

# forum historiae iuris

**Erste Internet-Zeitschrift für Rechtsgeschichte**

**<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/>**

**Herausgegeben von:**

**Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)**  
**Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)**  
**Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)**  
**Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)**  
**Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)**  
**Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)**  
**Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaën)**  
**Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)**  
**Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Jesi)**  
**PD Dr. Michele Luminati (Zürich)**  
**Dr. Fred G. Bär (Berlin)**  
**Dr. Hans-Peter Haferkamp (Berlin)**  
**Dr. Andreas Thier (München)**  
**Dr. Hans-Georg Hermann (München)**

**Artikel vom 28. November 1998**

**© 1998 fhi**

**Erstveröffentlichung**

**Zitiervorschlag:**

**<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/9811schulze.htm>**

**Götz Schulze**

# **Eviktionshaftung aus einem Grundstückskauf unter Nießbrauchsvorbehalt**

## **I. Text**

## **II. Übersetzung**

## **III. Inskription**

1. Sextus Caecilius Africanus
2. Bedeutung seiner Quaestiones
3. Inhalt vom 6. Buch der Quaestiones
4. Salvius Julianus

## **IV. Auslegung**

1. Sachverhalt der Stelle
2. Die gestellte Rechtsfrage und die sachenrechtlichen Vorfragen
3. Das Responsum hinsichtlich der Vorfragen
4. Fragen, die das responsum bezüglich der Vorfragen aufwirft
5. Das Responsum zur Haftung des Verkäufers
6. Fragen, die das responsum zur Verkäuferhaftung aufwirft

## **V. Vergleich mit dem geltenden deutschen Recht**

1. Der Vergleichsfall
2. Lösung des Vergleichsfall
3. Sachverhaltsvariante

## **I. Text**

Afr. lib. 6 quaest. D. 21, 2, 46 pr.

1

Africanus libro sexto quaestionum. Fundum, cuius usus fructus Attii erat, mihi vendidisti nec dixisti usum fructum Attii esse: hunc ego Maevio detracto usu fructu tradidi<sup>1)</sup>. Attio capite minuto non ad me, sed ad proprietatem usum fructum redire ait, neque enim potuisse constitui usum fructum eo tempore, quo alienatus<sup>2)</sup> esset: sed posse me venditorem te de evictione convenire, quia aequum sit eandem causam meam esse, quae futura esset, si tunc usus fructus alienus non<sup>3)</sup> fuisset.

2

## **II. Übersetzung**

Africanus, Quaestiones, 6. Buch:

3

Das Grundstück, an dem ein Nießbrauch für Attius bestand, hast du mir verkauft, ohne mir zu erklären, daß der Nießbrauch dem Attius zusteht. Dieses Grundstück übertrug ich Maevius

4

unter Vorbehalt des Nießbrauchs zu meinen Gunsten. Er sagt, daß wenn Attius eine capitis deminutio erleidet, der Nießbrauch nicht an mich, sondern zum Eigentum zurückkehrt, denn der Nießbrauch konnte zum Zeitpunkt der Veräußerung nicht begründet werden, weil er einem anderen eingeräumt war. Ich kann aber dich als Verkäufer wegen Eviktion belangen, denn es entspricht der Billigkeit, daß meine Rechtsstellung so ist, wie sie wäre, wenn damals der Nießbrauch nicht<sup>4)</sup> einem Dritten zugestanden hätte.

### III. Inskription

#### 1. Sextus Caecilius Africanus<sup>5)</sup>

Der Autor der Stelle war Jurist aus der Zeit des hochklassischen Rechts. Er gilt als Schüler des großen Juristen Julian<sup>6)</sup>. Sein Tod wird um 169 oder 175 n. Chr. geschätzt<sup>7)</sup>. Seine Herkunft ist nicht gesichert. Sein Kognomen weist auf eine afrikanische Herkunft hin<sup>8)</sup>. Auch über seinen Werdegang, insbesondere von ihm ausgeübte Staatsämter, ist nichts bekannt. Vermutlich betätigte er sich als Rechtslehrer in der Nachfolge von Julian in der Rechtsschule der Sabinianer<sup>9)</sup>.

5

#### 2. Bedeutung seiner Quaestiones

Die neun Bücher seiner Quaestiones stellen offenbar<sup>10)</sup> sein Hauptwerk dar und waren als Problemata vermutlich für den Lehrunterricht geschrieben<sup>11)</sup>. Wegen der weitgehenden Bezugnahme auf den ungenannten Julian und der Wiedergabe von dessen Responsen ist die eigenständige Bedeutung seiner Quaestiones nicht gesichert. Da er sich hierbei mitunter auch kritisch oder unter Hinzufügung eigener Meinungen äußert, wird seine Bedeutung und Originalität in der neueren Literatur<sup>12)</sup> höher als bisher<sup>13)</sup> eingeschätzt. Ob bei vorliegendem Fragment, Africanus aus der von Julian beantworteten Vorfrage<sup>14)</sup> bestimmte eigene Schlußfolgerungen zieht<sup>15)</sup> oder der Ursprung auch insoweit Julian zuzuweisen ist, kann nur vermutet werden. Aus der Schülerschaft sowie aus dem Inhalt der Quaestiones wird deren Entstehungszeit dem Zeitraum zwischen 130 und 161 n. Chr. zugewiesen<sup>16)</sup>.

6

#### 3. Inhalt vom 6. Buch der Quaestiones

Im Buch VI. ist nach Lenels Palingenesie<sup>17)</sup> Fallmaterial zu Vermächtnis, Fideikommiss sowie prätorischen und aedilizischen Stipulationen zusammengestellt. Unser unter Nr. 63 eingestelltes Fragment passt in diese Ordnung insoweit hinein, als die stipulatio ab aedilibus proposita auch eine Klausel enthält, die die Eviktion betrifft<sup>18)</sup>. Aus diesem Grund könnte African auch bei Erarbeitung von Problemen, die sich auf die actio auctoritatis bezogen haben, an diesem Zusammenhang eingegangen sein<sup>19)</sup>.

7

## 4. Salvius Julianus<sup>20)</sup>

Der von Africanus vorliegend in bezug genommene Julianus gilt als einer der bedeutendsten Juristen der hochklassischen Zeit<sup>21)</sup>. Sein Ideenreichtum, seine Leichtigkeit und Durchsichtigkeit der Darstellung gelten als einzigartig und verkörpern den Höhepunkt römischen Rechtsdenkens<sup>22)</sup>. Er ist von den Spätclassikern der am häufigsten zitierte Jurist und hat mit seinen 90 Büchern *Digesta* eine der wichtigsten Juristenschriften verfasst<sup>23)</sup>. 8

## IV. Auslegung

### 1. Sachverhalt der Stelle

Africanus geht von folgendem Sachverhalt aus: 9

Ein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück wird verkauft, wobei der Verkäufer dem Käufer das Bestehen des Nießbrauchsrechts (wissentlich)<sup>24)</sup> verschweigt. Der Käufer veräußert das Grundstück an einen Dritten (Maevius) weiter und behält sich den Nießbrauch vor. Daraus ergibt sich, daß der Käufer auch zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung keine Kenntnis vom Bestehen eines Nießbrauchs hatte, mithin der Nießbraucher (Attius) ihm gegenüber sein Recht nicht geltend gemacht hatte<sup>25)</sup>. Der Nießbraucher erleidet nun eine *capitis deminutio*, d.h. er verliert die Fähigkeit das Nießbrauchsrecht innezuhaben<sup>26)</sup>. Denkbar sind hier der Freiheits- oder Bürgerrechtsverlust oder auch lediglich das Ausscheiden aus dem Familienverband<sup>27)</sup>. 10

Schließlich ist davon auszugehen, daß entweder der Dritte (Maevius) nunmehr dem Käufer das Nießbrauchsrecht mit der *actio negatoria*<sup>28)</sup> erfolgreich streitig gemacht, d.h. evinziert hat oder aber, daß der Käufer gegen diesen die *vindicatio usus fructus* erhoben und Maevius die Unwirksamkeit der Nießbrauchsbestellung eingewendet hat<sup>29)</sup>. Dies ist zwar in der Stelle nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich jedoch aus der *Quaestio* betreffend die Haftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer aus Eviktion (*me venditorem te de evictione convenire*)<sup>30)</sup> sowie aus dem als Vorfrage gefassten *Responsum* Julians im Hinblick auf das rechtliche Schicksal des Nießbrauchs (Rückkehr zum Eigentum) und der Unwirksamkeit des Nießbrauchsvorbehalts bei der Weiterveräußerung. 11

Aus der Bejahung einer Regreßhaftung ist weiterhin zu schließen, daß der Käufer dem Maevius keine Ansprüche, sei es aus dem im Sachverhalt nicht genannten Kausalverhältnis<sup>31)</sup>, sei es aus ungerechtfertigter Bereicherung entgegenhalten konnte. Die *causa* wurde offenbar nicht dahingehend ausgelegt, daß Maevius eine Verpflichtung zur Einräumung/Gewährung des Nießbrauchs enthielt. 12

### 2. Die gestellte Rechtsfrage und die sachenrechtlichen Vorfragen

Beantwortet wird die Frage, ob und in welchem Umfang der Erstverkäufer dem Käufer 13

schuldrechtlich aus Eviktion haftet, obwohl er das Grundstück bereits weiterveräußert hat und das Nießbrauchsrecht erloschen ist.

Vorausgesetzt werden dabei die getroffenen Entscheidungen zu der sachenrechtlichen Rechtslage. Als Vorfragen werden hier aufgeworfen: 14

Konnte der Käufer vom Erstkäufer unbelastetes Eigentum erwerben? Konnte er sich bei Weiterveräußerung einen Nießbrauch vorbehalten? 15

Wie wirkt sich der Wegfall des Nießbrauchers Attius sachenrechtlich aus? 16

### 3. Das Responsum hinsichtlich der Vorfragen

Verneint wird zunächst ausdrücklich die zweite Frage. Bei der Weiterveräußerung, die entgegen dem Wortlaut *tradidi* vermutlich im Rahmen einer *mancipatio* erfolgte<sup>32)</sup>, war der Nießbrauchsvorbehalt (*detracto usu fructu*)<sup>33)</sup> unwirksam, weil einem anderen, dem Attius, bereits das Nießbrauchsrecht eingeräumt war<sup>34)</sup>. Damit ist auch die erste Frage beantwortet. Der Verkäufer konnte nicht mehr Rechte übertragen als er selbst besaß (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*)<sup>35)</sup>. Die Unkenntnis vom Fremdnießbrauch des Attius änderte daran nichts. Das römische Recht kennt einen gutgläubigen (lastenfreien) Erwerb nicht<sup>36)</sup>. Dem Verkäufer stand nur die *nuda proprietas*<sup>37)</sup> zu. Diese hatte der Käufer erworben und konnte folglich auch nur über diese verfügen. Sein Nießbrauchsvorbehalt bei der Weiterveräußerung ging daher ins Leere.

