

OPVSCVLA

QUADERNI DI STUDI ROMANISTICI

Acta Maceratensia

Perspektiven vom XVI. Jahrestreffen
der Jungen Romanistinnen und Romanisten
(11. bis 13. Mai 2022)

herausgegeben von
Julia-Katharina Horn und Francesco Verrico

VID ŽEPIČ*

Schuldnervorzug als Wesensmerkmal der postklassischen römischen Pfandrechtsordnung**

Abstract

The evolution of the Roman pledge reveals a trend towards balancing the rights of both the pledgor and the pledgee. However, in post-classical imperial law, the interests of the debtor appeared to have taken precedence. Nevertheless, it is crucial not to overemphasize the legislature's bias towards the debtor, as the preservation of credit safety remained a prominent value even in Justinian's legislation.

*Jura ad servandos, non ad perdendos homines nata sunt*¹.

1. Einführung

1.1 *Favor creditoris als Ausgangspunkt*

In gleicher Weise, wie sich ein übermäßiger Rechtsschutz des Gläubigers hemmend auf die Kreditnachfrage auswirkt, führt auch ein unverhältnismäßig wohlwollender gesetzgeberischer Schuldner-

* Univerza v Ljubljani.

** Dieser Aufsatz wurde im Rahmen des Forschungsprogramms „Integration von europäischer Terminologie in das slowenische Rechtssystem (P5-0217)“ verfasst, das von der Slowenischen Forschungsagentur und der Universität Ljubljana finanziert wurde.

¹ Leibniz in seinem Brief an Kestner vom 17. März 1709 (Leibniz 1768, ep. III, 256).

schutz zu Kreditnot. Für die rechtshistorische Untersuchung des Interessenkonflikts zwischen Pfandgläubiger und Schuldner zeigt sich das Institut der Verpfändung als besonders geeignet, da der Pfandgläubiger nur in der Eigenschaft eines (realen) Schuldners handelt und nicht – wie bei den synallagmatischen Verträgen – in der Eigenschaft von Gläubiger und Schuldner zugleich².

Das vorklassische und klassische Pfandrecht sei nach der herrschenden Lehre mehr gläubigerfreundlich, das postklassische eher schuldnerfreundlich orientiert. Kaser hebt den „Gläubigervorzug“ sogar als Wesensmerkmal der römischen Pfandordnung hervor³. Er stützt sich dabei insbesondere auf den Gedanken des *ipso iure* Verfallpfandes, das von vornherein als ein vom Zweck des Pfandes bestimmtes Gebot der Rechtslogik nahe liege⁴. Wird eine Sache hingegeben, um die Leistung entsprechend abzusichern, so ist der Pfandgläubiger auch dazu angehalten, diese Sache zurückzugeben, sobald der Schuldner die Leistung erfüllt hat. Ist diese allerdings nicht erfüllt, so darf er sie behalten. Des Weiteren sind die Zulässigkeit der *lex commissoria*, die weitreichend anerkannte Selbsthilfe des Pfandgläubigers und die von derselben frei zu wählenden Vollstreckungsmodalitäten nur die flagrantesten Ausprägungen einer Tendenz, die man als Gläubigerbegünstigung (*favor creditoris*) bezeichnen könnte. Inzwischen wurde die genannte These mindestens relativiert oder sogar gänzlich widerlegt. So sei das Pfandrecht ursprünglich ohne zusätzliche Abreden ein „Bewahrungspfand“ gewesen, das heißt ein ziemlich schwaches Druckmittel, das dem Verpfänder bis zur Zahlung lediglich den Besitz entzieht⁵.

Dass die Rechtsposition des Pfandgläubigers stärker ist als die des Verpfänders, versteht sich in gewisser Hinsicht von selbst. Die Rechtsordnung soll mit den belastenden Vorschriften einen Anreiz für den Schuldner setzen, die gesicherte Verpflichtung zügig und gewissenhaft zu erfüllen. Die soziale Schicht der Kreditgeber war wohl überall diejenige, die die Rechtsordnung maßgeblich form-

² Hofstetter 1999, 225.

³ Kaser 1982, 215.

⁴ Kaser 1982, 14.

⁵ Wacke 1998, 202 f. Siehe auch Verhagen 2022, 151: „It can therefore not entirely be excluded that in the first century AD the creditor, in the event that the parties had agreed neither on a licence to sell nor on forfeiture clause was merely authorized to retain possession of the pledged goods“.

te. Als erfahrenere Verhandlungspartner haben die Pfandgläubiger die Aufnahme ihnen besonders günstiger Vertragsklauseln in den Pfandvertrag diktiert⁶. Da die Objekte der Verpfändung in der Regel wirtschaftlich weniger bedeutende *res nec mancipi* waren⁷, blieb die Verpfändung, im Gegensatz zu der Bürgschaft und *fiducia*, wahrscheinlich auf die weniger wohlhabenden Schichten der römischen Bevölkerung beschränkt. Die Vernachlässigung der Interessen des Verpfänders lässt sich weiterhin auf das römische Gesellschaftsklima zurückführen, das bis zum 2. Jahrhundert n.Chr. die persönliche Sicherheit stärker förderte als die dingliche Sicherheit. Die Bürgschaft galt in den klientelistischen Beziehungen der römischen Gesellschaft als Ausdruck ehrlicher Freundschaft. Neben der effizienten persönlichen Vollstreckung dürfte auch der soziale Zusammenhalt der Oberschicht zur Beliebtheit der Bürgschaft beigetragen haben⁸. Liebs führt an, dass das Pfand eine übliche Form der Sicherheit insbesondere in den dünn besiedelten Provinzen sei, was er vor allem mit dem geringen sozialen Zusammenhalt der dortigen Bevölkerung begründet. Es ist auch deshalb kaum verwunderlich, dass die rechtliche Behandlung der Verpfändung hinter derjenigen der Bürgschaft zurückblieb, was sich am Mangel von den „Bürgenbenefizien“ ähnlichen Pfandschuldnerschutzmitteln veranschaulichen lässt⁹.

1.2 Klassisches Recht – Die Suche nach dem Ausgleich

Dem klassischen Recht wurde ein einseitiger und potenziertes Pfandgläubigerschutz gewissermaßen zu Unrecht vorgeworfen. Meines Erachtens zeigt die historische Entwicklung des Pfandrechts

⁶ Verhagen 2022, 2; Wacke 1998, 176; Kaser 1982, 215-218. Für eine ökonomische Analyse des römischen Pfandrechts siehe Verhagen 2022; Pellecchi 2016, 491-547; Willems 2017, 184; Terpstra 2008, 358.

⁷ Wacke 1998, 180. Eher kritisch dazu Krämer 2007, 3.

⁸ Zu der Bürgschaft als *officium amicitiae*, siehe Verboven 2002, 143. Dazu auch Baldus 2010, 14; Zimmermann 1992, 115; Crook 1967, 243; Schulz 1951, 402.

⁹ Liebs 1976, 329; Gouron 1961, 205.

eher eine Tendenz zum Ausgleich zwischen den Rechten des Pfandgläubigers und des Verpfänders, die in der spätclassischen Periode ein Gleichgewicht erreichte¹⁰. Zu dieser Zeit wurde die Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers zum festen Bestandteil des Vertrags, während der Verpfänder den Überschuss des Pfanderlöses über den Wertbetrag der gesicherten Forderung beanspruchen konnte. Eine höchst interessante Ausgleichstendenz bezeugt die folgende Ulpian-Stelle:

Ulp. 31 *ad ed.*, D. 13.7.25: Si servos pigneratos artificii instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificii necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim neglegere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recipiendum: puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.

Ein Besitzpfandgläubiger erhöhte übermäßig den Wert der verpfändeten Sache, um seine Sicherheit zu verbessern. Dies aber erschwerte wiederum die Lage des Verpfänders, da es für ihn schwieriger war, die Pfandsache zu befreien. Der Richter musste, so Ulpian, bei der Beurteilung des Kostenerstattungsanspruches einen Mittelweg finden, sodass weder ein besonders „empfindlicher Schuldner“ noch ein allzu „aufdringlicher Gläubiger“ rechtliches Gehör erhalten darf. Der Pfandgläubiger könne vernünftigerweise nur mit der Erstattung der notwendigen und nützlichen Aufwendungen rechnen¹¹. Der Verpfänder soll dementsprechend zu Recht erwarten, dass der Pfandgläubiger die verpfändete Sache in ihrem ursprünglichen Zustand erhält, nicht aber, dass sich auch ihr Wert unverhältnismäßig erhöht. Es sei unangemessen (*non est aequum*), dass die Ansprüche des Pfandgläubigers aus einer sekundären Kos-

¹⁰ Žepič 2022, 257f.

