

ZWEI BEITRÄGE ZUR LEHRE
VOM GETEILTEN EIGENTUM*

VON EGON WEISS

*Koschaker*¹ hat vor Kurzem gezeigt, dass sich in unserer Überlieferung des römischen Rechtes noch Spuren eines geteilten Eigentums finden, wo also die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse verschiedenen Personen zustehen, also das Eigentum funktionell geteilt ist. Hierbei handelt es sich hauptsächlich um die vier alten Feldservituten, *iter, actus, via, aquaeductus*. Hier stehen die Befugnisse des Eigentümers beiden, dem Eigentümer der Liegenschaft und dem Eigentümer del Servitut zu, wiewohl letztere sich als das Recht an einem, aus dem Grundstück herausgenommenen Stück Landes darstellt. *Kaser*² hat daraufhin versucht, diese Ausführungen *Koschakers* kritisch weiterzuführen und ihre Berechtigung auch für das Recht des Niessbrauches nachzuweisen. Weiter will freilich *Kaser* nicht gehen, er lehnt namentlich die Anwendung dieser Denkform auf die Berechtigungen des Patronatsrechtes und des Vormundschaftsrechtes ab und nimmt hier vielmehr ein Überschneiden weltlichen und sakralen Rechtes an. Selbst wenn man sich die noch nicht vollkommen klargestellten Auffassungen *Kasers* zu eigen macht und den von ihm angekündigten ferneren Ausführungen entgegensteht, so muss man doch finden, dass damit keineswegs die ganze Tragweite der neuen Auffassung erschöpft ist. Die Spuren des geteilten, das heisst

* 'Η πραγματεία αὕτη ἀνεκοινώθη ὑπὸ τοῦ κ. Κ. Τριανταφυλλοπούλου κατὰ τὴν συνεδρίαν τῆς 30 Ἀπριλίου 1942 καὶ μὲ εἰσήγησιν τοῦ ἀνακοινώσαντος. Ἰδ. Πρακτ. Ἀκαδ. Ἀθηνῶν 17 (1942), σ. 92-95. Der Verfasser bemerkt dass die folgenden Darlegungen 1940 abgeschlossen wurden und dass ihr Druck, wie aus der einleitenden Anmerkung hervorgeht seit 1942 durch die Ereignisse unmöglich gemacht wurde. Betreffs der inzwischen erwachsenen Literatur zur Frage des geteilten Eigentumes darf auf die 2. Auflage meiner Institutionen (1948) § 40 verwiesen werden. (KorrekturNachtrag).

¹ *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung*, LIX (1939), 263 ff.

² Festschrift für *Koschaker* I (1939), 447 ff.

hier, funktionell geteilten Eigentums im römischen Recht sind viel zahlreicher¹ und die Erkenntnis des zugrundeliegenden geistesgeschichtlichen Vorganges hat eine viel grössere Bedeutung. Darüber hinaus erhebt sich die allgemeine rechtswissenschaftliche Frage nach der Bedeutung der Totalität im Aufbau der subjektiven Rechte und der funktionellen Teilung dieser Berechtigungen, während die neuere Rechtswissenschaft zwar natürlich nicht an der Rechtsteilung vorübergeht, aber an eine solche denkt, wo jedem Teilhaber ein inhaltlich, das heisst qualitativ gleiches Recht mit seinen Genossen in der Rechtsteilung zukommt.

Der Vorstellungskreis vom geteilten Eigentum gehört zu den ältesten Bestandteilen der romanisch-germanischen Rechtsentwicklung, wie sie sich im Anschluss und unter Bezugnahme oder im Gegensatz zu den römischen Gesetzbüchern seit dem frühen Mittelalter vor sich gegangen ist. Der Wissenschaft des modernen Rechtes ist er vollkommen verlorengegangen². Dies hat dann auch für das römische Recht und seine geschichtliche Betrachtung die Folge gehabt, dass er bis auf die erwähnten Untersuchungen *Koschakers* ganz zurückgetreten ist. Dies alles findet seinen Grund darin, dass der Begriff des geteilten Eigentums im Gegensatz zum Totalitätsgedanken des römischen Eigentumsbegriffes nur in einer einzigen, ganz bestimmten Form und nur in einem einzigen, ganz bestimmten Verhältnis der einzelnen Berechtigungen untereinander auftauchte. Daher fristet er in den Lehr- und Handbüchern des Mitteleuropäischen Rechtskreises nur das Dasein einer längst überwundenen und veralteten Vorstellung. Glossatoren und Postglossatoren³ verstehen derart, das heisst als Fälle des geteilten Eigentums die mittelalterlichen Leiheverhältnisse, bei denen mehrere Personen ein die ganze Liegenschaft ergreifendes Herrschaftsrecht ausüben. Sie lösten den totalitären Eigentumsbegriff, den sie in ihren Quellen

¹ KRELLER, *Ztschr. der Savigny-Stiftung*, LXI, (1941), 463 f. hat unter Hinweis auf seine Ausführungen in der Besprechung des Buches von SIEBERTS, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis 1933 im *Arch. ziv. Praxis* CXXXVIII 245 f. auf den Bericht des Gaius über das *meum esse ex iure Quiritium* und das *in bonis esse* II 40, 41 aufmerksam gemacht und auch hier einen Fall des geteilten Eigentums gefunden; er fragt weiter, ob nicht auch bei der *mancipatio fiduciae causa* eine ähnliche Zweiteilung eintrat. KRELLER scheint der Auffassung beizupflichten, dass diese Rechtsteilung, mit der *fides* als rechts-, insbes. schuldbe gründender Verhaltensnorm in Verbindung stehe (KUNKEL, *Festschr.*, Koschaker II 1 ff. KASER, *Gnomon* XVI, (1941), 75 ff).

² Z. B. BIERMANN, *Sachenrecht*, 1914, 141: Der Vergangeneit gehört die Theorie vom geteilten Eigentum an.

³ Vergl. schon die *Glossa ordinaria* zu D. VI, 3, 1: XXXVII, 1, 1; XL 1, 3, 1; XLIII 8, 2. Codex X 15, 1. BARTOLUS zu D. XLI 2, 17 nr. 5. Eingehende Darstellung bei BUSSI *Formazione* 1937, 14. An allgemeine Darstellungen v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht* II 170

des römischen Rechtes vorfanden, in seine einzelnen Befugnisse oder Funktionen auf und schrieben dem einen Berechtigten die sogenannte Proprietät, das heisst, das Verfügungsrecht über die Sache, dem anderen die Nutzung der Liegenschaft zu; man erwog weiterhin die verschiedene soziale Stellung der beiden Berechtigten und schrieb daher dem einen ein Ober-, dem anderen ein Nutzungs (Unter)eigentum zu. Daher sprachen sie auch von einem *dominium directum* und einem *dominium utile*, der «erblichen Nutzbarkeit» eines Gutes¹. Die Gegenüberstellung des *dominium directum* und des *dominium utile* fand ihre Rechtfertigung in der *actio in rem utilis*, die das nachklassische Recht, wenn dies nicht schon auf einer früheren Stufe der Rechtsentwicklung geschehen ist, dem Superficiar und dem Emphyteuta zuschrieb². Derart wurde das Ober- und Untereigentum eine der wichtigsten Privatrechtsinstitute, denn es gewährte das Verständnis für das Verhältnis des Erbzinsmannes, des Vasallen u. s. f. Es ragt, allerdings nur in bescheidenen Resten noch in die Gegenwart hinein. Denn noch das geltende österr. ABGB spricht in § 363 von den Rechten des Ober- und denen des Nutzungseigentümers. Auch dem Preussischen Allgemeinen Landrecht (I 18,5) war es bekannt, und das EGBGB (Einführungsgesetz zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch) Art. 181 hat das geteilte Eigentum sogar aufrechterhalten, wo es bis dahin bestanden hatte. Es ist indes offensichtlich, dass das ganze Institut bedeutungslos werden musste, als die Verhältnisse hinwegfielen, unter denen es entwickelt worden war. Schon vorher hatte sich die romanistische Rechtswissenschaft gegen die Auffassung von geteiltem Eigentum gewandt. So vermisste *Thibaut* daran und zwar mit Recht die Quellenmässigkeit³ und verwies auf die Unmöglichkeit, das geteilte Eigentum mit dem Eigentumsbegriff des justinianischen Rechtes in Einklang zu bringen und tatsächlich ist der Gedanke der funktionellen Teilung des Eigentums und überhaupt der subjektiven Rechte mit dem klassischen und noch mehr mit dem justinianischen Rechte unvereinbar⁴. Dieser Eigentumsbegriff reicht verhältnismässig hoch, vielleicht bis in die Zeit des Legisactionenprozesses. Wie schon mehrfach bemerkt wurde, ist dieser Eigentumsbegriff totalitär, das heisst, er gewährt eine Herrschaft über die Sache nach allen Richtungen und er gibt keine Möglichkeit, die aus dem Eigentum hervorgehende Sachherrschaft derart in einzelne Befugnisse zu zerlegen, dass

¹ So die *Constitutiones Saxonicae* P. II c. 39. Vergl. dazu z. B. EMMINGHAUS, *Pandekten des gemeinen Sächsischen Rechtes* 1881, 77, 493.

² E. WEISS, *Institutionen*² 1948 (§§ 67, 68). Zum juristischen Besitz des Emphyteuta; ALBERTONI, *Filangieri* XXXVI 1912, 80 ff; EISSER, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* L (1930), 636.

³ *Versuche* II 3,77 f.

⁴ Besonders BUSSI a. a. O. 252 ff.

sie verschiedenen Berechtigten zustehen; sie erschienen vielmehr nur als Äusserungen oder Erscheinungsformen des sie alle einschliessenden allgemeinen Begriffes. Aber das klassische und natürlich noch mehr das justinianische Recht ist ein Recht der Spätzeit; auf den ihnen vorangehenden Stufen der Rechtsentwicklung ist es in Rom ganz anders gewesen.

I

Der Gaiusfund von Antinooupolis mit den Ausführungen über die *hereditas erecto non cito* veranlasst uns, unsere Aufmerksamkeit den historischen Exkursen zuzuwenden, durch die Gaius seine begreiflicher Weise in erster Reihe dem geltenden Recht seiner Zeit gewidmete Darstellung unterbricht¹. Die ebenerwähnten Darlegungen sind als ein solcher Exkurs aus der Hand des Gaius hervorgegangen; sie fehlen in der Veroneser Handschrift. Ist die Auslassung, wie man bei einer damals d.h. zur Zeit der verkürzten Niederschrift gänzlich veralteten Ausführung annehmen kann, absichtlich erfolgt, so geschah dies, weil der Verfasser oder Urheber der Recensio, die der veroneser Handschrift zugrundeliegt, sie als unpraktisch und von seinem auf das Recht der Gegenwart bezogenen Standpunkte aus als ohne Interesse ansah¹. Eine nähere Betrachtung der rechtsgeschichtlichen Exkurse, die er stehen liess, zeigt, dass dies deswegen geschehen ist, weil er bei ihnen noch einen Zusammenhang mit dem Recht der Gegenwart angenommen hat. Vermutlich erfahren wir aus den geschilderten Gründen aus der uns vorliegenden Darstellung des Gaius nichts über das Recht des *nexum* und einer Reihe anderer Gegenstände; gerade bei dem Recht des *nexum* ist es besonders auffällig, dass uns das Werk, wie es uns vorliegt, im Stiche lässt, weil das *nexum* erwähnt ist. Denn in Gaius II 27 heisst es: *provincialis soli nexum non esse*. Die Stelle ist allerdings arg verstümmelt, das heisst, wir

¹ Es darf darauf hingewiesen werden, dass ARANGIO-RUIZ (*Bull.* XXX 197 f; dazu Besprechung von NIEDERMEYER, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XLVI (1926), 484 und des esrtenannten Verfassers, *Storia del diritto Romano*² 281 ff.) bereits vor längerer Zeit darauf hingewiesen hat, dass allem Anscheine nach von den Institutionen des Gaius zwei Ausgaben (Auflagen) im Umlauf waren, ohne dass die ältere durch die jüngere, die anscheinend etwas kürzer gefasst war, verdrängt wurde. Die ältere wird durch die Handschrift von Verona repräsentirt, die jüngere durch die Digestenüberlieferung, z. B. D. I 6, 1, 2 (Parallelstelle in der Überlieferung von Verona I 53). Der Text geht von einer noch älteren Fassung aus, die also noch vor dem Archetypus der in der Handschrift von Verona vorliegenden Recensio liegt, und durch den neuen Gaius repräsentirt wird. Die Forschungen von ARANGIO-RUIZ zeigen in verdienstlicher Weise, wie sich der Gaius-Text in Bewegung befunden hat.

können die Veroneser Handschrift an dieser Stelle nicht lesen. Aber aus dem, was wir sonst von dem Inhalt der Stelle zu lesen im Stande sind, geht hervor, dass es sich um eine Darstellung der Rechtsstellung des Provinzialbodens gehandelt hat. Es ist wenig wahrscheinlich, dass aus diesem Anlasse das immerhin einen gewissen Raum einnehmende Recht des *nexum* in dem verlorengegangenen Teil der Stelle erörtert worden ist. Die nähere Ausführung dieser Andeutungen über die Exkurse des Gaius und das Alter der Recensio, die der Veroneser Handschrift zugrundeliegt, darf wohl späteren Auseinandersetzungen vorbehalten bleiben.

Ein solcher historischer Exkurs sind die Mitteilungen über das ältere Manzipationstestament Gaius II 103. Sie sind in seine Darstellung des jüngeren Manzipationstestamentes eingearbeitet, hängen also insoferne mit der Darstellung des geltenden Rechtes zusammen. An letzterem konnte er bei der Erörterung der Testamentsformen («*Testamentorum autem genera*» II, 101) nicht vorbeigehen: denn das Manzipationstestament war zur Zeit, wo Gaius schrieb, die weitaus vorwiegende Form, in der die Zivilbevölkerung ihren letzten Willen erklärte. Es ist allgemein bekannt, dass die sehr kunstvoll aufgebaute Darstellung den Unterschied zwischen den verschiedenen Entwicklungsstufen des Manzipationstestamentes in der wechselnden, sich allmählich abschwächenden Stellung des *familiae emptor* und im Auftreten eines von ihm verschiedenen *heres* erblickt. Weitere Unterschiede werden nicht anerkannt; vielmehr wird für beide Arten des *testamentum per aes et libram* erklärt, dass der Hergang der gleiche sei: *sicut in ceteris manicipationibus*. Auch der begrifflichen Inhalt der Stellung des *familiae emptor* wird, mag sich die innere Bedeutung seiner Stellung noch so sehr geändert haben, für beide Testamentsformen gleichartig dahin erklärt: *id est qui a testatore familiam accipiebat*; darauf erst folgt dann die Auseinandersetzung über die innere Wandlung des Inhaltes seiner Rechtsstellung. Ausdrücklich heisst es dann am Schluss von II 103: *dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*; damit kommt zum Ausdruck, dass es sich hier nur um eine unveränderte Übernahme aus dem alten Recht in das Recht der Gegenwart handelt, welche die äussere Wesensgleichheit des *familiae emptor* unberührt lässt.

Daher können wir annehmen, dass das, was uns Gaius über das Recht seiner Zeit nach dieser Richtung hin berichtet, sehr hoch, bis in jene Epoche hinaufreicht, wo man auf den Gedanken kam, die *mancipatio* für die Verwendung zu einem Rechtsgeschäft von Todeswegen heranzuziehen. Die Darstellung des Schriftstellers geht davon aus, dass es sich trotz des erwähnten Wandels nur um eine einzige Testamentsform handelt, die sich wesensgleich erhalten hat.

Überall, nicht bloss im römischen Recht, begegnen wir in der ältesten

Rechtsschicht der Ausschliesslichkeit des Bargeschäftes. Die Rechtsordnung erkennt im Gebiet der Rechtsgeschäfte nur den sofortigen Austausch von Leistung und Gegenleistung an. Aus dem blossen Versprechen oder einer in einer anderen Form erfolgenden Übernahme einer dahingehenden Verpflichtung lässt sie keine Verbindlichkeit hervorgehen. Nur aus diesem Gedankengange heraus kann man, wie schon hier unvorgreiflich eingehenderer Darlegungen bemerkt werden darf, zu einem Verständnis des *nexum* gelangen. Die *mancipationes* sind hingegen in geschichtlicher Zeit nur mehr eine *imaginaria venditio* (Gaius I 119); zu ihnen zählt Gaius II 104 auch die *familiae emptio*. Dies setzt freilich begriffsgeschichtlich, wenn man sich den eben dargelegten Gedankengang zu eigen macht, ein älteres Stadium voraus, wo der *familiae emptor* den Nachlass vom Erblasser wirklich gekauft hat, das heisst, durch den Manzipationsakt eine feste Aussicht erwarb, nach dessen Tod das Vermögen wirklich zu erhalten, die ihm nicht mehr entzogen werden konnte. Es liegt nahe, in diesem Zusammenhange auch an eine dem Erblasser sogleich zukommende Gegenleistung zu denken. Da es sich um eine *mancipatio* handelt, so muss diese Gegenleistung in Geld bestanden haben, das der Erblasser erhielt, um damit seine persönlichen Bedürfnisse bis zu seinem Tode zu decken. Beispiele für eine solche, dem Erblasser schon mit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes zukommende Gegenleistung bietet die vergleichende Rechtswissenschaft. Man muss nur an die Übergabs- oder Ausgedingsverträge denken, wo landwirtschaftliche Anwesen von einem Bauern einem Sohne hingegeben werden und dafür die Verpflichtung zur Gewährung eines Wohnungsrechtes und sonstiger lebenslänglich dem Übergebenden zukommenden Leistungen übernommen wird. Im altnordischen Recht begegnet der Pfleger (arftokukarl)¹, der, wie es im Schriftum heisst, seinen ganzen Besitz einem Erben mit der Auflage gelassen hat, ihn bis zu seinem Tode zu verpflegen.