Die dritte Frage wird wie folgt beantwortet. Der Wegfall des Attius führt zum Erlöschen des Nießbrauchs und zum Erstarken der *nuda proprietas* zum vollen Eigentum in der Hand des jeweiligen Eigentümers. Zur Beschreibung dieser Konsolidation<sup>38)</sup> wird der bildhafte Ausdruck *ad proprietatem usum fructum redire*<sup>39)</sup> gebraucht und bringt damit möglicherweise die Vorstellung zum Ausdruck, bei dem Nießbrauch handele es sich um eine *pars domini*<sup>40)</sup>.

Julian/Africanus lehnen darüberhinaus eine scheinbar zumindest für möglich gehaltene rückwirkende Konvaleszenz<sup>41)</sup>, sei es bezüglich der ersten Übertragung oder bezüglich des Nießbrauchsvorbehalt bei der zweiten Übertragung, ausdrücklich ab (*non ad me, sed ad proprietatem*). Anders läßt sich nicht erklären, wie der Käufer (me) den Nießbrauch aufgrund des Wegfalls des bisherigen Nießbrauchers *ipso iure* erlangen könnte. Der Nießbrauch müßte in diesem Falle der jeweiligen schuldrechtlichen Verpflichtung zu ihrer Einräumung nachgefolgt sein und wäre dann im Wege des Durchgangserwerbs in einer logischen Sekunde über den Verkäufer an den Käufer gelangt. Eine solche Konstruktion scheidet folglich aus.

### 4. Fragen, die das responsum bezüglich der Vorfragen aufwirft

#### a) *Ususfructus als pars domini* oder als *ius in re aliena*?

Das rechtliche Schicksal des Nießbrauchs und die damit einhergehenden Folgen lassen sich in 20

den Streit um die Rechtsnatur des usus fructus einordnen. Nach Paul. D. 7, 1, 1<sup>42)</sup> beinhaltet der Nießbrauch das Recht eine fremde Sache zu gebrauchen und ihre Früchte zu ziehen, ohne die Substanz zu beeinträchtigen<sup>43)</sup>. Für die Einordnung und Behandlung dieses Rechts in klassischer Zeit wird Julian ein maßgeblicher Einfluß zugewiesen, während die Deutungen seiner eigenen Position erheblich voneinander abweichen<sup>44)</sup>. Im Zusammenhang mit dem hier untersuchten Fragment dürfte allein von Interesse sein<sup>45)</sup>, ob die klassische Lehre, respektive Julian, beim usus fructus tatsächlich von einer *pars dominii*, einem Eigentumsteil ausging<sup>46)</sup> oder aber, ob sich bereits die Vorstellung von einem selbständigen dinglichen Recht an einer fremden Sache, wie sie im nachklassischen und iustinianischen Recht durch die Zuordnung zu den Servituten zum Ausdruck kommt<sup>47)</sup>, jedenfalls im Ansatz<sup>48)</sup> bereits durchgesetzt hatte<sup>49)</sup>. Die wenigen Zitate zu unserem Fragment geben hierüber wenig Aufschluß. Bretone<sup>50)</sup>, der der letztgenannten Ansicht folgt, sieht im Bild des *redire ad proprietatem* gerade einen Hinweis gegen die Annahme einer "pars dominii", weil der Nießbrauch sich nicht auf einen Teil des Eigentums, sondern auf das gesamte Eigentum erstrecke. Labbé<sup>51)</sup> deutet sie hingegen als Beispiel dafür, daß "... l'usufruit est traité comme une partie de la propriété." Er sieht den Grund hierfür in der Unwirksamkeit des Nießbrauchvorbehalts beim Weiterverkauf an Maevius<sup>52)</sup>. Zwingend ist diese Schlußfolgerung freilich nicht, denn auch bei Annahme eines selbständigen dinglichen Rechts an fremder Sache ginge eine zweite Nießbrauchsbestellung ins Leere, weil auch hier gilt, daß zwei (ungeteilte<sup>53)</sup>) Nießbrauchsrechte nicht nebeneinander bestehen können<sup>54)</sup>.

Gleiches gilt für die Konsolidation in der Person des Maevius als dem Eigentümer, die die *nuda proprietas* zur *plena proprietas* werden läßt. Diese ebenfalls als Hinweis für eine *pars dominii* gedeutete rechtliche Folge<sup>55)</sup>, muß erst recht gelten, wenn der usus fructus (lediglich) ein Recht an fremder Sache ist. Die Konsolidation drückt im Gegenteil gerade die Unselbständigkeit des usus fructus aus. Sie stellt klar, daß das Recht an der Sache nicht selbständig der zugrundeliegende *causa* nachfolgen kann (rückwirkende Konvaleszenz), sondern mit dem Eigentum am Grundstück verbunden ist. Schließlich ist auch die rechtstechnische Durchführung einer Veräußerung unter Nießbrauchsvorbehalt, nämlich durch einseitige Erklärung des Veräußerers, kein überzeugendes Argument für die Annahme einer "pars dominii"<sup>56)</sup>. Noch im heutigen Grundstücksrecht genügt für einen Nießbrauchsvorbehalt bei Grundstücksveräußerung die einseitige Bewilligung des Veräußerers<sup>57)</sup>.

## **b) Konsolidation oder Konvaleszenz?**

Die Entscheidung zugunsten einer Konsolidation in der Hand des Eigentümers und gegen eine Konvaleszenz des nichtberechtigten Verfügenden wurde oben bereits dargelegt. Verallgemeinernd läßt sie sich wie folgt formulieren:

Julian/Africanus gehen von der Vorstellung aus, daß die fehlgeschlagene Begründung eines dinglichen Rechts, hier des Nießbrauchsvorbehalts, bei der Weiterveräußerung nicht bereits

dadurch wirksam wird, daß der Grund des Fehlschlages später wegfällt<sup>58)</sup>.

## 5. Das Responsum zur Haftung des Verkäufers

Julian/Africanus ziehen aus der für den Käufer wirtschaftlich unbefriedigenden Situation und der aufgrund der Weiterveräußerung gleichsam zufällig verpassten Konsolidation in dessen Person den Schluß, daß der Verkäufer gegenüber dem Käufer aus Eviktion haften müsse. Die Formulierung *quia aequum sit* macht deutlich, daß die Voraussetzungen für eine Eviktionshaftung nicht ohne weiteres vorlagen. Attius hatte dem Käufer aufgrund seines Nießbrauchs den Besitz und die Nutzung, das *habere uti frui licere*, nicht streitig gemacht<sup>59)</sup>. Ein Eviktionsanspruch war daher zunächst nicht entstanden. Mit dem Erlöschen dieses Nießbrauchs war die Grundlage für die Haftung des Verkäufers an sich weggefallen, der Rechtsmangel geheilt. Zugunsten des Käufers und in einer Veräußerungskette auch zugunsten der Nachfolger tritt die Konsolidation ein und stellt den Käufer wie auch seine Nachmänner grundsätzlich klaglos. Diese Klaglosstellung tritt vorliegend allein deshalb nicht ein, weil der Käufer als vermeintlicher Volleigentümer handelte und sich den Nießbrauch vorbehalten wollte. Als Maevius ihm das *habere uti frui licere* streitig macht bzw. der Käufer die *vindicatio usus fructus* erhebt, leitet er dieses Recht deshalb auch nicht mehr unmittelbar aus dem Erstkauf, sondern aus dem vermeintlichen Nießbrauchsrecht ab, welches er sich selbst bei der Weiterveräußerung vorbehielt. 24

Wirtschaftlich betrachtet wirkt sich diese Haftungsverlagerung vermutlich auch in unserem Fall aus. Des Käufers ursprünglicher Schaden, voller Kaufpreis trotz des Nießbrauchsrechts des Attius, konnte gegenüber seinem weiterentwickelten Schaden, - bei einer Schenkung kein eigener Nießbrauch, bei einem Weiterverkauf zusätzlich ein verringerter Kaufpreis -, erheblich abweichen. Der Wert des Nießbrauchs wird entscheidend vom Alter des Nießbrauchers abhängig gewesen sein. War Attius bereits in höherem Alter, der Käufer dagegen noch wesentlich jünger, so bestand eine Schadensdifferenz. Darüberhinaus kann im Falle eines Weiterverkaufs durch das eigene Verhandlungsgeschick eine unterschiedliche Kaufpreisbindung beim Kauf einerseits und beim Weiterverkauf andererseits vorgelegen haben. 25

## 6. Fragen, die das responsum zur Verkäuferhaftung aufwirft

### a) Die Besonderheit des Falles

Die Besonderheit dieser Fallkonstellation, die Girard mit *curieux* beschreibt<sup>60)</sup>, liegt darin, daß nicht ein typisches Eviktionsverhältnis (Käufer-Verkäufer-Nießbraucher), sondern der Sonderfall einer Weiterveräußerung unter Nießbrauchvorbehalt vorliegt. Der Grund, der die Haftung auslöst, hat sich geändert. Der Verkäufer soll nicht für das bei der ersten Veräußerung bestehende Recht des Attius, sondern für den fehlgeschlagenen 26

Nießbrauchsvorbehalt bei der zweiten Veräußerung eintreten. Grundlage für die Haftung bleibt freilich die erste Veräußerung. Für die Frage der Eviktionshaftung ist deshalb entscheidend, durch welches Rechtsgeschäft das Grundstück an den Käufer übertragen wurde.

