

forum historiae iuris

Erste Internet-Zeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaën)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Jesi)
PD Dr. Michele Luminati (Zürich)
Dr. Fred G. Bär (Berlin)
Dr. Hans-Peter Haferkamp (Berlin)
Dr. Andreas Thier (München)
Dr. Hans-Georg Hermann (München)

Artikel vom 19. Juli 1999

© 1999 fhi

Erstveröffentlichung

Zitervorschlag:

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/9908casinos.htm>

Bemerkungen zu Iulianus D. 21, 2, 39 pr

Es ist bekannt, daß es im klassischen römischen Recht verschiedene Arten für die Ausschließungsgründe der Eviktionshaftung des Verkäufers gab. Darunter befanden sich die subjektiven Ausschließungsgründe, die von bestimmten beim Käufer eintretenden psychologischen Umständen, wie Fahrlässigkeit und Täuschungsabsicht abhängig waren; darüber hinaus traten dabei andere subjektive Ausschließungsgründe auf, die auf bestimmte Merkmale oder Charakterzüge des Verkäufers zurückzuführen sind, wie die Minderjährigkeit oder die Geisteskrankheit, deren Vorhandensein trotz der Entwehrung die Freistellung des Verkäufers von der Haftung bewirkten. Obwohl es sich bei dem Sachverhalt, mit dem sich dieser Aufsatz befaßt und der in einem Abschnitt aus Julians Digesten enthalten ist, um einen durch einen Minderjährigen durchgeführten Verkauf handelt, kann man streng genommen nicht sagen, daß dabei von einem der oben erwähnten Ausschließungsgründe die Rede sei, denn es kann nicht behauptet werden, daß die Entwehrung und die daraus hervorgegangene Haftung eigentlich stattgefunden haben. 1

Dem im folgenden zu analysierenden Abschnitt ist eine besondere Bedeutung aus verschiedenen Gründen beizumessen, wie sich im Laufe unseren Darlegungen herausstellen wird. Obwohl die Literatur bisher diesem Abschnitt erhebliche Aufmerksamkeit geschenkt hat,¹ fehlt es den verschiedenen Lösungsansätzen zu den zentralen Problemen dieser Stelle weitgehend an Überzeugungskraft, und so empfiehlt es sich, nochmals eine spezifische Auseinandersetzung mit der Problemkonstellation zu unternehmen. D. 21, 2, 39 pr lautet wörtlich: 2

D. 21, 2, 39 pr: Iulianus libro quinquagesimo septimo digestorum. Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et inpetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam. respondi: iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablatu fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui.² 3

Übersetzung: "Ein Jugendlicher unter fünfundzwanzig Jahren verkaufte Titius ein Grundstück, dieser verkaufte es Seius. Der Minderjährige behauptet, bei diesem Verkauf hintergegangen worden zu sein, und bewirkt die Untersuchung des Magistrats nicht nur gegen Titius sondern auch gegen Seius. Seius verlangte beim Prätor, daß er ihm hinsichtlich der Entwehrung eine *stipulatio utilis* gegenüber Titius geben möge. Ich meinte, daß sie ihm gegeben werden solle. Ich antwortete: Seius verlangt etwas Gerechtes, denn, wenn ihm sein Grundstück durch die prätorische Untersuchung genommen sein wird, so wird es gerecht sein, 4

daß die Entwehrung vom Prätor selbst wiederhergestellt werde".

Julian, der Autor dieser Stelle, war einer der bedeutendsten und einflußreichsten Juristen aus der Zeit des hochklassischen römischen Rechts. Für ihn ist die afrikanische Herkunft bezeugt.³ Er lebte unter der Regierung der Kaiser Hadrian, Antoninus Pius und Mark Aurel. In bezug auf seine Laufbahn ist darauf hinzuweisen, daß er, wie er selbst erwähnte,⁴ ein Schüler Javolens und Zeitgenosse des berühmten Celsus war. Er bekleidete im Verlauf seiner Ämterlaufbahn sowohl die Prätur als auch den Konsulat. Darüber hinaus war er Senator, verwaltete lange Zeit die Provinz *Germania inferior* und schrieb zahlreiche juristische Werke. Darunter ragen seine aus 90 Büchern bestehenden Digesten heraus, die sich durch neue Lösungsansätze auszeichnen. Der Überlieferung gemäß führte er im Jahre 138 n. Chr., unter der Regierungszeit Hadrians und auf Veranlassung dieses Kaisers, die Kodifizierung des *Edictum perpetuum* durch.⁵ Das Werk Julians kann zweifellos als Höhepunkt des römischen Rechtsdenkens angesehen werden und stellt gleichzeitig eine verbesserte Synthese des Rechtsdenkens der zwei rivalisierenden großen Schulen der *Proculiani* und *Sabiniani* dar.

