



GERHARD THÜR

**OPERA OMNIA**<http://epub.oeaw.ac.at/gerhard-thuer>Nr. 10 (Aufsatz / *Essay*, 1972)**Justinians *Publiciana* und *directa „in rem“*****Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische  
Abteilung (ZRG RA) 89, 1972, 362–375**© Böhlau Verlag (Wien) mit freundlicher Genehmigung  
(<http://www.savigny-zeitschrift.com>)Schlagwörter: *Gai. inst. 4, 36; Iust. inst. 4, 6, 4 – Theophilus – rei vindicatio – in rem  
directa – Basilikenscholien**Key Words: Gai. inst. 4.36; Iust. inst. 4.6.4 – Theophilus – rei vindicatio – in rem directa –  
Basilica scholia*[gerhard.thuer@oeaw.ac.at](mailto:gerhard.thuer@oeaw.ac.at)<http://www.oeaw.ac.at/antike/index.php?id=292>Dieses Dokument darf ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt werden (Lizenz CC BY-NC-ND),  
gewerbliche Nutzung wird urheberrechtlich verfolgt.*This document is for scientific use only (license CC BY-NC-ND), commercial use of copyrighted material will be prosecuted.*

---

### Justinians *Publiciana* und *directa* „in rem“

Die *actio Publiciana* ist ein kunstvolles Gebilde, verständlich nur aus der aktionsrechtlichen Konzeption des römischen Formularprozesses. Sie ist der zivilen Eigentumsklage, der *rei vindicatio*, nachgebildet. Anders als in dieser beruft sich in der *ao. Publ.* der Kläger, der eine ihm abhanden gekommene Sache von einem beliebigen Besitzer herausverlangt, nicht auf sein ziviles Eigentum, sondern lediglich auf seinen verlorenen Ersitzungsbesitz. Die Formel, die vielleicht von dem Prätor Q. Publicius im Jahre 67 v. Chr. geschaffen wurde, fingiert in der *intentio* den Ablauf der Ersitzungsfrist, im übrigen entspricht der Formelwortlaut dem der *rei vind.*<sup>1)</sup> Um die ursprüngliche Funktion der *ao. Publ.* entspann sich neuerdings eine eingehende Diskussion<sup>2)</sup>, die hier jedoch nicht weiter aufzurollen ist. Das justinianische Recht kam dabei jedenfalls zu kurz, weil ein wesentlicher Teil der Quellen, die byzantinische Schulliteratur, nicht berücksichtigt wurde.

---

<sup>1)</sup> S. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup> (Leipzig 1927) 171; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I<sup>2</sup> (München 1971) 438f., mit älterer Lit.

<sup>2)</sup> F. B. J. Wubbe, *Res aliena pignori data* (Leiden 1960) 1/71; ders., *RIDA*<sup>3</sup> 8 (1961) 417/40; M. Kaser, *ZSSt.* 78 (1961) 173/220; F. Wieacker, *TR* 30 (1962) 58/76; F. Sturm, *RIDA*<sup>3</sup> 9 (1962) 357/416; R. Feenstra, *Mélanges Ph. Meylan* 1 (Lausanne 1963) 91/110; H. Kiefner, *ZSSt.* 81 (1964) 212/32.

Unbestrittenermaßen stand die *ao. Publ.* in klassischer Zeit einem Nichteigentümer als Sachverfolgungsklage in zwei Fällen zur Verfügung: es klagte, wer eine *res mancipi* bloß tradiert erhalten, oder wer eine beliebige Sache auf Grund einer *iusta causa* gutgläubig vom Nichteigentümer erworben hatte. Beide Male hätte der Kläger, wenn er den Besitz nicht verloren hätte, das *dominium ex iure Quiritium* durch *usucapio* erworben (Gai. 2, 40/4). Im Mittelpunkt der Diskussion um den Ausgangsfall der *ao. Publ.* stand die Frage, was der Kläger in den beiden klassischen Sachverfolgungsklagen jeweils zu beweisen hatte. Zweifellos schuf die *ao. Publ.* gegenüber der *rei vind.* durch ihre geringeren Voraussetzungen, nämlich lediglich des Beweises des Erwerbstitels und der Übergabe der Sache, eine Erleichterung für den Kläger. Deshalb könnte auch der zivile Eigentümer, bevor er sich auf den Ablauf der Ersitzungsfrist berufen konnte, zur Sachverfolgung die *ao. Publ.* vorgezogen haben. Denn in der *rei vind.* hätte er unter Umständen das Eigentum seiner Vormänner beweisen müssen. Jedoch weist Kiefner<sup>3)</sup> einleuchtend nach, daß dieser Vorteil der *ao. Publ.* durch die freiere richterliche Beweislastverteilung des hoch- und spätklassischen Formularprozesses ausgeglichen wurde. Von großer praktischer Bedeutung dürfte die *ao. Publ.* in jener Zeit also nicht mehr gewesen sein.

Die Vorteile der *ao. Publ.* müßten sich hingegen im nachklassischen Kognitionsverfahren voll ausgewirkt haben. Mit Verabsolutierung des Satzes *actor probare debet*<sup>4)</sup> war in der diokletianischen Zeit die ausschließliche Beweisführungslast dem Kläger aufgebürdet. Überraschenderweise findet sich aber in den Reskripten Diokletians keine Spur der *ao. Publ.*<sup>5)</sup>. Auch im westlichen Vulgarrecht bleibt sie verschwunden<sup>6)</sup>. In einem System, das die Grenzen zwischen Eigentum und Besitz sowie zwischen Ersitzung und Verjährung weitgehend fallen läßt, hat eine Klage, welche den Ablauf der Ersitzungsfrist fingiert, in der Tat keinen Platz mehr. Das Vulgarrecht verläßt darüber hinaus auch die klassische *actio in rem*: Dieser Ausdruck bezeichnet nicht mehr eine gegen jeden Dritten zulässige, auf einem dinglichen Recht beruhende Klage, sondern jede, auch gegen einen nur persönlich verpflichteten Schuldner gerichtete Klage auf Leistung einer Sache<sup>7)</sup>.

Demgegenüber ist für die Juristen Justinians die klassische Einteilung der Klagen in *actiones in rem* und solche *in personam* ein Grundpfeiler ihres dogmatischen Gebäudes<sup>8)</sup>. Außerdem wird die Ersitzung, die unabhängig vom Recht des Vormannes Eigentum verschafft, modifiziert wieder eingeführt. Justinian verlängert die kurzen, ein- oder zweijährigen Fristen des klassischen Rechts auf drei oder (mindestens) zehn Jahre, je nachdem, ob es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt (C 7, 31, 1; 531). Dabei knüpft aber das Prozeßrecht an die starre Beweislastverteilung Diokletians an<sup>9)</sup>. Unter solchen Umständen müßte

<sup>3)</sup> ZSSSt. 81, 229f.

<sup>4)</sup> D. Simon, Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß (München 1969) 149; D 22, 3, 21 (Marcian 6 inst.; nachkl.).

<sup>5)</sup> Kiefner, ZSSSt. 81, 230 N. 81.

<sup>6)</sup> Kaser, RP II (1959) 214.

<sup>7)</sup> E. Levy, West Roman Vulgar Law, The Law of Property (Philadelphia 1951) 226ff.

<sup>8)</sup> Levy, Prop. 239; Kaser, RP II 44; ders., Das römische Zivilprozeßrecht (München 1966) 468.

<sup>9)</sup> Simon, Unters. 156f.

der Eigentumsbeweis des Klägers in der *rei vind.* vollends zur „*probatio diabolica*“ geworden sein<sup>10</sup>). Aus diesen Gründen wäre geradezu eine Renaissance der *ao. Publ.* zu erwarten<sup>11</sup>).

Die folgenden Ausführungen sollen nun zeigen, daß die *ao. Publ.* dennoch nicht praktisch zum Leben erwachte, sondern Theorie der Schulgelehrten blieb. Dem Eigentümer wie dem Ersitzungsbesitzer stand nämlich zur Sachverfolgung eine einheitliche (*actio*) „*in rem*“ zur Verfügung, die unter gewissen Umständen von der Rechtsschule mit dem Etikett „*directa*“ bzw. „*Publiciana*“ versehen wurde. Dieses (durch den Wegfall des Formularprozesses übrigens keineswegs überraschende) Ergebnis wird aus dem bescheidenen papyrologischen Material, der justinianischen Gesetzgebung und ihrer Bearbeitung durch die byzantinischen Rechtsgelehrten gewonnen werden. Im Mittelpunkt des Interesses werden Inst. 4, 6, 4 und C 4, 19, 4 u. 12 stehen, interpretiert aus den Gedanken, die sich in der Paraphrase des Theophilos und den älteren Basilikenscholien niederschlugen.

