

Furtum pignoris und *furtum fiduciæ* im klassischen römischen Recht (II) *

von HANS ANKUM

(Amsterdam)

1.

In der Nachschrift meiner in dem letzten Band dieser Zeitschrift erschienenen Abhandlung: « *Furtum pignoris* und *furtum fiduciæ* im klassischen römischen Recht » (I) ⁽¹⁾, die ich hier weiter als *F.P.* (I) zitieren werde, konnte ich noch darauf hinweisen, dass im 45. Band (1979) von *S.D.H.I.* eine Arbeit von KASER erscheinen würde, in der die von mir in *F.P.* (I) besprochenen Probleme behandelt werden. Ich habe angekündigt ⁽²⁾, zum erwähnten Thema in *R.I.D.A.* 1980 einen zweiten Aufsatz zu schreiben, um auf einige Punkte noch etwas tiefer einzugehen und insbesondere zu Kasers wichtigen Betrachtungen Stellung zu nehmen. Inzwischen ist der dritte Teil von Kasers « Studien zum römischen Pfandrecht »: « Besitzpfand » und « besitzloses Pfand » in *S.D.H.I.* 45 (1979) erschienen. Abschnitt VII, Nr. 4 (S. 63-80) dieser Arbeit behandelt das *furtum pignoris* und das *furtum fiduciæ* ⁽³⁾. Um Kasers Auffassungen hierzu in allen Ein-

(*) Herr Wiss. Ass. Dr. Hans-Georg KNOTHE (Köln) und Herr Prof. Dr. Max KASER (Salzburg) hatten die Liebenswürdigkeit, diesen Aufsatz sprachlich zu verbessern, wofür ich ihnen herzlich danke.

(1) *R.I.D.A.* 1979, S. 127-161.

(2) Siehe *R.I.D.A.* 1979, S. 154 und 161.

(3) In diesem Aufsatz, den ich hiernach als *Stud.*, III zitieren werde, äussert KASER sich bisweilen kritisch, beiweilen stimmt er verschiedenen der von mir in *F.P.* (I) vertretenen Thesen zu.

zelheiten zu verstehen, muss man aber noch drei andere Arbeiten des bewundernswert produktiven Verfassers berücksichtigen, in denen er auch über unseren Problembereich geschrieben hat, nämlich den zweiten Teil seiner « Studien zum römischen Pfandrecht »: « Actio pigneraticia und actio fiduciae » in *T.v.Rg.* 47 (1979) ⁽⁴⁾, seinen Aufsatz « Die actio furti des Verkäufers » in *S.Z.* 96 (1979) ⁽⁵⁾ und seine Abhandlung « Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti » in *Festschrift II von Lübtow* ⁽⁶⁾.

Das Studium dieser Arbeiten Kasers gab mir Anlass, das ganze verwickelte Problemgebiet nach einem Jahr noch einmal reiflich zu überdenken. Was die verschiedenen Fälle von *furtum pignoris* angeht, so hat dies nicht zu wichtigen Änderungen meiner Auffassungen geführt, insbesondere halte ich für das von einem Dritten begangene *furtum* einer mit Besitzübertragung verpfändeten Sache daran fest, dass dem Pfandgläubiger, und nur ihm, die *actio furti* zusteht, dass diese Klage auf seinem Sicherungs- und auf seinem Haftungsinteresse zusammen basiert, und dass der Gläubiger dem Schuldner von der vom Dieb erhaltenen Busse nichts herausgeben muss. Nur komme ich Kaser insoweit entgegen, dass ich jetzt annehme, dass Ulp. D. 47.2.12.2 im Falle des Diebstahls beim Schuldner einer *res pignori data*, die der Schuldner zuvor dem Gläubiger auf unrechtmässige Weise weggenommen hat, dem Schuldner und dem Gläubiger die *actio furti* gibt, und dass der Schlusssatz von Paul. D. 47.2.15.pr. — den ich jedoch völlig anders als Kaser interpretiere — nicht interpoliert ist.

(4) Siehe in dieser, hiernach als *Stud.*, II zitierten Arbeit, S. 324, Anm. 254, S. 329, Anm. 274 und 336/7.

(5) Siehe in dieser, hiernach nur nach der Publikationsstelle als *S.Z.* 96 (1979) zitierten Abhandlung, S. 102, 104, 111/2 und 128.

(6) Siehe in dieser, hiernach nur nach der Publikationsstelle als *Festschr. II von Lübtow* (1980), zu zitierender Abhandlung S. 291/2 und 317-320 und die Anmerkungen 6, und 132-134. In den Anmerkungen 132 und 133 nimmt KASER zu einigen von mir in *F.P.* (I) vorgetragenen Thesen Stellung. Ich verdanke es der Freundlichkeit des Verfassers, dass ich von diesen Anmerkungen schon im Manuskript Kenntnis nehmen konnte. Nach dem Abschluss meiner Arbeit übersandte Herr Prof. KASER (Salzburg) mir den Korrekturbogen seines Aufsatzes, wofür ich ihm herzlich danke.

Auch für den Fall eines von einem Dritten begangenen Diebstahls einer dem Gläubiger fiduziarisch manzipierten Sache bleibe ich bei meinen in *F.P.* (I) vorgetragenen Thesen, insbesondere bei dieser, dass es sich in Ulp. D. 47.2.14.5-7 um ein *furtum fiduciae* und nicht um ein *furtum pignoris* handelt. Unter dem Einfluss eines Gedankenaustausches mit Noordraven meine ich aber jetzt, dass man sich den Fall des von dem Schuldner begangenen *furtum fiduciae* anders vorstellen muss als ich es in *F.P.* (I) getan habe und Kaser es in *Stud.*, II tut. Endlich hat Biscardi mich dazu veranlasst, in Abweichung von *F.P.* (I) anzunehmen, dass der Gläubiger auch im Falle eines von dem Schuldner begangenen *furtum fiduciae* den Betrag, den er vom Schuldner mit der *condictio furtiva* empfangen hat, auf die Schuld anrechnen muss.

2.

Es scheint mir angebracht, die vier ⁽⁷⁾ Fälle von *furtum pignoris*, die in dieser Abhandlung zur Sprache kommen, noch einmal kurz zu skizzieren. Von diesen wird der Fall 1a), zu dem ich von Kaser völlig abweiche, uns wieder am längsten beschäftigen. Über die Fälle 1b), 2a) und 2b), in denen Kaser und ich grösstenteils übereinstimmen, kann ich mich jetzt sehr kurz fassen.

Fall 1a): Ein Dritter stiehlt einem Gläubiger eine bewegliche Sache, die dessen Schuldner ihm als Faustpfand übergeben hat.

Fall 1b): Ein Schuldner holt sich gegen den Willen seines Gläubigers eine bewegliche Sache zurück, die er dem Gläubiger zum Besitzpfand gegeben hat (*furtum possessionis*).

Fall 2a): Ein Dritter stiehlt dem Eigentümer eine bewegliche Sache, an der dieser zugunsten seines Gläubigers ein besitzloses Pfandrecht bestellt hat.

Fall 2b): Ein Schuldner, der ein besitzloses Pfandrecht zugunsten seines Gläubigers an einer beweglichen Sache bestellt

(7) Vgl. die (etwas ausführlichere) Andeutung der Fälle 1a), 1b), 2a) und 2b) und eines hier nicht zu behandelnden Falles 3) in *F.P.* (I), S. 127/8.

hat, veräußert diese ohne Zustimmung des Gläubigers an einen Dritten vor der Zahlung der von ihm geschuldeten Summe.

3.

Wenden wir uns zuerst dem schwierigsten und meist diskutierten Fall 1a) zu, und prüfen wir nach, wie nach Kasers Meinung die klassischen Juristen in diesem Falle entschieden haben⁽⁸⁾. Auffallend ist es, dass nach Kaser die Entscheidungen der Juristen identisch gewesen seien für die Fälle 1a) und 2a)⁽⁹⁾, die Regelung von dem Masstab der Haftung des Gläubigers bezüglich der als Pfand empfangenen Sache unabhängig sei⁽¹⁰⁾, und ein Meinungsunterschied bestanden habe zwischen Paulus auf der einen Seite und Papinian und Ulpian auf der anderen⁽¹¹⁾.

Ich möchte jetzt zuerst auseinandersetzen, wie Kaser sich diesen Meinungsunterschied vorstellt. Paulus' Auffassung leitet er aus D. 47.2.15.pr.⁽¹²⁾ und D. 47.2.88⁽¹³⁾ ab: Paulus gewährt

(8) Siehe KASER, *Stud.*, III, S. 63-75, *Stud.*, II, S. 329, Anm. 274 und S. 336/337; *S.Z.* 96 (1979), S. 102, S. 104 und 128 und *Festschr. II von Lübtow* (1980), Anm. 132 und 133.

(9) Siehe KASER, *Stud.*, III, S. 78 und *S.Z.* 96 (1979), S. 102.

(10) Siehe KASER, *Stud.*, III, S. 73 und *S.Z.* 96 (1979), S. 102: « Von der *custodia*-Haftung... ist diese Regelung unabhängig ». In *Stud.*, II, S. 337 spricht KASER noch von « einem — bisher freilich zuweilen überschätzten — Zusammenhang mit der Schadenshaftung ». Nicht klar ist es mir, wenn KASER, *Stud.*, III, S. 65 schreibt, dass die *actio furti* auf den verdoppelten Sachwert in den Paulustexten D. 47.2.15.pr und 88 auf einem Haftungsinteresse basiert, das ein anderes ist als das der *custodia*-Fälle, insbesondere weil es unbestreitbar ist, dass Paulus die *custodia*-Haftung des Faustpfandgläubigers vertreten hat; siehe näher unten im Text, S. 101-102.

(11) Siehe KASER, *Stud.*, III, S. 64-70 und *S.Z.* 96 (1979), S. 102.

(12) D. 47.2.15.pr. Paul. l. 5. *ad Sab.*: *Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit.* Für die Übersetzungen der behandelten Texte verweise ich auf *F.P.* (I).

(13) D. 47.2.88(87) Paul. l. 1. *decretorum*: *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit, sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.*

hier die *actio furti* auf den verdoppelten Sachwert. Diese Busssumme darf er aber nach Kaser nicht behalten. Er schreibt weiter: ⁽¹⁴⁾

« Nach fr.15.pr. Satz 2 haftet jedoch der Gläubiger dem Verpfänder auf Grund der *actio pigneraticia* für den Teil der *poena furti*, der dem — jedenfalls auch hier verdoppelten — Mehrbetrag des Sachwertes über die Forderung entspricht, so dass er nur den (doppelten) Forderungswert behält. Das die *a.f.* begründende Interesse ist hier mithin zwar ein Haftungsinteresse, aber ein anderes als das der *custodia*-Fälle. Denn wo die *poena furti* dem Haftenden ein Äquivalent für das *periculum custodiae* bieten soll, darf er die ganze Diebstahlsbusse behalten. Aus ihrer Teilung in 15 pr. folgt vielmehr, dass Pfandgläubiger und Verpfänder nebeneinander als Bestohlene angesehen werden, der Gläubiger an der Sicherheit, der Verpfänder am (restlichen) Eigentum. Den Ursprung dieser Handhabung vermuten wir bei der *fiducia* ⁽¹⁵⁾... »

Die Regelung der *actio furti*, die Paulus nach Kaser im Fall 1a) befürwortet habe, kann man wie folgt mit einem Beispiel verdeutlichen. Wenn die dem Gläubiger entwendete Pfandsache einen Wert hatte von 1200 und die geschuldete Summe 1000 war, sei Paulus' Entscheidung die folgende gewesen: Der Gläubiger könne vom Dieb zweimal 1200 einklagen, könne zweimal 1000 für sich behalten und sei verpflichtet, dem Schuldner, der darauf mit der *actio pigneraticia directa* klagen konnte, zweimal 200 abzugeben.

Ich muss gestehen, dass Kasers zitierte Betrachtung mir widerspruchsvoll erscheint. Er spricht zuerst von einem Haftungsinteresse des Gläubigers, das sich doch nur auf den ganzen Sachwert beziehen kann. Da der Schuldner aber zu dem doppelten *superfluum* berechtigt ist, bleibt dem Gläubiger doch nur das Doppelte des Forderungsbetrages, das ihm auf Grund des Sicherheitsinteresses zusteht. Wenn Kaser schreibt, dass der

(14) Siehe *Stud.*, III, S. 65.

(15) Da, wie ich unten, Nr. 6 und 8 annehmbar zu machen hoffe, bei der *fiducia* eine völlig andere Regelung gegolten hat, kann die hier skizzierte Regelung — die, wie ich zeigen werde, auch beim Pfand im Falle 1a) niemals gegolten hat — nicht bei der *fiducia* ihren Ursprung haben.

Gläubiger als Bestohler an der Sicherheit angesehen wird, ist jetzt offenbar von dem Sicherheitsinteresse die Rede. Wichtig, als zu konstatieren, dass hier eine Inkonsistenz vorliegt, ist es, die Frage zu beantworten, ob die hier angedeutete Regelung in dem Falle 1a) je gegolten hat. M.E. ist das nicht der Fall. Wenn wir einen Augenblick mit Kaser den zweiten Satz von D. 47.2.15.pr. so auslegen, dass mit den Worten *id quod excedit* die empfangenen *poena* gemeint sei⁽¹⁶⁾, sodass Paulus gesagt habe, dass der Gläubiger dem Schuldner einen Teil der Busse abtreten musste, so fragt es sich, ob er wirklich den verdoppelten Forderungsbetrag behalten konnte. Im zitierten Satz steht, dass der Gläubiger abgeben muss *id quod debitum excedit*, was m.E. nichts anders bedeuten kann als den Teil der Busse, der den einmaligen Forderungsbetrag übersteigt⁽¹⁷⁾. Dass es den Juristen darum geht, dass der Pfandgläubiger den Forderungsbetrag empfängt und dass er weiter nichts mehr behalten darf, geht deutlich hervor aus dem nach Kasers Meinung einen Fall von *furtum pignoris* behandelnden⁽¹⁸⁾ Ulpianextext D. 47.2.14.6, wo im Papinianzitat gesagt wird, dass der Schuldner, der mit der *actio furti* den Betrag der Forderung von *decem* empfangen hat, nicht nachher erneut die *actio furti* erheben kann, wenn die *res pignerata* noch einmal gestohlen worden ist⁽¹⁹⁾. Wenn man mit

(16) Wir werden hiernach S. 102 für diesen Satz, den wir nicht mehr wie in *F.P.* (I) als interpoliert betrachten, eine neue Interpretation vorschlagen.

(17) Auch bei der Regelung des Diebstahls einer *fiducia* (vgl. Pap.-Ulp. D. 13.7.22.pr.), wovon nach Kasers Meinung die des Diebstahls eines *pignus* kopiert sei, ist von einem *imputare debito* die Rede. Die Busse muss auf die Schuld angerechnet werden, das heisst, dass, wenn die Bussumme grösser ist als die Schuld, der Gläubiger die Differenz abgeben muss, und wenn sie kleiner ist, der Schuldner den Betrag, womit die Schuld die empfangene Busse überschreitet, dem Gläubiger bezahlen muss. Nicht wird gesagt, dass der Gläubiger den doppelten Forderungsbetrag behalten durfte.

(18) Meiner Meinung nach behandelt der Text einen Fall von *furtum fiduciae*, siehe näher unten S. 106-107.