## **b) Voraussetzungen einer Eviktionshaftung (actio auctoritatis)**

Im Text der Stelle wird nur vom Verkauf eines Grundstücks (*Fundum, ..., mihi vendidisti*)<sup>61)</sup> gesprochen. Die Veräußerung dürfte hier jedoch wie auch bei der Weiterveräußerung<sup>62)</sup> durch mancipatio erfolgt sein, denn an sie und nicht an den konsensualen Kauf knüpfte die Eviktionshaftung an und eröffnete dem Käufer die actio auctoritatis<sup>63)</sup>. Von einer solchen geht die Literatur zu unserer Stelle aus<sup>64)</sup>. Sie stützt sich insbesondere auf den Textzusammenhang im 6. Buch des Africanus, der dort weitere Fälle der actio auctoritatis behandelt<sup>65)</sup>. Das Grundstück sei eine res Mancipi und auch die Formulierung *aequum sit* lasse nicht notwendigerweise auf eine actio empti schließen<sup>66)</sup>. Letztlich wäre eine actio empti gegen den venditor sciens zwar auch ohne eine vorangehende "Entwehrung" möglich<sup>66)</sup>, der ausdrückliche Hinweis *de evictione convenire* macht aber deutlich, daß die Haftung nicht in erster Linie auf die Bösgläubigkeit des Verkäufers gestützt werden soll.

Auch die in der Literatur geäußerten Zweifel an der Existenz der actio auctoritatis können als widerlegt gelten<sup>67)</sup>. Die vorliegende Stelle enthält hierfür keinen Anhaltspunkt. 28

Die als Rechtsmittel prinzipiell ebenfalls in Betracht kommende actio ex stipulatu aus einer stipulatio habere licere oder einer stipulatio duplae oder die actio empti standen zur actio auctoritatis in elektiver Konkurrenz<sup>68)</sup>, so daß diese im folgenden außer Betracht bleiben können. 29

Voraussetzung der Haftung des Verkäufers für auctoritas war danach grundsätzlich, daß dem Käufer das uti frui habere von dritter Seite gerichtlich, ohne oder trotz der Beistandsleistung des Verkäufers<sup>69)</sup>, erfolgreich streitig gemacht worden war und er die Sache an den Dritten herausgegeben hatte<sup>70)</sup>. Dem steht der Fall gleich, bei dem der Kläger erfolglos einen Herausgabeprozess gegen den jetzigen Besitzer der Sache geführt hat<sup>71)</sup>. Wie oben dargelegt soll vom Vorliegen einer dieser beiden Alternativen ausgegangen werden. 30

Die Besonderheit des Falles liegt nun darin, daß einerseits Attius sein Recht nicht geltend machte und andererseits Maevius die Konsolidationsposition erst durch die Veräußerung seitens des Käufers erlangte. Eine vom Käufer verschuldete Eviktion, die seinen Anspruch ausgeschlossen hätte<sup>72)</sup>, wird hierin vermutlich schon deshalb nicht gesehen, weil der Käufer auch zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung keine Kenntnis vom Rechtsmangel hatte. Die weitere Verfallsvoraussetzung der Eviktionsgarantie, der durch Eviktion unmittelbar eingetretene Verlust des Sachbesitzes (*propter ipsam evictionem*)<sup>73)</sup> lag streng genommen nicht vor, denn als Nießbraucher hatte der Käufer keinen Besitz im technischen Sinne<sup>74)</sup>. Die Entziehung der Ausübungsbefugnis des Nießbrauchs dürfte aber im Hinblick auf *quia aequum sit* einer Besitzentziehung gleichzustellen sein. Darüberhinaus könnte man an der 31

Unmittelbarkeit der Entziehung wegen der dazwischengetretenen Weiterveräußerung zweifeln. Der Käufer hat durch die Weiterveräußerung, wegen des vermeintlichen Nießbrauchsvorbehalts, aber das *habere uti frui licere* nicht verloren. Verloren hat er die Konsolidationsposition auf die das Unmittelbarkeitserfordernis aber offenbar nicht abstellt. Am Unmittelbarkeitserfordernis der Eviktion fehlt es folglich nicht.

Der zum Erlöschen des anfänglichen Rechtsmangels führende Wechsel des Drittberechtigten soll den Verkäufer nicht entlasten. Als Rechtsfertigung für die Verkäuferhaftung könnte gleichwohl die Vorstellung von der Fortexistenz des Rechtsmangels (als "*pars domini*" in der Person des *Maevius*) noch eine Rolle gespielt haben. Die Fortexistenz allein begründet die Haftung jedoch nicht, denn zu einer wirtschaftlichen Einbuße kam es für den Käufer nicht schon aufgrund der Eigentumsübertragung und des dadurch ermöglichten Wechsels des Drittberechtigten, sondern allein wegen des fehlgeschlagenen Nießbrauchsvorbehalts. 32

Auch die Bösgläubigkeit des Verkäufers kann die Haftung nicht begründet haben. Einerseits bestand die Eviktionshaftung grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Verkäufers vom Rechtsmangel<sup>75)</sup>, andererseits haftete der *venditor sciens ex empto* unabhängig von der Eviktion<sup>76)</sup>. 33

In einem engeren Sinne läßt sich die Haftung auf folgenden zwei Wegen begründen. 34

Entweder geht die Stelle von einer (grundsätzlich nicht anerkannten<sup>77)</sup>) Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers aus, der darum auch für die insoweit fehlende Verfügungsbefugnis des Käufers einzustehen hatte. 35

Oder man "verlängerte" die Gewährungspflicht für das *habere uti frui licere* am Grundstück, die der Käufer bei Weiterveräußerung nicht aufgegeben hatte und auch nicht aufgeben wollte. Für das alleinige *habere licere* des Käufers spielt es keine Rolle, ob er dieses Recht auf sein vermeintliches (Voll-) Eigentum oder seine vermeintliche Stellung als Nießbraucher stützt. Die Weiterveräußerung unter Nießbrauchsvorbehalt könnte daher gleichsam ausgeblendet und für unbeachtlich erachtet werden<sup>78)</sup>. 36

In einem weiteren Sinne läßt sich die Haftung aus einer Gleichstellung der Eviktion mit der Konsolidation begründen. 37

Das *redire ad proprietatem*, die Rückkehr zum Eigentum, steht im vorliegenden Fall einem Besitzverlust durch Eviktion funktional gleich. Hierfür spricht wiederum die Formulierung *quia aequum sit* in ihrem Gesamtzusammenhang ( ... *non ad me, sed ad proprietatem usum fructum redire ait, ... : sed posse me venditorem te de evictione convenire, quia aequum sit eandem causam meam esse* ...). Dies würde eine Erklärung dafür geben, daß die Stelle über den Herausgabeprozess zwischen dem Käufer und *Maevius* kein Wort verliert. Auf diesen kommt es dann nicht mehr entscheidend an, da der Verkäufer "nur" entsprechend haften soll. Das *evincere* steht dem *redire* gleich und die vorgenommene Ergänzung des Sachverhalts wäre überflüssig. Schon allein die Konsolidation begründete die Haftung. Für den Fall bedeutete dies, daß der (unverschuldete und gleichsam zufällige) Verlust der 38

Konsolidationsstellung, als Verlust einer für den Nießbrauch spezifischen Rechtsstellung, den Anspruch des Käufers rechtfertigen würde.

### c) Umfang der Haftung

Der Käufer soll so gestellt werden, wie wenn der Nießbrauch zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung nicht bestanden hätte (*si tunc usus fructus alienus non fuisset*). Diese Haftungsbestimmung erscheint erstaunlich<sup>79)</sup>, denn die Haftung richtete sich damit weder nach dem doppelten Kaufpreis beim Erstkauf<sup>80)</sup> noch nach dem doppelten Wert des Nießbrauchs des Attius<sup>81)</sup>, der den Rechtsmangel begründete. Ein Grund hierfür mag gewesen sein, daß zur Bestimmung des Haftungsumfanges bei der Eviktionshaftung möglicherweise auf den Zeitpunkt des Sachverlustes und nicht auf den Kaufpreis abzustellen war<sup>82)</sup>. Bei Herausgabe an Maevius war der Nießbrauch des Attius bereits weggefallen.

Unser Fragment stellt zur Bestimmung des Haftungsumfanges auf das Interesse ab. Mit *si tunc fructus alienus non fuisset* wird klargestellt, daß der Käufer so zu stellen ist, wie wenn er das volle Eigentum am Grundstück erworben hätte<sup>83)</sup>. Haftungsrechtlich ist damit die Situation bei der Weiterveräußerung und damit der fehlgeschlagene Nießbrauchsvorbehalt maßgeblich. Geschützt ist die wirtschaftliche Stellung eines Volleigentümers.

Für die Wertberechnung kann schon mangels Bestimmbarkeit nicht auf die (doppelte) Differenz zu einem (hypothetisch) erzielten höheren Kaufpreis oder dem Wert der Schenkung bei vorbehaltloser Übereignung Bezug genommen werden. Vielmehr dürfte der doppelte Wert des vermeintlich vorbehaltenen usus fructus anzusetzen sein<sup>84)</sup>. Hierbei dürfte wiederum der Zeitpunkt des Sachverlusts an Maevius maßgeblich sein.

Im Ergebnis wird der Käufer sonach in seiner wirtschaftlichen Stellung als Volleigentümer geschützt.

Die oben zur Begründung der Verkäuferhaftung (im engeren Sinne) aufgeworfene Frage, ob den Verkäufer etwa doch eine Eigentumsverschaffungspflicht oder "nur" eine verlängerte Gewährschaftspflicht traf, kann nun entschieden werden. Die maßgebliche Bedeutung des Weiterverkaufs für die Berechnung des Schadensumfangs spricht eher dafür, daß der haftende Verkäufer in unserem Fall die Verschaffung der vollen Eigentümerstellung und nicht allein die Einräumung des habere licere schuldete. Das Ausblenden der Weiterveräußerung läßt sich mit einer daran ausgerichteten Schadensberechnung nicht vereinbaren.

Nach dem weiten Begründungsansatz steht zwar die Konsolidation und der (unverschuldete) Verlust der Konsolidationsstellung im Vordergrund der Betrachtung des Africanus. Da dies aber nichts anderes als der Verlust der (nackten) Eigentümerstellung ist, läßt sich auch daraus, zumindest mittelbar, ein Argument für das Verschaffungsprinzip aus der Stelle ableiten<sup>85)</sup>.