Das stärkste Zeugnis für die Existenz der *ao. Publ.* in der Praxis wäre ein erhaltener Klage-*libellus*, welcher den Namen dieser *actio* nannte, wie das der *liber de actionibus* (§ 1) vorsieht. *Libelli* sind aber nur äußerst spärlich überliefert, die *ao. Publ.* kommt in ihnen nicht vor. Aus dem erhaltenen Material und den einschlägigen Konstitutionen schließt Simon, daß die schulmäßige Benennung der Klage weder von der Kaisergesetzgebung vorgeschrieben noch in der Praxis üblich war<sup>12</sup>). Für eine *ao. in rem* reichte sicher die genaue Bezeichnung des eingeklagten Gegenstandes aus<sup>13</sup>). Kennzeichnend für die Sachverfolgung war allenfalls die Verwendung des Verbums *ἐκδικεῖν* (*vindicare*). Am deutlichsten zeigt das P Lips 33 (= FIRA III<sup>2</sup>, Nr. 175) 14f.: Διόπερ παραγγέλλω ὑμῖν περ[ὶ] τῶν ὕποτε[τ]αγμένων πραγμάτων τὸ τρίτον ἐκδικῶν μέρος. . . Dieser *libellus* stammt zwar aus dem Jahre 368, doch dürfte ein nachjustinianisches, in P Monac 6 (583) überliefertes Urteil den Schluß auf eine entsprechende Formulierung des damals verwendeten *libellus*<sup>14</sup>) zulassen (Z. 33/5): ἔλεγεν (der Kläger) δὲ ἕτερα πάν[υ] πολλά πράγματα ἔν τε ἱματίοις καὶ χαλκώμασι καὶ γραμματείοις ἀποσπλῆσαι τὴν ἑαυτοῦ μητέρα, κάκεινα οὖν ἐξεδίκει ζητῶν ἀναλ[αβεῖν]. Festzuhalten bleibt, daß *ἐκδικεῖν* dem Sprachgebrauch der Praxis als Terminus der Sachverfolgung vertraut war<sup>15</sup>).

<sup>10</sup>) So Kiefner, ZSSSt. 81, 231.

<sup>11</sup>) Kaser, RP II 214: „Justinian stellt die *actio Publiciana* wieder her.“

<sup>12</sup>) Unters. 62; s. a. Kaser, RZ 468 N. 17 (anders RP II 45 N. 31). In einem demnächst erscheinenden griechischen Papyrus, BGU Inv. Nr. 21.789 (489 n. C.), auf den Herr Prof. Simon den Verf. freundlicherweise hinwies, ist nun jedoch die *editio* von gleich zwei *actiones* in schulmäßiger, lateinischer Terminologie (und Schrift) belegt.

<sup>13</sup>) S. die Konst. Diokletians aus 295, Cons. 5, 7; dazu Simon, Unters. 56f.

<sup>14</sup>) Ein *libellus* konnte natürlich nur dann vorliegen, wenn man die Urkunde mit den Herausgebern als Urteil, nicht aber als Schiedsspruch deutet, wie das neuerdings A. Schiller, St. Volterra 1 (Milano 1969) 476 (Lit. in Anm. 31) versucht; s. dagegen aber wieder Simon, RIDA<sup>3</sup> 18 (1971) 631 N. 30.

<sup>15</sup>) Zur Verwendung des Wortes *ἐκδικεῖν* in anderen Bedeutungen s. Preisigke-Kießling s. v.; das Bedeutungsfeld von *vindicare* im Vulgarrecht untersucht Levy, Prop. 210 ff. (Westen) und ZSSSt. 76 (1959) 6f. (Osten).

Nach diesem in der Hauptfrage negativen Befund ist das Augenmerk auf die justinianische Kodifikation und ihre zeitgenössische wissenschaftliche Bearbeitung zu lenken. Welchen Platz nimmt die *ao. Publ.* im Codex und in den Novellen Justinians ein? Dort müßte sich die praktische Bedeutung dieser Klage am ehesten spiegeln. Auffallenderweise wurde ein derartiger Titel in den Codex gar nicht aufgenommen<sup>16)</sup>, ja im ganzen Werk ist das Wort *Publiciana* nirgends erwähnt<sup>17)</sup>. Dasselbe gilt für die Novellen<sup>18)</sup>. Weder mit der schon erwähnten Neuregelung der Ersitzung, noch anlässlich der Abschaffung des *dominium ex iure Quiritium* (C 7, 25; 530/1) sah sich Justinian veranlaßt, zu der damit eng zusammenhängenden *ao. Publ.* Stellung zu nehmen. Man findet sie hingegen in den Institutionen und Digesten, und zwar dort, wo sie auf Grund der klassischen Vorlagen nicht zu umgehen war.

Es ist zu erwarten, daß Justinian seine Meinung in seinen Institutionen deutlicher ausgedrückt hat als in den Digesten. Die Institutionen (2, 6) folgen in der Behandlung der Ersitzung insoweit dem galianischen Vorbild, als sie über die Sachverfolgung des Ersitzenden kein Wort verlieren. Daß sich die Institutionenverfasser aber sehr wohl Gedanken über diese Frage gemacht haben, zeigt das letzte Fragment des Titels. Wer eine fremde Sache vom Fiskus oder vom Kaiser erwirbt, ist sofort vor Klagen des ehemals Berechtigten sicher und selbst zur Klage legitimiert (§ 14): *ut ... securi statim fiant et victores existant, sive conveniantur sive experiantur*<sup>19)</sup>. In den wortreichen Konstitutionen Zenons und Justinians (C 7, 37, 2 u. f.), auf welche diese Institutionenstelle ausdrücklich Bezug nimmt, ist zwar vom passiven Schutz des Erwerbers, nicht aber von dessen Sachverfolgung die Rede. Wäre die *ao. Publ.* von Justinian tatsächlich aktualisiert worden, hätte das wahrscheinlich im vorliegenden Institutionentitel zumindest in einer beiläufigen Bemerkung seinen Niederschlag gefunden.

Deutlicher als dieser weitere negative Befund spricht der positive. Die *ao. Publ.* wird im ganzen Institutionenwerk nur in 4, 6, 4 ausführlich behandelt<sup>20)</sup>. Besonders aufschlußreich ist hier der Vergleich einerseits mit Gaius und andererseits mit Theophilos. Allein die Paraphrase stellt den zur justinianischen Zeit einzig möglichen Anwendungsfall der *ao. Publ.* genau dar: Jemand ersitzt eine fremde

<sup>16)</sup> Darauf weist bereits Feenstra, *Mél. Meyl.* 1, 109, hin.

<sup>17)</sup> S. R. Mayr, *Vocabularium Codicis Iustiniani* (Prag 1923), der das Wort nirgends verzeichnet.

<sup>18)</sup> S. die ausführlichen Register von N. van der Wal, *Manuale Novellarum Iustiniani* (Groningen-Amsterdam 1964).

<sup>19)</sup> Ebenso Theophilos eod. (S. 137, 14; ed. C. Ferrini 1884): ... *εἴτε ἐνάγεται, εἴτε ἐνάγει* ...; § 14 geht wahrscheinlich auf die Institutionenverfasser selbst zurück, während für den Rest des Titels zumeist die Vorlage von Gai. inst., res cott. und Mod. inst. nachgewiesen ist; s. C. Ferrini, *Opere* 2 (Milano 1929) 362f. (aus 1901), und A. Zocco-Rosa, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia* 1 (Catania 1908) 297ff.

<sup>20)</sup> Erwähnt ist sie laut R. Ambrosino, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti* (Milano 1942), nur noch in § 31 h. t.; s. dazu sogl. Der Text von § 4 ist ohne uns bekannte Zwischenstufen aus Gai. 4, 36 umgeformt, Ferrini, *Op.* 2, 405; Zocco-Rosa, *Pal.* 2 (1911) 301. Die res cott. (Ferrini, 404) scheiden nach den Beobachtungen von F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961) 203, als Vorlage aus.

