

# MATER FAMILIAS

## SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

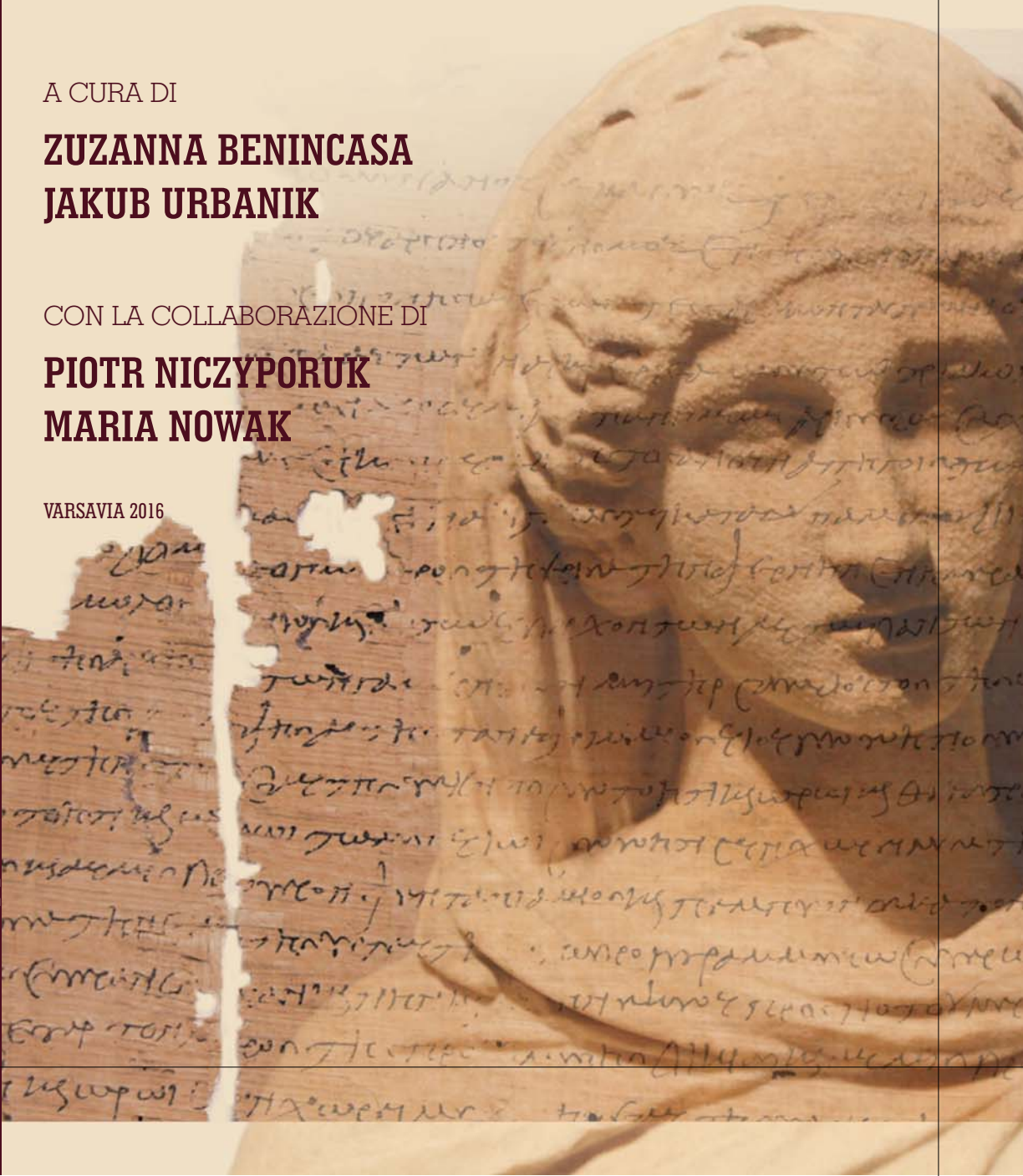
A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA  
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK  
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016



# **MATER FAMILIAS**

## **SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA**

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA  
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK  
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

*Supplements to The Journal of Juristic Papyrology* are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska  
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik  
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.

Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*

**INDICE**

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK	
<i>Prefazione</i> .....	XIII
<i>Elenco delle opere di Maria Zabłocka</i> .....	XXIII
José Luis ALONSO	
<i>The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.</i>	
<i>Suet. Cal. 40 revisited</i> .....	3
Krzysztof AMIELAŃCZYK	
<i>In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)</i>	
<i>in the Archaic period</i> .....	23
Zuzanna BENINCASA	
<i>Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.</i>	
<i>vivai e riserve di caccia</i> .....	39
Witold BORYSIAK	
<i>Roman principle</i>	
<i>Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest</i>	
<i>and the reasons of its modern rejection</i> .....	63
Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI	
<i>Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni</i> .....	85
Cosimo CASCIONE	
<i>Celso lettore di San Paolo?</i>	
<i>Una nota minima in tema di interpretazione</i> .....	101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i> .....	107
Bożena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i> .....	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i> .....	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i> .....	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i> .....	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i> .....	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i> .....	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i> .....	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i> .....	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i> .....	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i> .....	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i> .....	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i> .....	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i> .....	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i> .....	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i> .....	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a &amp; IGR IV 743</i> .....	425
Luigi LABRUNA	
« <i>Necessaria quanto la giustizia ...</i> »	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i> .....	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i> .....	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i> .....	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i> .....	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i> .....	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i> .....	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i> .....	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i> .....	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i> .....	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i> .....	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i> .....	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i> .....	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i> .....	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i> .....	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i> .....	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i> .....	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i> .....	725



Michał SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i> .....	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i> .....	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i> .....	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i> .....	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i> .....	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i> .....	909
Paulina ŚWIĘCICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i> .....	935
Adam ŚWIĘTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i> .....	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i> .....	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i> .....	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i> .....	1039

Andreas WACKE	
<i>Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks     im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?     Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium</i> .....	1069
Jacek WIEWIORSKI	
<i>Deformed child in the Twelve Tables</i> .....	1157
Witold WOŁODKIEWICZ	
<i>Apices iuris non sunt iura</i> .....	1177
Karolina WYRWIŃSKA	
<i>Functionality of New Institutional Economics     in research on Roman law</i> .....	1187
Jan ZABŁOCKI	
<i>Il concetto di mater familias in caso di arrogazione</i> .....	1199

*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*  
pp. 1069–1155

Andreas Wacke

**FÜHRTE DIE UNVERÄUSSERLICHKEIT  
DES MITGIFTGRUNDSTÜCKS IM RÖMISCHEN RECHT  
ZU RELATIVER NICHTIGKEIT?\***

**GRENZEN VOM VERBOT  
DES VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM**

1. Einleitung: 1. Die Rechtsgrundlagen – 2. Die Aufgabe – 3. Die Quellenlage – 4. Das Untersuchungsprogramm – 5. Der Stand der Forschung. II. Der Anwendungsbereich des Veräußerungsverbots: 1. Die sozialökonomische Bedeutung – 2. Die Wertbeständigkeit von Grundbesitz im Unterschied zum Geldvermögen – 3. Eigentum und Verfügungsmacht – 4. Erweiternde Auslegung des Verbots – 5. Nachträglicher Grundstückserwerb – 6. Der *fundus quasi dotalis* in der Sklaven-Ehe – 7. Veräußerungsverbot und Mitgiftrückforderung – 8. Nacheheliches Fortwirken des Verbots – 9. Der *fundus aestimatus in dotem datus* – 10. Die *pars fundi* – 11. *Impensae necessariae* – 12. Dienstbarkeiten – 13. Früchte und

\* Relative Unwirksamkeit (polnisch *bezskuteczność względna*) ist nicht zu verwechseln mit Anfechtbarkeit (*podważalność*), siehe unten bei Anm. 206. Relativ unwirksame Geschäfte bedürfen keiner Anfechtung. Gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßende Verfügungen wirken inter omnes, mit Ausnahme der geschützten Person. Ihr gegenüber wirkt die Verfügung nicht, sie gilt also nicht zu ihrem Nachteil. Die Anfechtung vernichtet eine Erklärung ex tunc inter omnes, auch (und insbesondere) dem Anfechtenden gegenüber, und dies zu seinem Vorteil, denn er will von seiner Bindung loskommen (daher heißt sie auch Vernichtbarkeit, annullabilità). Relativ unwirksam sind Geschäfte im Dreiecksverhältnis zwischen dem Verfügenden, dem Erwerber und dem durch das Verbot Geschützten. Anfechtbar sind Erklärungen im Zweierverhältnis zu ihrem Empfänger (§ 143 BGB). Die „Anfechtung“ von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners durch seine benachteiligten Gläubiger (entsprechend der früheren *actio Pauliana*) ist ein Sonderfall.

Bodenschätze – 14. Grundstückszubehör (Pertinenzen) – 15. Die Lage und die Nutzungsart des Grundstücks sowie dessen Vermietung – 16. Provinzialgrundstücke – 17. Verbotene rechtsgeschäftliche im Gegensatz zu hoheitlichen Verfügungen – 18. Universalsukzession und letztwillige Verfügung – 19. Verpfändung. III. Die Wirkungen des Veräußerungsverbots: I. Grundsätzliche Erläuterungen – 2. Die Konvaleszenz der nichtigen Verfügung mit dem Tode der Ehefrau – 3. Die Konversion eines ungültigen *fideicommissum ab emptore relictum* – 4. Die Rückforderungsbefugnis der Ehefrau – 5. Hinderte den zurückfordernden Ehemann das Verbot widersprüchlichen Verhaltens? Die Widerruflichkeit der nichtigen Veräußerung. IV. Nachklassische Entwicklungen.

## I. EINLEITUNG

### 1) Die Rechtsgrundlagen

**D**AS GEGEN DEN EHEMANN gerichtete Verbot der Veräußerung des Dotalgrundstücks und das gegen den Vormund gerichtete Verbot der Veräußerung eines Mündelgrundstücks sind zwei wichtige Exempel für gesetzliche Veräußerungsverbote aus der römischen Rechtsgeschichte. Das Erfordernis eines amtlichen Dekrets für die Veräußerung eines Mündelgrundstücks durch seinen Tutor führte in spätklassischer Zeit eine *oratio Severi* aus dem Jahre 195 nach Chr. ein (*D.* 27.9).<sup>1</sup> Eine entsprechende Schranke enthält das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1821 und 1643; danach bedürfen der Vormund ebenso wie die Eltern zur Verfügung über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte des Kindes und zur Eingehung diesbezüglicher Verpflichtungen einer Genehmigung des Familiengerichts. Fehlt die Genehmigung, sind Kaufvertrag und Übereignung unwirksam.

Die Unveräußerlichkeit von Mitgiftgrundstücken ist zwei Jahrhunderte älter als die Verfügungsbeschränkung des Tutors über Mündelgrundstücke durch Septimius Severus. Eingeführt hat den Schutz von Dotalgrundstücken das Gesetz des Augustus über den Ehebruch vom

<sup>1</sup> Dazu jüngst H. ANKUM, „L'interprétation de l'*oratio Severi de praediis pupillorum*“, [in:] Emanuelle CHEVREAU, D. KREMER & A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (Hrsg.), *Carmina Iuris, Mélanges Michel Humbert*, Paris 2012, S. 13–26. Zuvor auf Deutsch (und danach hier zitiert): H. ANKUM, „Zur *oratio Severi de praediis pupillorum*“, [in:] *Ius Romanum schola sapientiae, Pocta [Festschrift] für Peter Blabo*, Trnava 2009, S. 1–12.

Jahre 18 vor Chr.<sup>2</sup> Ausdrücklich bezeugen dies die nachklassischen Paulussentenzen: „Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet“ (*PSent.* 2.21b.2). Überdies erläutern Papinian, Paulus und Ulpian die einschlägigen Rechtsfragen jeweils gegen Ende in ihren Monographien mit dem Titel *De adulteriis*.<sup>3</sup> Ein spezielles Gesetz *De fundo dotali* gab es nicht. Wenn spätantike Quellen in Kurzform von einer *lex De fundo dotali* sprechen (so vor allem die einschlägigen Titelüberschriften von Digesten und Codex),<sup>4</sup> meinen sie nach heutiger allgemeiner Ansicht ein Kapitel (wohl das letzte) aus der schon genannten *lex Iulia de adulteriis*. So wie das Ehebruchsgesetz die im selben Jahre 18 v. Chr. ergangene *lex Iulia de maritandis ordinibus* ergänzte,<sup>5</sup> bildete die Vorschrift über das Dotalgrundstück gewissermaßen die Schlussergän-

<sup>2</sup> Eine Palingenesie der einzelnen Gesetzeskapitel bringt B. BIONDI, *Scritti giuridici* II, Milano 1965, S. 196–213 mit Literaturangaben bis 1946. Ein guter Überblick über die Gesetzesbestimmungen (ohne spezielle Literaturangaben) jetzt bei J. G. WOLF, „Die *lex Iulia de adulteriis coercendis*“, *Iura* 62 (2014), S. 47–66. Vorher bes. A. METTE-DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus* (ursprünglich von Hartmut GALSTERER betreute Diss. phil. Berlin 1989), ausführlich rezensiert von Carla MASI DORIA, *ZRG RA* III (1994), S. 556–564. Zur genaueren Datierung T. SPAGNUOLO VIGORITA, „La data della *lex Iulia de adulteriis*“, [in:] *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* VIII, Napoli 2001, S. 79–96; nochmals P. BUONGIORNO, „Storia di un dialogo: La data della *lex Iulia de adulteriis*“, [in:] IDEM & S. LOHSSE (Hrsg.), *Fontes iuris. Atti del VI. Jahrestreffen junger Romanisten*, Napoli 2013, S. 273–290. Die ausführliche Monographie von G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, Lecce 1997 beschränkt sich auf die sexuellen Vergehen.

<sup>3</sup> R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Milano 1995 (3. Aufl.), S. 156–157. mit Ab 20; METTE-DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus* (o. Anm. 2), S. 39; 60–61; J. G. WOLF, „Die *lex Iulia de adulteriis coercendis*“ (o. Anm. 2), S. 48–49. Diese Ansicht hat eine lange Tradition, siehe F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* II, Erlangen 1824, S. 155, K. CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“, [in:] *Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß neue Folge* 22 (1865), S. 405, Anm. 2, je mit Hinweisen auf ältere Autoren. Der Evidenz zuwider schreibt F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* II, Bohum 2006, S. 356, Anm. 51: „Daß die *lex* nur ein Kapitel der *lex Iulia de adulteriis* war ..., ist trotz der sorglosen Systematik und der verschlungenen Tendenzen der augusteischen Moralgesetze nicht recht wahrscheinlich.“

<sup>4</sup> *D.* 25.3; *Cf.* 5.23.

<sup>5</sup> WOLF, „Die *lex Iulia de adulteriis coercendis*“ (o. Anm. 2), S. 47 ff.. Zum ersten Gesetz namentlich NÖRR, jetzt in D. NÖRR, *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften* II, Goldbach 2003, S. 1119 ff.; englische Kurzfassung dort S. 1369 ff.

zung zur Ehegesetzgebung des Augustus. Im Rahmen des Gesamtprogramms dieser Gesetzgebung ist die Regelung dieser Detailfrage, insbesondere im Vergleich zu der durch die *Lex Papia Poppaea* vom Jahre 9 nach Chr. eingeführten Ehepflicht, allerdings weniger spektakulär. Ein inhaltlicher Zusammenhang dieses Veräußerungsverbots mit den von Augustus eingeführten Maßnahmen gegen Ehebruch scheint überdies fernzuliegen. Nach einer vereinzelt geäußerten Vermutung sollte vielleicht der Fiskus vor einer Grundstücksveräußerung in Fällen geschützt werden, in denen eheliches Vermögen zur Strafe für einen Ehebruch der Konfiskation verfiel.<sup>6</sup> Im Schutze des Fiskus erschöpft sich der Gesetzeszweck jedoch keineswegs. Dass ein und dasselbe Gesetz unterschiedliche oder nur lose miteinander zusammenhängende Materien regelt, kommt zuweilen auch heute vor und ist der römischen Rechtsgeschichte nicht unbekannt. Man denke nur an die *lex Aquilia* vom Jahre 286 v. Chr., deren zweites Kapitel mit dem ersten und dritten wenig zu tun hat.

## 2) Die Aufgabe

Welches Ziel der Gesetzgeber mit dem speziellen Veräußerungsverbot im Auge hatte, möchte ich im Folgenden zu Ehren von Maria Zabłocka zu ergründen versuchen.<sup>7</sup> Vor allem soll untersucht werden, ob das Ver-

<sup>6</sup> So J. J. BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“, [in:] IDEM, *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, Bonn 1848, S. 89–118 <[http://reader.digitale-sammlungen.de/fs1/object/display/bsb10566436\\_00103.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/fs1/object/display/bsb10566436_00103.html)>; nach J. F. STAGL, *Favor dotis*, Wien – Köln 2009, S. 34, Anm. 445 „eine sehr plausible Erklärung“. Skeptisch jedoch BECHMANN, *Das römische Dotalrecht II*, Erlangen 1867, S. 446. Eine wegen Ehebruchs verurteilte Frau wurde verbannt und verurteilte die Hälfte ihrer Mitgift sowie ein Drittel ihres sonstigen Vermögens; ein verurteilter Mann büßte außer der Relegation grundsätzlich mit der Hälfte seines Vermögens: WOLF, „*Die lex Iulia de adulteriis coercendis*“ (o. Amn. 2), S. 60.

<sup>7</sup> Bei dieser Gelegenheit denke ich gern zurück an unsere Teilnahme gemeinsam mit Witold WOŁODKIEWICZ und Agnieszka KACPRZAK am von Leonid KOFANOV gut organisierten ersten Kongress für römisches Recht Ende Oktober 1997 an der Lomonossow-Universität in Moskau. Unvergesslich ist mir vor allem eine hervorragende Ballett-Vorstellung von Glinka im Bolschoi-Theater. Nächtlicherweise spazierten wir anschließend

äußerungsverbot allein den individuellen Rückgabeanspruch der Ehefrau auf das Mitgiftgrundstück für den künftigen Eventualfall einer Scheidung sichern sollte, oder ob überdies nicht auch das kollektive Interesse der Familie an der Erhaltung ihrer gegenwärtigen wirtschaftlichen und finanziellen Lebensgrundlage geschützt werden sollte. So präzisiert, wurde die Frage im umfangreichen Schrifttum soweit ersichtlich bislang nicht gestellt. Einen individualistischen, den Gemeinschaftsgedanken vernachlässigenden Grundzug machte man dem römischen Recht zuweilen zum Vorwurf. Die Untersuchung wird zeigen, inwieweit dieser Tadel für unsere Fragestellung berechtigt ist.

Die jeweilige Antwort ist vor allem mit den praktischen Wirkungen des Veräußerungsverbots verknüpft. Eine verbreitete Ansicht unterstellt, das Verbot habe allein den Schutz der Frau bezweckt; die verbotswidrige Veräußerung durch den Ehemann habe deshalb nur zu relativer Nichtigkeit geführt. Das bedeutet: Allein die Ehefrau habe die Unwirksamkeit der Verfügung geltend machen können; ihr Mann sei hingegen stets an Kaufvertrag und Übereignung gebunden gewesen. Das Verbot eines *venire contra factum proprium* habe den Ehemann daran gehindert, sich auf die Nichtigkeit der von ihm selbst vorgenommenen Verfügung zu berufen. Diese Ansicht bedarf einer kritischen Überprüfung. Ähnlich zahlreich sind nämlich die Vertreter der absoluten Nichtigkeit der Verfügung; eine herrschende Meinung konnte sich bislang nicht bilden. Die Frage nach den Grenzen widersprüchlichen Verhaltens ist eine reizvolle, über den speziellen Anwendungsfall hinausweisende Aufgabe. Welches der beiden gegenläufigen Verbote war das überwiegende? Ausdrückliche Bemerkungen über die *ratio legis* (wie sie anderwärts in Gestalt von *laudationes edicti* öfters begegnen) finden sich in den einschlägigen Quellen zur *lex Iulia* nicht. Deshalb bleibt nur die Frage übrig, ob sich aus den von den Juristen und den Kaisern entschiedenen Anwendungsfällen Rückschlüsse auf den Gesetzeszweck ableiten lassen. (dazu besonders unten III §§ 4-5).

bei leichtem Schneefall um die Mauern des illuminierten Kreml-Palastes herum. Vgl. meinen Tagungsbericht in *ZRG RA* 115 (1998), S. 788-791, auf italienisch in *Index* 27 (1999), S. 601-602.

### 3) Die Quellenlage

Der Digestentitel 23.5 *De fundo dotali* enthält 34 Paragraphen. Der Codextitel *Cf.* 5.23 enthält zudem zwei Kaiserrekrifte auf Anfragen aus der Praxis. Außerhalb des Digestentitels kommen noch einige gewissermaßen „fugitive“ Fragmente hinzu.<sup>8</sup> Dies ist eine beachtliche Anzahl vielgestaltiger, zuweilen etwas entlegener, aber von den Juristen ernstgenommener Fallkonstellationen. Durch eine Reform Justinians wurden schließlich einige Sanktionen im Interesse eines verbesserten Schutzes der Ehefrauen verschärft (unten II §§ 16 und 19). Insbesondere verbot Justinian die Veräußerung sogar trotz Einwilligung der Frau;<sup>9</sup> die gesetzliche Einschränkung *invita uxore* wurde aus den in die Digesten aufgenommenen Juristenfragmenten planmäßig getilgt.<sup>10</sup> Erhalten blieb Papinians Bemerkung in *D.* 23.5.12.1, dass die Zustimmung des Schwiegervaters zur Veräußerung unbeachtlich sei.<sup>11</sup> Inwieweit Justinian bei diesen Maßnahmen unter dem Einfluss seiner Gattin Theodora stand, muss offenbleiben.

<sup>8</sup> Die *Scholia Sinaitica* (*FIRA* II 641) sind jedoch unergiebig (anders R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi*, Napoli 1979 [Neudr. 1988], S. 109: „testimonianza ... molto istruttiva“). Der § 8 ist zur Unkenntlichkeit verstümmelt. Gemäß § 9 wurde im *instrumentum dotale* dem Ehemann die Verpfändung von Provinzialgrundstücken ausdrücklich verboten; die Rechtsfolge ist jedoch unklar.

<sup>9</sup> *Scil.* während bestehender Ehe. Nach dem Tode des Mannes kann die Frau noch das von ihm angeordnete Vermächtnis des Grundstücks zugunsten eines Dritten (schlüssig) genehmigen, wenn sie dafür durch andere Zuwendungen des Mannes entschädigt wird und diese annimmt, *D.* 23.5.13.4 und *D.* 31.77.5. Das änderten die Kompilatoren nicht; siehe unten § 18 b; CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Amn. 3), S. 416 ff.; 419.

<sup>10</sup> Diesen Eingriff in die Überlieferung hebt im Schrifttum einzig TIGERSTRÖM I 295 hervor. – Ein Einverständnis der Ehefrau erwähnen die Digesten nur in praktischen Einzelfällen (als unwesentliches Sachverhaltselement), nämlich zur Rodung des Grundstücks (*uxoris rogatu*, *D.* 23.5.8, unten bei Anm. 119) oder zur Veräußerung von Übermaßfrüchten (*voluntate mulieris*, *D.* 23.3.32, unten Anm. 138).

<sup>11</sup> „*Soceri voluntas in distrahendo dotali praedio nulla est*“. Wenn das Gesetz die Zustimmung der Frau erforderte, kann über ihren Kopf hinweg ihr Vater nicht wirksam allein zustimmen. Bei einer vom *pater* bestellten *dos profecticia*, deren Rückforderung er nur *adiuncta filia* einklagen kann, hätte man aber die Zustimmung von Vater und Tochter auch zu einer Grundstücksveräußerung verlangen können.



Innerhalb des Digestentitels 23,5 ist die Anordnung der Fragmente tumultuarisch zu nennen. Statt einer organischen Aufeinanderfolge vom Allgemeinen zum Besonderen werden im ersten Paulusfragment merkwürdigerweise zwei Fälle erörtert, in denen das Gesetz keine Anwendung findet. Hieraus soll der Leser wohl *e contrario* erschließen, welche Arten von Verfügungen vom Verbot betroffen sind, nämlich nur *alienationes voluntariae*. Da die Juristenfragmente überwiegend der monographischen und der *prolemata*-Literatur entnommen sind, ist auch eine Reihenfolge gemäß der Bluhmischen Massentheorie kaum zu erkennen. Jacques Pothier ordnete die Fragmente innerhalb der justinianischen Digestenordnung neu.<sup>12</sup> Eine Konsultation seines fünfbandigen Werkes erschließt oft hilfreich gedankliche Zusammenhänge. Pothier nahm auch anderwärts überlieferte Fragmente in den Titel *D. 23,5* auf. Seine Anordnung gliederte er in drei Artikel zu insgesamt 13 Paragraphen. In den drei Artikeln wird gefragt: 1. Welche Art von Gegenständen sind betroffen? 2. Welche Arten von Verfügungen sind verboten? 3. In welchen Fällen?

#### 4) Das Untersuchungsprogramm

Ich unterteile meine Darstellung etwas abweichend in zwei Abschnitte: 1. Der Anwendungsbereich des Veräußerungsverbots, 2. Die Rechtsfolgen einer verbotswidrigen Veräußerung. Der erste Teil wird trotz vorwiegend deskriptiver Wiedergabe des Inhalts der Quellen verhältnismäßig länger ausfallen als der zweite. Aber die darin zu behandelnden Voraussetzungen des Verbots lassen sich von den Arten der verbotenen Verfügungen nicht sinnvoll trennen. Im zweiten Teil wird uns vor allem die schon erwähnte uralte Streitfrage beschäftigen, ob die verbotswidrige Verfügung absolut nichtig war, sodass sich auch der verfügende Ehemann darauf berufen und das Grundstück selber zurückfordern durfte; oder ob eine bloß zugunsten der Ehefrau wirkende „relative“ Ungültigkeit anzu-

<sup>12</sup> R. J. POTHIER, *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus codicis et novellis* II, Neapoli 1824, S. 410 ff. Seine Gliederung lautet: „1. Cujus rei alienatio Lege Julia et Constitutione Justiniani prohibeatur. 2. Quae alienatio prohibeatur. 3. Quibus casibus“.

nehmen ist, wie dies im Schrifttum teilweise bis in die jüngste Zeit vertreten wird, sodass nicht der Ehemann, sondern nur die Frau – sei es während der Ehe, sei es erst nach deren Scheidung – das unwirksam veräußerte Grundstück vom Erwerber zurückfordern konnte. Wegen der damit verbundenen beiden Fragen nach den Grenzen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens und der Existenz relativer Veräußerungsverbote im römischen Recht hat unsere spezielle Thematik zugleich allgemeine Bedeutung. Methodisch stehen wir überdies vor einem lehrreichen Kapitel römischer Gesetzesauslegung.

### 5) *Der Stand der Forschung*

Im Schrifttum des 19. Jahrhunderts wurde unser Fragenkreis öfters erörtert. Im Geltungsbereich des Gemeinen Privatrechts hatte das römische Dotalrecht durchaus praktische Bedeutung.<sup>13</sup> Christian Friedrich Glück fasste in seinem vielbändigen Pandektenkommentar die Lehrmeinungen des *Usus modernus* dankenswerterweise ausführlich zusammen.<sup>14</sup> Glück, der selber fleißig zitierte, wurde von späteren Autoren unverdientermaßen kaum noch zitiert. Ähnlich erging es der soliden eigenständigen Darstellung in zwei Bänden von Tigerström.<sup>15</sup> Von den späteren sind zu

<sup>13</sup> B. SIRKS, „Das Dotalprivileg in den deutschen Gebieten im 19. Jh.“, *ZRG RA* 129 (2012), S. 522–548. Gemeines Recht galt für 28 Prozent der Bevölkerung, davon galt für ca. 10 Prozent das reine römische Dotalsystem. Dessen Rezeption ins *BGB* forderte 1876 der Allgemeine Deutsche Frauenverein gegenüber dem Reichstag, weil die römische Gütertrennung für die Ehefrauen günstiger sei als das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes, SIRKS, „Das Dotalprivileg in den deutschen Gebieten“ (o. Anm. 13), S. 523 ff.

<sup>14</sup> GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten* xxv (o. Anm. 3), S. 151 ff. und 391 ff. (§ 1236 und §§ 1250 ff.). Gewürdigt wird Glücks Lebenswerk durch A. HIRATA, *ZRG RA* 123 (2006), S. 330–342. (Hirata, seit 2008 *Livre-docente* in Sao Paolo, forschte bei Gerhard Ries in München).

<sup>15</sup> F. W. VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-Recht* 1, Berlin 1831 (Neudr. Aalen 1983), § 30 „Das Veräußerungsrecht des Ehemannes“ S. 277–301. Über das Internet frei zugänglich und gut lesbar digitalisiert durch das Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt/M. – Tigerström, Gutbesitzer in Mecklenburg, lehrte nach seiner Promotion 1826 in Greifswald von 1831 bis 1849 dort römisches Recht.

erwähnen die Aufsätze von Bachofen<sup>16</sup> und von Czyhlarz,<sup>17</sup> sowie gelungene synthetische Zusammenfassungen durch Bechmann<sup>18</sup> und wiederum durch Czyhlarz.<sup>19</sup> Die Darstellungen von Glück, Tigerström, Bechmann und Czyhlarz sind noch heute diskussionswürdig und verdienen vielfach Zustimmung. Dass sie digitalisiert im Internet größtenteils leicht zugänglich sind, ist zu begrüßen. Ende des 19. Jh. wurde Glücks Dotalrecht in einem Band von über eintausend Seiten mit Literaturnachträgen und einigen Anmerkungen des Übersetzers ins Italienische übersetzt.<sup>20</sup> Seither erschienene Untersuchungen<sup>21</sup> beschäftigen sich vorwiegend mit Einzelfragen, namentlich ob die Übertretung des Verbots absolute oder nur relative Nichtigkeit zur Folge hatte (dazu unten III).



<sup>16</sup> BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 6.), S. 89–118. Der damals am Appellationsgericht in Basel wirkende Bachofen behandelte im selben Band auch die Veräußerungsverbote der *res litigiosa* und der Pupillengrundstücke nach der *oratio Severi*. Sein Aufsatz über den *fundus dotalis* beruht auf guter Quellenkenntnis und enthält glückliche, knappe und einprägsame Formulierungen; andererseits ist er sehr dogmatisch. Seiner Schlussthese S. 110 ff. (bloß relative Unwirksamkeit der verbotswidrigen Veräußerung zugunsten der Ehefrau) ist überdies nicht beizutreten. Über BACHOFEN (1815–1887), den Exponenten eines „Mutterrechts“, siehe R. GARRÉ, *Fra diritto romano e giustizia popolare*, Frankfurt am Main 1999.

<sup>17</sup> CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 404–450. Karl Ritter von CZYHLARZ (1833–1914) war Abgeordneter im böhmischen Landtag und Mitglied des österreichischen Herrenhauses. 1856 in Prag promoviert und 1858 habilitiert, seit 1863 Professor in Prag, dort dreimal Dekan, dann Rektor, seit 1892 Ordinarius in Wien. Publiizierte auf Deutsch und Tschechisch, auch über slawische Rechtsgeschichte. Sein Institutionenlehrbuch (zuerst 1889) erlebte bis 1933 19 Auflagen bzw. Nachdrucke. Viele Nachweise über Czyhlarz im Internet, insbes. <<http://kulturportal-west-ost.eu/biographien/czyhlarz-karl-ritter-von-2>>.

<sup>18</sup> BECHMANN, *Das römische Dotalrecht II* (o. Anm. 6), S. 443–463. Beide Bände zusammen umfassen über 700 Druckseiten.

<sup>19</sup> K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Gießen 1870, S. 196–208. Eine lehrbuchartige Zusammenfassung (ohne Exegesen) seines Aufsatzes von 1865. Das Gesamtwerk ist mit über 500 Druckseiten ähnlich umfassend wie das von Bechmann.

<sup>20</sup> F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, libro XXIII tradotto ed annotato da R. D'ANCONA*, Milano 1898.

<sup>21</sup> Nicht behandelt wird der *fundus dotalis* von MARIO LAURIA, *Matrimonio – dote. Lezioni di diritto romano*, Roma 1936. M. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium*, Roma – Madrid 1958, widmet der Thematik nur zwei beiläufige Fußnoten.

## II. DER ANWENDUNGSBEREICH DES VERÄUSSERUNGSVERBOTS

### 1) *Die sozialökonomische Bedeutung*

Ein Eigentümer kann über sein Recht normalerweise frei verfügen. Nach der bekannten Begriffsbestimmung des Bartolus de Sassoferrato ist Eigentum das *ius in re corporali perfecte disponendi*.<sup>22</sup> Als Eigentümer der Mitgiftgegenstände kann sie auch ein Ehemann grundsätzlich veräußern. Die Verfügungsmacht ist allerdings nicht grenzenlos. Schon Bartolus ergänzte seine Definition um den Zusatz: *nisi lege prohibetur*.

