oben Anm. 34.

<sup>79</sup> Bronnen (oben Anm. 4) V, 37\* Anm. 1, 40\* (u. 39\* Anm. 1) u. 44\* (er las in dieser Zeit jedoch auch, an anderen Wochentagen, ‚illustres controversiae‘).

<sup>80</sup> Bronnen IV, 168\* u. 189\*.

<sup>81</sup> Bronnen V, 2\*, 6\* u. Anm. 1, 14\* u. Anm. 1.

<sup>82</sup> Bronnen V, 21\*, 24\* (u. 23\* Anm. 1) und 38\*.

<sup>83</sup> Oben Anm. 79.

stres‘ (Februar 1734 bis zu seinem Tode, Juni 1737; ab September 1735 auch ‚leges fugitivae‘)<sup>84</sup>.

Das ‚ius hodiernum‘, das auch in seinem Lehrauftrag stand, kommt nicht in seinen öffentlichen Vorlesungen vor. Von privaten Kollegien darüber haben wir keine Nachricht gefunden.

Am 14. März 1733 ernennen die Curatoren wegen des hohen Alters von Schulting und Westenberg sowie wegen Erkrankung von Vitriarius J. C. Rücker zum Praelector im ius civile<sup>85</sup>; de facto wird Rücker Stellvertreter von Schulting und nach dessen Tod – am 12. März 1734 – selbst Professor<sup>86</sup>. Westenbergs Honorar wird am 19. August 1733 erhöht<sup>87</sup>. Am 30. Oktober 1734 erkrankt er schwer<sup>88</sup>. Am 28. Januar 1735 wird er aber noch zum actuarius des Senats ernannt<sup>89</sup>.

Nachdem seine Gesundheit ab 1734 viel zu wünschen übrig gelassen hatte, starb er in der Nacht vom 30. Juni auf den 1. Juli 1737<sup>90</sup>. Am 5. Juli wurde er beerdigt<sup>91</sup>. Die Leichenrede von seinem Kollegen Rücker fand erst am 23. September statt<sup>92</sup>.

Als seinen Nachfolger versuchte man vergebens Heineccius zu gewinnen. Dieser mußte aber ablehnen, weil der König von Preußen ihm keine Erlaubnis erteilen würde, Halle zu verlassen<sup>93</sup>. Schließlich wurde Gerlach Scheltinga (1708–1765) Westenbergs Nachfolger<sup>94</sup>.

Kinder hat Westenberg aus keiner seiner zwei Ehen hinterlassen<sup>95</sup>.

Sein Leidener Schüler Johann Heinrich Jung (1715–1799)<sup>96</sup> hat 1746 angefangen, Westenbergs ‚Opera omnia juridica‘ herauszugeben; zwei Bände erschienen 1746 und 1747 in Hannover und Lüneburg<sup>97</sup>. Die Ausgabe blieb jedoch unvollständig; 1758 erschien – in Hannover und Bremen – nur noch eine Titelausgabe des ‚Divus Marcus‘<sup>98</sup>.

<sup>84</sup> Bronnen V, 45\* (u. 44\* Anm. 1), 48\* (u. 47\* Anm. 1).

<sup>85</sup> Bronnen V, 132.

<sup>86</sup> Bronnen V, 140.

<sup>87</sup> Bronnen V, 134 (auch Schultings Honorar wird erhöht).

<sup>88</sup> Bronnen V, 138; über seine Krankheit in dieser und späterer Zeit siehe den Bericht seines Kollegen H. Oosterdijk Schacht bei *Rücker* 40 ff.

<sup>89</sup> Bronnen V, 138.

<sup>90</sup> Bronnen V, 171, und Oosterdijk Schacht bei *Rücker* 42.

<sup>91</sup> Bronnen V, 172.

<sup>92</sup> Bronnen V, 176, und Titelblatt von Rücker.

<sup>93</sup> Bronnen V, 58\*–61\*.

<sup>94</sup> Bronnen V, 184.

<sup>95</sup> *Rücker* 39.

<sup>96</sup> Über ihn siehe *Eisenhart* in Allgemeine Deutsche Biographie 14 (1881) 695–696; er war u. a. nach 1751 einige Jahre Lehrer der Rechtswissenschaft, der Geschichte und der Beredsamkeit am Gymnasium in Rotterdam. Ab 1762 war er hannoverscher Bibliothekar.

<sup>97</sup> *Ahsmann/Feenstra* Nr. 1159; vgl. auch oben Anm. 4, 30, 33, 47 u. 56.

<sup>98</sup> Oben Anm. 40.

Ebenfalls unvollständig blieb eine Ausgabe von Westenbergs ‚Opuscula academica‘, welche von J. L. E. Püttmann (1730–1796)<sup>99</sup> begonnen wurde. Der erste Fasciculus erschien 1794 in Leipzig<sup>100</sup>; der zweite – der auf Wunsch des neuen Verlegers nicht so genannt, sondern als ‚Opusculorum academicorum trias‘ bezeichnet wurde – erschien 1795, ebenfalls in Leipzig<sup>101</sup>.

Westenbergs Bekanntheit bei der Nachwelt beruht wohl einerseits auf seinen beiden Kompendien, andererseits auf seinen ‚antiquarischen‘ Schriften, wie ‚De calculo Minervae‘, ‚Paulus Tarsensis‘, ‚Rhadamanthus‘, ‚Quintus Cerbidius Scaevola‘ und – vor allem – ‚Divus Marcus‘. Letztere sollten uns jedoch nicht vergessen lassen, daß er sich bisweilen auch als ein Mann des Naturrechts und des Usus modernus zeigt.

Dieser Aspekt kommt besonders in den Disputationen ‚De causis obligationum‘ zum Vorschein; er zitiert hier auch die üblichen Autoren des Usus modernus und zeigt sich keineswegs als ein hochnäsiger antiquarischer Jurist<sup>102</sup>. Man lese z. B.<sup>103</sup> seine Ausführungen in der ‚Dissertatio tertia‘ über die Obligationen, die auf Grund von D. 12,1,32 aus der aequitas entstehen können, und vor allem diejenige in der ‚Dissertatio quinta‘ über die actio in factum auf Grund der Lex Aquilia. Diese actio bezeichnet er als eine actio subsidiaria, welche weder auf delictum noch auf quasi delictum zurückgeführt werden kann; sie entsteht ‚ex sola aequitate‘. Darum kann sie im Fall der Tötung eines freien Mannes auch dessen Kindern und Witwe als Schadensersatzklage gegeben werden<sup>104</sup>; er verweist dabei u. a. auf Vinnius und stützt hier also indirekt auf Grotius<sup>105</sup>. Die These wird, unter Hinweis auf diese Disser-

<sup>99</sup> Über ihn siehe Eisenhart in Allgemeine Deutsche Biographie 26 (1888) 779.

<sup>100</sup> Ahsmann/Feenstra Nr. 1160; vgl. Anm. 4, 67 u. 75.

<sup>101</sup> A. a. O. Nr. 1161; vgl. oben Anm. 41, 65 u. 76.

<sup>102</sup> Aus seiner Harderwijker Zeit ist auch ein Gutachten von ihm überliefert für einen Neffen von Constantin und Christian Huygens über die Güter Zuylichem und het Monnikenlandt (1702), siehe Hs. Leiden, BPL 191 J, Nr. 15. Nach weiteren Gutachten – welche wahrscheinlich in den gedruckten Sammlungen zu finden sind – habe ich nicht gesucht; leider hat Fischer ihn nicht in seine Untersuchungen über Gutachten von Leidener Professoren einbezogen: siehe H. F. W. D. Fischer, De adviezen van de Leidse professoren, in het bijzonder tijdens het professoraat van Everardus Bronchorst (1587–1627) (in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 29 [1961] 463–483) 478.

<sup>103</sup> Vgl. auch seine Haltung dem Konsens-Prinzip gegenüber, Diss. 1, cap. 4, § 28 (Ed. 1704, 38–39); diese Stelle zitiert er in seinen Principia juris secundum ordinem Digestorum, Lib. 2, tit. 14, § 21 (Ed. 1823, 93).