Sache und verliert den Besitz daran<sup>21</sup>). Gaius läßt aus begreiflichen Gründen den Anlaß der *usucapio* offen (4, 36): *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit*, und fährt fort: *nam quia non potest eam rem ex iure Quiritium suam esse intendere, . . .* Hier tragen die byzantinischen Quellen der geänderten Rechtslage ihrer Zeit, der Abschaffung des quiritischen Eigentums, Rechnung. Die Institutionen Justinians lehnen sich zunächst (unnötigerweise) an Gaius an (4, 6, 4): *Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis . . ., necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit*, fahren dann aber fort: *nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam*. Der noch eingehend zu betrachtende Schlußsatz lautet bei Theophilus (S. 418, 25/7): *τὴν directam in rem κατὰ τοῦ νεμομένου κινεῖν οὐ δύναμαι, πῶς γὰρ ὅποτε οὐκ usucapiteusa*. Nimmt man Justinian beim Wort, so erklärt er wegen des unbestimmten *nullam* alle denkbaren *actiones in rem* für ausgeschlossen. Doch lehrt Gaius, daß es sich hier ganz speziell um die *rei vind.* handelt. Darauf lassen auch die Worte *dominus* (Just.) und *usucapiteusa* (Theoph.) schließen. Die von Theophilus mit dem bestimmten Artikel angeführte „*ἡ . . . in rem*“ ist nämlich in Übereinstimmung mit der sogleich zu untersuchenden Terminologie seiner Zeit als Ersatz für den obsoleten Ausdruck *rei vind.* zu verstehen: Wer noch nicht ersessen hat, sagt Theophilus, dem steht die direkte Eigentumsklage nicht zu.

In den Scholien (der Basilikentext selbst steht hier nicht zur Diskussion) findet sich die Terminologie der Eigentumsklage von erstaunlicher Einheitlichkeit. Der in der byzantinischen Literatur häufig anzutreffende Terminus *in rem* hat gegenüber seinem klassischen Vorbild eine Bedeutungsverschiebung erfahren<sup>22</sup>). Damals wurde er als Gattungsbegriff verwendet und bezeichnete, modern ausgedrückt, die Dinglichkeit einer Klage<sup>23</sup>). Nun tritt der spezielle Gebrauch in der Form „*ἡ in rem*“ (*ἰν ῥέμ; ἰνῥέμ*) — stets ohne *actio* oder *ἀγωγή* stehend — in den Vordergrund. Dieser Ausdruck wird von der Schulliteratur in der Regel für die Eigentumsklage verwendet. Das zeigen Stellen, in welchen aus sachlichen<sup>24</sup>) oder

<sup>21</sup>) Theoph. 4, 6, 4 (S. 418, 20/5): *οἷον ἐξ εὐλόγου αἰτίας παραδέδωκός μοι ἀλλότριον πράγμα bona fide λαμβάνοντι ἢ πωλήσας τοῦτο ἢ δωρησάμενος . . . ἐδεόμην ἐγὼ τριετίας εἰς τὸ usucapiteῦσαι τότε τὸ πράγμα ἐνεμήθην αὐτὸ τυχὸν δύο ἐνιαυτούς. ἐξέπεσον αὐτοῦ κατὰ τινα τύχην*. (Fortsetzung s. o. im Text); zur Stelle s. Feenstra, *Mél. Meyl.* 1, 104 N. 83. Der Theophilus-Text ist noch in BS 560f. fast wörtlich zitiert.

<sup>22</sup>) Den vermehrten Gebrauch dieses Ausdrucks unter Justinian stellt schon Levy, *Prop.* 239, fest, allerdings ohne auf den nur aus den griechischen Quellen voll erfaßbaren Bedeutungswandel hinzuweisen.

<sup>23</sup>) Kaser, *RP I*<sup>2</sup> 224; zu eng faßt den Begriff E. Albertario, *Studi di diritto Romano* 4 (Milano 1946) 225f., s. u. N. 68.

<sup>24</sup>) Die byzantinische Literatur gebraucht für die meisten *actiones in rem* die klassischen Termini weiter, z. B. *ἡ (quasi) seruiανή* (Theoph. S. 434, 16ff.), *ἡ νερεδιπάτη πεπιτών* (BS 1360, 8; ähnl. BS 2572, 27). Die übliche Bezeichnung der Eigentumsklage lehnt sich in justinianischer Zeit (nicht aber im Text der Basiliken) jedoch nicht an die klassische *rei vind.* an, sondern lautet schlicht „*ἡ in rem*“, s. z. B. Theoph. S. 478, 6 und die Scholien der — nur als Beispiel herausgegriffenen — Titel D 6, 1; C 3, 32 (*de rei vind.*) und C 4, 19 (*de prob.*). Signifikant sind folgende Stellen: D 6, 1, 1 pr. (Ulp. 16 ed.) *actio singularum rerum petitionis*, B 15, 1, 1 *Ἡ ἰδική ἀγωγή*, BS 839, 4 . . . *καὶ οὕτως ἐπὶ ἐνὶ πράγματι κινεῖν νομιζέται τὴν ἰν ῥέμ* (ähnl. Kyrillos BS 840, 29); C 3, 32, 13 (293) *proprietas*

sprachlichen<sup>25)</sup> Gründen nur von der Eigentumsklage die Rede sein kann und nicht das Verbum *ἐκδικεῖν* gewählt wurde. Der zeitgemäße Sprachgebrauch ist auch bei der Komposition des Digestentitels *de rei vind.* (6, 1) berücksichtigt. Die Kompilatoren stellten dabei — sicher mit Absicht — Ulpian's Definition, mit welcher er die *rei vind.* von der *hereditatis petitio* abgrenzt, an die Spitze (1, 1 h. t.): *Quae specialis in rem actio locum habet . . .* Daß es ihnen weniger auf *specialis*, sondern mehr auf *in rem* ankam, zeigen die unter B 15, 1 überlieferten Scholien. Denn neben BS 888, 6 (aus P) . . . *διὰ τῆς σπελλιας (= σπεκιαλιας) ἰνὸρῆμ ἐκδικοῦμεν . . .* findet es Kyrillos nicht nötig, anlässlich der im selben Fragment erwähnten *vindicatio gregis* von der *ao. specialis* zu sprechen (BS 840, 29, aus II): *Δυνάμεθα διὰ τῆς ἰν ῥῆμ καὶ ἀγέλην ἐκδικεῖν*. Justinian gebraucht selbst manchmal<sup>26)</sup> „*ἡ in rem*“, wenn er die *rei vind.* meint, z. B. Nov. 61, 1, 1, (537): *οἵπερ καὶ αὐτὴν τὴν in rem . . . δεδώκασι*<sup>27)</sup>.

Weiters läßt sich allein aus dem Bedeutungswandel von (*ao.*) *in rem* die Institutionenstelle 4, 6, 31 plausibel erklären. Der Text führt Beispiele für *actiones arbitrariae* an: *sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur: in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur*<sup>28)</sup>. Die Institutionenverfasser waren hier offenbar um den Namen der Eigentumsklage verlegen. Ein Blick in das Vokabular zum Codex zeigt nämlich, daß die nominale Bezeichnung „*rei vind.*“ in der Kaisergesetzgebung mit Diokletian ihr Ende findet und selbst von Justinian — mit Ausnahme der Titelrubriken C 3, 32 und D 6, 1 — nicht mehr aufgegriffen wurde<sup>29)</sup>. Neben *in rem*

*causa*, B 15, 1, 93 *περὶ δεσποτείας ζήτησις*, BS 884, 11f. *ἡ IN REM* (s. a. Theodoros BS 886, 14); C 4, 19, 2 (215) *Possessiones . . . perseguere*, B 22, 1, 36 *ἡ περὶ πράγματος ἀγωγή*, BS 1359, 16 *ἡ ἰνὸρῆμ*.