Den zahlreichen Quellen nach zu urteilen war ein Grundstück häufig und dann der wichtigste Gegenstand einer Mitgift.<sup>23</sup> Und Grundstücke sind wertbeständiger als jedes andere Vermögensstück. Nach dem etymologischen Zusammenhang mit *praes* (Bürge) bedeutet *praedium* etwa soviel wie „bürgendes Besitztum“.<sup>24</sup> Eine Ehefrau hat ein vitales Interesse daran, dass dieses Wertobjekt ihrer Familie erhalten bleibt und nicht ohne ihren Willen verloren gehen kann. Ihr Interesse kann auch ein ideelles Affektionsinteresse sein: An einem ihrer Herkunftsfamilie entstammenden Erbgrundstück geht ihr mutmaßlicher Wille dahin, es demnächst ihren Kindern als den künftigen Erben zu hinterlassen.<sup>25</sup> Über ein

<sup>22</sup> Bartolus Nr. 4 zu D. 41.2.17; H. COING, *Europäisches Privatrecht* I, München 1985, S. 291–292.

<sup>23</sup> Es finden sich schätzungsweise fünfzig oder mehr Digestenstellen.

<sup>24</sup> Eine Konsequenz zeigt sich darin, dass Grundbesitzer im Appellationsverfahren von der erforderlichen Sicherheitsleistung ausnahmsweise befreit waren. Grundbesitz bürgte als solcher offenbar schon für Solvenz. Der Begriff *possessor immobilium* wurde erweiternd ausgelegt. Als Besitzer eines Dotalgrundstücks galten beide Ehegatten als befreit: Macer D. 2.8.15 *pr.*–3, § 3; K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, (o. Anm. 19), S. 193–194; J. F. STAGL, „Das didaktische System des Gaius“, *ZRG RA* 131 (2014), S. 261–262. Dass ein Dotalgrundstück für Schulden des Mannes nicht gepfändet werden durfte (unten II § 17e), bleibt dabei unberücksichtigt. Den Juristennamen Macer sollte man nicht um den Preis der Unkenntlichkeit um zwei Buchstaben zu „Mac.“ kürzen; so aber M. KASER & K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, § 75, Anm. 68.

<sup>25</sup> Zum Affektionsinteresse heute und in römischen Rechtsquellen: A. WACKE, [in:] M. AVENARIUS, R. MEYER-PRITZL & C. MÖLLER (Hrsg.), *Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, S. 555–588. Als Beispiele für ein Affektionsinte-

Grundstück kann darum der Ehemann – obschon Eigentümer der Mitgift – nach der *lex Iulia* bis zur Reform Justinians sinnvollerweise nur mit Zustimmung seiner Frau verfügen. Um es mit einem modernen Fachausdruck zu bezeichnen: der *fundus dotalis* ist „vinkuliert“, seine Veräußerung ist gebunden an die Zustimmung der Ehefrau.

## 2) Die Wertbeständigkeit von Grundbesitz im Unterschied zum Geldvermögen

Mit einer liberalen Wirtschaftsordnung sind Veräußerungs- und Erwerbsverbote, wie sie im spätantiken „Zwangsstaat“ und im mittelalterlichen Lehnswesen vermehrt vorkamen,<sup>26</sup> allerdings schwer zu vereinbaren. Sie behindern den freien Güterverkehr. Wirtschaftlicher Liberalismus ist um deren Abbau bemüht, beziehungsweise um ihre Reduktion auf notwendige Ausnahmen. Um eine solche Ausnahme handelt es sich hier: So wünschenswert die freie Zirkulation der Güter sein mag, ist der Schutz des Familienbesitzes doch vorrangig. Grundstücke sind überdies, da keine Waren, nicht Gegenstände des gewöhnlichen Handelsverkehrs.

Grundstücke sind auch keine vertretbaren Sachen. Grundstücke gleichen einander nie so haargenau wie ein Ei dem anderen. Wegen ihrer fehlenden Fungibilität gewährt auch das angelsächsische Recht an Stelle der prinzipiellen Geldverurteilung bei auf ein Grundstück gerichteten Ansprüchen ein

resse an einem Grundstück erwähnt Ulpian *D.* 38.5.1.15, dass der Kläger (hier wäre es die Klägerin) dort großgezogen wurde oder seine Vorfahren dort begraben sind; WACKE, *op. cit.*, S. 577–578; M. KINDLER, *Affectionis aestimatio*, Berlin 2012, S. 58–59. – Wenn der Ehemann abweichend von der üblichen *deductio in domum mariti* in die Familie seiner Braut einheiratete, kann seine ideelle Bindung an das Grundstück geringer gewesen sein.

<sup>26</sup> Im weströmischen Vulgarrecht vermehrten sich die Veräußerungsverbote: E. LEVY, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, Philadelphia 1951, S. 118–119. (prohibition and restriction of alienation); E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, S. 206–207. Zum Lehnswesen im *diritto intermedio*: E. CORTESE, s.v. „Divieto di alienazione“, *ED XIII* (1964) 386–401. – Einen knappen Überblick über antike „Restrictions on Alienation of Property in Early Law“ gibt R. WESTBROOK, [in:] P. BIRKS (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*, Oxford 1989, S. 207–213.

Recht auf *specific performance*.<sup>27</sup> Wer das Eigentum (oder ein eigentumsähnliches Recht) an einem Grundstück verfolgt, braucht sich mit Geld demnach nicht abfinden zu lassen. Das Interesse am Erhalt oder an der Rückerlangung einer Sache ist generell höher zu bewerten als eine sekundäre Ersatzleistung in Geld.<sup>28</sup> Dass hierin auch der Zweck des einem Veräußerungsverbot unterliegenden Dotalgrundstücks liegt, wird sich zeigen.

Verboten ist nach der *lex Iulia* jegliche *alienatio*, nicht nur eine solche aufgrund Verkaufs. Ein Verschenken des Dotalgrundstücks durch den Ehemann liegt so fern, dass die Rechtsquellen diesen Fall gar nicht erwähnen.<sup>29</sup> Nicht erörtert wird auch die Frage, ob ein besonders günstiger Verkauf oder Tauschvertrag<sup>30</sup> ohne Einwilligung der Frau gerechtfertigt sein könnte. Auf die Gegenleistung – mag sie noch so hoch sein – kommt es den Quellen zufolge nicht an. Dieses Absehen von den durch die *alienatio* zu erlangenden Vorteilen ist klug. Empfangenes Geld kann nämlich dahinschmelzen; diese Lebensweisheit bezeugen zahlreiche Sprichwörter, etwa: „Ist das Geld einmal aus dem Beutel, kommt es schwer wieder hinein.“ „Geld geht aus einer Hand in die andere.“ [I denari son fatti per spendere. I denari sono tondi e ruzzolano. Argent est rond, il faut qu’il roule. Pecuniae citissime pereunt.] Man müsste denn nach einer alten Bauernregel, von der Proculus berichtet, einen Münz-

<sup>27</sup> R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Juta 1990, S. 770 ff.; 779: „For the medieval English lawyers the *unique item* par excellence was land.“

<sup>28</sup> Für die unrechtmäßige Veräußerung von Sachen eines Minderjährigen beispielsweise ausgedrückt in Ulpian *D. 4.4.9 pr.: sed interest ipsius corpora potius habere*.

<sup>29</sup> Ein Pupillengrundstück darf der Tutor nicht verschenken, *in solutum* geben etc., *Cf. 5.71.4 (a. 260)*. Für analoge Anwendung auf das Mitgiftgrundstück, CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, (o. Anm. 19), 201, Anm. 2.

<sup>30</sup> Gegen die im *ius commune* vereinzelt gestattete Eintauschung eines unfruchtbaren Grundstücks gegen ein einträgliches VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-recht* (o. Anm. 16), S. 294. Auf die Nützlichkeit oder Vorteilhaftigkeit des Geschäfts kommt es nicht an. Eine *permutatio dotis* erfordert ein *pactum dotalium*: M. KASER, *Das römische Privatrecht* 1, München 1971 (2. Aufl.), S. 341, Anm. 46. Umschichtungen des Vermögens im ganzen oder wesentlicher Teile davon wie eines Grundstücks sind auch im heutigen Recht gemäß § 1365 BGB an die Zustimmung des Ehepartners gebunden. Dementsprechend ist auch für eine Grundstücksteilung die Beteiligung der Ehefrau zu fordern, s. u. § 10.

vorrat als eiserne Reserve für Notfälle getrennt vom laufenden Haushaltsgeld in sicherem Behältnis langfristig aufbewahren.<sup>31</sup>

Die Wertbeständigkeit von Grundbesitz wirkt sich demgegenüber auch bei der Exekutionspfändung aus: Nach der beim *pignus in causa iudicati captum* zu beachtenden Pfändungsreihenfolge waren vom Schuldnervermögen zu allererst Bargelder zu beschlagnahmen, auch wenn bei Banken hinterlegt, dann andere bewegliche Sachen, die verkauft wurden, Grundstücke jedoch erst, soweit die beiden ersten Klassen zur Gläubigerbefriedigung nicht ausreichten.<sup>32</sup> Wegen ihrer besonderen Wertbeständigkeit soll schließlich auch ein Vormund Mündelgelder zuvörderst in Grundstücke investieren (*D. 26.7.5 pr.*).

## 2) Eigentum und Verfügungsmacht

Über das gelegentliche Auseinanderfallen von Eigentum und Verfügungsmacht bringt Gaius ein sachlich hierher gehöriges Lehrstück:

Gai. 2.62–63: *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et quid dominus non sit, alienare possit. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum ...*<sup>33</sup> – Manchmal hat der Eigentümer nicht die Befugnis zur

<sup>31</sup> Celsus *D. 32.79.1* zitiert den Proculus mit der von greisen Bauern gehörten Weisheit, Geld ohne gesonderte Aufbewahrung sein vergänglich, *pecuniam sine peculio fragilem esse*. „Sondergut“ (*peculium*) nannten sie nämlich (in untechnischem Sinne), was man als Schutzvorkehrung zur Seite legt und aufbewahrt, *quod praesidii causa seponerentur*. Dazu A. WACKE, „Alte Sammlungen niederländischer Rechtssprichwörter“, [in:] K. H. MUSCHELER (Hrsg.) *Festschrift für Detlef Liebs* zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 726–727.

<sup>32</sup> *Nam a pignoribus soli initium faciendum non est*: Ant. Pius bei Ulpian *D. 42.1.15.2*; W. LITWESKI, *SDHI* 40 (1974), S. 248 ff. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit läuft nach der Rechtsprechung unseres Bundesverfassungsgerichts auf eine ähnliche Reihenfolge hinaus: A. WACKE, „Antikes im modernen Zivilprozess“, *Orbis Iuris Romani* 3 (1997), S. 93.

<sup>33</sup> Zum Satzsatz siehe unten II § 16 (bei Anm. 139 ff.). Wegen des Wegfalls von *mancipatio* und *in iure cessio* unter Justinian endet der letzte Halbsatz im ansonsten gleichlautenden Text von *IJust. 2.8 pr.* schlicht: *quamvis ipsius sit dotis causa ei datum*. Dazu H. L.

Veräußerung einer Sache, aber ein Nichteigentümer kann sie veräußern. Beispielsweise ist es einem Ehemann durch das Julische Gesetz verboten, ein Mitgiftgrundstück ohne Einwilligung seiner Frau zu veräußern, obwohl es ihm gehört, weil es ihm zur Mitgift entweder manzipiert oder vor Gericht abgetreten oder von ihm ersessen wurde ...

Mittels *mancipatio* oder *in iure cessio*, hilfsweise durch *usucapio* erlangt der Ehemann quiritisches Eigentum an den Dotal Sachen.<sup>34</sup> Ein Grundstück, das stärker als andere Mitgiftgegenstände treuhänderisch gebunden ist, kann er aber nur mit Zustimmung seiner Frau veräußern. Hieran zeigt sich am deutlichsten eine gewisse Mitberechtigung der Ehefrau schon während der Ehe an ihrer Mitgift (*Quamvis in bonis mariti dos est, mulieris tamen est*).<sup>35</sup> Der Schutz des einen (hier der Ehefrau) führt wie so oft zur Freiheitseinschränkung des anderen (hier des Mannes). Dieser Schutz reicht sogar weiter als bei fiduziarischen Geschäften. Denn nicht nur das Dürfen, auch das Können des Mannes ist beschränkt. Die Frau soll das Grundstück *in natura* zurückbekommen und nicht nur einen entsprechenden Gegenwert.

Als bloß Mitberechtigte kann aber auch (umgekehrt) die Ehefrau das im Eigentum ihres Mannes stehende Mitgiftgrundstück nicht ohne des-

W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones* 1, Leiden 1981, S. 195. Wie generell bei *res mancipi*, wird man sich aber schon in klassischer Zeit bei zur Mitgift bestellten Grundstücken zuweilen mit bloßer *traditio* begnügt haben; vgl. *D.* 24.3.5 (*id est tradita possessione*); BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“, (o. Anm. 19), S. 99; siehe bes. unten Anm. 129. – Für die Mitgift findet sich ansonsten in den Institutionen des Gaius keine *sedes materiae*: NELSON, *ibidem*, S. 377; ausführlich STAGL, „Das didaktische System des Gaius“ (o. Anm. 24), S. 313 ff. Die Digesten enthalten jedoch nicht weniger als zehn dem Dotalrecht gewidmete Titel.

<sup>34</sup> Dies sind aber nicht die alleinigen Erwerbsgründe. Der Erwerb prätorischen (bonitarischen) Eigentums genügt (unten Anm. 131); desgleichen der Verzicht auf einen angefallenen Erbschaftserwerb, wenn der Ehemann zum Substituten ernannt ist, Paulus *D.* 23.5.14.3: *Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit vel etiam substituto viro omiserit hereditatem vel legatum, erit fundus dotalis*.

<sup>35</sup> Tryphonin *D.* 23.3.75; STAGL, „Das didaktische System des Gaius“ (o. Anm. 24), S. 267 ff., *passim*; L. WAELKENS, „*Dos naturaliter mulieris est*“, [in:] *Ius romanum, ius commune, ius bodiernum*, *Studies Eltjo Schrage*, Amsterdam 2010, S. 399–410 [mir derzeit nicht zugänglich]; weiteres bei KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 334, Anm. 12; N. BENKE, *ZRG RA* 119 (2002), S. 495.



sen Einwilligung veräußern.<sup>36</sup> Hingegen kann die vom Ehemann vorgenommene Freilassung eines Sklaven mittels Stabanlegung (*manumissio vindicta*) wegen des *favor libertatis* weder in der Schwebe bleiben noch rückgängig gemacht werden. Doch haftet der Mann im Scheidungsfalle seiner Frau aufgrund der *lex Iulia et Papia* auf Herausgabe aller Vorteile, welche er durch die Freilassung erlangte.<sup>37</sup>

#### 4) *Erweiternde Auslegung des Verbots*

Nach der Regel *Singularia non sunt extendenda*<sup>38</sup> läge es nahe, das Veräußerungsverbot (als Ausnahme von der grundsätzlichen Verfügungsfreiheit)<sup>39</sup> restriktiv auszulegen.<sup>40</sup> Nach einhelliger Juristenmeinung wurde es jedoch im Gegenteil extensiv interpretiert, um dessen Schutzzweck voll zu entfalten. Dies ist ein lehrreiches Beispiel dafür, dass die Formalregel von der restriktiven Auslegung exzeptioneller Vorschriften in dieser All-

<sup>36</sup> Diokletian *CJ.* 5.12.23 (a. 294, an Diogenes): Si praedium uxor tua dotale venumdedit, sponte nec ne contractum habuerit, nihil interest, cum rei tibi quaesitae dominium auferre nolenti minime potuerit. Ob die Frau aus eigenem Entschluss (*sponte*) veräußerte oder gezwungenermaßen, ist unerheblich, weil sie schon als Nichtberechtigte verfügte. Diogenes wollte als Ehemann die Veräußerung mit der Begründung anfechten, seine Frau sei dazu unzulässigerweise gedrängt worden.

<sup>37</sup> *D.* 24.3.61–64; KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 334 mit Anm. 19; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (o. Anm. 3), S. 157 ff.

<sup>38</sup> *D.* LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 2007 (7. Aufl.), Nr. S. 40 mit Lit.

<sup>39</sup> BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht II* (o. Anm. 6), S. 443 ff. (Viertes Buch), behandelt das Verbot unter den „singulären Bestimmungen“. Die Singularität betont STAGL, „Das didaktische System des Gaius“ (o. Anm. 24), S. 256.

<sup>40</sup> In diesem Sinne Albertario: E. ALBERTARIO, „Sulla dotis datio ante nuptias“, [in:] E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano I*, Roma 1931, ihm folgend Volterra und De Visscher; doch werden Albertarios Textverdächtigungen (die sich hauptsächlich auf *argumenta e silentio* stützen) heute mit Recht zurückgewiesen; gegen sie schon ARANGIO RUIZ, siehe U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung*, Köln 1967, S. 101; P. CERAMI, „Plena interpretatio“, [in:] *Studi in onore di Cesare Sanfilippo III*, Napoli 1983, S. 124–125, Anm. 34. Zu Wesel siehe die Rezensionen von H. HAUSMANINGER, *ZRG RA* 85 (1968), S. 469 und BUND, *Gnomon. Kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft* 48 (1970), S. 798–803.

gemeinheit nicht stimmt. Am deutlichsten lehrt dies wiederum Gaius, diesmal im Kommentar zum Provinzialedikt:

*D. 23.5.4 (Gai. II. ed. provin.): Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito. – Das Julische Gesetz, welches für ein Mitgiftgrundstück vorgesehen hat, dass es ein Ehemann weder belasten noch veräußern dürfe, ist erweiternd auszulegen, sodass auch für einen Verlobten dasselbe rechtens ist wie für einen Ehemann.*

Mitgiften bestellte man in Rom im Rahmen von *pacta dotalia* öfters schon vor der eigentlichen Hochzeit.<sup>41</sup> Der Erwerb der Mitgiftgegenstände steht dann (je nach den Fallumständen) unter der aufschiebenden oder der auflösenden Bedingung der Eheschließung. Unter einer Bedingung lässt sich ein italisches Grundstück jedoch nicht übereignen; *mancipatio* und *in iure cessio* sind als *actus legitimi* bedingungsfeindlich. Der Verlobte wurde folglich quiritischer Eigentümer; und als solcher wäre er grundsätzlich zur Veräußerung befugt.<sup>42</sup> Sollte ein frisch Verlobter, kaum dass ihm ein Grundstück zur Mitgift übereignet wurde, dasselbe alsbald an einen Dritten weiterveräußern, wäre dies allerdings illoyal gegenüber dem Mitgiftbesteller und kein guter Start für eine junge Ehe, für ein *matrimonium bene concordans*. Eine Verpfändung wäre eher plausibel zur

<sup>41</sup> ALBERTARIO, „Sulla dotis datio ante nuptias“ (o Anm. 40), S. 329 ff.: allzu quellenkritisch, gegen ihn auch H.-H. KÖNIG, „Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht“, *SDHI* 29 (1963), S. 151–237 (von Max Kaser betreute Diss. Hamburg). Allzu kurz K. AYITER, „Appunti sulla dotis datio ante nuptias“, [in:] *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* IV, Napoli 1983, S. 49–57, der S. 52–53 noch Albertario folgte, aber auf Königs zwanzig Jahre vorher an leicht zugänglicher Stelle publizierte Vorarbeit nicht einging. Albertarios und Ayiters These von der beschränkten Geltung des Veräußerungsverbots erst von der Eheschließung an ist jedoch nicht haltbar.

<sup>42</sup> Bezog sich die Kommentarstelle *ad edictum provinciale* auf ein aufschiebend bedingt tradiertes Provinzialgrundstück (vgl. unten § 16 bei Anm. 145), dann verfügte der Verlobte noch als Nichtberechtigter, wenn die Ehe zustande kommt, da die Bedingung nicht zurückwirkt. Mit der Auflösung des Verlöbnisses fiel die Bedingung aus. Die Veräußerung ist nichtig wegen des *nemo plus iuris*-Prinzips, zu einem Eingreifen des Veräußerungsverbots gelangt man nicht. Einer Erstreckung des Verbots bedarf es, wenn ein Provinzialgrundstück vorehelich auflösend bedingt tradiert wird und danach die Bedingung mit der Heirat der Verlobten eintritt.

Sicherung eines aufzunehmenden Kredits zwecks Gründung des gemeinsamen Hausstandes und der Schaffung einer Erwerbsgrundlage (unten II § 19). Es wäre jedoch sinnwidrig, wenn ein Verlobter in seiner Disposition über ein antizipiert übereignetes Grundstück freier gestellt wäre als nach der Hochzeit ein Ehemann. Der Schutz durch die *lex Iulia* muss vielmehr zugleich mit dem Eigentumserwerb am Grundstück einsetzen. Im Falle eines Scheiterns des Verlöbnisses muss die Verlobte die Unwirksamkeit der Grundstücksveräußerung ebenso geltend machen können wie eine Ehefrau nach Auflösung ihrer Ehe.<sup>43</sup> Unter *maritus* im Sinne der Gesetzesbestimmung ist darum ein *sponsus* als künftiger Ehemann zwanglos mitzuverstehen.<sup>44</sup> Das ist keine Analogie, sondern zweckentsprechende Wortauslegung.<sup>45</sup> Ohne sie wäre der Schutz unzureichend, wäre eine Verlustgefahr nicht ausgeschlossen. Das Verfügungsverbot ist jedoch *plenius* – das heißt vervollständigend – auszulegen, sagt Gaius. Die Argumentation ist zwingend; das Gegenteil anzunehmen, wäre absurd. Über die Einbeziehung des Verlobten kann also kein Streit bestanden

<sup>43</sup> Zurückzufordern ist die *dos* nach aufgelöstem Verlöbniß mit einer *condictio causa data causa non secuta*: O. BEHREND, [in:] H.-G. KNOTHE & J. KOHLER (Hrsgg.), *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München 2001, S. 15 ff.: „Was vom *maritus* gilt, gilt auch vom *sponsus*,“ schrieb glücklich BACHOFEN 93, sowie „Die Stelle der *actio de dote* vertritt die *condictio*, und diese ist mit ihr von wesentlich gleicher Natur.“ Auch für diese Klage besteht ein Vollstreckungsprivileg (*privilegium exigendi*): KÖNIG, „Die vor der Ehe bestellte *dos* nach klassischem römischem Recht“ (o. Anm. 41), S. 231 ff.

<sup>44</sup> Ebenso wie das Wort *filius* (Sohn) gegebenenfalls auch den *nepos* (Enkel) einbezieht: *D.* 23.5.4 und *D.* 23.2.59.

<sup>45</sup> Anders O. BEHREND, *Die fraus legis*, Göttingen 1982, S. 101: „Freie Analogie, für welche die Grenze der grammatikalischen Wortgeltung nicht mehr gilt“. Für Analogie auch Sanfilippo und Wesel; gegen sie jedoch CERAMI, „*Plena interpretatio*“ (o. Anm. 40), S. 107; 124 ff. zu *D.* 23.5.4, unter zutreffendem Hinweis auf M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* Napoli 1971, S. 219, wonach „non c'è analogia dove c'è solo ricerca del contenuto volitivo o del fine della norma“. Ein Literaturüberblick bei RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* (o. Anm. 2), S. 186, Anm. 67. Anstatt als *plena interpretatio* kennzeichnen die römischen Juristen analoge Rechtsanwendungen mit *ad exemplum*, *ad instar*, *perinde ac*, etc. Ein altes Beispiel für die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung ist die Gewährung einer *actio utilis* in Abwandlung der Vierbeinerklage (*actio de pauperie*) bei Schädigung durch den zweibeinigen Vogel Strauß in *D.* 9.1.4; dazu A. WACKE, [in:] R. VAN DEN BERGH, G. VAN NIEKERK, P. PICHONNAZ, P. THOMAS, D. KLEYN, F. LUCREZI & J. MUTTON (Hrsgg.), *Meditationes de iure et historia, Essays in honour of Laurens Winkel* 11, Pretoria 2014, S. 1015 ff.

haben.<sup>46</sup> Nach einem wortreichen kaiserlichen Bescheid vom Jahre 473 n. Chr. war schon Salvius Iulianus derselben Ansicht wie Gaius.<sup>47</sup>

### 5) *Nachträglicher Grundstückserwerb*

Keinen Widerspruch hierzu enthält der folgende Ulpianextext:<sup>48</sup>

*D. 23.5.13.2 (Ulp. 5. adult.):* Dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur. – Zur Mitgift gehört ein Grundstück, wie allgemein angenommen, sobald es der Ehemann zu Eigentum erworben hat, sodass erst von da an dessen Veräußerung untersagt ist.

<sup>46</sup> Einem methodischen Schulenstreit zwischen Sabinianern und Prokulianern scheint jedoch BEHREND, *Die fraus legis* (o. Anm. 45) zuzuneigen.

<sup>47</sup> Cf. 6.61.5.1, gerichtet an einen *magister militum Dalmatiae* namens Nepos. Da die Bezeichnungen *maritus* und *uxor* dem Wortsinne nach nur auf Ehegatten von der Heirat an zutreffen, sei ihre entsprechende Geltung für Verlobte den Kaisern Leo und Anthemius zufolge zweifelhaft geworden. Die Kaiser folgen jedoch der Ansicht des „sehr geschätzten und hoch gelehrten“ Juristen Julian, der die Einbeziehung der Verlobten in die Bestimmung über das Dotalgrundstück befürwortete, obwohl die *lex Iulia* nur von *uxor* sprach. Dementsprechend solle auch eine *donatio sponsalicia* aus Billigkeitsgründen nicht dem Brautvater, sondern der Verlobten persönlich zukommen. Dazu CERAMI, „*Plena interpretatio*“ (o. Anm. 450), S. 129–130; Carla FAYER in ihrer monumentalen Trilogie: *La familia romana* II, Roma 2005, S. 174–175 (Lit.). Julians Votum war der kaiserlichen Kanzlei hiernach bemerkenswerterweise noch gegen Ende des 5. Jh. bekannt. Als ursprüngliche Stelle bei Julian vermutet O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Leipzig 1889, S. 364 Nr. 273 Julians 16. Buch *Digesta* unter dem Titel *De iure dotium*. Auf eine Streitfrage hinsichtlich der Vorwirkung des Veräußerungsverbots für einen Verlobten ist aus dem auf einen anderen Fall bezüglichen Reskript nicht zu schließen.

<sup>48</sup> Für eine Kontroverse zwischen Gaius und Ulpian allerdings KÖNIG, „Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht“ (o. Anm. 41), S. 227 ff., der Albertarios schwache Argumentation nicht entschieden genug zurückwies. Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass Justinians Kompilatoren einen Widerspruch zwischen beiden Fragmenten im nicht besonders langen Digestentitel *D. 23.5* nicht bemerkt hätten. Wegen des von KÖNIG missdeuteten Sachverhalts der Ulpianstelle und unzureichender Würdigung der Interessenlage liegen seine Ausführungen dazu größtenteils neben der Sache. Für widersprüchlich betrachtete die beiden Fragmente ohne Begründung auch AYITER, „*Appunti sulla dotis datio ante nuptias*“ (o. Anm. 41), S. 52–53.

Die Sachverhalte der beiden Fragmente von Gaius und Ulpian verhalten sich gewissermaßen spiegelsymmetrisch zueinander, die Tatbestandselemente überkreuzen sich. Bei Gaius war der Dosempfänger schon Eigentümer, aber noch nicht Ehemann; bei Ulpian ist er umgekehrt schon verheiratet, aber noch nicht Eigentümer. Vor seinem Erwerb kann er als Nichteigentümer über das Grundstück ohnehin nicht wirksam verfügen; eine Weiterveräußerung scheitert schon am *nemo plus*-Prinzip. Sobald er das Eigentum erwirbt, greift aber das Veräußerungsverbot der *lex Iulia* ein.<sup>49</sup> Das Ergebnis ist in beiden Fällen gleich; es ändert sich nur der Grund für das Scheitern einer Weiterveräußerung. Ulpians Votum hat nur dogmatische Bedeutung; auf das Ergebnis wirkt sich der Unterschied nicht aus. Das Ulpianfragment betrifft offenbar einen Fall, in dem die für den Ehemann bestehende Erwerbsaussicht noch nicht eintrat. Da man italische Grundstücke aber nicht bedingt übereignen konnte, war ein schwebender Erwerb an ihnen selten. Die praktische Reichweite von Ulpians restriktiver Interpretation (*tunc demum*) ist darum geringer als die erforderliche extensive Erstreckung des Verbots durch Julian und Gaius auf den vorehelichen Erwerb. Ein solcher seltener Fall findet sich bei Paulus:

D. 23.5.14.2 (Paul. 3. *adult.*): Si fundum alienum mulieri debeat maritus eumque mulier ei dotis nomine promiserit, in pendenti erit et tunc fiet dotalis, cum ad eum pervenerit. – Schuldet der Mann seiner Frau ein fremdes Grundstück und versprach ihm die Frau dasselbe als Mitgift, so befindet es sich in der Schwebe und wird dann zur Mitgift, sobald es an ihn gelangt.

Ein Mann<sup>50</sup> versprach seiner Frau, ihr ein fremdes Grundstück zu verschaffen. Im Gegenzug sollte ihm die Frau dasselbe Grundstück anschließend als *dos* einbringen. Das Veräußerungsverbot greift im selben Augenblick ein, in dem der Mann das Grundstück *dotis causa* von seiner

<sup>49</sup> Eine etwaige Weiterveräußerung durch den Mann vor seinem Eigentumserwerb würde mit seinem nachträglichen Erwerb wegen der *lex Iulia* nicht konvaleszieren.

<sup>50</sup> Einen Ehemann, *maritus*, nennen ihn Ulpian und Paulus. Für einen Verlobten, *sponsus*, muss jedoch in beiden Fällen dasselbe gelten. Für den Ulpiantext sah dies richtig schon Enantiophanes (sch. τὸ τῆς δεσποτείας τοῦ ἀνδρὸς γινώμενον *ad Bas.* 29.6.13 [HEIMBACH, III 492]); KÖNIG, „Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht“ (o. Anm. 41), S. 228, Anm. 300 (der sich zu Unrecht davon distanziert).

Frau übereignet erhält. Dieser Grundgedanke des Paulus stimmt mit den Voten von Julian, Gaius und Ulpian überein. Bis zu diesem Moment ist der Doserwerb durch den Mann nach Paulus *in pendent*. Der Schwebezustand beruht nicht auf einer echten Bedingung, ist aber einem bedingten Rechtsgeschäft ähnlich.<sup>51</sup> Kein Verstoß gegen das Verfügungsverbot wäre es aber nach Paulus, wenn dem Manne der Grundstückserwerb misslingen sollte, wenn er sich gar nicht darum bemühte, ihn etwa absichtlich unterließe. Zwar kann auch im Unterlassen des Abbruchs der Ersitzung durch einen Dritten eine verbotene Veräußerung liegen (u. Anm. 165). Zum Erwerb eines Grundstücks zwingt die *lex Iulia* einen Ehemann jedoch nicht.<sup>52</sup>

Als sozialgeschichtliche Erkenntnis ergibt sich aus diesem Fragment und aus den in Anm. 51 zitierten, dass Mitgiften zuweilen regelwidrig aus dem Vermögen des Mannes stammten, offenbar weil die Frau oder ihre Angehörigen keine angemessene Ausstattung gewähren konnten. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen ein Herr seine Sklavin freiließ,

<sup>51</sup> Ähnliche Schwebezustände ergeben sich beim Mitgiftversprechen der Frau an den Mann von dem, „was er ihr schuldet“ (*id quod debet*), wenn der Mann zwischen der Leistung eines Grundstücks oder einer Geldsumme beziehungsweise eines Sklaven wählen kann. Einschließlich der Wahlschuld zwischen zwei Grundstücken werden die Fälle bezüglich der dem Manne verbleibenden Veräußerungsbefugnis liebevoll und konsequent durchgespielt von Julian-Afrikan *D. 23.5.9 pr.*–3. Dazu Á. D’ORS, *Las quaestiones de Africano*, Roma 1997, S. 394 ff. Einbezogen wird sogar die (etwas praxisferne) Erwägung, dass der Mann das zuerst verkaufte Grundstück wieder für die Mitgift zurückkaufen könnte, um das zweite wirksam verkaufen zu dürfen oder dem schon erfolgten Verkauf des zweiten nachträglich zur Heilung zu verhelfen; dazu auch Paulus *D. 23.5.10*: „Erit ergo potestas legis ambulatoria ...“. Ambulatorisch ist aber nicht die Wirkung des Gesetzes, sondern der Wankelmut des Veräußerers. Konsequenter wäre es, von der theoretischen Rückkaufsmöglichkeit für den Veräußerer im juristischen Diskurs abzusehen, zumal diese Möglichkeit nicht allein von seinem Willen abhängt. Die einmal erfolgte Konzentration der Wahlschuld auf die Stückschuld wäre dann nicht mehr rückgängig zu machen.

<sup>52</sup> Wer von einer Erwerbsgelegenheit keinen Gebrauch macht, der „veräußert“ nicht: *qui occasione acquirendi non utitur, non intellegitur alienare*, Paulus *D. 50.16.28 pr.*, Teil 2. Ähnlich für die Schenkung § 517 BGB. Eine Veräußerung setzt die Zuwendung aus bereits vorhandenem eigenem Vermögen voraus. Zur Mitgiftbestellung genügt allerdings die Ausschlagung eines *iure hereditario* angefallenen Rechts, wenn es dem Ehemann als Substituten zugute kommt, o. Anm. 34.

um sie rechtsgültig zu heiraten.<sup>53</sup> Um ihren misslichen Stand als *mulier indotata* zu vermeiden<sup>54</sup> und ihr Ansehen aufzuwerten, versprach der Verlobte seiner Braut einen Gegenstand oder Geldbetrag aus seinem Vermögen, welche sie ihm anschließend als Mitgift einbrachte. Soweit zur Übereignung die Übergabe genügte, waren die wechselseitigen Versprechen mittels *brevi manu traditio* erfüllbar.<sup>55</sup> Ein Grundstückserwerb durch die Frau (wie hier) bedurfte jedoch zunächst der *mancipatio*; die Bestellung desselben zur Mitgift erforderte eine weitere Manzipation *dotis causa* an den Mann.

