

## Werk

**Titel:** Kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien

**Autor:** Huschke

**Ort:** Tübingen ; Leipzig

**Jahr:** 1880

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1880\\_0013](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1880_0013) | log31

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## Kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien\*).

Von

Herrn Geheimen Justizrath Dr. Huschke,  
Professor in Breslau.

### III. Zur Lehre vom Früchterwerbe. L. 4. §. 19. D. de usurp. 41. 3.

Die in der Ueberschrift hervorgehobene Stelle spielt bekanntlich eine große Rolle in der noch bis jetzt fortdauernden Streitfrage, ob der b. f. possessor an den Früchten ebenso wie an anderen Erzeugnissen der Sache mit deren Separation auch nur wieder b. f. possessio mit Usucapionsrecht oder im Unterschiede von anderen Erzeugnissen Eigenthum erwerbe, jedoch so, daß er dem die Hauptsache vindicierenden Eigenthümer die bei Anstellung der Klage vom Besitzer noch nicht consumierten Früchte herausgeben müsse.

\*) Fortsetzung von Band LXII. No. 7. Bei dieser Gelegenheit mögen folgende Druckfehler, die sich in die erste Abtheilung der „Kritischen Versuche“ eingeschlichen haben, berichtigt werden: Auf S. 322 Z. 4 ist zu lesen „des nicht bereichernden Empfangs“; auf S. 325 Z. 4 „das Motiv“; auf S. 327 Z. 10 ist „zur“ zu streichen; auf S. 342 Z. 8 „für eine solche“ zu lesen; auf S. 345 Z. 1 der Anm. 23 „als“ statt „für“; S. 347, Z. 2 der Anm. 25 endlich ist umzustellen „derjenige, von dem der Käufer (hier dessen Erbe)“.

Zum Voraus bemerke ich, daß ich bei eigentlichen Früchten von jeher der letzteren im Ganzen auch wohl herrschenden Ansicht gewesen bin, sowohl nach dem offenbaren Inhalt unserer Quellen, als nach der Natur der Sache selbst. Nur darin kann ich der herrschenden Ansicht nicht beistimmen, daß nach ihr der Vindicant nicht als solcher d. h. blos dadurch, daß er die Früchte seiner Sache beim Besitzer noch vorfindet und sein Eigenthum an ihnen processual geltend macht, sondern erst durch die vom Richter dem Besitzer auferlegte und von diesem vollzogene Rückgabe (also durch Tradition) Eigenthümer werden soll. Dem widerspricht erstens schon der Ausdruck vom gutgläubigen Besitzer *fructus interim suos facit* (L. 48 pr. D. de acq. rer. dom. 41, 1), nach dem dessen Erwerb selbst (das *suum facere*) nur ein einstweiliger ist. Dieser Erwerb also, der in der Separation liegt, verliert seine Kraft rückwärts von dieser an mit bloßer Aufhebung des ihn bedingenden Verhältnisses der Sache zu dem fremden gutgläubigen Besitzer als eines nur für sich in Betracht kommenden, d. h. mit Eintritt des Conflicts mit dem stärkern Sacheigenthümer (*si dominus supervenerit et fundum vindicet* §. 35. J. de rer. div. 2, 1) zu Gunsten dieses letzteren *iure accessionis*, ganz ebenso wie das beim *Postliminium* und in allen ähnlichen Verhältnissen der Fall ist, wonach denn aber nicht das an sich für immer erworbene Eigenthum erst durch eine neue selbständige Erwerbart an den Sacheigenthümer zurückgelangen kann. Wollte man *interim* unnatürlich blos zu *suos* ziehen und verstehen, daß das Eigenthum des gutgläubigen Besitzers hier nur ein einstweiliges sei (bis er nehmlich wieder an den Eigenthümer tradiert), so würde der Ausdruck etwas Albernese aussagen, da bei der Möglichkeit des Verkehrs mit Sachen jedes irgend wie erworbene Eigenthum selbstverständlich nur so lange dauert, als es nicht von einem Andern erworben ist. Gleichwerthig ist übrigens auch der Ausdruck *fructus consumptos suos facit* (L. 40. D. eod.); denn wenn auch *suos* hier nicht sowohl vom Eigenthum als vom Vermögen des b. f. possessor zu verstehen ist, dem, da seine Consumtion einer eigenen Sache keine *condictio* wider

ihn begründet, die Früchte nun als Gewinn bleiben (*lucratur fr. consumptos* L. 4. §. 2. D. fin. reg. 10, 1) und nicht wie dem *m. f. possessor* durch eine *condictio* entzogen werden können (§. 35. J. de rer. div. 2, 1), so liegt doch darin auch, daß durch die Consumtion die Möglichkeit des Rückfalls des Eigenthums an den Sacheigenthümer und damit seiner *Vindicatio* der Früchte aufgehoben werde (vgl. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13, 7).

Zweitens ist jene Ansicht mit den Grundsätzen des Römischen Processes unvereinbar. Ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Sacheigenthümer und dem *b. f. possessor*, welches in der Præstatio der *omnis causa* auch die Früchte begreift, wird erst durch die *litis contestatio* mit der *rei vindicatio* begründet und bezieht sich bekanntlich nur auf das, was seit derselben durch die Vorenthaltung und Behandlung der Sache Seitens des Beklagten dem Kläger geschadet wird, auch hinsichtlich der Früchte, bei denen hier auch *Perception* (*Aneignung*) vorausgesetzt werden muß (L. 78. D. de rei vind. 6, 1), ohne rückwirkende Kraft. Wird nun aber in den Quellen das Recht des (*per petitoriam formulam* oder *per sponsonem*) vindicierenden Sacheigenthümers an allen vom *b. f. possessor* noch nicht consumierten Früchten ohne Unterscheidung der Zeit vor und nach der *litis contestatio*, von *Perception* und bloßer *Separation* anerkannt, so ist das nur so denkbar, daß ihm wegen der früher separierten auch eine *Vindicatio* (*si paret rem cum fructibus eius esse*), wie wegen der *mala fide* percipierten und consumierten eine *condictio* zusteht (vgl. L. 15. D. de usur. (22, 1) L. 4. §. 2. D. fin. reg. 10, 1), die natürlich mit der *Vindicatio* der Hauptsache verbunden werden kann (L. 4. C. de crim. expil. (9, 32) L. 3. C. de condict. ex lege (4, 9) L. 16. C. de praed. et al. reb. 5, 71), also sein bloßes *supervenire et fundum vindicare* gegen den *b. f. possessor* den Rückfall des Eigenthums an ihnen bewirkt. Das an die Stelle des ältern Processes getretene außerordentliche Verfahren (zuerst bei der Erbschaftsklage) konnte nur in der Form hieran ändern <sup>1)</sup>.

1) Zur Orientierung in den Quellen vgl. Göppert *Erzeugnisse* § 5.

