

Jan Dirk Harke  
*Die Geburt des  
Eigentums*  
Testierfreiheit  
und exklusive  
Sachzuordnung im  
römischen Recht



STRUKTURWANDEL  
DES EIGENTUMS

campus

## Die Geburt des Eigentums

# Strukturwandel des Eigentums

Herausgegeben von Silke van Dyk, Tilman Reitz und Hartmut Rosa

Band 8

*Jan Dirk Harke* ist Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und Richter am Thüringer Oberlandesgericht.

Jan Dirk Harke

# Die Geburt des Eigentums

Testierfreiheit und exklusive Sachzuordnung  
im römischen Recht

Campus Verlag  
Frankfurt/New York

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Der Text dieser Publikation wird unter der Lizenz »Creative Commons Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International« (CC BY-NC-SA 4.0) veröffentlicht. Den vollständigen Lizenztext finden Sie unter:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.de>



Verwertung, die den Rahmen der CC BY-NC-SA 4.0 Lizenz überschreitet, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Die in diesem Werk enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Quellenangabe/Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

ISBN 978-3-593-52055-1 Print

ISBN 978-3-593-46123-6 E-Book (PDF)

DOI 10.12907/978-3-593-46123-6

© 2025 Campus Verlag in der Verlagsgruppe Beltz

Werderstr. 10, 69469 Weinheim, [info@campus.de](mailto:info@campus.de)

Umschlaggestaltung: Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Satz: le-tex xerif

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

Beltz Grafische Betriebe ist ein ein Unternehmen mit finanziellem Klimabeitrag (ID 15985-2104-1001).

Printed in Germany

[www.campus.de](http://www.campus.de)

# Inhalt

Reihenvorwort .....	7
Einführung .....	9
<i>Rem meam esse</i> in der Zeit der Zwölf Tafeln .....	13
I. Die legis actio sacramento in rem .....	13
II. »Relatives Eigentum« .....	17
III. Spuren des alten Rechts .....	26
Ein neuer Eigentumsbegriff .....	31
I. <i>Agere in rem per sponsonem</i> .....	31
II. Ein Zwischenschritt .....	34
III. Eine bloße Verschlinkung des Verfahrens? .....	38
Eine Folge des Besitzschutzes? .....	41
I. Besitz und Parteirolle .....	41
II. Entwicklungsschritte beim Besitzschutz .....	44
III. Ein zeitlicher Abgleich .....	58
Die Mobilisierung des Rechtsübergangs von Todes wegen .....	61
I. Testierfreiheit in den Zwölf Tafeln .....	61
II. Zwei Umgehungsgeschäfte .....	70
III. Ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang .....	83
Der Nießbrauch als Pendant .....	87
I. Eine <i>pars domini</i> ? .....	87
II. Wesensmerkmale des Nießbrauchs .....	115
III. Ein Gegenmodell .....	138

Synthese .....	141
Verzeichnis der juristischen Quellen .....	147
Gai institutiones (Gai) .....	147
Pauli sententiae (PS) .....	148
fragmenta Vaticana (FV) .....	149
Ulpiani epitome (UE) .....	149
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum .....	149
Corpus Iuris Civilis .....	149
Institutiones (IJ) .....	149
Digesta (D) .....	150
Abgekürzt zitiertes Schrifttum .....	153

# Reihenvorwort

Eigentum ist eine weithin unhinterfragte institutionelle Grundlage der gegenwärtigen Welt- und Wirtschaftsordnung. Zugleich wird Eigentum im frühen 21. Jahrhundert in nahezu allen seinen Erscheinungsformen und Ausprägungen zunehmend herausgefordert und ist politisch umkämpft wie kaum je zuvor. Fraglich geworden ist es nicht nur, weil die forcierte globale Durchsetzung des Privateigentums nach dem Zusammenbruch des Staatssozialismus am Ende des 20. Jahrhunderts eine gravierende Zunahme der Ungleichheit in Eigentums- und Vermögensverteilungen hervorgebracht hat, sondern auch, weil die bewährten Eigentumsformen inzwischen in vielen Bereichen für ökologische Nachhaltigkeit und selbst für das ökonomische Wachstum dysfunktional geworden sind. Damit ist die Bedeutung dessen, was es heißt, Eigentümer einer Sache (z.B. einer Wohnung, eines Waldes, eines Aktienanteils) zu sein, in Bewegung geraten. Fraglich geworden ist es aber auch durch neue technische Entwicklungen, insbesondere Digitalisierungsprozesse: An die Stelle knapper materieller Güter scheinen nun unbegrenzt teilbare und zugängliche Dinge zu treten, wodurch ganz neue Fragen des geistigen Eigentums, der Urheber- und Patentrechte etc. aufgeworfen werden. Politisch und kulturell umkämpft ist schließlich auch, was sich überhaupt dazu eignet, eigentumsförmig organisiert zu sein: Kunstwerke? Menschliche Organe? DNA-Sequenzen? Rohstoffe? Algorithmen? Wälder? Wasser? Weltmeere? Asteroide? Welche Alternativen zum Privateigentum sind beobachtbar, welche neuen Eigentumsarrangements bilden sich heraus, welche Alternativen zur eigentumsförmigen Ordnung der Gesellschaft überhaupt sind denkbar?

Die vorliegende Schriftenreihe geht aus dem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Sonderforschungsbereich 294, »Strukturwandel des Eigentums« mit Schwerpunkt an den Universitäten Jena und Erfurt hervor. Sie ist der systematischen, interdisziplinären Erforschung des skizzierten Themengebiets gewidmet und sucht herausragende wissenschaftliche Arbeiten zu Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Eigentums zu versammeln.



# Einführung

Die römischen Juristen waren weder Ideologen noch Philosophen. Jegliche Überhöhung des Eigentums zu einer Einrichtung von weltanschaulicher oder sozialpolitischer Bedeutung war ihnen fremd. Sie ist erst das Erbe einer willens-theoretischen Ausdeutung des Eigentums seit dem Mittelalter.<sup>1</sup> Die römische Rechtswissenschaft hat für sie lediglich die Hülle geliefert, indem sie ein Recht schuf, das sich durch seine Reichweite von anderen auszeichnet: Im Gegensatz zu Verpflichtungen, die nur im Verhältnis bestimmter Personen zueinander Rechtsfolgen zeitigen, ist das Eigentum gegenüber jedermann wirksam. Das heißt noch keineswegs, dass ein Eigentümer in einer Auseinandersetzung mit anderen stets als Sieger aus dem Streit hervorgehen müsste. Seine Herrschaftsmacht kann und konnte stets durch Gegenrechte neutralisiert werden. Das Eigentum als privatrechtliches Rechtsinstitut sorgt lediglich für eine exklusive Zuordnung dergestalt, dass es nur einen einzigen Inhaber hat. Er ist gleichermaßen zur Ausübung der sich hieraus ergebenden Befugnisse berechtigt und Adressat der mit dem Recht verbundenen Pflichten. Natürlich provoziert dieser Absolutheitsanspruch seine politische Instrumentalisierung. Diese ist in ihm jedoch keineswegs angelegt. Das Eigentum, wie es von der römischen Jurisprudenz ausgebildet wurde, hat einen rein technischen Charakter und bietet ein Modell für die Sachzuordnung, das in beliebigen Gesellschafts- und Wirtschaftsformen einsetzbar ist.

Wären die römischen Juristen über die Ausbildung dieser Rechtsfigur hinausgegangen, hätten sie ihr eigentliches Wirkungsfeld verlassen. Ob eine Sache dem Eigentum zugänglich und wie die so vermittelte Herrschaftsmacht begrenzt ist, sind Fragen, deren Beantwortung nur insoweit dem Privatrecht überlassen ist, als es um die Konkurrenz mit anderen Rechtsinhabern geht. Trifft ein Eigentümer auf seinesgleichen, kann der Ausgleich widerstreitender Interessen Gegenstand privatrechtlicher Mechanismen sein, wie sie im Fall des Nachbar-

---

<sup>1</sup> Dargestellt bei Schermaier, SZ 134 (2017) 49, 88 ff.; vgl. dens., Der zivilrechtliche Eigentumsbegriff, S. 37 ff.

rechts auch schon von der römischen Rechtswissenschaft entwickelt wurden. Sieht er sich Personen gegenüber, die andere Rechte mit Absolutheitsanspruch oder zumindest solche geltend machen, die ihm gegenüber wirksam sind, obliegt die Entscheidung ebenfalls dem Privatrecht. Es gibt aber keineswegs vor, woran Eigentum bestehen kann und inwiefern es im Interesse der Gemeinschaft beschränkt sein soll. In vorstaatlichen Gesellschaften richtet sich dies nach dem Konsens der Mehrheit ihrer Mitglieder, in staatlich verfassten Gemeinwesen nach dem Verfassungsrecht. So konnten etwa die römischen Juristen nur Rezepte dafür liefern, wie mit Grund und Boden in den römischen Provinzen für den Fall umzugehen war, dass sie sich in Privathand befanden. Die vorgelagerte Entscheidung, ob die eigentlich der Republik oder dem Kaiser gehörenden Ländereien überhaupt privater Herrschaftsmacht unterworfen sein sollten, war mit den Mitteln der Privatrechtswissenschaft nicht zu treffen.

Ist das Eigentum des römischen Rechts ein schlichtes Modell der Sachzuordnung, erklärt dies auch seine erstaunliche Blässe. Was *dominium* oder *proprietas* ist, wird in den Quellen des römischen Rechts nie erklärt, sondern immer nur vorausgesetzt. Und vorausgesetzt ist bloß, dass ein Eigentümer über ein Recht verfügt, das im Gegensatz zu schuldrechtlichen Positionen nicht gegenüber bestimmten, sondern allen Rechtsunterworfenen Geltung erheischt. So liefert das Eigentum das Grundmuster eines dinglichen Rechts, das sich auch in den Fällen bewährt, in denen jemand nicht zum beliebigen Umgang mit einer Sache, sondern nur zu ihrer gegenständlich oder zeitlich begrenzten Nutzung oder zu ihrer Verwertung berechtigt ist.

In den Rechtsquellen erscheint der Begriff des Eigentums frühestens zur Zeitenwende.<sup>2</sup> Von *dominium* sprechen erst der unter Augustus tätige Jurist Labeo<sup>3</sup> und vorher allenfalls der etwas früher wirkende Alfen<sup>4</sup>. Deutlich älter ist aber das Konzept des dinglichen Rechts als eine gegenüber jedermann wirksame Position. Zum Ausdruck kommt es insbesondere in der *formula petitoria*, mit der ein Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe seiner Sache fordert. Sie gehört zum Formularprozess, der seit einer *lex Aebutia* aus dem zweiten Jahrhundert v. Chr. das Regelverfahren für die Austragung eines privaten Rechtsstreits ist.<sup>5</sup> Die Anweisung, die der Prätor als zuständiger Gerichtsmagistrat in diesem Fall an den Richter gibt, lautet:<sup>6</sup>

2 Hierzu Kaser, Eigentum und Besitz, S. 309 sowie Capogrossi Colognesi, La struttura, S. 493 ff., der glaubt, der Begriff *dominium* tauche erst in einer Zeit auf, in der die Kategorisierung schon blühte.

3 D 18.1.80.3 Lab 5 post Iav epit. Zum Text s. u. S. 27 f.

4 D 8.3.30 Paul 4 epit Alf dig.

5 Zur Frage eines »voräbutischen« Formularprozesses vgl. Kaser/Hackl, Zivilprozeßrecht, S. 153 f., 159 f. und HRP/Platschek § 10 Rn. 7 f.

6 Zur Rekonstruktion der Formel Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 185 f.

*Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque ea res abritrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecundiam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.*

*Ergibt sich, dass die Sache, um die gestritten wird, nach dem Recht der römischen Bürger dem Kläger gehört, und wird diese Sache nicht aufrichterliche Anordnung dem Kläger herausgegeben, so verurteile du, Richter, den Beklagten, dem Kläger so viel Geld zu zahlen, wie die Sache wert sein wird. Ergibt es sich nicht, sprich ihn los.*

Die banal klingende Formel eröffnet die Einsicht in den Charakter des geltend gemachten Rechts erst durch die Einseitigkeit der zuerst genannten Verurteilungsvoraussetzung: Nur der Kläger muss behaupten und dartun, dass ihm die Sache nach dem *ius Quiritium*, dem Recht der römischen Bürger, zusteht. Der Beklagte muss keine eigene Rechtsbehauptung aufstellen. Er kann sich darauf beschränken, das Eigentum des Klägers zu bestreiten, und nötigt seinem Gegner schon so den Beweis auf, dass diesem die Sache gehört. Der Richter hat die Klage nicht nur dann abzuweisen, wenn er meint, sie stehe in Wahrheit dem Beklagten zu; er darf diesen auch dann nicht verurteilen, wenn er zu dem Ergebnis kommt, sie gehöre einem Dritten, oder wenn nach der Beweisaufnahme gänzlich offenbleibt, wer ihr Eigentümer ist. All dies folgt daraus, dass es nur einen einzigen Eigentümer gibt. Misslingt dem Kläger der Nachweis, dass er diese Position innehat, muss die Sache einem anderen zustehen, und die Klage ist unbegründet.

Wie wir sehen werden, ist dieses Konzept nicht das erste, mit dem in Rom der Streit über ein Recht an Sachen ausgetragen wird. In dem Vorgängerverfahren ist die Vorstellung des Eigentums als eines exklusiven Rechts ersichtlich noch nicht wirksam. Der Grund für ihre Herausbildung lässt sich nicht direkt erschließen, weil es an Quellen fehlt, die unmittelbar Zeugnis über die Schaffung der älteren Formeln des Formularprozesse geben. Man kann die Ursache für den Strukturwandel in dem Bestreben nach Verschlinkung des Verfahrens, in der Ausbildung des Besitzschutzes oder, und das ist die in diesem Büchlein vertretene These, in der Testierfreiheit sehen, die der Idee des absoluten Rechts zeitlich vorangeht. Anders als beim Eigentum haben wir es hier mit einer Einrichtung zu tun, die durchaus nicht ohne ideologischen Hintergrund auskommt. Denn sie ist das Produkt einer Entscheidung der Gemeinschaft oder des Gemeinwesens zugunsten einer vermögensrechtlichen Selbstbestimmung über den Tod hinaus. Für die römische Gesellschaft ist sie von so essentieller Bedeutung, dass sie lange ohne jedes Korrektiv besteht und erst ganz allmählich und unter großen Mühen durch ein Recht der Familienangehörigen auf Partizipation am Nachlass eines Verstorbenen eingeschränkt wird.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Hierzu ausführlich Harke, Pflicht und Freiheit.



# *Rem meam esse* in der Zeit der Zwölf Tafeln

## I. Die *legis actio sacramento in rem*

Über den Rechtszustand vor Einführung des klassischen Formularprozesses unterrichtet der Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. tätige Schuljurist Gaius. In seinem Lehrbuch stellt er das ältere Verfahren der sogenannten *legis actiones* dar. Es war schon zur Zeit des traditionell auf 450 v. Chr. datierten Zwölf Tafelgesetzes in Gebrauch. Zu Gaius' Zeiten findet es praktisch nur noch dann Anwendung, wenn ein Prozess, insbesondere ein Erbschaftsstreit, vor dem altehrwürdigen Hundertmännergericht ausgetragen wird.<sup>1</sup> Statt dieses aktuellen Anwendungsfalles schildert Gaius aber ausführlich das bereits obsoletere Verfahren, mit dem um eine einzelne Sache gestritten wird. Nicht der historischen Wahrheit des fünften Jahrhunderts vor unserer Zeitrechnung kann dabei außer den Währungsangaben entsprechen, dass Gaius das Verfahren vor dem Prätor stattfinden lässt. Er meint damit wohl den erst seit 367 v. Chr. amtierenden *praetor urbanus*, dem die Rechtspflege obliegt. In der Zeit davor könnte hierfür der *praetor maximus* als der mutmaßliche Spitzenmagistrat und noch vor ihm der König zuständig gewesen sein, wenn es einen solchen denn jemals gegeben haben sollte. Ansonsten begegnet Gaius' Bericht keinen Zweifeln, die über den genauen Wortlaut der aufgeführten Formeln hinausgehen. Die *legis actio sacramento in rem* schildert er wie folgt:

Gai 4.16

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui, et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem. illi mittebant. qui prior vindicaverat, sic dicebat: postulo, an-

---

<sup>1</sup> Gai 4.31.

ne dicas, qua ex causa vindicaveris? ille respondebat: ius feci, sicut vindictam inposui. deinde qui prior vindicaverat, dicebat: quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco; adversarius quoque dicebat similiter: et ego te; aut si res infra mille asses erat, scilicet L asses sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quod id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.

Wurde dinglich geklagt wegen beweglicher Sachen oder Lebewesen, die vor den Gerichtsmagistrat gebracht oder geführt werden konnten, wurden sie vor dem Gerichtsmagistrat wie folgt gefordert: Wer sie verlangte, hielt einen Stab; danach berührte er die Sache, beispielsweise einen Sklaven, und sagte: »Ich behaupte, dass dieser Sklave mir nach dem Recht der römischen Bürger gehört; daher habe ich ihn, wie du siehst, mit dem Stab berührt«; und gleichzeitig berührte er den Sklaven mit dem Stab. Der Gegner sagte und tat dasselbe. Nachdem beide den Sklaven gefordert hatten, sagte der Prätor: »Lasst beide den Sklaven los!« Und sie ließen ihn beide los. Wer zuerst gefordert hatte, sagte: »Ich fordere dich auf zu sagen, wie du ihn forderst!« Der andere antwortete: »Ich habe mit Recht gehandelt, wie ich ihn mit dem Stab berührt habe.« Daraufhin sagte derjenige, der zuerst gefordert hatte: »Ich wette mit dir um die Summe von 500 As, dass du den Sklaven zu Unrecht gefordert hast.« Der Gegner sagte entsprechend: »Und ich mit dir«; war die Sache weniger als 1000 As wert, nannten sie als Wettsumme 50 As. Daraufhin folgte dasselbe, wie wenn schuldrechtlich geklagt wurde. Später sprach der Prätor die Streitsache einem von beiden zu, machte ihn also zwischenzeitlich zum Besitzer und befahl ihm, seinem Gegner Bürgen für den Streit und die Streitsache zu stellen, also für die Sache und ihre Früchte; andere Bürgen erhielt der Prätor aber selbst von beiden Teilen wegen der Wettsumme, die an das Gemeinwesen verfiel. Man nutzte einen Stab anstelle einer Lanze, gleichsam als Zeichen des rechtmäßigen Eigentums, weil man vor allem das für rechtmäßiges Eigentum hielt, was man Feinden abgenommen hatte; daher wird bei Verfahren vor den Hundertmännern eine Lanze aufgestellt.

Das Verfahren ist in jeder Hinsicht symmetrisch: Nicht nur der Kläger behauptet, dass ihm die umstrittene Sache oder der streitbefangene Sklave nach dem Recht der römischen Bürger zusteht; auch der Beklagte macht dies geltend. Und beide berühren die Sache oder den Sklaven zum Zeichen ihres Herrschaftsrechts mit einem Stab. Nach Gaius' Deutung steht er für eine Lanze, mit der die Macht über eine Sache ursprünglich demonstriert wurde. Kläger und Beklagter werfen sich anschließend vor, Unrecht getan zu haben; und sie wetten beide um einen bestimmten Betrag, dass ihr an die Gegenseite gerichteter Vorwurf zutrifft. Erweist er sich als falsch, verfällt die eingesetzte Summe dem Staat, weshalb die Parteien Bürgen stellen müssen. Nur eine Seite muss dies auch zugunsten des Gegners tun. Es ist der Kontrahent, der vom Gerichtsmagistrat in den Besitz der Sache eingewiesen wird. Seine Sicherheitsleistung durch Bürgschaften dient da-

zu, dem Gegner zu einem finanziellen Ausgleich zu verhelfen, falls er im Streit unterliegt und die umstrittene Sache dennoch nicht freiwillig herausgibt.

Die Struktur des Verfahrens und auch Gaius' Beschreibung erhellen, dass die *legis actio sacramento in rem* ein Derivat ist. Abgeleitet ist sie aus der offenbar älteren Klage für schuldrechtliche Verpflichtungen, der *legis actio sacramento in personam*.<sup>2</sup> Auf sie verweist Gaius nicht nur für den Fortgang des Prozesses nach dem beiderseitigen Wetteinsatz (*>deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur<*). Schon die Wette selbst zeigt, dass der Streit um die Sache durch eine Auseinandersetzung über eine persönliche Verpflichtung ausgetragen wird. Die Parteien sagen das *sacramentum*, das wahrscheinlich als Sühneopfer an die Stelle eines ursprünglich geforderten Eids getreten ist,<sup>3</sup> nicht etwa für den Fall zu, dass die Sache entgegen ihrer Behauptung nicht ihnen, sondern dem Gegenüber gehört. Sie versprechen es vielmehr unter der Bedingung, dass ihr Vorwurf zutrifft, der andere habe Unrecht getan, indem er die Sache in Anspruch nahm. Zwar entscheidet sich dies daran, wem die Sache gehört. Unmittelbares Thema der Wette ist aber erst in zweiter Linie deren Zugehörigkeit zum Vermögen des einen oder anderen und zunächst einmal das Fehlverhalten des jeweiligen Gegners. Es geht also um eine Haftung für ein Delikt, wie sie gewöhnlich zum Anlass einer *legis actio sacramento in personam* gemacht wird. Dabei erübrigt sich das dort übliche Verfahren von Eid und Gegeneid, weil der hiesige Vorwurf der *iniuria* wechselseitig ist und den Widerspruch zum Vorbringen des Kontrahenten einschließt.<sup>4</sup>

Auch das weitere Schicksal der umstrittenen Sache wird nicht direkt geregelt. Es ist Gegenstand eines gleichsam angehängten Verfahrens, das wiederum in einer persönlichen Verpflichtung mündet. Bei wem sich die Sache vor dem Prozess befindet, spielt für den Rechtsgang keine Rolle.<sup>5</sup> Entscheidend ist nur, dass sie vor den Gerichtsmagistrat gebracht wird, damit das Ritual der Stabauflegung vollzogen werden kann. Ist sie von solcher Beschaffenheit, dass die Parteien sie nicht herbeischaffen können, müssen sie zumindest mit einem Teil von ihr vor dem Gerichtsmagistrat erscheinen. Ähnlich wird verfahren, wenn über eine Mehrheit von Sachen wie eine Herde oder eine Erbschaft gestritten wird, die in einer Gesamtheit von Sachen oder Rechten besteht. Gaius erwähnt dies eigens im Anschluss an seine Schilderung des Prozederes vor dem Gerichtsmagistrat:

Gai 4.17

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, velut si columna

<sup>2</sup> Wolf, Zur *legis actio*, S. 90 f.

<sup>3</sup> Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 48 ff., Kaser, SZ 104 (1987) 53, 69, Wolf, Zur *legis actio*, S. 87, Hackl, SZ 106 (1989) 152, 153 f.

<sup>4</sup> Wolf, Zur *legis actio*, S. 98. Unberechtigte Kritik hieran übt Hackl, SZ 106 (1989) 152, 155 ff.

<sup>5</sup> Richtig bemerkt von Wolf, Zur *legis actio*, S. 94 und Hackl, SZ 106 (1989) 152, 170.

aut navis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio; itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aequae ...

War eine Sache so beschaffen, dass man sie nicht ohne Umstände zum Gericht bringen oder führen konnte, wie zum Beispiel eine Säule oder ein Schiff oder eine Viehherde, wurde ein Teil von ihr mitgenommen und zum Gericht gebracht, und für diesen Teil nahm man die Vindikation vor, so als ob die gesamte Sache anwesend wäre; also wurde von einer Herde ein Schaf oder eine Ziege zum Gericht geführt oder ein Haar hiervon mitgenommen und zum Gericht gebracht; von einem Schiff oder einer Säule wurde ein Teil herausgebrochen; ähnlich wurde, wenn über ein unbebautes oder Hausgrundstück oder über eine Erbschaft gestritten wurde, ein Teil mitgenommen und zum Gericht gebracht, und für diesen Teil nahm man die Vindikation vor, so als ob die gesamte Sache anwesend wäre; zum Beispiel wurde von einem unbebauten Grundstück eine Scholle oder von einem Hausgrundstück ein Ziegel mitgenommen, und ebenso, wenn um eine Erbschaft gestritten wurde ...

Kommt es nicht auf den Besitz an der Sache an, muss dieser zwangsläufig erst zugewiesen werden, um nach der Entscheidung über die Rechtsbehauptungen der Parteien dafür zu sorgen, dass der Sieger die Sache oder zumindest ein Äquivalent in gängiger Währung erhält. Dies geschieht, indem der Gerichtsmagistrat eine der Parteien für die Dauer des Prozesses in den Besitz einweist. Obsiegt sie, darf sie die Sache behalten. Gewinnt der Gegner, soll sie die Sache an ihn herausgeben. Hierzu wird sie aber nicht unmittelbar gezwungen.<sup>6</sup> Verpflichtet sind an ihrer Statt nur die Bürgen, die sie im Gegenzug zur Einweisung in den Zwischenbesitz stellen muss. Sie können vom Gegner wiederum mit einer persönlichen Klage belangt werden und müssen im Fall ihrer Verurteilung den Wert der Sache erstatten. Ebenso wie die Wetteinsätze der Parteien erfolgt dies anfangs in Gestalt von auszuwiegendem Metall (*aes rude*), später in genormten Barren (*aes signatum*) und schließlich ab dem dritten Jahrhundert v. Chr. in Münzen, auf die sich auch Gaius' Angaben beziehen. Die Haftung der Bürgen, die sich wiederum beim unterlegenen Zwischenbesitzer mit Hilfe einer persönlichen Klage bezahlt machen können, erzeugt lediglich einen indirekten Druck zur Herausgabe der Sache. Zu dieser selbst wird der Besitzer aber ebenso wenig wie später im klassischen Eigentumsprozess genötigt.

Der fundamentale Unterschied zum Verfahren der klassischen Zeit liegt in der Gegenseitigkeit der Eigentumsbehauptungen und der hieran geknüpften

---

<sup>6</sup> Ausführlich Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 59 ff.

Vorwürfe einer unrechtmäßigen Inanspruchnahme der Sache durch den Gegner. Beide Parteien machen gleichermaßen ihr Eigentum geltend und zeihen deshalb jeweils den anderen Teil eines unbefugten Zugriffsversuchs. Genau genommen, kann man noch nicht einmal zwischen Kläger und Beklagtem unterscheiden. Dies bemerkt sogar Gaius, obwohl er das alte Verfahren aus der Perspektive des klassischen Rechts beschreibt, in dem die Rollen von Kläger und Beklagtem klar verteilt waren. Zwar bezeichnet er einen Kontrahenten anfangs als denjenigen, der die Sache herausverlangt (*qui vindicabat*), und legt damit nahe, dass es sich um den Kläger handelt. Später wechselt er aber in der Bezeichnung und nennt ihn denjenigen, der die Sache »zuerst« verlangt hat (*qui prior vindicaverat*). Auch aus seiner Sicht sind es also beide Parteien, die Anspruch auf die Sache erheben. Vom Standpunkt des klassischen Rechts könnte man allenfalls den Kontrahenten als Beklagten ansehen, dem der Prätor die Sache für die Dauer des Prozesses zuweist.<sup>7</sup> Selbst dies wäre aber eine ahistorische Deutung, weil man die vom Sachbesitz ausgehende Rollenverteilung des späteren Rechts auf ein Verfahren übertrüge, dem sie noch fremd ist.

## II. »Relatives Eigentum«

Aus der strikten Gleichordnung beider Kontrahenten lassen sich mit *Max Kaser* zwei wichtige Schlüsse ziehen: Zum einen ist die Behauptungs- und Beweislast anders verteilt als beim klassischen Eigentumsprozess. Während dort nur der Kläger sein Recht dartun muss, obliegt der Nachweis der eigenen Berechtigung bei der alten Sakramentsklage beiden Parteien, weil sie die Sache in gleicher Weise in Anspruch nehmen.<sup>8</sup> Zum anderen muss sich der Richter für eine der beiden Rechtsbehauptungen entscheiden. Er kann sich nicht einfach damit begnügen, den Anspruch des Klägers zurückzuweisen, weil dieser nicht den nötigen Beweis seines Eigentums geführt hat. Stattdessen muss er, indem er den Zugriff dieser Partei für unrechtmäßig erklärt, zugleich die Position der anderen Seite bestätigen, deren Vorwurf ja just darauf gründet, dass sie die Sache als die ihre in Anspruch nimmt. Dies bedeutet, dass stets einer der beiden Kontrahenten mit seiner Behauptung des »*rem meam esse*« durchdringt und zum rechtmäßigen Inhaber der Sache erklärt wird, und dies selbst dann, wenn sie einem Dritten gehört. Mit »*rem meam esse*« machen die Parteien also im Gegensatz zum klassischen Recht noch kein exklusives Recht geltend, das nur einen einzigen Inhaber hat.

---

<sup>7</sup> So *Ziegler*, Sponsionsverfahren, S. 64 f.

<sup>8</sup> *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 96. Ebenso *Ziegler*, Sponsionsverfahren, S. 45 f.

Es ist vielmehr Ausdruck einer relativ besseren Berechtigung im Verhältnis zum Prozessgegner.<sup>9</sup>

Diese nicht ganz glücklich mit dem Oxymoron »relatives Eigentum« versehene These hat in der Forschung viel Widerspruch erfahren.<sup>10</sup> Die gegen sie vorgebrachten Argumente vermögen jedoch sämtlich nicht zu überzeugen:

Dass die Parteien, wenn sie im Rahmen der *legis actio sacramento in rem* gegeneinander antreten, doch ein absolutes Recht geltend machen, will man zunächst dem Wortlaut ihres Vorbringens entnehmen: Nicht nur das »*rem meam esse*« enthalte die Behauptung einer ausschließlichen Zuständigkeit;<sup>11</sup> auch die Berufung auf das *ius Quiritium*, das überkommene Recht der römischen Bürger, zeige an, dass die Parteien ihre Befugnis nicht untechnisch, sondern im Rahmen einer festgefühten Ordnung geltend machen, die schon ein absolutes Recht kenne.<sup>12</sup> Mit welchem Anspruch die Kontrahenten auch immer auftreten mögen, ändert aber nichts am Charakter des Streits und der Entscheidung des Richters:<sup>13</sup> Er muss die Sache einer der beiden Parteien zusprechen und damit deren Vorbringen für wahr erklären. Er kann nicht beide Ansprüche zurückweisen, ohne gegen den ihm durch die Formeln erteilten Prüfungsauftrag zu verstoßen.<sup>14</sup>

Gerade wenn »*rem meam esse*« nicht untechnisch verwendet wird, sondern eine von der Rechtsordnung anerkannte Position bezeichnet, erhellt der Zwang zu einer alternativen Zuweisung der Sache die Inkongruenz des Verfahrens. Das »*rem meam esse*«, das die Bestätigung des Gerichts findet, ist ersichtlich nur das Produkt einer Auswahl zwischen beiden Parteien und kann damit von vornherein keine Geltung gegenüber Dritten beanspruchen. Es kann sich schlicht daraus ergeben, dass eine Partei mit dem Nachweis ihres Rechts scheitert, während die andere zumindest belegen kann, dass sie vor dem Prozess im Besitz der Sache war, ohne ihn auf unredliche Weise erlangt zu haben.<sup>15</sup> Um dies geltend zu machen, stehen später gesonderte Besitzschutzverfahren zur Verfügung.<sup>16</sup> Zu der Zeit, in der die

9 Kaser, *Privatrecht*, S. 124, Kaser/Hackl, *Zivilprozessrecht*, S. 103 f.; vgl. auch Kaser, *SZ* 102 (1985) 1, 3 und Hackl, *SZ* 106 (1989) 152, 161 ff.

10 Nur vorsichtige Zustimmung äußert auch HRP/Klink § 39 Rn. 3.

11 So Diósdí, *Ownership*, S. 97 f., 105, Birks, *AJ* 1985, 1, 29 und Giglio, *SZ* 135 (2018) 76, 84.

12 Watson, *Law of Property*, S. 92. – Lévy-Bruhl, *Actions de la loi*, S. 78 will den absoluten Charakter des geltend gemachten Rechts hingegen aus dem angeblichen Gottesbezug des Urteils herleiten (s. u. Fn. 41).

13 Richtig Kaser, *SZ* 102 (1985) 1, 6 f.

14 Daher kann er entgegen Watson, *Law of Property*, S. 94 und Wolf, *Zur legis actio*, S. 95 auch nicht beide *sacramenta* für unrichtig erklären, wenn er einen Dritten für den wahren Eigentümer der Sache hält; vgl. Hackl, *SZ* 106 (1989) 152, 157 ff.

15 Kaser/Hackl, *Zivilprozessrecht*, S. 104.

16 S. u. S. 44 ff.

*legis actio sacramento in rem* geschaffen wird, gibt es sie sicherlich noch nicht.<sup>17</sup> Mit dem Vorbringen, eine Sache zu besitzen, ohne sie entwendet zu haben, kann eine Partei also nur gehört werden, in dem sie ›*rem meam esse*‹ behauptet.

Darf der Sieger im Rechtsstreit erfolgreich das ›*rem meam esse*‹ in Anspruch nehmen, ohne eine exklusive Rechtsposition dargetan zu haben, lässt sich dies nicht mit der Erwägung in Zweifel ziehen, ein frühes Recht könne noch gar kein Konzept von Relativität hervorgebracht haben.<sup>18</sup> Was man von einer noch unausgereiften Rechtsordnung sicherlich nicht erwarten kann, ist eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Sachenrechten mit unterschiedlicher Reichweite. Sie findet sich erst im späteren Recht. Dieses unterscheidet nicht nur zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten wie dem Pfandrecht als Verwertungsbefugnis und dem Nießbrauch und Dienstbarkeiten als Nutzungsrechten; auch das Eigentum selbst verzweigt sich in das zivilrechtliche Institut, das dem althergebrachten Recht der römischen Bürger untersteht, und der praktisch gleichgestellten Sachinhaberschaft, die den Schutz prätorischer Rechtsbehelfe genießt und von den Juristen mit dem Begriff der Vermögenszugehörigkeit (›*in bonis esse*‹) belegt wird.<sup>19</sup> Hierbei handelt es sich, sofern man darin überhaupt eine Vervielfältigung des Eigentums sehen will, um seine funktionelle Teilung. Sie beraubt das Eigentum eben nicht seines Merkmals, eine gegenüber allen wirksame Rechtsposition zu sein, sondern sorgt lediglich für seine mehr oder weniger starke Einschränkung. So wenig das *dominium* oder die *proprietas* des klassischen Rechts deshalb als »relativ« bezeichnet werden können,<sup>20</sup> so wenig halten sie einen Vergleich mit dem Recht aus, um das bei der *legis actio sacramento in rem* gestritten wird. Denn hier sind Positionen, die später peinlich gesondert werden, unter der Formel des ›*rem meam esse*‹ vereinigt und weder begrifflich noch auch nur der Sache nach erfasst. Dementsprechend verfängt auch nicht die Überlegung, bei einer Berufung auf Rechtspositionen unterschiedlichen Gewichts müssten stets beide *sacramenta* der Parteien wahr sein.<sup>21</sup> Es gibt nur einen Sieger im Verfahren; und das Prädikat ›*rem meam esse*‹ knüpft allein an den Erfolg im Prätendentenstreit an. Es ist also durchaus relativ, weil es nur im Verhältnis zu dem Prozessgegner zutrifft.<sup>22</sup>

Wegen dieser strukturellen Beschränkung seiner Reichweite ist auch der Verweis auf die Begrenzung der Rechtskraft eines Urteils unbehelflich. Seine

17 Anders sieht dies offenbar *Watson*, Law of Property, S. 95.

18 So *Birks*, AJ 1985, 1, 29.

19 *Gai* 2.41.

20 Dies tun aber *Scott*, AJ 2011, 23, 26 ff. und *Giglio*, SZ 135 (2018) 76, 91 ff.

21 *Diósdí*, Ownership, S. 106.

22 Hierbei handelt es sich entgegen *Schermaier*, SZ 134 (2017) 49, 91 f. und HRP/*Klink* § 39 Rn. 3 auch nicht um eine Rückprojektion aus dem Blickwinkel des klassischen oder modernen Rechts.

Wirkung ist nicht nur im klassischen Recht, sondern auch noch in den heutigen Rechtsordnungen relativ, weil das Prozessergebnis, von raren Ausnahmen abgesehen, immer nur diejenigen binden kann, die hierauf durch ihre Beteiligung am Prozess Einfluss nehmen konnten.<sup>23</sup> Diese verfahrensimmanente Einschränkung berührt aber nicht die Frage, ob das Recht, um das gestritten wird, nur die andere Partei betrifft oder gegenüber allen gelten soll.<sup>24</sup> Ist es absolut, besteht es auch im Verhältnis zu einem Dritten, vorausgesetzt, dieser ist in irgendeiner Form an den Ausgang des Verfahrens gebunden. Und wenn in einem weiteren Prozess einem Dritten das Eigentum zugesprochen wird, bedeutet dies nichts anderes, als dass das zuerst gefällte Urteil, obwohl für die Parteien bindend, doch materiell unrichtig ist.<sup>25</sup>

Nur auf der prozessual bedingten Relativität beruht auch eine gegen Ende der römischen Republik gefällte Entscheidung des Juristen Alfenus Varus,<sup>26</sup> die zuweilen als Argument gegen die These vom »relativen Eigentum« ins Feld geführt wird.<sup>27</sup>

D 6.1.57 Alf 6 dig

Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisfacere, si alter fundum evicisset, eum praestare.

Jemand, von dem ein Grundstück herausverlangt worden war, wurde von einem anderen wegen desselben Grundstücks belangt; es wurde gefragt, wie ein doppelter Schaden abzuwenden ist, wenn er erst auf Anordnung des Richters das Grundstück dem einen Kläger herausgibt und dann die Sache zugunsten des anderen Klägers entschieden wird. Ich habe geantwortet, dass der Richter, der zuerst entscheidet, anordnen muss, dass das Grundstück nur mit der Maßgabe herausgegeben werden muss, dass der Kläger dem Besitzer Sicherheit für den Fall leistet, dass der andere das Grundstück evinziert.

Wird der Besitzer eines Grundstücks von zwei Eigentumsprätendenten in getrennten Verfahren auf Herausgabe der Sache in Anspruch genommen, droht dem Beklagten eine zweifache Verurteilung. Zu ihr kommt es, wenn beide Richter zugunsten des jeweiligen Klägers entscheiden. Um dieses Risiko zu

<sup>23</sup> Dies macht *Diósdí*, Ownership, S. 105 geltend; ähnlich *Schermaier*, Der zivilrechtliche Eigentumsbegriff, S. 32 und *ders.*, SZ 134 (2017) 49, 91.

<sup>24</sup> Unklar insoweit *Kaser*, SZ 102 (1985) 1, 23, der die Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf das »positive Recht« zurückführen will.

<sup>25</sup> So *Kaser*, SZ 102 (1985) 1, 23 f.

<sup>26</sup> In dessen *digesta* ordnet *Lenel*, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 43 (Alf 24) das folgende Fragment einem Abschnitt über den Freiheitsprozess zu.

<sup>27</sup> Insbesondere von *Schermaier*, SZ 134 (2017) 49, 91 und *Giglio*, SZ 135 (2018) 76, 101.

bewältigen, rät Alfen dem Richter, der sein Urteil zuerst fällt, dem Kläger aufzuerlegen, eine Sicherheit für den Fall der erneuten Verurteilung des Beklagten zu leisten. Dem liegt nicht die Vorstellung zugrunde, das Eigentum sei ein relatives Recht, das verschiedenen Inhabern zugleich zustehen könne. Der Jurist nimmt lediglich Rücksicht darauf, dass die zuerst getroffene Entscheidung in ihrem Wahrheitsanspruch nachträglich Konkurrenz bekommen und der beklagte Besitzer dadurch in Bredouille geraten könnte. Die deshalb vorgeschlagene Lösung hält keinen Vergleich zu einer Rechtsposition aus, die sich allein aus dem Prozesserverfolg ergibt und eben deshalb auch in materieller Hinsicht relativ ist.

Kann man das Eigentum des klassischen Rechts wegen der persönlichen Grenzen, denen die Rechtskraft eines Urteils unterliegt, nicht schlechthin zu einer relativ wirksamen Position erklären, kann man umgekehrt auch nicht aus einer rechtlichen oder faktischen Drittwirkung folgern, schon das ›*rem meam esse*‹ der Sakramentsklage habe exklusiven Charakter. Zwar mag zutreffen, dass ein Rechtsstreit gerade in der römischen Frühzeit unter den Augen der Öffentlichkeit stattfand.<sup>28</sup> Die praktische Verbreitung, die das Urteil dadurch findet, neutralisiert jedoch noch nicht die strukturelle Beschränkung, die der Ausspruch über die Sachzuständigkeit durch die Bindung an den Prozesserverfolg erleidet. Dasselbe gilt für den Hinweis auf *auctoritas*-Haftung,<sup>29</sup> die den Veräußerer einer Sache in dem Fall trifft, dass der Erwerber von einem Dritten auf deren Herausgabe in Anspruch genommen wird.<sup>30</sup> Ist der Veräußerer unter diesen Umständen verpflichtet, dem Erwerber im Prozess beizuspringen, indem er als Gewährsmann für den rechtmäßigen Erwerb auftritt, wird damit nur eine schuldrechtliche Beziehung aktiviert, die zwischen den Parteien des Veräußerungsgeschäfts besteht. Das Urteil gilt deshalb nicht etwa gegenüber der Allgemeinheit, so dass sämtliche Rechtsunterworfenen an das vom Richter bestätigte ›*rem meam esse*‹ gebunden wären.

Nicht mit Erfolg in Frage stellen lässt sich ferner, dass die Parteien bei der *legis actio sacramento in rem* gleichermaßen zum Nachweis ihrer Berechtigung gezwungen sind. Eine einseitige Beweislast lässt sich nur unterstellen, indem man in einen Anachronismus verfällt und von der Prozesssituation des klassischen Rechts ausgeht.<sup>31</sup> Hier belangt ein nichtbesitzender Eigentumsprätendent einen Beklagten, der die Sache tatsächlich in den Händen hat. Nur auf dieser Grundlage lässt sich behaupten, dass eher der Kläger zum Nachweis seiner Position genötigt sei<sup>32</sup> oder umgekehrt der Beklagte die Beweislast trage, weil mit der Inanspruchnah-

28 Dies führt *Capogrossi Colognesi*, *La struttura*, S. 123 f. ins Feld.

29 Ihn verdanken wir wiederum *Capogrossi Colognesi*, *La struttura*, S. 405.

30 S. u. S. 102.

31 Dies tut ohne Umschweife *Watson*, *XII Tables*, S. 129 f.

32 Dies glauben *Watson*, *Law of Property*, S. 95 f. und *Cannata*, *Qui prior vindicaverat*, S. 90 f.

me der Sache durch den Kläger der Vorwurf verbunden sei, der Beklagte habe sie unrechtmäßig, insbesondere durch Diebstahl, an sich gebracht<sup>33</sup>. Einen Ansatzpunkt für die eine oder andere Deutung bieten allenfalls die Einweisung in den Prozessbesitz und die Frage nach der ›causa‹ des Vorbringens. Die Überlassung der Sache für die Dauer des Verfahrens erfolgt jedoch erkennbar ohne Bezug auf die zuvor aufgestellten Behauptungen des ›rem meam esse‹. Es gibt keinen Anhalt dafür, dass sich der Gerichtsmagistrat dabei außer an der Solvenz der angebotenen Bürgen auch oder gar allein daran orientiert hätte, wessen Vorbringen er die größere Erfolgsaussicht beimisst. Und selbst wenn er bei seiner Entscheidung eine solche Vorauswahl getroffen hätte, bliebe völlig offen, was daraus folgt: Soll nun allein der andere Teil seine gegenteilige Position beweisen müssen? Oder bliebe er völlig ungehört, weil allein der in den Besitz eingewiesene Kontrahent den Richter davon überzeugen müsste, dass der Gerichtsmagistrat mit seinem Wahrscheinlichkeitsurteil richtig lag?<sup>34</sup> Sowohl die eine als auch die andere Lösung ist evident ungerecht, weil sie eine bloße Prognose zum Nachteil einer der beiden Seiten ausfallen lässt. Und sie ist in Gaius' Beschreibung der Entscheidung über den Zwischenbesitz nicht einmal ansatzweise angedeutet.

Eher als der Zwischenbesitz taugt die Erwähnung der ›causa‹ für eine Differenzierung der Parteirollen und Beweislast. Ausführlich im Wortlaut schildert Gaius nur die einschlägige Frage desjenigen, der die Sache zuerst in Anspruch genommen hat. Unterstellt, in ›ET EGO TE‹, mit dem Gaius die Gegenrede des Kontrahenten beschreibt, verberge sich keine entsprechende Frage an den Kläger,<sup>35</sup> ließe sich hieraus vielleicht ableiten, dass nur die Seite, die eigens zur Auskunft über die ›causa‹ aufgefordert wird, auch den Nachweis ihrer Berechtigung erbringen muss. Auf den Kläger münzen ließe sich dies nur, wenn man in dem Beklagten denjenigen sähe, ›qui prior vindicaverat‹.<sup>36</sup> Dies widerspricht jedoch klar Gaius' Darstellung, der zunächst von einer Person ausgeht, die ihre Forderung erhebt (›qui vindicabat‹), und diese dann als die Partei bezeichnet, die zuerst vindiziert hat. Nicht von vornherein ausgeschlossen ist hingegen, dass die von ihr gestellte Frage nach der ›causa‹ dazu dient, den Beklagten aufzufordern, sich von dem impliziten Vorwurf eines unredlichen Sacherwerbs zu reinigen. Dann trüge nur er und nicht der Kläger die Beweislast für sein Vorbringen.<sup>37</sup> Ebenso wie bei der Deutung, die an den Zwischenbesitz anknüpft, ist aber auch hier wieder vorausgesetzt, was das klassische Verfahren ausmacht, nämlich dass die tatsächliche

33 So Diósdí, *Ownership*, S. 97 ff. Hiergegen wendet sich dezidiert *Watson*, *XII Tables*, S. 127 ff.

34 Dies glaubt *Zlinszky*, *SZ* 106 (1989) 106, 133 ff.

35 Dies tut *Cannata*, *Qui prior vindicaverat*, S. 88.

36 So *Cannata*, *Qui prior vindicaverat*, S. 91 ff.

37 Dies nimmt *Diósdí*, *Ownership*, S. 104 ff., 122, 124 an, der aber einräumt, dass der Eigentumsrechtsstreit grundsätzlich schon von der Diebstahlsverfolgung getrennt ist.

Sachherrschaft an einer Sache über die Beweislast entscheidet. Ebenso wenig wie auf die vorläufige Einweisung kommt es für das Ritual aber auf den vorprozessualen Besitz an. Es bleibt völlig offen, wer über ihn verfügt hat; und es muss auch ungeklärt bleiben, weil die Sachherrschaft ja gerade durch die Entscheidung des Gerichtsmagistrats über den Prozessbesitz geregelt wird.

Außerdem finden sich im Ritual der *legis actio sacramento in rem* nicht genügend Anhaltspunkte für eine Verbindung mit einem Diebstahlverdacht. Zwar ist das Verfahren von dem Prozess über schuldrechtliche Verpflichtungen abgeleitet und geht von dem Vorwurf der *iniuria* aus. Dieser bezieht sich aber nicht auf ein vorprozessuales Geschehen, sondern allein auf das Verhalten des Kontrahenten vor dem Gerichtsmagistrat: Die *iniuria*, die der Kläger dem Beklagten zur Last legt, ist nach dem eindeutigen Wortlaut der aufzusagenden Formel allein auf die Inanspruchnahme der Sache bezogen: *Quando tu iniuria vindicavisti, Daeris sacramento te provoco*. Und die vorangehende Gegenbehauptung des Beklagten, mit Recht gehandelt zu haben, betrifft sogar bloß die Stabauflegung: *Ius feci, sicut vindictam inposui*.<sup>38</sup> Von einem Bezug auf eine vorangehende Entwendung der Sache gibt es hier keine Spur; und sie lässt sich auch nicht in die Frage nach der *causa* hineinlesen. Wenn sogar Max Kaser hier eine Verbindung zu einem Diebstahlverdacht erkennen will,<sup>39</sup> läuft dies offensichtlich seiner eigenen Interpretation dieses Wortes im Kontext des Frage-Antwort-Rituals der *legis actio* zuwider: Im Anschluss an Joseph Georg Wolf versteht Kaser die Frage des Klägers nach der *causa* der Vindikation des Beklagten nämlich richtigerweise nicht in dem Sinne, dass dieser angeben müsste, auf welchen Erwerbsgrund er seinen Anspruch zurückführt. Die Antwort auf *Qua ex causa vindicaveris?* ist viel zu unspezifisch, als dass sie Auskunft über die Umstände geben könnte, auf die der Beklagte sein Recht gründet.<sup>40</sup> Indem er sagt: *Ius feci, sicut vindictam inposui*, bekräftigt der Beklagte allein, dass er die Sache rechtmäßig als ihm gehörig in Anspruch nimmt. Eine passende Antwort auf die Frage des Klägers ist dies nur dann, wenn man sie so deutet, dass dieser sich nicht nach einem bestimmten Erwerbsgrund erkundigt, sondern bloß wissen will, ob die Rechtsbehauptung und Stabauflegung nach Ansicht des Beklagten mit Recht oder zu Unrecht erfolgt.<sup>41</sup> Auch dies kann man so

38 Richtig Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 98.

39 Kaser, SZ 102 (1985) 1, 13. Anders hingegen schon Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 92.

40 Kaser, SZ 104 (1987) 53, 68.

41 Wolf, Zur *legis actio*, S. 85 f.; vgl. auch Kaser, SZ 104 (1987) 53, 68. An anderer Stelle äußert Kaser die Vermutung, das unkonkrete *IUS FECL* sei erst ersonnen worden, nachdem man die ursprünglich auf *res mancipi* beschränkte *legis actio sacramento in rem* auch für die Vindikation anderer Sachen geöffnet habe; vgl., SZ 105 (1988) 122, 132 f. und auch schon Kaser, SZ 102 (1985) 1, 11 f. (zustimmend Zlmszky, SZ 106 (1989) 106, 140). Es gibt jedoch keinen Anhaltspunkt für die Vermutung, der Anwendungsbereich der Klage sei erst nachträglich auf sämtliche Sachen erweitert worden, vgl. Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht,

übersetzen, dass der Kläger nach dem Grund des Handelns des Beklagten fragt. Treffender ins Deutsche übertragen wird es aber als eine Frage nach dem Modus der Vindikation des Beklagten: »Ich fordere dich auf zu sagen, wie du die Sache forderst«, oder freier: »ob du sie zu Recht forderst?«

Dementsprechend darf man auch die ›*causa*‹, die der Kläger in seiner einleitenden Rede erwähnt, nicht als einen Erwerbsgrund verstehen, auf den er seine Rechtsposition zurückführt. Ebenso wie später der Beklagte will auch der Kläger lediglich zum Ausdruck bringen, dass sein Begehren rechtmäßig ist. Die ›*causa*‹ der geforderten Sache ist damit bloß die Zugehörigkeit zum Vermögen des Klägers, die seiner Forderung die Berechtigung verleiht.<sup>42</sup> Aus diesem Grund bietet es sich an, die Formel ›*SECUNDUM SUAM CAUSAM*‹ entgegen der herkömmlichen Interpunktion zum zweiten Teil des vom Kläger aufgesagten Satzes zu ziehen,<sup>43</sup> zumal auch nur dann das hinzugefügte ›*SICUT DIXI*‹ einen wirklichen Sinn ergibt: Zur Rechtfertigung der Stabauflegung verweist der Kläger auf seine aufgestellte Rechtsbehauptung, weshalb man frei übersetzen kann: »daher habe ich ihn, wie du siehst, mit dem Stab berührt«. Bezeichnet ›*causa*‹ nicht die Umstände des Erwerbs, sondern die Zugehörigkeit der umstrittenen Sache zum Vermögen des Klägers oder des Beklagten, bietet das Ritual der *legis actio sacramento in rem* keinerlei Stütze mehr für die Annahme eines implizit erhobenen Diebstahlsvorwurfs und eine hieran geknüpfte isolierte Beweislast des Beklagten.

Nur wenn jede Seite den Nachweis ihrer Position auf sich nimmt, ist auch erklärlich, dass beide Parteien ein *sacramentum* leisten, also ursprünglich einen Eid ablegen<sup>44</sup> und später eine Summe einsetzen, die dem Staat verfällt. Diese Wette knüpft unmittelbar an das Vorbringen an, der Gegner begehe mit der Inanspruchnahme der Sache eine *iniuria*, indirekt aber auch an die eigene Rechtsbehauptung, durch die sich das Verhalten des Kontrahenten erst als unrechtmäßig erweist.<sup>45</sup> Bloß bei einem solchen spezifischen Bezug auf das eigene Vermögen kann man den Kontrahenten zumuten, das eigene Vorbringen durch ein *sacramentum* zu unterlegen. Wäre es bloß an einer der Parteien, ihre Berechtigung darzutun, wäre es der anderen schlechterdings nicht zumutbar, einen Schwur oder den an seine Stelle tretenden Wetteinsatz zu leisten.<sup>46</sup> Denn er beträfe Umstände, die außer-

S. 93. Wie *Watson*, XII Tables, S. 132 und *Birks*, AJ 1985, 1, 9 zu Recht bemerken, kann der Gerichtsmagistrat die Durchführung eines Verfahrens schwerlich jemals deshalb verweigert haben, weil die umstrittene Sache nicht zu einer bestimmten Gruppe gehörte. – *Lévy-Bruhl*, Actions de la loi, S. 53 ff. will die Inkongruenz von Frage und Antwort damit erklären, dass die Parteien ein Ordal begehren.

42 *Wolf*, Zur *legis actio*, S. 79.

43 *Wolf*, Zur *legis actio*, S. 65. Anders dezidiert *Lévy-Bruhl*, Actions de la loi, S. 42 f.

44 *Lévy-Bruhl*, Actions de la loi, S. 75 ff. sieht hierin das streitentscheidende Moment des ursprünglichen Prozesses, in dem sich der König als Richter nach dem Gottesurteil orientiert habe.

45 *Wolf*, Zur *legis actio*, S. 93.

46 Richtig *Kaser*, SZ 104 (1987) 53, 75.

halb der eigenen Sphäre liegen und vielleicht allein das Verhältnis des anderen Teils zu einem Dritten betreffen. Die Situation ist nicht mit der *legis actio sacramento in personam* vergleichbar. Zwar gibt es bei ihr einen Gegenschwur, mit dem der Beklagte dem Eid des Klägers entgegentritt. Thema der beiden *sacramenta* ist aber eben die persönliche Verpflichtung des Beklagten und damit ein Umstand, der in ihrem Wahrnehmungs- und Wirkungskreis liegt.