<sup>25)</sup> Prüft man sämtliche vom VIR und von Mayr in den Digesten und im Codex nachgewiesenen Belegstellen für *rei vind.* in den Basiliken und deren Scholien durch, wird dieses Ergebnis bestätigt: D 47, 4, 1, 17 (Ulp. 38 ed.) *vind. rei*, B 60, 13, 1 *ἡ τὰ ἴδια ἐκδικοῦσα ἀγωγή*, Hb 5, 544 *ἡ ἰν ῥῆμ*; D 47, 3, 2 (Ulp. 42 Sab.) *rei vind.*, B 60, 12, 94 *σώζεται ἰν ῥῆμ* (ohne Artikell), Hb 5, 538 *ἡ ἰν ῥῆμ*. Ohne bzw. ohne einschlägige Scholien sind überliefert: D 6, 2, 7, 8 (Ulp. 16 ed.) *rei vind.*, B 15, 2, 7, 8 *ἡ ἐπὶ πράγμασι ἀγωγή*; D 10, 1, 1 (Paul. 23 ed.) *vind. rei*, B 58, 9, 1 *πράγματος ἐκδίκησις*; C 2, 4, 28, 1 (294) *rerum vind.*, B 11, 2, 45 *ἐὰν ἐκδικήσῃς τὰ πράγματα*; C 4, 27, 1, 1 (290) *rei vind.*, B 16, 9, 13 *περὶ πράγματος ἀγωγή*. Basilikenstellen zu D 18, 1, 35, 4 (Gai. 10 ed. prov.); 20, 6, 12, 1 (Paul. 5 resp.); 29, 3, 3 (Gai. 17 ed. prov.); C 4, 44, 10 (294); 4, 54, 3 u. 4 (Alex.) sind entweder nicht überliefert oder lassen die *rei vind.* entfallen.

<sup>26)</sup> Neben dem Terminus *ἐκδικεῖν*: Nov. 22; 24 (536); 22, 44, 6 (536); 131, 14, 1 (545); 136, 3 (535).

<sup>27)</sup> Ebenso in Nov. 91, 1 (539); 108, 2 (541); fragl. Ed. 7, 7 (542). Auch in lateinischen Konstitutionen ist der entsprechende Sprachgebrauch festzustellen, wie z. B. in C 5, 3, 15, 1 (319) *utilis in rem actio* (itp.?) — vgl. BS 1813, 19 *διὰ οὐτιλιας ἰνὸρῆμ* (Katapoda) — für die *vindicatio utilis*; s. Kaser, RP II 136 N. 18, 214 N. 35.

<sup>28)</sup> Theophilus S. 434, 13/20 bringt dieselben Beispiele, Gaius 4, 163, woran die Institutionenstelle sachlich anklingt, hingegen keine. Die unmittelbare Quelle von § 31 ist unbekannt. Zocco-Rosa, Pal. 2, 318f., weist mit Recht (s. o. N. 20) die *res cott.*, Ferrini, Op. 2, 408, zurück.

<sup>29)</sup> S. die o. N. 25 zitierten Beispiele. Alle fünf angeführten Codexstellen stammen aus dem 3. Jh.; die sieben Digestenstellen (Gaius, Ulpian, Paulus) lassen den Verdacht systematischer Interpolation durch Justinian gar nicht aufkommen. In seinen Institutionen findet sich *rei vind.* lt. Ambrosino nur ein einziges Mal,

(Inst. 4, 6, 31) in seiner generellen Bedeutung konnten die Byzantiner aber ihre spezielle (*ἡ*) *in rem* nicht hinsetzen, ohne das Latein ihrer klassischen Vorgänger zu vergewaltigen<sup>30</sup>). Sie ließen also aus stilistischen Gründen das wichtigste Beispiel einer Arbiträrklage, die *rei vind.*, zugunsten der im selben Titel (§ 4) schon erwähnten *ao. Publ.* unter den Tisch fallen.

Nach diesen Beobachtungen ist vor allem im Hinblick auf den Text der Paraphrase (*τὴν directam in rem*) auch das *nullam directam in rem actionem* Justinians (Inst. 4, 6, 4) als Umschreibung des überholten *Terminus rei vind.* zu verstehen. Steht dieser Satz trotz der Bedeutungsverengung von *in rem* mit der klassischen Terminologie wenigstens nicht im Widerspruch, so unterläuft den Institutionenverfassern im folgenden ein grober sprachlicher Schnitzer: *quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet*. Der Plural ist hier unangebracht; denn die zivilen *actiones in rem* umfassen mehr als nur die Eigentumsklage. Wieder führt Theophilus weiter (S. 418, 27f.): *αἱ γὰρ in rem ἐπενοήθησαν ἐπὶ τῷ . . . ἐκδικεῖν*. Der bestimmte Artikel weist auf die spezielle Bedeutung von *in rem*. Der Satz könnte deshalb am ehesten so gedeutet werden, daß die Verfasser durch den jedenfalls unpassenden Plural einen abstrakten Gedanken ausdrücken wollten<sup>31</sup>), nach dem Sachzusammenhang: mehrere Fälle von Eigentumsklagen.

Nachdem mit dem Versuch, den *Terminus in rem* zu klären, wovon der Zugang zur behandelten Institutionenstelle abhängt, etwas weiter auszuholen war, sollen nun die Ausführungen der Institutionenwerke zur Gestalt der *ao. Publ.* näher betrachtet werden. Gaius schreibt (4, 36): . . .  *fingitur, rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo*: (es folgt der Formelwortlaut). Nach den byzantinischen Texten soll der Prätor aus dem Gedanken der *φιλανθρωπία* (*durum erat, ἀπάνθρωπον*)<sup>32</sup>) folgendermaßen Abhilfe geschaffen haben (Inst. 4, 6, 4): . . .  *inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse et ita vindicat suam esse*. Theophilus übersetzt zunächst sinngemäß (S. 419, 2f.): . . .  *ἐφηῶεν ὁ praetor in rem ἀγωγὴν, ἣν κινῶν λέγω* . . . — dann folgt jedoch der Wortlaut einer an Gaius angelehnten Formel<sup>33</sup>).

und zwar im Titel *de emptione et venditione* (3, 23, 3a):  *utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori* (sc. der Verkäufer, wenn der verkaufte Sklave nach Vertragsschluß auf Gefahr des Käufers entläuft). Ähnlich lautet auch die nach P. P. Zanzucchi, *Vocabulario delle Istituzioni di Gaio* (Milano o. J.), ebenfalls einzige Stelle der gaianischen Institutionen, die jenen Ausdruck gebraucht (4, 8):  *nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit*. Beide Male ist *res* Objekt sowohl von *vindicatio* als auch von *condictio*. Daß sich die Byzantiner bei der Behandlung des Kaufes in der sachenrechtlichen Terminologie etwas gehen ließen, fällt angesichts der hierin sonst zu beobachtenden Konsequenz kaum ins Gewicht. Ganz korrekt bleibt hingegen Theophilus 3, 23, 3a (S. 355f.):  *τὴν in rem τὴν ἐπὶ τῇ ἐκδικήσει τοῦ πεπραμένου πράγματος καὶ τὸν condicticion* . . .

<sup>30</sup>) Behutsam setzen sie hingegen ihre „*ἡ in rem*“ (Theoph. S. 425, 18) als *haec in rem actio* in Inst. 4, 6, 14 an die Stelle des gaianischen *haec actio* (4, 4).

<sup>31</sup>) Ein ähnlicher Fall der Generalisierung eines Begriffes durch Gebrauch des Plurals ist *rerum vindicatio* in C 2, 4, 28, 1 (294).

<sup>32</sup>) S. dazu H. Hunger, *Prooimion, Elemente der byzantinischen Kaiseridee in den Arengen der Urkunden* (Wien 1964) 143.

