

DIE REI VINDICATIO IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT – EIN ÜBERBLICK

Gianni Santucci* **

1. Vorbemerkung

Zuerst werfen wir einen Blick auf das System der Produktionsquellen des klassischen römischen Rechts. Bekanntlich liegt die generelle Unterscheidung zwischen „geschlossenen“ und „offenen“ Rechtssystemen, insbesondere im Privatrecht, den Betrachtungen über Rechtsmethode zugrunde. Die ersten drehen sich fast ganz um eine normativ festgesetzte und von der Staatsautorität festgelegte und veränderbare Mechanismen Struktur; die zweiten bilden sich dagegen meist durch die von der Interpretation der Experten beratenden oder gerichtlich erschafften kasuistischen Lösungen¹. Die modernen Ordnungen Kontinentaleuropas stellen Typen dar, die mit einigen Varianten dem ersten Modell nahekommen. Was das zweite Modell betrifft, führt man gewöhnlich die angelsächsische und anglo-amerikanische *case law method*

1 Vgl. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1990, 44 Anm. 140; beeinflußt von dieser Unterscheidung auch T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953; M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, jetzt in *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli, 1976, 4f. (= Id., *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in A. CORBINO [a cura di], *Diritto e storia*, Padova, 1995, 150f.); L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, in *Scritti*, Milano, 1975, 167f.; M. TALAMANCA, in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, 428f.; Id., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 37f.; Id., *Il „Corpus iuris“ giustinianeo fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, Milano, (= auch in *Diritto e Storia*, zit., 209ff.); U. VINCENTI, *Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici „aperti e chiusi“*, in *L'universo dei giuristi, legislatori. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 73ff.

* Professor für Römisches Recht, Universität Trento.

** Ich erlaube mir, diesen kurzen Beitrag Herrn Prof. Laurens Winkel mit tiefer Wertschätzung zu widmen; obwohl es sich hierbei nur die Überarbeitung eines Vortrages handelt, welcher im Rahmen des in Trient stattgefundenen deutsch-italienischen Seminars mit dem Titel „*Agere in rem. Eigentumsschutz in Kontinentaleuropa Theorie und Praxis/La tutela della proprietà nell'Europa continentale Teoria e prassi*“ gehalten wurde. Ich bedanke mich bei Frau Dr. S. Tarozzi und Herrn Dr. L. Marcolla für die Zusammenarbeit bei der Übersetzung.

und das römische Recht – insbesondere das klassische – als Beispiel an. Auch hier muss man aber vorsichtig sein, weil keines der herangezogenen Modelle im Reinzustand je verwirklicht worden ist².

Wir befinden uns also vor einem „offenen“ System, in dem das Gesetz, als abstrakte und generelle Vorschrift, eine tendenzielle Nebenrolle gespielt hat³ und sich nie in organischen und systematischen Formen zu einem Gesetzbuchsprojekt entwickelt hat⁴. Danach hat das römische Privatrecht seine Hauptproduktionsquellen woanders gefunden: in der, von einer beratenden und einordnenden Wissenschaftstätigkeit kennzeichneten, Rechtswissenschaft und im Prätor, der die Formen und die Substanzen des Zivilprozesses im Großteil der klassischen Erfahrung organisiert hat und die Entwicklung des substantiellen Rechts durch die weitesten Handlungsspielräume im Aufbau der Prozeßformel beträchtlich beeinflußt hat. Also mitwirkten am meisten die *interpretatio* und die *responsa prudentium*, um mit der Sprache derselben *prudentes* zu reden, und die Edikte der Gerichtsmagistrate, meistens der Prätoren, am Aufbau der Rechtsfiguren und an der Bearbeitung der Begriffskategorien und der in den Lösungen der Juristen oft miteinbezogene⁵ Dogmatik, die das Gebiet des Privatrechts beherrscht.

Das Prätoredikt, in dem der für *iurisdictio* zuständige Magistrat die Gesamtheit der Prozessmittel jährlich zusammenstellte, hat also einen Hauptmoment des Aufbaus des substantiellen Privatrechts durch die Vermittlung der Formulierung der Prozessesklause zum Großteil der klassischen Zeit dargestellt. Außerdem ist es die Grundlage des sogenannten Ediktssystems, eines der wichtigsten und weitesten, von der römischen Rechtswissenschaft betriebenen, literarischen Gattungen gewesen. Um mit der Autorität von Giuseppe Grosso zu reden „il diritto sostanziale appariva come un effetto riflesso del mezzo processuale direttamente promesso e concesso dal pretore“⁶.

Man sagt noch diesbezüglich, dass das substanziale Recht in der klassischen Rechtserfahrung für ein „aktionenrechtliches Denken“ gehalten würde; das heißt, dass die Römer an das (substanziale) Recht durch das Klagensystem dachten. Obwohl einige der bekannten Betrachtungen von Bernard Windscheid über den Begriff der *actio* des römischen Zivilrechts zum Teil kritisiert und jedenfalls auf das rechte Maß angemessen zurückgeführt worden sind⁷, können sie noch eine gelungene Zusammenfassung dieser Hinsicht darstellen. Laut diesem verehrten deutschen Jurist, „Die Rechtsordnung sagt nicht zu dem Individuum: du hast dieses und dieses Recht, sondern: du hast diese und

2 Es erwähnt M. KASER, *Zur Methode*, zit., 6 (= Id., *Sul metodo romano*, zit., 150).

3 G. SANTUCCI, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, in U. VINCENTI [a cura di], *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino, 2005, 33ff.

4 Die Quellen bezeugen ein Projekt Caesars für eine Kodifizierung des Zivilrechts, das die Juristen, wie allgemein bekannt, jedoch nicht unterstützten: Suet. *Caes.*, 44; Plut., *Caes.* 58; Isid., *Etim.*, 5,1,5. Dazu: J. PARICIO, *Los proyectos codificadores de Pompeyo y Julio César* [2004], in *Poder, juristas, proceso. Cuestiones jurídico-políticas de la Roma clásica*, Madrid, 2012, 47.

5 Es erwähnen oft die Romanisten; vgl., z. B., C.A. CANNATA, *Prefazione* in L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, III.

