

Rudolph von Jhering und die Analytik des Rechts

Über den analytischen Geist der römischen Juristen und die *actio ad exhibendum*

Einleitung

"Die mosaische Schöpfungsgeschichte läßt die Erschaffung der Welt ihren Anfang nehmen mit dem Scheiden: im Anfang schied Gott Himmel und Erde, Festes und Flüssiges, Licht und Finsternis. In derselben Weise beginnt auch die juristische Schöpfungsgeschichte des römischen Rechts; ihre ersten Tage gehören ebenfalls dem Werk der Scheidung und Zersetzung."¹

Mit diesen (einleitenden) Worten beginnt Jhering sein Kapitel mit der Überschrift "*Die Analytik des Rechts*", wonach er äußerst lobende Worte für "*die alte Jurisprudenz*" findet. Trotz aller Einschränkungen, die am alten römischen Recht haften, findet Jhering, dass das Studium desselben notwendig ist. Der Wert des Studiums liegt seiner Ansicht nach darin, dass im alten römischen Recht der "*Gedanke der Zersetzung*" im Mittelpunkt steht.

"Ihre ganze Tätigkeit geht im Wesentlichen auf in der Verwertung dieses einen Gedankens, ihre Kunst ist Scheidekunst."

Diese "analytische Kunst" äußert sich laut Jhering in der Gliederung und Trennung der Teilgebiete des Rechts. Bevor man zum Lesen und Schreiben kommt, muss ja zuerst das Alphabet erfunden werden.² Die Teilgebiete des Rechts müssen zuerst voneinander getrennt werden, damit mit diesen Teilgebieten anschließend gearbeitet werden kann. Das Studium des römischen Rechts war laut Jhering, wie wenn man durch ein durchsichtiges Glas in das Innerste einer Maschine schauen könnte.³ Dieses Recht schien wie gemacht für die Vermittlung von Wissen bzw. für den Unterricht. Es zeigte jedenfalls den Weg und das Ziel, das

1 Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Teil Erste Abteilung (IV), Leipzig Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel 1924, S. 11.

2 Jhering IV, S. 11 ff.

3 Hier spricht Jhering (liebevoll) über eine Maschine, die die Kunst des Trennens gut darstellt. Diese Maschine darf man nicht mit der Maschine verwechseln, die im "*juristischen Begriffshimmel*" steht, über die Jhering in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz; Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1884, S. 245 ff. schrieb. Jhering beschrieb den Teil des Himmels, wo sich die verstorbenen Juristen aufhielten, die sich auf Erden ausschließlich mit der Theorie beschäftigt hatten und die Praxis außer Acht ließen. Damit meinte er nämlich die (meisten) Pandektisten. An diesem Ort schien die Sonne nie. Die Pandektisten verwendeten dort unter anderem

Ergebnis und das Mittel. Die analytische Kunst hatte im alten römischen Recht nicht nur ein derart hohes Niveau erlangt, das laut Jhering in der Geschichte des Rechts nie mehr erreicht wurde, sondern das Recht wurde auch nirgends *"so sehr zur Anschauung gebracht, als im alten römischen Recht."*⁴ Das Studium des alten römischen Prozessrechts war laut Jhering deshalb wertvoll, weil das Prozessrecht das System des Rechts wiedergab. Der römische Jurist lernte durch das Prozessrecht, die einzelnen Teilgebiete des Rechts zu trennen bzw. zu unterscheiden.

*"Im alten Prozeß sieht man das Rechtsverhältnis, sozusagen, unter das Schneidewerk geraten, wodurch es zersetzt werden soll."*⁵

In diesem Artikel steht jedoch nicht die Bearbeitung (der Entwicklung) des römischen Prozessrechts im Mittelpunkt. Der Schwerpunkt wird auf eine römisch-rechtliche Klage gelegt, die ihren Ursprung (wie könnte es auch anders sein) dem System des (alten) römischen Prozessrechts und der analytischen Kunst der Römer zu verdanken hat. Diese Klage erlebte ihren Höhepunkt in der Zeit des klassischen römischen Rechts⁶ und wurde *actio ad exhibendum* (Klage auf Vorlegung) genannt. Möglicherweise denkt der Leser wegen des Namens dieser Klage an das Prozessrecht und zwar an Art. 843a Absatz 1 der niederländischen Zivilprozessordnung (Rv.: Wetboek van de Burgerlijke Rechtsvordering)⁷ oder an §§ 809-811 BGB.⁸

die *Haarspaltemaschine* (S. 257). Dort konnten die Juristen ein Haar, das von bloßem Auge kaum sichtbar war, in 999999 gleiche Teile schneiden. Ein scherzhafter Hinweis von Jhering auf die Kritik, die er zur Arbeit der Pandektisten hatte, nämlich der Aufspürung und zu weit gehenden Zerlegung von Begriffen und Grundsätzen. Siehe auch den Beitrag J.H.A. Lokins in diesem Band.

4 Jhering IV, S. 14.

5 Jhering IV, S. 14.

6 D. 10, 4, 1: *Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta esti*: Diese Klage ist überaus notwendig, und ihre Bedeutung zeigt sich tagtäglich in der Praxis; sie ist vor allem im Hinblick auf die Vindikationen [beweglicher Sachen] eingeführt worden. Ich mache hier dankbar Gebrauch von den Übersetzungen von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch und Hans Hermann Seiler (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, Heidelberg 1995 bei den Digesten 1-34, und von den Übersetzungen von C.E. Otto, B. Schilling, C.F.F. Sintenis (Hrsg.): *Das Corpus Iuris Civilis*. Leipzig : Focke, 1830 bei den übrigen Digesten.

7 Art. 843a Absatz 1 Rv. lautet: *Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Onder bescheiden worden mede verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens.* : "Wer ein entsprechendes rechtmäßiges Interesse hat, kann auf eigene Kosten eine Einsichtnahme, eine Kopie oder einen Auszug von bestimmten Dokumenten in Bezug auf ein Rechtsverhältnis von derjenigen Person verlangen, die die Verfügung über diese Dokumente besitzt oder diese verwahrt. Unter Dokumenten werden auch auf einem Datenträger gespeicherte Angaben verstanden."

8 § 809 BGB: Wer gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewissheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, kann, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist, verlangen, dass der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet.

Im ersten Artikel ist die niederländische "Exhibitieplicht" (Vorlegungspflicht) aufgenommen. Der Begriff Exhibitieplicht ist aus der römischen *actio ad exhibendum* hergeleitet. Die gesetzliche Vorschrift in Art. 843a Absatz 1 Rv. (und deren Vorläufer) beginnt jedoch am Anfang des 19. Jahrhunderts während der französischen Herrschaft, da die Franzosen ein einheitliches Zivilprozessrecht einführten. Der Ursprung dieser Regel zur Vorlegungspflicht geht auf die *Ordonnance Civile de Orleans* von Ludwig XIV zurück. Die Vereinbarung hat inhaltlich also nichts mit der römischrechtlichen *actio ad exhibendum*⁹ zu tun. In §§ 809-811 BGB sind Vorschriften unter dem Begriff Vorlegung von Sachen aufgenommen. Diese Vorschriften sind jedoch aus der römischrechtlichen *actio ad exhibendum*¹⁰ hervorgegangen. Die Artikel werden hauptsächlich im Arztrecht (bei medizinischen Streitfällen) und in urheber- und patentrechtlichen Fällen angewendet. Die Schwester von Nietzsche, Elisabeth Förster-Nietzsche, hat sich beispielsweise auch auf § 809 BGB berufen. Sie wollte verhindern, dass die Briefe, die ihr Bruder an seinen Freund Professor Frans Overbeck schrieb, publiziert würden. Um festzustellen, ob die Briefe Nietzsches literarische Werke waren, damit von einem Urheberrecht ausgegangen werden konnte, verlangte Frau Förster-Nietzsche die Vorlegung der Briefe.¹¹

Der Leser könnte nun auf den Gedanken kommen, dass das Thema dieses Artikels das Prozessrecht ist. Nichts ist jedoch weniger wahr. Nach einem kurzen Exkurs in das römische Prozessrecht wende ich mich dem (römischen) Sachenrecht zu. Auf diesem Gebiet wurde die *actio ad exhibendum* eingesetzt, obwohl die Klage selbst eine persönliche Klage war. Sie hat jedoch eine enge Beziehung zur *reivindicatio*, wie dies auch Jhering festgestellt hat. Ich bespreche in diesem Essay die Entwicklung der Klage auf Vorlegung, ihre Verwandtschaft mit der Herausgabeklage (Revindikation) und die Rolle, die sie im römischen Sachenrecht spielte. Ferner untersuche ich, ob die *actio ad exhibendum* auch im niederländischen Recht eine Rolle einnehmen kann. Ulpian schrieb Folgendes darüber: "Die Klage ist hochnotwendig und ihre Bedeutung ist aus der täglichen Praxis ersichtlich."¹²

§ 810 BGB: Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

§ 811 BGB: Die Vorlegung hat in den Fällen der §§ 809, 810 an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich die vorzulegende Sache befindet. Jeder Teil kann die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. 2: Die Gefahr und die Kosten hat derjenige zu tragen, welcher die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Teil die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

⁹ Siehe J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, Serie Burgerlijk Proces en Praktijk, Deventer: Kluwer 2010, Hoofdstuk 2, S. 7 ff.

