Eine neue Interpretation von D. 13.7.13 (1)

von Bertha BERGSMA - VAN KRIMPEN

(*Amsterdam*)

D. 13.7.13. Ulpianus *libro trigensimo* * *octavo ad edictum. Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.*

1. *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.*

* (*vicensimo* Labittus)

Eine neue Interpretation ! Ist es denn überhaupt noch möglich, eine neue Interpretation dieses Textes zu geben ? Es gibt ja eine grosse Menge von Literatur mit sehr verschiedenen Interpretationen von hervorragenden Romanisten (2). Dennoch will ich hier eine neue Interpretation vorschlagen, nachdem ich die verschiedenen Möglichkeiten entweder direkt oder indirekt zur Kenntnis genommen habe, und eben deshalb weil ich mit keiner dieser Interpretationen völlig einverstanden bin.

(1) Text eines Referats während der 32. Tagung der S.I.D.A. in Ankara. Mit vielen Dank für die Diskussionsbeiträge von WUBBE, ANKUM, WAGNER und WILLVONSEDER. Herrn Dr. Herbert WAGNER danke ich besonders für seine sprachlichen Korrekturen in mein Manuskript.

(2) Literatur:

DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen*

In Bezug auf *pignus*, speziell auf *furtum pignoris* findet man in der romanistischen Literatur unter anderen die folgenden Fragen.

Erstens: Wenn es im klassischen römischen Recht eine objektive Custodia-Haftung gegeben hat, haftete dann der Faustpfandgläubiger für *custodia* ?

Zweitens: Ist der Faustpfandgläubiger aktiv legitimiert zur *actio furti* auf Grund seines Sicherungsinteresses, auf

Rechts (Leipzig 1864) ;

HEUMANN/SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, v° *Custodia* (Iena 1907) ;

SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht* (Z.S.S. 1911) ;

LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano* (Parma 1903) ;

SCHULZ, Kritischer Bericht [dieses letzten Buches] in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* III, 14 (München und Berlin 1912) ;

Ernst LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II (Berlin 1922) ;

HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht* I. über Haftung für custodia (Weimar 1919) ;

KUNKEL, *Diligentia*, (Z.S.S. 1925) ;

WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter* (Weimar 1919) ;

LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia* (Milano 1938) ;

BURDESE, D. 20.5.7.pr. e D. 13.7.13.pr. (Iura 1952) ;

ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli 1958) ;

FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni, Garanzie reali* II (Padova 1963) :

ANKUM, *De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster* (Zwolle 1967) ;

VAN DEN BERGH, Rezension von « *De voorouders ...* » (Themis 1968) ;

WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs* (Z.S.S. 1968) ;

VERDAM, *D. 13.7.13.pr. - A case of furtum ?* in *Flores legum H.J. Scheltema oblati* (Groningen 1971) ;

MAC CORMACK, *Custodia and culpa* (Z.S.S. 1972) ;

KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sogenannten unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Erwin Seidl*, (Köln 1975) ;

VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare: custodia-liability or liability for failing custodia?* (T.v.Rg. 1975) ;

RASCÓN, *Pignus y custodia en el derecho romano clásico* (Oviedo 1976).

Grund seines Haftungsinteresses oder auf Grund dieser beiden Interessen ?

Es ist nicht meine Absicht, die Custodia-Frage hier zu behandeln. Aber ich kann diese Frage nicht völlig übergehen, weil in D. 13.7.13.1. von *custodia* gesprochen wird. Im voraus will ich aber sagen, dass ich mir noch nicht eine feste Meinung über die Custodia-Frage im Allgemeinen gebildet habe. Aber ich meine im Gegensatz zu Ankum (3), dass jedenfalls der Faustpfandgläubiger nicht für *custodia* im objektiven Sinne haftete.

Meiner Meinung nach sind die Texte, welche die Befürworter der Custodia-Haftung des Faustpfandgläubigers zur Unterstützung ihres Standpunktes beibringen mindestens zweideutig (4). Es gibt überdies auch Texte, die gegen die Custodia-Haftung des Faustpfandgläubigers sprechen (5) oder gar nicht von seiner Custodia-Haftung handeln (6), obwohl das Wort *custodia* vorliegt (7).