Es ist nicht ohne Interesse, den Spruch bei der gewöhnlichen *mancipatio*, wie ihn Gaius I 119 dem Erwerber einer *res mancipi* in dem Mund legt, mit dem Spruch des *familiae emptor* zu vergleichen. Hierbei kann aus Gründen, die bereits anderen Ortes dargelegt worden sind², von dem Texte in der Fassung von *Seckel-Kübler* ausgegangen werden.

Der *Familiae emptor* spricht:

familiam pecuniamque tuam
endo mandatela tua custodelaque mea
esse aio eaque

¹ HEUSLER u. RANKE, Fünf Geschichte von Ächtern u. Blutrache (Thule VIII) 162 Anm. 2.

² E. WEISS, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XLIII (1922), 104 Anm. 3.

*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam
hoc aere aeneaque libra est mihi empta.*

Hingegen spricht der Erwerber bei der gewöhnlichen *mancipatio*:

*hunc ego hominem
ex iure Quiritium
meum esse aio
isque mihi emptus esto
hoc aere aeneaque libra.*

Unverkennbar findet zwischen den beiden Formularen ein weitgehender Parallelismus statt. Beide bestehen sie aus zwei Gliedern; das erste Glied enthält die Rechtsbehauptung, das zweite deren Rechtfertigung.

Soweit auch dies Übereinstimmung reicht, sowenig sie auf den ersten Blick zu verkennen ist, so betrifft sie doch nicht das eigentlich Wesentliche, nämlich den Inhalt des behaupteten Rechtes und die Form, wie diese vorgetragen wird. Um zunächst den letzteren Punkt vorwegzunehmen, so ist es von Bedeutung, dass der Erwerber bei der *mancipatio* es nicht für notwendig findet¹, den Veräußerer anzureden. Dies tut aber der *familiae emptor* und zwar tut er dies nicht bloss dort, wo er seinen Rechtserwerb rechtfertigt, also im zweiten Teil seines Spruches, sondern schon im ersten Teil, dort, wo er neben seine *custodela* die *mandatela* des Erblassers setzt. Aber er behauptet auch ein anderes Recht erworben zu haben. Der Erwerber bei der *mancipatio* schreibt sich ein *meum esse ex iure Quiritium* zu², also eine Herrschaft über die *res Mancipi*, die eine Teilung nach Funktionen nicht ermöglicht, vielmehr der Inbegriff der Totalität des Rechtes ist³. Es darf hier im Vorübergehen auf zwei Punkte hingewiesen werden. Mehrfach begegnen wir in unsrem Schriftum der Behauptung⁴, dass der Ausdruck *meum esse* in einer Beziehung zum relativen Eigentum stehe, das sich in der Rechtsbeziehung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber erschöpft. Sprachlich lässt sich dafür nicht der mindeste Anhaltspunkt finden. Das Wort *meum* geht auf eine Wurzel zurück, die mit dem Worte *ego*, von dem das deutsche Eigentum herkommt, die gleiche Bedeutung hat d.h. die Beziehung auf das redende Subjekt teilt. Wenn der Erwerber bei der gewöhnlichen

¹ Mit der Frage nach dem ursprünglichen Sinn der Mancipationshandlung (vergl. die weiteren Ausführungen im Text) hat dies nichts zu tun.

² Vergl. die Literaturnachweise bei E. WEISS, Institutionen³ 1948 § 45.

³ Literaturnachweise z. B. bei SELIGSOHN, Iusta possessio, Freiburger Dissertation, 10.

⁴ KUNKEL, Realenzyklopaedie XIV 998 ff; EISSER, Ztschr. der Savigny-Stiftung XLIX (1929), 550; LEIFER, a.a.O. LVI (1936), 156.

mancipatio die Sache mit seiner Person in Verbindung setzt, noch dazu, ohne seinen Vormann überhaupt auch nur anzusprechen, so schliesst dies die Möglichkeit aus, als den Inhalt des *meum esse*, eine nur gegen den Veräusserer gerichtete Berechtigung, die womöglich ursprünglich nicht einmal ein dingliches Recht war, anzunehmen. Eine andere Frage betrifft das Verhältnis des *meum esse* zur Preiszahlung. In altertümlich parataktischer Form setzt der Spruch beides miteinander in Verbindung. Das *meum esse* findet seine Rechtfertigung und Begründung in der Zahlung des Preises; weil gezahlt worden ist oder gezahlt wird, kann sich der Erwerber der Sache bemächtigen und sie als die seine erklären. Es ist schon mehrfach daran erinnert worden, dass dies an das sogenannte Surrogationsprinzip des modernen Rechtes erinnert¹.

Vielleicht darf hier noch bemerkt werden, dass es eine andere Äusserung des Totalitätsgedankens ist, das bei der *societas exco non cito* jeder Mitberechtignte zu allen Verfügungen über die Sache berechtigt ist, wie wenn er Alleineigentümer wäre. Er ist nicht auf eine bestimmte Quote der Sache beschränkt, sondern beherrscht sie trotz und neben dem Rechte, der anderen in ihrem ganzen rechtlichen Umfange. Es stehen eben, was im gemeinen Rechte immer von neuem abgelehnt wurde, mehrere Eigentümer, das heisst, hier Volleigentümer nebeneinander. Diese Konstruktion des ältesten römischen Rechtes entspricht dem Gesamteigentum des deutschen Rechtes. Wir vermögen es jetzt eher einzusehen, dass die moderne Rechtswissenschaft² im deutschen Gesamteigentum einen Widerspruch mit dem Begriff des Eigentums gefunden hat; denn sie kannte keinen anderen Eigentumsbegriff, namentlich keinen anderen Aufbau für die Eigentumsteilung, das heisst, für die Rechtsteilung des Eigentums, als das «einfache, sicher konstruirte römische Eigentum³», das heisst richtig, den Eigentumsbegriff des klassischen Rechtes, wie er in der justinianischen Gesetzgebung begegnet.

Von diesem letzteren Eigentumsbegriff ist die Rechtstellung des *familiae emptor* gänzlich verschieden; er behauptet kein «*meum esse*», obwohl er sein Recht in der gleichen Weise begründet wie der Erwerber bei der gewöhnlichen *mancipatio*. Er spricht nur davon «*familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio*». Was dies sprachlich bedeutet, ist bereits vorlängst⁴ auseinandergesetzt worden. Die *custodela*, die der *familiae emptor* aus dem

¹ Vergl. die in der vorigen Anmerkung genannten Schriftsteller.

² Z. B. FÖRSTER, Preussisches Privatrecht § 67.

³ FÖRSTER a. a. O.

⁴ E. WEISS, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XLII (1921), 107 ff; darauf verweisend KOSCHAKER LVIII (1938), 261 Anm. 2 am Ende.

Grunde der Kaufes für sich in Anspruch nimmt, bedeutet so viel wie *custodia*¹. Am naheliegendsten ist die Auffassung, dass es sich um eine, zwar schon jetzt begründete, aber erst mit dem Tode des Verfassers wirksam werdende Hüteverpflichtung des *familiae emptor* handelt, der verpflichtet ist, die Sachen, aus denen der Nachlass besteht, zu verwahren, bis sie von den Vermächtnisnehmer abgeholt werden; es darf daran erinnert werden, dass wir von einer Entwicklungsstufe ausgehen, auf der Vermächtnisse den Inhalt der letztwilligen Verfügung bilden.

Indes sprechen gegen diese Auffassung vom Standpunkte einer vertieften Betrachtung erhebliche Einwendungen. Es handelt sich darum, mit welchem Zeitpunkte man die Rechtsstellung des *familiae emptor*, wie sie soeben dargelegt worden ist, im Laufe der rechtsgeschichtlichen Entwicklung eintreten lässt. Die erwähnte Auffassung geht davon aus, dass die vom *familiae emptor* in der erwähnten Formel beanspruchte Rechtsstellung erst mit dem Tode des Erblassers, welche letzteren wir als Erbfall bezeichnen können, eintreten soll. Diese Auffassung findet aber im Wortlaut der Formel nicht den geringsten Anhaltspunkt. Hier heisst es: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodiague mea [esse aio]*. Es darf gewiss nicht verkannt werden, dass es misslich ist, aus Ergänzungen einer Ausgabe inhaltliche Folgerungen zu ziehen. Doch im vorliegenden Falle ist dies unbedenklich, denn die Ergänzung ist durch die Formel der gewöhnlichen *mancipatio* (Gaius I 119) gedeckt. Wie schon bemerkt, bezeichnet Gaius II 104 eingangs den Hergang beim *testamentum per aes et libram* ausdrücklich als eine *mancipatio* (*sicut in ceteris mancipationibus*).

Zieht man diesen Stand der Überlieferung in Erwägung, so ergibt sich, dass zwischen dem Zeitpunkte, mit dem die *mandatela* und jenem, mit dem die *custodela* beginnt, nicht unterschieden wird. Da weiter die *mandatela* dem Erblasser zugeschrieben, er hier mithin als ein Lebender vorausgesetzt wird, so muss das gleiche auch von der *custodela* des *familiae emptor* gelten. Letztere ist also als ein präsentes Recht, das schon mit dem Akt der Testamentserrichtung oder genauer der Vornahme der *familiae emptio* beginnt, anzusehen. Ausserdem kann an dieser Stelle ein im späteren Verlauf der Untersuchung wiederkehrendes Argument vorweggenommen werden. Zweifellos ist der Erblasser vor der Vornahme der *familiae emptio* nach jeder Richtung Volleigentümer von *familia pecuniaque*. Nunmehr schreibt ihm der *familiae emptor* die *mandatela* zu. Es ist in diesem Zusammenhange nicht entscheidend, welchen Sinn man dem erwähnten Ausdrucke verbindet, namentlich, ob man in der Wendung die

¹ Festus p. 44 LINDSAY: *Custodelam dicebant antiqui, quam nunc dicimus custodiam.*

Anerkennung des Herrenrechtes des Erblassers findet, zu der doch eigentlich der Akt selbst keine Veranlassung bot und die auch durch die Rechtslage, insbesondere durch die Interessen der Erblassers von keiner Weise erfordert war. Wesentlich ist, dass der *mandatela* die *custodela* des *familiae emptor* gleichwertig gegenübertritt.

Es ist nun klar, dass die dem Erblasser verbleibende *mandatela* nicht den ganzen Inhalt des ihm bisher zugestandenem Volleigentums an der *familia pecuniaque* erschöpft. Der demnach verbleibende Recht ist die *custodela des familiae emptor*, die eben deswegen schon durch das Rechtsgeschäft der *familiae emptio* für ihn begründet worden ist, also schon mit ihr seinen Anfang genommen haben muss.

Ist nun die *custodia*, das «Hüten» des Nachlasses durch den *familiae emptor*, schon zu Lebzeiten des Erblassers entstanden, so erhebt sich die Frage, ob wir darin ein Recht oder eine blosser Pflicht des *familiae emptor* zu erblicken haben. Damals, als der *familiae emptor* nur mehr Treuhänder des Erblassers war, der die Vermächtnisse auszuführen hatte, also auf jener Entwicklungsstufe, von der uns Gaius bereits berichtet, vermögen wir in der *custodia* wirklich nur mehr eine Rechtspflicht zu erblicken. Dies gilt mindestens im Innenverhältnis, das heisst, gegenüber den Vermächtnisnehmern, äusserstenfalle gegenüber dem Erblasser. Anders möglicherweise nach aussen, das heisst, gegenüber Dritten; man könnte sich dies so vorstellen, dass der *familiae emptor* berufen war, Angriffe, die das Recht der einzelnen Vermächtnisnehmer beeinträchtigen konnten, abzuwehren oder sonst in geeigneter Form seine Hüteverpflichtung zu erfüllen.

Aber ursprünglich kann die verhältnismässig bereits bescheidene Stellung des *familiae emptor*, wie sie uns Gaius als den ältesten ihm, oder genauer seinen Quellen noch erreichbaren Rechtszustand schilderte, doch nicht gewesen sein. Zur Zeit, wo das uns vorliegende Formular geschaffen worden ist, kann man in der *custodela* nicht bloss eine den *familiae emptor* belastende Rechtspflicht erblicken haben. Dies wird durch den Umstand ausser Zweifel gesetzt, dass es sich um einen Teil der im Manzipationsakt gelegenen Rechtsbehauptung handelt, die erst im Zusammenhalt mit der dem Erblasser verbleibenden Rechtstellung, wie oben ausgeführt, dem *meum esse* der gewöhnlichen *mancipatio* entspricht. Dazu tritt, dass die Formel, wie schon bemerkt, beides, die *custodela* des *familiae emptor* und die *mandatela* des Erblassers als gleichzeitig eingetreten behandelt. Man muss also annehmen, dass ursprünglich nicht die Verpflichtung des *familiae emptor*, sondern seine Berechtigung oder genauer seine neben der des Erblassers stehende Mitberechtigung im Vordergrund stand; erst später wandelte sich dies und nun enthielt — merkwürdig genug — die Rechtsbehauptung des *familiae emptor*

die Übernahme einer ihn treffenden Verpflichtung. Das Geschäft war aus einem eigennütigen ein fremdnütziges geworden.

Der Grund für die Veränderungen, die der Inhalt der *custodela* und die mit ihm verbundenen Vorstellungen erfahren haben, liegt in der Wandlung, die mit der Rechtstellung des *familiae emptor* vor sich gegangen ist. Es lässt sich vermuten, dass er ursprünglich, so lange man es mit der *mancipatio familiae* noch ernst nahm, den Nachlass für sich erwarb. Von der *nuncupatio*, die sich nach dem Bericht des Gaius (II 104, 2. Teil) an die oben dargestellte Formel anschloss und die Ulpian's Regelbuch (XX 3) sogar als das einzig wesentliche des ganzen Aktes erschien, wird noch späterhin gesprochen werden. Ursprünglich erzeugte das Geschäft sofort, das heisst, schon mit dem Abschluss für den *familiae emptor* gewisse Wirkungen, er erwirbt sofort die *familia pecuniaque*, aber nicht zu Vollrecht (*meum esse*) sondern zunächst nur zur *custodia*. Neben ihr dauert die *mandatela* weiter fort: beide zusammen würden dem *meum esse ex iure Quiritium* entsprechen. Später übte der *familiae emptor* die *custodela* zu Gunsten der Legatäre aus; es wäre denkbar, dass ihm an Nachlassstücken verblieben ist, worüber nicht verfügt worden oder was von dem Bedachten nicht in Anspruch genommen worden war. In diesem Stadium tritt die *custodela* zu Lebzeiten des Erblassers stark in den Hintergrund¹. Sie ist aber immer noch vorhanden, und zwar in jenem Umfange, in dem sie durch das eigene Interesse des *familiae emptor* nach dem eben bemerkten gerechtfertigt ist. Im jüngeren Manzipationstestament ist der *familiae emptor* nicht mehr *heredis loci* er hat gar kein Recht am Nachlass, aber freilich auch keine Verpflichtungen nach dieser Richtung.

Die *familiae emptio* setzt also an die Stelle des bis dahin bestandenen einheitlichen Volleigentums des Erblassers, welches dem *meum esse ex iure Quiritium* des Erwerbers «*in ceteris mancipationibus*» (Gaius II 104 eingangs) entsprach, zwei Berechtigungen, die fortdauernde Berechtigung des Erblassers zur *mandatela* und die Berechtigung des *familiae emptor* zur *custodela*. Die *mandatela*, die mit dem römischen Konsensualkontrakt des Auftrages nichts gemeinsames hat, ist die Gewalt, die *manus* über das erblasserische Vermögen, die auch weiterhin, nach der *familiae emptio* dem Erblasser zustand². Neben ihr steht aber jetzt die *custodela* des *familiae emptor*. Das Vollrecht des Erblassers ist also nunmehr geteilt, er ist nicht mehr der Alleineigentümer, und zwar hat er an den *familiae emptor* gewisse Befugnisse, die dieser als *custodela* bezeichnet, überlassen. Die Teilung ist also nach Befugnissen erfolgt und es liegt ganz klar ein Fall des geteilten Eigentums vor.

¹ L. MITTEIS, Römisches Privatrecht I 77 Anm. II.

² E. WEISS, a.a.O. III.

II

Im Anschluss an das oben Gesagte sind einige, sich aus den hier entwickelten Gesichtspunkten ergebende Fragen zu beantworten.

