

Das *ius offerendi et succedendi* des nachrangigen Pfandgläubigers

Christian Emunds und Jan Dirk Harke

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	15
II. Eine Erweiterung der Pfandhaftung	20
1. Das Vorbild der hypothekarischen Sukzession	22
2. Ursprung im Kaiserrecht	24
3. Verschmelzung von Rangverbesserung und hypothekarischer Sukzession	27
III. Die Verzinsung als Schlüssel zum Sinn der Haftungserweiterung	27
1. Grundlage der Verzinsung	28
2. Persönliche Klage oder Pfandhaftung?	29
3. Pfandhaftung zur Vorteilsabschöpfung	33
IV. Erweiterte Pfandhaftung als sinngebendes Element	34
V. Datierung des <i>ius offerendi et succedendi</i>	37

I. Einführung

Auf allen Entwicklungsstufen, die die Mehrfachverpfändung im klassischen Recht durchläuft, bleibt das Verwertungsrecht stets dem erstrangigen Pfandgläubiger vorbehalten.¹ Da dieser nur an der Befriedigung seines eigenen Anspruchs interessiert

¹ Vgl. etwa D. 20,5,1 Pap 26 quaest und C. 8,17,8 (a. 293). Nur der Fiskus darf die Sache als Zweitgläubiger selbst veräußern und den Erstgläubiger aus dem Erlös befriedigen, vgl. D. 49,14,22,1

C. Emunds (✉)
Hoffstraße 10, 76133 Karlsruhe, Deutschland
E-Mail: Christian.Emunds@t-online.de

J. D. Harke
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung an der
Universität Würzburg, Alte Universität, Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg, Deutschland
E-Mail: harke@jura.uni-wuerzburg.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

J. D. Harke (Hrsg.), *Facetten des römischen Pfandrechts*,
DOI 10.1007/978-3-662-44989-9_2

ist, droht der Zweitgläubiger mit seiner Forderung auszufallen. Während er durch den Verkauf des Pfandes sein Recht an der Sache verliert,² kann er nur noch auf das *superfluum* zugreifen,³ wenn der vorrangige Pfandgläubiger denn ein solches erzielt. Um die Position des nachrangigen Gläubigers zu verbessern, gewähren ihm die Kaiser des Jahres 197 ein Ablösungsrecht:

C. 8,17,1

Severus et Antoninus AA. Secundo. Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.

Die Kaiser Severus und Antoninus an Secundus. Wer ein Pfand an zweiter Stelle angenommen hat, kann sein Recht unter der Voraussetzung festigen, dass er dem vorrangigen Gläubiger den geschuldeten Betrag zahlt oder es, wenn er es angeboten und er sich geweigert hatte anzunehmen, versiegelt und hinterlegt und nicht wieder zum eigenen Gebrauch verwendet.

Der Zweitgläubiger kann sein Pfandrecht dadurch verstärken, dass er auf die Forderung des Erstgläubigers zahlt: *si priori creditori pecuniam debitam solverit*. Seine Zahlung wird nicht etwa als Klagenkauf behandelt⁴, sondern als *solutio*. Als solche führt sie zum Erlöschen der persönlichen Forderung und nicht zu ihrem Übergang⁵.

Marci 1 s de delat. Ähnliches gilt, wenn im Wege der *pignoris capio* in eine bereits verpfändete Sache vollstreckt wird, vgl. D. 42,1,15,5 Ulp 3 de off cons.

² Vgl. D. 20,4,12,7 Marci 1 s ad form hyp und C. 8,19,1 pr. Alex (a. 230): *Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest*.

³ Hierzu Kaser, Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, St. Grosso, Bd. 1, Turin 1968, S. 27, 37 ff., 50 ff. (= Kaser, Ausgewählte Schriften, Neapel 1976, Bd. 2, S. 69 ff.).

⁴ Zur dieser Möglichkeit der Ablösung des vorrangigen Pfandrechts D. 20,6,5,2 i.f. Marci 1 s ad form hyp: *Aliud est, si ius obligationis vendiderit creditor et pecuniam acceperit: tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur; non solutionis nomine*. Ferner D. 20,6,1 pr. Pap 11 resp (*citra emptionem*). D. 20,3,3 Paul 3 quaest [*quo casu emptoris causa melior efficietur*] gehört dagegen nicht hierher; vgl. Schmidt-Ott, *Pauli quaestiones*, Berlin 1999, S. 37 f. und Fn. 89. Das gleiche gilt für D. 20,5,5,1 Marci 1 s ad form hyp und D. 20,5,6 Mod 8 reg. Diese Texte, die Wacke, Paulus Dig. 10,2,29: Zur Pfand-Adjudikation im Erbteilungsprozess und zur Entwicklung der sogenannten hypothekarischen Sukzession, in: Medicus/Seiler (Hg.), Festschrift für Kaser, München 1976, S. 499, 529 Fn. 52 als weitere Belege anführt, behandeln den Fall, dass der Erstgläubiger im Rahmen seines Verwertungsrechts die Pfandsache selbst an den Zweitgläubiger verkauft; vgl. Peters, Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen römischen Recht, in: Medicus/Seiler, Studien im römischen Recht, Berlin 1973, S. 137, 152 ff.

⁵ Die Quellen enthalten keinen Hinweis darauf, dass die *solutio* des Zweitgläubigers andere Wirkungen hätte als eine gewöhnliche Drittleistung. Die Befreiung des Schuldners wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt (*eam summam, qua eum liberavit* in D. 49,15,12,12 Tryph 4 disp (s. u. III.2) meint die Befreiung des verpfändeten *servus captivus* aus der Gewalt des *redemptor*, nicht die Befreiung des Schuldners). Stattdessen ist aber mehrfach von der „Abfindung“ (*dimissio*) des Erstgläubigers die Rede; vgl. D. 20,4,16 Paul 3 quaest, D. 20,5,1 Pap 26 quaest, D. 49,15,12,12 Tryph 4 disp und PS 2.13.8. Daher ist davon auszugehen, dass die erstrangig gesicherte Forderung durch die *solutio* des Zweitgläubigers erlischt; vgl. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, Leipzig 1864, S. 518 f. und Regely, S. 42 ff. (mit einem Überblick über die gemeinrechtliche Literatur, die mehrheitlich – wenn auch mit unterschiedlichen Konstruktionen – von einem Übergang der Forderung ausgeht), Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden, AcP 82 (1894) 367, 442 ff., Hellmuth, Das *ius offerendi et succedendi* beim römischen

Über den so bewirkten Vorteil für den Schuldner sehen Severus und Caracalla im Interesse des nachrangigen Pfandgläubigers eine *ipso iure* eintretende ‚Konfirmation‘ seines Pfandrechts vor (*ius suum confirmare potest*). Das bedeutet⁶: Der Zweitgläubiger hat jetzt alle mit einem vollwertigen Pfandrecht verbundenen Befugnisse und damit auch diejenigen, die zunächst dem Erstgläubiger zustanden. Er kann die Pfandsache mit der *actio Serviana* von jedermann, und zwar jetzt auch vom Erstgläubiger,⁷ herausverlangen und zur Befriedigung seiner Forderung verkaufen⁸. Die Gefahr, bei der Verwertung durch den Erstgläubiger wegen dessen mangelnder Rücksicht auf den Zweitgläubiger auszufallen, besteht also nicht mehr; das bisher unsichere Pfandrecht ist ‚gefestigt‘.

Pfandrecht, in: Jahrbuch der Basler Juristenfakultät 38/39 (1959/60) 40, 42, Kaser (Fn. 3), S. 48 f., Peters (Fn. 4), S. 150 und Wacke (Fn. 4), S. 529.

⁶ *Pignus confirmare* und ähnliche Formulierungen finden sich vor allem im Zusammenhang des *ius offerendi*. Von den insgesamt sechs Belegen stammen vier aus diesem Bereich; vgl. neben C. 8,17,1 auch D. 49,15,12,12 Tryph 4 disp (*ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa*), C. 8,17,5 (*sed si tu ei omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur*) und C. 8,13,22 (*secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus*); dazu Kaser (Fn. 3), S. 48 m. w. N. in Fn. 81 und Schulz, Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht, SZ 27 (1906) 82, 104 und 106. Was mit der ‚Konfirmation‘ des zweitrangigen Pfandrechts gemeint ist, wird in keinem dieser Texte näher erläutert. Aufschlussreicher sind die beiden anderen Nachweise: In D. 36,1,58 Pap 7 resp (*hereditate postea restituta constitit ex eo facto... pignora confirmari*) geht es um die Konvaleszenz von Pfandrechten durch nachträglichen Erwerb des Verpfänders, *confirmari* meint hier also „das Zuständigwerden einer *actio Serviana utilis*“ (Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, Berlin 1987, S. 13, 83 ff.). Auch in D. 20,4,9,3 Afr 8 quaest (*tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur*) bezeichnet *pignus confirmari* den Erwerb der *actio Serviana utilis* (vgl. Schanbacher a. a. O., S. 13, 22 ff.). Afrikans Entscheidung betrifft sogar speziell die Konvaleszenz eines zweitrangigen Pfandrechts durch den Wegfall des erstrangigen. Sie beruht noch auf der Vorstellung, dass eine Sache nicht gleichzeitig mit mehreren Pfandrechten belastet sein kann. Nach Marcells fortschrittlicher, wohl schon in der Spätclassik allgemein anerkannter Ansicht hat der Zweitgläubiger schon vor dem Wegfall des vorrangigen Pfandrechts ein unbedingtes Pfandrecht (vgl. D. 44,4,19 Marcell 19 dig; dazu Kaser [Fn. 3], S. 45 ff., 47 und 49 sowie Schanbacher a. a. O., S. 37 f.). Das zweitrangige Pfandrecht konvalesziert also nicht erst durch das Erlöschen des erstrangigen. Dennoch wird der Ausdruck *pignus confirmare* gerade beim *ius offerendi* weiterhin verwendet. Daher ist anzunehmen, dass er auch hier den Erwerb eines vollgültigen Pfandrechts bezeichnet, wenn auch nicht mehr durch Konvaleszenz, so doch durch Wegfall der mit dem zweiten Rang verbundenen Beschränkungen (*exceptio rei sibi ante pigneratae*, kein *ius vendendi*).

⁷ Vgl. PS 2.13.8: *Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest*. Der Zweitgläubiger kann vom Erstgläubiger die Herausgabe der Pfandsache verlangen. Die *actio Serviana*, die ihm seit Marcell schon vor der Ablösung zusteht, ist nun nicht mehr durch die *exceptio rei sibi ante pigneratae* entkräftet. Die ältere Auffassung, nach der das zweite Pfandrecht durch das Erlöschen des ersten bedingt ist, kommt zu dem gleichen Ergebnis: Mit dem Erlöschen des Erstpandrechts erhält der Zweitgläubiger die *actio Serviana utilis*, gegen die der Erstgläubiger nicht geschützt wird; vgl. dazu Kaser (Fn. 3), S. 47 mit Fn. 71 ff.

⁸ D. 20,5,5 pr. Marci 1 s ad form hyp, C. 8,17,8 Diocl/Max (a. 293); vgl. dazu Kaser (Fn. 3), S. 46. D. 20,3,3 Paul 3 quaest bezieht sich nicht auf das *ius offerendi*, vgl. Kaser a. a. O. S. 46 Fn. 70 m.w.N. und Schmidt-Ott (Fn. 4), S. 36 Fn. 81.

Dieses Ziel kann der zweitrangige Pfandgläubiger auch gegen den Willen des vorrangigen Gläubigers erreichen: Nimmt dieser die angebotene Leistung nicht an, dann hat er die Möglichkeit, die geschuldete Summe zu hinterlegen (*cum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit*). So bewirkt er zwar nicht den Untergang der Forderung des erstrangigen Gläubigers,⁹ erreicht aber die Konfirmation des zweitrangigen Pfandrechts. Der Erstgläubiger läuft also Gefahr, seine dingliche Sicherheit zu verlieren, und ist deshalb mittelbar zur Annahme der Zahlung gezwungen. Der Zweitgläubiger erhält auf diese Weise ein ‚Recht‘ zur Drittleistung auf die erstrangig gesicherte Forderung, das *ius offe-rendi*.

