

UNMÖGLICHKEIT DER AUFLÖSEND BEFRISTETEN TRADITIO? *FRAGMENTA VATICANA 283 UND SCHOLION 1 AD BASILICA 16.1.4 REVISITED*

Jeroen M.J. Chorus* **

Bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts war es herrschende Meinung, dass im klassischen römischen Recht eine „absolute“ Rechtsstellung wie Eigentum nicht auf eine von vornherein begrenzte Zeit übertragen werden könne, es sei denn, dass Ausnahmen zugelassen waren.¹ Übereignungen unter auflösender Frist, mit Endtermin, seien völlig ausgeschlossen. Zwar könne man bei der Übertragung verabreden, dass der Erwerber sich verpflichtet, das Eigentum nach Ablauf einer Frist dem Veräußerer zurück zu übertragen, aber es sei unmöglich, es nur für eine bestimmte Zeit zu übertragen mit der Folge, dass es nach Ablauf der Frist automatisch, ohne Rück-Übertragung, wieder dem Veräußerer gehört.

Zum Beweise dieses Dogmas der Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung unter einer auflösenden Frist oder gar jenes der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit beruft man sich auf nur zwei Quellen. Die eine ist *Fragmenta Vaticana 283*, ein aus dem Jahre 286 stammendes Reskript. Die andere ist ein *Scholion*² zu *Basilica 16.1.4*. Justinian hat die dinglich wirkende auflösende Frist für den Fall der Sachschenkung³ zugelassen in

1 Statt aller Kaser, Das Römische Privatrecht (im f.: Kaser) I, 1971², 257f. So noch Zwalve [und] Sirks, *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, 2012 (im f.: Zwalve 2012), 123-124, die deutsche Fassung eines Lehrbuches aus der Feder meines Freundes Willem Zwalve: *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, 2006³ (im f.: Zwalve 2006b).

2 Scheltema B III 924.

3 Auch beim Legat und beim Fideikommiss, wo aber bekanntlich im justinianischen Recht seit C 6.43.1 keine Eigentumsübertragung mehr notwendig ist.

* Senatspräsident i. R., Oberlandesgericht Amsterdam; ehem. o. Professor, Universität Leiden.

** Sehr zu danken habe ich den Freunden Prof. Dr. B. Kupisch und Prof. Dr. C. Krampe für die Korrektur zahlreicher sprachlichen Fehler.

C 8.54.2, einer interpolierten Version des Fragmentes; diese Version ist wohl erstmals im ersten *Codex*, 529, veröffentlicht worden⁴. Auch aus dieser Zulassung folgert man, dass vorher die Eigentumsübertragung auf Zeit grundsätzlich unmöglich war.

Man beachte, dass es sich hier stets handelt um die Frage der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit oder der Eigentumsübertragung unter „auflösender Befristung“ (*dies certus an*), nicht um die des bedingten Eigentums oder der Übertragung unter „auflösender Bedingung“ (*dies incertus an*). Zwar kann es sich auch bei einer Bedingung im nachhinein herausstellen, dass das Eigentum nur auf Zeit übertragen wurde; doch anfänglich ist dann ungewiss, ob dies der Fall sein wird. Dagegen ist bei der auflösenden Frist die beschränkte Dauer von vornherein gewiss. In den klassischen Quellen begegnen wir bei der Eigentumsübertragung ausnahmsweise einer dinglich wirkenden auflösenden Bedingung (so die *lex commissoria* beim Kauf), aber niemals einer dinglich wirkenden auflösenden Frist. Hier folgte die Befristung also nicht ohne weiteres denselben Regeln wie die Bedingung. Darum lasse ich die auflösende Bedingung hier außer Betracht.

In diesem Beitrag zur Festschrift für meinen Freund Laurens Winkel will ich nicht erörtern, ob es im klassischen römischen Recht wirklich ein Dogma der Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung unter auflösender Frist oder der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit gegeben hat. Der mir hier zustehende Raum wird kaum reichen zur Prüfung, ob man sich zum Beweis beider Dogmen auf das Fragment und/oder auf das *Scholion* berufen darf. Fragment 283 dürfte wohl eine *lex desperanda* genannt werden. Seine Auslegung ist seit der Entdeckung der *Fragmenta Vaticana* (1821, erste Ausgabe 1823) fast immer sehr umstritten gewesen. Neuerdings hat Zwalve⁵ sich ausführlich mit dem Fragment und dem *Scholion* befasst. Die von ihm vorgeschlagene Auslegung möchte ich untersuchen.

Übersetzung

Fragment 283 ist ein Reskript, das offenbar auf des Schenkens *supplicatio* ohne Verhandlung der Sache als Gutachten der Kaiser erteilt ist.

*Vat 283. Idem [Aurelio Carrenoni] <AA et CC Zenoni>*⁶: Si <*praediorum*> stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius [qui] <*quae*>⁷ accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te<*mpus*>⁸ proprietas transferri nequiviverit. si vero usum

4 Zwalve, *Simplex et perpetuum*, 2006 (im f.: Zwalve 2006a), 34f. Diese in niederländischer Sprache abgefasste Schrift dürfte dem internationalen Romanisten nicht leicht zugänglich sein.

5 Zwalve 2006a, 2-40, 75, 297-304.

6 *Aurelio Carrenoni* ist wohl eine Verstümmelung von *AA et CC Zenoni*: Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, 2, 1889, 179³¹.

7 Wegen *eam contra quam* im zweiten Satz; bereits vorgeschlagen von Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, 1, 1832, 294.