6 G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*³, Torino, 1955, 286; siehe auch Id., *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, Torino, 1960, 147ff.

7 G. PUGLIESE, in B. WINDSCHIED-T. MUTHER, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, XIIIff.

diese Actio. Sie sagt nicht: in dieser Beziehung ist dein Wille für die anderen Individuen Gesetzt, sondern: in dieser Beziehung kannst du deinen Willen den anderen Individuen gegenüber gerichtlich geltend machen. Die Rechtsordnung ist nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche. Sie gibt dadurch Rechte, dass sie gerichtliche Verfolgung bewilligt⁸. In den heutigen modernen Rechtsordnungen setzt alles in allem die Klage das subjektive Recht voraus; hingegen im römischen Recht, das subjektive Recht die *actio*.

2. Die Vielfältigkeit der Eigentumsschutz-formen

Das Eigentum verfügt zu seinem Schutz über viele Mittel. Angemessenweise erwähnen die Zivilisten heute noch, dass „per tradizione storica gran parte dei rimedi civilistici è stata forgiata a protezione delle situazioni di appartenenza“ und dass „l'ordinamento offre al riguardo il più completo arsenale di forme tecniche che si sia potuto accumulare“⁹.

Ohne Zweifel ist die römische Rechtserfahrung ein Hauptmoment dieser „tradizione storica“. Aufgrund der gewöhnlichen Einordnung der modernen Dogmatik, kann man sagen, dass das römische Recht – sicher ab der Zeit der frühen Republik – verschiedene Formen des Eigentumsschutzes gekannt hat: einen Wiedergutmachungsschutz durch die *rei vindicatio* mit Herausgabefunktion und durch die *actio legis Aquiliae* (gemäß den I und III Kapitel) mit Ersatzfunktion, einen Verbotsschutz durch die *actio negatoria* und durch die sogenannten Nebenmittel als die *operis novi nuntiatio*, die *cautio damni infecti*, alte Figuren, die vom Prätorredikt später angemessen geregelt worden sind, und als die schon vom Gesetzter der XII Tafeln¹⁰ vorausgesehene *actio aquae pluviae arcendae*; alle Mittel zum Schutz des Grundeigentums¹¹.

Ein Rechtsfigurenarsenal, das immer noch die heutigen Kontinentalerfahrungen selbstverständlich mit Änderungen in der Struktur und in den einzelnen Disziplinen kennzeichnet. Wegen Publikationsbeschränkungen kann die *rei vindicatio* nur in der

8 B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, 3, jetzt in B. WINDSCHEID–Th. MUTTER, *Die Actio des römischen Zivilrechts*, Aalen, 1984, 8. Dazu siehe unter anderen, G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano, 1983, 325ff.; zuletzt: D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare un percorso di studi*, in M.G. di RENZO VILLATA [a cura di], *Il Diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli, 2003, 47ff.

9 A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 364; U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, Torino, 1993, 211ff.

10 XII Tab. VII, 8; vgl. D. 40,7,21 pr. (Pomp. 7 ex Plaut.).

11 Außerdem war da ein umfassender Interdiktschutz, unter dem sich *interdictum quod vi aut clam* hervorhob. Zur Übersicht der verschiedenen Eigentumsverteidigungsmittel siehe M. KASER, *Das römische Privatrecht 2*, I, München, 1971, 404ff.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 207ff.; N. BENKE–F.S. MEISSEL, *Übungsbuch zum römischen Sachenrecht 7*, Wien, 2001, 129ff.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 329ff.

geschichtlichen und dogmatischen Hauptform – das heißt die *formula petitoria* im Formularprozeß – untersucht werden¹².

3. Die Struktur der *formula petitoria*: die Rolle des Klägers

Die *rei vindicatio*, die zentral im Eigentumsschutz steht, stellt das älteste und eigentümlichste Mittel des römischen Rechts zum Schutz des *dominium ex iure Quiritium* dar, so dass es das Muster für alle Sachklagen (*actiones in rem*) ist, wie der Jurist Gaius unter anderen in seinen *Institutiones* lehrt¹³.

Die *rei vindicatio* steht dem *dominus* (quiritischen Eigentümer) zu, der wegen Besitzverlustes die Herausgabe der Sache vom derzeitigen *non dominus* Besitzer erzwingen will. Im Gegensatz zu der *legis actio sacramento in rem* im Prozess *per legis actiones* oder zum *agere in rem per sponzionem*, die geschichtlich zuvorkommen, haben wir im Fall der *rei vindicatio per formulam petitoriam* zahlreiche Beweise in der klassischen Rechtswissenschaft, die uns besonders durch Justinians *Digesta* überliefert wurden.

Das Lesen der Formel gestattet viele wichtige Überlegungen, die die Verfahrensstruktur der Klage und ihre substanzielles Hauptwirkungen zeigen können.

Unter den zahlreichen Beweisen haben wir keine Quelle, die uns den vollen Wortlaut der *formula petitoria* wiedergibt, so wie sie im Prätoredikt war. Wie bei vielen anderen Klageformeln, kann sie jedoch entsprechend des folgenden Wortlautes zuverlässig rekonstruiert werden¹⁴:

Titius iudex esto. Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Aulii Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito. (Wenn es sich erweist, dass die Sache, um die prozessiert wird, quiritisches Eigentum des Klägers ist, und die Sache nicht restituiert wird, so soll der Richter den Beklagten zur Zahlung des Geldbetrages verurteilen, den die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, so soll er ihn freisprechen.)

Die Formel stellt den Text eines Dekrets des Gerichtsmagistrates dar und sie wendet sich an den Richter, einem von Parteien gewählten Privatmann. Er soll den Rechtsfall unter Berücksichtigung der bestimmten Hinweise, die der Prätor in der Formel gegeben hat, streng rechtlich beurteilen. Die Klausel „*Titius iudex esto*“ beinhaltet die Ernennung

12 Über die Vindikation, insbesondere bezüglich ihrer Formelstruktur siehe M. KASER, *Das römische Privatrecht*, zit., 432ff.; M. MARRONE, *Rivendicazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 41, Milano, 1989, 13ff.; C.A. CANNATA, *Corso di diritto romano*, I, Torino, 2001, 399ff.