Erschüttern lässt sich die Lehre vom »relativen Eigentum« schließlich auch nicht durch einen diachronen Vergleich zur späteren Handhabung der Sakramentsklage oder mit dem Verweis auf zeitgleiche Verfahren mit anderem Gegenstand. Dass das alte Klageverfahren auch noch in Gebrauch bleibt, nachdem schon der Formularprozess eingeführt ist, spricht nicht für eine Kontinuität des Eigentumsbegriffs.<sup>47</sup> Ebenso wie heute die Kritiker von Kasers Deutung des Legisaktionenprozesses diese mit Vorstellungen anreichern wollen, die auf dem klassischen Verfahren beruhen, konnten dies schon die römischen Juristen. Nachdem sich das neue Konzept des Eigentums etabliert hat, müssen sie nur klar zwischen Kläger und Beklagtem unterscheiden, um die alte *legis actio* dem neuen Recht dienstbar zu machen. Keinen Vergleich hält ferner der Prozess über den Status von Personen aus.<sup>48</sup> Auch wenn er ähnlich geführt wird wie der Rechtsstreit über Sachen, unterscheidet er sich doch im Thema: Ist fraglich, ob jemand Sklave oder freier Bürger ist, steht der Inanspruchnahme als Sklave die Rechtsbehauptung des »*liberum esse ex iure Quiritium*« und damit kein äquivalentes Vorbringen entgegen, wie es für die Auseinandersetzung über eine Sache prägend ist.<sup>49</sup>

Nach alledem kann es keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass die Behauptung »*rem meam esse*« im Rahmen der *legis actio sacramento in rem* eine ganz andere Bedeutung als das gleichlautende Vorbringen im klassischen Eigentumsprozess hat. Während der Kläger hier ein Recht geltend macht, das exklusiv nur ihm zusteht und gegenüber allen wirkt, ist die Position, um die im Legisaktionsverfahren gestritten wird, an den Prozesserfolg geknüpft: Wer den Rechtsstreit gewinnt, kann für sich in Anspruch nehmen, dass ihm die Sache gehört. Er hat sich zwar gegenüber seinem Kontrahenten, aber kein Recht durchgesetzt, das absolut und von allen Rechtsunterworfenen zu respektieren wäre.

---

47 So aber Diósdí, *Ownership*, S. 106 und Watson, *XII Tables*, S. 130.

48 Ihn strengt ebenfalls Diósdí, *Ownership*, S. 106, 122 an.

49 Kaser, *SZ 102* (1985) 1, 8 f.

### III. Spuren des alten Rechts

Das alte Verfahren und die in ihm wirksame Vorstellung von ›*rem meam esse*‹ sind nicht ohne Folgen für die spätere Rechtsentwicklung geblieben. Auch nach der Etablierung des Eigentums als absolutes Recht lebt noch die Erinnerung an das Prätendentenverfahren und die relative Vermögenszugehörigkeit. Offensichtlich ist dies bei der bekannten Auseinandersetzung über die Frage, wer mit der Eigentumsherausgabeklage belangt werden kann. Die Mehrheit der römischen Juristen ist der Auffassung, die Klage könne gegen jeden angestrengt werden, der die Sache tatsächlich innehat. Hingegen vertreten einige, unter ihnen noch der im ersten Jahrhundert n. Chr. wirkende Pegasus, die Ansicht, der Kläger könne nur bestimmte Besitzer auf Herausgabe in Anspruch nehmen:<sup>50</sup>

D 6.1.9 Ulp 16 ed

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Bei dieser Klage ist es Aufgabe des Richters zu prüfen, ob der Beklagte besitzt; und es spielt keine Rolle, aus welchem Grund er besitzt; sobald ich nämlich bewiesen habe, dass die Sache mir gehört, muss der Besitzer, wenn er keine Einrede erhebt, sie herausgeben. Einige aber, unter ihnen Pegasus, glaubten, die Klage erfasse nur den Besitz, der für die Interdikte »wie ihr besitzt« oder »bei wem von euch beiden« zähle. Folglich könne von denjenigen, denen eine Sache in Verwahrung gegeben oder geliehen worden ist oder die sie gemietet haben oder zur Sicherheit für ein Vermächtnis, eine Mitgift oder eine Leibesfrucht im Besitz haben oder denen keine Sicherheit wegen drohenden Schadens geleistet worden ist, nicht vindiziert werden, weil sie sämtlich nicht besitzen. Ich glaube, es kann von allen die Herausgabe verlangt werden, die eine Sache inne- und die Möglichkeit zu ihrer Herausgabe haben.

Für Pegasus und seine Mitstreiter ist die Grenze für die Passivlegitimation zur Eigentumsherausgabeklage dort gezogen, wo der Besitzschutz beginnt: Nur wer sich auch eines Interdikts bedienen kann, um seine Sachherrschaft zu verteidigen, soll richtiger Beklagter im Eigentumsprozess sein. Zum Besitzschutz zugelassen sind aber grundsätzlich nur Eigenbesitzer, die eine Sache in der Meinung innehaben, sie gehöre ihnen. Damit fallen sämtliche Fremdbesitzer, die eine Sa-

---

<sup>50</sup> Dieser Passus aus dem ulpianischen Ediktskommentar entstammt dem Abschnitt über die *rei vindicatio*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 509 (Ulp 551).

che aus anderen Gründen, etwa aufgrund eines Verwahrungs-, Miet- oder Leihvertrags haben, aus dem Kreis der potentiellen Gegner des Klägers heraus. Diese Lücke im Eigentumsschutz kann man nur dann hinnehmen, wenn man in der *rei vindicatio* nach wie vor einen Prätendentenstreit sieht, bei dem sich wie im Fall der alten Sakramentsklage zwei Kontrahenten gegenüberstehen, die dasselbe Recht für sich in Anspruch nehmen.

Obwohl diese Ansicht auf den ersten Blick überholt erscheint, lässt sie sich doch auch vor dem Hintergrund des klassischen Rechts damit rechtfertigen, dass die Besitzschutzrechte eben auf den Eigenbesitzer zugeschnitten sind. Ist ein Sachinhaber schutzlos, weil er eine Sache gar nicht als eigene besitzt, kann sie ihm ohne Weiteres auch von demjenigen weggenommen werden, den er als den Eigentümer akzeptiert, im Fall einer Verwahrung, Leihe oder Miete also von dem Vertragspartner. Für einen Vindikationskläger liegt es daher durchaus nicht fern, sich mit seinem Herausgabeanspruch an eben diesen zu halten. Nicht mehr akzeptabel ist die Situation aber dann, wenn es gar keinen Eigenbesitzer gibt oder dieser nicht greifbar oder gar nicht in der Lage ist, über das Schicksal der Sache zu bestimmen. Hierzu kann es sowohl bei den genannten Verträgen als auch in den ebenfalls aufgeführten Konstellationen kommen, dass jemand eine Sache zur Sicherung eines eigenen Anspruchs in den Händen hat. Will man das Eigentum als ein gegenüber allen wirksames Recht unter diesen Umständen nicht leerlaufen lassen, muss man die Herausgabeklage mit der Mehrheitsmeinung unter den klassischen Juristen auch gegenüber diesen Personen zulassen.

Weniger deutlich tritt der Bezug zum alten Eigentumsstreit bei der *emptio venditio*, dem Kaufvertrag des klassischen Rechts, hervor.<sup>51</sup> Er zeichnet sich sowohl im Vergleich zum gleichnamigen Vertrag des geltenden Rechts als auch in Gegenüberstellung zur römischen Verdingung dadurch aus, dass er kein reines Verpflichtungsgeschäft ist. Wäre er es, müsste der Verkäufer verpflichtet sein und dafür haften, dass er die Kaufsache zum Eigentum des Käufers macht. Denn auch für die klassische *emptio venditio* steht fest, dass das Ziel des Vertrags im Erwerb des Eigentums an der Kaufsache durch den Käufer liegt. Labeo stellt dies just in dem Text fest,<sup>52</sup> in dem der Begriff *dominium* zum ersten Mal in den Rechtsquellen erscheint.<sup>53</sup>

D 18.1.80.3 Lab 5 post Iav ep

Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

51 Zum Folgenden *Harke*, Römisches Recht, 3. Aufl., München 2024, Rn. 8.1 ff.

52 Er stammt aus den von Javolen herausgegebenen nachgelassenen Schriften Labeos und hier aus einem Abschnitt über die *emptio venditio*; vgl. *Lenel*, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 310 (Iav 208).

53 S. o. S. 10.

Niemand kann als Verkäufer angesehen werden, von dessen Eigentum vereinbart ist, dass es nicht auf den Käufer übergeht; vielmehr handelt es sich um eine Miete oder eine andere Art von Vertrag.

Ein Verkäufer ist jedoch gerade nicht verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen. Er muss sie lediglich übergeben und dafür einstehen, dass sie dem Käufer nicht wieder abgenommen wird und auch keine Arglist im Spiel ist. Dadurch unterscheidet er sich vom Käufer, der den Verkäufer zum Eigentümer der Münzen machen muss, mit denen er den Kaufpreis bezahlt.<sup>54</sup>

D 19.4.1pr Paul 32 ed

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.

Ebenso, wie es etwas anderes ist zu kaufen als zu verkaufen und der Käufer vom Verkäufer verschieden ist, ist der Preis etwas anderes als die Ware. Aber bei einem Tausch kann man nicht unterscheiden, wer Käufer und wer Verkäufer ist, und deren Leistungen weichen erheblich voneinander ab. Der Käufer haftet nämlich aus dem Kaufvertrag, wenn er dem Empfänger nicht das Eigentum an den Münzen verschafft hat; für den Verkäufer reicht es hin, sich wegen Entwehrung zu verpflichten, den Besitz zu übertragen und Arglist zu vermeiden, so dass er nichts schuldet, wenn die Sache nicht entwehrt wird; wenn hingegen beim Tausch beide Sachen der Preis wären, müssten an beiden das Eigentum verschafft werden, wenn beide die Ware wären, an gar keiner. Da es aber Sache und Preis geben muss, kann der Tausch kein Kauf sein, weil man nicht ausmachen kann, was von beiden die Ware und der Preis ist, und es ist widersinnig, dass dieselbe Sache sowohl Kaufsache als auch Kaufpreis sein soll.

In dieser merkwürdigen Asymmetrie zeigt sich der sogenannte Veräußerungscharakter des römischen Kaufs, der auch in weiteren Besonderheiten zutage tritt.<sup>55</sup> So gebühren dem Käufer schon ab dem Abschluss des Vertrags die Nutzungen der Sache, während er zugleich das Risiko eines zufälligen Verlustes der Kaufsache trägt, also auch dann zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, wenn ihm die Sache nicht mehr übergeben werden kann. Der Verkäufer hat wiederum umgekehrt bis zur Übergabe der Sache für deren Bewachung (*custodia*) und damit ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles für ihren Diebstahl

<sup>54</sup> Dieses Traktat aus Paulus' *libri ad edictum* ist Teil der Kommentierung des Edikts über die Kaufklagen; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1034 f. (Paul 502).

<sup>55</sup> Hierzu eingehend etwa Ernst, *Periculum est emptoris*, SZ 99 (1982) 216 ff. und Wolf, *Per una storia della emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compraventa*, IVRA 52 (2001) 29 ff.

einzustehen. Er wird ebenso behandelt wie jemand, der eine fremde Sache zum eigenen Vorteil in den Händen hat.<sup>56</sup> An dieser Haftung offenbart sich der Grund für die Eigenheiten des römischen Kaufs: Die Kaufsache wird nicht erst ab dem Moment des Eigentumserwerbs oder der Übergabe, sondern schon vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an dem Vermögen des Käufers zugerechnet. Obwohl er als schuldrechtliches Geschäft eigentlich nur Verpflichtungen erzeugen kann, bewirkt der Vertragsschluss im Verhältnis der Parteien zueinander doch gleichsam schon einen Rechtsübergang. So lässt sich nicht nur die Bewachungspflicht, sondern auch mühelos erklären, warum der Käufer die Gefahr des Sachverlustes trägt und im Gegenzug in den Genuss der Früchte kommt. Und selbst die fehlende Übereignungspflicht des Verkäufers fügt sich ein, weil der entscheidende Übertragungsakt schon in der Eingehung des Vertrags liegt.<sup>57</sup>

Im klassischen Recht steht dieses Konzept im Widerspruch dazu, dass das Eigentum als eine gegenüber allen wirksame Rechtsposition nicht eher erworben wird, als der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer in gehöriger Weise übereignet. Bei den zur Gruppe der *res Mancipi* zusammengefassten Grundbestandteilen des bäuerlichen Vermögens erfordert dies das Ritual der *mancipatio*,<sup>58</sup> bei gewöhnlichen Sachen reicht die einfache Übergabe. Der Prätor lässt sie auch hinreichen, um dem Erwerber einer *res Mancipi* den ebenso effektiven Schutz der »Vermögenszugehörigkeit« (*in bonis esse*)<sup>59</sup> und damit praktisch eine zweite Form von Eigentum zuzugestehen. Auch in diesem Fall ist aber die Übergabe unentbehrlich, wenn der Käufer ein Recht mit Drittwirkung erlangen will.

Verständlich wird der Kontrast zwischen diesem Regime des Eigentumserwerbs und der internen Zuweisung der Kaufsache zum Vermögen des Käufers allein vor dem Hintergrund des alten Rechtszustands, wie er sich in der *legis actio sacramento in rem* widerspiegelt: Bedeutet das hier umstrittene »*rem meam esse*« schlicht die bessere Berechtigung des einen Kontrahenten im Verhältnis zum anderen, hat der Käufer diese just schon mit dem Abschluss des Kaufvertrags erreicht. Das Erfordernis der Übergabe hat lediglich den Zweck, den Rechtsübergang für Dritte sichtbar zu machen, und ist daher für die Beziehung der Vertragsparteien untereinander ohne Bedeutung. Was zählt, ist die schon mit der Eingehung des Vertrags erreichte relative Besserstellung gegenüber dem Verkäufer.

Wie kommt es nun, dass das »relative Eigentum« des Legisaktionsverfahrens im Recht des römischen Kaufvertrags überlebt, obwohl dieser erst auf der Basis

56 Vgl. D 18.6.3 Paul 5 Sab und hierzu Harke, *Custodia*. Garantiehftung im römischen Recht?, Berlin 2022, S. 113 ff.

57 Harke, *Si error aliquis intervenit*. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin 2005, S. 199; vgl. auch Peters, Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer, SZ 96 (1979) 173, 176 ff., 203.

58 S. u. S. 70 ff.

59 S. o. S. 19.

des Formularprozesses konzeptualisiert wird, als der Prätor die *actiones empti* und *venditi* schafft?<sup>60</sup> Immerhin wird der Verkäufer auf dieser Grundlage ja auch dazu verpflichtet, die Kaufsache zu übergeben, womit regelmäßig zugleich das Eigentum oder die gleichermaßen drittwirkende »Vermögenszugehörigkeit« des prätorischen Rechts erworben wird. Die Antwort liegt in dem schon zur Zwölf Tafelzeit etablierten System der Rechtsmängelhaftung:<sup>61</sup> Zumindest in den Fällen, in denen eine Sache durch *mancipatio* übertragen wird, ist ein Veräußerer automatisch dazu verpflichtet, dem Käufer Beistand gegenüber einem Dritten zu leisten, der die Sache für sich in Anspruch nimmt; und falls er dabei erfolglos ist, hat er den Kaufpreis doppelt zu erstatten, weil er gleichsam einen Diebstahl an diesem begangen hat.<sup>62</sup> Diese Haftung, die später von der *mancipatio* gelöst und in vielfacher Hinsicht differenziert wird,<sup>63</sup> erübrigt einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung, der dem Käufer höchstens zu einer Haftung des Verkäufers in Höhe des Wertes der Kaufsache verhelfen würde. Im Gegensatz zur Übergabe, ohne die der Käufer die Kaufsache nicht nutzen könnte, ist der Eigentumserwerb zum Schutz des Käufers entbehrlich, ja regelmäßig sogar kontraproduktiv. Deshalb besteht im klassischen Kaufrecht ungeachtet seiner Ausrichtung auf den Erwerb regelrechten Eigentums das Modell einer relativ besseren Berechtigung aus der Sakramentsklage fort.

---

60 Zu deren Datierung etwa Harke, Ein System des römischen Vertragsrechts?, in: ders., Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht, Berlin 2013, S. 17, 26 ff.

61 Vgl. Harke, Haben die Römer Rechtswissen geschaffen?, in: Giaro (Hg.), Roman Law and Legal Knowledge. Studies in memory of Henryk Kupiszewski, Warschau 2011, S. 51, 55 ff.

62 Vgl. Kaser, Eigentum und Besitz, S. 128.

63 Vgl. Harke, Julian und die Rechtsmängelhaftung, OIR 11 (2006) 63 ff.

# Ein neuer Eigentumsbegriff

## I. *Agere in rem per sponsonem*

Der Weg von der schon zur Zwölftafelzeit praktizierten *legis actio sacramento in rem* zu dem nicht vor Mitte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. etablierten Eigentumsprozess des klassischen Rechts liegt nicht völlig im Dunkeln. Von Gaius, dem wir auch die ausführliche Schilderung der alten Klage verdanken, erfahren wir von einer Variante des dinglichen Rechtsstreits, die in den juristischen Quellen sonst keine Spuren hinterlassen hat. Es ist ein Verfahren, das sowohl auf der Grundlage der alten *legis actiones* als auch im Rahmen des neuen Formularprozess praktiziert werden kann. Anders als hier fordert der Kläger nicht unmittelbar die Herausgabe der Sache, sondern erstrebt wie bei der alten Sakramentsklage nur die Feststellung seines Eigentums. Diese ist aber nicht Thema von Rede und Gegenrede vor dem Gerichtsmagistrat, sondern eines einfachen Versprechens. Mit ihm sagt der Beklagte einen Geldbetrag für den Fall zu, dass die umstrittene Sache dem Kläger gehört. Gaius widmet dieser Variante des Eigentumsprozesses bemerkenswerterweise mehr Raum als der eher beiläufig und nur zum Vergleich dargestellten Klage mit Hilfe der *formula petitoria*:

Gai 4.91-94

Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsonem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solvi, si vero per sponsonem, illa, quae appellatur pro praede litis et vindiciarum. (92) Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse. (93) Per sponsonem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsonem: Si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? deinde formulam edimus, qua intendimus sponsonis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. (94) Non tamen haec summa sponsonis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, quod olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.

Da es übrigens zwei Arten von dinglichen Klagen gibt (es wird nämlich entweder mit der Herausgabeformel geklagt oder mit Hilfe einer Sponsion), greift, wenn mit der Herausgabeformel geklagt wird, das Versprechen Platz, das schon seinem Namen nach auf die Urteilserfüllung gerichtet ist, hingegen, wenn mit Hilfe einer Sponsion geklagt, das Versprechen, das genannt wird: »anstelle eines Bürgen für Streit und Streitsache«. (92) Die Herausgabeformel ist diejenige, bei der der Kläger geltend macht, dass die Sache ihm gehöre. (93) Mit Hilfe einer Sponsion klagen wir aber so: Wir fordern vom Gegner folgendes Versprechen: »Versprichst du, mir 25 Sesterze zu zahlen, wenn dieser Sklave, um den es geht, nach dem Recht der römischen Bürger mir gehört?« Danach geben wir die Formel an, mit der wir die Zahlung der Summe aus dem Versprechen fordern; mit ihr werden wir nur dann erfolgreich sein, wenn wir beweisen, dass die Sache uns gehört. (94) Diese Summe wird aber nicht eingezogen; denn sie ist nicht zur Strafe, sondern als Gegenstand einer vorgreiflichen Entscheidung gedacht und wird nur versprochen, damit durch sie über das Eigentum an der Sache geurteilt wird, weshalb auch der Beklagte kein Gegenversprechen abgibt. Das Versprechen heißt aber deshalb »anstelle eines Bürgen für Streit und Streitsache«, weil es an die Stelle der Personen getreten ist, die einst, als mit Spruchformeln geklagt wurde, dem Kläger für den Streit und die Streitsache, also für die Sache und ihre Früchte, von dem Besitzer gestellt wurden.

Gaius nennt die dingliche Klage des Formularprozesses eine *duplex actio*. Eine Möglichkeit, die dem Kläger offensteht, ist der Einsatz der *formula petitoria*. Gaius bemerkt hierzu nur knapp, dass der Kläger geltend mache, die umstrittene Sache gehöre ihm. Diese lakonische Beschreibung, die auch auf die alte Sakramentsklage passen würde, erhält ihren Sinn erst durch die Gegenüberstellung zum ausführlicher geschilderten Klageverfahren *per sponsionem*. Hier ist das Begehren des Klägers gerade nicht unmittelbar auf die Feststellung seines Eigentums gerichtet. Stattdessen nimmt er den Beklagten aus dem Versprechen eines Geldbetrags in Anspruch, den dieser unter der Bedingung zugesagt hat, dass der Kläger Eigentümer der umstrittenen Sache ist. Der Antrag und das Urteil sind also auf Zahlung gerichtet; die Feststellung des Eigentums ist Vorfrage der Geldleistungspflicht.

Wenn Gaius davon spricht, dass eine Formel angegeben werden muss, bezieht er sich auf den Formularprozess.<sup>1</sup> In diesem wird ein Anspruch aus einer *sponsio*, wie sie hier abgegeben wird, mit Hilfe der auf »*dare oportere*« gerichteten *condictio* verfolgt. Gaius verweist aber auch auf die Möglichkeit einer Klage im Legisaktionenverfahren. Zu seiner Wirkungszeit gilt es nur noch für den Prozess vor dem insbesondere für den Streit um Erbschaften zuständigen Hundertmännergericht. Hierfür soll eine *lex Creperia* die Summe des Versprechens von 25 auf 125 Sesterze angehoben haben:

Gai 4.95

Ceterum si apud Centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per

---

<sup>1</sup> Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 18 f.

*legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium CXXV nummorum fieri solet propter legem Crepereiam.*

Wird hingegen vor den Hundertmännern geklagt, fordert man den Betrag des Versprechens nicht mit einer Klageformel, sondern durch eine Spruchformelklage; man fordert den Beklagten nämlich durch einen Wetteinsatz heraus; und dieses Versprechen erfolgt nach dem creperischen Gesetz gewöhnlich in Höhe von 125 Sesterzen.

Ein Verfahren vor dem Gericht der hundert Männer hat auch Cicero im Blick. Außer Gaius ist er der einzige Schriftsteller, der die dingliche Klage *per sponsionem* erwähnt. Er führt sie als eine Alternative zur Sakramentsklage auf, mit der ansonsten vor dem altehrwürdigen Gericht um Erbschaften gestritten werden muss:

Cic in Verr 2.1.45.115

... si quis testamento se heredem esse arbitraretur quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. ...

... glaubte jemand, er sei Erbe aufgrund eines Testaments, das nicht vorhanden war, klagte er mit einer Spruchformel auf die Erbschaft oder er ließ sich, nachdem er Sicherheit anstelle eines Bürgen für Streit und Streitsache erhalten hatte, ein Versprechen geben und klagte so wegen der Erbschaft ...

Die Erleichterung, die von der neuen Verfahrensvariante im Legisaktionenprozess ausgeht, hängt von der Wahl der Klageart ab. Den Parteien bleibt zwar in jedem Fall das Ritual der *legis actio sacramento in rem* erspart.<sup>2</sup> Entscheidet sich der Kläger für ein Vorgehen mit der *legis actio sacramento in personam*,<sup>3</sup> die für persönliche Verpflichtungen ursprünglich allein zuständig war, ist aber wenig gewonnen. Denn hier kommt es ebenfalls zum Wetteinsatz. Anders verhält es sich, wenn der Kläger die *legis actio per iudicis postulationem* anstrengt.<sup>4</sup> Sie ist jünger als die Sakramentsklagen und durch das Zwölftafelgesetz eingeführt worden. Wie bei der *condictio* des späteren Formularprozesses macht der Kläger lediglich seinen Anspruch geltend und verlangt vom Gerichtsmagistrat die Einsetzung eines Richters. Zwar muss er dabei noch bestimmte Formeln aufsagen. Die Durchführung des Verfahrens setzt jedoch keinen Wetteinsatz voraus. Deshalb attestiert Gaius dem Beklagten, er könne seine Verpflichtung in diesem Fall »*sine poena*« abstreiten,

2 Daher kann man die *actio in rem per sponsionem* entgegen Bozza, *Actio in rem*, S. 615 nicht einfach als dingliche Klage ansehen; formal macht der Kläger einen schuldrechtlichen Anspruch geltende, der durch das Versprechen begründet und mit einer Klage *in personam* durchgesetzt wird.

3 Dass dies die passende Klageart ist, glauben Kaser/Hackl, *Zivilprozessrecht*, S. 106 und HRP/Rüfner § 75 Rn. 4.

4 Dass sie die Klageart ist, auf die ein *agere in rem per sponsionem* abzielt, nimmt zu Recht Ziegler, *Sponsionsverfahren*, S. 117 ff. an.

also ohne die Gefahr, zusätzlich zu der nach Behauptung des Klägers versprochenen Summe noch einen Geldbetrag zu verlieren:

Gai 4.17a

Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur, eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat ...

Durch Anforderung eines Richters klagte man, wenn das Gesetz angeordnet hatte, dass man auf eine Sache derart klagen sollte, wie zum Beispiel das Zwölf Tafelgesetz für das, was aus einem Versprechen gefordert wurde. Und dies geschah ungefähr folgendermaßen: Der Kläger sprach so: »Ich behaupte, dass du mir aus einem Versprechen 10.000 Sesterzen zu geben verpflichtet bist; ich fordere dich auf, dies zuzugestehen oder zu leugnen.« Der Beklagte sagte, er sei nicht verpflichtet. Der Kläger sagte: »Da du leugnest, fordere ich dich, Prätor auf, einen Richter einzusetzen.« Also leugnete jemand seine Verpflichtung bei dieser Klageart ohne das Risiko einer Strafe ...

Vom Wegfall der Sakramentspflicht profitiert natürlich auch der Kläger, der im Fall seines Unterliegens nur die Abweisung seiner Klage und nicht den Verfall eines Wetteinsatzes hinnehmen muss.

## II. Ein Zwischenschritt

Betrifft die vom *agere per sponsionem* ausgehende Erleichterung gar nicht die *legis actio sacramento in rem*, mit der ein Erbschaftsstreit vor dem Hundertmännergericht geführt werden muss, kann das Verfahren schwerlich hierfür geschaffen sein.<sup>5</sup> Zwar erwähnt Cicero, der das ältere Zeugnis liefert, just diesen Anwendungsfall. Gaius führt die *actio per sponsionem* jedoch ausschließlich als eine Variante für die Auseinandersetzung über eine einzelne Sache auf.<sup>6</sup> Wäre sie erst in der Zeit, die zwischen diesen beiden Autoren liegt, auf die *rei vindicatio* ausgedehnt worden, hätte sie die hier schon existierende *formula petitoria* ergänzt. Diese lässt aber keinen Bedarf für eine weitere Prozessart, in der weder direkt das Eigentum geltend gemacht noch der Beklagte unmittelbar dazu angehalten wird,

<sup>5</sup> So aber Bozza, *Actio in rem*, S. 609 ff.

<sup>6</sup> Hierauf verweist zu Recht Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 103. Bozza, *Actio in rem*, S. 614 f. muss den überlieferten Text des gaianischen Lehrbuchs für verändert erklären.

dem Kläger die Sache zu überlassen.<sup>7</sup> Die *actio in rem per sponsionem* muss also älter sein als die Herausgabeklage des Formularverfahrens. Und sie gibt sich klar als das verbindende Element in der Entwicklung von der alten Sakramentsklage zur *formula petitoria* zu erkennen:<sup>8</sup>

Die Verbindung zur *legis actio sacramento* stellt Gaius explizit her, indem er die Bezeichnung des Versprechens erläutert, mit dem die Herausgabe der Sache an den siegreichen Kläger erwirkt werden soll.<sup>9</sup> Während der Beklagte bei der *formula petitoria* vom Richter eigens dazu aufgefordert wird, dem Kläger die Sache zu überlassen und ein Versprechen nur wie bei anderen Klagen in der allgemeinen Form einer Zusage der Urteilserfüllung erfolgt, ist bei der *actio in rem per sponsionem* eine besondere Stipulation zu leisten.<sup>10</sup> Sie trägt den Namen ›*pro praede litis et vindiciarum*‹ und erinnert damit an die Bürgen, die bei der *legis actio sacramento in rem* von dem Kontrahenten zu stellen sind, dem der Gerichtsmagistrat den Zwischenbesitz für die Dauer des Prozesses zuweist. Gaius legt dies eigens dar und verwendet dabei annähernd dieselben Worte wie bei der Darstellung der Sakramentsklage, wenn er die Wendung ›*lis et vindiciae*‹ als Begriff für die Streitsache und die aus ihr gezogenen Früchte (›*id est pro re et fructibus*‹) definiert. Ein nicht unerheblicher Unterschied zum alten Verfahren ergibt sich daraus, dass der Besitzer nun selbst wegen der Herausgabe der Sache belangt werden kann.<sup>11</sup> Zwar mag üblich sein, dass seine *stipulatio* ›*pro praede litis et vindiciarum*‹ um das Versprechen von Bürgen ergänzt wird, damit der Kläger ausreichende Sicherheit für den Fall der Insolvenz des Besitzers erlangt. Anders als bei der *legis actio* wird er durch das Versprechen der Herausgabe der Sache und ihrer Früchte aber zunächst einmal selbst verpflichtet.<sup>12</sup>

Eine strukturelle Ähnlichkeit zur alten *legis actio sacramento in rem* besteht außerdem insofern, als die Zugehörigkeit der umstrittenen Sache nur Vorfrage für die eigentliche Entscheidung ist.<sup>13</sup> Die gedankliche Kette ist beim *agere per*

7 Richtig Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 84. Bozza, *Actio in rem*, S. 613 f. sucht Zuflucht zu der wenig plausiblen Annahme, diese Erweiterung habe aus rein systematischen Gründen stattgefunden. Dagegen wendet sich zu Recht Luzzatto, *Spunti critici*, S. 181 f.

8 Diese Einschätzung teilen Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 284, Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 78 ff., Diósdí, *Ownership*, S. 151 ff. und HRP/Baldus § 59 Rn. 33. Entgegen Bozza, *Actio in rem*, S. 606 f. lässt sie sich nicht mit dem Argument in Abrede stellen, die *intentio* der *formula petitoria* stimme mit der Bedingung überein, die in der *sponsio* für die Verpflichtung des Beklagten genannt wird.

9 Vgl. Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 78 f.

10 Dass sie zuerst geleistet wird, nimmt wohl nicht zu Unrecht Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 28 f. an, der auf die Verwendung des Konjunktivs Plusquamperfekt ›*accepisset*‹ bei Cicero verweist.

11 Beobachtet von Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 78.

12 Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 26 vermutet, dass die Bürgenhaftung deshalb auch bei der *legis actio sacramento in rem* durch eine eigene Verpflichtung des Zwischenbesitzers zur Herausgabe der Sache an den Sieger ersetzt worden ist.

13 Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 76 f.

*sponsionem* lediglich um ein Glied gekürzt. Im alten Verfahren muss der Richter über das Eigentum noch als Voraussetzung für den Vorwurf der unrechtmäßigen Inanspruchnahme und über diesen wiederum als Auslöser für den Verfall der Wettsummen befinden. Jetzt ist das Eigentum des Klägers unmittelbar Bedingung für die streitgegenständliche Verpflichtung zur Zahlung der versprochenen Summe. Nach wie vor gilt ihm aber nicht der Tenor des Urteils.

Im Charakter der Zahlungszusage weicht das neue Verfahren außerdem wesentlich von der Sakramentsklage ab. Wie Gaius betont, ist die zugesagte Summe im Gegensatz zum früheren Wetteinsatz nicht dazu gedacht, wirklich gezahlt zu werden. Dies führt der Jurist darauf zurück, dass die *sponsio* nicht zur Strafe, sondern nur zur Bestimmung des Streitgegenstands bestimmt ist, auf den sich das Interesse der Parteien richtet (*non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur*). Obwohl es eine Vorfrage bleibt, rückt die Feststellung des Eigentums doch in den Vordergrund, wodurch sich die *actio per sponsionem* der *formula petitoria* nähert.

Mit diesem Wegfall des Strafelements hängt unmittelbar die entscheidende Neuerung zusammen, die das neue Verfahren bewirkt: Es ist nur noch der Kläger, der sein Eigentum festgestellt wissen will, und ausschließlich der Beklagte, der für den Fall, dass dies zutrifft, eine Leistung zusagt. Es gibt keine gegenläufige Rechtsbehauptung des Beklagten und kein korrespondierendes Versprechen des Klägers mehr, mit dem er sich gegen die Inanspruchnahme der Sache durch den Beklagten wendet. Für Gaius ist das Fehlen eines solchen Gegenversprechens eine direkte Folge des mangelnden Strafcharakters (*unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur*).<sup>14</sup> Da nur der Kläger sein Eigentum geltend macht, bedeutet seine Rechtsbehauptung nicht zwangsläufig eine Negation des Rechts des Beklagten, der ihm folglich auch nicht den Vorwurf der Verletzung seines konkurrierenden Rechts vorwerfen kann. Scheidet deshalb eine Bestrafung des Klägers für den Fall seines Unterliegens aus, darf nichts anderes für den Beklagten gelten. Zwar wendet sich dieser durchaus gegen das Vorbringen des Klägers, die Sache gehöre ihm; und er verspricht deshalb auch die Zahlung eines Geldbetrags für den Fall, dass der Richter doch das Eigentum des Klägers feststellt. Dieses Vorgehen muss jedoch an demselben Maßstab gemessen werden wie das des Klägers. Da beim *agere per sponsionem* nicht mehr zwei strikt einander ausschließende Rechtsbehauptungen aufeinandertreffen, ist die Streitsituation derart entschärft, dass es keiner Strafsanktion mehr bedarf.

Durch die Unilateralität der Rechtsbehauptung nimmt die *actio in rem per sponsionem* das entscheidende Merkmal der *formula petitoria* vorweg.<sup>15</sup> Von dieser un-

<sup>14</sup> Dies stellt zu Recht Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 16 heraus.

<sup>15</sup> Kaser, Eigentum und Besitz, S. 292.

terscheidet sie sich bloß noch darin, dass der Kläger die Feststellung des geltend gemachten Rechts und die Herausgabe der Sache nicht unmittelbar, sondern bloß indirekt über die für sich genommen wertlose Verurteilung aus dem Versprechen anstrebt. Was die Beweislast und den Entscheidungsspielraum des Richters anbelangt, gleicht die *actio per sponsionem* völlig der *formula petitoria*: Es ist allein der Kläger, der sein Eigentum geltend macht und auch beweisen muss.<sup>16</sup> Zwar ist Gegenstand der Verurteilung nur der symbolische Betrag, der zum Gegenstand der *sponsio* geworden ist. Die Verpflichtung zur Zahlung steht jedoch unter der alleinigen Bedingung, dass der Kläger Eigentümer ist. Der Beklagte muss selbst keine eigene Rechtsbehauptung aufstellen. Er kann sich damit begnügen, die Eigentumsbehauptung des Klägers zu bestreiten. Scheitert dieser beim Nachweis seines Rechts, hat der Richter die Klage abzuweisen. Er muss nicht den Beklagten zum Eigentümer erklären. Statt ihn kann er einen Dritten für den Eigentümer halten; oder er kann sich einfach deshalb gegen den Kläger entscheiden, weil die Beweislage unklar und nicht zu erkennen ist, wem die umstrittene Sache gehört. Das Recht, auf dessen Feststellung es ankommt, ist anders als bei *legis actio sacramento in rem* nicht automatisch dem Sieger im Verfahren zugewiesen. Eigentümer ist vielmehr nur, wer sich aus Sicht des Richters auch wirklich als Inhaber einer exklusiven Rechtsposition erweist.

Der Schritt zum klassischen Konzept des Eigentums als eines absoluten Rechts hat sich damit schon vor Einführung des Formularprozesses vollzogen. Sein Träger, die *actio in rem per sponsionem*, kann nicht erst in dessen Rahmen, sondern schon im Legisaktionenverfahren erhoben werden kann. Da sie gerade hier für eine erhebliche Erleichterung sorgt, muss sie nicht nur älter sein als die *formula petitoria*, sondern auch dem Formularprozess als Regelverfahren schlechthin vorangehen.<sup>17</sup> Dies erklärt hinlänglich, warum sie weitgehend aus den Quellen verschwunden ist und sich außer in Ciceros beiläufiger Bemerkung nur noch bei dem historisch interessierten Lehrbuchautor Gaius findet. Wird die *actio in rem per sponsionem* geschaffen, als noch das Legisaktionenverfahren dominiert, muss sie mindestens auf das frühe zweite, wenn nicht sogar eher auf das dritte Jahrhundert v. Chr. zurückgehen. Die Figur des absoluten Rechts

---

16 Kaser, Eigentum und Besitz, S. 282 ff., Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 15, HRP/Baldus § 59 Rn. 35, 41. Auch Diósdí, Ownership, S. 153, der bei der *legis actio sacramento in rem* nur den Beklagten für beweispflichtig hält (s. o. S. 21 f.), sieht die Beweislast hier allein beim Kläger.

17 Richtig Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 83 f. und Luzzatto, Spunti critici, S. 184 ff., der freilich glaubt, das Verfahren sei zunächst auch mit einem Strafelement versehen gewesen und erst später entpönalisiert worden. Anders Diósdí, Ownership, S. 151, der die Klage für jünger als die *lex Aebutia* hält.

ist damit weitaus älter als die erste Erwähnung des Begriffs *dominium* in den Rechtsquellen.<sup>18</sup>

### III. Eine bloße Verschlinkung des Verfahrens?

Wie es zur Herausbildung des in der *actio in rem per sponsionem* wirksamen Eigentumsbegriffs gekommen ist, ist nicht mit letzter Gewissheit zu ermitteln. Lässt sich schon die Entstehungszeit der Klage nicht genauer bestimmen, als dass sie in der Phase des Legisaktionenverfahrens aufgekommen ist, kann man über die Gründe ihrer Schaffung natürlich nur Vermutungen anstellen. Diese können aber mehr oder weniger plausibel sein.

Eine naheliegende Erklärung für das Aufkommen des *agere per sponsionem* liefert die Erleichterung, die sie für die Parteien im Vergleich zur alten *legis actio sacramento in rem* mit sich bringt. Machen sie das symbolische Versprechen des Geldbetrags zur Grundlage einer *legis actio per iudicis postulationem*, umgehen sie die bei der Sakramentsklage drohende Strafe in Gestalt des Verfalls eines Wetteinsatzes.<sup>19</sup> Um sie zu vermeiden, könnte das Versprechen in der Praxis mit dem Ziel erdacht worden sein, die Auseinandersetzung über das Eigentum ohne pönale Elemente zu führen.<sup>20</sup> Nichts in Gaius' Beschreibung deutet darauf hin, dass die den Streit einleitende *sponsio* nur vor dem Gerichtsmagistrat oder gar allein auf seine Veranlassung abgegeben werden muss. Sie kann auch außergerichtlich im privaten Kreis erfolgen, sofern sich die Parteien nur über die Art und Weise einig sind, in der sie ihren Streit austragen wollen.<sup>21</sup> Dass die mit der *sponsio* erzeugte Zahlungspflicht nicht ernst gemeint ist, hindert nicht ihre gerichtliche Geltendmachung, sondern veranlasst die Parteien nur dazu, von einer Vollstreckung der Forderung abzusehen.

So plausibel der Gedanke einer privatautonom bewirkten Verfahrensvereinfachung auf den ersten Blick auch erscheint, vermag er doch nicht den Übergang zum neuen Eigentumsbegriff zu erklären. Es tritt nämlich weniger in der Befreiung des Rechtsstreits von pönalen Strukturen als vielmehr in der Einsei-

<sup>18</sup> Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 91 hat Recht, wenn er die *lex Creperia*, mit der die Versprechenssumme angehoben wird, zum *terminus ante quem* erklärt. Dies hilft aber nicht weiter, weil gänzlich unklar ist, wann dieses Gesetz in Kraft getreten ist.

<sup>19</sup> Schwer nachvollziehbar ist hingegen die Annahme von Luzzatto, Spunti critici, S. 190 f., das Verfahren *per sponsionem* habe einen Prozess über ein *incertum* möglich gemacht. Zwar ist dies, abstrakt gesehen, richtig; nach Gaius' Zeugnis wurde die *sponsio* aber gerade im Streit um das Eigentum eingesetzt, der auch zum Gegenstand der schon bestehenden *legis actiones* gemacht werden konnte.

<sup>20</sup> So Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 117 ff.

<sup>21</sup> Insoweit richtig Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 13 f.

tigkeit zutage, mit der die Eigentumsbehauptung erfolgt. Diese kann aber nicht dem bloßen Streben nach Prozessökonomie geschuldet sein. Eine Erleichterung des überkommenen Rechtsgangs der Sakramentsklage hätte nämlich zunächst einmal so erfolgen müssen, dass die Parteien ihre jeweiligen Rechtsbehauptungen zum Gegenstand wechselseitiger Versprechen machen, mit denen sie sich jeweils für den Fall verbindlich machen, dass ihr Gegner die Sache zu Recht in Anspruch nimmt. Zweifellos ist es einfacher, nur ein statt zweier Versprechen abzugeben. Dies setzt aber wiederum voraus, dass die Parteien gemeinsam der Ansicht sind, das Eigentum des einen Kontrahenten schliesse zwingend ein vergleichbares Recht des anderen voraus. Sie müssten ihrem Vorgehen also gerade den neuen Begriff des ›*rem meam esse*‹ zugrunde legen, der von dem Ziel der Verschlankung des Verfahrens ganz unabhängig ist.

Auf dasselbe Problem stößt man, wenn man unterstellt, es habe zunächst in der Tat gegenseitige Versprechen gegeben, mit denen das Verfahren der *legis actio sacramento in rem* nachempfunden wurde.<sup>22</sup> Dann bedarf es nämlich einer Erklärung dafür, warum man in der Folge zu einem einseitigen Versprechen übergegangen ist. Als Grund wäre nur denkbar, dass man sich am Sachbesitz orientierte, wie er vor dem Rechtsstreit bestand. Um die Zuweisung des Zwischenbesitzes durch den Gerichtsmagistrat zu erübrigen, könnten sich die Parteien darauf verständigt haben, dass einstweilen derjenige die Sache behalten soll, der sie bislang innehatte. Fiel ihm die Aufgabe zu, die *sponsio ›pro praede litis vindiciarum‹* zu leisten, könnte man dies zum Anlass genommen haben, auch nur von ihm das symbolische Versprechen des Geldbetrags zu verlangen, mit dessen Durchsetzung das Eigentum des Gegners festgestellt werden soll. Damit bliebe aber ungeklärt, warum der Besitzer davon absehen sollte, seine eigene Rechtsbehauptung vom Richter bestätigen zu lassen.

Außerdem setzt die Anknüpfung an die vorprozessuale Besitzlage voraus, was Gaius' Beschreibung der *actio in rem per sponsionem* nicht ausgibt, nämlich dass die Klage stets nur vom nichtbesitzenden Eigentumsprätendenten gegen den Besitzer der umstrittenen Sache erhoben werden kann.<sup>23</sup> Dabei geht man unwillkürlich vom Vorbild der *formula petitoria* aus. Sie prägt auch den Erfahrungshorizont, vor dem Gaius den Bericht über die zu seiner Zeit vermutlich gar nicht oder kaum noch praktizierte *actio in rem per sponsionem* verfasst. Liest man ihn genau, stellt man aber fest, dass er die Parteirollen keineswegs nach dem Sachbesitz zuweist. Von einem *possessor* spricht er nur, wenn er bei der Erläuterung des Namens des Versprechens ›*pro praede litis vindiciarum*‹ an den Zwischenbesitzer erinnert, der

---

<sup>22</sup> Dies tut Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 121 ff.

<sup>23</sup> So ausdrücklich Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 16 f.; ebenso schon Lévy-Bruhl, *Actions de la loi*, S. 184 ff. Vgl. auch HRP/Baldus § 59 Rn. 42.

im alten Verfahren Bürgen stellen musste. Zweifellos kann auch das Versprechen, das an die Stelle dieser Sicherheit tritt, sinnvoll nur vom Besitzer abgegeben werden. Die der Klärung der Eigentumsfrage dienende *sponsio* des Geldbetrags hat jedoch keinerlei Bezug zur Besitzlage. Sie kann ohne Weiteres auch von einem nichtbesitzenden Beklagten abgegeben werden, der dem Kläger das Eigentum an der von diesem besessenen Sache streitig machen möchte. Auch wenn der Prozess dann nicht in einer vollstreckbaren Verpflichtung mündet, sorgt er doch für die Feststellung des Eigentums und beugt daher künftigem Streit vor.

# Eine Folge des Besitzschutzes?

## I. Besitz und Parteirolle

Die Erklärung der *actio in rem per sponsionem* aus dem Bemühen um Prozessvereinfachung hat denselben wunden Punkt wie die Überlegungen, mit denen *Max Kaser* den Übergang zum klassischen Eigentumskonzept plausibel machen will. Für ihn ist die Unilateralität der Rechtsbehauptung ein Mittel zum Schutz des Beklagten und eine Reaktion darauf, dass sich dieser als Besitzer regelmäßig in einem Besitzschutzverfahren bewähren muss. Hat er sich hier schon gegen seinen Widersacher durchgesetzt, könne man ihm nicht zumuten, im Streit um das Eigentum die Beweislast zu tragen. Andernfalls werde der Sieg im Besitzschutzverfahren wieder wettgemacht und verschaffe keinen bleibenden Vorteil.<sup>1</sup> Das neue Eigentumskonzept der *actio per sponsionem* wäre damit allein der Ausbildung eines Besitzschutzverfahrens geschuldet, das es zur Zeit der Zwölf Tafeln sicher noch nicht gegeben hat.<sup>2</sup>

Auch diese These fußt auf der von der *formula petitoria* entlehnten Überlegung, der Beklagte, der beim *agere per sponsionem* das symbolische Versprechen des Geldbetrags abgeben muss, sei stets auch der Besitzer der Sache. Träfe dies zu, könnte man auf die klassischen Zeugnisse zurückgreifen, wonach die Interdikte genannten Verfügungen, mit denen der Besitz einer Person geschützt wird, vor allem dazu dienen, die Parteirollen im Streit um das Eigentum und damit auch die Beweislast zu verteilen. Besonders eindrücklich wird dies in den Institutionen Justinians geschildert. Glaubt man ihnen, ist der Streit um das Eigentum fast zwangsläufig auch mit einem Streit darüber verbunden, wer die Sache im Besitz hat:

IJ 4.15.4

Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta UTI POSSIDETIS et UTRUBI, cum ab

---

1 *Kaser*, Eigentum und Besitz, S. 276 ff. Ähnlich wohl *Lévy-Bruhl*, Actions de la loi, S. 186.

2 Zweifel an dieser Erklärung bekunden *Ziegler*, Sponsionsverfahren, S. 129, für den sie zu sehr im Bereich des »Psychologischen« liegt, und, wenn auch vorsichtiger, *HRP/Baldus* § 59 Rn. 46.

utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius possideat, alius a possidente petat. et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitorem iudicari solet. ...

Zur Bewahrung des Besitzes sind die Interdikte »wie ihr besitzt« und »bei wem von euch beiden« für den Fall geschaffen worden, dass sich zwei Parteien um das Eigentum an einer Sache streiten und vorab festgestellt werden muss, wer von den streitenden Parteien besitzt und wer die Klage erheben muss. Denn wird nicht zuvor geklärt, wer von beiden der Besitzer ist, kann die Herausgabeklage nicht erhoben werden, weil nach Rechtslogik und natürlicher Vernunft der eine besitzen muss, während der andere den Besitzer verklagt. Und da es bei weitem angenehmer ist zu besitzen als zu klagen, gibt es häufig oder beinahe stets auch Streit um den Besitz. Der Vorteil des Besitzers liegt darin, dass der Besitz, selbst wenn dem Besitzer die Sache nicht gehört, gleichwohl bestehen bleibt, wenn der Kläger nicht beweisen kann, dass sie ihm gehört; daher wird gewöhnlich gegen den Kläger entschieden, wenn die Rechte beider Parteien unklar sind ...

In der Vorlage in Gaius' Lehrbuch klingt dies noch nüchterner. Immerhin heißt es aber auch hier, dass die erwähnten Interdikte *uti possidetis* und *utrubi* üblicherweise beantragt und gewährt werden, um den Eigentumsrechtsstreit vorzubereiten:

Gai 4.148

Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. cuius rei gratia comparata sunt VTI POSSIDETIS et VTRUVI.

Zur Bewahrung des Besitzes werden Interdikte gewöhnlich dann erteilt, wenn zwei über das Eigentum an einer Sache streiten und zunächst streitig ist, wer von den Kontrahenten besitzt und wer die Sache herausverlangen muss. Hierfür sind die Interdikte »wie ihr besitzt« und »bei wem von euch beiden« geschaffen worden.

Dass jede Seite lieber für sich in Anspruch nimmt, der Besitzer zu sein, schreibt auch Ulpian in seiner Kommentierung zum *interdictum uti possidetis*:<sup>3</sup>

D 43.17.1.3 Ulp 69 ed

Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

<sup>3</sup> Vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 820 (Ulp 1536).

Immer wenn zwischen Parteien um das Eigentum gestritten wird, besteht zwischen ihnen entweder Einigkeit, wer Besitzer und wer Kläger ist, oder nicht. Besteht Einigkeit, ist die Sache geklärt; wer anerkanntermaßen besitzt, hat den Vorteil des Besitzers, der andere trägt die Last der Klage. Ist aber unter ihnen umstritten, wer besitzt, weil jeder von beiden lieber behauptet, dass er besitzt, dann sind sie, wenn es ein Grundstück ist, um dessen Besitz gestritten wird, auf dieses Interdikt angewiesen.

Kann man auf diese Aussagen auch zurückgreifen, um die Entstehung des klassischen Eigentumsbegriffs zu erklären? Man müsste sie bloß umkehren und annehmen, dass ein Erfolg im Besitzstreit nur dann vollkommen ist, wenn er auch die Parteirolle im Prozess um das Eigentum vorgibt. Dessen Ausgestaltung als absolute Rechtsposition wäre dann nicht konzeptionellen Erwägungen zu verdanken, sondern eher die unwillkürliche Folge des Bemühens, den gesellschaftlichen Frieden dadurch zu gewährleisten, dass man außer Rechten auch die tatsächliche Inhaberschaft an einer Sache sanktioniert.

Ebenso wie die Deutung der *actio in rem per sponsionem* mit Hilfe von prozessökonomischen Erwägungen kommt die Erklärung aus dem Besitzschutz aber nicht ohne die Unterstellung aus, es habe ein Zwischenstadium gegeben, von dem heute keine Spuren mehr vorhanden sind. Hätte man die günstige Position im Eigentumsprozess nach dem Erfolg im Besitzschutzverfahren zugewiesen, wäre das Naheliegendste, nur diejenigen zu privilegieren, der sich mit Hilfe eines Interdikts durchgesetzt hat. Die Schaffung eines Verfahrens, in dem der Kläger stets und unabhängig von einer Auseinandersetzung über den Besitz allein die Beweislast trägt, wäre erst der nächste Schritt.<sup>4</sup> Kaser nennt ihn denn auch den »Schlussstein« der Entwicklung des Eigentumsbegriffs<sup>5</sup> und setzt damit voraus, dass die Vindikation in ihrer Struktur zunächst davon abhing, ob ein Besitzschutzverfahren durchgeführt wurde oder nicht. Dies lässt sich aber zumindest nicht daraus ableiten, dass die Passivlegitimation zur *rei vindicatio*, wie schon gesehen,<sup>6</sup> nach Ansicht mancher klassischer Juristen einen Besitz voraussetzt, wie er auch bei den Interdikten gefordert ist.<sup>7</sup> Denn damit ist nicht gemeint, dass sich der Beklagte auch erfolgreich eines Interdikts bedient haben muss, sondern nur, dass er ebenfalls ein Prätendent ist, der die umstrittene Sache als eigene in Anspruch nimmt. Zwar vermag die Annahme einer stufenweisen Entwicklung vielleicht zu erklären, warum die für das dingliche Verfahren eingesetzte *sponsio* in der Form, in der sie bei Gaius erscheint, keinen Bezug mehr zum Besitz hat. Die Annahme eines heute nicht mehr nachvollziehbaren Zwischenstadiums trägt

---

4 Nach Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 106 f. soll er denn auch die gedankliche Unterscheidung von absoluten und relativen Positionen voraussetzen.

5 Kaser, Eigentum und Besitz, S. 290.

6 D 6.1.9 Ulp 16 ed; s. o. S. 26 f.

7 So aber Kaser, Eigentum und Besitz, S. 287 ff.

jedoch nicht zur Plausibilität der Theorie bei. Vollends unwahrscheinlich wird sie, wenn man die Entwicklung des Besitzschutzes betrachtet.

## II. Entwicklungsschritte beim Besitzschutz

Die Stufen, in denen das Besitzschutzrecht ausgebildet worden ist, lassen sich ebenso wie die Gestalt der *legis actiones* nur anhand von Gaius' Institutionenlehrbuch nachvollziehen. Bloß hier erfahren wir nämlich etwas über das Verfahren, das auf die einschlägigen Verfügungen folgt und das zumindest eine relative Chronologie ermöglicht. Justinian hat dieses Verfahren für obsolet erklärt,<sup>8</sup> so dass es auch nicht mehr in den Auszügen aus den Schriften der klassischen Juristen in den Digesten erscheint.

Gaius berichtet aber nicht nur über dieses Verfahren, sondern versucht sich auch an einer Systematisierung der Interdikte. Er unterteilt sie in solche, die ein bestimmtes Verhalten verbieten, und solche, die auf Wiederherstellung eines Zustands oder Vorführung einer Sache oder eines Menschen gerichtet sind. Auf den Besitz bezogen, wird hieraus die Unterscheidung zwischen Verfügungen, die zur Konservierung der vorhandenen Besitzlage dienen, und solchen, mit denen der Besitz erstmals oder erneut erlangt werden soll:

Gai 4.142-143

Principalis igitur diuisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria. (143) Sequens in eo est diuisio, quod uel adipiscendae possessionis causa comparata sunt uel retinendae uel recipiendae.

Die erste Einteilung besteht darin, dass die Interdikte entweder auf ein Verbot oder auf Wiederherstellung oder Vorlage gerichtet sind. (143) Die nächste Einteilung besteht darin, dass sie entweder zum Erwerb des Besitzes oder zu seiner Erhaltung oder zu seiner Wiedererlangung vorgesehen sind.

Die auf Vorlage und erstmaligen Besitzerwerb gerichteten Verfügungen bilden gewissermaßen nur eine Ergänzung zu dem eigentlichen Gegensatzpaar von prohibitorischen und restitutorischen Interdikten: Während die einen den bestehenden Besitz schützen, sollen die anderen dafür sorgen, dass durch Rückgabe der umstrittenen Sache die frühere Besitzsituation wiederhergestellt wird. Als prohibitorische Besitzschutzverfügungen nennt Gaius die Interdikte *uti possidetis* (»wie ihr besitzt«) und *utrubi* (»bei wem von euch beiden«) denen er attestiert, einer Aufrechterhaltung der vorhandenen Besitzlage zu dienen. Das *interdictum uti possidetis* schützt den Besitz an einem Grundstück, vorausgesetzt, dass er im

---

<sup>8</sup> IJ 4.15.8.

Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung ohne Fehler existiert. Er darf also weder gewaltsam noch heimlich noch im Wege eines *precarium* (»bittweise Überlassung«) erlangt sein. Hierbei handelt es sich um eine Vereinbarung, durch die sich jemand in die Position eines Besitzers begibt, der eine Sache heimlich oder gewaltsam erlangt hat und daher den steten Zugriff des anderen dulden muss.<sup>9</sup> Dieselbe Einschränkung gilt auch bei dem für den Streit um bewegliche Sachen zuständigen *interdictum utrubi*. Von der Verfügung für Grundstücke unterscheidet es sich dadurch, dass es statt auf den aktuellen Besitz darauf ankommt, wer von beiden Kontrahenten die Sache im vergangenen Jahr für den längeren Zeitraum innegehabt hat:

Gai 4.149-150

Et quidem VTI POSSIDETIS interdictum de fundi uel aedium possessione redditur, VTRVBI uero de rerum mobilium possessione. (150) Et si quidem de fundo uel aedibus interdicitur, eum potioem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec ui nec clam nec precario ab aduersario possideat; si uero de re mobili, eum potioem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec ui nec clam nec precario ab aduersario possederit; idque satis ipsis uerbis interdictorum significatur.

Das Interdikt »wie ihr besitzt« wird wegen des Besitzes an einem unbebauten oder Hausgrundstück gewährt, das Interdikt »bei wem von euch beiden« hingegen wegen des Besitzes an einer beweglichen Sache. (150) Und wenn die Verfügung wegen eines unbebauten oder Hausgrundstücks ergeht, gibt der Prätor demjenigen den Vorzug, der zu dem Zeitpunkt, in dem das Interdikt erlassen wird, das Grundstück besitzt, ohne es von dem anderen mit Gewalt, heimlich oder durch bittweise Überlassung erlangt zu haben; ergeht die Verfügung wegen einer beweglichen Sache, gibt er demjenigen den Vorzug, der sie für den größeren Teil des vergangenen Jahres besessen hat, ohne sie von dem anderen mit Gewalt, heimlich oder im Wege einer bittweisen Überlassung erlangt zu haben; und dies geht schon hinreichend aus dem Wortlaut der Interdikte hervor.

Als Gegenstück einer restitutorischen Verfügung nennt Gaius das *interdictum unde vi*. Mit ihm kann man sich gegen die gewaltsame Vertreibung von einem Grundstück wenden. Die Anordnung der Wiedereinräumung des Besitzes steht gewöhnlich unter demselben Vorbehalt wie die prohibitorischen Verfügungen, nämlich dass der Antragsteller nicht seinerseits zuvor gewaltsam oder heimlich vorgegangen ist oder das Grundstück im Wege eines *precarium* erhalten hat. Eine Ausnahme gilt, wenn der Antragsgegner Waffen eingesetzt hat. In diesem Fall muss er das Land unter allen Umständen räumen, weil er sich eines besonders schweren Fehlverhaltens schuldig gemacht hat:

Gai 4.154

Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione ui deiectus sit.

---

<sup>9</sup> Hierzu Harke, *Precarium*, S. 53.

nam ei proponitur interdictum, cuius principium est unde tu illum vi deiecisti, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec ui nec clam nec precario ab eo possideret. namque eum, qui a me ui aut clam aut precario possidet, inpune deicio. (155) Interdum tamen etsi eum ui deiecerim, qui a me ui aut clam aut precario possideret, cogor ei restituere possessionem, uelut si armis eum ui deiecerim. nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem. ...

Zur Wiedererlangung des Besitzes wird gewöhnlich ein Interdikt gewährt, wenn jemand mit Gewalt aus dem Besitz vertrieben worden ist. Denn für ihn ist das Interdikt verheißen, das mit den Worten beginnt: »von wo du jenen mit Gewalt vertrieben hast«, durch das derjenige, der ihn vertrieben hat, gezwungen wird, ihm den Besitz wiederherzustellen, falls der Vertriebene nicht gewaltsam, heimlich oder aufgrund einer bittweisen Überlassung besessen hat. Denn jemanden, der gewaltsam, heimlich oder aufgrund einer bittweisen Überlassung besitzt, darf ich ungestraft vertreiben. (155) Zuweilen werde ich aber auch dann zur Wiederherstellung des Besitzes gezwungen, wenn ich jemanden vertrieben habe, der mir gegenüber mit Gewalt, heimlich oder im Wege einer bittweisen Überlassung besitzt, wie zum Beispiel, wenn ich ihn mit Waffengewalt vertrieben habe. Denn wegen der Schwere des Delikts muss ich hinnehmen, dass ich aufgrund der Klage unter allen Umständen den Besitz wiederherstellen muss ...

Die Gegenüberstellung von prohibitorischen und restitutorischen Verfügungen geht auf den an der Wende vom ersten zum zweiten Jahrhundert wirkenden Juristen Pedius zurück. Auf ihn beruft sich Spätklassiker Ulpian, wenn er das Verhältnis zwischen dem *interdictum uti possidetis* und dem *interdictum unde vi* und ihre Positionierung im prätorischen Edikt zu erklären versucht. Dass das restitutorische Interdikt hier vor dem *uti possidetis* aufgeführt ist, folgt aus Ulpians Sicht daraus, dass dieses der Bewahrung des vorhandenen Zustands, jenes der Rückkehr zu einer früheren Besitzlage dient:

D 43.17.1.4 Ulp 69 ed

Est igitur hoc interdictum, quod volgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum unde vi. illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, denique praetor possidenti vim fieri vetat: et illud quidem interdictum obpugnat possessorem, hoc tuetur. et ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. ...

Das Interdikt, das gemeinhin »wie ihr besitzt« genannt wird, dient also dazu, den Besitz zu behalten (denn es wird zu dem Zweck gewährt, dass dem Besitzer keine Gewalt angetan wird), und es wird folgerichtig nach dem Interdikt »von wo mit Gewalt« verheißen. Denn dieses stellt den durch Gewalt verlorenen Besitz wieder her, jenes Interdikt sorgt dafür, dass der Besitz nicht verlorengeht; daher verbietet der Prätor, dass dem Besitzer Gewalt angetan wird; dieses Interdikt greift den Besitzer an, jenes schützt ihn. Und wie Pedius schreibt, dreht sich jeder Besitzstreit entweder darum, dass uns der Besitz an dem, was wir nicht besitzen, wiederhergestellt wird, oder darum, dass wir behalten dürfen, was wir besitzen ...

Dieser scheinbar einleuchtenden Ordnung der Interdikte läuft jedoch ein Unterschied zuwider, den Gaius im weiteren Verlauf seiner Darstellung beschreibt. Hier sondert er die einfachen von den doppelseitigen Verfügungen. Restitutorische und auf Vorführung gerichtete Interdikte sind stets einseitig, weil ein Antragsteller seinen Kontrahenten auf die Herausgabe oder Vorführung einer Sache in Anspruch nimmt. Prohibitorische Interdikte können ebenfalls einseitig sein; die dem Besitzschutz dienenden Verfügungen *uti possidetis* und *utrubi* sind aber zweiseitig. Das Gebot des Prätors, den fehlerfreien Besitz zu wahren, richtet sich nämlich an beide Parteien.<sup>10</sup> Sie befinden sich in einer *par condicio* und sind beide gleichsam Kläger wie Beklagter:

Gai 4.156-158, 160

*Tertia diuisio interdicatorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. (157) Simplicia sunt, uelut in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat. (158) Prohibitoriorum autem interdicatorum alia duplicia, alia simplicia sunt. (159) Simplicia sunt, uelut quibus prohibet praetor in loco sacro aut in flumine publico ripae eius aliquid facere reum: nam actor est qui desiderat, ne quid fiat, reus is qui aliquid facere conatur. (160) Duplicia sunt uelut VTI POSSIDETIS interdictum et VTRUBI. ideo autem duplicia uocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus uel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur, nam summa conceptio eorum interdicatorum haec est: uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto; item alterius: utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem maiore parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.*

Die dritte Einteilung erfolgt danach, ob sie einseitig oder zweiseitig sind. (157) Einseitig sind diejenigen, bei denen der eine der Antragsteller, der andere der Antragsgegner ist, wie es alle sind, die auf Wiederherstellung oder Vorlage gerichtet sind. Denn derjenige, der die Wiederherstellung oder Herausgabe begehrt, ist der Antragsteller, derjenige, von dem sie begehrt werden, ist der Antragsgegner. (158) Von den auf ein Verbot gerichteten Interdikten gibt es zwei- und einseitige. (159) Einseitig sind beispielsweise diejenigen, durch die der Prätor dem Antragsgegner verbietet, etwas an einem heiligen Ort oder in einem öffentlichen Fluss oder an seinem Ufer zu tun; denn Antragsteller ist derjenige, der begehrt, dass dies nicht geschieht, und Antragsgegner derjenige, der dies unternehmen will. (160) Zweiseitig sind beispielsweise die Interdikte »wie ihr besitzt« und »bei wem von euch beiden«. Sie werden deshalb zweiseitig genannt, weil sich die beiden Parteien in derselben Lage befinden und keiner von ihnen bloß als Antragsgegner oder Antragsteller anzusehen ist, sondern jeder von ihnen gleichermaßen die Rolle des Antragsgegners und des Antragstellers innehat, weil der Prätor sich mit seinen Worten an beide wendet. Der Wortlaut dieser Interdikte ist nämlich im Wesentlichen folgender: »ich verbiete, dass Gewalt angewendet wird, damit ihr nicht mehr so besitzt, wie ihr jetzt besitzt« und »ich verbiete, dass Gewalt angewendet wird, damit derjenige, bei dem sich der Sklave, um den es geht, für den größeren Teil des letzten Jahres befunden hat, ihn nicht wegführt«.

<sup>10</sup> Vgl. auch D 43.17.3.1 Ulp 69 ed.

Ein Blick auf den Wortlaut der Interdikte verdeutlicht dies. Der Prätor gibt nicht etwa einer der Parteien auf, etwas zu tun oder zu unterlassen. Er verbietet vielmehr unpersönlich die Gewaltanwendung zur Veränderung der geschützten Besitzsituation und lässt sogar offen, wer diese innehat. Die von Gaius an dieser Stelle nur verkürzt wiedergegebene Formel der Interdikte ist noch um die von ihm schon zuvor erwähnte Klausel zu ergänzen, dass der geschützte Besitz nicht gewaltsam, heimlich oder im Wege eines *precarium* erlangt sein darf.<sup>11</sup> Daraus ergibt sich, dass keineswegs zwingend die aktuell bestehende Sachherrschaft vor einer gewaltsamen Veränderung bewahrt wird. Geschützt sein kann auch der inzwischen verlorene Besitz des Gegenübers, wenn der jetzige Inhaber der Sache diese durch heimliches Vorgehen oder Gewaltanwendung an sich gebracht oder er sich dem anderen durch die Vereinbarung eines *precarium* untergeordnet hat. Die Anordnung zur Aufrechterhaltung des Besitzes richtet sich in diesem Fall gerade gegen denjenigen, der die Sache zwar im Moment der Verfügung, aber fehlerhaft in den Händen hat. Er muss sie dem früheren Inhaber zurückgeben, um dessen makellosen Besitz wiederherzustellen. Noch mehr als beim *interdictum uti possidetis* tritt dies beim *interdictum utrubi* zutage, das von vornherein nicht auf die derzeitige Besitzposition, sondern auf die Besitzverhältnisse im Laufe eines ganzen letzten Jahres Bezug nimmt.

Die Bezeichnung von *interdictum uti possidetis* und *utrubi* als prohibitorische Interdikte und ihre Konfrontation mit den restitutorischen Verfügungen sind folglich missverständlich.<sup>12</sup> Sie sind das Ergebnis einer Systematisierung, wie sie sich sinnvoll nur bei anderen Interdikten vornehmen lässt. So sind etwa die Verfügungen zum Schutz heiliger Orte und öffentlicher Gewässer wirklich komplementär, indem das eine Interdikt jeweils eine Veränderung der vorhandenen Situation verbietet und das andere die Wiederherstellung des früheren Zustands anordnet.<sup>13</sup> Die Besitzschutzrechte hingegen sperren sich gegen eine solche Ordnung. Die scheinbar bloß prohibitorischen Interdikte sind in Wahrheit umfassende Mechanismen, mit denen sowohl der aktuelle als auch ein vergangener fehlerfreier Besitz geschützt werden kann. Die restitutorischen Interdikte sind daneben strenggenommen überflüssig. Sie müssen also entweder älter sein als die Inter-

<sup>11</sup> Gai 4.150; s. o. S. 45.

<sup>12</sup> Dass die prohibitorischen Interdikte zuweilen restitutorisch wirken, stellt auch HRP/Isola § 44 Rn. 63 fest.

<sup>13</sup> Bei öffentlichen Gewässern lauten sie: *ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat – quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immisum habes, quo statio iterve navigio deterior sit, restituas*; vgl. D 43.12.1pr, 19 Ulp 68 ed. Bei heiligen Orten ist der Wortlaut wie folgt zu rekonstruieren: *in loco sacro religiosove facere inve eum immittere quid veto – quod in loco sacro religiosove factum habes, restituas*; vgl. Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 457 und Mantovani, *Le formule*, S. 86, 90.

dikte *uti possidetis* und *utrubi* oder im Gegensatz zu diesen für besondere Konstellationen gedacht. Dass sie älter sind, ist deshalb unwahrscheinlich, weil der durch sie gewährte Schutz überaus fragmentarisch ist. Er spart nicht nur drohende Veränderungen der aktuellen Besitzlage aus, sondern lässt auch einen früheren Besitzer in mehrfacher Hinsicht auf sich allein gestellt. Zwar gibt es neben dem *interdictum unde vi* noch eine Verfügung, mit der die Rückgewähr einer durch *precarium* überlassenen Sache verlangt werden kann. Während sich diese auf Grundstücke und bewegliche Sachen gleichermaßen erstreckt, ist das *interdictum unde vi* aber nur bei gewaltsamer Vertreibung von Grund und Boden eröffnet. Und für eine heimliche Sachentwendung fehlt jegliche besitzrechtliche Sanktion,<sup>14</sup> weshalb man bei Grundstücken gar nicht und bei beweglichen Sachen nur mit den allgemeinen Klagen wegen Diebstahls und Raubs reagieren kann:

D 43.16.1.6 Ulp 69 ed

Illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: ...

Hieran besteht freilich kein Zweifel, dass sich dieses Interdikt nicht auf bewegliche Sachen bezieht; denn nach den Umständen stehen hier die Klagen wegen Diebstahls oder Raubs zu ...

Ein höheres Alter der restitutorischen Interdikte verträge sich auch nur schwerlich mit der Nomenklatur.<sup>15</sup> Wie Gaius eigens erwähnt, passt der auf Verbotsverfügungen zugeschnittene Begriff *interdictum* eigentlich nur auf Anordnungen, mit denen der Prätor wie im Wortlaut von *uti possidetis* und *utrubi* ein bestimmtes Verhalten untersagt. Zwar wird der Ausdruck später für alle Arten von Verfügungen verwendet. Der treffendere Begriff für restitutorische und auf Vorlegung gerichtete Anordnungen ist aber *decretum*:

Gai 4.140

Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur, interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur.

Sie heißen eigentlich Anordnungen, wenn der Prätor etwas zu tun befiehlt, wie zum Beispiel, wenn er anordnet, dass etwas vorgelegt oder herausgegeben wird, und Interdikte nur, wenn er verbietet, dass etwas geschieht, wie zum Beispiel, wenn er anordnet, dass gegen jemanden, der

<sup>14</sup> Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 400 Fn. 13, Kaser, *Das römische Privatrecht*, S. 400 und HRP/Isola § 44 Rn. 64 erwägen, ob es ein Interdikt gegen heimliche Entwendung gegeben hat, das bei der Redaktion des prätorischen Edikts durch Julich gestrichen wurde. Einziger Belege hierfür kann aber nur die Erwähnung eines ›iudicium de clandestina possessione‹ durch denselben Juristen in D 10.3.7.5 Ulp 20 ed sein. Die Worte ›clam factum‹ D 43.16.15 Ulp 13 Sab widersprechen dem ansonsten gut überlieferten Wortlaut des *interdictum unde vi* und müssen daher auf eine spätere Textergänzung zurückgehen.

<sup>15</sup> So zu Recht etwa Labruna, *Vim fieri veto*, S. 62 ff., Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, S. 413.

fehlerfrei besitzt, keine Gewalt geübt wird oder dass nichts an einem heiligen Ort geschieht. Daher werden alle Interdikte entweder als restitutorisch, auf Vorlage gerichtet oder als prohibitorisch bezeichnet.

Sind die sogenannten prohibitorischen Interdikte älter, können die restitutorischen nur geschaffen worden sein, um in speziellen Situationen für eine Erleichterung des Rechtsgangs zu sorgen. Wann das der Fall ist, verrät ein Vergleich der Tatbestände. Während bei den *interdicta uti possidetis* und *utrubi* völlig offen ist, wer die umstrittene Sache derzeit inne- und auf welche Weise erlangt hat, ist bei den restitutorischen Verfügungen wegen gewaltsamer Vertreibung und der Überlassung durch *precarium* schon stets vorausgesetzt, dass der Antragsgegner über die Sache verfügt und sie auf die eine oder andere Weise bekommen hat. Der Wortlaut der beiden Verfügungen ist wie folgt:

Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti ... cum ille possideret quod nec VI NEC clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.<sup>16</sup>

Von wo du jenen innerhalb eines Jahres mit Gewalt vertrieben hast ... als jener besaß, ohne im Verhältnis zu dir gewaltsam, heimlich oder im Wege einer bittweisen Überlassung zu besitzen, dorthin musst du ihn, und was er dort hatte, wieder zurücklassen.

Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.<sup>17</sup>

Hast du von jenem etwas durch bittweise Überlassung inne oder arglistig bewirkt, dass du es nicht mehr hast, musst du jenem die Sache, um die es geht, zurückgewähren.

Durch diese Festlegung verringert sich der Prüfungsumfang des Richters. Der Antragsgegner kann sich der Anordnung der Herausgabe grundsätzlich nur noch mit dem Argument widersetzen, dass er die umstrittene Sache dem anderen Teil bereits zurückgegeben hat. Im Fall der Gewaltanwendung ist ihm noch der Einwand gestattet, der Antragsteller habe das Grundstück vorher seinerseits durch Gewalt, heimlich oder *precarium* an sich gebracht. Das Kernvorbringen des Antragstellers, sein Gegner habe ihn gewaltsam vertrieben oder die Sache durch *precarium* erhalten, wird hingegen nicht mehr untersucht. Es ist entweder unstreitig oder derart offenkundig, dass der Gerichtsmagistrat es seiner Verfügung als wahr zugrunde legen kann.

Will der Prätor mit den restitutorischen Interdikten nur besondere Konstellationen erfassen, besteht auch kein Zwang zu einer Regelung aller denkbaren Situationen. Erfasst werden sie ja zumindest von *uti possidetis* und *utrubi*, die auch für die Beseitigung eines fehlerhaften Besitzes eingesetzt werden können. Ihr

---

<sup>16</sup> Vgl. Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 465, Mantovani, *Le formule*, S. 87.  
<sup>17</sup> D 43.26.2pr Ulp 71 ed.

Nachteil ist lediglich, dass sie den Sachverhalt völlig offenlassen und in vollem Umfang der richterlichen Beurteilung überlassen.

Liegt die zeitliche Abfolge der restitutorischen und der sogenannten prohibitorischen Interdikte auf der Hand, lassen sich weitere Schlüsse aus dem Verfahren ziehen, das sich an die Verfügung des Gerichtsmagistrats anschließt. Es ist überaus kompliziert und erkennbar das Ergebnis schrittweiser Ergänzungen. Die maßgebliche Unterscheidung ist auch in diesem Fall die zwischen ein- und zweiseitigen Interdikten. In seiner Erläuterung beginnt Gaius mit den einseitigen Verfügungen. Bei ihnen kann das anschließende Verfahren für die Parteien ein Risiko mit sich bringen, muss es aber nicht:

Gai 4.161-162

Expositis generibus interdicatorum sequitur, ut de ordine et de exitu eorum dispiciamus; et incipiamus a simplicibus. (162) Si igitur restitutorium uel exhibitorium interdictum redditur, uelut ut restituatur ei possessio, qui ui deiectus est, aut exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere uellet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo.

Nach der Darstellung der Arten von Interdikten müssen wir ihr das Verfahren und seinen Ausgang betrachten; und wir sollen mit den einseitigen beginnen. (162) Wird also ein auf Wiederherstellung oder Vorlage gerichtetes Interdikt erlassen, wie zum Beispiel für denjenigen, der gewaltsam vertrieben worden ist, oder damit ein Freigelassener vorgeführt wird, dem der Freilasser Arbeitsleistungen auferlegen will, kann die Sache entweder mit oder ohne Risiko durchgeführt werden.

Um welches Risiko es geht, hat Gaius noch vor seiner Darstellung des Systems der Interdikte ausgeführt. Die Gefahr, die sich im Fall der restitutorischen Interdikte umgehen lässt, bei den prohibitorischen aber unvermeidlich ist, ergibt sich wie bei den Sakramentsklagen des Legisaktionenprozesses aus dem Verfall von Strafen. Sie folgen hier aber nicht aus Wetteinsätzen, sondern aus Versprechen an den Kontrahenten. Ohne Risiko zu klagen, heißt, wie bei der *legis actio per iudicis postulationem*<sup>18</sup> und im späteren Formularverfahren nur die Entscheidung eines Richters zu beantragen, der in diesem Fall mit Hilfe einer sogenannten »Ermessensformel« (*formula arbitraria*) urteilen soll:

Gai 4.141

... et modo cum poena agitur modo sine poena: cum poena, uelut cum per sponsionem agitur, sine poena, uelut cum arbiter petitur; et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoriis uero uel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria uocatur.

... und der Antrag kann unter Einschluss einer Strafe oder ohne sie gestellt werden; mit einer Strafe zum Beispiel, wenn mit Hilfe eines Versprechens geklagt wird, ohne Strafe, wenn die Ein-

---

18 S. o. S. 33 f.

setzung eines Richters gefordert wird; und bei den auf Verbot gerichteten Interdikten wird der Antrag immer mit Hilfe eines Versprechens gestellt, bei den auf Wiederherstellung oder Vorlage gerichteten Interdikten zuweilen mit Hilfe eines Versprechens, zuweilen mit Hilfe einer Formel, die »Ermessensformel« genannt wird.

Diese Formel ist offenbar so gestaltet, dass sie ebenso wie *formula petitoria* im Eigentumsstreit des klassischen Rechts eine Verurteilung bloß dann zulässt, wenn die Sache nicht in Reaktion auf eine Anweisung des Richters herausgegeben wird. Auch wenn dieser im Sinne des Antragstellers befindet, kann sich der Antragsgegner also von jeglicher Haftung befreien, indem er der Anordnung des Richters gehorcht. Er braucht keine weitere Konsequenz zu befürchten. Dasselbe gilt auch für den Antragsteller, der mit seinem Begehren nicht durchdringt. Der Richter weist seinen Antrag einfach zurück, ohne dass eine Strafe verfällt. Denkbar ist allenfalls die allgemeine Sanktion schikanösen Prozessierens in Gestalt des *iudicium calumniae*. Hat der Antragsgegner die Einsetzung eines Richters verlangt, ist aber sogar dessen Anwendbarkeit umstritten; denn nach der Auffassung mancher Juristen ist in diesem Antrag schon ein Anerkenntnis des klägerischen Begehrens zu sehen, das den Vorwurf einer Prozessschikane ausschließt.<sup>19</sup> Gaius spricht sich freilich für die Gegenansicht aus, weil er in dem Antrag auf Einsetzung eines Richters nur den Wunsch nach Prozess erleichterung und nicht auch ein Anerkenntnis erkennen will:

Gai 4.163-164

Namque si arbitrum postulauerit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absoluitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei, qui arbitrum postulauerit, quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere. sed alio iure utimur et recte; potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur. (164) Ceterum obseruare debet is, qui uult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat; sero enim petentibus non indulgetur.

Denn wenn der Antragsgegner die Einsetzung eines Richters gefordert hat, erhält er die sogenannte »Ermessensformel«, und wenn er nach dem Ermessen des Richters etwas wiederherstel-

---

<sup>19</sup> Diese Ansicht legt nahe, dass die Formel im Gegensatz zur *formula petitoria* des klassischen Eigentumsprozesses die Herausgabepflicht nicht als gesonderte Verurteilungsvoraussetzung neben der Nichtbefolgung der Anweisung des Richters aufführt; andernfalls hätte sie zwangsläufig der Überprüfung durch den Richter unterlegen, so dass man nicht auf den Gedanken eines Anerkenntnisses kommen könnte. Sie muss daher eher wie folgt gelaute haben: »si arbitrato iudicis non restituetur, quanti ea res erit ...«; vgl. Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 448 f., HRP/Isola § 44 Rn. 88; anders Varvaro, Gai 4.163 e la struttura della *formula arbitraria* nell'agere ex interdicto sine poena, in AUPA 65 (2012) 705, 723 ff.

len oder vorlegen muss, legt er dies ohne Gefahr vor oder stellt es wieder her und wird so freigesprochen; stellt er es aber nicht wieder her oder legt es nicht vor, wird er in den Wert der Sache verurteilt. Aber auch der Antragsteller kann ohne Gefahr jemanden belangen, der weder etwas vorlegen noch wiederherstellen muss, außer wenn er wegen Prozessschikane ein Zehntel des Streitwerts zahlen muss. Proculus war jedoch der Auffassung, die Klage wegen Prozessschikane dürfe nicht gegen jemanden gewährt werden, der die Einsetzung eines Richters verlangt hat, weil dieser so anerkannt habe, dass er wiederherstellen oder vorlegen müsse; aber wir halten es zu Recht anders, weil jemand die Einsetzung eines Richters eher fordert, um den Streitstoff zu reduzieren, als deshalb, weil er anerkennen will. (164) Freilich muss jemand, der die Einsetzung eines Richters fordern will, darauf achten, dass er dies tut, bevor die Verhandlung über die Rechtslage endet, er also den Termin beim Prätor verlässt; wer nämlich zu spät die Einsetzung des Richters fordert, darf keine Nachsicht erwarten.

Hat der Antragsgegner davon abgesehen, die Einsetzung eines Richters und die Erteilung der »Ermessensformel« zu fordern, kann eine Anweisung zur Herausgabe oder Vorlage der umstrittenen Sache aber immer noch auf Initiative des Antragstellers ergehen. Er hat nämlich die Möglichkeit, seine Klage aus dem vom Antragsgegner geleisteten Strafversprechen um eine »Klage zur Wiederherstellung oder Vorlage« (*iudicium de re restituenda vel exhibenda*) zu ergänzen. Diese Klage ist offenbar an den Sieg in dem Prozess über das Strafversprechen geknüpft und sieht eine Verurteilung in den Wert der umstrittenen Sache vor, falls der Antragsgegner sie nicht freiwillig herausgibt oder vorlegt.<sup>20</sup>

Gai 4.165

*Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. nam actor prouocat aduersarium sponsione, quod contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem aduersus sponsonem aduersarii restipulatur; deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario, ille huic inuicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut si sponsione uicerit nisi ei res exhibeatur aut restituatur, quanti ea res erit, aduersarius ei condemnetur ...*

Hat jemand nicht die Einsetzung eines Richters gefordert, sondern die Verhandlung über die Rechtslage ohne Antrag verlassen, wird die Sache auf Risiko durchgeführt. Denn der Antragsteller fordert vom Antragsgegner ein Versprechen aus dem Grund, dass er entgegen dem Edikt des Prätors nicht vorgelegt oder wiederhergestellt hat; der andere lässt sich aber im Gegenzug auch ein Versprechen geben; daraufhin gibt der Antragsteller die Formel des Versprechens und der andere die des Gegenversprechens vor. Aber der Antragsteller fügt der Formel des Versprechens noch eine Klage auf Wiederherstellung oder Vorlage der Sache hinzu, damit der Gegner ihm in den Wert der Sache verurteilt wird, wenn er im Hinblick auf das Versprechen siegt und ihm die Sache nicht vorgelegt oder wiederhergestellt wird ...

Dieses Verfahren, das auf den Erlass eines einseitigen Interdikts folgt, ist ersichtlich eine Mischung aus Elementen des Legisaktionenprozesses und des Formu-

<sup>20</sup> Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 450.

larverfahrens.<sup>21</sup> Während diesem die vom Antragsgegner zu beantragende ›*formula arbitraria*‹ und das vom Antragsteller zu erwirkende ›*iudicium de re restituenda vel exhibenda*‹ zuzuordnen sind, erinnern die gegenseitigen Strafversprechen, wie bereits erwähnt, an die *sacramenta* des Legisaktionenprozesses.<sup>22</sup> Es ist daher anzunehmen, dass sie einer älteren Rechtsschicht angehören und ursprünglich allein für die Sanktion der vom Prätor getroffenen Anordnung sorgen.<sup>23</sup> Von den beiden auf Herausgabe oder Vorlage gerichteten Klageformeln ist sehr wahrscheinlich das vom Antragsteller zu erwirkende ›*iudicium de re restituenda vel exhibenda*‹ die ältere. Denn es ist noch mit den Strafversprechen verbunden, wohingegen diese durch die ›*formula arbitraria*‹ überflüssig gemacht werden. Da diese »Ermessensformel« das Mittel der Wahl für jeden Antragsgegner ist, sorgt sie dafür, dass das alte Verfahren praktisch vollständig verdrängt wird. Die dem Antragsteller zugestandene Klage ist hingegen nur ein erster Schritt, um den auf die Strafversprechen konzentrierten Prozess mit dem Ziel der Naturalerfüllung durch Sachherausgabe oder eines am Sachwert orientierten Geldersatzes anzureichern. Muss das vom Antragsteller ausgehende ›*iudicium de re restituenda vel exhibenda*‹ schon der Zeit angehören, in der das Formularverfahren verbreitet war, gilt dies erst recht für die spätere ›*formula arbitraria*‹ des Antragsgegners, mit der das Verfahren *de facto* vollständig umgestellt wird. Der alte Modus der Strafversprechen muss dagegen schon geschaffen worden sein, als der gewöhnliche Prozess allein mit Hilfe von *legis actiones* geführt wurde.

Noch komplexer ist das Verfahren, das sich an den Erlass der doppelseitigen Interdikte *uti possidetis* und *utrubi* anschließt. Da sie sich an beide Parteien richten, müssen diese jeweils ein Strafversprechen für den Fall abgeben, dass sie gegen das Verbot verstoßen haben, den Besitz an der umstrittenen Sache nicht durch Gewalt, heimlich oder im Wege eines *precarium* an sich zu bringen oder gebracht zu haben. Außerdem müssen sie jeweils zwei Gegenversprechen leisten, mit denen sie auf das Strafversprechen der jeweils anderen Seite reagieren. Hinzu kommt ein besonderer Mechanismus, durch den bestimmt wird, wer die umstrittene Sache für die Dauer des Prozesses in den Händen hat. Die Parteien konkurrieren hierum durch ein sogenanntes »Nutzungs bieten«. Es gewinnt derjenige Kontrahent, der den höheren Betrag anbietet. Dieser wird dann zum Gegenstand eines weiteren Versprechens, das in Anlehnung an das Nutzungs-

21 Luzzatto, Il problema d'origine del processo *extra ordinem*, Bologna 2004, S. 199 ff.

22 Vgl. Gandolfi, Contributo allo studio del processo interdittale romano, Mailand 1955, S. 115 und Labruna, *Vim fieri veto*, S. 191.

23 An ein daneben eröffnetes Recht zur Selbsthilfe denken Kaser/Hackl, *Zivilprozeßrecht*, S. 418 Fn. 16, 419. Hierfür gibt es aber keinen Beleg.

bieten »Nutzungsversprechen« genannt wird. Der einschlägige Passus in Gaius' Institutionenlehrbuch ist zwar teilweise nicht lesbar, insoweit aber verständlich:

Gai 4.166

... fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo aduersario suo fructuaria stipulatione cauerit, cuius uis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam aduersario soluat. haec autem licendi contentio fructus licitatio uocatur, scilicet quia ... postea alter alterum sponsione prouocat, quod aduersus edictum praetoris possidenti sibi uis facta sit, et inuicem ambo restipulantur aduersus sponsonem ...

... (wer beim) Nutzungsbieten (obsiegt) wird einstweilen in den Besitz eingesetzt, falls er seinem Gegner mit dem Nutzungsversprechen Sicherheit geleistet hat, deren Wirkung ist, dass er eine bestimmte Summe zahlt, wenn gegen ihn über den Besitz geurteilt wird. Dieser Wettbewerb wird »Nutzungsbieten« genannt, weil ... Danach fordert der eine den anderen zu dem Versprechen auf: »dass ihm als Besitzer entgegen dem Edikt des Prätors Gewalt angetan worden ist«, und beide lassen sich gegenüber dem Versprechen gegenseitig ein Gegenversprechen geben ...

Zu Gaius' Zeit ist der wesentliche Effekt des Nutzungsbietens, dass der Sieger, wenn er im Streit über die Versprechen und Gegenversprechen unterlegen ist, gezwungen wird, die Sache an seinen Kontrahenten herauszugeben. Hierfür steht eine besondere Klage zur Verfügung. Sie ist nach ihrem Schöpfer, einem gewissen Cascellius, benannt<sup>24</sup> und alternativ mit dem Begriff »Nachverfahren« belegt:

Gai 4.166a

Deinde ab utroque editis formulis omnium sponsonum et restipulationum, quas fieri placuit, iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est, uter eorum eum fundum easue aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec ui nec clam nec precario possideret. cum iudex id explorauerit et forte secundum me iudicatum sit, aduersarium mihi et sponsonis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat et conuenienter me sponsonis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absoluit, et hoc amplius si apud aduersarium meum possessio est, quia is fructus licitatione uicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano siue secutorio iudicio condemnatur.

Sind von beiden die Formeln aller Versprechen und Gegenversprechen, die man gewöhnlich abgibt, angegeben worden, untersucht danach der Richter, vor dem die Sache verhandelt wird, was der Prätor in das Interdikt aufgenommen hat, nämlich wer von beiden dieses unbebaute oder Hausgrundstück zu dem Zeitpunkt, zu dem das Interdikt erlassen worden ist, weder mit Gewalt, heimlich oder im Wege einer bittweisen Überlassung besaß. Hat der Richter dies erkundet und zu meinen Gunsten entschieden, verurteilt er den Gegner, an mich die Beträge

<sup>24</sup> Es kann sich dabei nicht um den Juristen Aulus Cascellius handeln, den Pomponius in seiner Rechtsgeschichte (D 1.2.2.45) und vielleicht auch Valerius Maximus in seinen *memorabilia* (6.2.12) als Prätor erwähnt. Denn das *iudicium Cascellianum* wird ausweislich von D 43.17.3.11 Ulp 70 ed schon von Servius behandelt, der sicher schon vor Cascellius gewirkt hat; vgl. *Rodger*, A note on Cascellius, in CQ (1972) 135, 137 gegen *Kunkel*, Herkunft und Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., Graz 1967, S. 26 Fn. 55 und *Kaser/Hackl*, Zivilprozeßrecht, S. 418 Fn. 16.

aus dem Versprechen und Gegenversprechen zu zahlen, die ich mir habe geben lassen, und er spricht mich folglich von dem Versprechen und Gegenversprechen, die ich gegeben habe, frei; und darüber hinaus wird mein Gegner, wenn er sich im Besitz der Sache befindet, weil er beim Nutzungsbieten obsiegt hat, im *cascellianischen* oder Nachverfahren verurteilt, wenn er meinen Besitz nicht wiederherstellt.

Wer beim Nutzungsbieten unterlegen ist, muss nur die Beträge zahlen, die sich aus dem von ihm geleisteten Versprechen und dem Gegenversprechen ergeben, mit dem er auf das Versprechen des anderen Teils reagiert hat. Gaius betont, dass es sich hierbei um Strafen handelt:

*Gai 4.168*

Ille autem, qui fructus licitatione uictus est, si non probauerit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.

Wer aber beim Nutzungsbieten unterlegen ist, schuldet, wenn er nicht beweist, dass ihm der Besitz zusteht, nur die Beträge aus Versprechen und Gegenversprechen als Strafe.

Auch die Summe, mit der eine Partei das Nutzungsbieten gewonnen hat, ist als Strafe für den zu Unrecht angemessenen Zwischenbesitz gedacht. Sie muss zusätzlich zu den mit Versprechen und Gegenversprechen zugesagten Strafen gezahlt werden und erspart dem Besitzer nicht, auch die Früchte herausgeben zu müssen, die er seit dem Nutzungsbieten gezogen hat:

*Gai 4.167*

Ergo is, qui fructus licitatione uicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine soluere et praeterea possessionem restituere iubetur et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit; summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine soluitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.

Also wird, demjenigen, der beim Nutzungsbieten obsiegt hat, wenn er nicht beweist, dass ihm der Besitz zusteht, befohlen, zur Strafe die Beträge aus dem Versprechen, Gegenversprechen und dem Nutzungsbieten zu zahlen und außerdem noch den Besitz wiederherzustellen; und darüber hinaus muss er noch die Früchte herausgeben, die er zwischenzeitlich gezogen hat; der Betrag des Nutzungsbietens wird nämlich nicht als Preis für die Früchte, sondern zur Strafe gezahlt, weil jemand versucht hat, fremden Besitz zurückzuhalten und sich die Möglichkeit zur Fruchtziehung zu verschaffen.

Für den Anspruch, mit der diese Früchte gefordert werden, ist eine besondere Klage zuständig. Sie entspricht dem *iudicium Cascellianum*, trägt aber nicht diesen Namen, sondern schlicht deren Alternativbezeichnung als »Nachverfahren« oder »Nutzungsklage«:

*Gai 4.169*

Admonendi tamen sumus liberum esse ei, qui fructus licitatione uictus erit, omnia fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano siue secutorio iudicio de possessione recipienda experitur, ita

similiter de fructus licitatione agere. in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solui satis accipit. dicitur autem et hoc iudicium secutorium, quod sequitur sponsonis uictoriam; sed non aequè Cascellianum uocatur.

Wir müssen aber bedenken, dass es demjenigen, der beim Nutzungsbieten unterlegen ist, freisteht, unter Verzicht auf das Nutzungsversprechen, in ähnlicher Weise, wie er beim cascellianischen oder Nachverfahren auf Wiedererlangung des Besitzes klagt, wegen des Nutzungsbietens zu klagen. Für diesen Zweck ist eine besondere Klage geschaffen worden, die »Nutzungsklage« genannt wird, und derentwegen der Kläger eine Sicherheitsleistung für die Erfüllung der Urteilsschuld erhält. Dieses Verfahren wird ebenfalls Nachverfahren genannt, weil es auf den Sieg im Streit um die Versprechen folgt, aber nicht zugleich »cascellianisches«.

Auch bei dem Verfahren, das sich an den Erlass eines doppelseitigen Interdikts anschließt, lassen sich wieder verschiedene Schichten der Rechtsentwicklung ausmachen: Am Anfang muss auch die Sanktion des Interdikts allein in der Verpflichtung zur Zahlung der Beträge bestanden haben, die sich die Parteien durch ihre gegenseitigen Straf- und Gegenversprechen zusagen. Sie folgen ebenso wie bei den einseitigen Interdikten ersichtlich dem Vorbild der Wetteinsätze im Rahmen der *legis actio sacramento in rem*. An deren Verfahren erinnert zumindest auf den ersten Blick auch das Nutzungsbieten, weil es zu einem Zwischenbesitz für die Dauer des Prozesses führt. Ein wichtiger Unterschied besteht aber darin, dass dieser Besitz mit dem sogenannten *iudicium Cascellianum* verbunden ist, das sich gegen denjenigen richtet, der beim Nutzungsbieten die Oberhand behält. Da diese Klage auf Herausgabe der umstrittenen Sache gerichtet ist, muss sie schon der Zeit des Formularprozesses angehören. Ist das Nutzungsbieten älter, muss sich dessen Rechtsfolge zunächst darauf beschränkt haben, den Sieger für den Fall, dass er den Besitz zu Unrecht geltend gemacht hat, zu einer weiteren Strafzahlung in Höhe des gebotenen Betrags verpflichtet zu haben. Die an ihre Stelle tretende Klage auf Herausgabe der zwischenzeitlich gezogenen Früchte hat zwar denselben Charakter wie das *iudicium Cascellianum*, ist aber vermutlich das Ergebnis einer weiteren Reform, weil es sonst auch denselben Namen und nicht nur die blassen Bezeichnungen »Nachverfahren« oder »Nutzungsklage« trüge. Die nach Cascellius getaufte Klage muss wegen der Benennung nach ihrem Schöpfer die ältere sein

Auch wenn man nach dem zeitlichen Verhältnis zwischen dem *Cascellianum* und dem ebenfalls vom Antragsteller zu erwirkenden *iudicium de re restituenda* bei den einseitigen Interdikten fragt, ist die nach Cascellius getaufte Klage wohl die ältere. Entspränge das *iudicium de re restituenda* derselben Reform oder wäre gar älter als das *Cascellianum*, bliebe unerklärlich, warum nur dieses den Namen seines Urhebers trägt. Es muss damit zwangsläufig auch älter sein als die vom Antragsgegner zu erbittende *formula arbitraria*, die den Prozess mit Hilfe der Strafversprechen vollständig obsolet macht und ihrerseits jünger als das *iudicium de re resti-*

*tuenda* ist. Die einseitigen Interdikte selbst müssen aber wiederum dem *Cascellianum* vorangehen. Denn vor der Ergänzung des Verfahrens durch das *iudicium de re restituenda* und die *formula arbitraria* waren sie ebenso wie die doppelseitigen Interdikte nur durch die Strafversprechen bewehrt.

### III. Ein zeitlicher Abgleich

In der Gesamtschau sieht die Abfolge der Schritte, in denen sich die Interdikte und die an sie gekoppelten Verfahren entwickelt haben, wie folgt aus: Zuerst treten die beiderseitigen Interdikte *uti possidetis* und *utrubi* auf den Plan, dann das einseitige Interdikt wegen gewaltsamer Vertreibung von einem Grundstück. Für die Sanktion all dieser Verfügungen sorgen am Anfang ausschließlich Strafversprechen, die bei den doppelseitigen Interdikten gleich vierfach, bei den einseitigen immerhin zweifach abgegeben werden. In dieser Gestalt können die Interdikte nur einer Zeit entstammen, in der es für gewöhnliche Streitigkeiten bloß den Legisaktionenprozess gab. Ebenfalls auf diese Phase könnte das Nutzungsbieten bei den doppelseitigen Interdikten zurückgehen, sofern es anfangs nur in eine Haftung auf den eingesetzten Betrag mündete.

Anders verhält es sich, wenn das Nutzungsbieten gleichzeitig mit dem *iudicium Cascellianum* geschaffen worden ist, um dem Bedürfnis an einer Herausgabe der umstrittenen Sache und einer Kompensation auf der Basis des Sachwertes gerecht zu werden. Dann ist es ebenso wie diese Klage selbst schon der Periode des Formularprozesses zuzuschreiben. Dasselbe gilt für die gleichfalls »Nachverfahren« genannte Klage auf Herausgabe der zwischenzeitlich gezogenen Früchte sowie für das *iudicium de re restituenda* und die *formula arbitraria*, mit denen dasselbe Konzept bei den einseitigen Interdikten umgesetzt wird. Da diese drei Klagen nicht den Namen ihres Urhebers tragen, sind sie aller Wahrscheinlichkeit jünger als das *Cascellianum*, mit dem die Neuerungen des Formularprozesses vermutlich erstmals für das Interdiktenverfahren fruchtbar gemacht werden. Die letzte von ihnen dürfte die vom Antragsgegner bei den einseitigen Interdikten zu erwirkende *formula arbitraria* sein, weil sie den alten Prozess mittels Strafversprechen komplett erübrigt.

Geht man von dieser Zeitfolge aus, kann man schwerlich zu dem Ergebnis kommen, die *actio in rem per sponsionem* sei eine Konsequenz der Ausbildung des Besitzschutzes. Zwar entstammen sowohl die doppelseitigen *interdicta uti possidetis* und *utrubi* als auch die restitutorische Verfügung wegen gewaltsamer Vertreibung von einem Grundstück ebenfalls der Zeit, die noch vom Legisaktionenprozess geprägt ist. Und vielleicht kann man aus dem Umstand, dass die Strafversprechen der Interdikte ernst gemeint, die *sponsio* bei der *actio in rem* dagegen nur

symbolisch ist, sogar noch folgern, dass diese Klage jünger als die Interdikte ist.<sup>25</sup> Das Interesse, wirklich in den Besitz einer umstrittenen Sache zu gelangen, wird jedoch erst durch das *iudicium Cascellianum* und die anderen vergleichbaren Herausgabeklagen befriedigt, die vor dem Hintergrund des Formularprozesses entstanden sind. Vorher gibt es nur die Strafversprechen. Mag von ihnen auch ein gewisser Druck ausgehen, die umstrittene Sache dem Sieger im Besitzstreit zu überlassen, ist dieser indirekte Zwang aber ersichtlich nicht ausreichend. Denn andernfalls wäre es eben nicht zur Ergänzung des alten Mechanismus durch die späteren Klagen gekommen, die auf Herausgabe der Sache zielen. Lässt sich diese auch mit ihnen nicht direkt erzwingen, gehen vom entsprechenden Befehl des Richters und der drohenden Verurteilung in den Sachwert aber doch ein ebenso großer Anreiz zur Herausgabe aus wie von der *formula petitoria* des Eigentumsrechtsstreits.

Nur unter der Voraussetzung, dass sie effektiv zur Besitzerlangung führen, können die Besitzschutzrechte die Wirkung haben, die Parteirollen für diese Auseinandersetzung im Eigentumsprozess festzulegen. Selbst wenn man unterstellt, schon die *actio in rem per sponsionem* knüpfe an den Sachbesitz an, müsste dieser bei Erhebung der dinglichen Klage auch wirklich vorhanden sein, um den nichtbesitzenden Teil in die Position des Klägers zu zwingen. Ein bloßer Sieg im Besitzschutzverfahren, der sich in einem Anspruch auf Zahlung der versprochenen Strafsummen erschöpft, genügt hierfür nicht. Zumindest nach der *formula petitoria* ist eine Verurteilung des Beklagten ausdrücklich daran gebunden, dass dieser als Besitzer den Herausgabebefehl des Richters missachtet. Selbst in klassischer Zeit hat man dieses Besitzerfordernis nur insoweit gelockert, als eine tatsächlich nicht vorhandene Sachherrschaft fingiert wird, wenn sich jemand ihrer arglistig begeben hat, um den Eigentumsrechtsstreit zu frustrieren. Und selbst zu diesem Schritt sehen sich sogar die spätklassischen Juristen nur deshalb in der Lage, weil es im *senatus consultum Iuventianum* eine entsprechende gesetzliche Regelung für den Parallellfall der Erbschaftsklage gibt:<sup>26</sup>

D 6.1.27.3 Paul 21 ed

Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

Aber auch wer vor Rechtshängigkeit arglistig den Besitz an der Sache aufgegeben hat, haftet mit der dinglichen Klage; und dies lässt sich dem Senatsbeschluss entnehmen, in dem, wie wir

<sup>25</sup> Dies tut Kaser, Eigentum und Besitz, S. 283; vgl. auch Ziegler, Sponsionsverfahren, S. 37, 91.

<sup>26</sup> Vgl. D 5.3.25, 2, D 5.3.20.6c Ulp 15 ed.

gesagt haben, bestimmt ist, dass ein vergangenes vorsätzliches Verhalten die Haftung mit der Erbschaftsklage auslöst; wird nämlich bei der Erbschaftsklage, die selbst eine dingliche Klage ist, ein vergangenes vorsätzliches Verhalten berücksichtigt, ist es nicht abwegig, dies auch in der Konsequenz bei der dinglichen Klage zu tun, die auf eine einzelne Sache gerichtet ist.

Es verbietet sich daher der Gedanke, man habe schon vier Jahrhunderte vorher ein Besitzerfordernis aufgestellt, dieses aber zugleich dadurch ausgehöhlt, dass man statt der tatsächlichen Sachinhaberschaft einen Sieg im Besitzrechtsstreit habe ausreichen lassen.

Dass die Interdikte ursprünglich nur mit Hilfe von Strafversprechen sanktioniert sind, die keinen genügenden Anreiz zur Herausgabe der Sache bieten, spricht gerade umgekehrt dafür, dass die *actio in rem persponsorionem* vom Besitz unabhängig ist. Lässt das hier zu leistende Versprechen einer symbolischen Zahlung an den als Eigentümer erwiesenen Kläger den Besitz an der Sache unerwähnt, ist dies kein Zufall. Es liegt in der Konsequenz eines Besitzschutzverfahrens, das vor seiner Weiterentwicklung unter dem Einfluss des Formularprozesses nicht in ausreichendem Maße dafür sorgt, dass jemand, der sich zu Recht über eine Besitzstörung beschwert, die Sache auch wirklich in die Hände bekommt. Ohne hinreichenden Druck zur Herausgabe können die Besitzschutzrechte auch nicht ihre spätere Funktion erfüllen, die Parteirollen und damit auch die Beweislast im Eigentumsrechtsstreit vorzugeben. Die Verbindung beider Verfahren erfolgt erst im Formularprozess. Dann setzt die *formula petitioria* der *rei vindicatio* den Besitz des Beklagten voraus; und nach Einführung des *iudicium Cascellianum* und der anderen Herausgabeklagen gewährleisteten die Interdikte auch in hinreichendem Maße, dass der Sieger im Besitzschutzverfahren die umstrittene Sache tatsächlich in seine Gewalt bringt und so den anderen Teil zum Nachweis seines Eigentums zwingt.

# Die Mobilisierung des Rechtsübergangs von Todes wegen

## I. Testierfreiheit in den Zwölf Tafeln

Angenommen, das Konzept des absoluten Rechts sei nicht zufällig als Konsequenz des Besitzschutzes, sondern durch Einsicht entstanden, stellt sich die Frage, worin diese besteht und was sie ausgelöst hat. Eine mögliche Antwort lautet: Es ist die Entgrenzung der Position eines Sachinhabers, die eine Ausdehnung seiner Position zu einem exklusiven Recht erheischt. Als Kandidat kommt hierfür nur die Befugnis in Betracht, das Schicksal einer Sache über den eigenen Tod hinaus zu bestimmen. Sie ist einerseits älter als der Eigentumsbegriff, nämlich schon in den Zwölf Tafeln etabliert, als im Prätendentenverfahren der *legis actio sacramento in rem* noch um ein relatives ›*rem meam esse*‹ gestritten wird. Andererseits zeigt ihre Entstehungsgeschichte, dass sich die Testierfreiheit ursprünglich auch in Rom keineswegs von selbst verstand, sondern ebenso wie die Figur des absoluten Rechts erst allmählich herausgebildet werden musste.

Die maßgebliche Bestimmung des Zwölf Tafelgesetzes (5.3) ist in unterschiedlichem Wortlaut überliefert. Schon in den Schwesterwerken der *rhetorica ad Herennium* und Ciceros *de inventione* ist er leicht variiert.<sup>1</sup> Der Rhetor führt den Satz wie folgt auf:<sup>2</sup>

paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto.

Bei Cicero heißt es:<sup>3</sup>

PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMILIA PECUNIAQUE SUA LEGASSIT, ITA IUS ESTO.

Immerhin stimmen beide Fassungen insoweit überein, als das Gesetz eine letztwillige Verfügung über ›*familia*‹ und ›*pecunia*‹, also die Gesamtheit der dem Erblasser zustehenden Vermögenswerte anerkannt haben soll. Inhaltlich entspricht

---

<sup>1</sup> Zum Kontext *Harke*, Pflicht und Freiheit, S. 48 ff.

<sup>2</sup> Her 1.13.23.

<sup>3</sup> Cic inv 2.50.148.

dies dem Wortlaut, wie er in der nachklassischen *Ulpiani Epitome* wiedergegeben ist. Hier ist die Formel ›*familia pecuniave*‹ freilich durch ›*pecunia tutelave*‹ ersetzt.<sup>4</sup>

Demgegenüber nennt Gaius als Gegenstand der letztwilligen Verfügung statt ›*familia*‹ und ›*pecunia*‹ lediglich eine ›*res*‹ des Erblassers:<sup>5</sup>

Gai 2.224

Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: uti legassit suae rei, ita ius esto. quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur.

Aber einst war es erlaubt, das gesamte Vermögen durch Vermächtnisse und Freilassungen auszus schöpfen und dem Erben nichts zu hinterlassen außer seinem nutzlosen Titel; und dies galt als vom Zwölftafelgesetz zugelassen, in dem bestimmt ist, dass wirksam sein soll, was jemand über seine Sache verfügt hat, und zwar mit folgenden Worten: »Wie er seine Sache vermacht hat, so soll es Recht sein.« Daher schlugen die eingesetzten Erben die Erbschaft aus; und deshalb starben die meisten ohne testamentarische Rechtsnachfolge.

Dass diese Aussage von den Juristen des zweiten Jahrhunderts durchaus beim Wort genommen wird, zeigt eine Erläuterung von Gaius' Zeitgenossen Pomponius. Er differenziert nämlich zwischen dem Text des Gesetzes und seinem großzügigen Verständnis durch die Rechtswissenschaft:

D 50.16.120 *Pomp 5 QM*

Verbis legis duodecim tabularum his uti legassit suae rei, ita ius esto latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. sed in interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

Durch die Vorschrift des Zwölftafelgesetzes: »wie er seine Sache vermacht hat, so soll es Recht sein«, scheint größtmögliche Freiheit eingeräumt worden zu sein, Erben einzusetzen, Vermächtnisse auszusetzen, Freilassungen und auch Vormundschaften anzuordnen. Aber dies ist durch Gesetzesauslegung und die Autorität der Rechtsgelehrten beschränkt.

Diese Unterscheidung zwischen Text und Interpretation kann nur vom originalen Wortlaut ausgehen. Sie entlarvt die vom Rhetor und Cicero verwendete Fassung, obwohl sie älter ist, als eine nachträgliche Umformung, die das Ergebnis der Auslegung in den Gesetzestext integriert: Die Einbeziehung aller letztwilligen Verfügungen bedeutet eben, dass ein Erblasser über seine ›*familia*‹ und ›*pecunia*‹, also über sein gesamtes Vermögen, bestimmen kann. Ist im Zwölftafelgesetz selbst hingegen nur von einer ›*res*‹ die Rede, passt dies auch besser zu dem Verb ›*legare*‹,

<sup>4</sup> UE 11.14.

<sup>5</sup> An diese Fassung hält sich auch Justinian in seiner Neuauflage der gaianischen Institutionen; vgl. IJ 2.22pr. Nur leicht verändert ist die Formel in Nov 22.2: ›*Uti legasset quisque de sua re, ita ius esto.*‹

das, technisch gebraucht, eben die Zuwendung einzelner Vermögensgegenstände durch Vermächtnis bezeichnet. Der Gesetzgeber des Zwölfartafelgesetzes hat also ausdrücklich nur bestätigt, dass ein Erblasser von Todes wegen Verfügungen über bestimmte Sachen treffen kann.<sup>6</sup>

Die Ermittlung des ursprünglichen Gesetzeswortlauts ist nicht ohne Auswirkung auf die Frage, welche Art von letztwilliger Verfügung mit der Vorschrift gemeint ist. Nach dem Bericht von Gaius gab es ursprünglich drei verschiedene Formen von Testamenten, von denen zwei außer Übung geraten sind. Bei den beiden verlorengegangenen Verfügungen handelt es sich um das Testament vor der zusammengetretenen Volksversammlung (*calatis comitiis*) und das Testament vor dem kampfbereiten Heer (*in procinctu*):

Gai 2.101, 103

Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. ... (103) Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt ...