<sup>33</sup>) Theoph. S. 419, 3/8: „*ἐπειδὴ τότε τὸ πράγμα ἐξ εὐλόγων αἰτίας, οἷον πράσεως δωρεᾶς προικός, ἐνεμόμην bona fide, ἔτρεχε δέ μοι usucarίων καὶ ἐν τῷ μεταξὺν πρὸ τέλους τῆς usucarίονος ἐξέπεσον, ὥσπερ usucarίτευσα, εἰ ἔδει τότε τὸ πράγμα τῆς ἐμῆς εἶναι δεσποτείας*.“

Es liegt auf der Hand, daß die Formel im Hinblick auf das Prozeßrecht Justinians als Anachronismus zu betrachten ist. Theophilus hängt hier offensichtlich klassizistischen Reminiszenzen nach, wie er z. B. in 1, 5, 4 gegen den ausdrücklichen Willen Justinians (Inst. 1, 5, 3) weiterhin zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentum unterscheidet (vgl. Gai. 1, 17). Am meisten fällt an der hier zu besprechenden Stelle auf, daß Theophilus in *πλάττεται ἐαυτὸν usucapiteυκέναι* (S. 418, 20) und im Irrealis am Ende der Formel, *ὡσαυεὶ usucapiteυσα* (S. 419, 6f.), die von Gaius beschriebene Fiktion aufrecht erhält. Weiters vermeidet er nun die Übersetzung des *vindicat*, obwohl er im Satz vorher *vindicet* getreulich mit *ἐκδικεῖν* wiedergegeben hat. Statt dessen bezeichnet er die vom Prätor geschaffene Klage im generellen, klassischen Sinn als eine *ao. in rem*, wobei er *in rem* ausnahmsweise mit *ἀγωγή* verbindet und ohne Artikel gebraucht (s. a. Theoph. 4, 6, 1; S. 415, 4). Konnte die Paraphrase bei der Untersuchung des Ausdruckes *in rem* zum Verständnis des lateinischen Institutionentextes beitragen, so versagt sie also in der Frage nach dem justinianischen Konzept der *ao. Publ.* Aufschlußreich ist immerhin der Kontrast zwischen den beiden byzantinischen Schriften. Weil die Abweichungen des Theophilus unschwer als Klassizismen zu erkennen sind, gewinnt die Institutionenstelle an Aussagewert für die damals aktuelle Rechtslage.

Justinian bringt die von Gaius überlieferte, diffizile Formel in eine denkbar einfache Fassung: Der Kläger behauptet (*dicit*), er habe die verlorene Sache ersessen, und vindiziert sie. Das Vindizieren könnte in der Praxis so vorgenommen worden sein, daß der Kläger — wie es oben auf Grund des papyrologischen Befundes für die Eigentumsklage vermutet wurde — neben der Sachbezeichnung das Wort *ἐκδικεῖν* in seinen *libellus* aufnahm. Die Behauptung der Ersitzung gehörte aber sicher bereits in seinen Sachvortrag in der *προκάταρξις* (*litis contestatio*)<sup>34</sup>). Es wäre falsch, das *usu cepisse* in § 4 entsprechend den gleichlautenden Worten in § 3 mit einem *quasi* zu versehen oder es auch nur so zu verstehen. Justinian läßt vielmehr die Fiktion seines gaianischen Vorbildes an dieser entscheidenden Stelle mit voller Absicht fallen<sup>35</sup>). Wie kann aber ein *necdum dominus* (§ 4) als Kläger behaupten, *se usu cepisse*? Der Widerspruch löst sich auf, wenn man nicht „er habe ersessen“ übersetzt, sondern „er habe zu ersitzen begonnen“<sup>36</sup>). Der Kläger braucht sich also, um die Voraussetzungen der *ao. Publ.* zu erfüllen, nur auf seinen Titel und den (verlorenen) Besitz zu berufen. Von der Ersitzungszeit muß nicht mehr gesprochen werden.

<sup>34</sup>) S. dazu Simon, Unters. 16f.

<sup>35</sup>) Ein ähnliches Beispiel, in welchem die Fiktion der *ao. Publ.* möglicherweise von byzantinischen Gelehrten gestrichen wurde, ist D 21, 2, 16, 2 (Pomp. 9 Sab.): *Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit, cum <si anno eum possedissem> meus factus non esset, an tum cum meus factus esset*; s. dazu Lenel, Pal. 559, und ausführlich D. Medicus, *Id quod interest* (Köln-Graz 1962) 114ff. Der stehengebliebene Text ist zwar nach der klassischen Eigentumskonzeption sinnlos, nach der justinianischen (s. dazu sogl.) aber durchaus zu verstehen. Scholien oder Basilikentext sind zu dieser Stelle leider nicht erhalten.

<sup>36</sup>) Zur ingressiven Funktion des Perfekts, die griechischer Denkweise sehr nahesteht, s. J. B. Hofmann — A. Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik* (München 1965) 318. Diese Deutung kann sich auch auf den Mittelteil der von Theophilus wiedergegebenen Formel stützen (S. 419, 5f.): *ἔτροσεχε δέ μοι usucapίων . . .* In klassischer Zeit wird die Ersitzungslage mit dem Imperfekt ausgedrückt, vgl. D 41, 4, 2, 17 (Paul. 54 ed.).

Im folgenden soll nun gezeigt werden, daß sich diese Klage in ihren Voraussetzungen in keiner Weise von der justinianischen Eigentumsklage unterscheidet. Dabei ist zunächst auf den Ablauf und den Gegenstand des Beweisverfahrens im Eigentumsprozeß einzugehen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des justinianischen Zivilprozeßrechts<sup>37)</sup> wird auch im Eigentumsstreit zunächst über die *intentio* des Klägers verhandelt und Beweis erhoben<sup>38)</sup>, dann über die *responsio* des Beklagten. Entkräftet der Beklagte die vom Kläger in einzelnen Stationen<sup>39)</sup> vorgelegten Beweismittel, geht er frei, ohne selbst das Thema seiner *responsio* beweisen zu müssen<sup>40)</sup>. Andernfalls hat er seinen Erwerbstitel<sup>41)</sup> bzw. die vorher angemeldete<sup>42)</sup> *praescriptio temporis* zu beweisen. Beruft sich der Beklagte aber, nachdem er die Beweismittel des Klägers nicht entkräften konnte, nun auf ein von diesem abgeleitetes Recht, die Sache zu behalten (z. B. als Pfand), wird er für die Mühen, die er dem Gegner durch sein Bestreiten verursacht hat, damit bestraft, daß er vorläufig den Besitz an den Kläger verliert (Nov. 18, 10; 536)<sup>43)</sup>.

Das Thema, welches der Kläger zu beweisen hatte, wird in den Quellen teils umschrieben<sup>44)</sup>, teils schlicht das Eigentum genannt<sup>45)</sup>. Nach herrschender Lehre<sup>46)</sup> heißt das, daß der Kläger behaupten mußte, Eigentümer zu sein, und den Beweis hierfür, wenn er noch nicht ersessen hatte, durch die Kette seiner Vormänner bis zu einem originären Erwerbsgrund anzutreten hatte. Es kann nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein, die Geschichte dieser sogenannten „*probatio diabolica*“ zu verfolgen, die die mittelalterliche und neuzeitliche Jurisprudenz aus den Quellen des Corpus Iuris abgeleitet hat. Hier soll lediglich versucht werden, diejenigen Quellen in das rechte Licht zu rücken, auf welche sich in jener Diskussion die gegenteilige Meinung stützte: für die *rei vind.* genüge der Beweis von Erwerbstitel und Besitz<sup>47)</sup>. Diese Stellen sind nicht den Titeln *de rei vind.* (C 3, 32; D 6, 1) entnommen, sondern dem Codextitel *de probationibus* (C 4, 19). Dort kommen nämlich nicht nur die formalen Probleme des Beweisrechts zur Sprache, sondern es werden auch die Themen genannt, welche die Parteien in ihren Prozeßabschnitten zu beweisen hatten. Hingegen schenken die klassischen römischen Juristen diesen

<sup>37)</sup> Vgl. Simon, Unters. 20f.; Kaser, RZ 488.

<sup>38)</sup> Nov. 18, 10 (536).

<sup>39)</sup> Simon, Unters. 157, 352.

<sup>40)</sup> C 8, 35, 9 (294); 3, 32, 28 (294); 4, 19, 2 (215); 2, 1, 4 (212); s. dazu E. Levy, IVRA 3 (1952) 177.

<sup>41)</sup> Diesen Schluß zieht B 22, 1, 50 aus C 4, 19, 16 (294), s. dazu u. N. 60.

<sup>42)</sup> C 7, 33, 9 (294); s. Simon, Unters. 98 u. 150.

<sup>43)</sup> S. Van der Wal, Manuale 136 N. 2.

<sup>44)</sup> Mit Wendungen wie *suam impleverit intentionem* C 7, 33, 9 (294); C 3, 32, 28 (294); ähnl. C 4, 19, 16 (294). Nur von der *probatio* des Klägers, ohne deren Thema zu erwähnen, sprechen C 2, 1, 4 (212) und C 8, 35, 9 (294).

<sup>45)</sup> Nov. 18, 10 (536) *δειχθῆναι τὰ πράγματα ἐκείνου καθεστάναι*; Inst. 4, 15, 4 *suam esse probare*; Theodoros BS 1359, 16 *δεικνόντος ἴδιον εἶναι τὸ πρᾶγμα* (s. dazu Simon, Unters. 160f.).