#### 6) *Der fundus quasi dotalis in der Sklaven-Ehe*

Die personelle Geltung des Veräußerungsverbots erfasst das Dotalgrundstück sogar in einer Sklavenehe (in einem *contubernium*). Dies ist zu folgern aus einer wortkargen und vermutlich deshalb kaum beachteten Aussage des Paulus.<sup>56</sup>

*D. 23.5.3 pr.* (Paul. 36. *ed.*): *Fundus dotali servo legatus ad legem Iuliam pertinet quasi dotalis.* – Das einem Dotalsklaven vermachte Grundstück fällt unter die *lex Iulia* entsprechend einem Mitgiftgrundstück.

a) Das einem Sklaven vermachte Grundstück gehört zu seinem *peculium* als *fundus peculiaris*. Sein Herr könnte ihm das Sondergut entziehen; er darf dies allerdings nicht grundlos tun, denn die *ademptio peculii* ist ein unfreundlicher Akt. Das gilt auch für das Sondergut eines zur Mitgift des

<sup>53</sup> A. WACKE, „*Manumissio matrimonii causa*. Die Freilassung zwecks Heirat nach den Ehegesetzen des Augustus“, [in:] H. BELLEN & H. HEINEN (Hrsg.), *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei*, Stuttgart 2001, S. 133 ff.; 139–140.

<sup>54</sup> Vgl. STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 65 ff.

<sup>55</sup> Vgl. BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 99–100; kritisch CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 411–412: ein bloßer Erlassvertrag habe genügt.

<sup>56</sup> Nach LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II (o. Anm. 47), Paulus Nr. 540 (wie *D. 23.5.1 pr.*–*1*) zur Ediktsrubrik 113: *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*.

Herrn gehörigen Sklaven. Eine Veräußerung des dem Dotalsklaven vermachten Grundstücks durch den Herrn wäre eine Teilentziehung von dessen Sondergut. Die Veräußerung scheitert aber (wie aus dem Text zu folgern ist) am Verbot der *lex Iulia*, denn im Falle einer Scheidung muss die Ehefrau des Herrn den Dotalsklaven samt dessen *peculium* einschließlich des dazugehörigen Grundstücks zurückverlangen können.

b) *Fundus quasi dotalis* im engeren Sinne ist das zur Mitgift in einer rechtlich nicht anerkannten Sklavenehe gehörige Grundstück. Auch in Sklavenehen gab es Mitgiften, *quasi dotes* genannt.<sup>57</sup> Obwohl nach Zivilrecht keinem Klageschutz unterliegend, behandelten die Beteiligten rechnerisch einander ebenso, wie wenn sie klagbar wären.<sup>58</sup> Als Parallele genügt der Hinweis auf die mit eigenen Sklaven über zu ihrem *peculium* gehörige Grundstücke abgeschlossenen Pachtverträge.<sup>59</sup> Ihr *peculium* nennen die Quellen zuweilen *quasi patrimonium*.<sup>60</sup> Ein mit *libera administratio peculii* ausgestatteter Sklave kann grundsätzlich auch ein Grundstück wirksam veräußern.<sup>61</sup> Gehört das Grundstück aber zu seiner Quasi-

<sup>57</sup> Proculus *D.* 23.3.67; Ulpian *D.* 23.3.39 *pr.*; STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 11. Die Bezeichnung war den wenigen Quellen zufolge aber nicht technisch.

<sup>58</sup> Die meisten Übersetzungen deuten *quasi dotalis* als Fiktion: „wie wenn es ein Mitgiftgrundstück wäre“. Faktisch ist es ein solches, nur rechtlich nicht. Jedenfalls ist es wie ein Mitgiftgrundstück zu behandeln, obwohl es für eine *dos* an der Voraussetzung einer rechtsgültigen Ehe fehlt.

<sup>59</sup> G. GILIBERTI, *Servus quasi colonus*, Napoli 1981.

<sup>60</sup> *D.* 15.1.47.6; oder *velut patrimonium* in *D.* 15.1.39; A. WACKE, „*Peculium non ademptum videtur tacite donatum*“, *Iura* 42 (1991), S. 59. Weitere Parallelen wären *quasi possessio*, *quasi ususfructus*. Ein knapper Überblick bei K. HACKL, „Vom *quasi* zum *als ob*“, [in:] R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, S. 117 ff. Zu W. KERBER, *Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg 1970, siehe die Rezension von NÖRR, jetzt in D. NÖRR, *Historiae iuris antiqui, Gesammelte Schriften* (o. Anm. 5), S. 869 ff.

<sup>61</sup> Ebenso wie ein *filius familias* oder *procurator*: Ulpian *D.* 6.1.41.1; WACKE, „Die *libera administratio peculii*: Zur Verfügungsmacht von Hauskindern und Sklaven über ihr Sondergut“, [in:] T. FINKENAUER (Hrsg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Wieling*, Berlin – Heidelberg 2006, S. 251 ff.; 308–309. Einer *mancipatio* konnten sich Sklaven zwar vermutlich nicht bedienen; doch konnten sie dem Erwerber Ersitzungsbesitz und bonitarisches Eigentum verschaffen: WACKE, *op. cit.*, S. 288.



Mitgift, dann scheidet dessen Veräußerung trotz ansonsten freier Verfügungsmacht am entsprechend anzuwendenden Verbot der *lex Iulia*. Sein Herr kann ihn dazu auch nicht speziell ermächtigen, weil er ein Dotalgrundstück selber ebenfalls nicht veräußern kann: *Non potest per alium, qui non potest per semet ipsum*.<sup>62</sup>

Aus dem *quasi* dotalen *fundus* wird ein wirkliches Mitgiftgrundstück, wenn mit einer Freilassung von *servus* und *ancilla* bei Konsensfortdauer ihre Ehe und zugleich auch ihre Mitgift konvaleszieren.<sup>63</sup> Die Erstreckung auf die Sklavenehe ist somit ebenfalls eine Art Vorwirkung des Verbotsgesetzes, entsprechend der von Gaius und Julian befürworteten extensiven (vervollständigenden) Auslegung auf Verlobte (oben 4). Unwirksam sind deshalb nach Ulpian's knapper Aussage die Veräußerungen in beiden erwähnten Fällen, sei es durch den Herrn des Sklaven oder durch den Sklaven selbst.

c) Bei der Verheiratung einer noch nicht ehemündigen Person beansprucht das Veräußerungsverbot ebenfalls Geltung. Die zunächst ungültige Ehe einer dem Kindesalter noch nicht erwachsenen *pupilla* wird bei Konsensfortdauer wirksam, sobald sie das Heiratsalter erreicht.<sup>64</sup> Eine vorher bestellte Mitgift darf gemäß *D. 12.8.4* nicht zurückgefordert werden, solange mit einer Konvaleszenz zu rechnen ist. Solange darf dementsprechend auch ein Mitgiftgrundstück nicht veräußert werden.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Von LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (o. Anm. 38), Nr. Q 115 zitiert in der Gestalt: *Quod per me non possum, nec per alium*.

<sup>63</sup> Vgl. Ulpian *D. 23.3.39 pr.*; WACKE, „*Peculium non ademptum videtur tacite donatum*“ (o. Anm. 60), S. 87 ff. Zur *dos* konvaleszieren nach Ulpian nur die zur Zeit der Freilassung noch vorhandenen Werte. Das auf die Sklaven-Ehe erstreckte Veräußerungsverbot trägt wesentlich zur Verhinderung einer Wertminderung bei.

<sup>64</sup> *D. 23.2.4 u. a.*; S. TAFARO, *Pubes e viripotens*, Bari 1988, S. 143 ff., *passim*; A. WACKE, „*Ex post facto convalescere*“, [in:] J. KRZYNÓWEK, Zuzanna SŁUŻEWSKA, J. URBANIK & Maria ZABŁOCKA (Hrsgg.), *Au-delà des frontières. Mélanges Wotokiewicz II*, Varsovie 2000, S. 1044 ff.

<sup>65</sup> Ebenso kurz CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, (o. Anm. 19), S. 200; ablehnend BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 93 f. mit der apodiktischen Behauptung: „Eine weitere Ausdehnung [sc. über Verlobte hinaus] wurde niemals gestattet.“ Gegenteilig jedoch VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-Recht I* (o. Anm. 15), S. 280: „Durch Interpretation der Juristen wurde die *lex Iulia* in ihrer Anwendung ungemain erweitert.“ – In rechtlich verbotenen Ehen hing die Rückforderbarkeit der Mitgift vom Schutzzweck des Verbotes ab, siehe *D. 12.7.5*.

### 7) Veräußerungsverbot und Mitgiftzurückforderung

Die *lex Iulia* soll verhindern, dass der Anspruch der Frau auf Rückgabe des Grundstücks *in natura* durch eine Veräußerung vereitelt wird. Das Verfügungsverbot muss deshalb im selben Umfang eingreifen, wie der Frau dessen Rückforderung aktuell zusteht oder künftig zustehen könnte. Für den wichtigsten Fall sieht Paulus dies ebenso:

*D. 23.5.3.1 (Paul. 36. ed.): Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est.*

Solange ein Anspruch der Ehefrau auf Rückgabe ihrer Mitgift platzgreifen kann,<sup>66</sup> hat ihr Recht auf Restitution des dazugehörigen Grundstücks den Vorrang vor der Veräußerungsbefugnis ihres Ehemannes. Hieraus folgt *e contrario*, dass mit dem endgültigen Wegfall der Dotalklage auch das Veräußerungsverbot entfällt, beziehungsweise eine verbotswidrige Veräußerung konvalesziert (unten III § 2). Wenn die Kompilatoren hier die klassische *actio rei uxoriae* wie üblich durch *de dote* ersetzen, würde dies eine wirksame Dosbestellung voraussetzen. Weitergehend muss die Veräußerung aber unabhängig vom Rechtsgrund in sämtlichen möglichen Rückforderungsfällen verboten sein, insbesondere beim eventuellen Eingreifen einer *condictio causa data causa non secuta* wie unter Ex-Verlobten (o. Anm. 43). Das extensiv auszulegende Anwendungsfeld des Veräußerungsverbots reicht also (wie bei der Sklavenehe, oben § 6) weiter als das Zustandekommen einer rechtsgültigen Mitgift.

Hatte sich ein Dritter die Rückgabe der Mitgift ausdrücklich ausbedungen (also bei einer *dos recepticia*), wäre es unfolgerichtig, wenn der Ehemann über das Grundstück zum Nachteil seiner Familie frei verfügen könnte. Eine freiere Dispositionsbefugnis des Ehemannes bei einem von ihm abgegebenen Rückgabeverprechen als ohne ein solches wäre absurd. Die Interessen

<sup>66</sup> Vermutlich gleichgültig, ob eine *dos profecticia* oder eine *dos adventicia* vorliegt. Wohl auch, wenn die Dotalklage für eine noch unter Vatersgewalt stehende Ehefrau ihrem *pater familias adiuncta filia* zusteht. Unmaßgeblich war insbesondere die Art der *actio (rei uxoriae oder ex stipulatu)* der Frau: BECHMANN *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 448.

der Gattin an der Aufrechterhaltung des *status quo* und des Dritten an der Rückerlangung des Grundstücks bei Eheauflösung sind nicht geringer zu bewerten. Das Wort *mulieri* ist in diesem Text also nicht als Tatbestandsvoraussetzung zu verstehen;<sup>67</sup> hier könnte es gestrichen werden. Vorauszusetzen ist nur, dass überhaupt jemandem die Rückforderung zustehen kann. Das Veräußerungsverbot bildet nämlich „die Ergänzung zur Dotalklage“; „ohne Dotalklage kein Veräußerungsverbot.“<sup>68</sup> Wem sie zusteht, ist hier jedoch einerlei. Dass der Rückgabeanspruch der Frau zusteht, ist der wichtigste Fall. Aber er wird nur beispielhaft (*exempli gratia*) genannt.

#### 8) Nacheheliches Fortwirken des Verbots

Spiegelsymmetrisch zu den bisher dargestellten vorehelichen Wirkungen hat das Veräußerungsverbot auch nacheheliche Wirkungen. Mit einer Auflösung der Ehe entfällt es nicht etwa automatisch, lehrt Papinian (sogleich), sondern erst wenn sich dessen Zweck erledigte, nämlich mit der vollständigen Liquidation der ehelichen Vermögensverhältnisse, zumindest mit der Rückübereignung des Grundstücks an die geschiedene Gattin.

*D. 23.5.12 pr.* (Papin. I. *adult.*): Etiam [si] dirempto matrimonio dotale praedium esse intellegitur.<sup>69</sup>

Auch die Versklavung eines Ehegatten (vor allem wegen einer Straftat)<sup>70</sup> löst die Ehe auf (*D. 24.2.1*), aber das Veräußerungsverbot bleibt

<sup>67</sup> Anders, unüberlegt am Wortlaut haftend, BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“, (o. Anm. 19), S. 92; CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 414; BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 447. Aber schon die *sponsa* war unter dem Wort *mulier* mitzuverstehen.

<sup>68</sup> Soweit glücklich BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 90 und 92.

<sup>69</sup> Die Streichung von [si] ist eine alte Konjektur. Zu *intellegitur* WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40), S. 43. Wesel druckt den Text kommentarlos ab, ohne inhaltlich nach Gründen zu fragen.

<sup>70</sup> Zur Versklavung als Strafsanktion H. WIELING, „Die Begründung des Sklavenstatus“,

(einstweilen) bestehen. Die Bestrafung einer Person darf nämlich nicht ihren Ehegatten in Mitleidenschaft ziehen;<sup>71</sup> Strafe muss sich auf die Person des Schuldigen beschränken:

*D. 23.5.2 (Ulp. 5. adult.):* Si maritus fuerit in servitutum redactus, an dominus alienare hunc fundum non possit? quod puto esse verius. Quare et si ad fiscum pervenerit, nihilo minus venditio fundi impeditur, quamvis fiscus semper idoneus successor sit et solvendo.

Das Fortbestehen des Veräußerungsverbots trotz Versklavung des Ehemannes bestätigt das vorhin für die *quasi-dos* in der Sklavenehe Gesagte (oben § 6). Auf die selbstgestellte Frage antwortet Ulpian mit *verius* übertrieben zurückhaltend.<sup>72</sup> Auch dem Fiskus ist als Rechtsnachfolger nach dem zweiten Satz die Veräußerung des Dotalgrundstücks nicht gestattet, obgleich er immer ein verlässlicher, zahlungskräftiger Schuldner ist.<sup>73</sup> Der letzte Halbsatz ist für die Erkenntnis vom Zweck des Ver-

[in:] J. M. RAINER & Elisabeth HERRMANN-OTTO (Hrsg.), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei* 1, Stuttgart 1999, S. 18 ff.

<sup>71</sup> Strafen müssen persönlich sein. Für den umgekehrten Fall, der Bestrafung der Ehefrau durch Konfiskation ihrer Mitgift, sagt dies Paulus *D. 24.3.36* ausdrücklich: *ne in perniciem mariti mulier punita sit*, „damit die Frau nicht zum Verderben ihres Mannes gestraft werde“. Dazu A. WACKE, „Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe“, [in:] A. WACKE, *Unius poena – metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht*, Napoli 2008, S. 215–216; kürzer A. WACKE, „Zum Schulden-Abzug bei der Verurteilung in das Erschwingliche (*in id quod facere potest*) und vom Vorteil des Eherkommenden im Zivilprozess (*melior est condicio occupantis*)“, [in:] H. ALTMEPPEN & I. REICHARD (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, S. 1331–1332, Anm. 36.

<sup>72</sup> Zu *verius* ausführlich T. GIARO, „Echtheitsindizien“, *Orbis Iuris Romani* 1 (1995) S. 90 ff.; 101. Nach GIARO, *Römische Rechtswahrheiten*, Frankfurt am Main 2007, S. 325 schreite Ulpian hier von einer schwächeren Prämisse zu einer stärkeren Konklusion fort. Weshalb dieser Schluss „aller Logik entgegen“ erfolge, leuchtet mir allerdings nicht ein. Ein Größenschluss (*a minore ad maius*) verstößt nicht gegen die Logik. Hier ist der zweite Fall aber eher nur ein Spezialfall des ersten.

<sup>73</sup> Die Häufung von *idoneus* und *solvendo* ist eine Tautologie. Reiche Quellenbelege zu *idoneus* bei H. HEUMANN & E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena 1926, s.v.; Schrifttum bei Inge KROPPENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht*, Köln – Weimar – Wien 2001, S. 43.

botsgesetzes aufschlussreich. Der Erlös von verkauften Dotalsachen tritt zwar an deren Stelle und gehört damit wiederum zur Mitgift.<sup>74</sup> Mit dem Geldwert eines Grundstücks muss sich eine Ehefrau jedoch nicht abfinden lassen. Alsdann könnte jeder hinreichend solvente Ehemann vom Veräußerungsverbot befreit werden. Ein Geldbetrag ist jedoch – wie dargelegt (oben II § 2) – weniger bestandskräftig als die reale Substanz eines Grundstücks. Im Schutze der Frau vor einem Insolvenzrisiko des Mannes erschöpft sich die *ratio* der *lex Iulia* demnach nicht.<sup>75</sup> Auch wo keine Insolvenzgefahr droht und die Frau garantiert Wertersatz erhalte, darf ihr Anspruch auf Rückgabe des Dotalgrundstücks *in natura* nicht durch eine Veräußerung vereitelt werden. Mittels *iusiurandum in litem* kann die Frau bei der *actio rei uxoriae* die Rückübereignung des Grundstücks erzwingen.<sup>76</sup>

#### 9) *Der fundus aestimatus in dotem datus*

Ob einem Ehemann Befreiung vom Veräußerungsverbot erteilt werden kann, sodass er über Dotalgrundstücke frei verfügen kann, wird weder in den Quellen noch im Schrifttum erörtert. Von einer Befreiungsklausel hätten viele Nupturienten bei Mitgiftbestellungsvereinbarungen Gebrauch gemacht.<sup>77</sup> Die meisten gesetzlichen Verbote sind aber, da zum *ius publicum*

<sup>74</sup> *D.* 23.3.54 u. a.; Marcian in *Schol. Sinaitica* § II. Sogenannte rechtsgeschäftliche oder „Mittel“-Surrogation. *Pretium succedit in locum rei*. A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln – Weimar – Wien 1965, S. 33–34; KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 333, Anm. 8; F. A. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en derecho romano*, Valladolid 1997, S. 223–274, ausführlich rezensiert von H. ANKUM, *Orbis Iuris Romani* 6 (2000), 261–281; 278 ff.; SIRKS, „Das Dotalprivileg in den deutschen Gebieten“ (o. Anm. 13), S. 542–543 mit weit. Lit. Die gezogenen Früchte gehören jedoch nicht zur Mitgift, sondern sind vom Manne für den Unterhalt der Familie zu verwenden: *D.* 23.3.7.1; 23.3.32.

<sup>75</sup> Dahingehend deutet den Gesetzeszweck allerdings STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 256; seiner Ansicht nach (mit Lit. in Anm. 63) sei dies die herrschende Auffassung.

<sup>76</sup> *D.* 24.3.25.1 *i.f.*: „... quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat“. KASER & HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (o. Anm. 24), S. 339–540 mit Anm. 45. Das Interesse an der Naturalrestitution ist vorrangig.

<sup>77</sup> Durch die heute häufig vereinbarte Gütertrennung können die Ehegatten einander

gehörig,<sup>78</sup> nicht derogierbar; „publicum ius privatorum pactis mutari non potest“ (D. 2.14.38). Nach der *oratio Severi* durften Tutoren und Kuratoren allerdings ein vom Mündel geerbtes Grundstück ohne prätorisches Dekret veräußern, wenn ihnen der Testator dies letztwillig erlaubt hatte.<sup>79</sup>

Dem Mitgiftempfänger kann ein Grundstück jedoch zum Schätzwert übereignet werden (Quellen folgen sogleich Anm. 81). Ähnlich einem Verkauf ist dann nicht der *fundus*, sondern dessen geschätzter Wert *in dote*, und die das Grundstück treffenden Gefahren trägt der Ehemann. Dies enthält keinen Widerspruch zur Unabdingbarkeit des Veräußerungsverbots und bildet auch keine *fraus legis*.<sup>80</sup> Denn bei der *res aestimata in dotem data (venditionis causa)* bestimmt der Besteller (meist die Frau) sogleich deren Wert. Die Mitgift besteht allein aus dem geschätzten Wertbetrag; das Grundstück steht dann ohne dotalrechtliche Bindungen zur Disposition des Mannes. Bei einer rechtsgeschäftlichen Befreiung vom Veräußerungsverbot oder bei einem antizipiert erteilten Generalkonsens der Frau könnte hingegen der Mann später den Verkaufspreis und die Vertragskonditionen dem Gesetz zuwider ohne ihre Mitwirkung mit dem Erwerber allein aushandeln.

Zum Schätzwert sollte man ein Grundstück in eine Ehe, die jahrzehntelang dauern kann, aber nur bei dauerhaft stabilen Währungsverhältnissen einbringen. Denn bei sinkendem Geldwert steigen erfahrungsgemäß die Grundstückspreise; die Auswirkungen zeigen sich umso deutlicher, je länger das Eheband besteht. Angesichts möglicher Verschiebungen der Wertrela-

von den Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB befreien, denn diese gelten nur im gesetzlichen Güterstand der sogenannten Zugewinngemeinschaft.

<sup>78</sup> J. CHORUS, *Handelen in strijd met de wet*, Leiden 1976, S. 96–176; M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, S.144.

<sup>79</sup> D. 27.9.1.2: „... nisi ut id fieret parentes testamento vel condicillis caverint“. Die Gestattung kann auch aus einem ansonsten ungültigen Testament hervorgehen: D. 27.9.14; Cf. 6.72.3 (a. 295); ANKUM, „L'interprétation de l'oratio Severi“ (o. Anm. 1), S. 5.

<sup>80</sup> G. PFEIFER, „Die Mitgift zum Schätzbetrag als Umgehung eines Veräußerungsverbots“, [in:] J. D. HARKE (Hrsg.), *Africani quaestiones. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin – Heidelberg 2011, S. 73–78, kritisch zu F. M. MAZZANTE, *Dos aestimata, dos vendita? Die geschätzte Mitgift im römischen Recht*, Frankfurt am Main 2008, S. 59–60; 55 ff. (PFEIFER war Zweitgutachter in dem Promotionsverfahren).

tion steht sich die Mitgiftbestellerin günstiger, wenn sie sich ein Wahlrecht ausbedingt zwischen der Rückgewähr des Grundstücks *in natura* und der Leistung des vereinbarten Schätzpreises. Bei einer späteren Auflösung der Ehe kann sie sich dann für die vorteilhaftere Variante entscheiden. Ein zugunsten der Frau vereinbartes Wahlrecht muss ihr bis zur Beendigung der Ehe erhalten bleiben; der Mann darf das Grundstück mithin nicht veräußern.<sup>81</sup> Steht die Wahl hingegen dem Manne zu, dann übt er mit dem Verkauf des Grundstücks zugleich sein Wahlrecht aus.<sup>82</sup> Ist das Wahlrecht nicht ausdrücklich der Frau vorbehalten, so steht es dem Manne als dem zur Rückgewähr der Mitgift eventuell verpflichteten Schuldner zu.<sup>83</sup> Ohne ausdrücklichen Vorbehalt war die Ehefrau demnach vor einer Grundstücksveräußerung nicht geschützt. Wegen dieses nicht leicht kalkulierbaren Risikos war eine Mitwirkung beratender Kautelarjuristen bei Mitgiftbestellungen folglich sehr zu empfehlen. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen empfahl sich schon wegen des schwer zu berechnenden Grundstückswertes, bei dem künftige Entwicklungen zu berücksichtigen waren.

#### 10) *Die pars fundi*

Für „Grundstück“ haben wir im Deutschen nur dieses eine Wort,<sup>84</sup> das Lateinische hat deren zwei: *fundus* und *praedium*.<sup>85</sup> *Praedium* ist das ein-

<sup>81</sup> Julian-Afrikan *D.* 23.5.11; kursorisch dazu Alberto BURDESE, *Studi in onore di Emilio Betti* II, Napoli 1962, S. 176–177.

<sup>82</sup> Julian-Afrikan *D.* 23.5.11 Satz 2.

<sup>83</sup> *D.* 23.3.10.6. Ebenso allgemein bei der Wahlschuld gemäß § 262 BGB.

<sup>84</sup> Zum modernen Recht und vergleichend CH. VON BAR, „Wozu braucht man und was sind Grundstücke?“, [in:] P. MANKOWSKI & W. WURMNEST (Hrsgg.), *Festschrift Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München 2014, S. 585 ff.

<sup>85</sup> Außerdem heißt ein Platz ohne Gebäude in der Stadt *area*, auf dem Lande *ager*. Ein *ager* mit einem Gebäude heißt *fundus* (Landgut, Wirtschaftsgrundstück), so Florentinus *D.* 50.16.211. Zum Verhältnis dieser Definitionen zur stoischen Sprachtheorie: Serena QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, Napoli 1996, S. 231–232. mit reichen Lit.-angaben. Eigentlich ist *fundus* das Fundament, der Grund und Boden, das zu Unterste, die Tiefe, wie im Stoßgebet des Psalms 130 *De profundis*...

zelle Stück Erdoberfläche, *fundus* im technischen Sinne die landwirtschaftliche Produktionseinheit.<sup>86</sup> Beide Bedeutungen werden aber nicht deutlich getrennt. Welchen Ausdruck die *lex Iulia* verwendete, ist ungewiss.<sup>87</sup> Die beiden vorjustinianischen Quellen, *PSent.* 2.21b.2 und *Gai.* 2.63, sprechen vom *praedium* (oben I § 1 und II § 3). Innerhalb des Digestentitels 23.5 überwiegt hingegen deutlich das Wort *fundus* mit 22 Paragraphen gegenüber 12 mit *praedium*. Da die Juristen, insbesondere die Spätclassiker Paulus und Ulpian, beide Ausdrücke promiscue gebrauchen,<sup>88</sup> maßen sie dem terminologischen Unterschied offenbar keine Bedeutung bei.

Erweiternd ausgelegt wurde entsprechend der Devise des Gaius *D.* 23.5.4 auch der Grundstücksbegriff. Unter *praedium* oder *fundum* ist auch der Teil eines solchen zu verstehen, lehrt Ulpian<sup>89</sup> (ein *argumentum a maiore ad minus*, entsprechend der *regula* des Gaius *D.* 50.17.113: *In toto et pars continetur*). Das gilt für die Verwendung des Begriffs sowohl in einem Gesetz (wie hier) als auch in einer letztwilligen Verfügung.<sup>90</sup> Ob mit *pars* ein realer Grundstücksteil oder eine ideelle Miteigentumsquote gemeint ist, wird

<sup>86</sup> *Aliquid integrum* nach *D.* 50.16.60 *pr.*

<sup>87</sup> U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40), S. 114, Anm. 142 hält das Wort *praedium* im Gesetzeswortlaut für „sicher“; er lässt aber die überwiegende Anzahl der Texte mit *fundus* unerwähnt. Wesels Vermutung mag zutreffen; denn außer den beiden vorjustinianischen Quellen gewinnt man aus Papinian *D.* 23.5.12 *pr.* (*dotale praedium intellegitur*), sowie aus Ulpian *D.* 23.5.13 *pr.* („dotale praedium accipere debemus“) und *D.* 23.5.13.2 („dotale praedium sic accipimus“) den Eindruck, dass der Gesetzeswortlaut kommentiert wird. Hinzukommt Gaius *D.* 23.5.4 („lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit“). – Die von *fundus* redenden Quellen, nämlich Tryphonin *D.* 23.5.16 („lex Iulia, quae vetat fundum dotalem alienari“) und Paulus *D.* 23.5.3 *pr.* („fundus dotali servo legatus ad legem Iuliam pertinet“) fallen demgegenüber geringer ins Gewicht.

<sup>88</sup> Julian verwendet beide Wörter jeweils im selben Satz: *D.* 23.5.7 *pr.*–1; ebenso Paulus *D.* 23.5.1 *pr.*

<sup>89</sup> Ulpian *D.* 23.5.13.1: *Praedii appellatione etiam pars continetur. proinde sive totum praedium in dotem sit datum sive pars praedii, alienari non poterit: et hoc iure utimur.*

<sup>90</sup> *Nam et pars fundi fundus recte appellatur*, lautet die Begründung in Ulpian *D.* 30.34.15 für das folgende Legat: „Ich vermache ein Grundstück so, dass er einen Teil haben soll“: „videri enim fundi appellatione non totum fundum, sed partem appellasse“; mit der Bezeichnung *fundum* habe er einen Teil desselben (eine Parzelle) gemeint.



nicht spezifiziert; vermutlich sind beide Fälle intendiert.<sup>91</sup> Der Ehemann darf daher weder eine Parzelle aus dem *fundus* veräußern noch eine Miteigentumsportion abtreten. Ebenso wenig darf er zwecks Auseinandersetzung gegen Miteigentümer ohne Zustimmung seiner Frau die Teilungsklage erheben. Aufgrund eines vom anderen Teilhaber erwirkten Teilungsurteils kann der Ehemann allerdings das Eigentum verlieren;<sup>92</sup> denn die richterliche *adiudicatio* an den Kläger wäre keine *alienatio voluntaria*.<sup>93</sup> Die dem beklagten Ehemann zugesprochene Ausgleichszahlung tritt dann als Surrogat an die Stelle des dem Mitgiftvermögen entgangenen Eigentumsanteils, also die *quantitas qua socius marito damnatus fuerit*.<sup>94</sup>

### 11) *Impensae necessariae*

Eine quotenanteilige Mitberechtigung an demselben Grundstück (etwa zur einen ideellen Hälfte *fundus dotalis*, zur anderen mitgiftfreies Vermögen des Mannes) konnten sich die Juristen offenbar schwer vorstellen. Das zeigt sich an den Auswirkungen der Regel *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*. Notwendige Verwendungen auf Gegenstände des Dotalgutes mindern es insoweit, als es in Geld besteht (auch aufgrund von *venditionis causa* zur Mitgift eingebrachten Sachen). Fehlt eine abzugsfähige Geldsumme, dann

<sup>91</sup> BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 98. Nach der engeren Auffassung von Quintus Mucius sei unter *pars* nur der ideelle Anteil zu verstehen. Servius verstand darunter aber auch ‚*non ineleganter*‘ die *pars pro diviso*; dies berichtet Paulus *D.* 50.16.25.1. Reale Grundstücksteile heißen auch *loci* oder *regiones*. G. KLINGENBERG, „Die Ersitzung von *partes fundi*“, [in:] *Poeta Petrovi Blabovi* (o. Anm. 1), S. 205 ff.

<sup>92</sup> Zum Teilungsverfahren wäre zweckmäßigerweise die Ehefrau als Streithelferin ihres Mannes hinzuzuziehen, damit sie ihr Interesse an einer gerechten Teilung wahrnehmen kann. Nur mit ihrer Zustimmung kann nämlich auch umgekehrt im vorjustinianischen Recht ihr Mann aktiv auf Teilung klagen.

<sup>93</sup> Vgl. *D.* 23.5.1 *pr. i.f.* Die *oratio Severi* erfordert dementsprechend kein Dekret des Prätors, wenn ein Miteigentümer des vom Tutor vertretenen Mündels auf Teilung klagt, *si communis res erit et socius ad divisionem provocet*, *D.* 27.9.1.2 *i.f.*

<sup>94</sup> Tryphonin *D.* 23.3.7.4; CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 441 mit weiteren Belegen.

müsste der Mann aufgrund seiner Impensen einen wertmäßig entsprechenden (proratarisch) mitgiftfreien (und folglich veräußerlichen) Eigentumsbruchteil am Dotalgrundstück erwerben. Die vorgestellte Existenz zweier qualitativ verschiedener Eigentumsquoten derselben Person am selben Grundstück bezeichneten (Pomponius-)Ulpian *D. 25.1.5 pr.* jedoch als absurd. Dies ist ein Beispiel dafür, wie sich Juristen (ähnlich wie bei Konfusion und Konsolidation) unter wirkliche oder vermeintliche Denkwürdigkeiten setzen können.<sup>95</sup> Der Ehemann könne daher den verbesserten Mitgiftgegenstand nur bis zur Erstattung seiner Verwendungen zurückbehalten (so auch Paulus *D. 23.3.56.3*). In dem seltenen (wohl eher theoretischen) Extremfall, dass die Verwendungen den Wert des Grundstücks erschöpfen oder sogar übersteigen, sei allerdings ein mitgiftfreies Alleineigentum des Mannes anzunehmen. Hieran zeigt sich beispielhaft die Neigung römischer Juristen, mit der Bildung von Extremfällen zu argumentieren. Ein solcher Grenzfall ist unrealistisch, denn den Wert des Grundstücks mitsamt dem Gebäude erreichende oder gar übersteigende Verwendungen dürften kaum noch notwendige Erhaltungsmaßnahmen sein. Zu ihrer Erstattung gewährten Scaevola-Paulus *D. 23.3.56.3* der Frau ein Jahr Zeit. Innerhalb dieser Frist, oder solange die Frau die Impensen erstatten kann,<sup>96</sup> darf der Mann das Grundstück nicht veräußern.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Der Übergang einer der Wertsteigerung entsprechenden ideellen Quote in das mitgiftfreie Eigenvermögen des Mannes am Dotalgrundstück ist keineswegs unvorstellbar. Unvermeidlich ist es ebenso, wenn Mann und Frau vorehelich Miteigentümer desselben Grundstücks waren und der ideelle Anteil der Frau naheliegenderweise zur Mitgift bestellt wird und so zum Bruchteil des Mannes hinzukommt. – Die Überschwerung der dem Erben zustehenden *quarta Falcidia* mit Vermächtnissen führt *ipso iure* zur proratarischen Minderung der Legate (*D. 35.2.73.5*); Erbe und Legatar werden Miteigentümer von *per vindicationem* vermachten Gegenständen, etwa eines Sklaven oder Grundstücks (*D. 35.2.49 pr.*). Dadurch entsteht zwar kein „Miteigentum (unterschiedlicher Qualität) in einer Hand“. Anders als Erbe oder Legatar könnte der Ehemann nicht gegen sich selbst die Teilungsklage erheben. Ihrer bedarf der Ehemann aber auch nicht; er kann die *actio rei uxoriae* seiner Frau abwarten.