¹¹ Bart. *add.* ad Ulp. 31 *ad ed.*, D. 13.7.25.

tenerstattungspflicht den Verpfänder zur Aufnahme eines Überbrückungskredits oder zum Verkauf eines Teils der Liegenschaft veranlassen könnten. Die Argumentation Ulpians impliziert das Erfordernis, einen Kompromiss zwischen einem schutzbedürftigen Schuldner und einem belastungswilligen Pfandgläubiger zu finden. Ulpians Argumentation ähnelt der von Celsus in D. 6.1.38:

Cels. 3 *dig.*, D. 6.1.38: In fundo alieno, quem imprudens emeraras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. [...] finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris auitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum.

Das Recht eines gutgläubigen Besitzers, die Kosten für die Bebauung eines fremden Grundstücks zurückzufordern, darf ebenfalls nicht so weitgehend sein, dass „der arme Eigentümer“, der den gutgläubigen Besitzer in einem Eigentumsstreit verklagt, gezwungen ist, sein sonstiges Vermögen zu verkaufen, nur um das Geld für die Kostenerstattung zu erhalten. Celsus schlägt daher vor, dass sich der gutgläubige Besitzer im Falle eines „armen“ Eigentümers mit dem Recht begnügen sollte, die Ergänzungen zu entfernen, die ohne Schaden für den Eigentümer entfernt werden könnten¹².

2. Pfandschuldnerschutz in der nachklassischen Rechtsentwicklung

Während die Juristeninterpretation noch im klassischen Recht als der Motor der Rechtsentwicklung galt, wurden im nachklassischen Recht verschiedene gesetzgeberische Schutzmaßnahmen zugunsten des Pfandschuldners ganz oder teilweise neu eingeführt. In den folgenden Ausführungen werden die nachklassischen Rechtsentwicklungen, die die Neigung zu einem stärkeren Schutz des Schuldners (*favor debitoris*) belegen könnten, kritisch beleuchtet.

¹² Dazu Kambič 2010, 138f.

2.1 Unverpfändbarkeit der Sache¹³

Die Bestimmung des klassischen Rechts, wonach alles, was Gegenstand eines Kaufvertrags sein könnte¹⁴, auch verpfändbar sei, wird in der postklassischen Epoche erheblich eingeengt.

In den Kaiserkonstitutionen, in denen sich die Gebote der Sittlichkeit und Pietät in Rechtsnormen umwandelten, wurden zahlreiche Verbote der Verpfändung freier Personen, besonders von Kindern, eingeführt¹⁵. Wie weit einige Pfandgläubiger gingen, die die Erben des Schuldners unter Druck setzen wollten, zeigen eindeutig die justinianischen Verbote der Pfändung von Leichnamen¹⁶. Beschränkungen der Verpfändbarkeit wurden aber auch im vermögensrechtlichen Bereich eingeführt. Hierbei ging es jedoch nicht mehr nur um die schon im klassischen Recht verankerten Rechtsvermutungen, die sich bei der Generalverpfändung etabliert haben¹⁷. Vielmehr wurden gesetzgeberische Regeln eingeführt, die das schon in der archaischen Zeit verwurzelte moralische Gebot, auf die Verpfändung von Ackergeräten zu verzichten, verrechtlichten¹⁸. Konstantin verbot den Zivilbeamten die Pfändung der Haus- und Ackergeräte sowie landwirtschaftlicher Sklaven und Lasttiere,

¹³ Für eine rechtsvergleichende Studie zur Unverpfändbarkeit von bestimmten Gütern im antiken Recht und der Debatte über den Leitgedanken des *favor debitoris* siehe Žepič 2022b, 23f.

¹⁴ Gai. 9 *ad ed. prov.*, D. 20.1.9.1.

¹⁵ Diocl. Max. C. 4.43.1; Nov. Iust. 134.7.

¹⁶ Die brutalen Praktiken der Kreditgeber im sechsten Jahrhundert sind in Justinians 60. Novelle anschaulich dargestellt. Dazu Bonini 1974, 111-150; Purpura 2009, 41-60.

¹⁷ Nach einer strengen Auslegung würde eine allgemeine Verpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens dem Gläubiger erlauben, die persönlichen Gegenstände des Verpfänders oder die Sachen, die die Existenzgrundlage des Verpfänders bilden, zu ergreifen. Ulpian und Paulus (Ulp. 73 *ad ed.*, D. 20.1.6; Paul. 68 *ad ed.*, 20.1.7; Ulp. 73. *ad ed.*, D. 20.1.8) erwähnen die bewährte Vermutung, dass Möbel, Kleidung und Dinge, die für den Verpfänder einen besonderen emotionalen Wert hatten – zum Beispiel Haussklaven, unverheiratete Lehrlinge und Konkubinen und deren Kinder – von der Pfändung ausgenommen waren. Bei den genannten Sachen wurde vermutet, dass sie vom Eigentümer nicht individuell verpfändet worden waren, wobei die genannte Vermutungsregelung weder bei Sonderverpfändungen noch bei außervertraglichen Verpfändungen von Bedeutung war. Dazu Fleischmann 1896, 32.

¹⁸ Quint. *inst.* 7.8.4.

was er aber ausdrücklich mit der Sorge um die Steuerzahlungsfähigkeit der Bürger rechtfertigte.

CTh. 2.30.1, Const. A. ad universos provinciales: *Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententiae subiugetur. <Dat. IV. non. Iun. Sirmio, Constantino A. IV. et Licinio IV. cons.>*

Die Konstitution richtet sich in erster Linie an die Steuereintreiber der Provinzen (*intercessores*), wobei die westgotische Auslegung der Konstitution hervorhebt, dass sie nur die Durchsetzung von Steuerschulden (*pro fiscali debito*) betraf¹⁹. Die Todesstrafe (*poena capitalis*) könnte als Antwort auf die Missbräuche der Steuereintreiber erklärt werden, die sich notorisch über die kaiserlichen Verordnungen hinwegsetzten²⁰. Angesichts der zweiten Passage der Konstitution, in der private Pfandgläubiger erwähnt werden, war das Verbot jedoch möglicherweise nicht auf Steuerrechtsbeziehungen beschränkt. Es wäre sogar unverständlich, warum ein Steuerschuldner in einem privilegierten Steuerverfahren einen besonderen Vorteil genießen sollte, der sich nicht auf privatrechtliche Verhältnisse erstrecken würde²¹. Die konstantinische Konstitution wurde mit geringfügigen Überarbeitungen in den *Codex Iustinianus* übernommen – mit der Erstreckung des Verbotes auf alle landwirtschaftlichen Geräte (*instrumenta aratoria*)²². Justinian ersetzte überdies die Todesstrafe durch eine Strafe nach richterlichem Ermessen, was mit der Ausweitung des Verbots übereinstimmt. Denn wenn der Spielraum für die Übertretung des Gebots vergrößert wird, so war es nur gerecht, die Strafe für den straffälligen Vollstrecker und Pfandgläubiger anzupassen. Wenn die Kompilatoren die Stelle des Honorius, der das konstantinische Verbot bestätigte, in den Titel *quae res pignori obligari possunt vel non* aufnahmen, ga-

¹⁹ *Interpr. ad 2.30.1.*

²⁰ CTh. 1.16.7, Const. A. ad provinciales: *Cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent inquam: nam si moniti non cessaverint, gladiis praecedentur.* Zu den Missbräuchen der Steuereintreiber siehe Wiewiorowski 2012, 75-82.

²¹ Von der Fecht 1999, 107.

²² C. 8.16.7. Dazu Fleischmann 1896, 31; Litewski 1974, 254.

ben sie ihr die Bedeutung eines allgemeinen Verbots, das jede Verpfändung betraf. Darüber hinaus wurde *rector provinciae* durch *iudex* ersetzt²³. Dementsprechend galt diese Regel im gesamten Reich und nicht nur in den Provinzen.