1) Die eine Frage ist die nach der Widerruflichkeit des Testamentes, in unserem Falle das *testamentum per aes et libram*. Schon Ludwig Mitteis¹ hat mit Recht bemerkt, dass man von einer freien Widerruflichkeit des Testamentes nicht sprechen konnte, solange man es mit der *mancipatio familiae* ernst nahm. Er ging, ebenso wie das ganze bisherige Schriftum von der Auffassung aus, dass der *familiae emptor* ursprünglich Eigentum erwarb. Dies trifft aber nicht zu; selbst wenn die Textgestaltung von Seckel und Kübler, wie sie oben zu grunde gelegt wurde, noch so kritisch angesehen wird, so kann doch nicht daran vorbeigegangen werden, dass hier *mandatela* und *custodela* einander gegenübergestellt werden, äusserstenfalls nebeneinander stehen. Erwarb nun der *familiae emptor* nicht das Volleigentum, sondern einen funktionellen Teil davon, so ist es keinem Zweifel ausgesetzt, dass ihm dieses Recht am Nachlasse, wenn man diesen gegenwärtig in ganz andren Sinn gebrauchten Ausdruck verwenden will, nicht mehr entzogen werden kann; denn er hat es als ein präsentes Recht, ebenso präsent wie die *mandatela* des Erblassers, von ihm erworben.

Wie lange sich diese Auffassung gehalten hat, können wir freilich nur ahnen. Es lässt sich aber sagen, dass die Vorstellung von einem unentziehbaren Recht des *familiae emptor* am Nachlass mit der späteren Entwicklung des *testamentum per aes et libram* unvereinbar ist. Ist der *familiae emptor* zur Solennitätsperson geworden, sind alle Rechte am Nachlass in der Hand des von ihm verschiedenen neuen Erben vereinigt, so kann er nicht mehr die *custodela* haben. Hat er dieses Recht nicht mehr, so hat er es auch nicht als ein unwiderrufliches und die ganze Kategorie wird hinfällig. Andererseits verleiht der Manzipationsakt dem *heres*, der auch ganz unbekannt bleiben kann, keine gegenwärtigen Rechte, daher auch keine unwiderruflichen. Vor dem Aufkommen des Begriffes des *testamentarius heres* vermögen wir uns eine so labile Stellung, wie sie das spätere Recht dem Testamentserben infolge der freien Widerruflichkeit des Testamentes gewährt hat, für den *familiae emptor*, der damals den Nachlass zu eigenem Rechte übernahm, nicht vorzustellen. Dasjenige, was uns auffällt, ist,

¹ LUDWIG MEITTEIS, Römisches Privatrecht I 77 Anm. 11 Zeile 9. Ältere Literatur zur Frage bei RABEL, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XXVII (1906), 297 Anm. 1, der der Widerruflichkeit wenn er hier richtig verstanden worden ist, statt auf die Rechnung der regelmässig unwiderruflichen *mancipatio* auf die des *fiducia*-ähnlichen Paktums setzt. E. WEISS, Institutionen 1938, 594.

dass man dem *familiae emptor* eine *custodela* am Nachlass auch dann noch zuschrieb, als er lediglich die Stellung einer Urkunds (Solennitäts) person bei der Testamentserrichtung einnahm. Es liegt hier ein unerklärliches Relikt der Rechtsentwicklung vor, umso unerklärlicher, als der sonstige Wortlaut der Formel keineswegs feststand. Gaius II 105 meint, uns damit bekannt machen zu müssen, dass manche die Worte *aeneaque libra* beifügen andere hingegen nicht, so dass also letzteres dem freien Belieben des *familiae emptor* unterlag¹. Es vermag uns in der Auffassung von der Unerklärlichkeit des Herganges nur zu bestärken, dass Gaius die Heranziehung des *familiae emptor* vom Standpunkte des Rechtes seiner Zeit einen Akt *dicis gratia* nennt, den er nur durch die als überflüssig dargestellte Nachahmung des alten Rechtes zu motiv erweist².

2) Eine andere Frage ist die, ob, wann, wie sich die eben dargelegte funktionelle Teilung des Eigentums oder genauer das funktionell geteilte Eigentum in Volleigentum verwandelte.

Erwägungen darüber, wie sich der Rechtszustand zu einer Zeit gestaltete,

¹ *Hoc aere et ut quidam dicunt, aeneaque libra*. Die Formeln des alten Rechtes, sowohl im Prozess als auch ausserhalb eines solchen, sind im Laufe der Zeit erheblichen Veränderungen unterworfen gewesen. E. WEISS, Studien zu den römischen Rechtsquellen 1914, 34 ff.

² Der Schriftsteller spricht vom jüngeren Manzipationstestament (*alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*). Die Wendung *dicis gratia* bedeutet hier zum Scheine, das heisst, ohne jenen Inhalt, der der *dicis gratia* vorgenommenen Handlung ihrer Anlage nach ursprünglich zukommen musste. Der Schriftsteller begründet dies durch den Hinweis, es geschehe dies nur *propter veteris iuris imitationem*. Die Wendung *dicis gratia* knüpft an ein bisher sonst nicht begegnendes Substantiv von dem Stamm *dix* an, der einen ähnlichen Sinn gehabt haben muss, wie das ursprüngliche *dicere*. Letzteres (vergl. dazu das griechische δειξνυμι) hiess ursprünglich nicht sagen, wo das Altlatein, wie z. B. gerade in der Formel der *mancipatio* vielmehr *aio* sagte, sondern es bedeutet zeigen, führen. Besonders klar wird dies bei der Iteration von *dicere* und der Doppeliteration, *dictare* und *dictitare*. Von ersterem Wort ist die Substantivierung das sehr alte, jedesfalls vorliterarische *dictator*. Zum Reden hätte man den *dictator* vermutlich weder in Rom, noch in den anderen italischen Städten, wo der *dictator* begegnet, benötigt (Zum letzteren Punkt ROSENBERG, Staat der alten Italiker 1913, 140 Register). Teilweise abweichend RABEL, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XXVII (1906), 397. Eine vollkommen neue Auffassung von der Diktatur bei HANS RUDOLF, Stadt und Staat im römischen Italien 1935. In den lateinischen und etruskischen Städten fällt die Entstehung der Diktatur zeitlich und sachlich mit ihrer Einrichtung als römischen Munizipien zusammen, ist dort also nicht ursprünglich (S. 15), sondern durch Rom eingerichtet, und zwar, um diese Gemeinden bei dem lateinischen Bundesfest zu vertreten (S. 21). In Rom ist der *dictator* ursprünglich unumschränkter Feldherr der Gemeinde (S. 25). Im 3. Jahrhundert verliert das Amt seine politische (sic) Bedeutung und zu den Spezialgeschäften, für die eine Diktator ernannt wird, gehört auch die Ansage und Leitung des Bundesfestes.

wo der *familiae emptor* den Nachlass nicht nur erwarb, sondern behielt, können kaum mehr als den Wert blosser Vermutungen beanspruchen. In den Lehr- und Handbüchern des deutschen Rechtes¹ spricht man hier davon, dass der durch die Vergabung von Todeswegen Begünstigte entweder sofortige, häufig durch einen kleinen Anerkennungszins, den er zu errichten hatte, bestätigte Eigengewere erhält, während die Leibzucht dem Erblasser verblieb, oder dass er nur eine anwartschaftliche Eigengewere bekam, die erst mit dem Tode des Erblassers in Wirksamkeit treten sollte.

Für das römische Recht trifft indes weder die eine noch die andere Denkform zu, weil hier die Vergabung von Todeswegen mit einer dritten gedanklichen Möglichkeit arbeitet und zunächst nur eine funktionelle Rechtsteilung herbeiführt. Von diesem Standpunkt aus ist also die Frage so zu stellen, dass zunächst erwogen wird, dass die Beschränkung des *familiae emptor* auf die *custodia* unmöglich als dauernd gedacht gewesen ist, und dass das Verhältnis des Verfügenden zum Gegenstand der Vergabung, das ist seinem künftigen Nachlass mit seinem Tode jedesfalls sein Ende finden musste. Es ist ersichtlich so gewesen, dass mit diesem Augenblick der *familiae emptor* in das Vollrecht an den Nachlastücken eintrat, so lange der geschilderte Rechtszustand andauerte. Es handelt sich mithin nur um die Frage, wie wir die Veränderung der Rechtsstellung der *familiae emptor*, die sich durch die ganze Situation als unerlässlich darstellt, einzuordnen haben.

Am ehesten scheint dem eben dargestellten Vorgang jene Erscheinung des späteren Rechtes nahezukommen, die wir als Konsolidation bezeichnen, wo z. B. das Eigentum infolge des Wegfalles des *usus fructus* wieder zur vollen Sachherrschaft wird. Aber diese Auffassung vermag deswegen nicht voll zu

¹ Ancheinend an begrifflicher Klarheit auch heute noch nicht überholt v. GIERKE in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie I⁹ 1915, 295; HÜBNER, Grundzüge § 110. Vergl. ferner SIEBERT in Schlegelbergers rechtsvergleichendem Handwörterbuch V 1936 564 ff., mit weiteren Literaturangaben woraus namentlich ALFRED SCHULTZE, Die Langobardische Treuhand; gegen ihn freilich SIEBERT a.a.O. Es handelt sich darum, ob dem Treuhänder bedingtes Eigentum oder zweckgebundenes zuzuschreiben ist. Von jenem Standpunkte der Rechtsentwicklung aus, der hier zur Erörterung steht, ist eine Fragestellung dieser Art nicht ganz angemessen. Es handelt sich um die Sicherung der Berechtigten gegen den Missbrauch der Rechtsstellung durch den Treuhänder. Es wäre denkbar, der Bedingung oder genauer der Vereitelung der Absicht des Erblassers vom Standpunkt einer höheren Entwicklungsstufe aus dingliche Kraft zuzuschreiben, dann verschwindet der Unterschied der beiden Auffassungen.

² PAULUS Sententiae Receptae III 6, 23. *Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem (ususfructus et cet.) domini comparatione*

befriedigen, weil eine Konsolidation stets nur dem zugute kommt, der bereits bisher Eigentümer gewesen ist, was auf den *familiae emptor* nicht zutrifft. Es geht nicht zu weit, wenn man sich den Hergang ähnlich vorzustellen sucht, wie bei der klassischen *traditio*, wo das in unsrem Quellen begegnende Erfordernis des Übertragungswillens (Paul. D. XLII 1, 31 pr.) zweifellos interpoliert ist¹. Es handelt sich vielmehr bei der römischen *traditio* ursprünglich und vielleicht noch im klassischen Recht um einen Doppelakt, der sich aus der Preisgabe der Sache durch den Veräußerer und der darauf folgenden Besitzergreifung durch den Erwerber zusammensetzt², die bei der gegebenen Sachlage den Übergang des Eigentums herbeiführt. Ähnlich muss es auf dieser Entwicklungsstufe beim *familiae emptor* gewesen sein. Die *mandatela*, die sich der Erblasser vorbehalten hatte, fiel mit seinem Tode hinweg, weil ihr Träger entfallen war; damit ist auch das ihm bisher zustehende Recht gegenstandslos geworden. Der *familiae emptor*, dem bisher nur ein funktioneller Teil des Volleigentums, oder, wenn man einen andren Ausdruck wählen will, dem bisher nur gewisse Funktionen des Volleigentums zugestanden hatten, erstreckt nunmehr seine Sachherrschaft auf den Kreis jener Funktionen, die durch den Tod des Erblassers freigeworden sind und einer Rechtszuständigkeit nach der persönlichen Richtung entbehren, das heisst, gegenwärtig niemanden zustehen.

Die Auffassung, dass die bei einer Rechtsteilung begründeten Anteile, falls sie frei werden, den andren Anteilberechtigten zuwachsen, gehört zu der ältesten Schicht der römischen Rechtsbildung. In diesem Zusammenhang kann an die Behandlung der Teilfreilassung im Sklavenrecht erinnert werden, die ursprünglich nur dazu geführt hat, dass der dem Teilfreilasser zustehende Anteil infolge des in seiner Person eintretenden Rechtsverlustes, der für den Sklaven die Freiheit doch nicht zu begründen vermag, nunmehr seinen Genossen zusteht³. Freilich setzt diese Auffassung, die Justinian in C. VII 7, 1, 7 bereits

¹ Index interpolationum III 168.

² Literatur bei E. WEISS, Institutionen² 1948, § 47.

³ ULPIAN, fragmenta I 18: *Communem servorum unus ex sociis manu mittendo partem suam amittit eaque ad crescit socio*. Justinian C. VII 7, 1 gibt eine Literaturübersicht und berichtet aus diesem Anlasse, Ulpian habe im sechsten Buche seines Werkes über Fideikommiss bemerkt, dass die Miteigentümer des Teilfreilassers durch den Gerichtsmagistrat dazu gezwungen werden sollen, ihre Anteile dem Freilassenden zu verkaufen. Diese hat Justinian übernommen. Die Lösung, von der ULPIAN berichtet, bezeichnet er als *ius antiquum* (C. VII 7, 1, 7); das darin enthaltene *ius ad crescendi* wird aufgehoben. Freilich sagt uns Justinian nicht, was dann zu geschehen hat, wenn der Teilfreilasser nicht beabsichtigt oder nicht in der Lage ist, die andren Anteile zu kaufen. Literatur zur Frage, bei E. WEISS Institutionen² 1948, § 21.

dem *jus antiquum* zuschreibt, voraus, dass der Gedanke der Rechtsteilung bereits erfasst ist; damit ist gemeint, dass man es nicht bloss zulässt, dass ein Recht mehreren zusteht, sondern dass man auch dem Berechtigten eine eigene, allerdings durch das gleichwertige Recht seiner Genossen eingeschränkte Rechtsmacht zuschreibt; keineswegs kann also der Mitberechtigte über die ganze Sache mit voller Rechtswirksamkeit verfügen und für die anderen Berechtigten einen Rechtsverlust herbeiführen. Dies war bei der *societas iuris civilis* der Fall, wo die Teilfreilassung durch einen Mitberechtigten den Sklaven frei macht¹. Es kommt daher für die neue Auffassung nicht darauf an, ob man ein Recht mit mehreren Berechtigten (Subjekten) oder mehrere Rechte mit je einen Berechtigten (Subjekt) annehmen will, die in ihrer Zusammenfassung dem Herrschaftskreis ausfüllen, der im Regelfall dem Rechte des Einzelsubjektes unterliegt².

Ein anderer Fall, der in den gleichen Zusammenhang gehört, ist der der Akkreszenz, das Recht des Zuwachses freigewordener Erbteils; sie fallen den Personen zu, die Erben werden. Dies gilt sowohl für die testamentarische als auch für die gesetzliche Erbfolge. Hält man sich das oben über das Wesen des Herganges bei Erledigung einer Teilberechtigung durch Preisgabe seitens des Berechtigten Gesagte vor Augen, und erwägt man ferner den rein römischen Charakter dieser Erwägung, so versteht man, warum moderne Gesetzgebungen das Akkreszenzrecht der Miterben mehrfach beschränken, insbes. es bei Testamentserben unter gewissen Voraussetzungen ausschliessen, und den freigewordenen Anteil vielmehr an die gesetzlichen Erben fallen lassen z. B. §§ 562, 689, 728 2. Satz ABCB vergl. auch DBGB § 2088. Auch bei Vindikationslegaten und unter gewissen Voraussetzungen bei Damnationslegaten findet sich das Akreszenzrecht (Gaius 199, 205 f.).

¹ Neuer Gaius-Text Z. 38. *In hac autem societate fratrum ceterorumque, qui ad exemplum fratrum coierint, illud proprium est, unus ut (?), quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat.* Vergl. zur Auslegung ARANGIO-RUIZ, *Bull.* XLII (1934), 601.

² Formulierung nach v. TUHR, *Der Allgemeine Teil* I 78. Im gemeinem Recht galt dies als eine der wichtigsten Streitfragen, vergl. z. B. WINDSCHEID-KIPP § 51, a-d; Es liegt für uns näher, hier nicht nach einer allgemeinen Lösung zu suchen, sondern die Frage für jede Rechtsgemeinschaft gesondert zu beantworten. Hiefür bei WINDSCHEID-KIPP nur Ansätze.

III

Wesentlich klarer vermögen wir den Rechtszustand zu erkennen, von dem zwar Gaius II 103 f. gleichfalls bemerkt, dass er einer bereits überwundenen Stufe der Rechtsentwicklung angehört, über den er aber namentlich durch die Wiedergabe des Wortlautes der Erklärungen uns eine ziemlich deutliche Anschauung vermittelt. Es ist dies das Legatentestament, wo also das Vermögen genauer die einzelnen Vermögensstücke, nicht dem *familiae emptor* verbleiben, sondern an die Vermächtnisnehmer übergehen sollen. Im Einklang mit der herrschenden Lehre¹ ist anzunehmen, dass diese Verfügung durch die Anordnung von Vindikationslegaten erfolgte, und dass als Begründung des durch die Vindikation geltendgemachten Rechtes die Verfügung des Erblassers anzusehen ist, das heisst, das Eigentum auf den Erblasser als Begründer zurückzuführen ist. Dies stimmt auch mit dem hier vorgesehenen Wortlaute zusammen: «*Titio verbi gratia, hominem Stichum do lego*», sagt Gaius II 193.