<sup>104</sup> Diss. 5, cap. 4, §§ 35–36 (Ed. 1704, 180–181), zitiert in Principia, Lib. 9, tit. 2, § 41 (Ed. 1823, 238).

<sup>105</sup> Vinnius, In quatuor libros Institutionum commentarius, ad lib. 4, tit. 3 pr. (Ed. Amstelodami 1655, 734); er zitiert ‚Grot. lib. 3 introd. c. 33‘, also Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid 3, 33. Siehe dazu meine Aufsätze Théories sur la responsa-

tatio, von ihm auch in seinen ‚Principia juris secundum ordinem Digestorum‘ vertreten<sup>106</sup>.

Was die beiden Kompendien anbelangt, so sind die ‚Principia juris secundum ordinem Institutionum‘ wohl ein sehr einfaches Lehrbuch, das sich nicht wesentlich von ähnlichen Werken unterscheidet; anspruchsvoller sind hingegen die ‚Principia iuris secundum ordinem Digestorum‘, welche dann auch außerhalb der Niederlande einen gewissen Erfolg gehabt haben. Daß er Ediktsrestitutionen zum Ausgangspunkt für seine Kommentierungen nahm, ist wohl die Hauptursache für das Entstehen einer Geschichte, die Hommel<sup>107</sup> erzählt: Noodt hätte Westenberg beschuldigt, seine ‚Principia‘ aus Noodts Vorlesung geschöpft zu haben. Haubold<sup>108</sup> und Hugo<sup>109</sup> distanzieren sich von dieser Verdächtigung, wie mir scheint mit Recht<sup>110</sup>. Der Erfolg von Westenberg's Werk beruht übrigens wahrscheinlich nicht sosehr auf diesen Ediktsrestitutionen als vielmehr gerade darauf, daß es sich, wie Hugo sagt<sup>111</sup>, ‚um den Sprachgebrauch der Alten nicht viel bekümmert[t]‘, obwohl es ‚für sehr textualisch [gilt]‘<sup>112</sup>. Westenberg gibt bisweilen

bilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius (in *Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot* ([Paris] 1959) 157–171; mit einigen zusätzlichen Anmerkungen in meinen *Fata iuris romani, Etudes d'histoire du droit* (Leyde 1974) 323–337) und *Over de oorsprong van twee omstreden paragrafen uit de Inleidinge van Hugo de Groot* (III, 33,2 en III,34,2) (in *Acta juridica 1958* [In Memory of Robert Warden Lee; Cape Town etc.] 27–42; vgl. jetzt auch mein *Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad* (= *Rechtshistorische Cahiers*, 6; Deventer 1982) 18–23).

<sup>106</sup> Lib. 9, tit. 2, § 41 (Ed. 1823, 238).

<sup>107</sup> C. F. Hommel, *Litteratura juris*, 2. Aufl., Lipsiae 1779, cap. 20 § 7, S. 258 (*Landsberg* (oben Anm. 53) [Noten] 109 zitiert versehentlich ‚*Haubold, Litteratura juris*‘). Der bezügliche Passus steht in dem Kapitel ‚De furtis litterariis iureconsultorum aliisque fraudibus‘ zwischen vielen anderen Verdächtigungen. Nach der Erwähnung einer Beschuldigung, daß Heineccius für seine *Elementa Pandectarum* reichlich aus Westenberg's *Principia* geschöpft habe, sagt Hommel: ‚Sed hunc ipsum Westenbergium Pandectas suas ex Praelectionibus Noodtii hausisse atque hunc saepius de eo conquestum esse mihi per litteras significavit Uhlius‘.

<sup>108</sup> Über die Versuche das Prätorische Edict herzustellen (in *Civilistisches Magazin von Hofrat Hugo*, 2. Band, zweite abgekürzte Ausgabe, Berlin 1804, 289–328) 311–313; er weist darauf hin, daß Westenberg selbst in der Vorrede zur 2. Ausgabe seiner *Principia* (1732) von Verleumdungen durch einen Ungenannten spricht.

<sup>109</sup> Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, Dritter Versuch (Berlin 1830) 465–466.

<sup>110</sup> Vgl. was oben, Anm. 12, zum Verhältnis von Westenberg zu Noodt gesagt worden ist. *Püttmann* in *Opuscula I* (oben Anm. 4), S. IV sagt übrigens, daß er Westenberg über Noodt setze.

<sup>111</sup> A. a. O. (oben Anm. 105).

<sup>112</sup> Vgl. dazu oben Anm. 62.

naturrechtliche Interpretationen des römischen Rechts, die man in einem ‚textualischen‘ Kompendium kaum erwarten würde<sup>113</sup>.

Ob wir Westenbergs wirklich in einem Atemzug mit Vinnius, Huber, Voet, Noodt und Schulting nennen sollen<sup>114</sup>, wage ich nicht zu entscheiden. Der Einfluß seines Pandektenkompendiums ist jedoch offenbar nicht nur in den Niederlanden, sondern auch in Deutschland und Österreich groß gewesen. Und schließlich verdienen auch seine anderen Schriften mehr Beachtung, als sie bis jetzt gefunden haben<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Vgl. oben Anm. 106.

<sup>114</sup> Vgl. *Wieacker*, oben Anm. 3.

<sup>115</sup> Bei der Vorbereitung und der Abfassung dieses Aufsatzes ist mir von vielen Seiten Hilfe geboten worden. Außer den in den Anmerkungen 27, 28, 31 u. 50 schon genannten Personen möchte ich hier noch danken: Frau Margreet Ahsmann (Leiden), Frä. Marguerite Duynstee (Leiden), Herrn M. Engels (Leeuwarden), Herrn Prof. Dr. R. Knütel (Bonn), Herrn W. R. H. Koops (Groningen), Herrn Prof. Dr. K. Luig (Passau), Herrn Dr. F. Ranieri (Frankfurt), Frau Dr. C. M. Ridderikhoff (Diemen) und Herrn F. P. W. Soetermeer (Utrecht).

# De ‚vindicatio pignoris‘ zwischen ‚ius civile‘ und ‚ius praetorium‘

MAX KASER

## I. Problemstellung<sup>1</sup>

1. Der Name *vind(icatio) pign(oris)*, der erst in der späteren Klassik belegt ist<sup>2</sup>, erweckt den Anschein einer Anomalie: Der altzivile Ausdruck *vindicatio* bezeichnet hier eine prätorische Klage. Häufiger ist sie uns allerdings unter anderen Namen überliefert: *actio Serviana*, *quasi Serviana*, *pigneraticia (in rem)*<sup>3</sup>, *hypothecaria*<sup>4</sup>. Diese Vielfalt verlangt nach einer Erklärung.

Die älteste Bezeichnung, *actio Serviana*, geht auf eine möglicherweise von Servius Sulpicius Rufus<sup>5</sup> (Konsul 51 v. Chr.) erfundene Schöpfung zurück, die *actio in rem*, mit der der Landverpächter die ihm vom

<sup>1</sup> Diese Abhandlung und die in A. 40 angeführte, die unter dem Titel ‚Nochmals zum *in bonis habere*‘ in der Festgabe für Paul van Warmelo (Pretoria) erscheinen wird, führen meine bisherigen pfandrechtlichen Untersuchungen weiter. Als Grundlage dienen mir meine ‚Studien zum römischen Pfandrecht‘, auf die ich für die Begründungen der dort entwickelten Thesen aus den Quellen und der Literatur verweise. Sie wurden erstmals in drei Abhandlungen veröffentlicht, nach denen sie im folgenden zitiert werden: TR 44 (1976) 233–289; TR 47 (1979) 195–234 und 319–345; SDHI 45 (1979) 1–92. Neudrucke davon mit Nachträgen, Ergänzungen und Berichtigungen sind als Buch: ‚Studien zum römischen Pfandrecht‘ (hier abgekürzt: ‚Stud.‘) 1982 in der Reihe ‚Antiqua‘ Nr. 16 bei Jovene in Neapel erschienen. – Weitere Abkürzungen (außer den üblichen): RP 1 und 2 = Kaser, Das römische Privatrecht 1<sup>2</sup> (1971), 2<sup>2</sup> (1975); – RZ = Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht (1966). Nur mit dem Namen zitiert wird: Wubbe, Res aliena pignori data (1960).