Weiss bezeichnet die konstantinische Einschränkung der Verpfändbarkeit als wichtiges Glied in einer langen Kette von kaiserlichen Gesetzesmaßnahmen zum Schutz der sozial schwächeren Schichten der Gesellschaft²⁴. Konstantins Verbot sollte allerdings nicht im Lichte spezifischer sozialer, humanitärer oder gar religiöser Gesinnungen idealisiert werden, wie es Biondi²⁵ unkritisch annimmt, sondern vielmehr in einer pragmatischen Steuerpolitik²⁶. Dies geht schon aus der Begründung der Konstitution hervor, in der ausdrücklich anerkannt wird, dass die damals üblicherweise in Naturalien erhobenen Steuern unter den Verzögerungen leiden würden, die durch die Beschlagnahme der landwirtschaftlichen Gerätschaften und Werkzeuge ausgelöst werden²⁷. Die erwähnten Anordnungen schützten die Existenz des Schuldners aus Gründen des öffentlichen Wohles aber nicht nur vor seinen Pfandgläubigern, sondern auch vor ihm selbst, denn das unbeschränkte Verfügungsrecht, besser gesagt die Vertragsautonomie des Einzelnen, konnte die dauernden Grundlagen des Staates untergraben.

2.2 Früchte

Da die Römer gewohnt waren, mit einer fruchttragenden Sache regelmäßig auch deren künftigen Ertrag zu verpfänden, entwickelte sich in der klassischen Periode eine Rechtsvermutung, dass die Parteien mit der Hauptsache auch deren Früchte verpfänden wollten²⁸. Laut den Sentenzen des Paulus werden das Tierjunge oder das Sklavinnenkind vom Pfandrecht nicht erfasst, es sei denn, dies wurde

²³ C. 8.16.8 pr.

²⁴ Weiss 1909, 57f.; Stühff 1966, 104.

²⁵ Biondi 1954, 225.

²⁶ Fleischmann 1896, 32; Schwarz 1952/1953, 212; Von der Fecht 1999, 107.

²⁷ Zu ähnlichen fiskalischen Motiven, die die Vertragsautonomie im ptolemäischen Ägypten einschränkten, siehe Weiss 1909, 28.

²⁸ Löffelmann 1996, 150-171.

zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart²⁹. Vielleicht wurden die Früchte im klassischen Recht noch als zweitrangiges und in der Regel weniger wertvolles Objekt in der Beziehung zur verpfändeten Sache betrachtet. Im Zuge des wirtschaftlichen Niedergangs und der allgemeinen Verelendung setzte sich jedoch die Überzeugung durch, dass auch die Früchte einen wichtigen wirtschaftlichen Wert haben und dementsprechend ausdrücklich verpfändet werden sollten. Die Abkehr von der klassischen Position, so Kaser, zeige die gleiche Tendenz des nachklassischen Rechts zum Schutz des Verpfänders, wie man sie auch aus dem Verbot der Verfallsabrede ableiten könne³⁰.

2.3 Das Verbot der *lex commissoria*

Die Verfallsabrede (*lex commissoria*), nach der die Pfandsache im Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung in den Eigentum des Pfandgläubigers übertragen werden sollte, war zweifellos für den Pfandgläubiger vorteilhaft, denn die Verwertung des Pfandes bedurfte keinerlei Feilbietung. Die Rückforderung des bereits gezahlten Teils der Schuld stand dem Schuldner nicht zu, sodass der Pfandgläubiger außer von der Sache auch von den eingenommenen Raten profitieren konnte. Levy und Kaser glauben nicht, dass eine *lex commissoria* des Inhalts, dass die verpfändete Sache ohne Rücksicht auf den Wert der Forderung dem Pfandgläubiger anheimfiel, in der klassischen Periode sehr verbreitet war³¹. Auch die Quellen sind diesbezüglich auffallend dürftig. Wahrscheinlich versuchten die klassischen Juristen, die die Gefahren der Verfallsklausel gut kannten, die Interessen des Verpfänders durch Auslegung zu schützen, wie der berühmte Text von Marcian bezeugt:

²⁹ Paul. 2.5.2. Unklar ist, ob die Regel nur für die Kindersklaven und Tierjungen oder generell für alle Fruchtarten galt. Eine interessante Begründung der Regel siehe in § 91 (5) des Syrisch-Römischen Rechtsbuches: „Wenn Sie [die verpfändete Sklavin] aber Kinder bekommt, gehören sie ihrem Eigentümer, jenem, der geliehen hat. Denn ein weiblicher Mensch gleicht nicht einem Feld. Denn die Güte Gottes läßt wegen der Menschen die Früchte aus dem Feld wachsen“ (Übersetzung nach Selb, Kaufhold 2002a, 125).

³⁰ Kaser 1958, 192; Löffelmann 1996, 162.

³¹ Levy 1956, 188f.

Marcian. *l. s. ad form. hypoth.*, D. 20.1.16.9: Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Aelius Marcianus beschreibt eine Vereinbarung zwischen einem Verpfänder und einem Pfandgläubiger, wonach dieser, wenn die Schuld bei Fälligkeit nicht bezahlt wurde, die verpfändete Sache so behalten durfte, als hätte er sie gekauft³². Der Kaufpreis erfüllte das Kriterium der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit (*pretium certum*), falls dieser die Summe des unbezahlten Kapitals und der vertraglich geschuldeten Zinsen entsprach³³. In der Forschung wird der Passus *iusto pretio aestimandum* als interpoliert angesehen, da die Formulierung *pretium iustum* vor Diokletian nicht belegt ist und somit nicht Teil des ursprünglichen Textes von Marcian war³⁴. Ob die Summe aus Hauptforderung und fälligen Zinsen einen angemessenen Kaufpreis darstellte, hatte der Richter im Verfahren zu beurteilen, aber wahrscheinlich reichte außerhalb des Verfahrens die Einschätzung eines Dritten aus (*arbitrium boni viri*)³⁵. Die Auslegung des sog. *pactum Marcianum*³⁶ als bedingter Kaufvertrag (*condicionalis venditio*)³⁷ schützte insbesondere die Interessen des Verpfänders, da der Verpfänder als Verkäufer sicherstellte, dass er vom Käufer (dem Pfandgläubiger) im Wege einer *actio venditi* einen den angemessenen Kaufpreis übersteigenden Betrag zurückfordern konnte. Der Richter musste bei der Beurteilung der unbestimmten Forderung aus dem Kaufvertrag auf der Grundlage der *ex fide bona*-Klausel auch die Aufrechnung der Teilleistung berücksichtigen³⁸.

³² Vgl. Tryph. 8 *disp.*, D. 20.5.12 pr.

³³ Rabel 1915, 496.

³⁴ C. 4.44.2. Arnese 2018, 182f.; Göttlicher 2004, 112; Wacke 1998, 188; Kaser 1975, 320.

³⁵ I. 3.23.1.

³⁶ Arnese 2018.

³⁷ Vat. 9. Dazu Sič 2010, 155-179.

³⁸ Es ist sehr wahrscheinlich, dass die *actio pigneraticia directa* ursprünglich nur *in factum* konzipiert war, d.h., dass sie keine unbestimmte *intentio* mit einer *ex fide bona*-Klausel umfasste. Es bleibt ungeklärt, wann genau, und wenn überhaupt, die *actio pigneraticia in ius concepta* entstand. Gaius hat eine solche Dualität mit keinem Wort erwähnt (Gai 4.62), anders aber Justinian (I. 4.6.28).

Die echten Verfallsabreden verbreiteten sich angeblich in der Praxis der Kreditnot des dritten und vierten Jahrhunderts³⁹. Aufgrund der Inflation und der Rückkehr zur Naturwirtschaft wussten die Pfandgläubiger bereits von vornherein, dass sie im Fall der Nichterfüllung nicht den angemessenen Käufer finden konnten. Außerdem versuchte der Pfandgläubiger, den Pfandgegenstand anstelle des entwerteten Geldes zu erlangen⁴⁰. So kam es in der Regel zur Nebenabrede (*pactum adiectum*) im Sinne der „echten“ *lex commissoria*, wonach der Pfandgläubiger die Pfandsache an Erfüllung statt erwerben sollte oder dass die Pfandsache als an ihn verkauft galt. Der Kaufpreis bestand aber in der Befreiung von der Schuld.

Im Jahr 320⁴¹ oder 326⁴² verbietet Konstantin bekanntlich die Einbeziehung der echten Verfallsabreden, was damals eine verbreitete und aufsteigende Praxis geworden war:

CTh. 3.2.1, Const. A. ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt. <Dat. prid. kal. Feb. Serdica, Constantino A. VI. et Constantino C. cons.>

Kaiser Konstantin beklagte das zunehmende Aufkommen von Verfallsabreden in der zeitgenössischen Vertragspraxis. Er hielt diese Vereinbarungen für betrügerisch (*captiones*), weil sie die Eigentumsinteressen des Verpfänders gefährden. Das Edikt beschreibt nicht, was der Inhalt einer solchen Vereinbarung war oder zu welchem Vertrag sie gehörte. Erst in dem leicht geänderten Text der Konstitution im Gesetzbuch Justinians wird präzisiert, dass es sich um eine Vereinbarung in einem Pfandvertrag handelt⁴³. Das Gesetz erklärt Verträge, die eine Verfallabrede enthalten, rückwirkend für nichtig.