*Digestorum libri XC*⁶ heißt das wissenschaftliche Hauptwerk Julians, und es besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil, eine Sammlung von Rechtsfragen mit ihren entsprechenden Lösungen, stimmt mit der Ordnung des Edikts, zu dem unsere Stelle gehört, überein. Bei dem zweiten Teil handelt es sich um die *leges* und die *senatus consulta*. Im wesentlichen beruht die Lehre Julians auf der Überzeugung, daß das Recht das Ergebnis der Notwendigkeit und des sozialen Bedürfnisses ist, und daher nicht immer verstanden und begründet werden müsse; deswegen führt Julian *dig.* 55 (D. 1, 3, 20) selbst aus, daß eine rationale Deutung all dessen, was von unseren Vorfahren festgesetzt wurde, nicht zu erreichen sei.⁷ Seinerseits bezeichnete MOMMSEN die Digesten Julians als "zusammenhängende Erörterungen über die Rechtswissenschaft in Verbindung mit Fragen der *Auditores* und den darauf von dem Lehrer erteilten Antworten".⁸ Julians Digesten übten einen so bedeutenden Eindruck auf Justinianischen Digesten aus, daß sie als deren Vorbild bezeichnet werden können.

In bezug auf den Sachverhalt der hier zu erörternden Stelle sind folgende Elemente der Reihenfolge nach hervorzuheben:

1. Ein Minderjähriger verkauft Titius ein Grundstück.

2. In einem späteren Zeitpunkt findet eine Weiterveräußerung des Grundstückes statt. Diesmal ist Titius der Verkäufer und Seius der Käufer. Dieses zweite Rechtsgeschäft könnte in der ursprünglichen Fassung der Textstelle eine *mancipatio* gewesen sein, da ja beim Kauf der Grundstücke während einer ausgedehnten Zeit dieses formale Übereignungsgeschäft neben dem Konsensalkaufvertrag existiert.

3. Nachdem der letzte *mancipatio* abgeschlossen worden ist, findet sich der Minderjährige beim Prätor ein, um eine *restitutio in integrum ob aetatem* zu erwirken. Der Grund liegt darin, daß Titius seine geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt habe (*minor circumscriptus*). Der Prätor versprach in seinem Edikt aus verschiedenen Gründen eine *restitutio in integrum*, deren auf der Billigkeit (*aequitas*) basierendes Ziel die Wiederherstellung des früheren

Zustandes nach einer *causae cognitio* war.⁹

4. Der Prätor gewährt den außerprozessualen Behelf auch gegen den Dritten,¹⁰ was die Aufhebung des ersten Vertrages sowie die Unwirksamkeit des Weiterverkaufs zu Folge hat. Also wird die *restitutio* dem Minderjährigen *erga omnes* verliehen. Ausgehend vom Inhalt des D. 4, 4, 13, 1¹¹ läßt sich die Kaufvertragsaufhebung entweder unmittelbar (*aufferre*) nach der *cognitio praetoria* oder mittels der Erteilung einer Art Herausgabeklage, einer rezissorischen fiktiven Klage¹², zugunsten des Minderjährigen vollstrecken.¹³ Dies erfolgt unter Heranziehung der Fiktion, daß der für den Minderjährigen benachteiligende Verkauf und der Weiterverkauf oder die Manzipation nicht abgeschlossen worden seien. So stellt sich in diesem Zusammenhang heraus, daß Dritterwerber in gewissen Fällen an dem zu der *restitutio in integrum* führenden Sachverhalt beteiligt sein können.¹⁴ Ein solcher Fall kann eintreten, wenn ein *minor aetatis* irgendein Geschäft schließt. Dieser Minderjährige kann¹⁵ gegen den gutgläubigen Dritten (*emptor sequens*) vom Prätor geschützt werden, wenn der Erstkäufer, laut D. 4, 4, 13, 1 *i.f.*, zahlungsunfähig ist. In unserer Stelle tritt gerade die Drittwirkung einer *restitutio in integrum ob aetatem* ein. Deshalb könnte angenommen werden, daß der Erstkäufer dabei zahlungsunfähig war, obwohl Julian in D. 21, 2, 39 pr von der Zahlungsunfähigkeit nicht spricht. Die Klassizität dieser in D. 4, 4, 13, 1 *i.f.* enthaltenen Beschränkung ist jedoch zweifelhaft.¹⁶ So schreibt PRINGSHEIM¹⁷ zu Recht diese Beschränkung inhaltlich den Kompilatoren zu und meint, daß für das klassische Recht die Existenz einer unbeschränkten Drittwirkung des subsidiären Behelfs der *restitutio in integrum* anzunehmen sei.