Das Erstarken des zweitrangigen Pfandrechts durch das Angebot der Erfüllung an den erstrangigen Gläubiger ergibt sich schon aus der Formel der *actio Serviana*.¹⁰ Dies zeigt D. 20,4,11,4 (Gai l s de form hyp):

Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

Ist der zweite Gläubiger bereit, dem ersten Gläubiger zu leisten, was ihm geschuldet wird, müssen wir zusehen, ob ihm die Pfandklage auch dann zusteht, wenn sich der erste Gläubiger weigert, das Geld anzunehmen. Und wir müssen sagen, dass die Klage dem ersten Gläubiger nicht mehr dienlich ist, weil es an ihm liegt, dass der Betrag nicht gezahlt wird.

In diesem Text handelt Gaius nicht von der hypothekarischen Sukzession eines beliebigen Neugläubigers, der dem Schuldner ein Darlehen zur Befriedigung des vorrangigen Gläubigers gewährt.¹¹ Vielmehr geht es um die Ablösung des Erst- durch den Zweitpfandgläubiger.¹² Dass die Pfandsache diesem bereits verpfändet ist, folgt daraus, dass Gaius ihn als *creditor* bezeichnet und damit impliziert, dass seine Forderung schon besteht und nicht erst durch ein Darlehen begründet werden soll. Außerdem beantwortet Gaius die Frage, ob dem *posterior creditor* die *actio Serviana* zusteht, indem er feststellt, dass die Pfandklage des *prior creditor* erloschen ist. Dies ist nur dann sinnvoll, wenn mit der Klage des Erstgläubigers das einzige Hindernis für die Klage des Zweitgläubigers wegfällt. Zunächst hatte der vorrangige Pfandgläubiger ein durch diese Klage geschütztes Pfandrecht. Deren Voraussetzungen sind aber mit der Zahlung (*eamque pecuniam neque solutam*) oder ihrer Nichtannahme (*neque per Am Am stare quo minus solvatur*) weggefallen; das erstrangige Pfandrecht ist erloschen¹³ und steht dem Recht des Zweitgläubigers nun nicht mehr entgegen.

⁹ Vgl. nur Nitschke, Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung im römischen Recht, SDHI 24 (1958) 112, 189 ff.

¹⁰ Dazu Lenel, Das *edictum perpetuum*, Leipzig 1927, S. 493 ff., dessen Rekonstruktion (insoweit noch heute allgemein anerkannt ist, vgl. nur Kaser, Studien zum röm. Pfandrecht, Neapel 1982, S. 24 (=TR 44 [1976] 256) Fn. 146.

¹¹ So aber Kaser (Fn. 3), S. 33 Fn. 22 unter Annahme einer Textkürzung.

¹² Vgl. etwa Wacke, Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit, TR 37 (1969) 369, 378 und Schanbacher (Fn. 6), S. 36 m. w. N. in Fn. 143.

¹³ Für den Fall des erfolglosen Angebots ergibt sich dies aus D. 20,4,11,4: *dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur*. Soweit sie das Zweitpfandrecht

Dass das Angebot des Zweitgläubigers schon nach allgemeinen Regeln zur Konfirmation seines Pfandrechts führt, wirft die Frage nach der Tragweite von C. 8,17,1 auf: Enthält diese Konstitution nur die Anerkennung eines älteren, seit Gaius belegten Rechts, oder darüber hinaus auch positive kaiserliche Rechtssetzung? Wie andere Quellen zeigen, hat die Ausübung des *ius offerendi* eine weitere Konsequenz, die über Gaius' Lösung hinausgeht:¹⁴ Der Zweitgläubiger kann sich auch hinsichtlich des Betrags, den er zur Ablösung des Erstgläubigers aufgewendet hat, aus der Pfandsache bezahlt machen. Handelt es sich bei dieser Rückgriffsmöglichkeit um eine kaiserrechtliche Neuerung, und kann sie mit C. 8,17,1 in Verbindung gebracht werden?

Die wichtigste Quelle ist

D. 20,4,12,6 Marci 1 s ad form hyp:

Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum,

betrifft, ist Gaius' Entscheidung in der Spätclassik überholt. Für das Erlöschen des Erstpandrechts gilt dies jedoch nicht: In den spätclassischen Texten zum *ius offerendi* ist mehrfach von der Abfindung (*dimissio*) des Erstgläubigers die Rede. Nach PS 2.13.8 (*Novissimus creditor priorem oblata pecunia... dimittere potest*) genügt hierfür das bloße Angebot. *Dimissio* bezeichnet also nicht (nur) die Erfüllung der gesicherten Forderung (vgl. D. 20,4,16 Paul 3 quæst: *plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit*), sondern das Erlöschen des erstrangigen Pfandrechts, das auch durch anderweitige Befriedigung des Gläubigers (vgl. D. 49,15,12,12 Tryph 7 disp: *ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa... dimittendus est*) oder durch ein erfolgloses Angebot herbeigeführt werden kann.

¹⁴ Auch Schulz, SZ 27 (1906) 82, 108 vermutet hinter dieser erweiterten Pfandhaftung eine kaiserrechtliche Neuerung, allerdings die einzige. Den ältesten Beleg für das *ius offerendi* sieht er (S. 105) in D. 20,4,11,4. Aus diesem Text zieht er den Schluss, „daß es sich bei dem *ius offerendi* zunächst lediglich um die Erlangung der Rangvorrechte des vorstehenden Pfandrechts (Besitz, Pfandklage, Verkaufsbefugnis) handelte“ (S. 106). Dabei setzt er die in anderen Quellen verwendeten Formulierungen *pignus confirmare* (s.o. Fn. 6) und *in locum* bzw. *in ius priori creditoris succedere* (s.u. Fn. 19) mit Gaius' Entscheidung (*competat hypothecaria actio*) gleich: „Durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers rückt der *posterior* an seine Stelle, nämlich mit seinem Pfandrecht, für den an den vorstehenden Gläubiger gezahlten Betrag erhält er zunächst weder eine persönliche Forderung gegen den Schuldner, noch ein Pfandrecht an der Sache. Jetzt ist es richtig, daß das Ausbieten des *prior creditor* zur ‚Festigung‘ des Pfandrechts des *posterior* dient, denn dieser erhält dadurch für sein Pfandrecht nunmehr Besitz, Pfandklage und Verkaufsrecht“ (S. 105 f.). Schulz' Auffassung beruht auf einer künstlichen Aufspaltung der Rechtsfolgen des *ius offerendi*: Alle Quellen, die die Wirkung des *ius offerendi* als ‚Konfirmation‘ des Pfandrechts oder als ‚Eintreten an die Stelle‘ des Erstgläubigers bezeichnen, stammen aus einer Zeit, in der die erweiterte Pfandhaftung bereits bekannt ist. Gaius verschafft dem Zweitgläubiger zwar nur die *actio Serviana* (und damit auch das *ius vendendi*), er stützt seine Entscheidung aber auf die allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätze und nicht auf ein besonderes Ablösungsrecht. Die hierfür technischen Begriffe *pignus confirmare* und *in locum succedere* kennt er ebensowenig wie die – aus den allgemeinen Regeln nicht zu begründende – erweiterte Pfandhaftung. Daher kann man aus D. 20,4,11,4 gerade nicht schließen, das *ius offerendi* sei ursprünglich auf ‚die Erlangung der Rangvorrechte des vorstehenden Pfandrechts‘ beschränkt gewesen. Zu einem eigenständigen Rechtsinstitut wird es vielmehr erst durch die Verknüpfung dieser Rechtsfolgen mit der erweiterten Pfandhaftung. Gaius' Entscheidung ist nur eine – allerdings entscheidende – Vorstufe des *ius offerendi*.

quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est.

Man muss wissen, dass die Sache dem nachrangigen Gläubiger auch gegen den Willen des Schuldners nicht nur für seinen Anspruch haftet, sondern auch für den des ersten Gläubigers und für seine Zinsen und für die, die er dem ersten Gläubiger gezahlt hat. Aber dennoch wird er von den Zinsen, die er dem ersten Gläubiger gezahlt hat, keine Zinsen erlangen. Er hat nämlich nicht das Geschäft eines anderen geführt, sondern eher sein eigenes. Und dies hat Papinian im dritten Buch der Responsen geschrieben, und es ist richtig.

Der Schuldner hat dieselbe Sache zunächst *Primus* und dann *Secundus* verpfändet, jeweils zur Sicherung eines verzinslichen Darlehens. Zur Illustration: *Primus* hat 100 zu 10% p.a. kreditiert und *Secundus* weitere 200 zu 12%. Da das ältere Pfandrecht in Höhe des Kapitals und der Zinsen¹⁵ dem eigenen vorging, hat *Secundus* – sagen wir: nach einem Jahr – das *ius offerendi* ausgeübt und auf beide Forderungen des *Primus* insgesamt 110 gezahlt¹⁶. Wie und in welchem Umfang kann er Regress nehmen? Marcian behandelt diese Frage in zwei Schritten. Zunächst (bis ‚solvit‘) geht er darauf ein, dass es überhaupt zu einem ‚pfandrechtlichen Rückgriff‘ kommt: Die Pfandsache haftet *Secundus* nicht nur für die eigenen Ansprüche (in Höhe von 240), sondern auch für die 110, die er zur Ablösung des *Primus* aufgewendet hat. Anschließend lehnt er eine Neuverzinsung der 10 ab, weil *Secundus* kein fremdes, sondern eher ein eigenes Geschäft geführt habe.

II. Eine Erweiterung der Pfandhaftung

Zunächst zur Ausdehnung der Pfandhaftung: Für Marcian gehört der Regress des nachrangigen Pfandgläubigers zum gesicherten juristischen Wissen (*sciendum est*); mit dem *ius offerendi* allein lässt er sich jedoch nicht erklären: Aus der Konfirmation des Zweitpfandrechts folgt nur, dass der nachrangige Pfandgläubiger die Sache zur Befriedigung der eigenen Ansprüche verwerten darf. Ihm selbst ist sie nur zu deren Sicherung verpfändet worden, und das Pfandrecht des vorrangigen Pfandgläubigers ist von diesem nicht auf ihn übergegangen, sondern mit den erstrangig gesicherten Forderungen erloschen.

Die Rückgriffshaftung tritt, wie Marcian ausdrücklich hervorhebt, ferner gegen den Willen des Schuldners ein. Dies bedeutet, dass er nicht an die sogenannte hypothekarische Sukzession¹⁷ denken kann, bei der dem Schuldner ein Kredit zur Be-

¹⁵ Die Pfandhaftung erstreckt sich bei entsprechender Vereinbarung auch auf die Zinsen (D. 20,1,13,6 Marci l s ad form hyp). Dies gilt selbst dann, wenn sie nicht in Stipulationsform versprochen und daher *civiliter* nicht geschuldet sind; vgl. D. 13,7,8,5 Pomp 35 ad Sab, D. 13,7,11,3 Ulp 28 ad ed, C. 4,32,4pr. und C. 4,32,22. In D. 20,4,12,6 setzt Marcian entsprechende Verpfändungsabreden voraus: *rem teneri... et in usuras suas et quas primo creditori solvit*.

¹⁶ Nur für die Zinsen sagt der Text dies ausdrücklich (*usuras... quas primo creditori solvit*), für die Hauptforderung kann jedoch nichts anderes gelten. Ansonsten wäre die Entscheidung *rem teneri tam in suum debitum quam in primi creditoris* nicht zu erklären.

¹⁷ Vgl. dazu *Dernburg* (Fn. 5), S. 490 ff., *Miquel*, El rango hipotecario en el derecho romano clasico, AHDE 29 (1959) 229, 298 ff. und *Kaser* (Fn. 3), S. 32 ff.

friedigung des vorrangigen Pfandgläubigers gewährt wird. Hier erwirbt der Kreditgeber ein Pfandrecht anstelle des abgefundenen Gläubigers, sobald dieser aus der Valuta bezahlt worden ist.¹⁸ In den Quellen wird dies als *successio in locum* oder *in ius (pignoris)* bezeichnet.¹⁹ Auch der *Secundus* aus unserem Beispielsfall hätte auf diese Weise ein (weiteres) Pfandrecht an der Stelle des *Primus* erwerben können: indem er dem Schuldner einen zweiten, durch das abzulösende Pfandrecht gesicherten Kredit gewährt und diesen sicherheitshalber als Anweisungsdarlehen direkt an *Primus* auszahlt. Allerdings setzt diese Lösung zusätzliche Darlehens- und Sukzessionsvereinbarungen²⁰ und damit die Zustimmung des Schuldners voraus. Durch die Formulierung: *etiam invito debitore*, stellt Marcian jedoch klar, dass solche Vereinbarungen nicht erforderlich sind. Als Zweitgläubiger kann *Secundus* die gleichen Wirkungen auch dadurch herbeiführen, dass er das (Erst-)Pfandrecht des *Primus* eigenmächtig ablöst. Dies bestätigt ein weiteres Fragment aus Marcians Kommentar zur *formula hypothecaria*:

D. 20,5,5 pr. Marci l s ad form hyp

Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

Weil der zweite Gläubiger, indem er dem ersten das Geld angeboten hatte, an dessen Stelle getreten ist, nimmt er den Verkauf wegen des gezahlten und des dargeliehenen Geldes zu Recht vor.