¹⁰ Christiane Birr (Herausgegeben von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB; Band III Schuldrecht: Besonderer Teil* §§ 433-853: § 809-811 Vorlegung von Sachen, Mohr Siebeck 2013, S. 2558.

¹¹ RGZ, 69, 401, 405 ff.; Christiane Birr, *Kritischer Kommentar zum BGB*, S. 2560.

¹² D. 10, 4, 1: Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est.

Das alte römische Prozessrecht und die *actiones*

Die älteste römisch-rechtliche Verfahrensform, die überliefert ist, ist das Verfahren mithilfe von Spruchformelklagen (*per legis actionem*). Es stammt aus der Zeit, in der die römische Gesellschaft noch sehr landwirtschaftlich geprägt war.¹³ Das Legisaktionenverfahren (Spruchformelklageverfahren) lief nach strengen Regeln ab. Die Parteien waren verpflichtet, feierliche Worte nach einer feststehenden Formel auszusprechen und dabei rituelle Handlungen auszuführen. Ein Prozess war bereits verloren, wenn eine Partei ein falsches Wort gebrauchte oder wenn sie ein Wort nicht richtig aussprach.¹⁴ Das Legisaktionenverfahren ist der Vorläufer des weniger rigorosen Formularverfahrens. Die letztere Verfahrensform entstand vermutlich in der Mitte der Republik (509-27 v. Chr.) und wurde anfänglich neben dem Spruchformelverfahren verwendet. Wo das Verfahren *per legis actionem* nur für römische Bürger (*cives Romani*) geschaffen wurde, war das Formularverfahren auch für Nicht-Römer zugänglich.¹⁵ Das Legisaktionenverfahren war auch durch seine Striktheit "allmählich eine Quelle des Ärgernisses geworden",¹⁶ wodurch es vom Formularverfahren schließlich stets mehr verdrängt wurde. Der Formularprozess war in der Blütezeit des römischen Rechts (100-250 n. Chr.)¹⁷ die gängige Verfahrensform und hat somit einen wichtigen Einfluss auf dieses Recht ausgeübt.¹⁸

Den beiden oben genannten Verfahrensformen war gemeinsam, dass sie aus zwei Phasen bestanden. Die erste Phase war verfahrensrechtlicher Art und spielte sich vor dem Magistrat (*in iure*) ab, ab 367 v. Chr. vor dem *praetor*. Der Kläger beantragte beim *praetor* in dieser Phase eine *actio*, damit er seinen (angeblichen) Anspruch im Verfahren vorbringen konnte. Der *praetor* gewährte ihm die *actio* nur, wenn der Antrag des Klägers von der Rechtsordnung geschützt wurde. Dieser Antrag wurde geschützt, wenn im Edikt des *praetor* eine Klage mit dem zugehörigen Formular (*formula*) aufgenommen war, die mit der Forderung des Klägers übereinstimmte. Fand sich im Edikt keine Klage, unter die sich der Antrag einordnen ließ, der *praetor* aber fand dennoch, dass die Forderung des Klägers des Rechtsschutzes bedurfte, dann gewährte er dem Kläger eine Klage mit einer speziell auf diesen Fall zugeschnittenen *formula*; der so genannten *actio in factum*.¹⁹

13 M. Kaser & K. Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, Zweite Auflage; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1996, S. 25-26.

14 Siehe zum Beispiel Gai IV, 11.

15 Kaser/Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, S. 151.

16 Gai IV, 30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt.*

17 J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 4^e druk, 2014, S.101.

18 Kaser/Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, S. 151 ff. und S. 161-163.

19 Kaser/Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, S. 238.

Jhering und das römische Prozessrecht

Als "*Preisstück der prozessualischen Zersetzung*"²⁰ gab Jhering das Beispiel einer Person, die vier (!) Rechtsmittel gegen jemanden erheben konnte, der den Lauf des Regenwassers mit der Vornahme bestimmter Erdarbeiten verändert hatte.²¹ Wenn ein Eigentümer (A) eines Grundstücks Schaden für sein Stück Land befürchtete, weil sein Nachbar (B) den Lauf des Regenwassers mit einem neuen Entwässerungssystem verändert hatte, konnte A seinen Nachbarn B mit der *actio aqua et aquae pluviae arcendae (a.p.a)* gerichtlich belangen. Mit dieser Klage forderte der Kläger die Rückgängigmachung der Erdarbeiten²²: In unserem Fall also musste das neue Entwässerungssystem von B rückgängig gemacht werden. Diese Klage konnte nur für die Fälle verwendet werden, in denen es sich noch nicht um einen eingetretenen Schaden, sondern nur um die drohende Gefahr eines Schadens durch Regenwasser handelte. Unter Regenwasser wurde das Wasser verstanden, das vom Himmel fiel und sich aufgrund eines Regenschauers ansammelte.²³ Die drohende Gefahr eines Schadens musste durch menschliches Handeln verursacht sein. Wurde der Wasserschaden durch ein Naturereignis verursacht, das heißt ohne menschliches Handeln, das den Verlauf des Regenwassers verändert hatte, dann fand diese Klage keine Anwendung.²⁴ Wie gesagt, galt die Klage nicht für bereits entstandenen Schaden: Es ging ausschließlich um *zukünftigen* Schaden.²⁵ Der Person, der bereits ein Schaden durch Erdarbeiten einer anderen Person entstanden war, stand das Interdikt *quod vi aut clam*²⁶ zur Verfügung. Eine Erstattung des Schadens, die ggf. durch das Urteil des Richters angeordnet wurde, konnte weder mit der *a.p.a.* noch mit dem *interdictum quod vi aut clam* gefordert werden. Für diesen Schaden musste, wegen der drohenden Gefahr des Schadens (*cautio damni infecti*), eine Garantie erteilt werden.

20 Jhering, IV. S. 46.

21 Jhering, IV. S. 27 ff. D. 39, 3, 14, 2-4.

22 D. 39, 3, 1, 2.

23 D. 39, 3, 1: (...) *Aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.* ; (...) Regenwasser nennen wir dasjenige, welches vom Himmel fällt und durch den Regen anschwellt: es mag nun, wie Tubero sagt, dieses vom Himmel kommende Wasser an sich Sachen bringen, oder in seiner Vereinigung mit anderem Wasser.

24 D. 39, 3, 1, 1. (...) *Quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur:* (...) Aber auf den Fall erstreckt sich die Klage nicht, wenn das Wasser durch seinen natürlichen Lauf Schaden anrichtet.

25 D. 39, 3, 14, 2: *In hoc iudicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit, cum reliquis fere omnibus iudiciis praeteritum praestetur:* Bei dieser Klage, sowie bei der Klage wegen drohenden Schadens, kommt der künftige Schaden in Betracht, während bei fast allen übrigen Klagen der geschehene Schaden ersetzt wird.

26 D. 39, 3, 14, 3: *De eo, quod ante datum est, quod vi aut clam agendum est. De eo, quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti cavere oportet vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit.* : Wegen des früher geschehenen Schadens muss man das Interdict Was mit Gewalt oder heimlich anstellen; wegen jenes Schadens, der sich nach dem Ausspruche des Richters ereignen wird, muss Sicherheit wegen drohenden Schadens geleistet, oder das Werk so wieder niedrigerissen werden, dass keine Gefahr des Schadens mehr vorhanden ist.

Schließlich musste der Kläger eine neue *a.p.a.* gegen den Beklagten erheben, wenn Letzterer neue Erdarbeiten durchgeführt hatte, die einen zukünftigen Schaden verursachen könnten.²⁷ Der analytische Charakter der Römer tritt in diesem Fall deutlich in Erscheinung. Ein Kläger konnte nicht nur eine einzige Klage erheben, mit der er die Erstattung für den drohenden zukünftigen Schaden und den bereits entstandenen Schaden fordern konnte. Vielmehr machten die Römer noch eine Unterscheidung zwischen drohendem zukünftigen Schaden und *neuem* drohendem zukünftigem Schaden. Neue Tätigkeiten, die dem Schaden Vorschub leisteten, mussten von neuem beurteilt werden, um zu ermitteln, ob der Kläger durch diese Tätigkeiten Anspruch auf Rückgängigmachung besaß.

Jede Forderung aufgrund eines Vertrags erforderte eine gesonderte Klage, auch wenn die verschiedenen Forderungen miteinander zusammenhingen (*soviel obligatoirische Tatsachen, soviel persönliche Klagen* und *soviel Delikte, soviel Klagen*).²⁸ Dasselbe gilt für dingliche Klagen. Für jede einzelne Sache musste der Kläger vom *praetor* eine gesonderte Klage zugesprochen erhalten (*soviel Gegenstände, soviel Vindicationen*).²⁹ Jhering gab das Beispiel eines Falles, in dem eine Drittperson ein gestohlenen Fahrzeug (Pferd und Wagen) in ihrem Besitz hatte. Der Eigentümer musste für das Pferd, den Wagen und alle einzelnen Teile, die im Fahrzeug lagen, gesonderte Herausgabeklagen einreichen. War der Kläger Eigentümer des Pferdes, stand damit noch nicht fest, dass er auch Eigentümer des Wagens war. Der Kläger hatte eine einzige Forderung, er wollte seine Sachen zurück. Durch die Aufteilung dieser Forderung in verschiedene Herausgabeklagen waren die Rechtsfragen klar, die im Streitfall im Mittelpunkt standen. Diese Trennung der Klagen ist heutzutage in unserem Verfahren weniger sichtbar, jedoch gilt noch stets, dass für jede Sache ein gesondertes Eigentumsrecht besteht und deshalb für jede Sache eine gesonderte Herausgabeklage eingereicht werden muss.