11

Genau betrachtet schließt D. 21, 2, 39 pr die Beschränkung auf den Fall der Insolvenz des Erstkäufers gänzlich aus, weil es dem Zweitkäufer nichts nützen würde, daß der Regreßanspruch, auf den D. 4, 4, 15 Bezug nimmt, ihm für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Erstkäufers gegen diesen verliehen würde. Außerdem kommen die Entscheidungen von Ulpian in D. 4, 4, 13, 1 und von Paul in D. 4, 4, 14 nicht nur dem *minor aetatis* nicht zustatten, sondern sie können sich sogar zu seinem Nachteil auswirken. Wenn der Minderjährige im Fall der Solvenz des Erstkäufers die Unterstützung des Prätors gegen den Zweitkäufer nicht erlangen könnte, bekäme nämlich er keine Kaufsache zurück, was sein Ziel aller Wahrscheinlichkeit nach war, sondern nur Schadenersatz. Führt man sich dies vor Augen, stellt sich heraus, daß die Entscheidung für die beschränkte Drittwirkung der *restitutio in integrum* weder für den Minderjährigen noch für den Zweitkäufer von Nutzen ist; deswegen ist die unbeschränkte Drittwirkung der *restitutio in integrum*, die im D. 21, 2, 39 pr behandelt wird, nachvollziehbarer als jene auf den Fall der Insolvenz des Erstkäufers beschränkte Drittwirkung, auf die sich D. 4, 4, 13, 1 und 4, 4, 14 beziehen.¹⁸ Schließlich ist das Prinzip der unbeschränkten Drittwirkung der *restitutio in integrum* jedenfalls klassisch und es ist in Zusammenhang mit der Billigkeit des Prätors zu bringen. Nach unserer Ansicht ist also die beschränkte Drittwirkung der *restitutio in integrum* entweder eine von den Kompilatoren eingefügte neue Entscheidung oder vielleicht eine Kurzfassung oder sogar eine von ihnen begangene Unstimmigkeit.

12

5. Unter diesen Umständen wäre Seius, der Zweiterwerber, nicht dazu befugt, gegen Titius wegen dessen Eviktionshaftung vorzugehen. Der Grund dafür besteht darin, daß sich keine echte Entwehrung ereignet hat, da der für den Käufer erfolgte Verlust der Verfügbarkeit der Sache nicht durch eine Eigentumsklage, sondern durch einen unmittelbaren prätorischen Behelf (*praetoria cognitio*) verursacht worden war. Andererseits könnte auch der Fall gewesen sein, daß die Ersitzungsfrist abgelaufen war. In diesem Fall scheint der Schluß geboten, daß keine Entwehrung eintritt, weil die Haftung des Verkäufers (*auctor*) unverzüglich aufhört, wenn der *accipiens* das Eigentum erwerbt, denn von diesem Augenblick an ist die Möglichkeit, einen Eigentumsanspruch einzuleiten, zumindest zivilrechtlich auszuschließen, weil beim Käufer die Eigenschaften des Besitzers und des zivilen Eigentümers zusammentreffen, obwohl das Grundstück nachher aufgrund einer *restitutio in integrum* dem Käufer entzogen wird. 13

6. Schließlich erscheint Seius vor dem Prätor und beantragt bei ihm einen Rechtsbehelf. Der Prätor entspricht seiner Bitte und findet eine auch auf Gerechtigkeitserwägungen basierende Lösung.¹⁹ Den Auslegungsfragen und -schwierigkeiten, die gerade hier auftreten, werden wir uns im folgenden zuwenden. 14

Als Ausgangspunkt ist dabei darauf aufmerksam zu machen, daß der Erwerber, der das Grundstück wegen eines auf ihn nicht zurückzuführenden Umstandes verliert, sich beim Prätor um eine sog. *stipulatio utilis de evictione* bewirbt. Der Prätor, der den Seius für schützenswert hält und der die Gerechtigkeit als sein Handeln inspirierenden Grundsatz anführt, hilft dem Seius mit dem *evictionem restituere*, was wörtlich mit "die Entwehrung (Eviktion) wiederherstellen" wiederangeben wäre. 15

Beim genauen Hinsehen ist es jedoch befremdlich, daß bei der Stelle vom Wort *stipulatio* anstatt von *actio* gebraucht gemacht wird. Aus verschiedenen Gründen liegt die Vermutung nahe, daß die Stelle entweder Unstimmigkeiten aufzeigt oder daß sie interpoliert worden ist. Erstens wird die beanspruchte Stipulation als *utilis* bezeichnet, obwohl die Quellen eigentlich sowohl den Klagen als auch den Interdikten immer dann das Merkmal *utilis* beimessen, wenn es sich entweder darum handelt, eine bestimmte Tatsache zu fingieren, die für die Erhebung der zugrundeliegenden Zivilklage vorausgesetzt wird; oder wenn die Interdikte nicht dem Eigentümer sondern anderen Personen verliehen werden.²⁰ 16

Zweitens entbehrt es der Logik, sich versprechen zu lassen, um gegen die Entwehrung zu gewährleisten, wenn die Sache, deren ungestörten Besitz abzusichern gilt, schon verloren worden ist. Tatsächlich sind die Gewährleistungsstipulationen während des Kaufs oder jedenfalls vor der vorgesehenen Begebenheit zu leisten. Letzten Endes sollten sie nicht *post evictionem* sondern *ante evictionem* geleistet werden. 17