Nebenbei frage ich mich: Aus welchem Grund hätte der Faustpfandgläubiger für *custodia* gehaftet, während der *fiduciarius* höchstens für *culpa* haftete ? Beide Gläubiger haben die Verpflichtung die zur Sicherung ihrer Forderungen in Besitz oder Eigentum übertragenen Sachen zurückzugeben, wenn der *debitor* seine Schuld bezahlt hat. Und beide sind verpflichtet, das eventuelle *superfluum* abzutragen, nachdem sie die zur Sicherung ihrer Forderungen gegebenen Sachen verwertet haben. Wie reimt sich eine solche schwere Haftung des Gläubigers mit der Interessenlehre, wenn man mit dieser Lehre einverstanden ist ? Der Gläubiger empfängt zwar das *pignus* zur

(3) ANKUM, *Furtum fiduciae und furtum pignoris*, in diesem Band (S. 127 ff.).

(4) D. 47.2.12.2 ; C. 8.13.9. (Ist « *custodiam exhibere* » sprachlich identisch mit « *custodiam praestare* » ?).

(5) D. 42.5.9.5 ; D. 13.6.18.pr. in fine (itp?) ; C. 4.24.5.

(6) D. 13.7.30. Dieser Text handelt nicht von *pignus*, aber von *retentio* ohne oder mit Genehmigung des Debitors.

D. 13.7.13.1. In diesem Text handelt es sich um die Custodia-Haftung des Käufers einer verpfändeten Sache.

(7) HEUMANN/SECKEL, *op. cit.* 117.

Sicherung seiner Forderung, aber würde er sonst dem *debitor* einen Kredit gewährt haben ?

Kommen wir jetzt zur Besprechung von D. 13.7.13.

Der Fall ist folgender: Ein Faustpfandgläubiger hat beim Verkauf der ihm verpfändeten Sache mit dem Käufer verabredet, dass, wenn der *debitor* dem Käufer den Kaufpreis zurückzahlt, es ihm gestattet ist, seine Sache (*rem suam*) zurückzunehmen (*recipere*). Iulian hat gesagt, und das ist auch reskribiert, dass der Gläubiger wegen dieser Vereinbarung « *pigneraticiis actionibus* » verpflichtet ist dem *debitor* die *actio venditi* gegen den Käufer zu übertragen. Aber der *debitor* kann auch ohne Mandat direkt (*ipse*) klagen, entweder mit der *rei vindicatio* oder mit einer *actio in factum*. Das Fragment endet mit der Feststellung dass bei dieser *actio* (*in hac actione*) *dolus* und *culpa* in Betracht kommen wie bei Kommodat und nebenbei *custodia*, aber keine *vis maior*.

Dieser Text gibt zu allerhand Fragen Veranlassung, von denen ich hier die wichtigsten anführe:

1. Ist die *inscriptio* richtig ?
2. Was bedeutet hier « *recipere rem suam* » ?
3. Weshalf spricht der Text von « *pigneraticiis actionibus* » in der Mehrzahl ?
4. Ist der letzte Satz des Prinzipiums « *sed et ... agere* » authentisch ?
5. Was ist die Art der hier genannten *actio in factum* ?
6. Wer haftet für *dolus*, *culpa* und *custodia* ?

Obwohl diese Fragen nicht ohne weiteres zu erklären sind, will ich doch nicht zu schnell schliessen, dass dieser Text interpoliert sei, weill wir nach meiner Meinung nur dann an Interpolationen denken dürfen, wenn wir dafür einen wichtigen Grund, direkte Anhaltspunkte haben oder wenn wir erklären können, warum eine Interpolation notwendig war.

Es gibt Romanisten, die D. 13.7.13.1 als Beweis der Custodia-Haftung des Faustpfandgläubigers zitieren (*Venit autem in hac actione sc. pigneraticia ... et custodia*). So zum Beispiel

Seckel (7), Kunkel (8) (wenn auch zögernd), Schulz (9), Luzzatto (10), Frezza (11) und neulich noch Rascón (12). Arangio-Ruiz (13) deutet die Custodia-Haftung des Faustpfandgläubigers in einer speziellen Weise, wobei man eher an eine Culpa-Haftung denkt. Andere Romanisten aber nennen diesen Text so verdächtig, dass er für das klassische Recht keinerlei Beweiskraft habe. Das ist zum Beispiel die Ansicht Haymanns (14), der aber die Custodia-Haftung des Faustpfandgläubigers verneint.