Ursprünglich gab es zwei Arten von Testamenten; denn man errichtete ein Testament entweder vor der einberufenen Volksversammlung, die zweimal im Jahr der Testamentserrichtung gewidmet war, oder vor dem kampfbereiten Heer, wenn man die Waffen für den Krieg aufnahm; das kampfbereite ist nämlich das marschbereite und bewaffnete Heer. Das eine Testament errichtete man also in Frieden und in Ruhe, das andere, wenn man in die Schlacht auszog. ... (103) Aber diese beiden Arten von Testamenten sind außer Gebrauch geraten ...

Beide Testamente sind erkennbar Erscheinungsformen desselben Instituts. Der Erblasser trifft seine Verfügung hier wie dort vor der Bürgerschaft. Regulär tritt sie in Gestalt der Komitien zusammen, die sich aber nur zweimal im Jahr zu diesem Zweck treffen. Duldet die Verfügung keinen Aufschub, weil der Erblasser in den Krieg zieht und mit seinem Tod rechnen muss, wird die Volksversammlung durch das zum Kampfeinsatz zusammengetretene Heer ersetzt.<sup>7</sup>

In der modernen Forschung hat man diese beiden Arten von Testamenten in Zusammenhang mit der Annahme an Kindes Statt durch Arrogation gebracht, die vor den Kuriatskommission vollzogen wird. Das *testamentum calatis comitiis*

<sup>6</sup> Anders Albanese, AUPA 20 (1949) 127, 436 und Magdelain, Les mots *legare* et *heres*, S. 160 ff. Wie hier dagegen richtig Kaser, Das altrömische *Ius*, S. 147, 153, Privatrecht, S. 107, *Voci*, Diritto ereditario, Bd. 1, S. 4 ff. und HRP/Rüfner § 18 Rn. 17, der das zugelassene Vermächtnis für eine Frühform des späteren Damnationslegats hält. *Voci*, Diritto ereditario, Bd. 1, S. 13, 22, 93 geht von einem Vindikationslegat aus, das sich erst unter Beteiligung des *familiae emptor* (hierzu sogleich im Text) zu einer Art von Damnationslegat gewandelt habe. Auch Watson, XII Tables, S. 55 ff. glaubt nicht, dass die Vorschrift Erbeinsetzungen gestattet, obwohl er der Überlieferung in der *Epitome Ulpiani* ebenso wie Magdelain den Vorzug gibt.

<sup>7</sup> Richtig Kaser, Das altrömische *Ius*, S. 149, Kaser, Privatrecht, S. 104 und Watson, XII Tables, S. 66.

und *in procinctu* hat man deshalb als eine indirekte Verfügung von Todes wegen durch Adoption gedeutet, die vor allem für Erblasser ohne Nachkommen gedacht war. Sie hätten, statt ihr Vermögen unter Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge zu übertragen, sich diese umgekehrt zu Nutze gemacht, indem sie jemanden als Kind annehmen und so zu ihren gesetzlichen Erben werden lassen.<sup>8</sup>

Diese Deutung begegnet freilich deshalb Schwierigkeiten, weil man die *›comitia calata‹* nicht ohne Weiteres mit den für die Arrogation zuständigen Kuriatskomitien gleichsetzen kann.<sup>9</sup> Gaius erwähnt auch nicht, dass das Volk der Entscheidung des Erblassers zustimmen müsste.<sup>10</sup> Während er bei der Darstellung der Arrogation ausdrücklich auf das Erfordernis einer *›rogatio‹* und *›auctoritas populi‹* verweist,<sup>11</sup> erweckt sein Bericht über das Komitialtestament eher den Eindruck, als ob das versammelte Volk nur als Zeuge für die letztwillige Verfügung fungiert.<sup>12</sup> Vollends ausgeschlossen wird die Erklärung des *testamentum calatiis comittis* und *in procinctu* mit Hilfe der Arrogation durch den Text des Zwölf Tafelgesetzes. Die auf den Satz zu Vermächtnissen folgende Bestimmung (5.4) betrifft die gesetzliche Erbfolge und macht ausdrücklich einen Vorbehalt für deren Abänderung durch Testament:

si intestato moritur, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO.

Stirbt jemand ohne Testament, der keine Hauserben hat, soll sein Vermögen der nächste agnatische Verwandte haben.

Bestünde das Testament vor der Versammlung von Volk oder Heer in einer Arrogation, gehörte das angenommene Kind zum Kreis der »Hauserben« (*›sui‹*), die vor den Agnaten zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind. Es verdankte seine Rechtsstellung also gerade nicht einem Testament. Dann könnte sich die Bedingung, dass der Erblasser ohne ein solches gestorben ist, nur auf die durch den vorangegangenen Satz eröffnete Befugnis zum *›legatum suae rei‹* beziehen. Dem steht aber wiederum entgegen, dass die Erbfolge, und damit auch die vorrangige Intestaterbfolge, als ein Übergang der *›familia‹*, also als Transfer des gesamten Vermögens, bezeichnet ist.<sup>13</sup> Dieser Wortlaut ist im Gegensatz zur Erwähnung

<sup>8</sup> Vgl. etwa Wieacker, Hausgenossenschaft, S. 6 f., Kaser, *Ius*, S. 148, Kaser, Privatrecht, S. 103 f., Voci, *Diritto ereditario*, Bd. 1, S. 18 ff.

<sup>9</sup> HRP/Rüfner § 18 Rn. 7.

<sup>10</sup> Für parallele Einrichtungen hält sie zumindest Seelentag, *Ius Pontificium*, S. 76.

<sup>11</sup> Gai 1.98-99.

<sup>12</sup> Seelentag, *Ius Pontificium*, S. 75, HRP/Rüfner § 18 Rn. 6.

<sup>13</sup> Voci, *Diritto ereditario*, Bd. 1, S. 21 ff. Kaser, Privatrecht, S. 107 versucht, eine Verbindung beider Zwölf tafelsätze dadurch herzustellen, dass er annimmt, bei Fehlen von Hauserben habe man die eigentlich nur für Vermächtnisse gedachte Verfügung auch zur Einsetzung von Erben nutzen können. Hierfür gibt es aber keine Anhaltspunkte, zumal der Satz über die gesetzliche Erbfolge nur eine Rangfolge, ansons-

von ›*familia*‹ und ›*pecunia*‹ in der Überlieferung der Bestimmung über die Vermächtnisfreiheit auch zu gut durch Zitate<sup>14</sup> und eine Auslegungsentscheidung<sup>15</sup> der klassischen und nachklassischen Juristen belegt, als dass man ihn erst der Interpretation des Gesetzestextes zuschreiben könnte. Vielmehr ist umgekehrt anzunehmen, dass die Verwendung des Begriffs ›*familia*‹ in der Vorschrift über die gesetzliche Erbfolge Pate bei der Verballhornung der Vermächtnisvorschrift gestanden hat.<sup>16</sup> Muss es also ein hiervon nicht erfasstes Erbeinsetzungstestament sein, auf das der Vorbehalt für einen Erblasser ›*testatus*‹ zielt, kommt hierfür allein die Verfügung vor dem versammelten Volk und Heer in Betracht.<sup>17</sup> Selbst wenn sie aus einer Kindesannahme hervorgegangen sein sollte, gilt sie zumindest zur Zeit der Zwölf Tafeln nicht mehr als solche, sondern als regelrechte Verfügung von Todes wegen, mit der die Erbfolge festgelegt wird.

Ist das Testament vor Volk oder Heer in der Bestimmung über die gesetzliche Erbfolge in Bezug genommen, heißt dies aber auch, dass es nicht Gegenstand der vorangehenden Bestimmung über das ›*legatum suae rei*‹ sein kann.<sup>18</sup> Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass das Komitialtestament neben Erbeinsetzungen auch andere Verfügungen enthalten kann.<sup>19</sup> Spricht das Gesetz im Zusammenhang mit der Erbfolge von ›*testari*‹ und in der anderen Regelung nur von einem Vermächtnis der eigenen Sache, kann es sich dabei aber schwerlich auf dieselbe Art von Verfügung beziehen. Die Mitwirkung von Volk oder Heer, sei es als genehmigende Instanz oder bloß zur Zeugenschaft, macht auch unwahrscheinlich, dass das Komitialtestament überhaupt mehr als nur eines Vorbehalts im Zwölf-tafelgesetz bedarf.<sup>20</sup> Eine Anerkennung durch den Gesetzgeber, wie sie durch den Satz über das ›*legatum suae rei*‹ erfolgt, erheischt statt eines Aktes, der vor dem versammelten Volk vollzogen wird, viel eher ein privates Rechtsgeschäft, sei es, dass es neu praktiziert wird, sei es, dass es anderen Ursprungs und für den Rechtsübergang von Todes wegen umfunktioniert worden ist. Eben ein solches

---

ten aber keine Differenzierung zwischen *sui* und Agnaten erkennen lässt. Für möglich hält einen Bezug auf das Legatentestament freilich auch *Terranova, Testamentum per aes et libram*, S. 380.

14 UE 26.1, PS 4.8.3, D 50.16.162pr Pomp 2 Sab, D 50.16.195.1 Ulp 46 ed. Vgl. wiederum Cic inv 2.50.148 und Her 1.13.23, wo aber auch die Gentilen als zuletzt Begünstigte genannt werden; nach Coll 16.4.2 sind sie Gegenstand einer besonderen Bestimmung.

15 Vgl. vor allem D 28.2.9.2 Pau 1 Sab: ... *quoniam haec verba ›si intestato moritur‹ ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.* („... weil die Worte: ›wenn er ohne Testament stirbt‹, auf den Zeitpunkt bezogen sind, in dem das Testament hinfällig wird, nicht auf den, in dem der Erblasser stirbt.“).

16 In diese Richtung gehen wohl auch die Überlegungen von *Wieacker, Hausgenossenschaft*, S. 31.

17 So richtig *Voci, Diritto ereditario*, Bd. 1, S. 14, *Watson, XII Tables*, S. 61 und *Minieri, Il testamentum in procinctu*, SDHI 64 (1998) 253, 281.

18 Dies glauben aber *Magdelain, Les mots legare et heres*, S. 168 ff., HRP/Rüfner § 18 Rn. 10, 16.

19 Dies nimmt HRP/Rüfner § 18 Rn. 9 an.

20 Richtig *Watson, XII Tables*, S. 61. Falls die Zustimmung des Volkes erforderlich sein sollte, wäre diese eine eigenständige *lex*; vgl. *Voci, Diritto ereditario*, Bd. 1, S. 16 f.

Geschäft ist der Vorläufer der dritten Art von Testament, mit der sich Gaius im Anschluss an das *testamentum calatis comitiis* und *in procinctu* beschäftigt:<sup>21</sup>

Gai 2.102

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

Danach kam eine dritte Art von Testament hinzu, die mit Erz und Waage errichtet wird; wer weder vor der einberufenen Volksversammlung noch vor dem kampfbereiten Heer ein Testament errichtet hatte, übertrug, wenn er den Tod nahen sah, durch Manzipation einem Freund seine Familie, also sein Vermögen, und gab ihm auf, was er wem nach seinem Tod gegeben wissen wollte. Dieses Testament heißt Testament mit Erz und Waage, weil es durch eine Manzipation errichtet wird.

Nach Gaius' plausibler Darstellung<sup>22</sup> ist diese letzte Art der Verfügung, die schließlich zur alleinigen Testamentsform wird, aus der Not geboren: Wer den Tod nahen sah und weder den Zusammentritt der Komitien noch die Versammlung des Heeres abwarten konnte, übertrug seine Habe durch das Ritual der *mancipatio* einem Freund und gab ihm auf, wie damit nach seinem Tod zu verfahren sei. Hält man sich an den mutmaßlichen Wortlaut des Zwölftafelgesetzes, in dem nur von dem Vermächtnis einer Sache die Rede ist, kann Gaius' Schilderung insofern nicht die historische Wahrheit treffen, als er dem Geschäft schon zu seiner Entstehungszeit die Wirkung zuschreibt, das Schicksal der gesamten ›*familia*‹ zu bestimmen. Stattdessen muss es in der Form, in der es die Anerkennung des Gesetzgebers der Zwölf Tafeln findet, darauf beschränkt sein, dem Erblasser die Verfügung über einen oder mehrere wichtige Vermögensgegenstände, allen voran den Grundbesitz, zu ermöglichen. Erst später kann es auch zur Regelung der Gesamtrechtsnachfolge eingesetzt werden und wird damit zu einem regelrechten ›*genus testamenti*‹.

Auch in seiner Beschreibung des erforderlichen Rituals geht Gaius freilich davon aus, dass der Erblasser durch Erbeinsetzung über sein Vermögen im Ganzen verfügt:

Gai 2.103 f.

... hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur

21 Dass es mit dem Satz über die Vermächtnisfreiheit gemeint ist, entspricht denn auch der Mehrheitsmeinung in der Forschung; vgl. etwa Wieacker, Hausgenossenschaft, S. 18, Albanese, AUPA 20 (1949) 127, 432 ff., Kaser, Privatrecht, S. 107 f., Watson, XII Tables, S. 61, Pietrini, *Deducto usu fructu*, S. 64 ff., Minieri, SDHI 64 (1998) 253, 281.

22 Für überzeugend hält sie insoweit auch HRP/Rüfner § 18 Rn. 16.

quam olim solebat. namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. (104) Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO, EAQUE, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco. deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS, QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Die ersten beiden Arten von Testamenten sind außer Übung geraten. Das aber, das mit Erz und Waage errichtet wird, ist beibehalten worden. Es wird allerdings anders vorgenommen als einst. Denn einst stand der Vermögenskäufer, der von dem Erblasser dessen Vermögen übertragen bekommt, an der Stelle eines Erben, und deshalb trug der Erblasser ihm auf, was wem nach seinem Tod gegeben werden sollte. Heute jedoch wird einer im Testament zum Erben eingesetzt, der auch mit Vermächtnissen belastet wird, und ein anderer tritt bloß der Form halber zur Nachahmung des alten Rechts als Vermögenskäufer auf. (104) Und so wird es vollzogen: Wer das Testament errichtet, verfügt, nachdem er die Testamentsurkunde abgefasst hat, wie in anderen Fällen der Mancipation im Beisein von fünf Zeugen, die mündig und römische Bürger sind, sowie vor dem Waagenhalter der Form halber über sein Vermögen. Dabei sagt der Vermögenskäufer folgende Worte: »Ich sage, dass dein Vermögen und dein Geld in meiner Treuhand und meinem Gewahrsam sein sollen und von mir nach dem Recht, kraft dessen du dein Testament nach allgemeinem Gesetz errichten kannst, durch dieses Erz und (wie manche hinzufügen) mit dieser Waage gekauft sein sollen.« Darauf schlägt er mit dem Erz gegen die Waage und gibt sie dem Erblasser statt eines Kaufpreises. Danach spricht der Erblasser, indem er die Testamentsurkunde in den Händen hält, wie folgt: »Wie es in diesen Wachstafeln geschrieben steht, so leiste, so vermache, so vererbe ich, und ihr Bürger sollt meine Zeugen sein.« Und dies wird *nuncupatio* genannt. *Nuncupare* heißt nämlich öffentlich erklären; und was er in der Testamentsurkunde einzeln verfügt hat, gilt durch den allgemeinen Ausspruch als öffentlich erklärt und bestätigt.

Übergeht Gaius hier auch die einzelnen Stufen, in denen sich das *testamentum per aes et libram* als dritte Variante einer voll gültigen Verfügung von Todes wegen herausgebildet hat, lassen sich diese doch unschwer rekonstruieren:

Der erste Schritt muss darin bestanden haben, dass jemand, der nicht auf den Zusammentritt von Volk oder Heer warten konnte, einzelne Sachen mit unmittelbarer Wirkung Personen zuwandte, die er so unmittelbar begünstigen wollte.<sup>23</sup>

23 Pietrini, *Deducto usu fructu*, S. 74, 78.

Waren diese nicht sofort greifbar, übereignete er sie einem Freund, der sie zu seinen Lebzeiten treuhänderisch innehaben und nach seinem Tod verteilen sollte.<sup>24</sup> Um den Erblasser nicht vorzeitig seiner Rechtsstellung zu berauben, muss man bestrebt gewesen sein, den Übergang der Sachherrschaft auf den Moment des Todes aufzuschieben.<sup>25</sup> Dies konnte vielleicht durch eine ausdrückliche Bedingung<sup>26</sup> oder schon durch den Treuhandauftrag selbst erreicht worden sein, der die Befugnisse des Treuhänders auf die Zeit nach dem Tod des Erblassers beschränkt.<sup>27</sup>

Auf dieser Entwicklungsstufe greift nun das Zwölftafelgesetz ein. Es bezeichnet den Auftrag an den Treuhänder als Vermächtnis und sanktioniert ihn mit der Anordnung: ›*ITA IUS ESTO*‹. Dies kann nur den Sinn haben, dass die Zuwendung der vermachten Sachen mit dem Ableben des Erblassers automatisch Wirkung entfaltet und einen direkten Rechtsübergang auf die begünstigten Vermächtnisnehmer zeitigt.<sup>28</sup> Der Treuhänder ist damit auf die Rolle eines bloßen Zeugen beschränkt, der die Zuwendung an den Destinatär nur begleitet und nicht mehr aktiv herbeiführt. Spätestens mit der Regelung in den Zwölf Tafeln ist auch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der *mancipatio* verbunden. Dient sie bei Verfügungen unter Lebenden nur der Übereignung von *res Mancipi*, also von Sklaven, Großvieh, Grundstücken, muss sie als Instrument des letzten Willens die Vergabe von Sachen aller Art ermöglichen.<sup>29</sup>

Kann das *testamentum per aes et libram* nach dem Erlass des Zwölftafelgesetzes infolge eines großzügigen Verständnisses seiner Regelung auch Erbeinsetzungen enthalten, muss es die beiden alten Testamentsarten verdrängen. Denn es erlaubt nun eine umfassende Regelung der Rechtsnachfolge, die ohne Einschaltung von Volk oder Heer jederzeit und wegen der Hinzuziehung von Zeugen auch mit hinreichender Publizität getroffen werden kann. Kann es erst jetzt als Testament im eigentlichen Sinne gelten, verdient auch der Treuhänder nun die Bezeichnung ›*familiae emptor*‹, weil er, wenn auch nur zum Schein, das gesamte Vermögen des Erblassers übernimmt. Er kann freilich nicht mehr ›*heredis loco*‹ stehen, weil er seine unmittelbare Berechtigung an den hinterlassenen Gegenständen schon mit den

24 Eine aktive Rolle und Begünstigung des *familiae emptor* vermutet hingegen *Terranova, Testamentum per aes et libram*, S. 338 ff.

25 Richtig *Kaser, Ius*, S. 151, *Kaser, Privatrecht*, S. 108.

26 Diese hält HRP/Rüfner § 18 Rn. 19 für überflüssig. Sie durchbräche auch die Regel ›*actus legitimi non recipiunt diem vel condicionem*‹ (D 50.17.77 Pap 28 quaest); hierzu *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 78 ff.

27 Mit der Verortung innerhalb des Begriffspärchens ›*custodela*‹ und ›*mandatela*‹ befasst sich *Kaser, Ius*, S. 151, *Privatrecht*, S. 108, der hier ebenso wie beim Nießbrauch (s. u. S. 90 ff.) ein funktionell geteiltes Eigentum vermutet (vgl. auch *Kaser, SZ* 61 (1941) 153, 162). HRP/Rüfner § 18 Rn. 18 sieht in beiden Ausdrücken eine Beschränkung der Befugnisse des Treuhänders umschrieben.

28 Richtig *Watson, XII Tables*, S. 63.

29 Wiederum richtig *Watson, XII Tables*, S. 65 Fn. 32.

Zwölf Tafeln eingebüßt hat. Geht der Name des »Vermögensübernehmers« daher vermutlich auf die Zeit vor dem Gesetz zurück,<sup>30</sup> belegt er, dass das Vermächtnistestament schon vor seiner gesetzlichen Anerkennung dazu genutzt wurde, durch eine Mehrheit von Verfügungen über einzelne Gegenstände nahezu das gesamte Vermögen des Erblassers zu verteilen.<sup>31</sup> Nur in diesem Fall ist auch verständlich, warum der »Vermögensübernehmer« von ›*familia*‹ und ›*pecunia*‹ spricht und der Erblasser seinen Auftrag an den Treuhänder auf Wachstafeln festhält, die später zur Testamentsurkunde werden.

Greift das Zwölf Tafelgesetz in diese etablierte Praxis ein, kommt seiner Regelung praktisch von vornherein die Wirkung zu, die man ihr später auch in der Theorie entnimmt: Verleiht der Gesetzgeber der Verfügung über einen einzelnen Gegenstand Gültigkeit, gestattet er auch Sammelverfügungen über sämtliche Dinge, die jemand zu seinem Vermögen zählt. Die spätere Unterstellung, das Gesetz habe ebenso wie der vom »Vermögensübernehmer« aufzusagende Satz von ›*familia*‹ und ›*pecunia*‹ gehandelt, trifft also zwar nicht Wortlaut, wohl aber den Sinn der Regelung.<sup>32</sup> Noch nicht im Gesetz angelegt und auch neu im Ritual des *testamentum per aes et libram* ist bloß die Erbeinsetzung. Hier greift man auf das Verb ›*testari*‹ zurück, mit dem in den Zwölf Tafeln noch die nun aufgesogene Verfügung vor Volk oder Heer gemeint ist, und schafft in Anlehnung an das gesetzliche ›*ITA IUS ESTO*‹ die Trias: ›*ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR*‹.<sup>33</sup>

Auch dieser Schritt erfolgt schließlich nicht ohne gesetzliche Grundlage. Die Aufzählung der verschiedenen Arten von Verfügungen ist Teil der *nuncupatio*. Ihr widmet das Zwölf Tafelgesetz eine besondere Regelung (6.1), die außer für die *mancipatio* noch für das Haftungsgeschäft des *nexum*<sup>34</sup> gilt. Sie schreibt ebenfalls die Gültigkeit eines privaten Rechtsaktes, hier der *nuncupatio*, vor. (›*CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO*‹). Diese Regelung erübrigt noch nicht den Satz über das Vermächtnistestament, weil dieser speziell eine Verfügung mit Wirkung auf den Tod des Erblassers gestattet.<sup>35</sup> In Kombination mit dieser Vorschrift legt er aber den Schluss nahe, dass der Erblasser kraft seiner *nuncupatio* die Rechtslage noch über die Aussetzung von Ver-

30 Anders sieht dies offenbar Wieacker, Hausgenossenschaft, S. 33.

31 Damit erledigen sich auch die Schwierigkeiten, die Magdelain, Les mots *legare* et *heres*, S. 160 ff. dazu bewegen, sich gegen die Annahme eines reinen Vermächtnistestaments zu wenden.

32 Dass man die *mancipatio familiae* nicht vom *testamentum per aes et libram* trennen darf, glaubt auch Terranova, AUPA 53 (2009) 299, 309 ff., 333 f. Von einer nachträglichen Ergänzung der Formel geht auch Pietrini, *Deducto usu fructu*, S. 73 aus.

33 Richtig Kaser, Privatrecht, S. 107 Fn. 20.

34 Hierzu Kaser, Privatrecht, S. 166 f.

35 Kaser, *Ius*, S. 149 will die spezielle Vorschrift für das Vermächtnis hingegen darauf zurückführen, dass es sich um eine zur Zwölf Tafelzeit noch neue Erscheinung handelt. Auch als solche wäre sie aber durch den Satz über die Wirksamkeit der *nuncupatio* abgedeckt.

mächtnissen hinaus umgestalten kann. Er braucht sich nicht damit zu begnügen, die gesetzliche Erbfolge durch die Vergabe der zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände auszuhöhlen. Vielmehr darf er auch in sie eingreifen, indem er seine Hauserben und agnatischen Verwandten insgesamt oder teilweise von der Erbfolge ausschließt und selbst bestimmt, wer sein Rechtsnachfolger sein soll.

## II. Zwei Umgehungsgeschäfte

Was hat den Gesetzgeber der Zwölf Tafeln dazu veranlasst, die Ausschaltung der gesetzlichen Erbfolge ohne Hinzuziehung von Volk oder Heer mit seinem Segen zu versehen? Die Antwort fällt nicht schwer und wird schon durch die Rechtspraxis selbst gegeben, die das Zwölf Tafelgesetz mit der Bestimmung über die Vermächtnisfreiheit anerkennt. Überträgt jemand eine Sache auf einen Treuhänder, macht er lediglich von der ihm ohnehin zustehenden Befugnis Gebrauch, sie an einen anderen zu veräußern. Kann er sich auf diese Weise seines Rechts schon mit sofortiger Wirkung begeben, lässt sich ihm schwerlich verwehren, dies für die Zeit nach seinem Tod zu tun. Mit der *mancipatio* kommt dabei ein Geschäft zum Einsatz, dem der Umgehungscharakter geradezu immanent ist. Auch seine Entwicklungsgeschichte lässt sich an dem Ritual ablesen, mit dem es vollzogen wird. In seiner Grundform finden wir es wiederum bei Gaius beschrieben:

Gai 1.119

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRTIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Die Manzipation ist aber, wie wir schon oben gesagt haben, eine Art von Scheinkauf; auch sie ist eine Einrichtung des den römischen Bürgern eigentümlichen Rechts. Das Geschäft wird folgendermaßen vollzogen: Unter Beiziehung von nicht weniger als fünf erwachsenen römischen Bürgern als Zeugen und einer weiteren Person desselben Status, die eine ehernen Waage hält und Waagenhalter genannt wird, spricht derjenige, der durch die Manzipation erwirbt, indem er die Sache ergreift: »Ich behaupte, dass dieser Sklave nach dem Recht der römischen Bürger mir gehört, und er sei von mir gekauft mit diesem Erz und dieser Waage«. Daraufhin schlägt er mit einem Stück Metall gegen die Waage und gibt dieses Metall, gleichsam anstelle des Kaufpreises, demjenigen, von dem er durch Manzipation erwirbt.

Wenn sie nun ein Scheinkauf ist, muss die *mancipatio* in ihrer ursprünglichen Gestalt ein regelrechtes Austauschgeschäft gewesen sein, das nachträglich zu einem

einseitigen Übertragungsakt verfremdet worden ist.<sup>36</sup> Außer ihrer Bezeichnung als ›*imaginaria quaedam venditio*‹ lässt sich dies noch daraus entnehmen, dass Gaius die symbolische Übergabe eines Stücks Metall oder einer Münze zu einer Leistung ›*quasi pretii loco*‹ erklärt.<sup>37</sup> Hierzu fügt sich die Verwendung der Waage, die nur dann sinnvoll ist, wenn das Geschäftsobjekt seinen Inhaber anfänglich gegen Zahlung eines in Metall bemessenen Kaufpreises wechseln sollte.<sup>38</sup> Gaius erläutert dies noch im Fortgang seiner Darstellung, wenn er den Einsatz von Erz und Waage mit der Metallwirtschaft als Vorläufer der Geldökonomie in Verbindung bringt:

Gai 1.122

Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur: et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus. eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere: namque sicuti asses librales erant, <ita> et dupondii scilicet erant <bilibres>; unde etiam dupondius dictus est, quasi duo pondo, quod nomen adhuc in usu retinetur. semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione ad pondus examinati erant; quam ob rem qui dabat olim pecuniam non numerabat eam sed appendebat; unde servi, quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt et adhuc vocantur.

Man verwendet deshalb Metall und Waage, weil einst nur Metall als Währung gebraucht wurde; und es gabASSE, Doppelasse, Halbasse und Viertelasse, und es waren keine Gold- oder Silbermünzen in Gebrauch, wie man aus dem Zwölftafelgesetz schließen kann. Auch war bei dieser Währung nicht die Anzahl, sondern das Gewicht entscheidend; denn so wieASSE ein Pfund schwer waren, waren Doppelasse zwei Pfund schwer; daher nannte man sie auch Doppelpfünder, weil sie zwei Pfund schwer waren, ein Name, der bis heute in Gebrauch geblieben ist. Halb- und Viertelasse wurden als Anteile vom Pfund bestimmt; deshalb zahlte der Leistende die Währung nicht, sondern wog sie zu; daher wurden Sklaven, denen die Verwaltung von Geldvermögen gestattet ist, Zuwieger genannt und heißen noch heute so.

Zwar verfehlt Gaius insofern die Realität des alten Austauschgeschäfts, als dieses anfänglich nicht mit genormten Metallstücken, sondern mit *aes rude* vorgenommen worden sein muss, bei dem das Gewicht durch den Wägeakt nicht nur überprüft, sondern auch bestimmt wurde.<sup>39</sup> Dennoch bewahrt seine Erläuterung die Erinnerung daran, dass das Ritual früher eine wirkliche Preiszahlung einschloss und ein echter Kaufvertrag war.<sup>40</sup> Erst mit der Umstellung auf eine bloß

36 Damit hat man zugleich ungewollt ein abstrakt, also unabhängig vom Rechtsgrund wirkendes, Übertragungsgeschäft geschaffen; vgl. Diósdí, *Ownership*, S. 74.

37 Mit der Bedeutung von ›*quasi*‹ befasst sich eingehend Nicosia, *Quasi pretii loco*, IVRA 60 (2012) 1, 14 f.

38 Vgl. etwa Tomulescu, *Le funzioni del nummus unus nella mancipatio*, RIDA 23 (1976) 223, 224 ff., Amunátegui Perelló, TR 80 (2012) 329, 341 f., Pfeifer, *Fortschritt*, S. 78.

39 Vgl. Amunátegui Perelló, TR 80 (2012) 329, 338 ff.

40 Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 108 f., Diósdí, *Ownership*, S. 70 f. und Wolf, *Mancipatio*, S. 116.

symbolische Preiszahlung hat es diesen Charakter eingebüßt und die Funktion übernommen, eine separat getroffene Austauschvereinbarung zu vollziehen. Es steht nun sowohl für eine Schenkung als auch für einen Distanzkauf zur Verfügung, bei dem entweder der Käufer die spätere Zahlung des Kaufpreises<sup>41</sup> oder der Verkäufer die künftige Lieferung des schon bezahlten Objekts durch Stipulation verspricht. Die Fortbildung zu einer ›*imaginaria venditio*‹ kann nicht mit der Einführung der Geldwirtschaft im dritten Jahrhundert v. Chr. zusammenhängen.<sup>42</sup> Diese bewirkt allenfalls, dass an die Stelle eines Metallstücks eine Münze tritt.<sup>43</sup> Die Verfremdung zu einem reinen Übereignungsgeschäft muss noch deutlich vor dem Zwölftafelgesetz stattgefunden haben; denn sie ist Vorstufe und Bedingung für den hier anerkannten Einsatz des Geschäfts zu einer Verfügung von Todes wegen und die vorangehende Verwendung für ein Geschäft unter Lebenden, mit dem die Erbfolge vorweggenommen wird.<sup>44</sup>

Das Ritual der *mancipatio* erhellt aber nicht nur ihre Mutation zum Übereignungsgeschäft, sondern auch, wozu der frühere Austauschvertrag anfangs diente. Den entscheidenden Hinweis gibt in dieser Hinsicht nicht die Waage, sondern die Rechtsbehauptung des Erwerbers: ›*HUNC EGO HOMINEM EXIURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO.*‹ Dass sie isoliert erfolgt und nicht mit einer Erklärung des Veräußerers einhergeht, führt *Joseph Georg Wolf* zu Recht darauf zurück, dass das Ritual den eigentlichen Zweck, zu dem es vollzogen wird, verbergen soll:<sup>45</sup> Wenn nur der Erwerber sein Eigentum geltend macht und der Veräußerer schweigt,<sup>46</sup> erweckt dies den Eindruck, der Geschäftsgegenstand habe schon seit jeher dem Erwerber gehört.<sup>47</sup> Bleibt so die eigentlich beabsichtigte Rechtsübertragung verdeckt,<sup>48</sup> kann dies wiederum nur daran liegen, dass sie vor Einführung der *man-*

41 Hieran denken *Kaser*, Eigentum und Besitz, S. 160 und *Diósi*, Ownership, S. 73 f.

42 So aber *Behrends*, IVRA 33 (1982) 44, 65 ff., 101.

43 Richtig *Kaser*, Eigentum und Besitz, S. 159 f.

44 Wiederum treffend *Kaser*, Eigentum und Besitz, S. 159, *Wolf*, *Mancipatio*, S. 118 und *Pfeifer*, Fortschritt, S. 78 f.

45 *Wolf*, *Mancipatio*, S. 119 ff., 131. Ebenso *Manthe*, Geschichte, S. 22 f. *Kaser*, Eigentum und Besitz, S. 107, 137 will das einseitige und »schroffe« Auftreten des Erwerbers hingegen damit erklären, dass es sich bei der *mancipatio* ursprünglich um einen Zugriffsakt handelt. Im Fall der *legis actio sacramento in rem* sieht er in der gleichlautenden Formel aber eine bloße Eigentumsbehauptung; vgl. *dens.*, SZ 104 (1987) 53, 54. Gegen die Deutung als Zugriffsakt wendet sich auch *Diósi*, Ownership, S. 68 ff.

46 Hierauf weisen auch *Kaser*, Privatrecht, S. 45 sowie *Behrends*, IVRA 33 (1982) 44, 54 hin, der von der Ausübung eines Gestaltungsrechts spricht. *Diósi*, Ownership, S. 68 f., 71 hält die Einseitigkeit des Geschehens hingegen nicht für ungewöhnlich, *Watson*, XII Tables, S. 135 nicht einmal für bemerkenswert.

47 Wenn der Erwerber das Objekt zugleich berühren muss, heißt dies entgegen *Leifer*, Altrömische Studien IV, SZ 56 (1936) 136, 155 ff. nicht, dass er sich seiner erst bemächtigen will; vgl. *Behrends*, IVRA 33 (1982) 44, 73 ff. und *Wolf*, *Mancipatio*, S. 116, 120 ff., der *mancipium* statt aus ›*manu capere*‹ aus ›*manum capere*‹ ableiten will.

48 Diesen vermisst auch *Capogrossi Colognesi*, La struttura, S. 383.

*cipatio* unzulässig gewesen sein muss, vielleicht nicht schlechthin, aber doch zumindest im Zuge einer Veräußerung gegen Geld.<sup>49</sup> Indem die Parteien vorgeben, der Erwerber sei bereits der Inhaber der zu übertragenden Sache, wird das Verbot formal beachtet und in Wirklichkeit gebrochen.

Das Ritual der *mancipatio* verrät auch, dass das umgangene Verbot auf *res Mancipi* beschränkt gewesen sein muss. Dass andere Sachen ohne Weiteres ihren Inhaber wechseln konnten, zeigt der zweite Teil der vom Erwerber aufzusagenden Formel: ›*ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENAEQUE LIBRA*.‹ Bezieht man diesen Hinweis auf den Kaufzweck auf die zu übertragende Sache, steht er offensichtlich in Widerspruch zum ersten Halbsatz,<sup>50</sup> mit dem der Erwerber geltend macht, schon ihr Inhaber zu sein. Anders verhält es sich, wenn man in ihr mit *Wolf* eine Äußerung sieht, die nur dazu dient, dem Erwerb des Kaufpreises eine Rechtfertigung zu geben.<sup>51</sup> Sie ist dann eine Erklärung des Erwerbers, die gerade durch die vorherige Feststellung seines Rechts motiviert ist. Und sie zeigt, dass Metall ebenso wie andere Sachen, die nicht zu den *res Mancipi* gehören, seit jeher veräußert werden konnten.<sup>52</sup>

Die Sonderstellung der *res Mancipi* ergibt sich zwanglos aus ihrer Eigenart:<sup>53</sup> Großvieh, Sklaven und Grundstücke sowie die Rechte an Nachbargrundstücken sind die Grundbestandteile der bäuerlichen Wirtschaft und für diese unverzichtbar.<sup>54</sup> Sollten sie zum eigenen Schutz ihres Inhabers und seiner Familie nach Möglichkeit in dessen Vermögen verbleiben, musste man ihm zumindest den freiwilligen Umsatz in Geld versagen und sie so dem Geschäftsverkehr entziehen. Dass sich dieses Verbot, das durch die *mancipatio* umgangen wurde, von vornherein auf Grundstücke erstreckte, legt deren essentielle Bedeutung für die Landwirtschaft nahe. Zwar unterscheiden sie sich, wie Gaius eigens bemerkt, von den anderen

49 Noch weitergehend Kaser, *Privatrecht*, S. 45, der glaubt, die *mancipatio* sei entstanden, als man die Zuwendung eines Rechts noch für undenkbar hielt. Dann hätte es aber auch eines Umgehungsgeschäfts für die Preiszahlung bedurft.

50 Dies bemerken auch Schloßmann, *In iure cessio*, S. 18 ff. und Magdelain, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, RIDA 28 (1981) 127, 140 f.

51 *Wolf*, *Mancipatio*, S. 127 ff. Anders Behrends, IVRA 33 (1982) 44, 64, der ebenso wie schon Schloßmann, *In iure cessio*, S. 42 glaubt, es gehe um den Nachweis der Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für den Verbleib der Kaufsache beim Erwerber.

52 *Wolf*, *Mancipatio*, S. 129. Unwahrscheinlich ist hingegen, dass auch sie ursprünglich nur durch *mancipatio* übertragen werden konnten; vgl. Kaser, *Ius*, S. 310 f. und Amunátegui Perelló, TR 80 (2012) 329, 344.

53 Anders Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 163, der glaubt, es seien bei Schaffung der *mancipatio* typischerweise die wertvollsten Vermögensgegenstände gewesen. Dies lässt sich wohl für Grundstücke, schwerlich aber für die übrigen *res Mancipi* behaupten.

54 Vgl. Amunátegui Perelló, TR 80 (2012) 329, 333 f., 342 f.

*res Mancipi* dadurch, dass sie bei dem Ritual nicht präsent sein müssen und daher auch nicht der namensgebenden Berührung mit der Hand zugänglich sind.<sup>55</sup>

Gai 1.120-121

Eo modo et serviles et liberae personae manciantur. animalia quoque, quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini, item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari. (121) In eo solo praediorum Mancipatio a ceterorum Mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt, adeo quidem ut eum, qui Mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei Mancipio datur, necesse sit (unde etiam Mancipatio dicitur, quia manu res capitur), praedia vero absentia solent Mancipari.

Auf diese Weise werden sowohl Sklaven als auch freie Personen manzipiert. Ebenso manzipiert werden Tiere, die zu den *res Mancipi* gehören, wozu Rinder, Pferde, Maultiere und Esel zählen, ferner sowohl städtische als auch ländliche Grundstücke, sofern sie zu den *res Mancipi* gehören, weil sie italisch sind. (121) Die Manzipation von Grundstücken unterscheidet sich insofern von der Manzipation der anderen Sachen, als Sklaven und freie Personen sowie Tiere, die zu den *res Mancipi* gehören, nur manzipiert werden können, wenn sie zugegen sind, und zwar so, dass der Erwerber die zu manzipierende Sache anfassen muss (weshalb man von Manzipation spricht, weil die Sache mit der Hand berührt wird), Grundstücke hingegen gewöhnlich manzipiert werden, ohne dass man sich auf ihnen befindet.

Hieraus lässt sich aber nicht folgern, Grundstücke seien erst später zu den *res Mancipi* gezählt worden,<sup>56</sup> sei es, dass man sie vorher ebenso wie Metall für ohne Weiteres übertragbar gehalten hätte,<sup>57</sup> sei es, dass man zunächst sogar ihre Veräußerung durch *Mancipatio* für ausgeschlossen angesehen hätte.<sup>58</sup> Unterliegenden Grundstücke zu Gaius' Zeit nicht dem Handgestus, erlaubt dies bestenfalls die Hypothese, die *Mancipatio* sei in diesem Fall ursprünglich auf dem erwerbenden Objekt selbst vorgenommen worden.<sup>59</sup>

Ist die *Mancipatio* ein Geschäft, mit dem das Unveräußerliche veräußerlich gemacht wurde, repräsentiert sie gleichsam die Beseitigung von Veräußerungsverboten und die völlige Verfügungsfreiheit unter Lebenden. Es nimmt daher keineswegs wunder, dass man sich ihrer auch bedient, um eine letztwillige Zuwen-

55 Seine Bedeutung verkehrt Corbino, Il rituale della *Mancipatio* nella descrizione di Gaio, SDHI 42 (1976) 149 ff., ins Gegenteil, in dem sich statt an »*rem tenens*«, von dem Gaius spricht, an das bei Boethius ad Cic top 5.28 zu findende »*res tenens*« hält.

56 So nimmt Nicosia, AUPA 59 (2016) 303, 310, 314 f. an, die *Mancipatio* habe ursprünglich nur der Übertragung der Gewalt an Personen gedient.

57 Dies vermutet Wolf, *Mancipatio*, S. 118, 136, der die nachträgliche Aufnahme in den Kreis der *res Mancipi* der Verknappung des Bodens infolge zunehmender Verstädterung zuschreibt.

58 Dies ist die Ansicht von Behrends, IVRA 33 (1982) 44, 84 ff., der glaubt, Grundstücke seien erst durch die Regelung der Zwölf Tafeln für das *nexum* dem Rechtsverkehr erschlossen worden.

59 So zu Recht Kaser, Privatrecht, S. 44 Fn. 22 und Amunátegui Perelló, TR 80 (2012) 329, 346 ff., der aber glaubt, Grunddienstbarkeiten und Sklaven seien erst später zu den *res Mancipi* gerechnet worden.

derung zu ermöglichen, mit der die gesetzliche Erbfolge frustriert wird. Die Umgehung dieser Beschränkung liegt geradezu in der Konsequenz dieses Instituts.

Der *mancipatio* verblüffend ähnlich ist ein zweites Veräußerungsgeschäft, das ebenfalls der Zeit des Legisaktionenprozesses entstammt und von Gaius ausführlich vorgestellt wird. Es ist die vor dem Gerichtsmagistrat zu vollziehende *in iure cessio*. Auch bei ihr wird nur der Erwerber der Sache tätig. Anders als bei der *mancipatio* beschränkt er sich aber auf den Satz, mit dem er den Gegenstand beansprucht. Da der Veräußerer entweder schweigt oder ausdrücklich leugnet, einen eigenen Anspruch auf den Gegenstand zu erheben, spricht der Magistrat ihn dem Erwerber zu.<sup>60</sup>

Gai 2.24

In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani vel praetorem vel apud praesidem provinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

Die gerichtliche Abtretung geschieht auf folgende Weise: Vor dem römischen Magistrat, entweder vor dem Prätor oder dem Provinzstatthalter, sagt derjenige, dem ein Gegenstand gerichtlich abgetreten wird, indem er ihn berührt: »Ich behaupte, dass dieser Sklave nach dem Recht der römischen Bürger mir gehört«; nachdem er ihn beansprucht hat, fragt der Prätor dann denjenigen, der abtritt, ob er ihn auch beansprucht; da er verneint oder schweigt, spricht er ihn dann demjenigen zu, der ihn beansprucht hat; und dies wird eine *legis actio* genannt. In den Provinzen geschieht dies vor deren Statthalter.

Gaius weist selbst schon darauf hin, dass die *in iure cessio* bloß eine Erscheinungsform der *legis actio sacramento in rem* ist. Unklar ist nur, wie das Schweigen des Veräußerers in diesem Rahmen konstruktiv zu erfassen ist. Man kann hierin entweder die konkludente Erklärung eines Anerkenntnisses oder Rechtsverzichts sehen;<sup>61</sup> oder man führt die Entscheidung zugunsten des Erwerbers schlicht darauf zurück, dass sich der Veräußerer nicht gegen dessen Anspruch verteidigt.<sup>62</sup>

Unabhängig von diesem eher technischen Problem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zur *mancipatio*. Warum gibt es neben ihr ein weiteres ähnliches Ritualgeschäft, das sich in seinem Anwendungsbereich mit ihr überschneidet? Die *in iure cessio* ist, wie sowohl Gaius als auch die *Epitome Ulpiani* betonen, ebenfalls für die Übereignung von *res Mancipi* zuständig.<sup>63</sup> Sie kann darüber hinaus aber

<sup>60</sup> Vgl. auch UE 19.10.

<sup>61</sup> So vor allem Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte, SZ 27 (1906) 290, 320 und SZ 28 (1907) 311, 374 und Kaser, *Ius*, S. 107 ff.

<sup>62</sup> So Hackl, SZ 106 (1989) 152, 178 f.

<sup>63</sup> Vgl. UE 19.9.

auch zur Übereignung anderer Sachen sowie zur Einräumung und Aufhebung von dinglichen Rechten und zur Übertragung von Erbschaften eingesetzt werden. Diese weitreichende Zuständigkeit entspricht dem Anwendungsbereich der alten Sakramentsklage. Sie erschwert die Ermittlung der ursprünglichen Funktion des Instituts, die sich bei der *mancipatio* vergleichsweise leicht am Kreis der *res mancipi* sowie an der Gestaltung des Rituals ablesen lässt. Im Gegensatz zur *mancipatio* ist die *in iure cessio* überaus abstrakt, nicht auf bestimmte Gegenstände beschränkt und auch in keiner Weise mit einem bestimmten Erwerbsgrund verbunden. Sie eignet sich damit von vornherein für den Vollzug von Austauschgeschäften ebenso wie für unentgeltliche Verfügungen.

Will man den Bedarf finden, der mit der *in iure cessio* gedeckt wird, muss man von der *mancipatio* ausgehen. Dabei gilt es zunächst zu klären, welches von beiden das ältere Geschäft ist. Schenkt man dem Spätklassiker Paulus Glauben, gehen beide Geschäfte gleichermaßen auf die Zeit der Zwölf Tafeln zurück. Aus einer angeblich hierauf bezogenen Regelung in diesem Gesetz folgert er auf die Zulässigkeit einer Bedingung oder Befristung für den Vorbehalt eines Nießbrauchs:<sup>64</sup>

FV 50 Paul

In mancipatione vel in iure cessione an deduci possit vel ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur, dicit: ›aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu ex kal. Ian.‹ vel ›deducto usu fructu usque ad kal. Ian. decimas‹, vel ›aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu, si navis ex Asia venerit‹; item in mancipatione: ›emptus mihi esto pretio, deducto usu fructu ex kal. illis‹ vel ›usque ad kal. illas‹; et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. Num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? Sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse.

Es gibt Zweifel, ob man bei der Manzipation oder der gerichtlichen Abtretung einen Vorbehalt aufschiebend oder auflösend befristen oder unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung stellen kann, wie zum Beispiel, wenn derjenige, der durch gerichtliche Abtretung erwirbt, sagt: »Ich behaupte, dass dieses Grundstück mir gehört bis auf den Nießbrauch ab 1. Januar« oder »bis auf den Nießbrauch bis zum zehnten 1. Januar« oder »ich behaupte, dass dieses Grundstück mir gehört bis auf den Nießbrauch, falls ein Schiff aus Asien kommt«; dasselbe gilt für die Manzipation: »Er sei mir gekauft zu diesem Preis bis auf den Nießbrauch ab dem 1. dieses Monats« oder »bis zum 1. jenes Monats«; und ebenso bei Bedingungen. Pomponius glaubt, man könne den Nießbrauch weder bei der gerichtlichen Abtretung noch bei der Manzipation befristet vorbehalten, sondern nur direkt übertragen. Ich habe gelernt, dass man einen Vorbehalt befristen kann, weil sowohl die Manzipation als auch die gerichtliche Abtretung durch

<sup>64</sup> In Paulus' *libri manualium* gehörte der Text ebenso wie die umgebenden Auszüge aus den *fragmenta Vaticana* zu einem Abschnitt über den Nießbrauch; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1135 f. (Paul 989).

das Zwölftafelgesetz anerkannt werden. Warum soll man ihn nicht befristet und bedingt vorbehalten können? Hieraus folgt, dass man ihn auch bei einem Vermächtnis befristet vorbehalten kann.

Die Bestimmung des Zwölftafelgesetzes, auf die sich Paulus bezieht, kann nur der Satz über die Gültigkeit der *nuncupatio* sein.<sup>65</sup> Dieser bezieht sich aber nach seinem uns bekannten Wortlaut nur auf *nexum* und *mancipatio* und muss erst durch Analogieschluss auf die *in iure cessio* anwendbar gemacht werden.<sup>66</sup> Die sich hieraus ergebende Unsicherheit mag mitschwingen, wenn Paulus seinen Rekurs auf die Zwölf Tafeln durch den Hinweis relativiert, ihm sei es so beigebracht worden (*>ego didici*). Hinreichenden Anlass zur Verortung der *in iure cessio* in der Zeit des alten Gesetzes bietet ihm jedenfalls die Abkunft des Geschäfts aus der *legis actio sacramento in rem*.<sup>67</sup> Deshalb darf man auch heute noch vermuten, dass das Geschäft ebenso wie die *mancipatio* entweder schon in der Zeit der ZwölfTafeln praktiziert<sup>68</sup> oder zumindest nicht wesentlich später eingeführt<sup>69</sup> worden ist.

Dass die *in iure cessio* älter als die *mancipatio* ist, lässt sich, wenn überhaupt, dann allenfalls deshalb annehmen, weil sie dem Prozess nähersteht.<sup>70</sup> Dann muss man aber voraussetzen, dass die *mancipatio* jünger als die *legis actio sacramento in rem* ist. Zwar hat sie mit dieser die Formel der Eigentumsbehauptung gemein. Es gibt jedoch keinen Grund für die Unterstellung, diese Formel sei zuerst vor Gericht und nicht im außerprozessualen Verkehr aufgekommen. Verhält es sich umgekehrt, ist die *in iure cessio* zwangsläufig das jüngere Institut.

Für ein höheres Alter der *mancipatio*<sup>71</sup> sprechen gerade deren beschränkter Anwendungsbereich und der hieran abzulesende Umgehungszweck: Hätte mit der *in iure cessio* schon vorher ein Geschäft zur Verfügung gestanden, mit dem man Sachen und Rechte aller Art einräumen und veräußern konnte, wäre nicht einzusehen, warum man ein weniger beschwerliches Verfahren ausschließlich für *res Mancipi* entwickeln sollte.<sup>72</sup> Viel eher hätte man die umgekehrte Überlegung anstellen müssen, für diese Sachen wegen ihrer besonderen sozialen Bedeutung ein

65 Vgl. Watson, XII Tables, S. 148, Randazzo, *Leges Mancipii*, Mailand 1998, S. 80 ff. und Pietrini, *Deducto usu fructu*, S. 102 ff., der aus Paulus' Raisonement freilich zu Unrecht folgern will, der Nießbrauch sei schon zur Zeit des alten Gesetzes bekannt gewesen (s. u. S. 89 f.).

66 Richtig Watson, XII Tables, S. 148 f.

67 Hiergegen wendet sich Hackl, SZ 106 (1989) 152, 174 f. Fn. 102.

68 So noch Kaser, Privatrecht, S. 48.

69 So Kaser, SZ 105 (1988) 121, 155, wenn er die *in iure cessio* mit der angeblich nachdezemviralen Ausdehnung der Vindikation auf *res nec Mancipi* in Verbindung bringt.

70 Hierauf beruft sich Schloßmann, *In iure cessio*, S. 24 f.

71 Dies nimmt auch Kaser, Privatrecht, Bd. 1, S. 48.

72 Richtig Kaser, Privatrecht, S. 146 f.

noch aufwändigeres Ritual zu schaffen.<sup>73</sup> Da sie den Weg zum Gerichtsmagistrat erübrigt, ist die *mancipatio* aber, wie Gaius eigens bestätigt, das schlichtere und damit häufiger vollzogene Geschäft:

Gai. 2.25

Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.

Dennoch bedienen wir uns fast immer der Manzipation; was wir nämlich selbst und in Gegenwart von Freunden vornehmen können, braucht man nicht unter größerer Mühe vor dem Prätor oder Provinzstatthalter vorzunehmen.

Hinzu kommt, dass die *mancipatio* in der Bestimmung über das Vermächtnistestament schon in der erheblich verfremdeten Gestalt einer letztwilligen Verfügung erscheint. Müssen sich die hierfür erforderlichen Entwicklungsschritte noch vor dem Zwölftafelgesetz vollzogen haben, ist sie zwangsläufig deutlich älter als die *in iure cessio*, die wir sogar im Vertrauen auf die unsicheren Angaben von Paulus höchstens auf dieses Gesetz selbst zurückführen könnten.

Geht die *mancipatio* zeitlich voraus, kann das mit der *in iure cessio* befriedigte Bedürfnis entweder darin bestanden haben, weitere, bislang nicht veräußerliche Objekte für den Rechtsverkehr zu erschließen; oder sie war dazu gedacht, den Parteien die Möglichkeit zu geben, für noch größere Publizität ihrer Transaktion zu sorgen.<sup>74</sup> Die erste Möglichkeit liegt just wegen der Ähnlichkeit zur *mancipatio* näher. Führen zwei Personen zum Schein einen Rechtsstreit, um den Kläger als Inhaber eines Rechts zu erweisen, das er eigentlich noch erwerben muss, ist die plausibelste Erklärung dieselbe, wie wir sie für die *mancipatio* gefunden haben: Auch durch die *in iure cessio* sollte ein Objekt, das vorher nicht veräußerlich war, der Disposition im Rechtsverkehr zugänglich gemacht werden. Dabei kann es nicht um die *res Mancipi* gehen,<sup>75</sup> die ja vorher schon mit Hilfe der *mancipatio* veräußert werden konnten. Auch gewöhnliche körperliche Sachen können nicht im Fokus gestanden haben, da man sie, wie das Ritual der *mancipatio* am Beispiel von Metall zeigt, seit jeher frei veräußern konnte. Es bleiben nur unkörperliche Gegenstände. Auf sie konzentriert sich Gaius auch in seiner Darstellung der *in iure cessio*:

<sup>73</sup> Wenn man mit Schloßmann, *In iure cessio*, S. 26 ff. die *mancipatio* zu einem Mittel der Dezentralisierung der Gerichtsbarkeit erklärt, muss man unterstellen, dass auch die *in iure cessio* keinen weitergehenden Anwendungsbereich hatte.

<sup>74</sup> Dies glaubt Kaser, *Privatrecht* S. 48 f.

<sup>75</sup> Dies meint aber Kaser, *SZ* 105 (1988) 121, 155. Ebenso Hackl, *SZ* 106 (1989) 152, 174 f. Fn. 102, der an Kleinvieh denkt, das aus dem Begriff der *res Mancipi* herausfällt.

Gai 2.28-30, 33

Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. (29) Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. (30) Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi. ... (33) Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.

Es ist evident, dass unkörperliche Gegenstände keiner Übergabe zugänglich sind. (29) Aber Rechte an städtischen Grundstücken können gerichtlich abgetreten, Rechte an ländlichen Grundstücken manzipiert werden. (30) Der Nießbrauch ist nur einer gerichtlichen Abtretung zugänglich; denn der Inhaber des Eigentums kann einem anderen den Nießbrauch gerichtlich abtreten, so dass dieser den Nießbrauch hat und er nur das bloße Eigentum behält. Auch der Nießbraucher selbst kann durch gerichtliche Abtretung des Nießbrauchs an den Inhaber des Eigentums bewirken, dass er den Nießbrauch verliert und dieser im Eigentum aufgeht; bei der gerichtlichen Abtretung an einen anderen behält er nichtsdestoweniger sein Recht; man nimmt nämlich an, dass durch diese Abtretung nichts bewirkt werde. ... (33) Was wir gesagt haben, nämlich dass der Nießbrauch nur einer gerichtlichen Abtretung zugänglich ist, haben wir nicht unbedacht gesagt, obwohl er ebenso durch Manzipation begründet werden kann, indem er bei der Manzipation des Eigentums vorbehalten wird; es wird nämlich nicht der Nießbrauch manzipiert, sondern durch seinen Vorbehalt bei der Manzipation des Eigentums bewirkt, dass sich bei dem einen der Nießbrauch, beim anderen das Eigentum befindet.