## d) Die Privilegierung des Maevius

Überraschend und gleichzeitig unbefriedigend erscheint es schließlich, daß der Verkäufer den Schaden tragen soll, obwohl Maevius, dem die Konsolidation zugute kommt, offenbar keine Verpflichtung auf Einräumung des Nießbrauchs aus dem Kausalverhältnis trifft und er auch sonst keinen wirtschaftlichen Ausgleich leisten muß. Eine Regreßmöglichkeit des Verkäufers gegen Maevius ist (unausgesprochen) daher vermutlich ebenso ausgeschlossen. 45

Begründen läßt sich diese schlechte Stellung des Verkäufers einerseits vielleicht mit dessen Bösgläubigkeit. Er hatte den bestehenden Nießbrauch wissentlich verschwiegen (venditor sciens)<sup>86)</sup>. 46

Andererseits sah man die Konsolidation möglicherweise als ein ipso iure eingetretenes Privileg des Eigentümers, der hierfür keinen Ausgleich leisten muß. 47

Das Schweigen des Textes zu dieser Privilegierung und überhaupt die fehlende Angabe einer causa im Verhältnis des Käufers zu M läßt aber auch den Schluß zu, daß African die Frage eines Haftungsausgleichs gar nicht interessierte und er Ausführungen dazu schlicht weggelassen hat. 48

## V. Vergleich mit dem geltenden deutschen Recht

### 1. Der Vergleichsfall

Bei der Bildung des Vergleichsfallles ist zunächst zu berücksichtigen, daß nach geltendem deutschen Recht eine Nießbrauchbestellung an einem Grundstück die Eintragung im Grundbuch konstitutiv voraussetzt (§§ 873, 874, 1030 BGB). Das den Rechtsmangel begründende Recht des Attius hätte daher bei beiden Veräußerungsvorgängen im Grundbuch gestanden und die Parteien wären hierüber spätestens durch den Notar belehrt worden<sup>87)</sup>. Eine außergrundbuchrechtliche Existenz des Nießbrauchrechts wäre zwar in einem internationalrechtlichen Fall möglich, etwa wenn der Verkäufer und Attius Brüder waren, jener das Grundstück erbt und Attius das Nießbrauchsrecht im Wege eines Vindikationslegates<sup>88)</sup> erwarb<sup>89)</sup>. Eine solche Fallbildung scheidet aber an der mangelnden dinglichen Anerkennung des Vindikationslegates im Inland<sup>91)92)</sup>. Verlegt man aus diesem Grunde das nießbrauchbelastete Grundstück ins Ausland, richteten sich jedenfalls die sachenrechtlichen Vorfragen nach der lex rei sitae und damit nicht mehr nach geltendem deutschen Recht. 49

Geht man im Vergleichsfall zwar von einer Eintragung des Nießbrauchs, aber eines zu Unrecht erfolgten Lösungsvermerks i.S.v. § 46 GBO aus, so schließt sich hieran der Gutgläubensschutz an<sup>93)</sup>, der die Vergleichsgrundlage des Falles beseitigen würde. Gleiches gilt, wenn man dem Fall eine bewegliche Sache zugrundelegt. Die Regeln des gutgläubig lastenfreien Erwerbs nach § 936 BGB wie auch die nur für bewegliche Sachen geltenden Vorschriften der §§ 440 Abs. 2 und 3 BGB verändern die Vergleichsgrundlage zu sehr. 50

Eine Umbildung des Falles zur Schaffung der gleichen Voraussetzungen wie nach römischem Recht erscheint daher nicht möglich. Im folgenden muß somit von einer Grundstücksübertragung und der grundbuchrechtlichen Eintragung des Attius ausgegangen werden, wobei in beiden Veräußerungsfällen von einer unterbliebenen Belehrung seitens des Notars ausgegangen wird<sup>94)</sup>.

Sachverhalt: 52

V verkauft und übereignet sein Grundstück an K, ohne ihn über das bestehende Nießbrauchrecht zugunsten des A aufzuklären. K verkauft<sup>95)</sup> und übereignet das Grundstück an M weiter, wobei M und auch nach wie vor K keine Kenntnis des Grundbuchinhaltes haben. Mit dem Antrag auf Eintragung des M als Eigentümer beantragt er die Eintragung eines EigentümergeNießbrauchs. A stirbt. Der im Grundbuch eingetragene M verlangt von K Herausgabe des Grundstücks. K fragt nach seinen Rechten. 53

## 2. Lösung des Vergleichsfalles

### a) Die Rechte des K gegenüber dem Herausgabeverlangen des M

M ist Eigentümer des Grundstückes geworden. Die Veräußerung V-K und K-M sind wirksam. Das bei den Veräußerungen bestehengebliebene<sup>96)</sup> Nießbrauchrecht des A steht dem Eigentumserwerb nicht entgegen. Der von V gleichzeitig beantragte EigentümergeNießbrauch hinderte die Eintragung des M als Eigentümer nicht<sup>97)</sup>. M hat daher grundsätzlich einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstückes gegen K aus § 985 BGB. 54

K kann hiergegen ein ihm zustehendes dingliches Recht zum Besitz aus §§ 986 Abs. 1, 1036 Abs. 1 BGB geltend machen, wenn der Nießbrauchvorbehalt, den er sich bei der Weiterveräußerung vorbehielt, wirksam war und dem Recht des Eigentümers vorgeht. Für die Wirksamkeit des Vorbehalts spielt es zunächst keine Rolle, ob K sich bereits geraume Zeit vor der Veräußerung einen EigentümergeNießbrauch bestellte oder sich erst im Rahmen der Weiterveräußerung durch einseitige Bewilligung einen solchen<sup>98)</sup> vorbehielt. Diese Varianten stehen sich gleich<sup>99)</sup>. Daneben ist als Vollzugsweg auch die Konstruktion möglich, daß K zunächst (vermeintlich) unbelastetes Eigentum übertrug und M schuldrechtlich zur Einräumung eines Nießbrauchs verpflichtete<sup>100)</sup>. Um einer Bestellung *detracto usu fructo* im Sinne einer einheitlichen Übereignung am ehesten zu entsprechen, dürfte von einem mit der Veräußerung gleichzeitig beantragten EigentümergeNießbrauch auszugehen sein. 55

Dieser Antrag war gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 GBO<sup>101)</sup> zurückzuweisen. 56

Das bestehende Nießbrauchsrecht des A hinderte den als Eigentümer weiterhin verfügungsbefugten<sup>102)</sup> K nicht schlechterdings an der erneuten Bestellung eines Nießbrauchs. In der inhaltlichen Ausgestaltung war K jedoch beschränkt, denn er konnte nicht gleichzeitig neben A das umfassende gesetzliche Nutzungsrecht alleine und unbeschränkt<sup>103)</sup> ausüben. Ohne Zustimmung des A<sup>104)</sup> blieb nur die Möglichkeit einer durch den Tod des ersten 57

Berechtigten (A) aufschiebend bedingten Bestellung eines Nießbrauch für den zweiten Berechtigten (K)<sup>105)</sup>. Der nemo plus iuris-Grundsatz des römischen Rechts gilt insoweit also auch hier. Die Bestellung eines sofortigen alleinigen unbeschränkten Nießbrauchs zugunsten des K war hingegen unmöglich und daher nichtig.

Eine ergänzende geltungserhaltende Auslegung des Nießbrauchvorbehalts mit der vorgenannten Bedingung erscheint nicht möglich, denn dies würde eine unzulässige wesentliche Änderung des Vertragsinhaltes<sup>106)</sup> bedeuten. 58

Auch die Aufrechterhaltung des dinglichen Rechtsgeschäfts durch Annahme einer Teilnichtigkeit (§ 139 BGB), wie sie im Zusammenhang mit unwirksamen Rangbestimmungen im Rahmen von § 879 Abs. 3 BGB diskutiert wird<sup>107)</sup>, dürfte schon mangels Teilbarkeit der getroffenen Regel ausscheiden. Einen (nachrangigen) Nießbrauch kann K aber nur aufschiebend bedingt bestellen. 59

Zu denken ist schließlich an eine Konversion (§ 140 BGB). Danach müßte die nichtige unbedingte Nießbrauchsbestellung in die obengenannte aufschiebend bedingte umgedeutet werden können. Es ist jedoch zweifelhaft, daß die Parteien, wenn sie sich über die rechtlichen Möglichkeiten klar gewesen wären, dieses Rechtsgeschäft vorgenommen hätten. Maßgebend hierfür ist der hypothetische Parteiwille zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses<sup>108)</sup>. Daß zu diesem Zeitpunkt der Tod des A bereits absehbar war, ist reine Spekulation. Es ist davon auszugehen, daß dem K an einer sofortigen oder doch baldigen Ausübung seines Nutzungsrechts gelegen war. Folglich stellte die aufschiebend bedingte Bestellung kein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks dar. Eine Umdeutung muß daher ausscheiden. 60

Das im Rahmen der Weiterveräußerung vorbehaltene Nießbrauchsrecht ging ins Leere. Hieran änderte auch der Tod des A nichts mehr. Mit dem Tod erlosch dessen Nießbrauchrecht (§ 1061 BGB) und das Eigentum erstarkte (konsolidierte<sup>109)</sup>) in der Hand des Eigentümers M zum (unbelasteten) Vollrecht. 61

K steht kein dingliches Nießbrauchsrecht zu. 62

Von einem mit M bei Weiterveräußerung geschlossenen schuldrechtlichen Vertrag zur Ausgestaltung oder Abänderung des kraft Gesetzes ausgestalteten Nießbrauchs<sup>110)</sup>, auf den K ein Recht zum Besitz stützen könnte, ist nicht ersichtlich. Da das gesetzliche Schuldverhältnis kraft Nießbrauchs<sup>111)</sup> nicht entstand, kann K auch insoweit ein Recht zum Besitz nicht herleiten. 63

K dürfte indessen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines Nießbrauchs aus dem der Veräußerung zugrundeliegenden Kaufvertrag<sup>112)</sup> haben, welchen er dem Herausgabeanspruch des M einredeweise (dolo petit) entgegenhalten kann. Der Grundstückskauf richtete sich auf ein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück. Der Kaufpreis war entsprechend herabgesetzt, die übrigen Vertragsbestimmungen entsprechend angepaßt. Die dingliche wie auch schuldrechtliche Unwirksamkeit der 64

Nießbraucheinräumung war bis zum Tod des A unerkannt geblieben. Die Parteien lebten also vermutlich bereits unter der vermeintlichen Rechtslage. Die veränderte Situation durfte daher nicht einseitig zu lasten des K gehen. Der Anspruch auf Einräumung hinge sonst von der häufig nur zufällig gewählten rechtlichen Konstruktion des Vorbehaltsnießbrauchs ab, da dieser ebensogut durch die Veräußerung unbelasteten Eigentums bei gleichzeitiger schuldrechtlicher Verpflichtung des Erwerbers auf Einräumung des Nießbrauchs verwirklicht werden kann<sup>113)</sup>. M verstieße gegen Treu und Glauben, wenn er die zufällig erlangte Lastenfreiheit gegenüber K geltend machen könnte. Der Anspruch stützt sich danach auf § 242 i.V.m. § 433 BGB.