Endlich bringt dasselbe die Natur der Sache mit sich. Bei Bestimmung des Begriffs der Frucht wird hauptsächlich darin gefehlt, daß man das eigentlich unterscheidende und in dem Worte fructus, frui selbst ausgedrückte, auch durch das stammverwandte deutsche Brauchen (vgl. Mommsen Röm. Staatsr. II. S. 412 Anm.) bezeugte Moment der zum Verzehren bestimmten Erzeugnisse der Sache nicht betont. Stellen die Früchte hiernach die nur zeitlich vorübergehende in besonderen Sachen sich darstellende Seite der Hauptsache dar, die ebendeshalb auch dem bloßen b. f. possessor als dem in der Zeit werdenden Eigenthümer der Sache erworben werden, und ist nur das Recht des b. f. possessor wieder ebenso wesentlich dadurch beschränkt, daß es dem Eigenthümer selbst, dem die Sache nach der Seite ihrer dauernden Substanz gehört, weichen muß, so folgt auch, daß sein Erwerb im Conflict mit dem Eigenthümer sich nur mit Vollendung des Fruchtbegriffs selbst d. h. mit der Consumtion vollenden kann, dagegen seine Kraft verlieren muß, wenn der vindicierende Eigenthümer die Früchte noch als solche unvollendet d. h. unverzehrt und darum noch als zur Substanz gehörig bei ihm findet (vgl. mein Recht der Public. Kl. S. 19).

Die Wichtigkeit dieser Fassung des Fruchtbegriffs wird nun besonders auch bei der Erklärung der L. 4 § 19 D. cit. hervortreten. Nachdem hier Paulus im 54. Buche ad edictum unmittelbar vorher untersucht und näher bestimmt hat, unter welchen Umständen der Partus einer gestohlenen Sclavin selbst furtiv und damit der Usucapion des Käufers derselben entzogen sei, fährt er fort:

Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emptorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. idem in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est.

So der Text der Florentina ohne Abweichung anderer

---

obgleich er Anhänger der Ansicht ist, welche dem b. f. possessor nur b. f. possessio an den Früchten zuspricht.

Handschriften und mit Bestätigung der Basiliken 50, 3, 19. namentlich auch in den Worten *si consumpti sint*, welche dort mit *εὶ ἐδαπανήθησαν* wiedergegeben sind. Gerade an diesen Worten haben aber namentlich diejenigen Anstoß genommen, welche den Eigenthumserwerb des b. f. possessor behaupten. Scheinen jene Worte doch im Uebergange von der Wolle der gestohlenen Schafe auf die von ihnen beim b. f. emptor geworfenen Lämmer zu sagen, daß auch sie sogleich dem b. f. emptor gehörten, aber erst nachdem sie consummiert sind, also zu einer Zeit, wo ein Eigenthum an ihnen überhaupt nicht oder im Falle der Consumtion durch Veräußerung wenigstens für ihn nicht mehr möglich ist. Nach mehreren frühern offenbar verfehlten Versuchen, diese Schwierigkeit zu lösen<sup>2)</sup>, haben ganz neuerlich zwei Autoritäten, Thering (Jahrb. f. Dogm. XII. S. 314 ff. besonders S. 328) und Rommsen in seiner Pandektenausgabe (T. II. Praef. p. LXXXVI.), durch eine auf den ersten Blick ansprechende leichte Kritik zu helfen gesucht. Nachdem der erstere dem letzteren seine anfängliche Conjectur, daß jene Worte aus *si non summissi sint* entstanden seien, mitgetheilt hatte, haben sich dann beide zu der Conjectur *si non summisit* als der richtigen Lesart geeinigt. Ich halte diese vermeintliche Emendation für eine Corruption des überlieferten richtigen Textes.

Gegen den letzteren macht Thering zwei Ausstellungen. Die eine, daß es für einen Juristen wie Paulus und ein Werk, wie seinen Edictscommentar zu trivial sei, zu bemerken, daß wie die Wolle so auch die Jungen der Schafe in fructu seien und deshalb sogleich dem b. f. possessor gehörten, und dieses noch dazu mit einem *quod verum est* zu bestärken. Die andere hebt den innern Widerspruch hervor, der sich ergebe, wenn Paulus sage: Die Wolle gehört dem Käufer sofort und ebenso ist es bei den Lämmern, — aber erst wenn sie consummiert sind, also doch nicht sofort. Dieser letztere Anstoß ist jedoch offenbar ein selbstverschuldeter, in der Stelle selbst nicht begründeter; denn nach

2) Vgl. darüber die Citate in Schultings Not. ad. Pand. VI. p. 413.

dem Zusammenhange setzt Paulus das *statim eius fit* ja nicht irgend einem andern spätern Umstand, sondern dem *nec usucapit* entgegen und sagt also mit *idem in agnis etc.* aus, daß auch die Lämmer dem Käufer sofort und nicht erst durch *Usucapion* als Eigenthum zufallen, *si consumpti sint*. Aber auch die erstere Ausstellung bezieht sich eigentlich schon für *Jhering* selbst, da er nachher bemerkt, daß Paulus das in *fructu esse u. s. w.* von den Lämmern nicht schlechthin, sondern unter einer bei der Wolle gleichgültigen Voraussetzung behauptet, welche sich offenbar auf die Eigenthümlichkeit der Lämmer beziehe, daß diese auch als Lämmer einer Heerde in Betracht kommen können, in welchem Falle sie nur dann Frucht seien, wenn sie nicht als Bestandtheil der Heerde zu deren Erhaltung verwandt und somit Hauptsache seien. Diese Beziehung scheint nun in der That einleuchtend. Nach ihr hat dann aber auch die Ausstellung nur die Bedeutung eines neuen Grundes gegen die Worte *si consumpti sint*, als auch deshalb Anstoß erregend, weil sie jene durchaus nothwendige Voraussetzung nicht ausdrückten, und eben damit wird dann die Conjectur *si non summisit* gerechtfertigt, indem sie jene Voraussetzung mit dem bei den Römischen Juristen fast technischen Terminus für die gedachte Verwendung ausdrücken. Ist nun aber die Conjectur richtig?

Auf die jedem bald aufstoßenden Bedenken, daß nicht allein das bloße *si non summisit* statt *si eos non summisit* und das active *summisit* selbst statt *summissi sunt*, da Paulus sonst in der ganzen Stelle nur von dem was die Wolle und die Lämmer erleiden, spricht, für einen solchen Schriftsteller auffallen, sondern noch mehr auch das bloße *summisit* statt *gregi* oder *in locum demortuorum capitum summisit*, da sonst dieser Ausdruck schlechthin nur da vorkommt, wo eine Heerde ausdrücklich erwähnt oder durch *in locum dem. cap.* als Voraussetzung angedeutet ist, hier aber Paulus von vornherein nur *oves*, also einzelne und heerdeweis gehaltene nennt, — auf alle diese Bedenken wird nicht eingegangen. Desto mehr Fleiß verwendet *Jhering* darauf, nachzuweisen, daß in der That bei Heerden hinsichtlich der Jungen, deren Be-

schaffenheit, ob Frucht oder Bestandtheil der Hauptsache, an sich in pendentia sei, erst die Thatsache der summissio entscheide, daß sie nicht als Frucht — was sie also doch zunächst seien — sondern als Bestandtheil der Heerde selbst betrachtet werden müssen. Die Stellen, die er dafür anführt und die dieses in der That aussagen, sprechen von schon vorhandenen Heerden, an denen ein Nießbrauch bestellt, oder von denen als dotalen der Chemann oder als in einer Fideicommisserschafft enthaltenen der Erbe, der sie nach seinem Tode herausgeben soll, die Früchte zu ziehn berechtigt ist. Wenn Thering nun aber diesen Fruchtziehungsberechtigten ohne Weiteres und gleichsam als selbstverständlich für unsere Stelle auch den b. f. possessor dem Eigenthümer gegenüber gleichstellt, so liegt darin meines Erachtens ein Rechtsirrtum, dessen Erkenntniß die vermeintliche Nothwendigkeit, ja Zulässigkeit seiner Emendation vollends umstößt. Um uns aber nicht zu wiederholen, verbinden wir den Nachweis dieses Irrthums gleich mit der richtigen Erklärung der Stelle, die bisher, wie ich glaube, auch in andern Punkten verfehlt worden ist. 7