Die *reivindicatio* und Sachen im römischen Recht

Die Herausgabe war (und ist) seit dem Formularverfahren die Klage des Eigentümers einer Sache, um Anspruch auf den Besitz dieser Sache zu erheben. Diese Eigentumsklage bezieht sich auf eine spezifische Sache.³⁰ Für eine einzelne Sache gab es nur ein einziges Eigentumsrecht. Für zwei Sachen gab es zwei Eigentumsrechte. Ein einziges Eigentumsrecht auf

27 D. 39, 3, 14, 4: *De eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo iudicio agendum est*: Wegen eines solchen Werks, das nach der Einleitung des Verfahrens errichtet worden, muss eine neue Klage gestellt werden.

28 Jhering, IV, S. 39 und 43.

29 Jhering, IV, S. 39.

30 D. 6, 1, 1: *Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur*: Diese auf einzelne Sachen gerichtete Klage ist auf alle Sachen anwendbar, auf bewegliche – sowohl belebte wie unbelebte – und auch auf solche, die mit dem Grund und Boden zusammenhängen.

zwei Sachen ist nach römischem Recht (und auch nach niederländischem Recht) nicht möglich. Pomponius beschrieb drei Typen von Sachen.³¹ Erstens konnte eine Sache aus einer Einheit bestehen (eine nicht zusammengesetzte Sache), wie zum Beispiel ein Balken, ein Stein, ein Sklave oder ein Stück Land. Die Sache bildete eine wesentliche Einheit. Dingliche Rechte an einer nicht-zusammengesetzten Sache galten für die gesamte Sache. Anders ausgedrückt: Es war nicht möglich, dingliche Rechte an Bestandteilen einer nicht-zusammengesetzten Sache zu besitzen, die sich nicht auf die anderen Bestandteile erstreckten. Ein Pfandrecht an der linken Hälfte eines Balkens war nicht möglich, ebenso wenig gab es ein gesondertes Eigentumsrecht an der Oberschale eines Rindes. Erst wenn ein Teil abgetrennt wurde, die linke Hälfte des Balkens abgesehen wurde oder aus der Oberschale des Rindes ein Steak geschnitten wurde, wurden dieser Sache gesonderte Rechte zugesprochen, da dieser Bestandteil durch die Entfernung selbst zu einer gesonderten Sache wurde. Der Eigentümer der nicht-zusammengesetzten Sache konnte eine einzige Herausgabeklage einreichen, um (wieder) in den Besitz seiner Sache zu gelangen.

Daneben konnten Sachen aus verschiedenen, miteinander zusammenhängenden Teilen bestehen, die gemeinsam eine zusammengesetzte Sache bildeten, wie zum Beispiel ein Gebäude, ein Schiff oder ein Schrank.³² Eine Verbindung von verschiedenen Sachen konnte bewirken, dass die verbundenen Sachen eine Einheit bildeten, oder dann gerade, dass eine solche Einheit fehlte.³³ Wenn Letzteres der Fall war, hatte die Verbindung keine Folgen.

Wenn die zweien Eigenthümern gehörigen Theile durch Aneinanderschweissen zusammenhängen, so, sagt Cassius, müsse sich, wenn Frage erhoben werde, Wem von beiden sie nun zufallen sollten, die Entscheidung entweder nach Maassgabe des Gegenstandes, oder nach dem Werthe jedes Theiles richten. Steht aber keine von beiden in dem Verhältnisse eines Hinzukommens zur andern, so ist es die Frage ob nicht [der Gegenstand] dann als Beiden gehörig zu betrachten ist, sowie eine vermischte Masse, oder als Dem, in dessem Namen sie zusammengescheisst worden ist? – Proculus und Pegasus sind der Ansicht, dass Jedem Seine Sache gehörig bleibe.³⁴

Da die verbundenen Sachen in diesem Fall keine Einheit bildeten, konnte diejenige Person,

31 D. 41, 3, 30 : (...) *Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece hynoomenon [continuum] vocatur, ut homo tignum lapis et similia* (...): (...) Es giebt drei Arten von Körpern, erstens solche, die aus einem Ganzen bestehen, griechisch *hynoomenon* (einheitig), wie ein Sklave, ein Balken, ein Stein und dergleichen mehr (...).

32 D. 41, 3, 30. (...) *alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod sunymmenon vocatur, ut aedificium navis armarium*: (...) zweitens solche, die aus zusammengesetzten, d.h. aus mehreren aneinanderhängenden bestehen, *sunymmenon* (zusammengesetzt) genannt, wie ein Haus, ein Schiff, ein Schrank; Siehe auch: B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts: Erster Band*, Literarische Anstalt Frankfurt a. M., 1891, § 138 S. 396; H. Dernburg I, § 68, S. 157.

33 Siehe für Beispiele: D. 6, 1, 5, 1.

34 D. 41, 1, 27, 2: *Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. Sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est. Sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere.*

die ein Recht an dieser Sache hatte, dieses einfach ausüben. Wenn zum Beispiel zwei Metallstücke, die zwei verschiedenen Eigentümern gehörten, aneinander gelötet waren, hatte die Verbindung keine sachenrechtlichen Folgen.³⁵ Der Eigentümer konnte sein Stück Metall mit der Herausgabeklage zurückfordern. Bildeten die verbundenen Teile zusammen jedoch eine Einheit, dann waren diese Teile Bestandteile dieser Einheit, nämlich die Einheitssache. Auf diese Weise war der Diamant von A, der in einen Ring von B gefasst worden war, Teil dieses Ringes geworden. An dieser Einheitssache (dem Ring mit dem Diamanten) gab es nur ein einziges (aktives) Eigentumsrecht. B konnte die Herausgabeklage einreichen, um den Besitz der zusammengesetzten Sache (wieder) zu erlangen. Gehörte ein Bestandteil dieser einheitlichen Sache vor der Verbindung einer anderen Person, die kein Eigentumsrecht an der Einheitssache nach der Verbindung besaß, konnte diese Person ihren Bestandteil nicht mit der Herausgabeklage zurückfordern. Der Diamant war ein Teil des Ringes von B geworden. Dieser Bestandteil, der Diamant, war keine selbständige Sache mehr und konnte deshalb von A nicht mehr mit der Herausgabeklage zurückgefordert werden.

Eine dritte Kategorie Sachen schließlich bestand laut Pomponius aus verschiedenen Sachen, die eine Einheit bildeten, die nicht miteinander verbunden waren, jedoch gemeinsam mit einem Oberbegriff bezeichnet wurden (*corpus ex distantibus*), wie zum Beispiel eine *grex* (Herde).³⁶ Diese verschiedenen individuellen Sachen konnten jedoch gemeinsam mit einer einzigen Herausgabeklage zurückgefordert werden. Unabhängig von den Eigentumsrechten, die an anderen individuellen Sachen existierten, bestand bei einer Herde ein Eigentumsrecht am Ganzen.³⁷ Eine Herde, die zum Beispiel aus Schafen bestand, war ein Objekt. Diese dritte Kategorie war eine Ausnahme von der Grundregel, dass jede Sache individuell mit einer gesonderten Herausgabeklage zurückgefordert werden musste.

(...) Die Herde bilde einen Gegenstand (*universitas*); erklärt ist damit gar nichts, namentlich nicht, warum dieselbe Behandlungsweise nicht auch bei anderen Sachenkomplexen, z.B. einer Bibliothek, eintritt. Die Erklärung liegt m.E. in dem eigentümlichen Verhältnis der Ergänzung der Herde aus sich selbst, welches nach Grundsätzen über den Fruchterwerb dem Eigentümer und gutgläubigen Besitzer das Eigentum gewährt und präsumtiv alle Stücke der Herde ergreift, für die nicht das Gegenteil nachgewiesen wird. Die Vindication der Herde stimmt also mit dem Grundsatz: eine Frage, eine Klage, denn der Richter hat bei ihr trotz der Mehrheit der Gegenstände doch bloß eine und dieselbe Frage zu

35 D. 41, 1, 27, 2.

36 D. 41, 3, 30: (...) *tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex*: (...) drittens solche, die aus verschiedenen [einzelnen] bestehen, wie mehrere, nicht von einander für sich bestehende, sondern unter einem Namen begriffene Körper, z.B. ein Volk, eine Legion, eine Heerde.

37 J. Baron, Pandekten, Dritte verbesserte Auflage, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot 1879, § 129, S. 213.

entscheiden.³⁸

Laut Jhering war die Herausgabe einer Herde hier durch das *eigentümliche* Verhältnis der natürlichen Erweiterung der Herde durch die Geburt eines Jungtieres und die Annahme möglich, dass das Eigentumsrecht alle Tiere der Herde umfasste. Dieses Jungtier gehörte nach den Grundsätzen des Fruchterwerbs dem Eigentümer der Herde oder einem gutgläubigen Besitzer. Der Eigentümer der Herde wurde als Eigentümer aller Tiere betrachtet, ausgenommen, wenn das Eigentum eines Tieres aus der Herde bestritten wurde. Der Fall lag anders, wenn ein Eigentümer nicht die Herausgabe einer Herde, sondern einer Bibliothek verlangte. Die Bücher einer Bibliothek waren keine Früchte der Bibliothek. Die Bücher einer Bibliothek mussten deshalb individuell zurückgefordert werden. Die Rechtfertigung der Möglichkeit zur Rückforderung des Besitzes der Herde mit lediglich einer einzigen Herausgabeklage lag gemäß Jhering in der Tatsache, dass der Richter hier eine einzige Frage zu beantworten hatte. Eine Herde bildete ja – anders als eine Bibliothek – eine Einheit. Deshalb genügte eine einzige Klage.