## **b) Die Rechte des K gegen V**

### **- Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 433, 434, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB** **65**

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus §§ 433, 434, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB wegen eines Rechtsmangels liegen dem Grunde nach vor. Den Verkäufer trifft eine unbedingte, garantiehafte Einstandspflicht für die Freiheit des Grundstücks von Rechten Dritter<sup>114)</sup>. Der Nießbrauch als dingliches Recht an fremder Sache, stellt einen Rechtsmangel dar<sup>115)</sup>. Diesen hier bereits anfänglich bestehenden Rechtsmangel konnte V (ohne Zustimmung des A) auch nicht beseitigen<sup>116)</sup>. Auf das vorliegend zu unterstellende Verschulden des V kommt es dann - wie auch im römischen Recht - nicht an<sup>117)</sup>. Eine die Haftung ebenfalls ausschließende positive Kenntnis des Käufers vom Rechtsmangel (§ 439 Abs. 1 BGB) lag nicht vor. **66**

Der Schadensersatzanspruch entsteht, im Unterschied zum römischen Recht, unabhängig von einer Eviktion und stellt jedenfalls bei Grundstücken einen reinen Rechtsverschaffungsanspruch<sup>118)</sup> dar. Er ist dem Grunde nach daher bereits beim ersten Verkauf von V an K entstanden<sup>119)</sup>. Auf den rechtlichen Aussagegehalt unseres Fragments zur Gleichstellung von Eviktion und Konsolidation kommt es im geltenden Recht insoweit nicht mehr an. **67**

Die weitere Entwicklung beim Weiterverkauf verändert nurmehr den möglichen Schadensumfang und ist ohne weiteres von § 252 BGB als entgangener Gewinn umfaßt. Der Wegfall des A und die damit nachträglich eingetretene Heilung des Rechtsmangels ändert an der Haftung zunächst nichts. **68**

Gewährt man, wie das hier angenommen wird, dem K gegen M einen Anspruch auf Einräumung eines Nießbrauchsrechts und erfüllt M diese Forderung, so wird K gegenüber V klaglos gestellt, denn dann entspricht die Rechtslage den von vornherein gewollten und bereits tatsächlich gelebten Verhältnissen. Da A in der Zeit zwischen dem Erst- und dem Weiterverkauf den K an Besitz und Nutzung nicht beeinträchtigte, ist diesem auch insoweit kein Schaden entstanden. K ist schadlos und damit klaglos gestellt. **69**

Damit ist ein Anspruch des K gegen V ausgeschlossen. Die Nichterlangung des Nießbrauchs **70**

wird im römischen Recht durch einen Geldanspruch gegen den Verkäufer kompensiert, während nach BGB vorrangig dem Käufer gegenüber seinem Nachfolger ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung des Rechts gegeben wird.

Folgt man der hier bevorzugten Lösung, d.h. der schuldrechtlichen Verpflichtung auf Einräumung des Nießbrauchs nicht, so besteht der Rechtsmängelgewährleistungsanspruch fort. Gleiches gilt für den in der Sachverhaltsvariante angenommenen Fall, daß diese Verpflichtung nicht realisierbar ist. 71

### 3. Sachverhaltsvariante:

Fällt M in Konkurs, so wird der Konkursverwalter die Einräumung eines Nießbrauchs des zur Konkursmasse gehörenden Grundstückes aufgrund des Kaufvertrages ablehnen (§ 17 Abs. 1 KO) und den K auf die Quote verweisen. Eine Klaglosstellung tritt wegen des letztlich nicht erlangten Nießbrauchsrechts in der Sachverhaltsvariante also nicht ein. 72

Der Anspruch des K gegen V aus §§ 433, 434, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB besteht nun auch der Höhe nach. Dieser bemißt sich nach dem bei K eingetretenen Erfüllungsschaden (positives Interesse)<sup>120)</sup>. Die Rückzahlung des Kaufpreises im Wege des sog. großen Schadensersatzes scheidet dabei allerdings aus, da der im Konkurs befindliche Eigentümer M respektive der Konkursverwalter das Grundstück nicht herausgeben wird<sup>121)</sup>. Der Käufer kann gegen den Verkäufer in dieser Situation nurmehr den kleinen Schadensersatz gelten machen<sup>122)</sup>. Dieser richtet sich entweder nach dem Wert des Nießbrauchs des A oder nach dem des fehlgeschlagenen eigenen Nießbrauchs, denn der Käufer hat kein anderes Interesse an der Rechtsmangelfreiheit mehr als den Ausgleich für die geteilte Rechtsverschaffung<sup>123)</sup>. 73

Da auch hier vermutlich der eigene Nießbrauch des K im Wert höher anzusetzen sein wird, als der des vormals bestehenden Nießbrauchers A, bemißt sich der Schaden nach dem zu schätzenden objektiven Wert des nicht erlangten Nießbrauchs<sup>124)</sup> einschließlich der diesen betreffenden Auslagen bei Bestellung des EigentümergeNießbrauchs<sup>125)</sup>. 74

Läßt man das römischrechtliche duplum beiseite, so ergibt sich im Ergebnis auch im Vergleichsfall nach geltendem Recht der gleiche Ansatz zur Schadensberechnung. Die unterschiedlichen Haftungssysteme<sup>126)</sup> führen im vorliegenden Fall zu gleichen Ergebnissen. 75

### Fußnoten:

- 1 Die Florentina liest tradidixi, vgl. Corbino/Santalucia, Codex Florentinus I, fol. 308, Zeile 28. Mommsen hat dies in seinem kritischen Apparat, I 626, nicht erwähnt, aber die grammatikalisch richtige Form der Vulgata übernommen.
- 2 Mommsen verweist hier auf Codex Taurinensis D III 3, S. IX vel X, die alienus liest. Diese Handschrift konnte ich nicht einsehen. Vgl. zu dieser Textabweichung unten Fn. 34.
- 3 Der von Hulot, S. 205, seiner Übersetzung zugrundegelegte Text läßt das "non" weg, obwohl die angegebenen Textgrundlagen, nämlich die von Contius und Gothofredus bearbeitete Florentina das non ebenfalls enthalten. Wie es zur Streichung des non kam, kann daher nicht genau festgestellt werden. Inhaltlich ergeben sich erhebliche

Abweichungen, vgl. hierzu nachfolgende Fn.

- 4 Übersetzt man ohne das "non", so lautet der Satzteil: ... wenn damals der Nießbrauch einem Dritten zugestanden hätte. Diese Auslegung macht im Textzusammenhang keinen Sinn, denn damals, d.h. zur Zeit des Verkaufs an mich, stand der Nießbrauch ja tatsächlich einem Dritten, dem Attius, zu. Sinn macht es nur dann, wenn man übersetzt: ..., daß meine Rechtsstellung ist, wie sie war, weil damals der Nießbrauch fremd war. Wählt man diese Textgrundlage kann der Umfang der Eviktionshaftung nur auf den hypothetischen Schaden beim Erstkauf und damit auf das ehemals bestehende Nießbrauchsrecht des Attius bezogen sein. Die Weiterentwicklung des Schadens beim Weiterverkauf an Maeuius wäre ausgeschaltet. Die Streichung des "non" braucht im folgenden nicht weiter berücksichtigt werden. Abgesehen von dem dann nicht passenden Textzusammenhang, findet sich diese Streichung nirgends sonst. Vgl. Mommsen, I 626; Watson, II 626; Lenel, Pal. I Sp. 17; Florentina, Cujaz, Sp. 1375 E; Contius, Sp. 2018; Gothofredus, Sp. 639.
- 5 Der vollständige Name steht bei Ulpian lib. 34 ad ed. D. 25, 3, 3, 4.; er wird auch mit S. Caecilius, Caecilius oder wie vorliegend nur mit Africanus angesprochen, vgl. Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur, 194 Fn. 26.
- 6 Allgemeine Meinung, die sich einerseits auf Textstellen stützt, in denen Julian ihm ein Responsum erteilt (Ulp. lib. 34 ed. D. 25, 3, 3, 4) bzw. er von Julian zitiert wird (Ulp. lib. 21 ad Sab. D. 30, 39 pr.) und andererseits aus der impersonalen Form seiner Quaestiones abgeleitet wird, die Meinungen und Entscheidungen eines ungenannten Juristen wiedergeben und deshalb den Zeitgenossen als überragende Autorität gelten mußte, vgl. Jörs, Caecilius Africanus, in: Pauly/Wissowa, RE III 1, 1193 f.
- 7 Veröffentlichungsdatum der Noctes Atticae, in denen Gellius in 20, I von Africanus in der Vergangenheitsform spricht, vgl. Kunkel, Herkunft und soziale Stellung, 172; Seiler, Africanus, in: Stolleis, Juristen, 19.
- 8 Kunkel vermutet, daß er aus einer inschriftlich bezeugten Familie aus der Stadt Thuburbo minus im prokonsularischen Afrika stammt, Herkunft und soziale Stellung, 172 f.
- 9 Wacke, Africans Verhältnis zu Julian, ANRW 2, 15, 1976, 459.
- 10 Außer Ihnen ist nur ein Zitat aus seinen mindestens 20 Bücher umfassenden Epistulae gesichert (Ulp. lib. 21 ad Sab. D. 30, 39 pr.), vgl. Seiler, Africanus, in: Stolleis, Juristen, 19.
- 11 Über den Umfang der nachklassischen Veränderungen besteht allerdings keine Einigkeit. Schulz hält es gar für möglich, es handele sich um einen nachklassischen Auszug aus den Epistulae, Geschichte der römischen Rechtswissenschaften, 292. Vgl. Wacke, Africans Verhältnis zu Julian, ANRW 2, 15, 1976, 459 Fn. 10.
- 12 Wacke, Africans Verhältnis zu Julian, ANRW 2, 15, 1976, 462 f. mit den entsprechenden Nachweisen; Bund, Salvius Iulianus, ANRW 2, 15, 1976, 440; Seiler, Africanus, in: Stolleis, Juristen, 20.
- 13 Buhl meint, African sei nur Bearbeiter und Sammler gewesen, Africans Quaestiones, SZ 2 (1881) 189 f. und ihm folgend Jörs/Kunkel<sup>3</sup>, Römisches Privatrecht, 32; dagegen bereits zweifelnd Jörs, Caecilius Africanus, in: Pauly/Wissowa, RE III 1, 1194 f.
- 14 Die nicht-personale Form ait meint bei Africanus die reponsa seines Lehrers Julian, so die allgemeine Meinung, vgl. statt aller Jörs, Caecilius Africanus, in: Pauly/Wissowa, RE III 1, 1193 f. Ebenso Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2.
- 15 Die Ausführungen zu den sachenrechtlichen Vorfragen werden mit ait beendet. Der schuldrechtliche Teil könnte darum Africanus selbst zugeschrieben werden.
- 16 Die nova clausula Iuliani, die von Julian 130 n. Chr. in sein Gesamtwerk aufgenommen wurde, wird von African bereits vorausgesetzt. Das Rescript des 161 n. Chr. gestorbenen Antonius Pius ist noch nicht berücksichtigt; Jörs, Caecilius Africanus, in: Pauly/Wissowa, RE III 1, 1193; Wacke, Africans Verhältnis zu Julian, ANRW 2, 15, 1976, 460.
- 17 Lenel, Pal. I Sp. 15 ff.
- 18 Lenel, Edictum perpetuum, 567.
- 19 Vgl. unten S. IV. 6 b) und Fn. 64. Die Zusammenstellung der Quaestiones des Africanus werden im übrigen allenthalben mit "ohne erkennbare Ordnung" beschrieben, vgl. Seiler, Africanus, in: Stolleis, Juristen, 19; Jörs, Caecilius Africanus, in: Pauly/Wissowa, RE III 1, 1193.
- 20 Seine Lebensdaten und Ämterlaufbahn sind umfassend dargestellt bei Bund, Salvius Iulianus, ANRW 2, 15, 1976, 408 ff.
- 21 Vgl. statt aller Bund, Salvius Iulianus, ANRW 2, 15, 1976, 440; Seiler, Iulianus, in: Stolleis, Juristen, 317.
- 22 Vgl. Dulcekeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte<sup>9</sup>, 261; Honsell/Mayer-Maly/Selb<sup>4</sup>, Römisches Privatrecht, 32.
- 23 Wacke, Africans Verhältnis zu Julian, ANRW 2, 15, 1976, 461 u. Fn. 23.

