

Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 9

# Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht

Von

Dr. Dietmar Schanbacher



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

DIETMAR SCHANBACHER

**Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht**

# **Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen**

**Herausgegeben vom Institut für Rechtsgeschichte und  
geschichtliche Rechtsvergleichung der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.**

**Neue Folge · Band 9**

# Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht

Von

Dr. Dietmar Schanbacher



D U N C K E R   &   H U M B L O T   /   B E R L I N

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Schanbacher, Dietmar:**

Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen  
römischen Recht / von Dietmar Schanbacher. –

Berlin: Duncker u. Humblot, 1987.

(Freiburger rechtsgeschichtliche  
Abhandlungen; N. F., Bd. 9)

ISBN 3-428-06261-2

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06261-2

## **Vorwort**

Die folgende Untersuchung zum römischen Pfandrecht wurde Anfang 1985 abgeschlossen und hat im Sommersemester 1985 der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Dissertation vorgelegen.

Zu Dank verpflichtet bin ich vor allem Herrn Professor Hermann Lange für seine freundliche Betreuung der Arbeit, Herrn Professor Eberhard Klingenberg für manchen hilfreichen Hinweis und Herrn Professor Knut Wolfgang Nörr für die Anregungen, die ich aus dem von ihm im Januar 1985 veranstalteten Doktorandenseminar noch mitnehmen konnte.

Für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der Freiburger Rechtsgeschichtlichen Abhandlungen danke ich den Herausgebern; mein Dank gilt auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die den Druck großzügig gefördert hat.

Esslingen a. N., im März 1987

*Dietmar Schanbacher*



## Inhalt

<b>Einleitung</b> .....	9
1. Gegenstand der Untersuchung .....	9
2. Die Behandlung der Pfandrechtskonvaleszenz in der jüngeren Literatur .	14
3. Grundlagen der Pfandrechtskonvaleszenz .....	17
<b>I. Der Aktionsmangel und seine Heilung</b> .....	20
1. Afr. 8 quaest. D 20.4.9.3. Konvaleszenz von Pfandrechten durch Anwendung eines modifizierten Klagformulars. Der Aktionsmangel .....	20
a) Interpretationen. Echtheit .....	24
b) Keine Pfandrechtskonkurrenz .....	29
c) Verpfändung und <i>in bonis esse</i> .....	38
d) Reminiszzenzen einer ursprünglich stärkeren Rechtsstellung des Pfandgläubigers in spätclassischen Quellen .....	44
e) Der Wandel in der Einschätzung der Pfandschuldnerstellung, wie er sich in den Quellen bei der Frage des durch Pfandsklaven vermittelten Besitzerwerbs zeigt .....	50
f) Mehrere Pfandnehmer in den hochclassischen Quellen vor Marcellus	53
g) ‚... in dotem aestimatum dedit‘ .....	73
2. Scaev. 27 dig. D 20.4.21.1 .....	79
3. Sev./Ant. CI 4.28.4 (a.201) .....	82
4. Pfandrechtskonvaleszenz in den Responsen Papinians .....	83
a) Pap. 7 resp. D 36.1.58 .....	83
b) Pap. 11 resp. D 20.1.1 pr .....	86
c) Pap. 11 resp. D 20.4.3.1 .....	106
5. Paul. 3 quaest. D 13.7.41 Satz 1 und Diocl./Max. CI 8.15.5 (a.286). Zur Formfassung der analogen Klage; das servianische <i>in bonis esse</i> aE. der Hochklassik und in spätclassischer Zeit .....	113
6. Die Kontroverse Paul. 3 quaest. D 13.7.41/Mod. 7 diff. D 20.1.22 .....	122
6a. Andere Texte, in welchen die gegensätzliche Haltung der Juristen zum Ausdruck kommt .....	136
6b. Der Einfluß der Mod. 7 diff. D 20.1.22 zugrundeliegenden Auffassung auf die kaiserliche Reskriptenpraxis am Ende der spätclassischen Periode .....	139