Dazu Braukmann, 2008, 64.

³⁹ Schanbacher 2010, 413.

⁴⁰ Harke 2021, 88; Sič 2014, 98 und 103; Wacke 1998, 189. Zur Entwertung des Geldes im späten Dominat siehe Demandt 2007, 283.

⁴¹ Levy 1956, 190; Gaudemet 1992, 120.

⁴² Frier 2016, 2129.

⁴³ C. 8.34.3 pr.: *commissoriae pignorum legis*.

Die Wirkung der Konstitution, die nicht an rhetorischen Mitteln spart⁴⁴, scheint jedoch eher bescheiden⁴⁵. Der Schuldner konnte jedenfalls „aufatmen“, weil der Kaiser die Rechtsgrundlage für die Übertragung des Eigentums an den Pfandgläubiger aufgehoben hatte. Es bleibt unklar, ob der Verpfänder jetzt die Möglichkeit hatte, das Pfand zu vindizieren oder zu kondizieren. Der Wegfall der Rechtsgrundlage, auf der der Erwerber das erworbene Eigentum behalten konnte, führte nach römischem Recht nicht automatisch zu einer Rückübertragung des Eigentums an den ursprünglichen Eigentümer. Dies bedeutet, dass der geeignete Rechtsbehelf für eine ungerechtfertigte Übertragung von Eigentum die *condictio* war⁴⁶. Der Pfandgläubiger behielt dagegen den Pfandbesitz sowie die Verkaufsbefugnis. Darüber hinaus blieb ihm offen, sich, wenn sich kein Käufer fand, des kaiserlichen Eigentumsverlehungsakts (*impetratio dominii*) zu bedienen⁴⁷.

In der älteren Literatur wird angenommen, dass die Konstitution Konstantins einer der ersten Einflüsse der christlichen Ethik auf das römische Recht war⁴⁸. Dies sei darauf zurückzuführen, dass im Jahr 325 n. Chr. unter Konstantins Vorsitz das erste ökumenische Konzil in Nicäa stattfand, auf dem unter anderem Wucher und wucherische Praktiken missbilligt wurden⁴⁹. Wenn das Edikt Konstantins tatsächlich im Jahr 326 veröffentlicht wurde, hätte es wohl im Wesentlichen der Lehre des Konzils entsprochen, doch können wir über einen kausalen Zusammenhang nur mutmaßen. Nichtsdestoweniger lässt sich das Edikt Konstantins als eine der frühesten Maßnahmen betrachten, die das Engagement des nachklassischen Gesetzgebers für den nachdrücklichen Schutz des Schuldners (*favor debitoris*) belegen. Der Verzug des Schuldners durfte demnach nicht mehr zu einer Bereicherung des Pfandgläubigers führen, son-

⁴⁴ Dazu Gaudemet 1992, 121.

⁴⁵ Verhagen 2022, 364: „Although Constantine’s constitution did provide protection to debtors as structurally weaker parties, it still was rather creditor-friendly“.

⁴⁶ Žepič 2021, 220.

⁴⁷ Brasloff 1933, 131; Levy 1956, 192; Kaser 1975, 320.

⁴⁸ Biondi 1954, 256.

⁴⁹ Der Konzilsbeschluss betraf jedoch ausdrücklich nur die Geistlichen; vgl. Can. 17: [...] *si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras accipiens aut per adinventionem aliquam vel quolibet modo negotium transigens [...] deiciatur a clero et alienus existat a regula* (Mansi 1759, 682). Siehe auch D. 47 c. 2.

dern allenfalls zum Ersatz des erlittenen Schadens⁵⁰. Wie Seidl feststellte, wurde damit der Gedanke verfolgt, dass ein Pfandrecht als Sicherheit dienen und nicht ein lukratives Geschäft für den Pfandgläubiger darstellen sollte⁵¹.

2.4 Beschränkung des Pfandgläubigerermessensspielraumes bei der Pfandverwertung

Der Pfandgläubiger konnte zur Sicherung derselben Forderung sich sowohl dingliche als auch persönliche Sicherheiten bestellen lassen. Dabei lag es im Ermessen des Pfandgläubigers, welche Form der Sicherheit im Falle des Zahlungsausfalls vorrangig in Anspruch genommen wurde⁵²:

C. 8.13.24, Diocl. Maxim. AA. et CC. Marco: Persecutione pignoris ommissa debitores actione personali convenire creditor urgueri non potest.

Es spielte keine Rolle, ob sich die verpfändete Sache im Besitz des Pfandbestellers oder eines Dritten befand⁵³. Diokletian hatte festgelegt, dass der Pfandgläubiger bei Vorhandensein eines persönlichen Schuldners diesen zunächst in Anspruch nehmen muss und nur wenn nötig das Pfandrecht geltend machen darf⁵⁴.

Kaiser Justinian führte nach dem orientalischen Vorbild in seiner vierten Novelle eine Neuerung ein, die nicht nur die Rangfolge bei einer Bürgschaft regelte, sondern auch die Frage des Pfandrechts betraf. Erst wenn es dem Pfandgläubiger nicht gelungen war, zunächst den Hauptschuldner und dann den Bürgen in Anspruch zu nehmen, konnte er mittels der dinglichen Hypothekarklage die Güter des Verpfänders, die sich im Besitz eines Dritten befanden, oder die Güter eines Dritten, die zur Sicherung der Forderung verpfändet worden waren, verfolgen. Wenn der Pfandgläubiger zuerst den

⁵⁰ Wacke 1998, 179; Krumpholz 1992, 73f.; Sukačić 2021, passim; Zamora Manzano 2007, 549.

⁵¹ Seidl 1973, 206; Pfaff 1897, 71.

⁵² Anders war die Situation nach griechischem Recht, wo der Gläubiger die Pflicht hatte, zunächst das Pfandrecht zu erschöpfen, bevor er die Bürgschaft geltend machte. Dies galt auch laut § 92 des Syrisch-Römischen Rechtsbuches. Dazu Weiss 1909, 19; Selb, Kaufhold, 2002b, 196.

⁵³ C. 4.10.14; C. 8.13.14.

⁵⁴ C. 8.13.10. Dazu Harke, 2019, 111f.

Verpfänder oder den Dritten, nicht aber den Bürgen in Anspruch nahm, konnte dieser die Forderung zurückweisen und auf den Bürgen verweisen, falls deren Zahlungsfähigkeit und Anwesenheit in derselben Provinz bezeugt wurde⁵⁵.

Auch der Generalpfandgläubiger konnte sich in der klassischen Epoche nach freiem Ermessen entscheiden, welche Gegenstände des Verpfänders er verwerten wollte. Eine Beschränkung des Pfandgläubigerermessens wurde erst im Jahr 204 von den Kaisern Severus und Antoninus eingeführt, und zwar beim gleichzeitigen Bestehen eines Einzelpfandes und Gesamtpfandes zugunsten des gleichen Pfandgläubigers. Ein Gläubiger hatte eine generelle Hypothek und eine spezielle Hypothek auf einige getrennte Güter, während ein anderer Gläubiger nur eine spezielle Hypothek auf andere separate Güter hatte. Wenn sich der erste Gläubiger aufgrund seiner generellen Hypothek an den Gütern befriedigen lassen würde, die gegenüber dem zweiten Gläubiger verbunden waren, würden dadurch dessen Befriedigungsmöglichkeiten beeinträchtigt. Der Kaiser bestätigte, dass der Gläubiger grundsätzlich auf jedes verbundene Gut zugreifen konnte, aber betonte, dass der erste Gläubiger sich zuerst an den speziell gegen ihn verbundenen Gütern befriedigen lassen musste, um die Befriedigungsmöglichkeiten des zweiten Gläubigers zu erhalten.

C. 8.13.2, Sev. Ant. AA. Lucio: Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est.

Es handelte sich hier um eine Regel zum Schutz späterer Gläubiger mit beschränkten Sicherheitsrechten zur Sicherung ihrer Befriedigung. Dies bewertete Dernburg als „eine besondere, auf Billigkeit gegründete Rechtswohltat“⁵⁶.