- 24 Es ist aus tatsächlichen Gründen kaum vorstellbar, daß der Verkäufer vom Nießbrauch des Attius nichts wußte.
- 25 So schon Cujaz, Sp. 1376 D.
- 26 Die hierfür in Betracht kommenden Gründe nennt Gaius I, 159 ff.
- 27 In klassischer Zeit dürften sämtliche Stufen - maxima, media und minima - den Verlust der Rechtsstellung ausgelöst haben, während im nachklassischen und justinianischen Recht die capitis deminutio minima nurmehr einen familienrechtlichen Statuswechsel auslöste, Kaser<sup>16</sup>, Römisches Privatrecht, 136; Honsell/Mayer-Maly/Selb<sup>4</sup>, Römisches Privatrecht, 76.
- 28 Girard nennt hier die rei vindicatio, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2; richtigerweise dürfte hier aber die actio negatoria gemeint sein, vgl. Wesener, usus fructus, in: Pauly/Wissowa, RE IX A, 1160.
- 29 In diesem letzteren Sinne, Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2; Cujaz hält unter Hinweis auf Pom. lib. 27 ad Sab. D. 21, 2, 34, 1 beide Varianten für möglich, Sp. 1376 A.
- 30 Die Haftung des Verkäufers ohne vorgängige Eviktion bedürfte etwa des Zusatzes *ex empto* wie in Afr. lib. 6 quaest D. 21, 2, 24. Die Verkäuferhaftung ohne Eviktion ist auch nur in besonderen, unten näher erörterten Fallkonstellationen bekannt, vgl. Zusammenstellung bei Ernst, Rechtsmängelhaftung, 86; unten Fn. 85. Ob anstelle eines gerichtlichen Herausgabeurteils auch eine freiwillige Herausgabe an den Dritten im klassischen Recht ausreichte, ist umstritten, muß hier aber nicht weiter untersucht werden, vgl. dazu Wacke, Die verschuldete Eviktion, 146 f.
- 31 In Betracht kommen dürfte hier eine Schenkung, etwa im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge, oder ein Kaufvertrag.
- 32 Lenel hält traditi für interpoliert und setzt mancipatio dedi, Pal. I, Sp. 17 Fn. 4; ebenso Index Interp. II, 19; Labbé, De la garantie, 16 Fn. 2; Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2. Hierfür spricht, daß ein Nießbrauchsvorbehalt (*detraeto usu fructu*) bei einer traditio nicht möglich war, Kaser<sup>2</sup>, Handbuch I, 451 Fn. 41; von Lübtow, Die Bestellung einer Eigentümerservitut oder eines EigentümerNießbrauchs, in: GS Schmidt, 413. Schließlich ist davon auszugehen, daß Justinian die mancipatio nicht mehr anerkannte und die entsprechenden Stellen anpasste. Grundstücke wurden in klassischer Zeit grundsätzlich durch mancipatio oder in iure cessio und nicht nur durch traditio übertragen, vgl. Kunkel, in: Pauly/Wissowa, RE XIV, 1005; Sturm, Origine et évolution de la mancipation, in: FS Piotet, 569. Siehe ebenso bezüglich der ersten Veräußerung unten IV. 6. b) und Fn. 62 u. 63.
- 33 Rechtstechnisch erfolgte der Vorbehalt *detraeto usu fructu* durch eine einseitige vom Veräußerer unmittelbar vor dem Formalakt der mancipatio abgegebene Erklärung (lex dicta). Gegen die Annahme, daß der Vorbehalt in die Mancipationsformel mit aufgenommen wurde (mancipatio accipiens) spricht, daß der usus fructus als res nec mancipi galt, vgl. von Lübtow, Die Bestellung einer Eigentümerservitut oder eines EigentümerNießbrauchs, in: GS Schmidt, 413 u. Fn. 3 m.w.N., 415; ebenso Schulz, der das Zurückhalten des Nießbrauchs durch den Veräußerer als Hinweis für die Annahme hält, der Nießbrauch sei als "pars domini" gesehen worden, Nachklassische Quaestionen, ZSS 50 (1930) 215 Fn. 2.
- 34 Die bei Mommsen angegebene Textabweichung der Taurinensis-Handschrift, die hier anstelle von alienatus alienus liest (vgl. oben Fn. 2) und alienus auch am Ende hinsichtlich der Schadensberechnung steht, deuten daraufhin, daß es nicht auf die Einräumung, sondern allein auf das Bestehen eines fremden Nießbrauchs ankommt.
- 35 Ulp. lib. 46 ad ed. D. 50, 17, 54.
- 36 Vgl. Kaser<sup>2</sup>, Handbuch I, 375.
- 37 Dies war die allgemein übliche Formulierung für das um den Nießbrauch reduzierte Eigentum, vgl. Pampaloni, La nuda proprieta, Mélanges Girard, 1912, 338.
- 38 Die Konsolidation führt indessen nicht zu einem EigentümerNießbrauch, sondern zum Erlöschen des Rechts, vgl. Wesener, usus fructus, in: Pauly/Wissowa, RE IX A, 1170; Kaser<sup>2</sup>, Handbuch I, 452 u. Fn. 54.
- 39 Backhaus zitiert diese Formulierung des Fragments als Beispiel für die bildhafte Ausdrucksweise der römischen Rechtssprache, In maiore minus inest, SZ 100 (1983) 182 Fn. 45; die für die Konsolidation üblichen Wendungen nennt Kaser<sup>2</sup>, Handbuch I, 452 Fn. 54 m.w.N. (*consolidari cum proprietate; reverti ad proprietatem; reverti ad dominum*).
- 40 Zu dieser Einschätzung und zum nach wie vor bestehenden Streit über die Rechtsnatur des usus fructus siehe unten nachfolgend IV. 4. a).
- 41 Im Sinne einer nachträglich entstandenen Verfügungsbefugnis über den Nießbrauch, die den Mangel im Rechte heilt, vgl. dazu Klingenberg, Partielle Konvaleszenz, in: FS Kränzlein, 53 ff.
- 42 Diese Stelle wird überwiegend für echt gehalten, vgl. Wesener, usus fructus, in: Pauly/Wissowa, RE IX A, 1147 m.w.N.
- 43 Usus fructus est ius alienus rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