In Sachverhalt und Entscheidung entspricht dieser Text weitgehend²¹ dem ersten Teil von fr. 12,6: Der Zweitgläubiger hat von seinem *ius offerendi* Gebrauch gemacht (*oblata priori pecunia*). Er ist daher berechtigt, das Pfand sowohl für sei-

¹⁸ Vgl. das Nerazzitat zu Beginn von D. 20,3,3 Paul 3 quaest und dazu Kaser (Fn. 3), S. 32 f. und Schmidt-Ott (Fn. 4), S. 35 ff. jeweils m.w.N., sowie D. 20,4,12,8 Marci l s ad form hyp und D. 13,7,2 Pomp 6 ad Sab. Andere Fälle der hypothekarischen Sukzession sind die Novation der erst-rangig gesicherten Forderung mit der Abrede, das Pfand solle nun für die neue Forderung haften (vgl. D. 20,4,3 pr. Pap 11 resp, D. 20,4,12,5 Marci l s ad form hyp und C. 8,26,1 Gord [a. 239]), und der Kauf der Pfandsache vom Schuldner, wenn der Erstgläubiger aus dem Kaufpreis befriedigt wird (vgl. D. 20,4,17 Paul 6 resp, D. 20,5,3,1 Pap 3 resp, C. 8,18,3 Alex [a. 224] und dazu Frezza, Le garanzie delle obbligazioni (Corso), Bd. 2, Garanzie reali, Padua 1963, S. 261, sowie Schmidt-Ott a. a. O., S. 37 f. zu *neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur* in D. 20,3,3 Paul 3 quaest).

¹⁹ So in D. 20,3,3 Paul 3 quaest (*in ius pignoris succedet... in ius primi succedere debet... transire ad eum ius pignoris*), D. 20,4,3pr. Paul 11 resp (*tamquam in suum locum succedenti*), D. 20,4,12,5 (*in suum locum eum succedere*) und 8 (*et paciscitur tecum, ... locum eius subeat*) Marci l s ad form hyp, C. 8,18,1 pr. Sev/Ant (*Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi*), C. 8,18,2 Ant (*et iure privilegio eius successisti et eius locum cui pecuniam numerasti consecutus es*) und C. 8,18,3 Alex (*in ius eorum successisti*).

²⁰ Vgl. das Nerazzitat zu Beginn von D. 20,3,3 Paul 3 quaest und dazu Kaser (Fn. 3), S. 32 f., Schanbacher (Fn. 6), S. 32 f. und Schmidt-Ott (Fn. 4), S. 35 ff. jeweils m.w.N.: *Aristo Neratio Prisco scripsit: etiam si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore*. Weitere Belege sind D. 20,4,12,8 Marci l s ad form hyp und C. 8,18,1 pr. Sev/Ant (a. 209).

²¹ In D. 20,4,12,6 kommt hinzu, dass beide gesicherten Forderungen verzinslich sind. Da *Secundus* auch die Zinsforderung des *Primus* erfüllt hat, wirkt sich dieser Unterschied jedoch nicht aus.

ne eigene (Darlehens-)Forderung zu verwerten als auch für den Betrag, den er an den Erstgläubiger gezahlt hat (*venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit*). In fr. 5pr. gibt Marcian aber auch eine Begründung für diese pfandrehtliche Rückgriffsmöglichkeit: Durch die Ablösung des Erstgläubigers ist *Secundus* an dessen Stelle getreten: *oblata priori pecunia in locum eius successerit*. Er steht nicht etwa so, als hätte er dem Schuldner ein neues, erstrangig gesichertes Darlehen gewährt; stattdessen ist er in die pfandrehtliche Stellung des Erstgläubigers eingerückt.

1. Das Vorbild der hypothekarischen Sukzession

Die für den Rückgriff entscheidende Wirkung des *ius offerendi* wird – nicht nur in fr. 5 pr.²² – mit denselben Worten beschrieben wie die hypothekarische Sukzession. Diese begriffliche Parallele wird in der modernen Romanistik kaum beachtet.²³ In seiner ausführlichen Behandlung des *ius offerendi* fasst Kaser zwar alle Belege für *in locum* und *in ius succedere* in einer Fußnote²⁴ zusammen; er interpretiert sie jedoch unabhängig voneinander und kommt daher zu unterschiedlichen Ergebnissen:

Er führt nur zu einer weiteren Frage, die Marcian im zweiten Teil von fr. 12,6 behandelt, während sie sich in fr. 5pr. nicht stellt.

²² Vgl. außerdem D. 20,4,12,9 i.f. Marci l s ad form hyp (*et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat*), D. 20,4,16 Paul 3 quaest (*plane cum terius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit*) und C. 8.18.4 Diocl/Max (*Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in ius rei publicae*).

²³ Daher kommt etwa Schulz, SZ 27 (1906) 82 zu dem Ergebnis, „daß es sich bei dem *ius offerendi* zunächst lediglich um die Erlangung der Rangvorrechte des vorstehenden Pfandrechts (Besitz, Pfandklage, Verkaufsbefugnis) handelte“ (S. 106). Die erweiterte Haftung der Pfandsache sei erst später – vermutlich durch eine Kaiserkonstitution – eingeführt worden (S. 108). Auch die Formulierung *in locum* bzw. *in ius succedere* versteht er in diesem Sinne: „Durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers rückt der *posterior* an seine Stelle, nämlich mit seinem Pfandrecht, für den an den vorstehenden Gläubiger gezahlten Betrag erhält er zunächst weder eine persönliche Forderung gegen den Schuldner, noch ein Pfandrecht an der Sache“ (105). Dabei übersieht Schulz zum einen, dass diese Formulierung im Zusammenhang der hypothekarischen Sukzession gerade den Erwerb des erstrangigen Pfandrechts bezeichnet, und setzt er sie mit dem aus ganz anderem Kontext stammenden Ausdruck *pignus confirmare* gleich. Zum anderen sieht er (S. 105) in D. 20,4,11,4 Gai l s de form hyp den ältesten Beleg für das *ius offerendi* und schließt daraus auf die Wirkungen dieses Instituts ebenso wie auf die Bedeutung von *in locum succedere*. Gaius stützt seine Entscheidung jedoch nicht auf ein besonderes Ablösungsrecht, sondern auf allgemeine pfandrehtliche Grundsätze. Als eigenständiges Rechtsinstitut ist das *ius offerendi* erst in C. 8,17,1 belegt. Auch den Ausdruck *in locum succedere* verwendet Gaius nicht. Dieser findet sich nur in späteren Texten, die die erweiterte Pfandhaftung entweder selbst zum Gegenstand haben (D. 20,5,5 pr. Marci l s ad form hyp) oder aus einer Zeit stammen, in der sie bereits bekannt ist (D. 20,4,12,9 i.f. Marci l s ad form hyp, D. 20,4,16 Paul 3 quaest und C. 8,18,4 Diocl/Max [a. 286]). Für die Interpretation dieser Texte kann D. 20,4,11,4 daher nicht herangezogen werden.

²⁴ Außer den Texten zum *ius offerendi* und zur hypothekarischen Sukzession nennt Kaser (Fn. 3), Fn. 68 noch D. 20,6,12pr. Paul 5 resp (Verzicht auf das erstrangige Pfandrecht) und D. 20,6,1,1 Pap 11 resp (erbrechtliche Sukzession).

Bei der hypothekarischen Sukzession erhalte der neue Gläubiger ein Pfandrecht an der Stelle des abgelösten²⁵, nicht aber beim *ius offerendi*:

Er erwirbt das *ius vendendi* und die Befugnis, sich aus dem Erlös im ersten Rang in gleicher Weise zu befriedigen, wie dies dem Erstgläubiger vermöge seines Pfandrechts zugestanden hatte. Der Nachgläubiger hat also kein Pfandrecht, aber die erwähnten aus einem solchen fließenden Befugnisse.²⁶

Kasers Hauptargument ist das Akzessorietätsprinzip: Die Forderung des Erstgläubigers ist erloschen, anders als bei der hypothekarischen Sukzession hat der Zweitgläubiger auch keine neue Darlehensforderung in gleicher Höhe erworben, und Regressansprüche gegen den Schuldner sind in den Quellen nicht belegt. In Höhe des Betrags, den er an den Erstgläubiger gezahlt hat, könne dem Zweitgläubiger daher mangels Forderung auch kein Pfandrecht, sondern nur ein Befriedigungsrecht zustehen.

Trotz dieser zutreffenden Analyse kommt Kaser zum falschen Ergebnis. Zum einen ist seine Interpretation dem gleichen Einwand ausgesetzt, den er selbst gegen die Annahme eines Pfandrechts ins Feld führt: Zwar hat der nachrangige Pfandgläubiger durch die Ablösung des vorrangigen keine neuen persönlichen Klagen gegen den Schuldner erworben; hieraus folgt jedoch noch nicht, dass die zusätzliche Haftung der Pfandsache auf einem bloßen Befriedigungsrecht beruht. Ein solches Recht wäre ohne Parallele in den Quellen²⁷ und daher zumindest ebenso regelwidrig wie ein Pfandrecht ohne Forderung.²⁸ Zum anderen hat der Zweitgläubiger sein eigenes bisher nachrangiges Pfandrecht konfirmiert. Er benötigt daher gar kein zusätzliches Befriedigungsrecht, vielmehr genügt eine Erweiterung der bereits bestehenden Pfandhaftung.

Diese Vorstellung liegt sowohl fr. 12,6 als auch fr. 5pr. zugrunde: In beiden Texten stellt Marcian die Verwertungsbefugnis, die *Secundus* durch die Ablösung des *Primus* erworben hat, ohne Unterschied neben diejenige, die ihm kraft seines konfirmierten Pfandrechts zusteht (*tam in... quam in... et in... et...; venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit*). In fr. 12,6 bezeichnet er beide sogar mit demselben Begriff (*rem teneri*). Diese Gleichsetzung findet sich auch in einem anderen Text zum Rückgriff des Zweitgläubigers.²⁹ Die Quellen belegen also

²⁵ Kaser (Fn. 3), S. 32 f.

²⁶ Kaser (Fn. 3), S. 48, ähnlich Schulz, SZ 27 (1906) 82, 108.

²⁷ Vgl. auch die zurückhaltende Kritik von Wacke (Fn. 4), S. 527: „Es liegt nicht an Kasers Interpretation, wenn diese Regelung nicht restlos befriedigt. Ein Befriedigungsrecht ohne Forderung und Pfandrecht erscheint nicht leicht vorstellbar.“

²⁸ In C. 8,19,1,1 i. f. Alex (a. 230) werden Forderung (und Pfandrecht) des Erstgläubigers als fortbestehend fingiert (vgl. dazu Peters [Fn. 4], S. 151 ff.). Dieses Reskript betrifft zwar einen Sonderfall (der Schuldner verkauft eine mehrfach verpfändete Sache an den Erstgläubiger oder übereignet sie an Erfüllung Statt), es zeigt aber immerhin, dass die Akzessorietät des Pfandrechts kein starres Dogma ist, sondern gerade beim *ius offerendi* durchbrochen wird, um den Zweitgläubiger zu schützen (er kann dem Neueigentümer anbieten *quod... propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est* und sein Pfandrecht dadurch konfirmieren).

²⁹ Vgl. D. 49,15,12,12 Tryph 4 disp (*habet obligationem et in... et in...*). In C. 8,13,22 Diocl/Max wird nur die zusätzliche Haftung der Pfandsache ausdrücklich erwähnt, die Haftung für die eigene

nicht, „dass der Offerent sein bisheriges nachstehendes Pfandrecht im bisherigen Rang behält“³⁰ und ein neues erstrangiges Befriedigungsrecht hinzuverwirbt; sie gehen vielmehr von der Identität dieser Rechte aus: Das konfirmierte Pfandrecht des Zweitgläubigers umfasst sowohl die 240 der eigenen als auch die 110 der abgelösten Forderungen.