Demnach wird ziemlich allgemein angenommen, dass der Gegenstand der letztwilligen Verfügung unmittelbar vom Erblasser an den Bedachten, an den Legatar und nicht etwas zuvor an den Erben fällt². Die besonderen Verhältnisse, die sich bei einem bedingten Vindikationslegat ergeben (Gaius III 200), können hier beiseite bleiben. Wohl aber darf an den Streit der römischen Rechtsschulen erinnert werden, wonach die Sabinianer den Rechtserwerb für den Vermächtnisnehmer beim Vindikationslegat sich sogleich mit dem Antritt der Erbschaft vollziehen liessen, während die Prokulianer eine Annahmeerklärung erforderten³ (Gaius II 195). Eine dritte Ansicht, die der des Sabinianer⁴ nahe-

¹ Grundlegend noch immer WLASSAK, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XXXI (1910), 198 f. Vergl. ferner E. WEISES, a.a.O. XLII (1921), III f; ROMANO, *Sull acquisto del legato per vindicationem* 1933; VOCI, *Theoria dell acquisto del legato secondo il dritto romano* 1936; KRELLER, *Ztschr. der Savigny-Stiftung*, LVIII, (1938), 340. Über den Bericht der epitome Gai II 5; ARCHI, l'epitome Gai 1937, 340 ff.

² Formulierung nach SIBER, *Römisches Recht* II 352.

³ Für Gaius ist die Streitfrage ungelöst geblieben; Allerdings erwähnt die Handschrift von Verona eine Verordnung des Kaisers Pius Antoninus (138-161) die die Ansicht der Prokulianer (Erfordernis der Annahme-Erklärung) zum geltenden Recht erhoben habe. Aber dies ist ein späteres Glossem; dies geht aus den Eingangsworten: *sed hodie et cet.* hervor; vergl. die Angaben bei GUARNERI-CITATI, *Indice delle parole e frasi* 1923 32; CIAPPELLONI, *Studi Bonfante* III 663; SOLAZZI, *Studi Riccobono* II 389 Anm. 247; ARCHI *L'epitome Gai* 1937, 341 Anm. 16. Dagegen KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius secundus* II (im Gesamtwerk II 2. Abtheilung) 48 Anm. 5.

⁴ Parallelstelle Gaius II 204, wo die Rechtslage beim sofortigen Rechtserwerb des Vindikationslegatars in Gegensatz zum Damuationslegat gestellt wird.

stand, scheint von Julian vertreten werden zu sein, der einen Schwebezustand für so lange Zeit angenommen hat bis eine Ausschlagungserklärung erfolgte (D. XXX 86,2). Wird das Vermächtnis ausgeschlagen, so ist der Schwebezustand beendet und das Vermächtnis so anzusehen, als ob es überhaupt nicht angeordnet worden wäre, das heisst, das Eigentum des Erben bleibt unberührt. (Ulpian. D. XXX 44,1). Bis die Annahmeerklärung erfolgt ist, ist die vermachte Sache nach Ansicht der Prokulianer herrenlos; so ausdrücklich Gaius II 200 im Schlusssatz. Gewiss setzten diese Erwägungen der klassischen Juristen¹ einen ganz anderen Rechtszustand voraus, als es jener gewesen ist, den wir bei der Frörterung des älteren Manzipationstestamentes zu betrachten haben. Denn sie erfordern ja einen Testamentserben in jener Rechtsstellung, die im jüngeren Manzipationstestament während es einen solchen auf der uns beschäftigenden Stufe der Rechtsentwicklung nicht gegeben hat. Es wird sich alsbald zeigen, dass die Meinungsverschiedenheiten unter den klassischen Juristen ihre Wurzel bereits im archaischen Recht haben.

In diesem Zusammenhang kann mit Beruhigung davon ausgegangen werden, dass der Wortlaut des Formulars für die *mancipatio familiae* dem *familiae emptor* eine sofortige, das heisst schon mit der *mancipatio* beginnende und durch sie begründete Rechtsstellung am Vermögen des Erblassers zusprach, die er als *custodela* bezeichnet; soweit ohne jede kritische Bearbeitung sogar der Wortlaut der Handschrift. Mag das Geschäft auch als solches unter Lebenden entstanden worden sein, so sollen seine Wirkungen, insbesondere die Rechte der Legatare, doch erst nach dem Tode des Erblassers beginnen. Ist also einmal der Erblasser gestorben, so stehen der *custodela* des *familiae emptor* die Vindikationen der Legatare gegenüber. Letztere treten schon mit dem Tode des Erblassers ein; darin liegt ein bedeutender Unterschied gegenüber dem Testamentsvollstrecker der germanischen Rechte. Letzterer wird Rechtsnachfolger der Erblassers. Ähnlich wie im römischen Recht auf einer späteren Entwicklungsstufe der Universal fiduzar beim Universalfideikommiss wird er Erbe zu treuen Händen, der z. B. bei der fränkischen *Affatomie* verpflichtet ist, innerhalb von zwölf Monaten nach dem Tode des Erblassers die von ihm verfügte Zuwendung auf den Bedachten zu übereignen. Wenngleich also der Zweck des Geschäftes hier auf dem Gebiete des Erbrechtes liegt, so ist doch der Aufbau ganz sachenrechtlich gedacht. Es handelt sich um eine Übertragung durch den Erblasser an einen Treuhänder, der dann entgeltig die vom Erblasser gewollte Rechtslage durch die ihm auferlegte Weiterübertragung des Empfangenen an den Bedachten herstellt².

¹ KRELLER, a. a. O.

² Vergl. die oben S. 12 Anm. 1 angeführte Literatur.

Im archaischen römischen Recht ist die Rechtsstellung, die für den *Familiae emptor* durch die Übertragung der *custodela* begründet worden ist, pflichtgemäss gebunden. Er hat nur eine beschränkte und zwar dinglich beschränkte Rechtsmacht an den Nachlasssachen. Im Sinn des oben Bemerkten ist sie nicht Volleigentum, sondern er hat aus dem Rechtsinhalt des Eigentums nur ein Stück bekommen. Ist der Erblasser gestorben, so bestehen zwei Möglichkeiten. Begreiflicherweise werden die Legatäre in der Regel von der Rechtsstellung, die ihnen der Erblasser durch seine *mancipatio familiae* in der Richtung gegen den *familiae emptor* verschafft hat, auch Gebrauch gemacht haben, und das Legat vom ihm abgeholt haben. In diesem Falle wird die Rechtsstellung des *familiae emptor*, eben wegen ihrer Zweckgebundenheit gegenüber den Vindikationen der Legatäre als das schwächere Recht zurücktreten; denn das *vindicare* ist das Zugreifen auf die Sache, das Nehmen des Gegenstandes¹. Doch konnte auch die zweite Möglichkeit eintreten, der Bedachte holte die Sache nicht ab. Dann trat diesbezüglich das Gleiche ein, wie bei den Stücken, über die nicht verfügt worden war. Die *custodela* des *familiae emptor* verwandelte sich von selbst in Volleigentum. Es liegt derselbe Vorgang vor, wie er oben für jene Zeit bei der *mancipatio familiae* vorausgesetzt wurde. Aus dem eben geschilderten Sachverhalt lassen sich folgende Schlüsse ziehen.

Die Streitigkeiten zwischen den Sabinianern und den Prokulianern darüber, ob zum wirksamen Zustandekommen des Vindikationslegates eine Annahmeerklärung, oder ob umgekehrt zu seinem Nichtzustandekommen eine Ausschlagungserklärung erforderlich sei, sind nur dadurch verständlich, dass der *familiae emptor* seine Rechtsstellung vollkommen eingebüsst und in das Erbrecht des *testamentum per aes et libram* der von der gesetzlichen Erbfolge der Kinder (*suius heres*) entlehnte² Begriff des vom *familiae emptor* verschiedenen Erben

¹ WENGER, Institutionen des römischen Zivilprozesses, italienische Ausgabe 1938, 122.

² Der Text geht von der Auffassung aus, dass der Erbenbegriff seine Wurzeln im gesetzlichen Erbrecht der *sui heredes*, also der Kinder hat und von dort schon in vorklassischer Zeit auf das testamentarische Erbrecht übertragen wurde. Erst jetzt konnte der Erblasser durch Rechtsgeschäft einen Erben schaffen. Allerdings konnte er dies auch beim *testamentum in comitiis calatis*; aber letzteres ist ein Ankindungstestament (E. WEISS, Institutionen² 1948, § 142), das heisst, der Erblasser musste, wenn er jemanden zum Erben ausersehen hatte, ihn vorher unter Zustimmung der Gesamtheit zu seinem Sohne machen. Hingegen besteht das Wesen des *testamentum per aes et libram* in seiner jüngeren Form darin, dass auf diesen Umweg Verzicht geleistet wird. Dies bedeutet eine Materialisierung des Erbrechtes; es wird zwar durch letztwillige Verfügung ein Erbe ernannt, aber das Erbrecht wird seiner spiritualistischen Grundlage beraubt, wonach der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in ihrer Gesamtheit, also nicht bloss in Vermögensrechtlicher Beziehung fort-

eingedrungen ist. Die soeben erwähnte Streitfrage konnte auf jener Entwicklungsstufe nicht entstehen, auf der der *familiae emptor* wenigstens die *custodela* tatsächlich ausübte. Denn solange er die *custodela* tatsächlich hatte, war es keinem Zweifel ausgesetzt, dass der Legatar die *vindicatio* in dem soeben dargestellten Sinne wirklich vornehmen musste; sie stellte die sein Recht begründende Aneignung der Sache dar. Die Anschauung der Prokulianer (*Nervia vero et Proculus ceterisque illius scholae auctores*, Gaius II 195) entsprach nicht bloss der Natur der Sache, sondern auch den geschichtlichen Grundlagen des Rechtszustandes; freilich waren diese dem Kaiser Antoninus Pius der, wenngleich mehr gelegentlich, sich den prokulianischen Standpunkt zu eigen machte, und den klassischen Juristen, kaum in ihrem ganzen Umfange gegenwärtig. Wie schon erwähnt, erhebt Gaius im Schlusssatz von II 200 allerdings gegen diese Anschauung das Bedenken, dass ihr zufolge die vermachten Sachen in solange

setzt. (Zur spiritualistischen Grundlage des Erbrechtes L. MITTEIS, Römisches Privatrecht I 93 ff; Literaturnachweise bei E. WEISS, Griechisches Privatrecht I 192 Anm. 2). Diese Materialisierung des Erbrechtes ging aus dem archaischen in das klassische Recht über. Daneben erhielt sich noch im klassischen Recht die *adoptio per testamentum*, ein Beweis, dass man damals noch das Bedürfnis empfand, im Erben mehr als den Erwerber oder genauer Übernehmer des Vermögens, soweit es eines Überganges von Todeswegen fähig war, zu erblicken. Im Recht Justinians taucht die spiritualistische Vorstellung erst in der Novellengesetzgebung (Nov. 48 praefatio) auf; die führt zu der Auffassung von der Personeneinheit zwischen dem Erblasser und dem Erben, ein Gedankengang, der noch dem österreichischen ABGB von 1811 zugrundeliegt. (Vergl. zum Recht Justinians SIBER, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden, Sonderabdruck aus den Acta Academiae universalis Jurisprudentiae comparativae I 1928, bes. 997). Hier mit SIBER (a.a.O. und Grundriss zu Vorlesungen, 5. Das Erbrecht, 1938 S. 3) von einer mystischen Vorstellung zu sprechen ist man dann berechtigt wenn man den Versuch, im Testamentserben mehr als einen Rechtsnachfolger des Erblassers in dessen Vermögen zu erblicken, ablehnt. Der Jurist und der Historiker kann sich indes eines Urteils über den Wert der Vorstellung Justinians enthalten. Für ihre Berechtigung fällt es besonders in das Gewicht, dass sich die spiritualistische Vorstellung auch heutzutage, wo die Entspiritualisierung des Rechtes weit vorgeschritten ist, behauptet hat. Das französische Recht einschliesslich seiner Tochterrechte folgt hier nicht dem römischen Recht, sondern den coutumes und behandelt als Erben nur den gesetzlichen Erben, während durch Testament, ganz so wie auf der älteren Stufe des *testamentum per aes et libram*, nur Vermächtnisnehmer bedacht werden können; die testamentarische Erbeinsetzung gilt nur als Gesamtvermächtnis (legs universel, Code civil Art. 1003 und besonders ILLICH in den Zivilgesetzen der Gegenwart I 1932, 202; 283). Doch hat die Praxis den légataire universel und den à titre universel Berufenen immer mehr dem Erben gleichgestellt; dies geht, wie man wohl annehmen darf, auf Vorstellungen zurück, die aus dem römischen Recht des *heres testamentarius* übernommen worden sind, zurück.

als herrenlos gelten müssten, bis der Legatar die Annahmeerklärung abgibt. Dies ist sicherlich eine im höchsten Masse missliche Annahme; sie hat auch dazu beigetragen, dass die modernen Gesetzgebungen zum grossen Teile, wenn vom französischen Rechte (Code civil Art. 1014) abgesehen wird, ein Vindikationslegat überhaupt nicht kennen und für das Damnationslegat ziemlich allgemein den Sabinianischen Standpunkt einnehmen; der Erwerb aller Vermächtnisse erfolgt sofort, zugleich mit dem Antritt der Erbschaft und es wird dem Vermächtnisnehmer nur die Möglichkeit vorbehalten, ihn später durch eine Ausschlagungserklärung wieder rückgängig zu machen¹. Solange in römischem Recht der *familiae emptor* mehr galt als eine blosser Solennitätsperson, konnten die geschilderten Schwierigkeiten nicht entstehen; denn es kam ihm die *custodela* solange zu, bis die vermachte Sache abgeholt wurde.

Ferner ist die dargelegte Rechtsstellung des *familiae emptor* ein neuerlicher Beweis für das schon vor längere Zeit behauptete höhere Alter des Vindikationslegates gegenüber dem *legatum per damnationem*². Es ist ohne Weiteres zuzugeben, dass dies schon aus dem Bericht des Gaius hervorgeht; denn er erwähnt bei der Erörterung des Manzipationstestamentes auf jener Stufe, wo ihm eine Erbeinsetzung fremd war, nur das Vindikationslegat³, wenn an der Lesart der Handschrift von Verona festgehalten wird. Auch die *nuncupatio* (Gaius II 104; Ulpian XX 9) kennt als möglichen Testamentsinhalt nur das Vindikationslegat⁴. Es ist nicht entscheidend, dass hier Verwendung der Schrift beim Testirakt

¹ Für das österreichische Recht (§§ 545; 705) ist dies allerdings nicht ganz unbestritten, vergl. z. B. UNGER, Österreichisches Privatrecht VI § 62 S. 272 Anmerkung 2. Vergl. ferner das Deutsche BGB § 2176 u. ENNECCERUS-KIPP § 110; Schweizer ZGB Art. 543. Noch sei bemerkt, dass UNGER in dieser Frage seine Anschauung gewechselt hat. Im Allgemeinen Teil seines Systems (II § 94 Anm. 8 S. 174) trat der Verfasser ohne jede Einschränkung für den Erwerb der Vermächtnisse von Rechtswegen, also ipso iure ein. Vergl. RAPPAPORT in Klungs Kommentar II 1, 475 Aum. 13.

² WLASSAK, a.a.O.

³ Die Stelle lautet im Codex Veronensis: *amico familiam suam dat. mancipio dabat cumque rogabat, quid cuique post mortem suam dare velletur*. An die Stelle der beiden letzten Worte setzen KÜBLER-SECKEL, *dari vellet*. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Passivform *velletur* in diesem Zusammenhange möglich ist; aber der Ersatz von *dare* durch *dari* ist eine schwer zu rechtfertigende Abweichung von der Lesart der Handschrift, wobei allerdings zu berücksichtigen bliebe, dass sich *e* u. *i* paläographisch wenig von einander unterscheiden. Ausserdem würde dies bedeuten, dass nur das Damnationslegat erwähnt wäre; denn beim Vindikationslegat geht das *dare* vom Erblasser aus, das Passivum wäre daher unangebracht. Natürlich haben die Herausgeber nicht gemeint, es habe damals ein Damnations-, nicht aber eine Vindikationslegat gegeben.

⁴ *Haec, ut in his tabulis. cerisve scripta sunt, ita lego, ita testor.*

vorausgesetzt wird, was sicherlich gegenüber der in unserer Überlieferung noch nachweisbaren Mündlichkeit¹ des Testiraktes ein jüngeres Stadium darstellt. Entscheiden ist vielmehr, dass nach dem ganzen Aufbau des Testiraktes, also des Rechtsgeschäftes für ein bloss obligatorisch wirkendes Vermächtnis kein Raum ist. Es ist hier gleichgültig, ob man, wie es oben geschehen ist, von der Restitution des Textes ausgeht, die *Kübler- Seckel* vorschlagen. Auch, wer sie nicht annimmt, muss zugeben, dass der *familiae emptor* keineswegs wie bei einer gewöhnlichen *mancipatio* (*sicut in ceteris mancipationibus*, Gaius II 104) von einem in seiner Person entstehenden *meum esse* (Gaius I 119) spricht. Ist aber der *familiae emptor* nicht der Eigentümer der Nachlassstücke, dann kann er an ihnen nicht Eigentum übertragen. Er könnte also das *dare* nicht vollziehen, wozu er bei einem Damnationslegat betreffs der Vermächtnisstücke verpflichtet wäre². Daher nennt der Wortlaut der Verfügung ausdrücklich den *heres* als Verpflichteten, während dem älteren Testament *per aes et libram* wo der *familiae emptor* noch mehr war als eine bloss Solennitätsperson, der Begriff des *heres* noch fremd gewesen ist. Wir dürfen also sagen, dass das Damnationslegat erst aufgekomen sein kann, als es einen *heres ex testamento* gab.