Verbindung von Sachen

Jhering verglich die Rückforderung einer Herde mit der Rückforderung einer zusammengesetzten Einheitssache. Jemand konnte sein Haus mit einer Herausgabeklage zurückfordern, auch wenn ihm bestimmte Teile dieses Hauses nicht gehörten. Genauso wie der Eigentümer einer Herde die gesamte Herde zurückfordern konnte, einschließlich eines Tieres einer anderen Person, das sich in der Herde aufhielt. Der Eigentümer dieses einen Tieres, das in die Herde eines anderen geraten war, konnte sein Tier jedoch einfach mit der Herausgabeklage zurückfordern. Die individuellen Sachen des *corpus ex distantibus* behielten ihre eigene Identität.³⁹ Diejenige Person, deren Sache zum Bestandteil einer Einheitssache geworden war, konnte dies dagegen nicht. Die Rechtssache war durch die Verbindung nicht mehr selbständig. Abhängig von der Art der Verbindung ging das Eigentumsrecht an der zuvor selbständigen Sache entweder definitiv unter oder es "schlief". Kurz zusammengefasst geht ein Eigentumsrecht nach römischem Recht durch die Verbindung definitiv unter, wenn die eine Sache durch die Verbindung als Ganzes in einer anderen Sache aufgegangen

38 Jhering IV, S. 38 Fußnote 22.

39 D. 6, 1, 23, 5: (...) *At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse* (...): (...) Bei Sachgesamtheiten dagegen, die aus selbstständigen Stücken bestehen, steht fest, daß die einzelnen Teile ihre besondere Gestalt behalten, wie zum Beispiel einzelne Sklaven, einzelne Schafe. Und deshalb kann ich meine Herde vindizieren, obwohl dein Schafbock unter den Herdentieren ist, aber auch du kannst deinen Schafbock vindizieren (...).

war. Der Unterschied zwischen dem völligen oder dem nicht völligen Aufgehen in einer anderen Sache war subtil. Der Arm einer Statue einer Person (A), die an die Statue einer anderen Person (B) geschweißt wurde, ging in der Statue des Letztgenannten auf. Das Eigentumsrecht von A war definitiv untergegangen. Waren der Arm und die Statue nicht aneinander geschweißt, jedoch aneinander gelötet, dann war das Eigentumsrecht von A noch nicht verloren gegangen.⁴⁰ A konnte eine Herausgabeklage jedoch erst einreichen, wenn der Bestandteil von der Einheitssache getrennt worden war. Dasselbe galt für den Fall des Diamanten von A, der in den Ring von B gefasst worden war. Durch die Verbindung war der Diamant ein Bestandteil des Ringes geworden. B konnte den Ring mit dem Diamanten bei jeder Person – also auch bei A – mit der Herausgabeklage zurückfordern. A besaß - solange die Verbindung bestand – keine sachenrechtliche Klagemöglichkeit gegenüber B oder einer Drittperson. Eine Herausgabeklage von A war erst möglich, wenn der Diamant vom Ring getrennt wurde, da sein Eigentumsrecht durch die Trennung von Rechts wegen wiederauflebte. Die Trennung konnte mit einer Klage erzwungen werden, nämlich mit der *actio ad exhibendum*.

Der Hintergrund der *actio ad exhibendum*

Wann die *actio ad exhibendum* bzw. die Klage auf Vorlegung entstanden ist, ist unbekannt. Sicher ist jedoch, dass die Klage aus der Zeit stammt, in der ein Verfahren mithilfe von Spruchformelklagen die Verfahrensform war. Die Klage fungierte als eine Hilfsklage zur *legis actio sacramento in rem*, die die einzige Verfahrensform war, in der eine sachenrechtliche Forderung anhängig gemacht werden konnte.⁴¹ Die gesetzliche Legitimation der Klage konnte im Zwölftafelgesetz (450 v. Chr.)⁴² gefunden werden. Die Parteien mussten während eines solchen Verfahrens der rituellen Wette (*sacramento*) vor dem *praetor* vor Gericht erscheinen (*in iure*) und die Sache bei der Erhebung einer *actio in rem* festhalten und mit einem Stab berühren.⁴³ Dies war selbstverständlich nur möglich, wenn die Sache selbst im

40 D. 6, 1, 23, 5: (...) *Dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit* (...): (...) Er sagt nämlich, werde seiner Statue ein Arm angeschweißt, so werde der Arm von der Einheitlichkeit des größeren Teils erfaßt und das, was [auf diese Weise] einmal in fremdes Eigentum übergegangen sei, könne, selbst wenn es wieder abgerissen werde, nicht zum früheren Eigentümer zurückkehren. Anders wenn etwas mit Blei angelötet ist. Denn das Anschweißen führt infolge der Stoffgleichheit zu einer Verschmelzung; das Anlöten mit Blei bewirkt das dagegen nicht (...).

41 M. Kaser, *Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité* (RIDA) 3e série 1967; *Die formula der actio ad exhibendum* (S. 263-299), S. 282.

42 Tabula 6, 5 A: *Si qui in iure manum conserunt*.

43 Gai. IV, 16 ff.

Verfahren anwesend war.⁴⁴ Wurde eine sachenrechtliche Klage in Bezug auf eine Immobilie erworben, musste ein symbolischer Teil der Immobilie *in iure* vorgelegt werden.⁴⁵

Der Beklagte konnte – ggf. mit Gewalt – gezwungen werden, um vor dem *praetor* zu erscheinen. Er wurde dann vom Kläger vor Gericht geladen (*in ius vocatio*). Handelte es sich um eine sachenrechtliche Klage und übernahm der Beklagte die Verteidigung nicht, wurde die Sache nicht verteidigt (*rem non defendit*). Eine sachenrechtliche Klage bezog sich auf die Sache, nicht auf eine Person. Erhob der Beklagte gegen eine persönliche Klage (*actio in personam*) keine Einrede, dann verteidigte er seine Person nicht, was entsprechende Folgen nach sich zog.⁴⁶ Der Unterschied zwischen den persönlichen und den sachenrechtlichen Klagen war also, dass der Beklagte bei der sachenrechtlichen Klage am Verfahren nicht mitzuwirken brauchte, ohne dass dies große Folgen für ihn hatte.⁴⁷ Er konnte zum Beispiel nicht zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt werden, wenn er sich gegen eine sachenrechtliche Klage nicht wehrte. Modern ausgedrückt konnte ein Beklagter nicht in Abwesenheit verurteilt werden. Der Beklagte, der die Sache nicht verteidigte und sich also nicht auf das Verfahren einließ, brauchte die Sache nicht *in iure* vorzulegen.⁴⁸ Was nun? War der Kläger machtlos? Um den Beklagten doch zu zwingen, die Verteidigung zu übernehmen und die Streitsache *in iure* vorzulegen, wurde die (persönliche) *actio ad exhibendum* geschaffen.⁴⁹ Der primäre Zweck dieser Klage war es, den Beklagten zu zwingen, die Verteidigung zu übernehmen, wenn eine sachenrechtliche Klage erhoben worden war, und sich auf das Verfahren einzulassen. Die *actio ad exhibendum* ermöglichte es dem Kläger, eine sachenrechtliche Klage (bzw. Hauptklage) mit Erfolg zu erheben. In diesen Regeln des alten Prozessrechts kommt die von Jhering hochgelobte Kunst der Unterscheidung gut zum Ausdruck. Eine persönliche Klage bezog sich auf die Person, eine sachenrechtliche Klage betraf die Sache. Darum konnte bei der letztgenannten Klage keine Person gezwungen werden, sich auf das Verfahren einzulassen. Die Lösung, die sich die Römer für dieses Problem

44 Kaser, RIDA, S. 282, Fußnote 67.

45 Gai. IV, 17.

46 Kaser/Hackl, S. 74; Der Kläger durfte in einem solchen Fall auf die Person zurückgreifen, ggf. mit einem Verkauf als Sklaven an das andere Ufer des Tibers *trans Tiberim*.

47 Möglicherweise konnte man in dieser ältesten Zeit gegen den Beklagten als Zwangsmittel die *actio furti nec manifestum* anwenden, wodurch der Beklagte doch noch im Verfahren mitwirken musste. Man war sich jedoch dessen bewusst, dass es sich nicht immer um Diebstahl handelte, wenn jemand seine Sache gegen seinen Willen verloren hatte und bei einer anderen Person wieder fand. Die *actio furti* wäre dann nicht wirksam.

48 Mit einer sachenrechtlichen Klage konnte ein Kläger nicht fordern, dass der Beklagte die Streitsache im Verfahren vorlege. Dazu eignete sich eine sachenrechtliche Klage nicht. Erst wenn die Sache (ggf. symbolisch) im Verfahren vorgelegt worden war, kam die Klage zum Zug. Die Regeln des Verfahrensrechts schrieben jedenfalls vor, dass es für die Anerkennung einer sachenrechtlichen Klage durch den *praetor* notwendig war, dass die Sache *in iure* anwesend war. Ebenso wenig konnte der *praetor* den Besitz der Sache dem Kläger zusprechen, wenn die Sache nicht *in iure* vorgelegt worden war. Ferner unterstützte der römische Staat den Kläger dieser Zeit nicht, indem er (mit Gewalt) eingriff und dem Beklagten die Sache wegnahm. Der Kläger konnte die Sache auch nicht selbst mit Gewalt aus dem Haus des Beklagten abholen.