8 Schon 1832 (Rudorff, 294) wurde die Lesart *ad tempus* vorgeschlagen, statt *ad te*, das zweifelsohne im einzigen erhaltenen Manuscript der *Fragmenta Vaticana* steht. Mit dem meisten Autoren soll *ad tempus* als richtig angenommen werden. Plausibel ist, dass dem Manuscriptschreiber oder seiner Vorlage (auch) hier ein Fehler unterlaufen ist (Mitteis RPr I, 1908, 192³⁸). C 8.54.2 zeigt, dass die Kompilatoren in ihrer Vorlage *ad tempus* gelesen haben müssen. Von *ad te* ging zuerst Appleton 1889, 178-186, aus, dem Erman, ZSS (Rom.) 11 (1890) 223², und von Mayr, ZSS (Rom.) 26 (1905) 96⁵, folgten, aber Appleton, RH 4.10 (1931) 322-324, kehrte ohne jede Begründung zu *ad tempus* wieder. *Ad te* wurde wieder von Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 1973, 175-176,

fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a proprietate alienare non potuisti. *Proposita V Id. Mart. Maximo et Aquilino cons.*

Ich möchte dies folgendermaßen übersetzen:

Dieselben Kaiser [= Diocletian und Maximian] und Cäsaren an Zeno: Wenn du das Eigentum an grundsteuerpflichtigen Grundstücken als Geschenk gegeben hast, in der Art, dass [das Eigentum] nach dem Tode derjenigen, die es empfangen hat, zu dir zurückkehren solle, ist die Schenkung unwirksam, weil das Eigentum nicht auf Zeit hat übertragen werden können. Aber wenn du [der Frau], gegen welche du [die Kaiser] bittest, einen Nießbrauch bestellt⁹ hast, hast du nicht den Nießbrauch losgelöst vom Eigentum veräußern können. *Veröffentlicht am 11. März 286.*

Oft ist *nequiverit* als „kann“ gelesen worden¹⁰, aber dann vernachlässigt man das Perfekt und übersetzt dogmatischer als geboten. Der Text sagt nur, dass das Eigentum in diesem Fall nicht auf Zeit hat übertragen werden können, nicht dass es grundsätzlich nicht auf Zeit übertragen werden kann. *Ad tempus* bezieht sich auf den Tod des Beschenkten, und die Frist ist also eine unbestimmte (*dies incertus quando*)¹¹. Im zweiten Satz ist *usum fructum a proprietate alienare non potuisti* kryptisch¹², wenn auch *usum fructum alienare* ein üblicher Ausdruck ist für „einen Nießbrauch bestellen“.

Justinian hat nur den ersten Satz, stark interpoliert, in seinen *Codex* aufgenommen.

Codex 8.54.2. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Zenoni: Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda. *PP. V id. Mart. Maximo II et Aquilino cons.*

Die erhabenen Kaiser Diokletian und Maximian an Zeno: Wenn du das Eigentum an Grundstücken als Geschenk gegeben hast, in der Art, dass [das Eigentum] nach dem Tode

vorgezogen, dem Kaiser II 1975, 97²¹ und 270²¹, folgte. Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 2003¹⁷, 142, kehrten aber zu *ad tempus* zurück. Zwalve 2006a, der 2-36 von *ad tempus* ausgeht, bekennt sich 37 kurz zu *ad te*, ohne seine davor gegebene Auslegung des Fragmentes aufzugeben und auch ohne zu erklären, wieso das Eigentum dann *ad te transferri nequiverit*. Der Grund, den Zwalve dort zugunsten der Lesart *ad te* nennt, heißt in Fußnote 152 wieder „unzulänglich“. Da Zwalve 2012, 124 samt Fußnote 76, bei *ad tempus* beharrt (so bereits Zwalve 2006b, 100-101, welchem Lehrbuch die darin auch zitierte Schrift *Simplex et perpetuum*, Zwalve 2006a, nur einige Monate voranging), werden wir die „volte face“ in Zwalve 2006a, 37 weiter nicht besprechen. Von *ad te* ging Buchholtz, *Iuris civilis anteiustiniani Vaticana Fragmenta*, 1828, 242, aus, aber *ad te* kann sicher nicht in Frage kommen.

9 *Usumfructum conferre* wird verstanden als „einen Nießbrauch bestellen“. Möglich wäre auch „das Übertragen der faktischen Ausübung eines bereits bestellten Nießbrauches“, aber das wäre hier eine unnötige Komplikation, welche die Auslegung nicht beeinflusst.

10 So auch Zwalve 2006a, 2; Zwalve 2012, 123f.

11 Ungenau Zwalve 2006a, 2 „voor een bepaalde tijd“ und Zwalve 2012, 123 f. „auf eine bestimmte Zeit“.

12 Zwalve 2006a, 29 übersetzt als „heb[t] u zonder eigendom geen recht van vruchtgebruik kunnen vestigen“, auf Deutsch etwa: „hast du ohne Eigentum nicht den Nießbrauch bestellen können“. „Ohne Eigentum“ ist keine wörtliche Übersetzung von *a proprietate*; ob es einen besseren Sinn gibt als „losgelöst vom Eigentum“, ist Sache der Auslegung.

desjenigen, der es empfangen hat, zu dir zurückkehren solle, ist die Schenkung wirksam, indem sie auch für eine gewisse oder ungewisse Zeit vorgenommen werden kann, selbstverständlich unter Berücksichtigung der ihr beigelegten Bestimmung. *Veröffentlicht am 11. März 286.*

Diese Codexfassung sagt großteils das Gegenteil des ursprünglichen Reskripts aus. Die Schenkung auf Zeit ist nicht mehr unwirksam (*inrita*), sondern wirksam (*valet*), und zwar weil eine Schenkung *etiam ad tempus certum vel incertum fieri potest*. Im Fragment war es das Eigentum, das *ad tempus transferri nequiverit*. Jetzt ist es die Schenkung, die *ad tempus fieri potest*, was allenfalls notwendig einschließt, dass Eigentum schenkweise auf Zeit übertragen werden kann.