2. Ursprung im Kaiserrecht

Kasers Hauptargument ist damit freilich noch nicht widerlegt. Denn auch die Haftungserweiterung ist mit dem Akzessorietätsprinzip nicht zu vereinbaren.³¹ Ihr Ausnahmecharakter erklärt sich jedoch, wie ein Tryphonin-Fragment zeigt, aus ihrem kaiserrechtlichen Ursprung:³²

D. 49,15,12,12 Tryph 4 disp

Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur. et si creditor obtulerit ei qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc conversa res est et posterior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

Ist ein Sklave vor der Kriegsgefangenschaft zum Pfand gegeben worden, kehrt er nach der Abfindung des Loskäufers in die alte Pfandhaftung zurück. Und wenn der Gläubiger demjenigen, der ihn losgekauft hat, soviel angeboten hat, um wieviel er losgekauft worden ist, dann hat er ein Pfandrecht sowohl im früheren Umfang der Schuld als auch in Höhe der Summe, mit der er ihn befreit hat, so als wäre dieses Pfandrecht gewissermaßen durch eine Konstitution eingeführt worden, wie wenn der spätere Gläubiger den früheren befriedigt, um sein Pfandrecht zu festigen, nur dass die Sache in diesem Fall umgekehrt liegt und der Spätere, weil er bewirkt (hat), dass dieser Sklave bei uns ist, von demjenigen, der zeitlich früher war, als dem Schwächeren abgefunden werden muss.

Ein Sklave ist verpfändet worden und anschließend in Kriegsgefangenschaft geraten. Der *redemptor* hat ihn freigekauft und sich das Lösegeld vom Pfandgläubiger erstatten lassen. Dadurch fällt der Sklave in das Eigentum seines früheren *dominus* zurück³³. Erst jetzt lebt auch das alte Pfandrecht wieder auf (*in veterem obliga-*

Forderung dagegen als selbstverständlich unterstellt.

³⁰ So *Kaser* (Fn. 3), S. 48 Fn. 79; vgl. auch S. 47 Fn. 74.

³¹ Immerhin sind aber die Voraussetzungen der *actio Serviana* – insbesondere das *propter pecuniam debitam* – erfüllt; nur bei der Verwertung überschreitet das Pfandrecht den Umfang der gesicherten Forderung.

³² So schon *Regely* (Fn. 5), S. 62.

³³ Nach der *constitutio de redemptis* erwirbt zunächst der *redemptor* das Eigentum an dem Sklaven, der frühere *dominus* erlangt es erst durch dessen Abfindung *iure postliminii* zurück; vgl. §§ 7 (*protinus est redimentis, quamvis scientis alienum fuisse: sed oblato ei pretio quod dedit postliminio redisse aut receptus esse servus credetur*) und 8 (*constitutio, quae de redemptis lata est, eum redimentis servum facit*) desselben Fragments, dazu *Maffi*, Ricerche sul postliminium, Mailand 1992, S. 193 ff. (dort S. 200 ff. zu D. 49.15.12.12) und *Fildhaut*, Die libri disputationum des *Claudius Tryphoninus*, Berlin 2004, S. 151 ff.

tionem revertitur), und zwar nicht nur in Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung. Es erstreckt sich vielmehr auch auf das Lösegeld, das der Gläubiger dem Loskäufer erstattet hat.

Tryphonin stützt diese erweiterte Pfandhaftung auf eine nicht unmittelbar, aber ihrem Zweck nach anwendbare Kaiserkonstitution: *quasi ea obligatione quadam constitutione inducta*.³⁴ Direkt anschließend zieht er die erweiterte Pfandhaftung beim *ius offerendi* zum Vergleich heran: *ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa*. Nach dem Duktus des Textes (*quasi... quadam... ut cum... nisi quod in hoc conversa res est*) erscheint dies nicht als weiterführendes Argument,³⁵ sondern als Teil desselben Analogieschlusses. Tryphonin stellt klar, welchen Inhalt die Konstitution hat (*ut cum...*) und wie weit sein Vergleich trägt (*nisi quod in hoc...*): Die Konstitution erweitert die Haftung des Zweitpfandrechts um den Betrag, den der spätere und damit nachrangige Pfandgläubiger *confirmandi sui pignoris causa* an den früheren gezahlt hat. Hiervon unterscheidet sich die Abfindung des *redemptor* zwar dadurch, dass dieser nicht Pfandgläubiger, sondern Eigentümer der losgekauften Sache ist. Sein Recht ist jedoch mit dem Ablösungsrecht des früheren Eigentümers belastet³⁶ und als derart beschränktes Recht daher einem vorrangigen Pfandrecht vergleichbar: Um sein Pfandrecht durchsetzen zu können, musste der Pfandgläubiger den vorrangig berechtigten *redemptor* abfinden. Dadurch hat sich zugleich auch die Rechtsstellung des Schuldners verbessert; der Sklave ist wieder in sein Eigentum zurückgefallen, ohne dass er selbst das Lösegeld erstattet hat. Die erweiterte Pfandhaftung ist daher aus den gleichen Gründen gerechtfertigt wie beim *ius offerendi*.

Die *constitutio*, die Tryphonin in D. 49,15,12,12 erwähnt, handelt vom *ius offerendi*. Sie begründet die – aus den allgemeinen Regeln nicht zu erklärende – erweiterte Haftung des konfirmierten Pfandrechts (*ea obligatione quadam constitutione*

³⁴ Die Verbindung *quasi... quadam* dient der Abschwächung eines bildhaften Ausdrucks; vgl. Kühner/Stegmann, Bd. 1, S. 643 und Bd. 2, 455. Versteht man *quasi... quadam constitutione* in diesem Sinne, dann erklärt sich einerseits „la vaguedad de la expresión *quaedam constitutio*“, die Miquel, AHDE 29 (1959) 229, 305 als Interpolationsindiz anführt. Zum anderen erhält *quasi* einen eindeutigen Sinn: Es ist nicht kausal gebraucht (so aber Mentxaka, Sobre la existencia de un *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido en el derecho romano classico, RIDA 32 [1985] 282), sondern zur Kennzeichnung eines uneigentlichen Ausdrucks: Tryphonin führt die erweiterte Pfandhaftung nur ‚gewissermaßen‘ auf eine Konstitution zurück, und d.h. nur auf deren *ratio*.

³⁵ So aber Mentxaka, RIDA 32 (1985) 282 f. Nach ihrer Interpretation ist *quadam constitutione inducta* auf die *constitutio de redemptis* zu beziehen. Diese Konstitution begründe die erweiterte Pfandhaftung zwar nicht unmittelbar; sie verschaffe dem *redemptor* jedoch eine Art Pfandrecht an dem freigekauften Sklaven. Wird er vom (früheren) Pfandgläubiger abgefunden, dann erwerbe dieser – wie beim *ius offerendi* üblich – ein erweitertes Verwertungsrecht. Danach enthielte *ut cum rell.* einen neuen, weiterführenden Gedanken, der die Entscheidung erst begründet (die Regeln des *ius offerendi* finden Anwendung); *quasi ea obligatione quadam constitutione inducta* wäre nur ein Zwischenschritt. Dies ist jedoch weder mit der Bedeutung von *ut cum* noch mit der Satzstruktur zu vereinbaren: Der Nebensatz enthält einen Vergleichsfall (‚wie wenn‘) und ist dem voranstehenden *ablativus absolutus* untergeordnet.

³⁶ Vgl. D. 49,15,12,7,8 Tryph 4 disp.

inducta).³⁷ In der Rechtsfolge ist sie, wie vor allem D. 20,5,5pr. gezeigt hat, an der hypothekarischen Sukzession orientiert.³⁸ Anders als diese setzt sie jedoch keine weiteren Darlehens- und Verpfändungsabreden mit dem Schuldner voraus. Diesen für den Zweitgläubiger entscheidenden Vorzug hebt Marcian in D. 20,4,12,6 auch eigens hervor: Die erweiterte Pfandhaftung tritt *etiam invito debitore*, nämlich allein deshalb ein, weil der nachrangige Pfandgläubiger die erstrangig gesicherte Forderung erfüllt. Damit unterscheidet sich die kaiserrechtliche Sukzession auch konstruktiv von ihrem Vorbild: Mangels entsprechender Abreden erwirbt der nachrangige Gläubiger kein neues erstrangiges Pfandrecht. Vielmehr tritt er mit seinem eigenen, bereits bestehenden Recht an die Stelle des *Primus*; er hat also weiterhin nur ein Pfandrecht, aber die Sache haftet ihm jetzt auch in Höhe der erstrangig gesicherten Forderungen.³⁹

³⁷ Ebenso *Regely* (Fn. 5), S. 7 f.; auch nach *Schulz*, SZ 27 (1906) 82, 108 ist dies „nicht unwahrscheinlich“. *Miquel*, AHDE 29 (1959) 229, 305 hält diesen Passus für nachklassisch (ebenso *Amirante*, Labeo 3 [1957] 37), vor allem aus sachlichen Gründen (zu *quaedam*, das er als sprachliches Indiz anführt, bereits oben Fn. 34): Die erweiterte Pfandhaftung könne nicht erst nachträglich durch eine Konstitution eingeführt worden sein. Denn ohne sie sei das von Julian entwickelte *ius offerendi* seiner ökonomischen Funktion wegen nicht denkbar. Dieser ansonsten überzeugende Gedanke (s.u. IV.) spräche nur dann gegen die Echtheit von D. 49,15,12,12, wenn sich das *ius offerendi et succedendi* auf Julian zurückführen ließe. Entgegen *Miquel*, AHDE 29 (1959) 229, 302 ist dies jedoch nicht möglich: In D. 20,4,11,4 wendet Gaius kein besonderes Ablösungsrecht, sondern die allgemeinen pfandrechtlichen Regeln an, und in D. 20,4,9,3 Afr 8 quaest ist nicht einmal gesagt, dass Titius, der Erstgläubiger, vom Zweitgläubiger Maeuius und nicht, was näher liegt, von seiner persönlichen Schuldnerin Titia abgefunden wird (*si Titio soluta sit pecunia... priore dimisso sequentis confirmatur pignus*). Beide Texte handeln nur von der Wirksamkeit des Zweitpfandrechts und nicht von seinem Haftungsumfang. Aus diesem Grund hat auch *Kaser*, der *Miquels* Datierung und der daraus abgeleiteten Interpolationsvermutung zunächst zugestimmt hatte (SZ 78 [1961] 473 mit A. 60), seine Meinung inzwischen (Fn. 3, S. 48 f.) geändert: Das *ius offerendi* sei für Julian nicht belegt (Fn. 83), sondern in C. 8,17,1 (a. 197) „erstmalig zuverlässig erwähnt“ (S. 48). Auch *quasi-inducta* in D. 49,15,12,12 hält er für „unbedenklich“ (Fn. 82), ohne daraus jedoch auf einen kaiserrechtlichen Ursprung zu schließen.

³⁸ Vielleicht geht das *ius offerendi et succedendi* auf kautelarjuristische Vorläufer zurück: Der Zweitgläubiger behält sich bei der Verpfändung das Recht vor, den Erstgläubiger durch einen zusätzlichen Kredit abzulösen, und lässt diesen Kredit im Voraus durch das abzulösende Pfandrecht sichern. Derartige Klauseln zieht schon *Dernburg* (Fn. 5), S. 519 f. in Betracht; und auch *Kaser* (Fn. 3), S. 46 Fn. 69 hält sie für „möglich, wenngleich wir keine Spuren mehr davon besitzen“. Immerhin zeigt D. 20,4,12,8 Marci l s ad form hyp (vgl. auch D. 20,4,3pr. Pap 11 resp und D. 20,4,12,5 Marci l s ad form hyp), dass die hypothekarische Sukzession mit der Anerkennung des unbedingten Zweitpfandrechts eine neue Funktion erhält: Sie wird in der Vertragspraxis eingesetzt, um die durch den Grundsatz der Priorität vorgegebene Rangfolge zu durchbrechen. Solange die zweite Verpfändung als durch das Erlöschen des Erstpfandrechts bedingt angesehen wurde, stellte sie dagegen nur sicher, dass der Zweitgläubiger überhaupt ein Pfandrecht erhält; so noch bei *Neraz* in D. 20,3,3 Paul 3 quaest, vgl. *Schmidt-Ott* (Fn. 4) 36 f.