Ich bin ebenso der Meinung, dass dieser Text keinerlei Beweiskraft für die Custodia-Haftung des Pfandgläubigers hat, nicht weil ich den Text so verdächtig erachte (15), aber weil er nicht von der Custodia-Haftung des Pfandgläubigers, sondern von der des Käufers handelt. Dass dieser Text in der Palingenesia in dem Kontext der *actio pigneraticia* zu finden ist, hat nicht zu bedeuten dass auch alle Aktionen in den vorhandenen Fragmenten von der *actio pigneraticia* handeln.

Wenn ich sage, dass dieser Text in dem Kontext der *actio pigneraticia* zu finden ist, schliesse ich mich der Hypothese von Labittus, Lenel und Bonfante an, in der *inscriptio* habe man statt « *trigensimo octavo* » ursprünglich « *vicensimo octavo* » geschrieben. Die sonstigen Fragmente Ulpians in D. 13.7., die dem Fragment 13 vorangehen oder folgen, sind auch seinem achtundzwanzigsten Buch entnommen, nämlich die Fragmente 9, 11 und 15. Nebenbei handelt das achtunddreissigste Buch über *furtum* (16). Und vom *furtum* ist in Fragment 13 nicht die

(7) Heumann/Seckel, *op. cit.* 117.
(8) Kunkel, *op. cit.* 282.
(9) Schulz, *op. cit.* 43f.
(10) Luzzatto, *op. cit.* 235, 238.
(11) Frezza, *op. cit.* 243.
(12) Rascón, *op. cit.*, 193 f.
(13) Arangio-Ruiz, *op. cit.* 138 ff
(14) Haymann, *op. cit.* 213, 218.
(15) Dass « *in hac actione* » sprachlich korrekt « *in hanc actionem* » lauten müsse, macht für mich den ganzen Text nicht ohne weiteres verdächtig.
(16) Die aus dem achtunddreissigsten Buch entnommenen Fragmente handeln fast alle ausdrücklich von *furtum*, jedenfalls von einem *delictum*

Rede, man müsste denn annehmen, dass der Faustpfandgläubiger die verpfändete Sache zu früh verkauft hätte oder dass kein *pactum de vendendo pignore* mit dem *debitor* vereinbart wäre (Cf. D. 47.2.74. Iavolenus *libro quinto decimo ex Cassio*). Das halten Verdam ([17]) und van den Bergh ([18]) für wahrscheinlich, aber dann muss ja viel hineininterpretieren.

Rekapitulierend: Ich bin also der Meinung, dass mit der *actio* in Par. 1 nicht eine *actio* gegen den Pfandgläubiger, sondern eine *actio* gegen den Käufer gemeint ist. Schon Haymann ([19]) hat 1919 geschrieben, dass es ganz ungewiss ist, ob « *in hac actione* » sich ursprünglich auf die Pfandklage bezog. Ich möchte weiter gehen und sagen, dass auch in den Justinianischen Digesten « *in hac actione* » sich nicht auf die Pfandklage bezieht. Das ist schon sprachlich zu verteidigen, weil die zuletzt genannte *actio* die *actio in factum* des Schuldners ist. Auch wenn man annimmt der letzte Satz des Prinzipiums sei interpoliert, bezieht sich « *in hac actione* » nicht auf die *actio pigneraticia* des Schuldners, sondern auf die zuvor genannte *actio venditi*. Dass von dieser *actio* (*hac actione*) erst in Par. 1 gesprochen wird, hat keine Bedeutung für die These, mit dieser actio sei die *actio pigneraticia* gemeint. Die Paragrapheneinteilung ist, wie bekannt, erst im Mittelalter gemacht. Dazu kommt noch, dass die Einzahl « *in hac actione* » nicht zu der Mehrzahl « *pigneraticiis actionibus* » im Prinzipium des Fragments passt. Weil die Mehrzahl in diesem Text fraglich ist, scheint mir dieses Argument nicht sehr stark.