- 44 Vgl. zu den verschiedenen Deutungen Wesener, Iulians Lehre vom ususfructus, ZSS 81 (1964) 83 f.
- 45 Insbesondere die von Buckland und Masson vertretene Ansicht, der usus fructus sei ein merum ius, ein persönliches, absolutes und immaterielles Recht, wird nicht mehr vertreten, Buckland, The conception of usufruct, LQR 43 (1927) 335; Masson, Essai sur la conception, RHD 4 (1934) 37 f. Eine Übersicht zu den verschiedenen Ansätzen gibt Wesener, usus fructus, in: Pauly/Wissowa, RE IX A, 1147 f.
- 46 So etwa Wesener, Iulians Lehre vom ususfructus, ZSS 81 (1964) 108; Mayer-Maly in Honsell/Mayer-Maly/Selb4, Römisches Privatrecht, 186.
- 47 Die Stellung unseres Fragments beweist dies. So wird nachfolgend in Afr. lib. 6 quaest. D. 21, 2, 46, 1 etwa die Eviktionshaftung hinsichtlich eines Wegerechts behandelt.
- 48 Unbestritten ist freilich die klare Grenzziehung zwischen Servituten und ususfructus im klassischen Recht, vgl. Bund, Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht, ZSS 73 (1956) 175. So bereits Cujaz, Sp. 1376 A unter Hinweis auf Paul. lib. 5 ad Sab. D. 21, 2 15. Der usus fructus wird insoweit als aliud beschrieben, vgl. nachfolgende Fn.
- 49 Der usus fructus wird als ius in re aliena und damit als aliud zum Eigentum gesehen. Die Vorstellung von einem Teil des Eigentums habe nur im wirtschaftlichen Sinne eine Rolle gespielt, d.h. wertmäßig zerfalle der fundus in den usus fructus und die nuda proprietas. Meylan, Fructus sine usu, Studi Albertoni I, 125; ihm folgend Vaucher, Usufuit et "pars dominii", 46; Grosso, Usufritto, 67; Pugliese, Usufritto, 10; der Vergleich mit der pars dominii bedeute nur ein Bild, ohne konstruktive Funktion, Kaser16, Römisches Privatrecht, 135; es handele sich um ein Nutzungsrecht eigener Art, ders., Handbuch I, 448 f.; Bretone, La nozione romana, Bd. I, 150 ff., 168.
- 50 Bretone, La nozione romana, Bd. I, 153 u. Fn. 9.
- 51 Labbé, De la garantie, 16 f.
- 52 Labbé, De la garantie, 17 Fn. 1.
- 53 Die Einräumung eines Mitnießbrauchs ist hingegen möglich, dazu Kaser, Geteiltes Eigentum, FS Koschaker, Bd. I, 469 f.
- 54 Grosso, Usufritto, 262; Kaser, Geteiltes Eigentum, FS Koschaker, Bd. I, 477.
- 55 Vgl. Wesener, usus fructus, in: Pauly/Wissowa, RE IX A, 1170, mit entsprechenden Parallelstellen.
- 56 So etwa Schulz, Nachklassische Quaestiones, ZSS 50 (1930) 215 Fn. 2.
- 57 Die ebenfalls mögliche vorherige Bestellung eines Eigentümernießbrauchs ist nicht erforderlich, vgl. Haegel/Schöner/Stöber10, Grundbuchrecht, Rn. 1373 u. 1380.
- 58 Ähnlich Labbé, De la garantie, 17 Fn. 1. Dieser Gedanke findet sich etwa auch in Paul. lib. 3 quaest. D. 13, 7, 41; Mod. lib. 7 diff. D. 20, 1, 22; Ulp. lib. 76 ad ed. D. 21, 3, 1 pr. u. 1.
- 59 Dies ergibt sich aus dem Fortgang des Sachverhalts, der die Unkenntnis des Käufers vom Nießbrauch voraussetzt. Hiervon gehen auch Labbé und Girard aus. Labbé, De la garantie, 17; Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2. Denkbar wäre es zwar auch, daß der Käufer vom Recht des Attius wußte, und um in Falle eines Weiterverkaufs diesen Rechtsmangel zu verdecken und die Gefahr einer Eviktionshaftung zu vermeiden, sich den Nießbrauch vorbehielt. Der Käufer wäre in diesem Falle spätestens bei Weiterveräußerung bösgläubig gewesen. Dies verträgt sich dann jedoch mit dem ihm zugestandenen Anspruch auf das Interesse nicht mehr.
- 60 Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2.
- 61 Vgl. oben Fn. 32.
- 62 Honsell/Mayer-Maly/Selb4, Römisches Privatrecht, 311 f.
- 63 Vgl. Lenel, Pal. I, Sp. 17 Fn. 3 (Ad actionem quae dicitur auctoritatis); ebenso Index Interp. II, 19; Labbé, De la garantie, 16 Fn. 2; Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2; offengelassen von Cujaz, Sp. 1376 A, der dem Käufer die actio aestimatoria (aestimatio duplam) gibt. Wie die mancipatio wurde auch die actio auctoritatis von Justinian ausgemerzt, Honsell/Mayer-Maly/Selb4, Römisches Privatrecht, 312.
- 64 Dagegen spricht allerdings der oben ausgeführte Bezug zu den aedilizischen Stipulationen, der damit eher auf eine actio ex stipulatu hinweist.
- 65 Auf Billigkeit wird auch bei anderen actiones Bezug genommen (Cels. lib. 5 dig. D. 12, 1, 32 für die condictio) und auch bei der actio auctoritatis taucht verschiedentlich der Begriff der Billigkeit auf (Pomp. lib. 9 ad Sab. D. 19, 1, 6, 5), vgl. Girard, L'auctoritas et l'action auctoritatis, Mélanges, II, 254 Fn. 2 und 218 Fn. 1.
- 66 Kaser2, Handbuch I, 556.
- 67 Insbesondere im Hinblick auf Iul. lib. 57 dig. D. 21, 2, 39 pr., vgl. Ankum, L'actio auctoritatis, 42; Kaser, Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf, in: FS von Lübtow, 481 Fn. 1 m.w.N.

- 68 Vgl. Honsell, Quod interest, 60 u. Fn. 175.
- 69 Der Käufer mußte dem Verkäufer den Streit angezeigt haben (*denuntiatio*), wobei es für die Eviktionshaftung dann unerheblich war, ob der Verkäufer seiner Beistandsverpflichtung nachkam (*auctoritatem subsistere*) oder nicht (*auctoritatem defugere*); Kaser<sup>2</sup>, Handbuch I, 554; Rabel, Die Haftung des Verkäufers, 19; Bechmann, Der Kauf, Bd. I, 120 f.
- 70 Wacke, Die verschuldete Eviktion, 148 f.; Kaser, Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf, in: FS von Lübtow, 488.
- 71 So Wacke unter Hinweis auf Pomp. lib. 11 ad Sab. D. 21, 2, 29, 1 und Jul. lib. 57 dig. D. 21, 2, 39, 1, Die verschuldete Eviktion, 149 u. Fn. 30; Kaser, Die römischer Eviktionshaftung nach Weiterverkauf, in: FS von Lübtow, 483; so ebenfalls bereits Cujaz, Sp. 1376 A.
- 72 Durch Erhebung der *exceptio doli* seitens des Verkäufers, vgl. Wacke, Die verschuldete Eviktion, 163.
- 73 Ulp. lib. 29 ad Sab. D. 21, 2, 21, 1 bei der vor Herausgabe an den Dritten erfolgten Flucht des verkauften Sklaven; vgl. Wacke, Die verschuldete Eviktion, 152 f.
- 74 Vgl. Jörs/Kunkel<sup>3</sup>, Römisches Privatrecht, 112.
- 75 Ulp. lib. 32 ad ed. D. 19, 1, 11, 7 u. 8; vgl. Wacke, Die verschuldete Eviktion, 173.
- 76 Afr. lib. 8 quaest. D. 19, 1, 30, 1; Ernst, Rechtsmängelhaftung, 12 ff.
- 77 Siehe hierzu unten Fn. 85.
- 78 Welchem dieser beiden Begründungsansätze der Vorzug gegeben werden kann, soll die nachfolgende Betrachtung zum Haftungsumfang ergeben.
- 79 Sie hat vermutlich zur Streichung des "non" bei Huloth geführt, vgl. oben Fn. 3 u. 4.
- 80 Der Haftungsumfang bei der *actio auctoritatis* bestimmte sich grundsätzlich nach dem Doppelten des Kaufpreises. Dies galt nicht nur für den Fall, daß der Verkäufer nicht selbst Eigentümer der Sache war, sondern, wie hier, auch für den Verkauf einer dinglich belasteten Sache, Kaser<sup>2</sup>, Handbuch I, 133 u. 554.
- 81 Ob entsprechend den Fällen einer Teileviktion das Doppelte der entsprechenden Preisquote, vgl. Kaser<sup>16</sup>, Römisches Privatrecht, 196, der sich dabei aber ebenfalls am Wert des Nießbrauchs des Attius auszurichten gehabt hätte oder direkt der objektive Wert des Teils, vgl. Honsell, Quod interest, 35, zugrunde zu legen wäre, kann insoweit offenbleiben.
- 82 Honsell, Quod interest, 35 u. Fn. 74.
- 83 Diesen das *quod interest* qualifizierenden Zusatz wird man nicht auf das *habere licere* beziehen können. Im Unterschied dazu stellt Afr. lib. 6 quaest. D. 21, 2, 24 beim Verkauf eines Sklaven zum Zwecke der Freilassung auf *quod libertum non habeat* und damit wohl nicht auf fehlende Eigentümerstellung ab, vgl. Ernst, Rechtsmängelhaftung, 18 f.
- 84 Cujaz gewährt dem Käufer den doppelten Wert des *usus fructus*, den er sich beim Weiterverkauf vorbehalten hatte, Sp. 1376 D. Die Annahme von Honsell "..., daß wir kein Zeugnis dafür besitzen, daß das *duplum* auch bei Eviktion eines *usus fructus* ... verfiel", könnte durch unser Fragment insoweit widerlegt sein, Quod interest, 36.
- 85 Aufgrund dieser Besonderheiten läßt sich unser Fragment in den Streit über die rechtlichen Grundlagen der Eviktionshaftung im römischen Kaufrecht einordnen, der verkürzt mit Verschaffungsprinzip *contra* Eviktionsprinzip beschrieben werden kann. Ernst, Rechtsmängelhaftung, 1 ff., hat in einer umfassenden Arbeit dargelegt, daß die Eviktions- und Rechtsmängelhaftung streng voneinander zu trennende Haftungstatbestände gewesen seien und die Eviktionshaftung ihren Grund nicht im Rechtsmangel, sondern ausschließlich im Verlust des *habere licere* gehabt habe. Diese Aussage beruht im wesentlichen auf der Annahme, daß der Verkäufer grundsätzlich nicht zur Verschaffung des (unbelasteten) Eigentums, sondern lediglich zu fortwährendem ungestörtem Besitz verpflichtet gewesen sei. Dem steht die auf Eck und Rabel zurückgehende wohl vorherrschende Ansicht (zum Meinungsstand mit ausführlichen Nachweisen Ernst, Rechtsmängelhaftung, 9 f.; Wacke, Die verschuldete Eviktion, 178) gegenüber, daß bereits im klassischen Recht der *emptio vendito* eine Entwicklung zum Rechtsverschaffungssystem angelegt gewesen sei und die Eigentumsverschaffung bereits rechtstechnisch vorausgesetzt, jedenfalls aber intendiert gewesen sei. (Bereits der Kauf als *causa traditionis* habe das Eigentum übertragen, Peters, Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer, SZ 96 (1979) 203). Interessant erscheint mir unser Fragment im Hinblick auf die Ernstsche Argumentation zu Afr. lib. 8 quaest. D. 19, 1, 30, 1 (*dolum malum abesse praestare*; der Käufer war mangels Patronatsstellung gehindert, den Sklaven freizulassen und ihn zu verpfänden, der Verkäufer war bösgläubig) und Afr. lib. 6 quaest. D. 21, 2, 24 (*quod libertum non habeat*), die nach seiner Ansicht belegten, daß ein Verschaffungsanspruch zwar bestanden aber nur bei der streng zu trennenden *dolus*-Haftung gegeben worden sei (Rechtsmängelhaftung, 14 ff.). Der Fall einer Verschaffungshaftung ohne den *dolus malus* zu erwähnen und offenbar auch ohne auf diesen abzustellen (*de evictione convenire*), ist vorliegend gegeben und widerlegt möglicherweise die Ernstsche Trennungsthese.