³⁹ Man könnte dies mit *Dernburg* (Fn. 5), S. 491 ff. als ‚originäre Sukzession‘ bezeichnen, weil der Zweitgläubiger die erweiterte Haftung nicht – wie etwa beim Kauf des vorrangigen Pfandrechts – aus dem Recht des Erstgläubigers ableitet (‚derivative Sukzession‘), sondern aus seinem eigenen. Allerdings versteht *Dernburg* diesen Begriff weiter: Er fasst darunter auch die mit dem Schuldner vereinbarte Sukzession, obwohl der Neugläubiger sein Recht dort vom Eigentümer ableitet (die Sache wird ihm ja gerade in Höhe der abzulösenden Forderung verpfändet), während die

3. Verschmelzung von Rangverbesserung und hypothekarischer Sukzession

Der Mechanismus, der diese *successio in locum* bewirkt, scheint derselbe zu sein, der auch zur Konfirmation des Zweitpfandrechts führt: Durch die Abfindung des *Primus* erwirbt *Secundus* die mit dem abgelösten Recht verbundenen Befugnisse, darunter vor allem das *ius vendendi*.⁴⁰ Die zusätzliche Wirkung der Sukzession wird nun dadurch herbeigeführt, daß *Secundus* das Verkaufsrecht auch in dem Umfang erwirbt, in dem *Primus* es hatte. Auch bei der hypothekarischen Sukzession geht das Verkaufsrecht des abgelösten auf den nachrückenden Gläubiger über;⁴¹ und D. 20,5,5pr. zeigt, daß die Sukzession beim *ius offerendi* auf dieselbe Weise erfolgt: *Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit*. Die Konfirmation des Zweitpfandrechts wird also kraft kaiserlicher Rechtssetzung um die Wirkungen der hypothekarischen Sukzession ergänzt. Durch die Verschmelzung zweier pfandrechtlicher Institute entsteht auf diese Weise ein neues, aus den allgemeinen Grundsätzen nicht zu begründendes Recht: das *ius offerendi et succedendi*.

Da die erweiterte Pfandhaftung auf Kaiserrecht beruht, kann Marcian sie als bekannt voraussetzen (*sciendum est*). Im ersten Teil von D. 20,4,12,6 stellt er nur klar, wie und in welchem Umfang der Rückgriff des Zweitgläubigers in der Konstitution selbst – und damit verbindlich – geregelt ist: *Secundus* kann sich für den gesamten Betrag, den er zur Ablösung des *Primus* aufgewendet hat, aus der Pfandsache bezahlt machen. Zwischen den 100, die er auf die Hauptforderung gezahlt hat, und den Zinsen in Höhe von 10 besteht insoweit kein Unterschied.

III. Die Verzinsung als Schlüssel zum Sinn der Haftungserweiterung

Im zweiten Teil von D. 20,4,12,6 geht es nicht mehr um den aufgewendeten Betrag selbst, sondern um dessen Verzinsung. Nehmen wir an, seit der Ablösung des *Primus* sind zwei weitere Jahre verstrichen. Wird in dieser Zeit außer der eigenen Forderung des *Secundus* auch der Betrag von 110 verzinst, den er an *Primus* gezahlt hat? Marcian behandelt nur einen Ausschnitt dieses Problems: Für die 10, die er auf die Zinsforderung des *Primus* gezahlt hat, erhält *Secundus* keine (neuen) Zinsen: *usurarium, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur*. Er begründet dies

Rückgriffshaftung nur beim *ius offerendi* allein kraft des – zur Sicherung einer anderen Forderung bestellten – eigenen Pfandrechts eintritt.

⁴⁰ S. o. I.

⁴¹ Dies zeigt vor allem die Fallvariante am Ende von D. 20,3,3 i. f. Paul 3 quaest (vgl. dazu Schmidt-Ott [Fn. 4], S. 38 ff.): Der Sukzedent erwirbt das *ius vendendi* (des abgelösten Gläubigers) selbst dann, wenn er nach der eigenen Verpfändungsvereinbarung nicht zum Verkauf berechtigt sein sollte.

damit, dass *Secundus* kein Geschäft des Schuldners geführt hat, sondern vielmehr⁴² sein eigenes. Hierfür beruft er sich auf die Autorität Papinians. Zitat und Begründung zeigen, dass die Frage der Zinseszinsen kaiserrechtlich nicht geregelt und unter den Juristen möglicherweise umstritten ist.⁴³

Ob *Secundus* wenigstens von den restlichen 100 Zinsen bekommt, sagt Marcian nicht. Er nennt auch weder den Zinssatz – in Betracht kommen die 10% des *Primus* oder die 12% des *Secundus*, möglicherweise aber auch ein anderer Prozentsatz – noch den Rechtsbehelf: Geht es weiterhin (nur) um die Pfandhaftung oder (zumindest auch) um eine Regressklage?⁴⁴ Für Marcians begrenzte Fragestellung kommt es hierauf nicht an; die Entscheidung *usurarum... usuras non consequetur* ist eindeutig. Für ihr Verständnis ist die Klärung dieser Vorfragen jedoch unerlässlich.

1. Grundlage der Verzinsung

Die einzige aufschlussreiche Quelle ist eine Konstitution Diokletians aus dem Jahre 294, die Marcians Entscheidung nicht nur bestätigt, sondern die Neuverzinsung insgesamt regelt:

C. 8,13,22 Diocl/Max (a. 294)

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipit.

Indem der zweite Gläubiger dem früheren die Schuld anbietet, festigt er sich das Pfandrecht und erhält vom Schuldner das Kapital und davon nur die Zinsen, die hätten geleistet werden müssen, nicht auch Zinseszinsen.

Diokletian fasst die Wirkungen des *ius offerendi* in knapper Form zusammen: Zunächst bestätigt der Zweitgläubiger sein Pfandrecht. Zweitens erhält er vom Schuldner den Betrag der erstrangig gesicherten (Haupt-)Forderung. Ist diese verzinslich, dann bekommt er drittens auch die Zinsen, die dem Erstgläubiger hätten geleistet werden müssen, wenn er nicht abgefunden worden wäre (*usuras, quae fuissent praestandae*). In diese hypothetische Berechnung gehen außer den tatsächlich gezahlten auch die Zinsen ein, die erst nach der Abfindung des Erstgläubigers

⁴² Wie der Gegensatz *non enim... sed magis* zeigt, bezeichnet *magis* keinen bloß graduellen Unterschied (etwa: Das Geschäft gehört mehr dem eigenen Interessenbereich an als einem fremden). Vielmehr wird es, wie häufig in der Verbindung mit *sed*, adversativ gebraucht; vgl. *Hofman-Szantyr*, S. 497 f.

⁴³ Dies vermutet auch *Regely* (Fn. 5) S. 48 f. Auf einen Meinungsstreit deuten *et verum est* am Ende des Fragments und *magis*, das die Juristen häufig gebrauchen, „um auszudrücken, welcher Meinung sie bei Kontroversen den Vorzug geben“ (*Heumann/Seckel* a. h. v. mit Belegen); vgl. für Marcian etwa D. 1,8,6,5 (3 inst), D. 20,1,16,8, D. 20,6,8,12, 17 (1 s ad form hyp), D. 32,65,3 (7 inst), D. 39,6,27 (5 reg) und D. 40,5,53pr. (4 reg). Zur adversativen Bedeutung von *magis* bereits Fn. 42; zu den möglichen Gegenansichten s. u. Fn. 59.

⁴⁴ Aus der Verwendung von *consequetur* folgt für diese Frage nichts. Zwar bezeichnet *consequi* zumeist die klagweise Durchsetzung eines Anspruchs (Nachweise bei *Heumann/Seckel* a. h. v., Nr. 3), es wird aber auch im Zusammenhang der Pfandverwertung gebraucht; vgl. etwa D. 17,1,59,4 Paul 4 resp (*si creditor ex pretio pignorum debitum consecutus non sit*) und D. 46,3,73 Marcell 31 dig (*ex venditione autem pignoris creditor decem consecutus est*).

fällig geworden wären. Dies zeigt nicht nur der Irrealis (*fuissent*), sondern auch die Gegenüberstellung *tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipit*: Nur die Zinseszinsen schließt Diokletian ausdrücklich aus, weil sie dem Erstgläubiger nicht hätten geleistet werden müssen. In unserem Beispiel erhält *Secundus* also die 100 der abgelösten Hauptforderung, die 10 der abgelösten Zinsforderung und neue Zinsen in Höhe von 20 (= 10% p.a. von den 100). Die 10 werden dagegen nicht verzinst. Ebenso wenig gilt ein höherer Zinssatz, weder der, den *Secundus* für seine eigene Forderung vereinbart hat (12%), noch der, den er selbst – für ein eigenes Darlehen oder durch den Verzicht auf die anderweitige Nutzung seines Kapitals – zur Finanzierung der 110 aufgewendet hat.

In der Begrenzung der neuen Zinsen zeigt sich auch die *ratio* der Entscheidung: Diokletian behandelt die Ablösung des Erstgläubigers weder in Analogie zur hypothekarischen Sukzession wie ein neues Darlehen an den Schuldner, noch geht es ihm um Aufwendungsersatz. Denn sonst müsste er jeweils einen anderen Zinssatz zugrunde legen und die *usurarum usurae* ebenso zulassen wie die weitere Verzinzung der 100. Seine Entscheidung beruht vielmehr auf dem Gedanken, dass dem Schuldner durch die Ablösung des Erstgläubigers kein Nachteil entstehen darf (daraus keine Zinseszinsen), aber auch kein Vorteil. Der Zweitgläubiger erhält deshalb nur den Betrag, um den der Schuldner bereichert ist, einschließlich der *usurae, quae fuissent praestandae*. Eine weitergehende Verzinzung ist nicht gerechtfertigt, weil die Ablösung des Erstgläubigers *etiam invito debitore* möglich ist, diesen also nicht zusätzlich belasten darf. Aus dem gleichen Grund kommt es umgekehrt auch nicht darauf an, wie weit der Zweitgläubiger entreichert ist, ob er also für die 110 seinerseits Zinsen zahlen muss. Es geht allein um die Abschöpfung der Bereicherung, die dem Schuldner unabhängig von seinem Willen zugeflossen ist.⁴⁵

Eine der Fragen, die Marcian in D. 20,4,12,6 nicht unmittelbar behandelt, lässt sich also mit Hilfe von C. 8,13,22 beantworten: Die 100, die *Secundus* an *Primus* gezahlt hat, werden weiter verzinst und zwar zum bisherigen Satz. Die Konstitution ist zwar rund 80 Jahre jünger; dennoch ist es wenig wahrscheinlich, dass Marcian in diesem Punkt anders entschieden hätte als Diokletian. Denn hätte er die Neuverzinsung insgesamt abgelehnt, dann wäre die Beschränkung seiner Entscheidung auf die *usurarum usurae* zumindest missverständlich. Diese Vermutung wird sich bei der Interpretation der Begründung bestätigen; auch sie richtet sich nämlich nur gegen die Zinseszinsen.

2. Persönliche Klage oder Pfandhaftung?

Zunächst jedoch zu der zweiten Frage, die in D. 20,4,12,6 nicht ausdrücklich beantwortet wird: Wie kann *Secundus* die weitere Verzinzung der 100 durchsetzen? Auch Diokletian nennt weder eine Klage noch einen anderen Rechtsbehelf. Einzelne For-

⁴⁵ Der Schuldner kann sich auch nicht darauf berufen, dass *Primus* das Pfand zur Befriedigung seiner Forderung hätte verwerten können und dass danach keine neuen Zinsen mehr angefallen wären. Denn der Gläubiger ist zur Verwertung zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet; vgl. D. 13,7,6pr. Pomp 35 ad Sab.

mulierungen zeigen jedoch, dass er ausschließlich die Haftung der Pfandsache im Auge hat: Von einer Verpflichtung des Schuldners spricht er nur im Irrealis (*fuissent praestandae*). Er sagt bloß, dass der Zweitgläubiger das Kapital und die Zinsen vom Schuldner erhält (*a debitore sortem eiusque tantum usuras... accipit*), nicht dass er sie verlangen kann (*usuras petit* o.ä.). *Accipere* verwendet gerade Diokletian häufig im Zusammenhang mit der Auslösung der Pfandsache.⁴⁶ Auch in C. 8,13,22 hat es diese Bedeutung: Das Pfandrecht erlischt erst dann, wenn der Zweitgläubiger den gesamten Betrag erhalten hat, für den ihm die Sache haftet. Dies bestätigt der Duktus des gesamten, äußerst knapp und präzise formulierten Fragments: Im ersten Teil handelt Diokletian nicht von der persönlichen Forderung des Zweitgläubigers, sondern nur von dessen Pfandrecht (*confirmat sibi pignus*). Auch im zweiten Teil geht es ihm allein um die pfandrechtlichen Wirkungen des *ius offerendi*. Er stellt klar, in welchem Umfang sich die Haftung der Pfandsache erweitert. Für das Kapital gibt es schon eine entsprechende kaiserrechtliche Regelung. Diokletian ergänzt sie lediglich um die *usurae, quae fuissent praestandae*. Dazu führt er keinen neuen Rechtsbehelf ein; vielmehr fasst er beide Posten der erweiterten Pfandhaftung zusammen (*sortem eiusque tantum usuras... accipit*).