<sup>2</sup> Die Stellen nach dem VIR und anderen Wortindizes: Scaev. D. 13.7.43 pr.; Paul. D. 20.1.28; eod. 29 pr.; Marci. D. 20.1.16.3; 20.4.12 pr.; Gord. C. 8.25.4; Diocl. C. 4.10.7 pr.; 4.24.10.2; 8.31.2; – nicht PS 5.26.4 (zur eigenmächtigen Pfandnahme, s. SDHI 45,9). Für eine zivile *vind. pign.* geben diese Stellen, entgegen d’Ors, Iura 20 (1969) 98 A. 153, keinen Anhalt. Nichts beweisen insoweit Paul. D. 5.3.19 pr. (*specialis petitio* gegenüber der *hered. pet.*) und 20.1.18, s. die Abh. u. A. 40 in A. 78.

<sup>3</sup> *in rem*, als Gegensatz zur technisch als *actio pigneraticia* bezeichneten obligationenrechtlichen Klage (u. A. 103), wird nicht immer beigefügt. Alle Stellen (seit Marcell. D. 44.2.19) s. in SDHI 45,27 A. 91 (nachzutragen: Paul. D. 12.6.13 pr.).

<sup>4</sup> Die Stellen (seit Gaius) in SDHI 45,27 A. 92. Zur Herkunft und Bedeutung des griechischen Lehnworts s. SDHI 45,3 ff zur Lit., insb. Wagner, Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der röm. Generalverpfändung (1967) 22.

<sup>5</sup> Lit.: TR 44,240 A. 44; Kunkel, SZ 90 (1973) 151.

Pächter ausdrücklich oder stillschweigend verpfändeten *invecta et illata*<sup>6</sup> einklagt<sup>7</sup>. Julian hat diese Klage verallgemeinert, indem er, vermutlich einer fallweise bereits vor ihm geübten Formelpraxis folgend, eine ihr gleichartige Formel für *alle* (privatrechtlichen) Verpfändungen gebildet hat, also für Forderungen aller Art und an verpfändbaren Gegenständen aller Art. Diese Formel wurde für Verpfändungen *ohne*, aber auch *mit* sofortiger Besitzüberlassung an den Gläubiger benutzt<sup>8</sup>. In das Edikt wurde, wohl gleichfalls von Julian, diese allgemeine Formel gestellt, und zwar auch für die Zwecke des Verpächterpfandes; die in der allgemeinen Formel genannte Einzelsache ließ sich als Blankettwort verstehen, für das sich alle anderen verpfändbaren Gegenstände, auch Sachinbegriffe (wie die Illaten, aber auch ganze Vermögen) einsetzen ließen. Die Handhabung bei solchen Inbegriffen wurde dann der Auslegung überlassen<sup>9</sup>.

Julian übertrug den Namen *actio Serviana* auf seine neue Formel und fügte sie an Stelle der Verpächterformel unter der Ediktsrubrik ‚*De formula Serviana*‘ ein<sup>10</sup>. Die späteren Juristen sind ihm darin gefolgt. Nur Gaius hat, wohl für den Schulgebrauch, den Namen *Serviana* auf die in der weiterbenutzten älteren Literatur behandelte Verpächterformel beschränkt<sup>11</sup> und für die verallgemeinerte den Ausdruck *act. quasi Serviana* gewählt<sup>12</sup>, der sich aber nicht durchgesetzt hat. Die späteren Juristen verwenden dann neben *Serviana* auch die Bezeichnungen *pigneraticia*, *hypothecaria* und *vind. pign.* Diese drei Namen mögen benutzt worden sein, um der Verwechslung der neuen *Serviana* mit der alten Verpächterformel<sup>13</sup> entgegenzuwirken<sup>14</sup>.

2. Rätselhaft wirkt jedoch der auf eine zivile Grundlage weisende Name *vind. pign.* Eine Erfindung der Kompilatoren, zu deren Zeit der Gegensatz von *ius civile* und *ius honorarium* längst bedeutungslos geworden

<sup>6</sup> Scaev. D. 20.1.32 *inducta invecta importata ibi nata paratave*. Diese vollzählige Reihe stammt wohl aus einem Pachtformular und ist daraus in die vermutbare Formel des *interdictum Salvianum* übergegangen, s. SDHI 45,14 A. 49; 16.

<sup>7</sup> TR 44,240 ff.; s. auch SDHI 45,19 ff.

<sup>8</sup> SDHI 45,29, s. Iul. D. 13.7.28 pr. und Ulp. D. 9.4.36.

<sup>9</sup> Näheres in SDHI 45,25 ff. Die Verpächterformel ließ sich, auch wenn sie nicht mehr im Edikt stand, dabei weiterverwenden.

<sup>10</sup> Lenel, EP<sup>3</sup> (1927) 493.

<sup>11</sup> Außer in D. 20.6.2, wo er offenbar Julian zitiert; s. SDHI 45,24 A. 79.

<sup>12</sup> Inst. 4.6.7 und 31 sowie D. 16.1.13.1; SDHI 45,21 f mit Lit., dazu noch Liebs, Index 1 (1970) 173 A. 102. Gegen den dort zitierten Watson, SDHI 27 (1961) 356 ff s. jedoch das von mir in SDHI 45,28 f Ausgeführte.

<sup>13</sup> Oder mit der konkursrechtlichen *Serviana*, Gai. 4.35 i. f.; RZ 311 A. 29, 30.

<sup>14</sup> Daß man den Namen *act. pigneraticia* (o. A. 3) trotz der Namensgleichheit mit der persönlichen Pfandklage verwendet, zeigt, wie sehr sich die Juristen bei ihren fachkundigen Lesern, auch bei ihrem Nachwuchs, auf das richtige Verständnis verlassen konnten.

war, findet in unseren Quellen keinen Anhalt. In Justinians eigenen Gesetzen kommt er nicht vor<sup>15</sup>. Daß die Kompilatoren sich die Mühe gemacht haben sollten, ihn den klassischen Quellen aufzupropfen, hätte keinen verständlichen Sinn gehabt.

*Vindicare*, -*atio* bezeichnet sonst immer nur zivile Klagen. Dies gilt auch für *vindicare servitutum*<sup>16</sup> und *usumfructum*<sup>17</sup>. Wo der Prätor die *rei vindicatio* erweitert, gebraucht er den Zusatz *utilis*<sup>18</sup>; und ebenso verfährt er bei dem offenbar von Fall zu Fall anerkannten Schutz ‚prätorischer Servituten‘<sup>19</sup> und eines ‚prätorischen Ususfrukts‘<sup>20</sup>. Nur prätorischen Schutz genießen ferner der Vektigalist<sup>21</sup> und der Superfiziar<sup>22</sup>. Die *actio Publiciana* aber wird nirgends als eine *vindicatio* bezeichnet; auch nicht in den umstrittenen Stellen, in denen sie einem ‚prätorischen‘ Servituts- oder Nießbrauchsberechtigten<sup>23</sup> oder einem Erbpächter oder Superfiziar<sup>24</sup> zustehen soll. Außerhalb der *vind. pign.* wird also die Terminologie reinlich geschieden.

<sup>15</sup> Aus nachklassischen Gesetzen s. *pignus vel hypothecam vindicare* nur in CT 4.14.1 pr. (424) = C. 7.39.3 pr.

<sup>16</sup> Rubrik ‚*Si servitus vindicetur*‘ in D. 8.5, dazu Lenel, EP 191.

<sup>17</sup> Vat. 92 (auct. inc.) *proponi etiam ei interdictum, quem usum fructum vindicari velit*. Das Edikt hat dagegen offenbar ‚*Si usus fructus petetur*‘ (D. 7.6; Lenel 190: *petatur*, vgl. ebenda 176 ‚*Si hereditas petatur*‘, rubr. PS 1. 13 b; D. 5.4).

<sup>18</sup> RP 1,432 A. 2 mit Lit., dazu noch Valiño, *Actiones utiles* (1974) 225 ff. Zur Pfandklage als *actio utilis* s. u. VI, 2.