13 Gai. 4, 2-3: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est (...). In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse (...)* (Eine Personalklage liegt vor, wenn wir gegen jemanden prozessieren, der uns aus Vertrag oder infolge eines Delikt verpflichtet ist (...)) Eine Sachklage liegt dagegen vor, wenn wir erklären, dass ein körperliches Objekt uns gehört (...)); Gai. 4, 5: *Appellantur autem in rem quidam actiones vindicationes. (...)* (Mann nennt aber eine Sachklage vindicatio (...)).

14 O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 185f.; M. MARRONE, *Rivendicazione*, zit., 13ff.

des Richters und steht vor der Formel im eigentlichen Sinn. Ich mache nebenbei darauf aufmerksam, dass der Prätor dem Richter, dem Privatmann, zu beurteilen befehlt: es handelt sich um ein *iussum iudicandi*, das die zwei futurimperativen Verben „*condemnato*“ und „*absolvito*“, im letzten Formelteil, der *condemnatio*, zusammenfasst.

Der Teil „*Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Aulii Agerii esse*“ wird *intentio* genannt; sie stellt in der Vindikationsstruktur die erste Formelklausel dar. Die *intentio* bildet den rechtlichen Anspruch des Klägers, in dem der Prätor die Hauptelemente des vom Kläger *in iure* erbrachten Rechtsverhältnisses einträgt. „*Si paret*“ bedeutet nicht „wenn es sich erweist“, sondern „wenn es bewiesen wird, dass“. dementsprechend muss der Richter überprüfen, ob der Kläger den Beweis erbringt, der Eigentümer der ins Gericht gebrachtenen Sache zu sein. Was die „*res de qua agitur*“ betrifft, musste man natürlich das Vindikationsobjekt mit den Identifikationshinweisen andeuten¹⁵. Es konnte geschehen, dass eine *quota pro indiviso* auch gefordert wurde. In diesem Fall musste man den beanspruchten Teil des gesamten Eigentums andeuten. Ausnahmsweise war eine *vindicatio incertae partis*¹⁶ zugelassen.

In der *intentio* wird nicht der vom Kläger behauptete Eigentumserwerb gezeigt. Darüber steht vor der *intentio* keine *pars formulae*, als die *demonstratio*, mit einer Anspruchserklärungsfunktion, wie es in anderen Formelstrukturen der Fall ist¹⁷. Daher hält man die Bedeutung des Herausgabeformelmusters für „abstrakt“. Man kann jedoch darauf hinweisen, dass sich die abstrakte Formelstruktur der *rei vindicatio* den unglückseligen Rechtsfolgen, hervorgerufen durch das Verhinderungsprinzip, aussetzte. Nachdem der Kläger die Vindikation zum ersten Mal eingerichtet hatte, konnte er nämlich für dieselbe Sache und gegen dieselbe Person nicht zum zweiten Mal vorgehen, auch wenn er einen anderen Eigentumserwerbstitel angeführt hätte. Die Ansicht, nach der eine „*kausale*“ Formel tatsächlich angewendet werden konnte, entwickelte sich daher von der Glossezeit an und wurde von Savigny eindrucksvoll ausgedrückt. Der Kläger konnte jeweils die Eigentumserwerbstatsache oder Handlung entweder in derselben *intentio* oder durch die Hinzufügung einer *praescriptio* am Anfang der Formel aufführen¹⁸. „*Neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur*“ deutet die sogennante *restitutoria* oder *arbitraria* Klausel an.

Bevor ich die Funktion dieser Klausel aufzeige, muß ich darauf aufmerksam machen, dass der Verurteilungsbeschluss im Fomularprozess nur auf eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme lauten konnte, auch wenn der Anspruch des Klägers von andersartiger Natur

15 Bedeutungsvoll D. 6,1,6. (Paul. 6 *ad ed.*).

16 Dazu unter anderen, G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo formulare, I, la procedura formulare*, Torino, 1958, 182ff.; neulich auch: M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, 389ff.

17 Über die *formulae* mit *demonstratio* siehe jetzt, R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo repubblicano*, Milano, 2003.

18 Neulich dazu mit Beanstandungen, M. MARRONE, *La formula della rivendica astratta o causale?*, in *AUPA*, 46, 2000, 145ff.; siehe auch Id., *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI*, 64, 1998, 47ff.

gewesen wäre¹⁹. Also wurde der unterlegene Beklagte auch für die *rei vindicatio* nur zur Bezahlung einer Geldsumme und nie zur Herausgabe der Sache verurteilt. Dieses besondere System – hier interessiert uns nicht über die geschichtlichen und dogmatischen Gründe nachzuforschen²⁰ – hatte eine wirksame Korrektur genau in der *restitutoria* Klausel.

Nachdem der *iudex* das Eigentumsrecht des Klägers nachgewiesen hatte, forderte er den Beklagten aufgrund dieser Klausel dazu auf, die Rechtsstreitssache rückzugeben. Nur wenn der Beklagte der Herausgabe nicht nachgekommen wäre, hätte er zur Bezahlung der Geldsumme verurteilt worden. Die Herausgabeklausel strebt also danach, den Hauptanspruch des Klägers in einem Vindikationsurteil zu befriedigen: die Wiederherstellung der rechtlichen Lage, die nach dem Kläger verletzt worden war. Die Aufforderung des *iudex* zur Herausgabe war nicht ein Beschluss, sondern ein Bescheid im Laufe des Urteils (*pronuntiatio*), mit dem der Richter nicht nur seine Überzeugung darüber äußerte, dass die Sache dem Kläger gehörte, sondern dem Beklagten die Herausgabe der Sache unter bestimmten Bedingungen befahl²¹.

Die richterliche Verurteilung (oder Freisprechung) folgt direkt nach der *restitutoria* Klausel und schließt gleichzeitig die Formel. Sie wird *condemnatio* genannt und wird mit den folgenden Worten angedeutet: „*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non pareat absolvito*“.