Sodann das *Scholion*. Es ist wohl dem zwischen 536 und 542 zu datierenden¹³ Digestenkommentar des Antecessors Stephanos entnommen. Vorausgeschickt sei noch, dass *Bas 16.1.4*¹⁴ eine Kurzfassung von *D 7.1.4* ist, wo der Jurist Paulus schreibt, der Nießbrauch sei in vielen Fällen Teil des Eigentums. Stephanos kommentiert diese Äußerung folgendermaßen:

Scholion 1 ad Bas 16.1.4: Ἐπι πολλῶν <θεμάτων> ὁ οὐσούφρουκτος μέρος δεσποτείας γνωρίζεται (...) Εἴρηται δέ μοι ἐπὶ πολλῶν, καὶ οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων δεσποτείαν μιμεῖσθαι οὐσούφρουκτον, ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτείᾳ, οὐσούφρουκτος δὲ καὶ <οὖσος> ἐπὶ φανεροῦ συνίσταται χρόνου, ώς ὁ Αφρικανὸς ἐν τῷ λέξ. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν. Καὶ ὁ μὲν οὐσούφρουκτος τελευτῶντος τοῦ οὐσουφρουκτουναρίου σβέννυσθαι πέφυκεν, οὐκέτι δὲ ἡ προπριεταρία. (...) Εἰκότως οὖν ὁ Παῦλος οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων, ἀλλ᾽ ἐπὶ πολλῶν μέρος εἶναι δεσποτεία εἶπε τὸν οὐσούφρουκτον ἥτοι μιμεῖσθαι δεσποτείαν.

Dies lässt sich etwa folgendermaßen übersetzen:

In vielen Fällen sei der Nießbrauch Teil des Eigentums, wird [uns von Paulus] zu erkennen gegeben; (...) Aber von mir ist gesagt, Nießbrauch sei in vielen und nicht in allen Fällen dem Eigentum ähnlich, weil Eigentum nicht auf Zeit in Kraft sein kann, aber Nießbrauch und Gebrauch für eine gewisse Zeit bestellt werden, wie Afrikan in [D 7.1.37] sagt. Auch hat der Nießbrauch die Eigenart zu erlöschen, wenn der Nießbraucher stirbt, aber das Eigentum nicht[, wenn der Eigentümer stirbt]. (...) Mit Recht also sagt Paulus, nicht in allen Fällen, aber in vielen sei der Nießbrauch Teil des Eigentums oder dem Eigentum ähnlich.

Mehrmals ist ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτείᾳ fälschlich übersetzt worden als „[weil] Eigentum nicht auf Zeit übertragen werden kann“¹⁵. Aber οὐκ ἔρρωται bezeichnet „kann nicht in Kraft sein“ oder „kann nicht bestehen“ und bezieht

13 Zur Datierung neuerdings De Jong, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, [Diss. Groningen], 2008, 4ff.

14 Scheltema A II 799: Παῦλος. Ἐν πολλοῖς θέμάσι μέρος ἔστιν ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν τῆς δεσποτείας, etwa zu übersetzen als: „Paulus. In vielen Fällen ist der Nießbrauch Teil des Eigentums“.

15 So auch Zwälve 2012, 124¹⁶ und Zwälve 2006a, 20. Diesem Fehler begegnet man schon in den lateinischen Übersetzungen des Scholion von Heimbach, *Basilicorum libri LX*, 2, 1840, 180: *quia dominium ad tempus non recte constituitur*, und Zachariae von Lingenthal, *[Erstes] Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae*, 1846, 63: *quia dominium temporale non datur*.

sich auf das Eigentum¹⁶, nicht auf die Eigentumsübertragung. Man sollte übersetzen: „weil Eigentum nicht auf Zeit in Kraft sein kann“.

Die Abschnitte, die man vor allem zu zitieren pflegt, sind *cum ad tempus proprietas transferri nequiverit* aus dem Fragment und ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρωται δεσποτεία aus dem Scholion. Anders als vor kurzem noch behauptet wurde¹⁷, stimmen diese Abschnitte eben nicht wörtlich überein. Nach dem Fragment ist es die Eigentumsübertragung, die nicht auf Zeit hatte stattfinden können; nach dem *Scholion* ist es das Eigentum, das nicht auf Zeit in Kraft sein kann¹⁸.

Ausklammerung einiger Fragen

Wir werden vieles¹⁹ ausklammern müssen, wegen des beschränkten zur Verfügung stehenden Raumes.

Im Fragment handelt es sich um *praedia stipendiaria*, Grundstücke in den Senatsprovinzen. Das Privateigentum daran, das Gaius noch *possessio vel ususfructus* nannte, nennt Diocletian auch sonst²⁰ *proprietas*. Es wird mittels einer *traditio ex iusta causa* übertragen, und diese Grundstücke könnte man damit zu den *res nec mancipi* rechnen. Der Nießbrauch an einem solchen Grundstück wird mittels *pactio et stipulatio* bestellt. Von *mancipatio* oder *in iure cessio* kann in Bezug auf Provinzialgrundstücke nicht die Rede sein und darum auch nicht von einer Nießbrauchbestellung durch Vorbehalt bei der Veräußerung.