<sup>19</sup> Vgl. Grosso, *Le servitù prediali* (1965) 204 ff; 207 ff, insb. 213 f, zu Scaev. D. 39.3.26; Ulp. D. 8.5.10 pr. (*ut. act.*); Diocl. C. 3.34.7, vielleicht auch Ulp. D. 39.3.1.23; Alf.-Paul. eod. 2.5. Zweifelhafte ist mir die Verdächtigung der *actio utilis* an Stelle eines Interdikts nach Valiño 390 ff.

<sup>20</sup> Hierher gehört besonders der Fall der Ususfruktsbestellung durch ein Fideikommiß zu Lasten eines Vindikationslegatars, s. Marcell.-Ulp. D. 7.4.29.2 (*ut. act.*), ferner Ulp. vat. 61 = D. 7.4.1 pr. (hier bezeichnet die *actio de usu fructu* die Klage sowohl aus dem zivilen wie aus dem prätorischen *ususfructus*) u. a., s. Grosso, *Usufrutto*<sup>2</sup> (1958) 316 f; 363 ff; 366 ff; Valiño 272 ff; Ankum, RIDA<sup>3</sup> 24 (1977) 133 ff (bes. zu Ulp. D. 7.1.25.7). – Allgemein zur prätorischen *Servitut* Ulp. D. 43.18.1.9; Grosso 285; Valiño 81 f.

<sup>21</sup> Pap. D. 21.2.66 pr. *actio quae de fundo vectigali proposita est*; Paul. D. 6.3.1.1 in *rem actio*; Ulp. D. 39.2.15.26 *vectigalis actio*. Vgl. RP 1,435 A. 9 mit Lit., weitere in 2,128 A. 2, dazu noch Grosso (o. A. 19) 95; 207; 285; Schlichting (u. A. 71) 128 A. 2; Valiño 80 f; Selb, St. Biscardi 3 (1982) 335 und u. A. 113.

<sup>22</sup> Edikt Ulp. D. 43.18.1 pr. i. f. ‚*si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*‘, dazu eod. § 3. Vgl. RP 1,436 A. 20 mit Lit.

<sup>23</sup> Nach Ulp. D. 6.2.11.1, wenn diese Berechtigung durch bloße *traditio* erworben wurde. Aber die Ersitzungsfiktion der *a. Publ.* scheidet hier daran, daß es an *res incorporales* weder *traditio* noch *usucapio* gibt (Gai. 2.28; Gai. D. 41.1.43.1; Pap. D. 41.3.44.5; Paul. D. 8.1.14 pr.). Fr. 11.1 gilt heute wohl allgemein als unecht, s. die Lit. in RP 1,447 A. 81; 452 A. 46; 2,302 A. 12.

<sup>24</sup> Paul. D. 6.2.12.2/3. Vgl. zu § 2 die Lit. in RP 1,455 A. 6; 2,311 A. 26; zu § 3 in RP 1,456 A. 18.

## II. ‚Legis actio sacramento in rem‘, ‚Fiducia‘

1. Im Pfandrecht ist die prätorische Klage die *einzige actio in rem*. Warum aber hat man dem Pfandgläubiger nicht gleichfalls primär eine zivile Klage gegeben, die den Namen *vind. pign.* mit vollem Recht trüge?

Die Erklärung hat von der Vorgeschichte dieser Klage auszugehen. Sie liegt für den gerichtlichen Schutz aller dinglichen Rechte bei der *legis actio sacramento in rem* als allgemeiner Vindikationsklage, die glaubhafterweise einmal als Vorstufe auch für den Schutz der inhaltlich beschränkten Sachenrechte, besonders der Servituten<sup>25</sup>, gedient hat. Da eine mit dinglichem Schutz ausgestattete Sachverpfändung verhältnismäßig früh denkbar ist, jedenfalls vor der erst im letzten Jahrhundert v. Chr. aufgekommenen *act. Serviana*<sup>26</sup>, wird mit der Verwendung des Sakramentsverfahrens auch für diesen Zweck gerechnet werden dürfen. Daß es daneben noch andere Wege zur Befriedigung des Gläubigers aus der Pfandsache gegeben hat, besonders Zugriffsrechte in erlaubter Eigenmacht<sup>27</sup>, die vor allem in Fällen ‚besitzloser‘ Verpfändung praktiziert wurden, steht einer Verfolgbarkeit mittels *legis actio sacramento* nicht im Wege.

Diese *legis actio* schließt mit ihrem ‚*meum esse ex iure Quiritium*‘ einen weiten und mehrschichtigen Zuordnungsbegriff ein. In der späteren Republik wird sie jedoch nach den Gegenständen aufgespalten und von Einzelklagen abgelöst, die – soweit nicht ausnahmsweise am Sakramentsprozeß festgehalten wird (Gai. 4.31) – im Formularprozeß geltendgemacht werden können: die *vindicatio rei*, *servitutis*, *ususfructus*, *in servitutum*, *in libertatem*, auch die *hereditatis petitio*. Warum aber fehlt in dieser Reihe die *vind. pign.*?

2. Das überrascht um so mehr, als bei dem anderen Pfandgeschäft, das gleichfalls schon unter der Alleinherrschaft der *leg. act. sacramento (in rem)* existiert hat, der *fiducia (cum creditore contracta)*, ein ziviler Klagschutz außer Zweifel steht: die *rei vindicatio* des Fiduziars als Eigentümers der ihm treuhänderisch manzipierten oder injurezedierten *res mancipi*. Doch bestehen beim dinglichen Schutz des Pfandgläubigers zwischen *fiducia* und *pignus* tiefgreifende Unterschiede.

Bei der *fiducia* steht der Gläubiger (Fiduziar) in der Beweisfrage nicht anders da als andere Vindikanten, die den Gegenstand durch *mancipatio*

<sup>25</sup> Vgl. zur Lit. etwa mein RP 1,143 f; TR 44,255; 257. Näheres demnächst anderswo.

<sup>26</sup> Zur Frühgeschichte, besonders zu den Plautus-Stellen, s. ‚Stud.‘ (o. A. 1) 255 mit Lit.

<sup>27</sup> Vgl. SDHI 45,7–11 zu den Stellen in Cato agr. und bei den Juristen, ferner zu dem von Kunkel, SZ 90 (1973) 150 ff beobachteten ‚Ersatzpfand‘.

oder *in iure cessio* erworben haben. Gelingt ihm der Nachweis eines dieser Formalakte (wobei ihm im Fall der *mancipatio* noch der Zeugniszwang gegen die Formpersonen nach XII Taf. 8.22, im Fall der *in iure cessio* vermutlich ein amtliches Zeugnis zu Hilfe kommt), so kann er die Beweishilfe seines Veräußerers anrufen. Wird ihm vom Gegner entgegengehalten, der Veräußerer sei nicht der Eigentümer gewesen, so steht ihm außerdem der Nachweis offen, er selbst oder einer seiner Vormänner habe den Gegenstand ein oder zwei Jahre besessen, wodurch er nach der *usus auctoritas*-Regel von XII Taf. 6.3 an der Sache regelmäßig eine gegen jedermann gesicherte Position gewonnen hat. Später verlangt man vom Kläger noch den weiteren Nachweis, daß er den Gegenstand *ex iusta causa* erworben hat. Gelingen dem Fiduziar diese Beweise, so kann ihm der Gegner hauptsächlich nur noch einen der Ausnahmesätze von jener ‚Ersitzungs- (oder Verschweigungs-)regel‘ entgegenhalten, namentlich den Satz, daß die Sache eine gestohlene sei (XII Taf. 8.17, später die *lex Atinia*).

Ist der Fiduziar trotz allem seinem Gegenvindikanten unterlegen, so daß er die Sache nicht von diesem herausgegeben erhält (oder, wenn er sie selbst besitzt, dem Gegner herausgeben muß), dann haftet ihm der Fiduziant, der sie ihm manzipiert hat, als *auctor*, und zwar in den Regelfällen auf das Doppelte der Darlehenssumme, die fiduziarisch gesichert werden sollte. Denn die Darlehensgewährung gegen *fiducia* galt wohl als ein Austauschgeschäft, bei dem die Kreditsumme einem Kaufpreis gleichgehalten wurde<sup>28</sup>. Die drohende Auktoritätshaftung wird den Fiduzianten nachdrücklich dazu gedrängt haben, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um die Eviktion vom Fiduziar fernzuhalten.