⁵⁵ Nov. 4.2. Die Wohltat wurde in der gemeinrechtlichen Literatur als *beneficium excussionis personalis* bezeichnet. Dernburg 1864, 376f.

⁵⁶ Dernburg 1864, 372. Die Wohltat wurde in der gemeinrechtlichen Literatur als *beneficium excussionis realis* bezeichnet.

2.5 Pfandverkauf

Im Zusammenhang mit dem Interesse des Verpfänders am Überschuss ergibt sich die bereits im klassischen Recht verankerte Anforderung an den Pfandgläubiger, dem Verpfänder die beabsichtigte Veräußerung formell anzukündigen (*denuntiatio*). Wollte der Pfandgläubiger die verpfändete Sache ordnungsgemäß veräußern, musste er dem Verpfänder seine Verkaufsabsicht in Anwesenheit von Zeugen mitteilen. War der Verpfänder davon überzeugt, dass er die gesicherte Verbindlichkeit nach der Fälligkeit in einer angemessenen Zeit zurückzahlen konnte, und wollte er sicherstellen, dass eine ihm besonders am Herzen liegende Sache nicht ohne Weiteres verkauft wurde, schloss er mit dem Pfandgläubiger ein *pactum de non vendendo* (Nichtveräußerungsabrede)⁵⁷. *Pacta de non vendendo* entzogen dem Pfandgläubiger die Befugnis zum Verkauf nicht, sofern er dem Verpfänder seine Verkaufsabsicht mindestens dreimal hintereinander in angemessenen Zwischenräumen mitgeteilt hatte. Levy sieht in den *tres denuntiationes* eine typische Ausprägung des Vulgärrechts, die sich an die Regeln für Versäumnisurteile im Kognitionsverfahren anlehnt⁵⁸.

In den Paulussentenzen wird überraschenderweise die Ansicht vertreten, dass der Pfandgläubiger in allen Fällen – und nicht nur im Fall eines ausdrücklich vereinbarten *pactum de non vendendo* – vor der beabsichtigten Veräußerung den Verpfänder über den Verkauf eines Pfandes dreimal hintereinander unterrichten musste⁵⁹:

Paul. 2.5.1: Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

Daraus ließe sich schließen, dass die Regel der dreifachen Ankündigung im nachklassischen Recht zulasten des Pfandgläubigers verallgemeinert wurde⁶⁰. Dies hat den Verkaufsprozess zum Nach-

⁵⁷ Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 13.7.4.

⁵⁸ C. 7.43.9; Paul. 5.5a.6. Dazu Levy 1959, 16. Dernburgs Auffassung nach sollten zwischen den Mahnungen mindestens zehn Tage liegen, was ebenfalls den Regeln, die für Versäumnisurteile gelten, entspricht. Dernburg 1864, 126.

⁵⁹ Schanbacher 2023, 1220, Rz. 66.

⁶⁰ Liebs 2018, 438 übersetzte das Wort *simpliciter* mit „ohne besondere Vereinbarung“ (d.h. *sine condicione*), was bedeuten würde, dass eine dreifache Ermahnung auch ohne ein *pactum de non vendendo* erforderlich ist.

teil des Pfandgläubigers erheblich verzögert. Die Rechtssicherheit des Pfandgläubigers wurde dadurch gefährdet. Um dem Pfandgläubiger den Verkauf zu erleichtern, behielt Justinian die *tres denuntiationes*-Regel nur für den Fall eines ausdrücklichen *pactum de non vendendo pignore* bei; in den anderen Fällen genügte eine einzige Ankündigung⁶¹.

2.6 Verkaufsmoratorium, *impetratio dominii* und Lösungsrecht

In den Institutionen betonte Justinian ein beharrliches Bemühen, „dass die (Pfand)Gläubiger nichts daran hindern soll, ihr Recht zu verfolgen, und dass die (Pfand)Schuldner ihren Anspruch auf ihre Güter nicht zu schnell zu verlieren drohen“⁶². Aus diesem Grund hat der Kaiser bereits in der Konstitution C. 8.33.3 aus dem Jahr 530 das Verwertungsverfahren der verpfändeten Sache, ihren eventuellen Eintritt in das Vermögen des Pfandgläubigers und das Lösungsrecht neu geregelt.

Grundsätzlich überließ Justinian es den Parteien, sowohl die Art als auch den Zeitpunkt des Verkaufes zu bestimmen. So vollzog sich der Verkauf nach bestem Ermessen des Gläubigers entweder durch öffentliche Versteigerung oder unter der Hand. Ohne eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien durfte der Pfandgläubiger die verpfändete Sache erst nach Ablauf von zwei Jahren nach Fälligkeit veräußern⁶³. Während dieser Frist durfte der Schuldner die Sache vor dem Ablauf des Verkaufs auslösen, indem er den Pfandgläubiger bezahlte und für den entstandenen Schaden entschädigte. Die Frist wurde bei Forderungen mit einer bestimmten Leistungsfrist ab dem Zeitpunkt des Urteils und bei Forderungen ohne bestimmte Leistungsfrist ab dem Zeitpunkt der Mitteilung an den Schuldner berechnet⁶⁴. Für Dernburg, der die

⁶¹ Ulp. *ad Sab.*, D. 13.7.4. Dazu Biscardi 1976, 159f.

⁶² I. 2.8.1: [...] *sed ne creditores ius suum persequi impedirentur neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est* [...].

⁶³ Schanbacher 2023, 1220, Fn. 346, meint, dass die Regelung Justinians ihr Vorbild in der Ausgestaltung des Vermieterpfandrechts mit der zweijährigen Wartefrist (Paul. *off. praef. vig. sing.*, D. 19.2.56) fand.

⁶⁴ C. 8.33.3.1.

Verlängerung der Wartefrist heftig kritisierte, war die Reform ein Zeichen „der schlaffen Humanität gegen den Schuldner, die sich ja durchaus in der justinianischen Gesetzgebung geltend machte“⁶⁵.

Fand der Pfandgläubiger keinen oder keinen annehmbaren Käufer, konnte er – nachdem er dem Schuldner die Verkaufsabsicht erneut angezeigt hatte – vom Kaiser den Zuschlag der Sache zum gerichtlichen Schätzwert (*impetratio dominii*) verlangen⁶⁶:

C. 8.33.3.3a, Iust. A. Demostheni: Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis iure dominii habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio.

Der Pfandgläubiger wurde trotz obrigkeitlicher Prüfung jedoch noch nicht der endgültige, sondern lediglich ein schwebender Eigentümer. Der Schuldner behielt binnen zwei Jahren ein Wiederlösungsrecht, sodass er die verfallene Sache einschließlich der Zinsen und Schäden abkaufen konnte. Diese Wohltat wurde von Justinian mit der ausdrücklichen Berufung auf Mitleid (*pietatis intuitu*)⁶⁷ gegenüber dem Schuldner begründet:

C. 8.33.3.3b-3c, Iust. A. Demostheni: Et postquam hoc fuerit subsequutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori qui iam dominus factus est offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. [...] 3c. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam inrevocabilem factam.

Felgenträger führt das in der obigen Stelle beschriebene Lösungsrecht auf den griechischen und altorientalischen Einfluss zurück⁶⁸.

Justinian verlängerte die einjährige Frist für die Ausübung des Auslösungsrechts auf zwei Jahre (*biennium lutionis*) und änderte auch die Struktur des Pfandrechts selbst. Nach klassischem Recht konnte der Verpfänder die verkaufte Sache nur dann auslösen

⁶⁵ Dernburg 1864, 140-143. In gleichem Sinne auch Felgenträger 1933, 95: „So ist das fremde Verfahren in den Dienst der *pietas* und *humanitas* gegenüber dem bemitleidenswerten Schuldner gestellt“.

⁶⁶ C. 8.33.3.2 und 3a. Vgl. schon C. 8.22.2.1.

⁶⁷ Kranjc 2012, 74f.; Wubbe 1990, 257; Schönbauer 1942, 323.

⁶⁸ Felgenträger 1933, 95; Kaser 1975, 314, Fn. 16.

(*luere*), wenn dieses Recht zwischen dem Pfandgläubiger als Verkäufer und dem Käufer der verpfändeten Sache vereinbart worden war (*pactum luitionis*). Ihre Vereinbarung war ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich des Verpfänders⁶⁹. Weigerte sich der Käufer, sich dem Lösungsrecht zu unterwerfen, so war der Verpfänder berechtigt, den Pfandgläubiger (als Verkäufer) im Wege der *actio pigneraticia directa* zu verklagen, um die *actio venditi* gegen den Käufer der verpfändeten Sache abzutreten. Alternativ könnte der Verpfänder den Käufer auch durch *rei vindicatio* oder *actio in factum* klagen⁷⁰.