Drittens verursacht auch eine große Verwirrung, daß der Käufer sich beim Prätor um eine Stipulation bewirbt. Eine mögliche Auslegung dafür könnte sein, daß es sich um eine prätorische Stipulation handele; trotzdem scheint es als unwahrscheinlich, weil diese Stipulationen nicht als außerordentliche Behelfe sondern als ergänzende Maßnahmen der 18

iurisdictio des Magistrats vom Prätor angeordnet werden, um die Lage einer der Prozeßparteien in Schutz zu nehmen oder die Verstärkung eines rechtlichen Verhältnisses zu gewährleisten.

Ebenso problematisch ist der letzte Absatz des Abschnittes. Es wird die "Wiederherstellung der Entwehrung" beim Prätor erstrebt, was sich mit der Bedeutung einer *restitutio* nicht vereinbaren läßt, da sich nur eine Rechtsposition, die bereits verloren ist, als Basis für die Wiederherstellung eignet. Dasselbe gilt für einen den Fordernden begünstigenden Zustand, der ihm aus einem vor ihm nicht zu verantwortenden Grund nicht mehr zugesprochen wird. Vorliegend erschiene ohnehin als widersprüchlich, daß jemand die Wiederherstellung eines beeinträchtigenden Zustandes, wie es bei der Entwehrung der Fall ist, beantragte. Dieser Schluß erscheint umso berechtigter, wenn man bei Lichte besehen feststellt, daß die Entwehrung nicht einmal eingetreten ist. 19

Eine umfassende Auseinandersetzung mit diesen wichtigsten Fragen, die unsere Stelle aufwirft, bietet LENEL.²¹ Nach Lenels Ansicht stellen die Ausdrücke *utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari* und *evictione restitui*, die die Kompilatoren seines Erachtens an diese Stelle setzten, baren Unsinn dar. Julian hätte nämlich anstelle der oben genannten Ausdrücke, *utilem actionem dari* und *auctoritatem restitui* schreiben müssen. LENEL pflichtet damit der These bei, daß es sich darum um eine Interpolation handelt. Was die angeblich von Julian festgestellte Eigenschaft der *auctoritatis actio* als *utilis* angeht, sei sie auf der Tatsache zurückzuführen, daß entweder die *auctoritas* durch den Ablauf der Ersitzungsfrist erlösche, oder das manzipierte Grundstück im konkreten Fall nicht *iure civili* abgestritten werde; anders ausgedrückt, das Recht, das durch die Manzipation gewährleistet sei, werde nicht bestritten. 20

Eine ähnliche Auslegung wird von ARANGIO-RUIZ²² vertreten, indem er bemerkt, daß die Stelle nur an Sinn gewinne, wenn man sich auf die *actio auctoritatis* berufe. Auch KASER²³ ist zu den Befürwortern dieser Auffassung zu zählen. Dieser letzte Autor pflichtet der Ansicht bei, daß der Ausdruck *utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari* keinen Sinn habe, so daß er an dieser Stelle anstatt des Ausdruckes *utilem actionem in Titium dari* der sich auf eine von Julian abgeschaffte Klage bezogen haben soll, von den Kompilatoren gesetzt worden sei. Ebenso habe der Ausdruck *evictionem restitui* keinen Sinn. Dementsprechend sprächen wichtige Gründe dafür, daß er als *auctoritatem restitui* wiederhergestellt werden müsse. Es habe sich also bei dieser Stelle um die *actio auctoritatis*, eine *actio pro auctoritate utilis*, wie ANKUM²⁴ ergänzend sie nennt, gehandelt. Die Erhebung dieser Klage setze nur voraus, daß dem letzten Käufer evinziert worden sei, wenn sich dieser auch noch mit der *actio Publiciana* helfen könne. 21

KUPISCH und ANKUM haben versucht die Bedeutung des Wortes *utilis*, das D. 21, 2, 39 pr verwendet, in D. 46, 3, 98 pr zu finden. KUPISCH²⁵ schlägt für D. 21, 2, 39 pr vor, daß dort eine Schuldklage gegen Seius, eine vom Richter verfügte *actio in factum*, dem Minderjährigen als *restitutio* verliehen sei. Deshalb müsse eine Klage mit der Beschaffenheit 22

von *utilis*, eine *actio auctoritatis utilis*, gegen den Verkäufer vom Erwerber erhoben werden, denn die Entwehrung beanspruche als Voraussetzung den Verlust der Kaufsache wegen einer Vindikationsklage. Die Analogie des Sachverhalts mit D. 46. 3. 98 pr und mit der *actio Fabiana* anführend, versucht dieser Autor seine Auffassung zu belegen.²⁶ ANKUM²⁷ ist der Meinung, daß die Verleihung einer zugunsten des späteren Erwerbers vorgesehenen *actio auctoritatis utilis* darauf beruht, daß die auf der *restitutio in integrum ob aetatem* basierende *rei vindicatio utilis* eine neue Klage (*actio nova in factum*) war, die vom Schiedsspruch des Prätors völlig abhing.