<sup>96</sup> BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 450. Wie kam Scaevola auf die Jahresfrist? Wurde etwa jährlich abgerechnet? Der Mann könnte seiner Frau auch eine angemessene Frist zur Erstattung setzen.

<sup>97</sup> Nach den längeren (zum Teil widersprüchlichen) Fragmenten zu urteilen, beschäftigte die Problematik stark die Phantasie mehrerer Juristen. Erstattet die Frau die Impensen, wird der Wertverlust am Dotalgrundstück ausgeglichen, beziehungsweise ihre Mit-

Notwendige Verwendungen sind beispielsweise Ausgaben zwecks Ausbesserung und Wiederherstellung eines baufälligen Gebäudes (*D. 25.1.3.1 und 14 pr.*). Für das Mitgiftgrundstück entrichtete Grundsteuern und sonstige öffentliche Abgaben (*stipendia vel tributa*) sind hingegen nicht von der Frau zu erstatten, sondern aus den Nutzungen des Grundstücks zu bestreiten (*D. 25.1.13*).

## 12) Dienstbarkeiten

a) Servituten sind zwar keine *pars fundi*, jedoch teilen sie als dinglich radiizierte Rechte in der Regel das Schicksal des herrschenden und des dienenden Grundstücks. Aus dem Zusammentreffen eines Dotalgrundstücks, dem eine *servitus* dient, mit einem eigenen Grundstück des Ehemannes ergeben sich dogmatisch reizvolle Fallkonstellationen und nähere Präzisierungen des Verfügungsbegriffs. Behandelt werden sie in einer von den Kompilatoren aus Ulpianfragmenten zusammengestellten Katene, worin zu Beginn Julian zitiert wird; am Schluss kommt dann Julian mit einem Auszug aus seinem zitierten 16. Buch *Digestorum* persönlich zu Wort. Die Katene besteht aus einer im Telegrammstil abgehandelten graduellen Steigerung von Problemfällen bezüglich des Verlustes einer dem Mitgiftgrundstück dienenden Dienstbarkeit.

gift wertmäßig erhöht. Solange die Frau die Impensen erstatten kann, erklärte CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Amn. 3), S. 441 ff.; 443–444, die Erstreckung des Veräußerungsverbots anschaulich aus der *plena interpretatio* des Gaius *D. 23.5.4*: Die Veräußerung durch den Verlobten ist unerlaubt, weil das Grundstück zwar noch nicht dotal ist, es aber doch werden soll. Gelangte das Grundstück wie hier infolge der hohen Impensen ins Alleineigentum des Mannes, dann ist es zwar nicht mehr dotal, doch kann es mittels Ersatzes der Impensen wieder dotal werden. Sobald es gewiss ist, dass es nicht mehr dotal wird, kommt das Verbot in Wegfall. Soweit sich die beiden Fragmente *D. 23.3.56.3* und *D. 25.1.5 pr.*–1 inhaltlich widersprechen, sei nach Czyhlarz (CZYHLARZ, *ibidem*, S. 444) für das Pandektenrecht das letztere, aus der *sedes materiae De impensis in res dotales factis* stammende zu bevorzugen. Der vom Fragenkreis *ex professo* handelnde Digestentitel gibt im Zweifel eher den Willen wieder. Übertrieben quellenkritisch behandelte den Fragenkreis F. SCHULZ, „*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*. Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht der Kompilatoren“, *ZRGRA* 34 (1913), S. 57–106; weit. Lit. bei KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Amn. 30), S. 339–340 („ist noch nicht abschließend geklärt“).

*D. 23,5,5 (Ulp. 2. omn. trib.):* Iulianus libro sexto decimo digestorum scripsit neque servitutes fundo debitas posse maritum remittere neque ei alias imponere. – Julian schrieb im 16. Buch seiner Digesten, der Ehemann könne weder dem Grundstück dienende Servituten aufgeben noch es mit neuen belasten.

*D. 23,5,6 (Ulp. 5. adult):* Sed nec libertas servitutis urbano praedio dotali debita competit, ne per hoc deterior condicio praedii fiat. – Aber auch die Befreiung von der einem städtischen Mitgiftgrundstück dienenden Servitut kann nicht (als Folge der Nichtausübung) eintreten, damit die rechtliche Lage des Grundstücks nicht verschlechtert werde.

*D. 23,5,7 pr. (Iul. 16. dig.):* Si maritus fundum Titii servientem dotali praedio adquisierit, servitus confunditur... (Textlücke)... et hoc casu maritus litis aestimationem praestabit. Quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur. – Erwirbt der Ehemann das dem Dotalgrundstück dienende Grundstück des Titius, so erlischt die Servitut durch Konfusion... (Textlücke) ... und in diesem Falle wird der Ehemann den Schätzwert leisten (müssen). Sollte aber der Ehemann nicht zahlungsfähig sein, dann werden der Ehefrau gegen Titius analoge Klagen auf Wiederherstellung der Servitut gewährt.

*D. 23,5,7.1:* Sed cum uxor fundum cui praedia viri servitutem debebant in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute. Et ideo non potest videri per maritum ius fundi deterius factum. Quid ergo est? officio de dote iudicantis continebitur, ut reintegrata servitute iubeat fundum mulieri vel heredi eius reddi. – Gibt aber die Ehefrau ein Grundstück zur Mitgift, welches Grundstücken des Mannes diente, dann gelangt es an den Mann ohne die Servitut. Folglich kann man nicht annehmen, die rechtliche Lage des Grundstücks sei durch den Ehemann verschlechtert worden. Wie soll man dann verfahren? Der über die (Rückgabe der) Mitgift entscheidende Richter hat seiner Amtspflicht gemäß anzuordnen, dass das Grundstück unter Wiederherstellung der Servitut der Frau oder ihrem Erben zurückgewährt wird.

b) Nach dem in *D. 23,5,5* ausgesprochenen Grundsatz<sup>98</sup> ist sowohl die Aufgabe einer dem Dotalgrundstück dienenden Servitut als auch die Bela-

<sup>98</sup> Aus Ulpian's Monographie (ca. vom Jahre 215 n. Chr.) „über alle Gerichtsbehörden“. Nach LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, (o. Anm. 47), Ulpian Nr. 2262 unter der Rubrik *De*

stung desselben mit einer neuen Servitut trotz der vorgenommenen Formalakte nichtig. Solche Rechtsgeschäfte würden nämlich die rechtliche Lage des Grundstücks, insbesondere die Nutzungsmöglichkeiten und seinen Wert, verschlechtern.<sup>99</sup> Dasselbe gilt für Mündelgrundstücke gemäß *D. 27.9.3.5*; auf die Parallele weist Ulpian dort ausdrücklich hin. Der rechtsgeschäftlichen Aufgabe einer Servitut (dem *remittere*) gleichgestellt ist nach *D. 23.5.6* deren tatsächliche Nichtausübung; auch der *non usus* bleibt demnach folgenlos.<sup>100</sup> Während der Dauer der Ehe ist der Fristenlauf suspendiert: Eine Wegegerechtigkeit muss nicht ausgeübt, der Verstoß gegen eine *servitus altius non tollendi* muss nicht gerügt werden. Eine Verfügung kann demnach auch in einem Unterlassen bestehen. Der hier vorliegenden Nichtausübung der Servitut entspricht die Nichtverhinderung der Ersitzung durch einen Dritten infolge versäumter Klageerhebung in *D. 23.5.16*.

c) Nicht zu vermeiden ist hingegen das von Rechts wegen eintretende Erlöschen (das *amittere*)<sup>101</sup> infolge der als zwingend empfundenen Regel *Nemini res sua servit*.<sup>102</sup> Zur Illustration dieser Verwicklungen bildet Julian in *D. 23.5.7* zwei kaum der Praxis entnommene, sondern eher zwecks Schulung im Denken genial ausgedachte Problemfälle.

Gemäß *Fr. 7 pr.*<sup>103</sup> erwirbt der Ehemann ein dem Mitgiftgrundstück dienendes Nachbargrundstück für sich hinzu. Da er schon Eigentümer des Mitgiftgrundstücks ist und zwei Grundstücke in einer Hand einander

*tutelis et curis – De alienationibus prohibitis (Ad orationem divi Severi)*. Ulpian behandelte darin also unter anderem Vormundschaftssachen.

<sup>99</sup> Über Verschlechterungen tatsächlicher Art siehe die Ausbeute von Marmorblöcken, unten bei Anm. 120 ff.

<sup>100</sup> Wieso *D. 23.5.6* nur *praedia urbana* nennt, ist mir nicht erklärlich.

<sup>101</sup> Vgl. *amissa servitute* in *D. 23.5.7.1*.

<sup>102</sup> Literaturangaben zu dieser *regula* bei Cosima MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Göttingen 2011, S. 24, Anm. 48. Auf die aus ihrer Verbindung mit dem Mitgiftgrundstück folgenden Fragen geht MÖLLER nicht ein.

<sup>103</sup> Die umfangreiche Literatur zu diesem Fragment ist zusammengestellt von P. KIEß, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin 1995, S. 49. Hinzuzufügen sind K. L. STREICHER, *Periculum dotis*, Berlin 1973, S. 35–36 und J. MIQUEL, „Variantes mecánicas en los primeros ejemplares del Digesto“, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 2 (1990), S. 53–72.

rechtlich nicht „dienen“ können, erlischt zwangsläufig die zugunsten des Mitgiftgrundstücks bisher bestehende Dienstbarkeit.<sup>104</sup> Anschließend macht sich Julian Gedanken über das künftige Schicksal des vom Ehemann unter Befreiung von der Servitut hinzuerworbenen Grundstücks. Der Mann könnte es weiterverkaufen; er könnte es im Extremfalle sogar an den früheren Verkäufer Titius zurückverkaufen. Nur dieser letzte Fall wird im zweiten Teil des Fragments *D. 23,5,7 pr.* behandelt. Davor klafft offenbar eine schon seit alters erkannte, durch Zeilenausfall entstandene Lücke. Wegen der im zweiten Teil gegen denselben, schon zu Anfang genannten Titius gewährten analogen Klagen muss in der Lücke vom Wiederverkauf an Titius (ohne Neubestellung der Servitut) die Rede gewesen sein; im Schrifttum wird dies kaum bestritten. Über die diffizilen handschriftlichen Überlieferungen und die hypothesenreichen Rekonstruktionsversuche muss ich hier nicht berichten.<sup>105</sup> Denn die Textgestalt ist für uns nur Erkenntnismittel, aber nicht Selbstzweck.<sup>106</sup> Durch das Erlöschen der Dienstbarkeit wertvoller geworden, könnte der Ehemann vom Käufer einen höheren Preis erzielen. Um die Mitgift nicht zu schädigen, muss sich der Mann jedoch stattdessen pflichtgemäß vom Käufer (auch vom Wiederkäufer Titius) unter Preisreduktion die Wiedereinräumung der Servitut ausbedingen.<sup>107</sup> Wird die Wiederherstellung

<sup>104</sup> Grundsätzlich Gaius *D. 8.6.1*: „*Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit*“.

<sup>105</sup> Ich verweise auf die Kontroverse zwischen J. MIQUEL, „*D. 23, 5, 7 pr.*“, *ZRG RA* 81 (1964), S. 317–323 und R. RÖHLE, „Textgeschichten und Interpolationen in *D. 23, 5, 7 pr.*“, *ZRG RA* 100 (1983), S. 510–519; gegen RÖHLE die Replik von MIQUEL, „*Variantes mecanicas*“ (o. Anm. 103). Nach KIEß, *Die confusio* (o. Anm. 103), S. 50, Anm. 58 ist (obschon er seine Gründe nicht näher darlegt) entgegen Röhle der Ansicht von Miquel zu folgen. Ebenso kurz NÖRR, *Historiae iuris antiqui* III (o. Anm. 5), S. 1855 mit Anm. 51.

<sup>106</sup> Selbstzweck ist die Textgestalt hingegen für Philologen, auch für Herausgeber von Quelleneditionen. Vgl. G. DEVOTO, „*Il testo come fine e il testo come mezzo*“, [in:] IDEM, *Studi e problemi di critica testuale*, Bologna 1961, S. 3 ff.

<sup>107</sup> Die Ausführung beschreibt § 1 *if.* als *redintegrata servitute reddi*. Jeder Veräußerer kann sich in der *mancipatio* oder *in iure cessio* eine Servitut zugunsten eines anderen ihm gehörenden Grundstücks vorbehalten (*excipere*): KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 444. Einer Abwicklung in zwei Schritten (zuerst Rückübereignung, dann Servitutsneubestellung), wie von KIEß, *Die confusio* (o. Anm. 103), S. 50, Anm. 60 angenommen, bedarf es nicht.

der Servitut versäumt und das Grundstück deshalb teurer verkauft, dann bildet die Differenz die in Fr. 7 *pr.* genannte *litis aestimatio*, welche der Ehemann der Mitgift gutzuschreiben hat. Einfacher gesagt, besteht die *litis aestimatio* in dem Wertverlust, den das Grundstück infolge der erloschenen herrschenden Dienstbarkeit erlitten hat.<sup>108</sup> Erstatte der Ehemann diesen Wertverlust, wenn ihm die Wiederherstellung der Servitut nicht gelingt, kraft der *melius aequius*-Klausel der *actio rei uxoriae*.<sup>109</sup> Der Mann muss nämlich seiner geschiedenen Frau das Grundstück im gleichen Zustand zurückgewähren, wie er es zur Mitgift erhalten hat.

Zahlte Titius an den Ehemann wegen der Wertsteigerung infolge des Wegfalls der Servitut einen höheren Preis, dann wäre seine am Schluss des Fr. 7 *pr.* erwähnte Inanspruchnahme durch die Frau bei Insolvenz ihres Mannes nicht gerechtfertigt. Seine Verpflichtung zur Neubestellung wäre höchstens unter der Voraussetzung annehmbar, dass die Frau die Wertdifferenz ausgleicht. Die gegen Titius zu gewährenden analogen Klagen verstehen sich nur unter der Voraussetzung, dass er infolge unterbliebener Wiederherstellung der das zurückgekaufte Grundstück belastende Servitut bereichert ist. Neben ihm haftet dann der Ehemann wegen zurechenbarer Verschlechterung des Dotalgrundstücks. Unter den gegen Titius zu gewährenden *actiones utiles* ist primär an die *vindicatio servitutis* zu denken (auch *actio confessoria* genannt). *Utilis* ist sie in doppelter Hinsicht: weil das Erlöschen der Servitut hinweggingiert werden und weil sich die Ehefrau die *actio* vom Manne zuvor abtreten lassen musste.<sup>110</sup> Zur Abtretung war auch

<sup>108</sup> Noch einfacher ausgedrückt, besteht die *litis aestimatio* im Wert der Dienstbarkeit. Dieser Interpretationszusatz müsste in der Übersetzung durch Einklammerung kenntlich gemacht werden. So beifallswert die von Sandro Schipani herausgegebene italienische Übersetzung. Anders die deutsche Übersetzung von R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. H. SEILER & O. BEHRENDTS, Heidelberg 2005, *s.b.l.*

<sup>109</sup> Richtig STREICHER, *Periculum dotis* (o. Anm. 103), S. 36. Anders hingegen wohl *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht* (o. Anm. 103), S. 92, Anm. 47: Während bestehender Ehe bestehe für die Frau keine unmittelbare Insolvenzgefahr, folglich kein Bedürfnis für ihren vorzeitigen Rechtsschutz. Aber über den Zeitpunkt des vorzunehmenden Vermögensausgleichs sagt die Stelle nichts aus. (Sinnstörend ist in der Mitte von Kroppenbergs langer Fußnote vor „mit der *actio rei uxoriae* verpflichtet“ ein offenbar fehlendes „nicht“.)

<sup>110</sup> Anders (nicht leicht verständlich) W. SELB, „Formulare Analogien und *actiones utiles* am Beispiel Julians“, [in:] *Studi in onore Arlando Biscardi* III, Milano 1982, S. 339. Selb dach-

der insolvente Mann aufgrund der erwähnten *actio rei uxoriae* verpflichtet.<sup>111</sup> Aufgrund eines Pius-Reskripts erhielt der Zessionar gegen den Schuldner die abgetretene *actio* als *utilis*.<sup>112</sup> Und seine *Digesta* schrieb Julian eben unter Antoninus Pius.<sup>113</sup> Die Chronologie ist stimmig.

d) In dem abgewandelten seltenen Sachverhalt von *D. 23.5.7.1* belastete vor der Heirat eine Servitut das Grundstück des Mannes zugunsten eines zur Mitgift ausersehenen Grundstücks der Frau. Mit der Bestellung zur *dos* soll die Servitut ebenfalls wegen des Zusammentreffens des dienenden Grundstücks mit dem herrschenden in der Person des Ehemannes infolge der Regel *Nulli res sua servit* erlöschen. Der Erwerb eines Rechts ist zwar begrifflich keine Verfügung über das Recht; der Erwerb kann einer Verfügung jedoch gleichgestellt werden (vgl. § 1821 Abs. 1 Nr. 5 *BGB*). So ist es insbesondere hier, wo infolge des Erwerbs zusätzlich eine Erlöschensregel in Kraft tritt. Nach einer Auflösung der Ehe hat jedoch nach Julian der zur Entscheidung über die Erstattung der Mitgift berufene *arbiter* im Rahmen seines Ermessens (wie ein Teilungsrichter) für die Wiederherstellung der Dienstbarkeit zu sorgen (*D. 23.5.7.1 i.f.*)

te an eine der Frau *utiliter* zu gewährende *condictio* (vielleicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung); dagegen KIEß, *Die confusio im klassischen römischen Recht* (o Anm. 103), S. 51, Anm. 67. – KIEß, *ibidem*, S. 50–51 erklärte die *actiones utiles* hier mit längerer, aber nicht überzeugender Begründung für interpoliert. Seine Argumentation beruht auf mangelndem Problembewusstsein. Die entlegene Variante des ausgeklügelten Kathederfalles war für eine Veränderung durch die Kompilatoren nicht wichtig genug. Zur Zeit des Formularprozesses war die präzise Fassung der *formula* als Entscheidungsanweisung des Prätors an den *iudex* aber eine Hauptbeschäftigung der Juristen. *Actiones utiles* bilden als von der Musterformel abweichende Erweiterungsklagen ein Echtheitsindiz. Unter der späteren *extrordinaria cognitio* verlor der Unterschied seine Bedeutung, siehe nur *Pauli sententiae D. 3.5.46(47).1*.

<sup>111</sup> Insolvent ist der Ehemann, weil er den Schätzwert der Mitgift nicht erstatten kann, obgleich er das Mitgiftgrundstück zurückgewähren kann und muss. Hieran erkennt man, dass der *fundus dotalis* für Schulden des Ehemannes nicht verwertet werden darf, siehe unten Anm. 174.

<sup>112</sup> *D. 2.14.16 pr.* (dort dem Erbschaftskäufer gewährt); A. WACKE, [in:] *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VIII*, Napoli 2001, S. 342 ff.

<sup>113</sup> D. LIEBS, [in:] R. HERZOG *et alii* (Hrsgg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV*, München 1997, S. 104.



e) Die Pflicht zur Wiederherstellung der durch Vereinigung erloschenen Servitut mag im Ergebnis befriedigen. Der Nachteil dieser Lösung liegt jedoch darin, dass beispielsweise ein vor der Ehe nachrangig bestelltes Pfandrecht im Rang aufgerückt ist; und ohne Zustimmung des Pfandgläubigers kann es nicht auf seine frühere Rangstelle zurückgedrängt werden. Die Subsumption des Miftgrundstücks unter das Dogma „Nulli res sua servit“ ist verfrüht, da dieses Grundstück zugleich *mulieris est* (o. Anm. 35). Solange mit einer Rückgabe für den Eventualfall einer Auflösung der Ehe gerechnet werden muss, ist das Eigentum des Ehemannes am *fundus dotalis* treuhänderisch gebunden und damit von anderer Qualität als seine eigenen *res extra dotem*. Dieses Bedenken hat Julian übersehen; das Eigentum des Ehemannes an der Mitgift wird überbetont. Die tatsächlichen Ausübungsmöglichkeiten der Dienstbarkeit ändern sich überdies durch den rechtlichen Zusammenfall nicht. Ein Wegerecht kann weiterhin zum Gehen, Fahren oder Reiten benutzt werden. Gegen eine rechtlich entfallene prohibitorische Servitut darf der Ehemann insbesondere auch künftig nicht verstoßen. Seine im Eventualfalle einer Scheidung fällig werdende Pflicht zur Wiederherstellung der Servitut darf er sich nicht unmöglich machen. Ein entgegen einer *servitus altius non tollendi* errichtetes Bauwerk müsste er zumindest wieder abreißen. Aber schon gegen den Beginn einer servitutswidrigen Bebauung kann seine Frau Protest einlegen. De facto veränderte mithin die Konfusion das Verhältnis zwischen dienendem und herrschendem Grundstück nicht. Die Servitut besteht zwar nicht *civiliter*, aber *naturaliter* fort.<sup>114</sup>

Die Herkunft des Dogmas *nulli res sua servit* erkläre ich mir aus der für die Römer unvorstellbaren Bestellung einer Dienstbarkeit durch Ingeschäft und der Unmöglichkeit einer dauerhaften rechtlichen Selbstbindung. Ein Eigentümer kann sich selbst gegenüber nicht mit bindender

<sup>114</sup> Vgl. *mutatis mutandis* den glücklichen Gedanken von Paulus *D. 36.1.61(59) pr.*: remanet propter pignus naturalis obligatio. Bei bloß vorübergehendem Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner „bleibt zwecks Aufrechterhaltung der Pfandhaftung eine unklagbare Verbindlichkeit übrig“. Dazu A. WACKE, „Die Konfusion: Schuldtilgungsgrund oder bloßer Wegfall der Klagbarkeit?“ [in:] *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jh., Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Köln 2009, S. 543 ff.; 574 ff. Das dort für die schuldrechtlichen Wirkungen Gesagte lässt sich entsprechend auf die dingliche Duldungspflicht bei der Servitut übertragen.

Wirkung für alle Zukunft erklären: „An meinem *fundus Cornelianus* besteht ein Wegerecht zugunsten meines *fundus Sempronianus*.“ Eine solche Bestimmung könnte der Eigentümer jederzeit wieder zurücknehmen. Das konträre Erlöschen einer zwischen zwei fremden Grundstücken bestehenden Servitut bei ihrem Zusammenfall in einer Person erklärt sich dann als weitere Folgerung aus dem Prinzip der Initialrückziehung.<sup>115</sup> Gemäß §§ 1063, 1256 je Abs. 2 *BGB* erlischt aber ein beschränktes dingliches Recht nicht durch Vereinigung mit dem Eigentum, soweit an dessen Aufrechterhaltung ein Interesse besteht. Ein solches Interesse hat hier die Ehefrau am Fortbestand einer ihrem Dotalgrundstück dienenden Servitut am Grundstück ihres Ehemannes. Mit der konstruktiven Vorstellung, dass die Servitut während der Dauer der Subjektsvereinigung in der Person des Mannes nur ruht, aber nicht erlischt,<sup>116</sup> wäre dem Interesse der Ehefrau besser gedient.

Wenn das eine Grundstück faktisch einem anderen desselben Eigentümers dient und nach seinem Tode beide Grundstücke verschiedenen Personen zufallen, wurde überdies die rechtliche Existenz einer entsprechenden Servitut zwischen beiden Grundstücken angenommen.<sup>117</sup> Aus der bisherigen faktischen Observanz folgerte man ein rechtliches

<sup>115</sup> A. G. BRITO, „*Quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest*“, [in:] ALTMEPPEN & REICHARD (Hrsg.), *für Rolf Knütel* (o. Anm. 71), S. 401 ff. Kritisch zu der von P. KRETSCHMAR, *Die Theorie der Confusion*, Leipzig 1899, sogenannten Initialrückziehung jedoch WACKE, „Die Konfusion“ (o. Anm. 114), S. 560–561.

<sup>116</sup> Dieser Ansicht waren nach Gai 4.78 die Prokulianer in dem Fall, dass der von einem Sklaven Geschädigte später den Sklaven erwirbt. Nach Meinung der Sabinianer erlosch damit die Noxalklage definitiv, weil der Geschädigte nicht gegen sich selbst klagen kann. Ihre Ansicht wurde später zur herrschenden. Die Gegenmeinung der Prokulianer, wonach die Klage nur für die Dauer des Gewaltverhältnisses ruht, hat aber die besseren Gründe für sich; siehe WACKE, „Die Konfusion“ (o. Anm. 114), S. 573–574. Beim Zusammenfall von herrschendem und dienendem Grundstück in einer Hand entsteht (abweichend von der schuldrechtlichen Konfusion wegen der entfallenden Klagbarkeit) – wie im Text gezeigt – nicht einmal ein Ausübungshindernis.

<sup>117</sup> KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 444 und Anm. 55 mit reichen Nachweisen. Rezipiert vom französischen Code civil in Art. 692 als „destination du père de famille“. Ebenso Art. 1062 ital. *Codice civile*; S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino 1950, S. 193, ebenfalls mit vielen Lit.-angaben; G. GROSSO neu [in:] *Scritti storico giuridici* 11, Torino 200, S. 153 ff. und 455 ff.

Verhältnis (hier galt einmal der Satz *ex facto oritur ius*). Diesen Rechtsgedanken hätte man auf die güterrechtliche Auseinandersetzung zwischen Ehegatten übertragen können. Ähnlich wie das Veräußerungsverbot gemäß *D. 23.5.6* den Fristenlauf hemmte und die Nichtausübung der Servitut folgenlos blieb, hätte auch das Dogma *Nulli res sua servit* für die Dauer der Ehe suspendiert werden sollen. Erst nach der Beendigung der Ehe hätte es in Kraft treten dürfen, wenn feststeht, dass dem Manne die Mitgift dauerhaft zugute kommt. Ebenso wie die Konvaleszenz einer nichtigen Grundstücksveräußerung nach Marcellus und Papinian (unten III § 2) dürfte auch die Konfusion erst unter den Voraussetzungen und in dem Zeitpunkt eintreten, in dem die *dos* dem Ehemann *lucro cessit*. Vorher ist die *dos* eben, wie an der Regelung des Schatzfundes erkenntlich (Anm. 124), doch noch gewissermaßen Frauengut (*mulieris tamen est*: Anm. 35). Mit Julians zur Denkschulung ersonnenen Problemfällen setzte sich leider kein späterer Jurist kritisch auseinander. Die wenig akzeptablen Konsequenzen der von ihm (wohl etwas übereilt) vorgeschlagenen Lösungen hat sich Julian nicht konkret genug vorgestellt.

### 13) Früchte und Bodenschätze

a) Früchte sind eine *pars fundi*, solange sie vom Boden nicht getrennt wurden (*fructus pendentes*, *D. 6.1.44*). Im Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaft getrennte Früchte sind zur Tragung der Lasten des Ehestandes (der *onera matrimonii*) bestimmt: landwirtschaftliche Naturalfrüchte für den Verzehr, der Überschuss zur Veräußerung zwecks Erzielung von Einkünften für den Unterhalt der Familie. Andere Grundstückserzeugnisse, die nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht als Ertrag anzusehen sind (sogenannte „Übermaßfrüchte“ im Sinne von § 993 *BGB*),<sup>118</sup> werden hingegen als *partes fundi* dem Totalvermögen hinzugerechnet. Gemäß *D. 23.5.8* ließ der (später verstorbene) Ehemann Weinstöcke roden, um neue Reben zu pflanzen. Die als Brennholz (*ligna*) verwendbar-

<sup>118</sup> Entsprechend den *arbores quae fructus non essent* in *D. 23.3.32*. Ebenso differenzierend *D. 24.3.7.12*. Ein Überblick bei R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, S. 296 ff.

ren alten Weinstöcke gebühren nach Alfenus der Ehefrau. Im konkreten Falle geschah die Rodung auf Bitten der Ehefrau (*uxoris rogatu*). Ohne ihre Einwilligung würden die als „Übermaßfrüchte“ anzusehenden gerodeten Weinstöcke jedoch ebenfalls zur Mitgift gehören.<sup>119</sup> Dieser frühe Beispielsfall ist einer der wenigen, in dem wir Näheres über die Nutzungsart des Dotalgrundstücks (hier als Weinberg, *olivetum*) erfahren.

b) Von den Bodenschätzen galten nach Ulpian *D.* 24.3.7.14 die meisten als Früchte des Grundstücks, beispielsweise Kreide oder Sand, sogar Edelmetalle wie Silber und Gold. Bei vom Ehemann entdeckten Marmorblöcken (und Steinen) wurde merkwürdigerweise unterschieden: Als den Früchten gleichstehend<sup>120</sup> gelangten sie mit der Trennung (Gewinnung) ins Eigentum des Mannes,<sup>121</sup> falls sie (wie Baumstämme) nachwachsen<sup>122</sup> (was mineralogisch kaum glaubhaft erscheint, Ulpian zufolge

<sup>119</sup> Anders GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium*, (o. Anm. 21), S. 72 mit Anm. 56: Ändern dürfe der Mann die Nutzungsart des *fundus* nur mit Einwilligung seiner Frau. Bei einem Verstoß werde er regresspflichtig. Praktische Fälle wie dieser können jedoch für die Entscheidung unwesentliche Sachverhaltselemente enthalten. Hier gehört *uxoris rogatu* noch zur Geschichtserzählung, ist aber nicht Tatbestandsvoraussetzung. Für Alfen ging es nur um die dingliche Rechtslage. Und der Austausch alter Weinstöcke gegen neue im Abstand von einigen Jahren gehört zur üblichen Weinbaukultur. Ihre Verwendbarkeit als Brennmaterial war für Alfen keine *quantité négligeable*. Gleichfalls irrelevant ist es für dieses Ergebnis, dass der Ehemann seiner Witwe die Mitgift testamentarisch vermachte (*dos relegata*). Zur *actio rei uxoriae* trat aufgrund des Legats die *actio ex testamento* mit grundsätzlich gleichem Inhalt konkurrierend hinzu. Vgl. L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano 1940, S. 147. Ein kommentarloser Textabdruck mit einigen Lit.-Hinweisen bei R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati* 1, Padova 1964, S. 131 und N. PALAZZOLO, *Dos praelegata*, Milano 1968, S. 29–30. *Novellum* oder *novelletum* heißt die Pflanzung junger Obstbäume oder Weinstöcke; auf eine Vorliebe Alfens für Diminutive ist daraus entgegen H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, Berlin 1999, S. 62, Anm. 144 nicht zu schließen.

<sup>120</sup> Dem widerspricht allerdings diametral Ulpians Begründung in *D.* 24.3.7.13: „quia nec in fructu est marmor“. Diese Bemerkung bildet seit alters eine *crux interpretationis*, an der schon Cuiacius und Faber verzweifelten, siehe G. NEGRI, *Diritto minerario romano* 1, Milano 1985, S. 337.

<sup>121</sup> So Labeo *D.* 23.5.18 *pr.* für noch auf dem Dotalgrundstück lagernde Marmorsteine. Zu beurteilen hatte Labeo offenbar diesen praktischen Fall, denn für bereits entfernte Steine muss dasselbe erst recht gelten.