(19) D. 47.2.14.6 Ulp. l. 29 ad Sab. *Idem (scil. Papinianus) scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desit mea interesse, cum semel sim consecutus.*

Kaser den zweiten Satz von D. 47.2.15.pr. so interpretiert, dass der Gläubiger einen Teil der Busse dem Schuldner abtreten muss, und D. 47.2.14.6 auf das *pignus* bezieht, so besagen diese Texte, dass der Gläubiger von der Diebstahlsbusse den einmaligen und nicht den doppelten Forderungsbetrag behalten darf. Im zweiten Text ist jedoch von *furtum fiduciae* die Rede ⁽²⁰⁾, und den zweiten Satz des Paulustexts D. 47.2.15.pr. muss man m.E. anders auslegen. Ich lasse meine Interpolationsvermutung bezüglich dieses Satzes fallen und meine nun mit Kaser ⁽²¹⁾, dass die Kompilatoren zwischen dem ersten Satz und dem mit *sed et si* anfangenden zweiten Satz etwas haben ausfallen lassen. Über die Fragen, was die Kompilatoren gestrichen haben, und wie man den zweiten Satz deuten muss, gibt der aus Lenels *Palingenesia* ⁽²²⁾ zu ersiehende Zusammenhang unseres Paulusfragments Aufschluss. Da Paulus einen Exkurs über die Aktivlegitimation zur *actio furti* aufgenommen hat in einem der *custodia*-Haftung des Verkäufers gewidmeten Abschnitt, hat er im Falle der *actio furti* des Verkäufers und auch in anderen Fällen, wo der zur *actio furti* Legitimierte für *custodia* haftet, wie in dem des Pfandgläubigers ⁽²³⁾, das Recht, die *actio furti* zu erheben, mit dieser

(20) Siehe *infra* S. 106-107 und Nr. 8.

(21) KASER, *Stud.*, III, S. 65, Anm. 226: «Der 2. Satz ist, dem *sed et* zufolge, dem 1. vielleicht nicht unmittelbar gefolgt, aber trotz textkritischer Angriffe... unbedenklich».

(22) LENEL, *Palingenesia*, I, Leipzig 1889, Sp. 1267 hat Paul. D. 47.2.15.pr. 2 als Fragment Nr. 1726 im 5. Buch von Paulus' Sabinuskommentar abgedruckt in einem Abschnitt *De custodia a venditore praestanda*. Dieser Abschnitt enthält, wie dieselben Abschnitte im 10. Buch von Pomponius' und im 29. Buch von Ulpian's Sabinuskommentar, einen Exkurs über die Aktivlegitimation zu der *actio furti*. Anders als Kaser, *Stud.*, III, S. 66, Anm. 227 bin ich der Meinung, dass die drei genannten Juristen die Behandlung der Aktivlegitimation des Verkäufers zur *actio furti* darum an die Behandlung der *custodia*-Haftung des Verkäufers angehängt haben, weil sie die Aktivlegitimation der *actio furti* auf das von der *custodia*-Pflicht hervorgerufene Haftungsinteresse des Verkäufers basierten. Auch der Behandlung der Aktivlegitimation zur *actio furti* des Pfandgläubigers im Falle 1a) haben sie m.E. die Verbindung mit der *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers zugrunde gelegt.

(23) Siehe über den Haftungsmaßstab des Pfandgläubigers unten Nr. 4, S. 113-114.

Haftung für die gestohlene Sache verbunden. Es ist darum sehr wahrscheinlich, dass Paulus nach dem ersten Satz des Fragments D. 47.2.15.pr., in dem er geschrieben hat, dass im Falle 1a) der Gläubiger *in solidum*, das heisst auf das Doppelte des gesamten Sachwerts, mit der *actio furti* klagen kann, als Erklärung hinzugefügt hat, dass diese Lösung darum richtig sei, weil der Gläubiger mit der *actio pignoratitia directa* gezwungen werden könne, wenn der Schuldner seine Schuld bezahlt hat, den Wert der gestohlenen Pfandsache, und wenn der Schuldner sie nicht bezahlt hat, das *superfluum* (*id quod debitum excedit*) zu restituieren⁽²⁴⁾. Die Kompilatoren haben die Erwähnung des ersten Falles gestrichen, weil sie die deutliche Erwähnung der *custodia*-Haftung eliminieren wollten. Sie haben die Erwähnung des zweiten Falles in dem Satz *sed et si...* stehen lassen, weil hier die *custodia*-Haftung viel mehr versteckt ist⁽²⁵⁾. Der zweite Satz des Paulusfragments D. 47.2.15.pr., in dem ich die Worte *id quod debitum excedit* also nicht interpretiere als « der Betrag, mit dem die Busse den Schuldbetrag übersteigt », sondern als « der Betrag, mit dem der Wert der verpfändeten Sache den Schuldbetrag übersteigt »⁽²⁶⁾, besagt in meiner neuen Interpretation nichts über eine Verpflichtung für den Gläubiger zur Imputation der Busse auf die Schuld und zur Aushändigung eines Teils der Busse, sondern er enthält nur die von der *actio*

(24) Nicht nur die Verpflichtung zur Wertrestitution im ersten Fall, sondern auch die Verpflichtung zur Rückzahlung des *superfluum* im zweiten Fall beruht auf der *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers. Für den letzten Fall wird dies verneint von Kaser in *Festschr. II von Lübtow*, Anm. 133. Wir werden unten Nr. 4, S. 116-118 auf dieses Problem eingehen.

(25) In dem zweiten Fall, in dem der Pfandgläubiger einer gestohlenen Pfandsache seinem nichtbezahlenden Schuldner das *superfluum* restituieren muss, ist die *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers so sehr versteckt, dass Kaser, zitiert in der vorigen Anmerkung, Anm. 133, schreibt, dass der in D. 47.2.15.pr. « anerkannte *superfluum*-Anspruch mit der *custodia*-Haftung nichts zu tun » habe. Siehe darüber unten Nr. 4, S. 117-118.

(26) Man kann sich als Subjekt von *excedit* das Wort *pignus* denken. Vgl. dagegen die Worte *totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur* in dem von der *fiducia* handelnden Ulpianfragment D. 13.7.22.pr., die sich deutlich auf das mit der *actio furti* Erlangte beziehen.

pigneralicia directa sanktionierte Verpflichtung für den Gläubiger des nichtzahlenden Schuldners, die Differenz des Wertes der gestohlenen Pfandsache und der Schuld herauszugeben. Was die *actio furti* angeht, so hat Paulus in D. 47.2.15.pr. und D. 47.2.88 für den Fall 1a) so entschieden, wie m.E. alle klassischen Juristen entschieden haben, dass nämlich der Pfandgläubiger mit der *actio furti* gegen den Dieb auf den Sachwert klagen und die vom Dieb erhaltene Busse behalten kann.

Kehren wir zu Kasers Betrachtungen zurück, und verfolgen wir, wie er sich vorstellt, dass die andere Meinung, die von Papinian und Ulpian vertreten worden sei, gelautet habe⁽²⁷⁾. Diese beiden Juristen haben nach Kaser im Falle 1a) sowohl dem Gläubiger als auch dem Eigentümer die *actio furti* gegeben, dem Gläubiger auf das *duplum* der Forderungssumme, dem Eigentümer auf das *duplum* des « (Rest-)Interesse(s) in Höhe der Differenz, um die der Sachwert die Forderung übersteigt »⁽²⁸⁾. Um glaubwürdig zu machen, dass Ulpian in diesem Sinn entschieden habe, beruft Kaser sich zunächst auf:

D. 47.2.12.2 Ulpianus l. 29 ad Sabinum⁽²⁹⁾. *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut [non] (lies: « idem »)*⁽³⁰⁾ *teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat; er verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.*

(27) Siehe *Stud.*, III, S. 65 ff. und *S.Z.* 96 (1979), S. 102.

(28) KASER, *S.Z.* 96 (1979), S. 102.

(29) Auch dieses Fragment ist, wie Paul. D. 47.2.15.pr., einem Abschnitt entnommen, in dem unter dem Titel *De custodia a venditore praestanda* die Problematik der Aktivlegitimation zur *actio furti* besprochen ist; vgl. LENEI, *Palingenesia*, II, Sp. 1125.

(30) Siehe über diese, jetzt auch von KASER, *Stud.*, III, S. 66, Anm. 230 übernommene, Textverbesserung und die Gründe, auf welchen sie basiert, *F.P.* (I), S. 142/3.

Der etwas gedrängt beschriebene Sachverhalt des Textes ist, wie jetzt auch Kaser⁽³¹⁾ annimmt, folgender: Zuerst hat ein Schuldner die verpfändete Sache seinem Gläubiger weggenommen, danach ist sie dem Schuldner entwendet worden. Man könnte sagen, dass die Fälle 1b) und 2a) hier nacheinander stattfinden. Julian und Ulpian geben dem Gläubiger die *actio furti* gegen den Schuldner. Dieser kann auf Grund des zweiten *furtum* selber gegen den Dieb klagen, und so kommt es dazu — schreibt Ulpian —, dass dieselbe Person Kläger und Beklagter in je einem *furtum*-Prozess sein könne. Es gibt zwei Fälle von *furtum* und folglich verschiedene *furtum*-Prozesse: Im ersten klagt der Gläubiger, im zweiten der Schuldner⁽³²⁾. Es fragt sich nun, ob auf Grund des zweiten *furtum* der Schuldner allein die Diebstahlsklage erhebt, oder ob sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner mit der *actio furti* klagt und zwar so, dass der erstgenannte auf Grund seines immer noch bestehenden Sicherungsinteresses⁽³³⁾ den doppelten Forderungsbetrag und der Eigentümer auf Grund seines Rest-Interesses die doppelte Differenz zwischen dem Sachwert und der Schuld fordert. Kaser⁽³⁴⁾ hat sich für die zweite Alternative ausgesprochen und mich von deren Richtigkeit völlig überzeugt. Wenn man sagt, dass die Fälle 1b) und 2a) nach-

(31) KASER, *Stud.*, III, S. 66.

(32) In *F.P.* (I), S. 144 habe ich den Satz *ideo autem datur utrique, quia utriusque interest* auf diese verschiedenen *actiones furti* in zwei verschiedenen *furtum*-Prozessen bezogen. Jetzt erscheint es mir besser, den zitierten Satz mit dem zweiten, vom Dritten beim Schuldner begangenen, Diebstahl zu verbinden.

(33) In *F.P.* (I), S. 145 habe ich zu Unrecht angenommen, dass der Pfandgläubiger, der schon einmal auf Grund seines Sicherungsinteresses mit der *actio furti* geklagt hat, nicht noch einmal die *actio furti* erheben könne. Die dort in Anm. 39 aufgenommene Verweisung auf Ulp. D. 47.2.14.6, wo für die *fiducia* gesagt wird, dass der Gläubiger, der schon einmal auf Grund seines Sicherungsinteresses mit der *actio furti* geklagt hat, im Falle eines zweiten Diebstahls nicht noch einmal die Diebstahlsklage erheben kann, trifft nicht zu, weil der Gläubiger im Falle eines *furtum fiduciae* die Busse auf die Schuld anrechnen muss und dadurch sein Sicherungsinteresse verloren hat, im Falle des *furtum pignoris* dagegen, wo eine solche Anrechnungspflicht nicht besteht, bis nur Zahlung der Schuld sein Sicherungsinteresse behält.

(34) KASER, *Stud.*, III, S. 67.

einander stattgefunden haben, muss man daraus auch folgern, dass die beiden Lösungen dieser Fälle, wie ich sie in *F.P.* (I) auseinandergesetzt habe, nacheinander von den klassischen Juristen angewandt worden sind. Das heisst also: der Gläubiger geht mit der *actio furti* vor gegen den Schuldner (Fall 1b)) und er klagt zusammen mit dem Schuldner gegen den Dieb (Fall 2a)). Die Worte: *ideo autem datur utrique, quia utriusque interest*, unterstützen diese Auffassung, wenn man sie auf das zweite *furtum* bezieht⁽³⁵⁾. Diese Interpretation des Textteiles *Sed et si... interest* führt mich endlich auch dazu, mit Kaser⁽³⁶⁾ in Abweichung von *F.P.* (I)⁽³⁷⁾ festzustellen, dass aus dem Schlussteil *sed utrum... scripsit* für die *custodia*-Haftung des Gläubigers und sein darauf basierendes Haftungsinteresse nichts zu entnehmen ist. Die dort von Ulpian gestellte Frage, ob der Gläubiger immer ein Interesse daran hat, ein Pfand zu haben, oder nur im Falle der Insolvenz des Schuldners, wird ja gestellt anlässlich des Falles, in dem die Pfandsache beim Schuldner entwendet worden ist. Die Argumentation für die Antwort, dass der Gläubiger immer ein Interesse daran hat, ein *pignus* zu haben, kann sich also nicht ausschliesslich auf den Diebstahl eines Faustpfands beziehen (und das ist der einzige Fall, wo die *custodia*-Haftung des Gläubigers für die Aktivlegitimation und die Höhe der Diebstahlsbusse entscheidend ist). Die Argumentation Ulpians und der von ihm in D. 47.2.12.2 zitierten Juristen muss dieselbe gewesen sein wie diejenige, die uns in *Inst.* 4.1.14 überliefert ist: *quia expedit ei (scil. creditori) pignori potius incumbere quam in personam agere*. Auch wenn der Schuldner nicht insolvent ist, ist es leichter und praktischer für den Gläubiger, eigenmächtig das Pfand zu verkaufen und sich aus dem Kaufpreis zu befriedigen als eine persönliche Klage gegen den Schuldner zu erheben mit den dazugehörigen Schwierigkeiten der notwendigen Präsenz des Schuldners *in iure* und der Exekution.

(35) Vgl. Anm. 32.

(36) KASER, *Stud.*, III, S. 67, Anm. 234 am Ende.

(37) *F.P.* (I), S. 139-140.

Aber auch wenn man mit Kaser annimmt, dass in D. 47.2.12.2 auf Grund des zweiten *furtum* sowohl der Gläubiger als auch der Eigentümer mit der *actio furti* gegen den Dieb vorgehen können, und daraus die für die Interpretation des letzten Textteiles notwendigen Konsequenzen zieht, bedeutet das noch gar nicht, dass Ulpian im Falle 1a) eine Teilung der *actio furti* zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer vertreten habe. Es kann ja nicht bezweifelt werden, dass der Gläubiger für den Diebstahl der Sache beim Schuldner, der sich die Pfandsache zuerst vom Gläubiger zurückgeholt hatte, nicht haftete, sodass er in diesem Falle kein Haftungsinteresse hatte und folglich niemals auf den doppelten Sachwert klagen konnte. Ulpian konnte also in diesem Falle, obwohl er ein Anhänger der *custodia*-Haftung war⁽³⁸⁾ (wie nach meiner Auffassung⁽³⁹⁾ alle klassischen Juristen), und, wie aus Ulp. D. 47.2.14.16⁽⁴⁰⁾ hervorgeht, eine ungeteilte Aktivlegitimation des Gläubigers für den Fall 1a) vertrat, sehr wohl dafür eintreten, dass der Gläubiger gegen den Dieb auf Grund seines Sicherungsinteresses auf die doppelte Summe der Schuld und der Schuldner auf Grund seines verbleibenden Eigentümerinteresses die zweifache Differenz zwischen dem Sachwert und der Schuld einklagen konnte.

Dass Ulpian die *actio furti* zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder geteilt habe, lasse sich nach Kaser⁽⁴¹⁾ auch aus D. 47.2.14.5-7⁽⁴²⁾ erhärten. Hier muss ich aber mit grösserem Nachdruck als ich es in *F.P.* (I) getan habe⁽⁴³⁾, darauf hinweisen, dass es *völlig unmöglich* ist, dass Ulpian in dem ursprünglichen Text der Paragraphen 5-7 Fälle von *furtum pignoris* besprochen hat, weil die in diesen Paragraphen niedergelegten Lösungen, sowohl was den Haftungsmaßstab des Gläubigers, als auch was

(38) Vgl. Ulp. D. 20.1.21.3; D. 47.2.14.16 und vielleicht D. 13.7.13.1; vgl. über den letzten Text *F.P.* (I), S. 135, Anm. 8.

(39) Vgl. darüber *F.P.* (I), S. 135 und hiernach Nr. 4, S. 113-115.

(40) Siehe über diesen Text unten Nr. 4, S. 110-111.

(41) KASER, *Stud.*, III, S. 67-69.

(42) Siehe über diesen Text *F.P.* (I), S. 155ff. und ausführlicher *infra*, Nr. 8, S. 136-141.