### III. Das Beweisproblem beim ‚*pignus*‘

Beim *pignus* hingegen ist der Pfandgläubiger schlechter dran als der Fiduziar, weil er nicht Eigentümer wird, sondern das Eigentum beim Verpfänder bleibt. Hätte es eine zivile *vind. pign.* gegeben, dann hätte folgerichtig der klagende Gläubiger, weil er sein Recht von dem des Verpfänders herleitet, das Eigentum des Verpfänders zu beweisen gehabt. Für seine Erfolgsaussichten ist hier zu unterscheiden:

1. Solange dem *pignus*-Gläubiger die *legis actio sacramento in rem* offenstand, erscheint seine Beweisposition im ganzen wohl erträglich. Verlangt er – gleich ob ihm die Sache besitzlos verpfändet worden war, oder ob er seinen Pfandbesitz nachträglich verloren hatte – vom gegenwärtigen Besitzer die Herausgabe, so mußte gewiß auch er sein Pfand-

<sup>28</sup> Nach Art eines Verkaufs mit Rückkaufsvorbehalt. Vgl. RP 1,144; seither *Biscardi*, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano* (1970) 34 ff.

recht beweisen, das auf jener Stufe als ein ihm vom Volleigentümer eingeräumtes, inhaltlich beschränktes ‚Pfandeigentum‘ verstanden wurde<sup>29</sup>. Da aber der dingliche Sakramentsprozeß, bei dem *beide* Parteien ein ‚*meum esse*‘ behaupteten, als Streit um das ‚*bessere*‘ Recht an der Sache verstanden wurde<sup>30</sup>, konnte man sich bei der Frage, was der Kläger zu beweisen hatte, mit geringeren Anforderungen begnügen als nach späterem Recht (u. Z. 4). Bewies er den Verpfändungsvorgang, indem er den Verpfänder als Zeugen vor den Judex mitbrachte oder andere Beweise vorlegte, und konnte der besitzende Beklagte weder beweisen, daß er der wahre Berechtigte war, noch das vom klagenden Gläubiger behauptete Recht widerlegen, dann wurde die Sache dem Kläger zugesprochen. Die Vorgeschichte der Sache, also bei derivativem Erwerb die Erwerbsvorgänge bei den Vormännern, die schließlich zum Erwerb des Verpfänders geführt hatten, wird man dabei in der Praxis häufig außer Betracht gelassen haben, sofern nicht der Beklagte daraus rechtliche Folgerungen zu seinem Vorteil herleiten und darüber Beweise führen konnte; z. B. wenn er beweisen konnte, daß die Sache einem wahren Berechtigten, wer immer dies war, einmal gestohlen worden war.

2. Die Beweisfrage konnte jedoch für den Kläger zu einem ernsten Problem werden, seitdem man von ihm nicht mehr nur den Beweis seines ‚relativen‘ Eigentums als Besserberechtigung im Verhältnis zum konkreten Gegner verlangte, sondern den Beweis eines Tatbestandes, der ihm eine gegenüber jedermann bessere, also in diesem Sinn ‚absolute‘ Eigentümerstellung verschaffte. Diese Wendung wurde bei der *rei vindicatio* mit dem Übergang zum Sponsionsprozeß und weiter zur *formula petitoria* vollzogen. Bei diesen Verfahren wurde das Eigentum nur mehr von *einer* Partei, dem Kläger, behauptet, der jetzt sein ‚absolutes‘ Eigentum bei derivativem Erwerb im Prinzip dadurch zu beweisen hatte, daß er die Erwerbsvorgänge bei seinen Vormännern bis zu einem originären Erwerber – etwa einem, der den Gegenstand ersessen hatte – zurückverfolgte. Diese Belastung konnte, konsequent durchgeführt, jene Schwierigkeit erreichen, für die nachmals das Schlagwort der ‚*probatio diabolica*‘ geprägt wurde<sup>31</sup>. Traf dies schon für die *rei vindicatio* zu,

<sup>29</sup> Näheres zu dieser Deutung s. in TR 44,248 f; 257 f und den dort Zitierten, sowie in der Abh. für *van Warmelo* (o. A. 1) A. 21; außerdem auch hierüber demnächst noch anderswo.

<sup>30</sup> S. die Ankündigung in der vorigen Anm. und einstweilen TR 44,260 A. 167 mit RP 1,124 f; 2,573; SDHI 45,19; ‚Stud.‘ (o. A. 1) 257, überall mit Lit.

<sup>31</sup> Aus der Lit. zu ihr vgl. *Sturm*, RIDA<sup>3</sup> 9 (1962) 363 ff; *Kiefner*, SZ 81 (1964) 212 ff; *Diósdí*, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970) 160 ff; *Wieacker*, SZ 89 (1972) 423; *Apathy*, Die publizianische Klage (1981) 15; *St. Sanfilippo* 1 (1982) 30; jetzt insb. *Benedek*, St. Biscardi 4 (1983) 445 ff.

bei der der Kläger sein eigenes Eigentum zu beweisen hatte, so wäre die Last ins Unerträgliche gesteigert worden, wenn der Pfandgläubiger bei der dinglichen Pfandklage das (quiritische) Eigentum seines Verpfänders zu beweisen gehabt hätte. Doch ist hier weiter zu unterscheiden:

3. Ist die als *pignus* verpfändete Sache eines *res Mancipi*, die der Verpfänder durch *mancipatio* erworben hat, dann kommt diesem sowohl der erwähnte Zeugniszwang nach XII T. 8.22 wie auch im Fall, daß er die Sache gekauft hatte, die Auktoritätshaftung seines Verkäufers zugute. Die Lage ist dann in der Person des Verpfänders ähnlich wie die des Fiduzianten bei der *fiducia* (o. II,2). Aber eine *res Mancipi* konnte sich der Gläubiger von vornherein, statt als *pignus*, als *fiducia* erteilen lassen, bei der er die genannten Vorteile sich selbst verschaffte und nicht, wie beim *pignus*, nur dem Verpfänder.

4. Als *pignus* werden daher, mindestens in früherer Zeit, hauptsächlich *res nec Mancipi* bestellt worden sein. Bei diesen aber (und ähnlich, wenn dem Verpfänder eine *res Mancipi* injurezediert worden war) standen dem Gläubiger die oben (II,2) genannten Druckmittel nicht zu Gebote. Er mußte daher in ‚selbständiger‘ Beweisführung das Eigentum seines Verpfänders nachweisen, dessen Hilfe ihm dabei unentbehrlich war. Doch fragt es sich hier, wie er diese Hilfe erreichen konnte, und ob der Verpfänder zu einem vollständigen Eigentumsbeweis überhaupt imstande war.

Die Beweishilfe des Verpfänders bestand in seiner Zeugnisleistung, allenfalls ergänzt durch Urkunden oder andere Beweismittel, vor dem *Judex*. Doch war ein allgemeiner Zwang zum Prozeßzeugnis im Zivilprozeß jener Zeit nicht anerkannt<sup>32</sup>. Dazu kommt, daß im älteren Recht der Pfandgläubiger den Verpfänder zur Prozeßhilfe auch nicht dadurch drängen konnte, daß er ihm androhte, er werde im Fall, daß er selbst in einem Eviktionsprozeß unterliegen sollte, gegen ihn *Regreß* nehmen. Der Verpfänder haftet in der klassischen Zeit zwar dem Gläubiger aus Arglist mit der *actio de dolo* und später mit der *actio pigneraticia contraria*, mit dieser fallweise auch ohne Arglist aus dem Gedanken einer Eviktionsgarantie<sup>33</sup>. Doch reicht dieser Schutz nicht weit zurück<sup>34</sup>. Vorher hätte sich der Gläubiger, um sicherzugehen, schon bei dem Verpfändungsgeschäft eine Eviktionsgarantie in Stipulationsform versprechen

<sup>32</sup> RZ 281 f.