Wesel ([20]) ist in Nachfolge von Ernst Levy ([21]) der Meinung, dass die Mehrzahl « *pigneraticiis actionibus* » eine Änderung der Kompilatoren ist. Die Hypothese von Karlowa und Segrè, der Plural sei eine Anspielung auf die Doppelformeln der Vertrags-

oder von einer *actio* auf Grund eines *delictum* (D. 47.2.33, D. 13.1.10, D. 13.1.12, D. 11.1.17, D. 47.2.93, D. 47.5.1, D. 50.16.193?).

(17) VERDAM, *op. cit.* 193 ff

(18) V.D. BERGH, Themis 1968, 521 f.

(19) HAYMANN, *op. cit.* 218.

(20) WESEL, *op. cit.* 115.

(21) LEVY, *op. cit.* 67.

klage, ist nicht richtig, meint Levy. Denn die klassische Anschauung ist klipp und klar: « eine *actio* mit mehreren *formulae* ». Sicher ist das der Fall bei *depositum* und *commodatum* und höchstwahrscheinlich auch bei *pignus*.

Ich frage mich aber, ob das Wortgebrauch von *formula* und *actio* so streng unterschieden war. Marcianus hat zum Beispiel seine Monographie « *ad formulam hypothecariam* » über die *actio pigneraticia* geschrieben, zwar die Wörter der *formula* der Reihe nach folgend. Auch Gaius hat einen « *liber singularis de formula hypothecaria* » verfasst.

Nimmt man aber an, dass die Erklärung der Mehrzahl mittels des Arguments der Doppelformeln der Vertragsklage nicht möglich ist, dann muss eine andere Lösung gefunden werden.

Kaser (22) hält mit Frezza (23) die Beziehung auf eine *formula in factum* und eine *formula in ius* für unglaubhaft, nicht nur weil die Bezeichnung der *formula* als *actio* unscharf wäre, sondern weil ausserdem die Existenz der *in ius* konzipierten Formel der *actio pigneraticia* überhaupt fraglich ist. Kasers Hypothese, dass die « *actiones pigneraticiae* » hier untechnisch zu verstehen seien und auf alle Klagen wegen des Pfandes deuteten, scheint mir unwahrscheilich. Es gibt, soweit ich weiss, auch keine Anhaltspunkte für diese Hypothese.

Wesel (24) meint wie Levy (25), dass der Urtext *fiducia* und *pignus* nebeneinander behandelt habe. Dann würde es allerdings zwei Aktionen geben, und zwar die *actio pigneraticia* und die *actio fiduciae,* um Zession der *actio venditi* zu fordern. Das heisst: Der Schuldner einer verpfändeten Sache hätte die *rei vindicatio,* der Schuldner einer *in fiducia* gegebenen Sache eine *actio in factum* ; denn bei dinglicher Wirkung der Auflösung des Kaufvertrags fiele das Eigentum an verpfändeten Sachen an den Schuldner zurück, das Eigentum an *in fiducia* gegebenen Sachen an den Gläubiger. Deshalb hätte der Schuldner einer

(22) KASER, *op. cit.* 80.
(23) FREZZA, *op. cit.* 323 ff.
(24) WESEL, *op. cit.* 115.
(25) LEVY, *op. cit.* 67[5].

in fiducia gegebenen Sache keine *rei vindicatio*. Zur Unterstützung seiner Hypothese für diese Interpretation der *actio in factum* nennt Wesel in einer Note drei Texte, in denen eine *actio in factum* empfohlen wird, wenn eine *rei vindicatio* nicht möglich ist. Aber in diesen Texten handelt es sich um Fälle, in denen der Eigentümer nicht vindizieren kann, weil die Sache als solche nicht mehr vorhanden ist. D. 6.1.23.5 betrifft eine *res ferruminata* (eine gelötete Sache), D. 6.1.43 *lapides inaedificati* (eingebaute Steine), und in D. 6.1.52 wird eine *actio in factum* empfohlen gegen die Erben eines Besitzers, der *dolo malo desiit possidere,* der sich also des Besitzes vorsätzlich entledigt hat. Aber Wesels Hypothese gemäss wird eine *actio in factum* dem Schuldner gegeben, der nicht mehr Eigentümer ist, weil er seinem Gläubiger die Sache zu Eigentum übertragen hat. Die Sache ist aber vorhanden.