7. Paul. 14 ad Plaut. D 20.4.14. Mehrheit konvaleszierter Pfandrechte . . . .	150
8. Ulp. 29 ad ed. D 14.6.7.2. Das konvaleszierte Pfandrecht und seine Verteidigung . . . . .	155
<b>II. Exzeptionsmängel und ihre Heilung . . . . .</b>	<b>166</b>
1. Paul. 3 quaest. D 20.6.10pr., Marci. lib. sing. ad form. hyp. eod. 8.7/8/11, Just. CI 8.25.11 (a.532). Pfandrechtskonvaleszenz durch Rückerwerb von mit Zustimmung des Gläubigers veräußerten Sachen durch den Verpfänder . . . . .	166
2. Paul. 29 ad ed. D 13.7.18.1. Teilkonvaleszenz durch Exzeptionsfortfall . . . . .	174
3. Konvaleszenz infolge Fortfalls des Zweckes eines Verbotsgesetzes. Die sog. <i>lex Iulia de fundo dotali</i> . Keine direkten Quellen . . . . .	176
4. Ulp. 35 ad ed. D 27.9.1.2, Paul. lib. sing. ad or. div. Sev. eod. 2. Konvaleszenz durch obrigkeitliches Dekret und <i>confirmatio ex rescripto</i> . . .	181
5. Ulp. 73 ad ed. D 20.1.21.1. Nachträglicher Eigentumserwerb durch den Verpfänder, welcher den Bestand des Pfandrechts gefährdet . . . . .	186
<b>III. Der Satz vom anfänglichen <i>Vitiosum</i> und die Konvaleszenzentscheidungen der Klassiker . . . . .</b>	<b>190</b>
<b>Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>201</b>
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>215</b>

## Einleitung

### 1. Gegenstand der Untersuchung

Zur Konvaleszenz eines Pfandrechts gelangt man heute über die Vorschrift des § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB:

Die Verfügung<sup>1</sup> wird wirksam, ... wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Ausgelassen in dem Zitat sind die Worte ‚wenn der Berechtigte sie genehmigt oder‘. Die Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB: nachträgliche Zustimmung) bewirkt keine Konvaleszenz<sup>2</sup>, sondern, aufgrund der in § 184 Abs. 1 BGB angeordneten Rückwirkung, schon anfängliche Wirksamkeit der getroffenen Verfügung. Konvaleszenz tritt also ein in den Fällen nachträglichen Erwerbs des Verfügungsgegenstandes durch den nichtberechtigten Verfügenden und der Beerbung des Verfügenden durch den Berechtigten, sofern dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet<sup>3, 4</sup>, beim Pfandrecht also

---

<sup>1</sup> Eines Nichtberechtigten, s. § 185 Abs. 1 BGB.

<sup>2</sup> Dies dürfte auch die Auffassung des überwiegenden Teils der Rechtslehre sein, s. v. *Tuhr*, AT II/1 (1914 Nachdruck 1957) 382ff., *Flume*, AT II<sup>3</sup> (1979) 909ff., 915ff. (s. jedoch das Sachregister 953), *Larenz*, AT<sup>6</sup> (1983) 479f., *Soergel / Schultze v. Lasaulx*, BGB<sup>10</sup> (1967) § 185 Rz. 2, *Soergel / Leptien*, BGB<sup>11</sup> (1978) § 185 Rz. 2, Münchner Kommentar zum BGB<sup>2</sup> (1984) / *Thiele*, § 185 Rz. 4, 57ff., 63ff., *Jauernig*, BGB<sup>3</sup> (1984) § 185 Anm. 3. Anders *Planck / Knoke / Strecker / Flad*, BGB<sup>4</sup> (1913 Nachdruck 1981) § 185 Anm. 1, 4, *Dölling*, Mehrere Verfügungen eines Nichtberechtigten über den selben Gegenstand (1962) 19ff., *Hübner* AT (1985) Rz. 707f., s. auch Mot. II 139. Alle vier Fälle des § 185 wollen als Konvaleszenz auffassen *Gehrmann*, Das Problem der Konvaleszenz (1963), *Palandt / Heinrichs*, BGB<sup>43</sup> (1984) § 185 Anm. 1a. S. auch *Staudinger / Dilcher*, Komm. zum BGB<sup>12</sup> (1980) § 185 Rz. 1 (halten die Zusammenfassung der vier Fälle des § 185 BGB unter der Bezeichnung ‚Konvaleszenz‘ für möglich), vgl. auch *Staudinger / Coing*, Komm. zum BGB<sup>11</sup> (1957) § 185 Rz. 2. Zumindest im ersten Fall der Einwilligung (§ 185 Abs. 1 BGB; vgl. § 183 BGB) kann von Konvaleszenz kaum die Rede sein. Konvaleszenz heißt Wirksamwerden. Nimmt man die Rückwirkungsanordnung des § 184 Abs. 1 BGB ernst, wird man auch den Fall der Genehmigung nicht zur Konvaleszenz rechnen. Vgl. auch *Ranieri*, Alienatio convalescit (1974) 53ff.