49 M. Kaser, RIDA, S. 282.

ausdachten, war nicht, das System zu ändern, sondern getreu dem System eine gesonderte Klage zu schaffen, womit ein Beklagter gezwungen wurde, am Verfahren mitzuwirken.

Die Wirkung der *actio ad exhibendum*

Die *actio ad exhibendum* war eine persönliche Klage, mit der ein Beklagter gezwungen wurde, im Verfahren mitzuwirken.

Obwohl Ulpianus explizit anführte, dass die *actio ad exhibendum* eine persönliche Klage war⁵⁰, besteht in der Literatur Diskussion darüber, ob die Klage eine sachenrechtliche oder eine persönliche war. Die Klage auf Vorlegung wies nämlich sachenrechtliche Züge auf. Sie konnte grundsätzlich nur gegen diejenige Person erhoben werden, in deren Besitz sich die Sache tatsächlich befand. Hatte eine Person ohne Arglist die Möglichkeit zur Vorlegung verloren (zum Beispiel durch Besitzverlust), dann erlosch auch die Verpflichtung zur Vorlage. Der Kläger musste dann eine Klage auf Vorlegung gegen den neuen Besitzer erheben, da der Letztgenannte imstande war, um vorzulegen. Die Veränderlichkeit der Parteien, die zur Vorlegung verpflichtet waren, widersprach der Natur einer Verbindlichkeit. Die Abhängigkeit von der Bedeutung des Besitzes oder Gewahrsams der Sache ist für die sachenrechtlichen Klagen⁵¹ charakteristisch. Dazu kommt, dass die Verpflichtung, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, für einen Beklagten weiterhin bestand, auch wenn er den Besitz der Sache verlor. Eine persönliche Klage erlosch erst, wenn der Beklagte seine Verpflichtung⁵² erfüllt hatte oder sich erfolgreich auf höhere Gewalt berufen konnte. In der Literatur findet sich jedoch mehrheitlich die Ansicht, dass die *actio ad exhibendum* eine persönliche Klage war.⁵³ Die *actio ad exhibendum* bezweckte jedenfalls ursprünglich wie gesagt, den nicht mitwirkenden Beklagten zu zwingen, sich auf das Verfahren einzulassen. Weil

50 D. 10, 4, 3, 3: *Est autem personalis haec actio et ei competet qui in rem acturus qualicumque que in rem actione (...)*; Die Klage ist aber eine persönliche, und sie steht dem zu, der irgendeine dingliche Klage anstellen will (...).

51 A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten; zweiter Band*, Andreas Deichert 1878, § 324, S. 687.

52 Gai. IV, 2: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est intendimus DARE, FACERE PRAESTARE OPORTERE*: Eine Klage ist schuldrechtlich, mit welcher man gegen jemanden klagt, der einem entweder aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung verpflichtet ist, das heißt, wenn man im Klagantrag erklärt, dass ER GEBEN, TUN ODER LEISTEN MÜSSE. Ich mache hier dankbar Gebrauch von den Übersetzungen von Ulrich Manthe, *Gaius Institutiones / Die Institutionen des Gaius; Herausgegeben, übersetzt und kommentiert*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 2004. Ich mache hier dankbar Gebrauch von den Übersetzungen von Ulrich Manthe, *Gaius Institutiones / Die Institutionen des Gaius; Herausgegeben, übersetzt und kommentiert*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 2004.

53 Siehe unter anderem: G. Demelius, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Verlag von Leuschner & Lubensky; k.k Univ-Buchhandlung, Gratz 1872, S. 47-48. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum; Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, B. Tauchnitz Leipzig 1927, S. 220 ff; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht; Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, Verlag C.H. Beck, München 1971, S. 128; J. Bühler, *Die Actio ad Exhibendum*, Meyer'sche Buchdruckerei, Luzern 1859, S. 16 ff.

die Klage auf Vorlegung eine persönliche Klage war, wurde der Beklagte gezwungen mitzuwirken.⁵⁴ Wirkte der Beklagte nicht mit, dann verteidigte er sich selbst nicht, mit allen entsprechenden Folgen. Ferner behauptete der Kläger mit der *actio ad exhibendum* nicht, dass er ein Recht an der Sache habe, wie dies zum Beispiel der Kläger bei der Erhebung einer sachenrechtlichen Klage behauptete.⁵⁵ Mit der Erhebung der *actio ad exhibendum* behauptete er, ein Interesse an der Vorlegung der Sache zu haben. Mit der Hauptklage (*iudicium directum*) behauptete er, ein Recht an der Sache zu haben. Meiner Ansicht nach ist die *actio ad exhibendum* deshalb auch ursprünglich eine persönliche Klage gewesen. Im Lauf der Jahrhunderte wurde sie jedoch stets mehr "versachlicht", insbesondere, weil mit der Klage die Trennung eines Bestandteils gefordert werden konnte. Aus verständlichen Gründen lasse ich an dieser Stelle die weitere Diskussion außer Betracht.

Wenn der Beklagte nicht vorlegte, wurde er zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt. Der Kläger konnte den Schaden gegenüber der Person des Beklagten geltend machen. Legte er jedoch vor und verteidigte er die Sache anschließend nicht, ordnete der *praetor* - noch bevor dies im Verfahren inhaltlich behandelt wurde – an, dass der Kläger die Sache mitnehmen durfte (*duci vel ferri iubere*).⁵⁶ Widersprach der Beklagte der Behauptung des Klägers, dann begann der inhaltliche Teil des Verfahrens. Wer war der Beklagte im Vorlegungsverfahren? Der Beklagte war jede Person, die die Möglichkeit hatte, die Sache vorzulegen. Sie konnte also auch – genauso wie die Herausgabeklage – gegen einen Besitzer erhoben werden.

"Man muß wissen, daß mit dieser Klage nicht nur der zivilrechtliche Besitzer verklagt werden kann, sondern auch derjenige, der den Besitz nur in natürlicher Weise innehat. So ist zum Beispiel anerkannt, daß der Gläubiger, der die Sache zum Pfand genommen hat, auf Vorlegung haftet.⁵⁷ Denn auch der, dem die Sache zur Verwahrung gegeben, geliehen oder kraft Miete, Pacht oder Werkvertrags übergeben worden ist, kann verklagt werden."⁵⁸

Das *exhibere* einer Sache bedeutete, "*für die Anwesenheit einer Sache sorgen*".⁵⁹ Wie oben

54 O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, S. 220 ff; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, S. 128.

55 Gai. IV, 3: *In rem actio est, cum aut coporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamue ducendi vel altius tollendi prospiciendiue; aut cum actio ex diverso adversario est negatiua*: Eine Klage ist dinglich, wenn man erklärt, dass entweder einem eine körperliche SACHE GEHÖRE oder einem irgendein RECHT ZUSTEHE, zum Beispiel zu gebrauchen, zu nießbrauchen, zu geben, zu treiben, eine Wasserleitung zu führen oder höher zu bauen oder darüber hinwegzuschauen, <oder wenn> umgekehrt der Gegner eine Abwehrklage hat.

56 Kaser/Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, § 14, S. 105

57 D. 10, 4, 3, 15: *Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet*.

58 D. 10, 4, 4: *nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest*.

59 D. 50, 16, 22: *Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam "exhibere" est praesentiam corporis praebere, "restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur*: In der Zurückerstattung (*restitutio*) ist mehr als in der Vorzeigung (*exhibitio*) enthalten; denn vorzeigen (*exhibere*) heisst die Gegenwart einer körperlichen Sache gewähren; zurückerstatten

angeführt, konnte eine – wie wir sie heute nennen würden – Immobilie auf symbolische Weise *in iure* vorgelegt werden. Es war allerdings nicht möglich, eine *actio ad exhibendum* für die Vorlegung von Baumaterialien zu erheben, die in einem Haus verarbeitet waren. Das Zwölftafelgesetz verbot das Herausbrechen von Baumaterialien.⁶⁰

"Ein fremder Balken, der in ein Gebäude eingebaut ist, kann wegen des Zwölftafelgesetzes weder vindiziert werden noch kann seinetwegen auf Vorlegung geklagt werden, außer gegen jemanden, der den fremden Balken wissentlich in sein Gebäude eingebaut hat. Es gib aber eine alte Klage wegen des eingebauten Balkens, die auf den doppelten Wert geht und aus dem Zwölftafelgesetz stammt."⁶¹

Wenn Baumaterialien von A im Haus von B verarbeitet waren, konnte A keine Herausgabeklage erheben. Ihm stand hierfür eine gesonderte Klage zur Verfügung, die *actio tigno iuncto*. Damit erhielt er den zweifachen Wert der Materialien. Eine Abtrennung mit der Klage auf Vorlegung war nicht möglich.