Gegen die Interpolationenauffassung sprach sich SARGENTI²⁸ aus. Obwohl er mit den 23
vorigen Autoren darin übereinstimmt, daß die genannten Ausdrücke unhaltbar seien, zieht er daraus nicht den Schluß, daß das urschriftliche *responsum* Julians *auctoritas* und *actio auctoritatis* wörtlich gelautet habe. Der Ausdruck *utilis de evictione stipulatio* könne ohne weiteres durch *utilis ex stipulatio actio* ersetzt werden und ebenso der Ausdruck *evictionem restitui* durch *actionem restitui*; damit würde sich die Umgestaltung der Stelle in Grenzen halten, denn nur Argumente aprioristischer Natur wären in der Lage, eine verschiedene Wiederherstellung aufzudrängen oder anzudeuten. KASER macht seinerseits darauf aufmerksam, daß selbst LENEL zugegeben hatte, daß die andere Abschnitten der Stelle nicht unbedingt als interpoliert zu beurteilen seien. Sie hätten sich im ursprünglichen Zusammenhang schon auf Rechtsmittel bezogen, die nicht die *actio auctoritatis* sind.

Eine andere Auffassung vertritt aber VALIÑO.²⁹ Obgleich er in übereinstimmung mit der 24
oben dargelegten Auffassungen es für richtig hält, daß der urschriftliche Ausdruck *actio ex stipulatu certi/incerti* lauten müsse, wird von ihm die Hypothese aufgestellt, daß die Echtheit des Ausdruckes *evictionem restitui* in Frage zu stellen sei. Nach VALIÑO ist es davon auszugehen, daß die Klage als *utilis* erteilt werden müsse, denn es lasse sich vermuten, daß man dabei fingierte, daß die Eviktion stattgefunden habe, da der Minderjährige das Grundstück *praetoria cognitione* wiedererlangt habe. Dessen ungeachtet ist er der Meinung, daß es noch eine weitere mögliche Auslegung dazu als vertretbar anzusehen sei. So führt VALIÑO aus, daß es denkbar sei, daß es dabei sich um eine der Kognitionsklagen handele, die Julian nach der Kodifikation des Edikts einrichten ließ.

Die Autoren sind sich zu Recht darüber einig, daß der Ausdruck *utilem sibi de evictione 25
stipulationem in Titium dari* entweder eine Interpolation oder eine fehlerhafte Transkription darstellt. Tatsächlich war niemals eine *utilis stipulatio* als eine Art der Stipulation vorhanden. Eine solche Annahme wäre unbegründet. Was der Zweitkäufer beim Prätor verlangte, muß eine *actio* gewesen sein (*postulatio actionis in aliquem apud praetorem*). Diese Klage wurde vom Zweitkäufer beim Prätor gegen seinen Verkäufer verlangt. Aber dieser Zweitkäufer konnte beim Prätor um keine unmittelbare Eviktionsklage erbitten, denn keine wahre Entwehrung hatte sich ereignet. Nun läßt sich dabei nur schwer von einer Art der *evictio praetoria* oder etwa von einer Entwehrung *lato sensu* sprechen, weil die Eviktion *stricto sensu* eine *ablatio rei auctoritate iudicis* als Vorbedingung erfordert,³⁰ d.h., der Verlust der Kaufsache muß durch ein in einem vindikatorischen Gerichtsverfahren ergangenes

Leistungsurteil verursacht worden sein;³¹ außerdem muß dieses Urteil vom Richter *non iniuria iudicantis sed iuris ratione* erlassen worden sein.³² Deshalb mußte der Zweitkäufer sich um eine *actio utilis* beim Prätor bemühen. Davon ausgehend, ist dem Schluß beizupflichten, daß das urschriftliche *responsum Julians utilem sibi de/pro evictione actionem in Titium dari* anstatt *utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari* lautete. Damit würde sich auch die Umgestaltung des Textes in Grenzen halten. Zur Unterstützung dieser Auslegung läßt sich die Stelle D. 21, 2, 66, 1 heranziehen, einen entsprechenden Sachverhalt aufweist.³³ In diesem Passus wird dem gutgläubigen Käufer eine *restitutio in integrum* vom Prätor gewährt, und ihm dann eine Aufhebungsklage (*rescissa usucapione*) verliehen. Diese Stelle hat mit D. 21, 2, 39 pr gemeinsam, daß der Verlust der Kaufsache kraft einer prätorischen Maßnahme stattfindet. Da eine wahre Entwehrung nicht eingetreten ist, gibt der Prätor dem Käufer eine fiktive Klage, wobei die Fiktion darin besteht, daß die Ersitzung nicht vollendet worden ist. Wörtlich heißt es in D. 21, 2, 66, 1: *actio utilis pro evictione competit*.