<sup>122</sup> So Javolen (einschränkend zu Labeo) *D.* 23.5.18 *pr. i.f.*; ebenso Ulpian *D.* 24.3.7.13. Nach der hier nicht näher zu untersuchenden komplizierten Quellenlage war umstritten, ob die

aber kurioserweise in Gallien und in Kleinasien vorgekommen sein soll).<sup>123</sup> Nach Paulus *D. 24.3.8 pr.* richtete sich der Umfang des Ausbeutungsrechts des Ehemannes an auf dem Dotalgrundstück befindlichen Steinbrüchen nach der Vereinbarung bei der Mitgiftbestellung. Vom Dotalgrundstück getrennte bzw. entfernte Sachen sind nicht mehr Grundstücksbestandteile und darum ungehindert durch die *lex Iulia* veräußerlich. Ihr Erlös ist im Scheidungsfalle entsprechend den in *D. 24.3.7 pr.*-16 ausführlich erörterten Maßstäben zwischen Mann und Frau aufzuteilen. Ein auf dem Mitgiftgrundstück gefundener *Schatz* gehört nach *D. 24.3.7.12* nicht zu den Früchten; nach dem für den Schatzfund von Hadrian aufgestellten Halbteilungsgrundsatz gehört deshalb die Hälfte davon zur Mitgift der Ehefrau.<sup>124</sup>

Anlegung von Marmorbrüchen das Grundstück verschlechterte oder nicht vielmehr verbesserte, ferner inwieweit zu diesem Zweck erbrachte notwendige oder nützliche Verwendungen aus dem Dotalvermögen zu ersetzen waren. Diese Diskussion vermittelt einen Eindruck davon, wie kontroversenreich wir uns das frühklassische Juristenrecht vorzustellen haben. Dazu besonders das letzte Kapitel bei NEGRI, *Diritto minerario romano* (o. Anm. 120) „Sui giacimenti minerari nel fondo dotale“ pp. 327–357. Nützlich auch die dogmengeschichtliche Untersuchung von J. DE BOER, *De winning van delfstoffen in het romeinse recht de middeleeuwse juridische literatuur en het Franse recht tot 1810*, Leiden 1978. Seinen § 4 unterteilt de Boer allerdings nicht nach Sachfragen, sondern schematisch-chronologisch nach Juristenfragmenten, wodurch die Zusammenhänge weniger deutlich hervortreten. Zur Kontroverse in *D. 23.5.18 pr.* auch F. WUBBE, „*Javolenus contra Labeonem*“, [in:] *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg 1985, S. 95–115 [= *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften*, Fribourg 2003, S. 306–307. Wenig aufschlussreich die kurzen Bemerkungen von F. HORAK, *Rationes decidendi* 1, Innsbruck 1969, S. 111 mit einigen Lit.-angaben, wo aber der Schlusssatz mit dem Widerspruch Javolens weggelassen ist.

<sup>123</sup> *D. 24.3.7.13*: anstatt *nisi tale sit* lies *nisi tales sint*, Haplographie. Zahlreiche gleichsinnige literarische Quellen bei NEGRI, *Diritto minerario romano* (o. Anm. 120), S. 343 ff.; R. LAMBERTINI, „*Lapis crescere potest*“, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 204 (1984), S. 127–135, siehe schon P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* 1, Halle, 1907/1959, S. 455 ff. – Eine vergleichbar erstaunliche Naturerscheinung (mit anderen Rechtsfolgen) ist das von antiken Juristen diskutierte seltene Auftauchen einer neuen Insel im Meere, am Beispiel der 1831 bei Pantelleria kurzzeitig entstandenen Insel „Ferdinanda“ anschaulich beschrieben von J. F. GERKENS, [in:] *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna* IV, Napoli 2007, S. 2177–2188 (auf französisch) und [in:] ALTMIPPEN & REICHARD (Hrsg.), *FS. Knüttel* (o. Anm. 71), S. 359–371 (auf deutsch).

<sup>124</sup> Das gegenteilige Ergebnis (Alleineigentum des Mannes als Finder) wäre nicht vertretbar.

Nach der Scheidung vom Manne gezogene Früchte gebühren der Ehefrau. Kommt aber die Frau mit der Rücknahme des Grundstücks in Verzug, dann müssten die Früchte nach dem Grundsatz „Wer sät, der mäht“ als Kompensation für die aufgewendeten Bestellungskosten dem Manne zustehen, auch wenn er für die *onera matrimonii* nicht mehr aufkommen muss.<sup>125</sup>

#### 14) Grundstückszubehör (*Pertinenzen*)

Zubehör eines Grundstücks sind seinem wirtschaftlichen Zweck dienende bewegliche Sachen. So wie ein *fundus cum instrumento* oft Gegenstand eines Vermächtnisses war,<sup>126</sup> dürfte ein Landgut nicht selten auch samt Zubehör zur Mitgift bestellt worden sein. Vom *instrumentum* eines Dotalgrundstücks handelt aber merkwürdigerweise keine überlieferte juristische Quelle. Mit der Veräußerung wichtiger Zubehörstücke (etwa vieler Zugtiere oder Fahrzeuge) würde die Bewirtschaftung eines Landgutes allerdings beachtlich verschlechtert. Dennoch war die Veräußerung von Grundstückszubehör anscheinend weder vom Gesetzeswortlaut noch (trotz der *plena interpretatio* bei Gaius *D.* 23.5.4) durch erweiternde juristi-

<sup>125</sup> So auch Labeo in dem speziellen praktischen Fall *D.* 23.5.18.1, dass der Mann vereinbarungsgemäß Zug um Zug gegen die Herausgabe des Grundstücks mit einem Teil des Grundstückswertes entschädigt werden solle, die Frau der Vereinbarung aber nicht nachkommt. Das *pactum dotale* sollte den Mann offenbar zu Wertsteigerungen des Grundstücks stimulieren. Nach der einschränkenden Ansicht Javolens, die sich durchsetzte (*quo iure utimur*), soll der Mann hingegen nur einen seinem Anteil am Grundstückswert entsprechenden Teil der Früchte bekommen. Dazu M. PENNITZ, „Zu den Voraussetzungen de *mora accipiendi*“, *ZRG RA* 123 (2006), S. 159 ff. Javolens Einschränkung, die als Billigkeitslösung wohl auf der *melius aequius*-Klausel der *actio rei uxoriae* beruht, leuchtet mir aber nicht ein. *Pro cura et cultura* müssten dem Manne sämtliche Früchte zustehen, solange es an der Frau liegt, dass sie das Grundstück nicht zurücknimmt. Derelinquieren oder verwahrlosen lassen darf der Mann das Grundstück nämlich nicht.

<sup>126</sup> A. STEINWENTER, *Fundus cum instrumento*, Vienna–Lepizig 1942; U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten*, Karlsruhe 1970, S. 8 ff.; Maria A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'instrumentum fundi*, Napoli 1996; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, „La villa tra produzione e consumo“, [in:] J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER & J.-P. CORIAT (Hrsgg.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, S. 77–92.

sche Auslegung verboten.<sup>127</sup> Eine dem Ehemann bei der Dosbestellung auferlegte Verbotsklausel hätte nur schuldrechtliche Wirkung entfaltet, aber die dingliche Wirkung einer verbotswidrigen Verfügung nicht beeinträchtigt.<sup>128</sup>

#### 15) Die Lage und die Nutzungsart des Grundstücks sowie dessen Vermietung

a) Keinen ausdrücklichen Hinweis enthalten die Quellen über den spezielleren Schutzzweck des Verbots, also über die Frage, ob ein Mitgiftgrundstück deshalb nicht veräußert werden durfte, weil Grundstücke die wichtigste und wertbeständigste Kapitalanlage darstellten, oder weil es als Wohngrundstück mit Haus, Hof und Herd den Lebensmittelpunkt der Familie bildete, oder weil seine landwirtschaftliche Nutzung dem Unterhalt der Angehörigen diene. Dass die Wohnbedürfnisse der Familie nicht ausschlaggebend waren, ergibt sich aus *D. 23.5.14 pr.*, wonach es genügt, wenn das Grundstück anlässlich der Heirat auf Weisung des Bräutigams einem Dritten übergeben wird.<sup>129</sup> Als Dritten kann man sich nur einen Mieter oder Pächter vorstellen (siehe sogleich sub b). Der Bräutigam erlangt mit der *traditio* an den Dritten im Wege des Durchgangserwerbs<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Der Begriff *fundus* erschöpfte sich für die römischen Juristen nicht in der schieren Existenz einer abgegrenzten Erdoberfläche. „Era pertanto implicita“, schreibt CAPOGROSSI COLOGNESI, „La villa tra produzione e consumo“ (o. Anm. 126), S. 92: „... la coscienza del suo peculiare valore economico e strumentale del bene.“ Von diesem Bewusstsein des Gutsbetriebes als einer organischen Einheit ist in den erhaltenen Quellen über den *fundus dotalis* allerdings nichts zu spüren. Im Schrifttum wird die Frage selten erörtert. Für eine Einbeziehung der Pertinenzen beiläufig (wohl analog zur *pars fundi*) VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-Recht* I (o. Anm. 19), S. 280.

<sup>128</sup> Entsprechend § 137 BGB, Art. 57 des polnischen *Kodeks cywilny*.

<sup>129</sup> Paulus *D. 23.5.14 pr.*: „Si nuptura Titio voluntate eius fundum dotis nomine Maevio tradit, dos eius condicionis erit, cuius esset si ipsi Titio fundum tradidisset“.

<sup>130</sup> Technisch „Geheißerwerb“ genannt, siehe H. J. WIELING, *Sachenrecht*, Heidelberg 2006 (2. Aufl.), § 9 VIII, mit Hinweisen auch auf römisches Recht. Ausführlich (aber nicht zu *D. 23.5.14 pr.*) F. KLINCK, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klass. röm. Recht*, Berlin 2004, S. 392, eingehend rezensiert durch Fritz STURM, *ZRG RA* 125 (2008), S. 790–804. Ein Erwerb durch *mancipatio* ist hier weder für den Ehemann noch für den Dritten

am Grundstück das bonitarische Eigentum;<sup>131</sup> am Provinzialgrundstück erlangt er das äquivalente Recht als *possessio vel ususfructus* (u. Anm. 162). Die von Gai. 2.63 erwähnten Formen quiritischen Eigentumserwerbs an der *dos* wurden jedenfalls in spätklassischer Zeit für das Eingreifen des Verbots nicht vorausgesetzt (u. Anm. 161).

b) Vermietung und Verpachtung sind als obligatorische Verträge keine Verfügungsgeschäfte.<sup>132</sup> Ein Mitgiftgrundstück konnte der Ehemann ungehindert durch das Veräußerungsverbot der *lex Iulia* vermieten oder verpachten. Im Falle vorzeitiger Mitgiftrückgabe verwendete man sinngemäß die bei einer Veräußerung der Mietsache üblichen *cautiones*: Der geschiedene Ehemann restituierte der Frau das verpachtete Grundstück nur Zug um Zug gegen das von ihr abzugebende Versprechen, dem Pächter den vereinbarten Fruchtgenuss weiterhin bis zum Pachtende zu gestatten bzw. den Mann von Schadensersatzansprüchen des Pächters wegen vorzeitigen Vertragsaufsage freizuhalten; die künftig anfallenden Pachtzinsraten gebührten der Frau.<sup>133</sup>

c) Städtische und ländliche Grundstücke sind vom Gesetz gleichermaßen betroffen.<sup>134</sup>

annehmbar. Durch *mancipatio* erwürbe der Ehemann Eigentum, auch wenn die Sache einem anderen übergeben wird. Eine *mancipatio* zugunsten des Dritten wäre aber eine von den *lex Iulia* verbotene weitere Veräußerung. *Tradit* in diesem Text (o. Anm. 129) ist folglich gewiss echt und nicht von den Kompilatoren anstelle von *mancipio dedit* eingefügt.

<sup>131</sup> *In bonis dotis esse* genügte für die Unveräußerlichkeit, vgl. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* 11 (o. Anm. 6), S. 449.

<sup>132</sup> *Non solet locatio dominium mutare*: Ulpian *D.* 19.2.39; vgl. *D.* 18.1.80.3. Die Besitzüberlassung aufgrund eines Miet- oder Pachtvertrages ist im modernen Recht aber zuweilen einer Verfügung gleichzustellen, z. B. wenn der Anspruch auf ein fremdbesitzerfrei zu verschaffendes Grundstück vorgemerkt ist.

<sup>133</sup> Sabinus bei Paulus *D.* 24.3.25.4. Das gleiche Retentionsrecht hatten die Erben des Mannes gegen den Anspruch der Frau aus einem Vermächtnis des Mannes auf Rückgabe ihrer Mitgift, Mela bei Ulpian *D.* 33.4.1.15. Eine Einwilligung der Ehefrau zur Verpachtung setzen beide Stellen nicht voraus. A. WACKE, „Miete und Pacht vom Nießbraucher oder Vorerben etc.“, [in:] J. GERNHUBER, H. LANGE, K. W. NÖRR & H. P. WESTERMANN (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1993, S. 489–527; 507. Aus der älteren Lit. kommt einzig VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-Recht* 1 (o. Anm. 19), S. 282, Anm. 37 kurz auf das Problem zu sprechen, mit weiteren Quellenangaben.

<sup>134</sup> *Urbana praedia* sind nicht nur innerhalb städtischer Gebiete liegende Flächen, sondern auch auf dem Lande, in Dörfern befindliche, sofern sie mit Stallungen, Unterkünften oder



*D. 23.5.13 pr.* (Ulp. 5. *adult.*): *Dotale praedium accipere debemus tam urbanum quam rusticum. Ad omne enim aedificium lex Iulia pertinebit.* – Unter einem Mitgiftgrundstück müssen wir ein städtisches ebenso wie ein ländliches verstehen. Auf jedes Bauwerk ist nämlich die *lex Iulia* zu beziehen.

Der zweite Satz enthält (trotz des Wortes *enim*) keine Begründung, sondern nur eine unlogisch verengende Wiederholung des ersten. Die im ersten Satz ausgedrückte Erstreckung auf Grundstücke in jeder Lage wird im zweiten auf Gebäude eingeschränkt. *Praedium* und *aedificium* werden zuweilen als Gegensätze verstanden.<sup>135</sup> Selbst wenn man unter *omne aedificium* hier ausnahmsweise „alle bebauten Grundstücke“ versteht,<sup>136</sup> wäre eine nicht urbar gemachte ländliche Parzelle nicht einbezogen. *Aedificium* kann hier jedoch auch das Bauwerk ohne Grundstück – also das Superädifikat (Erbbaurecht, *superficies*) – bedeuten. Wurde ein solches (veräußerliches, weil grundstücksgleiches) Recht zur Mitgift bestellt, dann kann es der Ehemann in entsprechender Anwendung der *lex Iulia* nicht übertragen.<sup>137</sup> Ebensowenig kann er als Eigentümer eines Mitgiftgrundstücks dieses mit einem Erbbaurecht, Nießbrauch, oder mit einer Emphyteuse belasten.<sup>138</sup> Beides sind sinnvolle, den Schutzzweck vervollständigende Aussagen. *Enim* wäre danach die Einleitung zu einem weiterführenden Analogieschluss.

auch mit der Erholung dienenden Villen bebaut sind, *D. 50.16.198*: *Quia urbanum praedium non locus facit, sed materia, ausschlaggebend ist also nicht die Lage, sondern die Beschaffenheit*; M. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge Zur Frage der Naturphilosophie im Klassischen Römischen Recht*, Wien – Köln – Weimar 1992, S. 30. Über weitere Abgrenzungskriterien ROSA MENTXAKA, „*Praedia rustica – praedia urbana*“, *RIDA* 33 (1986), S. 149–178.

<sup>135</sup> HEUMANN & SECKEL, *Handlexikon* (o. Anm. 73), s.v. „aedificium“.

<sup>136</sup> So die deutsche Digestenübersetzung von R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. H. SEILER & O. BEHREND, Heidelberg 2005, s.b.l. Verglichen mit anderen Übersetzungen stehen die Autoren damit jedoch allein.

<sup>137</sup> Einer Analogie zur *lex Iulia* bedarf es nicht, wenn nur ein von Rechts wegen unveräußerlicher *ususfructus* zur *dos* bestellt wurde. Siehe den Fall u. Anm. 188.

<sup>138</sup> VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-Recht* I (o. Anm. 19), S. 284; für entsprechende Erstreckung auf die Ausgabe zum Lehen CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 421. Ein *invita uxore* bestelltes Erbbaurecht (*superficies*), Wohnrecht (*habitatio*) oder ein Nießbrauch (*ususfructus*) könnte jedenfalls die Beendigung der Ehe nicht überdauern, nach der Regel *Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*. Zu ihr LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und*

16) *Provinzialgrundstücke*

Für Provinzialgrundstücke war die Geltung des Veräußerungsverbots nach dem oben II § 3 weggelassenen Schlusssatz vom Bericht des Gai. 2.63 umstritten:

Gai 2.63: ... quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur. – ... Ob aber dieser Rechtssatz nur für italische Grundstücke gilt oder auch für die in den Provinzen befindlichen, wird bezweifelt.

a) Derartige Hinweise auf offene Streitfragen ohne nähere Aufklärung über den Stand der Meinungen oder auf Lösungsvorschläge gibt es in den Gaiusinstitutionen etwa ein Dutzend.<sup>139</sup> Wenn Gaius als Lehrer in einer Provinz wirkte, wird er seinen wissbegierigen Schülern mündlich erläutert haben, welches Recht sie zu befolgen hatten.<sup>140</sup> Italisches Recht galt für die Ländereien in ganz *Italia*, überdies in einzelnen Provinzstädten kraft spezieller Verleihung.<sup>141</sup> Unter Augustus reichte *Italia* unter Einschluss der bisherigen Provinz *Gallia cisalpina* bis zu den Alpenpässen. Justinian will im Paral-

*Rechtssprichwörter* (o. Anm. 38), Nr. R 47. Sie ist ein Unterfall des *Nemo plus*-Prinzips. – In einem der von Pomponius *D.* 23.3.32 genannten Fälle verkaufte der Ehemann mit Zustimmung seiner Frau „den Aufbau auf einem Mitgiftgebäude“ (*superficium aedificii dotalis*). Der Erlös gehört dann zur Mitgift, ebenso wie beim Verkauf von Steinen aus einem Steinbruch oder von Stämmen *quae fructus non essent* aus dem Wald von zur Mitgift gehörenden Grundstücken. Sie galten vermutlich als Übermaßfrüchte, s. Anm. 118; auch NEGRI, *Diritto minerario romano*, (o. Anm. 120), S. 348 ff. In welcher Rechtsform das Superädifikat auf dem Mitgiftgrundstück bestellt wurde (als Erbbaurecht, „Aufstockungsrecht“?), ist unklar. Da aber die Frau ihre Zustimmung erteilte, waren die genannten Veräußerungen nicht nach der *lex Iulia* verboten.

<sup>139</sup> QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio* (o. Anm. 8), S. 89–132, Capitolo terzo: Le controversie insolite. Nach Quadrato war dies eine didaktisch kluge Zurückhaltung, um die Darstellung der Anfangsgründe für den Verständnishorizont des Lesers nicht zu überfrachten.

<sup>140</sup> Italisches und provinzielles Bodenrecht behandelt Gaius in seinen Institutionen gleichermaßen, siehe die Nachweise im Register der Übersetzung von U. MANTHE, Darmstadt 2004, S. 442. D. LIEBS, „Römische Provinzialjurisprudenz“, *ANRW* II 15 (1976), S. 302 hält dessen Erörterungen über italisches Bodenrecht für überwiegend.

<sup>141</sup> C. von SAVIGNY, „Über das *ius Italicum*“, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 5 (1825), S. 242–267 <<http://dlib-zs.mpiar.mpg.de/pdf/2085190/05/1825/20851900518250246.pdf>>. Neue Lit. bei WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* II § 31.

leltext seiner Institutionen 2.8 *pr.* (fußend auf seinem Reformgesetz von 530 AD, *Cf.* 5.13.1.15) glaubhaft machen, erst er selber habe die bis zu seiner Zeit fortbestehenden Zweifel auf Anfrage (*interrogati sumus*) durch authentische Interpretation im bejahenden Sinne entschieden. Um die Ehefrauen wegen der Schwäche ihres weiblichen Geschlechts (der *fragilitas sexus muliebris*) besser zu schützen, habe er die nur auf italische Grundstücke bezügliche *lex Iulia* korrigiert und auf die Provinzen erstreckt.<sup>142</sup> Da seit dem Untergang der römischen Herrschaft im westlichen Reichsteil infolge der Germaneneinfälle der größte Teil von *Italia* für Justinian trotz seiner Rückeroberungsversuche verloren war, hatte die Geltung zumal in den östlichen Provinzen für seine Zeitgenossen durchaus praktische Bedeutung.<sup>143</sup> Nach uns vorliegenden Indizien muss aber schon in klassischer Zeit eine beachtliche Meinung die Geltung für Provinzialgrundstücke befürwortet haben.

Hätte nämlich Gaius die Erstreckung des Verbots auf Provinzialgrundstücke verneint,<sup>144</sup> dann hätte für sein Plädoyer für dessen ausdehnende Anwendung auf Verlobte in *D.* 23.5.4 (oben § 4) kein Anlass bestanden. Diese Erörterung in seinem Kommentar zum Provinziedikt<sup>145</sup> setzt die Geltung für provinzielle Verhältnisse und dort belegene Grundstücke

<sup>142</sup> *Cf.* 5.13.1.15 (*a.* 530); *Ijust.* 2.8 *pr.* QUADRATO, *Le Institutiones* (o. Anm. 8), S. 107–110.

<sup>143</sup> Anders BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 447; QUADRATO, *Le Institutiones* (o. Anm. 8), S. 109 („forse ormai solo di carattere teorico“); es sei denn, dass so gut wie alle Landstriche des oströmischen Reiches inzwischen italisches Bodenrecht hatten. Dieser Annahme steht die Anfrage (*interrogati sumus*) entgegen.

<sup>144</sup> So F. VON VELSEN, „Das *edictum provinciale* des Gaius“, *ZRG RA* 21 (1900) 101–102, weil in *D.* 23.5.4 von einer Zweifelsfrage nichts steht. Aber *argumenta e silentio* sind meist schwach. Wir wissen nicht, wieviel die Kompilatoren aus dem Umkreis von *D.* 23.5.4 weggeschnitten haben. Welche der beiden Mitteilungen des Gaius die ältere ist, lässt sich auch nicht ermitteln (beide seiner Werke entstanden etwa um 160 n. Chr., s. LIEBS, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* (o. Anm. 113), S. 190; 192. Weitergehend behauptete F. VON VELSEN, die Ausdehnung auf Provinzialgrundstücke habe keinen Anklang gefunden; wahrscheinlich habe ihr Gaius selber nicht zugestimmt. Erst Justinian habe dies eingeführt. Dass Justinian oft schon längst geübte Bestimmungen ausdrücklich als eigene eingeführt habe, hielt F. VON VELSEN für unglaubhaft. – Bloße Textwiedergabe ohne Stellungnahme zu von Velsen bei R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano 1969, S. 114.

<sup>145</sup> Nach LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I (o. Anm. 47), Sp. 218 Gaius Nr. 253 zum Titel *Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*.

gedanklich voraus. Im Zuge der von ihm befürworteten *plena interpretatio* und im Streben nach Angleichung unterschiedlicher Eigentumsgestaltungen hat Gaius darum wahrscheinlich auch die Erstreckung auf Provinzialgrundstücke bejaht.<sup>146</sup> Die *inscriptio ad editum provinciale* bietet hier eine wichtige Interpretationshilfe. Weiter spricht für die Ausdehnung auf Provinzialgrundstücke die von dem aus der Provinz stammenden und zeitweilig dort (aber auch in Rom) wirkenden Juristen Claudius Tryphoninus<sup>147</sup> in *D.* 23.5.16 bezüglich der Ersitzung eines Mitgiftgrundstücks genannte *longa possessio*.<sup>148</sup> Der zivilen *usucapio* unzugängliche Provinzialgrundstücke konnte man nämlich nur durch *longi temporis praescriptio* ersitzen.<sup>149</sup>

b) Weshalb könnte trotz dieser positiven Indizien der Geltungsbereich der Verbotsnorm fraglich gewesen sein? Hätte der Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich von *praedia Italica* gesprochen,<sup>150</sup> dann hätte dessen Geltungsbereich unzweifelhaft festgestanden. Nur eine analoge Anwendung auf Provinzialgrundstücke wäre in Betracht gekommen. Einer Analogie stehen jedoch Bedenken entgegen, wo der Wortlaut einer Ausnahmenvorschrift (wie sie hier vorliegt) deren Geltungsbereich

<sup>146</sup> Beifallswert QUADRATO, *Le Institutiones* (o. Anm. 8), S. 108–109. Ablehnend, allerdings ohne Gründe K. HACKL in seiner Rezension *ZRG RA* 97 (1980), S. 408. (Hackl dachte wohl ähnlich wie VON VELSEN, „Das *edictum provinciale* des Gaius“, (o. Anm. 144).

<sup>147</sup> LIEBS, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* (o. Anm. 113), S. 125–126.

<sup>148</sup> So schon GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten* xxv (o. Anm. 3), S. 155–156.

<sup>149</sup> Inwieweit allerdings die Kompilatoren planmäßig die *usucapio* an Grundstücken durch die *longa possessio* ersetzen, bleibt einer gesonderten Untersuchung vorbehalten. Bei Tryphonin ist die Echtheit der *longa possessio* nicht auszuschließen, obgleich die von ihm am Schluss genannten *paucissimi dies* eher für eine kurze (zivile) Verjährungsfrist (zwei Jahre bei Grundstücken) sprechen. – Schon Gaius erwähnt im Kommentar zum Provinzialesdikt *D.* 21.2.54 *pr.* an erster Stelle die *longi temporis praescriptio* vor der *usucapio*; von D. NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, Köln – Opladen 1969, S. 32 grundlos für interpoliert erklärt; dagegen A. WACKE, [in:] M. HARDER & G. THIELMANN (Hrsg.), *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, S. 277; A. WACKE, [in:] E. JAYME, A. LAUFS, K. MISERA, G. REINHART & R. SERICK (Hrsg.), *Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg 1991, S. 169, Anm. 113.

<sup>150</sup> Dafür BIONDI, *Scritti giuridici* (o. Anm. 2), S. 212, Anm. 4 und schon VON SAVIGNY (vgl. nächste Anm.). Dagegen aber bereits BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 447, Anm. 2.

absteckt. Die ausdrücklich auf *praedia urbana vel suburbana* von Mündeln bezügliche *oratio Severi* hätte beispielsweise nicht mittels Analogie auf anderswo belegene Grundstücke erstreckt werden können. Bei unbestimmtem Wortlaut konnte der Zweifel am Geltungsbereich leichter entstehen. Zutreffend erkannte daher Ludwig Mitteis, dass die Streitfrage, von der Gaius bezüglich des *fundus dotalis* berichtet, „natürlich den Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes voraussetzt“.<sup>151</sup> Umstritten war nach Gaius auch nicht die Reichweite des Gesetzes selbst, sondern des in ihm enthaltenen Rechtssatzes (*Quod quidem ius ...*).<sup>152</sup>

c) In Auseinandersetzung mit Mitteis legte sich Uwe Wesel eine hypthesenreiche Erklärung zurecht.<sup>153</sup> Nach Mitteis habe sich der Geltungsbereich der alten privatrechtlichen Gesetze der Republik fast ausnahmslos auf die römische Gemeinde beschränkt. Unter dem zentralisierenden Reichsgedanken des Prinzipats hätten dann einige Juristen eine weitergehende Geltung von Gesetzen befürwortet, soweit dies mit deren Wortlaut vereinbar war. Für diese Ausdehnungstendenz bilde der Bericht des Gaius ein Indiz.

Nach Wesel sei hingegen eine *lex* als Bürgerordnung so eng mit der Zivität verbunden gewesen, dass sie außerhalb von *Italia* nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Zuweisung in Kraft gesetzt werden konnte. In den Provinzen subsidiär als *ius gentium* anwendbares Recht habe sich auf Gewohnheitsrecht und auf Amtsrecht beschränkt. Ohne spezielle gesetzliche Anordnung sei die Geltung eines Gesetzes in den Provinzen hingegen kein Gegenstand oder Problem seiner Auslegung gewesen.<sup>154</sup> Die einzige von Mitteis in diesem Zusammenhang genannte Ausnahme, der hier betrachtete letzte Satz aus Gai. 2.63, handele gar nicht von der

<sup>151</sup> L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Reiches*, Leipzig 1891, S. 118–119. Die von Savigny geäußerte Vermutung, das Gesetz habe vom *fundus italicus* gesprochen, wies Mitteis mit Recht zurück.

<sup>152</sup> Oder die von ihm getroffene (spezielle) Regelung. Die Übersetzung von *ius* als „Rechtsregel“ (so die Gaius-Übersetzung von U. MANTHE, Darmstadt 2004) eröffnet hingegen einen zu allgemeinen Geltungsbereich.

<sup>153</sup> WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40), S. 112 ff.

<sup>154</sup> Diese Behauptung von Wesel lässt sich füglich anzweifeln. Der räumliche, der sachliche und der personelle Geltungsbereich einer Gesetzesvorschrift sind der Auslegung durchaus zugänglich und öfters auch bedürftig.

Geltung des gesetzlichen Veräußerungsverbots in den Provinzen, also von seiner Erstreckung auf Peregrine. Das Verbot habe sich „selbstverständlich auf römische Bürger beschränkt“; fraglich sei nur gewesen, ob es auf Provinzialgrundstücke zu erstrecken war, die im Eigentum von römischen Bürgern standen.<sup>155</sup> Da folglich nicht der personelle<sup>156</sup> Geltungsbereich betroffen gewesen sei, sondern nur der sachliche Umfang des vom Veräußerungsverbot erfassten römischen Vermögens, sei diese Frage einer Auslegung durchaus zugänglich gewesen. Da im Gesetz aber „sicherlich nur italische Grundstücke genannt waren“, handele es sich bei dem ihm zu entnehmenden *ius* (das heißt hier Rechtssatz) aber eher um eine Analogie.<sup>157</sup>

d) In einer Peregrinenehe hätte es demzufolge für die Frau gegen die Veräußerung eines zu ihrer Mitgift gehörigen Provinzialgrundstücks keinen Schutz gegeben. Doch wie, wenn ein italisches Grundstück zur *dos* in einer Peregrinenehe gehörte? Waren *peregrini* von Erwerb und Veräußerung italischer Grundstücke (oder generell von *res Mancipi*) ausgeschlossen? Dieser Frage müssen wir hier nicht genauer nachgehen. Für seine beiden restriktiven Thesen, das Veräußerungsverbot sei „selbstverständlich auf römische Bürger beschränkt geblieben“ und im Gesetz seien „sicherlich nur italische Grundstücke genannt“ worden, lieferte Wesel keine Begründungen. Aufgrund des *ius commercii* und des *ius conubii* konnten jedenfalls Föderaten sowohl *res Mancipi* erwerben und veräußern als auch mit römischen Bürgern und Bürgerinnen nach *ius civile* gültige Ehen eingehen. Die *actio rei uxoriae* auf Rückerstattung der Mitgift rechnete Gai. 4.62 überdies zu den *bonae fidei iudicia*.<sup>158</sup> Als solche gehörte sie dem *ius gentium* an; folglich waren dotalrechtliche Regeln nach Wesels eigener

<sup>155</sup> So WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40), S. 113.

<sup>156</sup> So WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40). Oder meinte WESEL den räumlich-geographischen Geltungsbereich?

<sup>157</sup> So WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40), S. 114–115, in längerer Auseinandersetzung mit unberechtigten Textverdächtigungen durch Albertario und Solazzi. Entgegen Wesel erklären sich die Auslegungszweifel jedoch leichter, wenn die *lex* neutral von *praedium* ohne Apposition *Italicum* lautete; so wie schon erwähnt MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen* (o. Anm. 151).

<sup>158</sup> KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 337 mit reicher Lit. in Anm. 4. Anfänglich in *RIDA* 2 (1949), S. 511 ff. geäußerte Bedenken gab KASER im Nachtrag zum

These auch ohne spezialgesetzliche Zuweisung auf provinzielle Bodenverhältnisse und dort ansässige Einwohner ohne Rücksicht auf deren Stammeszugehörigkeit anwendbar. Und soweit für die Frau eine Rückforderung ihrer Mitgift in Betracht kommt, greift nach Paulus *D. 23.5.3.1* (oben 7) auch das Veräußerungsverbot ein. Beide sind untrennbar miteinander verbunden. Obwohl auf der einem römischen Volksgesetz gleichstehenden kaiserlichen *oratio* beruhend, gehört das Veräußerungsverbot ebenfalls zum *ius gentium*. Einer nach Peregrinenrecht verheirateten Frau diesen Schutz vorzuenthalten, wäre unverantwortlich gewesen. Anders als beispielsweise die *lex Falcidia*<sup>159</sup> war der Schutz des Dotalvermögens kein Vorrecht des römischen Bürgerstandes.

e) Die Frage nach den Gründen für das Entstehen der von Gaius berichteten Streitfrage ist damit aber noch nicht beantwortet. Die Ansicht, der Ausdruck *praedium* habe sich ursprünglich allein auf italische Grundstücke beschränkt,<sup>160</sup> legt in den Wortsinn zuviel hinein. Auf eine plausible Antwort verweist eine Andeutung von Ludwig Mitteis, es handelte sich „wahrscheinlich darum, ob unter der vom Gesetz verbotenen *abalienatio* bloß quiritische oder auch andere Eigentumsübertragungen zu verstehen waren“ (wie Anm. 151). Die drei quiritischen Eigentumserwerbsarten am Mitgiftgrundstück hatte Gaius im vorangehenden Satz aufgezählt; sie gehören nach Gai. 2.65 zum *ius proprium civium Romanorum*. In Anlehnung an das Konträraktsprinzip mögen einige Juristen der Meinung gewesen sein, das Gesetz habe auch bei der Veräußerung eines *fundus dotalis* nur die Trias *mancipatio*, *in iure cessio* und *usucapio* verboten. Der Wortlaut des Gesetzes kann diese drei quiritischen Erwerbsarten aber nicht genannt haben.<sup>161</sup> Zur

Wiederabdruck seines Aufsatzes über die „Rechtsgrundlage der *actio rei uxoriae*“ in seinen *Ausgewählten Schriften* I, Frankfurt am Main 1976, S. 343 ff.; 384–385. ausdrücklich auf.