Iudicium directum

Der Grundsatz der *actio ad exhibendum* befand sich in der Hauptklage (dem so genannten *iudicium directum* oder der *directa actio*).⁶² Die Vorlegung der Sache musste den Zweck haben, den Beklagten zu zwingen, im Verfahren mitzuwirken. Die *actio ad exhibendum* war ursprünglich eine Hilfs- oder Vorklage bei der Erhebung der Herausgabeklage.⁶³ Der Kläger musste jedoch ein Interesse an der Vorlegung der Sache haben.⁶⁴ Die Vorlegung der Sache musste der Stattgabe oder dem Erfolg der Hauptklage dienen, nämlich der Herausgabeklage. Später konnte jeder, der ein Interesse an der Vorlegung der Sache hatte, die Klage erheben. In den meisten Fällen hatte ein (angeblich) sachenrechtlich Berechtigter ein Interesse an der Vorlegung.⁶⁵ Aber auch eine Person, die keine sachenrechtliche Klage erheben wollte, nachdem die Sache vorgelegt worden war, konnte ein Interesse an der Vorlegung haben:

(*restituere*) aber auch [den Anderen] zum Besitzer machen und die Früchte zurückgeben. Ausserdem wird noch sehr Vieles unter dem Worte Zurückerstattung (*restitutio*) begriffen.

60 Siehe zum Beispiel auch D. 10, 4, 6 und D. 10, 4, 7.

61 D. 6, 1, 23, 6: *Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.*"

62 Lenel, S. 223.

63 Lenel, S. 220; siehe auch K. P. A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten; dritter Band*, § 707, S. 638.

64 Siehe zum Beispiel D. 10, 4, 3, 9; D. 10, 4, 3, 12; D. 10, 4, 19. Siehe auch: A. Brinz, § 324, S. 679; K. P. A. von Vangerow, S. 638.

65 D. 10, 4, 1: *Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta est:* Diese Klage ist überaus notwendig, und ihre Bedeutung zeigt sich tagtäglich in der Praxis; sie ist vor allem im Hinblick auf die Vindikationen [beweglicher Sachen] eingeführt worden.

"Zur Durchführung einer Befragung unter Folter wird bei Delikten von Sklaven auf Vorführung geklagt, um zu erreichen, daß sie ihre Mitwisser angeben."⁶⁶

Damit erfüllte die Klage eine immer bedeutendere Rolle im römischen Rechtsleben. Zunächst konnte die Klage erhoben werden, wenn jemand die Herausgabeklage als Hauptklage erhob. Später wurde die Klage für alle Fälle verwendet, in denen jemand an der Vorlegung der Sache einen Vorteil hatte.

Jhering über die *actio ad exhibendum* und die *reivindicatio*

Jhering stellte fest, dass die Klage auf Vorlegung und die Herausgabeklage verwandt waren, doch durch den analytischen Geist der römischen Juristen voneinander gelöst worden waren.

"Die Trennung der *act. ad exhibendum* von der *reivindicatio* hat, soweit ich sehe, mehr einen doktrinären als praktischen Grund gehabt. Beide Klagen gehen gegen den Inhaber als solchen und haben dasselbe Fundament, ich wüßte daher keinen andern Grund ihrer Scheidung anzugeben, als das für die letztere Klage geltende Requisit der äußern selbständigen Existenz der Sache, welches durch das vorschriftmäßige Bringen und Ergreifen der Sache vor Gericht zur prozessualischen Notwendigkeit gestempelt war, und welches durch die *reivind.* selbst nicht beschafft werden konnte, indem sie den Beklagten nicht zu einem Tun verpflichtete, ohne dessen Erlaubnis aber andererseits der Kläger selber die Trennung nicht vornehmen durfte."⁶⁷

Sowohl die Klage auf Vorlegung als auch die Herausgabeklage mussten gegen den Besitzer/Inhaber der Sache erhoben werden und besaßen nach Ansicht von Jhering dieselbe Grundlage. Der Grund, dass die *actio ad exhibendum* und die *reivindicatio* trotzdem zwei gesonderte Klagen sind, ist laut Jhering kein praktischer, sondern beruht auf der Doktrin. Die Römer haben am von ihnen aufgebauten System treu festgehalten. Die Herausgabeklage wurde nur zugesprochen, wenn die Sache *de iure* vorgelegt wurde. Der Kläger konnte jedoch den Beklagten nicht mit der Herausgabeklage zwingen, etwas zu tun, bzw. mit der Herausgabeklage konnte nicht erzwungen werden, dass der Beklagte die Sache *in iure* vorlegte. Dazu war die *actio ad exhibendum* notwendig. Die Klage auf Vorlegung ermöglichte die Herausgabeklage. Diese Doktrin wurde auch im Fall der *actio aqua et aquae pluviae arcendae* sichtbar. Diese Klage konnte nur für Schaden erhoben werden, der infolge

66 D. 10, 4, 20: *Quaestionis habendae causa ad exhibendum agitur ex delictis servorum ad vindicandos conscios suos.*

67 Jhering IV, S. 47-48.

von Erdarbeiten, die der Nachbar durchführte, in Zukunft entstehen würde. Für Schaden, der bereits durch andere Erdarbeiten des Nachbarn entstanden war oder entstehen könnte, bedurfte es neuer Rechtsmittel. Es musste ja pro Fall jeweils eine andere Frage beantwortet werden, darum war pro Fall auch ein anderes Rechtsmittel notwendig.

Von der Rolle als Hilfs- oder Vorklage entwickelte sich die *actio ad exhibendum* zu einer Klage, mit der die Trennung eines Bestandteiles gefordert werden konnte. Wenn eine Sache durch Verbindung ein Bestandteil geworden war, dann war das Objekt keine selbständige Sache mehr. Die Herausgabeklage konnte dann nicht erhoben werden.

"Bedingt durch die äußere Selbständigkeit der zu vindizierenden Sache, setzte sie, wenn letztere mit einer fremden verbunden war, deren Trennung voraus, ohne daß sie selbst dieselbe hätte erzwingen können, wozu es vielmehr einer eigenen act. ad exhibendum bedurfte (...)."68

Die Klage auf Vorlegung ermöglichte die Herausgabeklage, weil ein Bestandteil durch die Trennung wieder zur selbständigen Sache geworden war. Durch die Trennung lebte das ursprüngliche Eigentumsrecht, das vor der Verbindung bestanden hatte, wieder auf. Die Trennung eines Bestandteils von einer Sache und die Forderung des Besitzes der Sache sind zwei **verschiedene** Forderungen und dafür sind auch zwei verschiedene Klagen notwendig.

Die Distanzierung zwischen der *actio ad exhibendum* und der *reivindicatio*

Die Hauptfunktion der Klage - nämlich, den Beklagten zu zwingen, im Verfahren mitzuwirken - wurde im Formularverfahren aufrechterhalten. Die Klage spielte im Formularverfahren wie bereits erwähnt eine vielseitige Rolle. Mit dem Wegfallen des Formularverfahrens nahm der Einfluss der *actio ad exhibendum* jedoch ab. Die Rolle der Klage wurde sehr eingeschränkt, als der Beklagte in Abwesenheit verurteilt werden konnte. Eine Klage auf Vorlegung war dadurch nicht mehr notwendig, um den Beklagten zu zwingen, im Verfahren mitzuwirken. Zu Zeiten Justinians (527-565 n. Chr.) sprach der Richter den Besitz der Sache dem Kläger zu, wenn der Beklagte im Prozess nicht mitwirkte. Der römische Staat griff ein, wenn der Beklagte die Sache anschließend nicht herausgab. Die Sache wurde dann dem Beklagten mit Gewalt (*manu militari*) weggenommen und dem Kläger übergeben (*translatio possessionis*).⁶⁹ Die Klage war jedoch für Justinian genügend wichtig, um ihr in den Digesten ein Buch zu widmen. Überdies geriet die *actio ad exhibendum* nicht völlig außer Gebrauch. Dies zeigt sich z. B. im oben genannten Fall, wobei die Sache durch Verbindung

68 Jhering IV, S. 31.

69 Kaser, RIDA, S. 267.

Bestandteil einer anderen Sache geworden war.⁷⁰ Die Herausgabeklage konnte vom Eigentümer noch immer nicht eingereicht werden, weil er mit der Herausgabeklage den Besitz seiner Sache forderte. Seine Sache bestand jedoch nicht, denn sie war Bestandteil einer anderen Sache. Der analytische Geist der römischen Juristen lebte weiter. Die Reichweite der Herausgabeklage wurde nicht erhöht. Wo die Klage auf Vorlegung im alten römischen Reich eine rein prozessrechtliche Rolle erfüllt, wurde sie stets mehr zu einer materiell-rechtlichen Klage, wobei inhaltlich beurteilt werden musste, wann jemand mit der Klage auf Vorlegung eine Trennung bewirken konnte. Dessen ungeachtet trieben die *actio ad exhibendum* und die *reivindicatio* auseinander. Die erste Klage geriet in Vergessenheit, während die letztere Klage zur bekanntesten sachenrechtlichen Klage des römischen Rechtes wurde und damit auch des kontinentalen Privatrechts.

Vorausblick: Die Renaissance der *actio ad exhibendum*?

Im modernen Recht ist die *actio ad exhibendum* (fast) verschwunden. Wie oben angeführt, finden sich sämtliche Wurzeln der Vorschriften in §§ 809-811 BGB in der Klage auf Vorlegung. Das deutsche Recht kennt jedoch so genannte *Wegnahmrechte*, die Übereinstimmungen mit der *actio ad exhibendum* zu scheinen haben.⁷¹ Ein *Wegnahmrecht* ist wie die *actio ad exhibendum* eine einzige Klage, mit der der Kläger die Trennung eines Bestandteils fordert. Nach der Trennung hat der Kläger ein *Aneignungsrecht*, wodurch er Eigentümer der abgetrennten Sache wird. Diese *Wegnahmrechte* sind jedoch nicht mit der Klage auf Vorlegung verwandt. Es stellt sich die Frage, ob die *actio ad exhibendum*, zu der Ulpian einmal schrieb, dass sie "in hohem Grad notwendig war", in unserer heutigen Zeit noch eine Bedeutung haben kann. Ich bin dieser Ansicht.