Es handelt sich um Sachschenkungen, und zwar im ersten Satz (mindestens) um eine schenkweise vorgenommene Eigentumsübertragung und im zweiten Satz um eine wohl schenkweise vorgenommene Nießbrauchbestellung. Im klassischen römischen Recht, auch noch zur Zeit Diocletians, ist die Schenkung kein selbständiges Rechtsgeschäft. Eine Schenkung des Eigentums an Provinzialgrundstücken ist eine *traditio* der Grundstücke, eine Schenkung des Nießbrauches ist *pactio et stipulatio* bezüglich der Grundstücke, in beiden Fällen *ex causa donationis*.

16 Richtig Bonfante, *Corsso di diritto romano*, 2.2, 1926, 281 (Reprint 378) „non ha vigore la proprietà temporale“.

17 Zwalve 2012, 123f. samt Fußnote 76. Dort wird aus dem Fragment *cum ad tempus proprietas transferri nequiverit* übersetzt als „[weil] Eigentum nicht auf eine bestimmte Zeit übertragen werden kann“, und aus dem *Scholion* ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρωται δεσποτεία als „[weil] Eigentum nicht unter auflösender Frist übertragen werden kann“. Nach Zwalve enthält das *Scholion* eine mit dem Abschnitt des Fragmentes „wörtlich übereinstimmende[.] Lehre“.

18 Die Aussage des Stephanos, Eigentum könne nicht auf Zeit in Kraft sein, war 536-542 nicht mehr ganz richtig (so Zwalve 2006a, 20); 529, spätestens 534, war ja mit C 8.54.2 bestimmt worden, dass Eigentum wohl auf Zeit geschenkt, und 532 mit C 6.37.26, dass Eigentum auch durch Legat oder Fideikommiss auf Zeit vermacht werden kann. Aber aus dieser Aussage darf man folgern, dass sie für das frühere Recht zutraf.

19 Siehe dafür: Amelotti, *La „donatio mortis causa“ in diritto romano*, 1953, 97-102; Bretone, *La nozione romana di usufrutto*, I. Dalle origini a Diocleziano, 1962, 220-236; Voci, *Diritto ereditario romano* 1, 1967², 204-208; Peters 1973, 166-185; Talamanca, IVRA 24 (1973) 368-375, und das von diesen Autoren genannte Schrifttum nebst Quellen.

20 *Vat* 315, 316.

Die der Schenkung im ersten Satz beigefügte Klausel *ita ut post mortem eius qui accepit ad te rediret* kann keine Bedingung (*dies incertus an*) sein, sondern nur eine Frist (*dies certus an*). Dass die beschenkte Person irgendwann sterben wird, ist ja gewiss. Die Schenkung ist nicht aufschiebend oder auflösend bedingt abgeschlossen; die Parteien beabsichtigten eine unter Endtermin gemachte, auflösend befristete, Schenkung. Die Klausel wird dahin verstanden, dass die Parteien damit dingliche Wirkung haben verbinden wollen, aufgrund deren also, sofort beim Tode der beschenkten Person, das Eigentum *ex nunc* zum Schenker zurückkehren solle, und zwar *ipso iure*, ohne dass eine *retro-traditio* notwendig wäre. Die Parteien beabsichtigten, dass die Schenkung bis zum Tode der beschenkten Person fortduern würde, und haben sie nicht, auch nicht stillschweigend, davon abhängig gemacht, dass diese Person den Schenker überlebt. Wir haben also nicht eine *donatio mortis causa* vor uns, sondern eine echte Schenkung.

Die neuerdings vorgeschlagene Auslegung von Fragment 283

Die von Zwälve vorgeschlagene Auslegung lässt sich folgendermaßen zusammenfassen. Im ersten Satz werde entschieden, dass die Schenkung *inrita* ist aus dem Grund, dass Eigentum nicht mit Wirkung bis zu einem Zeitpunkt übertragen werden kann²¹. Zwälves Ausgangspunkt ist seine Behauptung, dass diese Entscheidung nicht auf jenem Grund beruhen könne. Die Schenkung auf Zeit sei im klassischen römischen Recht nichts Ungewöhnliches gewesen. Eine schenkweise auf Zeit vorgenommene Eigentumsübertragung führe sachenrechtlich zwar nicht zu befristetem, aber doch zu unbefristetem Eigentumsübergang. Dem Schenker stehe dann nur noch eine aufschiebend befristete *condictio* zu. Die befristete Schenkung sei eine *iusta causa* für einen unbefristeten Eigentumsübergang mittels *traditio*. Die Schenkung sei keineswegs *inrita*. Wenn trotzdem von einer *donatio inrita* die Rede ist, so handele es sich hierbei um eine andere Schenkung als das anfänglich genannte *dono dedisti*. Dieser ersten auflösend befristeten Schenkung an einen ungenannten Primus sei vor Ablauf der Frist noch eine zweite Schenkung gefolgt, wiederum von Zeno vorgenommen, aber jetzt an eine Frau, Secunda. Jener zweiten Schenkung sei die gleiche Frist des Todes des Primus beigelegt, aber jetzt aufschiebend. Die kaiserliche Kanzlei habe der Bitschrift nicht entnehmen können, ob mit dieser zweiten *donatio* beabsichtigt war, Eigentum oder einen Nießbrauch zu schenken, und entscheide darum für beide Fälle.