Paulus spricht von der Wolle von Schafen im Plural, die ja in der Regel allerdings heerdenweis gehalten werden (wie dieses z. B. in L. 10. §. 3. D. de i. dot. 23, 3. bei dotalen von vornherein vorausgesetzt wird), aber doch auch als einzelne vorkommen können. Wenn er nun von der Wolle gestohlener Schafe sagt, daß wenn sie beim Diebe selbst geschoren sei, sie nicht usucapiert werden könne — eine gewiß nicht zufällig von der bisher bei der Sclavin gebrauchten abweichende Ausdrucksweise, daß der, bei welchem diese concipiert und geboren habe, nach verschiedenen Voraussetzungen usucapieren oder nicht usucapieren könne — so versteht er darunter natürlich wenigstens nicht bloß, daß dem Diebe selbst, der die Wolle mit den Schafen gestohlen hat und fortwährend stiehlt, keine Usucapion zustehet, — bei ihm kann ja von einer solchen überhaupt nicht die Rede sein Gai. 2, 49 — sondern denkt an ein entstandenes objectives Usucapionshinderniß d. h. daß die Wolle vom gutgläubigen Käufer derselben — da sie, wenn auch beim Diebe vielleicht von dessen



Leuten oder vom Käufer selbst bona fide geschoren, doch jedenfalls durch den Verkauf furtiv wurde (Gai. 4, 50) — nicht usucapiert werden könne: also ganz ähnlich wie z. B. in L. 10. §. 2. D. de usurp. (41, 3) selbst ausdrücklich nur vom Käufer des Kindes von einer gestohlenen Kuh die Rede ist. Dieses bestätigt auch das folgende: wenn aber bei einem b. f. emptor (der furtiven Schafe), dann dürfe, brauche sie umgekehrt, weil sie die Natur einer Frucht habe, nicht erst usucapiert zu werden, sondern werde sofort Eigenthum des Käufers<sup>3)</sup> nehmlich — im Zusammenhange mit dem früheren Gedankengange — des Käufers der Wolle (der sie vom b. f. emptor der Schafe gekauft) durch die Tradition, wie man im Gegensatz zur Usucapion nothwendig verstehen muß. Denn hätte Paulus nach der bisherigen Auslegung, namentlich auch Jherings und Mommsens mit emptoris nur den eben erwähnten b. f. emptor der Schafe verstanden, so würde er viel passender eius gesetzt haben<sup>3)</sup>, während das bloße emptoris (lanae), bei dem es auf die bona fides in der That nicht weiter ankommt, mehr einen Gegensatz zu dem vorherigen b. f. emptorem (ovium) bildet. Allerdings begreift sein Ausspruch in sich, daß wie der Käufer der Wolle sogleich mit der Tradition, so auch vorher der gutgläubige Käufer der Schafe schon mit der Schur Eigenthümer der Wolle werde, und hierin liegt eine Verschiedenheit der Wolle von den Lämmern, wie sich später zeigen wird. Wegen des ihn hier allein interessirenden Gegensatzes der Usucapion konnte aber Paulus nicht hauptsächlich das möglicher Weise noch rückfällige Eigenthum des Käufers der Schafe an der Wolle, sondern mußte das unwiderrufliche des Käufers der Wolle im Auge haben, welches allein dem auch unwiderruflichen durch Usucapion entspricht. Steht es nun aber fest, daß unter emptoris wenigstens vornehmlich der Käufer — hier der Wolle — zu verstehen ist, so erhellt auch, da dieser

3) Noch evidentere wäre diese Bedeutung von emptoris, wenn Paulus vorher apud b. f. possessorem gesagt hätte, wie Jhering S. 314 die Stelle hat abdrucken lassen. Doch ist dieses bloßer Druck- und Schreibfehler.

emptor das Subject zu dem folgenden summisit der neuen Lesart sein müßte, schon die grammatische Unmöglichkeit derselben, da ja nicht der Käufer der Lämmer, sondern nur der b. f. possessor der Heerde, von dem er kauft, sie zu dieser summittieren könnte. — Doch stehe es hiermit, wie es wolle, viel sicherer und völlig unabhängig von der Richtigkeit unserer bisherigen Erklärung wird die vermeintliche Emendation dadurch gerichtet, daß es ihr sachlich an allem Fundamente fehlt.

Vollkommen genügend ist nehmlich die überlieferte Lesart . . . si consumpti sint, d. h. selbstverständlich, da bei körperlich verzehrten Lämmern nicht mehr von Tradition und Usucapion die Rede sein kann, wenn sie, beim b. f. emptor der Schafe geboren, von ihm durch Verkauf verzehrt und somit als Frucht behandelt sind; auch da geht also an ihnen sogleich durch die Tradition und nicht erst durch Usucapion unwiderrufliches Eigenthum an den Käufer über und es entspricht dieses also auch dem Gedankenzusammenhange, den wir im Vorhergehenden für die Besprechung der Wolle gefunden haben, indem auch da hauptsächlich vom Käufer der Wolle die Rede war. Paulus sagt aber nicht alienati oder venditi, weil er zur Rechtfertigung des idem dicendum est zugleich auszudrücken hatte, daß auch die Lämmer — unter dieser Voraussetzung — wie die Wolle in fructu seien. Ebendamit spricht er denn aber auch aus, daß nicht schon die Nichtsummission, sondern erst die Consumtion den Lämmern von b. f. besessenen Schafen die Fruchteigenschaft verleihe, und damit kommen wir auf den oben gerügten Rechtsirrtum der Gleichstellung des b. f. possessor mit dem Usufructuar oder ähnlichen Fruchtnutzungsberechtigten, namentlich an einer Heerde in Beziehung auf die Lämmer. Untersuchen wir zuerst das letztere Rechtsverhältniß.