<sup>33</sup> Ulp. D. 13.7.36.1; eod. 9 pr.; 21.2.38; Paul. eod. 16.1; Diocl. C. 8.15.6; Näheres in TR 47,223 ff.

<sup>34</sup> Die *actio de dolo* hat C. Aquilius Gallus (Prätor 66 v. Chr.) erfunden. Die *actio pigneraticia contraria* gehört wohl erst der nachgajanischen Zeit an; TR 47,223 ff, weiteres in SZ 101 (1984) 85 A. 390.

lassen müssen; allenfalls mit Erstreckung auf die Erben des Verpfänders und mit Bürgensicherung. Doch ist uns ein solches Garantiegeschäft zugunsten des *Pfandgläubigers* nicht überliefert<sup>35</sup>.

Als Pressionsmittel, um den Verpfänder zur Prozeßhilfe zu bestimmen, kommt hiernach nur der allgemeine Grundsatz in Betracht, daß die Beweishilfe im Prozeß als Gegenstand einer starken *sittlichen* Verpflichtung anerkannt war<sup>36</sup>. Man mag ihr in der römischen Gesellschaft im Bewußtsein nachgekommen sein, daß jedermann einmal einer ähnlichen Hilfe seiner Mitbürger bedürftig werden könnte. Doch ist dabei immer vorausgesetzt, daß der Verpfänder nicht durch Tod oder Abwesenheit zur Prozeßhilfe überhaupt außerstande war.

Aber selbst im Fall seiner Bereitschaft konnte seine Fähigkeit zum vollständigen Beweis seines Eigentums bei abgeleiteter Erwerb aus denselben Gründen problematisch sein, die wir vorhin in Verbindung mit der ‚*probatio diabolica*‘ angeführt haben; mag sich auch die Strenge dieses Prinzips mit der Zeit gelockert haben<sup>37</sup>. In der Schutzlosigkeit des *pignus*-Gläubigers bei der Aufgabe, seinen Erwerb des Pfandes vom *quiritischen* Eigentümer zu beweisen, wird man den entscheidenden Grund erkennen dürfen, aus dem man keine zivile *vind. pign.* anerkannt hat.

5. Die Anpassung des dinglichen Pfandschutzes an die veränderte Eigentumsauffassung geschah vielmehr durch eine prätorische Klage, die *actio Serviana*; zunächst, um die Mitte des 1. Jh. v. Chr. (o. A. 5), nur für den Sonderfall des Verpächterpfandrechts, mag sich daran mit der Zeit auch für andere Pfandverhältnisse eine Gewährung nichtediktaler Klagen wohl nach Analogie der *rei vind.*, angeschlossen haben<sup>38</sup>. Solange es jedoch die servianische Klage und ihre (‚quasi-servianischen‘) Erweiterungen noch nicht gab, wird man sich weiterhin mit der zwar rudimentären, aber immerhin praktikablen Anwendung des Sakramentsprozesses begnügt haben.

<sup>35</sup> Die Quellen handeln von einer Eviktionsgarantie nur beim *Pfandverkauf* durch den unbefriedigten Gläubiger, auf die jedoch zumeist verzichtet wird, s. TR 47,211 A. 101; 225 f, Lit. 335 A. 308, auch 344 A. 355. Dabei wird indes als vereinzelte Juristenmeinung überliefert, daß der Käufer vom Verkäufer die Abtretung der *act. pign. contr.* verlangen (Ulp. D. 21.2.38 cit.) und nach Tryph. D. 20.5.12.1 sogar mit einer *actio utilis* unmittelbar gegen den Verpfänder vorgehen kann (TR 47, 225).

<sup>36</sup> Vgl. SDHI 45,90 f.

<sup>37</sup> Vgl. die Lit. o. A. 31. Ein deutliches Beispiel aus vorgerückter Zeit bietet Diocl. C. 4.19.12.

<sup>38</sup> Vgl. Iul. D. 8.1.16, u. VI, 2. Zur Sache *Kunkel* (o. A. 5) 152 ff, anders noch Kaser, SDHI 45,21 ff.

#### IV. Das ‚*in bonis habere*‘ bei der ‚*actio Serviana*‘

1. Die *a(ctio) Serv(iana)* verlangt vom klagenden Pfandgläubiger nicht mehr den Beweis des (absoluten) Eigentums des Verpfänders, sondern begnügt sich mit seinem *in bonis habere*. Was mit diesem aus der Sprache juristischer Laien stammenden, aber in bestimmten Anwendungen technisch gewordenen Ausdruck<sup>39</sup> gemeint ist, bedarf einer weiter ausholenden Untersuchung, die jedoch über den Rahmen dieses Festschriftbeitrags hinausginge, und für die ich auf meinen gleichzeitig abgeschlossenen und eingereichten Beitrag zur Festgabe für *Paul van Warmelo* (Pretoria)<sup>40</sup> verweisen muß. Die dort gewonnenen, mit ausführlichen Begründungen aus den Quellen und der Literatur dargestellten Ergebnisse, die im ganzen auf eine Verteidigung meiner vor mehr als zwei Jahrzehnten veröffentlichten Abhandlung zu diesem Gegenstand<sup>41</sup> gerichtet sind, kann ich im folgenden nur kurz zusammenfassen.

2. Was der umstrittene Begriff *in bonis esse, in bonis habere* bei der *a. Serv.* bedeutet, läßt sich aus den zahlreichen Quellen ableiten, die den in der *formula Serviana* für die Rolle des Verpfänders ausdrücklich überlieferten Ausdruck interpretieren<sup>42</sup>. Weitere Aufschlüsse ergibt eine Gegenüberstellung mit der *a(ctio) Publ(iciana)*, die der *a. Serv.* sachlich und entwicklungsgeschichtlich nahesteht<sup>43</sup>. Bei beiden Klagen geht es um Sachgewalten prätorischen Rechts, die dem zivilen (quiritischen) Eigentum zwar inhaltlich nahekommen, sich davon aber doch – und zwar auf ungleiche Weise – unterscheiden.

<sup>39</sup> Eine technische Verwendung bestreitet überhaupt die durch einzelne zutreffende Beobachtungen nützliche, aber mit manchen Übertreibungen und Vorurteilen belastete Abhandlung ‚*In bonis esse und nudum ius Quiritium*‘ von *Diósdí*, St. Volterra 2 (1971) 125 ff (auch enthalten in ‚Ownership‘ [o. A. 31] 166 ff). Er glaubt, „daß die Bezeichnung *in bonis esse* von den römischen Juristen folgerichtig in solchen Fällen angewandt wurde, wo man einen Ausdruck brauchte, um die Zugehörigkeit einer Sache bzw. einer Forderung zu einem Vermögen zu bezeichnen, ohne genauere Umschreibung des Rechtstitels“ (S. 136). Aber das ist nach den Quellen unhaltbar. S. gegen *Diósdí* schon *Wieacker*, SZ 89 (1972) 423 f und jetzt meine Abh. u. A. 40. – Bei der *a. Serv.* hat *Diósdí* das sogar in der Formel stehende *in bonis esse* vollständig vernachlässigt, s. u. A. 57.

<sup>40</sup> „Nochmals zu *in bonis habere*“.

<sup>41</sup> „*In bonis esse*“, SZ 78 (1961) 173 ff.

<sup>42</sup> Die Formel beginnt nach *Lenel*, EP 494 mit: ‚*Si paret inter Am.Am. et Lucium Titium convenisse, ut ea res Ao.Ao. pignori esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse . . .*‘. Die Stellen mit *in bonis esse (habere)* s. in EP 494 A. 9; TR 44, 243 A. 56.

<sup>43</sup> Die *a. Publ.* geht vermutlich auf den Prätor Q. Publicius von 67 v. Chr. zurück (RP 1,438 A. 2), hat also die Schöpfungszeit mit der *a. Serv.* ungefähr gemein, außerdem die Benennung nach dem Urheber. Näheres in TR 44,242; 260 (mit Lit.) und SDHI 45,19 f, auch SZ 78 (o. A. 41) 199; 204 f.