<sup>3</sup> Hier ist streitig, ob die Verfügung sogleich konvalesziert und die Konvaleszenz wieder entfällt, wenn die Haftungsbeschränkung eintritt (so *Palandt / Heinrichs*, BGB<sup>40</sup> (1981) § 185 Anm. 3) oder ob sie erst mit Eintritt der Unbeschränkbarkeit der Haftung konvalesziert (dafür die h. Mg., s. v. *Tuhr*, AT II/1, 384f., Münchner Kommentar zum BGB<sup>2</sup>/*Thiele*, § 185 Rz. 64, *Soergel / Leptien*, BGB<sup>11</sup> § 185 Rz. 33, *Jauernig*, BGB<sup>3</sup> § 185 Anm. 3c bb, *Palandt / Heinrichs*, BGB<sup>43</sup> (1984) § 185 Anm. 3).

im Falle nachträglichen Erwerbs des Verpfändungsgegenstandes durch den Verpfänder<sup>5</sup> und im Falle von dessen Beerbung durch den Berechtigten, unter der Voraussetzung der unbeschränkten Erbenhaftung<sup>6</sup>. Diese beiden in § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB (mit) geregelten Fälle sind es vor allem, welche auch die römische Jurisprudenz beschäftigt haben<sup>7</sup>.

Gegenstand der Konvaleszenzentscheidungen der römischen Juristen ist durchweg das Vertragspfandrecht. Das bedeutet jedoch nicht, daß bei „gesetzlichen“ oder auf magistratischer Anordnung beruhenden Pfandrechten ein nachträgliches Wirksamwerden nicht in Frage gekommen wäre<sup>8</sup>. Ferner

<sup>4</sup> Hinsichtlich beider Fälle ist streitig, ob die Konvaleszenz den (Fort)Bestand des Rechtsgrundes voraussetzt. Dafür *Hagen*, AcP 167 (1967) 481 ff. Zustimmung *Larenz*, AT<sup>5</sup> (1980) 450, nur für den Beerbungsfall *Thiele* im Münchner Kommentar zum BGB<sup>2</sup> § 185 Rz. 58, 63 und *Larenz*, AT<sup>6</sup> (1983) 479. Allgemein ablehnend *Flume*, AT II<sup>3</sup> 916 Anm. 6, *Medicus*, AT (1982) Rz. 1031.

<sup>5</sup> Beim Vertragspfandrecht an beweglichen Sachen, welches im geltenden Recht als Besitzpfandrecht ausgestaltet ist, ist dabei vor allem an Eigentumserwerbstatbestände zu denken, die keine Besitzübertragung voraussetzen (die *brevi manu traditio* des § 929 Satz 2 BGB, mittelbarer Besitz des Erwerbers (§ 868 BGB) genügt, s. nur *Baur*, Sachenrecht<sup>12</sup> (1983) 464 f.; Erbfolge).