- 86 Sieht man hierin den Grund für die einseitige Schlechterstellung des Verkäufers, ist allerdings die in der vorangegangenen Fußnote gezogene Schlußfolgerung wieder in Frage gestellt.
- 87 Gemäß §§ 21 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 1 u. 2 BeurkG trifft den Notar eine entsprechende Belehrungspflicht.
- 88 So etwa Frankreich, Italien, Spanien, Portugal und eine Reihe mittel- und südamerikanischer Staaten, vgl. Länderübersicht bei Lange/Kuchinke<sup>4</sup>, Erbrecht, 582.
- 89 Die unmittelbar dinglich wirkende Erbeinsetzung in einen einzelnen Vermögensgegenstand ist im deutschen Recht nur in einer hierauf nicht übertragbaren Fallkonstellation (Vorausvermächtnis für den alleinigen Vorerben) möglich, vgl. Staudinger/Otte<sup>12</sup>, § 2150 Rn. 4.
- 90 Der BGH hat im Wege der Anpassung eine Umdeutung in ein Damnationslegat vorgenommen, IPRax 1996, 39 (Kolumbien).
- 91 BGH IPRax 1996, 39 (Kolumbien), dazu Dörner, Keine dingliche Wirkung ausländischer Vindikationslegat im Inland, 26 ff.; so auch die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung, vgl. Lange/Kuchinke<sup>4</sup>, Erbrecht, 583 f.
- 92 Gleiches dürfte für die parallele Problematik eines dinglich wirkenden Ehegattennießbrauch gelten, Staudinger/Dörner<sup>13</sup>, Art. 25 EGBGB Rn. 144 f.
- 93 Palandt/Bassenge<sup>56</sup>, § 891 BGB Rn. 7.
- 94 Dies setzt nicht notwendig eine Amtspflichtverletzung des Notars voraus. So etwa wenn beide Beteiligten auf die sofortige Beurkundung bestanden haben, vgl. § 21 Abs. S. 2 BeurkG.
- 95 Schön sieht die Grundstücksveräußerung unter Nießbrauchvorbehalt allein unter dem Blickwinkel der Schenkung im Rahmen vorweggenommener Erbfolge, Nießbrauch, 396 ff. Als dauerhafte Geldanlage erscheint mir ein Kauf gleichwohl möglich und sinnvoll.
- 96 Die Gutgläubigkeit von K und M spielen keine Rolle, was sich schon aus der vorausgesetzten Grundbucheintragung ergibt. Aber selbst ohne Eintragung bliebe es dabei, da die gesetzliche Vermutung des Grundbuchs (§ 891 BGB) die negative Vollständigkeit, d.h. das Nichtbestehen eines nichteingetragenen Rechts, nicht erfaßt, vgl. Palandt/Bassenge<sup>56</sup>, § 891 BGB Rn. 7.
- 97 Zu der rechtlichen Konstruktion siehe nachfolgend unten und Fn. 99 u. 103.
- 98 Eine Bestellung *detracto usu fructo* im Sinne einer einheitlichen Übereignung wie sie im römischen Recht gedacht wurde, vgl. oben IV.3. u. Fn. 33, ist nicht mehr möglich, Schön, Nießbrauch, 395, der Eigentümers Nießbrauch kann aber praktisch mit der Übertragung des Grundstücks zusammenfallen, Haegele/Schöner/Stöber<sup>10</sup>, Grundbuchrecht, Rn. 1373.
- 99 Die Veräußerungsabsicht wird als rechtliches Interesse zur Begründung eines Eigentümers Nießbrauchs anerkannt. Zu diesen beiden Vorgehensmöglichkeiten vgl. Haegele/Schöner/Stöber<sup>10</sup>, Grundbuchrecht, Rn. 1373 u. 1380; Schön, Nießbrauch, 221 ff. u. 395.
- 100 Schön, Nießbrauch, 395.
- 101 Eine erfolglos gebliebene Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 S. 2 GBO) darf unterstellt werden.
- 102 Die Verfügungsbefugnis bleibt, ungeachtet der umstrittenen Frage nach der Zulässigkeit eines Dispositionsnießbrauchs, erhalten, vgl. Schön, Nießbrauch, 15 f.
- 103 Die Möglichkeit mehrerer Nießbrauchsrechte im gleichen Rang (§§ 1060, 1024 BGB), setzt eine Vereinbarung über wechselseitige Nutzungssphären entsprechend einer Bruchteilsgemeinschaft (§ 743 ff. BGB) voraus, Schön, Nießbrauch, 312.
- 104 Dies wäre einer Verzichtserklärung gleichgekommen, denn ohne eine Verteilung der Rechte aus dem Nießbrauch müßte A den Besitz vollständig aufgeben und könnte sein Recht nicht mehr neben dem des K erhalten, vgl. Schön, Nießbrauch, 317.
- 105 § 925 Abs. 2 BGB gilt für den Nießbrauch nicht. Zur Zulässigkeit einer solchen Regelung, vgl. BayObLGZ 55, 155 und schön, Nießbrauch, 339. Der zweite Nießbrauch kann auch als nachrangiges Recht im Grundbuch eingetragen werden. Dies ergibt sich aus der Entscheidung des LG Traunstein NJW 1962, 1207, bei der die Eintragungsfähigkeit einer entsprechenden Vormerkung bejaht wurde. Im übrigen bleibt die Möglichkeit einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Neubestellung, vgl. OGH MDR 1949, 470; BGH NJW 1958, 1677 (beschränkt persönliche Dienstbarkeit); LG Traunstein NJW 1962, 2207; vgl. MüKo/Petzoldt<sup>2</sup>, § 1061 BGB Rn. 2.
- 106 Palandt/Heinrichs<sup>56</sup>, § 157 BGB Rn. 8.
- 107 Im Zweifel soll hier davon ausgegangen werden können, daß die Entstehung des Rechts auch ohne den Erstrang gewollt war (§ 139 BGB). K (wie auch M) gingen von der Begründung eines erstrangigen Nießbrauchsrechts aus, was ohne Einigung mit A über eine Änderung der gesetzlichen Rangfolge (§ 880 Abs. 1 BGB) nicht zu erreichen

war. Sieht man die Bestimmung des Erstranges als nichtigen Teil, könnte ein Nießbrauch an breiter Stelle, d.h. nachrangig gewollt und damit bestellt sein. Mit Wegfall des A rückte K nach und wäre im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens Nießbraucher. Zu dieser parallelen Problematik, Palandt/Bassenge<sup>56</sup>, § 879 BGB Rn. 17.

- 108 Larenz<sup>7</sup>, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 467.
- 109 Der bei Grundstücksnießbrauch geltende Konsolidationsausschluß (§ 889 BGB) greift beim Erlöschen des Nießbrauchs nach § 1061 BGB nicht ein, vgl. MüKo/Petzoldt<sup>2</sup>, § 1061 BGB Rn. 2.
- 110 Miete, Pacht, Schenkung oder dgl. Dieser Vertrag ist von einer schuldrechtlichen Verpflichtung auf Einräumung des Nießbrauchs bei zunächst unbelasteter Eigentumsübertragung wie auch von dem der Veräußerung des Grundstücks selbst zugrundeliegenden Kaufvertrag zu trennen. Beim Vorbehalt Nießbrauch wird für die Grundstücksveräußerung nurmehr ein Schenkungsvertrag (zur Verwirklichung einer vorweggenommenen Erbfolge) diskutiert, vgl. Schön, Nießbrauch, 396 ff.
- 111 MüKo/Petzoldt<sup>2</sup>, Vor § 1030 BGB Rn. 13 ff.
- 112 Gleiches dürfte indessen auch bei der Annahme eines Schenkungsvertrages gelten.
- 113 Schön, Nießbrauch, 395.
- 114 Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 686, Walter, Handbuch des Schuldrechts, 127.
- 115 Staudinger/Köhler<sup>13</sup>, § 434 BGB Rn. 6.
- 116 Bei anfänglichem Unvermögen entfällt die sonst primär bestehende Beseitigungspflicht des Verkäufers, Larenz<sup>13</sup>, Schuldrecht Besonderer Teil, Bd. II/1, 31.
- 117 BGH DNotZ 1993, 690; Walter, Handbuch des Schuldrechts, 127.
- 118 Staudinger/Köhler<sup>13</sup>, § 434 BGB Rn. 30.
- 119 Spätestens im Auflassungstermin muß der Verkäufer eine löschungsfähige Quittung vorlegen, Staudinger/Köhler<sup>13</sup>, § 434 BGB Rn. 31.
- 120 Ernst, Rechtsmängelhaftung, 237; Walter, Handbuch des Schuldrechts, 126.
- 121 Aber auch unabhängig vom Konkurs könnte M das Grundstück behalten. Es kann insoweit offenbleiben, ob der auf die Übertragung des nießbrauchbelasteten Grundstücks gerichtete Kaufvertrag zwischen K und M wegen eines Rechtsmangels rückabgewickelt werden konnte. Bejaht man dies, weil das tatsächliche Recht des A anstelle des vereinbarten Rechts des K auf dem Grundstück lastete, so wird M sich für den Behalt des Grundstücks schon deshalb entschieden haben, weil A weggefallen ist und das volle Eigentum nun bei ihm liegt.
- 122 Vgl. zum ähnlich gelagerten Fall der weitergegebenen dinglichen Belastung und der Entscheidung des Abkäufers zum Behalt der Sache, Ernst, Rechtsmängelhaftung, 240.
- 123 Ernst, Rechtsmängelhaftung, 240.
- 124 Zur Wertberechnung des Nießbrauchs vgl. Rössler/Langner/Simon/Kleiber<sup>6</sup>, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 19.
- 125 Ernst, Rechtsmängelhaftung, 240.
- 126 Die in unserem Fragment ausgeblendete Frage einer möglichen Regreßhaftung des M, soll hier deshalb nicht weiter erörtert werden.