Marcians Begründung *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum* läßt dagegen zunächst an einen schuldrechtlichen Rückgriff denken: Der Begriff des *negotium alterius* stammt aus dem Edikt *De negotiis gestis*,⁴⁷ und das Argument *suum negotium gessit* findet sich in mehreren Texten⁴⁸ zu diesem Thema.⁴⁹ Bei der freiwilligen Drittleistung erfolgt der Rückgriff normalerweise über die *actio negotiorum gestorum contraria*. Mit dieser Klage kann der Geschäftsführer nicht nur seine Aufwendungen ersetzt verlangen; im Rahmen der *bona fides* ist seine Forderung grundsätzlich auch verzinslich:⁵⁰ entweder weil er selbst ein Darlehen aufnehmen musste oder weil er sein Kapital anderweitig hätte nutzen können⁵¹. Das Aufwen-

⁴⁶ So etwa in C. 4,24,10pr., C. 4,31,12, C. 8,13,20 und C. 8,24,2. Auch andere spät- und frühnachklassische Konstitutionen haben *accipere* in dieser Bedeutung; vgl. etwa C. 4,32,6 Ant (a. 212), C. 8,17,1 Sev/Ant (a. 197) und C. 8,27,8 Gord (a. 239). In den Digesten ist es dagegen eher selten; vgl. D. 12,6,36 Paul 5 epit Alf dig.

⁴⁷ Vgl. D. 3,5,3pr., 2 und D. 3,5,5.13 Ulp 10 ad ed; zum *negotium alterius* bei der *actio negotiorum gestio* vgl. Seiler, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht, Köln/Graz 1968, S. 16 ff. und 73 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa D. 3,5,5,5 und 6 Ulp 10 ad ed, weitere Texte mit ähnlichen Argumenten bei Seiler (Fn. 4), S. 16 ff.

⁴⁹ Allerdings wird es auch in ganz anderen Zusammenhängen gebraucht, z.B. bei der *delegatio obligandi* (D. 12,4,9,1 Paul 17 ad Plaut, D. 39,5,33,3 Herm 6 iur ep, aber auch D. 17,1,22,2 Paul 32 ad ed), beim SC Velleianum (D. 16,1,27,2 Pap 3 resp, C. 4,29,6 Alex [a. 228], vgl. auch D. 16,1,25,1 Mod 1 s de heuremat), bei der *actio de in rem verso* (D. 15,3,10,10 Ulp 29 ad ed) und speziell auch im Pfandrecht (D. 13,7,42 Pap 3 resp: *in venditione... suum creditor negotium gerat*); weitere Nachweise bei Seiler (Fn. 47), S. 16 A.4, der dort auch D. 20,4,12,6 aufführt, diesen Text also nicht auf die *negotiorum gestio* bezieht.

⁵⁰ C. 2,18,18 Diocl/Max (a. 293): *Ob negotium alienum gestum sumptuum factorum usuras praestari fides bona suasit*. Vgl. auch D. 17,1,12,9 Ulp 31 ad ed (zur *actio mandati contraria*).

⁵¹ Vgl. vor allem D. 22,1,37 Ulp 10 ad ed (zur Drittleistung) und D. 3,5,19,4 i. f. Paul 2 ad Ner (zur Fremdgeschäftsführung im Allgemeinen): *Usuras, quas praestavimus vel quas ex ex nostra*

ungsersatzrecht ist jedoch begrenzt, wenn der Geschäftsbesorger zu seinem eigenen Vorteil tätig geworden ist und nicht mit dem Ziel, einem anderen zu nutzen:

D. 3,5,5,5 Ulp 10 ad ed

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.

Doch auch wenn jemand meine Geschäfte nicht für mich, sondern zu seinem eigenen Vorteil geführt hat, hat er, so meint Labeo, eher sein als mein Geschäft besorgt (wer nämlich eingreift, um mich auszurauben, hat seinen Gewinn, nicht meinen Vorteil im Sinne). Aber nichtsdestoweniger, sondern eher umso mehr wird er mir mit der Geschäftsführungsklage haften. Er selbst hat jedoch, wenn er etwas für meine Angelegenheiten aufwendet, gegen mich nicht die Klage auf das, was ihm fehlt, sondern auf meine Bereicherung, weil er unziemlich in meine Geschäfte eingegriffen hat.

Hat sich jemand zum eigenen Vorteil in die Angelegenheiten eines anderen eingemischt, ist er zumindest nach Ulpian, vielleicht auch schon nach Labeos Ansicht für den hieraus entstandenen Schaden verantwortlich; den Ersatz seiner Aufwendungen kann er jedoch nur insoweit begehren, als der andere durch die Geschäftsführung bereichert ist. Die Zuordnung seines Handelns zur Person des Geschäftsherrn gelingt mangels Fremdgeschäftsführungswillens nur insoweit, als im Vermögen des Geschäftsherrn ein Vorteil entsteht.⁵² Dies schließt zwar einen erfolgsunabhängigen Ausgleich der vom Geschäftsbesorger erlittenen Nachteile aus, lässt jedoch immerhin Raum für eine Gewinnabschöpfung. Sie kommt ohne Fremdgeschäftsführungswillen und nach Ansicht von Papinian, auf den sich auch Marcian in D. 20,4,12,6 beruft, sogar ohne Bewusstsein des Fremdbezugs aus:

D. 5,3,50,1 Pap 6 quaest

Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Hat ein redlicher Erbschaftsbesitzer zur Erfüllung einer Bedingung ein Denkmal für den Verstorbenen errichtet, lässt sich vertreten, dass, weil der Wille des Erblassers zu befolgen ist, derjenige, dem die Erbschaft entzogen wird, die Aufwendungen für das Denkmal vor allem dann, wenn sie ein vernünftiges oder vom Erblasser vorgegebenes Maß nicht überschreiten, mit der Arglistenrede einbehalten oder mit der Geschäftsführungsklage einfordern kann, und zwar so wie aus der Besorgung eines Nachlassgeschäfts; obwohl nämlich die Erben nach strengem Recht nicht für die Errichtung des Denkmals haften, werden sie trotzdem durch kaiserliche oder priesterliche Autorität zur Befolgung des letzten Willens gezwungen.

pecunia percipere potuimus quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio. Vgl. auch – zum Mandat – C. 4,35,1 Sev/Ant und PS. 2,15,2.

⁵² Vgl. Harke, Geschäftsführung und Bereicherung, Berlin 2007, S. 28 ff.

Ebenso wie vor ihm schon Afrikan⁵³ erlaubt auch Papinian einem Scheinerben den Regress gegen den wirklichen Erben, wenn er diesen von einer mit der Erbschaft verbundenen Belastung befreit hat. Sein Zweifel bezieht sich nur darauf, dass die Auflage zur Errichtung eines Denkmals, die der Erbschaftsbesitzer erfüllt hat, keine Verpflichtung des Erben begründet.⁵⁴ Weil sie aber auf andere Weise durchsetzbar ist, bewirkt das Handeln des Scheinerben eine Bereicherung des wirklichen Erben, die dessen Haftung mit der *actio negotiorum gestorum contraria* begründet.

Marcians Aussage zur Verzinsung des vom Zweitgläubiger gezahlten Betrags fügt sich in das im spätklassischen Recht etablierte Regime der *negotiorum gestio* gut ein: Da der Zweitgläubiger mit der Zahlung an den vorrangigen Gläubiger, wenn auch im Bewusstsein des Fremdbezugs, so doch nur im eigenen Interesse tätig geworden ist, hat er keinen umfassenden Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen; er kann den Vorteil abschöpfen, der dem Schuldner durch sein Verhalten entstanden ist.

Dennoch lässt sich Marcians Aussage nicht auf eine persönliche Haftung des Schuldners mit der *actio negotiorum gestorum* beziehen.⁵⁵ Andernfalls müsste man nämlich einen Bruch in Marcians Gedankenführung annehmen: Im ersten Teil des Fragments behandelt er nur die Pfandhaftung, aber nicht abschließend, sondern nur, soweit sie allgemein anerkannt ist. Daher erwartet man im zweiten Teil eine Antwort auf die Frage, ob der nachrangige Pfandgläubiger sich auch für die Zinseszinsen aus dem Pfand befriedigen kann. Wenn Marcian stattdessen die *actio negotiorum gestorum contraria* ausschliesse, bliebe er diese Antwort schuldig. Mehr noch: Er provozierte die weitere, ebenfalls ungeklärte Frage, ob der Zweitgläubiger denn für die restliche Summe außer der pfand- auch eine schuldrechtliche Rückgriffsmöglichkeit hat. Einen solchen Themenwechsel hätte Marcian deutlich machen müssen. Er tut aber das Gegenteil: Mit *sed tamen* knüpft er ausdrücklich an das Vorhergehende an. Diese Überleitung ist nur dann sinnvoll, wenn es weiterhin um die Pfandhaftung geht.

Auch die übrigen Quellen zum *ius offerendi*⁵⁶ kennen nur den pfandrechtlichen Rückgriff; die *actio negotiorum gestorum contraria* wird nirgends⁵⁷ auch nur in Betracht gezogen.⁵⁸ Diese scheitert zwar noch nicht daran, dass es dem nachrangigen

⁵³ D. 3,5,48 Afr 8 quaest; hierzu Harke (Fn. 52), S. 30 ff.

⁵⁴ Vgl. Harke (Fn. 52), S. 34.

⁵⁵ So aber Regely (Fn. 5), S. 57 f.

⁵⁶ Die Texte, die den Rückgriff des Zweitgläubigers ausführlicher behandeln (D. 20,5,5 pr. und D. 49,15,12,12), wurden bereits dargestellt. Hinzukommen die o. in Fn. 23 aufgeführten Quellen, in denen nur allgemein von der *successio in locum* die Rede ist.

⁵⁷ C. 2,18,3 Sev/Ant (a. 199) kann entgegen Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, Bd. 1, § 233 b Fn. 16 i.f. nicht als Beleg herangezogen werden; ebenso Kaser (Fn. 3), S. 48 mit Fn. 78. Diese Konstitution handelt nicht vom *ius offerendi*, sondern von einem anderen Fall der ‚Drittleistung im eigenen Interesse‘: Ein Miterbe des Schuldners muss *pignoris liberandi gratia* die gesamte Schuld begleichen. Severus und Caracalla gewähren ihm *actio negotiorum gestorum contraria*, wenn das Erbteilungsverfahren schon abgeschlossen ist.

⁵⁸ Regely (Fn. 5), S. 2 f. erklärt dies damit, dass die römischen Juristen nur am Schicksal des Zweitpfandrechts interessiert seien, nicht aber an den schuldrechtlichen Folgen des *ius offerendi*.

Pfandgläubiger am Fremdgeschäftsführungswillen fehlt. Es mangelt aber auch am alternativen Anknüpfungspunkt für eine Zuordnung der Geschäftsbesorgung zum Schuldner: einem dauerhaften Vorteil; denn der Zweitgläubiger schafft mit der Zahlung an den vorrangigen Gläubiger nur die Voraussetzungen für eine Verwertung des Pfandes. Der Schuldner haftet dem Erstgläubiger nun zwar nicht mehr persönlich, muss aber die Veräußerung der verpfändeten Sache gewärtigen. Seine Position ist daher nicht mit der eines Erben vergleichbar, den jemand von einer Nachlassverbindlichkeit oder der Last einer Auflage befreit hat. Er steht vielmehr wie ein Schuldner, dessen Gläubiger seine Klage an einen anderen verkauft hat. Kommt hier kein Rückgriff des Käufers mit der *actio negotiorum gestorum contraria* in Betracht, verwundert auch nicht, warum dieser nach Ausübung des *ius offerendi* durch einen nachrangigen Pfandgläubiger nicht erwogen wird.