<sup>6</sup> Rechtsgrund der Pfandbestellung ist eine meist durch obligatorischen Verpfändungsvertrag begründete Pfandbestellungspflicht (vgl. *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts II/2 (1960) 540, *Staudinger / Wiegand*, Komm. zum BGB<sup>12</sup> (1981) Vorbem. zu §§ 1204 ff. Rz. 20 und 21; zu den Grundpfandrechten: *Staudinger / Scherübl*, Einl. zu §§ 1113 ff. Rz. 34, 35; die Formvorschrift des § 313 BGB erfaßt diesen Fall nicht), nicht das auf der Grundlage des dinglichen Rechts (s. *Eichler* 540 f.) entstehende Legalschuldverhältnis zwischen dem Verpfänder und dem Pfandnehmer. Würde man darin den Rechtsgrund der Pfandbestellung sehen, wäre die Frage nach der Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz hier jdf. zu verneinen: es bestünde vielmehr umgekehrt Konvaleszenzabhängigkeit des Rechtsgrundes.

<sup>7</sup> (Erst)Erwerbsfälle behandeln: Afr. 8 quaest. D 20. 4. 9. 3, Scaev. 27 dig. D 20. 4. 21. 1, Sev./Ant. CI 4. 28. 4 (a. 201), Pap. 7 resp. D 36. 1. 58, Pap. 11 resp. D 20. 1. 1 pr., Pap. 11 resp. D 20. 4. 3. 1, Paul. 3 quaest. D 13. 7. 41 Satz 1, Paul. 14 ad Plaut. D 20. 4. 14, Paul. 29 ad ed. D 13. 7. 18. 1, Ulp. 29 ad ed. D 14. 6. 7. 2, Diocl./Max. CI 8. 15. 5. (a. 286), Beerbungsfälle: Paul. 3 quaest. D 13. 7. 41 Satz 2 und 3, Mod. 7 diff. D 20. 1. 22, andere Fälle: Paul. 3 quaest. D 20. 6. 10 pr., Marci. lib. sing. ad form. hyp. eod. 8. 7, Just. CI 8. 25. 11 (a. 532) (Wiedererwerb), Marci. lib. sing. ad form. hyp. D 20. 6. 8. 8 (Beerbung des Verpfänders durch den Käufer der Sache), eod. 8. 11 (Wegfall eines Vindikationslegats), Paul. lib. sing. ad or. div. Sev. D 27. 9. 2 (obrigkeitliche Zulassung). Vgl. auch Marci. (Marcell.) 7 dig. D 23. 5. 17 und Pap. 3 quaest. D 41. 3. 42 (verbotswidrige Veräußerungen, Wegfall der ratio legis).

<sup>8</sup> So kann man an Konvaleszenz denken beim Pfandrecht wegen Darlehens zum Wiederaufbau eines Hauses (SC unter Marc Aurel; Pap. 10 resp. D 20. 2. 1, s. *Dernburg*, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 1 (1860) 314 ff., *Scarano Ussani*, Labeo 29 (1983) 255 ff., 258 ff., *Musca*, Labeo 31 (1985) 15 f.), wenn der Empfänger das Grundstück erst später erwirbt (*Dernburg* 321 würde Konvaleszenz verneinen); beim kaiserrechtlichen Mündelpfandrecht (Alex. CI 7. 8. 6, Ulp. 35 ad ed. D 27. 9. 3 pr., s. *Dernburg*, PfandR 1, 321 ff.), wenn der Erwerb des Vormunds zunächst scheiterte; beim *pignus in causa iudicati captum*, wenn der gepfändete Gegenstand vom Schuldner erworben wird, während der Executor in summarischer Kognition die Eigentumsverhältnisse prüft (vgl. Ulp. 3 de off. cons. D 42. 1. 15. 4/9; § 4 if. und

geht es immer um Sachpfandrechte; das muß jedoch nicht heißen, daß es eine Konvaleszenz von Pfandrechten an Rechten nicht gegeben hätte.