Ein weiterer Ausgangspunkt Zwälves ist seine Behauptung, dass der Text nur im Zusammenhang mit der *lex Cincia* verstanden werden könne, weil ja auch viele vor und nach Fragment 283 aufgenommene Fragmente sich auf diese *lex* beziehen.

Zwälve nimmt dann an, die Schenkung (*dono dedisti*) von Zeno an Primus sei wirksam und mache Primus zum Eigentümer. Die *lex Cincia* könne diese Schenkung nicht entkräften, weil sie *perfecta* sei. Aber zur Zeit der zweiten Schenkung, von Zeno an Secunda, sei Zeno kein Eigentümer mehr gewesen. Deshalb entgehe jene zweite Schenkung nicht der Sanktion der *lex Cincia*; sie sei nicht *perfecta*, nämlich mangels Veräußerungsmacht des Zeno. Erst jene zweite Schenkung sei darum die im Text genannte *donatio inrita*. Das Reskript halte die zweite Schenkung für unwirksam, weil unter der

21 „Kann“, *recte* „hat können“, wie oben schon bemerkt wurde.

ersten Schenkung das Eigentum nicht nur auf Zeit an Primus hatte übertragen werden können. Das gleiche treffe zu für den Fall, dass ein Nießbrauch geschenkt war, und darum sei im zweiten Satz gesagt, dass Zeno *a proprietate*, nach Zwälve „ohne Eigentum“ (und darum ohne Veräußerungsmacht), auch keinen Nießbrauch hatte bestellen können.

Die tatsächliche Lage zum Zeitpunkt der *supplicatio* ist nach Zwälve²² diese gewesen: Die Grundstücke befanden sich in den Händen von Secunda, da die Bitschrift sich ja gegen sie richtete. Nach Ablauf der Frist, also nach dem Tode des Primus, hatte dessen Rechtsnachfolger jene Grundstücke aus eigener Initiative, ohne Auftrag seitens Zeno, der Secunda übergegeben, weil das Eigentum oder der Nießbrauch ihr jetzt aufgrund jener zweiten Schenkung zustehen würde. Das hatte trotzdem keineswegs die *perfectio* jener zweiten Schenkung bewirkt, weil jene Übergabe nicht die erforderliche *perseverantia* des Freigebigkeitswillens des Schenkers zum Ausdruck bringen konnte²³. Sowohl im Fall einer Eigentumsschenkung wie in dem einer Nießbrauchschenkung stand Zeno deshalb im Prozess gegen die Frau die Hilfe der *lex Cincia* zu, weil er als Nichteigentümer, ohne Veräußerungsmacht, geschenkt hatte.

Kritik dieser Auslegung

Der neue Deutungsversuch sprengt bereits den Wortlaut des Textes. Die Kaiserkanzlei *a libellis* mag eine Vorliebe für eine gedrängte Ausdrucksweise gehabt haben, aber man sollte ihr kaum zumuten, dass sie so kryptisch von zwei unterschiedlichen Schenkungen gesprochen und gar nichts vom Betroffensein der zweiten Schenkung durch die *lex Cincia* gesagt hat.

Die Deutung stößt vor allem auf inhaltliches Bedenken. Die Behauptung, dass eine schenkweise auf Zeit vorgenommene Eigentumsübertragung im klassischen römischen Recht durchaus zu einem unbefristeten Eigentumsübergang führe, ist unbewiesen. Bereits 1926 hatte Petit, wie Zwälve jetzt, zwei verschiedene Schenkungen angenommen, eine erste an Primus, auf die eine zweite an eine Frau folgte²⁴. Und ebenso wie Zwälve nahm Petit seinen Ausgangspunkt von der Behauptung, dass die klassischen Juristen eine *ad tempus* vorgenommene Eigentumsübertragung wirksam als unbefristete Eigentumsübertragung mit Verpflichtung zur Rückerstattung betrachteten. Amelotti hat schon 1953 den Einwand erhoben, dass es dieser Idee an jeder Grundlage in den Quellen mangelt²⁵. Der Einwand muss auch gegen den Zwälve'schen Ausgangspunkt erhoben werden.

Richtig ist, dass Schenkungen einhergehen konnten mit der aufschiebend bedingten Verabredung, dass das Eigentum zum Schenker zurückkehren sollte²⁶, z.B. im Fall, dass der Schenker den Beschenkten überleben würde, durchaus mit der Wirkung, dass das

22 Wenn ich ihn richtig verstehe; Zwälve 2006a, 31-34, ist leider nicht widerspruchsfrei.

23 Der Sachverhalt habe, so Zwälve 2006a, 32-33, mit dem eines Reskripts vom Jahre 290, doppelt überliefert als *Fragmenta Vaticana* 286 und C 8.54.3, gemein, dass eine zuerst beschenkte Person sich in einer der ersten Schenkung beigefügten Klausel dem Schenker verpflichtet, das geschenkte Gut nach Ablauf einer Frist nicht dem Schenker sondern einer zweiten beschenkten Person zu restituiieren.