Der überhaupt dem ius civile angehörige und in seinem Umfange civiliter zu verstehende ususfructus bringt auch einen civilrechtlich modificierten resp. gesteigerten Fruchtbegriff mit sich, indem dieser sich bei ihm nach dem persönlichen gegenständlichen Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Fruchtberechtigten so bestimmt, daß jener auf die bloße Sub-

stanz der Sache, wie er sie fixiert hat, und deren etwaige Erweiterung als solche (*nuda proprietas*) beschränkt, der letztere aber, wie zur Instandhaltung der überkommenen Substanz auch ausdrücklich verpflichtet, so umgekehrt berechtigt ist, alle Provenienz aus der Sache, welche nach bürgerlicher Oekonomie unter den Fruchtbegriff fällt, d. h. *salva ea substantia* als zum Verzehren bestimmt angesehen werden kann, als Eigenthum an sich zu nehmen. Wenn also — um sogleich für unsern Zweck von den natürlichen (Grundstücks-) Früchten zu dem in *fructu esse* überzugehen — die *res fructuaria* z. B. eine Kuh oder ein Schaf oder sonstiges Heerdenthier (*pecus*) ist, so kann er nicht bloß Milch und Wolle, sondern schlechthin auch die doch ebenfalls *salva substantia* sächlich verzehrbaren geworfenen Jungen schon an sich als Eigenthum an sich nehmen (§. 37. D. de rer. div. (2, 1). L. 36. §. 1. D. de usurp. (41, 3). L. 68. §. 1. L. 70. §. 3. D. de usufr. 7, 1). Eben so bei einer Heerde z. B. von 100 Schafen oder Kühen (*alioqui quod nascitur fructuarii est* L. 69 eod.), jedoch hier nur *salva substantia* der Heerde, wie der Eigenthümer sie in jener bestimmten Zahl von Häuptern abgeschlossen hatte<sup>4)</sup>, das heißt, er muß doch aus den geworfenen Jungen die Heerde in vollem Stande erhalten (L. 68. §. 2. L. 69. D. eod. §. 38. J. de rer. div. 2, 1), was durch Ergänzung derselben mittels der thatsächlichen Submision (L. 70. §. 5. D. eod.) der nöthigen Zahl an Stelle der abgestorbenen oder durch Alter untauglich gewordenen Stücke geschieht. Durch

4) Das Princip, daß beim *usufructus* der Begriff der Substanz nach der Bestimmung des Eigenthümers sich richtet und demgemäß auch der Begriff der Frucht sich modificiert, zeigt sich außer bei Thieren, die eine Heerde sind oder werden können, und als solche hier stets eine *universitas finita* bilden, besonders auch bei Grundstücken wichtig. Bekanntlich kann z. B. der *usufructuar* (nicht eines Grundstücks sondern) eines Weinbergs diesen nur als solchen benützen und würde nicht auch, wenn er ihn in eine Wiese oder ein Ackerstück verwandelte, die Früchte davon erwerben. Wohl aber würden diese dem *b. f. possessor* gehören, der eine solche Veränderung vorgenommen hätte. Leider vermißt man in unsern Lehrbüchern auch noch den wichtigen Unterschied einer *universitas infinita* und *finita* (letzteres ist z. B. schon an sich stets ein Schachspiel).

diese Submissio verliert er sein Eigenthum an ihnen an den Eigenthümer der Heerde (L. 69 cit.), an allen nicht submittierten behält er es, wobei er aber aus der cautio fructuaria haften würde, wenn er hätte submittieren müssen. Umgekehrt geht das Eigenthum der nach der Submissio thatsächlich ausgeschossenen untauglichen Stücke vom Eigenthümer der Heerde eben damit gleichsam als Frucht der Heerde an ihn über (L. 69 cit.). Heißt es von den Jungen der Heerde, daß ihr Eigenthum in pendentia sei, so liegt der Grund dafür nur darin, daß man bis zur Submissio nicht weiß, welche von ihnen diese treffen werde (L. 70. §. 1. D. eod.); zunächst gehören also doch alle dem Usufructuar, so daß, wenn eines von ihnen getödtet würde, es wegen der dann nothwendigen Submissio eines anderen Stückes auf seine Gefahr stände, ihm aber auch Fell und Fleisch des Thieres gehörte (L. 70. §. 2. D. eod.). — Ganz dasselbe würde nun auch wegen gleicher persönlicher Gegenstände von einer dem Manne zur Dos gegebenen Heerde der Ehefrau (L. 10. §. 3. D. de iure dot. 23, 3) und von einer erbhaftlichen, welche der Erbe sammt der übrigen Erbschaft mit Zurückbehaltung der Einkünfte der Erbschaft nach seinem Tode herausgeben soll, dem Fideicommissar gegenüber (L. 58. §. 4. D. ad SC. Treb. 36, 1) gelten, nur daß die Fruchtqualität der Lämmer hier in absoluter Hinsicht vom Eigenthum ungesondert, blos obligatorisch zur Zeit der Rückgabe der Heerde in Betracht käme.

Völlig verschieden, ja entgegengesetzter Natur ist dagegen das rein absolute Verhältniß des Eigenthümers, des wirklichen oder putativen zu seinen Sachen, auch zu Animalien und deren Erzeugnissen, welches auch beim Conflict des wirklichen Eigenthümers mit dem b. f. possessor doch nur als ein absolutes in Betracht kommt. Hier fällt der persönliche Gegenstand mit seiner modificierten Berechtigung und Verpflichtung in Beziehung auf Substanz und Frucht überhaupt weg und der Fruchtbegriff ist nur der natürliche, wie er sich aus dem Verhältniß der Sache zum Menschen innerhalb ihrer selbst ergibt<sup>5)</sup>. Danach hat zwar iure gentium bei Animalien

5) Auch nach dieser Seite kann die alte Annahme eines f. g. usus-

Milch und Wolle auch schon an sich die Natur eines für den Menschen zum Verzehren bestimmten Erzeugnisses und folglich einer Frucht, im Gegensatz zu der dauernden Substanz der Hauptsache, (in fructu est) ganz ebenso wie die eigentlichen (vegetabilischen) Früchte für Menschen und Thiere; nicht in demselben Maße ist dieses aber nach jenem Fortschritt der Menschheit vom *ius naturale* zum *ius gentium* (von 1. Mos. 1, 29. 30. zu 9, 2. 3) bei dem Jungen der Fall, weil dieses vielmehr an sich in gleicher Qualität und Würde als neue Hauptsache neben die Muttersache tritt. Ist diese ein Mensch, eine Sklavin, so kann das von ihr Geborene auch nicht einmal die Natur einer Frucht annehmen, welche stets ein natürlich sächlicher in der Verzehrbarkeit wurzelnder Begriff ist. Ist sie aber ein Thier, so hat das Geborene nach der seit derselben zweiten Menschheitsperiode eingetretenen viel größeren Menge der Thiere des Viehstandes (1. Mos. 7, 2. 9, 2. 3), die stets einen nun auch zum Verzehren bestimmten Ueberfluß der Geborenen mit sich bringt, zwar auch die Fruchtnatur im Allgemeinen (in fructu est), aber so, daß es unbe-

---

fructus materialis für den vollen Eigenthümer irreführen und im Grunde beruht die ganze Fhering'sche Ansicht consequent auf der Voraussetzung eines solchen. Allerdings ist auch der (wirkliche oder putative) Eigenthümer der Sache in Anerkenntniß des Gebrauchs und der Früchte, welche sie ihm bringt, Fürsorge und Pflege schuldig (5 Mos. 25, 4), aber nur natürlich oder ethisch nach dem Satz *male iure nostro uti non debemus* (Gai. 1, 53), und so wenig darin die civilrechtlich gesteigerte Verpflichtung der *cautio usufructuaria* wegen Erhaltung der Sache in ihrer bisherigen Substanz liegt, ebensowenig darf das natürliche Fruchtrecht des Eigenthümers nach dem civilrechtlichen des *usufructuarius* bestimmt werden. Verwandt war der Irrthum des Pomponius, den *b. f. possessor* auf die *f. g. fructus industriales* zu beschränken, L. 25 D. de usur. (22, 1) vgl. §. 35. J. de rer. divis. (2, 1), etwa nach dem Horazischen Satz *Nil sine magno vita labore dedit mortalibus* (vgl. Virgil. Georg. 2, 10 sq.), wobei er aber verkannte, daß die Früchte vielmehr eine mit der Schöpfung der Sachen dem Menschen zu Theil gewordene natürliche Gabe sind (1 Mos. 1, 29, nicht aufgehoben durch 3, 17 ff.), für die er erst den Sachen eine allerdings dann manche Früchte wieder mit bedingende *cura et cultura* schuldig ist. Auch hier erkannten die spätern Juristen das Richtige L. 48 pr. § 2. D. de acq. rer. dom. (41, 1).