§ 185 Abs. 2 Satz 1 BGB läßt mit Eintritt des als entscheidend bezeichneten Umstandes das intendierte Recht entstehen<sup>9</sup>. Im klassischen römischen Recht steht, wie es der aktionenrechtlichen Denkweise der Römer<sup>10</sup> entspricht, die prozessuale Verwirklichung im Vordergrund.

### Der Aktionsmangel

Die dingliche Klage des Vertragspfandnehmers hat dreierlei zur Voraussetzung: die Pfand*conventio*, eine zu sichernde Forderung<sup>11</sup> und daß sich das Klageobjekt zum Zeitpunkt der Pfand*conventio in bonis* des Verpfänders befunden hat<sup>12</sup>.

Das Fehlen der Pfand*conventio* scheidet als Pfandrechtsmangel aus. Erst mit der Pfand*conventio* entsteht ein Pfandrecht oder beginnt es zu entstehen, um ggf. mit einem Mangel behaftet zu sein. Eine als solche fehlerhafte Pfand-

---

Ant. CI 4. 15. 2. (a. 205) drücken nicht Unzulässigkeit, sondern nur Subsidiarität der Pfändung strittiger Sachen aus, s. *Fleischmann*, Das pignus in causa iudicati captum (1896) 55 ff., *Simon*, SZ 83 (1966) 151 ff., *Litewski*, SDHI 40 (1974) 256 ff.; aA. und interpolationskritisch *H. Krüger*, SZ 45 (1925) 70 ff.; neuerdings will *Aversano*, AG 193 (1977) Fasc. 1, 84 ff. den Schluß von § 4 zu § 5 ziehen (fragw.).

<sup>9</sup> In derselben „juristischen Sekunde“: *Wieacker*, Festschrift Erik Wolf (1962) 425 f.

<sup>10</sup> Dazu etwa *F. Schulz*, Prinzipien d. röm. Rechts (1934) 21, 28 f., *H. Kaufmann*, JZ 1964, 483 f., *Kaser*, RP 1<sup>2</sup> (1971) 226, v. *Lübtow*, St. Biscardi 4 (1983) 378 f.

<sup>11</sup> Genauer: ihren Bestand, Nichterfüllung, daß nicht Sicherheit geleistet worden ist und der Gläubiger sich nicht in Annahmeverzug befindet.

<sup>12</sup> Die Fassung der dinglichen Pfandklage (*actio Serviana*) nach der *Lenelschen* Rekonstruktion (Das Edictum perpetuum<sup>3</sup> (1927) 493 ff.):

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Ähnlich *Rudorff*, Edicti perpetui quae reliqua sunt (1869) 234 f. Wesentlich abweichende Rekonstruktionen bei *Kreller*, SZ 64 (1944) 340 ff. (ohne den Zeitpunkt des *in bonis esse*, arg. Afr. 8 quaest. D 20. 4. 9. 3 (die Stelle lasse zwischen zwei Zeitpunkten die Wahl) und Gai. lib. sing. de form. hyp. D 20. 1. 15. 1 (,dicitur' deute eine „gemeine Meinung der Wissenschaft“ an); zum ersten in fr. 9. 3 genannten Zeitpunkt fordert die direkte Pfandklage das *in bonis esse*, zum zweiten kommt es für die analoge in Betracht, beweisen müsse der Gläubiger das *in bonis esse* zum Konventionszeitpunkt, „sagt man“); *D'Ors*, IURA 20 (1969) 82 ff. (ohne Voraussetzung des *in bonis esse*, mit Fiktion des Eigentums), ihm folgt *Valiño*, *Actiones utiles* (1974) 71 ff. Vgl. gegen *Kreller*: *Kaser*, SZ 75 (1958) 179 Anm. 104, SZ 78 (1961) 197 f., St. Grosso 1 (1968) 35 Anm. 29 (Ausgew. Schr. 2 (1976) 177), TR 44 (1976) 242 Anm. 54, SDHI 45 (1979) 26 Anm. 86, gegen *D'Ors*: *Schlichting*, Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klass. röm. Recht (1973) 122 ff., *Kaser*, TR 44 (1976) 241 ff.