(43) Siehe *F.P.* (I), S. 154.

die Aktivlegitimation zu der *actio furti* angeht, völlig konträr sind gegenüber denjenigen, welche uns für beide Probleme aus anderen Ulpiantexten, die mit Äusserungen anderer Juristen, insbesondere des Paulus, vollkommen übereinstimmen, bekannt sind. Was die Haftung betrifft, geht aus § 6 klar hervor, dass Ulpian, Papinian folgend, in dem dort behandelten Fall den Gläubiger für *culpa* haften und, wenn die Pfandsache dem Gläubiger zum zweiten Mal entwendet wurde, die Legitimation des Gläubigers zur *actio furti* davon abhängen liess, ob er den Diebstahl der verpfändeten Sache verschuldet hatte. Aus D. 20.1.21.3 und D. 47.2.14.16 und vielleicht auch aus D. 13.7.13.1⁽⁴⁴⁾ wissen wir aber, dass Ulpian (wie m.E. alle klassischen Juristen)⁽⁴⁵⁾ für den Faustpfandgläubiger eine *custodia*-Haftung vertreten hat. Die im § 6 gestellte Frage, ob der Gläubiger den Diebstahl verschuldet hatte, konnte also bei ihm für den *creditor pignoratitius* gar nicht aufkommen. Im erwähnten § 6 macht Ulpian die Antwort auf die Frage, ob der Gläubiger die *actio furti* erheben kann, davon abhängig, ob er das Gestohlensein der Sache verschuldet hat. In D. 47.2.14.16⁽⁴⁶⁾ schreibt Ulpian einfach, dass dem Pfandgläubiger die *actio furti* zusteht, weil ihm eine *custodia*-Haftung für die zum Pfand genommene Sache obliegt. In den verschiedenen in den Paragraphen 5 und 7 behandelten Fällen⁽⁴⁷⁾ gibt Ulpian, dem Papinian und in einem Fall auch dem Pomponius folgend, dem Gläubiger die *actio furti* bis zur Höhe des Forderungsbetrags und dem Schuldner bis zur Höhe der in den verschiedenen Fällen verschiedenen Summen seines Restinteresses. In D. 47.2.14.16 gibt er nur dem Pfandgläubiger die *actio furti*. Zu diesen Argumenten, die vollkommen ausschliessen, dass Ulpian in D. 47.2.14.5-7 über das *furtum pignoris* gesprochen hat, kann man noch hinzufügen, dass Ulpian in den Paragraphen 5 und 7 die Busse auf die Schuld anrechnet. Oben (S. 103) habe ich

(44) Vgl. oben, Anm. 38.

(45) Vgl. Anm. 39.

(46) Siehe über diesen Text ausführlicher unten Nr. 4, S. 110-111.

(47) Ich werde diese unten in Nr. 8, S. 136 ff. bei meiner Erörterung des *furtum fiduciae* besprechen.

glaubhaft gemacht, dass eine solche Anrechnung, die uns für die *fiducia* unter andern aus D. 13.7.22.pr. bekannt ist, in den Quellen, insbesondere in D. 47.2.15.pr., 2. Satz, nicht überliefert ist. Sie hat m.E. beim *furtum pignoris* nicht bestanden. In *F.P.* (I) ⁽⁴⁸⁾ habe ich diese Unterschiede zwischen den Folgen des *furtum pignoris* und des *furtum fiduciae* zu erklären versucht.

Aus dem Vorhergehenden kann man erschliessen, dass man sich für die Frage, wie Ulpian das Problem der Aktivlegitimation zu der *actio furti* gelöst hat, nicht auf D. 47.2.14.5-7 berufen kann. Wenn man den Text aber mit Kaser auf das *furtum pignoris* bezieht, so kann man daraus noch nicht folgern, dass Ulpian die *actio furti* zwischen Faustpfandgläubiger und Verpfänder immer geteilt habe. In den Paragraphen 5 und 7 ist allerdings von einer solchen Teilung die Rede, nicht aber im § 6, wo Ulpian den Gläubiger der zum zweiten Mal gestohlenen Pfandsache, der den Diebstahl verschuldet hatte, doch wohl auf den doppelten Sachwert klagen lässt, was in Kasers System nicht passt.

Am Ende seiner Ausführungen zu Fall 1a) ⁽⁴⁹⁾ äussert Kaser sich darüber, welcher der beiden Wege zur Verfolgung der Diebstahlsbusse der ältere war, der ulpianische oder der paulinische, und welches Recht hinsichtlich der Aktivlegitimation zu der Diebstahlsklage in diesem Falle galt, seitdem die beiden Wege nebeneinander anerkannt waren. Ich brauche hierzu keine Stellung zu nehmen, da ich in dieser Nr. gezeigt habe, dass weder Paulus, noch Ulpian je die Regelung vorgeschlagen haben, die Kaser ihnen in den Mund legt.

Fassen wir die Resultate dieser Nr. kurz zusammen: Kaser hat ausgeführt, dass für den Fall 1a) im klassischen römischen Recht zwei Regelungen nebeneinander bestanden haben. Paulus habe dem Pfandgläubiger die *actio furti* auf das Doppelte des vollen Sachwerts zugewiesen und ihn aufgrund der *actio pignoratitia* zur Herausgabe des Überschusses über den doppelten Forderungsbetrag, das heisst also des doppelten *superfluum*, an

(48) Siehe, *F.P.* (I), S. 153.

(49) Vgl. KASER, *Stud.*, III, S. 73/4.

den Verpfänder verpflichtet. Ulpian habe, dem Papinian folgend, dem Gläubiger die *actio furti* auf die doppelte Forderungssumme gegeben, und dem Eigentümer auf das doppelte *superfluum*. Wir haben dagegen darzulegen versucht, dass die beiden Regelungen in den Quellen keine Grundlage haben, dass Paulus den Gläubiger nicht gezwungen hat, die vom Dieb empfangene Busse auf die Schuld anzurechnen und dass Ulpian die *actio furti* nicht zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder geteilt hat. Für Ulp. D. 47.2.12.2 hat mich Kaser von der Richtigkeit seiner Interpretation vollkommen überzeugt, wonach im Falle des zweiten im Text behandelten Diebstahls der Pfandsache beim Schuldner sowohl der Pfandgläubiger als auch der Schuldner die Diebstahlsklage erheben können. Der Text kann aber als Beweis für die Teilung der *actio furti* im Fall 1a) nicht dienen, da die Lage verschieden ist. Mit viel mehr Überzeugung als in *F.P.* (I) habe ich auseinandergesetzt, dass Ulpian in D. 47.2.14.5-7 nur über *furtum fiduciae* gesprochen haben kann, sodass sich auch dieser Text für Kaser als Argument für die von Ulpian durchgeführte Teilung der Diebstahlsklage im Falle von *furtum pignoris* versagt. Aus Paul. D. 47.2.15.pr. und D. 47.2.88(87) und Ulp. D. 47.2.14.16 geht zweifellos hervor, dass im Falle 1a) die *actio furti* dem Gläubiger zustand, der damit auf den doppelten Sachwert klagen konnte und nicht gezwungen war, von der vom Dieb empfangenen *poena* dem Schuldner etwas herauszugeben^(49a).

4.

Wir wollen jetzt noch einige weitere Argumente anführen, die dafür sprechen, dass die klassischen Juristen den Fall 1a) wirklich so gelöst haben, wie wir es am Ende der Nr. 3 formuliert haben. Dabei hoffe ich insbesondere zu beweisen, dass Ulp. D. 47.2.14.16 und Gai 3.203/4, anders als Kaser meint, meine These zu stützen vermögen. Weiter will ich gegen Kasers Kritik annehmbar machen, dass *custodia* der allgemein von den klassischen Juristen akzeptierte Haftungsmaßstab für den Faustpfand-

(49a) In diesem Fall und im Falle 2a) steht dem Schuldner als Eigentümer die *condictio furtiva* zu.

gläubiger war, und dass es wirklich Sicherungs- und Haftungsinteresse zusammen waren, auf welche die römischen Juristen die ungeteilte Aktivlegitimation zur *actio furti* im Falle 1a) gründeten.

Oben (S. 106) habe ich schon erwähnt, dass Ulpian's Standpunkt, dass im Fall 1a) der Gläubiger als einziger mit der *actio furti* auf den doppelten Sachwert klagen konnte, deutlich aus D. 47.2.14.16 hervorgeht. Da Kaser in *Stud.*, III den Text bei der Behandlung der Aktivlegitimation zu der *actio furti* gar nicht erwähnt⁽⁵⁰⁾ und leugnet⁽⁵¹⁾, dass man daraus erschliessen kann, dass Ulpian den Pfandgläubiger für *custodia* haften liess, werden wir uns dem Text noch einmal zuwenden:

D. 47.2.14.16 Ulpianus l. 29 ad Sabinum. *Qualis ergo*⁽⁵²⁾ *furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actionem*⁽⁵³⁾ *competere: conductio autem ei demum competit, qui dominium habet.*

Es scheint mir unbestreitbar, dass Ulpian in diesem Text dem Pfandgläubiger als einzigem, so wie auch dem *commodatarius* und dem *conductor operis*^(53a), die Diebstahlsklage zuweist, und dass er mit den Worten *omnibus quorum periculo res alienae sunt...*, *si hae subreptae sunt* diese, in allen erwähnten Fällen ungeteilte, Aktivlegitimation zur *actio furti* mit der *custodia*-Haftung der aufgeführten Personen verbindet. Ich frage mich, wie man deutlicher als mit den oben zitierten Worten sagen kann, dass die im Text gemeinten Personen für *custodia* hafteten. Ich berufe mich dafür auf Kaser, der in *S.Z.* 96 (1979)⁽⁵⁴⁾ schreibt:

(50) KASER, *Stud.*, III, S. 63-75.

(51) KASER, *Stud.*, III, S. 71/2.

(52) Siehe über die von mir vorgeschlagene neue Interpretation der Worte *Qualis ergo* im Sinne von *quare*: *F.P.* (I), S. 138, Anm. 28.

(53) Vgl. über diese, m.E. bessere Lesung, *F.P.* (I), S. 138, Anm. 29.

(53a) Aus D. 47.2.14.12 geht hervor, dass Ulpian den Mieter für *culpa* haften liess.

(54) Siehe KASER, *S.Z.* 96 (1979), S. 112.

« Die Diebstahlsgefahr... obliegt dem Gläubiger... dann nicht, wenn ihm ein *custodia*-Pflichtiger für Schadenersatz haftet, der damit seinerseits das *periculum custodiae* (*furti*, usw.) trägt. »

M.E. sind die Ausdrücke, dass jemand hinsichtlich einer Sache das *periculum furti* hat und dass er für die Sache das *periculum* trägt, wenn sie gestohlen ist, synonym⁽⁵⁵⁾. Kaser, *Stud.*, III⁽⁵⁶⁾, weigert sich, aus D. 47.2.14.16. zu erschliessen, dass nach Ulpian der Pfandgläubiger für *custodia* haftete, unter Berufung auf die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks *periculum rei* und auf die Tatsache, dass Ulpian D. 47.8.2.22 ausdrücklich auch solche Fälle anzählt, « in denen sicher keine *custodia*-Haftung galt »⁽⁵⁷⁾. Die erwähnte Mehrdeutigkeit des Ausdrucks *periculum rei* wird jedoch durch den Kontext: *omnibus quorum periculo res alienae sunt...*, *si hac subreptae sint* aufgehoben. In Fragment D. 47.8.2.22, das eine Liste der Personen enthält, die zur *actio vi bonorum raptorum* aktivlegitimiert sind, kommen ferner die zitierten Worte, die m.E. auf die *custodia*-Haftung weisen, gar nicht vor, sodass die Tatsache, dass auch Personen, denen keine *custodia*-Pflicht obliegt, in die Liste aufgenommen sind, nicht als Argument gegen die von mir gegebene Deutung der zitierten Worte vorgebracht werden kann.

Ebenso wie in Ulp. D. 47.2.14.16 wird in Gaius, *Inst.* 3.203/4 nur der Pfandgläubiger als Aktivlegitimierter zur *actio furti* erwähnt und ist dort von einer Teilung der Diebstahlsklage zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer gar nicht die Rede.

Gaius, *Inst.* 3.203 und 204⁽⁵⁸⁾.

203. *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem*

(55) Dass das Wort *periculum* hier möglicherweise im weiten Sinn gebraucht sei, der auch schuldhaft herbeigeführten Verlust, für den man haftet, einschliesst, wie KASER, *S.Z.* 96 (1979), S. 112, Anm. 89 meint, leuchtet mir nicht ein.

(56) *Stud.*, III, S. 71/2.

(57) *Stud.*, III, S. 72.

(58) Ich werde am Ende dieser Nr., S. 118 zu erklären versuchen, warum Gaius in diesen Paragraphen keinen Bezug nimmt auf die *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers, wie er es in den nachstehenden Paragraphen für den *fullo*, den *sarcinator* und den Kommodatar tut.

salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire. 204. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nihilo minus creditori competat actio furti.

In Übereinstimmung mit den zitierten Texten von Paulus (D. 47.2.15.pr. und D. 47.2.88(87)) und Ulpian (D. 47.2.14.16) gibt Gaius im Falle des Diebstahls eines Faustpfands⁽⁵⁹⁾ nur dem Pfandgläubiger die *actio furti*. Wie in den nachher in den §§ 205/6 von Gaius behandelten Fällen des Diebstahls einer Sache beim *fullo* oder *sarcinator* und beim Kommodatar, wird die Diebstahlsklage nicht zwischen den Beteiligten geteilt.

Für die Richtigkeit meiner Auffassung, dass im Falle 1a) der Gläubiger als einziger mit der *actio furti* klagen konnte, berufe ich mich auf die Regelung der *actio Serviana*, die mir als ein zusätzliches Argument dienen kann. Wubbe hat 1976 in der *Festschrift für Max Kaser*⁽⁶⁰⁾ überzeugend bewiesen — und auch der Gefeierte, der früher eine andere Auffassung vertreten hat⁽⁶¹⁾, hat sich durch Wubbes Argumentation überzeugen lassen⁽⁶²⁾, — dass die klassischen Juristen, insbesondere auch — was hier interessiert — Ulpian (vgl. D. 20.1.21.3), einheitlich entschieden haben, dass der Faustpfandgläubiger, wenn er gegen einen Dritten mit der *actio Serviana* vorgeht, auf den vollen Sachwert klagen kann. Von einer Teilung in dem Sinne, dass der Gläubiger als *litis aestimatio* den Forderungsbetrag, und der Schuldner auf Grund der *rei vindicatio* das *superfluum* erlangen könnte, ist nirgends die Rede. Der Streitwert bei der *actio Serviana*, mit der ein Dritter belangt wird, ist offenbar immer der Sachwert, der — auch — auf dem, durch die *custodia*-Haftung bedingten, Haftungsinteresse basiert. So hat, wie aus D. 20.1.21.3

(59) Offenbar hat Gaius hier an den Fall eines Besitzpfandes gedacht, wie im vorhergehenden § 200.

(60) F. (B.J.) WUBBE, Der Streitwert bei der *actio Serviana*, in *Festschrift für Max Kaser*, München 1976, S. 179 ff.

(61) M. KASER, Die Interessenberechnung bei der *vindicatio pignoris* in *IVRA* 18 (1967), S. 1 ff.

(62) KASER, *Stud.*, III, S. 62/3.

hervorgeht, auch Ulpian entschieden. Nirgends findet man bei der *actio Serviana* etwas von dem nach Kaser, der den Text auf das *furtum pignoris* bezieht, von Ulpian in D. 47.2.14.6 für die *actio furti* geäußerten Gedanken, dass nur, wenn der Gläubiger den Diebstahl der Pfandsache verschuldet hatte, ein Haftungsinteresse vorlag. Wenn nun — was sicher ist — Ulpian und die anderen Klassiker entschieden haben, dass sich das Interesse des gegen einen Dritten mit der *actio Serviana* klagenden Pfandgläubigers auf den vollen Sachwert beläuft, ist es doch undenkbar, dass sie das Interesse des gegen einen Dritten mit der *actio furti* klagenden Pfandgläubigers auf andere Weise festgestellt hätten. Die Regelung der *actio Serviana* gibt also m.E. ein wichtiges Argument für die Richtigkeit meiner Auffassung, dass im Falle 1a) der *creditor pigneraticius* (als einziger) auf das Doppelte des vollen Sachwerts klagen konnte.