Die *a. Publ.*<sup>44</sup> wird dem ‚Usukapionsbesitzer‘ auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes erteilt, also demjenigen, der die Voraussetzungen der *usucapio* mit Ausnahme der vollendeten Usukapionsfrist erfüllt. Aus der fiktivisch gefaßten Formel<sup>45</sup> läßt sich entnehmen, daß dem Kläger der Nachweis seines aus einer *iusta causa* erworbenen Eigenbesitzes (*possidere*) obliegt, während dem Beklagten die Beweislast dafür überlassen ist, daß der Kläger beim Besitzerwerb *mala fide* war, oder daß die Sache eine nicht ersitzbare, z. B. eine *res furtiva*, ist. Der Vorteil gegenüber der *rei vindicatio* liegt darin, daß der Kläger bei derivativem Erwerb nur seinen eigenen rechtmäßigen und auf dauerndes Behalten gerichteten Besitzerwerb zu beweisen hat, nicht auch den seiner Vormänner bis zurück zu einem originären Erwerber.

Mit der *a. Publ.* dringt der Kläger als ein ‚fast, aber noch nicht‘-Eigentümer gegen jeden anderen, ‚schlechteren‘ Besitzer durch, nicht aber gegen den quiritischen Eigentümer. Durch diesen ‚relativen‘ dinglichen Schutz erweist sich die *a. Publ.* als historische Nachfolgerin der *legis actio sacramento in rem*, soweit diese auch demjenigen nützt, der zwar nicht ein gegen jedermann wirkendes, aber doch ein dem konkreten Gegner gegenüber ‚besseres‘ Recht an der Sache geltendmachen kann<sup>46</sup>.

Ausnahmsweise dringt jedoch der publizianische Kläger auch gegen den quiritischen Eigentümer durch<sup>47</sup>; das Schulbeispiel hierfür ist der Fall, daß er eine *res mancipi* vom Eigentümer nur tradiert erhalten hat<sup>48</sup>. Der Prätor, der hier auf den Formalismus des *ius civile* verzichtet, gibt dem Erwerber gegen die *rei vindicatio* des Veräußerers die *exceptio rei venditae et traditae* (oder allenfalls die *exc. doli* oder eine *in factum*). Ist gegenwärtiger Besitzer der quiritische Eigentümer, den der Erwerber

<sup>44</sup> Lit.: RP 1,438 f; 2,594, seither *Diósi* (o. A. 31) 154 ff. (dazu *Wieacker*, SZ 89,423), ferner *Apathy*, Die publizianische Klage (1981) 12 ff, sowie die Abhandlungen dieses Autors in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 23 ff (Lit.-übersicht 23 A. 5); SZ 99 (1982) 158 ff; eine weitere, für die *St. Guarino* bestimmte („Actio Publiciana ohne Ersitzungsbesitz“) hat mir der Verfasser dankenswerterweise im Ms. zugänglich gemacht.

<sup>45</sup> Gai. 4.36: ‚*Si quem hominem As.As. emit et is ei traditus est, anno possidisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, ...*‘ (weiter wie bei der *rei vindicatio*, *Lenel*, EP 185 f).

<sup>46</sup> Als ein solches wird schon bei der *legis actio sacramento in rem* vor allem der Usukapionsbesitz in Betracht gekommen sein. Fraglich ist dieses Verfahren dagegen in Fällen, die im Formularprozeß weder mit der *rei vind.* noch mit der *a. Publ.* verfolgbar waren, wie z. B. bei gutgläubigem Besitz einer (unersitzbaren) *res furtiva* gegenüber einem bösgläubigen.

<sup>47</sup> Zum Folgenden s. RP 1,403 f; 439.

<sup>48</sup> Gai. 2.19; 41 u. a., dazu die *Abh.* o. A. 40 unter III. Dort auch zu den weiteren Tatbeständen (s. SZ 78,179 ff, doch erscheint mir das dort zur *occupatio* der *res derelicta* Ausgeführte heute nicht mehr haltbar).

der tradierten *res Mancipi* mit der *a. Publ.* belangt, so erhält dieser gegen die *exceptio iusti domini* des Eigentümers eine *replicatio rei venditae et traditae* (oder *doli* oder *in factum*). Nur für diese Fallgruppe, die dadurch gekennzeichnet ist, daß der Erwerber den Gegenstand vom quiritischen Eigentümer selbst mit dessen Willen zu dauerndem Behalten empfangen hat<sup>49</sup>, ist uns hier der Ausdruck *in bonis esse* überliefert<sup>50</sup>, der hier mit der ‚Zugehörigkeit zu seinem Vermögen‘ einen ‚qualifizierten Usukapionsbesitz‘ bezeichnet. Anders als die sonstigen publizianischen Kläger, erhält der Erwerber hier eine ‚absolute‘, auch den quiritischen Eigentümer<sup>51</sup> abwehrende Position und damit eine nur vom Prätor anerkannte Art des *Eigentums*, für die der sonst dem quiritischen Eigentum vorbehaltene Name *dominium* nur vereinzelt untechnisch verwendet wird<sup>52</sup>. Von diesem *in bonis esse* leitet sich, vermittelt durch Theoph. 1.5.4, die heutige Bezeichnung als ‚bonitarisches‘ (oder ‚prätorisches‘) Eigentum her, die sich in diesem begrenzten Anwendungskreis als berechtigt verantworten läßt<sup>53</sup>.

3. Für die *actio Serviana* haben wir festgestellt<sup>54</sup>, daß der Prätor bei ihr zwar nicht das quiritische Eigentum des Verpfänders voraussetzt, aber das ‚bonitarische‘, das er hier als *in bonis esse* in der Formel nennt<sup>55</sup>. Auch hier bezeichnet der Ausdruck nicht einfach jeden Ersitzungsbesitz<sup>56</sup>, sondern nur den vorhin beschriebenen *qualifizierten*, wenn etwa

<sup>49</sup> Er wird darum auch nicht als *malae fidei possessor* aufgefaßt. – Die weiteren in A. 48 angedeuteten Empfänger erhalten die Sachen vom Prätor oder vom Judex zu dauerndem Behalten zugewiesen.

<sup>50</sup> Für den Erwerber von *res Mancipi* durch *traditio* in Gai. 2.41; für einen der weiteren Beispielsfälle, den vom Prätor *ex noxali causa* in den Besitz des nicht defendierten Sklaven Eingewiesenen, in Paul. D. 2.9.2.1 und 9.4.26.6 (die *a. Publ.* s. in Paul. D. 6.2.6).

<sup>51</sup> Sofern der Kläger die Sache von ihm erworben hat. Sonstige quiritische Eigentümer behalten ihr gegen jedermann wirkendes Recht.

<sup>52</sup> Beim *duplex dominium* in Gai. 2.41; vereinzelt noch in weiteren, vermutlich klassischen Stellen. Zu alledem s. die Abh. o. A. 40 unter III, 3/4.

<sup>53</sup> Das habe ich bereits in SZ 78,178 ff; 182 ff, insb. 184 vertreten, bin allerdings später – vgl. TR 44,244 A. 64; SDHI 45,16 A. 53; 25 A. 83 unter dem Eindruck der Äußerungen von Wubbe (o. A. 1) 75 A. 5; 76; Wieacker, TR 30 (1962) 65 ff; 68 ff und Feenstra, Symb. David 1 (1968) 65 ff – davon abgekommen. Meine erneute Untersuchung der Quellen läßt mich jedoch, wie in der Abh. o. A. 40 näher ausgeführt, zu meiner ursprünglichen Auffassung zurückkehren.

<sup>54</sup> S. die Abh. o. A. 40 unter V, außerdem schon seinerzeit SZ 78,197 ff, wovon ich jetzt nur in Einzelheiten abweiche.

<sup>55</sup> Oben A. 42. S. zuletzt TR 44,241 ff mit Lit.