24 Petit, *Mélanges Cornil* 2, 1926, 214ff.

25 Amelotti, 102.

26 Iul. D 39.5.1 pr.

Eigentum sofort und unbedingt überging und dem Schenker beim Bedingungseintritt nur eine *actio in personam* zustand²⁷. Nicht aber gab es Schenkungen mit derartigen aufschiebend befristeten Verabredungen, also für einen gewissen Fall, wie der Tod der beschenkten Person. Zwälve nennt keine klassische Quelle, worin eine schenkweise auf Zeit vorgenommene *traditio* zu einem unbefristeten Eigentumsübergang führt. Das ist kein Wunder, denn die Schenkung mit Endtermin konnte kaum eine *iusta causa* für eine unbefristete Eigentumsübertragung mittels *traditio* sein. Das macht auch Justinian klar, wenn er in C 6.37.26.1 (532) berichtet, es sei bereits gesetzlich angeordnet worden, dass Schenkungen auf Zeit gemacht werden können²⁸: damit ist gesagt, dass, bevor es so angeordnet wurde, die Schenkung mit Endtermin unmöglich war. Die gemeinte Anordnung findet sich in C 8.54.2, der interpolierten Fassung des Fragments. Die im Fragment anfänglich genannte Schenkung (*dono dedisti*) war also *inrita*, weil sie auflösend befristet war, und die *traditio* konnte darum, mangels *iusta causa*, nicht zum Eigentumsübergang führen. Bei der *donatio inrita* braucht es sich folglich nicht um eine andere Schenkung als die mit *dono dedisti* gemeinte zu handeln.

Mit der *lex Cincia* hat Fragment 283 wohl keinen Zusammenhang. Dass viele vor und nach dem Fragment 283 aufgenommene Fragmente sich auf diese *lex* beziehen, ist kein zwingendes Argument. Auch die siebzehn Fragmente²⁹, die unmittelbar vor, und die neun³⁰, die unmittelbar nach Fragment 283 aufgenommen sind, berühren die *lex Cincia* keineswegs. Außerdem fehlt im Reskript jedes Indiz dafür, dass die *donatio* der *lex Cincia* zufolge *inrita* war, oder sogar dafür, dass die beschenkte Frau *persona non excepta* war.

Schließlich trifft Zwälve ein ähnlicher Vorwurf, wie er ihn gegen Petit erhebt³¹: Er legt nicht adäquat dar, wie Zeno nach der vollzogenen ersten Schenkung tatsächlich in der Lage sein konnte, abermals, an eine zweite Person, schenkweise das Eigentum zu tradieren oder den Nießbrauch zu bestellen. Die Grundstücke befanden sich ja im Besitz des Primus; wie konnte dann Zeno das Eigentum oder den Nießbrauch jener Grundstücke einer anderen Person schenkweise tradieren beziehungsweise bestellen?³²

Eine geläufigere Auslegung von Fragment 283

Unter den zahlreichen Auslegungen des Fragmentes, die seit 1821 vertreten worden sind, ist meines Erachtens noch immer, im wesentlichen, die von Bretone 1962³³

27 Ulp. D 39.6.29 hält bei der *donatio mortis causa* sogar eine *actio in rem* für vertretbar.

28 C 6.37.26.1: *Cum enim iam constitutum est fieri posse temporales donationes ...*

29 Vat 266a-282.

30 Vat 284-292.

31 Zwälve 2006a, 32¹³⁷.

32 Im Fragment 286 ist die Antwort nicht zu finden. Die angebliche zweite Schenkung sollte ja mit jener der ersten Schenkung beigefügten Klausel zustande gekommen sein, und in jener Klausel könnte eben nicht eine (aufschiebend befristete) Eigentumsübertragung oder Nießbrauchbestellung *ex causa donationis* eingeschlossen sein, sondern höchstens ein (aufschiebend befristetes) Schenkungsversprechen, das als wirksamer Vertrag zugunsten eines „Dritten“, nämlich der zweiten beschenkten Person, betrachtet werden könnte.

33 Bretone, 220-236.

gegebene vorzuziehen. Wichtig ist, dass Bretone, anders als viele andere Autoren, den dunklen zweiten Satz tiefgehend in seine Darstellung einbezieht. Bretone folgt dem Verständnis dieses Satzes, wie es vor ihm nur von Huschke (1861)³⁴ und Pflüger (1892)³⁵ vorgeschlagen worden war.

Die kaiserliche Kanzlei erteilte ein Gutachten sowohl für den Fall einer Eigentumsschenkung wie für den einer Nießbrauchschenkung. Zeno dürfte angeführt haben, er habe der Frau die Grundstücke als Geschenk gegeben mit der Klausel, dass diese nach dem Tode der Frau zu ihm zurückkehren würden. Bekanntlich wurde die Kanzlei am Ende des dritten Jahrhunderts oft mit Laienvorstellungen über zeitlich begrenztes Eigentum an Grundstücken konfrontiert, die sie dann zu bekämpfen versuchte.

Im ersten Satz des Fragmentes wird nun der Fall der Eigentumsschenkung behandelt. Diese sei unwirksam, weil das Eigentum an den Grundstücken nicht auf Zeit hatte übertragen werden können. Im zweiten Satz geht es um den Fall einer Nießbrauchschenkung. In kryptischer Weise lautet das Gutachten hier, Zeno habe den Nießbrauch nicht losgelöst vom Eigentum veräußern können. Weiter wird im Text nichts expliziert oder erklärt.

Wie lässt sich all das erklären? Zunächst zum ersten Satz.

Bretone sucht den Grund der Unwirksamkeit der Eigentumsschenkung auf Zeit in der Natur des römischen Eigentums, die mit sich bringe, dass Eigentum permanent sei und dass eine auflösende Frist mit ihm inkompatibel sei³⁶. Auch der Antecessor Stephanos war, wie aus dem *Scholion* hervorgeht, der Ansicht, dass Eigentum nicht auf Zeit in Kraft sein konnte. Das römische Eigentum mag also eine auflösende Frist nicht oder nur ausnahmsweise vertragen haben. Aber das Fragment beruft sich nicht darauf. Hier möchte ich Bretone darum nicht folgen.