Wie aus dem Vorhergehenden hervorgeht, halte ich an meiner Auffassung fest, dass der Faustpfandgläubiger im klassischen römischen Recht für *custodia* haftete⁽⁶³⁾. Kaser hat inzwischen zweimal⁽⁶⁴⁾ mit ausführlichen Hinweisen auf die einschlägigen Quellen und die Literatur ausgeführt, dass die « undeutliche Quellenlage »⁽⁶⁵⁾ auf Haftung bald für *culpa* bald für *custodia* schliessen lässt, und dass man an « Klassikerkontroversen⁽⁶⁶⁾ oder Differenzierungen je nach den Tatbeständen »⁽⁶⁷⁾ denken

(63) Siehe *F.P.* (I), S. 134-136.

(64) Siehe, *Stud.*, III, S. 71-73, und *Stud.*, II, S. 336/7; vgl. auch *S.Z.* 96 (1979), S. 102.

(65) KASER, *Stud.*, II, S. 336.

(66) KASER hat in *Stud.*, II, S. 336, wie in *R.P.R.*, I², S. 508/9, Ulpian sowohl als einen Anhänger der *culpa*- als der *custodia*-Haftung erwähnt. In *Stud.*, III, S. 71/2 hat der hochgeschätzte Salzburger Romanist versucht, die *custodia*-Texte zu eliminieren: D. 13.7.13.1, weil das Fragment « sichtlich verkürzt und auch sachlich bedenklich » sei, und D. 47.2.14.16 wegen der Mehrdeutigkeit des Ausdrucks *periculum rei*; vgl. hierzu meine Betrachtungen oben S. 111.

(67) KASER, *Stud.*, III, S. 71. Ich sehe nicht recht, wie die Klassiker in Fällen des Diebstahls von zum Pfand gegebenen Mobiliarsachen nach den Tatbeständen haben differenzieren können. KASER schreibt ebenda, S. 71, dass die klassischen Juristen offenbar nicht zwischen Besitzpfand und besitzlosem Pfand differenziert haben. Das wäre auch kaum möglich

kann. Die wichtigsten Quellen, die für die *custodia*-Haftung sprechen, habe ich in *F.P.* (I) ⁽⁶⁸⁾ angeführt; man könnte noch die oben erwähnte Ulpianstelle D. 20.1.21.3 hinzufügen. Zur Kasers Argumentation, dass Ulp. D. 47.2.14.16 mehrdeutig sei und Ulp. D. 47.2.14.6 den Pfandgläubiger für *culpa* haften lasse, habe ich mich schon oben ⁽⁶⁹⁾ geäußert. Kaser ⁽⁷⁰⁾ führt noch eine Reihe von Texten an, in denen dem Pfandgläubiger eine *culpa*-Haftung obliegt. M.E. sind diese alle nicht schlüssig. Um das zu beweisen, ist eine spezielle Abhandlung ⁽⁷¹⁾ notwendig. Zwei Gründe für die Nicht-Schlüssigkeit dieser Texte habe ich schon in *F.P.* (I) ⁽⁷²⁾ erwähnt: Verschiedene handeln von unbeweglichen Sachen, für welche eine *custodia*-Haftung nicht besteht, oder bezogen sich ursprünglich auf die *fiducia cum creditore* (wie D. 47.2.14.16). Zwei neue Argumente füge ich jetzt hinzu. Auch wenn Texte von *pignus* handeln und gesagt wird, dass der Pfandgläubiger haftet, wenn die Pfandsache durch seine Schuld verloren oder zugrunde gegangen ⁽⁷³⁾ ist, spricht das nicht gegen die *custodia*-Haftung, weil die Ursache des Verloren- oder Zugrundegehens eine andere war als Diebstahl. Endlich ist zu berücksichtigen — wie auch Kaser selbst mit Recht hervorhebt — ⁽⁷⁴⁾, dass Rechtsquellen *culpa* auch gebrauchen, um ein blosses « Verantwortlichsein » anzudeuten, « das auch die

gewesen, da wie KASER selbst, a.a.O., S. 63 schreibt, « regelmässig nur das Besitzpfand einer Haftung des Gläubigers aus der *actio pignoratitia* Raum gibt ».

(68) *F.P.* (I), S. 135.

(69) Siehe *supra*, S. 111 und 106-107.

(70) *Stud.*, III, S. 72, Anm. 248 und *Stud.*, II, S. 336, Anm. 313.

(71) Ich hoffe, zu den *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, die 1982 erscheinen werden, einen Aufsatz über den Haftungsmaßstab des Besitzpfandgläubigers beizusteuern.

(72) *F.P.* (I), S. 136.

(73) In Texten in denen hinsichtlich zum Pfand gegebener Mobiliarsachen das Wort *perire* angewendet wird, braucht das nicht zu bedeuten, dass sie durch Diebstahl verloren gegangen sind. *Perire* bedeutet « verloren » oder « zugrunde gehen » (vgl. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, S. 421); das kann auch durch eine andere Ursache als durch Diebstahl geschehen.

(74) KASER, *Stud.*, II, S. 337.

custodia-Haftung einschliessen kann ». Oft sagt man, dass für die *culpa*-Haftung spricht, dass doch auch der Fiduziar für *culpa* haftete. Dabei vergisst man aber, dass die Einheit der *fiducia* — bei der *fiducia cum amico* wäre eine *custodia*-Haftung gewiss fehl am Platz gewesen — und insbesondere die Tatsache, dass die Verurteilung aus der *actio fiduciae* zu Infamie führte, hier der Annahme einer *custodia*-Pflicht im Wege gestanden haben.

Wenn es nun als feststehend betrachtet werden kann, dass der Pfandgläubiger gegenüber dem Pfandgeber für *custodia* haftete, so fragt es sich letztlich, inwieweit das hierauf basierende Haftungsinteresse des Gläubigers dessen Aktivlegitimation zur *actio furti* bedingt hat. In *F.P.* (I) ⁽⁷⁵⁾ habe ich geschrieben, dass es sowohl das Sicherungs- als auch das Haftungsinteresse ist, das die Aktivlegitimation des Pfandgläubigers und die Höhe der Diebstahlsbusse bestimmt. Ich dachte, man müsse unterscheiden zwischen dem Fall, in dem der Schuldner im Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die *actio furti* erhebt, insolvent ist, und dem, in welchem der Schuldner in diesem Augenblick solvent ist. Im ersten Fall gründe sich die Diebstahlsklage auf das Sicherungs- und das Haftungsinteresse, im zweiten Fall auf das Haftungsinteresse. Ich halte daran fest, dass Sicherungs- und Haftungsinteresse für die Aktivlegitimation des Pfandgläubigers im Fall 1a) entscheidend waren, muss aber jetzt meine Meinung unter Einfluss meiner neuen Interpretation des zweiten Teiles der Ulpianstelle D. 47.2.12.2 (siehe oben, S. 104 ff.) etwas ändern. Ich betrachte es jetzt als entscheidend für die Frage, auf welchem Interesse die *actio furti* des Pfandgläubigers basiert, ob die Schuld in dem Augenblick in dem er die Diebstahlsklage erhebt, bezahlt worden ist, oder ob diese Zahlung noch nicht stattgefunden hat. Hat der Schuldner die Schuld noch nicht bezahlt ^(75a), so hat der Gläubiger ein Interesse am Behalten der

(75) *F.P.* (I), S. 139-141.

(75a) Entscheidend ist nicht, wie ich in *F.P.* (I) dachte, die Frage, ob der Schuldner insolvent ist, denn auch wenn er zahlungsfähig ist, aber aus einem anderen Grund nicht bezahlt (z.B. aus Nachlässigkeit oder aus Böswilligkeit), hat — wie wir oben S. 105 gesehen haben — der Gläubiger ein Interesse am Behalten der Sache, weil ihm das die Schwierigkeiten eines Prozesses gegen den Schuldner erspart.

Sache, weil dadurch seine Forderung gesichert ist, das heisst, weil dadurch verhindert wird, dass er bei Insolvenz des Schuldners nur einen Teil seiner Forderung erhält und ihm, auch wenn der Schuldner zahlungsfähig ist, die Schwierigkeiten eines Prozesses erspart werden. Daneben hat der Pfandgläubiger aber auch als sekundäres Interesse⁽⁷⁶⁾ ein Haftungsinteresse, was das *superfluum* angeht. Es beruht nämlich auf seiner *custodia*-Haftung, dass der Pfandgläubiger, wenn der Schuldner nicht bezahlt, mit der *actio pignoratitia directa* dazu gezwungen werden kann, die Differenz zwischen dem Sachwert und der Schuld herauszugeben, obgleich er die Sache, weil sie gestohlen ist, nicht verkaufen kann, um sich aus dem Ertrag zu befriedigen. Oben (S. 102) habe ich zu zeigen versucht, dass Paulus im 2. Satz von D. 47.2.15.pr. gerade dies sagt: *sed et pignoratitia actione id quod debitum excedit debitori praestabit*. Hat der Schuldner die Schuld schon bezahlt, so ist der Gläubiger darum an dem Nichtgestohlenwerden der Sache interessiert, weil er dem Schuldner kraft seiner *custodia*-Haftung zur Restitution des Wertes der gestohlenen Sache verpflichtet ist.

Gegen die Auffassung, die ich in *F.P.* (I)⁽⁷⁷⁾ vorgetragen habe, hat Kaser⁽⁷⁸⁾ Bedenken geäussert. Seine Kritik richtet sich auf meine Betrachtung des Falles, in dem der Schuldner insolvent ist^(78a). Von einem, wenn auch nur sekundären, Haftungsinteresse kann dort nach seiner Meinung nicht die Rede sein; darum sieht er für ein Nebeneinander von Haftungs- und Sicherungsinteresse keine Möglichkeit. Gegen meine These, dass im Falle der Insolvenz des Schuldners der Gläubiger, dem die Sache entwendet worden ist, auf Grund seiner *custodia*-Haftung das *superfluum* erstatten muss, schreibt Kaser folgendes:

« Da die *actio pignoratitia* das *pecuniam solutam esse* (oder *satisfactio* des Gläubigers oder Annahmeverzug)

(76) Vgl. *F.P.* (I), S. 140.

(77) Siehe Anm. 75.

(78) KASER in *Festschr. II von Lübtow*, Anm. 133.

(78a) Was ich in *F.P.* (I) für den Fall geschrieben habe, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, gilt nach meiner heutigen Auffassung für den Fall, dass er noch nicht bezahlt hat.

voraussetzt, könnte jedoch dem Insolventen diese Klage nur auf Grund der von Papinian anerkannten Anrechnung der *poena* auf die Forderung nützen, sofern die *poena* den Forderungsvertrag übersteigt. Doch haben Pap.-Ulp. in D. 47.2.14.5-7 die *a. f.* augenscheinlich immer nur nach dem Haftungsinteresse berechnet..., anders Paulus in eod. 15 pr. ... Doch hat der hier anerkannte *superfluum*-Anspruch mit der *custodia*-Haftung nichts zu tun... »

Es ist wahr, dass die *actio pigneraticia* normalerweise nur dann möglich ist, wenn der Gläubiger Bezahlung der Schuld empfangen hat. Wir wissen aber aus zahlreichen Quellen⁽⁷⁹⁾, dass die *actio pigneraticia* auch verwendet wurde, um den Gläubiger, der keine *solutio* bekommen und die Pfandsache verkauft hatte, den Überschuss des Erlöses über die Forderung herausgeben zu lassen. Auch hier wurde vom Gläubiger mit der *actio pigneraticia* geklagt, obgleich er keine Bezahlung empfangen hatte. Eine Anrechnung der Busse auf die Schuld kam, wie ich oben (S. 103) erwiesen habe, beim *pignus* — anders als bei der *fiducia* — nicht vor, und D. 47.2.14.5-7 handelt nicht von *furtum pignoris*⁽⁸⁰⁾. Wenn die Schuld 1000 beträgt und die gestohlene Pfandsache 1200 wert ist, konnte der Gläubiger nach den Quellen immer das Doppelte von 1200 fordern. Es scheint also auf dem ersten Blick so zu sein, dass — wie auch Kaser meint — die Busse immer nach dem Haftungsinteresse berechnet wird. Das ist aber nur der Fall, wenn der Schuldner solvent ist (oder nach meiner heutigen Auffassung: wenn der Schuldner noch nicht bezahlt hat). Ist er jedoch insolvent (oder nach meiner heutigen Auffassung: hat er die Schuld schon bezahlt), so kann der Gläubiger m.E. auf Grund seines Sicherungsinteresses auf das Doppelte von 1000 und auf Grund seines Haftungsinteresses auf das Doppelte von 200 klagen. Dass der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht bezahlt, die Differenz zwischen dem nachträglich von dem *iudex* zu ermittelnden Wert der gestohlenen Pfandsache und dem Forderungsbetrag dem Schuldner herauszugeben hat, wie Paul. D. 47.2.15.pr. im 2. Satz feststellt, basiert gewiss

(79) Siehe KASER, *R.P.R.*, I², S. 537 und *Stud.*, II, S. 206/7 und Anm. 72 und S. 213 und Anm. 109.

(80) Vgl. oben S. 106 ff.

auf der *custodia*-Haftung. Dass der Gläubiger für *custodia* haftet, bedeutet, dass der Schuldner in dieselbe Lage gebracht werden soll, wie wenn der Diebstahl nicht stattgefunden hätte. Wäre die Sache nicht gestohlen, so hätte der nicht bezahlende Schuldner, vom Gläubiger das *superfluum* bekommen. Mit der *actio pigneraticia* kann er darauf klagen, dass, auch wenn die Pfandsache gestohlen worden ist, ihm das *superfluum* ⁽⁸¹⁾ herausgegeben wird.

Ich bleibe also bei der Meinung, dass im Falle 1a) die *actio furti* des Gläubigers auf dessen Sicherungs- und Haftungsinteresse basiert. Ich möchte nur nach dem Vorhergehenden diese Auffassung wie folgt präzisieren. Wenn der Schuldner nicht bezahlt hat, basiert die Diebstahlsklage des Pfandgläubigers primär auf seinem Sicherungsinteresse und sekundär auf seinem Haftungsinteresse, die zusammen dazu führen, dass er auf das Doppelte des Sachwerts klagen kann. Wenn der Schuldner bezahlt hat, basiert die *actio furti* des Pfandgläubigers auf seinem Haftungsinteresse, das dazu führt, dass er ebenso auf den doppelten Sachwert klagen konnte. Da im wichtigsten Fall, nämlich dann, wenn der Schuldner die Schuld noch nicht bezahlt hat, auch ein «Eigeninteresse» des Gläubigers besteht und wegen der Verwickeltheit der Lage, hat Gaius die Aktivlegitimation des Pfandgläubigers nicht mit dessen *custodia*-Haftung verbunden und sich darauf beschränkt, zu schreiben, dass dem Pfandgläubiger als demjenigen *cuius interest rem salvam esse* die Diebstahlsklage zusteht, was in einem Anfängerlehrbuch vollkommen verständlich ist.

5.

Nach dieser ausführlichen Behandlung des Falles 1a), werde ich jetzt auf die drei übrigen Fälle von *furtum pignoris* (1b),

(81) Das *superfluum* ist in den zwei Fällen insoweit nicht völlig identisch, als der Gläubiger der nicht entwendeten Pfandsache die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Forderungsbetrag und der Gläubiger der entwendeten Pfandsache die Differenz zwischen dem nachträglich vom Richter zu ermittelnden Wert der Sache und dem Forderungsbetrag bezahlen soll.

2a) und 2b)) nur noch kurz eingehen, weil Kaser und ich, was diese angeht, zu fast identischen — von den früher vorgetragenen abweichenden — Resultaten gekommen sind.