Weder die hier genannten städtischen Dienstbarkeiten noch der Nießbrauch bieten sich aber als Objekte eines Geschäfts an, mit dem sie erstmals veräußerlich gemacht werden sollten. In beiden Fällen kommt es nämlich gar nicht zu einer Übertragung im eigentlichen Sinne. Vielmehr wird eine Befugnis entweder vom Eigentümer gewährt oder in dessen Recht zurückgeführt. Dass man dabei auf ein Geschäft setzt, das den Transfer eines Rechts schon durch seinen Namen anzeigt, sorgt im Fall des Nießbrauchs sogar für eine gewisse dogmatische Verwirrung.<sup>76</sup> Auch wenn die *in iure cessio* die Rechtsübertragung nur im Gewande eines Prä-tendentenstreits bewirkt, eignet sie sich zumindest nach ihrer Bezeichnung doch eigentlich nicht für den Transport einer Befugnis, die auf der einen Seite Gegenstand eines gesonderten Rechts, auf der anderen nur Teil des Eigentums ist.

Damit rückt ein anderes Objekt in den Vordergrund. Es dominiert die Darstellung der *in iure cessio* in der *Epitome Ulpiani*:

---

76 S. u. S. 130 ff.

## UE 19.11-15

In iure cedi res etiam incorporales possunt, veluti ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae. (12) Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur, vel posteaquam adita fuerit: (13) Antequam adeatur, in iure cedi potest legitimo ab herede; posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est. (14) Si, antequam adeatur, hereditas in iure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset; quod si posteaquam adita fuerit, in iure cessa sit, is, qui cessit, permanet heres, et ob id creditoribus defuncti manet obligatus; debita vero pereunt, id est debitores defuncti liberantur; (15) res autem corporales, quasi singulae in iure cessae essent, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas.

Gerichtlich abtreten kann man auch unkörperliche Dinge wie den Nießbrauch, eine Erbschaft oder die gesetzliche Vormundschaft für eine freie Frau. (12) Eine Erbschaft kann sowohl vor als auch nach dem Antritt der Erbschaft gerichtlich abgetreten werden. (13) Vor dem Antritt kann sie von einem gesetzlichen Erben gerichtlich abgetreten werden, danach sowohl von einem gesetzlichen als auch von einem im Testament eingesetzten Erben. (14) Wird eine Erbschaft vor dem Antritt gerichtlich abgetreten, wird der Erwerber ebenso Erbe, als wäre er selbst der gesetzliche Erbe; wird sie hingegen nach dem Antritt gerichtlich abgetreten, bleibt der Veräußerer Erbe und deshalb den Gläubigern verpflichtet; die Forderungen gehen aber unter, die Schuldner des Verstorbenen werden also befreit; (15) und die körperlichen Sachen gehen auf den Erwerber der Erbschaft so über, als wären sie einzeln gerichtlich abgetreten worden.

Außer für die Verfügung über einzelne Sachen und Rechte kann die *in iure cessio* auch für die Übertragung einer Erbenstellung eingesetzt werden, dies aber nur durch einen gesetzlichen Erben und vor dem Antritt der Erbschaft. Wird die Erbschaft durch einen Testamentserben oder bei gesetzlicher Erbfolge erst nach dem Antritt der Erbschaft abgetreten, beschränkt sich ihre Wirkung auf die Übereignung der zum Nachlass gehörenden Sachen. Der Veräußerer bleibt Rechtsnachfolger des Erblassers und haftet daher dessen Gläubigern. Die zur Erbschaft gehörenden Forderungen gehen sogar verloren.

Die Schilderung in dem unter Ulpian's Namen veröffentlichten Text ist der Darstellung in den Institutionen des Gaius überaus ähnlich. Diese enthalten gleich zwei Passagen, in denen die Wirkungsweise der *in iure cessio* bei der Abtretung einer Erbschaft vorgestellt wird. Die knappere gehört zum Abschnitt über die Sachenrechte, dem wir auch den Bericht über die *in iure cessio* verdanken:

## Gai 2.34-37

Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. (35) Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenetur; debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent. (36) Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea uero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem

ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat. (37) Idem et de necessariis heredibus diuersae scholae auctores existimant, quod nihil uidetur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres an inuitus existat. quod quale sit, suo loco apparebit: sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.

Auch eine Erbschaft ist nur einer gerichtlichen Abtretung zugänglich. (35) Denn wenn derjenige, dem die Erbschaft nicht aufgrund eines Testaments, sondern nach Gesetzesrecht zusteht, sie vor ihrem Antritt, also bevor er Erbe wird, einem anderen gerichtlich abtritt, wird derjenige, dem er sie gerichtlich abgetreten hat, so Erbe, als sei er selbst durch das Gesetz zur Erbfolge berufen gewesen. Hat er sie aber erst nach Übernahme der Verpflichtungen abgetreten, bleibt er nichtsdestoweniger Erbe und haftet deshalb den Gläubigern; die Schulden erlöschen hingegen, und die Erbschaftsschuldner erlangen auf diese Weise einen Vorteil; die körperlichen Gegenstände übt er so, als ob er sie einzeln gerichtlich abtritt. (36) Ein im Testament eingesetzter Erbe kann vor dem Antritt der Erbschaft durch gerichtliche Abtretung hingegen nichts bewirken; tritt er sie nach dem Antritt ab, geschieht dasselbe, was wir soeben über denjenigen gesagt haben, dem die Erbschaft ohne Testament nach Gesetzesrecht zusteht, wenn er sie nach der Übernahme der Verpflichtung gerichtlich abtritt. (37) Dasselbe nehmen die Vertreter der anderen Schule für Zwangserben an, weil es für sie keinen Unterschied bedeutet, ob jemand durch Annahme der Erbschaft oder unfreiwillig Erbe wird. Wie sich das verhält, wird zu gegebener Zeit erhellen. Aber unsere Lehrer glauben, dass ein Zwangserbe durch gerichtliche Abtretung der Erbschaft nichts bewirkt.

Zuweilen wortgleich ist der Bericht am Schluss des erbrechtlichen Kapitels, in dem Gaius von den ›*alterius generis successiones*‹ handelt.<sup>77</sup>

Gai 3.85-87

Item si legitimam hereditatem heres, antequam cernat aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem uocaretur; quod si postea quam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet, proinde ac si singulas in iure cessisset, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt. (86) Idem iuris est, si testamento scriptus heres, postea quam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem; ante aditam uero hereditatem cedendo nihil agit. (87) Suus autem et necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diuersae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat an iuris necessitate hereditati adstringatur.

Auch wenn ein Erbe eine gesetzlich angefallene Erbschaft, bevor er sie förmlich angetreten oder Erbschaftsgeschäfte geführt hat, einem anderen gerichtlich abtritt, wird derjenige, dem die Erbschaft abgetreten worden ist, nach vollem Recht Erbe, und zwar so, als ob er selbst durch das Gesetz zur Erbfolge berufen wäre; tritt er aber ab, nachdem er Erbe geworden ist, bleibt er Erbe und haftet deshalb den Gläubigern; die körperlichen Gegenstände überträgt er so, als ob er sie einzeln gerichtlich abtritt; die Schulden erlöschen hingegen, und die Erbschaftsschuldner erlangen auf diese Weise einen Vorteil. (86) Dasselbe gilt, wenn ein im Testament einge-

<sup>77</sup> Vgl. Gai 3.82.

setzter Erbe, nachdem er Erbe geworden ist, die Erbschaft gerichtlich abtritt; vor dem Antritt der Erbschaft kann er durch die Abtretung hingegen nichts bewirken. (87) Ob ein Haus- oder ein Zwangserbe durch die gerichtliche Abtretung etwas bewirken kann, ist umstritten. Unsere Lehrer sind der Auffassung, dass sie nichts bewirken; die Vertreter der anderen Schule glauben, dass sie dasselbe bewirken wie die anderen nach dem Antritt der Erbschaft; es bedeutet nämlich keinen Unterschied, ob man durch förmliche Annahme oder Führung von Erbschaftsgeschäften Erbe geworden oder durch rechtlichen Zwang an die Erbschaft gebunden ist.

Anders als in seinen sachenrechtlichen Ausführungen lässt Gaius hier durchblicken, dass er sich im Fall eines Zwangserben (*heres necessarius*) nicht der Auffassung seiner Lehrer in der sabinianischen Rechtsschule, sondern der Meinung der Prokulianer anschließt. Er beendet seine Darstellung nämlich mit der eingängigen und nun in direkter Rede vorgetragenen Erwägung, es dürfe keinen Unterschied machen, ob jemand die Erbenstellung durch Antritt der Erbschaft oder mit dem Tod des Erblassers von selbst erlangt hat. Auch hier soll die *in iure cessio* zwar Wirkung zeitigen, aber nicht etwa zum Übergang der Erbenstellung, sondern bloß zur Übereignung der im Nachlass befindlichen Sachen führen. Damit schrumpft der Kreis der gesetzlichen Erben, die sich ihrer Erbenstellung im vollen Umfang begeben können, auf die Agnaten zusammen, die im Gegensatz zu den Hauserben nicht Zwangserben sind und nach ihnen zum Zuge kommen.

Mit Abtretung einer gesetzlichen Erbschaft durch einen Agnaten ist ein Fall gefunden, in dem ein bislang nicht fungibles Objekt dem Rechtsverkehr zugänglich gemacht wird. Der Veräußerer überträgt hier einen Inbegriff von Sachen, Rechten und Verpflichtungen. Durch kein anderes Geschäft und mit keinem anderen Objekt lässt sich eine solche Rechtswirkung erzeugen. Noch im klassischen Recht ist es ohne Parallele und zugleich von großem praktischen Nutzen. Denn nur so findet eine reibungslose Nachfolge in die Erbenstellung statt: Da der Erwerber unmittelbar in diese einrückt, erlangt er automatisch sämtliche zum Nachlass gehörenden Sachen und Ansprüche und übernimmt ebenfalls die Verpflichtungen, so dass sich der Veräußerer nicht mehr gegen das Risiko seiner Inanspruchnahme durch Erbschaftsgläubiger schützen muss. Er kann sie einfach an den Erwerber verweisen, statt sich darauf zu verlassen, dass seine Haftung durch etwaige von diesem gestellte Sicherheiten gedeckt ist. Diese einmalige Anomalie verdient es, verdeckt zu werden: Wird bei der *in iure cessio* scheinbar ein Prozess um die Rolle des Erben geführt, verbirgt dies, dass eigentlich eine Summe von Rechten und Pflichten übertragen wird, für die es ansonsten separater Geschäfte bedürfte.

Ist die *in iure cessio* für die Abtretung einer gesetzlichen Erbschaft durch einen agnatischen Verwandten des Erblassers geschaffen worden, passt sie gut zur *manipatio* in ihrer Fortentwicklung zum Vermächtnistestament des Zwölftafelgesetzes und später als *testamentum per aes et libram*. Ebenso, wie mit ihrer Hilfe ein Erb-

lasser die gesetzliche Erbfolge erst aushöhlen und dann ausschalten kann, erlaubt die *in iure cessio* einem Agnaten, sich ihrer zu entziehen. Zwar kann er auch ihr einfach dadurch entgehen, dass er die Erbschaft nicht antritt. Hier kann er aber nicht darüber entscheiden, wer die Erbschaft übernimmt. Nur die gerichtliche Abtretung erlaubt den Transfer auf eine bestimmte, von dem Erben ausgesuchte Person. So kann der agnatische Verwandte die Erbschaft demjenigen übertragen, den er unentgeltlich begünstigen will oder der den höchsten Preis bietet.

Diese Befugnis zur Bestimmung eines »Ersatzerben« konnte ohne Verletzung der gebotenen Rücksicht auf die Wünsche des Erblassers natürlich nicht allen Rechtsnachfolgern zugestanden werden. Bei einem Testamentserben, der seine Rechtsstellung ja gerade der Verfügung des Erblassers verdankt, hätte sie eine Missachtung seines letzten Willens bedeutet. Unabhängig davon, ob die *in iure cessio* vor oder nach der Fortbildung des Vermächtnis- zum Erbeinsetzungstestament geschaffen wurde, verbot sich in diesem Fall die Übertragung einer Erbenstellung. Dasselbe gilt bei den gesetzlichen Haus- oder Zwangserben, die mit dem Erblasser eine Lebensgemeinschaft gebildet haben. Könnten sie einen anderen an ihre Stelle als Erben setzen, verstieße dies gegen die dem Erblasser geschuldete Pietät. Aus diesem Grund versagen die Sabinianer einem Haus- oder Zwangserben später sogar noch, durch eine *in iure cessio* über die ihnen durch die Erbschaft zugefallenen Sachen zu verfügen. Nicht in gleicher Weise mit dem Erblasser verbunden sind hingegen die weiteren agnatischen Verwandten, die bei der gesetzlichen Erbfolge im Nachrang nach den Hauserben zum Zuge kommen. Sie haben ein schutzwürdiges Interesse daran, die Erbenstellung zu veräußern. Nachdem ihnen dies durch die *in iure cessio* einmal möglich gemacht worden ist, kann der fiktive Prätendentenstreit freilich auch zur Veräußerung von Sachen und Rechten jeder Art eingesetzt werden, so dass man im Versuch der Übertragung eines Nachlasses durch einen anderen Erben zumindest eine Sammelverfügung über die dazu gehörenden Sachen sehen kann. Aus Sicht der Prokulianer soll dies sogar für Haus- und Zwangserben gelten, weil sie die Nachlassgegenstände ja auch ebenso wie ein Testamentserbe durch getrennte Verfügungen veräußern können.

### III. Ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang

In welchem zeitlichen Verhältnis die Entstehung der *in iure cessio* zum Erbeinsetzungstestament steht, ist ungewiss. Sie muss jünger sein als das Vermächtnistestament des Zwölftafelgesetzes, durch das die Intestaterbfolge erstmals aufgeweicht wird. Geht sie dessen Weiterentwicklung zum Erbeinsetzungstestament voran, schafft sie hierfür ein Vorbild, weil sie die Auswechslung des gesetzlichen Erben ermöglicht. Ist sie erst später eingeführt worden, ist es das

Erbeinsetzungstestament, das zum Vorbild für Übertragung der Erbenstellung durch einen agnatischen Verwandten des Erblassers wird.

Ist schon diese relative Chronologie unsicher, kann auch die absolute zeitliche Einordnung nicht präzise erfolgen. Einen Hinweis bietet immerhin Paulus' Zuschreibung der *in iure cessio* zum Regelungsbereich der Zwölf Tafeln. Lässt man sie als Erinnerung an das hohe Alter dieses Rechtsgeschäfts gelten, kann der zeitliche Abstand zu dem Gesetz nicht allzu groß gewesen sein. Und für eine rasche Fortbildung des Vermächtnistestaments zum klassischen *testamentum per aes et libram*, das auch Erbeinsetzungen erlaubt, spricht außer der Anbindung an das vom Zwölf Tafelgesetz zugelassene Ritual noch dessen Sprengkraft: Erlaubt das Vermächtnistestament die Aushöhlung der gesetzlichen Erbfolge, liegt der Schritt nicht fern, dem Erblasser auch zu gestatten, diese durch Einsetzung eines oder mehrerer Erben direkt zu verändern. Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man die Schaffung umfassender Testierfreiheit mit *Max Weber* und *Franz Wieacker* in die Zeit der Vergrößerung des römischen Staatsgebietes im vierten und dritten Jahrhundert v. Chr. datiert, die mit der Bildung großer Grundvermögen einhergeht.<sup>78</sup> Dies ist dann auch die Zeit, in der die Entstehung der *in iure cessio* als Instrument zur Veränderung der gesetzlichen Rechtsnachfolger durch einen Erben zu verorten ist.

Damit sind wahrscheinlich alle Schritte zur Vermeidung der gesetzlichen Erbfolge und Mobilisierung des Erwerbs von Todes wegen schon in einer Zeit unternommen, die dem ersten Auftreten des Eigentumsbegriffs vorangeht. Sicher ist: Der entscheidende Sprung ist sogar schon im Zwölf Tafelgesetz gemacht und noch davor angelegt gewesen. Indem der Gesetzgeber ein lebzeitiges Veräußerungsgeschäft als letztwillige Verfügung über bestimmte Sachen anerkennt, gestattet er einem Erblasser zugleich, die gesetzliche Erbfolge durch Vergabe der wichtigsten Vermögensgegenstände zu unterlaufen. Wie die mit der gesetzlichen Regelung auf Zeugenstatus reduzierte Figur des »Vermögensübernehmers« zeigt, muss dies schon vorher Praxis gewesen sein. Und diese liegt wiederum in der Konsequenz des eingesetzten Rituals: Schon in ihrer ursprünglichen Gestalt, die sie lange vor dem Zwölf Tafelgesetz gefunden haben muss, war die *mancipatio* ein Umgehungsgeschäft, mit dem das Verbot einer Veräußerung der Grundbestandteile des bäuerlichen Vermögens zum Schein respektiert und in Wahrheit verletzt wurde. Die in der Veräußerung des eigentlich Unveräußerlichen zum Ausdruck kommende Dispositionsbefugnis einer Person erheischte geradezu ihre Ausdehnung auf die Zeit nach ihrem Tod. Vom Gesetzgeber sanktioniert, entwickelt sie sich dann nach dem Zwölf Tafelgesetz folgerichtig weiter zu der Befugnis zur Ein-

---

<sup>78</sup> Vgl. *Weber*, Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht, 1891, S. 67 ff. und *Wieacker*, Hausgenossenschaft, S. 25 ff. Vgl. auch *Pietrini*, *Deducto usu fructu*, S. 83.

setzung von Erben, von der ein Erblasser jederzeit und ohne Hinzuziehung von Volk oder Heer Gebrauch machen kann.

Geht diese kontinuierliche Entgrenzung der Position eines Sachinhabers dem Übergang zum Konzept des Eigentums ganz oder in seinen wichtigsten Teilen voran, ist die Annahme eines inhaltlichen Zusammenhangs nicht kühn: Wer schon das Schicksal seiner Sachen über den eigenen Tod hinaus bestimmen kann, duldet zu Lebzeiten keine Konkurrenz in der Zuordnung des Herrschaftsrechts. Dieses muss ebenso exklusiv sein wie die Möglichkeit, es von Todes wegen weiterzugeben. Diese vom Gesetzgeber anerkannte Befugnis erheischt, ihren Inhaber als Träger eines ausschließlichen Rechts anzusehen.

Noch wahrscheinlicher macht den vermuteten Zusammenhang, dass es mit dem Nießbrauch ein Schwesterinstitut des Eigentums gibt, dessen Abkunft aus der Vermögensnachfolge von Todes wegen auf der Hand liegt und dessen Ausgestaltung auf das Eigentum Bezug nimmt.



# Der Nießbrauch als Pendant

## I. Eine *pars dominii*?

Der Nießbrauch berechtigt seinen Inhaber für eine bestimmte Zeit, gewöhnlich bis zu seinem Tod, zur umfassenden Nutzung einer Sache. Das Recht ist ebenso dinglich wie das Eigentum. Dieses schrumpft für die Dauer des Nießbrauchs auf ein sogenanntes »nacktes Eigentum« (*nuda proprietas*) zusammen, das seinem Inhaber keine Nutzungsbefugnis mehr verschafft. Im Gegensatz zum Nießbrauch, der an die Person seines Inhabers gebunden und unveräußerlich ist, kann es aber nach wie vor übertragen werden. Bestellt wird der Nießbrauch entweder durch ein Vindikationsvermächtnis, das dem Begünstigten das Recht unmittelbar verschafft, oder durch *in iure cessio*. Sie ist nicht nur erforderlich, wenn der Nießbrauch unter Lebenden, sei es als Geschenk oder aufgrund eines Kaufvertrags, zugewandt wird, sondern auch, wenn er durch Damnationslegat vergeben wird, das nicht automatisch zum Rechtserwerb führt, sondern den Erben lediglich zur Einräumung des Nießbrauchs verpflichtet. Über den Ursprung des Rechtsinstituts gehen die Meinungen weit auseinander. Fest stehen lediglich sein Mindestalter, und dass im erbrechtlichen Kontext nicht nur sein wichtigster Anwendungsbereich liegt, sondern auch seine Entstehung zu verorten ist:<sup>1</sup>

Den Nießbrauch muss es seit dem dritten oder mindestens seit dem frühen zweiten Jahrhundert v. Chr. geben.<sup>2</sup> Er wird nicht nur erwähnt als Gegenstand einer Kontroverse der um 150 v. Chr. wirkenden Juristen Publius Mucius Scaevola, Manius Manilius und Marcus Iunius Brutus, die darum streiten, ob er sich

---

1 Die früher vertretene Ansicht, er sei ursprünglich eine Form der Berechtigung am *ager publicus* gewesen, kann sich lediglich darauf stützen, dass hier zuweilen vom *uti frui* die Rede ist. Maßgeblich ist hier aber auch die *possessio*, die einem Nießbraucher gerade nicht zukommt; vgl. Grosso, *Usufrutto*, S. 21, Marrone, *AUPA* 28 (1961) 1, 24 ff. und *La Rosa, Usus fructus*, S. 23 ff., 67 f., der im Umgang mit dem *ager publicus* aber immerhin insoweit ein Vorbild für den *usus fructus* erkennen möchte.

2 Vgl. Bretonne, *La nozione*, S. 43, *Diósi*, *Ownership*, S. 134. Ins zweite Jahrhundert datieren ihn Ambrosino, *SDHI* 16 (1950) 183, 184, Grosso, *Usufrutto*, S. 15 und *La Rosa, Usus fructus*, S. 6 f.

auch auf ein neugeborenes Sklavenkind erstreckt.<sup>3</sup> Schon bei Plautus findet sich eine aussagekräftige Anspielung auf das Institut, wenn er in der Darstellung des Streits um eine Sklavin dem ›*mea est*‹ des einen Prätendenten ein ›*meus fructus est prior*‹ des anderen gegenüberstellt.<sup>4</sup> Ebenso wie die erwähnten Besitzschutzrechte geht der Nießbrauch folglich auf die Zeit des Legisaktionenprozesses zurück.

Der Zusammenhang mit der Erbfolge ergibt sich aus dem Versorgungszweck, den der Nießbrauch ersichtlich hat. Ist sein Inhaber zur Nutzung der ihm überlassenen Sache, aber nicht dazu befugt, sie zu veräußern oder zu vererben, soll er von ihren Früchten zwar zu Lebzeiten profitieren, sein Recht aber nicht Dritten zugänglich machen können, weder durch direkte Zuwendung unter Lebenden oder von Todes wegen, noch indem er es zunächst in Geld umsetzt.<sup>5</sup> Gerät bei der Versorgungsfunktion regelmäßig die gewaltfreie Ehefrau des Erblassers in den Fokus,<sup>6</sup> beruht dies auf der Überlegung, dass sie nicht zu den Hauserben gehört und daher von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist. Um hierin eine Erklärung für die Herausbildung des Nießbrauchs zu finden, bedarf es aber zweier Unterstellungen: Zum einen muss man voraussetzen, der Nießbrauch sei schon zu einer Zeit entstanden, als die gesetzliche Erbfolge noch zwingend und der Erblasser auf die Zuwendung von Vermächtnissen beschränkt war. Denn ab dem Moment, in dem das *testamentum per aes et libram* auch für Erbeinsetzungen zur Verfügung steht, könnte ein Erblasser seine Frau auch schlicht zur Erbin einsetzen. Zum anderen muss man davon ausgehen, die gewaltfreie Ehe sei schon

3 Die Personen nennt Cicero fin 1.4.12, den eindeutigen Bezug zum Nießbrauch stellt aber erst Ulpian her; vgl. D 7.1.68pr Ulp 17 Sab: *Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarium habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius.* (»Es gab früher Streit in der Frage, ob eine Leibesfrucht dem Nießbraucher gehört; aber es hat sich die Ansicht von Brutus durchgesetzt, wonach der Nießbrauch hier nicht Platz greift, denn ein Mensch kann nicht Frucht eines Menschen sein. Aus diesem Grund hat der Nießbraucher auch keinen Nießbrauch an der Leibesfrucht. Was gilt aber, wenn auch an ihr der Nießbrauch hinterlassen ist? Da die Leibesfrucht selbst vermacht werden kann, kann es auch der Nießbrauch an ihr.«) Vgl. hierzu Grosso, *Usufrutto*, S. 15, Watson, *Law of Property*, S. 206, Diósi, *Ownership*, S. 134 und La Rosa, *Usus fructus*, S. 6 f.

4 Casina 836 f. Vgl. hierzu Wesener, *Ersitzbarkeit*, S. 203 ff. Bretone, *La nozione*, S. 42 und La Rosa, *Usus fructus*, S. 4 f. bezweifeln, dass Plautus mit seiner Formulierung schon auf ein Recht und nicht nur auf eine Form der Nutznießung anspielt. – Unergiebig ist jedenfalls die Erwähnung von *usus* und *fructus* in Mercator 832, auf die sich Wesener a. a. O. ebenfalls beruft; denn *uti* und *frui* erscheinen etwa auch gemeinsam mit *habere* und *possidere* in verschiedenem Kontext; vgl. Watson, *Law of Property*, S. 204 und La Rosa, *Usus fructus*, S. 4.

5 Kaser, *Eigentum und Besitz*, S. 305.

6 So insbesondere Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 458, Ambrosino, SDHI 16 (1950) 183, 184, Marrone, AUPA 28 (1961) 1, 21 f., Bretone, *La nozione*, S. 43, Gallo, *Interpretazione*, S. 114 f. Masson, RHD 13 (1934) 1, 2 f. denkt außer an die gewaltfreie Ehefrau immerhin auch an einen Freigelassenen, den sein Patron versorgen will.

in so früher Zeit ein Phänomen von derart großer gesellschaftlicher Relevanz gewesen, dass es die Rechtsentwicklung angestoßen hätte. Beides ist alles andere als gewiss, ja eher zu bezweifeln.<sup>7</sup> Mehr spricht dafür, dass der Nießbrauch erst nach dem Erbeinsetzungstestament entstanden und ganz allgemein dazu gedacht gewesen ist, Angehörige zu versorgen, die nicht an der Rechtsnachfolge teilnehmen.<sup>8</sup> Dazu können natürlich auch die gewaltfreie Ehefrau<sup>9</sup> eines Erblassers und außer ihr sein emanzipiertes Kind oder sein freigelassener Sklave gehören,<sup>10</sup> die sämtlich nicht in den Genuss der gesetzlichen Erbfolge kommen.<sup>11</sup> Mit einem Nießbrauch können aber auch und gerade gesetzliche Erben bedacht werden, die der Erblasser zwar durch letztwillige Verfügung von der Rechtsnachfolge ausschließen, aber zumindest bis zu ihrem Tod versorgt wissen will. Der Anwendungsbereich, auf dem noch in klassischer Zeit der Schwerpunkt beim Einsatz dieses Rechtsinstituts liegt, entspräche damit demjenigen, für den er von Anfang an bestimmt war.

Unwahrscheinlich ist demgegenüber, und zwar wiederum unter chronologischen Gesichtspunkten, dass der Nießbrauch seine Entstehung dem Interesse des Erblassers an der Sicherung seiner eigenen Existenzgrundlage verdankt.<sup>12</sup> Zwar bietet der Vorbehalt des Nießbrauchs bis heute ein effektives Mittel, um die Erbfolge durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vorwegzunehmen, ohne sich vorzeitig der Nutzung des übertragenen Gegenstands zu berauben. Und es liegt auf der Hand, dass ein Bedürfnis hierfür schon vorhanden war, als die *mancipatio* erstmals dazu verwendet wurde, die gesetzliche Erbfolge zu umgehen. In diesem Fall müsste der Nießbrauch aber nicht nur deutlich älter als das Zwölftefelgesetz sein, mit dem sich diese Zuwendung zu einer regelrechten Verfügung von Todes wegen wandelt.<sup>13</sup> Er müsste auch schon entwickelt worden sein, bevor aus der direkten Veräußerung einer Sache an ihren Destinatär ein Treuhandgeschäft wurde, mit dem der Erblasser einem »Vermögensübernehmer« aufträgt,

7 Dass die gewaltfreie Ehe noch im zweiten Jahrhundert v. Chr. selten war, macht *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 15 ff. geltend.

8 In diese Richtung denkt *Watson, Law of Property*, S. 207.

9 Deren Schutzbedürfnis lässt sich nicht mit *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 11, 37 ff. durch das Argument in Abrede stellen, eine Witwe sei gewöhnlich über die Familie und durch einen Anspruch auf Rückgewähr ihrer Mitgift gut versorgt.

10 Insoweit richtig *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 57.

11 Ein Nießbrauch zugunsten einer Witwe ist bei Cicero (Caec 4.11, 7.19, top 3.17, 4.21) und in den Rechtsquellen etwa durch D 33.2.31 Lab 2 post Iav epit und D 33.2.32.2 Scaev 15 dig dokumentiert. *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 11 ff. hat Recht, wenn sie bemerkt, dass man hieraus wegen des großen zeitlichen Abstands keine direkten Schlüsse auf die Entstehung dieser Rechtsfigur ziehen darf.

12 Dies ist die These von *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 86 ff.

13 Dass sich mit der Zulassung einer regelrechten Verfügung von Todes wegen der Bedarf für einen Nießbrauchsvorbehalt im erbrechtlichen Zusammenhang erledigt, räumt auch *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 124 f. ein.

wie nach seinem Tod mit der zugewandten Sache zu verfahren ist. Denn schon mit der Beteiligung dieses Treuhänders erübrigt sich ein Vorbehalt, mit dem jemand die eigene Versorgung zu Lebzeiten sicherstellen will.<sup>14</sup>

Besteht die ursprüngliche Funktion des Nießbrauchs darin, Angehörige zu versorgen, die von der gewillkürten oder gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind, ist sein gleichsam naturgegebenes Objekt ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück, an dessen Seite erst später städtische Immobilien und Sklaven treten.<sup>15</sup> Nicht ohne Weiteres zu beantworten ist hingegen die Frage, wie der Nießbrauch konstruiert wurde. In diesem Punkt teilt sich die moderne Forschung in zwei Grundströmungen. Die eine betont die Verbindung zum Eigentum, die andere den Charakter des Nießbrauchs als eines selbständigen Rechts:

Auf *Max Kaser* geht die Auffassung zurück, der Nießbrauch sei das Produkt einer funktionellen Aufspaltung des Eigentums.<sup>16</sup> Diese sieht er schon bei den Grunddienstbarkeiten am Werke, die sich als *res mancipi* mit dem Eigentum den Erwerbmodus der *mancipatio* teilen und bis zu einer *lex Scribonia* auch ersessen,<sup>17</sup> später zumindest noch durch Versetzung verloren werden können.<sup>18</sup> Das hier beobachtete Verhältnis von Haupt- und Nutz Eigentum sieht *Kaser* auch beim Nießbrauch am Werke. Dieser sei anfangs als Eigentum an den stehenden und sich erneuernden Früchten angesehen worden. Später habe man ihn für einen Teil des Eigentums an der Muttersache gehalten, weil das Recht an den Früchten nicht ohne Einwirkung auf sie zu verwirklichen ist.<sup>19</sup>

Nicht unähnlich ist die von *Rodolfo Ambrosino* vorgeschlagene Deutung des Nießbrauchs als eine Form von Miteigentum.<sup>20</sup> Dies sollen etliche Parallelen zwischen beiden Instituten zeigen, die auf seine ursprüngliche Struktur schließen ließen.<sup>21</sup> Zu dem Wechsel in Konstruktion sei es durch die nachträglich zugelassene Veräußerung einer Sache unter Vorbehalt des Nießbrauchs gekommen, mit der die ursprüngliche Gleichordnung von Eigentümer und Nießbraucher einem Subordinationsverhältnis habe weichen müssen.

14 Daran scheidet die Datierung von *Pietrini, Deducto usu fructu*, S. 90, die den Nießbrauch in der Zeit zwischen dem Zwölftafelgesetz und der Schaffung des Erbeinsetzungstestaments einordnen will.

15 Vgl. *Kaser, Geteiltes Eigentum*, S. 458 f., *Bretone, La nozione*, S. 43 und *La Rosa, Usus fructus*, S. 8 ff. *Kaser* verweist auch vielleicht nicht zu Unrecht darauf, dass die Interdikte, mit denen ein Nießbraucher Besitzschutz genießt, den Grundstücksinterdikten nachgebildet sind (s. u. S. 121 ff.).

16 Zustimmung erfährt sie vor allem von *Wesener, Ersitzbarkeit*, S. 206 ff.

17 D 41.3.4.28 Paul 54 ed.

18 *Kaser, Geteiltes Eigentum*, S. 450 ff. Dass das Regime der Feldservituten nichts für den Nießbrauch aus gibt, meint dagegen *Grosso, Usufrutto*, S. 25.

19 *Kaser, Geteiltes Eigentum*, S. 461 ff.; vgl. auch *Kaser, Eigentum und Besitz*, S. 302.

20 *Marrone, AUPA* 28 (1961) 1, 34 f. tendiert hierzu mehr als zur Annahme einer funktionellen Teilung des Eigentums.

21 *Ambrosino, SDHI* 16 (1950) 183, 187 ff., 211 ff.

Eine Zwischenstellung zwischen der Deutung als Eigentumsderivat und selbständigem Recht nimmt die Theorie von *Giuseppe Grosso* ein. Er glaubt, der *usus fructus* sei ursprünglich ein Eigentum auf Zeit gewesen.<sup>22</sup> Auch wenn er die Entwicklungsgeschichte im Einzelnen nicht mehr für konstruierbar hält, erkennt *Grosso* ein Bestreben, den Nießbrauch vom eigentlichen Eigentum abzugrenzen und dessen Aushöhlung zu vermeiden. So habe man die Befugnisse des Nießbrauchers strikt an dessen Person gebunden und zeitlich begrenzt.<sup>23</sup> Die spätere Konsequenz dieser Abgrenzung sei dann schließlich die Ausgestaltung als *ius in re aliena* gewesen.<sup>24</sup>

Der Anknüpfung an das Eigentum diametral entgegengesetzt ist die Auffassung, der Nießbrauch sei von vornherein unabhängig vom Eigentum als eigenständiges Recht konzipiert gewesen. Sie wird von *William Buckland* in der Variante vertreten, der Nießbrauch sei im Gegensatz zu den Feldservituten als Recht eigener Art und ganz ohne Bezug zu der betroffenen Sache geschaffen worden.<sup>25</sup> Zwar trifft dies ersichtlich nicht mehr auf den *usus fructus* des klassischen Rechts zu, der als *ius in corpore* gilt und mit einer dinglichen Klage bewehrt ist.<sup>26</sup> Der Annahme einer anfänglichen Konstruktion als »merum ius« steht dies freilich ebenso wenig zwingend entgegen wie der Ansicht, der Nießbrauch habe obligatorische Wurzeln. Hier orientiert sich *Pierre Masson* am Vorbild des Pachtvertrags,<sup>27</sup> *Filippo Gallo* am *legatum sinendi modo*, das einem Vermächtnisnehmer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung eines bestimmten Verhaltens verlieh.<sup>28, 29</sup>

Eher dem Verständnis des Nießbrauchs als Recht neigt auch *Mario Bretone* zu, der den Nießbrauch in seiner ursprünglichen Form für eine komplexe Position der Nutznießung hält.<sup>30</sup> Sie lasse sich eher mit der dynamischen Kategorie der Befugnis als mit einem statischen Verständnis im Sinne der Sachzugehörigkeit begreifen<sup>31</sup> und stelle daher eine Neuerung gegenüber den Feldservituten dar, die dem Modell des Eigentums folgten.<sup>32</sup> Umgekehrt nimmt *La Rosa* an, die Feldservituten seien schon im zweiten Jahrhundert als Rechte an fremder Sache angesehen

22 *Grosso*, Usufrutto, S. 16, 30 f. Für das klassische Recht hat dies schon *Masson*, RHD 13 (1934) 1 behauptet.

23 *Grosso*, Usufrutto, S. 71 f.

24 *Grosso*, Usufrutto, S. 324.

25 *Buckland*, LQR 43 (1927) 326, 335.

26 Hierauf berufen sich *Wesener*, SZ 81 (1964) 83, 86 und *Lohsse*, *Ius adcrendi*, S. 219 f.

27 *Masson*, RHD 13 (1934) 1, 32 ff. Kritisch äußert sich hierzu *Grosso*, Usufrutto, S. 18 f.

28 *Gallo*, Interpretazione, S. 114 ff. Zustimmung bekundet unlängst bei HRP/*Cardilli* § 49 Rn. 11. Kritik üben hingegen *Grosso*, Usufrutto, S. 17 f., *Wesener*, Ersitzbarkeit, S. 205 f. und *La Rosa*, *Usus fructus*, S. 19.

29 Dass der Nießbraucher zunächst über eine bloß obligatorische Berechtigung verfügte, halten auch *Diòsdi*, Ownership, S. 134 und *Pietrini*, *Deducto usu fructu*, S. 127 für denkbar.

30 *Bretone*, La nozione, S. 36 ff.

31 *Bretone*, La nozione, S. 46.

32 *Bretone*, La nozione, S. 26 ff., 35 f.

worden und so auch modellhaft für die Konstruktion des Nießbrauchs in dieser Zeit.<sup>33</sup>

Mangels direkter Zeugnisse für die anfängliche Gestalt des Nießbrauchs sind alle diese Theorien auf Rückschlüsse aus den Aussagen der klassischen Juristen angewiesen. Zugunsten der Ableitung des Nießbrauchs aus dem Eigentum spricht hier vor allem die nicht selten anzutreffende Wendung, der Nießbrauch sei eine ›*pars domini*‹ oder ›*pars rei*‹ oder komme ihr zumindest gleich. Sie wird zuweilen bloß als Reminiszenz an die ursprüngliche Konstruktion des Nießbrauchs angesehen,<sup>34</sup> zuweilen sogar für ein noch aktives dogmatisches Konzept gehalten<sup>35</sup>. Den Gegnern der eigentumsgeleiteten Rekonstruktion des Nießbrauchs gilt sie hingegen als ein bloß zur Lösung bestimmter Probleme eingesetzter Topos. Statt einer Identität zeige er nur inhaltliche oder ökonomische Gleichwertigkeit an<sup>36</sup> und diene insbesondere als Bezeichnung für das dem Eigentümer selbst zukommende Fruchtziehungsrecht<sup>37</sup>. Die Quellen bieten zwar kein einheitliches Bild, lassen sich aber eher in diesem zweiten Sinne deuten:

Die Grundsatzfrage, ob der Nießbrauch eine ›*pars rei*‹ oder ein selbständiges Recht ist, finden wir bei Gaius zwar aufgeworfen, aber nicht beantwortet:<sup>38</sup>

D 46.1.70.2 Gai I verb obl

Si reo in fundum obligato fideiussor in usum fructum accipiatur, quaesitum est, utrum obligetur fideiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in aliud. nobis in eo videtur dubitatio esse, usus fructus pars rei sit an proprium quiddam: sed cum usus fructus fundi ius est, incivile est fideiussorem ex sua promissione non teneri.

Ist ein Schuldner zur Leistung eines Grundstücks verpflichtet und ein Bürge für den Nießbrauch angenommen worden, stellt sich die Frage, ob der Bürge zu einer geringeren oder zu einer anderen Leistung verpflichtet ist. Für uns lautet die Zweifelsfrage, ob der Nießbrauch ein Teil der Sache oder etwas Eigenständiges ist; da der Nießbrauch aber ein Recht an dem Grundstück ist, ist es ungerecht, wenn der Bürge nicht aus seinem Versprechen haftet.

Ein Bürge, der sich für die Einräumung eines Nießbrauchs an einem Grundstück haftbar gemacht hat, soll mit seiner Verpflichtung eine Hauptschuld sichern, die auf die Übereignung des Grundstücks gerichtet ist. Wirksam kann eine Bürgschaft nur dann sein, wenn sie mit der Hauptschuld zumindest teilweise identisch ist; hat sie einen verschiedenen Gegenstand, geht sie ins Leere. Das so aufgeworfene Problem, in welchem Verhältnis Nießbrauch und Eigentum stehen,

<sup>33</sup> La Rosa, *Usus fructus*, S. 80.

<sup>34</sup> Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 474 f.

<sup>35</sup> v. Lübtow, *Schenkungen*, S. 36 f., *Wesener*, SZ 81 (1964) 83, 88, 107 f., *Wesener*, *Ersitzbarkeit*, S. 207 f.

<sup>36</sup> So Grosso, *Usufrutto*, S. 45, 62, 65. Von einem Analogieschluss spricht Marrone, AUPA 28 (1961) I, 13 f.

<sup>37</sup> So Masson, RHD 13 (1934) 161, 177; ähnlich Buckland, LQR 43 (1927) 326, 331.

<sup>38</sup> Im Original der *libri de verborum obligationibus* fand sich der Text in der Rubrik ›*de adpromissoribus*‹; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 262 (Gai 510).

gibt Gaius durchaus Anlass zu Zweifeln. Er sieht sich vor die Wahl gestellt, den Nießbrauch entweder zu einem Teil der Sache oder zu einem ›*proprium quidam*‹ zu erklären, das sich nicht mit dem Eigentum überschneidet.<sup>39</sup> Statt sich zwischen diesen beiden konstruktiven Möglichkeiten zu entscheiden, beschreitet er einen dritten Weg und stellt eine wertende Betrachtung an.<sup>40</sup> Dabei gibt für ihn den Ausschlag, dass sich der Nießbrauch, obwohl ein ›*ius*‹ und damit eigentlich selbständig, doch auf das Grundstück bezieht, an dem der Hauptschuldner das Eigentum verschaffen soll. Wegen dieser Identität des Bezugsobjekts erscheint es ihm gerecht, dass der Bürge, statt jeglicher Verpflichtung ledig zu sein, jedenfalls bis zur Höhe des Wertes des Nießbrauchs haftet.<sup>41</sup>

Gaius' Schilderung gibt nicht zu erkennen, ob die ›*dubitatio*‹, die er so überwindet, eine alte Streitfrage oder ein Problem ist, das er selbst aus Anlass des Falles aufwirft.<sup>42</sup> In diesem zweiten Fall könnte er mit der Gegenüberstellung von ›*pars rei*‹ und ›*proprium quidam*‹ schlicht das Verhältnis beschreiben, das zwischen einem geringeren (›*minus*‹) und einem abweichenden Schuldinhalt (›*aliud*‹) besteht.

Positiv als ›*pars dominii*‹ bezeichnet erscheint der Nießbrauch nur in einer Sentenz aus Paulus' Ediktskommentar:

D 7.1.4 Paul 2 ed

Usus fructus in multis casibus pars dominii est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest.

Der Nießbrauch ist in vielfacher Hinsicht ein Teil des Eigentums, und es steht fest, dass er sowohl unmittelbar als auch zu einem bestimmten Termin bestellt werden kann.

Der Sinn dieser isoliert überlieferten Aussage<sup>43</sup> erschließt sich kaum. Unklar ist sogar, ob es überhaupt eine gedankliche Verbindung zwischen beiden Satzteilen gibt, also die Möglichkeit zur aufschiebenden Befristung des Nießbrauchs daraus folgen soll, dass dieser in bestimmten Beziehungen Teil des Eigentums ist. Selbst wenn dieses Verständnis in Paulus' Sinn wäre, bleibt der konkrete Sinn der Schlussfolgerung im Dunkeln: Paulus könnte einerseits darauf verweisen, dass

39 Masson, RHD 13 (1934) 161, 180 ff. deutet dies so, dass der Nießbrauch, wenn er dem Eigentümer zusteht, eine ›*pars rei*‹ ist, ansonsten ein ›*proprium quidam*‹.

40 Dass sich Gaius weder zugunsten der ›*pars rei*‹ noch zugunsten des ›*proprium quidam*‹ festlegt, erkennt Wesener, SZ 81 (1964) 83, 90, der die Einordnung als ›*ius fundi*‹ aber technisch deuten will.

41 Einen Widerstreit zwischen einer wertenden Betrachtung und einer formalen Konstruktion erkennt auch Grosso, Usufrutto, S. 67, der aber von einem Texteingriff der Kompilatoren ausgeht.

42 Wesener, SZ 81 (1964) 83, 89 sieht hier die überkommene Auffassung des Nießbrauchs als Teil des Eigentums und die neuere Vorstellung eines selbständigen dinglichen Rechts aufeinanderprallen. Bretonne, La nozione, S. 170 macht eine Diskussion unter den Hochklassikern aus.

43 Der Text entstammt einem Abschnitt über die Vadimonien, aus dem mehrere vergleichbare Fragmente mit disparaten Aussagen zu anderen Rechtsinstituten überliefert sind; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 968 (Paul 99).

auch das Eigentum befristet erworben werden kann. Er könnte andererseits aber auch zum Ausdruck bringen wollen, dass sich die Nutzungsbefugnis des Eigentümers in beliebiger Form als Nießbrauch verselbständigen kann.<sup>44</sup> Immerhin wird die Erklärung zur *pars dominii* durch den Zusatz ›*in multis casibus*‹ hinreichend relativiert, um der Deutung zu wehren, Paulus betrachte den Nießbrauch entweder als eine mindere Form von Eigentum oder als einen Bestandteil des Eigentums, der auch dann in diesem vorhanden ist, wenn es das einzige Recht an der Sache ist. Nur mit dieser Einschränkung widerspricht der Text auch nicht Paulus' bekannter Definition des Nießbrauchs, die Justinians Redaktoren an die Spitze der einschlägigen Digestentitel gestellt und sogar in seine Neufassung der Institutionen übernommen haben: In ihr wird der Nießbrauch eigens als Recht an einer *res aliena* bestimmt.<sup>45</sup>

D 7.1.1 Paul 3 Vit = IJ 2.4pr

Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Der Nießbrauch ist das Recht, fremde Sachen unter Bewahrung ihrer Substanz zu gebrauchen und aus ihnen Früchte zu ziehen.

Wichtiger als dieser aus dem Zusammenhang gerissene Satz<sup>46</sup> ist ein Passus aus Paulus' Ediktcommentar, in dem der Spätklassiker explizit verneint, dass der Nießbrauch ein Teil des Eigentums ist:

D 50.16.25pr Paul 21 ed

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Iulianus, et est verius.

Man sagt richtig, ein Grundstück gehöre uns insgesamt, obwohl einem anderen der Nießbrauch daran zusteht, weil der Nießbrauch nicht Teil des Eigentums, sondern eine Dienstbarkeit ist wie der Fahr- oder Fußweg; und ich sage nicht zu Unrecht, dass etwas insgesamt mir gehört, von dem man nicht sagen kann, irgendein Teil gehöre einem anderen. Dieser Ansicht ist auch Julian, und sie trifft eher zu.

44 Dies glaubt *Masson*, RHD 13 (1934) 161, 185 f.

45 Als Argument gegen eine eigentumsähnliche Konstruktion des Nießbrauchs werten die Aussage denn auch *Bretone*, *La nozione*, S. 182 f. und *La Rosa*, *Usus fructus*, S. 54 ff. Dass die Auffassung der Klassiker einheitlich war, konzidiert auch *Wesener*, *Ersitzbarkeit*, S. 210. Einen Eingriff der Kompilatoren vermutet hingegen *Grosso*, *Usufrutto*, S. 33, der glaubt, Paulus habe lediglich festgestellt, dass ein Nießbrauch grundsätzlich nur bei unverbrauchbaren Sachen denkbar sei.

46 Sein Umfeld in Paulus' *libri ad Vitellium* lässt sich nur insoweit bestimmen, als er zu einem Abschnitt über das Nießbrauchsvermögen gehört; vgl. *Lenel*, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1306 (Paul 2081).

Der Text gehört zur Erläuterung der Eigentumsherausgabeklage<sup>47</sup> und hat deshalb einen klaren Bezug. Paulus untersucht, ob die in diesem Rahmen aufgestellte Behauptung des Klägers, die beanspruchte Sache gehöre ihm nach dem Recht der römischen Bürger, deshalb falsch sein könnte, weil sie mit einem Nießbrauch belastet und er auf die *nuda proprietas* reduziert ist. Denkbar wäre dies nur dann, wenn man den Nießbrauch als Teil des Eigentums begreift. Dann ließe sich einwenden, der Kläger verfüge gar nicht zur Gänze über das geltend gemachte Recht, sondern mache es nur insoweit geltend, als es nicht dem Nießbraucher zustehe. Eine praktische Folgerung könnte darin bestehen, dass er einen Besitzer der Sache nur gemeinsam mit dem Nießbraucher belangen könnte. Nicht nur diese Konsequenz wäre unzuträglich; schon der gedankliche Ansatz ist nach Meinung von Paulus und des von ihm zitierten Hochklassikers Julian unrichtig: Der Nießbrauch führt kein Eigenleben im *dominium*, das seinem Inhaber, wenn die Sache mit einem *usus fructus* belastet ist, nur noch teilweise zugewiesen wäre. Er ist vielmehr ein hiervon unabhängiges Recht, das die Zuständigkeit des Eigentums in keiner Weise beeinträchtigt.<sup>48</sup> Es mag zweifelhaft sein, ob Paulus selbst den Nießbrauch schon den Servituten zugeordnet hat oder dies eher auf einen Eingriff der Kompilatoren zurückgeht.<sup>49</sup> Zumindest ein Vergleich zu den Dienstbarkeiten wäre jedoch auch aus klassischer Perspektive treffend, weil diese ersichtlich eine Belastung der Sache und nicht Element des Eigentums sein können.

Gleich in zweifacher Hinsicht relativiert ist die Bezugnahme auf die *pars* in einer Entscheidung Papinians. Der Spätklassiker spricht zum einen lediglich davon, dass der Nießbrauch die Rolle eines Eigentumsanteils einnimmt (*portionis instar optinet*); zum anderen bezeichnet er ihn erkennbar untechnisch als »Vorteil« (*emolumentum*):<sup>50</sup>

D 31.76.2 Pap 7 resp

Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit. voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat: diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est: quoniam fructus portionis instar optinet.

47 Vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1007 f. (Paul 339), der das Fragment mit D 6.1.35.3 verbindet, in dem es um die Inanspruchnahme eines Teils geht. D 50.16.25.1 enthält den Bericht über unterschiedliche Bedeutungen des Begriffs *pars*.

48 Vgl. Grosso, *Usufrutto*, S. 68, Bretone, *La nozione*, S. 158 f. Masson, *RHD* 13 (1934) 161, 174 Fn. 1 und Wesener, *SZ* 81 (1964) 83, 93 f. müssen zur Textkritik greifen und die überlieferte Aussage für interpoliert erklären oder gar in ihr Gegenteil verkehren.

49 Dies tun Masson, *RHD* 13 (1934) 161, 174 Fn. 1 und Wesener, *SZ* 81 (1964) 83, 93 vielleicht nicht zu Unrecht; anders Bretone, *La nozione*, S. 158 und Grosso, *Usufrutto*, S. 67 f.

50 Im Original der papinianischen Responsen fand sich der Text in einem Abschnitt »*de legatis*«; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 911 (Pap 571).

Der Eigentümer eines Grundstücks hat dessen Nießbraucher zum Erben eingesetzt und das Grundstück unter einer Bedingung vermacht. Die Rücksicht auf den Willen des Erblassers lässt nicht zu, dass der Erbe einen Vorteil aus dem Nießbrauch behält; anders ist bei sonstigen Grunddienstbarkeiten entschieden worden, die der Erbe hatte; denn der Nießbrauch steht einem Anteil gleich.

Der Nießbraucher eines Grundstücks ist von dessen Eigentümer zum Erben eingesetzt und zugleich mit einem bedingten Vermächtnis über dasselbe Grundstück beschwert worden. Tritt die Bedingung ein, muss er das Grundstück dem Vermächtnisnehmer herausgeben, ohne sich auf seinen früheren Nießbrauch berufen zu können. Dies ergibt für Papinian die Rücksicht auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers. Während man ihm unterstellen kann, er wolle seinen Erben nicht um Dienstbarkeiten bringen, die ihm bis zum Erbfall zustanden, verhält es sich mit dem Nießbrauch anders. Er stehe einer *portio* an dem Grundstück, also einem Miteigentumsanteil, gleich.

Papinian erwähnt nicht, in welcher Form er den Willen des Erblassers zur Geltung kommen lassen will und wie die gegenteilige Lösung bei Dienstbarkeiten aussieht. Von Florentin erfahren wir, dass es um eine *exceptio doli* geht, mit der ein Erbe die Erfüllung eines Vermächtnisses von der Neubestellung einer infolge des Erbfalls durch Konsolidation erloschenen Dienstbarkeit verlangen kann:

D 30.116.4 Flor II inst

Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. itaque sive ipse fundo heredis servitutum debuit sive ei fundus heredis, licet confusione domini servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est. et nisi legatarius imponi servitutum patiat, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

Ein vermachtetes Grundstück muss so geleistet werden, wie es hinterlassen ist. War also dieses Grundstück mit einer Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks des Erben oder dieses zugunsten des vermachten Grundstücks belastet, muss, obwohl die Dienstbarkeit durch Vereinigung mit dem Eigentum erloschen ist, das frühere Recht wiederhergestellt werden. Und wenn der Vermächtnisnehmer nicht hinnimmt, dass das Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet wird, kann ihm, wenn er das Vermächtnis einklagt, die Arglisteinrede entgegengesetzt werden; wird hingegen die Dienstbarkeit zugunsten des vermachten Grundstücks nicht wiederhergestellt, steht die Vermächtnisklage zur Verfügung.

Auf die Arglisteinrede bezieht sich auch Marcell, wenn er einem Erben ebenfalls verwehrt, seinen früheren Nießbrauch an einem vermachten Sklaven dem Vermächtnisnehmer entgegenzuhalten:

D 31.26 Marcell 16 dig

Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum servum legavit. non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usu fructu.

Jemand, dem das Eigentum an einem Sklaven zustand, hat seinen Nießbraucher zum Erben eingesetzt und den Sklaven einem anderen vermacht. Der Erbe kann sich nicht der Arglistrede bedienen, wenn der Vermächtnisnehmer den Sklaven herausverlangen will, ohne dem Erben den Nießbrauch zu gewähren.