Nebenbei, abgesehen von der Frage, ob es im klassischen römischen Recht eine dingliche Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des Kaufs gegeben hat, dringt sich die Frage auf, ob das *pactum adiectum* beim Verkauf von dem Pfandgläubiger als ein Rücktrittsvorbehalt betrachtet werden kann. Denn nicht er, der Verkäufer, will in unserem Fall eventuell den Kauf rückgängig machen, sondern der Schuldner will seine Sache zurückempfangen, wenn er dem Käufer den Kaufpreis erstattet (26). Nicht er hat die Sache verkauft, obwohl er dem Gläubiger seine Genehmigung zum Verkauf gegeben hat. Und deshalb kann hier ebenfalls nicht von einem *pactum de retrocmendo* die Rede sein.

Aus fast demselben Grund scheint mir auch die Akkursische Glosse, welche die *actio in factum* als eine *actio praescriptis verbis* interpretiert, nicht richtig (27).

Aber ich habe noch ein Bedenken gegen die Hypothese Wesels vorzutragen: Wenn in der Tat der Urtext *fiducia* und *pignus* nebeneinander behandelte, hätte dort statt « *pigneraticiis*

(26) Die Klausel in D. 20.5.7.pr.: « *Si creditor pignus .... vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus reciperare* » kann dagegen als ein Rücktrittsvorbehalt betrachtet werden.

(27) Cf. v.d. Bergh, Themis 1968, 522.

actionibus » so etwas wie « *actione pigneraticia vel actione fiduciae* » gestanden. Es ist kaum anzunehmen, dass die Kompilatoren diese Wörter in « *pigneraticiis actionibus* » geändert haben statt « *vel actione fiduciae* » zu streichen. Dann bleiben diese Möglichkeiten:

Entweder ist die Mehrzahl ein Fehler (die Basiliken geben allerdings die Einzahl), oder auch in dem Urtext stand die Mehrzahl geschrieben. In diesem letzten Fall müssen wir das Bedenken Ernst Levys (es gibt zwar zwei *formulae,* aber nur eine *actio*) nicht zu ernst nehmen, oder sogar bestreiten.

Wesel erklärt also die *actio in factum* in unserem Text als eine *vindicatio utilis* gegen denjenigen, der die fiduziarisch zur Sicherheit übereignete Sache von dem Gläubiger gekauft hat. Andere dagegen — so zum Beispiel Appleton, Kohler, Mitteis ([28]), Levy, Burdese ([29]) — meinen, das Nebeneinander der *rei vindicatio* und der *actio in factum* mit der unterschiedlichen Behandlung von verpfändeten *res mancipi* und *res nec mancipi* erklären zu können. Da der Faustpfandgläubiger als *non dominus* nicht manzipieren kann, sei für den Schuldner bei Aufhebung des Kaufvertrages die *rei vindicatio* von *res mancipi* möglich. Bei *rec nec mancipi* wäre eine *actio in factum* das Prozessmittel zur Wiedererlangung der Sache. Dann kommt aber die Frage auf: Weshalb würde der Käufer einer verpfändeten *res nec mancipi* für *custodia* haften und der Käufer einer verpfändeten *res mancipi* nicht ?

Dazu gesellt noch eine andere wichtige Frage, die schon lange diskutiert ([30]) wird und die ich gelegentlich noch untersuchen möchte:

Auf welchen Grund stützt man die These, dass ein Pfandgläubiger ziviles Eigentum einer *res nec mancipi* übertragen kann ? Gaius ([31]) scheint mir über diese Frage keine jeden

(28) MITTEIS, *op. cit.* 190, der aber seine Auseinandersetzung beendigt mit der Bemerkung: « Aber auch hier ist alles zweifelhaft ».

(29) BURDESE, *op. cit.* 243.