Wenn der Beklagte gemäß dem Zwischenbescheid (*pronuntiatio*) des *iudex* die Streitsache nicht rückgab, nahm der Richter die Geldschätzung der Sache (*aestimatio*) vor und sprach er den Verurteilungsbeschluß des Beklagten zur entsprechenden Geldsumme aus.

Es ist interessant, das im Futur deklinierte Verb in der *condemnatio* zu bemerken: „*quanti ea res erit*“, mit dem gesagt wird, dass die Schätzung des Richters den Sachwert beim Beschuß treffen soll.

Man kann annehmen, dass die Verurteilung in Geld nur ausnahmsweise den Schluß eines Vindikationsverfahren darstellte. Man muss nämlich bedenken, dass der Geldbetrag dem Kläger durch einen Schätzungsseid, genannten *iuriurandum in litem*, zustand. Mit solcher weiten und großzügigen Verfügungsgewalt bezifferte der Kläger einen sehr hohen Wert (beträchtlich höher als der Marktwert) der ihm gebührenden Leistung, weil er der Sache, zum Beispiel, einen Gefühlswert gab so dass der Beklagte die Sache zurückgab und der *pronuntiatio* der *restitutoria* Klausel gehorchte²². Der Geldbetrag konnte

19 Gai. 4, 48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.* (Die Urteilsanweisung aller Prozessformeln, die überhaupt eine solche Anweisung enthalten, ist auf eine Bewertung in Geld hin formuliert. Daher verurteilt der Privatrichter, auch wenn wir einen Gegenstand gerichtlich fordern, wie z.B. ein Grundstück, einen Sklaven, ein Kleidungsstück, Gold oder Silber, den Beklagten nicht direkt zur Herausgabe des Objekts, um das es ging, wie es früher zur geschehen pflegte, sondern – nach Schätzung des Objekts – zur Zahlung des Geldwertes.)

20 Dazu siehe, A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in ZSS, 102, 1982, 128ff.; A. BURDESE, *Sulla condanna pecunaria nel processo civile romano*, in Sem. *Compl. de Der. rom.*, 1, 1990, 175ff.

21 G. WESENER, *Pronuntiatio*, in PWRE, Stuttgart, 1962, Nachtr. 9, 1241ff.; M. MARRONE, *Rivendicazione*, zit., 17 e Anm. 91.

22 C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, zit., 402; M. MARRONE, *Istituzioni*, zit., 95.

objektiv nur dann vom Richter festgesetzt werden, wenn die Herausgabe von Seiten des Beklagten (nicht aufgrund seines Vorsatzes oder seiner Fahrlässigkeit) unmöglich war²³.

4. Die Beweislast auf den Kläger

Die Regel ist bekannt: dem obliegt die Beweislast, der behauptet, nicht dem, der bestreitet, wie der Jurist Paulus unter anderen lehrt: „*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*“²⁴, womit er „una vera indicazione sintetica del principio dell'onere della prova“²⁵ bestimmt. Es erschien also ganz logisch, dass die Beweislast über das Eigentum dem Kläger obliegen musste. Diese Regel entwickelte sich als Folge des *agere per sponzionem* – das vorherige Muster der Vindikationsklage – in dem die verschiedenen Figuren zweier Rollen des Klägers und des Beklagten erzielt wurden.

Die romanistische Lehre hat darum bestritten, wann und wie die Regel sich im römischen Recht durchsetzte. Trotzdem ist es plausibel zu glauben, dass sie sich rigoros schon im Formularprozeß behauptete, wo übrigens dieselbe Formelstruktur verlangte, dass was danach *apud iudicem* geschehen musste, bereits im Verfahren *in iure* vor dem Gerichtsmagistrat vorausbestimmt wurde²⁶.

Wie allgemein bekannt, wurde die Beweislast auf den Kläger von den mittelalterlichen Juristen *probatio diabolica* genannt²⁷, weil der Kläger bei der Anführung eines abgeleiteten Eigentumserwerbstitels (und das geschah oft) nicht nur die Gültigkeit des eigenen Erwerbstitels, sondern auch jene seines Veräußerers beweisen sollte und so weiter bis wenn es zu einem originären Erwerbstitel gelangte. Das hing wesentlich von dem grundsätzlichen Prinzip „*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse*

23 D. 6,1,68 (Ulp. 51 *ad ed.*): *Qui restituere iussus iudici non paret [contendens non posse restituere], si quidam habeat rem [manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere], sive quidam dolo fecit quo minus possideat, is, quantum adversarius in item sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituir, locum habet.* (Wer auf die Anordnung der Rückgewähr hin dem Richter nicht gehorcht mit der Behauptung, er könne nicht zurückgewähren, dem wird, falls er die Sache trotzdem hat, der Besitz durch Vollstreckungspersonal auf richterliche Anordnung weggenommen, und die Verurteilung erfolgt nur noch wegen der Nutzungen und der [bei Prozessbegründung gegeben] gesamten Rechtslage der Sache. Wenn er aber nicht zurückgewähren kann und dies vorsätzlich herbeigeführt, ist er mehr als den Wert der Sache, dass heisst das Interesse des Gegners, zu verurteilen. Diese Lehre gilt allgemein und ist auf alle Interdikte oder Klagen anzuwenden, schien es dingliche oder persönliche, in denen etwas aufgrund richterlichen Ermessens zurückzugewähren ist.)

24 D. 22,3,2 (Paul. 69 *ad ed.*).

25 So, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II il processo formulare*, Torino, 1982, 184.

26 Dazu, V. GIUFFRÉ, „*Necessitas probandi*“. *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984; A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy*, in SZ, 109, 1992, 411ff.