In diesem Fall ist freilich nicht einzusehen, warum der Jurist bloß erwägt, dem Erben eine Einrede zu gewähren. Da Marcell von einem Vindikationsvermächtnis ausgeht, das unmittelbar zu einem Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers führt, kann der Nießbrauch noch nicht durch den Erbfall erloschen sein. Statt einer *exceptio doli* für den Erben ließe sich höchstens überlegen, ob dieser zugunsten des Vermächtnisnehmers auf den Nießbrauch verzichten muss.<sup>51</sup> In der von Papinian behandelten Konstellation ist der Nießbrauch jedenfalls mit dem Eigentum vereinigt worden, weil das Vermächtnis unter einer Bedingung stand und den Vermächtnisnehmer, selbst wenn es sich um ein Vindikationsvermächtnis handelt,<sup>52</sup> nicht sofort zum Eigentümer machen konnte. Daher kommt also bloß eine durch *exceptio doli* zu erwirkende Neubestellung des Nießbrauchs in Betracht.<sup>53</sup> Etwas anderes könnte nur gelten, wenn Papinian den Nießbrauch in der Person des Eigentümers fortbestehen ließe. Dass dies nicht der Sinn der Bezugnahme auf die ›*portio*‹ ist, erhellt die vorangehende Erwähnung eines ›*emolumentum*‹ des Erben. Sie wehrt einem technischen Verständnis des Vergleichs und zeigt, dass Papinian eine ökonomische Betrachtungsweise an den Tag legt.<sup>54</sup> Im Gegensatz zu Dienstbarkeiten ist der Nießbrauch wegen der umfassenden Nutzungsbefugnis, die er seinem Inhaber eröffnet, wirtschaftlich wie ein Eigentumsanteil anzusehen. Ebenso wenig, wie der Erbe diesen einem Vermächtnisnehmer vorenthalten dürfte, kann er sich auf seinen früheren Nießbrauch berufen und so das Vermächtnis praktisch aushöhlen. Hat der Erblasser nicht eigens einen Vorbehalt für den früheren Nießbrauch seines Erben gemacht, darf man ihm nicht unterstellen, er habe dem Vermächtnisnehmer nur die *nuda proprietas* zuwenden wollen.

Dass der Rekurs auf die *portio* nicht der Konstruktion des *usus fructus* dient, zeigt eine weitere Entscheidung Papinians zu einem ähnlichen Fall.<sup>55</sup> Hier spricht

51 Deshalb unterstellt Kieß, *Die confusio*, S. 19 f., Marcell habe ein Damnationislegat behandelt, und schreibt das Verb ›*vindicare*‹ einem späteren Textbearbeiter zu.

52 Dass Papinian nur eine der beiden Vermächtnisarten im Blick gehabt haben könnte, lässt sich auch nicht aus § 1 oder § 3 des Fragments entnehmen, wo der Spätklassiker ganz andere Fälle behandelt.

53 Bretone, *La nozione*, S. 175.

54 Richtig v. Lübtow, *Schenkungen*, S. 46 und Grosso, *Usufrutto*, S. 65; vgl. auch Bretone, *La nozione*, S. 173 ff.

55 Sie stammt aus den *quaestiones* und gehörte hier dem Abschnitt ›*de legatis*‹ an; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 848 (Pap 261).

er wieder von einem ›*emolumentum*‹ und wendet sich sogar explizit gegen die Vorstellung, der Nießbrauch könne eine *pars* des Eigentums sein:<sup>56</sup>

D 31.66.6 Pap 17 quaest

Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet: enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. non idem placuit de ceteris servitutibus. ...

Steht ein Nießbrauch an einem vermachten Grundstück einem Dritten zu, kann er nichtsdestoweniger vom Erben gefordert werden; der Nießbrauch stellt nämlich, auch wenn er ein Recht und kein Anteil ist, einen Vorteil der Sache dar; ist ein Grundstück vermacht worden, kann freilich wegen der Verpflichtungen aus dem Vermächtnis geklagt werden, wie zum Beispiel, wenn das Grundstück verpfändet oder in fremdem Besitz ist. Für andere Dienstbarkeiten gilt dies nicht. ...

Auch wenn ein vermachtes Grundstück mit dem Nießbrauch eines Dritten belastet ist, braucht sich der Vermächtnisnehmer nicht mit der *nuda proprietas* zufriedenzugeben. Vielmehr kann er vom Erben das Grundstück einschließlich des mit dem Eigentum verbundenen Nutzungsrechts, also ohne den Vorbehalt des Nießbrauchs, verlangen. Dies liegt aber, wie Papinian betont, nicht etwa daran, dass der Nießbrauch ein Teil des Eigentums wäre.<sup>57</sup> Er ist aus seiner Sicht vielmehr ein eigenständiges Recht. Das durch ihn gewährleistete Nutzungsrecht ist aber wirtschaftlich in dem Eigentum enthalten<sup>58</sup> und wird folglich von dem Vermächtnis erfasst. Verkürzt lautet dies, dass der Vermächtnisnehmer den Nießbrauch dennoch fordern kann.

Dezidiert verneint wird die Auffassung des Nießbrauchs als Teil des Eigentums auch von Ulpian:

D 46.4.13.2 Ulp 50 Sab

Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui enim accepto facit, vel totum vel partem eius, quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel parietem vel diaetam.

Es steht fest, dass derjenige, der sich ein Grundstück hat versprechen lassen und den Nießbrauch oder das Recht zum Fahrweg erlässt, sich in einer solchen Position befindet, dass der Erlass nicht gilt; wer erlässt, muss dies nämlich für den gesamten Gegenstand des Versprechens

56 Auf die inhaltliche Verbindung dieser Aussage zu der von D 31.76.2 Pap 7 resp weist auch *Bretone*, *La nozione*, S. 176 hin.

57 Dies betont Papinian auch in D 7.1.33.1, ein Text, der ebenfalls dem 17. Buch seiner *Quästionen* entstammt; s. u. S. 132 f.

58 Ein ökonomisches Raisonement erkennen auch in diesem Fall zu Recht *Grosso*, *Usufrutto*, S. 65 und *Bretone*, *La nozione*, S. 172 f.; vgl. auch *Meylan*, *Fructus*, S. 124 f.

oder einen Teil hiervon tun; der Nießbrauch und das Recht zum Fahrweg sind aber ebenso wenig seine Teile, wie wenn jemand, der sich ein Hausgrundstück hat versprechen lassen, einen Erlass wegen des Zements, der Fenster, einer Wand oder eines Zimmers vornehmen kann.

Ulpian erklärt einen Erlass für unwirksam, der statt des geschuldeten Grundstücks einen Nießbrauch an diesem zum Gegenstand hat. Der Gläubiger kann weiterhin auf einer vorbehaltlosen Übertragung des Eigentums bestehen. Er ist nicht etwa darauf beschränkt, sich mit einer Übereignung unter Nießbrauchsvorbehalt zu begnügen, die ihm nur die *nuda proprietas* einbrächte. Für Ulpian folgt dies daraus, dass der Nießbrauch ebenso wie eine Dienstbarkeit keine *pars* des Leistungsobjekts ist. Er zieht einen Vergleich zu den Bestandteilen eines Hauses, auf die ein Gläubiger, dem das betroffene Grundstück geschuldet ist, ebenfalls nicht wirksam verzichten kann. In diesem Fall liegt auf der Hand, dass man es nicht mit einem gesonderten Teil der Sache zu tun hat. Bei den zum Bau des Hauses verwendeten Materialien liegt es daran, dass sie durch die Verbindung mit dem Grundstück ihre Sachqualität einbüßen; bei einem Zimmer ergibt es sich daraus, dass es sich schon körperlich nicht vom Hausgrundstück trennen lässt. Übertragen auf Nießbrauch und Dienstbarkeit bedeutet dies: Vor ihrer Begründung durch Vorbehalt oder Bestellung existieren diese Rechte überhaupt nicht, und zwar auch nicht als Elemente des geschuldeten Eigentums. Ulpian geht damit über seine Aussage im unmittelbar vorangehenden Abschnitt desselben Fragments hinaus. Dort führt er die Unwirksamkeit des Erlasses einer Dienstbarkeit noch darauf zurück, dass sie sich nicht vom Eigentum trennen lasse:

D 46.4.13.1 Ulp 50 Sab

Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani ...

Ist das, was zum Gegenstand eines Versprechens gemacht worden ist, keiner Teilung zugänglich, ist ein teilweiser Erlass unwirksam, wie zum Beispiel, wenn er die Dienstbarkeit an einem ländlichen oder städtischen Grundstück betrifft ...

Hier verneint er schon, dass sie oder der Nießbrauch überhaupt als Teile des versprochenen Grundstücks vorhanden sind.<sup>59</sup>

Sprechen sich mit Papinian, Paulus und Ulpian alle bedeutenden Spätklassiker explizit dagegen aus, den Nießbrauch als Teil des Eigentums gelten zu lassen, lässt sich eine solche Auffassung auch nicht den Aussagen älterer Juristen entnehmen, in denen von einer *pars* die Rede ist. Angestrebt ist hier jeweils nur ein Vergleich von Nießbrauch und Miteigentumsanteil. Ganz offensichtlich ist dies in

---

<sup>59</sup> Richtig *Bretone*, *La nozione*, S. 193, der den Nießbrauch in Anknüpfung von Gaius' Terminologie in D 46.1.70.2 Gai 1 verb obl (s. o. S. 92 f.) als ›*proprium quidam*‹ bezeichnet.

einem Fragment aus den Digesten Julians, in dem der Hochklassiker die beiden Konstellationen eigens als ähnlich (>*similis*<) bezeichnet:<sup>60</sup>

D 45.1.58 Iul 54 dig

Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intellegitur, si usus fructus detrahatur. et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit. [nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigii possunt.]

Wer sich den Nießbrauch eines Grundstücks und danach dieses selbst hat versprechen lassen, ist demjenigen ähnlich, der sich den Teil eines Grundstücks und danach dieses in Gänze hat versprechen lassen, weil das Grundstück als nicht geleistet erscheint, wenn der Nießbrauch vorbehalten ist. Und umgekehrt ist derjenige, der sich ein Grundstück und danach den Nießbrauch versprechen lässt, demjenigen ähnlich, der sich das ganze Grundstück und danach einen Teil hiervon versprechen lässt. Wer sich aber ein Viehtrift-, danach ein Gehwegerecht versprechen lässt, erzielt mit dem späteren Versprechen keine Rechtswirkungen, und zwar ebenso wenig wie derjenige, der sich erst zehn und dann fünf versprechen lässt. Auch wer sich erst die Fruchtziehung und dann den Gebrauch versprechen lässt, bewirkt nichts. [Dies gilt in allen Fällen freilich nur, falls nicht eigens die Absicht kundgetan ist, dass das Versprechen mit dem Ziel der Novation erfolgt. Dann ist nämlich die frühere Verpflichtung erloschen und durch die zweite ein Forderungsrecht begründet, und dann können der Gehweg, der Gebrauch und fünf gefordert werden.]

Die Novation einer Verpflichtung findet nicht bloß dann statt, wenn der Gegenstand des zweiten Versprechens identisch mit dem ursprünglichen Schuldinhalt ist.<sup>61</sup> Auch wenn er darüber hinausgeht, ersetzt die zweite Verpflichtung die frühere. Anders verhält es sich, wenn die spätere Verbindlichkeit hinter der älteren zurückbleibt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Leistung zunächst zehn und dann fünf betragen soll oder das Versprechen eines Gehwegs auf das einer Viehtrift folgt, die den Gehweg einschließt. Bei der Verpflichtung zur Einräumung eines *usus fructus* und dem nachfolgenden Versprechen des *usus* erschließt sich die bloße Teilidentität schon aus der lateinischen Bezeichnung von Nießbrauch und Gebrauchsrecht. In einem Verhältnis von Mehr und Weniger stehen aber auch das Eigentum und der Nießbrauch: Lässt sich jemand erst das Eigentum an einer Sa-

60 In Julians Werk entstammt es dem Abschnitt »de solutionibus et liberationibus«; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 458 (Iul 715).

61 Zum nachträglich angefügten Schlusssatz des Textes Härke, *Argumenta*, S. 79 Fn. 24. Eine weitergehende Interpolation des Fragments, die auch dem nachträglichen Versprechen eines »Mehr« gilt, vermutet noch Apathy, *Animus novandi*, Wien/New York 1975, S. 245 f.

che und dann den Nießbrauch zusagen, ist das zweite Versprechen wirkungslos. Im umgekehrten Fall kommt es hingegen zur Novation, so dass der ältere Anspruch auf den Nießbrauch durch das später begründete Recht auf Übereignung ersetzt wird. Julian verdeutlicht diese Lösung mit Hilfe des Vergleichs zum Versprechen von Allein- und Miteigentum. Damit ist nicht gesagt, dass der Nießbrauch eine *pars fundi* und ein Teil des Eigentums ist.<sup>62</sup> Julian behauptet nur die Ähnlichkeit beider Fälle.<sup>63</sup> Eine Entscheidungshilfe bietet der Fallvergleich deshalb, weil das Miteigentum als besondere Variante der *proprietas* offensichtlich ein *minus* im Verhältnis zum Alleineigentum ist. Zwischen Nießbrauch und Eigentum besteht eine vergleichbare Abstufung,<sup>64</sup> weil das im Nießbrauch verkörperte Nutzungsrecht auch dem Eigentümer zukommt, falls es ihm nicht gerade durch die Belastung seiner Sache mit einem Nießbrauch entzogen ist.<sup>65</sup>

Allenfalls einen Vergleich stellt auch Pomponius an, wenn er die Möglichkeiten zum Widerruf eines Vermächtnisses behandelt:<sup>66</sup>

D 34.4.2 Pomp 5 Sab

Fundo legato adimi ita potest: ›fundum illi praeter usum fructum neque do neque lego‹, ut usus fructus in legato relinquatur. (1) Sed et fructus adimi potest, ut proprietas relinquatur. (2) Item pars fundi legati adimi potest.

Beim Vermächtnis eines Grundstücks kann ein Widerruf wie folgt geschehen: »Außer dem Nießbrauch vermache ich jenem das Grundstück nicht.« (1) Es kann aber auch nur das Vermächtnis des Nießbrauchs widerrufen werden, so dass das Eigentum hinterlassen wird. (2) Ebenso kann das Vermächtnis im Hinblick auf einen Teil des Grundstücks widerrufen werden.

Hat jemand ein Grundstück vermacht, kann er diese Verfügung nicht nur insgesamt, sondern auch so aufheben, dass er dem Vermächtnisnehmer lediglich den Nießbrauch zuwendet und dem Erben das nackte Eigentum belässt. Oder er kann es in der Weise widerrufen, dass er umgekehrt den Nießbrauch für den Erben vorbehält und dem Vermächtnisnehmer einstweilen nur die *nuda proprietas* hinterlässt, damit sie sich erst mit dem Tod des Erben zum unbeschränkten Eigentum wandelt. Beiden Fällen stellt Pomponius mit der Einleitung ›item‹ die Konstellation an die Seite, in dem sich der Widerruf eines Vermächtnisses auf einen Teil

62 So aber Masson, RHD 13 (1934) 161, 165 f. und Wesener, SZ 81 (1964) 83, 92 f. Kaser, Geteiltes Eigentum, S. 467 f. räumt immerhin ein, dass Julian die Sache als ungeteilt ansieht.

63 Richtig Bretone, La nozione, S. 155 f.

64 Dies stellt auch Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, Köln/Graz 1965, S. 49 ff. nicht in Frage, obwohl er den mit ›quia‹ eingeleiteten Begründungssatz für verfälscht hält.

65 Vgl. Härke, Argumenta, S. 79. Man kann dies mit Grosso, Usufrutto, S. 65 auch eine ökonomische Teilidentität nennen.

66 Lenel, Palingenesia, Bd. 2, Sp. 94 Fn. 5 (Pomp 436) ordnet das Fragment einem Abschnitt über den Widerruf letztwilliger Verfügungen zu, hält aber auch für möglich, dass es einem Kapitel über das Nießbrauchsvermächtnis entstammt.

der zugewandten Sache beschränkt. Will der Jurist hiermit überhaupt einen Vergleich anstrengen, ergibt sich die Ähnlichkeit der Fälle allein daraus, dass in allen drei Konstellationen das Vermächtnis nicht vollständig aufgehoben, sondern der Legatar weiterhin durch eine Zuwendung begünstigt ist, die aber hinter der ursprünglichen zurückbleibt. Statt des Alleineigentums erhält er nur einen Miteigentumsanteil; und statt des unbeschränkten Eigentums erlangt er entweder nur das durch den Nießbrauch eröffnete Nutzungsrecht oder umgekehrt das Eigentum ohne dieses Nutzungsrecht. Weiter, insbesondere zu Konstruktionsfragen, verhält sich Pomponius nicht.

Schon spezifischer fällt der Vergleich aus, den Pomponius' Zeitgenosse Gaius zieht, um seine Entscheidung für die Eviktionshaftung eines Käufers zu begründen.<sup>67</sup>

D 21.2.49 Gai 7 ed prov

Si ab emptore usus fructus petatur, proinde is venditori denuntiari debet atque is a quo pars petitur.

Wird gegenüber einem Käufer der Nießbrauch geltend gemacht, muss er dem Verkäufer ebenso Anzeige machen wie derjenige, von dem ein Anteil gefordert wird.

Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers wird nicht nur dadurch aktiviert, dass jemand dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache streitig macht. Auch wenn der Dritte ein anderes Recht geltend macht, das wie der Nießbrauch gegenüber dem Käufer wirksam ist, hat der Verkäufer hierfür einzustehen. Verweist Gaius dabei auf die Eviktion einer *pars*, will er nicht sagen, dass der Nießbrauch als Teil der Kaufsache oder des Eigentums anzusehen ist.<sup>68</sup> Mit dem Miteigentum findet er nur ein Vergleichsobjekt, das sich einerseits vom Alleineigentum als typischem Gewährleistungsfall unterscheidet, ihm als weitere Erscheinungsform der *proprietas* andererseits nähersteht als der *usus fructus*. Gemeinsam ist beiden der Charakter als dingliches Recht, das sich auch einem Sacherwerber gegenüber durchsetzt.<sup>69</sup>

Lässt sich den Erwähnungen der *pars rei* nicht mehr entnehmen, als dass die Juristen den Nießbrauch zuweilen mit einem Miteigentumsanteil vergleichen, fehlt es auch an Belegen für die Vorstellung, Eigentum und Nießbrauch könnten derselben Person zustehen. Wäre der Nießbrauch und nicht nur das durch ihn verkörperte Nutzungsrecht Element des Eigentums, müssten die Juristen ihn auch dem Eigentümer zuerkennen. Stattdessen beharren sie darauf, dass er we-

67 In Gaius' Ediktskommentar findet sie sich im Abschnitt über die *vindicatio usus fructus*; vgl. Lenel, *Palin-genesia*, Bd. 1, Sp. 203 (Gai 170).

68 Dass es um einen bloßen Analogieschluss geht, gesteht auch Wesener, SZ 81 (1964) 83, 93 zu.

69 Entgegen Grosso, *Usufrutto*, S. 65 ist es also keine rein ökonomische Betrachtung, die Gaius anstellt.

gen seines Vollrechts keinen Nießbrauch haben kann. Besonders deutlich kommt dies in einem von Paulus stammenden Paradoxon zum Ausdruck:

D 7.1.63 Paul sing iur sing

Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest.

Auch was uns nicht gehört, können wir auf andere übertragen, wie zum Beispiel derjenige, der ein Grundstück hat, den Nießbrauch übertragen kann, obwohl er ihn nicht hat.

Vermutlich ist es die Absurdität der Aussage, der sie ihre Aufnahme in Paulus' Buch »*de iure singulari*« verdankt.<sup>70</sup> Zu der aus demselben Werk überlieferten Definition des Einzelfallrechts als »*contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem*« eingeführt<sup>71</sup> passt sie jedenfalls dann, wenn man das Verb »*cedere*« wörtlich im Sinne von »übertragen« versteht.<sup>72</sup> Dann erscheint es allerdings widersinnig, dass der Eigentümer eines Grundstücks einen anderen zu dessen Nießbraucher machen können soll. Denn der Eigentümer selbst verfügt, wie Paulus hervorhebt, eben nicht über den Nießbrauch und kann ihn folglich auch nicht regelrecht übertragen.<sup>73</sup> Er kann das Recht des Nießbrauchers nur neu schaffen, was bei einer Bestellung durch *in iure cessio* allerdings nicht im Namen des Rechtsaktes hervortritt.

Auch Ulpian spricht dem Eigentümer den Nießbrauch ausdrücklich ab und verweigert ihm deshalb die Aktivlegitimation zur *vindicatio usus fructus*.<sup>74</sup> Diese könne nur vom Nießbraucher erhoben werden und sei in den Händen des Eigentümers ein fremdes Recht. Nichts anderes ergebe sich aus der *actio negatoria*, mit der sich ein Eigentümer gegen die Inanspruchnahme seiner Sache durch einen Nießbraucher wendet. Statt ihm sein Recht wie ein anderer Prätendent streitig zu machen, führe er auch in diesem Fall nur sein Eigentum ins Feld.<sup>75</sup>

D 7.6.5pr Ulp 17 ed

Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod

<sup>70</sup> Aus diesem Buch sind nur drei Fragmente überliefert, von denen das erste die bekannte Definition des *ius singulare* enthält; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1118 (Paul 906).

<sup>71</sup> D 1.3.16 (Paul 905).

<sup>72</sup> *Bretone*, *La nozione*, S. 189 meint hingegen, Paulus behandle die spezielle Situation, in der ein Nießbrauch vom Inhaber einer *nuda proprietas* eingeräumt wird.

<sup>73</sup> Vgl. *Lübnow*, *Schenkungen*, S. 43.

<sup>74</sup> Vgl. *Lübnow*, *Schenkungen*, S. 43 und *Grosso*, *Usufrutto*, S. 42 ff.

<sup>75</sup> Der Text steht in Ulpian's Ediktskommentar am Beginn des Abschnitts über die Vindikation des Nießbrauchs; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 516 (Ulp 590).

si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

Das Recht zu Gebrauch und Fruchtziehung kann nur geltend machen, wer den Nießbrauch hat, nicht der Eigentümer, weil derjenige, der das Eigentum hat, kein getrenntes Recht auf Gebrauch und Fruchtziehung hat; und das eigene Grundstück kann nicht zu seinen Gunsten belastet werden; jeder darf nämlich nur sein eigenes, nicht ein fremdes Recht einklagen. Obwohl dem Eigentümer nämlich die Abwehrklage gegen den Nießbraucher zusteht, klagt er ersichtlich eher sein eigenes Recht ein als ein fremdes, wenn er bestreitet, dass dem Nießbraucher ohne seine Zustimmung kein Recht zu Gebrauch und Fruchtziehung zustehe. Ist der Kläger aber nicht der Inhaber des Eigentums, obsiegt der Nießbraucher, auch wenn er kein Recht zu Gebrauch und Fruchtziehung hat, weil Besitzer in der stärkeren Position sind, auch wenn sie kein Recht haben.

Der Satz, ein Eigentümer könne nicht den Nießbrauch geltend machen, findet sich auch bei Pomponius, ist hier aber erkennbar ein Fremdkörper im Gedankengang:<sup>76</sup>

D 44.2.21.3 Pomp 31 Sab

Si fundum meum esse petiero, deinde postea usum fructum eiusdem fundi petam, qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat, meus sit: exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest. sed si usum fructum, cum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usu fructu experiar, potest dici alia res esse, quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior usus fructus et iure proprietatis quasi ex nova causa rursus meus esse coepit.

Habe ich ein Grundstück als mir gehörig gefordert und mache ich danach den Nießbrauch an demselben Grundstück geltend, der mir deshalb zustehen soll, weil mir das Grundstück gehört, steht mir eine Einrede entgegen, weil jemand, der ein Grundstück hat, den Nießbrauch nicht als ihm gehörig fordern kann. Habe ich aber den Nießbrauch vindiziert, weil er mir gehörte, und klage ich später nach Erwerb des Eigentums erneut wegen des Nießbrauchs, kann man sagen, dass es sich um eine andere Sache handelt, weil der Nießbrauch, wie er früher bestand, nachdem ich das Eigentum am Grundstück erworben habe, erloschen ist und mir kraft des Eigentumsrechts aus einem anderen Grund wieder gehört.

Beim ersten der beiden hier behandelten Fälle passen Entscheidung und Begründung offensichtlich nicht zusammen: Hat jemand zunächst sein Eigentum an einem Grundstück geltend gemacht und beruft sich anschließend auf seinen Nießbrauch, soll die zweite Klage am Einwand der Rechtskraft scheitern. Im überlieferten Text wird dies aber nicht, wie zu erwarten wäre, auf die teilweise Identität des Streitgegenstands zurückgeführt. Stattdessen wird die von Ulpian bekannte Regel zitiert, ein Eigentümer könne nicht den Nießbrauch geltend machen. Just eine solche Klage will Pomponius aber im zweiten Fall zulassen, wenn jemand zu-

<sup>76</sup> Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 140 (Pomp 755) ordnet den Text innerhalb von Pomponius' Sabinuskommentar einem Abschnitt über die Vindikation im Allgemeinen zu.

nächst den Nießbrauch als dessen Inhaber und später aufgrund des zwischenzeitlich erlangten Eigentums vindiziert. Hier soll die Rechtskraft der Entscheidung des ersten Rechtsstreits nicht entgegenstehen, weil der Nießbrauch nun ›*ex nova causa*‹ gefordert wird. Spricht hiernach mehr dafür, dass die Begründung der ersten Entscheidung entweder nicht echt oder zumindest nicht wörtlich gemeint ist,<sup>77</sup> heißt dies aber nicht, Pomponius erkenne den Nießbrauch als Teil des Eigentums an.<sup>78</sup> Im Gegensatz zu Ulpian lässt er einen Eigentümer zwar offensichtlich zur *vindicatio usus fructus* zu.<sup>79</sup> Ihre Grundlage erkennt er aber in dem Nutzungsrecht des Eigentümers und nicht etwa in einem hierin verborgenen Nießbrauch.<sup>80</sup> Andernfalls müsste er der Klage im zweiten Fall die Zulässigkeit versagen, weil der mittlerweile zum Eigentümer avancierte Nießbraucher ja noch sein schon früher behauptetes Recht geltend macht. Für Pomponius steht aber fest, dass es durch den Eigentumserwerb erloschen und die Klage durch das ›*ius proprietatis*‹ eine neue Grundlage hat.

Auch Julian wendet sich in seinen Digesten gegen eine parallele Inhaberschaft an Eigentum und Nießbrauch und betont, dass dieser bei einem Zusammentreffen in derselben Person untergeht:<sup>81</sup>

D 7.4.17 Iul 35 dig

Si tibi fundi usus fructus pure, proprietas autem sub condicione Titio legata fuerit, pendente condicione dominium proprietatis adquisieris, deinde condicio extiterit, pleno iure fundum Titius habebit neque interest, quod detracto usu fructu proprietas legata sit: enim dum proprietatem adquiris, ius omne legati usus fructus amisisti.

Ist dir der Nießbrauch an einem Grundstück unbedingt, das Eigentum aber unter einer Bedingung dem Titius vermacht und hast du, während der Eintritt der Bedingung noch in der Schwebe war, das Eigentum erworben und ist dann die Bedingung eingetreten, hat Titius das Grundstück zu vollem Recht; und es kommt nicht darauf an, ob es unter Ausnahme des Nießbrauchs vermacht ist. Denn indem du das Eigentum erworben hast, hast du das gesamte vermachte Nießbrauchsrecht verloren.

77 Weitreichende Interpolationsvermutungen stellt v. Lübtow, *Schenkungen*, S. 48 f. an. Gegen die Annahme einer Textveränderung wendet sich Bretone, *La nozione*, S. 162, 167.

78 Masson, *RHD* 13 (1934) 161, 184 spricht demnach nicht zu Unrecht davon, dass der *usus fructus* in den Händen des Eigentümers ein bloßes Symbol ist.

79 Dies ist also entgegen Grosso, *Usufrutto*, S. 41 f. und *La Rosa, Usus fructus*, S. 76 zumindest im Fall von Pomponius noch kein sicheres Anzeichen dafür, dass Eigentum und Nießbrauch nicht in derselben Person bestehen können.

80 Bretone, *La nozione*, S. 164 f., 168 f. glaubt, für Pomponius sei dieses Nutzungsrecht als *minus* im Eigentum enthalten und eine *pars dominii* im Sinne einer strukturellen Abhängigkeit.

81 Das Fragment entstammt einem Abschnitt über das Nießbrauchsvermächtnis in Julians Digesten; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 412 (Iul 512).

Ein Grundstück ist zum Gegenstand zweier Vermächtnisse geworden: Den Nießbrauch an ihm hat der Erblasser einem Vermächtnisnehmer unbeding, das Eigentum einem anderen unter einer Bedingung zugewandt. Erwirbt danach der Nießbraucher das Eigentum, fällt es mit Eintritt der Bedingung an den anderen Vermächtnisnehmer; und dessen Recht ist auch nicht durch den Nießbrauch beschränkt. Dieser ist nämlich, wie Julian eigens hervorhebt, infolge der Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person ein für alle Mal erloschen.<sup>82</sup> Dies gilt selbst dann, wenn das Eigentum unter Abzug des Nießbrauchs vermacht worden ist. Denn dieser Vorbehalt bedeutet nicht, dass der Vermächtnisnehmer für immer nur die *nuda proprietas* haben soll.<sup>83</sup> Er beschränkt das Eigentum nur so lange, bis der zugleich vermachte Nießbrauch untergeht, wofür dessen Inhaber durch den Erwerb des Eigentums hier selbst gesorgt hat.<sup>84</sup> Eine Wiederentstehung des Nießbrauchs hätte ein weiteres Vermächtnis vorausgesetzt.<sup>85</sup>

Eben ein solches liegt vor, wenn ein Erblasser den Nießbrauch für mehrere getrennte Zeitabschnitte zuwendet. Hiermit befasst sich Julian im selben Buch seiner Digesten:<sup>86</sup>

D 7.1.34pr Iul 35 dig

Quotiens duobus usus fructus legatur ita, ut alternis annis utantur fruantur ... quod si Titius eo anno, quo frueretur, proprietatem accepisset, interim legatum non habebit, sed ad Maevium alternis annis usus fructus pertinebit: et si Titius proprietatem alienasset, habebit eum usum fructum, quia et si sub condicione usus fructus mihi legatus fuerit et interim proprietatem ab herede accepero, pendente autem condicione eandem alienavero, ad legatum admittar.

Immer wenn zweien der Nießbrauch so vermacht ist, dass sie ihn im Turnus jeweils für ein Jahr haben sollen ... Hat aber Titius in dem Jahr, in dem er den Nießbrauch hatte, das Eigentum erworben, fällt für ihn das Vermächtnis weg, aber Maevius steht der Nießbrauch ein um das andere Jahr zu. Und wenn Titius das Eigentum wieder veräußert hat, erlangt er wieder den Nießbrauch, weil ich auch dann aus dem Vermächtnis berechtigt bin, wenn mir ein Nießbrauch unter einer Bedingung vermacht ist und ich zwischenzeitlich das Eigentum von dem Erben erworben und, noch während der Eintritt der Bedingung in der Schwebe war, wieder veräußert habe.

Sollen sich zwei Vermächtnisnehmer im Jahresrhythmus in den Nießbrauch teilen, führt der Erwerb des Eigentums durch einen der beiden dazu, dass nur der

<sup>82</sup> Vgl. Buckland, LQR 43 (1927) 326, 329, Masson, RHD 13 (1934) 161, 172 und Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 199 f. Ambrosino, SDHI 16 (1950) 183, 209 will den Text hingegen so verstehen, dass Julian den Nießbrauch als *pars dominii* begreift.

<sup>83</sup> Kieß, *Die confusio*, S. 16 f., Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 200.

<sup>84</sup> Auf diesen Gesichtspunkt macht Kieß, *Die confusio*, S. 17 aufmerksam.

<sup>85</sup> Harke, *Argumenta*, S. 212.

<sup>86</sup> Auch dieses Fragment gehört zum Titel über das Nießbrauchsvermächtnis; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 409 (Iul 500).

andere den Nießbrauch behält und deshalb jedes zweite Jahr zur Fruchtziehung berechtigt ist. Zu einer alternierenden Zuständigkeit kann es aber erneut dadurch kommen, dass sich der Nießbraucher, der das Eigentum erworben hat, dieses Rechts wieder bis zum nächsten Termin entledigt, in dem er nach dem Vermächtnis wieder für ein Jahr zur Fruchtziehung berechtigt sein soll. Wie der Vergleichsfall eines einfach bedingten Vermächtnisses zeigt, liegt dies nicht etwa daran, dass die einmal eingetretene Konsolidation wieder aufgehoben wird,<sup>87</sup> stattdessen erlangt der betroffene Vermächtnisnehmer den Nießbrauch jetzt auf anderer Grundlage. Obwohl als einheitliche Verfügung formuliert, enthält die Anordnung des Erblassers in Wahrheit eine Vielzahl von Vermächtnissen, die jeweils für ein Jahr gültig sind. Deshalb kann jeder der beiden Vermächtnisnehmer, der seinen Nießbrauch zwischenzeitlich eingebüßt hat, diesen zum nächsten Termin wiedererlangen, wenn bis dahin das Hindernis für seine Berechtigung beseitigt ist.

Besteht Julian in beiden Konstellationen darauf, dass der Nießbrauch durch Vereinigung mit dem Eigentum erlischt, wird dies nicht durch eine Aussage in Frage gestellt, die wiederum aus demselben Buch seiner *Digesten* stammt und von *Lenel* sogar mit D 7.4.17 zu einem Fragment zusammengefasst ist. Hier ist der dort behandelte Fall umgekehrt:

D 7.6.4 Iul 35 dig

Fundus detracto usu fructu legatus est Titio et eiusdem fundi usus fructus Sempronio sub conditione: dixi interim cum proprietate usum fructum esse, licet placeat, cum detracto usu fructu fundus legatur, apud heredem usum fructum esse: quia pater familias cum detracto usu fructu fundum legat et alii usum fructum sub conditione, non hoc agit, ut apud heredem usus fructus remaneat.

Titius ist ein Grundstück unter Ausnahme des Nießbrauchs und Sempronius der Nießbrauch unter einer Bedingung vermacht worden; ich habe befunden, dass sich der Nießbrauch einstweilen beim Eigentum befindet, obwohl der Nießbrauch, wenn ein Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs vermacht wird, anerkanntermaßen beim Erben verbleibt; denn der Erblasser hat, wenn er das Grundstück unter Ausnahme des Nießbrauchs vermacht und einem anderen unter einer Bedingung den Nießbrauch, nicht beabsichtigt, dass der Nießbrauch beim Erben verbleibt.

Das Grundstück ist unter Ausnahme des Nießbrauchs unbedingt, der Nießbrauch selbst hingegen bedingt vermacht. Julian beschäftigt sich mit dem Schicksal des Nutzungsrechts während der Schwebezeit bis zum Eintritt der Bedingung. Bei einem einfachen Vermächtnis einer Sache unter Abzug des Nießbrauchs steht es dem Erben zu. Aus Julians Sicht entspricht diese Lösung aber nicht dem Willen eines Erblassers, der das Grundstück einem anderen zugewandt hat. Dieser soll statt des Erben einstweilen zur Fruchtziehung be-

<sup>87</sup> Vgl. *Kieß*, *Die confusio*, S. 21 und *Harke*, *Argumenta*, S. 90.

rechtigt sein. Spricht Julian davon, dass der »Nießbrauch beim Eigentum bleibt« (*cum proprietate usum fructum esse*), will er damit nicht seiner eigenen in D 7.4.17 überlieferten Aussage widersprechen und behaupten, der Nießbrauch stehe dem Vermächtnisnehmer neben dem Eigentum zu. Er sucht nur nach einem treffenden Ausdruck, um das Gegenteil vom Verbleib des Nießbrauchs beim Erben (*apud heredem usum fructum esse*) zu beschreiben.

Nur dem Bemühen um eine passende Formulierung ist auch die Wendung geschuldet, das Eigentum stehe zusammen mit einer Nießbrauchshälfte (*proprietates cum parte dimidia usus fructus*) zu. Sie findet sich in einem weiteren Fragment aus dem 35. Buch der julianischen Digesten,<sup>88</sup> das die Kompilatoren mit einem Auszug aus Gaius' Ediktskommentar verbunden haben:

D 7.2.4 Iul 35 dig

*Si tibi proprietates fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi usus fructus, habebimus ego et Maevius trientes in usu fructu, unus triens proprietate miscbitur. sive autem ego sive Maevius capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum nostrum dividetur, ita ut semissem in usu fructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietates cum parte dimidia usus fructus pertineat:*

Ist dir das Eigentum an einem Grundstück vermacht, mir, Maevius und dir hingegen der Nießbrauch an demselben Grundstück, haben ich und Maevius jeweils ein Drittel des Nießbrauchs, ein Drittel ist mit dem Eigentum vereint. Verlieren aber ich oder Maevius die Rechtsfähigkeit, wird das Drittel zwischen dir und dem anderen von uns geteilt, so dass derjenige, der von uns nicht die Rechtsfähigkeit verloren hat, die Hälfte des Nießbrauchs hat, und dir das Eigentum mit der anderen Hälfte zusteht:

D 7.2.5 Gai 7 ed prov

*et si tradideris alicui proprietatem deducto usu fructu, nihilo minus putat Iulianus ad crescere, nec videri novum tibi adquiri usum fructum.*

und wenn du jemandem das Eigentum unter Vorbehalt des Nießbrauchs überträgst, wachse er, wie Julian glaubt, an, und du würdest ersichtlich keinen neuen Nießbrauch erwerben.

Ist ein Vermächtnisnehmer mit dem Eigentum an einer Sache und zugleich gemeinsam mit zwei weiteren mit dem Nießbrauch bedacht, zerfällt das Recht zur Fruchtziehung nach Julians Ansicht in drei Teile.<sup>89</sup> Verliert einer der beiden Nießbraucher seine Berechtigung, wird es hälftig zwischen dem Eigentümer und dem verbliebenen Nießbraucher geteilt. Spricht Julian hier davon, dass der Eigentümer das Vollrecht mit dem Nießbrauch innehat, will er erkennbar nichts anderes

<sup>88</sup> Vgl. zur Stellung im Originalwerk *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 411 f. (Iul 507).

<sup>89</sup> Dass er anders als bei den in D 7.2.9 Afr 5 quaest und D 33.2.26.1 Paul 10 quaest präsentierten Lösungen nicht in eine »Eigentumshälfte« und eine wiederum geteilte »Nießbrauchshälfte« zerfällt, liegt daran, dass der Eigentümer ausdrücklich auch mit dem Nießbrauch bedacht ist und sich das Nutzungsrecht daher mit den beiden anderen Vermächtnisnehmern teilen muss; vgl. *Lohsse, Ius ad crescendo*, S. 187.

zum Ausdruck bringen als mit der Entscheidung des Ausgangsfalles.<sup>90</sup> Für diesen behauptet er aber explizit eine Vereinigung des Nießbrauchdrittels mit dem Eigentum (*›unus triens proprietate miscebitur‹*). Daher lässt sich auch der von Gaius überlieferten weiteren Fallergänzung kein Hinweis auf die parallele Zuständigkeit von Eigentum und Nießbrauch entnehmen:<sup>91</sup> Veräußert der Eigentümer das Vollrecht unter Vorbehalt des Nießbrauchs, wächst ihm ebenfalls der Anteil des ausgefallenen Nießbrauchers zur Hälfte an. Dass es sich hierbei nicht um einen neuen Nießbrauch handelt, ergibt sich daraus, dass er auch als Eigentümer schon über das Fruchtziehungsrecht verfügt hat.

Dasselbe gilt für eine Entscheidung Julians, die aus einem anderen Buch seiner *Digesten* stammt und um eine Anmerkung Marcells ergänzt ist:<sup>92</sup>

D 30.82.2-3 Iul 33 dig

Fundus mihi legatus est: proprietatem eius fundi redemi detracto usu fructu: postea venditor capite minutus est et usus fructus ad me pertinere coepit. si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debet, quantum mihi aberit. (3) Marcellus: Idem erit et si partem redemero, pars mihi legata est aut donata: partem enim dumtaxat petere debebo.

Mir ist ein Grundstück vermacht worden; das Eigentum an diesem Grundstück habe ich unter Ausnahme des Nießbrauchs gekauft; später hat der Verkäufer seine Rechtsfähigkeit verloren und der Nießbrauch ist mir zugefallen. Klage ich aufgrund des Testaments, muss der Richter für die Verurteilung bestimmen, was ich verloren habe. (3) Marcell: Ebenso verhält es sich, wenn ich einen Teil gekauft und mir ein Teil vermacht oder geschenkt worden ist; ich kann nämlich nur den Teil fordern.

Jemand, dem ein Grundstück vermacht worden ist, hat dieses zunächst von seinem Eigentümer unter Vorbehalt des Nießbrauchs erworben und dann infolge einer *capitis deminutio* des Verkäufers vorzeitig das unbeschränkte Eigentum erlangt. Nimmt er den Erben aus dem Vermächtnis in Anspruch, weil es wegen des anderweitigen Erwerbs seines Gegenstands unerfüllt geblieben ist,<sup>93</sup> kann er nicht den vollen Wert des Grundstücks verlangen. Stattdessen muss er sich mit dem Kaufpreis begnügen, den er für die *nuda proprietas* entrichtet hat und der wegen der erwarteten Nutzung durch den Verkäufer zwangsläufig hinter dem vollen Wert der Sache zurückbleibt.<sup>94</sup> Deutlicher zum Ausdruck kommt dies in der Wiedergabe der julianischen Entscheidung in Justinians *Institutionen*:

90 Richtig Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 197 f. gegen Kieß, *Die confusio*, S. 28 f.

91 So wiederum richtig Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 198.

92 Der Text stammt aus einem Kapitel über das *Damnationslegat*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 402 (Iul 475).

93 Zu diesem sogenannten *concursum causarum* Rastätter, *Marcelli notae*, S. 57 f.

94 Insoweit richtig Wesener, *SZ* 81 (1964) 83, 94.

IJ 2.20.9

Si cui fundus alienus legatus fuerit et emerit proprietatem detracto usu fructu et usus fructus ad eum pervenerit et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Iulianus ait, quia usus fructus in petitione servitutis locum optinet: sed officio iudicis contineri, ut deducto usu fructu iubeat aestimationem praestari.

Hat jemand, dem ein fremdes Grundstück vermacht war, es unter Vorbehalt des Nießbrauchs gekauft und den Nießbrauch erlangt und klagt er später mit der Vermächtnisklage, fordert er, wie Julian schreibt, das Grundstück zu Recht, weil der Nießbrauch bei dieser Klage wie eine Dienstbarkeit behandelt wird; aber es obliegt dem Richter anzuordnen, dass der Wert des Grundstücks unter Abzug des Nießbrauchs geleistet wird.

Die Kompilatoren reichern die Aussage des Hochklassikers noch um einen Vergleich zu den Dienstbarkeiten an, sehen aber davon ab, Marcellis Anmerkung zu übernehmen. In der von D 30.82.3 überlieferten Fassung ergibt sie auch kaum einen Sinn. Denn es steht völlig außer Frage und hat auch mit Julians Fall nichts zu tun, dass sich ein Vermächtnisnehmer, dem ein Miteigentumsanteil vermacht ist, nur wegen dessen Wert und nicht auch deshalb an den Erben halten kann, weil er zusätzlich noch einen anderen Anteil gekauft hat. Vergleichbar wäre allenfalls die Situation, in der das Alleineigentum an dem Grundstück vermacht worden ist und der Vermächtnisnehmer einen Miteigentumsanteil erworben hat.<sup>95</sup> Selbst wenn Marcell hiervon gesprochen haben sollte, ginge dies aber nicht über die schon von Julian, Pomponius und Gaius bekannte Ähnlichkeitsrelation von *usus fructus* und Miteigentum hinaus, ohne dass der Nießbrauch so als Teil des Eigentums erschiene.<sup>96</sup> Nichts anderes ergibt Julians Formulierung, der durch *capitis deminutio* verlorene Nießbrauch des Verkäufers stehe fortan dem Käufer zu (*usus fructus ad me pertinere coepit*). Damit ist nicht gesagt, dass er als Eigentümer auch über den Nießbrauch verfügt,<sup>97</sup> sondern nur, dass ihm die bislang fehlende Nutzungsbefugnis zufällt.

In demselben Sinn spricht Julian davon, dass ein Eigentümer den Nießbrauch »haben« kann:<sup>98</sup>

D 45.1.56.6-7 Iul 52 dig

Qui proprietatem sine usu fructu habet, recte usum fructum dari sibi stipulatur: id enim in obligationem deducit, quod non habet, sed habere potest. (7) Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usu fructu ab alio stipulor, prior stipulatio non

<sup>95</sup> Hiervon geht *Rastätter, Marcelli notae*, S. 58 aus, ohne sich aber an dem überlieferten Wortlaut zu stören.

<sup>96</sup> Anders *Wesener, SZ* 81 (1964) 83, 95.

<sup>97</sup> So aber wiederum *Wesener, SZ* 81 (1964) 83, 95, der diese Vorstellung durch die Kompilatoren aufgegeben sieht.

<sup>98</sup> In Julians *Digesten* gehörte der Text zu einem Abschnitt über die »*verborum obligatio*«; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 453 (Iul 597).

novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usu fructu liberaberis, sed adhuc a te recte fundi usum fructum peterem ...

Wer das Eigentum unter Ausnahme des Nießbrauchs hat, lässt sich zu Recht den Nießbrauch versprechen. Es wird nämlich zum Gegenstand der Verpflichtung gemacht, was er noch nicht hat, aber haben kann. (7) Habe ich mir von dir das sempronianische Grundstück versprechen lassen, danach von einem anderen dasselbe Grundstück unter Ausnahme des Nießbrauchs, wird das erste Versprechen nicht noviert, weil du durch die Leistung des Grundstücks unter Ausnahme des Nießbrauchs nicht befreit wirst, sondern ich von dir zu Recht den Nießbrauch fordere.  
...

Der Eigentümer einer Sache, die mit einem Nießbrauch belastet ist, kann sich diesen wirksam versprechen lassen. Die zugesagte Leistung ist nicht etwa deshalb unmöglich, weil der Eigentümer nicht auch zugleich Nießbraucher sein kann. Er kann den *usus fructus* sehr wohl in dem Sinne »haben« (*habere potest*), dass er durch seine Übertragung das ihm bisher fehlende Nutzungsrecht (*quod non habet*) erlangt.<sup>99</sup> Deshalb kann er ihn auch fordern, wenn er sich ein Grundstück zunächst von einem Schuldner vorbehaltlos, dann von einem anderen unter Abzug des Nießbrauchs versprechen und auch in dieser Form übereignen lässt. Selbstverständlich kann das zweite Versprechen das erste nicht durch Novation zum Erlöschen bringen, weil es hinter ihm zurückbleibt.<sup>100</sup> Durch die Übereignung unter Vorbehalt des Nießbrauchs tritt auch keine Erfüllung ein. Vielmehr verbleibt ein Anspruch auf das Nutzungsrecht. Der Gläubiger kann also den Nießbrauch fordern, und zwar mit dem Effekt, dass dieser durch Vereinigung mit dem Vollrecht erlischt.

Auch für Papinian lässt sich nicht belegen, dass er Eigentum und Nießbrauch in derselben Person bestehen lässt. Es ergibt sich weder aus der schon betrachteten Entscheidung zum Vermächtnis einer bisher mit dem Nießbrauch des Erben belasteten Sache (D 31.76.2 Pap 7 resp) noch aus dem folgenden Fragment:<sup>101</sup>

D 7.1.57 Pap 7 resp

Dominus fructuario praedium, quod ei per usum fructum serviebat, legavit, idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte perulerat, coactus est: mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit.

Der Eigentümer eines Hausgrundstücks hat es dessen Nießbraucher vermacht und dieser ist gezwungen worden, das Grundstück, das er eine Zeit lang besessen hatte, dem Sohn herauszu-

<sup>99</sup> Vgl. Harke, *Argumenta*, S. 183 f. Anders Wesener, *SZ* 81 (1964) 83, 92 f., der Julian hier die Vorstellung attestiert, der Nießbrauch sei eine *pars dominii*.

<sup>100</sup> Insoweit zutreffend Wesener, *SZ* 81 (1964) 83, 92.

<sup>101</sup> Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 912 (Pap 574) ordnet das Fragment in seiner Rekonstruktion der papinianischen Responsen dem Titel »*de legatis*« zu.

geben, der zu Recht die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erhoben hat: Das Nutzungsrecht ist hier durch das spätere Geschehen erhalten geblieben.

Ist dem Nießbraucher eines Grundstücks das Eigentum hieran durch Vermächtnis zugewandt, dann aber infolge einer *querela inofficiosi testamenti* wieder entzogen worden, verfügt er nach wie vor über den Nießbrauch. Grund ist nicht, dass dieser neben dem Eigentum bestehengeblieben wäre. Da die Anfechtung das Testament als unwirksam erweist, hat der Nießbraucher, rückblickend betrachtet, auch nie das Eigentum an dem Grundstück erlangt und stets nur den Nießbrauch behalten.<sup>102</sup>

Auch im Werk von Paulus finden sich keine Äußerungen, die seiner Bemerkung widersprechen, ein Eigentümer könne nicht zugleich über den Nießbrauch verfügen (D 7.1.63). Dies gilt insbesondere für eine Entscheidung, bei der Paulus davon spricht, der Nießbrauch »begleite« dem Eigentum (*proprietatem comitatur*).<sup>103</sup>

D 45.1.126.1 Paul 3 quaest

Titius a Maevio fundum detracto usu fructu stipulatus est et ab eodem eiusdem fundi usum fructum: duae sunt stipulationes et minus est in eo usu fructu, quem per se quis promisit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. denique si ille usum fructum dederit eumque stipulator non utendo amiserit, tradendo postea fundum detracto usu fructu liberabitur. non idem contingit ei, qui fundum pleno iure promisit et usum fructum dedit, deinde amisso eo proprietatem sine usu fructu tradidit: ille liberatus est dando usum fructum, hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno iure fundum effecerit stipulatoris.

Titius hat sich von Maevius ein Grundstück unter Ausnahme des Nießbrauchs versprochen lassen und von demselben den Nießbrauch an demselben Grundstück; es sind zwei Versprechen, und ein Nießbrauch, den jemand allein versprochen hat, bleibt hinter einem Nießbrauch zurück, der das Eigentum begleitet. Daher wird jener, wenn er den Nießbrauch eingeräumt und der Versprechensempfänger ihn durch Nichtgebrauch verloren hat, durch die spätere Übertragung des Grundstücks unter Ausnahme des Nießbrauchs befreit. Nicht dasselbe gilt für jemanden, der ein Grundstück zu vollem Recht versprochen und den Nießbrauch eingeräumt und nach dessen Verlust das Eigentum ohne Nießbrauch übertragen hat; jener ist durch die Einräumung des Nießbrauchs befreit worden, dieser wird in keiner Hinsicht von seiner Verpflichtung befreit, wenn er das Grundstück nicht zu vollem Recht dem Versprechensempfänger überträgt.

Hat jemand ein Grundstück ohne den Nießbrauch und dann in einem zweiten Akt den Nießbrauch versprochen, ergänzen sich die beiden Verpflichtungen nicht zu einer einzigen Verbindlichkeit zur Übertragung des unbeschränkten Eigentums. Der Gläubiger kann dies folglich auch dann nicht fordern, wenn er erst den Nieß-

102 Richtig *Buckland*, LQR 43 (1927) 326, 328.

103 Der Text fand sich im Originalwerk in einem Abschnitt über die *condictio*; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1187 (Paul 1296).

brauch erhalten und dann wieder verloren hat. Da der Schuldner das eine Versprechen erfüllt hat, muss der Gläubiger sich damit begnügen, dass er nun mit der Übereignung des Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs die Leistung auf das andere Versprechen erhält. Anders ist die Situation, wenn der Schuldner in nur einem Versprechen das unbeschränkte Eigentum an dem Grundstück zugesagt hat. Hier bleibt die Bestellung des Nießbrauchs wirkungslos, so dass der Gläubiger nach dessen Verlust noch die Übereignung des Grundstücks ohne den Vorbehalt des Nießbrauchs fordern kann. Diese zweite Entscheidung erleichtert das Verständnis des auf den ersten Fall gemünzten Satzes, ein isolierter Nießbrauch sei ein *minus* gegenüber einem solchen, der von der *proprietas* begleitet wird. Paulus will damit bloß das Stufenverhältnis beschreiben, das zwischen einem Nießbrauch und dem Eigentum einschließlich des Nutzungsrechts, also dem *»plenum ius«*, besteht. Er kann nicht meinen, dass Eigentum und Nießbrauch nebeneinander in derselben Person bestehen. Denn in diesem Fall könnte er schwerlich verneinen, dass mit der Einräumung des Nießbrauchs auch der Anspruch auf Übertragung des Eigentums zumindest teilweise erfüllt wird.<sup>104</sup>

Ein Nebeneinander von Eigentum und Nießbrauch ergibt sich schließlich auch nicht aus der folgenden knappen Stellungnahme zum Pfandrecht.<sup>105</sup>

D 13.7.18.1 Paul 29 ed

Si nuda proprietas pignori data sit, usus fructus, qui postea adcreverit, pignori erit: eadem causa est alluvionis.

Ist das bloße Eigentum verpfändet worden, ist auch ein Nießbrauch, der später anwächst, verpfändet; dasselbe gilt bei einer Anschwemmung.

Soll ein vom Inhaber der *nuda proprietas* bestelltes Pfandrecht auch den Nießbrauch erfassen, wenn dieser an den Eigentümer zurückfällt, heißt dies nicht, dass in dessen Person Eigentum und Nießbrauch nebeneinander bestehen. Dies zeigt der Parallelfall der *alluvio*, den Paulus zur *»eadem causa«* erklärt. Vergrößert sich ein Grundstück durch Anschwemmung, wird das neue Land nicht etwa zum selbständigen Pfandobjekt, sondern dem Pfandgläubiger deshalb haftbar, weil es zum verpfändeten Grundstück gehört. Ebenso verhält es sich beim Nießbrauch. Statt als solcher dem Pfandrecht zu unterliegen, bereichert er das verpfändete Eigentum um die bislang fehlende Nutzungsbefugnis. Präziser bringt Paulus dies zum Ausdruck, wenn er den Effekt beschreibt, den der Rückfall eines Nießbrauchs im Fall der Bestellung einer Mitgift hat:

<sup>104</sup> Dass Eigentum und Nießbrauch hier als gesonderte Rechtsfiguren erscheinen, findet auch *Bretone*, *La nozione*, S. 180; vgl. auch *Grosso*, *Usufrutto*, S. 45 f.

<sup>105</sup> In Paulus' Ediktcommentar gehörte der Text zum Abschnitt über das *pignus*; vgl. *Lenel*, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1023 (Pap 449).

D 23.3.4 Paul 6 Sab

Si proprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.

Ist zum bloßen Eigentum, das als Mitgift überlassen wurde, der Nießbrauch hinzugekommen, wird dies als Erweiterung der Mitgift angesehen, nicht als eine andere Mitgift, ebenso wie wenn es zu einer Anschwemmung gekommen ist.

Wieder vergleicht Paulus die Konstellation mit der *alluvio*. Diesmal spricht er aber nicht davon, dass der Nießbrauch zum Gegenstand des Rechts eines anderen wird. Vielmehr konstatiert er eine Vergrößerung der Mitgift (*incrementum dotis*), von der der Ehemann profitiert.

Ein Nießbrauch an der eigenen Sache ist schließlich auch nicht für Modestin belegt. Er befasst sich mit der Frage, in welcher Form das Vermächtnis einer *nuda proprietas* im Testament ausgesetzt werden muss.<sup>106</sup>

D 33.2.19 Mod 19 sing heur

Si alii fundum, alii usum fructum eiusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: »Titio fundum detracto usu fructu lego: vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato«. quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit.

Hat ein Erblasser einem Vermächtnisnehmer ein Grundstück, einem anderen den Nießbrauch an demselben Grundstück vermacht, ist er, wenn er wollte, dass der eine nur das bloße Eigentum hat, einem Irrtum erlegen. Denn unter Ausnahme des Nießbrauchs muss wie folgt vermacht werden: »Titius vermache ich das Grundstück unter Ausnahme des Nießbrauchs« oder »Seius soll mein Erbe den Nießbrauch an demselben Grundstück einräumen.« Hat er das nicht getan, wird der Nießbrauch unter ihnen geteilt, weil zuweilen der Wortlaut mehr gilt als der Wille.