(30) MANIGK, RE 20 (1950), *Pignus*, 1256 ff.
FREZZA, *op. cit.* 215 ff.

(31) Gaius II. 40, 62, 64.

Zweifel ausschliessende Auskunft zu geben. Die Digesten- und Codextexte, die zur Unterstützung dieser These angeführt werden, bedürfen einer sehr kritischen Prüfung.

Ich denke, dass wir die Lösung auf eine andere Weise finden müssen, und zwar folgendermassen:

Ein Faustpfandgläubiger verkauft die ihm verpfändete Sache mit einem *pactum adiectum* zu seinen Gunsten und zugunsten des Pfandgebers. Der Pfandgläubiger hat nämlich bei dem *pactum de vendendo pignore* versprochen, die verpfändete Sache, falls der Schuldner nicht rechtzeitig zahlt, zu verkaufen mit der Klausel, dass es dem Eigentümer/Pfandgeber gestattet ist innerhalb einer bestimmten Frist seine Sache zurückzunehmen, wenn er dem Käufer den Preis erstattet, den dieser dem Pfandgläubiger gezahlt hat. Dieses Versprechen des Pfandgläubigers müssen wir schon annehmen, weil er sonst nicht zur Zession der *actio venditi* verpflichtet wäre.

Das ist auch die Interpretation, die Ankum (32) und Kaser (33) von dem *pactum adiectum* mit dem Käufer geben.

Meiner Meinung nach ist der Käufer während der vereinbarten Frist nur *detentor* ; der Verkäufer hat ihm die Sache also nur faktisch übertragen (34). Dass der Käufer den Kaufpreis schon gezahlt hat, ist hiergegen kein notwendiger Einwand. Die Frage ist: Was haben Parteien in dem gegebenen Fall vereinbart ?

Der gegebene Fall war meines Erachtens: Der Pfandgläubiger will an einem bestimmten Tag seinen Kredit zurück empfangen; der Schuldner fürchtet, dass er seine Schuld an jenem Tag noch nicht zahlen kann, aber denkt, die Zahlung etwas später leisten zu können; der Käufer will die Sache gerne haben und ist bereit, mit dem Verkäufer dieses spezielle *pactum* abzuschliessen, und erwartet und hofft, dass der Eigentümer/Pfand-

(32) Ankum, *op. cit.* 10.

(33) Kaser, *op. cit.* 80.

(34) Insofern ist dieser Fall zu vergleichen mit dem *casus* dass ein Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises die gekaufte Sache mietet. Solange ist er *detentor*. D. 18.6.17. Iavolenus *libro septimo ex Cassio.*

geber ihm innerhalb der vereinbarten Frist nicht den Kaufpreis erstatten kann. Wahrscheinlich hat der Käufer nebenbei die Sache wegen dieser Klausel gegen einen billigen Preis bekommen ! Wenn der Eigentümer/Pfandgeber am Ende der bestimmten Frist den Kaufpreis in der Tat nicht erstatten kann, wird der Käufer, durch *traditio brevi manu, possessor* und jedenfalls bonitarischer Eigentümer, von *res nec mancipi* vielleicht ziviler Eigentümer.

Interessant in diesem Rahmen ist der Fall beschrieben in D. 13.7.28.pr.

> Iulianus *libro undecimo digestorum :*
>
> *Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.*
>
> Der Faustpfandgläubiger, der den Besitz einer verpfändeten Sache verloren hat, empfängt, nachdem er sie mit der *actio Serviana* von dem Besitzer gefordert hat die *litis aestimatio.* Der Besitzer, der diese *litis aestimatio* gezahlt hat, braucht, wenn der Schuldner nachher dieselbe Sache von ihm vindiziert, eine *exceptio,* damit der Schuldner ihm den Preis erstattet, den er dem Gläubiger gezahlt hat.

Aus welchem Grund könnte der Schuldner in diesem Fall ohne *exceptio* mit Erfolg vindizieren, das ist hier die Frage. Die Zahlung der *litis aestimatio* lässt sich wie bekannt, vergleichen mit Kauf ([35]).