Wenden wir uns zuerst dem Fall 1b): *furtum pignoris*, das vom Schuldner selber begangen wird, zu ^(81a). In diesem Falle klagt der Gläubiger mit der *actio furti* auf den doppelten Forderungsbetrag, der Eigentümer auf das verdoppelte *superfluum*. Kaser ⁽⁸²⁾ und ich sind beide der Meinung, dass dieser Fall so entschieden worden ist, und wir berufen uns beide auf den zweiten Satz von Paul. D. 47.2.88(87) ⁽⁸³⁾. Der Gläubiger braucht nichts von der empfangenen *pecunia* dem Schuldner herauszugeben, nach Kasers ⁽⁸⁴⁾ Meinung nicht, weil der Gläubiger immer den doppelten Forderungsbetrag als Busse für sich behalten darf, nach meiner Meinung nicht, weil, wie ich oben (S. 103) erörtert habe, eine Anrechnungs- und Herausgabepflicht des Pfandgläubigers überhaupt nicht bestand. Obgleich unsere Argumentation etwas verschieden ist, stimmen Kaser und ich, was den Fall 1b) betrifft, im Resultat völlig überein.

Auch über die Lösung des Falles 2a), in dem ein Dritter eine besitzlos verpfändete Sache dem Schuldner entwendet, sind Kaser ⁽⁸⁵⁾ und ich ⁽⁸⁶⁾ einig: Der Gläubiger klagt mit der *actio furti* auf den doppelten Forderungsbetrag, der Eigentümer klagt mit derselben *actio* auf das Doppelte der Differenz zwischen dem Sachwert und der geschuldeten Summe. Wir beide berufen uns dafür auf Ulpian D. 47.2.46.4, in dem eine *actio furti* dem Gläubiger neben dem Eigentümer und dem Usufruktuar gewährt wird wegen des Diebstahls eines Sklaven, an dem der Eigentümer zuerst einen Niessbrauch und nachher ein *pignus* bestellt

(81a) Ausser in dem in Anm. 83 zu zitierenden Paulustext ist auch in Ulp. D. 9.4.36 wahrscheinlich vom Falle 1b) (oder 2b)) die Rede.

(82) *Stud.*, III, S. 177.

(83) Paul. D. 47.2.88(87), 2. Satz: *sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.*

(84) *Stud.*, III, S. 65.

(85) *Stud.*, III, S. 77/8.

(86) *F.P.* (I), S. 147/8.

hat. Meiner Meinung nach muss, Kasers Meinung nach kann es sich hier um ein besitzloses Pfandrecht handeln. M.E. ist Gaius D. 47.2.49.pr. ⁽⁸⁷⁾ *in fine* als ein zusätzliches Argument zu betrachten für die Richtigkeit der gerade wiedergegebenen Lösung. Eine *res pignoris iure obligata* ist in den Rechtsquellen meistens eine Sache, an der ein besitzloses Pfandrecht bestellt worden ist. Auch hier hat Gaius m.E. eine solche Sache gemeint. Gaius geht im Text von Fällen des Diebstahls einer Sache, die sich beim Schuldner befindet aus, in denen der nicht privilegierte Gläubiger, obwohl er ein Interesse daran hat, dass die Sache in dem für ihn vollstreckbaren Vermögen des Schuldners erhalten bleibt, nicht die *actio furti* erheben kann. Es liegt auf der Hand, auch die einschränkende Schlussbemerkung (*loquimur... sit*) auf Sachen zu beziehen, die sich im Besitz des Schuldners befinden, und anzunehmen, dass Gaius hier besitzlos verpfändete Sachen gemeint hat. Kaser ⁽⁸⁸⁾ meint, die zitierte « Juristenwendung » erlaubte « noch nicht den Gegenschluss, dass die *a.f.* jedem Pfandgläubiger, auch dem besitzlosen, zusteht ». Mir scheint, man kommt Gaius' Meinung am nächsten, wenn man die Worte *res pignoris iure obligata* gerade auf die besitzlos verpfändete Sache bezieht.

Im Falle 2b) endlich, in dem ein Schuldner während der Dauer der Schuld eine Sache veräussert, an der er seinem Gläu-

(87) D. 47.2.49.pr. Gaius, l. 10 ad edict. prov.: *Interdum accidit, ut non habeat furti actionem is, cuius interest rem salvam esse. ut ecce creditor ob rem debitoris subreptam furti agere non potest, etsi aliunde creditum servare non possit: loquimur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit.* BISCARDI, *Appunti*, S. 186 (vgl. unten Anm. 94) rekonstruiert in diesem Text den Satz *creditor ob rem debitam subreptam furti agere non potest in: <emptor> ob rem <venditam> subreptam furti agere non potest.* Diese Textverbesserung gehe « inconvertibilmente dalla Palingenesia del Lenel » hervor (S. 185). Die hier von BISCARDI konstruierte Beziehung mit der *lex commissoria* betrachte ich als unbewiesen und unwahrscheinlich. Viel wahrscheinlicher ist es, dass Gaius, wie Pomponius, Paulus und Ulpian in ihren von LENEL, *Palingenesia*, II, Sp. 113, Anm. 4 erwähnten Sabinuskomentaren, dem der *custodia*-Haftung des Verkäufers gewidmeten Passus einen Exkurs über die Aktivlegitimation zur *actio furti* angehängt hat.

(88) *Stud.*, III, S. 77.

higer ein spezielles besitzloses Pfandrecht bestellt hat, hat der Gläubiger, wie aus Paul. D. 47.2.67.pr. und Ulpian D. 47.2.19.6 hervorgeht, seit Julian die *actio furti* auf das Zweifache des Forderungsbetrags. Auch hier sind Kaser⁽⁸⁹⁾ und ich⁽⁹⁰⁾ über diese Lösung und über die Tatsache, dass der Gläubiger die vom Schuldner empfangene Busse vollständig behalten darf, einig. Nur ist auch hier unsere Argumentation für das Fehlen einer Anrechnungs- oder Herausgabepflicht, was einen Teil der *poena* angeht, verschieden. Ich verweise hier auf das, was ich hierüber oben (S. 119) für den Fall 1b) geschrieben habe.

6.

In *F.P.* (I)⁽⁹¹⁾ haben wir uns die beiden Fälle von *furtum fiduciae*, einen, in dem ein Dritter die fiduziarisch übertragene Sache dem Gläubiger stiehlt und einen anderen, in dem der Schuldner selber ein *furtum* an dieser Sache begeht, nach Eliminierung der durch das Nichtbestehen der *fiducia* im *Corpus Iuris* bedingten Interpolationen in den Digesten, wie folgt vorgestellt:

4a) Ein Dritter entwendet eine bewegliche *res mancipi*, die dem Gläubiger fiduziarisch zu Sicherheitszwecken vom Schuldner manzipiert und tradiert worden ist.

4b) Der Schuldner stiehlt von einem Gläubiger eine bewegliche *res mancipi*, deren Eigentum und Besitz er zuvor dem Gläubiger fiduziarisch zu Sicherheitszwecken übertragen hat.

Was das von einem Dritten begangene *furtum fiduciae* betrifft, könnte man sich fragen, ob davon nicht auch die Rede war und der Gläubiger auf Grund dessen nicht auch die Diebstahlklage erheben konnte, wenn die ihm fiduziarisch zu Eigentum übertragene (das heisst meistens: manzipierte) *res mancipi* nicht tradiert worden war, was häufig der Fall war⁽⁹²⁾. Wenn eine

(89) *Stud.*, III, S. 78/9.

(90) *F.P.* (I), S. 148/9.

(91) *F.P.* (I), S. 149-150.

(92) Vgl. in diesem Sinn KASER, *R.P.R.*, I² S. 460. G. NOORDRAVEN schreibt

solche dem Schuldner in *precarium* oder Miete überlassene Sache bei diesem entwendet wurde⁽⁹³⁾, war m.E. gewiss auch von *furtum fiduciae* die Rede. Was die dem Gläubiger zugewiesenen Rechtsmittel angeht, muss dieser Fall auf dieselbe Weise wie der Fall 4a) behandelt worden. Nur kann man sich schwer denken, dass der Gläubiger den Diebstahl der Sache beim Schuldner, der Prekarist oder Mieter der Sache ist, verschuldet hat. Die durch die *culpa* des Fiduziars bedingten Folgen treten also nicht ein. Da die einzigen bei den mir bekannten Digestenstellen, die ursprünglich dem von einem Dritten begangenen *furtum* gewidmet sind, nämlich Ulpian D. 13.7.22.pr. und Ulpian D. 47.2.14.5-7, davon ausgehen, dass den Gläubiger an dem Diebstahl eine *culpa* getroffen haben kann, haben Ulpian und die von ihm in den beiden Digestenfragmenten zitierten Juristen gewiss an den Fall einer fiduziarisch manzipierten und tradierten Sache gedacht, die sich faktisch bei dem Gläubiger befand und von diesem gestohlen wurde. Für die Behandlung des von einem Dritten begangenen *furtum* werden wir uns also auf den Fall 4a) beschränken.

Ob wir uns den Fall eines von dem Schuldner selbst begangenen *furtum* wirklich so vorstellen müssen wie wir es in F.P. (I) getan haben, werden wir hiernach in Nr. 7 untersuchen.

Wenden wir uns zuerst der wichtigen, viel diskutierten⁽⁹⁴⁾ erst-erwähnten Ulpianstelle zu.

D. 13.7.22.pr. Ulpianus, l. 30 ad edictum.

in dem der *usureceptio* gewidmeten Abschnitt seiner wahrscheinlich 1982 erscheinenden Amsterdamer Doktorarbeit, dass meistens keine Besitzübertragung stattfand, und gibt dafür wirtschaftliche Gründe.

(93) Dieser Fall ist dem Falle 2a) des *furtum pignoris* vergleichbar.

(94) Siehe über *furtum fiduciae* im allgemeinen und über diesen Text insbesondere LENEL, Quellenforschungen in den Edictscommentaren, in S.Z. 3 (1882), S. 108/9; W. ERBE, *Die Fiduzia im Römischen Recht*, Weimar 1940, S. 27, 33/4, 53-56, 73 und 79; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, *Corso di diritto Romano*, vol. II, *Garanzie reali*, Padova 1963, S. 48/9; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto Romano*, Milano 1976, S. 92-94; KASER, *Stud.*, II, S. 324 und Anm. 254 und S. 329, Anm. 274.

Si [pignore subrepto] <fiducia subrepta> furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.

Vier Fragen⁽⁹⁵⁾ werden in diesem schwierigen Text⁽⁹⁶⁾ von Ulpian behandelt. Ich werde mich in dieser Nr. auf die Besprechung der ersten zwei, den Fall 4a) betreffenden, Fragen beschränken⁽⁹⁷⁾.

Wenn die fiduziierte Sache dem Gläubiger gestohlen ist, fragt es sich, ob er das, was er mit der *actio furti* vom Dieb als Busse empfangen hat, auf die Schuld anrechnen muss. Ulpian schreibt, dass Papinian diese Frage ohne weiteres positiv beantwortet hat. Es handelt sich hier offenbar um eine Neuerung, die zum ersten Mal von Papinian vorgeschlagen worden ist⁽⁹⁸⁾. Ulpian

(95) Diese werden von KASER in *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254 sehr deutlich unterschieden.

(96) FREZZA, *Garanzie reali* (vgl. Anm. 94), S. 20 spricht mit Recht von « questo difficile testo ».

(97) Die beiden anderen Fragen, die den Fall des von dem Schuldner begangenen *furtum* betreffen, werden in Nr. 7 zur Sprache kommen.

(98) In diesem Sinn äussert sich auch ERBE, *Die Fiduzia* (vgl. Anm. 94), S. 55 und 79. An der letzten Stelle schreibt er: « Seit Papinian — D. 13.7.22.pr. wird die Forderung des Fiduziars gemindert um die Diebstahlsbusse, die dieser vom dritten Dieb der *fiducia* mit der *actio furti* erlangt, « zweifellos eine kühne Neuerung, die die alten Klassiker, am reinen Sühnezweck der *poena* festhaltend, gewiss nicht gutgeheissen hätten ». In demselben Sinn auch KASER, *Quanti ea res est*, München 1935, S. 150, von wem der letzte Satzteil herrührt. M.E. ist hier von einem Abgehen vom Sühnezweck der Diebstahlsklage gar nicht die Rede. Die papinianische Neuerung betrifft nur die Frage, wem die *poena* zufallen muss. Durch die seit Papinian anerkannte Anrechnungspflicht kommt sie im spätklassischen Recht dem Fiduzianten zu gute. Das findet seinen Grund darin, dass man immer mehr einsieht, dass das Eigentum des Fiduziars einen zeit- und zweckgebundenen Charakter hat. Richtig scheint

fügt hinzu, dass diese Anrechnungspflicht selbst dann gilt, wenn der Gläubiger verschuldet hatte, dass ihm die Sache entwendet worden war. Aus diesem Passus kann man an erster Stelle entnehmen, dass der Fiduziar im Falle 4a) zur *actio furti* aktivlegitimiert war. Ob er der einzige Aktivlegitimierte war, oder ob auch der Fiduziant neben dem Fiduziar auf einen bestimmten Teilbetrag klagen konnte, ist aus diesem Text nicht ersichtlich. Ebenso wenig die hiermit zusammenhängende Frage, ob der Fiduziar auf das Doppelte des Sachwerts (2×1200) oder auf das Doppelte des Forderungsbetrags (2×1000) klagen konnte. Über diese Fragen gibt der erst in Nr. 8 zu behandelnde Ulpianentext D. 47.2.14.5-7 Aufschluss. Papinian hat entschieden, der Fiduziar habe die mit der *actio fiduciae directa* erzwingbare Pflicht, die vom Dieb empfangene Busse auf die Schuld anzurechnen. Das heisst, dass er, wenn die empfangene Busse grösser war als der Schuldbetrag, dem Fiduzianten die Differenz herausgeben musste, und dass, wenn der Schuldbetrag grösser war als die vom Fiduziar empfangene Busse, der Schuldner ihm nur die Differenz bezahlen musste. Diese Regelung, die Papinian vorgetragen hat, ohne dass er dabei unterschieden hat zwischen dem Fall, in dem der Gläubiger keine Schuld an dem Diebstahl hatte und dem Fall, in dem ihn daran eine Schuld traf, ist seitdem, wie aus Ulpian's Worten *et est verum* hervorgeht, zum geltenden Recht geworden. Ulpian hat es für nötig gehalten zu unterstreichen, dass die von Papinian vorgeschlagene Anrechnungspflicht selbst dann besteht, wenn der Diebstahl der fidiuziierten Sache durch Nachlässigkeit des Fiduziars verursacht worden war. Offenbar war Ulpian der Meinung, dass es, wenn der Fiduziar an dem Diebstahl der Fiduzia keine Schuld hatte, keinen, wenn er daran Schuld hatte, dagegen wohl Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Anrechnungsregelung gab. Dieser Gedankengang Ulpian's ist vollkommen verständlich: wenn keine

mir darum, was ERBE S. 55 schreibt: « Der Inhalt dieser Lösung (gemeint ist die Anrechnungspflicht des Gläubigers, H.A.) bedeutet daher eine Station auf dem Wege der allmählichen Angleichung der Pfand-*fiducia* an ihren Zweck: die Befriedigung des Fiduziars in Höhe seiner Forderung ».

culpa des Fiduziars vorlag, haftete dieser nicht gegenüber dem Fiduzianten, der den Nachteil des Diebstahls zu tragen hatte. Es leuchtet daher ein, dass der Fiduziar das, was ihm nach Abzug seiner Forderung übrigbleibt dem Schuldner herausgeben muss. Wenn jedoch den Fiduziar Verschulden an dem Diebstahl traf, so war er verpflichtet, dem Fiduzianten den Wert der gestohlenen fiduziarisch übertragenen Sache zu ersetzen. Man könnte daher sehr wohl die Meinung vertreten, der Fiduziant könne die *poena*, die der Dieb ihm bezahlt hatte, völlig für sich behalten⁽⁹⁹⁾. Warum Ulpian trotz dieser naheliegenden Argumentation dennoch dem Gläubiger auch in diesem Fall die Anrechnungspflicht auferlegt hat, schreibt er nicht. Ich habe dafür auch in der modernen romanistischen Literatur keine Erklärung gefunden. Mir scheint, wie ich in *F.P.* (I)⁽¹⁰⁰⁾ dargelegt habe, der Grund der zu sein, dass Ulpian es als nicht akzeptabel betrachtete, dass der Fiduziar aus seiner eigenen Nachlässigkeit einen Vorteil erlangte, wovon die Rede wäre, wenn er die *poena* in dem Falle behalten dürfte, dass er den Diebstahl verschuldet hatte. Ein solcher Vorteil würde den Gläubiger nicht dazu anregen, den Diebstahl der fiduziierten Sache möglichst zu verhindern. Ulpian hat also aus rechtspolitischen Gründen die erwähnte Anrechnungspflicht auch im Falle eines vom Fiduziar verschuldeten Diebstahls anerkannt⁽¹⁰¹⁾.