<sup>46)</sup> Kaser, RP II 211 N. 14; Kiefner, ZSSSt. 81 (1964) 218.

<sup>47)</sup> Die reiche Literatur der Pandektistik dokumentieren Kiefner, ZSSSt. 79 (1962) 288 N. 192f. und Sturm, RIDA<sup>3</sup> 9 (1962) 364 N. 17 u. 369 N. 27/9. S. daraus A. F. J. Thibaut, AcP 6 (1823) 314.319/23; A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten I<sup>3</sup> (1884) 652f.

Fragen auf Grund der freien Beweislastverteilung und -würdigung des *iudex privatus* im Formularprozeß begrifflicherweise kein Interesse<sup>48)</sup>.

Zwei Fälle sind überliefert, in welchen allein auf den Beweis des Erwerbstitels abgestellt wird, C 4, 19, 4 (222) und 12 (293). Beide Konstitutionen sehen von der Vorlage der Kaufurkunde ab und begnügen sich mit anderen Beweismitteln. Kiefner<sup>49)</sup> sieht als wahrscheinlichsten Anlaß für *lex 4*<sup>50)</sup> — insoweit in Übereinstimmung mit den hiezu überlieferten Basilikenscholien (BS 1361) — eine Eigentumsklage. Die weitere, auf den Ausdruck *proprietatis dominium* gestützte Beobachtung Kiefners, im Anlaßfall habe ein Erbschaftskäufer gegen einen Legatar, dem ein *ususfructus* am Nachlaß eingeräumt war, prozessiert, mag allenfalls für die Severerzeit erklären, warum im Prozeß das von beiden Parteien unbestrittene Eigentum des gemeinsamen Vormannes, des Erblassers, nicht zu beweisen war. In der justinianischen Kompilation ist jedoch jede Erinnerung an diesen Sonderfall getilgt. Theodoros spricht ganz allgemein vom Eigentumsbeweis, der auf jene Weise zu führen sei (BS 1361, 26f.): ... *ἡ δεσποτεία δείκνυται* und zwar, wie das Interlinearscholion zeigt, auch aus anderen Titeln (BS 1361, 31f.): *ἀπὸ δωρεᾶς, ληγάτου, ἐναλλαγῆς, ἀγορασίας, πράσεως καὶ ἄλλων πολλῶν αἰτιῶν*. Nach dem justinianischen Prozeßrecht hätte sich auch ein verklagter Usufruktuar in der *προκάταξις* noch gar nicht auf sein Recht berufen müssen, sondern er hätte etwa im Vertrauen darauf, daß dem Kläger der Beweis — vielleicht aus formalen Gründen — mißlingen werde, damit zuwarten können (allerdings unter dem Risiko, den Besitz vorläufig zu verlieren; Nov. 18, 10). Insofern hätte der Prozeß im Abschnitt des Klägers trotz des gemeinsamen Vormannes keine Besonderheit geboten.

Kiefner<sup>51)</sup> sucht *lex 12*<sup>52)</sup> damit auszuräumen, daß er die kaiserliche Antwort nicht auf den Beweis des Klägers der *rei vind.*, sondern auf den des Beklagten bezieht, der sich mit der *exceptio rei venditae et traditae* verteidigt. In der Tat sind die Partierollen aus dem Text nicht unmittelbar ersichtlich, so daß diese Deutung für die Zeit Diokletians manches für sich hat. Wiederum zeigt aber die byzantinische Literatur die geänderte Position Justinians. Die Basilikenscholien überliefern noch eine Katapoda-Übersetzung der Konstitution. Hierauf folgt eine höchst aufschlußreiche Bemerkung (BS 1367, 1/3): *Θεμάτισον δέ, ὅτι τὴν ἰνρῆμ ἐκίνει· εἰ γὰρ ἡ ἐξέμπτω ἐκινεῖτο ...* Der Konstitution liege der Fall einer Eigentumsklage zugrunde, die Kaufklage verfolge jedoch vor *traditio* dasselbe Ziel: den Besitz zu erlangen. Selbstverständlich ist unter diesen Umständen beidemale nur vom Beweis des Klägers die Rede. Erst die Basiliken lösen die Aussage aus dem Zusammenhang mit der Sachverfolgung und stellen den noch allgemeineren Satz auf: „Der Kauf

<sup>48)</sup> S. Kiefner, ZSSSt. 81, 219f.

<sup>49)</sup> ZSSSt. 81, 217 u. N. 25.

<sup>50)</sup> C 4, 19, 4 Imp. Alexander A. Avito. *Proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed ex quibuscumque aliis legitimis probationibus ostenditur*. Ähnl. B 22, 1, 38 *Ἡ δεσποτεία ... δείκνυται..*

<sup>51)</sup> ZSSSt. 81, 215f. u. ebda. 79 (1962) 263f.

<sup>52)</sup> C 4, 19, 12 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Chroniae. *Cum res non instrumentis geratur, sed in haec gestae rei testimonium conferatur, factam emptionem et in vacuum possessionem introductum patrem tuum pretiumque numeratum quibus potes iure proditis probationibus docere debes*. Verkürzt B 22, 1, 46 *Ἡ προᾶσις καὶ ἡ ἀγορασία δύναται καὶ ἀγράφως συστῆναι*. S. dazu D. Nörr, Byzantinische Forschungen 1 (1966) 233f.

kann auch nichtschriftlich bewiesen werden.“ Ansatzpunkt zu dieser Abstraktion war aber nicht die von Kiefner angenommene *exceptio rei venditae et traditae*, sondern die von außen herangetragene *ao. empti*. Beide Konstitutionen behandeln also in der justinianischen Kompilation Fälle von Eigentumsprozessen, in welchen nur der Titelbeweis verlangt wurde.

In der gesamten römischen Rechtsliteratur wird kein einziges Mal der Beweis durch die Erwerbberkette bis zu einem originären Erwerbsgrund ausdrücklich gefordert. Kiefner<sup>53)</sup> sucht diesen negativen Befund damit zu entkräften, daß die klassische Eigentumsvorstellung diese Konsequenz mit „rechtslogischer Notwendigkeit“ nach sich gezogen habe. Für das justinianische Recht ist jedoch einer solchen Folgerung gegenüber größte Vorsicht am Platze. Ein derartiger Eigentumsbeweis wäre nämlich einerseits durch die verlängerten Ersitzungsfristen und andererseits durch die prozessualen Vorschriften bezüglich des Urkunden- und Zeugenbeweises<sup>54)</sup>, die für Schikanen des Beklagten reichlich Angriffsfläche boten<sup>55)</sup>, in den meisten Fällen praktisch unmöglich geworden. Mit höchster Wahrscheinlichkeit hätte Justinian in kaiserlicher *φιλανθρωπία*<sup>56)</sup> den Schwierigkeiten der Kläger dadurch Abhilfe geschaffen, daß er für die hinteren Glieder der Erwerbberkette Beweiserleichterungen eingeführt — oder zumindest auf die *ao. Publ.* verwiesen hätte. Doch von jenen Schwierigkeiten ist nirgends die Rede. Das „*sane durum erat eo casu deficere actionem*“ (Inst. 4, 6, 4) bezieht sich nur auf die mangelnde Aktivlegitimation des Ersitzenden zur Eigentumsklage, nicht aber auf die Beweislage des Eigentümers. Diese Beobachtungen bestätigen die eben entwickelte Annahme, Justinian habe in bewußtem Gegensatz zur klassischen *rei vind.* vom Kläger seiner „*ἡ in rem*“ nur noch den Beweis des Erwerbsgeschäftes verlangt<sup>57)</sup>. Folglich sind diejenigen Stellen, welche vom Beweis des Eigentums sprechen<sup>58)</sup>, für das justinianische Recht in diesem Sinn zu verstehen. Die immer noch beträchtlichen prozessualen Schwierigkeiten des Titelbeweises mögen hingereicht haben, um in der *contentio de ipsa possessione* (Inst. 4, 15, 4) gegenüber der „*ἡ in rem*“ (Theoph. S. 478, 6) einen entscheidenden Vorteil zu sehen<sup>59)</sup>.