27 Dazu, H. KIEFNER, *Klassizität der probatio diabolica?*, in SZ, 81, 1964, 212ff.; F. BENEDEK, *Zur Frage des „diabolischen Beweises“*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano, 1983, 445ff.

haberet“ ab²⁸. Es war keine einfache Aufgabe, den echten *dominum* der Streitsache im Urteilsgericht zu beweisen, aber es erscheint übertrieben, sie „*diabolica*“ zu nennen. Man muss nämlich nicht vergessen, dass der Kläger seinen originären Erwerbstitel durch die Ersitzung immer beweisen konnte. Und man muss darauf hinweisen, dass die Fristen im römischen Recht viel kürzer als diejenige der modernen Rechtssystemen waren: zwei Jahre für die beweglichen Sachen, ein Jahr für die unbeweglichen. Außerdem konnte der Kläger dank dem Prinzip der sogenannten *successio possessionis* – gemäß dem der Erbe im Eigenbesitz des Totes folgte und die vom Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen konnte – und dem Prinzip der sogenannten *accessio possessionis*, – gemäß dem der Käufer mit einem bestimmten Titel zum eigenen Eigenbesitz jenen des Veräußers hinzufügen kann – bei der Ersitzung geholfen werden konnte.

Noch über die Beweislast, kann auch eine andere Perspektive in Bezug auf das prätorische Eigentum erwähnt werden. Die Hauptfälle betrafen denjenigen, der in gutem Glauben *a non domino* erworben hat, oder denjenigen, der eine *res mancipi* durch *traditio* und nicht durch *mancipatio* oder *in iure cessio* von einem Veräußerer erworben hat²⁹. In beiden Fällen wurde der Verkäufer nicht *dominus ex iure quiritium*, aber der Prätor fand es gerecht, den Besitzer in gutem Glauben und mit einer *iusta causa* für die Ersitzung zu schützen. Der prätorische Schutz dessen gegen den Dritten fand durch eine *Publiciana* genannte Klage statt, die dem Muster der *vindicatio* aber mit einem wichtigen Unterschied in der *intentio* entspricht: der Prätor befiehlt dem Richter nicht, dass er das Eigentum der Sache des Klägers feststellt, sondern dass er feststellte, ob der Kläger mit der Ersitzungsfrist (einjährigen oder zweijährigen nach Sachetyp), die der Prätor als schon abgelaufen fingiert, infolge der Ersitzung der schon besessenen Sache Eigentümer

28 D. 50,17,54 (Ulp. 46 *ad ed.*).

29 Gai. 4,36: *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.* (...) Auch Ersitzung wird fingiert, nämlich in der Klage, die *actio Publiciana* heißt. Diese Klage wird dem gewährt, der ein Objekt, das ihm zu Recht formlos übergeben worden ist, noch nicht ersessen hat, aber seine Rückgabe klagt, da er seinen Besitz verloren hat. (...)); Gai. 2,41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidam tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possedendo usucapias* (...) (Denn wenn ich dir manzipierbares Objekt weder manzipiert noch vor Gericht abgetreten, sondern es dir nur formlos übergeben habe, so wird das Objekt zwar dein bonitarisches (prätorisches) Eigentum, es bleibt aber mein quiritisches (ziviles) Eigentum, bis du es durch längeren Besitz ersessen hast); D. 6,2,1pr. (Ulp. 16 *ad ed.*): *Ait praetor si quis id, quod traditur ex iusta causa a non domino, et nondum usucaptum petet iudicium dabo* (Prätor sagt: Wenn jemand das herausverlangt, was (him) aus rechtmäßigem Grund von einem Nichteigentümer übergeben wird und (von ihm) noch nicht ersessen ist, werde ich eine Klagen geben.) Eine weite Aufführung der verschiedenen Lagen mit dem bonitarischen Eigentum in J.A. ANKUM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata* (Ausz. J.A. ANKUM-J.E. SPRUIT-F.B.J. WUBBE), Fribourg Suisse, 1985, 137f. Für eine wesentliche Übersicht über das prätorische Eigentum siehe unter anderen, L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio publiciana*, in E. CORTESE [a cura di], *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 39ff.; H. ANKUM-E.POOL, *Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse. Traces of the Development of Roman Double Ownership*, in P. BIRKS [edited by], *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford, 1989, 5ff.

geworden wäre³⁰. Folglich war die Beweislast in diesem Fall für den Kläger ganz einfacher durchführbar, weil er gemäß dem „*si paret*“ der *intentio* der *actio Publiciana* nur beweisen sollte, der Besitzer zu sein und die *iusta causa* für die Ersitzung zu haben. Dieser bessere Beweislast als der *probatio diabolica* hat die romanistische Lehre als Bedingung gesehen, dass der zivilistische Eigentümer (*dominus ex iure quiritum*) in der Praxis die *actio Publiciana* gern vorzog, um den Beweis seines Eigentumsrechts zu vermeiden³¹.

Aus einer modernen Perspektive kann man sagen, dass es im römischen Recht zwei mögliche Hauptmuster gleichzeitig gab: das erste, das Vindikationsmuster, das sich auf die Absolutheit des Beweises stützte; das zweite, das *actio publiciana*-Muster, das sich auf das Kriterium des besten Rechtstitels unter den Streitenden stützte, weil der Kläger die Sache von demjenigen erhalten konnte, der keinen oder mindestens einen wenig gültigen Titel über die Sache erheben konnte³².

5. Die durch *exceptiones* geschützte Lage des Beklagten

In der Formelstruktur konnte der Prätor die *exceptiones*, mit denen der Beklagte einen oder mehrere Elemente zu seiner Verteidigung geltend machte, nach der *intentio* und vor der *restitutoria* Klausel einfügen.

Es ist besser auch in diesem Fall eine kleine Zwischenbemerkung über den Mechanismus des Formularprozesses im allgemeinen einzuschlieben. In der Formel war das Ziel der *exceptio*, den in der *intentio* enthaltenen Anspruch des Klägers nicht zu denegieren. Diese Möglichkeit des Beklagten war in der Aufforderung des Prätors an den Richter zur Verurteilung oder Freisprechung (*condemnatio*) inbegriffen, je nachdem, ob das Recht des Klägers bewiesen worden war oder nicht. Mit der *exceptio* trug dagegen der Beklagte im Vergleich zu jenen, in der *intentio* „neue“ Tatbestände, die dem Richter verwehrt hätten, den Beklagten zu verurteilen wenn sie bewiesen worden wären. Die *exceptio* galt als eine zweite Bedingung – die erste war die *intentio* – zur *condemnatio* des Richters.