Die zweite von Ulpian behandelte Frage ist die, ob dieselbe Pflicht zur Anrechnung auf die Schuld für dasjenige galt, was der

(99) Diese Interpretation der Worte *etiamsi culpa creditoris furtum factum sit* habe ich schon in *F.P.* (I), S. 152/3 gegeben. Wie ich nachher gesehen habe, findet sich diese Erklärung auch schon bei LENEL, *S.Z.* 3 (1882), S. 109 und ERBE, *Die Fiduzia* (Anm. 94), S. 54: « Dies (gemeint sind die am Anfang dieser Anmerkung zitierten Worte, H.A.) wendet sich gegen ein naheliegendes Argument: Wenn der Diebstahl durch Nachlässigkeit des Fiduziars verursacht war, so könnte man denken, da er haftete, so stehe ihm auch der Vorteil zu nach der Regelung '*cuius periculum eius commodum*'. »

(100) *F.P.* (I), S. 153.

(101) Man könnte aber daran denken, dass der Fiduziar, der den Diebstahl verschuldet hatte, dem Fiduzianten den Ersatz des Wertes der fiduziierten Sache aus der empfangenen *poena* bezahlen durfte.

Fiduziar vom Dieb mit der *condictio furtiva* ⁽¹⁰²⁾ erlangt hatte. Seine Antwort war, dass man sich zu dieser Anrechnung *a fortiori* entscheiden sollte. Logisch war diese Anrechnungspflicht leichter zu akzeptieren, und historisch ist sie gewiss die ältere gewesen. Dass die *condictio furtiva* dem Fiduziar, und nur ihm, zustand, stimmt mit der Regel überein, dass zu dieser *condictio* nur der Eigentümer aktivlegitimiert ist. Aus D. 13.1.12.2 ⁽¹⁰³⁾, das die Kompilatoren aus Ulpian's Kommentar zur *condictio furtiva* entnommen haben ⁽¹⁰⁴⁾, geht hervor, dass schon Aristo in diesem Sinn entschieden hat. Die Anrechnungspflicht ist in diesem Fall völlig verständlich. Die *condictio furtiva* wird vom Fiduziar benutzt, wenn die *rei vindicatio* keinen Erfolg haben kann, weil der Dieb die gestohlene fiduziierte Sache nicht mehr herausgeben kann. Hätte er gegen den Dieb die *rei vindicatio* erhoben, wenn dieser die gestohlene Sache noch besass, so hätte er gewiss die vom Dieb erhaltene *litis aestimatio* auf die Schuld anrechnen müssen. Es ist logisch konsistent, dass für das vom Gläubiger mit der *condictio furtiva* Erstrittene ebenso entschieden worden ist ⁽¹⁰⁵⁾.

Bevor wir nun verfolgen, wie Kaser den Ulpiantext D. 13.7.22.pr., was die beiden erwähnten den Fall 4a) betreffenden Fragen angeht, interpretiert, möchte ich zuerst den darüber von zwei italienischen Romanisten, Frezza und Biscardi, die neuerdings den Text kommentierten, angestellten Betrachtungen einige Aufmerksamkeit widmen. Für Frezza ⁽¹⁰⁶⁾ sind die Worte

(102) Unverständlich ist es mir, warum ERBE, *Die Fiduzia* (Anm. 94), S. 54 alle Erwähnungen der *condictio furtiva* als interpoliert ausgeklammert hat.

(103) D. 13.1.12.2 Ulp. l. 38 *ad ed. Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.*

(104) Vgl. LENEL, *Palingenesia*, I, Sp. 679-680.

(105) Wenn der Fiduziar gegen den Dieb die *condictio furtiva* und die *actio furti* erhoben hat und sich aus dem mit der *condictio* Erhaltenen befriedigt hat, muss er die vollständige Diebstahlsbusse dem Schuldner herausgeben.

(106) P. FREZZA, *Garanzie reali* (Anm. 94), S. 48/9, die zitierten Worte auf S. 48.

etiamsi culpa creditoris furtum factum sit « senza dubbio un non-senso ». Longo und Segrè⁽¹⁰⁷⁾, sowie Haymann und Levy⁽¹⁰⁸⁾ betrachten diese Worte als interpoliert. Frezza schlägt eine « Textverbesserung » vor, man sollte *sine* hinzufügen und lesen: *etiamsi <sine> culpa creditoris furtum factum sit*⁽¹⁰⁹⁾. Ich habe oben (S. 125) ausgeführt, dass die Argumentation gerade umgekehrt gewesen sein muss. Durch die Hinzufügung des Wortes *sine* wird der Text unverständlich. Man muss m.E. unseren Rechtsquellen solche Eingriffe ersparen.

Auch Biscardi meint, dass der zitierte Satzteil *etiamsi... sit* « ci lascia qualche perplessità »⁽¹¹⁰⁾. Er hält es für wahrscheinlich, dass der ursprüngliche Text zwischen den Folgen eines *furtum*, das vor, und denen eines *furtum*, das nach dem Fälligkeitstermin stattfand unterschieden habe: vor diesem Termin sei die vollständige Imputationspflicht gerechtfertigt, danach sei das Umgekehrte der Fall. Es sei « logisch », dass der bestohlene Fiduziar behalten könne, was er als *poena* empfangen hatte, wenn der Diebstahl stattgefunden hatte « dopo che il debitore

(107) Diese Autoren werden zitiert von FREZZA, *Garanzie reali*, S. 48, Anm. 1.

(108) HAYMANN und LEVY werden erwähnt im *Index Interpolationum* ad D. 13.7.22.pr., Sp. 225.

(109) FREZZA, *op. cit.*, S. 48/9 meint, Papinian habe eingegriffen, um die Regel der Herausgabepflicht des Fiduziars strenger zu gestalten, er betrachtet es als wahrscheinlich, dass die Herausgabepflicht der Differenz zwischen der Busse und der Schuld bis zu Papinian davon abhängig war, ob der Diebstahl durch die Schuld des Fiduziars begangen war; und dass Papinian « fosse intervenuto per affermare... questo obbligo *etiamsi <sine> culpa creditoris furtum factum sit* ». Ich halte dafür, dass die ganze Anrechnungs- und Herausgabepflicht eine papinianische Neuerung war. Ulpian hat diese übernommen und hat sich mit den Worten *etiamsi culpa creditoris furtum factum sit* gegen diejenigen gekehrt, die einwenden wollten, dass im *culpa*-Fall der Gläubiger selber und nicht der Schuldner durch den Diebstahl geschädigt wurde, weil er ihm den Wert der fiduzierten Sache erstatten musste, so dass viel dafür sprach, den Gläubiger in diesem Fall die Busse behalten zu lassen.

(110) A. BISCARDI, *Appunti* (Anm. 94), S. 93. Nach den zitierten Worten schreibt der Mailander Romanist « Così com'è l'inciso non ha un suo significato plausibile ». Oben (S. 125) haben wir dargelegt, dass der inkriminierte Satzteil einen sehr guten Sinn gibt.

era già inadempiente»⁽¹¹¹⁾. Es sei jedoch ebenso «logisch», dass zum Schuldner zurückkehre, was der Fiduziar als Busse empfangen hatte, wenn dieser selbst an dem Diebstahl schuldig war, weil er in diesem Fall einer so günstigen Behandlung nicht würdig sei. Diese Hypothese ist ebenso geistreich wie überflüssig. Die Frage, warum die Kompilatoren, wenn Ulpian wirklich dem von Biscardi erfundenen Gedankengang gefolgt wäre, diesen gestrichen hätten, bleibt unbeantwortet. Da der zitierte Satzteil, wie ich gezeigt habe⁽¹¹²⁾, einen klaren Sinn hat, spricht alles dafür, dass Ulpian die Worte *etiamsi... sit* so geschrieben hat, wie sie uns überliefert sind.

Kaser⁽¹¹³⁾, der annimmt, dass der Fiduziar als einziger Aktivlegitimierter mit der *actio furti* auf das Doppelte des Sachwerts klagt⁽¹¹⁴⁾, stellt sich die *imputatio* auf die Schuld auf Grund von Paul. D. 47.2.15.pr.⁽¹¹⁵⁾ und Ulp. D. 13.7.22.pr. so vor, dass der Gläubiger das Doppelte des Forderungsbetrags für sich behalten darf und das Doppelte der Differenz zwischen dem Wert der fiduziierten Sache und dem Forderungsbetrag herausgeben soll. Diese zum ersten Mal von Papinian vorgeschlagene Regelung wurde von Ulpian zur Beantwortung der oben erwähnten ersten Frage übernommen. Mir scheint der Ausdruck *debito imputare* deutlich gegen Kasers Auffassung zu sprechen. Wenn die Schuld 1000 und der Wert der fiduziarisch übertragenen Sache 1200 beträgt, behält der Fiduziar nach Kaser 2000 von der von ihm empfangenen Busse von 2400. Eine unbefangene Auslegung der Worte *totum, quidquid percepit, debito eum imputare* führt m.E. dazu anzunehmen, dass der Fiduziar von der von ihm

(111) BISCARDI, *Appunti*, S. 94.

(112) Siehe oben S. 125.

(113) KASER, *Stud.*, III, S. 75-77 und *Stud.*, II, S. 324, Anm. 324.

(114) Hierzu werde ich mich erst bei der Behandlung von Ulp. D. 47.2.14.5-7 in Nr. 8 äussern.

(115) KASER, *Stud.*, III, S. 75 ist der Meinung, dass die Stelle wahrscheinlich geradezu von der *fiducia* gehandelt hat, oder doch dass «die dort beschriebene Handhabung von der *fiducia* ausgegangen und von Paulus für das *pignus* übernommen worden» sei. Mir scheint dies völlig unannehmbar, weil die Rechtsfolgen von *furtum pignoris* und *furtum fiduciae* m.E. vollkommen verschieden waren.

empfangenen Bussumme von 2400 oder 2000, 1000 behalten darf und den Rest herausgeben soll. In Nr. 8 werde ich zeigen, dass ich die Richtigkeit dieser Interpretation aus Ulp. D. 47.2.14.6 beweisen kann. Wo Kaser zur Auslegung der Worte *ctiamsi... sit* kommt, schreibt⁽¹¹⁶⁾ er folgendes:

« Trotz seiner *culpa* verliert der Fiduziar nicht die ganze Busse durch Verwirkung an den Fiduzianten, dem er aus der *actio fiduciae* haftet..., sondern darf von allem, was er empfangen hat..., den Forderungsbetrag einbehalten, weil die Busse auf die Forderung angerechnet wird; das « gesteht » Papinian ihm « zu ». Doch verbleibt dem Fiduziar der Bussbetrag⁽¹¹⁷⁾ (wohl *in duplo*), auch wenn er am Diebstahl schuldlos ist ».

Salva omni reverentia meine ich, man wird Ulpian's Gedanken besser gerecht, wenn man schreibt: « Trotz seiner *culpa*, die der Grund dafür ist, dass er dem Fiduzianten den Wert der gestohlenen Sache erstatten muss, darf er nicht die Busse für sich selbst behalten, sondern soll er sie nach Abzug des (einmaligen) Forderungsbetrags dem Schuldner herausgeben. Dass der Fiduziar eine solche Anrechnungspflicht hat, behauptet Papinian⁽¹¹⁸⁾. Der schuldlose Fiduziar, der dem Fiduzianten für den Diebstahl nicht haftet und darum nur ein Sicherungs-, nicht ein Haftungsinteresse am Nichtgestohlenwerden der Sache hat, soll *a fortiori* die vom Dieb empfangene Busse auf die Schuld anrechnen ».

Leider kann ich Kaser auch hinsichtlich desjenigen, was er über Ulpian's Antwort zu der zweiten Frage schreibt, ob eine Anrechnungspflicht auch für die vom Fiduziar mit der *condictio*

(116) *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254.

(117) Ich vermute, dass KASER hier statt « der Bussbetrag » gemeint hat « der Forderungsbetrag ».

(118) M.E. hat Papinian sich ohne Unterschied zwischen An- oder Abwesenheit der *culpa* für die Anrechnungspflicht geäußert. Erst Ulpian hat die naheliegende Behauptung, dass der Fiduziar, der den Diebstahl verschuldet hat, nicht zur Anrechnung verpflichtet sei, abgelehnt. Von einem « Zugestehen » gegenüber dem schuldhaften Fiduziar ist m.E. überhaupt nicht die Rede. Man muss *confitetur* auch nicht durch « er gesteht zu », sondern — mit HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, S. 92 *sub voce* « *confiteri* » unter 2 — durch « er behauptet » übersetzen.

furtiva erstrittene Summe besteht, nicht beipflichten. Ich zitierte zuerst Kasers Ausführungen zu der zweiten Frage⁽¹¹⁹⁾.

« Im Fortgang « *multo magis* »... wird das zur *poena furti* Gesagte auf die *condictio ex causa furtiva* erstreckt. Das war umstritten, s. Aristo-Ulp. D. 13.1.12.1⁽¹²⁰⁾, kann aber von Papinian und Ulpian aus den gleichen Gründen gebilligt worden sein, wie bei der *actio furti*, so dass zu den Interpolationsannahmen bei Levy... und anderen, denen Erbe, 56⁽¹²¹⁾ folgt, kein Anlass besteht ».

Eher, als dass das zur *poena furti* Gesagte auf die *condictio furtiva* erstreckt wird, war es, wie man aus den Worten *multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex condictione secutus est* erschliessen kann, so, dass die dogmatisch auch viel leichter zu verteidigende⁽¹²²⁾ Anrechnungspflicht hinsichtlich des mit der *condictio furtiva* vom Gläubiger Erhaltenen die ältere war; diese Regelung wurde von Papinian auf das mit der *actio furti* Erstrittene ausgedehnt. Dass die Regel der Anrechnungsverpflichtung des Gläubigers in Bezug auf das mit der *condictio* Erlangte umstritten gewesen sei, kann ich in dem von Kaser angeführten Ulpianfragment D. 13.1.12.2⁽¹²³⁾ nicht lesen. Daraus geht m.E. nur hervor, dass Aristo, Neratius Priscus und Ulpian dem Fiduziar im Falle eines Diebstahls der fiduziierten Sache die *condictio furtiva* gewährt haben. Ich halte es für wahrscheinlich, dass die Aktivlegitimation des Fiduziars zur *condictio furtiva* und dessen Pflicht zur Anrechnung der von ihm mit dieser *condictio* erhaltenen Summe auf die Schuld schon längst zum geltenden Recht gehörte, als Papinian die Anrechnungspflicht auf die *poena furti* erstreckte.

(119) *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254.

(120) Gemeint ist D. 13.1.12.2.

(121) Zu ERBES Eliminierung der Erwähnung der *condictio furtiva* in D. 13.7.22.pr. habe ich mich oben Anm. 102 schon kritisch geäussert.

(122) Siehe darüber oben, S. 126. Daraus geht hervor, dass die Gründe, die Papinian und Ulpian zu der Anrechnungsregelung bei der *condictio furtiva* geführt haben, m.E. nicht dieselben waren wie bei der *actio furti*.