Nach Ablauf der im Vertrag festgelegten Frist erloschen das Recht des Verpfänders auf Auslösung und das damit verbundene Recht auf Anfechtung des Kaufvertrags, es sei denn, der Schuldner war minderjährig, ein Mündel oder abwesend wegen der Staatsgeschäfte⁷¹. Das Pfandrecht des Pfandgläubigers, das unabhängig von einer spezifischen Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Erwerber war, wurde wahrscheinlich in der provinziellen Praxis anerkannt⁷². Durch letztere ging es in das justinianische Recht über. Wenn der Pfandgläubiger von seinem Pfandrecht Gebrauch machte, musste er gemäß C. 8.33.3.3b nicht nur das verzinste Kapital zurückzahlen, sondern auch eine Verzugsentschädigung. Um Übertreibungen zu vermeiden, war der Pfandgläubiger dazu verpflichtet, die Höhe der Verzugsentschädigung unter Eid festzusetzen.

2.7 Beschränkung der Selbsthilfe

Im Einklang mit der allgemeinen Tendenz zur Beschränkung der Selbsthilfe in der nachklassischen Zeit wurde auch das Recht des Pfandgläubigers, den verpfändeten Gegenstand außergerichtlich zu verwerten, wesentlich eingeschränkt. Der Pfandgläubiger durfte noch nach klassischem Recht bei Nichterfüllung die besitzlos ver-

⁶⁹ Manigk 1941, 1274.

⁷⁰ Ulp. 38 *ad ed.*, D. 13.7.13 pr.

⁷¹ Marcian. *l.s. ad form. hypoth.*, D. 20.5.7.1.

⁷² Dies ergäbe sich aus C. 8.19.2, wo der Kaiser auf die Ungerechtigkeit dieser Praxis hinweist: *Obligata pignoris iure creditore recte distrabente post debitor emptori pretium offerens vel creditori quod debuit evincere non potest.*

pfändete Sache ohne Zustimmung des Verpfänders in Besitz nehmen und diese ohne obrigkeitliche Kontrolle verkaufen, was als eine bedeutende Ausnahme vom *decretum divi Marci*⁷³ betrachtet werden kann⁷⁴.

Ulp. 3. disp., D. 47.2.56: Cum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contrectare, sed pignori suo incumbere.

Die ulpianische Stelle bezieht sich möglicherweise nur auf Fälle, in denen der Pfandgläubiger die verpfändete Sache dem Verpfänder in Prekarium zurückgegeben hat⁷⁵. Damit wurde häufig versucht, die wirtschaftlichen Nachteile des Faustpfandes zu überwinden und gleichzeitig dem Pfandgläubiger einen unbedingten Schutz vor dem Prekaristen zu gewähren⁷⁶.

Nach den Bestimmungen der postklassischen Sentenzen des Paulus, des Syro-römischen Gesetzbuches⁷⁷ und des *Codex Iustinianus*⁷⁸ durfte der Pfandgläubiger die verpfändete Sache ausschließlich gerichtlich verfolgen, unabhängig davon, ob sie sich im Besitz des Pfandgebers oder eines Dritten befand⁷⁹. Andernfalls hätte er sich wegen eines Gewaltverbrechens (*crimen violentiae*) oder wegen Diebstahls strafbar gemacht.

Paul. 2.14.5: Si quis pignora debitoris citra auctoritatem iudicantis abduxerit, violentiae crimen admittit.

Trotz der obrigkeitlichen Missbilligung der Selbsthilfe konnten aber der Verpfänder und der Pfandgläubiger im Pfandvertrag vereinbaren, dass der Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache außergerichtlich einfordern darf. Der Verpfänder hatte durch

⁷³ Call. 5 *de cogn.*, D. 4.2.13.

⁷⁴ Die Regelung ist rechtsvergleichend interessant. Das hebräische Recht verdammt die Selbsthilfe eines Pfandgebers besonders scharf, vielleicht um einen armen Schuldner vor sozialer Schande zu bewahren (Brin 1994, 83) – siehe Deuteronomium 24.10-13.

⁷⁵ Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43.26.6.4.

⁷⁶ Fuenteseca 2013, 91; Braukmann 2008, 36-40.

⁷⁷ § 89b des Syrisch-Römischen Rechtsbuches. Selb, Kaufhold 2002a, 190. Vgl. auch Paul. 5.26.4, der im zweiten Teil der Stelle als überarbeitet gilt. Hierzu Sič, 2008, 492f.

⁷⁸ C. 9.12.5.

⁷⁹ Selb, Kaufhold 2002a, 190.

eine besondere Vertragsklausel ἡ πράξις ἔστω καθάπερ ἐκ δίκης⁸⁰ einer so genannten unmittelbar vollstreckbaren Urkunde zugestimmt, die ihm einen Rechtsstreit über die Hypothek ersparte. Diese Vertragsklausel, die nach hellenistischen Vorbildern⁸¹ in der Konstitution der Kaiser Septimius Severus und Caracalla aus dem Jahr 205 vorgesehen war, wurde in der gemeinrechtlichen Literatur als *pactum de ingrediendo*⁸² bezeichnet:

C. 8.13.3, Sev. Ant. AA. Maximo: Creditores, qui non redditā sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.

Die Vereinbarung der unmittelbaren Vollstreckbarkeit zugunsten des Pfandgläubigers war, wie zahlreiche Papyri zeigen, in den hellenischen Provinzen weitgehend verbreitet. Das Reichsrecht schränkte die Tragweite dieser für den Schuldner gefährlichen Vereinbarung ein, indem es zwar die Gültigkeit der Vereinbarung anerkannte, aber gleichzeitig das Eingreifen des Provinzverwalters (*praeses*) verlangte, sodass der Pfandgläubiger ohne gerichtliches Verfahren aber unter administrativer Kontrolle in den Besitz des Verpfänders eingreifen und das Pfand verwerten konnte. Das kaiserliche Recht erscheint in diesem Zusammenhang als *ius publicum* im Sinne einer zwingenden Vorschrift, die durch die zunehmend bürokratische Tendenz des Staates zur Verfolgung des Gemeinwohls (*utilitas publica*) legitimiert wird, wobei das grundlegende Postulat die Eindämmung von Gewalt und Willkür ist⁸³.

2.8 Verjährung der Pfandklage

Bereits Kaiser Gordian I. hatte festgelegt, dass die Einrede des langen Besitzes (*longi temporis praescriptio*) gegen eine Hypothekenklage nicht von einem persönlichen Schuldner, sondern ausschließlich

⁸⁰ „Die Vollstreckung erfolgt wie durch Urteil“. Hierzu Rodríguez Martín 2013, 243f.; Rodríguez Martín 2021, 89f.

⁸¹ Hitzig 1895, 59f.

⁸² Zu den *pacta de ingrediendo* in den Papyri siehe Taubenschlag 1959b, 141 und 271, Fn. 457; Mitteis 1891, 431.

⁸³ Paul. 2.19.2; Diocl. Max. C. 12.62.3; Nov. Theodos. 5.3. Dazu Gaudemet 1951, 450f.; Wieacker 2006, 202; , Žepič 2023, 249.

von einem dinglichen Schuldner geltend gemacht werden kann⁸⁴. Die Einrede des langen Besitzes schützte bloß gutgläubige Besitzer⁸⁵. Dabei konnte es sich nur um einen Dritten handeln, nicht aber um den persönlichen Schuldner und seine Rechtsnachfolger, bei denen davon ausgegangen wurde, dass sie von der Existenz der durch die Hypothek gesicherten Schuld wussten⁸⁶. Selbst nach dem allgemeinen Verjährungsgesetz des Theodosius von 424 verjährte die Hypothekarklage nicht, wenn sich die verpfändete Sache in den Händen des Schuldners oder seiner Erben befand, wohingegen sie Dritten gegenüber innerhalb von dreißig Jahren nach Fälligkeit der gesicherten Forderung verjährte⁸⁷. Der Grund für die Unverjährbarkeit der Hypothekarklage ist in der Konstitution allerdings nicht angegeben. Wahrscheinlich geht es jedoch um die Absicht des Gesetzgebers, dass das Pfandrecht durch die Befriedigung der Forderung und nicht durch die Verjährung der Hypothekenklage erlöschen soll.