Wir kommen auf die *rei vindicatio* zurück. Man muss darauf hinweisen, dass die römischen Juristen im Kommentar des Klagesystems in *sede materiae* auch die *exceptio doli* verhandelten.

30 Über die Formel der *actio publiciana*, im Vergleich auch mit jener der *rei vindicatio* siehe neulich, C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005, 36ff.

31 M. KASER, „*In bonis esse*“, in ZSS, 78, 1961, 195; F. WUBBE, *Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?*, in SZ, 80, 1963, 189.; dagegen F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der „actio publiciana“*, in RIDA, 9, 1962, 385. Dazu vgl. auch L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, zit., 50 Anm. 19.

32 Dazu, insbesondere zur folgenden romanistischen Tradition, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica*, in C. Cascione-E. Germino-C. Masi Doria [a cura di], *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, 369ff. Zusammenfassend auch, A. GAMBARO, *La proprietà*, zit., 400. Ganz nützlich auch, C.A. CANNATA, *Materiali*, zit., 131ff.

In der Fassung der *exceptio „si in ea re nihil dolo malo A.Agerii factum sit neque fiat“*³³ betraf das Präsensverb im letzten Teil „neque fiat“ den gegenwärtigen Vorsatz, der im Urteilgericht in der *litis contestatio* (*exceptio doli praesentis o generalis*) stattfand. Die *exceptio doli praesentis* war ein angemessenes Prozeßmittel für den Beklagten. Die Ergebnisse werden mit der Anwendung des *ius civile* in den ohne *bona fides* Klausel Urteilgerichten (*iudicia stricti iuris*) erhalten, mithilfe der *aequitas naturalis* korrigiert. Sicher seit dem Jurist Proculus aus dem 1. Jhd. n Chr, auf den die älteste Bezeugung zurückgeht³⁴, waren alle vom Richter gerecht so gehaltenen Kosten durch dieses Mittel ersetztbar; insbesondere konnte der Beklagte die erforderliche Kosten durch die Sachbeschädigung und jene nützlichen für die Verbesserung des Sachewerts eintreiben. Durch dieser Exception wurde der Vorsatz des Klägers eingeschätzt, wenn er dieser Kosten bewusst war aber trotzdem nicht ersaß und gleichzeitig die Vindikation erhob. Damit die nicht Romanisten es besser verstehen können, kann man mit den Worten von Carlo Augusto Cannata sagen, dass die Anwendung der *exceptio doli generalis* dem Beklagten erlaube zu „far valere, mediante il meccanismo dell’eccezione combinato con quello della *restitutio*, una domanda riconvenzionale nel procedimento di rivendica della cosa“³⁵.

6. Die Passivlegitimation bei der *vindicatio*

Es ist erst seit dem *agere per sponzionem*, der Prozeßstruktur, die chronologisch gesehen vor der Vindikation kommt, dass sich die Rolle zweier Parteien im Vindikationsprozess unterscheidet: der Kläger und der Beklagte-Besitzer. Im Gegensatz zum frühzeitigen *lege agere sacramento in rem* im *per legis actiones* Verfahren, erkannte der Prätor denjenigen, der am Anfang des Rechtsstreits die Sache hält als Beklagter – Besitzer an. Dieses System ging an die Vindikation über: wer am Anfang des Rechtsstreits die Sache besitzt, hat die Passivlegitimation bei der Klage.

Wie wir schon gesehen haben, hatte der Beklagte im Gegensatz zu dem Kläger keine Beweislast; darum entstand früh das schwierige Problem, eine korrekte Anlage zweier verschiedenen Rollen sicher zu stellen; insbesondere müsste man vermeiden, dass der Nicht-Besitzer versuchte, Besitzer zu werden, um die Lieblingsrolle des Beklagten, der die sogenannte *commodum possessionis* hatte, einzunehmen. Das Interdiktverfahren verschaffte Abhilfe. Die Interdikte *uti possidetis*, für die unbeweglichen Sachen, und *utrubi*, für die beweglichen Sachen, hatten den Zweck, die Besitzlage desjenigen, dem der Rolle des Besitzers oblag, wiederzuherstellen oder zu bewahren³⁶.

33 Gai. 4,19.

34 D. 6,1,27,5 (Paul.1 ad ed.).

35 C.A. CANNATA, „*Bona fides“ e strutture processuali*, in L. GAROFALO [a cura di], *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, 264ff.; Id., „*Exceptio doli generalis“ e diritti reali*, in L. GAROFALO [a cura di], *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, 245 und Anm. 19.

36 Für alle, M. KASER, *Eingentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 1956, 287ff. Neulich behauptet man jedoch durch einer ganz tiefgehenden Forschung, dass die Vorbereitungsfunktion zur Vindikation vom Interdikte *uti possidetis* nur in Justinianszeit eine Hauptfunktion angenommen hatte; G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto „uti possidetis“*, in *AUPA*, 44, 1996, 69ff.

Das Interdiktverfahren nahm einen Besitzbegriff im engeren Sinn an, bei dem nur der Besitzer in eigenem Namen geschützt wurde. Darum war nicht jede Art von Innehaben in diesem Schutz – und auch für die Zuerkennung der Passivlegitimation – vorgesehen.

Wegen der praktischen Angemessenheit wurde diese Regel durch die Ausdehnung der Passivlegitimation auch auf den Inhaber abgeändert. Die Regel, gemäß der nur der Besitzer in eigenem Namen geschützt wurde, geriet erst nach dem 1. Jhd. n. Chr. in die Krise, als zum Beispiel der Jurist Pegasus sie noch verteidigte. Dieses ist in einer Stelle Ulpian's einleuchtend dargelegt:

D. 6,1,9 (Ulp., 16 ad ed.): *Officium autem [iudicis] praetoris³⁷ in hac actione in hoc erit, ut [iudex] inspiciat an reus possideat, nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem completi, quae locum habet in interdico uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisque nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur; quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.* (Bei dieser Klage ist es aber die Pflicht des Richters zu prüfen, ob der Beklagte besitzt. Es ist unerheblich, aus welchem Grunde er besitzt. Sobald ich nämlich bewiesen habe, dass die Sache mir gehört, muss der Besitzer sie zurückgewähren, wenn er nicht Einrede vorgebracht hat. Einige aber, wie Pegasus, sind der Ansicht, die Klage erfasse nur denjenigen Besitz, der im Interdikt „Wie ihr besitzt“ oder „Auf welcher Seite“ vorausgesetzt wird. Zum Beispiel sagt er, könne man nicht von jemandem vindizieren, dem die Sache zur Verwahrung gegeben oder geliehen worden ist, der über sie einen Miet-, Pacht- oder Werkvertrag abgeschlossen hat, der zwecks Sicherung von (bedingten oder befristeten) Vermächtnissen, wegen einer Mitgift oder für eine Leibesfrucht in ihren Besitz gesetzt ist, auch nicht von jemandem, dem keine Sicherheit wegen künftigen Schadens geleistet ist, weil nämlich alle diese nicht besitzen. Ich meine indessen, man kann gegen alle klagen, weil sie die Sache innehaben und zur Rückgewähr in der Lage sind.)

Nach Ulpian, der die Einstellung von Pegasus überschritt, obliegt die Passivlegitimation dem, der die *facultas restituendi* hat, und zwar dem, der die wirkliche Möglichkeit zurückzugeben hat: dem Hinterlegungsschuldner, dem Leihschuldner, dem Mieter/Pächter/Unternehmer, nur um einige der Beispiele von Ulpian zu erwähnen. In diesen Fällen hatte der Inhaber nicht nur die körperliche Sachverfügbarkeit, sondern war auch im Vergleich zum Kläger, der auf die Herausgabe der Sache rechtmäßig wartete, legitimiert darüber zu verfügen. Es ist auch bewiesen, dass die *facultas restituendi* solchen Personen oblag, damit weder sie noch Dritte einen schätzbaren Nachteil aufgrund der Herausgabe erleiden konnten³⁸.

37 Die Interpolation von *iudicis* statt des stammenden *praetoris* erscheint ganz wahrscheinlich so, C.A. CANNATA, *Istituzioni*, I, zit., 417.

38 M. MARRONE, *La facultas restituendi di D.*, 1,9 (Ulp. 16 ad ed.). *Brevi note in materia di legittimazione alla rivendica*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, 533ff.; über die Stelle siehe auch, Id., *La rivendica contro i „filiifamilias“*, in *Studi in onore di G. Grossi*, 6, Torino, 1974, 175ff.; G. PROVERA, *Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*, ibidem, 207ff.

Die Passivlegitimation bei der Vindikation wurde dann weiterausgedehnt. Einige rechtswissenschaftlichen Werke, die aber einiger Änderungen verdächtigt werden³⁹, ließen die Vindikation auch gegen den zu, der vor der *litis contestatio* vorsätzlich aufhörte, die Sache zu besitzen („*dolo desit possidere*“) oder immerhin nicht mehr die Sache wegen seines Vorsatzes besaß („*dolo malo fecit quo minus possideat*“).

Sicher klassisch ist jedoch die Ausdehnung der Passivlegitimation bei der Vindikation auf denjenigen, der vorsätzlich die Rolle des Beklagten annahm und danach die *rem defendit* als ob er tatsächlich besäße („*qui se liti optulit*“), auch wenn er nicht Besitzer war⁴⁰. Das Ziel dieser Schikane war eindeutig, den Prozessanspruch des Klägers vom tatsächlichen Besitzer abzuwenden, so dass er die *res* ersetzen konnte.

In diesen (sogenannten „*ficta possessio*“) Fällen, in denen eine Person die Rolle des Beklagten beim Vindikationsurteil freiwillig annahm, stellte die typische Geldverurteilung des Formularprozesses das einzige mögliche Mittel zur Befriedigung des Klägers dar, weil er vom Beklagten die Herausgabe der Sache natürlich nicht erhalten konnte.

7. Substanzielle Wirkungen der *condemnatio*

Wie gesagt, konnte der Beklagte die Aufforderung des Richters zur Herausgabe (sogenannten *restitutoria* Klausel) nicht befolgen. In diesem Fall, wurde der Beklagte verurteilt, die nach dem Wunsch des Klägers bestimmte Geldsumme – den Gegenstand der Verurteilung – zu bezahlen, wenn er den Vindikationsurteil verloren hätte.

In Hinblick auf den Prozess befriedigte die Bezahlung den Kläger, dem übrigens die Formelstruktur der Vindikation nicht anderes erlaubte und gleichzeitig befreitete sie den Beklagten. Es kommt jedoch zu einem substanzialen Problem: wem oblag das Eigentum der *res*, der Streitsache? Sicher nicht dem Kläger, der mit der Bezahlung des Geldbetrags der *condemnatio* ganz zufrieden war, sondern dem Beklagten. Die Bezahlung der *litis aestimatio* hatte also die nicht unbedeutende, substanziale Wirkung, den Beklagten das Eigentum der *res* erwerben zu lassen. In den Lehrbüchern zum römischen Privatrecht, die gemäß der modernen Dogmatik zwischen originäre und abgeleitete Eigentumserwerb unterscheiden, ist deswegen die Bezahlung der *litis aestimatio* gewöhnlich zu den zweiten gerechnet.

Tatsächlich enthalten die Quellen keine eindeutige Lösung, um den Eigentumstyp zu bestimmen, der dem Beklagten zustehen sollte, wenn die Bezahlung der *litis aestimatio* stattfand. Was dies betrifft neigt man dazu, dass beim Beklagten das quiritische Eigentum vorlag, wenn die *res nec mancipi* war. Wenn es jedoch eine *res mancipi* war, lag beim Beklagten das prätorische Eigentum der Sache vor; insbesondere änderte er seinen Besitztitel in einen *pro emptore*, der ihm erlaubte, die Sache durch den Zeitverlauf zu ersitzen. In verschiedenen juristischen Werken stehen ferner der Eigentumserwerb durch die Bezahlung der *litis aestimatio* und der Kauf auf der gleichen Ebene⁴¹. Man muss jedoch darauf hinweisen, dass die römischen Juristen keine Absicht hatten, derartige

39 M. MARRONE, *Rivendicazione*, zit., 19.

40 Dazu, B. ALBANESE, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo* [1972], jetzt in *Scritti Giuridici*, II, Palermo, 1991, 1031ff.