Hat der Erblasser den Nießbrauch nicht eigens vorbehalten oder ihn durch Damnationslegat einem anderen vermacht,<sup>107</sup> kommt nicht hinreichend zum Ausdruck, dass der Vermächtnisnehmer, dem das Eigentum an der Sache hinterlassen ist, seines Fruchtziehungsrechts entbehren muss. Ein abweichender Wille des Erblassers kann mangels formgemäßer Erklärung keine Geltung erlangen, sondern allenfalls die Nichtigkeit der Verfügung zeitigen.<sup>108</sup> Soll sie Bestand haben, setzt sich der Text des Testaments gegen den Willen durch und bewirkt die Aufspaltung des Fruchtziehungsrechts zwischen dem Eigentums- und Nießbrauchslegatar. Nur dies will Modestin sagen, wenn er davon spricht, dass der

<sup>106</sup> Zum palingenetischen Kontext *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 719 (Mod 77).

<sup>107</sup> Vgl. *Lohsse, Ius adcrendi*, S. 184 f.

<sup>108</sup> Vgl. *Harke, Verba und voluntas – was bedeutet Testamentsauslegung für die Hochklassiker?*, in: ders. (Hg.), *Facetten des römischen Erbrechts*, Berlin/Heidelberg 2012, S. 55 ff.

Nießbrauch geteilt wird (*usus fructus inter eos communicabitur*). Er will nicht dem Eigentümer den Nießbrauch selbst zuweisen.

Finden sich in den Aussagen der klassischen Juristen keine Spuren einer eigentumsähnlichen Konstruktion des Nießbrauchs, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass es eine solche Vorstellung nie gegeben hätte. Sie müsste jedoch so früh verschwunden sein, dass sie nicht mehr Eingang in das kollektive Gedächtnis der römischen Jurisprudenz gefunden hat. Dies macht es sehr unwahrscheinlich, dass sie noch im dritten oder frühen zweiten Jahrhundert vorhanden war, als der *usus fructus* konzipiert wurde. Und sollte es sie vorher gegeben haben, wäre überaus fraglich, ob man überhaupt von einer Kontinuität des Rechtsinstituts ausgehen könnte.

## II. Wesensmerkmale des Nießbrauchs

Zum Mangel an Indizien für eine Entstehung des Nießbrauchs aus dem Eigentum fügt sich das Ergebnis einer Zusammenschau der wesentlichen Eigenheiten, die der Nießbrauch in klassischer Zeit hat. Sie lassen darauf schließen, dass er von vornherein als ein eigenständiges Recht und gerade in Entgegensetzung zum Eigentum konzipiert worden ist:

In seiner Typologie der Gegenstände führt Gaius den Nießbrauch gemeinsam mit einer Erbschaft und schuldrechtlichen Verpflichtungen als vorzügliche Beispiele für einen unkörperlichen Gegenstand auf. Zudem weist er darauf hin, dass die Sachqualität der Früchte keinen Einfluss auf diese Einordnung hat:

Gai 2.14

Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum ...

Unkörperliche Gegenstände sind solche, die nicht berührt werden können und in einem Recht bestehen wie eine Erbschaft, der Nießbrauch und Verpflichtungen, auf welche Art sie auch begründet sein mögen. Und es kommt nicht darauf an, dass in einer Erbschaft auch körperliche Gegenstände enthalten sind und dass Früchte, die aus einem Grundstück gezogen werden, körperlich sind, und auch das, was uns aus irgendeiner Verpflichtung geschuldet ist, häufig körperlich ist, wie zum Beispiel ein Grundstück, ein Sklave oder Geld; denn das Erbrecht selbst, der Nießbrauch selbst und die Verpflichtung selbst sind unkörperlich. Zu derselben Gruppe zählen auch die städtischen oder Felddienstarbeiten ...

Auch in seiner Aufzählung der Rechte, die mit einer dinglichen Klage geltend gemacht werden können, nennt der Jurist den Nießbrauch:

Gai 4.3

In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa.

Eine Klage ist dinglich, wenn wir geltend machen, dass uns entweder eine körperliche Sache gehört oder irgendein Recht zusteht, wie zum Beispiel eine Sache zu gebrauchen oder Früchte zu ziehen, hinüber zu gehen, Vieh zu treiben oder Wasser darüber zu leiten oder höher zu bauen oder über etwas hinwegzuschauen, oder wenn umgekehrt der Gegner eine Abwehrklage hat.

Es gibt keine Anzeichen dafür, dass ein Nießbraucher im alten Legisaktionenprozess statt seines Rechts ursprünglich die ihm zustehenden Früchte als körperliche Sachen hätte einfordern müssen.<sup>109</sup> Dass er sein Recht unmittelbar geltend machen konnte, belegt hingegen der Fall der Erbschaft. Sie war wahrscheinlich seit jeher, spätestens jedoch zu der Zeit, als die *legis actio sacramento in rem* zur *in iure cessio* verfremdet wurde,<sup>110</sup> tauglicher Gegenstand der dinglichen Klage. Dann kann es aber auch keine Hindernisse gegeben haben, sie für den Nießbrauch zu öffnen, ohne den gedanklichen Umweg über die Sachqualität der Früchte zu nehmen.<sup>111</sup>

Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass die Feldservituten, obwohl zumindest in klassischer Zeit als unkörperliche Gegenstände angesehen, zu den *res Mancipi* zählen. Zunächst einmal lässt dies noch nicht zwingend darauf schließen, sie seien ursprünglich als Sachen angesehen worden.<sup>112</sup> Da sie mit Grundstücken, Sklaven und Vieh zu den Grundbestandteilen des bäuerlichen Vermögens gehören, drängte sich nämlich ganz unabhängig von ihrer Eigenart die *mancipatio* als Übertragungsmodus auf, zumal die Alternative der *in iure cessio* sicher jünger ist.<sup>113</sup> <sup>114</sup> Außerdem ist der Nießbrauch eben nicht in den Kreis der *res Mancipi* aufgenommen worden; und dies lässt sich, ohne in einen Zirkelschluss zu geraten, auch nicht daraus folgern, dass er ursprünglich als Eigentum an den Früchten der belasteten Sache angesehen wurde.<sup>115</sup> Am nächsten liegt vielmehr die Erklärung, dass man den Nießbrauch als Recht aufgefasst und just deshalb der *in iure cessio*

109 Dies glauben aber Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 465 f. und Wesener, *Ersitzbarkeit*, S. 207.

110 S. o. S. 83 f.

111 Dass der Rechtsschutz hier nicht anders aussieht als bei den Feldservituten, nimmt zu Recht La Rosa, *Usus fructus*, S. 89 ff. an.

112 Gegen diese Vorstellung wendet sich auch Möller, *Servituten*, S. 25 ff.

113 S. o. S. 76 ff.

114 Richtig Watson, *Law of Property*, S. 92 ff.

115 Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 476.

zugeschlagen hat, die für die Übertragung dinglicher Rechte jeder Art zuständig ist.<sup>116</sup>

Gerät der Nießbrauch durch seine Konzeption als Recht, das selbst und nicht durch Inanspruchnahme der Sache geltend zu machen ist, in einen Gegensatz zum Eigentum, ist dies für ihn auch in anderer Hinsicht charakteristisch. Der Kontrast zeigt sich nicht erst in der Bindung des Rechts an die Person seines Inhabers, sondern noch in zwei weiteren Aspekten. Es sind der Erwerb der Sachfrüchte durch ihren Bezug und der fehlende Besitz an der mit dem Nießbrauch behafteten Sache:

Dass der Nießbraucher das Eigentum an Sachfrüchten erst mit deren Ziehung erwirbt, unterscheidet ihn sowohl vom Eigentümer als auch von einem Eigenbesitzer, der eine Sache in der unrichtigen Annahme innehat, sie gehöre ihm. Beide erlangen das Eigentum an den Früchten bereits mit ihrer Trennung von der Muttersache. Bei Grundstücken fällt sie allerdings gewöhnlich mit dem Furchtbezug zusammen, weil dieser im Fall einer Ernte oder Lese schon in dem Moment erfolgt, in dem die Früchte geschnitten oder gepflückt sind. Ein merklicher Unterschied ergibt sich aber, wenn die Früchte wie etwa Oliven von selbst abfallen. Hier muss der Nießbraucher sie erst noch einsammeln, während sie dem Eigentümer oder Eigenbesitzer schon gehören, sobald sie vom Grundstück gelöst sind.<sup>117</sup>

#### D 7.4.13 Paul 3 Sab

Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque percipi spica aut faeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

Hat ein Nießbraucher geerntet und ist dann gestorben, gehört das Getreide, das er bei der Ernte geschnitten hat, wie Labeo schreibt, seinem Erben, die Ähren, die noch auf dem Halm stehen, hingegen dem Eigentümer des Grundstücks; und die Früchte seien gezogen, wenn Korn oder Gras geschnitten, Trauben gepflückt oder Oliven abgeschüttelt sind, auch wenn das Getreide noch nicht gedroschen, das Öl noch nicht gepresst oder die Lese noch nicht eingebracht ist. Wie aber richtig ist, was Labeo über die abgeschüttelten Oliven schreibt, muss doch, wie Julian schreibt, etwas anderes für die Oliven gelten, die von selbst abgefallen sind; Früchte gehören dem Nießbraucher erst, wenn er sie gezogen hat, einem redlichen Besitzer hingegen, sobald sie vom Grundstück getrennt sind.

<sup>116</sup> HRP/Cardilli § 49 Rn. 18 will dies erst einer nachträglichen Umstellung auf das Konzept eines *ius in re aliena* zuschreiben.

<sup>117</sup> Im paulinischen Werk *ad Sabinum* gehörte das Fragment zu einem Abschnitt über das Nießbrauchsverhältnis; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1257 (Paul 1650).

Die Rechtstellung von Nießbrauch und Eigentümer oder Eigenbesitzer fällt auch auseinander, wenn die Trennung durch einen Dritten erfolgt, der nicht im Auftrag des Bezugsberechtigten und damit als Dieb tätig wird. Da der Nießbraucher hier noch kein Eigentum erwirbt, bevor er die Früchte nicht selbst ergreift, kommt es zu einer divergierenden Zuständigkeit der Klagen, mit denen der Diebstahl sanktioniert wird.<sup>118</sup>

D 7.1.12.5 Ulp 17 Sab

Julianus libro trigensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui conditione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario conditionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub conditione legatae, quae interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit. verum est enim conditionem competere proprietario ...

Julian behandelt im 35. Buch seiner Digesten die Frage, wem ein Dieb mit der Kondiktion haftet, wenn er hängende reife Früchte pflückt oder erntet, entweder dem Eigentümer des Grundstücks oder dem Nießbraucher. Und er glaubt, dass die Kondiktion eher dem Eigentümer zusteht, weil die Früchte dem Nießbraucher erst dann gehören, wenn sie von ihm gezogen werden, auch wenn sie durch einen anderen vom Grundstück getrennt werden; dem Nießbraucher stehe aber die Diebstahlsklage zu, weil er ein Interesse daran hat, dass sie nicht entwendet worden wären. Marcell lässt sich aber davon leiten, dass die Früchte, wenn der Nießbraucher sie später erlangt, wohl ihm gehören; werden sie zu seinem Eigentum, stellt sich aber die Frage, aus welchem Grund dies geschieht. Doch nur deshalb, weil sie zwischenzeitlich dem Eigentümer gehören und erst dann zum Eigentum des Nießbrauchers werden, wenn er sie erlangt, wie eine Sache, die unter einer Bedingung vermacht ist, zwischenzeitlich dem Erben gehört und erst mit Eintritt der Bedingung auf den Vermächtnisnehmer übergeht. Es steht nämlich fest, dass die Kondiktion dem Eigentümer zusteht ...

Der Nießbraucher ist zwar ohne Weiteres zur *actio furti* zugelassen, weil sie als Strafklage demjenigen zusteht, der ein Interesse am Ausbleiben der Tat hat.<sup>119</sup> Die *condictio furtiva*, mit der die Rückgewähr der vom Dieb entwendeten Früchte begehrt wird, steht jedoch dem Eigentümer oder Eigenbesitzer der Muttersache zu. Denn sie erwerben mit der Trennung automatisch das Eigentum an den entwendeten Früchten, auf das es bei der Kondiktion allein ankommt. Zwar scheint Marcell abweichender Ansicht zu sein und die Klage auch dem Nießbraucher als

118 In seiner Rekonstruktion von Ulpian's Sabinuskommentar ordnet Lenel diesen Text einem Abschnitt über den Umfang des Nutzungsrechts eines Nießbrauchers zu; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1066 (Ulp 2573).

119 Entgegen Wesener, SZ 81 (1964) 83, 101 liegt hierin also sicher kein Argument für die These, der Nießbrauch sei ursprünglich als *pars dominii* konzipiert gewesen.

künftigen Eigentümer gewähren zu wollen.<sup>120</sup> Ulpian schließt sich aber der Meinung von Julian an und vergleicht die Konstellation mit dem Fall einer Sache, die unter einer Bedingung vermacht ist. Auch wenn sie schließlich dem Vermächtnisnehmer zufallen soll, gehört sie doch zwischenzeitlich dem Erben.

Aus dem Umstand, dass sich beide Spätklassiker Paulus und Ulpian auf Julian berufen, lässt sich nicht folgern, erst dieser Jurist habe die Auffassung geprägt, ein Nießbraucher erwerbe das Eigentum nicht vor der Fruchtziehung.<sup>121</sup> Julian wird nämlich jeweils nur zur Entscheidung eines konkreten Falles, einmal zu den von selbst abgefallenen Früchten, das andere Mal zum Diebstahl, zitiert. In der Frage, wann eine *perceptio* vorliege, greift Paulus hingegen auf Labeo zurück. Es gibt daher auch in diesem Punkt keine Relikte einer älteren Rechtsschicht, in der dem Nießbraucher die Früchte ebenso wie dem Eigentümer unmittelbar zugefallen wären.<sup>122</sup>

Muss der Nießbraucher die Früchte selbst ziehen oder durch einen andern ziehen lassen, steht er insoweit einem Pächter gleich. Dies ist freilich noch kein hinreichendes Anzeichen dafür, dass sein Recht ursprünglich ebenfalls rein persönlich war<sup>123</sup> und sich etwa in einer schuldrechtlichen Duldungspflicht des Eigentümers erschöpfte<sup>124</sup>. Denn immerhin steht dem Nießbraucher zur Geltendmachung seines Rechts eine dingliche Klage zu Gebote. Deren Adressatenkreis muss auch nicht auf den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks beschränkt gewesen<sup>125</sup> und erst von Julian erweitert worden<sup>126</sup> sein. Zwar führt Ulpian den Hochklassiker in seinem Sabinuskommentar ebenfalls als Gewährsmann für die Ansicht an, der Nießbraucher müsse sich nicht stets an den Eigentümer halten, sondern könne sein Recht auch unmittelbar gegenüber einem Besitzer der Sache geltend machen:<sup>127</sup>

120 Rastätter, *Marcelli notae*, S. 242 f.

121 So noch Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 472. Vorsichtiger schon *ders.*, SZ 65 (1947) 219, 253 f. An eine Schlüsselrolle Julians glaubt trotz anderen Ausgangspunktes auch Masson, RHD 13 (1934) 161, 171.

122 Außer Kaser vermutet dies noch Ambrosino, SDHI 16 (1950) 183, 217 f., der die Umstellung auf das Kriterium der *perceptio* der Einführung der *cautio usufructuaria* zuschreibt. Richtig dagegen Bretone, *La nozione*, S. 46 und La Rosa, *Usus fructus*, S. 52.

123 So aber Buckland, LQR 43 (1927) 326, 334 f.

124 So Gallo, *Interpretazione*, S. 118 und HRP/Cardilli § 49 Rn. 13.

125 So aber Arangio-Ruiz, *La struttura*, S. 246 f. und La Rosa, *Usus fructus*, S. 57, 97 ff., der einen Vergleich zu den Servituten anstellt.

126 Dies glaubt Wesener, SZ 81 (1964) 83, 99 f.

127 Verkürzt ist die Entscheidung auch in D 43.25.1.4 Ulp 71 ed wiedergegeben: *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutium ius esse ... sed si hoc facto usus fructus deterior fiat, petere usum fructum debet ...* (»Ferner meint Julian, ein Nießbraucher habe das Recht, eine Dienstbarkeit geltend zu machen ... wenn so der Nießbrauch erschwert wird, muss er den Nießbrauch geltend machen ...«)

D 7.6.5.1 Ulp 17 ed<sup>128</sup>

Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutem, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

Fraglich ist, ob dem Nießbraucher nur gegen den Eigentümer eine dingliche Klage zusteht oder auch gegen einen beliebigen Besitzer. Und Julian schreibt im siebten Buch seiner Digesten, dass ihm diese Klage gegen einen beliebigen Besitzer zustehe; denn auch wenn zugunsten des Nießbrauchsgrundstücks eine Dienstbarkeit bestellt ist, muss der Nießbraucher vom Eigentümer des Nachbargrundstücks den Nießbrauch und nicht die Dienstbarkeit vindizieren.

Dies ist jedoch nur Folgerung aus dem Fall, in dem der Nießbraucher gegen den Inhaber eines mit einer Dienstbarkeit belasteten Nachbargrundstücks vorgehen will. Hier darf er sich zwar nicht der *vindicatio servitutis* bedienen, mit der ein Eigentümer des herrschenden Grundstücks vorgehen müsste. Er kann sein eigenes Recht als Nießbraucher aber auch im Verhältnis zu dem Nachbarn geltend machen. Obwohl diese Erwägung nicht als ein Zitat von Julian gekennzeichnet ist, legt ein Auszug aus dem nächsten Buch von Ulpian's Sabinuskommentar doch nahe, dass sie von dem Hochklassiker stammt. Denn hier wird für die Zuständigkeit der Nießbrauchsklage gegenüber einem Nachbarn auf eine Bemerkung von Marcell *apud Iulianum* verwiesen.<sup>129</sup> Ungeachtet der Nennung eines anderen Buchs bezieht sie sich wohl auf denselben Passus aus dem siebten Buch der julianischen *digesta*, aus dem auch Ulpian zitiert.<sup>130</sup>

D 7.6.1pr Ulp 18 Sab

Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui.

Für den Fall, dass zugunsten eines Nießbrauchsgrundstücks eine Dienstbarkeit bestellt ist, stimmt Marcell im achten Buch zu Julian der Ansicht von Labeo und Nerva zu, die glauben, er könne zwar die Dienstbarkeit nicht vindizieren, wohl aber den Nießbrauch, und so hafte ihm der Nachbar, der ihm den Weg oder die Viehtrift verwehrt, als ob er ihm den Nießbrauch verwehrt.

128 Der Text schließt an die schon untersuchte Aussage zur Aktivlegitimation an; s. o. S. 103 f. In Ulpian's Ediktskommentar fand er sich in einem Abschnitt über die *vindicatio usus fructus*; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 516 (Ulp 590).

129 Anders *Rastätter, Marcelli notae*, S. 130 ff., der aufgrund des Wortlauts von D 43.25.1.4 Ulp 71 ed (s. o. Fn. 127) annimmt, Julian habe dem Nießbraucher die *vindicatio servitutis* zugestanden.

130 Vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 333 Fn. 2 (Iul 102). Bei Ulpian fand sich die Aussage in einem Abschnitt, der just dem einschlägigen Thema gewidmet war; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1075 (Ulp 2594).

Als Urheber der Lösung des Servitutenfalles werden hier Nerva und wiederum Labeo genannt. Da schon diese Entscheidung voraussetzt, dass die *vindicatio usus fructus* nicht nur im Verhältnis zum Eigentümer, sondern auch gegenüber einem beliebigen Dritten erhoben werden kann, nimmt sie Julians Ansicht vorweg.<sup>131</sup> Fehlt es damit abermals an Anhaltspunkten für die Rekonstruktion eines älteren Rechtszustandes, muss man davon ausgehen, dass das Recht des Nießbrauchers ebenso wie das Eigentum stets gegenüber Dritten wirksam war.<sup>132</sup>

Erlangt der Nießbraucher die Früchte der mit seinem Recht belasteten Sache gleichwohl erst mit ihrem Bezug, kann dies nur daran liegen, dass der automatische Erwerb durch Trennung für den Eigentümer der Muttersache reserviert ist. Dem Nießbraucher sollen sie daher ebenso wie einem Pächter nur in Ableitung vom Recht des Eigentümers zufallen.<sup>133</sup> Die dingliche Berechtigung des Nießbrauchers macht sich dabei bloß in der Weise bemerkbar, dass der Eigentümer den Erwerb der Früchte anders als bei einer Verpachtung nicht dadurch verhindern kann, dass er, und sei es unter Bruch des Pachtvertrags, seine Meinung ändert und den Fruchtbezug verbietet<sup>134</sup>.

Dass der Nießbraucher keinen Besitz an der Sache hat, die er nutzen darf, bedeutet nicht, dass er keinen Besitzschutz genießt. Wie Ulpian am Ende seiner Kommentierung des Interdikts *uti possidetis*<sup>135</sup> feststellt, kann dessen Erteilung auch von einem Nießbraucher oder dem Inhaber eines Gebrauchsrechts beantragt werden, und zwar sowohl gegenüber einem Eigenbesitzer als auch unter zwei Prätendenten für das Recht. Ja, es soll sogar jemandem zustehen, der den

131 Man kann aber deshalb nicht mit *Marrone*, AUPA 28 (1961) 1, 113 ff. annehmen, diese Allzuständigkeit der *vindicatio usus fructus* sei Ausdruck seiner Konzeption als *pars rei*, während die Ausgestaltung als Recht eine Beschränkung der Passivlegitimation auf den Eigentümer nahelege.

132 Es gibt entgegen *Bretone*, *La nozione*, S. 81 f. und *Wesener*, SZ 81 (1964) 83, 88, 98 auch keinen Grund für die Vermutung, der Nießbrauch erlange erst mit Labeo Eigenständigkeit.

133 Im Kern richtig *Masson*, RHD 13 (1934) 161, 171 f., der glaubt, es gehe darum, den Nießbraucher vom Eigentümer zu unterscheiden.

134 D 39.5.6 Ulp 42 Sab: ... *sed si is qui a me emerat sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi iure eximere, si antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit.* («... Hat aber jemand von mir im Wege eines Kaufs oder einer Pacht unter Zahlung von Pachtzins erwirkt, dass er sich rechtmäßig einen Stein entnimmt, und reut mich die Entscheidung vor der Entnahme, bleibt der Stein mein Eigentum; reut sie mich später, kann ich ihm das Erworbene nicht mehr streitig machen; es wird nämlich so angesehen, als sei eine Übergabe erfolgt, wenn jemand etwas unter Zustimmung des Eigentümers entfernt. Was für einen Stein gilt, ist auch für gefällte oder entwurzelte Bäume gültig.»)

135 Während dieses Interdikt zum überwiegenden Teil im 69. Buch des Ediktcommentars behandelt wird, widmet er sich im 70. Buch den noch übrigbleibenden Themen; vgl. *Lenel*, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 822 (Ulp 1546), der das Fragment mit D 41.2.12pr (s. u. S. 127) zusammenstellt.

Nießbrauch lediglich ausübt, weil er ihm vom Nießbraucher überlassen worden ist.<sup>136</sup>

D 43.17.4 Ulp 70 ed

In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Ich glaube, man kann generell sagen, dass dieses Interdikt auch unter Nießbrauchern zu gewähren ist, und selbst dann, wenn der eine den Nießbrauch und der andere seinen Besitz verteidigt. Dasselbe ist auch zu befürworten, wenn jemand den Besitz eines Nießbrauchs verteidigt, und dies schreibt auch Pomponius. Und daher ist dieses Interdikt auch zu gewähren, wenn der eine ein Gebrauchsrecht, der andere den Nießbrauch verteidigt.

Auch das einseitige *interdictum unde vi*, mit dem der Prätor auf eine aus seiner Sicht schon feststehende Vertreibung von einem Grundstück reagiert,<sup>137</sup> soll dem Nießbraucher oder Inhaber eines Gebrauchsrechts offenstehen, wenn er an der Ausübung seines Rechts gehindert worden ist. Mit einer vermutlich sogar im prätorischen Edikt vorgesehenen Variante des Interdikts<sup>138</sup> können sich beide gegen die gewaltsame Entziehung des Grundstücks wehren und erreichen, dass der Gegner es ihnen nicht wieder überlässt, falls sie ihr Recht nicht vorher aufgegeben haben. Haben sie das Grundstück noch gar nicht innegehabt und wollen ihr Recht erstmals ausüben, können sie hingegen keinen Besitzschutz beanspruchen und müssen ihr Recht mit der dinglichen Klage durchsetzen. Ulpian widmet diesen Fragen einen eigenen Abschnitt im Rahmen seiner Erläuterung des Interdikts.<sup>139</sup>

D 43.16.3.13-14, 16 Ulp 69 ed

Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet »si prohibeatur uti frui usu fructu fundi«. (14) Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem aut non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa. ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. quid ergo est? debet fructuarius usum fructum vindicare ... (16) Item si non usus fructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum. ex quacumque enim causa constitutus est usus fructus vel usus, hoc interdictum locum habebit.

Das Interdikt ist offensichtlich auch für einen Nießbraucher mit der Formel erforderlich: »wenn er an der Nutzung des Grundstücks gehindert wird«. (14) An der Nutzung hindert jemand, der den Nießbraucher mit Gewalt vertrieben oder nicht wieder auf das Grundstück gelassen hat, als er sich hiervon ohne die Absicht entfernt hat, den Nießbrauch aufzugeben. Hat jemand hinge-

136 Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 473 f. nimmt aufgrund von FV 90 (sogleich im Haupttext) und D 39.5.27 Pap 29 quaest an, dieses Interdikt sei eigens im prätorischen Edikt aufgeführt.

137 S. o. S. 50 ff.

138 Vgl. Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 468 f.

139 Vgl. Lenel, *Paligenesia*, Bd. 2, Sp. 819 (Ulp 1534).

gen von vornherein verhindert, dass jemand, der dies will, den Nießbrauch ausübt, greift dieses Interdikt nicht Platz. Was gilt dann also? Der Nießbraucher muss den Nießbrauch vindizieren ... (16) Das Interdikt steht ebenfalls zu, wenn kein Nießbrauch, sondern ein Gebrauchsrecht hinterlassen ist. Es greift Platz, aus welchem Grund der Nießbrauch oder das Gebrauchsrecht auch immer begründet sein mögen.

Ein Nießbraucher befindet sich damit in derselben Lage wie ein Eigentümer, der Besitzschutz nur dann genießt, wenn er die Sache schon innehatte und ansonsten die *rei vindicatio* anstellen muss. Es verwundert daher nicht, wenn Ulpian davon spricht, der Nießbraucher sei ›*quasi in possessione*‹:

D 43.16.3.17 Ulp 69 ed

Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur.

Wer sich, auf welche Weise auch immer, aufgrund des Nießbrauchs gleichsam im Besitz befunden hat, kann sich dieses Interdikts bedienen. Ist aber jemand, nachdem er an der Ausübung des Nießbrauchs gehindert worden ist, der Rechtsfähigkeit verlustig gegangen oder gestorben, so steht, wie man richtigerweise sagt, dieses Interdikt seinen Erben und Rechtsnachfolgern zu, und zwar nicht damit der Nießbrauch für die Zukunft begründet wird, sondern wegen der vergangenen Störung und des eingetretenen Schadens.

Diese Formulierung legt nahe, dass auch Gaius in seinem Lehrbuch ganz zu Beginn der Ausführungen zu den Interdikten<sup>140</sup> an den Nießbraucher denkt. Er merkt nämlich an, diese Schutzverfügungen seien außer beim Streit über den Besitz im eigentlichen Sinne auch dann einschlägig, wenn es um eine ›*quasi possessio*‹ geht:<sup>141</sup>

Gai 4.139

Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur ...

In bestimmten Fällen setzt der Prätor seine Autorität unmittelbar dazu ein, Streitigkeiten zu beenden. Dies tut er vor allem dann, wenn zwischen verschiedenen Personen über den Besitz oder gleichsam über den Besitz gestritten wird ...

Gleichwohl werden die Juristen nicht müde zu betonen, dass ein Nießbraucher keinen echten Besitz an der von ihm genutzten Sache hat. So auch der in den *fragmenta Vaticana* zitierte anonyme Autor einer Abhandlung über die Interdikte.<sup>142</sup>

140 S. o. S. 44 ff.

141 Richtig Wesener, *Ersitzbarkeit*, S. 219.

142 Vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1230.

Der schon von Ulpian bekannten Abwandlung des *interdictum unde vi* widmet er einen eigenen Titel und hebt hierin hervor, dass dem Nießbraucher das gewöhnliche Interdikt nicht zukommt, weil er kein Besitzer ist:

FV 91

Idem libro II de interdictis sub titulo ›si uti frui prohibitus esse dicitur‹. Non is, ad quem usus fructus venit vivi tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

Derselbe im zweiten Buch über die Interdikte unter der Überschrift: »wenn behauptet wird, jemand sei an der Ausübung des Nießbrauchs gehindert worden«. Derjenige, der den Nießbrauch erlangt hat oder zur Ausübung des Nießbrauchs, obwohl er ihm nicht zusteht, eine Sache innehat, besitzt ersichtlich nicht und kann deshalb, weil er an der Nutzung gehindert wird, nicht im eigentlichen Sinn als vertrieben bezeichnet werden. Daher ist in diesem Fall dieses besondere Interdikt erforderlich.

An anderer Stelle unterstreicht er, dass die Interdikte *uti possidetis* und *unde vi* nur als »zweckdienliche« Verfügungen gewährt werden, die in Analogie zu den Interdikten für den Eigenbesitzer konzipiert sind.<sup>143</sup> Hieraus folgert er, dass eine solche Abwandlung auch beim *interdictum quod legatorum* angebracht ist, mit dem sich ein Erbe oder Nachlassbesitzer gegen eigenmächtig handelnde Vermächtnisnehmer zur Wehr setzen kann:<sup>144</sup>

FV 90

... libro I de interdictis sub titulo ›in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit‹. Si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum ›uti possidetis‹ utile hoc nomine proponitur et ›unde vi‹, quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: ›quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris fruereris‹.

... im ersten Buch über die Interdikte unter der Überschrift: »gegen jemanden, der wegen eines Vermächtnisses ohne Willen des Nachlassbesitzers besitzt«. Hat ein Vermächtnisnehmer, dem der Nießbrauch vermacht ist, ein Grundstück erlangt, steht gegen ihn das Interdikt nicht

143 Dass dies erst das Ergebnis einer Aufgabe der ursprünglich eigentumsartigen Konzeption des Nießbrauchs ist, muss Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 471 annehmen.

144 Vgl. auch D 43.3.1.8 Ulp 67 ed: *Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. idem dicendum est et in servitute relicta.* (»Daher stellt sich die Frage, ob jemand, wenn ihm der Nießbrauch oder ein Gebrauchsrecht hinterlassen worden ist und er ihn sich angemaßt hat, mit diesem Interdikt zur Rückgewähr zu zwingen ist. Es gilt zu bedenken, dass weder der Nießbrauch noch das Gebrauchsrecht besessen, sondern eher innegehabt werden; man kann trotzdem die Ansicht vertreten, dass das Interdikt zuständig sei. Dasselbe gilt bei einer hinterlassenen Dienstbarkeit.«)

zu, weil er den Vermächtnisgegenstand nicht besitzt, sondern eher nutzt. Daher ist, wie die Interdikte »wie ihr besitzt« und »von wo mit Gewalt« als zweckdienliche verheißen werden, weil er nicht besitzt, auch ein zweckdienliches Interdikt zu gewähren, dessen Wortlaut wie folgt zu fassen ist: »was du aus diesem Vermögen wegen eines Vermächtnisses besitzt oder gebrauchst oder wovon du Früchte ziehst oder von dem du arglistig bewirkt hast, dass du es nicht besitzt oder gebrauchst oder daraus Früchte ziehst«.

Dass der Nießbraucher keinen Besitz hat, betont auch Julian, wenn er sich mit der Vorlegungsklage beschäftigt:<sup>145</sup>

D 10.4.5.1 Ulp 24 ed

Julianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. inde Julianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.

Julian schreibt aber, mit der Vorlegungsklage hafte, wer zur Sicherheit wegen einer Forderung oder eines Vermächtnisses in den Besitz eingewiesen ist, und auch, wer eine Sache wegen eines Nießbrauchs innehat, obwohl auch er keineswegs besitzt. Deshalb fragt Julian, auf welche Weise sie vorlegen müssen; und er schreibt, der erste so, dass der Kläger den Besitz habe, der Beklagte aber sicherungshalber in den Besitz eingewiesen bleibe, wer den Nießbrauch innehat, dagegen so, dass der Kläger die Sache besitzen, der Beklagte sie dagegen nutzen kann.

Julian erscheint es als Anomalie, dass Nießbraucher und diejenigen, die zur Sicherung einer Forderung oder eines Vermächtnisses eine Sache innehaben, mit der *actio ad exhibendum* belangt werden können. Da sie sämtlich keine *possessio* für sich in Anspruch nehmen, müssen sie ihre Position auch keineswegs aufgeben, sondern nur gestatten, dass der Kläger den Besitz an der Sache erlangt, indem sie diese fortan für ihn innehaben.<sup>146</sup> Bemerkenswert ist, dass Julian im Fall des zur Sicherung in die Sache Eingewiesenen von »*in possessione esse*« spricht.<sup>147</sup> Er bedient sich damit desselben Ausdrucks, den, angereichert um »*quasi*«, auch Ulpian in D 43.16.3.17 verwendet, um die Stellung eines Nießbrauchers zu beschreiben. Er findet sich schließlich auch noch bei dem schon zu Diokletians Zeiten wirkenden Autor der Paulussentenzen. Dieser befasst sich mit der Frage, wie ein Nießbraucher in der Ausübung seines Rechts geschützt wird, wenn das Eigentum an der genutzten Sache Gegenstand eines Rechtsstreits ist. Er soll »*in possessione*« blei-

<sup>145</sup> Zu diesem Text Harke, *Actio ad exhibendum*. Vorlegungsklage im römischen Recht, Berlin 2019, S. 13.

<sup>146</sup> Von einem direkten Besitz des Klägers geht hingegen Marrone, AUPA 28 (1961) I, 38 ff. aus.

<sup>147</sup> Auf den Unterschied zu *possidere* weist auch Arangio-Ruiz, La struttura, S. 273 hin.

ben<sup>148</sup> und vom verklagten Besitzer eine Sicherheitsleitung dafür erhalten, dass sein Nutzungsrecht nicht beeinträchtigt wird:

PS 5.6.8b = D 7.1.60.1

Si fundus, cuius usus fructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilo minus in possessione esse debet satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui usus fructus relictus est, quamdiu de iure suo probet ....

Wird ein Grundstück, an dem ein Nießbrauch geltend gemacht wird, nicht vom Eigentümer besessen, wird eine Klage gewährt. Und daher soll, wenn über das Eigentum an dem Grundstück zwischen zweien Streit besteht, der Nießbraucher nichtsdestoweniger im Besitz verbleiben, und ihm ist vom Besitzer Sicherheit dafür zu leisten, dass er ihn, dem der Nießbrauch vermacht ist, nicht an der Fruchtziehung hindern wird, solange er noch um sein Recht streiten muss ...

Marcell führt den Nießbraucher gemeinsam mit einem Pächter oder Mieter zum Vergleich mit einem Prekaristen an, der ausnahmsweise selbst keine *possessio* erlangt, sondern sie seinem Vertragspartner belässt:<sup>149</sup>

D 43.26.6.2 Ulp 71 ed

Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.

Wer bittweise darum ersucht hat, dass er sich auf einem Grundstück aufhalten darf, besitzt nicht, sondern der Besitz verbleibt bei demjenigen, der es zugestanden hat; denn, wie er sagt, auch Nießbraucher, Pächter und Mieter befinden sich auf einem Grundstück und besitzen es trotzdem nicht.

Anlässlich der Behandlung des *interdictum uti possidetis*<sup>150</sup> betont Venuleius die wechselseitige Unabhängigkeit von Besitz und Nießbrauch: Ebenso wie die Nutzung des Grundstücks dem Besitz eines anderen nicht entgegenstehe, sei dieser kein Hindernis für die Ausübung des Nießbrauchs.<sup>151</sup>

D 41.2.52pr Ven 1 int

Permiseri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat.

148 Den Unterschied zur regelrechten *possessio* betont Marrone, AUPA 28 (1961) I, 48 f.

149 Hierzu Harke, *Precarium*, S. 30 f.

150 Vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1210 (Ven 8). Zum möglichen Zusammenhang, in dem die Aussage steht, Arangio-Ruiz, *La struttura*, S. 272 f.

151 Dass hier keine Vermittlung des Besitzes an den Eigentümer stattfinden soll, meint Marrone, AUPA 28 (1961) I, 42 f.

Man darf Besitz und Nießbrauch nicht miteinander vermengen, ebenso wenig, wie man Besitz und Eigentum vermengen darf; denn dass jemand eine Sache nutzt, hindert nicht den Besitz, und es beeinträchtigt nicht den Nießbrauch, wenn ein anderer besitzt.

Auf den fehlenden Besitz eines Nießbrauchers weist schließlich auch Macer hin, wenn er in seiner Schrift über Berufungen die Pflicht zur Sicherheitsleistung erläutert.<sup>152</sup> Diese bleibt den Besitzern von Grundstücken erspart. Zu ihnen gehört zwar auch ein Eigentümer, der wegen der Belastung seiner Sache mit einem Nießbrauch auf die *nuda proprietas* reduziert ist, nicht aber der Nießbraucher selbst:

D 2.8.15.1 Macer 1 app

Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur. item qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est. eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit.

Als Besitzer ist aber anzusehen, wer auf dem Land oder in der Stadt ein Grundstück entweder allein oder zum Teil besitzt. Aber auch wer in Erbpacht, also ein emphyteutisches Grundstück, besitzt, wird als Besitzer angesehen. Und ebenso muss als Besitzer angesehen werden, wer nur das bloße Eigentum hat. Wer jedoch nur den Nießbrauch innehat, ist, wie Ulpian schreibt, kein Besitzer.

Der von Macer zitierte Ulpian will die Sachinhaberschaft des Nießbrauchers begrifflich erfassen, indem er ihm den sogenannten »natürlichen Besitz« zuerkennt:

D 41.2.12pr Ulp 70 ed<sup>153</sup>

Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet.

Auf natürliche Art besitzt, wer den Nießbrauch hat.

Ulpian folgt damit seinem Lehrer Papinian. Dieser will so das Paradoxon erklären, dass der Nießbraucher eines Sklaven durch diesen den Besitz an Sachen erwerben kann, obwohl er keinen regelrechten Besitz an dem Sklaven selbst hat.<sup>154</sup>

D 41.2.49pr Pap 2 defin

Possessio quoque per servum, cuius usus fructus meus est, ex re mea vel ex operis servi acquiritur mihi, cum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuetur.

152 Vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 562 (Mac 6).

153 Zum palingenetischen Kontext s. o. Fn. 135.

154 In seiner Rekonstruktion von Papinians *libri definitionum* ordnet Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 812 Fn. 1 (Pap 53) dieses und zwei weitere Fragmente dem Thema der *possessio* zu.

Der Besitz wird auch durch einen Sklaven erworben, an dem mir der Nießbrauch zusteht, wenn er etwas mit meinem Vermögen oder seinen Diensten erlangt hat, da der Sklave von mir auf natürliche Weise innegehabt wird und der Besitz häufig durch das Recht bestimmt ist.

Der zusätzliche Verweis darauf, dass der Besitz, obwohl eigentlich eine Tatsache, zuweilen durch rechtliche Vorgaben beeinflusst wird, verrät eine gewisse Unsicherheit, ob die begriffliche Unterscheidung zwischen *possessio civilis* und *possessio naturalis* hinreicht. Sie vermag ebenso wenig zu befriedigen, wie die Kategorie der ›*quasi possessio*‹ den Widerspruch verdecken kann, der sich daraus ergibt, dass ein Nießbraucher einerseits keinen Besitz haben, andererseits aber doch Besitzschutz genießen soll.<sup>155</sup>

Will man in dieser Hinsicht überhaupt eine Entwicklung erkennen, ist sie dadurch gekennzeichnet, dass man den Nießbraucher behutsam einem Eigenbesitzer annähert. Sie besteht hingegen sicherlich nicht darin, dass der Nießbraucher ursprünglich ebenso wie ein Eigentümer als regelrechter Besitzer angesehen wurde und diesen Status später eingebüßt hat.<sup>156</sup> Hierfür bietet weder Ciceros erkennbar untechnische Rede von ›*possidere propter usum fructum*‹<sup>157</sup> noch das Regime der Ersitzung einen ausreichenden Anhalt. In dieser Hinsicht gilt den klassischen Juristen als ausgemacht, dass sie einem Nießbraucher gleich aus zwei Gründen verwehrt ist, zum einen weil er keine *possessio* hat, zum anderen weil er, indem er von seinem bloßen Nutzungsrecht ausgeht, ja weiß, dass ihm die Sache nicht gehört:

Gai 2.93 = D 41.1.10.5

Sed bonae fidei possessor cum usucepit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi acquirere potest. usufructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet ius utendi et fruendi, deinde quia scit alienum servum esse.

Aber ein redlicher Besitzer kann, wenn er den Sklaven ersessen hat, weil er so zu seinem Eigentümer wird, unter allen Umständen durch ihn etwas erwerben. Ein Nießbraucher kann hingegen nicht ersitzen, erstens, weil er ihn nicht besitzt, sondern ein Recht zu Gebrauch und Fruchtziehung hat, und zweitens, weil er weiß, dass der Sklave ihm nicht gehört.

Nichts anderes folgt daraus, dass die Felddienstbarkeiten bis zu einer gewissen *lex Scribonia*<sup>158</sup> ersitzbar gewesen sein sollen.<sup>159</sup> Ein Schluss von den Servituten

155 Dass die Bezeichnung gleichermaßen trennt wie verbindet, erkennt auch Grosso, *Usufrutto*, S. 334.

156 So aber Kaser, *Geteiltes Eigentum*, S. 471 und Wesener, *Ersitzbarkeit*, S. 209 f. Richtig dagegen Grosso, *Usufrutto*, S. 21, Bretone, *La nozione*, S. 50 und La Rosa, *Usus fructus*, S. 52 f.

157 Cic Caec 32.94.

158 D 41.3.4.28 Paul 54 ed; hierzu in jüngerer Zeit Rainer, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der Lex Scribonia*, SZ 104 (1987) 630 ff. und Möller, *Servituten*, S. 235 ff.

159 So aber Wesener, *Ersitzbarkeit*, S. 210 f. Dagegen wiederum Masson, RHD 13 (1934) 161, 192, Bretone, *La nozione*, S. 51.

auf den Nießbrauch verbietet sich nämlich schon wegen des unterschiedlichen Rechtsinhalts: Während Dienstbarkeiten ihrem Inhaber nur eine bestimmte Tätigkeit auf dem Nachbargrundstück gestatten und für eine mögliche Ersitzung auch abverlangen, steht es einem Nießbraucher völlig frei, wie er die mit seinem Recht belastete Sache nutzen will.<sup>160</sup> Die Tätigkeit eines Nießbrauchers erlangt damit nicht dieselbe Publizität wie die eines Servitutsberechtigten. Zudem bliebe offen, welchen Inhalt ein ersessener Nießbrauch hätte. Soll er für die Lebenszeit des Nießbrauchers bestehen oder nur für eine gewisse Zeit? Den Ausschlag müsste die Vorstellung des Nießbrauchers geben, für die aber die bloße Innehabung der Sache keinen Anhalt bietet. Führt Gaius die fehlende Ersitzungsbefugnis auf den mangelnden guten Glauben eines Nießbrauchers zurück, überzeugt dies zwar auf den ersten Blick nicht, weil die ihm vorgehaltene Kenntnis bloß das Eigentum an der Sache und nicht sein eigenes vermeintliches Recht betrifft. Ein valides Argument wird hieraus aber, wenn man bedenkt, dass die Ansicht des Nießbrauchers auch über den zeitlichen Umfang seiner Berechtigung entscheidet, ohne durch ein objektives Datum unterstützt zu werden.

Müssen wir davon ausgehen, dass der Nießbrauch von vornherein als eine Position ausgebildet wurde, die keinen Besitz vermittelt und keiner Ersitzung zugänglich ist, lässt sich dies weder auf die durch ihn eröffnete Nutzungsbefugnis<sup>161</sup> noch darauf zurückführen, dass er ein Recht ohne Sachbezug wäre<sup>162</sup>. Maßgeblich ist vielmehr der Gegensatz zum Eigentum, der auch in dieser Hinsicht deutlich hervortritt. Die *possessio* ist allein demjenigen vorbehalten, der Eigentümer ist oder sich zumindest dafür hält. Sie kann nicht mit dem Nießbraucher geteilt oder verdoppelt werden, wie die Juristen dies beim *precarium* erwägen, wo ein Stufenverhältnis zwischen dem *iustus* und *iniustus possesor* besteht.<sup>163</sup> Auch wenn der Nießbraucher im praktischen Ergebnis denselben Besitzschutz wie ein Eigenbesitzer genießt, darf seine Position doch nicht die Rechtsstellung des Eigentümers in Frage stellen und in Konkurrenz zu ihr treten.<sup>164</sup>

In klarem Kontrast zum Eigentum steht schließlich auch das hervorstechende Merkmal des Nießbrauchs, die Bindung an die Person seines Inhabers. Sie wirkt zunächst einmal als Schranke, indem sie dem Nießbraucher sowohl die Weitergabe des Rechts von Todes wegen als auch zu Lebzeiten versagt. Beides entspricht dem Versorgungszweck<sup>165</sup> und ist unerlässlich, damit das Eigentum

160 *La Rosa, Usus fructus*, S. 214 f.

161 So aber *Masson*, RHD 13 (1934) 161, 173.

162 So aber *Buckland*, LQR 43 (1927) 326, 334.

163 Hierzu *Harke, Precarium*, S. 86 ff.

164 Insoweit richtig *Marrone*, AUPA 28 (1961) 1, 22.

165 S. o. S. 87 ff.

neben dem Nießbrauch noch eine sinnvolle Rechtsstellung bleibt.<sup>166</sup> Könnte der Nießbraucher sein Recht übertragen, könnte er den Eigentümer so für immer seines Nutzungsrechts berauben.<sup>167</sup> Diese Gefahr veranlasst die Juristen sogar dazu, den Nießbrauch einer juristischen Person auf 100 Jahre als die längstmögliche Lebenszeit eines Menschen zu befristen:<sup>168</sup>

D 7.1.56 Gai 17 ed prov

An usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevis hominis est.

Es stellte sich die Frage, ob man einer Gemeinde wegen des Nießbrauchs eine Klage gewähren sollte; es besteht nämlich ersichtlich die Gefahr, dass er ewig besteht, weil er weder durch Tod noch leicht durch Verlust der Rechtsfähigkeit verloren geht, weshalb das Eigentum, das durch den Nießbrauch beschränkt ist, für immer ohne Nutzen sein würde. Es ist aber gleichwohl anerkannt, dass eine Klage zu gewähren ist. Daher bestehen Zweifel, wie lange Gemeinden in ihrem Nießbrauch zu schützen sind; und es ist anerkannt, dass sie 100 Jahre lang zu schützen sind, weil dies die längste Lebenszeit eines Menschen ist.

Denkbar ist nur ein Verzicht zugunsten des Eigentümers, dessen *nuda proprietas* so zum unbeschränkten Vollrecht erstarkt. Die gehörige Form ist auch in diesem Fall die *in iure cessio*, deren Namen ebenso wie bei der Bestellung des Nießbrauchs<sup>169</sup> aber den falschen Eindruck erweckt, es würde ein Recht von einer Per-

166 Für eine nachträgliche Beschränkung, die mit der *cautio usufructuaria* zusammenhängt, hält dies Ambrosino, SDHI 16 (1950) 183, 217 f., um den Vergleich zum Miteigentum zu retten.

167 Entgegen Gallo, Interpretazione, S. 119 und HRP/Cardilli § 49 Rn. 14 muss die Verfügungsbeschränkung des Nießbrauchers also keineswegs durch eine Abkunft des Instituts aus einem *legatum sinendi modo* erklärt werden.

168 Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 224 Fn. 3 (Gai 297) ordnet das Fragment in seiner Rekonstruktion des gaianischen Ediktskommentars einem Abschnitt über den Nachlassbesitz zu, bei dem die Beteiligung eines *municipium* ebenfalls Fragen aufwirft. In seinem Werk zum Edikt des *praetor urbanus* stellt Gaius Problem und Lösung wie folgt dar: D 33.2.8 Gai 3 leg ed praet: *Si usus fructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usu fructu tuendi sint: nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudaе proprietatis semper abscedente usu fructu. unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset.* (»Ist ein Nießbrauch einer Gemeinde vermacht, stellt sich die Frage, wie lange der Rechtsschutz für diesen Nießbrauch reicht; denn wenn man ihn für immer gewährt, ist das bloße Eigentum, das durch den Nießbrauch beschränkt ist, ohne Nutzen. Daher steht fest, dass der Schutz 100 Jahre lang gewährt wird, was die längste Lebenszeit ist.«)

169 Dies veranlasst Paulus zu der paradoxen Aussage in D 7.1.63 Paul sing iur sing; s. o. S. 103.

son auf eine andere übertragen. In Wahrheit handelt es sich um eine Rechtsaufgabe, wie der Autor der Paulussentenzen auch klar herausstellt:<sup>170</sup>

PS 3.6.28, 32

Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem quinque modis: capitis minutione, rei permutatione, non utendo, in iure cessione, dominii comparatione ... (32) In iure cessione amittitur ususfructus, quotiens domino proprietatis eum fructuarius in iure cesserit.

Ein verlorener Nießbrauch fällt an das Eigentum zurück. Verloren wird er auf fünffache Weise: durch Verlust der Rechtsfähigkeit, durch eine Veränderung der Sache, durch mangelnde Ausübung, durch gerichtliche Abtretung und durch den Erwerb des Eigentums ... (32) Durch gerichtliche Abtretung wird der Nießbrauch immer dann verloren, wenn der Nießbraucher ihn gerichtlich an den Inhaber des Eigentums abtritt.

Die Divergenz zwischen Name und Inhalt des Geschäfts erlaubt zwei Lösungen für den Fall, dass der Nießbraucher versucht, sein Recht an einen Dritten abzutreten: Einerseits kann man sich an die Bezeichnung des Geschäfts halten und in ihm eine wirkungslose Abtretung sehen; andererseits kann man den Fokus auf den Verzichtseffekt legen und der vermeintlichen Abtretung immerhin die Wirkung zuschreiben, dass der Nießbrauch an den Eigentümer zurückfällt. Letzteres entspricht der Auffassung von Pomponius.<sup>171</sup> Er erkennt hierin ein Problem, falls ein Nießbrauch als Mitgift für eine Frau bestellt worden ist und ihr nach Auflösung der Ehe zurückgewährt werden soll.<sup>172</sup>

D 23.3.66 Pomp 8 QM<sup>173</sup>

Si usus fructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Wird mir der Nießbrauch an einem Grundstück, das nicht zum Eigentum der Frau gehört, vom Inhaber des Eigentums als Mitgift überlassen, bereitet die Rückgabe des Rechts nach der Scheidung Schwierigkeiten, weil wir gesagt haben, dass der Nießbrauch nur vom Nießbraucher auf den Eigentümer übertragen werden kann und dass, wenn er einem anderen übertragen wird, nichts auf ihn übergeht, sondern der Nießbrauch an den Inhaber des Eigentums zurückfällt. Ei-

170 Dass der Tod des Nießbrauchers hier nicht erscheint, liegt daran, dass es sich dann wegen des Wegfalls des Rechtsträgers nicht im eigentlichen Sinne um einen Verlust handelt; vgl. *Buckland*, LQR 43 (1927) 326, 329.

171 Entgegen *Grosso*, *Usufrutto*, S. 312 f. kann man seine Ansicht also keinesfalls formalistisch nennen.

172 Einen Lösungsvorschlag hierfür unterbreitet auch *Marcell* in D 24.3.57 *Marcell* 7 dig.

173 In *Pomponius libri ad Quintum Mucium* gehörte das Fragment zu dem Titel *de legatis*; vgl. *Lenel*, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 66 (Pomp 254).

nige glauben zu Recht, dass in der Weise Abhilfe geschaffen werden müsse, dass entweder der Ehemann diesen Nießbrauch der Frau verpachtet oder zum Preis von einem Geldstück verkauft, so dass das Recht zwar beim Ehemann verbleibt, die Fruchtziehung aber der Frau zusteht.

Pomponius' Zeitgenosse Gaius hält sich hingegen an den Namen des Rechtsgeschäfts und sieht in ihm schlicht eine wirkungslose Abtretung:<sup>174</sup>

Gai 2.30

Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditor enim ea cessione nihil agi.

Der Nießbrauch ist nur einer gerichtlichen Abtretung zugänglich. Denn der Eigentümer kann einem anderen den Nießbrauch gerichtlich abtreten, so dass dieser den Nießbrauch hat und er selbst nur das nackte Eigentum zurückbehält. Der Nießbraucher selbst kann durch gerichtliche Abtretung nur dem Eigentümer den Nießbrauch verschaffen, so dass er von ihm ab- und in das Eigentum zurückfällt. Tritt er den Nießbrauch hingegen gerichtlich einem anderen ab, behält er den Nießbrauch nichtsdestoweniger. Denn es gilt, dass durch eine solche Abtretung nichts bewirkt wird.

Die strikte Bindung an die Person des Nießbrauchers wirkt sich in einer bestimmten Konstellation auch zu dessen Gunsten aus und begründet dabei wiederum einen bemerkenswerten Unterschied zum Eigentum. Er betrifft die Anwachsung beim Ausfall eines von mehreren Vermächtnisnehmern.<sup>175</sup> Hier gilt die Regel, dass sein Anteil, wenn das Eigentum vermacht ist, diesem, beim Nießbrauch hingegen der Person des übriggebliebenen Berechtigten anwächst. Papinian dient dies eigens als Beleg dafür, dass der Nießbrauch zuweilen gerade nicht mit einem Miteigentumsanteil zu vergleichen ist:<sup>176</sup>

D 7.1.33.1 Pap 17 quaest<sup>177</sup>

Usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit: unde si fundi vel fructus portio petatur et absolute secuta postea pars altera quae adcrevit vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Iulianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus adcreveret.

174 Hierzu *La Rosa, Usus fructus*, S. 59 ff., der den Meinungsgegensatz aber zu Unrecht schon im Gaiustext angedeutet sieht und eine Schulkontroverse zwischen Sabinianern und Prokulanern vermutet.

175 Vgl. v. *Lübtow*, *Schenkungen*, S. 47.

176 V. *Lübtow*, *Schenkungen*, S. 46 f. und *Lohsse, Ius adcrescendi*, S. 215 halten die Theorie von der *pars domini* aus diesem Grund auch für widerlegt, *Masson*, RHD 13 (1934) 161, 167 glaubt hingegen, die Ausnahme bestätige die Regel. Für justinianisch erklärt den Verweis auf die *pars* an dieser Stelle *Bretone*, *La nozione*, S. 178.