Im Jahr 525 legte Kaiser Justin fest, dass die *actio hypothecaria in rem* gegen einen persönlichen Schuldner vierzig oder dreißig Jahre nach dessen Tod verjähren sollte. Er begründete diese Neuerung mit dem Wunsch, die dauerhafte Angst der Besitzer zu überwinden, wenn sie weiterhin auf der Unverjährbarkeit der Hypothekarklage beharren würden:

C. 7.39.7 pr., Iustinus A. Archelao: [N]ostrae provisionis esse perspeximus hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur.

Im gemeinen Recht wurde darüber kontrovers diskutiert, wie es sein kann, dass eine mit einem Pfandrecht gesicherte Forderung nach der allgemeinen Regel von dreißig Jahren verjährt, während die hypothekarische Klage noch weitere zehn Jahre lang einklagbar bleibt⁸⁸. In dieser etwas inkonsequenten gesetzgeberischen Lösung

⁸⁴ C. 7.36.1. Dazu Piekenbrock 2006, 61.

⁸⁵ Unterholzner 1858, 268.

⁸⁶ Ulp. 3 *disp.*, D. 44.3.5.1.

⁸⁷ CTh. 4.14.1 pr.

⁸⁸ Löhr 1828, 82.

spiegelt sich meines Erachtens der Wunsch des Gesetzgebers wider, einen Kompromiss zwischen der ursprünglichen Unverjährbarkeit der Hypothekarklage und der allgemeinen dreißigjährigen Verjährungsfrist zu erzielen.

3. Schluss

Eine ausgewogene Regulierung der Kreditbesicherung ist ein wesentlicher Erfolgsfaktor für jedes Kreditsystem. Bei der Behandlung des Pfandvertrages betonte Justinian selbst, dass ein Pfand stets in beiderseitigem Interesse gegeben werden soll (*pignus utriusque gratia datur*) – sowohl im Interesse des Schuldners, damit ihm Geld eher geliehen wird, als auch in dem des Pfandgläubigers, damit sein Darlehen besser gesichert wird⁸⁹. In der anderen Institutionenstelle, in der die Reform der *impetratio dominii* erwähnt wurde, rühmte sich Justinian, er habe für Pfandgläubiger und Schuldner mehr als ausreichend Sorge getragen. Durch seine Reform der Pfandverwertung sei die Verfolgung der Pfandgläubigerrechte nicht gehindert, die Angst des Schuldners vor dem Eigentumsverlust wurde jedoch zurückgedrängt⁹⁰. Die emphatischen Begründungen Justinians könnten darauf hindeuten, dass es bereits zu Zeiten Justinians fundierte Bedenken hinsichtlich der rechtspolitischen Angemessenheit der einseitig schuldnerfreundlichen Tendenzen gab, die der Kaiser in rhetorisch-propagandistischer Weise widerlegen wollte. Die rechtspolitische Orientierung Justinians zum Schutz des Pfandschuldners als stereotypisch wirtschaftlich schwächere Partei wurde sogar zum Hauptvorwurf des neuen „Rechtsgeistes“ gemacht. Jhering deutet die zweijährige Verkaufsaufschiebfrist als ein typisches Zeichen der spätrömischen Kaiserideologie, die dem Schuldner auf Kosten des Pfandgläubigers Milde und Nachsicht zeigte⁹¹.

Nach der Überprüfung der gesetzgeberischen Maßnahmen im Bereich der Realsicherheiten in der nachklassischen Periode lässt sich feststellen, dass zumindest prinzipiell auch in diesem Bereich das Bestreben nach einem Ausgleich der Eigentumsinteressen der

⁸⁹ I. 3.14.4: [*P*]ignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum [...].

⁹⁰ I. 2.8.1.

⁹¹ Jhering 1992 [1872], 137f.

beteiligten Parteien verfolgt wurde. Die scheinbaren Begünstigungen des Verpfänders waren in erster Linie wirtschaftlicher und fiskalischer Natur. Der Kaiser wollte keine vertraglichen Regelungen dulden, die zum wirtschaftlichen Ruin eines Bürgers führen würden, der gleichzeitig Familienvater, Soldat und Steuerzahler war. Auch christliches Gedankengut mag zu einigen der gesetzgeberischen Maßnahmen beigetragen haben, zum Beispiel durch die Lehren der Kirchenväter und die Beschlüsse der unter kaiserlicher Schirmherrschaft abgehaltenen Kirchenkonzilien. Eine Art dezidierten Sozialisierung des Schuldrechtes wenigstens im Bereich des dinglichen Versicherungsrechts darf man ihnen wohl aber nicht zuschreiben.

Die historische Entwicklung des römischen Pfandrechts verdeutlicht eine Tendenz zum Ausgleich zwischen den Rechten des Pfandnehmers und des Pfandgebers, die sich im nachklassischen Kaiserrecht schrittweise zu Gunsten des Schuldners umkehrte. Im Interesse der Kreditsicherheit hielt sich aber die schwache Bevorzugung des Schuldners durch den Gesetzgeber auch in der Gesetzgebung Justinians prinzipiell in vernünftigen Grenzen⁹². Die Struktur des römischen Pfandrechts ist für Rechtshistoriker und Wirtschaftswissenschaftler ein besonders lehrreiches Phänomen, das eine eingehende dogmatische und rechtsvergleichende Behandlung verdient. Die Ausprägungen des Pfandrechts in der nachklassischen Zeit, insbesondere im Lichte der bisweilen missglückten gesetzgeberischen Eingriffe in das durchdachte und hart erarbeitete klassische ausgewogene Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, bestätigen alte Weisheiten, wonach *nihil immensum bonum est*⁹³, denn *omne, quod est nimium, vertitur in vitium*.

Quellen- und Literaturverzeichnis

Arnese 2018: A. Arnese, *Marcian. lib. sing. ad form. hyp. D. 20.1.16.9. Il patto marciano: il problema del giusto prezzo e il rapporto con il divieto del patto commissorio*, in L. Solidoro (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Torino 2018, 177-192.

⁹² Siehe auch Verhagen 2022, 2: „In the late classical period, although the law of real security did remain by and large creditor-friendly, the imperial chancery increasingly interfered with it in order to provide a considerable degree of protection to debtors“.

⁹³ Nov. 3 (praef.).

- Baldus 2010: C. Baldus, *Römische Privatautonomie*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 210.1, 2010, 2-31.
- Biondi 1954: B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954.
- Biscardi 1976: A. Biscardi, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976.
- Bonini 1974: R. Bonini, *Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto (nelle Novelle Giustiniane)*, in *SDHI* 40, 1974, 111-150.
- Brassloff 1933: S. Brassloff, *Sozialpolitische Motive in der römischen Rechtsentwicklung*, Wien 1933.
- Braukmann 2008: M. Braukmann, *Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008.
- Brin 1994: G. Brin, *Studies in Biblical Law From the Hebrew Bible to the Dead Sea Scrolls*, Sheffield 1994.
- Crook 1967: J. Crook, *Law and Life of Rome*, New York 1967.
- Demandt 2007: A. Demandt, *Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284-565 n. Chr.*, München 2007.
- Dernburg 1864: H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II, Leipzig 1864.
- Felgenträger 1933: W. Felgenträger, *Antikes Lösungsrecht*, Berlin-Leipzig 1933.
- Fleischmann 1896: M. Fleischmann, *Das pignus in causa iudicati captum. Eine civilistische Studie*, Breslau 1896.
- Frier 2016: Frier, B. (ed.), *The Codex of Justinian. A new Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text*, III. Books VIII-XIII, Cambridge 2016.
- Fuenteseca 2013: M. Fuenteseca, *Pignus e hyptheca en su evolución histórica*, Santiago de Compostela 2013.
- Gaudemet 1951: J. Gaudemet, *Utilitas publica*, in *RD* 28, 1951, 465-499.
- Gaudemet 1992: J. Gaudemet, *La Constitution ad populum du 31 janvier 320*, in id., *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, Napoli 1992, 117-136.
- Göttlicher 2004: D.R. Göttlicher, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis, Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*, Göttingen 2004.
- Gouron 1961: A. Gouron, *Gage confirmatoire et gage pénitentiel en droit romain*, in *RD* 39, 1961, 197-223.
- Harke 2019: J.D. Harke, *Iuris prudentia Diocletiana. Kaiserliche Rechtsprechung am Ende des dritten Jahrhunderts*, Berlin 2019.
- Harke 2021: J.D. Harke, *Utilitas Constantimiana. Privatrechtsgesetzgebung am Beginn des vierten Jahrhunderts*, Berlin 2021.