Vergleicht man die Rechtsstellung des Vindikationslegatars mit der des Damnationslegatars im alten Recht, so ergibt sich, dass letztere bedeutend schlechter gewesen ist. Entweder sogleich nach dem Tode des Erblassers, oder aber, was wie gezeigt, für den damaligen Rechtszustand richtiger sein dürfte, mit der Inanspruchnahme der vermachten Sache ist das Recht des Vindikationslegatars erwachsen. Ganz anders beim Damnationslegatar, der auf das *dare* oder die sonstige Erfüllungshandlung des Erben angewiesen ist und sie abwarten muss. Es gehört erst dem honorarischen Recht, also vermutlich einer jüngsten Schichte der Rechtsbildung an, wenn der Prätor jedem Legatar eigenmächtige Besitzergreifung verbietet; das *interdictum quod legatorum* sprach nicht vom *heres*, sondern im klassischen Recht nur vom *bonorum possessor*³; begreiflicher Weise wird es sich in erster Reihe gegen den Vindikationslegatar ausgewirkt haben, der sogleich Eigentümer des Legates wurde, nicht so sehr gegen den Damnationslegatar, der nur ein Forderungsrecht hatte, und bei dem daher der Gedanke zur eigenmächtigen Ergreifung von vornherein ferner lag. Doch soll deswegen nicht bestritten werden, dass, wenn auch der Vindikationslegatar

¹ Iavol. D. XXVII 1, 21 pr., dazu E. WEISS Institutionen² 1948 § 144.

² Gaius II 201; epit. II 5,1.

³ LENEL, Edictum perpetuum 453; Literaturangaben a.a.O. Anm. 6.

derart durch den Wortlaut des Ediktes auf die *voluntas* des *bonorum possessor* verwiesen wird, seine Stellung sehr der des Damnationslegatars angenähert worden ist.

Geht man indes von dem Standpunkte des *ius civile* aus, so bleibt das, was oben über die Ungleichwertigkeit der Rechtstellung des Vindikations- und des Damnationslegatars ausgeführt worden ist, seinen ganzen Umfange nach bestehen. Vielleicht ist die Andeutung gestattet, dass gerade diese Sachlage den Umstand zu rechtfertigen vermöchte, dass die Klage aus dem Damnationslegat auf das *duplum* geht, während ein solcher Charakter, wie wir ihm bei der hier platzgreifenden *actio ex testamento* begegnen¹, bei der Klage aus dem Vindikationslegat, der gewöhnlichen *rei vindicatio*, nicht nachzuweisen ist. Wie Gaius IV 9 ganz richtig bemerkt, handelt es sich hier um eine Poenalklage; beim Fideikommiss, das eine spätere Bildung ist, war diese poenale Auffassung des Vermächtnisanspruches bereits in den Hintergrund getreten und daher findet dort die Verdoppelung des Streitwertes, falls der vom Vermächtnisnehmer beklagte Erbe unterliegt, keine Anwendung (Gaius II 282). Bei dem Damnationslegat ist es möglich, das Verhalten des Erben als deliktisch zu empfinden, weil er hier tätig zu werden hat. Lehnt er es daher ab, seine Verpflichtung zu erfüllen, so vermöchte darin ein Delikt gefunden zu werden. Beim Vindikationslegat ist dies nicht der Fall; hier hat der Erbe nicht mitzuwirken, wenn das Legat entrichtet wird, sondern die Entrichtung verlangt nur das *vindicare* des Vermächtnisnehmers, also sein Tätigwerden. Selbst das bereits erwähnte *Interdictum quod legatorum* verlangt nur vom Legatar, oder verbietet ihm genauer das, dass er *Legatorum nomine non uoluntate illius* (nämlich *bonorum possessoris*) *possides* (Lenel, EP³ 454) es wird also keineswegs verlangt, dass der Erbe dem Vindikations-Legatar den Besitz überlassen hat; es genügt, wenn Letzterer den Besitz nicht gegen dessen Willen, der sich in der Regel mindestens in einem Widderspruch gegen den Besitzerwerb des Vermächtnisnehmers geäußert haben muss, erworben hat.

¹ Gaius II 204; 282; IV 9. Paulus Sententiae Receptae I 19, I. v. BESELER, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XLVII 1927, XLVII 1927, 65 äussert gegen die Echtheit der Stelle Bedenken. Doch betreffen sie nur die Frage, ob man schon zur Zeit des Gaius dazu übergegangen war, den unterliegenden Erben nicht nach Massgabe des Sachwertes, sondern des Interesses haften zu lassen, vgl. auch a. O. 68. Gegen ihn KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* 1935, 170 ff.

IV

Ein anderer und zwar sehr klarer Fall des geteilten Eigentums ist das Rechverhältniss am Provinzialboden. Begreiflicher ist daran die bisherige Forschung nicht vorüber gegangen¹; es taucht sogar der Gedanke an ein Obereigentum auf, doch lassen die einschlägigen Ausführungen die notwendige begriffliche Klarheit vermissen².

Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass zwei Stellen im antiken Schrifttum vom Eigentum an Provinzialliegenschaften handeln:

Die eine Quelle ist die uns allerdings nur auszugsweise erhaltene gromatische Schrift des S. Iulius Frontinus aus der Zeit des Domitian (81-96 n. Chr.³) Frontinus liber II (Lachman p. 36; Bruns, Fontes II 86): *Et stipendiarias [quidem dicimus vel tributarias] qui nexum non habent neque possidendo ab alio quaeri possunt: possidentur tamen a privatis, sed alia condicione et veneunt, sed non mancipatio eorum legitima potest esse: possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et praestandi tributi condicione concessum est. Vindicent tamen inter se non minus fines ex aequo, ac si privatorum agrorum — nam et controversias inter se tales movent quales in agris immunibus et privatis solent evenire. — Videbimus tamen, si intercedere quis possit in eiusmodi condicione.*

Die andere Quelle sind die Institutionen des Gaius (161 n. Chr.); mithin stammen beide Quellen aus dem Rechte des Prinzipates, liegen etwa 80 Jahre auseinander. Gaius handelt von der Rechtsstellung der Provinzialgrundstücke, ohne in der Art der Feldmesser in Einzeluntersuchungen einzugehen⁴, unter der

¹ SIBER 71, KÜBLER, Röm. Rechtsgsch. 1925, 124; BONFANTE, Corso 2, 2, 312; KRELLER *Aegyptus* XIII 1933, 205; FR. SCHULZ, Prinzipien, d. röm. Rechtes 1934, 107. vorsichtig JÖRS-KUNKEL-WENGER 79; ARANGIO-RUIZ, Istituzioni, 4. Aufl. 1937, 183, 196 («del titolare di proprietà provinciale o pretoria»); BONFANTE, Istituzioni § 80 bemerkt nur dass der Besitzer und Niessbraucher des Provinzialbodens nicht Eigentümer gewesen sei., MONIER, Manuel Élémentaire I 1947 P. 366 Abschnitt 265, dort Anm. 2 weitere Literatur.

² KÜBLER a. a. O.: «das Römische Volk hatte daran nur ein Obereigentum»; Vom Untereigentümer wird nicht gesprochen, hier heisst es nur: «Es gab am Provinzialboden kein quiritisches Eigentum, sondern nur Besitz und Niessbrauch». FR. SCHULZ a. a. O. spricht zwar vom Obereigentum des Staates und vom Untereigentum des «Inhabers», schreibt aber das ganze Rechtsverhältniss, was gewiss nicht leicht zu verstehen ist, dem öffentlichen Recht zu.

³ Die Abfassungszeit unter Domitian geht daraus hervor, dass er ihn als lebend bezeichnet: p. 54, 11 Lachmann: *postea Domitianus ad hoc beneficium procurrit et uno edicto totius Italiae metum liberavit.*

⁴ Vergl. demgegenüber die Darstellung des Hyginus (LACHMAN 113 ff; BRUNS, Fontes II 786); es handelt sich um den Abschnitt de *condicionibus agrorum*, als Abfassungszeit dieser Schrift wird das Jahr 103 n. Chr. angenommen, verg. z. B. TEUFFEL, Römische Literaturgeschichte § 44, 1.

einheitlichen Bezeichnung *solum provinciale*, an mehreren Stellen (II 7; 21;¹ 27; 31; 46). Der Bericht des Gaius lässt sich dahin zusammenfassen, dass er zunächst unterscheidet, ob es sich um *praedia stipendiaria* oder *tributaria* handelt, je nachdem, ob sie in senatorischen oder kaiserlichen Provinzen gelegen sind; insgesamt seien sie *res nec macipi*. Das Eigentum daran, so berichtet er weiter, steht entweder dem *populus Romanus* oder dem Kaiser zu; eine Folge davon ist, dass solche Liegenschaften nach der von ihm als herrschend angesehenen Lehre niemals *solum religiosum* sein können, sondern nur *pro religioso* oder nach einem späteren Glossem² als *pro sacro* zu behandeln sind. Begründung von *Servituten* an diesen Liegenschaften erfolgt nur *pactionibus et stipulationibus*, also nicht etwa durch *mancipatio* oder in *iure cessio* (II 31). Nach dem übereinstimmenden Berichte des Gaius und des Fronto ist weder ein *nexum* daran noch eine *usucapio* möglich (II 27; 46).

Dem *dominium* des römischen Volkes oder des Kaisers steht aber bei Gaius *possessio vel ususfructus* des Berechtigten gegenüber; *Frontinus* allerdings spricht nur von *possessio*. Dass Gaius als den wesentlichen Inhalt der Berechtigung *possessio* und *ususfructus* einander gleichstellt, ist natürlich nur ein sprachlicher Behelf. Denn der Niessbraucher hat nur eine dingliche Berechtigung, aber bis auf Justinian keine *possessio*³. Beides steht untereinander in unlösbarem Widerspruch. Stünde dem Berechtigten wirklich nur *possessio* oder *ususfructus* zu, so müsste seine Berechtigung mit seinem Tode enden. Ausserdem ist der *ususfructus* Dritten gegenüber unveräusserlich; nur an den Eigentümer kann ihn der Berechtigte durch in *iure cessio* übertragen und dies hat die Wirkung, dass der *ususfructus* erlischt⁴. Kommt dem *populus Romanus* oder dem *princeps* das *dominium*⁵ zu, während der andere Teil nach der Ausdrucks weisedes *Frontinus* die *possessio*, nach der des Gaius *possessio vel ususfructus* hat, so liegt vielmehr die Vorstellung einer Teilung des Eigentums zugrunde. Sein, das heisst des Letsteren Benützensrecht ist so umfassend, dass der Schriftsteller, um es wieder-

¹ Über Gaius II 7 trefflich SOLAZZI, Per il XIV centenario 1933, 304 ff.

² SOLLAZI a.a.O. 311.

³ Gaius II 93; Ulpian. D. XLIII 26, 6; XLI 12 pr.

⁴ Gaius II 30: *ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usufructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet et cet.*

⁵ Gaius II 27 drückt dies so aus, dass er sagt, dass diese Grundstücke in den Provinzen gelegen seien, *quae populi Romani esse intelleguntur*; von den anderen Provinzialgrundstücken heisst es: *propriae Caesaris esse creduntur*. Auch Gaius II 9 heisst es: *in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris*. In der Wendung, dass das Eigentum dem *populus Romanus* zugeschrieben wird, kommt zum Ausdruck, dass die Einkünfte, also die Grundsteuer nach dem späteren Ausdruck dem *aerarium* zufielen. Vergl. v. BOLLA, Der Fiskus 1938, 1 ff.

zugeben, nach den umfassendsten Ausdrucksmöglichkeiten greift, die ihm das begriffliche System seiner Zeit darbietet; in der Beziehung auf die *possessio* einen Hinweis auf den Interdiktschutz zu finden, ist unbegründet, weil *Frontinus* ausdrücklich sagt, dass es nach seiner Anschauung mindestens zweifelhaft ist, ob der, der das Provinzialgrundstück hat, deswegen den Interdiktschutz in Anspruch nehmen darf. Die Rechtslage wird in positiver Beziehung, das heisst bezüglich der hier gewährten umfassenden Berechtigung durch die von den antiken Schriftsteller gewährten Bezeichnungen umschrieben; in negativer Beziehung ergibt sie sich aus dem oben Gesagten über das Unzutreffende der Bezeichnung als *possessio* oder *possessio vel ususfructus*. Überlegt man dies, so ergibt sich, dass der gedankliche Hergang, der zugrunde liegt, in Wirklichkeit darin besteht, dass das sonst an Grund und Boden bestehende Vollrecht, wie es als die regelmässige Form der Berechtigung der Rechtsanschauung der Zeit vorschwebt, in diesem Zusammenhange nach den verschiedenen Auswirkungen, also unter Verzicht auf den Totalitätsgedanken auseinandergelegt wird. Dies war eine Denkform der vorklassischen Zeit; aber *Gaius* und der sich viel weniger dogmatisch äussernde *Frontinus* haben beide dies nicht mehr verstanden, oder richtiger, sind ausserstande gewesen, diese Denkform in das Rechtssystem ihrer Zeit einzuordnen, was ihnen nach dem Aufbau und Charakter ihrer Darstellungen unerlässlich erschien. *Frontinus* a.a.O, bemerkt ganz richtig, dass die an den Provinzialgrundstücken stattfindende *possessio* eine ganz andere Rechtslage als sonst sei. Er sagt weiter, dass Grundstücke dieser Art gekauft und verkauft werden können. Ihre Grenzen, also ihr Umfang sind Gegenstand der *rei vindictio*¹, also genau so wie dies bei den *agri privati* der Fall ist. Trotzdem ist, wie *Frontinus* und *Gaius* übereinstimmend berichten, das *nexum* an Provinzialgrundstücken ausgeschlossen; vermutlich bedeutet dies, dass die Begründung einer dinglichen Haftung daran, wie sie nach *ius civile* bei Grundstücken der erwähnten Kategorie möglich ist, hier nicht stattfindet². Ausserdem schliesst es die Darstellung des *Frontinus* aus, dass Grundstücke dieser Art durch den Besitz zu «Eigentum», wenn hier dieser Ausdruck gebraucht werden darf, erworben werden. Damit ist gemeint, was *Gaius* II 46 bemerkt, dass hier eine *usucapio* nicht stattfindet. Von der *longi temporis praescriptio* wird in diesem Zusammenhange nicht gesprochen³, bei *Gaius* deswegen nicht, weil sich dieser

¹ LENEL, Edictum perpetuum 188 ff.

² Zum *nexum* PETROPOULOS, 'Ιστορία και Εισήγησις 1944, 772 f; E. WEISS, Institutionen² 1948, § 69.

³ Man darf nicht übersehen, dass *Frontinus*, dessen Darstellung sich nach dieser Richtung mit der des *Gaius* deckt, zur Zeit des Domitian geschrieben hat. Hingegen

bei der Darstellung von Institutionen des Provinzialrechtes eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Grundsätzlich steht Frontinus aber auf dem Standpunkte, der vollen Veräußerungsfähigkeit des *solum provinciale*¹; doch ist dies mit der soeben dargelegten Auffassung, wie sie sich aus der Konstruktion des Gaius ergibt, unvereinbar.