(123) D. 13.1.12.2 Ulp. l. 38 ad ed.: *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui [pignori] <fiduciae> res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.*

7.

Wir müssen uns jetzt den beiden anderen Fragen hinsichtlich des Bestehens einer Anrechnungs- und Restitutionspflicht des Fiduziars im Falle eines *furtum fiduciae* zuwenden, das vom Schuldner begangen worden ist. Wir haben also zu untersuchen, ob Papinian und Ulpian im zweiten Teil des Digestenfragments 13.7.22.pr. eine solche Pflicht bezüglich des mit der *actio furti* und mit der *condictio furtiva* Erhaltenen auch anerkannt haben, wenn die fiduziarisch dem Gläubiger übereignete Sache der Gegenstand eines vom Schuldner begangenen *furtum* war.

Eine Vorfrage, zu der ich mich jetzt äussern möchte, ist die, wie man sich den Fall des von dem Schuldner begangenen *furtum fiduciae* eigentlich vorstellen muss. In *F.P.* (I) ⁽¹²⁴⁾ habe ich den Fall 4b) wie folgt umschrieben; « Der Schuldner stiehlt von einem Gläubiger eine bewegliche *res mancipi*, deren Eigentum und Besitz er zuvor dem Gläubiger fiduziarisch zu Sicherheitszwecken übertragen hat ». Kaser ⁽¹²⁵⁾ beschreibt jetzt diesen Fall auf dieselbe Weise. Ein Gedankenaustausch mit G. Noordraven bei der Besprechung des der *usureceptio* gewidmeten Abschnitts seiner wahrscheinlich 1982 erscheinenden Amsterdamer Doktorarbeit über die *fiducia* im römischen Recht hat mich aber zu der Einsicht geführt, dass man sich den Fall eines vom Schuldner begangenen *furtum* anders vorstellen muss. Aus Gaius, *Inst.* 2. 59 und 60 und 3,201 ⁽¹²⁶⁾ geht nämlich hervor,

(124) *F.P.* (I), S. 150.

(125) *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254: « Hat der Schuldner selbst die Sache dem Gläubiger gestohlen... » In *Stud.*, III, bespricht KASER diesen Fall nicht.

(126) Gaius, *Inst.*, 2,59: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet <ctiam> soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id. quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. 60. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit.*

dass noch in der klassischen Zeit der Fall 4b), wie ich ihn in *F.P.* (I) umschrieben habe, nicht als ein Fall von *furtum* betrachtet wurde. Der Fiduziant, der die fiduziierte Sache dem Fiduziar stiehlt, begeht kein *furtum* ⁽¹²⁷⁾ und kann durch eine besondere einjährige *species usucapionis* ⁽¹²⁸⁾, nämlich die *usureceptio*,

ut eam rem possidere liceat; quo casu lucrativa usucapio competit.
 3,201: *Kursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias... item debitor rem, quam fiducia causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.*

(127) Hierüber äusseren sich die modernen Autoren in verschiedenem Sinn. LENEL, *S.Z.* 3 (1882), S. 108, Anm. 9, MANIGK, *R.E.*, VI, 2 (Stuttgart 1909), Sp. 2306 und sehr deutlich NOORDRAVEN in dem der *usureceptio* gewidmeten Abschnitt seiner Amsterdamer «proefschrift» (in Vorbereitung) nehmen an, dass der Fiduziant, der die fiduziierte Sache dem Fiduziar entwendet, kein *furtum* begeht, und dass die oben im Text zitierten Digestenfragmente sich auf einen anderen Fall beziehen (NOORDRAVEN erwähnt explizit den Fall des die fiduziierte Sache unterschlagenden Prekaristen oder Mieters). ERBE, *Die Fiduzia*, S. 72/3 der sich auf D. 13.7.22.pr. und auf die Tatsache beruft, dass selbst der Verpfänder durch Wegnahme der ihm gehörigen Pfandsache vom Pfandgläubiger ein *furtum* begeht, meint, dass der Fiduziant, der dem Fiduziar die *fiducia* stiehlt, wohl ein *furtum* begeht; eine befriedigende Erklärung der dagegen sprechenden Gaiusstellen gibt er aber nicht. Auch FREZZA, *Garanzie reali*, S. 24ff. hält den stehlenden Fiduzianten für einen Dieb, der in diesem Falle ein *furtum* begeht und daher nicht mittels *usureceptio* Eigentümer werden kann. Eigentumserwerb durch *usureceptio* sei nur möglich in Fällen, in denen der Fiduziant den Besitz der Sache erwirbt, ohne ein *furtum* zu begehen, z.B. wenn er die Sache von einem Dritten erlangt. Der von FREZZA, S. 25 selbst gebildete Konditionalsatz *si sine furto debitor eam rem possederit* kommt aber bei Gaius nicht vor. Der Institutionenverfasser schreibt ohne weiteres, dass der Fiduziant, der sich ohne Zustimmung des Fiduziars in den Besitz der *fiducia* setzt, kein *furtum* begeht. WUBBE, *T.v.Rg.* 28 (1960), S. 29, Anm. 46 und wahrscheinlich auch KASER, *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254 vermuten eine Rechtsänderung, die nach Gaius stattgefunden haben soll. Die Ansicht, dass der Fiduziant den Fiduziar bestehlen kann, die in Ulp. D. 13.7.22.pr. vorausgesetzt sei, dürfte sich zur Zeit Ulpians durchgesetzt haben. Da eine harmonisierende Auslegung von den zitierten Paragraphen der gaisianischen Institutionen und von D. 13.7.22.pr. durchaus möglich ist, ist m.E. diese Ansicht, die wir im Text gegeben haben, der von WUBBE und KASER vorzuziehen.

(128) Vgl. Gaius, *Inst.* 2,59.

Eigentümer der Sache werden⁽¹²⁹⁾. Wenn in Ulpian D. 13.7.22.pr. und in der demnächst (S. 134) zu zitierenden Papinianstelle D. 47.2.80 in der klassischen Fassung dieser Texte von einem vom *debitor* begangenen *furtum fiduciae* die Rede war, so müssen sie an einen anderen Fall gedacht haben. Dies kann nur der, dem Falle 2b) ähnliche Fall der Unterschlagung der fiduziierten Sache durch den Fiduzianten sein, bei dem die faktische Macht über die Sache nach der Eigentumsübertragung geblieben ist.

Der Fall 4b) sieht also nach meiner heutigen Ansicht wie folgt aus: Der Schuldner, der als Mieter die *detentio* oder als Prekariarist den Interdiktenbesitz einer fiduziarisch dem Gläubiger übertragenen beweglichen *res mancipi* behalten hat, veräußert diese ohne Zustimmung des Gläubigers an einen Dritten vor der Zahlung der von ihm geschuldeten Summe. Dies ist der von Papinian und Ulpian in D. 13.7.22.pr. und von Ulpian in D. 47.2.80 behandelte Fall des von dem Schuldner begangenen *furtum*. Dass Papinian im letztgenannten Text schreibt « *debitor subripuit* » spricht nicht gegen diese Annahme, da *subripere* in den Juristentexten nicht nur « heimlich wegnehmen » bedeutet sondern auch « unterschlagen » (« veräußern einer jemandem anderen gehörigen Sache, die man als Fremdbesitzer oder *detentor* in seiner Macht hat »)⁽¹³⁰⁾.

Wenden wir uns nach der Beantwortung dieser Vorfrage, wie man sich den Fall des vom Schuldner begangenen *furtum fiduciae* vorstellen muss, den beiden im zweiten Teil von D. 13.7.22.pr. behandelten Fragen bezüglich des Bestehens einer Anrechnungspflicht in diesem Falle zu.

Papinians Antwort zu der ersten dieser beiden Fragen, deren Inhalt Ulpian uns in D. 13.7.22.pr. *in fine* mitteilt, ist uns auch unmittelbar überliefert in D. 47.2.80⁽¹³¹⁾.

(129) Für die historische Erklärung dieser für uns nicht leicht erklärbaren Regelung verweise ich auf den erwähnten Abschnitt der demnächst erscheinenden Doktorarbeit von NOORDRAVEN.

(130) Siehe z.B. Paulus D. 19.2.42: *Si locatum tibi servum subripias* und Paul. D. 44.7.34.1: *Si is, cui rem commodavero, cum subripuerit, tenebitur...*

(131) Wahrscheinlich auf denselben Fall bezieht sich D. 50.17.46 Gaius,

D. 47.2.80 Papinianus, l. 9 *quaestionum*.

Si debitor [pignus] <fiduciam> subripuit, quod actione furti solvit nullo modo recipit.

In D. 13.7.22.pr. stellt Ulpian die dritte und die vierte Frage in einem Satz. Er fragt sich nämlich, ob die im Falle 4b) vom Schuldner auf Grund der *actio furti* empfangene Busse oder der auf Grund der *condictio furtiva* empfangene Sachwertersatz auf die Schuld angerechnet und ein eventueller Überschuss restituiert werden soll. Nur auf die dritte Frage gibt er eine Antwort: Es sei allgemein als geltendes Recht überliefert, dass keine Anrechnung und Restitution stattfinden sollen; auch Papinian habe so entschieden. Diese papinianische Entscheidung kennen wir aus dem oben zitierten Papiniantext. Die negative Antwort ist verständlich. Die entgegengesetzte Entscheidung hätte dazu geführt, dass der Schuldner, der die fiduziierte Sache unterschlagen hat, für dieses *furtum* gar nicht bestraft würde. Das Fehlen der Bestrafung des *fur* infolge einer Anrechnung der Busse auf die Schuld und einer Rückgabe des Überschusses haben die römischen Juristen offenbar aus rechtspolitischen Gründen nicht akzeptieren wollen⁽¹³²⁾. Da der Fiduziar in diesem Fall kein Haftungsinteresse hat, kann er nur auf Grund seines Sicherungsinteresses auf den doppelten Forderungsbetrag klagen. Obgleich er es nicht ausdrücklich sagt, muss Kaser auch hier den Gläubiger die doppelte Forderungssumme behalten lassen. Wir meinen, dass dies auch hier nicht richtig ist, und betrachten die in den zitierten Texten gegebene negative Entscheidung und die Tatsache, dass Ulpian in D. 13.7.22.pr. schreibt, dass auf völlig einheitliche Weise berichtet und überliefert worden ist, dass keine Anrechnung und Restitution stattfinden sollen, als wichtige Hinweise für die Unrichtigkeit der

l. 10 ad ed. prov.: Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.

(132) KASER gibt wohl kaum eine Erklärung für die Nichtanerkennung einer Anrechnungspflicht, wenn er in *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254 schreibt: «Die Diebstahlsbusse, die der Fiduziant gegenüber dem Fiduziar verwirkt hat, soll ihn von der gesicherten Schuld, mit der sie nichts zu tun hat, nicht befreien.

Kaserschen Meinung. Wenn der Fiduziar immer den verdoppelten Forderungsbetrag für sich behalten darf, und er diesen gerade vom Fiduzianten als Busse empfangen hat, ist es unverständlich, dass man überhaupt die Frage hat stellen können, ob der Gläubiger dem Schuldner eine etwaige Differenz herausgeben soll, weil es eine solche Differenz überhaupt nicht hat geben können.

In dem in D. 13.7.22.pr. aufgenommenen Satz *sed quod... videamus* hat Ulpian auch — an vierter Stelle — die Frage gestellt, wie es mit einer Anrechnungs- und Restitutionspflicht steht hinsichtlich des mit der *condictio furtiva* Erhaltenen. Eine Antwort findet man in dem erwähnten Ulpiantext nicht. Die negative Antwort auf die kombinierte dritte und vierte Frage betrifft nur die dritte Frage. In Abweichung von demjenigen, was ich in *F.P.* (I) ⁽¹³³⁾ schrieb, meine ich jetzt, dass man daraus schliessen kann, dass Ulpian und die anderen klassischen Juristen die vierte Frage positiv beantwortet haben ⁽¹³⁴⁾. Dogmatisch ist dies auch vollkommen logisch. Die *condictio furtiva* ist eine reipersekutorische, nicht eine Pönalklage. Sie tritt an die Stelle der *rei vindicatio* des Fiduziars in Fällen, wo die Eigentumsklage nicht möglich ist (weil der Fiduziant die fiduziierte Sache nicht mehr besitzt). Die *litis aestimatio*, die der Fiduziant im Eigentumsprozess bezahlt hat, soll der Fiduziar gewiss auf die Schuld anrechnen. Darum muss für die mit der *condictio furtiva* erlangte Summe dasselbe gegolten haben.

8.

Was den Fall 4a) angeht, sind in Nr. 6 noch zwei Fragen offen

(133) *F.P.* (I), S. 152.

(134) KASER, *Stud.*, II, S. 324, Anm. 254 meint, die Antwort sei umstritten gewesen. Die richtige Formulierung des ulpianischen Standpunkts findet man bei BISCARDI, *Appunti*, S. 93. Der Fiduziar muss das mit der *actio furti* und mit der *condictio furtiva* Erhaltene auf die Schuld anrechnen, « a meno che il ladro fosse stato lo stesso fiduciante, nel qual caso l'obbligo di imputare si limiterà a ciò che egli abbia percepito in base all'*actio rei persecutoria*. »

geblieben⁽¹³⁵⁾, nämlich die, ob der Fiduziar allein mit der Diebstahlsklage vorgeht oder ob beide Beteiligten, der Fiduziar und der Fiduziant nebeneinander, zur *actio furti* aktivlegitimiert sind, und weiter die hiermit zusammenhängende Frage, wie hoch die Busse ist, oder wie hoch die Bussen sind, die der Fiduziar allein oder dieser zusammen mit dem Fiduzianten mittels der *actio furti* erlangen kann. Über diese Fragen gibt das dem *furtum fiduciae*⁽¹³⁶⁾ gewidmete Ulpianfragment D. 47.2.14.5-7⁽¹³⁷⁾ Aufschluss:

D. 47.2.14.5-7 Ulpianus l. 29 ad Sabinum⁽¹³⁸⁾.

5. *Papinianus tractat, si duos servos ob decem aureos [pignori] <fiduciae> acceperim et alter subripiatur, cum alter quoque, qui sit retentus, non minoris decem valeret: utrum usque ad quinque tantum habeam furti actionem, quia in alio habeo salvos quinque? an vero, quia mori potest, dici debeat in decem fore actionem, etiamsi magni pretii sit is qui retinetur? et ita putat: non enim respicere debemus [pignus, quod subreptum non est, sed id quod subtractum est] <fiduciam, quae subrepta non est, sed ea quae subtracta est>.*

6. *Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus [pignori] <fiduciae> datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea subripiatur, quia interest, eo quod teneor [pigneraticia actione] <actione fiduciae> agere potero. quod si culpa abest, sine dubio [domino] <ei qui mancipio*

(135) Wir haben diese Fragen in Nr. 6 nicht entscheiden können, weil das dort untersuchte Digestenfragment 13.7.22.pr. für deren Beantwortung keine Anhaltspunkte gibt.

(136) Wir haben oben Nr. 4, S. 106-108 erwiesen, dass es sich in diesem Text um Fälle von *furtum fiduciae* und nicht um Fälle von *furtum pignoris* handelt.

(137) Auch für diejenigen, die mit mir annehmen, dass in diesem Text Fälle von *furtum fiduciae* behandelt werden, sind KASERS Erläuterungen zu dem Fragment wichtig; siehe *Stud.*, III, S. 68-70 und *Festschrift II von Lübtow*, Anm. 132.

(138) In der von mir in *F.P.* (I), S. 155/6 gegebenen Übersetzung muss man auf S. 156, Z. 3 nicht lesen «nicht mehr als zehn wert», sondern «nicht weniger als zehn wert.»

dedit > *competere actio videtur, quae creditori non competit, quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat.*

7. *Idem dicunt, et si duo servi subrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditori, sed non in totum, sed pro qua parte, in singulos diviso eo quod ei debetur, eius interest: separatim autem duobus subreptis, si unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.*

In den Paragraphen 5 und 7 sind zwei Sklaven *fiduciae causa* zu Sicherheitszwecken manzipiert und tradiert worden. Im § 5 ist einer dieser Sklaven, im § 7 sind diese beiden Sklaven gleichzeitig oder in verschiedenen Augenblicken dem Gläubiger-Fiduzianten entwendet worden. Im § 6 ist ein Sklave, der fiduziarisch zu Sicherheitszwecken manzipiert und tradiert worden ist, zweimal nach einander dem Gläubiger gestohlen worden.