Der erste Satz dürfte nicht mehr aussagen, als dass derjenige, der solche Grundstücke, *res nec mancipi*, tradiert mit der Absicht, Eigentum nur auf Zeit zu schenken, damit sein Ziel verfehlt, nämlich in Wirklichkeit kein Eigentum überträgt und die Schenkung nicht zustande bringt. Mit der Erwägung, dass die beabsichtigte Eigentumsübertragung auf Zeit nicht möglich gewesen war, ist nicht gesagt, dass eine solche Übertragung grundsätzlich niemals möglich war. Die Aussage dürfte sich vielmehr auf den hier vorliegenden Fall beschränken. Die Übertragung war in diesem Fall nämlich deshalb unmöglich, weil ihr eine *iusta causa traditionis* fehlte. Eine Sachschenkung auf Zeit war nicht zugelassen; wurde sie trotzdem gemacht, dann fehlte der *traditio* die erforderliche *iusta causa*³⁷. Nur eine Absicht, ohne Endtermin zu schenken, hätte *iusta causa traditionis* sein können; doch erhellt aus dem Sachverhalt, dass die Absicht eine andere war.

Dass die Sachschenkung auf Zeit keine gültige *donatio* war, dürfte auch vorausgesetzt sein in einigen Digestenstellen, in denen ausgesagt wird, dass eine echte und absolute

34 Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*, 1861, 682⁴ (in der Edition Seckel-Kübler, 2.2, 1927⁶, 302⁴), zu *potuisti* in Vat 283.

35 Pflüger, Archiv für die civ. Praxis 78 (1892) 406.

36 Bretone, 222, 224.

37 Bereits Senn, *Études sur le droit des obligations*, 1.1, 1914, 96, hat betont, dass die Schenkung wegen der Klausel *ut rediret* keine *vera et absoluta donatio* sei und darum keine *iusta causa traditionis* sein könne; eine solche Klausel sei nur zulässig bei der *donatio mortis causa*.

Schenkung, *vera et absoluta donatio*, anders als eine *donatio mortis causa*, nur vorliege, wenn jemand die Sache so gibt, dass er sie nicht zurückbekommen wird: *sic dat ne recipiat; dat ea mente ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti; ea mente daretur ut omnimodo penes accipientem maneret*³⁸.

Da die Eigentumsschenkung unwirksam ist, wird durch die *traditio* die beschenkte Frau zwar Besitzerin, bleibt aber Zeno Eigentümer. Offenbar war der Sachverhalt so, dass Zeno bei näherem Hinsehen die Schenkung hat widerrufen wollen, und das Reskript bietet ihm eine willkommene Unterstützung. Zeno kann als Eigentümer der Provinzialgrundstücke mit Erfolg die Besitzerin mit der *utilis rei vindicatio* verklagen. Die Frau kann diese *actio* nicht mit einer *exceptio* abwehren: namentlich nicht mit einer *exceptio (rei donatae, pacti, doli oder in factum)*, wobei sie sich auf die Schenkung beruft, denn eine Schenkung ist eben nicht zustande gekommen.

Schon aus letzterem Umstand ergibt sich auch, dass im ersten Satz die *lex Cincia* keine Rolle spielen kann, abgesehen davon, dass Zeno ihre Hilfe nicht braucht. Wenn keine Schenkung zustande gekommen ist, kann die *lex Cincia* keine Anwendung finden³⁹. Ob die Besitzerin *persona excepta* war oder *non excepta*, macht hier keinen Unterschied.

Nunmehr zum dunklen zweiten Satz. Offenbar ist die Nießbrauchschenkung nicht unwirksam; sonst wäre der zweite Satz überflüssig oder hätte im Text wenigstens auch für die Nießbrauchschenkung, wie für die *donatio* im ersten Satz, *inrita* gestanden. *Vero* wäre im übrigen auch fehl am Platze, wenn die Schenkung in beiden Sätzen als unwirksam angesehen wäre.

Jene Nießbrauchschenkung auf Zeit, bis zum Tode der Frau, ist wohl eine *iusta causa* für eine Nießbrauchbestellung; der Nießbrauch erlischt ja spätestens beim Tode des Nießbrauchers⁴⁰. Im Falle des zweiten Satzes ist die Schenkung also zustande gekommen und die Nießbrauchbestellung wirksam. Doch der Nießbrauch muss erlöschen zugunsten desjenigen, der im Augenblick des Erlöschens Eigentümer ist. Zeno und die Frau haben nicht zu erreichen vermocht, dass der Nießbrauch auch dann zugunsten des Zeno erlöschen würde, wenn Zeno nicht mehr Eigentümer wäre. Das drückt der Text wohl aus mit *usum fructum a proprietate alienare non potuisti*: du, Zeno, hast nicht den Nießbrauch losgelöst vom Eigentum veräußern können, ihn aus dem Eigentum heraus loslösen können⁴¹.

Wenn Zeno bei näherem Hinsehen die Schenkung widerrufen wollte, bietet ihm das Reskript in diesem Fall keine Unterstützung. Sowohl die *actio negatoria* als auch die

38 Ulp. D 43.26.1.2, Paul. D 39.6.35.2, Pap. D 39.6.42.1, Iul. D 39.5.1 pr., Iul. D 12.1.20; Archi, *La donazione*, 1960, 39ff. und 88; Biondi, *Scritti in onore di Contardo Ferrini ... beatificazione*, 1, 1947, 119, 125, 128.