3. Pfandhaftung zur Vorteilsabschöpfung

Nach diesen Vorüberlegungen können wir Marcians Fragestellung genauer eingrenzen: Es geht ihm nur darum, ob *Secundus* aus dem Pfand die 10 verzinsen kann, die er auf die Zinsforderung des *Primus* gezahlt hat (nicht: die *sors* in Höhe von 100). Der Zusammenhang zwischen der Entscheidung *usurarum... usuras non consequetur* und der Begründung *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum* ist dagegen (wieder) offen.

Auch hier hilft aber der Vergleich mit C. 8,13,22: Diokletian geht vom Zweck der erweiterten Pfandhaftung aus. Da sie dem Bereicherungsausgleich dient, umfasst sie nur die Zinsen, die der Schuldner hätte leisten müssen, und damit keine Zinseszinsen. Auch Marcian argumentiert teleologisch, aber nicht, wie Diokletian, deduktiv. Statt die *ratio* der Haftungserweiterung zu ermitteln und daraus die Konsequenzen zu ziehen, geht er gerade umgekehrt von seiner konkreten Fragestellung aus: Unter welchem Aspekt könnte die Verzinsung der 10 gerechtfertigt sein, die der Zweitgläubiger an Zinsen an den Erstgläubiger entrichtet hat? Der zweite Gläubiger muss für diesen Betrag entweder selbst Zinsen zahlen, oder er hätte ihn gewinnbringend anlegen können. Dies wäre dann relevant, wenn die Pfandhaftung dazu diene, die Aufwendungen des Zweitgläubigers zu ersetzen. Angemessen wäre dies jedoch allenfalls bei fremdnützigem Handeln. Beim *ius offerendi* verfolgt der Zweitgläubiger jedoch seine eigenen Interessen. Er leistet zwar auf eine fremde Schuld, aber nur, um dadurch sein eigenes Pfandrecht zu verstärken. Die erweiterte Pfandhaftung kann daher billigerweise nicht als Mittel des Aufwendungsersatzes verstanden und mit dieser Begründung auf die Zinseszinsen erstreckt werden: *usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum*.

Zumindest für die Texte, die den Regress des Zweitgläubigers behandeln, greift dieses Argument nicht. Allenfalls ließe sich sagen, dass der schuldrechtliche Rückgriff neben der stärkeren dinglichen Haftung keine Bedeutung hat. Auch dies gilt jedoch nur, solange der Wert der Pfandsache ausreicht.

Marcian wendet sich also nur gegen eine mögliche – und wahrscheinlich auch vertretene⁵⁹ – Interpretation der erweiterten Pfandhaftung. Seine eigene Auffassung knüpft an Erwägungen an, wie sie auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag vertreten werden: Marcian verwendet das gleiche Argument, mit dem Ulpian in D. 3,5,5,5 die *actio negotiorum gestorum contraria* auf die Bereicherung des Geschäftsherrn begrenzt; und er schließt er die weitere Verzinsung der 100 nicht aus. Die Zinseszinsen sind für ihn nur unter dem Aspekt des Aufwendungsersatzes zu rechtfertigen; für die *usurae, quae fuissent praestandae* kommt dagegen auch der Bereicherungsgedanke in Betracht. Marcian versteht die erweiterte Pfandhaftung also ebenso wie Diokletian als Mittel zur Abwehr einer ungerechtfertigten Bereicherung. Diese Interpretation geht, wie das Zitat zeigt, auf Papinian zurück. Bis zur endgültigen Entscheidung durch Diokletian scheint sie jedoch umstritten zu sein.

IV. Erweiterte Pfandhaftung als sinngebendes Element

Die Exegese von D. 20,4,12,6 hat gezeigt, dass der Rückgriff des Zweitgläubigers nur durch ein besonderes kaiserrechtliches Mittel gewährleistet wird: das nach dem Vorbild der hypothekarischen Sukzession gestaltete, aber *ipso iure* wirkende *ius succedendi*. Der Zweitgläubiger tritt mit seinem konfirmierten Pfandrecht an die Stelle des Erstgläubigers. Dadurch erweitert sich die Pfandhaftung um den Betrag der erstrangigen Forderung. Mit dem Akzessorietätsprinzip ist dies nicht zu vereinbaren.⁶⁰ Denn die Forderung des Erstgläubigers ist erloschen, und der Zweitgläu-

⁵⁹ Auch *Regely* (Fn. 5), S. 48 f. schließt aus der Art der Argumentation auf einen Meinungsstreit, allerdings nicht über die *ratio* der Pfandhaftung, sondern über die *actio negotiorum gestorum contraria*: „Es war offenbar – das geht aus der letztzitierten Stelle [D. 20,4,12,6] hervor – bald nach der Entstehung unseres Rechtsinstitutes zweifelhaft geworden, welche juristischen Folgen die Ausübung des *ius offerendi* nach sich ziehe. Es muss sich dabei die Ansicht geltend gemacht haben, dass der Offerent als *negotiorum gestor* des Schuldners zu betrachten und dass er als solcher berechtigt sei, vom Schuldner Zinsen für die gesamte dem *primus* gezahlte Summe zu verlangen,.... Dagegen erklärte sich Papinian unter Billigung Marcians, indem er hervorhob, dass der Offerent ja bei der Zahlung weit mehr seine eigenen Interessen verfolge, als die des Schuldners.“ – Zu einer zweiten denkbaren Gegenauffassung führt folgende Überlegung: Der Rückgriff des Zweitgläubigers ist nach dem Vorbild der hypothekarischen Sukzession gestaltet (s.o. II.1). Deshalb liegt es nahe, das Problem der Neuverzinsung ebenso zu lösen. Der Zweitgläubiger wäre dann so zu stellen, als hätte er dem Schuldner in Höhe des Gesamtbetrags der erstrangigen Forderungen erneut kreditiert. Damit wären in dem gebildeten Beispielsfall die gesamten 110 zu verzinsen, und zwar zu 12 %. Dass Marcian auch an diese Lösung denkt, zeigt die Fallgestaltung in D. 20,4,12,6: Auch die Forderung des *Secundus* ist verzinslich (*usuras suas*). Für Marcian ist dieser Umstand ohne Bedeutung, möglicherweise aber nicht für eine weitere von ihm bekämpfte Gegenansicht.

⁶⁰ Während *Kaser* deshalb von einem bloßen Befriedigungsrecht des Zweitgläubigers spricht (s.o. II.1), gelangt die gemeinrechtliche Literatur durch verschiedene, mit den Quellen nicht zu vereinbarende oder jedenfalls nicht belegte Konstruktionen zu einem akzessorischen Pfandrecht: Die herrschende Auffassung lässt die Forderung und das Pfandrecht des Erstgläubigers auf den Zweitgläubiger übergehen, teils durch Zession teils *ipso iure* (vgl. die ausführliche Übersicht bei *Regely* [Fn. 5], S. 41 ff.). Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wird diese Lehre

biger hat an ihrer Stelle auch keinen neuen Regressanspruch erworben. Diese besondere, rein dingliche Rückgriffsmöglichkeit hat nur ein nachrangiger Pfandgläubiger.⁶¹ Er ist damit stärker geschützt als jeder andere Dritte, der freiwillig auf eine fremde Schuld leistet. Sein Regress beruht – jedenfalls für Papinian, Marcian und Diokletian – nicht auf dem Gedanken der Fremdgeschäftsführung; er dient allein dem Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung: Der Schuldner ist durch die Zahlung des Zweitgläubigers von einer Verbindlichkeit befreit worden und muss hinnehmen, dass dieser Vorteil Eingang in die Pfandhaftung findet.

in Frage gestellt. Grundlegend ist die Kritik von *Dernburg* (Fn. 5), S. 518 ff. (w.N. bei *Regely* a. a. O., S. 45 f.), der den Übergang des Pfandrechts und der Forderung aus den Quellen widerlegt, die Akzessorietät des Zweitpfandrechts aber durch eine andere, für das klassische Recht ebenso wenig belegte Konstruktion erreicht: Seiner Ansicht nach ist die Abfindung des Erstgläubigers eine Verwendung auf die Pfandsache. „Erstattung solcher Verwendungen kann vom Gläubiger mit der *actio pigneratitia in personam* gefordert werden; es erstreckt sich – was grade für uns wichtig ist – der pfandrechtliche Schutz nicht nur auf das ursprüngliche creditirte Capital, sondern auch auf Verwendungen durch den Pfandgläubiger“ (S. 520); ähnlich wohl noch *Hellmuth* (Fn. 5), S. 42. Auch *Wacke* (Fn. 4), S. 527 f. hält diese Lösung immerhin für möglich. Sein Hinweis auf D. 10,2,19 i.f. Paul 23 ad ed belegt jedoch nicht, dass die Ablösung des Erstgläubigers als notwendige, im Rahmen der *actio pigneratitia contraria* ersatzfähige Verwendung auf die Pfandsache angesehen wird. Denn anders als der Zweitgläubiger ist der Miterbe in dieser Entscheidung zur Ablösung gezwungen, und *Paulus* hebt genau diesen Umstand als entscheidend hervor: *adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria*. Zudem dient die erweiterte Pfandhaftung gerade nicht dem Aufwendungsersatz, sondern nur dem Bereicherungsausgleich. – Nach einer weiteren, von *Voß*, Zur Lehre vom *jus offerendi*, JhJb 15 (1877) 332 ff. entwickelten und von *Windscheid* (Fn. 57), § 233 b Fn. 11 und 16, *Regely* a. a. o., S. 56 ff. und *Oertmann*, AcP 82 (1894) 367, 443 übernommenen Konstruktion geht (nur) das erstrangige Pfandrecht auf den Zweitgläubiger über und sichert dessen Rückgriffsanspruch aus *negotiorum gestio*. Auch diese Theorie der ‚Forderungsauswechselung‘ beruht noch auf der Vorstellung, dass es kein Pfandrecht ohne Forderung geben könne (vgl. vor allem *Voß* a. a. O. 336 f.). Anders als *Dernburgs* Lehre ist sie jedoch nicht in der Lage, das Problem der Akzessorietät zu lösen, sie verlagert es nur: Das Pfandrecht sichert zwar eine Forderung, aber nicht mehr die, zu deren Sicherung es bestellt worden ist. *Regely* a. a. O., S. 61 räumt dies ein („Wir nehmen daher an, die Wirkung der Ausübung des *ius offerendi* bestehe in dem Übergange des Pfandrechts des Vorhypothekars auf den Offerenten, bei welchem es sich mit einer diesem neuerwachsenen Obligation *ex negotiorum gestione* verbinde. Damit treten wir in offenen Gegensatz zu der Ansicht, welche daran festhält, dass ein Pfandrecht so streng accessorischer Natur gewesen sei, dass es mit der ihm zu Grunde liegenden Forderung unbedingt unterging“) und verweist zur Erklärung darauf, dass „es sich beim *ius offerendi* um einen Eingriff kaiserlicher Gesetzgebung handelt, nicht dagegen um Sätze, die den Prinzipien des Rechts gemäss ausschliesslich von den grossen klassischen Juristen entwickelt wurden“ (S. 62). Auch er hält jedoch mit Rücksicht auf das gemeinrechtliche Akzessorietätsdogma (vgl. etwa 53) an der Theorie der Forderungsauswechselung fest, obwohl weder die *actio negotiorum gestorum contraria* noch der Übergang des Erstpfandrechts bezeugt ist. Die Formulierung *in ius (pignoris) succedere*, auf die *Regely* a. a. O., S. 59 ff. verweist, bezeichnet nicht den Eintritt in das Pfandrecht, sondern in den ersten Rang und die damit verbundenen Befugnisse. Wie bei der hypothekarischen Sukzession wird sie auch beim *ius offerendi* (C. 8,18,4 Diocl/Max [a. 286]) als Synonym zu *in locum succedere* verwendet.

⁶¹ Wer als *negotiorum gestor* des Schuldners an den Pfandgläubiger zahlt, erwirbt kein Pfand-, sondern nur ein Retentionsrecht; vgl. D. 20,6,1 pr. Pap 11 resp (*qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: si tamen possideat, exceptione doli defenditur*).