<sup>159</sup> Die *lex Falcidia* galt ihrem Wortlaut nach für in Testamenten römischer Bürger angeordnete Vermächtnisse zugunsten anderer Bürger, *D. 35.2.1 pr.*: „Quicumque civis Romanus ... quantam cuique civi Romano pecuniam ... dare legare volet ...“; WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung* (o. Anm. 40), S. III.

<sup>160</sup> So prononciert BACHOFEN „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 97–98, Anm. 51: „Die Provinzen haben keine *praedia*“. Kritisch CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 406, Anm. 5 mit den im wesentlichen schon damals ausgetauschten Argumenten.

Übertragung von Provinzialgrundstücken, an denen es kein ziviles Eigentum, sondern nur einen qualifizierten Besitz (*possessio vel ususfructus*) gab, genügte die formlose *traditio*.<sup>162</sup> Von der Förmlichkeit der Rechtsübertragung sollte der materiellrechtliche Schutz des Dotalvermögens aber nicht abhängig gemacht werden. Dieser Schutz ist im Gegenteil umso dringlicher, je leichter das Eigentum am Grundstück verloren gehen kann. Für die Einbeziehung von Provinzialgrundstücken in das Veräußerungsverbot sprachen somit schon nach klassischem Recht die besseren Gründe.<sup>163</sup> Sie konnten Justinian bei seiner definitiven Erstreckung zur Seite stehen.

#### 17) Verbotene rechtsgeschäftliche im Gegensatz zu hobeitlichen Verfügungen

a) Verboten war nach der *lex Iulia* (wie schon mehrfach erwähnt) die *alienatio* eines Grundstücks. Bezüglich der Mündelgrundstücke spricht die *oratio Severi* ohne signifikante Bedeutungsänderung von *distractio*. Den Begriff *alienatio* definieren die Severer, bezogen auf das Dotalgrundstück, als jede auf Eigentumsübertragung gerichtete Handlung (*omnis actus, per quem dominium transfertur, Cf. 5.23.1 (a 213)*).<sup>164</sup> *Alienare* (wörtlich „verfremden“) betrifft also das dingliche Vollzugsgeschäft. Nichtig war aber auch

<sup>161</sup> Siehe zum Geheißerwerb oben bei Anm. 130. Wie hier BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 449: „Die Form der Eigentumsübertragung ist gleichgültig“. Anders (widersprüchlich) derselbe BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. kurz zuvor S. 447.

<sup>162</sup> Gai. 2.7 und 2.19/21; KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 403. Der Ausdruck *possessio* (im Sinne von Besitztum) begegnet dann öfter ab der Spätclassik im kaiserlichen Kanzleistil: KLINGENBERG, „Die Ersitzung von *partes fundi*“ (o. Anm. 91), S. 210–211.

<sup>163</sup> Hinzukommt die Vermutung von MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen* (o. Anm. 151), dass die privatrechtliche Autonomie der Provinzstädte, welche externe Regelungen bezüglich der Immobilien ihres Weichbilds ausgeschlossen hätten, zu Gaius' Zeiten schon stark geschwächt war.

<sup>164</sup> Der an eine Frau namens Dida gerichtete Bescheid betraf zum Schätzwert als Mitgift eingebrachte Grundstücke mit Wahlrecht der Frau. Aus welchen Gründen die Kaiser in diesem Zusammenhang den Begriff *alienatio* zu definieren hatten, bleibt unklar. Vermutlich (durch nicht überliefertes Parteivorbringen veranlasst) zwecks Abgrenzung von anderen, nicht verbotenen Rechtshandlungen (Vermietung, auch Verpfändung?).



(wie wir sehen werden, u. bei Anm. 214) das zugrundeliegende Kausalgeschäft, der Kaufvertrag.

b) Ein Unterfall der *alienatio* ist die Duldung der Ersitzung, das *usucape pati*, auch der langfristigen *longi temporis praescriptio*.<sup>165</sup> Eine verbotswidrige Veräußerung des Dotalgrundstücks kann also nicht durch Ersitzung geheilt werden. Wegen der Nichtigkeit des Verkaufs hat der Käufer keinen Ersitzungstitel. Eine vor der Dosbestellung zugunsten eines besitzenden Dritten bereits begonnene Ersitzungsfrist wird aber durch die Einbringung des Grundstücks zur Mitgift nach Tryphonin *D.* 23.5.16 (vgl. o. Anm. 147–149) nicht abgebrochen; der Ehemann muss dessen Ersitzung pflichtgemäß durch rechtzeitige Klageerhebung unterbrechen.

c) Verboten war nur eine *alienatio voluntaria*, welche *sponte* geschah.<sup>166</sup> Bei hoheitlicher Beschlagnahme griff das Veräußerungsverbot nicht ein.<sup>167</sup> Den wichtigsten Fall einer Enteignung im öffentlichen Interesse erwähnen die Quellen in unserem Zusammenhang nicht. Eine vom Gemeinwesen gezahlte Entschädigung<sup>168</sup> trat dann vermutlich als Surrogat an die Stelle des entzogenen Mitgiftgrundstücks.

Entsprechend *D.* 27.9.3 §§ 2–3 aus Ulpian's Kommentar zu verbotenen Veräußerungen von Mündelgrundstücken nach der *oratio Severi* können wir auch für Mitgiftgrundstücke weitere Fälle unfreiwilliger Eigentumsverluste im gerichtlichen Verfahren erschließen. Unfreiwillig ist danach ein Verlust, wenn der Ehemann als Kläger im Vindikationsstreit gegen einen dritten Besitzer unterliegt oder der Beklagte den Streitwert erlegt. Analog zu *D.* 27.9.3.2 lässt sich dann sagen: *haec alienatio non sponte mariti*

<sup>165</sup> F. STURM, „*Alienationis verbum etiam usucapionem continet*“, [in:] *Mélanges Philippe Meylan* I. *Droit romain*, Lausanne 1963, S. 299 ff.

<sup>166</sup> *Sponte* veräußern durften Tutoren Mündelgrundstücke nicht, *D.* 27.9.3.2. Nach Diokletian *Cf.* 5.12.23 (a. 294) veräußerte eine Ehefrau ihr Mitgiftgrundstück möglicherweise *sponte*, aus eigenem Entschluss, o. Anm. 36.

<sup>167</sup> Heute sind indessen gemäß § 135 Abs. 1 Satz 2 BGB gegen ein Veräußerungsverbot verstoßende Akte der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung ebenso wie rechtsgeschäftliche Verfügungen relativ unwirksam.

<sup>168</sup> Gemäß der Konstruktion einer *emptio ab invito*: M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall im römischen Recht*, Wien – Köln – Weimar 1992, gemäß Sachregister sub *emptio ab invito* und „Entschädigung“.

*fit*. Oder wenn der Ehemann in einer gegen ihn erhobenen *rei vindicatio* das Grundstück aufgrund eines richterlichen Restitutionsbefehls herausgibt: *et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem* (D. 27.9.3.3). Die Frau hat dann den Eviktionsregress, D. 23.3.75.<sup>169</sup> Dass der Ehemann eine Eigentumsquote infolge des vom Miteigentümer angestrebten Teilungsverfahrens verlieren kann, sahen wir bereits (o. bei Anm. 93).

d) Zu einer hoheitlichen Beschlagnahme kommt es auch wegen Nichtleistung der *cautio damni infecti*.<sup>170</sup>

D. 23.5.1 *pr.* (Paul. 36. *ed.*): Interdum lex Iulia de fundo dotali cessat: si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere. hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria. – Bisweilen entfällt die *lex Iulia* über das Mitgiftgrundstück: Wenn etwa deshalb, weil der Ehemann wegen eines drohenden Gebäudeschadens keine Sicherheit leistete, der Nachbar in den Besitz eingewiesen und später zum Besitz ermächtigt wurde. Dadurch wird der Nachbar nämlich Eigentümer, weil diese Veräußerung keine willentliche ist.

Eine Verfügung kann auch in einem Unterlassen (insbesondere, wie erwähnt, in der Nichtverhinderung der Ersitzung) bestehen. Hier hat der Ehemann den Eigentumsverlust durch seine Untätigkeit verursacht.<sup>171</sup> Er versäumte es zunächst, das durch Einsturzgefahr die Sicherheit des Nachbargrundstücks beeinträchtigende Gebäude aus eigenem Ent-

<sup>169</sup> H. ANKUM, „Eviktion von Dotalsachen im klassischen römischen Recht“, *BIDR* 100 („1997“, aber 2003), S. 49–72; STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 267 ff.

<sup>170</sup> J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz 1987, S. 97 ff., zu den beiden *missiones* 127 ff.; ausführlich rezensiert durch W. SIMSHÄUSER, *ZRG RA* 110 (1993) 710 ff.; 715 ff. – Wenig nachahmenswert verwendet Rainer für die lateinischen Fachausdrücke ungewöhnliche Abkürzungen, sogar in den Überschriften. Geringe Platzerparnisse werden so durch erhebliche Abstriche an Verständlichkeit für den Leser erkauft. Sogar im engbedruckten Sachregister findet sich als Stichwort nur „(c.) d. i.“ (soll heißen *cautio damni infecti*). Unseren Text D. 23.5.1 *pr.* behandelt Rainer nicht.

<sup>171</sup> Zu einfach betrachtete CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, (o. Anm. 19), S. 202 den Eigentumsverlust hier nur „gleichsam als eine Folge der schlechten Beschaffenheit des Grundstücks“.

schluss rechtzeitig zu sanieren. Dem daraufhin vom Prätor erlassenen Befehl, dem Nachbarn mit der *cautio damni infecti* Sicherheit zu leisten, folgte er ebenfalls nicht. Deswegen wies der Prätor den Nachbarn durch erneutes Dekret endgültig in den Besitz ein, wodurch der Nachbar dem Text zufolge Eigentum erwarb. Ganz ohne Rücksicht auf den Willen des Mannes geschahen die Beschlagnahme und der Eigentumsverlust demnach nicht. Sollte der Mann langfristig abwesend oder nicht zahlungsfähig sein, müsste die Frau für den gefahrlosen Zustand des Mitgiftgebäudes sorgen. Die Sanierungskosten sind nämlich notwendige Verwendungen, welche die Frau dem Mann nach den oben § 12 (nach Anm. 97) dargestellten Grundsätzen über die *impensae necessariae* erstatten muss.

Der Eigentumsverlust widerstreitet in diesem Falle dem Veräußerungsverbot der *lex Iulia*. Solche Konflikte sind in der als Einheit zu begreifenden Rechtsordnung schwer erträglich. Der Vorrang gebührt aber der auf den speziellen Einzelfall abgestellten hoheitlichen Verfügung des Prätors, der bekanntlich Sätze des *ius civile* aus besonderen Gründen außer Kraft setzen kann. Weitaus weniger erträglich wäre es nämlich, wenn der Prätor gegenüber den von einem Mitgiftgrundstück ausgehenden Gefahren machtlos wäre.

e) Unpfändbar war das Dotalgrundstück<sup>172</sup> wegen Schulden des Mannes; pfändbar waren nur die in das mitgiftfreie Vermögen des Mannes fallenden Grundstückserzeugnisse. Unpfändbar war das Grundstück aber ebenfalls wegen etwaiger Schulden der Ehefrau; denn es stand nicht in ihrem Eigentum. Gepfändet werden konnte höchstens ihr künftiger eventueller Anspruch auf Rückgabe der Mitgift.

Mit dem der Frau überdies zustehenden *privilegium exigendi* stand ihr der Befriedigungsvorrang vor anderen Gläubigern (aber nach den Fiskalforderungen und den Beerdigungskosten) zu.<sup>173</sup> Dieses Vorrechts bedarf die Frau

<sup>172</sup> CZYHLARZ gab seine gegenteilige, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 425; 426 geäußerte Ansicht aufgrund besserer Überlegung später, IDEM, *Das römische Dotalrecht*, (o. Anm. 19), S. 203, wieder auf. Grundstücke standen in der Pfändungsreihenfolge ohnedies erst an letzter Stelle, o. Anm. 32.

<sup>173</sup> STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 260 ff.; 302–303. Das Verhältnis des Privilegs zur Unveräußerlichkeit des Grundstücks nach der *lex Iulia* wird im Schrifttum nicht erörtert.

jedoch nicht, soweit es um die Rückgewähr des Mitgiftgrundstücks geht.<sup>174</sup> Denn da das Grundstück für eine Exekutionspfändung anderer Gläubiger ausscheidet, steht ihr der Rückgewähranspruch auf das Grundstück exklusiv zu. Wichtig wird das Privileg, soweit die Mitgifterstattung mit anderen Gläubigern konkurriert, wie bei auf Geld gerichteten Ansprüchen, insbesondere bei zum Schätzwert hingeebenen Mitgiftgegenständen.<sup>175</sup> Trotz des Privilegs kann es dahin kommen, dass die Frau mit ihren Ansprüchen ganz oder teilweise ausfällt, weil Ehegatten wegen des ihnen zustehenden *beneficium competentiae* aus vertraglichen Ansprüchen gegeneinander nur im Rahmen des Erschwinglichen (oder Bezahlbaren) verurteilt werden.<sup>176</sup>

Das *privilegium* galt nicht nur bei ungültiger oder nicht zustande gekommener Ehe. So aber, aufgrund der etwas undeutlichen Quellenlage, KASER, *Das Römische Privatrecht* I (o. Anm. 30), S. 334 mit Anm. 14; ihm folgend KIEß, *Die confusio* (o. Anm. 103), S. 51 mit Anm. 68; ebenso KASER & HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (o. Anm. 24), S. 403 mit Anm. 13. Die Quellen sind so zu verstehen, dass das bei gültiger Ehe anerkannte Privileg auf die Randfälle der ungültigen oder nicht zustande gekommenen Ehe analog erstreckt wurde (ähnlich der Erstreckung der *lex Iulia* auf Verlobte in Gaius *D.* 23.5.4, oben 4); so bes. Hermogenian *D.* 23.3.74. Eine Begrenzung des Privilegs auf ungültige und nicht zustande gekommene Ehen wäre ungereimt; für so seltene Randfälle hätte man es auch nie eingeführt. Vor allem wäre dies mit dem *favor dotis* unvereinbar: Es kann nicht sein, dass die unmündige, darum ungültig verheiratete Frau das Privileg einbüßt und sich ihre Lage verschlechtert, sobald sie ehemündig wird und ihre Ehe konvalesziert.

<sup>174</sup> Das folgt auch aus *D.* 23.5.7 *pr.*, wonach der Ehemann trotz seiner Insolvenz noch das Grundstück zurückgeben kann. Entgegen KIEß, *Die confusio im klassischen römischen Recht* (o. Anm. 103), S. 51, Anm. 70 ist das keineswegs überraschend, sondern folgerichtig, s. o. Anm. 111.

<sup>175</sup> Wird der verklagte Ehemann in den von der Frau beschworenen Schätzwert des Grundstücks verurteilt, weil er dem *iussum de restituendo* nicht folgte, müsste ihr ebenfalls das *privilegium* zustehen. Zu ihren Gunsten müsste dann auch die Exekutionspfändung in das Grundstück gestattet sein. Hätte man dann nicht (abweichend vom Prinzip der Geldverurteilung) einen *naturaliter* vollstreckbaren Anspruch *in ipsam rem*, also auf Grundstückrückerstattung zugestehen sollen?

<sup>176</sup> Die ursprünglich nur auf die *actio rei uxoriae* bezügliche Vergünstigung der „Einrede des Notbedarfs“ wurde durch Antoninus Pius auf alle vertraglichen Ansprüche unter Ehegatten erweitert: *D.* 42.1.20; WACKE, „Zum Schulden-Abzug“ (o. Anm. 81), S. 1327. Ein Selbstbehalt wegen eigener Bedürftigkeit (*ne eget*) stand dem Ehemann gegenüber dem Anspruch auf Mitgiftrückerstattung jedoch nicht zu: A. WACKE, „Zur Einrede des Notbedarfs bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht“, [in:] CARMELA RUSSO RUGGERI (Hrsg.) *Studi in onore di Antonino Metro* VI, Napoli 2010, S. 447 ff.; 469 ff.

Der Vorteil der Unpfändbarkeit des Dotalgrundstücks tritt hieraus besonders hervor. Andererseits ist auch der Nachteil der Verlagerung des Insolvenzrisikos bei einer Hingabe des Grundstücks als *dos aestimata (venditionis causa)* deutlich zu erkennen.

### 18) *Universalsukzession und letztwillige Verfügung*

a) Auch die „Vererbung ist keine Veräußerung“.<sup>177</sup> Aber nicht deswegen, weil der Erbe als Fortsetzer der Persönlichkeit des Verstorbenen anzusehen wäre, wie früher oft gelehrt wurde,<sup>178</sup> sondern weil ein Vermögensgegenstand mit dem Wegfall seines Rechtsträgers nicht herrenlos werden darf. Sogar nach klassischem Recht „an den Knochen haftende“ Forderungen<sup>179</sup> waren grundsätzlich vererblich. Das Veräußerungsverbot bindet dann den Rechtsnachfolger, sogar den Fiskus (*D.* 23.5.2 Satz 2; oben § 8). „Quae non possunt sola alienari, per universitatem (tamen) transeunt“, lehrt Paulus *D.* 41.1.62 geradezu in Gestalt einer *regula iuris*, mit ausdrücklichem Bezug u. a. auf das unveräußerliche Mitgiftgrundstück.<sup>180</sup>

b) Von Todes wegen kann das Grundstück aber nicht durch Einzelvergabe (*legatum*) vermacht werden (insbesondere nicht *per vindicationem*), wie Paulus in *D.* 41.1.62 hinzufügt. Für den Legionär, der über sein *peculium castrense* grundsätzlich frei verfügen kann, lehrt dies ausdrücklich derselbe Paulus:

<sup>177</sup> So BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 94. Ein Veräußerungsverbot ist kein Vererbungsverbot, wohl aber grundsätzlich ein „Vermachungsverbot“; siehe sogleich.

<sup>178</sup> Die These von der Persönlichkeitsfortsetzung durch den Erben galt im älteren Pandektenrecht geradezu als die oberste Grundnorm des Erbrechts; siehe A. WACKE, „Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung?“, *ZRG RA* 123 (2006), S. 197–247, hier S. 235–236 mit Anm. 153.

<sup>179</sup> *Nomina ossibus adhaerent*: E. GENZMER, [in:] *Mélanges Philippe Meylan 1: Droit romain*, Lausanne 1963, S. 159 ff.

<sup>180</sup> Dasselbe gilt *vice versa* auch für Erwerbsverbote: Ein Legionär darf in der Provinz, wo er stationiert ist, ein Grundstück zwar nicht käuflich, wohl aber durch Erbgang erwerben; Marcian *D.* 49.16.9 *pr.*–1. Übertrieben kritischer Verdacht gegen den klassischen Begriff der *universitas* bei U. ROBBE, *La hereditas iacet e il significato della hereditas* 1, Milano 1975, S. 421 ff. (Anm.).

*D. 29.1.16 (Paul. 43. ed.):* Dotalem fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Iuliam.

Aufgrund eines Vermächnisses geht ein Gegenstand nämlich nicht *per universitatem* auf den Rechtsnachfolger über. Ein Rückvermächtnis des *fundus dotalis* an die Witwe (als *relegatio dotis*) ist zwar statthaft (o. Anm. 118). Einer anderen Person kann jedoch ein Ehemann das Dotalgrundstück grundsätzlich nicht vermachen. Ausgenommen ist nach Scaevola-Ulpian *D. 23.5.13.4* der Fall, dass der zur Erbin eingesetzten Witwe nach Abzug aller Nachlassverbindlichkeiten (insbesondere aus anderen Vermächnissen) der Geldwert des Grundstücks verbleibt („si ... deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditate habitura est“).<sup>181</sup> Bei geringerem Restbetrag ist das Vermächtnis nicht ganz ungültig; vielmehr erlangt der Vindikationslegatar eine Miteigentumsquote,<sup>182</sup> der andere Bruchteil am Grundstück bleibt nach Scaevola der Erbin *ad dotem splendendam* bzw. *quod quantitati dotis deest*. Zwischen Legatar und Erbin entsteht mithin eine Bruchteilgemeinschaft, ebenso wie bei einer Überschwerung der *quarta Falcidia* mit Vermächnissen (vgl. *D. 35.2.49 pr.*). Und angesichts der Ungewissheit über die Anteilsgrößen empfiehlt sich

<sup>181</sup> CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 416 ff., 449–450. Bei einem Vermächtnis des Grundstücks an einen Dritten steht sich die Frau schlechter als bei einem Verkauf durch den Ehemann; denn dann fände sie den gezahlten Kaufpreis noch mutmaßlich im Nachlass vor.

<sup>182</sup> Getreu der *Maxime Plus minus continet* erhält Scaevola das Legat teilweise aufrecht. Vom *favor dotis* ist seine Lösung weniger getragen als vom *favor testamenti* oder *favor legatarii*. Bei zureichendem Nachlass bekommt die Witwe daraus den Wert des Grundstücks ungekürzt vorweg und vom Rest des bereinigten Nachlasses aufgrund der *lex Falcidia* noch mindestens ein Viertel. Erschöpft sich aber der Nachlasswert im Werte des Grundstücks, dann erlangt die Witwe aus dem Nachlass keinen Vorteil und es fehlt für sie der Anreiz, die Erbschaft anzutreten. Erreicht der Nachlasswert nicht einmal den Wert des Grundstücks, dann ist der Anreiz zur Erbschaftsannahme noch geringer. Scaevolias Lösung mag für die Witwe erträglich sein, wenn das Grundstück einem Verwandten (etwa einem emanzipierten gemeinsamen Sohne) zugewendet wird. Die testamentarischen Anordnungen des Ehemannes werden für die Frau nicht ganz überraschend kommen, denn über einen so wichtigen Akt wie die Testamentserrichtung sprechen Eheleute in einer harmonischen Beziehung vorher. Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten war überdies in Rom bekanntlich schwach.

für den Legatar zwecks Vermeidung einer *pluris petitio* die Erhebung einer *vindicatio incertae partis* gegen die Erbin,<sup>183</sup> oder die Auseinandersetzung unter ihnen erfolgt mittels einer *actio communi dividundo*.<sup>184</sup>

Nimmt also die Frau die erbrechtliche Zuwendung an, dann liegt darin notwendigerweise zugleich ihre Zustimmung zum Vermächtnis des Dotalgrundstücks an den Dritten. Die testamentarischen Anordnungen kann die Frau nämlich nur insgesamt (oder ungeteilt) entweder annehmen oder ablehnen (zu Papinian *D.* 31.77.5 siehe unten III § 3). Ihre nach klassischem Recht zulässige Zustimmung zur Veräußerung konnte die Ehefrau folglich noch nach der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes erklären. Dies hat Justinian nicht geändert.

### 19) Verpfändung

Hinderte die *lex Iulia* den Ehemann auch an der Verpfändung des Dotalgrundstücks? Nach Justinians Darstellung (siehe Anm. 142) habe das klassische Recht die Verpfändung nicht einmal mit Zustimmung der Frau gestattet. In dieser strengen Ausprägung wurde das Verbot ins *ius commune* rezipiert. Ausdrückliche klassische Belege dafür sind indessen schwach.<sup>185</sup> Die beiden vorjustinianischen Quellen, Gai. 2.63 und *PSent.* 2.21b.2, nennen nur die *alienatio*.<sup>186</sup> Im einschlägigen Digestentitel 23.5 wird nur ein einziges Mal, von Gaius *D.* 23.5.4, *obligare* neben *alienare*

<sup>183</sup> Nicht etwa klagt umgekehrt die Witwe gegen den Legatar. Wegen der ungeschickten Passivkonstruktion „sed vel aliqua pars ex eo vindicari possit“ ist die Verteilung der Parteirollen in *D.* 23.5.13.4 dem ersten Eindruck nach nicht ganz klar. Dem Legatar war das Grundstück noch nicht übergeben, anders in *D.* 31.77.5 (unten III § 3).

<sup>184</sup> Entsprechend *D.* 10.3.8.1; A. WACKE, „Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*“, [in:] *Studien im römischen Recht, Max Kaser gewidmet*, Berlin 1973, S. 209 ff.; 220–221.

<sup>185</sup> Zweifelnd („angeblich“) KASER, *Das Römische Privatrecht* II (o. Anm. 30), S. 188, mit Hinweis auf K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Wienn – Köln – Weimar 1966, S. 53.

<sup>186</sup> Dass diese vorjustinianischen Berichte unvollständig sind und die *Lex* in einem weggelassenen zweiten Satz auch die Verpfändung betraf, lässt sich natürlich nicht ausschließen.

beiläufig erwähnt.<sup>187</sup> Diese Erwähnung geschieht *en passant* oder *obiter*, denn das von Gaius eigentlich erörterte Thema ist die erweiternde Auslegung des Verbots bei vorehelich bestellter Mitgift auf den Verlobten (oben § 4). Trotz sorgsamer Erläuterungen des Begriffs *alienatio* gehen andere klassische Fragmente auf die Verpfändung nicht ein.<sup>188</sup> Der Wort-sinn von *alienare* (veräußern) umfasst das *obligare* (verpfänden) nicht.<sup>189</sup> Bei Pfandverfall kann allerdings der Gläubiger die Pfandsache durch Verkauf verwerten; darum liegt in der Verpfändung gewissermaßen eine bedingte Veräußerung. Da bei Kreditaufnahme der Zeitpunkt des Pfandverfalls oft noch in weiter Ferne liegt, wird die Einwilligung der Ehefrau zur Verpfändung unter Beschwichtigung ihrer Bedenken oft leichter zu erreichen gewesen sein. Vor Überredungskünsten ihrer Ehemänner wollte Justinian vermutlich die Frauen durch sein striktes Verbot schützen. Die *oratio Severi* von 195 n. Chr. verbot ausdrücklich auch die Verpfändung von Mündelgrundstücken.<sup>190</sup> Dieses Verbot kann Gaius aber nicht beeinflusst haben, denn seinen Kommentar zum Provinzialedikt verfasste Gaius noch unter Antoninus Pius, also um 160 n. Chr.<sup>191</sup> Es lässt sich nicht ausschließen, dass in *D.* 23.5.4 die Kompilatoren vor ‚*alienare*‘ das Wort *obligare* einfügten.<sup>192</sup> Ob ein Ehemann das Dotalgrundstück nach

<sup>187</sup> Nach BIONDI, *Scritti giuridici* (o. Anm. 2), S. 212, Anm. 5 habe deshalb *obligare* neben *alienare* im Gesetzestext gestanden.

<sup>188</sup> Nicht schlüssig ist das Reskript von Alexander Severus *Cf.* 3.33.6 (a. 230) an Stratonica (vermutlich eine Provinzeinwohnerin): Erhielt der Ehemann nur den Nießbrauch eingeräumt, kann er das Dotalgrundstück nicht verpfänden. Über ein ihm zum Schätzwert übereignetes Grundstück (scil. ohne Wahlrecht der Frau) kann er hingegen verfügen, es auch mit einem Pfand belasten. Über das Grundproblem, die fragliche Verpfändungsbefugnis eines *fundus inaestimatus* nach der *lex Iulia*, gibt das Reskript nichts her.

<sup>189</sup> *Obligare* steht öfters im Gegensatz zu *alienare*: HEUMANN & SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (o. Anm. 73), s.v. „obligare“, Nr. 3.

<sup>190</sup> Wortlaut in *D.* 27.9.1 *pr.*-2: Bei hohen, aus dem sonstigen Mündelvermögen nicht bezahlbaren Schulden müssen sich die Tutoren an den Stadtprätor wenden, der gewissenhaft zu prüfen hat, welche Besitzungen veräußert oder verpfändet werden können: *...quae <possiones> possunt alienari obligarive debeant*; ANKUM (o. Anm. 1), S. 2; 4.

<sup>191</sup> LIEBS, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* (o. Anm. 113).

<sup>192</sup> So mit ausführlicher Begründung REGGI, *Index 3* (1972), S. 584 f. Eine Anfügung an zweiter Stelle läge allerdings zugegebenermaßen bei nachträglicher Bearbeitung eines Textes näher.



der *lex Iulia* auch nicht verpfänden durfte, ist hiernach zweifelhaft.<sup>193</sup> Bestand hinreichende Aussicht, dass er einen zwecks Gründung einer Familie aufgenommenen Kredit werde zurückzahlen können, dann bestanden gegen die Verwendung des Mitgiftgrundstücks als Sicherungsgrundlage keine generellen Bedenken. Dessen Besitz war damit für die Familie zwar gefährdet, aber nicht endgültig verloren.

Doch könnte ein Verpfändungsverbot schließlich aufgrund des Interzessionsverbots nach dem *SC. Velleianum* von ca. 46 n. Chr. in das Gesetz hineininterpretiert worden sein.<sup>194</sup> Schon unter Augustus, später unter Claudius wurde es den Frauen untersagt, *pro viris suis* zu interzedieren.<sup>195</sup> Konnte nämlich der Ehemann den gesicherten Kredit nicht zurückzahlen, dann hätte seine Frau als Drittzahlerin nur durch Tilgung aus ihrem Paraphernalgut den Pfandverfall vermeiden können. Wegen dieser Verlustgefahr läuft die Belastung des Dotalgrundstücks mit einer Hypothek durch den Mann auf eine Interzession durch die Frau hinaus. Damit ließe sich erklären, weshalb nach Justinians Bericht eine Verpfändung (abweichend von der Veräußerung) nach klassischem Recht nicht einmal mit Zustimmung der Frau statthaft gewesen sein soll.<sup>196</sup> Nach dieser Deutung

<sup>193</sup> Das ausdrückliche Verpfändungsverbot im Mitgiftbestellungsdokument gemäß § 9 der Scholia Sinaitica (o. Anm. 8) könnte ein Indiz für das Fehlen einer gesetzlichen Regelung sein. Die Klausel kann aber auch eine existierende gesetzliche Regelung nur wiederholt (dem Ehemann eingeschärft) haben.

<sup>194</sup> Der Bericht des Gaius *D.* 23,5,4 wäre dann zumindest unpräzise. Just an dieser Stelle unterscheidet Gaius klar zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und seiner erweiternden Auslegung.

<sup>195</sup> Ulpian *D.* 16,1,2 *pr.* Auf diesen möglichen Zusammenhang machte BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 456 aufmerksam. Ähnlich andeutungsweise GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* (o. Anm. 21), S. 157, Anm. 15 im Anschluss an Bonfante.

<sup>196</sup> *Cf.* 5,13,1,15 (a. 530); *IJust.* 2,8 *pr.* Denn das Interzessionsverbot ist durch eine Zustimmung der Frau nicht zu beseitigen. – Ist eine Vollrechtsübertragung unter leichteren Voraussetzungen möglich als die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts, dann öffnet dies allerdings einer Umgehung das Tor. Anstelle des vom *BGB* strikt befolgten Faustpfandprinzips (Verpfändung beweglicher Sachen nur mit wirklicher Übergabe, §§ 1205, 1253) bedient sich die Praxis seit über einem Jahrhundert der fiduziarischen Sicherungsübereignung. Bei konsequenter Anwendung des Interzessionsverbots hätte auch eine (fiduziarische) Sicherungsübereignung des *fundus dotalis* trotz Zustimmung der Frau nach klassischem Recht unwirksam sein müssen.

braucht man Justinian nicht einer Geschichtsfälschung zu zeihen. Die Verbürgung für einen im Interesse der Frau aufgenommenen Kredit (auch zwecks Verbesserung des Dotalgrundstücks)<sup>197</sup> wäre allerdings keine Interzession. Insoweit müsste die Verpfändung des Grundstücks statthaft gewesen sein. Zu unterscheiden wäre somit je nach dem Zweck der Kreditaufnahme. Justinians Bericht wäre hiernach zumindest unpräzise.

Für die der Praxis gegenüber verpflichteten Pandektenlehrer des 19. Jh. war die Frage durch Justinians generelles Verbot trotz Einwilligung der Ehefrau entschieden. Für das frühere klassische Recht können wir die Frage unentschieden lassen. Vor der Einbringung zur Mitgift konnte die Frau ihr Grundstück jedenfalls wirksam verpfänden.<sup>198</sup>



### III. DIE WIRKUNGEN DES VERÄUSSERUNGSVERBOTS

#### 1) Grundsätzliche Erläuterungen

a) Die Folgen der Übertretung eines gesetzlichen Verbots ergeben sich in erster Linie aus der *sanctio legis*, hilfsweise aus seiner Interpretation durch die Juristen. Zur *lex Iulia* ist eine ausdrückliche Sanktion nicht überliefert. Vermutlich beschränkte sich ihr Tenor darauf, dem Ehemann die Veräußerungsbefugnis abzuerkennen, also im Verbot der *alienatio*;<sup>199</sup>

<sup>197</sup> Insbesondere zur Vornahme notwendiger Verwendungen zur Abwendung eines *damnum infectum*. Vgl. *D.* 23.5.1 *pr.*

<sup>198</sup> So wie alle anderen vor der Dosbestellung begründeten dinglichen Rechte vorgingen; BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 450–451. Geschieht die Einbringung zur Mitgift allerdings mit Einwilligung des Pfandgläubigers, so kann sie als stillschweigender Verzicht auf das Pfand (oder als Rangrücktritt) gedeutet werden, *D.* 20.6.11; CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 421–422.

<sup>199</sup> Ähnlich der *lex Falcidia* (*D.* 35.2.1 *pr.*) könnte der Tenor etwa gelautet haben: ... *potestas alienandi ne esto*.

darauf deuten einhellig alle Äußerungen in den Juristenschriften hin.<sup>200</sup> Nach der zutreffenden Darstellung in den Institutionen von Gaius und von Justinian ist der Ehemann zwar Eigentümer und als solcher zur Innehabung und Nutzung, aber nicht zur Verfügung befugt; er ist zwar Berechtigter, aber zugleich auch Nichtberechtigter (so paradox dies klingt) – mit einem anderen Wort: er ist nicht so Berechtigter.