Sehen wir uns nach dieser kurzen Skizze der relevanten Tatsachen diese drei Paragraphen des Digestenfragments D. 47.2.14 näher an: In dem im § 5 behandelten Fall sind zwei Sklaven, die beide mindestens 10 wert sind, für eine Schuld von 10 fiduziarisch übereignet worden. Einer dieser Sklaven ist dem Gläubiger gestohlen worden. Es fragt sich nun, auf welchen Betrag er mit der *actio furti* klagen kann. Abgelehnt wird eine Verteilung der Schuld über jeden der beiden Sklaven in dem Sinn, dass wegen des Diebstahls eines der fiduziierten Sklaven nur auf das Doppelte des halben Forderungsbetrags (also auf 2 Mal 5) geklagt werden könnte⁽¹³⁹⁾. Papinian entscheidet, dass der Gläubiger auf das Doppelte des Forderungsbetrags (also auf 2 Mal 10) klagen kann. Von dem gestohlenen Sklaven wird nur festgestellt⁽¹⁴⁰⁾, dass er wenigstens 10 wert ist, sein Wert wird nicht näher präzisiert. Daraus geht hervor, dass der Gläubiger in diesem Fall, in dem der Sachwert jedenfalls nicht weniger

(139) Wie KASER, *Stud.*, III, S. 68 schön hervorhebt, wird implizit auch abgelehnt « eine Gesamthaftung... von der Art, dass die Busse entfallen muss, soweit der verbliebene Sklave als Sicherheit ausreicht. »

(140) Von dem verbliebenen Sklaven wird nämlich gesagt, dass er a u c h wenigstens 10 wert sei.

beträgt als die Forderungssumme⁽¹⁴¹⁾, niemals auf das Doppelte des Sachwerts klagen konnte⁽¹⁴²⁾. Über die Frage, ob der Fiduziar wieder die *actio furti* erheben konnte, wenn auch der andere Sklave, *qui sit retentus*, gestohlen wurde, findet man die Antwort in dem sogleich (S. 140) zu behandelnden § 7. Wenn der zuerst gestohlene Sklave 12 wert war, und der Fiduziar auf zweimal 10 geklagt hatte, so erhebt sich die Frage, wer zweimal auf die Differenz von 2 klagen konnte. Dass gegen den Dieb auf das Doppelte des Wertüberschusses vorgegangen werden konnte, ist nicht zu bezweifeln: Die Tatsache, dass die gestohlene Sache fiduziarisch übereignet worden war, darf dem Dieb niemals zum Vorteil gereichen. Die Antwort auf die gestellte Frage ist unschwer zu finden. Der zur *actio furti* Aktivlegitimierte, der auf das Zweifache des *superfluum* klagen konnte, war der Fiduziant. Kaser hat sich kräftig gegen diese, von mir schon in *F.P.* (I)⁽¹⁴³⁾ vorgetragene Lösung gekehrt. Er schreibt⁽¹⁴⁴⁾:

« Eine Teilung der Diebstahlsklagen stösst bei der *fiducia* auf kaum übersteigliche Schwierigkeiten. Die *a.f.* auf den Wertüberschuss über die Forderung hinaus dem Fiduzianten zu geben, scheidert... von vornherein daran, dass nach der Sicherungsübereignung an den Fiduziar der Fiduziant, anders als der *pignus*-Verpfänder, an der Sache kein dingliches oder 'quasidingliches' Recht mehr hat. »

Zwei Gründe führen m.E. dazu, dass Kasers Argumentation nicht zutrifft. Der erste ist dieser, dass es für die Aktivlegitimation zur *actio furti* überhaupt nicht notwendig ist, dass der Kläger ein (quasi)dingliches Recht hat⁽¹⁴⁵⁾. Die Fälle des mit

(141) Wenn der gestohlene Sklave weniger wert war als der Forderungsbetrag, so konnte der Gläubiger nur auf das Doppelte des Sachwerts klagen.

(142) Wir werden hiernach, S. 140 sehen, dass dies nur im Normalfall gilt, in dem der Fiduziar an dem Diebstahl keine Schuld hatte.

(143) *F.P.* (I), S. 157-159.

(144) *Stud.*, III, S. 76.

(145) In *F.P.* (I), S. 158, Anm. 66 habe ich darauf hingewiesen, dass die klassischen Juristen dem Fiduzianten selbst einige Eigentümerbefugnisse hinsichtlich der fiduzilierten Sache gewährt haben. Es ist daher noch weniger staunenswert, dass sie ihm in einem gewissen Mass die Aktivlegitimation zur *actio furti* zugewiesen haben, für die man kein Eigentum

der *actio furti* klagenden *fullo*, *sarcinator*, Kommodatars und Mieters⁽¹⁴⁶⁾ beweisen dies. Der zweite Grund liegt in der Tatsache, dass es im Normalfall, in dem der Fiduziar den Diebstahl nicht verschuldet hat, nicht der Fiduziar ist, der dem Fiduzianten gegenüber in diesem Falle nicht haftet, sonder der Fiduziant, der, weil er gegen den Fiduziant nicht hervorgehen kann, Interesse daran hat, dass die Sache nicht gestohlen wird. Es ist darum logisch konsistent und in Übereinstimmung mit Gaius, *Inst.* 3,203⁽¹⁴⁷⁾, dass hier nicht der Gläubiger, der nur aufgrund seines Sicherungsinteresses auf das Doppelte des Forderungsbetrags klagt, sondern der Schuldner mit der *actio furti* auf das Doppelte des Wertüberschusses klagen kann.

Im § 6 behandelt Ulpian den Fall, in dem ein Sklave, der für eine Schuld von 10 einem Gläubiger fiduziarisch manzipiert und tradiert worden war, zweimal nach einander gestohlen worden ist. Wenn der Fiduziar gegen den ersten Dieb mit der *actio furti* vorgegangen ist und von diesem wenigstens 10 empfangen hat, fragt es sich, ob er gegen den zweiten Dieb wieder eine Diebstahlsklage erheben kann. Ulpian teilt mit, dass Papinian diese Frage negativ beantwortet hat, und das leuchtet ein für den Normalfall, in dem der Fiduziar an dem zweiten Diebstahl keine Schuld hatte. Wenn er nach dem ersten Diebstahlprozess (wenigstens) 10⁽¹⁴⁸⁾ als Busse erlangt hat, ist er zwar noch Eigentümer; er hat aber in dem Augenblick, in dem der erste

zu haben brauchte, sondern nur ein Interesse daran, dass an der Sache kein *furtum* begangen wurde.

(146) Vgl. Gaius, *Inst.* 3,205/6 und Ulp. D. 47.2.14.12.

(147) Gaius, *Inst.* 3,203: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius interest rem non perire.* Da der *dominus*-Fiduziar an dem Nichtgestohlenwerden der Sache nicht weiter interessiert ist, als es sein Sicherungsinteresse mit sich bringt, kann nicht er, sondern der Fiduziant klagen auf das Doppelte des Betrages, mit dem der Wert der gestohlenen Sache den Forderungsbetrag übersteigt.

(148) Hieraus geht M.E. zweifelsfrei hervor, dass der Fiduziant nur den einmaligen Forderungsbetrag auf die Busse anrechnen sollte, dass er daher nur diesen Betrag für sich behalten durfte und alles Weitere dem Fiduzianten herauszugeben verpflichtet war.

Dieb ihm die Busse bezahlt, sein Sicherungsinteresse an der fiduziierten Sache verloren. Wenn die Sache noch einmal gestohlen wird, steht ihm daher die *actio furti* nicht zu. Es ist auch hier wieder der Fiduziant, der gegen den Dieb klagen kann, diesmal auf das Doppelte des Sachwerts. Ulpian schränkt — dem Pomponius folgend — diese von Papinian für den Normalfall getroffene Entscheidung ein für den Sonderfall, in dem der Fiduziar den zweiten Diebstahl verschuldet hat. Da in diesem Fall der Fiduziar dem Fiduzianten wegen seiner *culpa*-Haftung den Wert der gestohlenen *fiducia* erstatten soll, ist es nun der Fiduziar, der gegen den Dieb mit der *actio furti* auf das Doppelte des Sachwerts klagen kann.

In dem § 7 kehrt Ulpian wieder zu dem Fall zurück, in dem zwei Sklaven für eine Schuld zu Sicherheitszwecken übereignet worden sind. Anders als in Ausgangsfall des § 5, in dem einer dieser Sklaven entwendet wurde, werden in diesem § beide Sklaven den Fiduziar gestohlen, gleichzeitig oder in verschiedenen Augenblicken. Hat der Diebstahl der beiden Sklaven in demselben Augenblick stattgefunden, so stehen dem Gläubiger gegen den Dieb (oder gegen die Diebe) *actiones furti* zu auf das Zweifache des Forderungsbetrags. Für jeden gestohlenen Sklaven kann er auf das Doppelte des verhältnismässigen Teiles dieses Betrages klagen, auf das sein Sicherungsinteresse für jeden Sklaven beschränkt ist⁽¹⁴⁹⁾. Auf das Doppelte des Wertüberschusses kann hier wiederum der Fiduziant die Diebstahlsklage erheben. Wird der übriggebliebene Sklave einige Zeit nach dem ersten gestohlen, so kann der Fiduziar, wenn er sich aus der ersten Diebstahlsbusse schon für den vollständigen (einmaligen) Forderungsbetrag hat befriedigen können, auf Grund des zweiten Diebstahls nicht noch einmal die *actio furti* erheben. Für den zweiten entwendeten Sklaven steht die *actio furti* dem Fiduzianten zu, der damit auf den Betrag des Wertes des Sklaven klagen kann⁽¹⁵⁰⁾.

(149) Siehe als ein Beispiel mit Zahlen *F.P.* (I), S. 158, Anm. 65.

(150) Es ist deutlich, dass die Juristen hier wieder für die beiden Diebstahlsfälle davon ausgegangen sind, dass der Gläubiger das *furtum* nicht verschuldet hatte.

Die am Anfang dieser Nr. gestellten Fragen sind jetzt durch die Interpretation des Ulpianentexts D. 47.2.14.5-7 beantwortet werden.

9.

Da die beiden Fälle von *furtum fiduciae* über die Nummern 6-8 verstreut behandelt worden sind, fasse ich nun die Resultate des Quellenstudiums, das wir in diesen Nummern vorgenommen haben, noch einmal kurz zusammen.

Die römischen Juristen haben den Fall 4a) gegliedert in einen Fall 4a 1), in dem der Gläubiger verschuldet hatte, dass die fiduziierte Sache ihm von einem Dritten entwendet worden war, und einen Fall 4a 2), in dem er an dem Diebstahl keine Schuld hatte. Hat der Fiduziar den Diebstahl verschuldet (Fall 4a 1)), so kann er kraft seines auf seiner *culpa*-Haftung basierenden Haftungsinteresses, das auch hier wieder⁽¹⁵¹⁾ zusammen mit seinem Sicherungsinteresse seine Aktivlegitimation bedingt, mit der *actio furti* auf das Doppelte des Sachwerts klagen. Er soll seit Papinian die erhaltene Busse auf die Schuld anrechnen. Wahrscheinlich kann er auch den Betrag des von ihm kraft seiner *culpa*-Haftung zu erstattenden Wertes der gestohlenen Sache aus der Busse bezahlen. Den nachher von der Busse noch verbleibenden Rest soll er dem Fiduzianten herausgeben.

Hatte der Fiduziar dagegen keine Schuld an dem von einem Dritten begangenen Diebstahl gehabt, so kann er aufgrund seines Sicherungsinteresses gegen den Dieb mit der *actio furti* nur auf den verdoppelten Forderungsbetrag klagen. Der Fiduziant klagt in diesem Fall mit der *actio furti* auf das Doppelte des Wertüberschusses. Der Fiduziar soll seit Papinian die von ihm erhaltene Diebstahlsbusse auf den (einmaligen) Schuldbetrag anrechnen und dem Fiduzianten die Differenz herausgeben.

(151) Für das Zusammentreffen von Haftungs- und Sicherungsinteresse gilt hier dasselbe, was ich oben S. 115-118 beim *furtum pignoris* geschrieben habe.

Da nur der Eigentümer die *condictio furtiva* erheben kann, ist der Fiduziar in den Fällen 4a 1) und 4a 2) der einzige Aktivlegitimierte zu dieser *condictio*. Allgemein anerkannt war es, dass ihm eine Pflicht oblag, das von ihm mit der *condictio furtiva* Erstrittene auf die Schuld anzurechnen und einen etwaigen Überschuss dem Fiduzianten abzutreten.

Im Falle 4b), in dem der Fiduziant selber ein *furtum* der fiduziierten Sache begeht, indem er diese, die er als Prekarist oder als Mieter in seiner Macht hat, einem Dritten veräussert hat, erhebt der Fiduziar aufgrund seines Sicherungsinteresses die *actio furti* gegen den Fiduzianten. Er erlangt damit das Zweifache des Forderungsbetrags und ist nicht verpflichtet, die *poena* auf die Schuld anzurechnen und eine etwaige Differenz herauszugeben. Auch mit der *condictio furtiva* kann der Fiduziar gegen den Fiduzianten hervorgehen. Er bekommt damit den Betrag des Sachwerts und ist verpflichtet, diesen Betrag auf die Schuld anzurechnen und eine etwaige Differenz dem Schuldner herauszugeben.

10.

Wir sind zum Schluss unserer zweiten Behandlung des Themas «*Furtum pignoris* und *furtum fiduciae*» gekommen. Die Juristenfragmente, die uns über die sechs in dieser Abhandlung besprochenen *furtum*-Fälle unterrichten, sind schwierig und geben zu sehr verschiedenen Auslegungen Anlass. Das geht hervor aus der Tatsache, dass Kaser und ich, die beide den Problemkreis aufs neue durchforscht haben, zu Resultaten gekommen sind, welche von den früher vertretenen weit entfernt sind, dass die von Kaser und mir vorgetragenen Auffassungen allerdings zu vielen Punkten konkordieren, aber doch zu manchen anderen Punkten (insbesondere was die Fälle 1a) und 4a) angeht) verschieden sind, und dass ich zwar an den meisten von mir in *F.P.* (I) geäußerten Thesen festhalte, aber doch unter dem Einfluss von Kaser und anderen Romanisten bei einigen Problemen⁽¹⁵²⁾ nach einem Jahr zu einer Änderung meiner Meinung

(152) Die wichtigsten dieser Punkte habe ich oben Nr. 1, S. 96 und 97 erwähnt.

gekommen bin. Die Schwierigkeit und die Mehrdeutigkeit der einschlägigen Quellen sind auch die Ursache davon, dass es mir nicht gelungen ist, über das Thema « *Furtum pignoris* und *furtum fiduciae* » einen zweiten kürzeren Aufsatz zu schreiben ⁽¹⁵³⁾, wie ich es mir am Ende meiner Nachschrift zu *F.P.* (I) vorgenommen hatte ⁽¹⁵⁴⁾.

(153) Siehe *F.P.* (I), S. 161.

(154) Nachdem ich den Korrekturbogen dieses Aufsatzes korrigiert hatte, empfang ich durch die Freundlichkeit des Verfassers das Manuskript einer Abhandlung: « *Furtum pignoris: A Commentary on the Commentaries* », die J.A.C. THOMAS (London) für die *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* geschrieben hat. Zu dieser Abhandlung, in der Thomas zu Kasers Aufsatz in *S.D.H.I.* 45 (1979) und zu meinem *F.P.* (I) Stellung nimmt, kann ich mich hier leider nicht mehr äussern.