- Hitzig 1895: H.F. Hitzig, *Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts*, München 1895.
- Hofstetter 1999: J. Hofstetter, *War Atilicinus Schuldnerfreundlich?*, in J.-F. Gerkens (dir.), *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Lüttich 1999, 225-238.
- Jhering 1992: R.v. Jhering, *Der Kampf um's Recht. Zum hundertsten Todesjahr des Autors herausgegeben von Felix Ermacora*, Berlin 1992.
- Kambič 2010: M. Kambič, *Aedificatio po D. 6, 1, 38 – primer sodobnega pomena eksegeze*, in *Zbornik znanstvenih razprav* 70, 2010, 127-158.
- Kaser 1958: M. Kaser, *Partus ancillae*, in *ZSS* 75, 1958, 156-200.
- Kaser 1975: M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975.
- Kaser 1982: M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982.
- Krämer 2007: G. Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln-Weimar-Wien 2007.
- Kranjc 2012: J. Kranjc, *Virtues in the Law: The Case of Pietas*, New York 2012.
- Krumpholz 1992: H. Krumpholz, *Über sozialstaatliche Aspekte in der Novellengesetzgebung Justinians*, Bonn 1992.
- Levy 1956: E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht*, Weimar 1956.
- Levy 1959: E. Levy, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, in *ZSS* 76, 1959, 1-36.
- Liebs 1976: D. Liebs, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in *ANRW* XV.2, Berlin-Boston 1976, 288-362.
- Liebs 2018: D. Liebs, *Wenn Fachliteratur Gesetz wird – Inwieweit wurden römische Juristenschriften im Lauf der Jahrhunderte überarbeitet?*, in *ZSS* 135, 2018, 395-473.
- Litewski 1974: W. Litewski, *Pignus in causa iudicati captum*, in *SDHI* 40, 1974, 205-302.
- Löffelmann 1996: A. Löffelmann, *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen. Rechtsvergleich zwischen deutschem und römischem Recht*, Köln 1996.
- Löhr 1828: V. Löhr, *Einiges zur Lehre von der Verjährung der Klagen*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 10, 1828, 66-89.
- Manigk 1941: A. Manigk, s.v. *Pignus*, in *PWRE* XX.1, Stuttgart 1941, 1239-1283.
- Mansi 1759: *Sacrorum conciliorum nova, et amplissima collectio [...] quae Joannes Dominicus Mansi [...] evulgavit*, II. *Ab anno CCCV ad annum CCCXLVI*, Florentiae 1759.
- Mitteis 1891: L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891.

- Pellecchi 2016: L. Pellecchi, *Dimensione economica e azione della giurisprudenza: il caso delle garanzie reali*, in RD 94.4, 2016, 491-547.
- Piekenbrock 2006: A. Piekenbrock, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Freiburg 2006.
- Purpura 2009: G. Purpura, *La „sorte“ del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem* (Ambrogio, *De Tobia* X, 36-37), in *Iuris antiqui historia* 1, 2009, 41-60.
- Rabel 1915: E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in F.v. Holtzendorff, F. v. Kohler (Hgg.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, München-Leipzig 1915, 399-541.
- Rodríguez Martín 2013: J.-D. Rodríguez Martín, *Sobre la supervivencia de la cláusula καθάπερ ἐκ δίκης en los papiros romanos y bizantinos*, in *RIDA* 60, 2013, 243-277.
- Rodríguez Martín 2021: J.-D. Rodríguez Martín, *Textual Evidences of the Executive Legal Effects of a ‘Καθάπερ Ἐκ Δίκης’ Formula in Early Roman Egypt*, in *Neue Grenzen / New Frontiers*, Sonderblatt der Zeitschrift des Humboldt-Vereins Ungarn, Budapest 2021, 89-104.
- Schanbacher 2010: D. Schanbacher, *Entwicklungen in der römischen Pfandrechtsdoktrin*, in *Ius Romanum schola sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*, Trnava 2010, 401-413.
- Schanbacher 2023: D. Schanbacher, § 48 *Pfandrecht (pignus, hypotheca)*, in U. Babusiaux, Ch. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek, Th. Rübner (Hgg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, I. § 1-58, Tübingen 2023, 1177-1234.
- Schönbauer 1942: E. Schönbauer, *Diokletian in einem verzweifelten Abwehrkampfe?: Studien zur Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit*, in *ZSS* 62, 1942, 267-346.
- Schulz 1951: F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
- Schwartz 1952/1953: F. Schwartz, *Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 152.3, 1952/1953, 193-215.
- Seidl 1973: E. Seidl, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz. Die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen*, Sankt Augustin 1973.
- Selb, Kaufhold 2002a: W. Selb, H. Kaufhold, *Das syrisch-römische Rechtsbuch, Texte und Übersetzungen*, Wien 2002.
- Selb, Kaufhold 2002b: W. Selb, H. Kaufhold, *Das syrisch-römische Rechtsbuch, Kommentar*, Wien 2002.
- Sič 2010: M. Sič, *Kupovina predmeta zaloge od strane založnog poverioca prema Papinijanu*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2, 2010, 155-179.

- Sič 2014: M. Sič, *Remarks on the Reasons of Commissoria Rescindenda* (C. Th. 3, 2, 1 / =Brev. CTh. 3, 2, 1 = C.J. 8, 34, 3/), in *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 3, 2014, 91-112.
- Stühff 1966: G. Stühff, *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Großen*, Weimar 1966.
- Sukačić 2021: M. Sukačić, *Lex Commissoria: From a Forbidden Clause in Roman Law to a (Contemporary) Debtor's Welcome Relief*, in *Journal on European History of Law* 12.2, 2021, 96-105.
- Taubenschlag 1959: R. Taubenschlag, *Self-help in Greco-Roman Egypt*, in id., *Opera minora*, II, Warsaw 1959, 135-141.
- Terpstra 2008: T. Terpstra, *Roman Law, Transaction Costs and the Roman Economy: Evidence from the Sulpicii Archive*, in K. Verboven (ed.), *Pistodia tèn technèn. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of Raymond Bogaert*, *Studia Hellenistica* 44, Leuven 2008, 345-369.
- Unterholzner 1828: K.A.D. Unterholzner, *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1828.
- Verboven 2002: K. Verboven, *The Economy of Friends: Economic Aspects of amicitia and Patronage in the Late Republic*, Brussels 2002.
- Verhagen 2022: L.E. Verhagen, *Security and Credit in Roman Law: The Historical Evolution of Pignus and Hypotheca*, Oxford 2022.
- Von der Fecht 1999: W. R. Von der Fecht, *Die Forderungspfändung im römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 1999.
- Wacke 1998: A. Wacke, *Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts*, in *ZSS* 115, 1998, 168-202.
- Weiss 1909: E. Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen. Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*, Weimar 1909.
- Wieacker 2006: F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, II. *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur Justinianischen Gesetzgebung. Ein Fragment*, hrsg. von Joseph Georg Wolf, München 2006.
- Wiewiorowski 2012: J. Wiewiorowski, *The Abuses of Exactores and the Laesio Enormis – a Few Remarks*, in *Studia Ceranea* 2, 2012, 75-82.
- Willems 2017: C. Willems, *Justinian als Ökonom: Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den Quinquaginta Decisiones*, Köln-Weimar-Wien 2017.
- Wubbe 1990: F.B.J. Wubbe, *L'Humanitas de Justinien*, in *RHD* 58.3, 1990, 249-262.
- Zamora Manzano 2007: J.L. Zamora Manzano, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus*, in *RIDA* 54, 2007, 519-552.

- Zimmermann 1992: R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1992.
- Žepič 2021: V. Žepič, *Iusta causa traditionis. Narava pravne podlage izročitve v luči antinomije Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18*, in *Zbornik znanstvenih razprav (Ljubljana Law Review)* 81, 2021, 201-238.
- Žepič 2022a: V. Žepič, *Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu*, in *Zbornik znanstvenih razprav (Ljubljana Law Review)* 82, 2022, 257-305.
- Žepič 2022b: V. Žepič, *Non-Pledgeable Property in Ancient Law – A Reflection of favor debitoris?*, in J. Tauchen, D. Kolumber (eds), *Edge of Tomorrow: the Next Generation of Legal Historians and Romanists: Collection of Contributions from the 2022 International Legal History Meeting of PhD Students*, Brno 2022, 34-41.
- Žepič 2023: V. Žepič, *Ius publicum in iure privato. Javnopravne prvine v rimskem zasebnem pravu*, in *Zgodovinski časopis*, 77 (3-4), 2023, 246-296.