41 C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, zit., 428.

Prozesslage dem Kauf in Hinblick auf die Rechtsmechanismen anzugeleichen, als ob durch die Bezahlung der *litis aestimatio* eine wirkliche *emptio-venditio* stattfände. Es war eher der Kauf als das Paradigma gewählt, damit einige Wirkungen einer, dem Kauf nur im ökonomischen Sinn vergleichbaren Lage, erklärt wurden⁴².

Der Eigentumserwerb durch die Bezahlung der *litis aestimatio* bildet einen Tatbestand, der bei modernen Juristen ganz selten vorkommen kann, weil er korrekte aber unrechte Rechtslösungen hypothetisch bestimmen konnte. Man denkt theoretisch an den Fall einer Person, die das Eigentum einer Sache von einer anderen um jeden Preis wünscht. Wenn der Eigentümer der Sache gar nichts veräußern wollen würde, könnte solche Person versuchen, den Besitz im jeden Fall (außer durch Gewalt oder Betrug) zu erhalten. Danach war es genügend, dass er im Vindikationsprozess unterlag und die *litis aestimatio* bezahlte (deutlich war er bereit, auch eine ganz hohe Geldsumme zu bezahlen), um Eigentümer zu werden, weil der Kläger keine anderen Prozessmittel für die Herausgabe der Sache außer der *formula arbitraria* hatte. Wie schon vorher gesagt, ist es jedoch wahrscheinlich daran zu denken, dass der Beklagte dem Aufforderung des *iudex* zur Herausgabe im wirklichen Prozess ganz selten nicht obliegt.

8. Konkurrenz zwischen *rei vindicatio* und anderen Klagen

Ich schließe meinen Bericht mit einigen kurzen Hinweisen auf die Konkurrenz zwischen *rei vindicatio* und anderen Klagen.

Der Besitzesverlust der Sache bedeutete für den Eigentümer nicht nur ihre notwendige Herausgabe, sondern auch ihre mögliche Beschädigung, die vom vorsätzlichen oder fahrlässigen Benehmen des Besitzers verursacht worden war. Außer der Vindikation konnte also der Eigentümer theoretisch auch die *actio legis Aquiliae* für die erlittenen Schäden geltend machen. Die Juristen bevorzugten jedoch die Ersatzperspektive vor der Strafeperspektive in der Auslegung des Wortlauts der *legis Aquiliae*. Denn die Vindikation ist eine *reipersecutoria* Klage, stellen die Juristen die zwei Klagen in alternativer Konkurrenz, wie Ulpian klar bezeugt:

D. 6,1,13: (Ulp., 16 ad ed.): *non solum autem restitui, verum est si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur; quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur, an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.* (Der Richter hat nicht nur zu prüfen, ob die Sache zurückgewahrt ist, sondern auch, ob sie verschlechtert ist; man denke, dass ein verstümmelter, ausgepeitschter oder verletzter Sklave zurückgewahrt wird. Jedenfalls berücksichtigt der Richter den durch die Verschlechterung eingetreten Wertverlust, obgleich der Besitzer auch mit der Klage nach der *lex Aquilia* belangt werden kann. Daher ist es fraglich, ob der Richter den Schaden nur schätzen darf, wenn auf die Klage nach der *Lex Aquilia* verzichtet wird. Und Labeo meint, der Klagör müsse Sicherheit dafür leisten, dass er nicht aufgrund der *lex Aquilia* vorgeht; diese Ansicht ist richtig.)

Ein anderes Problem betrifft die mögliche Konkurrenz zwischen der Vindikation und den Vertragsklagen, was nicht seltenen der Fall war, da der Vertragsschließende oft auch der Vindikationskläger war. Es ist umstritten, ob die Vindikationsklage im römischen Recht auch gegen den Innehaber angestrengt werden konnte, wenn diese Innehabung ihm von dem Kläger ermittelt worden ist.

Meiner bescheidenen Meinung nach überzeugt die neue negative Ansicht von Carlo Augusto Cannata, der frühere Betrachtungen von Heinrich Siber erwähnt⁴³.

Dieser Ansicht nach könne der Kläger, auch wenn Eigentümer, nicht mittels Vindikation vorgehen, sondern nur gemäß der geeignete Personalklage für das Verhältnis, kraft dessen der Beklagte innehatte. Aufgrund dieser Auslegung steht der Legitimationsmangel des Klägers. Wenn der Beklagte kraft eines relativen Verhältnisses mit dem Kläger die Sache innehalt, hat er sie darum in des Klägers Namens inne und also der Kläger ist – auch wenn in fremdem Namen – Besitzer. Es erscheint dann logischerweise undenkbar, dass der Kläger eine *res*, die er im Rechtssinn tatsächlich besitzt, aber nicht innehalt, vindizieren kann.

Abstract

This article deals with the judicial protection of ownership in Roman law. The focus is on the basic elements of the *rei vindicatio per formulam petitioriam*. First of all, the general structure of the *formula* is explained, in particular the character of the *formula* (abstract or causal?), the *intentio* of the plaintiff with the functions of *arbitratus de restituendo* and of *iusiurandum in litem*, and the *exceptiones* which are at the defendant's disposal. Then, the article briefly examines the plaintiff's burden of proof (medieval lawyers described this as *probatio diabolica*) and the different positions of the plaintiff when he takes the *actio Publiciana*. In the last part of the article the different positions of the defendant depending on whether or not he is *possessor* of the vindicated object at the time of *litis contestatio* are described. In closing, the effects of *condemnatio pecuniaria* and the concurrence of the *rei vindicatio* with other actions are analysed.

43 H. Siber, Die Passivlegitimation bei der *rei vindicatio*, Leipzig, 1907; C.A. Cannata, Corso di istituzioni, I, zit., 421. Dagegen, M. Marrone, Contributi in tema di legittimazione passiva alla „rei vindicatio“, in Studi in onore di G. Scherillo, I, Milano, 1972, 341ff.