Sie hat zunächst in den Fällen ihre Bedeutung, in denen jemand sein Eigentumsrecht durch Verbindung verliert. Dank weitgehender technologischer Möglichkeiten ist es einfacher geworden, Sachen miteinander zu verbinden und auch voneinander zu trennen.⁷² Nehmen wir an, dass jemand sein Eigentumsrecht verliert, weil seine Sache ein Bestandteil einer anderen Sache (bzw. Einheitssache) geworden ist. Der Bestandteil lässt sich jedoch von dieser Einheitssache abtrennen, ohne dass die Trennung einen Schaden verursacht. Eine Herausgabe-

70 Die *actio ad exhibendum* wurde in verschiedene Situationen noch verwendet, ihre Hauptfunktion erlosch jedoch. Ein Beispiel einer Situation, in der die Klage eingereicht wurde, war, wenn jemand eine Entschädigung von einer Person forderte, die mit böser Absicht bewirkt hatte, dass er den Besitz der Sache verloren hatte. Siehe zu dieser und anderen Funktionen der *actio ad exhibendum*: D. 10, 4, 22.

71 Das deutsche Recht kennt so genannte *Wegnahmrechte*. Diese *Wegnahmrechte* haben offensichtlich Übereinstimmungen mit der *actio ad exhibendum*. Siehe dazu: H.J. Wieling, *Vom untergegangenen, schlafenden und aufgewachten Eigentum bei Sachverbindungen*, *Juristen Zeitung* 1985.

72 H.J. Wieling, *Sachenrecht*, fünfte überarbeitete Auflage, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007, S. 30.

klage ist auch im modernen Recht nicht möglich; ein Bestandteil ist keine Sache und überdies ist das Eigentumsrecht erloschen, das vor der Verbindung am Bestandteil bestand. Die *actio ad exhibendum* existiert in den Niederlanden nicht, geschweige denn ein gesondertes Recht auf Trennung in solchen Fällen. Dem Handelsverkehr wäre dessen ungeachtet in einigen Fällen mit einem Trennungsrecht gedient. Wo in der Vergangenheit die Sachen hauptsächlich verkauft und gekauft wurden und das Eigentum auf diese Weise von einer Partei auf die andere überging, besteht heutzutage eine wachsende Nachfrage nach Sachen, die man mieten oder *leasen* kann. Man denke dabei z. B. an gemietete Solarzellen, die auf einem Dach montiert werden, eine geleaste Maschine, die in einer Fabrik gebaut wird, oder an einen Flugzeugmotor, den eine Fluggesellschaft mietet.⁷³ Der Vermieter/*Leasinggeber* möchte Eigentümer der Solarzellen, der Maschine bzw. des Flugzeugmotors bleiben, kann jedoch sein Eigentumsrecht durch Verbindung verlieren. Ein unerwünschtes Ergebnis. Ein Abtrennungsrecht wie die *actio ad exhibendum* könnte in diesen Fällen möglicherweise eine Lösung bieten. Ferner ist es heutzutage möglich, bestimmte Sachen zu *leasen* oder zu mieten, von denen es früher undenkbar war, dass diese Sachen getrennt geleast oder vermietet werden könnten. So ist es zum Beispiel möglich, um die Vorderfassade eines Gebäudes zu *leasen* oder zu mieten.⁷⁴ Diese Vorderfassade lässt sich mit dem Haus einfach verbinden und auch ebenso einfach und ohne Beschädigung des Hauses lösen. Nach der Verbindung mit dem Gebäude ist die Vorderfassade jedoch ein Bestandteil des Gebäudes geworden. Das Eigentumsrecht des Leasing- oder Vermietungsunternehmens erlischt. Selbstverständlich wünscht dieses Unternehmen nicht, dass das Eigentumsrecht an der Sache im Augenblick erlischt, in dem die Sache mit einer anderen Sache verbunden wird. Und auch der Mieter wünscht (grundsätzlich) nicht, Eigentümer der Vorderfassade zu werden, weil die Unterhaltungspflichten vom Vermieter zu übernehmen sind, solange der Letztgenannte Eigentümer und Besitzer der Vorderfassade ist. Auch hier handelt es sich um ein unerwünschtes Ergebnis. Ein (sachenrechtliches) Trennungsrecht nach der Verbindung besitzt das Vermietungsunternehmen grundsätzlich nicht.

Ferner könnte das römische Recht und insbesondere die *actio ad exhibendum* eine Lösung

73 Für Sicherungsrechte an Flugzeugmotoren gilt ein spezielles Übereinkommen: *Convention on International Interests in Mobile Equipment/ Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung* (Kapstadt-Übereinkommen), Kapstadt, 16.11.2001. Das Übereinkommen bestimmt, dass eine Finanzierungsgesellschaft, die Luftfahrtausrüstung anschaffen möchte, überall auf der Welt nachprüfen können muss, ob auf der betreffenden Sache ein internationales dingliches Recht bestellt wurde, und auch, dass diese Gesellschaft selbst ein (international wirksames) dingliches Recht an einer solchen Sache bestellen kann. Im Augenblick, in dem ein dingliches Recht eingetragen ist, besitzt das Recht internationale Wirksamkeit. Ein Erfordernis ist jedoch, dass das Recht auf einen "eindeutig identifizierbaren Gegenstand" bestellt wird (Artikel 2 Kapstadt-Übereinkommen). Der niederländische Außenminister hat über Flugzeugmotoren Folgendes angeführt: "*Nach internationalen Verkehrsauffassungen findet keine Bestandteilbildung (Verbindung) der Motoren statt, nachdem diese an einem Luftfahrzeug befestigt wurden.*" Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein Flugzeugmotor nicht aufgrund anderer Kriterien, die in den Niederlanden gesetzlich gelten, trotzdem ein Bestandteil eines Flugzeugs werden kann, zum Beispiel, weil der Wert des Flugzeugs den Wert der Flugzeugmotoren beträchtlich übertrifft.

74 <https://www.tudelft.nl/bk/onderzoek/projecten/green-building-innovation/facade-leasing/>

für die Lücken bieten, die das niederländische Recht heute aufweist. Im niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch (BW) fehlt – anders als im BGB⁷⁵ – ein gesetzlicher Grundsatz, der bestimmt, welche sachenrechtlichen Folgen eine Teilung oder Trennung eines Bestandteils nach sich zieht.⁷⁶ Die Römer hatten über die sachenrechtlichen Folgen der Trennung (oder Teilung) einer Sache bereits nachgedacht. Sie besaßen selbst eine besondere Klage, die eine Teilung ermöglichte. Der niederländische Gesetzgeber ist noch nicht so weit. In der Literatur wird für das niederländische Recht vom Grundsatz ausgegangen, dass der Eigentümer der Einheitssache auch Eigentümer der abgetrennten Bestandteile der Einheitssache ist.⁷⁷ Weil eine gesetzliche Regelung fehlt, herrscht keine Klarheit zur Antwort auf die Frage, wer zum Beispiel Eigentümer eines abgetrennten Bestandteils wird. Ist einmal festgestellt, wer der Eigentümer wird, erhebt sich die Frage, was für ein Eigentumsrecht diese Person erhält: Ein neues Eigentumsrecht oder zum Beispiel einen abgetrennten Teil des Eigentumsrechts, das an der Hauptsache besteht? Im letzteren Fall gilt dann, dass nicht nur ein körperlicher Teil der Einheitssache abgetrennt wird, sondern auch ein Teil des Eigentumsrechts und damit auch etwaige beschränkte Rechte, die an der Hauptsache bestehen. Wo ein Grundsatz über die Trennung oder Teilung von Sachen in der niederländischen Gesetzgebung fehlt, spricht das Gesetz einer Person das Eigentum an einer abgetrennten Sache in bestimmten Fällen doch zu, jedoch nicht dem Eigentümer der Einheitssache.⁷⁸ Ein Besitzer kann Änderungen oder Ergänzungen an einer Sache rückgängig machen bzw. entfernen, falls er den alten Zustand wieder herstellt.⁷⁹ Er erhält durch das Wegnahmerecht

75 § 953 BGB: *Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 ein anderes ergibt.*

76 Nach niederländischem Recht wird eine Unterscheidung zwischen der Trennung und der Teilung von Sachen gemacht. Von einer Trennung wird gesprochen, wenn ein Bestandteil einer Sache eine neue selbständige Sache wird, indem dieser von der Einheitssache gelöst wird. An dieser abgetrennten selbständigen Sache entsteht nach niederländischem Recht ein neues Eigentumsrecht. Das "alte" Eigentumsrecht besteht weiterhin an der Hauptsache. Geht die ursprüngliche Hauptsache durch die Trennung eines oder mehrerer Bestandteile unter, handelt es sich um eine Teilung. Durch die Teilung entstehen zwei oder mehrere neue selbständige Sachen. Siehe dazu: J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, (Onderneming en recht nr. 55) Deventer: Kluwer 2010, Rn. 109 ff. Die sachenrechtlichen Folgen der Verbindung und der Trennung/Teilung sind Forschungsgegenstand für eine Dissertation, die zurzeit vom Verfasser dieses Artikels durchgeführt wird.