Nach den allgemeinen pfandrechtlichen Regeln hat der Zweitgläubiger nur eine Möglichkeit, sein Recht auch gegen den Willen des Erstgläubigers zu konfirmieren (und damit überhaupt durchzusetzen): Er muss die Erfüllung der erstrangig gesicherten Forderung anbieten. Das *ius offerendi* ist also bewusst als „Drittleistung im eigenen Interesse“ ausgestaltet. Diese Konstruktion hat jedoch zur Folge, dass die Forderung erlischt und die Pfandhaftung verringert wird, ohne dass der Schuldner hierfür einen Ausgleich schuldet: Die *actio negotiorum gestorum contraria* scheitert gerade am eigenen Interesse des Zweitgläubigers, und für die hypothekarische Sukzession sind weitere Darlehens- und Verpfändungsabreden erforderlich. Ohne Mitwirkung des Schuldners ist die Konfirmation des Zweitpfandrechts zwar möglich; der Zweitgläubiger müsste sie aber teuer erkaufen. Das kaiserrechtliche *ius succedendi* gleicht diese Schwäche des *ius offerendi* aus: Die Pfandhaftung erweitert sich *etiam invito debitore*; die Konfirmation ist damit, rechtlich wie wirtschaftlich, vom Willen des Erstgläubigers und des Schuldners unabhängig. Der automatisch eröffnete pfandrechtliche Rückgriff dient also nicht nur dem Bereicherungsausgleich, vielmehr macht er das *ius offerendi* überhaupt erst effektiv.

Die Interessen der übrigen Beteiligten bleiben dabei gewahrt: Der Erstgläubiger verliert zwar sein Pfandrecht, erhält aber die geschuldete Leistung. Auch der Schuldner hat keinen Nachteil aus der – für ihn zufälligen – Drittleistung. Zwar haftet das Pfand weiter in Höhe der erstrangig gesicherten Forderung, dies war aber auch vor deren Erlöschen der Fall. Pfandrechtlich wirkt die Leistung des Zweitgläubigers – gewissermaßen am Schuldner vorbei⁶² – nur zu seinen eigenen Gunsten. Besonders deutlich wird dies bei der Verzinsung: Die Forderung des Erstgläubigers ist erloschen und damit auch nicht mehr verzinslich. Dennoch haftet das Pfand auch für die *usurae, quae fuissent praestandae*.

Schuldrechtlich wird die Zahlung des Zweitgläubigers dagegen wie jede andere Drittleistung behandelt. Der Rückgriff ist damit durch den Wert der Pfandsache begrenzt. Auch dies erscheint gerechtfertigt: Der Zweitgläubiger handelt in seinem eigenen (Sicherungs-)Interesse. Deckt der Wert der Pfandsache nicht einmal die erstrangig gesicherte Forderung, dann ist das sein Risiko. Der Schuldner ist zwar von einer Verbindlichkeit befreit, für eine Rückforderungsklage reicht diese aufgegränzte Bereicherung allein jedoch nicht aus.

Nach den allgemeinen pfandrechtlichen Regeln hat der Zweitgläubiger kein eigenes Verwertungsrecht, sondern nur das *ius offerendi*. Damit kann er sein Recht zwar selbständig durchsetzen, aber nur um den Preis der erstrangig gesicherten Forderung. Erst das Kaiserrecht sorgt für einen vollwertigen Ersatz: Mit dem *ius offerendi et succedendi* kann der Zweitgläubiger die Verwertung selbst in die Hand

⁶² Für weitere Pfandgläubiger gilt dasselbe; vgl. D. 20,4,16 Paul 3 quaest: *plane cum terius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit*. Ist dieselbe Sache dreimal verpfändet worden und löst *Tertius* den *Primus* ab, dann wird das Pfandrecht des *Secundus* davon nicht berührt. Weder rückt er, was beim Erlöschen des Erstpandrechts zu erwarten wäre, an die erste Stelle auf, noch wird er von *Tertius* aus seinem Rang verdrängt. Vielmehr tritt *Tertius* an die Stelle des *Primus*, aber nur in *ea quantitate, quam superiori exsolvit*. Seine eigene Forderung steht der des *Secundus* weiterhin nach; vgl. dazu *Dernburg* (Fn. 5), S. 521 und *Schulz*, SZ 27 (1906) 82, 107.

nehmen und für einen Erlös sorgen, der beide Forderungen deckt. Dies erhöht die Attraktivität des Zweitpfandrechts für den Gläubiger, und Schuldner werden so neue Möglichkeiten der Kreditschöpfung eröffnet.

V. Datierung des ius offerendi et succedendi

Mit C. 8,17,1 haben wir zunächst eine Kaiserkonstitution zum *ius offerendi* kennengelernt. Andere Quellen haben dann gezeigt, dass dieses Ablösungsrecht schon von Gaius aus der Formel der *actio Serviana* abgeleitet wird, dass es aber erst später durch Kaiserrecht um das *ius succedendi* ergänzt und dadurch zu einem eigenständigen Institut entwickelt wird. Als solches ist es schon bei Papinian im dritten Buch der *responsa* (D. 20,4,12,6) und im vierten Buch von Tryphonins *disputationes* (D. 49,15,12,12) belegt. Beide Juristen waren Konsiliare des Severus⁶³, und die genannten Werke sind noch unter diesem Kaiser oder unmittelbar nach seinem Tod entstanden⁶⁴. Das *ius offerendi et succedendi* ist also sehr wahrscheinlich von Severus und Caracalla eingeführt worden – vielleicht sogar in C. 8,17,1⁶⁵.

In der im *Codex Iustinianus* überlieferten Fassung handelt diese Konstitution zwar nur von der Konfirmation des Zweitpfandrechts (*ius suum confirmare potest*).⁶⁶ Dies könnte jedoch auf eine kompilatorische Kürzung zurückzuführen sein: In C. 8,17 geht es nur um die Rangfolge bei der Mehrfachverpfändung (*Qui potiores in pignore habeantur*); die Sukzession ist Gegenstand des folgenden Titels

⁶³ D. 49,14,50 Paul 3 decr; vgl. *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., Graz u. a. 1967, S. 224 und 231 f. Im Jahr 197 war Papinian wohl schon Leiter der Kanzlei *a libellis*; vgl. D. 20,5,12 pr. Tryph 8 disp.

⁶⁴ Papinian hat den ersten Teil seiner *responsa* unter der Gesamtherrschaft von Severus und Caracalla geschrieben, die ersten sechs Bücher möglicherweise schon vor 206 (vgl. *Fitting*, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, 2. Aufl., Halle 1908, S. 86 f. und *Krüger*, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts, Leipzig 1888, S. 199). Das vierte Buch von Tryphonins Disputationen stammt aus dem Jahr 211; vgl. *Fitting* a. a. O., S. 80 f., und *Krüger* a. a. O., S. 201, außerdem *Fildhaut* (Fn. 33), S. 14.

⁶⁵ So schon *Regely* (Fn. 5), S. 4 ff. und *Oertmann*, AcP 82 (1894) 367, 442; vgl. auch *Kaser* (Fn. 3), S. 48 („Erstmals zuverlässig erwähnt wird das *ius offerendi* offenbar in Sev. Ant. C. 8,17,1“); a. A. *Miquel*, AHDE 29 (1959), 229, 302. Ein weiteres mögliches Indiz findet sich in C. 8,18,1,1 (a. 209). In dieser Konstitution verordnet Severus und Caracalla der anfragenden Marcellina den Rechtsschutz *constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis*. Zwar geht es im *principium* dieses Fragments um die Voraussetzungen der hypothekarischen Sukzession; es ist jedoch denkbar, dass vor § 1 ein Textstück zum *ius offerendi et succedendi* ausgefallen ist. Die Begründung greift nämlich nur eine der im *principium* genannten Voraussetzungen heraus, und zwar diejenige, die der hypothekarischen und der kaiserrechtlichen Sukzession gemeinsam ist: *iudicatum est enim te pignora non accepisse*.

⁶⁶ Diese Formulierung bezeichnet nur den Erwerb der Rangvorrechte, nicht auch die erweiterte Pfandhaftung. Diese weitere Folge des *ius offerendi* wird vielmehr stets besonders erwähnt; vgl. vor allem C. 8,13,22 Diocl/Max (*confirmat sibi pignus et a debitore... accipit*), aber auch D. 49,15,12,12 Tryph 4 disp (*ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa*).

(C. 8,18: *De his qui in priorum creditorum locum succedant*). Das *ius succedendi* des Zweitgläubigers wird dort in C. 8,18,4 Diocl/Max (a. 286) behandelt, konnte also ohne weiteres aus der einleitenden Konstitution des vorhergehenden Titels gestrichen werden.

Diese Vermutung lässt sich auch auf den Text von C. 8,17,1 selbst stützen: Wenn der Erstgläubiger die Annahme verweigert, muss der Zweitgläubiger die geschuldete Summe hinterlegen: *cum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit*. Für die Konfirmation des Zweitpfandrechts genügt jedoch, wie D. 20,4,11,4⁶⁷ zeigt, das bloße Angebot; denn das Erstpfordrecht erlischt schon durch die Annahmeverweigerung. *Depositio* und *obsignatio* sind hierfür erst seit Diokletian erforderlich.⁶⁸ In der überlieferten Fassung stimmt C. 8,17,1 also nur für das nachklassische Recht. Der Schluss des Textes ist aus diesem Grund mehrfach verdächtigt worden.⁶⁹ Nimmt man jedoch an, dass Severus und Caracalla nicht nur von der Konfirmation, sondern auch vom *ius succedendi* handeln, dann bekommt die Hinterlegung auch für das klassische Recht einen Sinn: Sie schützt den Schuldner vor der – nach Zivilrecht weiterhin möglichen – persönlichen Klage des Erstgläubigers.⁷⁰ Da er nicht doppelt in Anspruch genommen werden kann, stehen seine Interessen der erweiterten Pfandhaftung nicht entgegen.⁷¹ Durch das Erfordernis der Hinterlegung wird sichergestellt, dass das *ius offerendi et succedendi* unabhängig vom Verhalten des Erstgläubigers stets die gleichen Wirkungen hat.

Der Schluss von C. 8,17,1 muss also nicht interpoliert sein,⁷² er kann auch als Hinweis auf eine kompulatorische Kürzung gelesen werden.⁷³ Dass das *ius offerendi et succedendi* auf diese Konstitution zurückgeht, ist dadurch zwar nicht bewiesen, aber immerhin wahrscheinlich geworden.

⁶⁷ S. o. I.

⁶⁸ Vgl. C. 4,24,10 pr., 2; C. 4,32,19; C. 8,24,2; C. 8,30,3 (alle a. 293); C. 4,24,12; C. 4,31,12 und C. 8,13,20 (alle a. 294); dazu Nitschke, SDHI 24 (1958) 112, 149 ff.

⁶⁹ Guarneri Citati, Contributi alla dottrina della mora nel diritto romano, 1923, S. 36 ersetzt ihn durch *aut obtuleris* – gemeint ist *obtulerit* – *cum is accipere noluisse*. Ihr folgt – mit Einschränkungen – auch Nitschke, SDHI 24 (1958) 112, 153 f. mit Fn. 198 ff.; für sachliche Echtheit dagegen Vigneron, *Offerre aut deponere*, Liège 1979, S. 181 ff. m. w. N. in A. 308.

⁷⁰ Nach dem Fragment D. 3,3,73 Paul I s de off adsess, dessen Echtheit allerdings umstritten ist (vgl. Vigneron, [Fn. 69], S. 164 ff.), kann der Schuldner nach der Hinterlegung nicht mehr zur Annahme der *litis contestatio* gezwungen werden.

⁷¹ Aus dem gleichen Grund ist auch der Regress des Bürgen schon dann zulässig, wenn er die geschuldete Summe hinterlegt hat; vgl. D. 17,1,56,1 Pap 3 resp und D. 46,1,64 Herm 2 iur ep und dazu Vigneron, *Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*, BIDR 77 (1974) 443 ff.

⁷² Auch der Moduswechsel zwischen *solverit* und *obsignavit et deposuit...convertit*, der von den in Fn. 70 genannten Autoren als Interpolationsindiz herangezogen wird, lässt sich mit der Annahme einer Textkürzung erklären. Dass die Hinterlegung in den übrigen Quellen zum *ius offerendi* nicht erwähnt wird, ist ebenfalls kein Argument. Denn auch der Fall, dass der Erstgläubiger die Annahme verweigert, wird nirgends behandelt. Das *ius offerendi et succedendi* ist ja gerade deshalb als Drittleistung gestaltet, um dies zu verhindern.

⁷³ Eine Kürzung hält auch Vigneron (Fn. 69), S. 182 f. für möglich.

Facetten des römischen Pfandrechts

Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts

Harke, J.D. (Hrsg.)

2015, IX, 87 S., Softcover

ISBN: 978-3-662-44988-2