Nach gleichfalls einhelliger Ansicht neuzeitlicher Interpreten war die *lex Iulia* folglich eine *lex perfecta*. Gegen sie verstoßende Geschäfte waren *ipso iure* nichtig; einer prätorischen Intervention bedurfte es nicht (anders als etwa bei Übertretungen der *Senatus Consulta Macedonianum* und *Velleianum*). Charakteristisch für eine *lex perfecta* ist, dass sie die Wirkungen des verbotenen Geschäfts von Rechts wegen vernichtet (*rescindit*),<sup>201</sup> auch wenn sich der Benachteiligte nicht auf die Nichtigkeit beruft (dies im Unterschied zur Anfechtbarkeit). „Perfekt“ ist ein Verbotsgesetz auch dann, wenn sein Wortlaut keine Sanktion enthält, es aber von den Juristen (wie hier) in diesem Sinne interpretiert wird.<sup>202</sup>

b) Im Gegensatz zur *inter omnes* wirkenden absoluten Nichtigkeit bezweckt die relative nur den Schutz einer bestimmten Person. Mit relativ wirkenden Veräußerungsverboten rechnet das BGB in § 135; von einem Gesetz angeordnete relative Unwirksamkeit kommt aber im deutschen Recht nicht vor. Auch die gemäß §§ 1365 und 1369 BGB an die Zustimmung des Ehepartners gebundenen („vinkulierten“) Verfügungen über das Vermögen im ganzen oder über Gegenstände des ehelichen

<sup>200</sup> Gai. 2.62–63; „alienandi potestas non habet, prohibetur alienare“; *D.* 23.5.4: „ne liceat obligare aut alienare“; – Julian–Afrikan *D.* 23.5.II: „negavit alienari posse“; – Ulpian *D.* 23.5.3.1; *eod.* 9.3; 10 (2 x) und 13.1: „alienari non posse“ (ebenso Paulus *D.* 23.5.1.1); *D.* 23.5.13.2: „alienatio prohibeatur“; *D.* 23.5.2: „venditio impeditur“; – *PSent.* 2.21b.2: „ne alienet“. – Zu *non licere* und ähnlichen Wendungen siehe die Zusammenstellung bei F. HELLMANN, „Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen“, *ZRG RA* 23 (1902), S. 408 ff.

<sup>201</sup> *TUlp.* 1.1–2; WACKE, „Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*“ (o. Anm. 184), S. 212 ff. Allgemein Patrizia SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: L'uso di rescindere nell'esperienza della Roma antica*, Torino 2013; rezensiert von V. GIUFFRÈ, *Iura* 63 (2015) 231 ff.

<sup>202</sup> KASER, *Das Römische Privatrecht* (o. Anm. 30), S. 249. In Parallele zur *lex Falcidia*: WACKE, „Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*“, (o. Anm. 184), S. 214.

Haushalts bezwecken zwar dessen Schutz; ohne dessen Einwilligung vorgenommen, führen sie aber zu absoluter Nichtigkeit. Im Einzelfall (also nicht generell kraft Gesetzes) sind relativ unwirksam Verfügungen entgegen einem gerichtlichen Veräußerungsverbot (§ 136 *BGB*) oder entgegen einer im Grundbuch eingetragenen Vormerkung (§ 883 Abs. 2 *BGB*).

Relative Unwirksamkeit in diesen Fällen bedeutet: Ein Dritter erwirbt Eigentum allen Personen gegenüber, ausgenommen nur die Person des Geschützten. Zu dessen Gunsten gilt der Veräußerer weiterhin als Berechtigter. Trotz der zwischenzeitlichen verbotswidrigen Verfügung kann der Veräußerer zwecks Erfüllung des (z. B. vorgemerkten) Anspruchs an den geschützten Gläubiger leisten und ihm das Eigentum (notfalls mit erzwingbarer Zustimmung des Zwischenerwerbers, § 888 *BGB*) übertragen. Diese auf einer Fiktion beruhende hybride Figur einer gespaltenen Rechtszuständigkeit wurde erst in der Schlussphase der Pandektenwissenschaft gegen Ende des 19. Jh. entwickelt und war noch im Gesetzgebungsverfahren umstritten.<sup>203</sup> Über die Konstruktion ist man sich noch heute nicht ganz einig.<sup>204</sup> Im dargestellten Sinne ist die relative Unwirksamkeit anscheinend eine Besonderheit des deutschen Rechts. Fremde Kodifikationen kennen sie meist nicht<sup>205</sup> (auch nicht der polnische *Kodeks cywilny*); darum wird sie im Ausland oft missverstanden. Relative Unwirksamkeit ist aber weder zu verwechseln mit der (von der Geltendmachung

<sup>203</sup> F. DORN, [in:] *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I*, Tübingen 2003, §§ 134–137 Randnummern 27 ff., S. 678 ff.; H. BEER, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin 1975, S. 16 ff.; CH. PAULUS, *Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs*, Berlin 1981, S. 18 ff. Vom Redaktor GEBHARD als unnötig betrachtete Kategorie, siehe R. M. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz*, Tübingen 1998, S. 73 ff.

<sup>204</sup> Ein Überblick über den Stand der Meinungen etwa bei CH. ARMBRÜSTER im *Münchener Kommentar zum BGB*, München 2015 (7. Aufl.), § 135 Randnummern 31 ff.; vertiefend H. WIELING, *Sachenrecht I*, 2004 (2. Aufl.) § 1 III 5, S. 46 ff. Kritisch P. H. WESTERMANN, *Sachenrecht*, Heidelberg 1998 (7. Aufl.), § 3 I 1a, S. 16: „Da die relative Unwirksamkeit einen systemwidrigen Fremdkörper darstellt, ist sie auch in engen Grenzen zu halten“.

<sup>205</sup> Überblick bei G. KRAUSS, Art. „Verbotene Geschäfte, insbesondere Veräußerungsverbote“, [in:] *Schlegelbergers rechtsvergleichendem Handwörterbuch VII*, (1939) 112–113; ausführlich R. M. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz* (o. Anm. 202), zu Österreich S. 90 ff., zur Schweiz S. 105 ff., zu Frankreich S. 111 ff.

durch den Geschützten abhängigen) Anfechtbarkeit,<sup>206</sup> noch mit heilbarer Nichtigkeit.<sup>207</sup>

c) Das römische Recht kann eine relative Unwirksamkeit in dem erläuterten modernen Sinne nicht gekannt haben.<sup>208</sup> Ein abstraktes Formalgeschäft wie eine *mancipatio* konnte zwar wegen Gesetzesverstoßes nichtig, nicht aber nur einer bestimmten Person gegenüber unwirksam sein. Wegen der *inter omnes* wirkenden Nichtigkeit aufgrund Gesetzesverstoßes war der Ehemann nicht nur seiner Frau gegenüber, sondern allen Personen gegenüber Eigentümer geblieben. Die Vertreter einer nur relativen Unwirksamkeit des Verstoßes gegen die *lex Iulia* verstehen den Begriff in anderem (gleichsam umgekehrten) Sinne. Ihrer Ansicht nach waren Verfügungen über das Mitgiftgrundstück deshalb unwirksam, weil sich nur die allein zu schützende Ehefrau darauf berufen konnte; der Ehemann habe die Unwirksamkeit hingegen wegen eines ihm vorzuwerfenden Verstoßes *contra factum proprium* nicht geltend machen dürfen. Ihm allein gegenüber wäre die Verfügung damit relativ wirksam gewesen. Die Verbotswirkungen wären damit aufgrund einer vorgefassten, aber wie sich zeigen wird in den Quellen nicht zu findenden Ausgangsthese eingeschränkt worden.

## 2) Die Konvaleszenz der unwirksamen Verfügung mit dem Tode der Ehefrau<sup>209</sup>

Die aufgeworfenen Fragen lassen sich größtenteils aus den folgenden vier Digestenfragmenten beantworten. Ergänzend werden wir allgemeine

<sup>206</sup> So allerdings zuletzt wieder I. SIKLÓSI, „Quelques questions de l’inexistence et l’invalidité des actes juridiques dans le droit romain“, [in:] *Ad geographiam historico-iuridicam ope iuris Romani colendam. Studia in honorem Gábor Hamza*, Budapest 2015, S. 327 ff.; S. 331 ff.

<sup>207</sup> Wenig klar diesbezüglich L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* I, Leipzig 1908, S. 242 ff. mit Anm. 22.

<sup>208</sup> M. KASER & R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München 2014 (20. Aufl.), § 9 Randnummer 2 am Ende.

<sup>209</sup> Verwiesen sei zunächst auf meine allgemeine Vorarbeit: „Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten“, *ZRG RA* 114 (1997), S. 197–232. Seither zu den nachfolgend behandelten Digestenstellen: G. H. POTJEWIJD, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtigen convalescentie* [Verfügungsbefugnis, Bekräftigung und Konvaleszenz] (von W. J. ZWALVE

Erwägungen anstellen (unten § 5). Marcellus und Papinian lassen zunächst übereinstimmend die verbotswidrige Veräußerung mit dem Tode der Frau bei bestehender Ehe konvaleszieren:

*D.* 23.5.17 (Marcian. [scr. Marcellus]<sup>210</sup> 7. *dig.*): Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit. Si in matrimonio mulier decesserit et dos lucro mariti cessit, fundus emptori avelli non potest. – Das Mitgiftgrundstück hat der Ehemann verkauft und übergeben.<sup>211</sup> Wenn die Frau während bestehender Ehe verstarb und die Mitgift als Vorteil dem Manne verblieb,<sup>212</sup> kann das Grundstück dem Käufer nicht entzogen werden.<sup>213</sup>

betreutes Proefschrift, Leiden 1998, S. 60–62; 274–276. Einige hier einschlägige Konvaleszenzfälle erörterte in skizzenhaften Andeutungen D. DAUBE unter der enigmatischen Überschrift „*D.* 19.1.46 and adultery“, [in:] *Mélanges Philippe Meylan*, I. *Droit romain*, Lausanne 1963, S. 65–69 [= D. DAUBE, *Collected Studies in Roman Law* II, Frankfurt am Main 1991, S. 1075–79]. Daube widmete sich hauptsächlich möglichen palingenetischen Zusammenhängen.

<sup>210</sup> *Marcianus* in der Florentina anstelle von Marcellus ist ein Schreibfehler. Von Aelius Marcellianus ist ein Werk mit dem Titel *digesta* nicht bekannt. Hingegen handelt Ulpian Marcellus im 7. Buch seiner *digesta* vom Dotalrecht, LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I (o. Anm. 47), S. 608 Nr. 84. Ausführlich Roberto REGGI in seiner kritischen Rezension in *Index* 3 (1972), S. 586 zu SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (o. Anm. 74). Der gleiche Schreibfehler begegnet in *D.* 37.10.10; dazu STIEGLER, *ZRG RA* 85 (1968), S. 394, Anm. I. – Marcellus war kaiserlicher Konsiliar zu Anfang des 2. Jh. n. Chr., s. D. LIEBS, *Hoffuristen der römischen Kaiser*, München 2010, S. 46–47. Zu seinen *digesta* LIEBS, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* (o. Anm. 113), S. 110–111. Der um ca. ein Jahrhundert jüngere Marcian war Spätklassiker, vielleicht Schüler Ulpian; er zitiert den Marcellus zustimmend in *D.* 40.15.1.4 *i.f.*

<sup>211</sup> *tradidit* ist vielleicht interpoliert für *mancipio dedit* oder *in iure cedit*; vgl. Gai. 2.63. In *D.* 23.5.14 *pr.* kann *tradit* aber nicht unecht sein (Geheißerwerb des Mitgiftgrundstücks, o. Anm. 130). Unabhängig von einer formalen Übereignung oder formlosen Übergabe war die Veräußerung jedenfalls nichtig.

<sup>212</sup> *lucro mariti cessit* ist schwer zu übersetzen. Die Wendung *lucro cedere* begegnet in den Quellen etwa 12 Mal. Die von Spruit herausgegebenen Übersetzung lautet: „und kommt die Mitgift dem Manne zugute“. Bei d’Ors heißt es: „y el marido hace suya la dote“, der Ehemann überführt die Mitgift ins Eigenvermögen. Das Gemeinte ist klar: Der Mann behält die Mitgift endgültig als unentgeltlichen Gewinn. Und zwar die ganze Mitgift, „si tota dos lucro mariti cessit“ sagt genauer Papinian im Paralleltext *D.* 41.3.42. Die „Ausdrucksweise lässt erkennen, dass die Mitgift nicht bereits bei der Eheschließung, sondern erst mit dem Tode der Frau voll im Mannesvermögen aufging“, schreibt zutreffend SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (o. Anm. 74), S. 61. – Bei einem Vermächtnis des Grundstücks an einen Dritten muss die von der Witwe angenommene Erbschaft des Mannes sie allerdings nicht für den ganzen Wert des Grundstücks entschädigen, so Scaevola *D.* 23.5.13.4 (oben II § 18b).

*D. 41.3.42 (Papin. 3. quaest.):* Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet. Quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. – Verkauft der Ehemann das Mitgiftgrundstück jemandem, der weiß oder nicht weiß, dass es zur Mitgift gehört, dann gilt der Verkauf nicht. Mit dem Tode der Frau während der Ehe wird der Verkauf aber nach einhelliger Ansicht bekräftigt, wenn die ganze Mitgift dem Manne zugute kommt. Dasselbe ist rechtens, wenn derjenige, der eine gestohlene Sache verkaufte, später Erbe des Eigentümers wird.

Das Fragment Papinians ist in dreifacher Hinsicht inhaltsreicher als das des Marcellus. Erstens erklärt Papinian den Verkauf ausdrücklich für nichtig. Zweitens stellt er klar, dass etwaige Unkenntnis des Käufers von der Zugehörigkeit des Grundstücks zum Dotalvermögen daran nichts ändert. Drittens zieht er im letzten Satz einen lehrreichen, aber wie sich zeigen wird nur begrenzt tragfähigen Vergleich zum nachträglichen Eigentumserwerb des Verkäufers einer gestohlenen Sache. Dazu im einzelnen:

a) Verkauf und Übereignung sind zunächst gleichermaßen nichtig.<sup>214</sup> So muss es sein.<sup>215</sup> Wäre nämlich nur die Übereignung nichtig, könnte der

<sup>213</sup> „El marido ... no podrá reclamar el fundo al comprador“ heißt es in der Übersetzung von Á. D’ORS, unter Vertauschung des originalen Passivs ins Aktiv. Sachlich richtig, denn ein anderer Kläger außer dem Witwer kommt nicht in Betracht.

<sup>214</sup> Papinian meint mit der abgekürzten Bezeichnung *venditio* den Doppeltatbestand Verkauf und Übereignung. Letztere ist zu subintelligieren (Synekdoche). STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 257 fügt unnötigerweise hinter *vendidit* wiederholt *<et mancipavit>* ein. Derartige Klammerzusätze (die hier zudem pedantisch wirken) empfehlen sich bei der Textwiedergabe jedoch nicht. Sie verengen präjudizierend das Auslegungsspektrum: Dass das Grundstück (besonders wenn in der Provinz gelegen) tatsächlich nur übergeben wurde, wird gar nicht mehr in Erwägung gezogen. Die von Marcellus erwähnte Übergabe an den Käufer ist eine wichtige Voraussetzung für den nachträglichen ebenso wie für den sofortigen Eigentumsübergang. War das Grundstück noch nicht übergeben (oder wieder zurückgegeben), scheidet eine Konvaleszenz aus. *Mancipavit* anstelle des (besonders bei Gaius) häufigeren *mancipio dedit* kommt zugegebenermaßen zuweilen vor und wurde von den Kompilatoren durch *tradiderit* ersetzt, deutlich in *D. 7.2.3.1* gegenüber *FVat.* 80.

<sup>215</sup> An die Zustimmung des Ehepartners gebunden sind gemäß §§ 1365, 1369 *BGB* dementsprechend sowohl die Verpflichtung als auch die Verfügung.

Käufer aus dem Kaufvertrag erfolgreich auf Übereignung oder auf das Erfüllungsinteresse klagen. Nur die Verfügung für unwirksam zu erklären, wäre demnach illusorisch. Der Begriff „Veräußerungsverbot“ ist umfassender als der engere „Verfügungsverbot“.

*Bona fides* des Käufers kann das Verbot nach Papinian nicht überwinden. Ignoranz schadet dem Käufer; er kann nicht einwenden, er habe den Verkäufer für unverheiratet gehalten, oder er habe geglaubt, das Grundstück gehöre nicht zur Mitgift oder die Ehefrau habe zugestimmt. Unkenntnis des gesetzlichen Verbots war als *error iuris* ohnehin schädlich. Eine Beachtlichkeit derartiger Schutzbehauptungen hätte das Verbot zu stark eingeschränkt.<sup>216</sup> Dem Schutze des Totalvermögens gebührt der Vorrang. Ihm zuliebe werden die nachteiligen Konsequenzen für den mangelnden Vertrauensschutz im Grundstücksverkehr in Kauf genommen. Nicht vom Veräußerungsverbot betroffene (bewegliche) Dotal Sachen werden sofort Eigentum des Erwerbers; einer Konvaleszenz des Veräußerungsaktes bedarf es nicht.

b) Die Veräußerung wird nach beiden Texten wirksam, wenn die Frau während der Ehe verstirbt und der Witwer die *dos* lukriert.<sup>217</sup> Das übereinstimmende Ergebnis beschreibt Papinian materiellrechtlich (*confirmari convenit*). *Confirmari* bedeutet, dass der Verkauf (einschließlich der Eviktionshaftung) nunmehr (*ex nunc*) wirksam wird, sodass zur schon erfolgten *traditio* jetzt die für den Eigentumsübergang erforderliche *iusta causa* hinzutritt. Marcellus formuliert hingegen prozessual, dass der Käufer von diesem Moment an keine Rückforderungsklage mehr fürchten muss (*fundus emptori avelli non potest*).<sup>218</sup> Als Kläger kommt nach dem Tode

<sup>216</sup> Irrelevant ist guter Glaube des Erwerbwilligen auch nach der ähnlichen Vorschrift des § 1369 BGB bei der nichtigen Veräußerung von vinkulierten Gegenständen des ehelichen Haushalts. Ein nur relativ wirkendes behördliches Veräußerungsverbot ist hingegen gemäß §§ 135 Abs. 2, 136 BGB durch guten Glauben des Erwerbers überwindbar.

<sup>217</sup> Als Gegenstück zur o. Anm. 138 erwähnten Regel *Resoluto iure dantis...* gilt hier umgekehrt der Satz: *Confirmato iure dantis, convalescit ius accipientis*. Ähnliche Wendungen in WACKE, „Die Konvaleszenz der Verfügung“ (o. Anm. 209), S. 226 und „Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht“, ZRG RA 115 (1998), S. 451. Die Heilung tritt von Rechts wegen ein, die Veräußerung bedarf keiner Bestätigung des Verkäufers. Dass der Käufer das Grundstück behalten will, wird vorausgesetzt.

<sup>218</sup> Die prozessuale Ausdrucksweise des Marcellus passt besser in das Milieu des Formularprozesses. Bei nachträglichem Erwerb des nichtberechtigten Verfügenden verhinderten



der Ehefrau einzig der Witwer in Betracht. Aus der Formulierung folgt durch Umkehrschluss, dass vor diesem Zeitpunkt das ungültig veräußerte Grundstück sehr wohl zurückverlangt werden kann.<sup>219</sup> Welche Person zurückfordern könnte (Mann oder Frau?), bleibt allerdings wegen der von Marcellus benutzten Passiv-Konstruktion seiner Aussage unbestimmt und wird darum auch von uns einstweilen dahingestellt (dazu unten §§ 4–5).

c) In dem von Papinian angefügten Vergleichsfall erwirbt der eine *res furtiva* veräußernde Nichteigentümer daran später das Eigentum. Dadurch wird die unwirksame Übereignung nach Papinian ebenfalls bekräftigt. Die Rechtsfolge ist insoweit dieselbe: Im Ausgangsfall erlangt der nicht Verfügungsbefugte nachträglich die Verfügungsmacht, im Vergleichsfall erlangt der veräußernde Nichteigentümer später das Eigentum. Das ist ein Größenschluss *a minore ad maius* oder ein „erst recht-Schluss“.<sup>220</sup> Die Parallele überzeugt.

Doch darf der Vergleich nicht überdehnt werden. Nicht weniger als sechs beachtliche Unterschiede sind nicht zu übersehen.<sup>221</sup> Um sie herauszuarbeiten, eignet sich das Fragment gut als Aufgabe für eine Digestenexegese. Erstens ist zu fragen, ob die Veräußerung auch dann konva-

die Klassiker nämlich dessen Rückforderungsklage mittels einer *exceptio (doli oder in factum)*, siehe WACKE, „Die Konvaleszenz der Verfügung“ (cit. n. 209), S. 208 ff.

<sup>219</sup> So zutreffend schon E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium. Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig 1912, S. 24–25, und (zum Mittelalter) S. 50 ff.; rezensiert (mit ergänzenden Beispielen) von P. KOSCHAKER, *ZRG RA* 33 (1912), S. 548–551. RIEZLER (1873–1953), 1900 in München für Bürgerliches und Römisches Recht habilitiert, lehrte 1902–1913 in Freiburg als a. o. Professor, danach in Erlangen (wo er auch Rektor war), seit 1926 in München (mit Unterbrechung während der NS-Zeit 1938–1946). Die Lehre vom *venire contra factum proprium* ist seit seiner bahnbrechenden Schrift mit seinem Namen verknüpft. – Anders (vielleicht noch nicht ganz ausgereift?) Lisa ISOLA in ihrem zum Promotionsverfahren in Wien eingereichten Dissertationsentwurf über das *venire contra factum proprium*, woraus sie mir das einschlägige Kapitel freundlicherweise zugänglich machte.

<sup>220</sup> Der angefügte zweite Fall dient wohl nur zur Bekräftigung der Lösung des ersten. Nur analog anwendbar ist nämlich die Konvaleszenzvorschrift des § 185 Abs. 2 Fall 2 *BGB*, wenn der ohne Verfügungsmacht Handelnde später die Verfügungsmacht erlangt. Dies war schon vom Gesetzgeber so gewollt.

<sup>221</sup> Dass der Ausgangsfall praktisch weitaus häufiger vorgekommen sein muss es der Vergleichsfall, ist nur ein tatsächlicher Unterschied.

leszieren soll, falls der Käufer in Kenntnis des Verbots ein Dotalgrundstück erwerben wollte. Der Wortlaut von Fr. 42 (*scienti* ...) scheint diesen Fall mit zu umfassen. Alsdann spekulierten die Kaufvertragsparteien jedoch unfremd auf den Tod der Ehefrau. Ein solches Ergebnis kann der streng moralisch urteilende Papinian<sup>222</sup> jedoch ebensowenig gebilligt haben wie den Verkauf einer gestohlenen Sache an einen Hehler. Konvaleszenz tritt in beiden Fällen demnach vermutlich nur zugunsten eines redlichen Käufers ein.<sup>223</sup> Zweitens bleibt ein unwissender Käufer beim Verstoß gegen die *lex Iulia* nach Papinian schutzlos, beim Kauf einer gestohlenen oder unterschlagenen Sache wird er hingegen geschützt. Wegen der *inter omnes* wirkenden Nichtigkeit des Grundstückskaufs im Ausgangsfall haften dem Käufer weder der Verkäufer noch ein etwaiger Eviktionsbürge. Dem redlichen Käufer einer *res furtiva* muss hingegen der Eviktionsregress zustehen; der von ihm abgeschlossene Kaufvertrag ist wirksam. Der Verkäufer einer *res furtiva* haftet im Eviktionsfalle auf das Kaufpreisduplum, mindestens auf das Erfüllungsinteresse; der Ehemann haftet nicht. Erfüllungszwang darf auf den Ehemann auch nicht mittelbar ausgeübt werden. Drittens könnte im Ausgangsfall der Verkäufer als Eigentümer das übergebene Grundstück von Rechts wegen vom Käufer vindizierend zurückverlangen; im Vergleichsfall hat er als Nichteigentümer kein Vindikationsrecht, oder (theoretisch) frühestens ab seinem späteren Eigentumserwerb. Im selben Moment verliert er aber schon wieder sein Eigentum infolge der Konvaleszenz an den Käufer, dem er Erfüllung schuldet. Viertens verhindert (hiermit verknüpft) die der Konvaleszenz zugrundeliegende Regel „Qui doit garantie, ne peut évincer“ (u. Anm. 241) die Eviktion im Vergleichsfall (hilfsweise) schon vom Moment des Verkaufs an, im Ausgangsfall aber erst vom Augenblick der *confirmatio* an. Fünftens sind *res*

<sup>222</sup> U. MANTHE, „Ethische Argumente im Werk Papinians“, *Orbis Iuris Romani* 10 (2005), S. 143 ff.; O. BEHREND, zitiert in WACKE, „Die Konvaleszenz von Pfandrechten“ (o. Anm. 217), S. 455, Anm. 62. Die Hoffnung auf den Tod zu setzen, ist ein grober Verstoß *contra bonos mores*: „Nefas est tristes casus expetare“, *D.* 18.1.34.2.

<sup>223</sup> Die Konvaleszenz der Verpfändung durch einen Nichtberechtigten bejahte Papinian in dem stark komprimierten Text *D.* 20.1.1 *pr.* ebenfalls nur zugunsten eines redlichen Pfandnehmers; WACKE, „Die Konvaleszenz von Pfandrechten“ (o. Anm. 217), S. 449 ff.; 451; 455.

*furtivae* verkehrsunfähig; sie unterliegen keinem Veräußerungsverbot, sondern einem Erwerbsverbot. Weder der erste noch ein späterer Käufer kann sie trotz guten Glaubens durch Rechtsgeschäft oder durch Ersitzung erwerben. Das entgegen der *lex Iulia* veräußerte Dotalgrundstück wird aber nicht zur *res inhabilis*:<sup>224</sup> Wer als redlicher zweiter Käufer das Grundstück dem ersten Käufer abkauft, kann es durch Zeitablauf ersitzen. Im Interesse der schutzwürdigen Ehefrau besteht deshalb ein Bedürfnis, die Vollendung der Ersitzung mittels baldiger Klageerhebung zu verhindern. Sechstens schließlich konvaleszieren Kaufvertrag und Übereignung im Ausgangsfalle (wie sich zeigen wird) nur, wenn sich keine Partei in der Zwischenzeit von dem nichtig Vereinbarten lossagt; der Kauf einer *res furtiva* durch einen Redlichen ist hingegen bindend und nur einvernehmlich durch *contrarius consensus* aufhebbar.

### 3) Die Konversion eines ungültigen *fideicommissum ab emptore relictum*

Nicht von der Konvaleszenz einer Verfügung unter Lebenden (infolge nachträglichen Wegfalls des Veräußerungsverbots), sondern von der Konversion (Umdeutung) einer nichtigen letztwilligen Verfügung handelt das folgende, höchst lehrreiche Fragment Papinians, als *responsum* vermutlich auf einen praktischen Fall zurückgehend und als *lex fugitiva* (ebenso wie das zuletzt betrachtete Quästionenfragment) außerhalb des einschlägigen Pandektentitels 23,5, nämlich im Vermächtnisrecht überliefert.<sup>225</sup>

<sup>224</sup> So jedoch – den Vergleich mit der *res furtiva* übertreibend – CHORUS, *Handelen in strijd met de wet*, (o. Anm. 78), S. 74 ff.; englische Kurzfassung: „Illegal alienations in classical Roman Law“, [in:] P. BIRKS (Hrsg.), *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford 1989, S. 85; 91–92. Verkehrsunfähig und daher auch unersitzbar sind *res extra commercium* wie etwa Grabstätten etc. Sie bilden eine andere Kategorie. Den Ausdruck „absolutes“ Veräußerungsverbot darf man nicht missverstehen.

<sup>225</sup> Dazu schon WACKE, „Das *fideicommissum a debitore relictum*. Die *exceptio doli* im Dienste des Rechtsfortschritts“, *TR* 39 (1971), S. 269 ff.; ausführlicher auf italienisch: „La *exceptio doli* lo rende possibile: fedecommissio in favore di terzi e fedecommissaria liberazione dall’obbligo di restituzione della dote“, *Iura* 46 (1995, aber 2000), S. 35 ff.

*D. 31.77.5 (Pap. 8 resp.):* Qui dotale praedium contra legem Iuliam vendidit, uxori legatum dedit et emptoris fidei commisit, ut <eo> amplius ei pretium restituat. Emptorem fideicommissi non teneri constabat. Si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio doli placuit exceptione summoverti. – (Ein Ehemann) verkaufte das Mitgiftgrundstück entgegen der *lex Iulia*, wandte seiner Frau ein Vermächtnis zu und erlegte überdies dem Käufer das Fideikommiss auf, an sie den (noch ausstehenden) Kaufpreis zu entrichten. Dass der Käufer aus dem Fideikommiss nicht haftet, stand fest. Falls jedoch nach der Annahme des Vermächtnisses die Frau die Ungültigkeit des Verkaufs geltend machen wollte, werde sie nach erfolgtem Angebot des Preises, so wurde entschieden, mit der Einrede der Arglist abgewehrt.

a) Der Ehemann hat das Dotalgrundstück ohne Zustimmung seiner Frau verkauft und offenbar auch übergeben.<sup>226</sup> Testamentarisch bittet er den Käufer, den noch ausstehenden Kaufpreis an seine Frau zu zahlen; ihr wendet er außerdem ein Vermächtnis zu. Das einem Nachlassschuldner auferlegte Fideikommiss, die geschuldete Leistung an einen Dritten zu erbringen, war nach einem von Ulpian *D. 30.77* erwähnten Reskript des Antoninus Pius klagbar. Die Anordnung, den Betrag an den Dritten auszukehren, impliziert nämlich zugleich die Befreiung des Schuldners von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Nachlass (*quasi videatur heres rogatus remittere id debitori*). Nach den Regeln über das *fideicommissum a debitore relictum* schützt den Schuldner folglich eine *exceptio doli* gegen die Klage des Erben. Der durch den testamentarischen Erlass honorierte Schuldner ist zugleich oneriert mit der Leistungspflicht an den Dritten. Die Wirkungen ähneln einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall; die Klage des Begünstigten stützt sich jedoch nicht auf einen Vertrag, sondern auf das (einseitige, darum widerrufliche) Fideikommiss.<sup>227</sup>

Das hier dem Käufer auferlegte Fideikommiss ist nach Papinian allerdings unstreitig nichtig; weshalb, hält er nicht für begründungsbedürftig. Der Grund ergibt sich aus der zuvor behandelten Papinianstelle

<sup>226</sup> Mit der Übergabe trat der Verkäufer unklugerweise in Vorleistung. Der gestundete Kaufpreis wird durch Bürgschaft gesichert gewesen sein.

<sup>227</sup> WACKE, „Das *fideicommissum a debitore relictum*“ (o. Anm. 225), S. 261.

*D. 41.3.42: venditio non valet.* Die Veräußerung entgegen der *lex Iulia* ist nichtig; deshalb wird der Kaufpreis nicht geschuldet. Da also der Käufer nicht von einer Nachlassforderung befreit wird, kann er nicht mit der Zahlung an die Witwe beschwert werden.

b) In beispielhafter Auslegungskunst findet Papinian jedoch einen Weg, auf dem der Testatorwille dennoch zum Erfolg führt: Da der Witwe hier ein Vermächtnis zugewendet ist,<sup>228</sup> kann sie (statt des Käufers) mit dem Fideikommiss belastet werden, die ungültige Grundstücksveräußerung zu genehmigen. Nimmt sie also das Legat an (*accepto legato*), darf sie die Nichtigkeitsfolgen nicht geltend machen (*irritam facere*), sofern allerdings der Käufer selber den Vertrag gelten lassen will: Offeriert er ihr also den Preis (*oblato pretio*), kann er dem Text zufolge die *exceptio doli* vorschützen, falls die Frau das Grundstück *contra voluntatem defuncti* herausverlangen sollte. Ein testamentarisch Bedachter muss nämlich den letzten Willen ungeteilt anerkennen,<sup>229</sup> das sahen wir schon an Scaevola-Ulpian *D. 23.5.13.4* (oben II § 13), allerdings bei umgekehrter Besitzeslage. Die ihm ungünstigen Verfügungen muss der Bedachte ebenso akzeptieren wie die ihm günstigen; er darf sich (anders gesagt) nicht nur die „Rosinen herauspicken“.<sup>230</sup> Durchgeführt wird der Vertrag demnach nur, wenn beide Beteiligte (die Witwe ebenso wie der Käufer) dies wollen; keiner ist dazu gezwungen. Jede Partei kann nochmals die sich aus dem Vereinbarten ergebenden Vorteile und Nachteile überprüfen und gegeneinander abwägen. Die Entscheidung ist im wahrsten Sinne von geradezu salomonischer Weisheit getragen.

Zur Gültigkeit gelangt Papinian demnach durch einen Wechsel der Perspektive, nämlich durch die schon bei Julian-Afrikan *D. 30.108.14*

<sup>228</sup> Das Legat kann nicht in einem bloßen Rückvermächtnis ihrer Mitgift bestanden haben, denn damit bekäme die Witwe nur, was ihr ohnehin zusteht, aber keinen zusätzlichen Vorteil aus dem Vermögen des Mannes zugewendet.