Die Art, wie Gaius, vermutlich im Einklange mit der herrschenden Lehre seiner Zeit sich das Rechtsverhältniss an Provinzialgrundstücken zurechtlegt, läuft, wenn man die Konstruktion beiseitelässt, und sich an die wirkliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses bei ihm und bei *Frontinus* hält, auf eine funktionelle Teilung des Eigentumsbegriffes hinaus, die in der Anerkennung gleichzeitig nebeneinander bestehenden Ober- und Untereigentums an bäuerlichen und sonstigen Liegenschaften im älteren deutschen Recht eine ziemlich genaue Entsprechung findet. Auch im englischen Recht gilt seit der norman-

entstammen die ältesten Quellen der *longi temporis praescriptio* erst dem dritten Jahrhundert (P. Strassb. II 22; BGU I 267; MITTHEIS, Chrestom. 374; P. MEYER 54; es handelt sich um ein Reskript, das in Alexandria an 30 XII 199 oder am. 19 IV 200 publiziert wurde). Die ältesten literarischen Quellen (Papin. fragmenta Vaticana 7; Paul. Sententiae receptae V 2,3 ff.; Marcian. D. XLIV 3, 9; Modestin. D. XL 3, 3) sind annähernd gleichzeitig, eher jünger. In diesem Zusammenhange sind noch zwei Umstände zu erwägen: a) Die erwähnten Kaiserlichen Verordnungen waren ancheinend nicht die einzigen, die in dieser Materie eingingen. Denn in P. Strasb. I 22 Z. 19 sagt der Präfekt Subatianus Aquila: Διατάξεις εἰσὶν τῶν κυρίων περὶ τῶν ἐν τοῖς ἔθνεσιν οἰκούντων κ.τ.λ. Er spricht also von den Kaiserlichen Verordnungen in der Mehrzahl, obwohl die Verhandlung nicht später als sieben Jahre nach dem Ergehen der erwähnten Verfügung, nämlich am 2. III. 207 stattfindet. Ähnlich erwähnt Marcian. D. XLIV 3,9 betreffs der *longi temporis praescriptio* von Fahrnissen, dass sie *rescriptis quibusdam* D. Magni Antonini vorgesehen sei. Es müssen also sowol betreffs der *praescriptio* von Fahrnissen als auch von Liegenschaften im dritten Jahrhundert mehrere Kaiserliche Verordnungen bestanden haben, die zum Teil noch aus dem zweiten Jahrhundert herkommen dürften b) Die Vorstellung, dass die *vetustas temporis*, auch von der *usucapio* abgesehen, Bedeutung für die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften hat, ist viel älter als die erwähnten Verordnungen. So sagt Cicero *de lege agraria* II 2, 57, wo vom *ager recentoricus* in der Provinz Sizilien, dem die Qualität eines *ager stipendiarius* zukam, gesprochen wird: *Qui agrum recentorium possident, vetustate possessionis se, non iure, misericordia senatus, non agri condicione defendunt Nam illum agrum publicum esse fatentur; se moveri possessionibus, avitis a suis sedibus ac dis penatibus negant oportere.* Um das Jahr 100 n. Chr. schreibt dann der agrimensur *Hyginus* p. 116 LACHMANN (BRUNS, fontes II⁷, 87): *Quaestorii autem dicuntur agri, quos populus Romanus devictis pulsisque hostibus possessit, mandavitque quaestoribus, ut eos venderent et cet. quod etiam praestitutum observant, vetustas tumen temporis paene similem reddidit occupatorum agrorum condicionem et cet.*

¹ Vergl. die Äusserung des Kaisers Hadrian im *Gnomon* (BGU V 1210) Z. 18: Ὁ γὰρ θεὸς Ἀ[δριαν]ός εἶπεν μηδὲν εἶναι παρὰ Ῥωμαίοις τὸ [ἀ]κ[α]τ[α]χ[ρη]μάτιστον.

nischen Zeit und grundsätzlich noch gegenwärtig¹ alles Land als *tenementum*, *tenure*, also etwa als Lehen, während dem König betreffs aller Grundstücke die Eigenschaft als «Lord Paramount» zukommt. Erst im Jahre 1290 ist durch das Statutum «*quia emptores*» (18 Edw. 10,1) die freie Veräußerung bei einem *feudum simplex* gewährt worden. Die freie Vererblichkeit des *freehold*, das gegenwärtig unserem Eigentum entspricht, beruht erst auf dem *statute of wills* (32 Heinrich VIII c. 1; 34) vom Jahre 1290. Dass diese Entsprechung bisher nicht erkannt worden ist, ist umso verwunderlicher, als Rostowzew schon längst (1910) die anscheinend widerspruchslos aufgenommene Behauptung aufgestellt hat, in Ägypten und dessen auswärtigen Besitzungen habe unter den Ptolemäern ein königliches Obereigentum an dem ganzen eroberten Lande bestanden das ursprünglich, das heisst bis 250 v. Chr. sogar zu einem Rückfall des Kleros an den König nach dem Tode des Lehensmannes führte (P. Hibeh I; P. Petrie III 104-106)². Die neueste Forschung ist auf diesem Gebiete noch erheblich weiter gekommen. Sie hat als allgemeines Prinzip der Staatsbildung im Hellenismus herausgestellt, dass es privates Grundeigentum nur in der πόλις als eine ihr eigentümliche Einrichtung gab. Wo hingegen die königliche Macht ohne Schranken waltete, also in der βασιλεία, konnte das Eigentum an Grund und Boden nur dem Staatsoberhaupte, wenn man sich dieses Ausdrucks bedienen will, zukommen³; diese Verhältnisse wirken noch in römischer Zeit nach, an die Stelle der πόλις tritt der Begriff der *civitas*, an die Stelle der βασιλεία das *regnum* oder *imperium*. Besonders bezeichnend sind in dieser Beziehung die Verhältnisse im pergamenischen Reiche⁴. Hingegen blieb es in römischer Zeit in Ägypten⁵

¹ POLLOCK u. MAITLAND, III 205 ff; WOODFALL-LADY, Landlord and tenant 6. Aufl. 1898.

² ROSTOWZEW, Studien zur Geschichte des römischen Kolonates 1910, 58, 62, 79, 93, 112, 118. Die Darlegungen des Verfassers erscheinen dem Rechtshistoriker nicht immer ganz einwandfrei, weil der begriffliche Unterschied zwischen dem Eigentum und öffentlichrechtlichen Hoheitsrechten wie der Steuerhoheit oft nicht ganz klar zum Ausdruck gelangt, vergl. z.B. die Ausführung zu DITTENBERGER, Orientis Graeci inscriptiones 55, einer Inschrift aus Telmessos an der lykischen Küste auf S. 278. Ähnl. wie in Telmessos heisst es P. Par. 62 UPZ I 112 III 17 f. (ROSTOWZEW 52), dass auch freies Eigen an den kgl. Schatz gezogen wird, wenn eine Verfehlung vorliegt. Damit ist vorausgesetzt, dass es schon damals (203/2) ein wirkliches Privateigentum gegeben hat, das zwar staatlichen Eingriffen unterliegt, die aber öffentlichrechtlicher, nicht privatrechtlicher Natur sind.

³ JONES, Cities of the East. Roman. prov. p. XV; ARANGIO-RUIZ, Epigrafia giuridica greca e romana III, Studia et Documenta 1939, 615.

⁴ M. SEGRE, *Athenaeum* 1938, 119 ff. (la χώρα pergamena); A. PASSERINI, *Athenaeum* 1937, 252 ff. (Le iscrizioni dell'agorà di Smirna concernenti la tra i publicani e i Pergameni); ROSTOWZEW, in den Anatolian Studies presented to Sir William Ramsay 1923, 359 ff.

⁵ ROSTOWZEW, Kolonat 112.

nicht mehr bei der Auffassung vom königlichen Obereigentum, obwohl die aus dieser Auffassung gezogenen Folgerungen zu einem erheblichen Teil unberührt fortwirkten.

Namentlich in der Theorie der römischen Juristen von den Rechtsverhältnissen am Provinzialboden findet die Teilung der aus dem Eigentum fließenden Befugnisse derart statt, dass die privatrechtliche Rechtsstellung des Eigentümers, das *dominium* ausdrücklich dem *populus Romanus* oder dem Kaiser vorbehalten bleibt. Je nachdem, ob es sich um die eine oder die andere Gruppe handelt, sind die *praedia stipendiaria* oder *tributaria*. Die Darstellung des Gaius II 21 muss ganz wörtlich genommen werden; darnach ist die Steuerpflicht nicht eine Folge des Obereigentums des Senates oder des Volkes, sondern sie geht darauf zurück, dass die Grundstücke in einer Provinz des Kaisers oder des Senates liegen.¹ Auch von anderen Auswirkungen der Theorie des staatlichen Obereigentums am Provinzialboden hören wir nichts, namentlich nichts von einer obligatorischen Mitwirkung des Obereigentümers bei Verfügungen über die Liegenschaft oder von einer besonderen, über das allgemeine Heimfallsrecht bei erblosen Nachlässen hinausgehenden Berechtigung. Nur sind Rechtsverhältnisse des *ius civile* wie das *nexum* auf Provinzialgrundstücke unanwendbar; auch werden servituten nicht durch *mancipatio* oder in *iure cessio*, sondern *pactionibus et stipulationibus* bestellt. Die Grundstücke sind *res nec mancipi*. Doch hat dies alles mit dem Obereigentum des Kaisers oder des Volkes nichts zu tun und rührt vielmehr davon her, dass der ganze hiehergehörige Rechtskreis nicht durch das *ius civile*, sondern durch das *ius honorarium* geordnet ist. Auch der Untereigentümer ist, wenn auf den Umfang seiner Rechtsmacht gesehen wird, gleichfalls Eigentümer, denn er hat wichtige und zwar die wirtschaftlich und rechtlich entscheidenden Befugnisse des Eigentums. Ihm kommt ein umfassendes Gebrauchs- und Nutzungsrecht zu, das nach römischer Auffassung veräußerlich ist.²

¹ Mit der Theorie der *res publicae* hat dies nichts gemeinsam, ebensowenig mit der Annahme, es gebe ein besonders geartetes Privatrecht an ihnen (domain public, Code civil art. 338 ff), also eines Eigentums, welches in das öffentliche Recht gehört. Dieser Begriff geht auf O. MAYER zurück und beruht auf dem Bestreben, das öffentlichrechtliche (publizistische) Denken aus den privatrechtlichen Denkformen auf allen Gebieten herauszulösen. Vergl. FLEINER Über die Umbildung zivilrechtlicher Institutionen durch das öffentliche Recht 1909; EMGE, Das grundsätzliche Verhältnis des Zivilrechtes zum Steuerrecht, *Arch. f. d. zivilistische Praxis* CXXIX 1928 49 ff; KAISER, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch II 782. Gemeines Rechts: WINDSCHEID I § 46, Anm. 17; KIPP in STAMMLERS Sammelwerk, Das Deutsche Recht 192 Anm. 1. Auch nach dieser Theorie würde es sich hier mangels eines Gemeingebrauchs um domain privé, also um ein Privatrecht handeln.

² Vergl. das oben über die Rechtsverhältnisse am ägyptischen Kleros und überhaupt in den hellenistischen Gemeinwesen Bemerkte.

Daher fallen ihm alle Erträgnisse der Sache zu, er trägt aber auch die die Sache treffenden Lasten. Sicher ist er Subjekt aller am Grundstücke haftenden dinglichen Rechte und der gleichartigen Verpflichtungen und namentlich ist er zur Prozessführung in Rechtsstreitigkeiten, die Rechte an dem Grundstücke betreffen (*vindicaciones*), berechtigt.

V

In den obigen Darlegungen ist auf die Frage nach dem Alter der hier erörterten Vorstellungen der römischen Rechtswissenschaft von den Rechtsverhältnissen am Provinzialboden nicht eingegangen worden. Doch ist sie in gegebenen Zusammenhänge von erheblichem Interesse. Denn, wenn es gelingt, sie einer Beantwortung näher zu bringen, so würde uns dies, da hier der Gedanke des nach seinen Befugnissen geteilten Gesamt - Eigentums zu Grunde liegt und dieser Gedanke ferner eine dem späteren Recht fremde Denkform ist, einen zeitlichen Ansatz für die Entwicklung des Begriffes vom geteilten Eigentum und auch vom totalitären Eigentum ermöglichen. Im Allgemeinen ergibt sich eine solche Möglichkeit selten, wenn es sich um die geistesgeschichtliche Betrachtung eines antiken Begriffes handelt.

Es lässt sich nun sagen, dass namentlich ein Stück der Gedankengänge des *Gaius* in der Unterscheidung zwischen kaiserlichen und senatorischen Provinzen liegt. Während in allen Provinzen die Stellung des Untereigentümers dieselbe ist, ist die Person des Obereigentümers verschieden, entweder das römische Volk oder der Kaiser. Unmöglich hat sich die Rechtsstellung der Provinzen des *populus Romanus* geändert, als ihnen *provinciae Caesaris* gegenübertraten. Vielmehr ist, was ursprünglich an Rechtsnormen für sie gegolten hat, auf die kaiserlichen Provinzen übertragen worden, seit es solche gab. Mit anderen Worten, der Gedanke vom geteilten Eigentum reicht bis in die Zeit der Republik zurück, auch sofern er sich auf die Provinzialgrundstücke und die Rechtsverhältnisse daran bezieht. Wir haben keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass dort zu einem bestimmten Zeitpunkte oder gar zu einen bestimmten Zeitpunkte oder gar durch einen bestimmten Akt der Gesetzgebung die Rechtsstellung des Provinzialbodens aufs neue geordnet worden wäre.¹ Wir

¹ KÜBLER, Geschichte des römischen Rechtes 1925, 124 hat bemerkt dass Gaius Gracchus im Anschluss an die Erbeinsetzung des römischen Volkes durch den König Attalus von Pergamon den Satz aufgestellt habe, dass am Provinzialboden Eigentum nicht möglich sei, da dieser dem römischen Volke gehöre, und diese Theorie sei von der römischen Rechtswissenschaft zum Dogma entwickelt worden. Eine volle Auswertung dieser Nachricht ist allerdings nicht möglich, da KÜBLER seine Quelle nicht angibt. Aber die Nachricht hat keine innere Wahrscheinlichkeit. Dass die Auffassungen des G. Gracchus,

können also annehmen, dass die uns bekannte Regelung bis in die Zeit zurückreicht, wo diese erste römische Provinz gebildet also in die Zeit, wo Sizilien gewonnen wurde (240-211 v. Chr.). Es ist bekannt, dass bei der Ordnung der Rechtsverhältnisse ein hellenistisches Königsgesetz, die *lex Hieronica* eine wesentliche Rolle spielte, ein Gesetz, das die Rechtsverhältnisse zwischen dem König, den Steuerpächtern und den Steuerpflichtigen regelte¹. Es ging von dem Grundsatz aus, dass das eigentliche Eigentum an allem Grund und Boden dem König zustehe². Natürlich ging man auch damals nicht an der Tatsache vorüber, dass die wirkliche Verfügung über die Liegenschaften denen zusteht, die sie bebauen; in unseren Quellen sind dies die *aratores*. Demnach ist die Konstruktion, der wir im klassischen Recht betreffs der Rechtstellung des Provinzialbodens begegnen, von den Römern aus dem hellenistischen, vorrömischen Recht auf der Insel Sizilien, ihrer ersten Provinz, übernommen worden. Cicero

der als Revolutionär fiel, auf die römische Rechtswissenschaft eingewirkt hätten, ist schon aus persönlichen Gründen wenn man die soziale Stellung der frühklassischen Juristen erwägt, nicht glaublich. Es darf ferner daran erinnert werden, dass die Rechtsverhältnisse in den Provinzen für die Rechtswissenschaft jener Epoche in den Hintergrund treten. Dazu tritt, dass sich die Folgen der Äusserung des Gracchus nicht bloss gegen die Römer in den Provinzen, sondern auch gegen die Provinzialen, also gegen die einheimische Bevölkerung gekehrt hätten, so dass die auf diese Äusserung zurückgehende Entwicklung letztere in ihrer bis dahin innegehabten Rechtstellung und noch dazu sehr empfindlich verkürzt hätte. Diese Bevölkerung müsste also bis dahin Volleigentümerin gewesen sein, und dieses Volleigentum wäre ihr durch Gracchus entzogen worden. Wie indes in weiteren Verlauf gezeigt werden wird, ist die Idee des geteilten Bodeneigentums bereits ein Bestandteil der vorrömischen, hellenistischen und hellenischen Ordnungen. Die Auffassung KÜBLERS würde also erfordern, dass diese Ordnungen zunächst einmal von den Römern, die die Provinzen an sich brachten, verlassen worden wären, die den Provinzialen vielmehr Volleigentum gewährten, um späterhin zu dem früheren Rechtszustand wieder zurückzukehren. Dies ist sicher wenig wahrscheinlich.

Römische Gesetze über Provinzen:

lex Sempronia de provinciis consularibus (125 v. Chr.).

lex Vatinia de imperio C. Caesaris (39 v. Chr.).

lex Clodia de provinciis consularibus (38 v. Chr.).

lex Trebonia de provinciis consularibus (55 v. Chr.).

lex Pompeia de provinciis (52 v. Chr.).

lex Iulia de provinciis (45 v. Chr.).

Hierzu zwei Gesetze mit unbekanntem Datum: unbekanntem Inhalt.

lex Cornelia de provinciis ordinandis (zwischen 82 und 79 v. Chr., vergl. MOMMSEN, Staatsrecht II³ 200).

Gesetz vom Jahre 51, MOMMSEN, Staatsrecht II³ 241 ff.

¹ ROSTOWZEW a. a. O. 233 ff.

² ROSTOWZEW a. a. O. 236 f.

(Verr. II 3,37; 102; 228) nennt die Bewohner der Insel Sizilien *coloni aratoresque populi Romani*; hier ist bereits an die Stelle des Königs der *populus Romanus* getreten. Man wird allerdings die begriffliche Erfassung des Ganzen den römischen Juristen zuschreiben dürfen; immerhin waren die vorrömischen Zustände Siziliens eine nicht wegzudenkende Vorstufe für die begriffliche Einordnung.