39 Voci, 206, meint, dass Zeno die *replicatio legis Cinciae* braucht um die *exceptio pacti* der beschenkten Person zu entkräften; m.E. muss die *exceptio pacti* schon mangels eines wirksamen *pactum donationis* scheitern.

40 Soweit die Klausel *ut ad te rediret* beinhaltet, dass der Nießbrauch zu Zeno zurückkehre, auch falls er bei Eintritt der Frist nicht mehr Eigentümer ist, soll sie, teilweise, unwirksam sein, aber das ändert nichts an der Wirksamkeit der Nießbrauchbestellung. In der *cautio usufructuaria* verspricht der Nießbraucher ebenfalls, was nach Beendigung des Nießbrauchs noch vorhanden sein wird, dem Nießbrauchbesteller zu restituiieren, ohne den Fall auszunehmen, dass jener bei Eintritt der Frist nicht mehr Eigentümer ist; das berührt die Wirksamkeit der Nießbrauchbestellung nicht.

41 Bretone, 234f.¹⁰².

utilis rei vindicatio gegen die Frau soll scheitern, weil ihr der Nießbrauch gültig, *ex iusta causa*, bestellt worden ist.

Da die Nießbrauchschenkung zustande gekommen ist, könnte die *lex Cincia* ins Bild kommen. Wäre die Frau *non excepta*, so würde Zeno mit Hilfe der *lex* im Prozess der *utilis rei vindicatio* siegen. Offenbar aber spielt die *lex* keine Rolle; sonst hätte der Text sie genannt. Wie schon gesagt, im Reskript fehlt jedes Indiz dafür, dass die *donatio* der *lex Cincia* zufolge *inrita* war, oder sogar dafür, dass die beschenkte Frau *persona non excepta* war. Sie dürfte eher eine Verwandte bis zum fünften Grade, etwa eine Tante, des Zeno gewesen sein.

Die tatsächliche Lage zum Zeitpunkt der *supplicatio* dürfte diese gewesen sein: Da die Bitschrift sich gegen die Frau richtete, müssen die Grundstücke sich in ihren Händen befunden haben, entweder in Besitz (im Fall der Eigentumsschenkung) oder in Detention (im Fall der Nießbrauchschenkung). Falls Zeno Eigentum auf Zeit hatte schenken wollen, wird er den Prozess gegen die Frau gewinnen; falls er einen Nießbrauch geschenkt hat, wird er ihr unterliegen. Im letzteren Fall darf er sich aber trösten mit der Aussicht, dass der Nießbrauch beim Tode der Frau zu seinen Gunsten erloschen wird, vorausgesetzt freilich, dass er dann noch immer Eigentümer sein wird. Nach dem Tode der Frau wird er nicht verlangen können, falls er dann kein Eigentümer mehr ist, dass ihr Rechtsnachfolger die Klausel zu seinen Gunsten einhalten wird.

Ergebnis

Im Ergebnis halten wir folgendes fest.

Die neuerdings vorgeschlagene Auslegung des Fragmentes ist unhaltbar. Sie beruht auf der Behauptung, dass eine schenkweise auf Zeit vorgenommene Eigentumsübertragung im klassischen römischen Recht durchaus zu einem unbefristeten Eigentumsübergang führe. Aber diese Behauptung ist unbewiesen, und ihr mangelt es an jeder Grundlage in den Quellen.

Statt dieser Behauptung soll man annehmen, dass die Schenkung mit Endtermin keine *iusta causa* für eine Eigentumsübertragung mittels *traditio* sein konnte. Das ist die Aussage des ersten Satzes des Fragmentes. Es gab nicht eine erste Schenkung an einen ungenannten Primus und eine zweite an die im Text gemeinte Frau. Es gab nur die Schenkung an die Frau. Aus dem Text darf nicht geschlossen werden, dass es ein Dogma gab, nachdem entweder die auflösend befristete Eigentumsübertragung oder Eigentum auf Zeit grundsätzlich unmöglich war. Die Erwägung *ad tempus proprietas transferri nequiverit* dürfte sich nur auf den Fall beziehen, dass die Parteien eine Sachschenkung mittels *traditio* auflösend befristet vollziehen wollten.

Das *Scholion* enthält ebenfalls nicht das angebliche Dogma der Unmöglichkeit der auflösend befristeten Eigentumsübertragung. Πρόσκαιρος οὐκ ἔρρωται δεσποτεία heißt, dass Eigentum nicht für eine Frist in Kraft sein kann, nicht, dass Eigentum nicht unter auflösender Frist übertragen werden kann. Eine Schlussfolgerung scheint mir allerdings unumgänglich zu sein: Stephanos kannte wohl ein Dogma der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit.

Abstract

Until recently it was generally taught that in classical Roman law ownership could not be transferred only for a definite time or under a resolute condition, though exceptions were allowed. That a dogma (1) of the impossibility of transfer of ownership only for a given time, and (2) of the impossibility of temporary ownership formed part of Roman law, was thought to be evidenced by two texts: *Fragmenta Vaticana* 283, an imperial rescript dating from 286 AD, and a *Scholion to Basilica* 16.1.4, taken from the commentary on the Digest by the Antecessor Stephanos (536-542 AD). As a third source one could add the interpolated version of that rescript, *Codex* 8.54.2. The interpretation of Fragment 283 has been the topic of considerable controversy. Recently a new explanation was proposed, which, however, is shown to have no sound foundation. The argument occasions revisiting the two texts. It is submitted that dogma 1 cannot be deduced from either of them, but that dogma 2 was known by Stephanos.