<sup>229</sup> So schon CUIACIUS in seiner ausführlichen Erläuterung *Ad § Qui dotale* im Kommentar *in lib. VIII. Rponsorum Papiniani, Opera* IV, Prato 1837, pp. 2307 ff. Ebenso CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Amn. 3), S. 449.

<sup>230</sup> Abgelehnt wird damit die sogenannten „Rosinentheorie“, von Francesca LAMBERTI in ihrer italienischen Übersetzung meines Textes „Kirschen-Theorie“ (*teoria delle ciliegie*) genannt.

begegnende Umdeutung der Person des Belasteten.<sup>231</sup> *Irritam facere* heißt hier nicht (was sprachlich nahe läge) ‚anfechten‘, denn die Veräußerung ist schon *ipso iure* nichtig. Doch war die im Verkauf liegende Bereitschaft zur Übereignung (oder die Einigung im Sinne von § 929 BGB) schon erklärt, und diese wäre (da unverbindlich) widerruflich. *Irritam facere* bedeutet daher nur: die Ungültigkeit geltend machen, die Rückabwicklung verlangen. Ebenso wie die Konversion hat aber auch eine Konvaleszenz zur Voraussetzung, dass kein Beteiligter widerspricht (vgl. unten § 5 d). – Das Fragment enthält kein überflüssiges Wort und ist ein schönes Exempel für die von Papinian meisterhaft beherrschte konzise Ausdrucksweise. Es illustriert zugleich anschaulich die Auslegungsmaxime nach dem *favor testamenti*, wonach ein Jurist sich nicht resignierend mit vorschnell konstatiertes Nichtigkeit begnügen darf, sondern nach Möglichkeiten und Wegen suchen muss, um dem Testatorwillen zum Erfolg zu verhelfen.

#### 4) Die Rückforderungsbefugnis der Ehefrau

Die Rückforderungsbefugnis der Ehefrau behandle ich zuerst, weil sie die Vertreter der nur relativen Wirkung des Veräußerungsverbots nur i h r (aber nicht ihrem Manne) zugestehen wollen. Quellenmäßige Anhaltspunkte für die der Frau zustehenden Rechtsbehelfe sind allerdings schwach. Ihrem Erben gewährt Ulpian denselben Schutz wie ihr selber:

*D. 23.5.13.3 (Ulp. 5. adult.):* Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur. – Auch dem Erben der Frau wird dieselbe Hilfe gewährt werden, die der Frau gewährt wurde.

Das Veräußerungsverbot teilt das Schicksal der Dotalklage, wie oben II § 7 am Beispiel von *D. 23.5.3.1* gezeigt. Nach einer Scheidung oder nach dem Tode ihres Mannes kann die Frau ihre Mitgift zurückfordern. Stirbt sie anschließend selber, geht ihr Rückforderungsanspruch auf ihre Erben

<sup>231</sup> WACKE, „Das *fideicommissum a debitore relictum*“ (o. Anm. 225), S. 259; 271.

über. Von dem Zufall, ob die Frau vor oder nach der Rückerlangung ihrer Mitgift (einschließlich des Grundstücks) stirbt, darf das Ergebnis nämlich nicht abhängen.<sup>232</sup> Die Erben der Frau können nach Ulpian gegen den Käufer mit demselben Rechtsbehelf vorgehen wie die Frau selber zu ihren Lebzeiten. Worin das der Frau zu gewährende *auxilium* bestand, präzisiert Ulpian leider nicht. Die Dotalklage richtet sich gegen den Ehemann. Solange die Grundstücksveräußerung nicht rückabgewickelt wurde, muss sich die Widerrufsklage jedoch gegen den Käufer richten. Gegen den Käufer können die Frau bzw. ihre Erben aber von Rechts wegen nicht direkt vorgehen. Ihnen müsste der Ehemann seine *rei vindicatio* gegen den Käufer zunächst abtreten. Die Zession der Vindikation wäre aber nutzlos, falls der Ehemann selber wegen eines ihm vorzuwerfenden widersprüchlichen Verhaltens gegen den Käufer nicht vorgehen könnte. Dem Zedenten entgegenstehende Einwendungen kann der Verklagte auch einem Zessionar entgegenhalten.

Im Spezialfall einer wegen Konfusion erloschenen Servitut gewährte Julian *D. 23.5.7 pr.* der Frau bei Insolvenz ihres Mannes *utiles actiones* gegen den Käufer (oben 11 § 12c). Hiernach erscheint es plausibel, wenn man der Frau bzw. ihren Erben gegen den Grundstückskäufer auf ähnliche Weise mit einer vom Prätor zu gewährenden *vindicatio utilis* zu Hilfe kam.<sup>233</sup> Bei bestehender Ehe richtete sie sich in Prozessstandschaft (wie bei § 1368 *BGB*) auf die Rückgewähr des Grundstücks an den Ehemann.

Wäre dem verklagten Käufer dann eine Einrede wegen des von ihm gezahlten Kaufpreises zu gewähren? Die Frage ist zu bejahen, falls der Ehemann den Erlös der Mitgift gutschrieb. Die Frau oder ihre Erben würden *dolos* handeln, wenn sie sich um den zusammen mit der Mitgift erlangten Kaufpreis bereichern wollten. Gelangte der Erlös aber nicht zur Mitgift oder ging dessen Wert seither verloren, dann wäre es unbil-

<sup>232</sup> Die *actio rei uxoriae* ist nicht unvererblich (missverständlich STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 246. Beim Tode der Frau während der Ehe entsteht sie allerdings nicht.

<sup>233</sup> Die BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 460; KASER, *Das Römische Privatrecht* I<sup>1</sup> (o. Anm. 30), S. 285, Anm. 11. Dagegen, für eine *vindicatio directa* (aber zu Unrecht); SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (o. Anm. 74), S. 37 und 43–44; Richtig schon *Das römische Dotalrecht*, (o. Anm. 19), S. 205–206.

lig, wenn ihn die Frau aus ihrem Paraphernalgut dem Käufer erstatten müsste; denn dann müsste sie das unwirksam veräußerte Grundstück praktisch zurückkaufen.

5) *Hinderte den zurückfordernden Ehemann das Verbot widersprüchlichen Verhaltens? Die Widerruflichkeit der nichtigen Veräußerung*

a) Nach überwiegender Meinung unter den Gemeinrechtlern waren die gegen die *lex Iulia* als *lex perfecta* verstoßenden Veräußerungen absolut nichtig.<sup>234</sup> Im Anschluss an Fritz Pringsheims Rezension zu Pierre Noailles (unten Anm. 252) neigte sich später die herrschende Ansicht hingegen eher zugunsten der nur relativen Wirkung des Veräußerungsverbots. Max Kaser übernahm sie in die erste Auflage seines *Handbuchs* (1955, S. 285) von da her verbreitete sie sich in allgemeinere Darstellungen.<sup>235</sup> Kaser distanzierte sich jedoch später schrittweise von ihr (in der 2. Aufl. 1971, S. 344 heißt es allgemein: verbotswidrige Veräußerungen waren „vermutlich ungültig“); seiner zuletzt geäußerten Ansicht<sup>236</sup> von der absoluten Nichtigkeit ist, wie sich zeigen wird, beizupflichten.

b) Die hier kritisierte Ansicht begeht den Fehler, das widersprüchliche Verhalten des veräußernden Ehemannes isoliert als unstatthaft zu qualifizieren, ohne nach den sich aufdrängenden Konsequenzen zu fragen. Zunächst ist zu prüfen: Kann der an der Rückforderung des Grundstücks

<sup>234</sup> GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten* xxv (o. Anm. 3), S. 394 ff.; 403–404 im Anschluss etwa an VOET und LAUTERBACH & CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 3), S. 430 ff.; BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* II (o. Anm. 6), S. 457 ff.; B. WINDSCHEID, *Pandekten* § 172a Anm. 2 (9. Aufl. 1, S. 901) mit weiteren Nachweisen; ders. II § 498 mit Anm. 13. Ablehnend, für nur relative Wirkung gegen den Ehemann; VON TIGERSTRÖM, *Das Römische Dotal-Recht* I (o. Anm. 19), S. 298; BACHOFEN, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Anm. 19), S. 108–109, PUCHTA und andere.

<sup>235</sup> Etwa S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidita e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, S. 65, Anm. (zweifelnd); SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae* (o. Anm. 74), S. 37 und 43–44; BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz* (o. Anm. 202), S. 45 mit Anm. 92 und S. 69. Eine Konsultation von WINDSCHEIDS *Pandekten* hätte an dieser Ansicht Zweifel erwecken müssen.

<sup>236</sup> KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige* (o. Anm. 78), S. 56–57.



gehinderte Ehemann den Kaufpreis einklagen? Bei verneinender Antwort hätte das Veräußerungsverbot (wie bei einem Verstoß *contra bonos mores*) Pönalfunktion (und dies zum Schaden der eigentlich zu schützenden Ehefrau). Bei einer Bejahung des Kaufpreisanspruchs würde das gesetzliche Veräußerungsverbot entgegen *D. 41.3.42 (venditio non valet)* seiner Wirkung beraubt. Könnte andererseits zwar der Käufer die Nichtigkeit geltend machen, der Ehemann hingegen nicht, dann liefen die Wirkungen auf ein *negotium claudicans* hinaus (und dies, ähnlich einem *pupillus*, zum Schutze des nicht schutzwürdigen Käufers). Der Schutzzweck des Verbots würde mithin konterkariert. Diese absurden Konsequenzen der von der gegnerischen Ansicht nicht angestellten Überlegungen würden schon genügen, um ihre Unhaltbarkeit zu erweisen. Der Gegengründe sind aber noch mehr.

c) Die Grundfrage lautet: Will man den Ehemann an den einmal getätigten Verkauf dauerhaft binden, oder darf er sein Tun bereuen? Soll er sich wegen des Verkaufs für die restliche Ehedauer fortwährend die Vorwürfe seine Gattin anhören müssen? Oder darf man ihm gestatten einzusehen, einen Fehler gemacht zu haben und sich eines besseren zu besinnen?

Hermann Fitting wollte dem Ehemann in der Tat die Rückforderung des Grundstücks bis zur Auflösung der Ehe verwehren.<sup>237</sup> Fitting ging davon aus, dass die nichtige Verfügung durch eine Genehmigung oder durch den Tod der Ehefrau „sehr häufig convalesciren“ könne. Bis zur Klärung des Schwebezustandes dürften die erbrachten Leistungen nicht zurückgetauscht werden<sup>238</sup> (dahingehend deute ich seine Argumentation, es gelte daher einstweilen das Prinzip „Wer hat, der hat“). Zurückver-

<sup>237</sup> H. FITTING, „Können veräußerte Dotalgrundstücke durch den Mann selbst während der Ehe vindiciert werden?“, *Archiv für die civilistische Praxis* 42 (1859), S. 167–172. [Als Download im Internet zugänglich über das Münchener Digitalisierungszentrum]. – Hermann Fitting (1831–1918) war Professor in Basel und Halle. Er verfasste u. a. „Juristische Schriften des Mittelalters“ und ein beliebtes „Lehrbuch des Zivilprozesses“. G. KLEINHEYER & J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen*, Tübingen 1996 (4. Aufl.), S. 476. Weitere Angaben im Internet unter Wikipedia. – Ähnlich wie Fitting argumentierte PUCHTA; gegen ihn jedoch. CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Amn. 3), S. 433.

<sup>238</sup> Eine vorehelich bestellte Mitgift kann der Geber bis zur Eheschließung oder Auflösung des Verlöbnisses nicht zurückfordern, *D. 12.4.8*. Nach der Richtschnur des *favor dotis* liegt dieser Fall dem unsrigen entgegengesetzt.

langt werden könne das Grundstück demnach nur unter der Voraussetzung (von Fitting als *conditio iuris* bezeichnet), „dass die Dos an die Frau oder deren Erben fällt und dass diese Personen die Nichtigkeit geltend machen wollen“.

Fitting verneinte damit im Ergebnis ein besseres Recht der Frau zum zwischenzeitlichen Besitz. Obwohl er mehrfach betonte, die *lex Iulia* sei „einzig aus Rücksichten auf die Frau und deren Erben hervorgegangen“ (S. 168 und 171, was zu stark zugespitzt ist), übersah er vollkommen, dass die Frau an der alsbaldigen Rückerlangung ihres Grundstücks ein vitales und akutes Interesse hat. Vom Moment der Veräußerung bis zur Eheauflösung können Jahre vergehen. Sollen die Frau und ihre Familie das Grundstück als den wichtigsten Mitgiftbestandteil jahrelang entbehren müssen? „Publice interest dotes mulieribus conservari!“, lehrte Pomponius.<sup>239</sup> Das eigene Interesse der Frau am Verbleib ihres Mitgiftgrundstücks während bestehender Ehe zeigt sich beispielsweise daran, dass sie gegenüber einem von dritter Seite angestregten Vindikationsprozess ihrem Manne als Streitgehilfin beitreten kann<sup>240</sup> und im Falle des Prozessverlusts sofort (und nicht erst nach Auflösung der Ehe) den Eviktionsregress hat (o. Anm. 169). Aber auch der Grundstückskäufer liefe nach Fittings Konzeption das Risiko, dass er den gezahlten Kaufpreis nach so langer Zeit wegen möglicher Insolvenz des Ehemannes nicht mehr (voll) zurückerhält.

<sup>239</sup> Pomponius *D.* 24.3.1; von STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 301 ff. etwas abfällig als „Rhetorik“ abgetan (S. 302). – Wie man der Ehefrau zur Rückforderung verhilft, darauf ging Fitting nicht ein. Die Frage einer relativen Wirkung des Verbots behandelt er in seinem kurzen Beitrag nicht.

<sup>240</sup> Gemäß Paulus *D.* 2.8.8.1 bei für Gestellungsversprechen zu bestellenden Bürgschaften. Wegen des Interzessionsverbots nach dem *SC. Velleianum* sind Frauen keine tauglichen Bürgen, ebensowenig Soldaten und unter 25jährige *minores*. Ausgenommen sind Bürgschaften in eigener Sache (*nisi hae personae in rem suam fideiubant*). Ein derartiger Ausnahmefall der *fideiussio in rem suam* wurde von manchen Juristen auch dann angenommen, wenn ein Dritter dem Ehemann das Eigentum am Mitgiftgrundstück streitig machte (*si a marito fundus dotalis petatur*). Ein solches Versprechen in eigenem Interesse ist keine verbotene Interzession. Ähnliche Fälle behandelt Ulrike MÖNNICH, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften*, Köln 1999, S. 54 ff. Vgl. auch STAGL, *Favor dotis* (o. Anm. 6), S. 260, Anm. 91.

d) Fittings Argumentation beruht jedoch nicht nur auf unzutreffender Würdigung der Interessenlage. Er unterstellte überdies, dass die Veräußerung noch nach deren Rückabwicklung konvaleszieren könne. Er fragte nämlich S. 169 nach der Rechtslage für den Fall, dass der Ehemann kraft seines Vindikationsrechts das Grundstück zurückerlangt, aber später durch Lukration der *dos* seine Veräußerung konvalesziert. Solle dann wiederum der Käufer gegen den Mann auf Erfüllung klagen müssen? Falls der Mann jedoch das Grundstück einem zweiten Käufer übergab, wie solle der erste dann gegen den zweiten vorgehen können „um sein Grundstück wieder zu erhalten?“ Da man dem Ehemann nicht gestatten dürfe, „das von ihm selbst dem Käufer eingeräumte Recht rein nach Willkür ... wieder zu vereiteln“, müsse man den (ersten) Käufer einstweilen in seinem Besitz schützen und die Vindikation erst zulassen, nachdem sich entschieden hat, dass die Veräußerung nicht konvalesziere.

Dieser Versuch einer *deductio ad absurdum* beruht auf der von Fitting stillschweigend bejahten Annahme, die unwirksame Veräußerung könne auch noch nach ihrer Rückabwicklung konvaleszieren. Diese Prämisse trifft aber nicht zu. Mit der Rückabwicklung sind die Voraussetzungen für einen Eigentumsübergang nämlich entfallen. Im hier vorliegenden besonderen Fall von Konvaleszenz war nicht nur die Übereignung durch den Nichtberechtigten ohne Wirkung, sondern zudem der Kaufvertrag nichtig (o. Anm. 214). Kein Beteiligter war an den Vertrag gebunden, jeder Teil konnte sich von ihm lossagen.<sup>241</sup> Konvaleszenz kann dann nur unter der Voraussetzung eintreten, dass der Konsens fortbesteht und keine Partei widerruft. Die Konsensfortdauer berücksichtigte – wie gezeigt – Papinian *D.* 31.77.5 in beispielgebender Auslegungskunst bei der Konversion (oben III § 3). Eine „Ehe“ von Sklaven und damit ihre Mitgift konvaleszieren dementsprechend nach Ulpian *D.* 23.3.39 *pr.* nur, „si in eadem coniunctione permanserint“ (o. Anm. 63). Wegen der hiermit auf-

<sup>241</sup> An den Verkauf einer *res aliena* oder einer *res furtiva* ist der Verkäufer hingegen gebunden. Dort gilt die Regel „Quem de evictione tenet actio, eundem petentem repellit exceptio“ oder „Qui doit garantie, ne peut évincer“. Infolge seines nachträglichen Erwerbs ist die Konvaleszenz für den Verkäufer einer fremden Sache zwangsläufig. Hierin liegt ein weiterer Unterschied zwischen den beiden in *D.* 41.3.42 zusammengestellten Fällen (oben III § 2).

gezeigten Grenzen für die Konvaleszenz und die Konversion eines Rechtsgeschäfts haben unsere Betrachtungen allgemeine, über die konkrete Fallgestaltung hinausweisende Bedeutung. Einem Beteiligten eine nicht oder nicht mehr gewünschte Rechtsfolge aufzudrängen, verstieße gegen die Privatautonomie.<sup>242</sup> Konvaleszenz ist folglich nicht mehr annehmbar, nachdem der nichtige Verkauf rückabgewickelt wurde, also die beiderseits erbrachten Leistungen zurückgetauscht wurden. Geschützt wird der Käufer also (entgegen Fitting) nicht aktiv (durch Klagengewährung), sondern nur passiv als Beklagter durch eine Einrede, solange er besitzt und der Verkäufer nicht widerruft. Nach der Rückabwicklung könnte sich der einstige Käufer nur erneut um den Erwerb bemühen.

e) Nach einer zutreffenden, aber nur beiläufig geäußerten Bemerkung von Bechmann II 452 war der Zweck des Gesetzes zu erreichen, dass das Grundstück als der wichtigste Bestandteil der Mitgift im Vermögen des Mannes „selbst wider seinen Willen erhalten bleibt“, (gemeint ist der von ihm anfänglich betätigte Wille zur Veräußerung). Dieses Ziel war umso effektiver zu verwirklichen, je mehr Personen zur Rückforderung legitimiert waren. Diese Erwägung spricht dafür, die Klage jedem Ehegatten einzeln und unabhängig von der Mitwirkung des anderen zu gewähren. Dann durfte man den Ehemann von der Rückforderungsbefugnis nicht ausschließen, wenn er nach reiflicherer Überlegung zu der Überzeugung gelangte, eine falsche oder ungünstige Entscheidung getroffen zu haben.

Keine Rechtsquelle verbietet dem Ehemann die Rückforderung des Grundstücks bei bestehender Ehe. Aus ihrem Ausschluss für den Tod der Frau und dem Verbleib der Mitgift beim Manne nach Marcellus *D.* 23.5.17 folgt im Gegenteil der Umkehrschluss, dass ohne diese Voraussetzungen

<sup>242</sup> Es gibt also keine Konvaleszenz wider Willen. Die „Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz“ erkannte verdienstvollerweise H. HAGEN in seinem wegweisenden Aufsatz in *Archiv für die civilistische Praxis* 167 (1967), S. 481 ff.; zustimmend WACKE, „Die Konvaleszenz der Verfügung“ (a. Anm. 209), S. 203–204. Nach herrschender Meinung soll jedoch Konvaleszenz trotz fehlender oder weggefallener Rechtsverschaffungspflicht eintreten, siehe F. BAYREUTHER im *Münchener Kommentar zum BGB* (7. Aufl. 2015) § 185 Randnummer 51. Diesen Klimmzug unternimmt bei uns die herrschende Lehre, um das sakrosankte, aber unglückselige Abstraktionsprinzip nicht anzutasten; das ist Prinzipienreiterei.

die Rückforderung statthaft ist (o. Amn. 219). Eine *exceptio rei venditae et traditae* kann den Käufer wegen der Nichtigkeit des Verkaufs nicht schützen. Eine *exceptio doli* schützt ihn ebenfalls nicht,<sup>243</sup> denn der Ehemann hat ein Haftungsinteresse: Nach aufgelöster Ehe muss er das Grundstück samt der Mitgift zurückerstatten. Ein Haftungsinteresse hat auch der Vormund an der Rückerlangung eines der *oratio Severi* zuwider von ihm selber veräußerten Mündelgrundstücks. Wer die beanspruchte Leistung nicht demselben Beklagten, sondern einer anderen Person zu erstatten hat, der handelt nicht *dolos*, erklärt Paulus *D. 24.3.44.1*: „absurde dicitur dolo videri eum facere, qui non ipsi quem convenit, sed alii restitutus petit“.

Verstirbt die Ehefrau, dann reduziert sich allerdings das Dreiecksverhältnis zur Zweierbeziehung des Mannes zum Grundstückskäufer. Mit dem Wegfall seines Haftungsinteresses blieb der Witwer der für die Rückforderung allein Zuständige, und von diesem Moment an schützt den Käufer das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens. Folgerichtig konvaleszieren Kaufvertrag und Übereignung, falls vom Käufer gewünscht. Alsdann kann der Witwer *vice versa* auch den etwa noch ausstehenden Kaufpreis einklagen.

f) Angenommen, die Rückforderung wäre nur der Frau gestattet, dem Manne hingegen von Rechts wegen versagt, dann könnte ihn doch die Frau zur Durchsetzung ihres Anspruchs durch Prozessmandat rechtsgeschäftlich bevollmächtigen. Aber auch ohne diesen Umweg bliebe ein Behaltensinteresse des rückgabepflichtigen Käufers, da jedenfalls die Frau zurückfordern kann, im Ergebnis ohne Schutz. Ein *doloses* Verhalten ist dem klagenden Ehemann deshalb nicht vorzuwerfen. Ein einseitiger Verstoß gegen früheres Verhalten genügt nicht.<sup>244</sup> Der andere Teil muss

<sup>243</sup> Auch im Falle eines *dolus praeteritus*, falls der Mann etwa auf Nachfrage wider besseren Wissens beteuerte, dass das Grundstück nicht zur Mitgift gehöre, muss er mit seiner *rei vindicatio* durchdringen können. Eine Täuschung durch den Mann, an dem seine Frau nicht mitwirkte, darf ihr nicht schaden. Den Käufer schützt also auch keine *exceptio de dolo praeterito*. Ihm haftet der Mann wegen seines *dolus* nur persönlich. Anders CZYHLARZ, „Das Veräußerungsverbot des *fundus dotalis*“ (o. Amn. 3), S. 430 ff.

<sup>244</sup> Auch die Dereliktion ist nicht ein für allemal bindend. Der Derelinquierende kann sein Handeln bereuen, die Sache wieder an sich nehmen. Mit der Eigentumsaufgabe verstößt er nicht einmal (wie der Ehemann) gegen ein gesetzliches Verbot. Eine *exceptio rei derelictae* käme erst von dem Moment an in Betracht, in dem ein schützenswerter Okkupant die Sache an sich nimmt.

des Schutzes auch würdig sein, denn das Verbot ist eine Ausprägung der *bona fides*. Aber selbst ein unwissender Käufer gilt nicht als schutzwürdig (arg. *ignoranti* in *D.* 41.3.42). Wegen des an den Ehemann gezahlten Kaufpreises (oder wegen etwaiger Verwendungen auf das Grundstück) hat der verklagte Käufer allerdings ein Zurückbehaltungsrecht.

g) Wie gezeigt, sprechen zahlreiche Gründe gegen eine Bindung des Ehemannes an die von ihm vorgenommene nichtige Veräußerung, wie sie die Vertreter der nur relativen Wirkung des Verbots befürworten. Der Ehemann muss vielmehr das veräußerte Grundstück in die Mitgift reintegrieren können; zum kollektiven Besten der Familie fordert er es deshalb zurück. Das Veräußerungsverbot erging nicht nur im Interesse der Ehefrau, wie im Schrifttum häufig zu lesen. Ihre Mitgift soll zur Tragung der *onera matrimonii* beitragen; und diese Lasten des Ehestandes umfassen viel mehr, nämlich den gesamten ehelichen Aufwand.

Vom Dogma eines generell unzulässigen *venire contra factum proprium* muss man sich freimachen<sup>245</sup> und unvoreingenommen danach fragen, inwieweit ein solches Verbot gilt. Bei nichtigen Schenkungen unter Ehegatten etwa käme man nicht auf die Idee, dass der Rückforderungsanspruch des Schenkers am Einwand des *venire contra factum proprium* scheitern könnte. Und der sein Geschenk zurückfordernde Ehegatte war nicht einmal (wie der Ehemann) einem Haftungsinteresse ausgesetzt. Die Fälle eines unzulässigen *venire contra factum proprium* sind ebenso zahlreich wie diejenigen, in denen ein widerspruchsvolles Verhalten gestattet ist.<sup>246</sup>



<sup>245</sup> Schon nach Riezler ist das Verbot kein durchgängig beobachteter Rechtsgrundsatz. – Unergiebig sind für unser spezielles Thema die modernrechtlichen Untersuchungen von M. GRIESBECK, *Venire contra factum proprium. Versuch einer systematischen und theoretischen Erfassung* (von Walther J. Habscheid betreute Diss.), Würzburg 1978 mit einigen historischen Hinweisen und H. W. DETTE, *Venire contra factum proprium nulli conceditur. Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts* (von Arndt Teichmann betreute Diss.), Mainz – Berlin 1985. Sieben Beiträge spanischsprachlicher Autoren enthält der von Hernán CORRAL TALCIANI herausgegebene Sammelband: *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Santiago de Chile 2010.

<sup>246</sup> Schon in den unter dem Namens des AZO überlieferten Brocardica aurea sind ebenso viele *argumenta pro* zusammengestellt wie *contra*, siehe demnächst Lisa ISOLA (o. Anm. 219).

## IV. NACHKLASSISCHE ENTWICKLUNGEN

1) Nicht erörtert haben wir bislang, ob die nach klassischem Recht zulässige Einwilligung der Frau zur Veräußerung, wenn sie fehlen sollte,<sup>247</sup> zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden kann. Problematisch ist vor allem, ob aus ihrem langdauernden Schweigen angesichts der Veräußerung auf deren Genehmigung geschlossen werden darf. Galt hier „Qui tacet, consentire videntur?“<sup>248</sup> Dann hätte sie sich gegen eine solche Deutung durch Protest verwahren müssen. Aus den Quellen ist die Frage wegen des Eingriffs der Kompilatoren (o. Anm. 10) kaum zu beantworten. Wenn es die Frau akzeptierte, dass der Mann den Erlös ihrer Mitgift gutschreibt, dann hat sie allerdings den Verkauf konkludent genehmigt.<sup>249</sup>

2) Angesichts der diesbezüglich vermutlich öfters bestehenden Unsicherheit erklärte Justinian das Einverständnis der Frau ganz für unbeachtlich.<sup>250</sup> Das Dotalgrundstück wurde damit im wortwörtlichen Sinne unveräußerlich. Diese paternalistische Verschärfung des Verbots war jedoch allzu radikal. Das Mitgiftgrundstück der Parteidisposition gänzlich zu entziehen, geht zu weit. Wenn sich beide Eheleute einig sind, bildet die Unveräußerlichkeit eine unverhältnismäßig starke Einschränkung ihrer privatautonomen Dispositionsfreiheit. Kann jemand trotz seines erklärten Willens ein Recht nicht übertragen, dann läuft dies auf dessen Bevormundung hinaus. Der Mann müsste das Grundstück seiner Frau zurückübereignen; dann könnte sie allein darüber verfügen. Oder es müsste im Bedarfsfalle (wie beim Verkauf von Mündelgrundstücken der

<sup>247</sup> Fraglich ist schon die Bedeutung der Gesetzesworte *invita uxore*. Heißt das „gegen den Willen“ (so Spruit in der niederländischen Übersetzung zu *PSent.* 2.21.b.2), oder einfach „ohne Zustimmung“?

<sup>248</sup> Nachweise zu dieser problematischen Regel bei LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (o. Anm. 38), Nr. Q80. Ferner Maria Sara GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, S. 232 Druckseiten. Zeitablauf allein genügt nicht: *D.* 50.17.29; WACKE, „*Ex post facto convalescere*“ (o. Anm. 64), S. 1029 ff.

<sup>249</sup> Arg. *D.* 21.2.12; A. WACKE, „Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli*“, *ZRG RA* 91 (1974), S. 261–262.

<sup>250</sup> Cf. 5.23.1.15 .

Prätor) eine gerichtliche Instanz die Verfügung bewilligen können.<sup>251</sup> Nach dem Tode des Mannes blieb es bezüglich der Annahme oder Ausschlagung einer letztwilligen Zuwendung des Grundstücks oder seines Wertes beim klassischen Rechtszustand (o. Anm. 9)

3) Die Veräußerung eines zur *donatio propter nuptias* gehörenden Grundstücks erklärte Justinian später in der Novelle 61 Kap. 1 (vom 1. Dez. 537) für gültig, wenn die Ehefrau ihre anfängliche Einwilligung nach zwei Jahren wiederholte.<sup>252</sup> Aufgrund einer Andeutung in dieser Novelle erstreckten namhafte Vertreter des *ius commune* diese Ausnahme analog auf Mitgiftgrundstücke; doch blieb dies umstritten.<sup>253</sup> Weitergehend war nach kanonischem Recht die Veräußerung von Anfang an gültig, wenn die Frau ihre Zustimmung eidlich bekräftigte.<sup>254</sup> Ähnlich wie beim Einredevorbehalt auf das Interzessionsverbot wurden damit der Frau die Vor- und Nachteile eines beabsichtigten Verkaufs verdeutlicht und ihre Zustimmung durch die feierliche Bekundung außer Streit gestellt.

4) Die Kodifikationen der Aufklärungszeit wie Preußens *Allgemeines Landrecht* (II 1 §§ 231 ff.) und Österreichs *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (§ 1228) gewährten dem Ehemann nur noch den Nießbrauch an der Mitgift. Die meisten der vorstehend behandelten Probleme waren damit so gut wie mit einem Schlage gelöst. Da ein Nießbrauch von Rechts

<sup>251</sup> Dafür plädierten für das *ius commune* CLAPROTH und STRUVE, angeführt bei GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten* xxv (o. Anm. 3), S. 420, Anm. 30. Heute kann das Familiengericht angerufen werden, wenn ein Ehegatte die erforderliche Einwilligung grundlos verweigert, §§ 1365, 1369 je Abs. 2. BGB.

<sup>252</sup> Dazu ausführlich P. NOAILLES, „L'inaliénabilité dotale et la Novelle 61“, *Annales de l'Université de Grenoble* 30 (1918), S. 451–509 und 31 (1919), S. 161–218; rezensiert von F. PRINGSHEIM, *ZRG RA* 44 (1924), S. 551–556. Ferner A.-J. BOYÉ, „Recherches historiques sur la portée de l'inaliénabilité dotale. Les destinées de la Novelle 61 chez les romanistes et les canonistes du Moyen-âge“, *RHDFE* 3 (1924) 476 ff.; A. CHRISTOPHILOPOULOS, (auf neugriechisch), *Archeion* (Athen 1939), S. 538–549

<sup>253</sup> Nach längerer Erörterung ablehnend GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten* xxv (o. Anm. 3), S. 412 ff.

<sup>254</sup> Aufgrund eines Dekrets von Innozenz III. vom Jahre 1206, C. 28 x 2.24, c. 2 in VI<sup>o</sup> 2, II. GLÜCK, *Erläuterung der Pandecten* xxv (o. Anm. 3), S. 419 ff; WINDSCHEID, *Pandekten* III § 498, Anm. II.



wegen nicht übertragbar ist, bedurfte die Unveräußerlichkeit von Grundstücken keiner speziellen Anordnung.

Auf spätere Entwicklungen brauche ich angesichts der umfassenden Monographie von Tedeschi<sup>255</sup> nicht einzugehen.

*Andreas Wacke*

---

An Haus Vendel 4

50321 Brühl

DEUTSCHLAND

e-mail: [andreas.wacke@uni-koeln.de](mailto:andreas.wacke@uni-koeln.de)

<sup>255</sup> G. TEDESCHI, *L'inalienabilità dotale*, Roma 1933, S. 255 Druckseiten; eine rechtshistorische und auf das damalige französische und italienische Recht erstreckte Darstellung; rezensiert von E. VOLTERRA, *RISG* 6 (1934), S. 421–424. Zu Frankreich auch A. CURTI, *Frankreichs Privat- und Handelsrecht* 1, Berlin 1934, S. 147–163. Die ausgreifende rechtsvergleichende Monographie über die Mitgift von F. K. NEUBECKER, *Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung*, Leipzig 1909, S. 251 Druckseiten, geht auf unveräußerliche Dotalgegenstände nicht ein. Nach einem historischen Überblick behandelte Neubecker sämtliche damaligen europäischen Privatrechtskodifikationen, sogar Russlands.