Was den Ausdruck *evictionem restitui* anbelangt, ermangelt dieser auch jegliches Sinnes. 26 Dem *responsum Julians* gemäß sollte dem Zweitkäufer die "Wiederherstellung" der Eviktion verliehen werden. Diese Entscheidung paßt zu der Bedeutung der *restitutio* nicht, denn die Entwehrung der Zustand kann nicht als früherer wiederhergestellt werden. Damit es möglich wäre, die Entwehrung des Zweitkäufers wiederzuerstellen, sollte die erste *restitutio in integrum ob aetatem* aufgehoben werden, da sie dem Zweitkäufer den Verlust der Kaufsache verursachte. Eine solche Lösung würde jedoch gekünstelt erscheinen und sich überhaupt als nicht praktisch erweisen. Deswegen muß die Echtheit dieses Ausdruckes abgelehnt werden.

Die von LENEL eingeführte Auffassung erweist sich aber als nicht stichhaltig genug. Dieser 27 Autor³⁴ und seine Anhänger³⁵ behaupten, daß der Ausdruck *evictionem restitui* eine unzweifelhafte Interpolation darstelle, und die Urschrift *auctoritatem restitui* sei. Diese Ansicht geht allerdings von einer unzutreffenden Voraussetzung aus: der Begriffsbildung der *auctoritas* als Defensionspflicht oder Gewährleistungspflicht und einer aus dieser Pflicht entspringende Klage, die *actio auctoritatis* genannt wurde.³⁶ Aber die Stelle könnte anders wiederhergestellt werden, ohne daß man jeder gesicherten Grundlage entbehrende Ausführungen vorbringen muß. Wenn es für selbstverständlich gehalten wird, daß der Prätor nach der angebrachten *postulatio actionis* dem Zweiterwerber eine *actio utilis pro evictione* gewährt hat, und der Jurist in übereinstimmung mit dieser Entscheidung Stellung nimmt, kann das *responsum Julians* nur folgendermaßen verstanden werden: nachdem der Zweiterwerber vom Prätor dazu aufgefordert worden ist, das Grundstück dem Minderjährigen zurückzuerstatten, gibt er diesem den Besitz der Kaufsache freiwillig ab (*ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit*). Anschließend stellt der Prätor zugunsten des Zweiterwerbers die *actio pro evictione* wieder her, d.h., der Prätor gibt dem gutgläubigen Zweiterwerber eine Klage, mit der dieser den Verkäufer wegen dessen Eviktionshaftung in Anspruch nehmen kann. In der Tat hatte der Zweiterwerber das Recht verloren, die Eviktionshaftung geltend zu machen, wenn der Verlust des Grundstückes nicht *iure civili*, sondern durch einen prätorischen Rechtsbehelf stattfand. Deswegen ist es die *actio* oder die *actio pro evictione*

anstatt der *evictio*, die der Prätor wirklich wiederherstellt. Der Prätor beschließt, *actionem pro evictione restituere*. Diese Lösung findet sich in D. 21, 2, 66, 1, wo die Wechselbeziehung zwischen *actio utilis pro evictione* und *actionem pro evictione restituere* auch zum Vorschein kommt. Es stellt sich so heraus, daß es zwei Interpolationen an D. 21, 2, 39 pr gibt und beide umstrittenen Ausdrücke sich auf dieselbe *actio utilis pro evictione* beziehen. Diese Klage muß aller Wahrscheinlichkeit nach -und dies im Einklang mit den anderen Paragraphen derselben Stelle-³⁷eine aus einer *stipulatio* hervorgehende *actio* oder vielleicht eine *actio empti utilis* gewesen sein.

Fußnoten:

- 1 Zu verweisen ist hier auf die Beiträge von ANKUM, L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique, in: J.E. Spruit (Hrsg.) *Maior viginti quinque annis*, 1979, S. 8 ff.; ARANGIO-RUIZ, La compravendita in diritto romano, Bd. 2, 1963, S. 323 ff.; BRUTTI, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, 1973, S. 2601; CALONGE, Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el derecho clásico romano, 1968, S. 107 ff.; CERVENCA, Studi vari sulla restitutio in integrum, 1960, S. 20 ff. und S. 47, Fn. 116; GIRARD, Mélanges de Droit romain, Bd. 2, 1923, 164 ff.; HARTKAMP, Die Drittwirkung der in integrum restitutio, in: A. Watson (Hrsg.) *Daube noster*, 1974, S. 138 ff.; KASER, Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf, in W.G. Becker/L. Schnorr (Hrsg.) *Fest. von Lübtow. Sein und Werden im Recht*, S. 481 ff.; KUPISCH, In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, 1974, S. 92 ff.; D'ORS, La acción del menor restituido, *AHDE* 49, 1979, S. 297 ff.; RAGGI, La restitutio nella cognitio extra ordinem, 1965, S. 60 ff.; SARGENTI, Per una revisione della nozione dell' auctoritas come effetto della mancipatio, in *St. Betti*, Bd. 4, 1962, S. 69 ff.; DERS., L'evizione nella compravendita in diritto romano, 1960, S. 72 ff.; SCARANO USSANI, L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano, 1987, S. 122 ff.
- 2 MOMMSEN-KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, 1889, S. 281. Das Fragment ist der Lenelschen Ausgabe des *Edictum Perpetuum*, (siehe auch Fn. 3)1927, § 290, de auctoritate, S. 544, entnommen.
- 3 Eine Inschrift von Puppit, *CIL III*, 8, 24094, enthält die unbestrittenen Grundlagen für die Forschung über Herkunft, Chronologie und Ämterlaufbahn des Juristen Julian. Dazu KUNKEL, Über Lebenszeit und Laufbahn des Juristen Julians, *IVRA* 1, 1950, S. 192 ff.
- 4 D. 40, 2, 5 (Iul. 42 dig.).
- 5 Über Lebenszeit und Laufbahn Julians siehe auch BUND, *Salvius Julianus, Leben und Werk*, *ANRW* 2. 15, 1976, S. 408 ff.; DERS., Il sapere di Salvio Giuliano, *LABEO* 35, 1989, S. 105 ff.; CASAVOLA, Giuliano secondo Triboniano, in: *Giuristi Adrianei*, 1980, S. 185 ff.; mit ausführlichen bibliographischen Nachweise zum Leben, Methode und Werke Julians, S. 295 ff.; CERAMI, Giuliano nel suo tempo, *LABEO* 35, 1989, S. 114 ff.; GUARINO, *Salvius Iulianus*, 1946. Profilo bibliografico, *LABEO* 10, S. 363 ff.; DERS., La formazione dell'editto perpetuo, *ANRW* 2. 13, 1980, S. 62 ff.; HONORÉ, Julian's circle, *TR*. 32, 1964, S. 1 ff.; KUNKEL, *aaO* (Fn. 3), S. 192 ff.; DERS., Über Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, in: *Forschungen zum römischen Recht*, 1952, S. 157 ff.; NÖRR, Drei Miscellen zur Lebensgeschichte des Juristen Salvius Julianus, in: *Daube noster*, *aaO.*, S. 233 ff.; ORESTANO, Giuliano Salvio, *NNDI* 7, 1961, S. 913 ff.; SCARANI USSANI, Caratteristiche delle persone e criteri giurisdizionali nell'età di Antonino Pio, *Ostraka* 1, 1992, S. 241 ff.; SEIDL, Wege zu Julian, in: *Fest. von Lübtow* (Fn. 1), S. 215 ff.; SESTON, Julien et le cursus publicus, in: *Scripta varia*, 1980, S. 159 ff. (= *REA* 45, 1943, 49 ff.).
- 6 LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Bd. 1, 1960, S. 318 ff.
- 7 Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.
- 8 MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 7 ff.
- 9 D. 4, 1 und C. 2, 21 ff.
- 10 Siehe D. 4, 4, 1, 1; D. 4, 4, 6; D. 4, 4, 7, 1; und D. 4, 4, 13, 1. Die Verleihung des prätorischen außerprozessualen Behelfs läßt uns aufgrund von D. 4, 4, 3, 4 erkennen, daß dem Minderjähriger die Rechtsfähigkeit zusteht. Dabei ist festzuhalten, daß er seiner Eigenschaft als Familienoberhaupt zum trotz doch als Pflegebefohlene auftritt.
- 11 ... *potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio...*