Die neuere Forschung gestattet uns nun, das Alter der Vorstellung vom königlichen Obereigentum, an dessen Stelle nach dem eben Dargelegten das Obereigentum des römischen Volkes getreten ist, noch weiter zurückzuvolverfolgen und dadurch auch die Anschauung des Königs Hiero in den Verlauf der Gesamtentwicklung des griechischen Bodenrechtes einzugliedern. Den Satz, dass an allem Grund und Boden das eigentliche Eigentum dem König zustehe, hat Hiero nicht geschaffen, sondern vielmehr aus den griechischen Staatsrecht der Monarchie, wen man hier von einem Staatsrecht und nicht von blossen Rechtsanschauungen über die Stellung des Königs sprechen will, übernommen. Hier galt seit ganz alter Zeit der Grundsatz, dass der Boden seit unvor-denklicher Zeit, also vermutlich seit der Landnahme dem König gehört.¹ Er überlässt den Boden an die Volksgenossen zu einem gewissen Teil zur Bebauung; sie sind verpflichtet, dafür Abgaben zu leisten. Von diesem ursprünglich ganz unbeschränkten königlichen Obereigentum finden wir noch in den homerischen Gedichten Zeugnisse, die es uns in voller Wirksamkeit zeigen. Da sagt z. B. Menelaos in der Odyssee im vierten Gesang 174, er hätte, um einen Gast zum Bleiben zu vermögen, ihm eine ganze Stadt zur Wohnung dargeboten, und sie noch vorher von allen ihren Bewohnern frei gemacht sie also von ihren Grundstücken kraft seines Königsrechtes fortgeschickt. Mehrfach wird in den homerischen Gedichten erwähnt, dass der König die ihm an Liegenschaften zustehenden Rechte, gegebenenfalls mit deren Bewohnern anderen Personen überlassen könne: die Bezeichnung für den derart Begüterten scheint ἀφνειὸς (βιότοιο), gewesen zu sein (Ilias V 545; VI 193; IX 483). Wird eine Königstochter verheiratet, so können Land und Leute als Mitgift gegeben werden (Ilias IX 149),² so dass die Bewohner jetzt dem Schwiegersohn

¹ KAHRSTEDT, Griechisches Staatsrecht I (1922), 372 ff. Dass der Verfasser die Bedeutung des Bodeneigentums für die gesamte staatsrechtliche Entwicklung erkannt hat ist ein wesentliches Verdienst seines Werkes, vergl. insbes. das Register unter Bodeneigentum. EHRENBERG geht in GERCKE - NORDENS, Einleitung in die Altertumswissenschaft II³ auf diese Frage nicht ein.

² P. M. MEYER *Ztschr. der Savigny-Stiftung* L 1930, 517 berichtet einen ihm durch eine Besprechung von SAN NICOLO *Orientalistische Literaturzeitung* 1929, 169 bekanntgewordenen Aufsatz von CUQ, *Revue Syria* VIII 143 ff., wo nachgewiesen ist, dass Antiochos III. Koilesyrien seiner Tochter bei ihrer Vermählung mit Ptolemaios Epiphanes als Mitgift bestellt habe, ohne dass er aber die Suveränität einschliesslich der Finanzhoheit verlor.

Abgaben leisten. Die Verteilung des eroberten oder auf andere Weise in Besitz genommenen Landes scheint im freien Ermessen des Königs gestanden zu haben (Odyssee VI 9 ff); er behält bei der Landnahme einen Teil für sich, zu dem auch das Götterland gehört; dies ist wegen der ursprünglich sehr wichtigen sakralen Stellung des Königs begreiflich. Alles dies von der Verteilung ausgenommene Land heisst *τέμενος*¹. Daraus erklärt es sich, dass der König vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt ist, wenn er in ein Heiligtum flieht². Die weitere Entwicklung vollzieht sich in der Richtung, dass aus dem Lehensmann ein Volleigentümer wird, also mit dem Ziele einer Allodialisierung, so dass aus dem Recht des Lehensmannes am Ende des Entwicklungsganges ein unentziehbares und frei veräusserliches entsteht. Voraussetzung dafür ist die allgemein festgehaltene Übung, dass dem Bauern oder seinem Erben das Grundstück nicht mehr entzogen wird, so dass sich die gewohnheitsrechtliche Rechtsanschauung herausbildet, dass dies rechtlich unmöglich ist³. Das Ganze ist eine Teilerscheinung der uns sonst nicht leicht erkennbaren monarchischen Ordnung des griechischen Gemeinwesens. Zugrunde liegt alldem eine Denkform, die wir gewöhnt an die Scheidung von öffentlichem und Privatrecht als eine privatrechtliche Anschauung von dem Verhältnis des Staatsoberhaupt zum Staat und insbesondere zum Staatsgebiet bezeichnen würden. Doch würde dies gewiss das Wesentliche im Inhalt des hier stattfindenden Herrschaftsrechtes nicht erschöpfen. Das Verhältnis zur Liegenschaft schliesst im griechischen Recht ganz ebenso wie im deutschen sowohl die Keime der späteren Gebietshoheit als auch die des späteren Privateigentums in sich⁴. Im Königsrecht sind also sowohl Elemente des privaten wie des öffentlichen Rechtes enthalten, und diese seine privatrechtlichen Elemente erklären die merkwürdige, bisher eigentlich, unaufgeklärtere Erscheinung, dass der König über das Herrschaftsgebiet, also über den Staat, letztwillig in den Formen des Privatrechtes, durch Testament, zu verfügen vermag. Man erinnert sich an das Testament des Königs Attalos von Pergamon und des Ptolemaios Neoteris von Kyrene, wo beidemals die Römer, das heisst das römische Volk zu Erben eingesetzt wurden⁵. Es ist in die-

¹ E. WEISS unter Kollektiveigentum in der Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa XI insbes. 1082 ff.

² Belagerung und Aushungerung des Pausanias, THUKYDIDES I 134, 2. LYKURG, contra Leocratem 128 f. Andere Belege bei KAHRSTEDT a. a. O. 13.

³ Vergl. die Ausführungen oben S 28 über die Rechtsverhältnisse im hellenisierten Ägypten.

⁴ V. GIERKE, Deutsches Privatrecht II (1905), 356 SCHREUER, Deutsches Privatrecht 1921, 142, 150.

⁵ Pergamon: DITTENBERGER, *Oriens Graeci inscriptiones* 338; 435 (GAGNAT, *Inscriptiones*

sem Zusammenhang nicht ohne Bedeutung, die Aufrechterhaltung der bisher getroffenen Verfügungen zugesagt wird, oder der römische Senat ordnet dies bei der Übernahme des Landes als Rechtsgrundsatz an¹. Es ist offenbar der Gedanke der Rechtsnachfolge, der hier auf einem Gebiete, das wir als öffentlichrechtliche bezeichnen würden, nach Ausdruck ringt.

Geht ein monarchischer Staat zur republikanischen Verfassungsform über, wie z. B. Athen, so tritt die Erinnerung an das königliche Obereigentum an allem Grund und Boden zurück; es ist durch den Wegfall des Rechtsträgers gegenstandslos geworden². Doch geht die Erinnerung nicht ganz verloren. Soweit allerdings das Bürgerland in Betracht kommt, tritt vollständige Allodialisierung ein. Dieses nunmehr freie Eigentum wird jetzt von der Gesamtheit der Bürger garantiert, wesensgleich damit, wie der römische Bürger seine Rechtsbehauptung des *meum esse* auf die Berufung « *ex iure Quiritium* » stützt. In Athen erfolgte diese Garantie durch das bei Beginn des Amtsjahres vom Archon erlassene und durch Heroldsruf kundgemachte Gelöbnis, jeder solle während seines Amtsjahres in seinen Eigentumsverhältnissen geschützt sein³. Der Archon gibt das Gelöbnis nicht als Privater, sondern für die Gemeinde ab; dies ergibt sich schon aus der Wahl des Zeitpunktes und der gewählten Publizitätsform⁴. Die Unterstellung jedes Bodeneigentums unter die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes ist, wie noch bemerkt werden darf, in Athen unvergleichlich weiter

Graecae ad res Romanas pertinentes IV 301). Kyrene: WILCKEN, *Berliner S. Ber.* 1932, XIV; WENGER, *Studi Riccobono* IV 932; SCHUBART, *Festschrift Poland (Philol. Wochenschrift* 1932, 1077 ff); DE SANCTIS, *Rivista di filologia* N. S. (1939), 59 ff; (1933), 549 ff; BICKERMANN, *Gnomon* 1932, 425 ff; STEINWENTER, *Ztschr. d. Savigny-Stiftung* LIII (1933), 497. M. A. DE DOMINICIS, *Atti del r. Istituto Veneto* 1933, 161 ff; Chronologisch de FERRI, *Historia* X 1932, 422 ff.; PIGANIOL, *Revue historique de droit* 1933, 509, 433. W. OTTO, *Abhandlungen Bayerische Akademie* 1934, 97 ff.; E. WEISS, *Μνημόσυνα Παππούλια* 1934, 388 ff.

¹ Senatsbeschluss über Pergamon betreffend die den nach Asien zu senden Prätores mitzubehaltende Instruktion. DITTENBERG, *Orientalis Graeci inscriptiones* 435 Z. 13: ὅπως ὅσα βασιλεὺς Ἄτταλος οἱ τε λο[ιποὶ βασιλεῖς] διώρθωσαν ἐζημίωσαν ἢ [ἀφῆκαν ἐδωρήσαν- Z. 15 το, ὅ]σα τούτων ἐγένετο πρὸ μιᾶς [ἡμέρας ἢ Ἄτταλον τελευτήσαι, ὅπως ταῦτα κύρια ἢ στρατηγῶν] τε οἱ εἰς Ἀσίαν πορευόμενοι μηδὲν κινῶσι μά[την. Testament des Ptolemaios Neoterus, Erstausgabe OLIVERIO, *Documenti antichi dell Africa Italiana* I/1; Abdruck auch bei STEINWENTER a. a. O. Z. 13: καταλείπω Ῥωμαίοις τὴν καθήκουσάν μοι Βασιλείαν κτλ. Z. 17 τοῖς δ' αὐτοῖς παρακατατίθεμαι τὰ πράγματα συντηρεῖν. Hierüber E. WEISS a. a. O. 287 ff.

² KAHRSTEDT, *Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit in Athen* 1933, 7 ff.

³ ARISTOTELES, *Ἀθηναίων πολιτεία* 56, 2: καὶ ὁ μὲν ἄρχων εὐθὺς εἰσελθὼν πρῶτον μὲν, κηρύττει ὅσα καὶ εἶχεν κτλ. ταῦτ' ἔχειν καὶ κρατεῖν μέχρι ἀρχῆς, dazu PAPPULIAS, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* XXVII 1909 360; KAHRSTEDT a. a. O. 133.

⁴ Heroldsruf als Publizitätsform: E. WEISS, *Griech. Privatrecht* I 1923, 254.

vorgeschritten als in Rom. Denn der Areopag, ein bürgerliches Gericht, entscheidet darüber, ob ein Grundstück an der Pnyx einem Privatmann oder dem Staat gehört¹. Doch in den Kolonien währt die Auffassung vom staatlichen Obereigentum². Die Ureinwohner mögen vertrieben oder auf ihren Besitz belassen worden sein, es gilt, wenigstens in Athen, wo wir die Verhältnis allein zu überblicken vermögen, als leitender Grundsatz des Bodenrechtes, dass das Grundeigentum dem athenischen Bürger (Klerouchen), einen athenischen Gott oder einer in Athen anerkannten Personengesamtheit (juristischen Person) zusteht. Aber die daraus erwachsenden Berechtigungen an Einzelne treten nach einer Reihe von Richtungen mehr hervor, als in den beiden anderen, oben angeführten Fällen. Die Veräußerung und Belastung seiner Liegenschaft ist dem Klerouchen nur dann gestattet wenn er ἀδύνατος ist, das heisst, nur in echter Not³. Hat ein Bürger in Athen Grundstücke in einer Kolonie, so gehören diese nicht zum Vermögen im Rechtssinne des attischen Rechtes; sie sind deswegen bei der Erörterung der Liturgiepflicht und bei dem in gewissen Fällen vorgesehenen Vermögenstausch (ἀντίδοσις)⁴ nicht zu berücksichtigen. Der Gedanke des staatlichen Obereigentums ist hier also noch sehr wirksam. Vergleicht man mit dem eben Gesagten die oben mehrfach erörterte Darstellung des *Frontinus*, so sieht man, welcher Konsequenzen der Gedanke des staatlichen Obereigentums innerhalb der griechisch-römischen Antike fähig war. Als selbstverständlich kann die Ausgestaltung bei *Frontinus* und *Gaius* nicht angesprochen werden. Für die Betrachtung der römischen Verhältnisse sind dies überwundene Entwicklungsstufen, die niemals innerhalb des römischen Machtbereichs eine Rolle gespielt haben.

Man kann sich die fernere Frage vorlegen, ob die Vorstellung vom Obereigentum des Staates an Grund und Boden nicht noch weiter, höher hinauf, als dies oben geschehen ist, verfolgen lassen. Die ältesten Nachrichten über das Obereigentum des Königs lassen letzteres als eine Äusserung seiner totalitären Berechtigung erscheinen. Man hat geglaubt, für diese totalitäre Berechtigung in den Verhältnissen Kretas im zweiten Jahrtausend v. Chr. ein Vorbild zu finden⁵, aus denen sich auch die Herkunft des Gedankens vom staatlichen Obereigen-

¹ ÄSCHIN. I 81; KAHRSTEDT a. a. O. 9.

² KAHRSTEDT a. a. O. 32 ff; bes. 39, 350, 358 ff.

³ IG II² 30 b c, 3 ff (*Supplementum Epigraphicum* III 73). Die Inschrift behandelt die Verhältnisse in Lemnos, sie verweist aber auf die alte Ansiedlung in Salamis (IG I² 1). Es lässt sich daraus schliessen, dass damals die Kolonisten in gleicher Weise behandelt wurden.

⁴ KAHRSTEDT a. a. O. 41 Anm. I.

⁵ KAHRSTEDT, Griechisches Staatsrecht I 1922, 381.

tum ohne Schwierigkeit erklären lässt. Dies ist aber mit den Parallelen für das königliche Obereigentum aus dem germanischen Rechtskreis (s. o. S 28) nicht in Einklang zu bringen. Es liegt wohl näher, anzunehmen, dass es zu der besprochenen Auffassung in primitiven Verhältnissen, eben durch deren Macht, von selbst gekommen ist, ohne dass wir auf ein ausländisches, besonders ein orientalisches Verhältnis zurückzugreifen haben.

Diese Vorstellung von funktionell geteilten Eigentum am Provinzialboden ist geeignet, auf die gedanklichen Grundlagen des Liegenschaftseigentums und von dessen zeitlichen Ansatz ein Licht zu werden. Schon vorlängst ist darauf hingewiesen worden¹, wie sich die Entscheidungen des römischen Senates in republikanischer Zeit zu den zu Schiedsrichtern bestellten Gemeinden über die einander entgegenstehenden Ansprüche anderer Gemeinden äussern². Man hat dabei bemerkt, dass es auffallen müsse, dass der Senat in dem Prozessprogramm, eine Entscheidung auf der Grundlage des letzten ruhigen Besitzes (*possessio*) zu verlangen scheint, während in Wirklichkeit eine solche über das Recht (*dominium*) ergeht.³ Aber dieses Bedenken ist gegenstandslos, und wäre bei genauer Kenntnis des Sprachgebrauches der römischen Kanzlei überhaupt nicht möglich gewesen. Wir besitzen nämlich die Entscheidung des *C. Avidius Nigrinus, l. Augusti pro pr.* über die Gebietsstreitigkeiten zwischen Delphi und Antikyra (*Dittenberger, Sylloge* 3 Aufl. 827 E.). Die Entscheidung ist deswegen im diesem Zusammenhange von Bedeutung, weil es sich um eine bilingue Inschrift handelt, die an erster Stelle lateinisch, an zweiter griechisch spricht. Dort heisst es nun in Z. 13 des lateinischen und in Zeile 12 des griechischen Textes.

<i>tamen videri utrisque consultum, quod</i>	ἀμφοτέρους περ[...]
<i>[in] Z. 13 posterum [ben]eficio [Optimi</i>	ἀν ἔχουσι τὴν κτῆσι[ν ἀναμφοισβ]ήτητον
<i>ϕ]rincipis certa possessio e[is] e[st] sine</i>	πάρεσχ[ον] vel. -ε
<i>lite contingert.</i> ⁴	

Aus dieser Inschrift geht hervor dass der griechische Sprachgebrauch die *possessio* an Provinzialgrundstücken mit dem Vollrecht der *possessio* gleichsetzt.

¹ PARTSCH., Schriftformel 1905, 1 ff; SELIGSOHN, *Iusta possessio*. Dissertation 1907, 6, EISSER, *Zschr. der Savigny-Stiftung* XLIX 1929, 540; LENEL, E. P.³ 189 Anm. 4.

² Itanos gegen Hierapytna, DITTENBERGER, *Sylloge*³ 685 (139 v. Chr.); Lakedaimon gegen Messene, DITTENBERGER, *Sylloge*³ 983 (140 v. Chr.); Priene gegen Magnesia am Maeander, DITTENBERGER, *Sylloge*³ 679 (143 v. Chr.).

³ PARTSCH. a. O. 44; SELIGSOHN 10.

⁴ Im lateinischen Text der Inschrift ist noch ein zweites Mal von der *possessio* an den streitigen Gebiete die Rede und zw. Z. 7; *t[anto magis, quod et ϕ]osses[sio] qui[b]usdam locis variaverat*. Doch fehlt die griechische Entsprechung an dieser Stelle.

Die geäußerten Bedenken sind also wirklich gegenstandslos. Wer an einem Provinzialgrundstück den Besitz hat, hat, ohne Streitigkeiten ausgesetzt zu sein, (*ἀναμφισβήτητον*) den Inbegriff aller denkbaren Berechtigungen privatrechtlicher Natur.