Ich meine die Parallele zwischen diesen beiden Fällen besteht darin, dass der Pfandgläubiger im Augenblick des Kaufs und der *traditio* noch nicht befugt ist, dem Käufer entweder ziviles oder prätorisches Eigentum zu übertragen. Im Fall von D. 13.7.13.pr., weil das *expressis verbis* vereinbart ist, und in dem Fall von D. 13.7.28, weil der « Kauf » stattfindet, wenn die Forderung des Gläubigers noch nicht einforderbar ist. Der

(35) D. 6.2.7.1. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum* (Iulianus).
D. 41.4.1. Gaius *libro sexto ad edictum provinciale.*

Grund für die *exceptio* ist aber in den beiden Fällen verschieden.

Die verkaufte Sache — kehren wir zu unserem Text zurück — bleibt also nach meiner Meinung während der vereinbarten Periode Eigentum des Pfandgebers, seine Sache. Die Beziehung des Käufers zu der Sache gleicht derjenigen eines Kommodatars. Der Schuldner/Eigentümer kann, wenn er dem Käufer den Kaufpreis erstattet, seine Sache vindizieren, ohne das er eine *exceptio* des Käufers zu fürchten hat. Aber wenn die Sache beschädigt ist, wäre eine *actio in factum* vorzuziehen, weil in der klassischer Zeit mit der *rei vindicatio* kein Schadensersatz gefordert werden kann.

Für diese Interpretation sprechen die Worte « *recipere rem suam* » und mit dieser Auslegung ist auch die Custodia-Haftung des Käufers zu erklären. Aber zugunsten dieser Interpretation muss die Interpunktion, wie wir sie kennen, geändert werden. Dann muss nämlich der Doppelpunkt nach « *commodato* » gestrichen werden. Wir lesen Par. 1 dann wie folgt: « *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato venit et custodia : vis maior non venit* ». Baron und Kniep (36) haben diese Änderung auch schon vorgeschlagen, weil der Kommodatar, wie bekannt, normalerweise für *custodia* haftet.

Am Ende muss ich jetzt noch erklären, aus welchem Grund der Pfandgeber seinerseitz direkt mit der *actio in factum* klagen kann. Er hat doch kein *vinculum iuris* mit dem Käufer, wird man vielleicht bemerken. Die Antwort auf diese Frage ist dass bei den Realkontrakten Pomponius, Papinian und Ulpian ein *vinculum iuris* zwischen zwei Personen anerkannt haben, wenn ein Dritter im Namen oder im Auftrag einer dieser Personen Sachen übertragen oder empfangen hat (37).

(36) HAYMANN, *op. cit.* 217 ff, dem diese Änderung stilistisch unmöglich scheint.

(37) D. 12.1.9.8. Ulpianus *libro vicensimo sexto ad edictum.*
D. 17.1.10.5. Ulpianus *libro trigensimo primo ad edictum.*

Ein schönes Beispiel davon gibt D. 16.3.1.11 (Ulpianus *libro trigensimo ad edictum*):

> *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas receperit, depositi: ...*
>
> Wenn ich Sie gebeten habe meine Sache zu Titius zu bringen, damit er sie aufbewahre, dann wird bei Pomponius gefragt, mit welcher *actio* ich gegen Sie einen Prozess einleiten kann. Und er (sc. Pomponius) ist der Meinung, dass mir gegen Sie die *actio mandati,* aber gegen denjenigen, der die Sache empfangen hat, die *actio depositi* zusteht ...

In unserem Fall ist eine *actio commodati* des Schuldners gegen den Käufer nicht gleichermassen anwendbar, weil es hier nicht ein normales *commodatum* betrifft, sondern ein *commodatum* als *pactum adiectum* einer *emptio-venditio,* eines Konsensualkontrakts, den der Gläubiger mit dem Käufer geschlossen hat. Der Schuldner kann deswegen nicht *suo nomine* mit der *actio venditi* oder mit der normalen *actio commodati* den Prozess führen. Aber Ulpian (ich denke, nicht Iulian) meint, dass dem Schuldner eine *actio in factum* — ich möchte hinzufügen: *ad exemplum actionis commodati* — zusteht. So ist nach meiner Ansicht die Custodia-Haftung bei dieser actio (*in hac actione*) zu erklären.