Kommt es also nach Justinian im Eigentumsstreit nicht auf die Beweiskette bis zum originären Eigentumserwerb durch einen Vormann an, kann dennoch auf beiden Seiten der Beweis aus dem Erwerb des Vormannes erforderlich sein. Der Beklagte kommt in diese Lage, wenn ihm sein Verkäufer wegen Eviktion haftet. Dieser muß, wie zwei Randscholien zu *de prob.* 16 unter Hinweis auf C 4, 48, 1 (223) festhalten, dem verklagten Käufer auf dessen *denuntiatio* (*παραγγέλλειν*;

<sup>53)</sup> ZSSSt. 81, 214.

<sup>54)</sup> Vor allem die *impositio fidei* der Urkunde und die notwendige Zahl von zwei Zeugen, s. dazu Simon, Unters. 289 u. 259.

<sup>55)</sup> Simon, Unters. 354.

<sup>56)</sup> Er bemüht sie im Sachenrecht z. B. in C 7, 31, 1 pr. (531) *nihil inhumanius* und Nov. 18, 10 (536) *φιλανθρωπος ποιῆ*.

<sup>57)</sup> Kaser, RP II 211: „Justinian stellt den klassischen Begriff der *rei vindictio* wieder her“ (s. a. Kiefner, ZSSSt. 81, 215) kann deshalb nicht gefolgt werden. Levy, Prop. 238f. spricht in diesem Zusammenhang lediglich von einer Wiederherstellung des klassischen Begriffspaares *ao. in rem* und *in personam*.

<sup>58)</sup> S. o. N. 45.

<sup>59)</sup> Diese Stelle vermag folglich den Schluß auf die „*probatio diabolica*“, Kiefner, ZSSSt. 81, 231, für das justinianische Recht nicht zu tragen.

BS 1369 Nr. 2 u. 3) hin im Prozeß beistehen. Für die Klägerseite findet sich hingegen nur ein bescheidenes Beispiel: In der oben behandelten Konstitution C 4, 19 12 beweist der Sohn nicht seinen Erwerb vom Vater (wohl aus Erbschaft), sondern den Kauf durch seinen Vater. Es stand den Parteien offenbar frei, wie weit sie mit dem Beweis des Erwerbes zurückgingen. Sobald dem Kläger jedoch der Beweis für einen Erwerbsakt gelungen war, kam der Beklagte mit dem Beweis seines Titels an die Reihe. Den Sieg trug der relativ bessere Titel davon<sup>60</sup>).

In einem derartigen Konzept des Eigentumsstreites hatte die klassische *ao. Publ.* ihre Funktion verloren. Eine Umdeutung als Anspruch mußte deshalb scheitern, weil kein vom Eigentum verschiedenes materielles Recht hinter ihr stand<sup>61</sup>). Dennoch war es den byzantinischen Gelehrten gelungen, diese Klage zu retten. Daß die Institutionenverfasser in 4, 6, 4 ganz konsequent die durch die Formeltechnik bedingte Fiktion des Fristablaufes fallen gelassen hatten, wurde bereits oben dargelegt. Der Schlußsatz jener Institutionenstelle gibt noch weitere Auskunft darüber, wie die Byzantiner die in den klassischen Quellen vorgefundene *ao. Publ.* in ihre Dogmatik der Sachverfolgung einordneten. Die Institutionen lauten ganz unverfänglich (4, 6, 4): *quae actio Publiciana appellatur . . .*, dazu aber Theophilus (S. 419, 8): *λέγεται δὲ αὕτη ἢ in rem publicianή, . . .* Hiermit im Zusammenhang stehen Theophilus' Worte am Beginn der Stelle (S. 418, 25f.): *τὴν directan in rem . . .* „*H in rem*“ ist hier als Oberbegriff für zwei *species* zu verstehen. Nach der byzantinischen Terminologie sind das die direkte und die publizianische Eigentumsklage. Daß „*ἢ in rem*“ in diesem Begriffspaar, das nur in unmittelbarer Anlehnung an klassische, von der *ao. Publ.* handelnde Stellen auftritt, nicht mehr die generelle Bedeutung „dingliche Klage“ haben kann, zeigen die Scholien zum Digestentitel 6, 2 (B 15, 2). Häufig wird dort *Πουβλικιανή* ohne weiteren Zusatz gebraucht<sup>62</sup>),

<sup>60</sup>) Inst. 4, 15, 4 *propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petiorem iudicari solet*. Theoph. 478, 17/9: *διὸ ἦνικα ἀδηλὸν ἐστὶ πότερον ὁ ἐνάγων ἢ ὁ ἐναγόμενος ἐστὶ δεσπότης ὑπὲρ τοῦ νέου ἐκφέρεται ἢ ἀπόφασις* (ohne Vorbild in Gaius 4, 148). Durch *propter quam causam* (nicht *propterea quod*) und *διὸ* (nicht *γάρ*) ist ausgedrückt, daß nun gegenüber dem eben behandelten Fall, daß dem Kläger bereits der Beweis seiner *intentio* mißlingt, ein neuer Gedanke, ein neues *commodum possidendi*, aufgegriffen wird. Es ist von den Rechten beider die Rede. Deshalb wird nun der Fall behandelt, daß über diese Rechte Beweis erhoben wurde, jedoch der Titel keiner der Parteien für besser befunden werden kann, die *iura* sind *obscura*. In diesem Fall „pflegt“ — wie die Aufnahme des Fragmentes D 6, 2, 9, 4 (Ulp. 16 ed.) in den von der Sachverfolgung handelnden Titel zeigt — das *commodum possidendi* einzutreten. Die gegenteilige Lösung, D. 19, 1, 31, 2 (Nerat. 3 membr.), findet sich hingegen im Titel *de actionibus empti venditi*; s. zu beiden Stellen Kaser, ZSSSt. 78 (1961) 188f. Am deutlichsten zeigt die Relativität des Verfahrens schließlich B 22, 1, 50 ‘*Ὁ ἐνάγων περὶ δεσποτείας βαρεῖται τῇ ἀποδείξει, καὶ ὁ ἐναγόμενος μετὰ τὴν τοῦ ἐνάγοντος ἀπόδειξιν λέγων ἑαυτὸν ἐξ ἐτέρας αἰτίας εἶναι δεσπότην ἀναγκάζεται τὴν αἰτίαν ἐκείνην . . . ἀποδείξει*. Die Verfasser des Textes erkennen völlig richtig die hinter C 4, 19, 16 (294) stehende Regel, während Theodoros und Thalelaios (BS 1359, 23; 1361, 7) in der Codexstelle fälschlich eine Ausnahmebestimmung erblicken, s. dazu Kiefner, ZSSSt. 79, 240; Simon, Unters. 160 u. 163.

<sup>61</sup>) Kiefner, ZSSSt. 81, 230 N. 81, deckt die Wurzel dieser Entwicklung bei Diokletian auf.

<sup>62</sup>) Zum Beispiel BS 895, 5.20.28.33 und oft.

fünfmal steht *Πουβλικιανή ἰν ῥέμ*<sup>63</sup>). Am interessantesten sind aber drei Stellen, in welchen (wie bei Theophilus) die „direkte“ und die „publizianische“ Klage miteinander in Beziehung gebracht werden. Stephanos schreibt zu D 6, 2, 11 (BS 898, 26/9): *Εἰ δὲ δεσπότην ἑαυτὸν νομίζει, διρέκταν κινεῖ πάντως ἰν ῥέμ. Κινεῖ οὖν τὴν διρέκταν. Ἀντιτιθεμένης ... <παραγραφῆς> ... ἀμείβει τὴν ἀγωγήν καὶ [ἀντὶ ταύτης προτίθ]εται Πουβλικιανήν. Ebenso (BS 899, 7f.): ... καὶ διρέκταν εἰκότως ἐκίνουν ἰν ῥέμ καὶ οὐ Πουβλικιανήν. Der liebevoll ausgemalte Schulfall D 6, 2, 11, 2/5 vom *partus ancillae furtivae* und dem *ex partu partus* ist ebenso wirklichkeitsfremd wie die Klageänderung bei materieller Betrachtung des Falles unnötig.*