77 J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming; Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2002, S. 273; Spath, *Zaaksvervanging*, 2010, Rn 110; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen*, Deventer: Kluwer 2016, Rn. 80.

78 Siehe für eine Übersicht von Ausnahmen vom Grundsatz: Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (Onderneming en recht nr. 90), Rn. 80 ff.;

79 Art. 3:123 BW: *Heeft de bezitter van een zaak daaraan veranderingen of toevoegingen aangebracht, dan is hij bevoegd om, in plaats van de hem op grond van de artikelen 120 en 121 daarvoor toekomstige vergoeding te vorderen, deze veranderingen of toevoegingen weg te nemen, mits hij de zaak in de oude toestand terugbrengt*: Hat der Besitzer einer Sache Änderungen oder Ergänzungen daran angebracht, ist er berechtigt, anstelle der ihm aufgrund der Artikel 120 und 121 dafür zustehenden Erstattung zu fordern, diese Änderungen oder Ergänzungen zu entfernen, falls er die Sache in den alten Zustand versetzt.

(*ius tollendi*) ein Eigentumsrecht an der abgetrennten Sache, allein deshalb, weil er die Trennung ausgeführt hat.⁸⁰ Die Tatsache, dass er zuvor nie ein Recht auf die abgetrennte Sache gehabt hat oder dass er bösgläubiger Besitzer ist, spielt keine Rolle. Das Abtrennen an sich reicht aus, um das Eigentum zu erwerben. Der ehemalige Eigentümer, dessen Eigentumsrecht durch Verbindung erloschen ist und der nicht im Besitz der Einheitssache ist, hat diese Trennungsmöglichkeit nicht. Er hat wie bereits gesagt keine Möglichkeit der *actio ad exhibendum*. B hat eine Sache von C in seinem Besitz. Er verbindet eine Sache von A derart mit der Sache von C, dass die erstere Sache ein Bestandteil der letzteren Sache wird. C ist noch immer Eigentümer der Einheitssache, doch jetzt einschließlich des neuen Bestandteils. B ist Besitzer dieser Sache. Fordert C seine Sache bei B zurück, kann B seine Ergänzung (die ehemalige Sache von A) wegnehmen, bevor er C den Besitz an der Sache verschafft. B wird dann Eigentümer der getrennten Sache. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. Wegen seiner Handlungen wird B mit einem Eigentumsrecht belohnt. Und warum hat B ein Recht auf Trennung, A jedoch nicht?

Die niederländische Gesetzgebung besitzt wie bereits erwähnt keinen allgemeinen Grundsatz, der über die sachenrechtlichen Folgen der Trennung und Teilung Klarheit verschafft. Wo sie hingegen doch Klarheit verschafft, ist das Ergebnis nicht immer befriedigend. Bei Ungleichheiten oder unerwünschten Ergebnissen liefert ein Blick auf das römische Recht oft erhellende und zufriedenstellende Erkenntnisse. Ein Unterschied zwischen dem römischen und dem niederländischen Recht ist jedoch, dass das niederländische System keine schlafenden Eigentumsrechte kennt. Das Fehlen schlafender Eigentumsrechte bewirkt jedoch nicht, dass die Klage auf Vorlegung weiterhin in Vergessenheit bleiben muss. Um sich erfolgreich auf diese Klage berufen zu können, mussten die Römer Fragen beantworten, die sich auf die sachenrechtliche Stellung der betroffenen Personen in Bezug auf die Sache vor und nach der Verbindung bezogen. Diese Fragen und Antworten sind noch stets maßgeblich. Die Zeit scheint reif für eine Renaissance der *actio ad exhibendum*.

Zum Schluss

"Das Problem der alten Zeit aber bestand darin, die Fundamente des Baues zu legen. Strenge Ordnung, mathematische Genauigkeit waren die Eigenschaften, die hier vor allem geboten waren; die Richtschnur, das Winkelmaß und das Senkblei sind die architektonischen Symbole dieser Periode, gerade Linien, scharfe Winkel und Ecken die charakteristischen Merkmale ihres Baustils."⁸¹

Die Vorschriften des alten römischen Prozessrechts können dem modernen Juristen äußerst

80 Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, Dertiende herziene en aangevulde druk, Deventer: Kluwer 2012, Nr. 399, S. 326.

81 Jhering IV, S. 7.

umständlich und überaus kompliziert erscheinen. Diese Vorschriften stellen jedoch das organische Wachstum des (römischen) Rechts gut dar. Für jede Forderung, die jemand gerichtlich erzwingen wollte, musste eine Klage bestehen. Gab es eine solche Klage nicht, konnte die Forderung inhaltlich nicht beurteilt werden. War der *praetor* der Ansicht, dass eine Forderung schützenswert war, ergänzte er das bestehende Recht, indem er eine Klage schuf. Die Forderung des Klägers einfach mit einer Klage zu schützen, die nicht für diesen Fall geschaffen war, war undenkbar. Das würde Chaos bedeuten. Für uns ist es unvorstellbar, um mit der Herausgabeklage eine Entschädigung zu fordern, die aufgrund einer unerlaubten Handlung einer anderen Person entstanden ist. Für einen Römer war es genauso undenkbar, um mit einer einzigen Klage die Erstattung von zukünftigem und bereits entstandenem Schaden zu fordern, der durch Erdarbeiten des Nachbarn entstanden war. Deshalb war es auch undenkbar, mit der Herausgabeklage die Trennung einer Sache zu fordern. Weil die Römer die Rechtsfragen sauber voneinander getrennt hielten, haben sie Rechtsgebiete geschaffen. Jeder Teil bezog sich auf ein eigenes Gebiet. Von diesem Gedanken ausgehend wurde die *actio ad exhibendum* als Bestandteil des Rechts geschaffen. Zuerst als Zwangsmittel, um eine Herausgabeklage gegen irgendeinen nicht mitwirkenden Beklagten erfolgreich durchzusetzen. Danach erfüllte sie diese Rolle bei anderen Klagen, solange der Kläger ein Interesse an der Vorlegung der Sache hatte. Später wiederum erlosch ihre Funktion als Zwangsmittel, um einen Beklagten an einem Verfahren mitwirken zu lassen: Die verfahrensrechtliche Funktion fiel weg. Sie war noch eine Hilfsklage, mit der für eine erfolgreiche Erhebung inhaltlich nachgeprüft werden musste, ob jemand ein Recht auf Vorlegung hatte. Dies ist ein schönes Beispiel für den Einfluss des alten (strengen) Prozessrechts im römischen materiellen Recht.

Eine Rolle für die *actio ad exhibendum* erscheint im modernen Recht nicht ausgeschlossen, jedoch nicht mehr in der alten verfahrensrechtlichen Form. Als Zwangsmittel ist sie nicht notwendig. Die Klage kann Erkenntnisse bieten, wenn sie aus der Perspektive der Rolle betrachtet wird, die sie als Vorklage bei der Herausgabeklage erfüllte, zum Beispiel in Bezug auf ihre Funktion als Trennungsklage. Die Trennung aufgrund der *actio ad exhibendum* wurde nur dann anerkannt, wenn diejenige Person, die die Klage erhob, eine Hauptklage hatte. Mit anderen Worten, eine Sache konnte nur zugunsten des Klägers abgetrennt werden, wenn dieser Kläger ein (schlafendes) Recht auf die Sache oder die Aussicht besaß, nach der Trennung ein Recht an der Sache zu erwerben. Die Fälle, in denen jemand nach der Trennung ein Recht an der Sache besaß oder erwarb, sind nach römischem Recht zahlreicher als nach niederländischem Recht. Ein Eigentumsrecht konnte nach römischem Recht "schlafen", nach niederländischem Recht nicht. Im niederländischen Privatrecht fehlt jedoch eine ausdrückliche Regelung zur Trennung und Teilung. Durch diese Lücke in der niederländischen Gesetzgebung (keine gesetzliche Regelung betreffend Trennung und Teilung) und die Unsicherheit, die sich daraus ergibt, ist die Zeit für eine Wiedergeburt der *actio ad exhibendum* angebrochen. Die Antworten auf die Fragen, die bei der Erhebung der Klage gestellt werden, beleuchten die sachenrechtliche Stellung der Betroffenen in Bezug auf eine Sache, und zwar vor und nach der Trennung. Diese Fragen (und Antworten) sind

heutzutage noch immer maßgeblich. Jede Frage muss gesondert studiert und beantwortet werden. Denn was für das alte römische Recht galt, gilt noch immer für unser Recht. Auch im modernen Recht steht die Kunst des Unterscheidens noch stets im Mittelpunkt. Das letzte Wort dazu gehört Jhering:

"Die neuere Jurisprudenz behält den Grundgedanken der Zersetzung vollauf bei, aber der Handhabung desselben vollkommen mächtig, läßt sie das äußere Rüstzeug, dessen die ältere bedurfte, fallen und vollzieht die Operationen innerlich, ohne sie äußerlich in der Form hervortreten zu lassen."⁸²

Jan C.T.F. Lokin⁸³

Nijmegen

⁸² Jhering IV, S. 12.

⁸³ Jan C.T.F. Lokin ist Doktorand am Institut für Rechtsgeschichte der Radboud Universität Nijmegen.