stimmt bleibt, welche Junge als Hauptsachen erhalten, welche verzehrt werden und das erstere zunächst in der Natur der Jungen liegt. Hier entscheidet also gegen deren an sich hauptsächlichliche Natur erst die Consumtion die Fruchtnatur. Vom Eigenthümer z. B. von Schafen oder Rindern, auch dem putativen, und mag er sie als einzelne oder als Heerde halten, ist also zunächst anzunehmen, daß er auch die Jungen als hauptsächlichliches Erzeugniß behalten, vielleicht sie mit der Mutter allmählich zu einer Heerde vereinigen oder wenn eine solche schon vorhanden, sie zu ihr rechnen, oder ein Zugthier daraus heranzubilden wolle, und erst mit der Consumtion (natürlicher oder durch Verkauf) macht er sie entschieden zur Frucht; und mag zwar im Uebrigen bei der dem Civilrecht angehörigen Vindication, selbst gegen einen b. f. possessor, sofern sie durch die *litis contestatio* obligatorische Wirkungen mit sich bringt, die Bestimmung des Fruchtbegriffs sich civilrechtlich ändern<sup>6)</sup>, so behält dieser doch hier seine blos objective ursprüngliche Natur. Nach dieser würde also auch die Submission gewisser Junge unter die schon vorhandene Heerde, während andere verzehrt werden, den rechtlichen Charakter der ersteren als zunächst hauptsächlichlicher Erzeugnisse nicht ändern, sondern nur thatsächlich mehr sichern — weshalb sie auch nirgends beim b. f. possessor als rechtlich wichtig erwähnt wird — und genau genommen müßte man sagen, daß der *dominus superveniens* mit der Vindication der bei jenem noch vorhandenen Wolle zwar rückfälliges, mit der des jungen Zuwachses aber, weil er dem b. f. possessor auch nur soweit

6) Ich habe dabei im Auge, daß in dem von den 12 Tafeln für die in rem actio sacramento gegebenen arbitrium über den fructus duplio (meine Schrift über multa u. sacram. S. 392 Anm.), der eben so für die praedes (später die stipulatio pro praede litis vindiciarum = fructus) und beim interd. uti possidetis in der fructuaria stipulatio und dem iudicium fructuarium zur Anwendung kam, die Jurisprudenz dem Sinne des Gesetzes gemäß den Ausdruck fructus auf das ganze Interesse des Klägers von der *litis contestatio* an erstreckte, so daß z. B. in diesem Sinne — etwa bei Vindication einer Perlschnur — fructus rei est vel pignori dare licere. L. ult. D. de usur. (22, 1), deren Inscription zu beachten ist.

gehört, daß er ihn durch Consumtion als eigen behandeln (also auch durch Verkauf Eigenthum daran übertragen) kann, ursprüngliches Eigenthum geltend mache. Ist aber das beim b. f. possessor geworfene Junge des Mutterthiers zunächst nicht Frucht, so folgt auch, daß es ebenfalls nur b. f. von ihm besessen wird und — wenn nur nicht furtiv, weil es beim Diebe des Mutterthiers concipiert oder doch geboren wurde — auch usucapiert werden kann, was bei der Wolle und Milch, die mit ihrer Separation Frucht und folglich sein Eigenthum werden, nicht möglich ist. Daher also in unserer Stelle der Zusatz bei den Lämmern *si consumti sint*, und zwar ohne Unterschied, ob die Schafe in eine Heerde vereinigt sind oder nicht.

Unsere Erklärung und die Grundsätze, worauf sie beruht, werden nun auch durch andere Stellen bestätigt, die zum Theil den Interpreten wegen Verkenntung jener Grundsätze ebenfalls Schwierigkeit gemacht und dadurch ohne ihre Schuld Vermirrung in der ganzen Lehre vom Fruchterwerbe des redlichen Besitzers angerichtet haben.

Schon das gehört hieher, daß nach Modestinus in L. 81. §. 5. D. de leg. 3., wenn eine Schafheerde vermacht ist, unzweifelhaft auch die Lämmer dazu gehören — ohne daß eine Submissio erwähnt wird — wogegen doch die zur Zeit des Todes von ihr schon geschorene Wolle ebensowenig wie die Früchte, welche der Testator vom vermachten Grundstück gezogen hat, dem Legatar zukommen würde.

Nachdem ferner Ulpian in L. 48. §. 5. D. de furtis (47, 2) aus seinem 42. Buche ad edictum vom partus ancillae gesagt hat, daß wenn diese als schwangere gestohlen oder beim Diebe geschwängert worden sei, möge sie dann auch erst bei einem b. f. possessor geboren haben (in welchem Falle aber keine actio furti Statt finde) das Geborene furtiv sei, wenn sie aber beim b. f. possessor concipiert und geboren habe, das Geborene nicht furtiv sei und *usucapirt werden könne*, fügt er hinzu

*idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu.*

Er nimmt also auch an, daß Lämmer und Kinder u. s. w. beim b. f. possessor der Mutterthiere zunächst hauptsächlich Natur haben und nicht sofort mit ihrer Geburt, wie die Wolle mit ihrer Schur, als Frucht in dessen Eigenthum kommen, in welchem Falle sie ja nicht erst usucapiert werden dürften und könnten<sup>7)</sup>. Er fährt dann aber fort und sagt selbst von Fohlen, bei denen man dieses sonst, weil sie nicht auch geessen zu werden pflegen, bezweifeln könnte, in §. 6.

Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt: merito, quia in fructu numerantur. at partus ancillae non numeratur in fructu.

Der b. f. emptor ist hier offenbar der Käufer der Stuten (bei dem der Fohlen würde nichts auf seine b. f. ankommen) und statim bezieht sich auf die Zeit der Geburt: in beidem unterscheidet sich die Auffassung dieser Stelle von der in L. 4. §. 19. Sagt dann aber Ulpian von den Fohlen statim ad b. f. emptorem pertinebunt, so kann er mit diesem Ausdrucke natürlich nicht Eigenthum meinen, sondern nur Mehliches nach dem weiteren Sinne, den L. 181. D. de verb. sign. (50, 16) dem Worte ausdrücklich vindiciert: et eis rebus petendis aptum est, quae domini nostri sunt, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri domini: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint: also das Recht des b. f. emptor, sie nicht bloß auch b. f. besitzen und usucapieren oder

7) Keine Stelle spricht von Usucapion einer wirklichen Frucht Seitens des b. f. emptor der Hauptsache. Sagt Paulus L. 4 §. 5. D. de usurp. (41, 3): Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt, so hat er den Titel pro suo im Auge, mit dem allerdings z. B. der Erbe jede Accession einer solchen Sache, für welche der Erblasser und folglich auch der Erbe keinen gerechten Titel hatte, doch wenn sie erst nach dem Tode separiert wurde, b. f. gleichsam von sich selbst als vermeintlichem Eigenthümer der Hauptsache in Besitz nehmen und usucapieren kann. Die L. 2 D. pro suo (41, 10), nach der man den fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est, pro suo besitzt, meint dieses nach dem Zusammenhange vom Eigenthümer selbst, wie der Eingang der Stelle zeigt, und spricht also gar nicht von Usucapion.