<sup>56</sup> So besonders Wieacker, TR 30 (1962) 65 ff, dem ich an den o. A. 53 zitierten Stellen noch gefolgt bin; doch s. jetzt meine neue Stellungnahme zum Thema. Nicht annehmbar erscheint mir nach wie vor Wubbe 73 ff, der dem *in bonis esse* bei der *a. Publ.* wie bei der *a. Serv.* die weite und unbestimmte Deutung eines bloßen (freilich dem Gegner überlegenen) ‚Habens‘ beilegt (auch noch in SZ 89 [1972] 435 f).

der *quir.* Eigentümer die *res Mancipi* dem Verpfänder bloß tradiert hat; und auch hier gewährt der Prätor die erwähnten Einreden und Gegenreden (*exceptio* oder *replicatio rei venditae et traditae, doli, in factum*), mit denen der Pfandgläubiger sein Recht sogar gegen diesen quiritischen Eigentümer durchsetzen kann<sup>57</sup>. Der Prätor verlangt das bonitarische Eigentum beim Verpfänder, um damit die Position des Pfandgläubigers zu stärken, was diesem besonders beim Pfandverkauf zugutekommt: Ist das Pfand bei ihm nicht gelöst worden, hat er alles Interesse daran, dem Käufer den Gegenstand so zu verschaffen, daß dieser ihn behalten kann (*habere licere*); zumal da es üblich ist, daß der Pfandkäufer auf die Eviktionsgarantie verzichtet (o. A. 35), wofür er aber dem Verkäufer nur einen geringeren Preis zu zahlen bereit sein wird.

Die Quellen zur *a. Serv.* sind mit dieser Deutung vereinbar. Die Verwandtschaft mit der *a. Publ.*<sup>58</sup> schließt nicht aus, daß zwar diese Klage in ihrer regelmäßigen Anwendung sich mit dem einfachen Usukapionsbesitz des Klägers begnügt, daß aber in den Fällen des als *in bonis esse* gekennzeichneten qualifizierten Ersitzungsbesitzes sowohl bei ihr wie stets bei der *a. Serv.* strengere Anforderungen gestellt werden. Pap. D. 20.1.3 pr.<sup>59</sup> und Marci. D. 22.3.23<sup>60</sup> lassen die hier gegebene Deutung ohne weiteres zu<sup>61</sup>. Nähere Betrachtung verlangt nur Ulp. D. 20.1.21.1<sup>62</sup>, wo die Annahme eines Eingriffs der Kompilatoren nicht zu vermeiden ist. Wäre die Verpfändung der von einem *Nichteigentümer* gekauften und tradierten<sup>63</sup> Sache ohne weiteres wirksam, weil zu ihr der

<sup>57</sup> *Diósdí* hat das Vorhandensein des *in bonis esse* in der Klagformel der *a. Serv.* und in den daran angeschlossenen Juristentexten völlig übersehen.

<sup>58</sup> Oben A. 43. Vgl. Paul. D. 20.1.18.

<sup>59</sup> *in bonis ... fuisse*. Bei Besitzerwerb erst *nach* der Verpfändung erhält der Gläubiger eine *act. Serv. utilis*, s. die Stellen in TR 44,242 A. 54 und SDHI 45,25 A. 84.

<sup>60</sup> *rem pertinere ad debitorem* meint hier nichts anderes.

<sup>61</sup> Weitere Zeugnisse bieten vor allem die von *Wubbe* 98 ff; 108 ff; 114 ff; 220 ff; 253 ff eindrucksvoll analysierten Texte, für die ich auf SZ 78,205 ff verweisen kann. Wo die Juristen, neben *in bonis esse*, von *dominium* sprechen, wird – soweit nicht mit *dominus* der ‚Herr des Sklaven‘ gemeint ist – regelmäßig davon ausgegangen sein, daß die Sachen zugleich im bonitarischen und quiritischen Eigentum derselben Person stehen (vgl. Gai. 1.54 *ex utroque iure*; 2.41; *Wubbe* 14 f).

<sup>62</sup> *Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pigneravit, teneat, Servianae locus est et, si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Iulianus ait et habet rationem*. Vgl. SZ 78,202 f mit Lit., insb. *Wubbe* 90 ff; 221 f.

<sup>63</sup> Der Besitzerwerb des Verpfänders ist bei der *a. Serv.* wie bei der *a. Publ.* unerlässlich. Hat z. B. K eine *res Mancipi* vom Eigentümer V gekauft, und ist sie ihm zwar manzipiert, aber nicht tradiert worden, erhält K zwar die *rei vindicatio*, aber nicht die *a. Publ.*, obwohl ihm diese allenfalls den Eigentumsbeweis über die Vormänner erspart. Hat K die Sache besitzlos verpfändet, wird dem Pfandgläubiger die *a. Serv.* versagt, während er mit einer zivilen *vind. pign.*, hätte es sie gegeben, hätte durchdringen können.

‚einfache‘ Usukapionsbesitz genügt hätte, dann hätte es der *exceptio* und *replicatio* nicht bedurft; der Richter hätte ohne weiteres verurteilen müssen. Statt der bisherigen textkritischen Vorschläge<sup>64</sup> scheint mir heute am nächsten zu liegen, daß die Kompilatoren hinter *locus est* ein Stück gestrichen haben: Bei Ulpian hat der Eigentümer selbst den Sklaven dem Verpfänder verkauft, aber nicht manzipiert, sondern nur tradiert und ihn damit zum Bonitarier gemacht; ein Tatbestand, den die Kompilatoren beseitigen mußten<sup>65</sup>.

## V. Andere Weiterwirkungen des ‚zivilen‘ Ursprungs

Außer den aus Geschichte und Funktion der dinglichen Pfandklage gewonnenen Argumenten lassen sich für einen Anteil des *ius civile* am römischen Pfandrecht noch weitere Anzeichen anführen; vor allem solche aus dem Verhältnis der Rechtspositionen des Verpfänders und des Pfandgläubigers zueinander. Wäre das Pfandrecht, weil nur vom Prätor dinglich geschützt, eine rein honorarrechtliche Einrichtung gewesen, dann wäre, theoretisch gesehen, die Minderung an Rechtsmacht, die das quiritische Eigentum des Verpfänders durch das Pfandrecht erleidet, nur damit zu erklären, daß der Prätor, indem er das Pfandrecht dinglich schützt, *iuris civilis corrigendi gratia* eingreift (Pap. D. 1.1.7.1). Aber davon fehlen in unserer Überlieferung sichere Andeutungen; also werden wir damit rechnen dürfen, daß einzelne zivile Wirkungen mit dem Pfandrecht vielleicht von vornherein verbunden wurden. Wir haben uns mit diesen Erscheinungen bereits beschäftigt<sup>66</sup> und wollen uns fragen, wieviel daraus allenfalls für unser Thema zu gewinnen ist.

1. Ist ein Sklave Gegenstand einer Einzelverpfändung – also nicht eines Gesamtpfandrechts an einem Inventar, wie den *invecta et illata* –, so ist seine *Freilassung* nichtig, gleich ob sie in einer der zivilen oder der prätorischen Formen geschieht<sup>67</sup>. Eine zivile Norm vom Charakter einer *lex perfecta* hat es jedoch offenbar nicht gegeben<sup>68</sup>. Das Pfandrecht

<sup>64</sup> *Wubbe* und vormalig auch ich haben nachträglichen Eigentumserwerb des Verpfänders angenommen, der aus dem Text gestrichen wurde, und zwar *Wubbe* 93 mit der Lesung ‚*a domino redemptum teneat*‘, ich (in SZ 78,202) mit ‚*usucaptum teneat*‘. Aber diesen Konvaleszenzstatbestand (vgl. Iul.-Ulp. D. 44.4.4.32) hätten die Kompilatoren nicht zu eliminieren brauchen.

<sup>65</sup> Vgl. bei Justinian zur *a. Publ.* D. 6.2.1 pr.: *Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet . . .*.

<sup>66</sup> TR 44,261–289, dazu Nachträge in ‚Stud.‘ (o. A. 1) 257–261.

<sup>67</sup> TR 44,264 bei A. 192 f, dazu ‚Stud.‘ 258.

<sup>68</sup> *Dernburg*, Pfandrecht 2 (1864) 12 ff, der eine zivile Quelle in der *lex Aelia Sentia* gefunden zu haben glaubte, wurde von *F. Schulz*, SZ 48 (1928) 263 ff überzeugend widerlegt. Zur Beschränkung auf die Spezialverpfändung s. *H. Wagner*, SDHI 33 (1961) 163 ff (gegen *Schulz* 275 ff).