- 12 Dabei ist der Meinung D'ORS beizupflichten: D'ORS, aaO (Fn. 1) S. 297 ff.
- 13 Normalerweise zog derjenige, gegen den die *restitutio in integrum* gebeten worden war, vor, vor, die Sache von selbst zurückzuerstatten, um nicht beim *iudicium rescissorium* verurteilt zu werden. Deshalb unterscheidet die Stelle zwischen *cognitio praetoria* einerseits, die sich auf die spontane Erfüllung der prätorischen Aufforderung bezieht, und *actio rescissoria* andererseits. Diese Auslegung wird durch D. 21, 2, 39 pr bestätigt: Siehe CARRELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, Ann. Bari, 1938, S. 167 ff.
- 14 Zur Frage, bei welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen gegen diesen Dritterwerber mit auf einer *restitutio in integrum* basierenden Rechtsmitteln vorgegangen werden kann, siehe HARTKAMP, aaO. S. 132 ff.
- 15 Die Zahlungunfähigkeit des Erstkäufers ist von Ulpian angedeutet: D. 4, 4, 13, 1 *i.f.* (Ulp. 11 ed.).
- 16 Siehe dazu CERVENCA, aaO, (Fn. 1), S. 23, Fn. 49.
- 17 PRINGSHEIM, Subsidiarität und Insolvenz, SZ 41, 1920, S. 253 ff.
- 18 Vgl. HARTKAMP, aaO, S. 138 ff.
- 19 In D. 4, 4, 15 (Gai 4 *ed prov.*) wird vom Prätor auch dem zweiten Käufer ein Rechtsmittel erteilt: ... *posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit...*
- 20 Tatsächlich, immer wenn die Quellen sich auf eine *stipulatio utilis* oder *stipulatio utilis esse* beziehen, spielen sie auf keine Art der *stipulationes* an, sondern auf die Wirksamkeit oder die Gültigkeit der Stipulation. Auf diese Weise wird das Wort *utilis* in folgenden Stellen der Digesten gebraucht: 7, 9, 1, 5; 23, 4, 9; 39, 2, 39, 2; 41, 2, 28; 44, 7, 37 pr; 45, 1, 1, 5; 45, 1, 31; 45, 1, 38, 7; 45, 1, 38, 8; 45, 1, 64; 45, 1, 121, 1; 45, 1, 132 pr; 45, 1, 141, 9; und 45, 3, 11.
- 21 LENEL, *Das Edictum perpetuum*, S. 544 f.
- 22 ARANGIO-RUIZ, aaO, (Fn. 1), S. 348.
- 23 KASER, aaO, (Fn. 1), S. 481.
- 24 ANKUM, aaO, (Fn. 1), S. 10.
- 25 KUPISCH, aaO, (Fn. 1), S. 92 ff.
- 26 Gegen diese Auffassung hat D'ORS Stellung genommen. Siehe D'ORS, aaO, S. 297 ff.
- 27 ANKUM, aaO, (Fn. 1), S. 14 ff.
- 28 SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, aaO (Fn. 1), S. 69 f.
- 29 VALIÑO, *Actiones utiles*, 1974, S. 49.
- 30 In der Tat wird im D. 19, 1, 35 hervorgehoben, daß die bei einem Interdikt erlittene Niederlage weder technisch eine Entwehrung ist, noch durch sie die *stipulatio evictionis* in Kraft tritt. Andererseits gibt es in der *cognitio extra ordinem* keine Entwehrung, wenn Berufung gegen das Urteil, das den Verlust der Sache zur Folge hat, vom Besitzer eingelegt wird, bis das bestätigende Urteil ergangen ist (D. 2, 8, 15, 6). Auch wird der Verlust der Sache wegen eines Schiedspruchs (*sententia ex compromissum*) nicht als Entwehrung betrachtet (D. 21, 2, 56, 1). Der Verlust der Sache wegen eines Urteils wird also ausschließlich als Voraussetzung der Entwehrung bezeichnet.
- 31 Dabei gibt es eine genaue Übereinstimmung mit dem spanischen *Código civil*, dessen Artikel 1474 und 1480 jedenfalls ein rechtskräftiges Urteil und die Verurteilung den Verlust des Besitzes an der Sache erfordern ist. Dagegen ist das Urteil beim BGB nicht unerläßlich, damit die Entwehrung eintritt; es reicht, wenn der Käufer aus freien Stücken dem wahren Eigentümer die Sache zurückerstattet: § 440 (2): "... so kann der Käufer wegen des Rechtes eines Dritts, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache untergegangen ist".
- 32 D. 21, 2, 51 pr; FV. 8 und 10; und C. 8, 44, 8.
- 33 Es handelt sich um eine *restitutio in integrum ob absentiam*. D. 21, 2, 66, 1 lautet: *Si is qui rei publicae causa afuit fundum petat, utilis possessori pro evictione competit actio. Item si privatus a milite petat, eadem aequitas est emptori restituendae pro evictionis actionis.*
- 34 LENEL, *Das Edictum perpetuum*, S. 544 f.
- 35 Siehe Fn. 20 und 21.
- 36 Die Begriffsbildung der *auctoritas* als Gewährleistungspflicht und der *actio auctoritatis* als die aus dieser Pflicht entspringende Klage stößt nach meiner Meinung auf zwei unüberwindliche Hindernisse: erstens auf das vollkommene Stillschweigen der Quellen darüber und zweitens auf die Unvereinbarkeit dieser Auffassung der *auctoritas* als erste Gestalt der Eviktionshaftung mit Struktur und Zweck der Manzipation oder öffentlichen Übergabe. Siehe besonders SARGENTI, aaO, (Fn. 1), S. 69 ff.; DERS. aaO, (Fn. 1), S. 72 ff.; DERS., *La satisfatio secundum mancipium e la stipulatio habere licere nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita*

romana, BIDR 65, 1962, S. 151 ff.

37 Im Besonderen die Paragraphen 1 und 4.