Den deutlichsten Beleg dafür, daß beide Klagen auf denselben Voraussetzungen fußen und unter den unklassischen Oberbegriff „*ἢ in rem*“ fallen, bietet aber BS 902, 4/7 zu D 6, 2, 13. Hier ist allerdings der Ergänzungsvorschlag von Scheltema-Holwerda geringfügig zu ändern: ... (*lacuna*) καὶ κινουῦμ[εν] Πο[υβλικιανήν] [ἦ]<sup>64</sup> διρέκταν ἰν ῥέμ ἐκ τούτων αὐτῶν τῶν αἰτιῶν. οἷον ἀπὸ πράσεως ἢ δωρεᾶς, οὐ μὴν ἀπὸ παραθήκης ἢ χρήσεως ἢ μισθώσεως... δ[ίδοται] ἡμῖν... ἰν ῥέμ Πουβλικιανή. Nach all dem Gesagten wäre *Πουβλικιανή διρέκτα ἰν ῥέμ* ein Schlag ins Gesicht. Wenn das Scholion hingegen ausführt: nach Verlust einer gekauften oder geschenkten Sache sind beide Arten der Eigentumsklage möglich; verliert man aber eine hinterlegte Sache, nützt auch die publizianische nichts, trifft es genau die oben dargestellte Rechtslage. In allen drei Belegen des alternativen Wortgebrauchs wird also nur die Frage nach der Aktivlegitimation zur *rei vind.* im klassizistischen Sinn, wenn auch in byzantinischer Terminologie, traktiert; Beweisprobleme sind hingegen nicht berührt. Andererseits findet sich in den Stellen, die vom Eigentumsbeweis handeln, keine Spur davon, daß zwischen *directa* und *Publ. in rem* zu unterscheiden wäre. Dort, und damit an der einzig praktikablen Stelle, war die *ao. Publ.* offenbar überflüssig.

Wie sich gezeigt hat, hatten die klassizistisch orientierte Wissenschaft und in ihrem Gefolge Justinian also keineswegs den in der Praxis bewährten Eigentumsprozeß<sup>65</sup>) durch Wiederbelebung von *rei vind.* und *ao. Publ.* reformiert. Sie legten die klassische *rei vind.* mit ihrer allein auf das *ius Quiritium* gestützten *intentio* als unbrauchbar zur Seite. Die Sachverfolgung des Eigentümers wurde mit der neuen Schulbezeichnung „*ἢ in rem*“ versehen. Um allerdings die klassischen Texte mit dem Recht ihrer Zeit in Einklang zu bringen, unterteilten sie ihre „*ἢ in rem*“ in zwei *species*: Sie nannten sie *directa (in rem)*, wenn sie der Eigentümer, und *Publiciana (in rem)*, wenn sie ein Ersitzungsbesitzer erhob. Durch diese rein theoretische Distinktion war der bestehende Zustand dogmatisch gerechtfertigt, und die Kompilation konnte die klassische Literatur zur *ao. Publ.* — soweit sie den Erwerb vom Nichteigentümer betraf<sup>66</sup>) — mit gutem Gewissen in die *Digesten* aufnehmen.

<sup>63</sup>) BS 897, 11; 899, 11; 901, 27; 903, 15.18; s. dazu a. Albertario, Studi 4, 230 N. 3.

<sup>64</sup>) Ob in der Lücke BS 902, 4 Πο[... ? ...]διρέκταν nach [υβλικιανήν] auch noch der eine Buchstabe [ἦ] Platz findet, kann letztlich nur durch genauere paläographische Untersuchung des Kodex P geklärt werden.

<sup>65</sup>) Kaser, RP II 211.

<sup>66</sup>) Zur Frage der Interpolation des *non a domino* in D 6, 2, 1 pr. (Ulp. 16 ed.) s. Feenstra, Mél. Meyl. 1, 104 N. 82.

Wie behutsam die Kompilatoren dabei mit den klassischen Texten umgingen, zeigt die Tatsache, daß die Gelehrten der Versuchung widerstanden, wie etwa in Inst. 4, 6, 14, „in rem“ einzufügen<sup>67)</sup>. In den 17 Fragmenten des Titels D 6, 2 findet sich *Publiciana (actio)* insgesamt 39 Mal, stets ohne diesen Zusatz. Nur die Titelrubrik, *de Publ. in rem actione*, nimmt das in D 6, 1, 1, 1 gefallene Stichwort „*specialis in rem actio*“ wieder auf. Das weist darauf hin, daß die in den klassischen Quellen nicht anzutreffende Verbindung „*Publ. in rem*“<sup>68)</sup> aus der Feder der Kompilatoren stammt. Die Titelrubrik D 6, 2 spricht also in byzantinischer Terminologie ganz speziell von der „publizianischen Eigentumsklage“. Aus diesen Gründen wäre die entsprechende Rubrik des Ediktstitels<sup>69)</sup> den klassischen Quellen gemäß einfach mit „*De Publiciana actione*“ herzustellen.

<sup>67)</sup> S. o. N. 30. An die zeitgenössischen Benützer der Digesten wurden eben gewisse Anforderungen gestellt, den Inhalt auf gegenwärtig gültige Verhältnisse umzudeuten, s. M. Kaser, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, SB Ak. Wien, ph.-hist. Kl., 277 (1972) 5. Abh., S. 88.

<sup>68)</sup> Auch die Fragmente, welche aus den der *ao. Publ.* gewidmeten Büchern der Ediktskommentare stammen (s. Lenel, EP<sup>3</sup> S. XVIII: Ulp. 16, Paul. 19, Gai. 7, Iul. 7 *ad ed.*), bringen die *ao.* ohne den Zusatz. Nur in zwei Stellen steht *in rem* mit der *ao. Publ.* in Verbindung; das eine Mal ausdrücklich, das andere Mal wird das von der Literatur erschlossen: D 10, 3, 7, 2 (Ulp. 20 ed.; *de utili communi dividundo iudicio*, Lenel, Pal. 642): *Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere*. Albertario, Studi 4, 230 N. 3 hält (im Ergebnis sicher richtig) *in rem* für einen justinianischen Zusatz. Seine Begründung, hierfür, die *ao. Publ.* sei von den Klassikern gar nicht unter die *actiones in rem* eingereiht worden, hat jedoch L. DeSarlo, Studi Solazzi (Napoli 1948) 217, überzeugend widerlegt. Nach den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung kann man dieses *in rem* aber nicht mit DeSarlo, 308, als bloß präzisierenden Zusatz ansehen, der auch von Ulpian selbst stammen könne. Vielmehr liegt hier eine echte, sachliche Umdeutung durch die justinianischen Gelehrten vor. Das beweist die eingehende Bearbeitung gerade dieser Stelle in der Schulliteratur, die sich in gleich vier Scholien (BS 560f.; CA 4—7) niederschlägt, darunter die fast wörtliche Wiedergabe von Theophilos 4, 6, 4; s. bes. BS 561, 9 *καὶ οἱ δυνάμενοι ἔχειν Πουβλικιανὴν ἰν ῥέμ* ... (stark verkürzt von Kyrillos in BS 561, 26). Auch hier distanzieren sich die Basiliken, 12, 2, 7, 2 *καὶ οἱ τῆν Πουβλικιανὴν ἔχοντες* ... von der Terminologie der justinianischen Epoche (s. o. N. 24) und stehen dadurch (rein sprachlich) dem klassischen Text näher (vgl. aber die von G. MacCormack, ZSt. 84 (1967) 59 ausgesprochenen Bedenken gegen die Klassizität der ganzen Stelle, die jedoch hier nicht zu erörtern sind). Hingegen wurde die hier ebenfalls nicht näher zu behandelnde (s. dazu Kaser, RP I<sup>2</sup> 437 N. 54) Stelle D 25, 2, 22 pr. (Iul. 19 dig.) ... *et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est*, weder von den Kompilatoren, noch von den Basilikenverfassern auf die *ao. Publ.* (DeSarlo, 207) gemünzt; s. das ausführliche Scholion BS 1959, 24f. *Εἰ δὲ ἐκπέσῃ τῆς νομῆς τοῦ πράγματος, ἢ ἰνῶ ἐμ ἀγωγῇ δίδεται αὐτῇ*, und B 28, 11, 22 pr. ... *κινεῖ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴν*. Für die Byzantiner war die von Julian sicher noch gelöste (wenn nicht sogar erörtete) Frage, ob durch *litis aestimatio* ziviles oder bonitarisches Eigentum erworben wurde, unerheblich; in jedem Fall paßte ihre „*ἢ in rem*“, die an dieser Stelle in den Digestentext Eingang gefunden hat.

<sup>69)</sup> Lenel, EP<sup>3</sup> Tit. XV § 60.