Publicianisch ihrethalben klagen, sondern auch durch Consumtion mittels Verkaufs sich den Gewinn aus ihnen völlig sichern zu können, was beim partus ancillae nicht der Fall ist. Zur Bestätigung dient, daß Paulus in L. 48. §. 2. D. de acq. rer. dom. (41, 1) sagt: Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnant-tes venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest. idemque in lana iuris est: wo man unschwer die absichtliche Variation des Ausdrucks pertinent von den Lämmern, suum facit von Milch und Wolle erkennt.

Einen Widerspruch könnte zu enthalten scheinen L. 10. §. 2. D. de usurp. (41, 3) aus Ulp. lib. 16. ad edictum:

Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum iuvenum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit se putare, usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.

Der die Meinung des Marcellus referierende erste Theil der Stelle spricht bloß von den Bedingungen der Furtivität des Kindes als Hindernisses der Erfizbarkeit desselben, wahr-scheinlich zunächst von Seiten des Erben selbst, indem nach den Basiliken hinter ab herede die Worte vel ab herede aus-gefallen zu sein scheinen<sup>8)</sup>, dann aber auch von Seiten dessen,

8) Die Basiliken 50, 3, 9. §. 2 geben nehmlich den Sinn der ganzen Stelle so wieder: *Τὸ τεχθὲν ἀπὸ βοῶς ἢ δοῦλης κλεψιμαίας καὶ κληρονόμος τοῦ κλέπτου καὶ ἀγοραστῆς ἀγνοῶν διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσπόζει· τὸ γὰρ τεχθὲν οὐκ ἔστι μέρος τοῦ κλεψιμαίου.* Sie faßten sie also im Ganzen so auf, als habe Scaevola und mit ihm Ulpian das Ge-gentheil des ganzen Ausspruchs des Marcellus gelehrt: sowohl der Erbe des Diebes als der Käufer könnten, wenn sie nur in bona fide wären, das von der Kuh oder der Slavin Geborene allerdings usucapieren. Offenbar mußten sie also in ihren Handschriften lesen usucapi ab herede vel ab herede distractum iuvenum non posse.

an den der Erbe des Diebes verkauft hat. Dazu setzte Marcellus die Worte: sic quemadmodum nec ancillae partus. Wenn aber Scävola dann in seinem Tadel dieser Gleichsetzung sagt, se putare usucapere posse et partum, was man doch nach dem Texte der Florentina auch wieder nur von dem, der das Kind vom Erben gekauft hat, verstehen kann, so mag er mit seinem Tadel des von ihm bei Marcellus vorausgesetzten Grundes jener Gleichsetzung partum esse partem rei furtivae (wie etwa der abgetrennte Kopf einer gestohlenen Statue) und der daraus gezogenen Folgerung einer Absurdität (nec si apud b. f. emptorem peperisset, usucapi poterat) vollkommen Recht haben. Sagt er aber doch mit dem Wörtchen et zugleich, daß nach seiner Meinung nicht bloß der Käufer des partus, sondern auch der des Kindes usucapieren könne, so setzt er sich in der That mit Paulus und Ulpian in Widerspruch, nach denen das Kind, auch von einer gestohlenen Kuh, mit der Veräußerung Seitens des Erben (der vom Diebstahl nichts wußte, weil er sonst ja auch wieder am Kinde einen Diebstahl beging) entschieden Fruchtnatur annimmt und folglich sogleich mit der Tradition in das Eigenthum des Käufers übergeht, der also nicht erst zu usucapieren braucht. Da dieser Widerspruch nun aber für Ulpian, der offenbar die Meinung des Scävola billigt, unmöglich erscheint, weil er zugleich ein Selbstwiderspruch sogar in demselben Buche ad edictum sein würde, so müssen wir eine Corruptel des Textes vermuthen, deren Sitz sich auch sogleich anderweitig durch das vor et zu usucapere fehlende Subject verräth. Hier ist nicht bloß mit Mommsen emptorem einzusetzen, sondern viel leichter anzunehmen, daß et selbst Ueberbleibsel des etwa einst etorem geschriebenen emptorem sei, dessen übrige Streichung Folge davon sein mochte, daß andere Handschriften nach dem vorhin Bemerkten Marcellus vorher von der Usucapion nicht bloß des Käufers, sondern auch von der des Erben selbst sprechen ließen. Lesen wir so, so bezieht sich Scävola's abweichende Ansicht bloß auf den partus ancillae, von dem Marcellus in einem Zusätze auch gesagt hatte, daß der, welcher ihn von dem Erben des Diebes der

Scavin gekauft habe, nicht usucapieren könne, und das wird schon äußerlich dadurch bestätigt, daß auch im Folgenden bloß vom partus die Rede ist, während doch der ganze erste Theil der Stelle vom Kinde gehandelt hatte. Noch mehr aber empfiehlt sich diese Lesart und Auffassung dadurch, daß wenn wir, wie billig, Uebereinstimmung aller Römischen Juristen, auch des Marcellus und Scävola wegen des Unterschiedes von partus und Kind hinsichtlich des Fruchtbegriffs annehmen, Scävola mit gutem Fuge den Grund der Ansicht des Marcellus darin suchte, daß er Accessionen überhaupt als abgetrennte Bestandtheile der Hauptsache auffasse. Ueber den Satz des Marcellus usucapi ab herede (oder ab herede vel ab herede) distractum iuvenum non posse sprach sich dann auch Scävola nicht tadelnd aus: dieser Satz hatte ja aus einem andern Grunde seine Wahrheit, weil das Kind durch den Verkauf und die Tradition sofort Eigenthum des Käufers wurde, und wenn Marcellus auch (nach der andern Lesart) von der Usucapion des Erben selbst sprach, weil dieser als vitiorum defuncti successor nicht usucapieren konnte (L. 4. §. 15. D. de usurp. (41, 3) L. 11. §. 2. D. de Public. 6, 1. vgl. mein Recht der Public. Kl. S. 52. 66).

Von einer andern Stelle müssen wir aber zugeben, daß sie unserer Darstellung nicht günstig ist. Gaius sagt im 2. Buch seiner res quotidianae L. 28. D. de usur. (22, 1):

In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. §. 1. Partus vero ancillae in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

Er stellt also die Jungen von Hausthieren der Milch, den Haaren und der Wolle in ihrer Fruchtnatur ganz gleich und setzt allen den partus ancillae als Nichtfrucht entgegen. Indessen dient die Stelle mehr zum Beweise der Gefahr des bedenklichen Generalisierens, der Compendienfchreiber so leicht verfallen, als daß sie wirklich als Zeugniß einer abweichenden

Ansicht gelten könnte. Im Allgemeinen ist das Gesagte namentlich in dem Hauptgegenfaze, auf den es Gaius offenbar eigentlich ankommt — zwischen pr. und §. 1. — ja wohl richtig, aber ungenau im Einzelnen und zwar in doppelter Beziehung: 1) indem er das in fructu esse der Jungen und der andern Erzeugnisse ohne weiteren Unterschied hinstellt und 2) mit dem statim pleno iure sunt b. f. possessoris et fructuarii wieder in zwiefacher Hinsicht eine Verschiedenartigkeit durch schillernde gemeinsame Ausdrücke verdeckt; denn theils muß man statim beim b. f. possessor auf die Geburt, beim usufructuar auf die Perception, theils das pleno iure esse beim b. f. possessor auf das volle Dispositionsrecht (durch Consumtion), beim usufructuar auf Eigenthum beziehen. Angenommen aber auch, Gaius wäre sich in diesen Unterschieden noch nicht klar gewesen, so muß man doch jedenfalls diese Materie zu denen rechnen, in denen die großen Juristen der nächsten Folgezeit das Richtige erkannten und auch für das Justinianische Recht feststellten.