Davon ist aber die Frage gesondert zu halten, wie das Eigentum am Provinzialboden bezeichnet wird. Unsere Quellen lassen uns hier einen Blick in die älteren Vorstellungen vom Eigentum tun, besonders, wenn der gleichen Ausdrucksweise auch bei Grundstücken begegnet, die nicht als Provinzialgrundstücke angesehen werden können. Es ist ferner unentscheidend, dass es sich in den von den Provinzialgrundstücken handelnden Quellen nicht um Eigentums-, sondern um Gebietsstreitigkeiten halbsouveräner Staaten handelt; für diese Streitigkeiten stellt der römische Senat die Entscheidungsgrundlage auf. Denn die Ausdrucksweisen deren er sich bedient, ist durchaus der Terminologie des Justizrechtes entnommen.¹ So bezeichnen in der Gebietsstreitigkeit zwischen Itanos und Hierapytna die Richter aus Magnesia als Gegenstand der ihnen übertragenen Entscheidung:

Dittenberger, Sylloge³ 685 Z. 54 (139 v. Chr.) ὅπως οὕτως κρίνωσιν αὐτοὺς ἔχειν κ[α]τέχειν τε καρπιῖσθαι τε ἐξεῖναι κ.τ.λ.² Ähnlich heisst es im *Senatusconsultum de Aphrodisiensibus* (IG XIV 645, SGDJ) 9462; *Cauer-Schwyzler*, *Dialectorum exempla* 62, *Dittenberger*, *Orientis Graeci inscriptiones* 455; *Bruns*, fontes I 43 sagt der Senat von Gebiet der Stadt, ταῦτα 15 ἔχωσιν καρπῶσιν καρπιῖσθαι τε κ.τ.λ. Die gleiche Wendung ist in Z. 17 zu ergänzen. In diesem Zusammenhang ist die *lex agraria* von 111 v. Chr. von Bedeutung. Die Art, wie sie vom Liegenschaftseigentum spricht, geht aus Z. 11 hervor.

CIL I 175 n. 200 (I² n. 585; *Bruns*, fontes I² 75) *nequis facito quo minus ei oetantur, fruuntur, habeant possideantque et cet.*

Allen eben dargelegten Äusserungen ist gemeinsam, dass sie das Eigentum durch die Zerlegung in Befugnisse darstellen, die aus ihm hervorgehen. Versucht man, dies genau zu durchdenken, so ergibt sich zunächst im Sinn des oben Gesagten, dass diese Befugnisse dem damaligen Rechtsdenken an Stelle des

¹ Siehe namentlich PARTSCH. a. a. O.; SELIGSOHN a. a. O.

² In Z. 80 wiederholt sich die Wendung, wobei bemerkt wird, dass sich der Ausdruck καρπιῖσθαι auf landwirtschaftliche Grundstücke bezieht. In dem Volksbeschluss der Messenier über Phigaleia (IG V 2419; DITTENBERGER, Syllog. 3 472; CAUER-SCHWYZLER, (*Dialectorum Graecorum exempla* 71, 240 v. Chr.): τὰν δὲ χώραν καρπιῖσθαι ἑκατέρως τῶς τε [Μεσσηνίω]ς Ζ. 15 καὶ τῶς Φ[ι]γαλέας, καθὼς καὶ νῦν καρπιζόμεθα. Das heisst, also, jede Stadt behält ihre Gebietshoheit (Gegensatz zum Staatsvertrag zwischen Stirion und Medeon, IG III 1,32; DITTENBERGER, Sylloge 3 647; SOLMSEN 37 A 3 Z. 38).

des Eigentums erscheinen. Darüber hinaus ergibt sich, dass es sich hier um eine ältere Vorstellung handelt, die der Vorstellung vom *meum esse* als einem einheitlichen und funktionell unteilbaren Recht vorausgeht¹. Unsere Quellen reichen bis in die Zeit des vorklassischen Rechtes zurück, und dies würde dahin führen, etwa das Jahr 100 oder doch das erste Jahrhundert v. Chr. als jenen Zeitpunkt anzunehmen, wo die alte von der neuen Vorstellung abgelöst wird. Begreiflicher Weise darf diese Zeitangabe nur als eine beiläufige angesehen werden, weil es denkbar ist, dass die Rechtssprache jene ältere Ausdrucksweise noch zu einer Zeit mitführte, wo der neue Begriff längst anerkannt war. Ähnlich führen noch neuere Gesetzgebungen wie z. B. das österr. ABGB von 1811 zunächst unter dem Einfluss deutschrechtlicher Vorstellungen in § 362 die einzelnen aus Eigentum hervorgehenden Befugnisse an und daneben steht dann die dem römischen *meum esse* entsprechende Begriffsbestimmung in § 354. Ebenso war vielleicht im römischen Recht die ältere Stufe noch nicht vollkommen überwunden, als die jüngere bereits erklommen war. Die Bedeutung des oben Gesagten liegt darin, dass diese Erwägungen uns nicht bloss zeigen, wie es zum totalitären Eigentum des römischen Rechtes gekommen ist, sondern auch noch, wie wir den begrifflichen Hergang zeitlich einzuordnen haben. Es handelt sich hier mithin um eine besonders wichtige Seite in jener begriffsgeschichtlichen Entwicklung, aus der schliesslich der Eigentumsbegriff des klassischen und des modernen Rechtsdenkens hervorgegangen ist. Schon bisher war es bekannt, dass im römischen Eigentumsbegriff eine solche Entwicklung, allerdings nach einer ganz andren Richtung hin vor sich gegangen ist. Das Eigentum des klassischen Rechtes ist nämlich ein absolutes, das heisst, gegen jederman wirksames Recht. Aber ähnlich, wie in vielen andren Rechten ging ihm, so wurde schon bisher angenommen, ein älteres relatives Eigentum voraus², das heisst ein auf die Sache gerichtetes

¹ VALENTIN AL GEORGESCU, Étude de philologie juridique et de droit romain 1940, 353 Anm. 3; 364 (dazu HELLEBRAND, *Ztschr. der Savigny-Stiftung* LXI 1941, 454) verlegt die Entstehung des absoluten Eigentumsbegriffes des *meum esse* in die Loslösung vom Rechtsband zwischen dem *mancipio dans* und dem *mancipio accipiens*; erst dieses *meum esse* ermöglicht es GAIUS II 19-98 davon zu sprechen, *quo modo res nostrae fiunt*. Darin liegt eine Überschätzung der rechtsgeschichtlichen Bedeutung der *mancipatio*, neben der vollkommen gleichwertig andere Eigentumserwerbsarten, wie die *usucapio* oder die *assignatio* standen, seit der Gedanke des Privateigentums erfasst wurde; es darf vielleicht darauf hingewiesen werden, wie GAIUS II 41 (vergl. oben S 2, Anm. 1) durch die vollzogene *usucapio* die bis dahin bestandene Rechtsteilung verschwinden lässt. Aus diesem Grunde kann die Entstehung des *meum esse* nicht an die *mancipatio* allein angeknüpft werden. Vergl. auch die alsbald folgenden Erörterungen des Textes über den Begriff des relativen Eigentums als einer Vorstufe des *meum esse*.

² Vergl. RABEL, Haftung des Verkäufers 1902, 50, 56. SELIGSOHN, a. a. O. 10.

Herrschaftsrecht, das aber nur gegen den Verkäufer gerichtet ist. Er hat den durch den Kauf begründeten Rechtszustand selbst zu achten, so dass das Eigentum zur Abwehr gegen ihn berechtigt, er hat aber diesen Rechtszustand gegen Dritte, besonders objektiv nicht berechnigte Singularsukzessoren zu verteidigen. Es ist schon oben bemerkt worden, dass dieses Recht nicht als *meum esse* bezeichnet werden sein kann, weil in dieser Wendung die Ausschlusswirkung gegen alle gelegen ist. Das späterhin entstandene, nach allen Seiten unbeschränkt wirkende Herrschaftsrecht ist eine Abstraktion, die aus der gewohnheitsmässigen Anerkennung des eben erwähnten, ursprünglich also nur relativen Rechtszustandes hervorging.¹ Allerdings bestehen gegen die Auffassung vom ursprünglich nur relativen Eigentum des römischen Rechtes gewichtige Bedenken. Auf die sprachliche Seite ist bereits hingewiesen worden. Aber die Annahme eines relativen Eigentums als einer Denkform von allgemeiner Gültigkeit, so dass es daneben ursprünglich ein absolutes Eigentum überhaupt nicht gab, passt nur auf den relativen Eigentumserwerb, namentlich durch Kauf; hier konnte von Verpflichtungen die Rede sein, die der Vormann zu erfüllen hatte; sie allein hätten dann die Berechnigung des Erwerbers dargestellt. Der ganze Gedankengang passt aber nicht auf den originären Eigentumserwerb, z. B. durch *occupatio*, auch nicht auf die gerade im älteren Recht so wichtige *adsignatio*. Beim originären Eigentumserwerb gibt es keinen Vormann, daher auch keine gegen ihn gewandte Berechnigung. Erwägt man dies, so muss es bedenklich stimmen, dass auch die Vertreter der Lehre von ursprünglichen relativen Eigentum zugeben², es habe in Rom einen Rechtszustand gegeben, wo es überhaupt nur originären, und keinen derivativen Eigentumserwerb gab. Lediglich im Vorbeigehen sei bemerkt, dass die Annahme eines ursprünglichen, nur relativ wirkenden Eigentums auch quellenwidrig ist. *Gaius* hält den Erwerb durch Erbeutung von Feinde, wo doch von einem Vormann beim Eigentumserwerb gewiss nicht gesprochen werden kann, für denjenigen, der im ältesten Recht ganz besonders schwer wog³.

¹ Literatur: RABEL, a. a. O.; PFLÜGER, *Legis actio sacramento* 41 ff; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* I 87 ff; SELIGSOHN a. a. O. 10; KÜBLER, *Ztschr. des Savigny-Stiftung* XLIX 1929. 485; JÖRS-KUNKEL-WENGER 1935, 123.

² RABEL a. a. O. II Anm. I.

³ GAIUS IV 16: *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in certumviralibus iudiciis hasta praeponebatur.*

VI

Der Verfasser dieser Darlegungen hätte den Eindruck, den Gegenstand noch nicht vollkommen erschöpft zu haben, wenn er sie nicht durch eine allgemeine rechtsgeschichtlicher Betrachtung ergänzen und nach seiner Auffassung vervollständigen würde. Wir wissen nicht, was das Schicksal der begrifflichen Vorstellungen römisch-rechtlicher Herkunft sein wird, die noch heute auf dem Gebiete des Rechtsdenkens die Kulturvölker beherrschen. Aber wir können uns ihre Vergangenheit etwas genauer zurechtlegen, als dies bisher geschehen ist. Allzu leicht sind wir, wenn wir vom römischen Recht sprechen, dazu geneigt, dabei an die sogenannten Klassiker, das heisst die juristischen Schriftsteller der ersten drei nachchristlichen Jahrhunderte zu denken. Das, was oben über die Vorgeschichte des dem geltenden Recht der Kulturvölker noch vorschwebenden Eigentumsbegriffs gesagt wurde, könnte als Einzelercheinung aus der Gesamtgeschichte der Rechtsbegriffe diese Vorstellung ergänzen und berichtigen. Die obigen Darlegungen wollten zeigen, dass zwar einerseits der Begriff des totalitären Eigentums im modernen Recht keineswegs, auch im römischen Recht nicht, überzeitlich ist, dass vielmehr andre Eigentumsformen neben ihm gestanden sind; erst allmählich ist er zum alleinherrschenden geworden. Andererseits haben die erwähnten Darlegungen gezeigt, dass dieser Begriff, der doch gewiss zu den Grundlagen unsres juristischen Denkens gehört, viel älter als die juristischen Klassiker ist; schon in vorklassischer Zeit ist man zu der abgeschlossenen Form gelangt, wie sie uns heute vorliegt. Begreiflicher Weise kann es dabei für die geschichtliche Betrachtung nicht darauf ankommen, aus welcher Zeit der Bericht stammt, von dem sie ausgeht, sondern in welcher Zeit die geschichtliche Tatsache zu versetzen ist, von der hier gesprochen wird. Der Hergang, von dem jetzt gehandelt wird, ist ein begriffsgeschichtlicher und dies vermag auch eine gewisse Bürgschaft für die Zuverlässigkeit unsrer Berichte zu geben, weil kein Interesse an einer von der Wahrheit abweichenden Darstellung vorlag. In allen Fragen der römischen Privatrechtsgeschichte zeigt es sich dass die Klassiker zwar sehr vollkommen mit den von den anonymen *veteres* erarbeiteten gedanklichen Kategorien gearbeitet haben, dass aber die wesentlichen Hervorbringungen des römischen Rechtes eben auf jene alten vorklassischen Denker zurückgehen, von denen keine Kunde mehr auf uns gekommen ist.

Es wäre natürlich eine in keiner Weise zu rechtfertigende Übertreibung zu behaupten, alle Hervorbringungen auf dem Gebiete des Rechtes bis zur Zeit der Klassiker seien anonym; dies wäre für das wichtigste Gebiet der Rechts-

bildung, für die Gesetzgebung, vollkommen und für das prätorische Edikt zu einem ganz erheblichen Teil unwahr. Seit jeher hören wir, wer als Antragsteller einer *lex*, das heisst eines republikanischen Volksgesetzes (*lex rogata*) aufgetreten ist. Schon das nach unsrer Überlieferung älteste Gesetz der Republik, nämlich über die Vertreibung der Tarquinier (*lex Iunia de Tarquiniiis exilio multandis*)¹ vom Jahre 510 trägt die Bezeichnung seines Urhebers. Auch von den Zwölf Tafeln wissen wir, wie als bekannt vorausgesetzt werden kann, wer bei ihrer Entstehung in leitender Stellung beteiligt gewesen ist. Ähnlich kennen wir von einer Reihe von Rechtsmitteln, die wir heute in prätorischen Edikten finden, die Namen der Urheber (*actio Publiciana, edictum Carbonianum*).^{2,3} Aber in unseren Zusammenhänge handelt es sich doch um etwas anderes. Zur Erörterung stehen nicht einzelne gesetzliche Massregeln, mögen sie politisch oder juristisch von noch so grosser Tragweite gewesen sein, oder einzelne Rechtsmittel des materiellen Verfahrensrechtes, sondern die Geschichte der juristischen Begriffsbildung; die derart hervorgebrachten Begriffe sind es, die dem Gesetz und den prätorischen Edikten zugrundeliegen; sie werden von ihm vorausgesetzt, aber nicht erfunden. Natürlich haben sie auch ausserhalb der erwähnten Rechtsquellen ihr selbständiges Dasein. Besonders handelt es sich hier um die Grundbegriffe des *meum esse*, der *obligatio*, des *contractus*, des *delictum*, der *hereditas* und des *heres* als des Erben schlechthin, also sowol des gesetzlichen als des testamentarischen Erben. Es wäre nicht ohne Interesse, die fortschreitende Abstraktion zu beobachten, die uns die Geschichte des römischen Privatrechtes durch ihr Fortschreiten von besonderen zum allgemeinen Begriff zeigt. Ein solcher einfacher Begriff ist der des *suus heres*, ein viel abstrakterer der des *heres legitimus*, den Abschluss bildet für das Erbrecht der des *heres* ganz allgemein als des Rechtsnachfolgers von Todeswegen im Sinn der Gesamtnachfolge. Schliesslich hat die Rechtswissenschaft noch den Begriff der Gesamtnachfolge im allgemeinen, also ohne Beschränkung auf das Erbrecht ausgebildet, darunter fallen die Tatbestände der *bonorum emptio*, ferner, wenn *quis alieno iuri subicitur* und schliesslich der *hereditatis in iure cessio* (*Gaius* III 77-87). In der Darstellung des *Gaius* werden diese Tatbestände dem Erbrecht, zu dem sie in ihrer Bedeutung ausser jedem Verhältnis stehen, angehängt; der Begriff der Gesamtrechtsnachfolge ist

¹ Name und Quellen des Gesetzes in unsrer Überlieferung bei ROTONDI, *Leges publicae* 188.

² Gesamtheit bei E. WEISS, *Ztschr. der Savigny Stiftung* L 1930, 254 f.

³ Die sogenannte Regularjurisprudenz gehört nicht in diesen Zusammenhang, denn sie hat es nicht mit der Schöpfung, sondern mit der Ordnung von Begriffen zu tun, namentlich nach dem Gesichtspunkt von Art und Gattung.

also mindestens so alt wie der uns vorliegende Gaiustext.¹ Bedenkt man, dass noch die Zwölf Tafeln nur den Begriff des *suus heres* kennen, so wird deutlich was in diesen sechs oder sieben Jahrhunderten, die zwischen den Zwölf Tafeln und den Institution des Gaius liegen, an begrifflicher Arbeit geleistet worden ist. Aber von wem dies alles herrührt, das wissen wir nicht und werden es auch kaum je erfahren.

¹ Gaius II 97. *Hactenus tanti sper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquiruntur: legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus opportunius alio loco referamus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquiruntur. Si cui heredes facti sumus sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emeremus sive quem adoptaverimus sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.* Vom Erbrecht handelt nun GAIUS II 99 bis III 77, Das Erbrecht umfasst also 101 Paragraphen des II Buches und 76 Paragraphen des dritten Buches, also zusammen 177 Paragraphen; allerdings wird in diesem Zusammenhang auch von den Legaten gehandelt. Hingegen umfassen die andren Fälle der Gesamtnachfolge nicht mehr als 11 Paragraphen; denn in III 88 wird bereits von den Obligationen gehandelt. Man sieht also dass die Glieder der Einteilung keineswegs unter einander gleichwertig sind.