177 In Papinians *quaestiones* gehörte der Text zu einem Abschnitt über das Vermächtnisrecht; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 846 (Pap 254).

Der Nießbrauch hat anerkanntermaßen in bestimmten Fällen nicht die Wirkung eines Eigentumsanteils; wenn von einem Grundstück oder Nießbrauch ein Teil eingeklagt und nach Klageabweisung ein anderer Teil vindiziert wird, der angewachsen ist, stehe daher, wie Julian schreibt, beim Streit um das Eigentum die Einrede der Rechtskraft entgegen, beim Nießbrauch hingegen nicht, weil der neue Teil wie Schwemmland dem Grundstücksteil anwächst, das Recht zur Fruchtziehung hingegen der Person.

Der vom Spätklassiker zitierte Julian befasst sich mit der Frage, inwieweit die Rechtskraft eines Urteils einer späteren Anwachsung entgegensteht. Ist ein Vermächtnisnehmer bei dem Versuch unterlegen, sein Miteigentum an der vermachten Sache geltend zu machen, kann die spätere Anwachsung einer weiteren Eigentumsquote diese Entscheidung nicht mehr in Frage stellen; denn sie würde nur das schon endgültig aberkannte Recht vergrößern. Anders verhält es sich beim Anteil an einem Nießbrauch. Ist es einem Vermächtnisnehmer nicht gelungen, ihn mit Erfolg zu vindizieren, steht die Rechtskraft der Entscheidung einer neuen Klage nicht entgegen, wenn sie sich auf einen später angewachsenen Anteil bezieht. Denn sie vergrößert nicht einfach nur die schon vergeblich geltend gemachte Mitberechtigung, sondern fällt dem Vermächtnisnehmer als Person zu. Er kann den angewachsenen Anteil also vindizieren, ohne sich auf den ihm schon abgesprochenen Anteil berufen zu müssen.<sup>178</sup> Wie Paulus feststellt, dringt er mit seiner Vindikation des angewachsenen Teils sogar dann durch, wenn er zuvor erfolglos den gesamten Nießbrauch in Anspruch genommen hat.<sup>179</sup>

D 44.2.14.1 Paul 70 ed<sup>180</sup>

Qui, cum partem usus fructus haberet, totum petit, si postea partem ad crescentem petat, non summovetur exceptione, quia usus fructus non portioni, sed homini ad crescit.

Hat jemand den gesamten Nießbrauch gefordert, während er nur einen Anteil daran hatte, steht ihm, wenn er später einen angewachsenen Anteil fordert, keine Einrede entgegen, weil der Nießbrauch nicht einem Anteil, sondern der Person anwächst.

Und Ulpian wendet den Satz von der Anwachsung an die Person in einem Fall an, in dem ein Vermächtnisnehmer nicht nur mit der Durchsetzung seines Rechts gescheitert ist, sondern seinen Anteil am Nießbrauch sogar nachweislich verloren hat:

D 7.2.10 Ulp 17 ed

Interdum pars usus fructus et non habenti partem suam, sed amittenti ad crescit: nam si usus fructus duobus fuerit legatus et alter lite contestata amiserit usum fructum, mox et collegatar-

<sup>178</sup> Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 201.

<sup>179</sup> Hierzu Kieß, *Die confusio*, S. 26.

<sup>180</sup> In Paulus' Edikttskommentar fand sich der Text in einem Titel über die Einrede der Rechtskraft; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1085 (Paul 783).

ius, qui litem contestatus non erat, usum fructum amisit, partem dimidiam dumtaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum qui se liti optulit, <alteram partem dimidiam> a possessore consequitur: pars enim collegatarii ipsi ad crescit, non domino proprietatis: usus fructus enim personae ad crescit et si fuerit amissus.

Zuweilen wächst ein Nießbrauchsanteil auch demjenigen an, der seinen Anteil nicht mehr inne, sondern verloren hat. Denn wenn ein Nießbrauch zweien vermacht ist und einer von beiden ihn nach Rechtshängigkeit verloren hat und bald darauf auch sein Mitvermächtnisnehmer, der keine Klage erhoben hat, erlangt der Kläger von demjenigen, der den Streit aufgenommen hat, nur die Hälfte, die er verloren hat, <die andere> vom Besitzer; der Anteil seines Mitvermächtnisnehmers wächst nämlich ihm, nicht dem Inhaber des Eigentums an; der Nießbrauch wächst nämlich der Person auch an, selbst wenn er verlorengegangen ist.

Von zwei Vermächtnisnehmern hat nur einer Klage wegen des ihnen hinterlassenen Nießbrauchs erhoben. Nach der Streitbefestigung, die den für die Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt markiert, hat er seinen Anteil, vermutlich weil er wegen des Prozesses an der Nutzung verhindert war, durch *non usus* verloren.<sup>181</sup> Für die Verurteilung seines Gegners spielt dies keine Rolle. Da es auf den Moment der Streitbefestigung ankommt, haftet er ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung des Falles für den geltend gemachten hälftigen Nießbrauch.<sup>182</sup> Relevant ist der eingetretene Verlust aber im Verhältnis zu demjenigen, der sich später als der wahre Besitzer des mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücks erweist; denn er ist an die Entscheidung des ersten Prozesses nicht gebunden. Gleichwohl kann der Kläger auch ihn erfolgreich in Anspruch nehmen, freilich nicht wegen des eigenen, sondern wegen des Anteils des anderen Vermächtnisnehmers, den dieser inzwischen, wahrscheinlich ebenfalls infolge von *non usus*,<sup>183</sup> eingebüßt hat.<sup>184</sup> Er ist dem Kläger ohne Rücksicht auf den Verlust des eigenen Anteils angewachsen, weil es nicht auf diesen, sondern nur auf seine Person ankommt.<sup>185</sup>

Dieses Prinzip lassen die meisten Juristen sogar dann zur Geltung kommen, wenn es gar keinen Nießbrauchsanteil gibt, der anwachsen könnte. Der einschlä-

181 Vgl. Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 165, der vermutet, der Beklagte habe sich trotz fehlender Passivlegitimation absichtlich auf den Prozess eingelassen, um den Untergang des Nießbrauchs infolge seiner fehlenden Ausübung zu provozieren.

182 Dies übersieht Kieß, *Die confusio*, S. 27, der glaubt, der Verlust des eigenen Nießbrauchsanteils sei der Niederlage im Prozess geschuldet.

183 Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 165 f.

184 Zur Korrektur des überlieferten Textes in dieser Hinsicht Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 168. Auf eine Interpolationsannahme weicht hingegen Kieß, *Die confusio*, S. 27 aus.

185 Dagegen wächst ihm nicht auf dem Umweg über den Kollegatar der selbst verlorene Anteil auch wieder an; vgl. Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 169 ff.

gige Passus aus dem 17. Buch von Ulpians Sabinuskommentar<sup>186</sup> ist sowohl in den Digesten (D 7.2.3.2) als auch in den *fragmenta Vaticana* überliefert. Hier hat sich der von den Kompilatoren gestrichene Bericht über eine abweichende Meinung Julians erhalten:

FV 83

Non solum autem si duobus do lego usus fructus legetur, erit ius ad crescendi, verum et si alteri usus fructus, alteri proprietas; nam amittente usum fructum altero, cui erat legatus, magis iure ad crescendi ad alterum pertinet quam redit ad proprietatem nec novum; nam et si duobus usus fructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius ad crescendi non perit nec ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor secutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario; et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat. Quamquam Iulianus libro XXXV digestorum scribat ipsi quidem ius ad crescendi competere, non vero fructuario ab eo.

Nicht nur dann, wenn zweien der Nießbrauch vermacht ist, besteht ein Anwachsungsrecht, sondern auch dann, wenn dem einen der Nießbrauch, dem anderen das Eigentum vermacht ist; denn wenn einer von beiden, denen der Nießbrauch vermacht ist, ihn verliert, kommt eher dem anderen das Anwachsungsrecht zu, als dass es zum Eigentum zurückfällt. Und dies ist nichts Neues, denn auch wenn zweien der Nießbrauch vermacht ist und bei einem von beiden mit dem Eigentum zusammenfällt, fällt das Anwachsungsrecht nicht weg, und zwar weder für denjenigen, bei dem Nießbrauch und Eigentum zusammengefallen sind, noch durch ihn; und auf dieselbe Weise, wie er ihn vor dem Zusammenfall verloren hätte, verliert er ihn nun ebenfalls, wenn auch nicht nach Zivilrecht, so gewährt der Prätor doch dem Nießbraucher nach dem Vorbild des Zivilrechts eine zweckdienliche Klage; und so befinden Neraz und Aristo, und Pomponius billigt es. Obwohl Julian im 35. Buch seiner Digesten schreibt, dass ihm das Anwachsungsrecht zustehe, nicht aber dem Nießbraucher durch ihn.

Eine Anwachsung findet nicht nur unter Vermächtnisnehmern statt, denen jeweils ein Anteil am Nießbrauch hinterlassen ist. Sie erfolgt auch, wenn einer mit dem Nießbrauch, der andere mit dem Eigentum bedacht ist, ohne zugleich auf die *nuda proprietas* reduziert zu sein. Fällt der Nießbrauch weg, erlangt der Eigentümer das Nutzungsrecht, das ihm vorher schon zur Hälfte zugefallen war, in Gänze. Schwieriger fällt die Beurteilung, wenn ein Grund für den Verlust des Nießbrauchs in der Person des Eigentümers eintritt. Hier kann keine Anwachsung stattfinden, weil gar nicht der Nießbrauch, sondern nur das entsprechende Nutzungsrecht des Eigentümers betroffen ist. Gleichwohl spricht sich Ulpian dafür aus, den Nießbraucher so zu stellen, als sei es zu einer Anwachsung gekommen. Leiten lässt er sich dabei von der Entscheidung des Falles, in dem zwei Vermächtnisnehmern gleichermaßen der Nießbrauch hinterlassen und

---

186 Er gehört dort zu einem Abschnitt über die Anwachsung unter Nießbrauchslegataren; vgl. *Lenel, Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1064 (Ulp 2566).

einer von beiden dann zum Eigentümer der Sache geworden ist. Hier kann es ebenfalls nicht zu einer Anwachsung im eigentlichen Sinne kommen, weil der Nießbrauch des einen Vermächtnisnehmers schon vorher durch Vereinigung mit dem Eigentum erloschen ist.<sup>187</sup> Während es Julian hierbei belässt, wollen Neraz, Aristo und Pomponius dem anderen Vermächtnisnehmer eine zweckdienliche Klage gewähren, wenn ein Grund dafür eintritt, aus dem der Nießbrauch ohne die vorherige Konsolidation erloschen wäre. Aus Sicht dieser Juristen hebt die Vereinigung mit dem Eigentum nicht das Konkurrenzverhältnis der beiden Vermächtnisnehmer auf, aus dem sich die Anwachsung ergibt.<sup>188</sup> Da es auf ihre Person und nicht auf die Existenz von Nießbrauchsanteilen ankommt, muss zur Vermeidung eines zufälligen Vorteils auf Seiten des Eigentümers oder seiner Erben zumindest auf honorarrechtlichem Weg die Situation hergestellt werden, in der sich die Vermächtnisnehmer befänden, wenn einer nicht das Eigentum erworben hätte.<sup>189</sup> Ulpian hält diese Lösung für überzeugend und überträgt sie auf den Ausgangsfall, in dem keine Anteile am Nießbrauch gebildet werden, dieser aber mit dem Nutzungsrecht des Eigentümers derart zusammentrifft, dass sich beide Vermächtnisnehmer in die Früchte der Sache teilen.<sup>190</sup> Werden sie so behandelt, als wären sie beide mit dem hälftigen Nießbrauch bedacht worden, muss dies auch im Hinblick auf eine mögliche Anwachsung gelten.

Selbst wenn Julian in diesem Sonderfall von der Mehrheitsmeinung abweicht, geht auf ihn und Celsus doch die maßgebliche Begründung für das weitgehende Regime der Anwachsung beim Nießbrauch zurück. Ulpian referiert sie in einem Fragment aus demselben Buch seines Sabinuskomentars, das wiederum gleichermaßen in den Digesten (D 7.2.1.3) und in den *fragmenta Vaticana* überliefert ist.<sup>191</sup>

FV 77

Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen usus fructus legatus alteri ad crescit, ut puta si mihi fundi usus fructus separatim totius et tibi similiter fuerit usus fructus relictus; nam ut Celsus libro XVIII digestorum et Iulianus libro XXXV scribunt, concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret; nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usu fructu hoc plus est (contra quam Atilicium respondiisse Aufidius Chius refert), quod et constitutus nihilo minus amissus ius ad crescendi admittit. Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt: et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, usus fructus cotidie constituitur et

187 Vgl. Buckland, LQR 43 (1927) 326, 329, Kieß, *Die confusio*, S. 34, Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 192.

188 Kieß, *Die confusio*, S. 32 spricht davon, dass die Anwachsung der Konfusion vorgeht.

189 Harke, *Actio utilis*. Anspruchsanalogie im römischen Recht, Berlin 2016, S. 176 f.; vgl. auch Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 194 f.

190 Richtig Kieß, *Die confusio*, S. 30 ff.; anders Lohsse, *Ius ad crescendi*, S. 195 f., der glaubt, im Ausgangsfall komme es zu keiner wechselseitigen Anwachsung, sondern es werde nur das Nutzungsrecht des Vermächtnisnehmers, dem das Eigentum zugewandt ist, um das des Nießbrauchers ergänzt.

191 Vgl. Lenel, *Paligenesia*, Bd. 2, Sp. 1062 f. (Ulp 2563).

legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum ...

Zuweilen wächst ein vermachter Nießbrauch dem anderen auch dann an, wenn die Vermächtnisnehmer nicht verbunden sind, wie zum Beispiel, wenn mir und dir getrennt der Nießbrauch an einem gesamten Grundstück vermacht ist. Denn hier entstehen für uns, wie Celsus im 18. Buch seiner Digesten und Julian im 35. Buch schreiben, durch das Zusammentreffen Anteile. Dies gelte auch für das Eigentum, so dass bei der Ausschlagung des einen der andere das gesamte Grundstück erhalte. Aber beim Nießbrauch gilt es (entgegen dem was Aufidius Chius über eine Entscheidung des Atilicinus berichtet) insofern noch mehr, als es zur Anwachsung auch dann kommt, wenn der Nießbrauch schon begründet und dann wieder verloren worden ist. Alle Kommentatoren von Plautius stimmen nämlich hierin überein; und der Nießbrauch werde, wie Celsus und Julian treffend schreiben, täglich neu bestellt und vermacht, nicht wie das Eigentum nur in dem Moment, in dem die Sache herausverlangt wird. Findet der eine Vermächtnisnehmer den anderen, der mit ihm zusammentrifft, nicht vor, kann er die Sache allein nutzen ...

Der Konzentration auf die Person des Vermächtnisnehmers ist die Entkoppelung der Anwachsung vom Moment des Legatserwerbs immanent. Während dieser darüber entscheidet, ob und wie Vermächtnisnehmer konkurrieren, denen das Eigentum an einer Sache hinterlassen ist, kann es beim Nießbrauch auch danach noch zur Anwachsung kommen. Celsus und Julian führen dies darauf zurück, dass der Nießbrauch im Gegensatz zum Eigentum tagtäglich neu vermacht und bestellt werde (*usus fructus cotidie constituitur et legatur*). Dies ist nicht wörtlich im Sinne einer konstruktiven Ableitung der Anwachsung<sup>192</sup> oder so zu verstehen, dass der Erwerb nur durch die faktische Sachnutzung zustande kommt und erhalten bleibt<sup>193</sup>. Stattdessen wollen die beiden Hochklassiker den Zeitbezug zum Ausdruck bringen, der den Nießbrauch grundlegend vom Eigentum unterscheidet. Da dieses stets der Verfügung durch seinen Inhaber unterliegt, ist seine Zuordnung flüchtig und muss, um über die Konkurrenz mehrerer Vermächtnisnehmer zu entscheiden, auf einen bestimmten Zeitpunkt festgelegt werden. Beim Nießbrauch, der in einer unveräußerlichen Berechtigung auf Zeit besteht, ist die Zuständigkeit für die Dauer des Rechts hingegen fix, so dass das Konkurrenzverhältnis der Vermächtnisnehmer erhalten bleibt.<sup>194</sup> Soll der Nießbrauch überhaupt unter ihnen aufgeteilt werden, gibt es folglich keinen Grund, dies auf einen einzigen Moment zu beschränken.

Die Anwachsung kann also ohne Weiteres aus dem Konzept des Nießbrauchs als personengebundenes Recht erklärt werden. Sie bietet weder einen Anhalts-

192 Dagegen wendet sich zu Recht Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 155 f., 213 f.

193 So aber, wenn auch auf völlig verschiedener Grundlage, Buckland, LQR 43 (1927) 326, 345, Masson, RHD 13 (1934) 161, 170 f., Wesener, SZ 81 (1964) 83, 104 f.

194 Vgl. Harke, *Argumenta*, S. 278. Ähnlich Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 219.

punkt für die Theorie, er sei eine Abspaltung des Eigentums,<sup>195</sup> noch bedarf es einer Rückführung auf einen rein obligatorischen Charakter des Nießbrauchs in seiner ursprünglichen Form.<sup>196</sup> Was ihn prägt, ist der scharfe Kontrast zum Eigentum,<sup>197</sup> der sich auch schon beim Fruchterwerb und der Besitzverteilung bemerkbar gemacht hat.

### III. Ein Gegenmodell

Finden sich in der Konzeption des Nießbrauchs keine Spuren seiner möglichen Abkunft aus dem Eigentum, hat er doch einen eindeutigen Bezug hierauf. Dies aber eben nicht in dem Sinne, dass er als eine Variante des Eigentums erscheint, sondern gerade umgekehrt als ein Recht, das ihm klar entgegengesetzt ist. Wenn die Juristen es mit einer ›*pars rei*‹ oder ›*pars domini*‹ vergleichen, wollen sie lediglich das Stufenverhältnis beschreiben, in dem das unbeschränkte Eigentum einschließlich der Befugnis zur Sachnutzung zu dem Nießbrauch steht, in dem diese Nutzungsbefugnis verselbständigt ist. Es ist vor allem dann relevant, wenn Obligationsinhalte verglichen werden, um zu ermitteln, ob sie auf ein Mehr oder Weniger gerichtet sind. Die Juristen bestehen jedoch darauf, dass Eigentum und Nießbrauch getrennte Institute sind und nicht in derselben Person zusammentreffen können, ohne dass der Nießbrauch untergeht. Eine solche parallele Zuständigkeit verbietet sich schon wegen des konträren Charakters beider Rechte:

Die beiden hervorstechenden Kennzeichen des Nießbrauchs, die Bindung an die Person seines Inhabers und dessen Berechtigung auf Zeit, sind Erscheinungsformen desselben Merkmals, das im Fall der Anwachsung am deutlichsten hervortritt: Die Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs sorgt dafür, dass er für die Zeit seiner Dauer fest seinem Inhaber zugeordnet ist und so lange auch einer Ergänzung durch Anwachsung zugänglich ist. Beim jederzeit veräußerlichen Eigentum fehlt hingegen jeder Zeitbezug, so dass eine Anwachsung nur zu einem bestimmten Moment stattfinden kann. Es ist der Zeitpunkt, in dem die konkurrierenden Vermächtnisse anfallen.

Zu dieser Besonderheit kommen die Art und Weise des Fruchterwerbs und die Besitzposition, bei denen der Nießbraucher geradezu krampfhaft vom Eigentümer unterschieden wird: Obwohl dem Nießbraucher die Früchte der mit seinem

---

195 Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 222, der allenfalls die abweichende Ansicht des Atilicinus, von der Ulpian in *FV* 77 berichtet, als solchen gelten lassen will. Über dessen Ansicht lässt sich jedoch nichts Genaueres sagen.

196 So aber *Buckland*, *LQR* 43 (1927) 326, 334, 337 und *Gallo*, *Interpretazione*, S. 120.

197 Sie sieht auch Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 216 so.

Recht belasteten Sache im Regelfall in demselben Moment zu fallen, in dem sie ein Eigentümer erlangte, unterscheiden die Juristen doch peinlich zwischen ihrer Trennung von der Muttersache und dem Fruchtbezug, was nur in Ausnahmesituationen zu einem Unterschied in der Zuweisung des Eigentums an den Früchten führt. Und sie beharren darauf, dass dem Nießbraucher kein Besitz an der von ihm genutzten Sache zukommt, obgleich er diese nicht nur innehat, sondern in seiner Sachherrschaft auch ebenso geschützt ist wie ein Eigenbesitzer, der sich das Eigentum an einer Sache zuschreibt. Die Interdikte, die ihm zukommen, werden in Analogie als »zweckdienliche« Verfügungen ebenfalls einem Nießbraucher gewährt und sind vermutlich sogar im prätorischen Edikt vorgesehen. Warum wird der Nießbraucher nicht als Besitzer anerkannt und ihm ein Früchterwerb mit der Trennung von der Muttersache verwehrt? Die Antwort lautet: Weil beides dem Eigentümer vorbehalten ist, von dessen Position die des Nießbrauchers sorgsam getrennt wird.

Diese Eigenheiten können nicht das Ergebnis einer nachträglichen Umformung des Rechtsinstituts sein. Sie sind dem Nießbrauch seit seiner Konzeption in die Wiege gelegt.<sup>198</sup> Seine Schöpfung setzt voraus, dass es das Eigentum als konkurrenzlose Berechtigung an einer Sache gibt,<sup>199</sup> sei es, dass es in dieser Gestalt zugleich mit dem Nießbrauch entworfen worden ist, sei es, dass es ihm zeitlich vorangeht.

Für sich genommen, ließe dies noch nicht auf eine Verbindung zur Testierfreiheit schließen. Der Zusammenhang erhellt, wenn man den Versorgungszweck des Nießbrauchs mit in Betracht zieht: Der *usus fructus* ist ersichtlich geschaffen worden, um jemandem, der nicht Erbe wird, für die Dauer seines Lebens die wirtschaftliche Existenz zu sichern. Ein starkes Bedürfnis hierfür entsteht erst dadurch, dass die gesetzliche Erbfolge nicht mehr automatisch dafür sorgt, dass die Hinterbliebenen der Hausgemeinschaft des Erblassers versorgt sind. Auslöser hierfür sind die Aushöhlung der gesetzlichen Erbfolge durch das schon im Zwölfafelgesetz anerkannte Vermächtnistestament und ihr vollständiger Ausschluss durch das später aufgekommene Erbeinsetzungstestament. Eröffnen sie dem Erblasser Testierfreiheit, wecken sie den Bedarf nach einer Neukonstruktion der Rechtsstellung, in der er sich selbst vor seiner Entgrenzung befand: Ehe mit Hilfe der *mancipatio* die Grundbestandteile des bäuerlichen Vermögens seiner Disposition unter Lebenden und von Todes wegen unterworfen wurden, war

---

198 Dass er seit seiner Schaffung im dritten oder zweiten Jahrhundert v. Chr. keinem grundlegenden Wandel unterlegen ist, glaubt auch Lohsse, *Ius adcrendi*, S. 224.

199 Richtig Kaser, Eigentum und Besitz, S. 302 ff., der hierin aber die Ursache für einen Übergang vom funktionell geteilten Eigentum zum Konzept des Rechts an einer fremden Sache sieht. Anders Wesener, Erbsitzbarkeit, S. 208.

er in dieser Hinsicht ebenso Inhaber »auf Zeit«, wie es jetzt der Nießbraucher ist. Erheischt seine unbeschränkte Verfügungsbefugnis die exklusive Zuordnung einer Sache zu seinem Vermögen, provoziert sie auch die Schaffung eines Gegenmodells, bei dem die Veräußerungsbefugnis gerade fehlt und ein klarer Unterschied zum Eigentum gemacht wird. Seine Konzeption erfolgt gemeinsam oder nach der Herausbildung des Eigentumsbegriffs, wie er im *agere in rem per sponsionem* sichtbar wird. Es ist die Zeit vor der Ausbreitung des Formularprozesses und nach Etablierung der Testierfreiheit.

# Synthese

Der Eigentumsbegriff des klassischen römischen Rechts trägt keine ideologischen Züge. Er ist bloß ein Konzept der Sachzuordnung, das nicht definiert, sondern stets nur vorausgesetzt ist. Greifbar wird es lange vor der Verwendung der Ausdrücke ›*dominium*‹ und ›*proprietas*‹ in der *formula petitoria*, mit der ein Eigentümer in dem sich seit dem zweiten Jahrhundert v. Chr. verbreitenden Formularprozess die Herausgabe seiner Sache von ihrem Besitzer fordert. Hervorstechendes Merkmal der Formel ist, dass nur der Kläger sein Eigentum behaupten und beweisen muss, während der Beklagte es dabei belassen kann, diesem Vorbringen entgegenzutreten. Da das Eigentum gegenüber allen wirkt und nur einen Inhaber haben kann, muss der Richter die Klage abweisen, wenn er von der Behauptung des Klägers nicht überzeugt ist.

Ganz anders ist das Recht beschaffen, um das in der schon zur Zeit des Zwölftafelgesetzes praktizierten *legis actio sacramento in rem* gerungen wird. Obwohl es hier ebenso wie später bei der *formula petitoria* darum geht, ein ›*rem meam esse*‹ darzutun, hat dieses doch einen ganz anderen Inhalt. Beide Parteien müssen nämlich dieselbe Behauptung aufstellen und den hierfür erforderlichen Beweis erbringen. Und der Richter muss sich für eine der beiden Seiten entscheiden. Im Rahmen der alten Sakramentsklage bedeutet ›*rem meam esse*‹ also bloß, dass der Sieger im Rechtsstreit relativ besser berechtigt ist als der unterlegene Teil.

Gegen diese Deutung des Rituals, mit dem der alte Sakramentsprozess vor dem römischen Gerichtsmagistrat eröffnet wird, lassen sich keine stichhaltigen Argumente vorbringen: Zwar liegt dem Verfahren keine Theorie eines ›relativen Eigentums‹ zugrunde; und die Parteien treten durchaus mit Absolutheitsanspruch auf. Dass sie im Gegensatz zum späteren Formularprozess kein exklusives Recht geltend machen, folgt aber aus der Zweiseitigkeit der Rechtsbehauptung und ihrer Alternativität: Das ›*rem meam esse*‹ wird durch den Ausgang des Prozesses und nicht dieser durch das festzustellende Recht bestimmt. Es kann stets nur im Verhältnis zum Prozessgegner in Anspruch genommen werden. Dies unterscheidet seine Relativität von den Beschränkungen, denen bis

heute die Rechtskraft eines Urteils unterliegt: Kann es nur die am Prozess Beteiligten binden, heißt dies nicht, dass auch das Recht, um das gestritten wird, relativ wäre. Es kann sich nur verschieden darstellen, weil jedes Urteil seine eigene Wahrheit schafft und einer abweichenden Entscheidung deren Richtigkeitsanspruch streitig macht. Dies bedeutet aber eben nicht, dass das Recht wie bei der alten Sakramentsklage an den Erfolg im Prozess geknüpft wäre.

Dass hier doch nur eine Seite mit dem Nachweis ihrer Position belastet wäre, lässt sich auch nicht aus einem möglichen Diebstahlsverdacht herleiten, den eine Seite gegen die andere hegt. Zwar werfen sich beide Seiten beim Ritual der *legis actio sacramento in rem* die Begehung einer *iniuria* vor, die das unmittelbare Thema ihrer Wetteinsätze ist. Dieses Unrecht wird jedoch erst im Prozess durch Beanspruchung der Sache begangen und ergibt sich daraus, dass der jeweilige Gegner erfolgreich sein ›*rem meam esse*‹ dartut. Im Übrigen ist die Annahme, der Beklagte müsse Besitzer der Sache sein, anachronistisch, nämlich dem späteren Verfahren mit der *formula petitoria* abgeschaut. Für den Rechtsgang spielt die Besitzlage keine Rolle, weshalb sie vom Gerichtsmagistrat erst dadurch gestaltet werden muss, dass er einem der Kontrahenten die Sache für die Dauer des Prozesses zuweist.

Die mit ›*rem meam esse*‹ beschriebene relative Zugehörigkeit muss dem neuen Begriff des Eigentums als einer exklusiven Rechtsposition nicht erst im Formularverfahren weichen. Er ist schon vorher in einem Verfahren wirksam, das noch zur Zeit des Legisaktionenprozesses und gerade für diesen geschaffen worden ist. Da es sich mit der Einführung der *formula petitoria* wieder erübrigt, hat es in den Rechtsquellen bis auf das Institutionenlehrbuch des Gaius keine Spuren hinterlassen. Dessen vergleichsweise ausführlicher Bericht lässt aber erkennen, dass die *actio in rem per sponsionem* Elemente der alten Sakramentsklage und der späteren *formula petitoria* vereint: Ist der Beklagte Besitzer der Sache, muss er sich zu deren Herausgabe nach dem Vorbild der Bürgen verpflichten, die der Zwischenbesitzer bei der Sakramentsklage zu stellen hatte. Außerdem ist die Feststellung des Eigentums nach wie vor nicht unmittelbares Thema der richterlichen Entscheidung, sondern Vorfrage für das Urteil über eine Wette. Diese wird aber nicht mehr durch gegenseitige Einsätze, sondern durch ein einseitiges Versprechen abgeschlossen, mit dem der Beklagte eine Zahlung für den Fall zusagt, dass der Kläger mit der Behauptung seines Eigentums richtig liegt. Dieses Versprechen ist symbolisch und ohne Strafcharakter, die Streitsituation dadurch entschärft, dass die Parteien gerade keine kontradiktorischen Rechtsbehauptungen aufstellen. Sein Eigentum macht nur noch der Kläger geltend, der hierfür auch allein die Beweislast trägt. Wird er ihr nicht gerecht, weist der Richter die Klage ab, ohne dem Beklagten zu bescheinigen, dass die Sache ihm gehört.

Das neue Verfahren des Eigentumsrechtsstreits lässt sich nicht mit dem bloßen Streben nach einer Vereinfachung des Prozesses erklären. Hierzu muss man

entweder einen Zwischenschritt annehmen, der in den Quellen nicht belegt ist; oder man unterstellt, das *agere in rem per sponsionem* gehe ebenso wie die spätere Klage mit der *formula petitoria* von der Besitzverteilung aus. Eine Verfahrenserleichterung, die den Parteien die Wetteinsätze mit daran geknüpftem Strafverfall erspart, hätte zunächst einmal so aussehen müssen, dass sich beide Parteien wechselseitig einen Betrag für den Fall versprechen, dass der jeweilige Gegner zu Recht *rem meam esse* behauptet. Die spärlichen Quellen zum *agere per sponsionem* kennen aber nur das einseitige Versprechen, in dem der neue Eigentumsbegriff wirksam ist. Geht man vom Ziel der Verfahrensökonomie aus, kann man zu einer solchen Lösung allenfalls dann gelangen, wenn man davon ausgeht, die Beklagtenrolle sei durch den Besitz vorgegeben. Dann müsste nur der Kläger sein Eigentum behaupten, während der Beklagte die Sache behalten darf, falls der Kläger mit seinem Antrag nicht durchdringt. Die nach dem neuen Verfahren zu leistende *sponsio* knüpft aber nur an die Eigentumsbehauptung und nicht daran an, wer die Herrschaft über die umstrittene Sache ausübt. Sie kann ohne Weiteres auch vom Besitzer der Sache dazu eingesetzt werden, sich gegenüber einer Infragestellung seiner Rechtsposition durch einen anderen Prätendenten zur Wehr zu setzen.

Die fehlende Verbindung zur aktuellen Besitzlage stellt auch einen maßgeblichen Einwand gegen die Annahme dar, die neue Einseitigkeit der Eigentumsbehauptung gehe auf eine Ausbildung des Besitzschutzes zurück. Zwar ist die Überlegung nicht unplausibel, ein Sachinhaber, der sich erfolgreich im Besitzrechtsstreit durchgesetzt hat, dürfe in der Auseinandersetzung um das Eigentum nicht mit dem Nachweis seines Rechts belastet werden, sondern diesen von der Gegenseite erwarten. Eine solche wiederum vom Verfahren mit der späteren *formula petitoria* abgeschauten Erklärung übergeht aber zum einen den fehlenden Besitzbezug des *agere in rem per sponsionem*. Zum anderen fügt sie sich auch nicht zur mutmaßlichen Chronologie der Entwicklung des Besitzrechts. Einen effektiven Mechanismus zur Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft stellt es erst in der Zeit des Formularprozesses bereit, während der Eigentumsrechtsstreit *per sponsionem* schon auf eine Epoche zurückgeht, in der es nur den Legisaktionenprozess gibt. In dieser Zeit werden zwar schon die sogenannten prohibitorischen Interdikte *uti possidetis* und *utrubi* geschaffen. Entgegen ihrer missverständlichen Bezeichnung sind es keine bloßen Instrumente zur Aufrechterhaltung der aktuellen Besitzsituation, sondern umfassende Mechanismen zur Schaffung einer gehörigen Besitzlage. Auch das restitutorische *unde vi*, mit dem sich die richterliche Prüfung bei einer feststehenden Vertreibung des Antragstellers durch den Antragsgegner begrenzen lässt, gehört einer Phase an, in der das Legisaktionenverfahren noch exklusiv ist. Ihre Sanktion finden die Interdikte in dieser Zeit aber allein in Strafversprechen, die sich die Parteien im einen Fall schlicht gegenseitig, im an-

deren gleich doppelt wechselseitig leisten. Dass sie keinen hinreichenden Druck zur Herstellung einer gehörigen Besitzlage schaffen, zeigt ihre Ergänzung durch Herausgabeklagen, die ebenso wie die *formula petitoria* des Eigentumsrechtsstreites auf wirkliche Überlassung der Sache gerichtet sind und im Fall ihrer Verweigerung für eine angemessene Kompensation durch Zahlung des Sachwertes sorgen. Die älteste dieser Klagen ist vermutlich das nach seinem Schöpfer benannte *iudicium Cascellianum*. Mit ihm kann der Sieger im prohibitorischen Besitzverfahren die Herausgabe der Sache von dem Gegner verlangen, dem sie für die Dauer des Besitzschutzverfahrens infolge eines Bieterwettstreits zugewiesen ist. Hinzu kommen später eine entsprechende Klage für die aus der Sache gezogenen Früchte sowie beim restitutorischen Interdikt *unde vi* die vom Antragsteller zu initiiierende Verurteilung des Antragsgegners zur Sachherausgabe. Den Schlusspunkt der Entwicklung bildet die *formula arbitraria*. Mit ihr kann ein Antragsgegner, der mit einem restitutorischen Interdikt belangt wird, das alte Prozedere der Strafversprechen komplett umgehen und bewirken, dass das Verfahren für beide Seiten gänzlich »ohne Risiko«, also ohne pönales Element, geführt wird. Sorgen erst diese durch den Formularprozess angeregten Modifikationen in hinreichendem Maße dafür, dass eine gestörte Besitzlage bereinigt wird, kann der Besitzschutz nicht Auslöser einer Fortbildung des Eigentumsrechtsstreits sein, die sich schon in der Zeit des Legisaktionenverfahrens vollzogen hat.

Zweifellos älter als der Eigentumsbegriff ist hingegen die Testierfreiheit. Sie ist das Ergebnis einer Entwicklung, die schon vor dem Zwölftafelgesetz ihren Anfang nimmt und spätestens im dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung ihren Abschluss findet. Der entscheidende Schritt wird dabei durch das alte Gesetz selbst vollzogen. Im Grundsatz geht es noch von einer zwingenden gesetzlichen Erbfolge aus, durch die das Vermögen eines Familienvaters den Angehörigen der ihm unterstehenden Hausgemeinschaft und, wenn es diese nicht gibt, seinen übrigen agnatischen Verwandten zufällt. Durchbrochen wird dieses Regime, wenn ein Erblasser vor der Volksversammlung oder dem zusammengetretenen Heer einen Erben ernennt. Neben diesem schwerfälligen Mechanismus gibt es die Möglichkeit, die gesetzliche Erbfolge dadurch zu frustrieren, dass der Erblasser die wichtigsten oder alle Gegenstände seines Vermögens veräußert. Ursprünglich war ihm dies zumindest bei den Grundbestandteilen der bäuerlichen Existenz, nämlich bei den zur Gruppe der *res Mancipi* zusammengefassten Grundstücken, Sklaven und Herdentieren, auch schon zu Lebzeiten jedenfalls dann verwehrt, wenn er sie zu Geld machen wollte. Um sie disponibel zu machen, ersann man lange vor dem Zwölftafelgesetz die *mancipatio*, die den Übertragungsakt dadurch verdeckte, dass die Parteien vorgaben, die veräußerte Sache habe von jeher dem Erwerber gehört. Dieses Umgehungsgeschäfts bediente man sich auch, um die gesetzliche Erbfolge auszuhöhlen. Dabei vergab der Erblasser seine Sachen

zunächst direkt an die Begünstigten, später an einen »Vermögensübernehmer«, dem er aufgab, wie sie nach seinem Tod zu verteilen waren. Im Zwölf Tafelgesetz wurde dieses Verfahren als letztwillige Verfügung anerkannt, mit der Folge, dass der Erblasser die ihm gehörenden Sachen nun mit Wirkung auf seinen Tod unmittelbar bestimmten Vermächtnisnehmern zuwenden konnte. Die unabweisbare Konsequenz war die Zulassung einer Erbeinsetzung, die man dem alten Gesetz später im Wege der Interpretation entnahm. Sie erlaubte einem Erblasser, die gesetzliche Erbfolge durch privaten Rechtsakt nicht nur zu untergraben, sondern regelrecht auszuschließen. Zugleich eröffnete ein Geschwisterritual zur *mancipatio*, die *in iure cessio*, einem agnatischen Verwandten, dem die Erbenstellung durch gesetzliche Erbfolge zugefallen war, diese direkt an einen Dritten weiterzugeben, ohne dass ihn die Nachteile der Rechtsnachfolge ereilten. So wurde der Vermögenserwerb von Todes wegen auch auf der Seite der Erben mobilisiert.

Diese Entgrenzung der Position von Erblasser und Erben verträgt sich schwerlich mit der relativen Zuständigkeit von Sachen, wie sie den alten Sakramentsprozess prägt. Kann jemand über die Gegenstände seines Vermögens sogar mit Wirkung über den eigenen Tod hinaus disponieren, verfügt er über eine umfassende Herrschaftsmacht. Diese lässt keine Konkurrenz eines anderen Prätendenten zu, sondern erheischt die Exklusivität, die das Eigentum kennzeichnet. Um mit Bestand zu Lebzeiten oder von Todes wegen verfügen zu können, muss jemand von der Rechtsordnung als alleiniger Inhaber einer Sache anerkannt sein. Er kann nicht lediglich derjenige sein, der sich im Prozessverhältnis zu einem Gegner als besser berechtigt erwiesen hat, ohne Garantie, dass er sich, eine gleichsinnige Beurteilung der Rechtslage vorausgesetzt, auch gegenüber einem Dritten durchsetzen könnte. Die schon zur Zeit des alten Sakramentsprozesses ausgebildete Testierfreiheit verlangt nach dem Konzept eines absoluten Rechts, wie es im *agere in rem per sponsionem* erstmals zutage tritt.

Der Zusammenhang zwischen Testierfreiheit und Eigentumsbegriff wird dadurch unterstrichen, dass noch zur Zeit des Legisaktionenprozesses, entweder zugleich mit dem Eigentum oder danach, ein komplementäres Recht mit erbrechtlichem Bezug geschaffen wurde. Es ist der Nießbrauch, der gerade in Entgegensetzung zum Eigentum modelliert ist und die Rechtsstellung nachahmt, die einem Erblasser bis zur Etablierung der Testierfreiheit zukam. Der Nießbrauch dient der Versorgung von Angehörigen, die ein Erblasser zwar absichern, aber nicht zu seinen Erben werden lassen will. Sie sind gleichsam Eigentümer »auf Zeit« und entbehren just der Befugnis zur Sachveräußerung, die sich mit Hilfe der *mancipatio* schrittweise ausgebildet hat und in der Möglichkeit zur Einsetzung eines Erben kulminiert.

Der Nießbrauch ist nicht einer funktionellen Teilung des Eigentums entsprungen. Für sie bietet selbst der nicht seltene Rekurs der römischen Juristen auf das Miteigentum keinen Beleg. Denn mit ihm soll nur das Stufenverhältnis zum Ausdruck gebracht werden, in dem das im Nießbrauch verkörperte Nutzungsrecht zum vollen Eigentum steht, das eben dieses Nutzungsrecht einschließt. Im Nießbrauch ist es derart an die Person seines Inhabers gebunden, dass es sich im Fall der Anwachsung unter mehreren Vermächtnisnehmern völlig von der Beteiligung an der Sache löst: Während das Eigentum wegen seiner steten Veräußerlichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden sein muss, um seinem Inhaber die Ergänzung um den Anteil eines anderen Vermächtnisnehmers zu ermöglichen, kommt es beim Nießbrauch allein darauf an, ob der Nießbraucher noch lebt. Den hier sichtbaren Kontrast zum Eigentum halten die römischen Juristen in nachgerade artifizieller Manier auch im Hinblick auf den Fruchterwerb und den Sachbesitz durch: Obwohl der Nießbraucher in fast allen Fällen das Eigentum an Früchten in demselben Moment erwirbt, in dem es auch ein Eigentümer der Muttersache erlangte, wird doch genau zwischen der für den Eigentümer ausreichenden Trennung der Früchte und ihrem Bezug unterschieden, ohne die der Nießbraucher die Früchte nicht erwerben soll. Und obwohl ein Nießbraucher praktisch denselben Besitzschutz genießt wie ein Eigentümer, gesteht man ihm in der Theorie doch allenfalls eine ›*quasi possessio*‹ und nicht den für den Eigentümer reservierten Besitz zu. Diese Ausgestaltung des Nießbrauchs als ein personengebundenes, besitzloses und ohne automatischen Fruchterwerb auskommendes Recht macht es gleichsam zum Negativ des Eigentums. Dass dieses keine Konkurrenz duldet, ist ein Postulat des Regimes der Vermögensnachfolge von Todes wegen, die der Konzeption des Eigentums und des Nießbrauchs gleichermaßen vorangeht.

# Verzeichnis der juristischen Quellen

## Gai institutiones (Gai)

1.98	64 Fn. 11
1.99	64 Fn. 11
1.104	67 ff.
1.119	70 ff.
1.120	74
1.121	74
1.122	71 f.
2.14	115 f.
2.25	78
2.28	79
2.29	79
2.30	79, 132
2.33	79
2.34	80 f.
2.35	80 f.
2.36	80 f.
2.37	81
2.93	128 f.
2.101	63 ff.
2.102	66
2.103	63 ff.
2.104	66 ff.
2.224	62 ff.
3.82	81 Fn. 77
3.85	81 f.
3.86	81 f.
3.87	81 f.
4.3	116
4.16	13 ff.
4.17	15 f.
4.17a	34

4.31	13 Fn. 1
4.91	31 ff.
4.92	31 ff.
4.93	31 ff.
4.94	31 ff.
4.95	32 f.
4.139	123 f.
4.140	49 f.
4.141	51 f.
4.142	44 f.
4.143	44 f.
4.148	42 f.
4.149	45
4.150	45, 48 Fn. 11
4.154	45 f.
4.156	47 f.
4.157	47 f.
4.158	47 f.
4.160	47 f.
4.161	51
4.162	51
4.163	52 f.
4.164	52 f.
4.165	53 f.
4.166	55
4.166a	55 f.
4.167	56
4.168	56
4.169	56 f.

### Pauli sententiae (PS)

3.6.28	131
3.6.32	131
4.8.3	65 Fn. 14
5.6.8b	126

## fragmenta Vaticana (FV)

- 50 76 ff.
- 77 136 f.
- 83 135 f.
- 90 122 Fn. 136, 124 f.
- 91 124

## Ulpiani epitome (UE)

- 11.14 62 Fn. 4
- 19.9 75 Fn. 63
- 19.10 75 Fn. 60
- 19.11 80
- 19.12 80
- 19.13 80
- 19.14 80
- 19.15 80

## Collatio legum Mosaicarum et Romanarum

- 16.4.2 65 Fn. 14

## Corpus Iuris Civilis

### Institutiones (IJ)

- 2.20.9 110
- 2.22pr 62 Fn. 5
- 4.15.4 41 f.
- 4.15.8 44 Fn. 8

## Digesta (D)

1.2.2.45	55 Fn. 24
1.3.16	103 Fn. 71
2.8.15.1	127
5.3.20.6c	59 Fn. 26
5.3.25.2	59 Fn. 26
6.1.9	26 f., 43 Fn. 6
6.1.27.3	59 f.
6.1.35.3	95 Fn. 47
6.1.57	20 f.
7.1.1	94
7.1.4	93 f.
7.1.12.5	118 f.
7.1.33.1	98 Fn. 57, 132 f.
7.1.34pr	106 f.
7.1.56	130
7.1.57	111 f.
7.1.60.1	126
7.1.63	103, 103 Fn. 169
7.1.68pr	88 Fn. 3
7.2.4	108 f.
7.2.5	108 f.
7.2.9	108 Fn. 89
7.2.10	133 f.
7.4.13	117 f.
7.4.17	105 f.
7.6.1pr	120 f.
7.6.4	107 f.
7.6.5pr	103 f.
7.6.5.1	120
8.3.30	10 Fn. 4
10.4.5.1	125 f.
13.7.18.1	113 f.
18.1.80.3	10 Fn. 3, 27 f.
18.6.3	29 Fn. 56
19.4.1pr	28 f.
21.2.49	102
23.3.4	114
23.3.66	131 f.
24.3.57	131 Fn. 173
28.2.9.2	65 Fn. 15
30.82.2	109
30.82.3	109
30.116.4	96

---

31.26	96 f.
31.66.6	98
31.76.2	95 f., 98 Fn. 56
33.2.19	114 f.
33.2.26.1	108 Fn. 89
33.2.31	90 Fn. 11
33.2.33.2	90 Fn. 11
34.4.2	101 f.
39.5.6	121 Fn. 134
39.5.27	122 Fn. 136
41.1.10.5	128 f.
41.2.12pr	121 Fn. 135, 127
41.2.49pr	127 f.
41.2.52pr	126 f.
41.3.4.28	128 Fn. 158
43.3.1.8	124 Fn. 144
43.12.1pr	48 Fn. 13
43.16.3.13	122 f.
43.16.3.14	122 f.
43.16.3.16	122 f.
43.16.3.17	123
43.16.15	49 Fn. 14
43.17.1.3	42 f.
43.17.1.4	46
43.17.3.1	47 Fn. 1
43.17.3.11	55 Fn. 24
43.17.4	122
43.25.1.4	119 Fn. 127, 120 Fn. 129
43.26.2pr	50 Fn. 17
43.26.6.2	126
44.2.14.1	133
44.2.21.3	104 f.
45.1.56.6	110 f.
45.1.56.7	110 f.
45.1.58	100 f.
45.1.126.1	112 f.
46.1.70.2	92 f., 99 Fn. 59
46.4.13.1	99
46.4.13.2	98 f.
50.16.25pr	94 f.
50.16.120	62 f.
50.16.162pr	65 Fn. 14
50.16.195	65 Fn. 14
50.17.77	69 Fn. 26



# Abgekürzt zitiertes Schrifttum

- Carlos Felipe Amunátegui Perelló, Problems concerning *mancipatio*, TR 80 (2012) 329–352
- Christian Baldus, Herausgabeklage des Eigentümers, in: Babusiaux u. a. (Hg.), Handbuch des römischen Privatrechts, Tübingen 2023, Bd. 2, § 59, S. 1537–1631
- Okko Behrends, La *mancipatio* nelle XII Tavole, IVRA 33 (1982) 44–103
- Bernardo Albanese, La successione ereditaria in diritto romano antico, AUPA 20 (1949) 127–475
- Rodolfo Ambrosino, *Usus fructus e communitio*, SDHI 16 (1950) 183–220
- Vincenzo Arangio-Ruiz, La struttura di diritti sulla cosa altrui in diritto romano, in: Scritti di diritto romano, Neapel 1974, Bd. 1, S. 135–298
- Peter Birks, The Roman law concept of dominium and the idea of absolute ownership, AJ 1985, 1–37
- Francesca Bozza, *Actio in rem per sponsionem*, in: Studi in onore di Pietro Bonfante, Mailand 1930, Bd. 2, S. 589–629
- Mario Bretone, La nozione romana di usufrutto, Bd. 1: Dalle origini a Diocleziano, Neapel 1962
- William Warwick Buckland, The conception of usufruct in classical law, LQR 43 (1927) 326–348
- Carlo Augusto Cannata, *Qui privor vindicaverat*: la posizione delle parti nella *legis actio sacramento in rem*, in: Ankum (Hg.), *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, S. 83–96
- Ricardo Cardilli, Nutzungsrechte (*usus fructus, usus, habitatio*), in: Babusiaux u. a. (Hg.), Handbuch des römischen Privatrechts, Tübingen 2023, Bd. 1, § 49, S. 1235–1247
- Luigi Capogrossi Colognesi, La struttura della proprietà e la formazione dei *iura praediorum* nell'età repubblicana, Bd. 1, Mailand 1969
- György Diószdi, Ownership in ancient and preclassical Roman law, Budapest 1970
- Filippo Gallo, Interpretazione e formazione consuetudinaria nel diritto. Lezioni di diritto romano, 2. Aufl., Turin 1993
- Francesco Giglio, The concept of ownership in Roman law, SZ 135 (2018) 76–107
- Giuseppe Grosso, Usufrutto e figure affini nel diritto romano, 2. Aufl., Turin 1958
- Karl Hackl, Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die *in iure cessio*, SZ 106 (1989) 152–179
- Jan Dirk Harke, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian, Berlin 2012
- ders., *Precarium*. Besitzverrag im römischen Recht, Berlin 2016
- ders., Pflicht und Freiheit des Erblassers. Pflichtteil und Wahnsinnsfiktion im klassischen römischen Erbrecht (Strukturwandel des Eigentums, Bd. 1), Frankfurt a. M. 2023

- Lisa Isola*, Interdikte, in: Babusiaux u. a. (Hg.), Handbuch des römischen Privatrechts, Tübingen 2023, Bd. 2, § 66, S. 1808–1867
- Max Kaser*, Die natürlichen Erwerbsarten im altrömischen Recht, SZ 65 (1947) 219–260
- ders.*, Das altrömische Ius, Göttingen 1949
- ders.*, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Aufl., Weimar 1956
- ders.*, Das römische Privatrecht, 2. Aufl., Bd. 1, München 1971, Bd. 2, München 1974
- ders.*, Über ›relatives Eigentum‹ im altrömischen Recht, SZ 102 (1985) 1–39
- ders.*, Zur *legis actio sacramento in rem*, SZ 104 (1987) 53–84
- ders.*, Altrömisches Eigentum und *usucapio*, SZ 105 (1988) 122–164
- Max Kaser/Karl Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996
- Fabian Klinck*, Eigentumsbegriffe, in: Babusiaux u. a. (Hg.), Handbuch des römischen Privatrechts, Tübingen 2023, Bd. 1, § 39, S. 1056–1063
- Luigi Labruna*, *Vim fieri veto*: alle radici di una ideologia, Neapel 1971
- Otto Lenel*, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 Bde., Leipzig 1889
- ders.*, *Das Edictum Perpetuum*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., Leipzig 1927
- Henri Lévy-Bruhl*, Recherches sur les actions de la loi, Paris 1960
- Ulrich von Lübtow*, Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte, Lahr 1949
- Giuseppe Luzzatto*, Spunti critici in tema di *actio in rem per sponsionem*, in: Studi in memoria di Emilio Albertario, Mailand 1953, S. 167–193
- André Magedelain*, Les mots *legare* et *heres* dans la loi des XII tables, S. 1 in: Zehntner/Hentz (Hg.), Hommage a Robert Schilling, Paris 1983, S. 159–173
- Dario Mantovani*, Le formule del processo private romano, 2. Aufl., Padua 1999
- Matteo Marrone*, La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano, AUPA 28 (1961) 1–172
- Pierre Masson*, Essai sur la conception de l'usufruit, RHD 13 (1934) 1–47, 161–218
- Philippe Meylan*, *Fructus sine usu et actus sine itinere*, in: Studi in memoria di Aldo Albertoni, Mailand 1935, Bd. 1, S. 95 ff.
- Frank Peters*, Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer, SZ 96 (1979) 173–203
- Guido Pfeifer*, Fortschritt auf Umwegen – Umgehung und Fiktion in den Rechtsurkunden des Altertums, München 2013
- Stefania Pietrini*, *Deducto usu fructu*. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto, Mailand 2008
- Jürgen Rastätter*, *Marcelli notae ad Iuliani digesta*, Diss. Freiburg 1980
- Thomas Rübner*, Das *testamentum per aes et libram* und andere Formen letztwilliger Verfügungen, in: Babusiaux u. a. (Hg.), Handbuch des römischen Privatrechts, Tübingen 2023, Bd. 2, § 18, S. 518–553
- Helen Scott*, Absolute ownership and legal pluralism in Roman law: two arguments, AJ 2011, 23–34
- Martin Josef Schermaier*, Der zivilrechtliche Eigentumsbegriff in historischer Perspektive: Die beiden Gesichter des § 903 BGB, in: Brinkmann/Shirvani (Hg.), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht, Baden-Baden 2016, S. 23–62
- ders.*, *Dominus actuum suorum*. Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht, SZ 134 (2017) 49–105
- Anna Seelentag*, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*, Tübingen 2014
- Siegmond Schloßmann*, *In iure cessio* und *Mancipatio*. Eine rechts- und sprachgeschichtliche Untersuchung, Kiel 1904

- Francesca Terranova, Sulla nautra ›testamentaria‹ della cosiddetta *mancipatio familiae*, AUPA 53 (2009) 299–335
- ders., Ricerche sul *testamentum per aes et libram*, Bd. 1: Il ruolo del *familiae emptor*, Turin 2011
- Pasquale Voci, Diritto ereditario, romano, 2. Aufl., Bd. 1: Parte generale, Mailand 1967, Bd. 2: Successione ab intestato. Successione testamentaria, Mailand 1963
- Alan Watson, The law of property in the later Roman republic, Oxford 1968
- ders., Rome of the XII tables, Princeton 1975
- Gunter Wesener, Iulians Lehre vom *ususfructus*, SZ 81 (1964) 83–108
- ders., Zur Frage der Ersitzbarkeit des *ususfructus*, in: Studi in onore di Giuseppe Grosso, Turin 1968, Bd. 1, S. 201–222
- Franz Wieacker, Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, Leipzig 1940, S. 1–57
- Joseph Georg Wolf, Zur *legis actio sacramento in rem*, in: Recht im frühen Rom. Gesammelte Aufsätze, Berlin 2015, S. 61–103 (= Behrends u. a. (Hg.), Römisches Recht in der europäischen Tradition, Ebelsbach 1985, S. 1–39
- ders., Funktion und Struktur der *mancipatio*, in: ders., Recht im frühen Rom, Berlin 2015, S. 116–140 (= Humbert (Hg.), Mélanges Magdelain, Paris 1998, S. 501–516)
- Wolfgang Ziegler, Die klassische Gestaltung des dinglichen Sponsionsverfahrens und seine Vorgeschichte, Diss. Heidelberg 1967
- János Zlinszky, Gedanken zur *legis actio sacramento in rem*, SZ 106 (1989) 106–151