#### IV. Zur Lehre von der habitatio. L. 10. pr. D. de usu et habit. (7, 8).

Shering schließt (Jahrb. f. Dog. XII. S. 342) seiner Kritik der L. 4. §. 19. D. de usurp. (41, 3) und der L. 25. C. de usur. (4, 32) als einen neuen Fall, in dem die zwar von den Basiliken bestätigte Lesart der Florentina doch irrig sei, die in der Ueberschrift bezeichnete Stelle aus Ulpian's 17. Buche Sabinum an:

Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum. denique donare non poterit, sed eas personas recipiet quas et usuarius: ad heredem tamen nec ipsa transit nec non utendo amittitur nec capitis diminutione.

Hier will nemlich Shering statt donare (δωρεῖται Basil.

16, 8, 10.) gelesen wissen locare. Ist es aber schon hinsichtlich der Abschreiber sehr unwahrscheinlich, daß sie für das in dieser Materie sehr gewöhnliche und in diesem Titel selbst (L. 8. 11. D. h. t.) vorkommende Wort locare das seltenere donare gesetzt hätten, so konnten vollends die Compileren es nicht setzen oder, wenn Ulpian es geschrieben hätte, nicht stehen lassen, da ihnen jedenfalls Justinians L. 13. C. de usufr. (3, 33) nicht unbekannt war. Denn in dieser während der Zeit ihrer Arbeit (530) erlassenen Decision hatte der Kaiser gerade die Streitfrage, ob der habitator auch locieren könne, und zwar, wie die Institutionenverfasser noch hinzufügen (§. 5. J. de usu et habit. 2, 5) nach der Meinung des Marcellus im bejahenden Sinne entschieden.

Aber Thering kommt es 'wunderlich' vor, daß der Habitor, wenn vermieteten, nicht auch sollte schenken d. h. unentgeltlich zugestehen dürfen, da dem Eigenthümer dieses gleichviel sein könne und eine Bevormundung des Habitor selbst, gerade hier nicht freigebig sein zu dürfen, doch ganz sonderbar sein würde. Aber seltsamer Weise berücksichtigt er gerade das nicht, worauf es allein ankommen kann: was der Constituent, in der Regel ein Testator, mit der habitatio als in diesem Worte liegend habe geben wollen. Darüber wird es also allein noch einer Aufklärung bedürfen, um die äußerlich schon abgewiesene Thering'sche Kritik auch innerlich zu entkräften.

Wie man aus L. 10. C. cit. sieht, stritten die älteren Juristen darüber, ob man die habitatio in einem mehr subjectiven oder objectiven Sinne zu verstehen habe. Die Ansicht, sie sei wie possessio = Besizung (vgl. Dirksen manuale latin. s. v. §. 4.) im schlechthin objectiven Sinne auf das Grundstück selbst, also das Eigenthum zu beziehen (vgl. L. 20. §. 2. D. de instructo 33, 7), war wohl schon längst verworfen oder, so wie Justinian selbst es thut, auf den Fall beschränkt worden, daß dieser Sinn sich durch klaren Beweis der Absicht des Testators oder der Parteien darthun lasse. Aber auch die habitatio von der Person aus als der Vortheil des habitare licere verstanden, konnte sie noch mehr nach der objectiven Seite des ususfructus, in dem, dem Hauptbegriffe

der Frucht entsprechend, auch der Tausch- oder Geldwerth des Inhalts dieses Rechts und folglich die Befugniß den Nießbrauch zu verkaufen, zu vermietthen oder zu verschenken liegt (L. 12. §. 2. L. 38—40. D. de usufr. 7, 1), oder nach der des usus hin gedeutet werden, der nur eine persönliche Ausübung gestattet, wenn auch mit Zulassung des Mitgebrauchs derjenigen, die in einem persönlichen Verhältniß zum Usuar stehen. Hatte nun etwa der Testator den 'ususfructus habitationis' (L. 10. pr. cit.) oder was dem ähnlich, den 'domus ususfructus habitandi causa' (L. 10. §. 2. D. h. t.)<sup>9)</sup> vermacht, so konnte damit der erstere Sinn als von ihm selbst angedeutet erscheinen. Doch meint der Kaiser dieses mit den zum ersten Mal gleich zu Anfang seiner Constitution vorkommenden Worten usufructu habitationis legato noch nicht, sondern will da nur den allgemeinen Fall des üblichen legatum habitationis als einer wenigstens möglicher Weise bloßen Servitut bezeichnen; erst nach der Mitte der Verordnung (§. 2.) findet er mit solchen Worten et nimiae subtilitati satisfactum, um die von ihm dem Legat beigelegte Wirkung zu rechtfertigen. Hievon abgesehen, neigten sich aber die meisten großen Juristen und unter ihnen gewiß auch wohl Papinian und Ulpian in der obigen Stelle zu der auf die Wortbedeutung von habitatio gestützten Ansicht, daß sie effectu, d. h. in dem durch dieses Wort hervorgebrachten Inhalt des Legats, fast ganz mit dem vermachten usus eines Hauses übereinkomme, also auch nur der persönliche Vortheil des Wohnens, wie beim usus, in ihr liege. Weil aber doch, wie schon bemerkt, der Ausdruck habitatio ganz wie unser Deutsches 'Wohnung' auch die Möglichkeit einer objektiveren Bedeutung (wie bei possessio) also eine Beziehung auf den in der Sache liegenden Nutzen enthält, der beim usus wegfällt — dieses ist der wahre Sinn

9) Ulpian sah hierin mit Proculus und Neratius eine bloße habitatio — nicht ususfructus und habitatio — was ihm bei der Formel usum habitandi causa nur noch unbedenklicher erschien (non dubitarem quin valeret, wo man wohl quin id valeret lesen muß). Darüber, ob die habitatio selbst dann qualificiert sei, spricht er sich nicht aus.

von propter rerum utilitatem in §. 5. J. cit. — so hielt Marcellus mit Rücksicht darauf, daß man doch das Legat nicht ohne Noth beschränken dürfe (daher humanior sententia in L. 13. §. 1. C. cit.), es für gerechtfertigt, dem Legatar auch die Befugniß zu dem Bezuge dieses objektiven Vortheils zu gewähren, wenn er diesen nur immer noch persönlich erhalte, d. h. wie die Decisio §. 1. diese Meinung wiedergibt, dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat (wohne), sive alii cedat, ut (d. h. so daß er) mercedem accipiat? Der Legatar zog dann den Nutzen des Wohnens doch noch selbst mittels des fortlaufenden Miethgeldbezuges. Diese Meinung wird denn auch Ulpian in unserer Stelle nach dem Citat des Papinian, vermuthlich mit einer Aeußerung seines wie Papinians Bedenkens oder vielmehr Widerspruchs dagegen (vgl. Theophil. 2, 5, 5)<sup>10)</sup> mitgetheilt haben, welche die Compilatoren natürlich

10) Sagt Ulpian nur paene und stellt also den Inhalt der habitatio mit dem des usus doch nicht völlig gleich, so bezog sich dieses wohl auf die Varietäten, welche die weitere Angabe der Localität der Wohnung oder des usus mit sich bringen konnte, z. B. wenn gesagt war: Titius vermache ich die habitatio in meinem Garten oder den usus meines Gartens. Vielleicht auch darauf, was man oft übersieht, was aber auch mehr die Art als den Inhalt des Rechts betrifft, daß während der usus stets ein dingliches eigenthumsartiges Recht ist, die habitatio namentlich auf Grund eines reinen Liberalitätsgeschäfts unter Lebendigen auch als Commodat (L. 1. §. 1. D. commod. 13, 6 und die Stellen in der folgenden Ann.) mithin in völliger Abhängigkeit von dem Zugestehenden und nur auf die Zeitdauer seines persönlichen Willens (L. 27. D. de donat. 39, 5) vorkommen kann, alsdann aber auch, weil ohne animus habitationem sibi habendi, sondern gleichsam nur eine Detention des Wohnens enthaltend, ohne quasipossessorischen Schutz, gar keine auch nur faktische Servitut bildet. Anders beim Legat der habitatio oder wenn sie inter vivos als Remuneration gewährt wird (L. 27 cit. vgl. auch L. 6. C. quod cum eo 4, 26.), wo die Absicht in der Regel auf ein festes eigenes Recht des Beliehenen gerichtet ist. Einen Fall unzweifelhaft entgegengesetzter Art enthält dagegen L. 32. D. eod.; denn da hatte der Schenkgeber die Wohnung nicht bloß als hospitium bezeichnet (eine Gastfreundwohnung beruht ja auf einem beiderseits nicht vererblichen persönlichen Verhältniß), sondern auch darauf Gewicht gelegt,

mit Rücksicht auf Justinians Decision strichen. Darauf deutet noch außer dem jetzt zu *donare poterit* fehlenden Subject theils das folgende positive *sed eas personas recipiet quas et usuarius*, womit er doch wohl auch den habitator auf die Rechte des Usuars beschränken wollte, theils das *denique* d. h. wie oft, 'jedenfalls', womit er diesen folgenden Satz zunächst negativ beginnt. Das brachte nehmlich auch die Ansicht des Marcellus mit sich, daß der Legatar doch nicht, wie der Usufructuar, auch *donare* oder wie es auch heißt, *concedere*, *gratis concedere* könne (vgl. L. 12. §. 2. L. 38. D. de usufr. (7, 1) L. 8. 11. D. h. t.)<sup>11)</sup>. Denn zwischen dem Vermiethen und Schenken besteht nach dieser Seite hin der wesentliche Unterschied, daß der Servitutenberechtigte dort sein Recht fort-dauernd doch noch selbst ausübt, was hier nicht der Fall ist; daher im Falle der Vermiethung der Usufructuar immer noch im Quasibesitz bleibt und den Verlust durch *non usus* vermeidet, wenn er das Miethgeld noch bezieht und nur nicht ein Anderer im eigenen oder eines Fremden Namen den Nießbrauch ausübt, mag übrigens der Miether ausüben oder nicht, während er im Falle der Schenkung den Quasibesitz verliert, so bald der Beschenkte nicht mehr in seinem Namen ihn ausübt (L. 38—40. D. de usufr. (7, 1) L. 29. D. quib. mod. usufr. am. 7, 4). Mit Recht ließen also die Compileren Ulpian's Worte *denique donare non poterit* als Marcellus und Justinian's Meinung entsprechend stehen und man kann sich dagegen auch nicht auf die Stelle der Decision §. 3. berufen: *In tantum etenim (richtiger autem oder attamen) valere habitationem volumus, ut non antecellat usumfructum*, als hätte Justinian damit dem habitator ganz dieselben Rechte

daß der Beschenkte *ex sua* (des Schenkgebers) *voluntate* (also so lange er lebte) wohnen sollte.

11) Wogegen *commodare habitationem* in L. 1. §. 1. D. commod. (13, 6), *dono et permitto habitare* in L. 27. pr. D. de donat. (39, 5) und *gratuitam habitationem praestare*, *dare* u. s. w. bei Gai. 4, 153 und in den daselbst von mir citierten Stellen auf das ursprüngliche unentgeltliche Zugeständniß der habitatio Seitens des Eigenthümers, meist auch gar nicht als Servitut gehen.



wie dem Usufructuar ertheilen wollen: das Folgende zeigt, daß er damit nur dessen Anspruch auf Eigenthum abweisen wollte. Vielmehr sind jene negativen Worte in den Pandekten (*donare non poterit*) das nothwendige Supplement zu den positiven die *locatio* gewährenden der Decision, um vollständig erkennbar zu machen, in wiefern die habitatio 'effectu' nach §. 5. 3. h. t. *neque usus, neque ususfructus sed quasi proprium aliquod ius sei*. Den überhaupt wohl seltenern Verkauf der habitatio erwähnen weder die Decision noch die Pandekten und Institutionen. Nach der ratio in L. 39. D. de usufr. (7, 1): *quia qui pretio fruitur, non minus habere videtur, quam qui principali re utitur fruitur*, muß aber die habitatio auch zu ihm berechtigen. Hiermit glauben wir das Recht der habitatio nach seinem Inhalt (effectu), worüber die Ansichten der Neuern noch so sehr hin und her schwanken<sup>12)</sup>, zu größerer Klarheit gebracht zu haben.

Ungefügt, und wohl nicht bloß in Folge der frühern Weglassungen, lautet der Schluß unserer Stelle. Das darin offenbar versetzte *tamen* (vgl. Mommsen zur Stelle) verräth mir, daß hinter *usuar-ius* ausgefallen ist *Quod ad ius*, worauf folgte: *ad heredem nec ipsa transit; nec tamen non utendo amittitur nec capitis deminutione*. Alsdann bildet *ius* (die Art des Rechtes selbst) den Gegensatz zu dem vorherigen effectu (dem Inhalt des Rechts). Zwar auch nicht vererblich (sagt der Jurist) weicht die habitatio doch darin ganz vom *usus* ab, daß sie als bloße Bezeichnung eines *Factum* (des Wohnens) nicht wie der *usus* (und *ususfructus*), womit ein civiles Recht zu den mannigfachsten Arten von factischen Vornahmen je nach Verschiedenheit der Sachen bezeichnet wird, durch bloß rechtliche Aufhebungsgründe verloren werden kann. (L. 10. D. de cap. min. 4, 5).

12) Man vergleiche Glück Band. IX. S. 459. Thibaut civ. Abh. S. 23. 32. Windscheid Band. § 208 nebst den Citaten. Auch *Él-ve r s* Servit. § 60. hat die Natur der habitatio, freilich auch in andern Beziehungen, nicht erkannt.