

## Andreas Wacke (Köln)

### Die Konstruktion des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung und der *favor dotis* bei Ulpian D. 23,3,9,1\*

Übersicht: I. Einführung. – II. Statt Rückwirkung: Schutz gegen beeinträchtigende Zwischenverfügungen. – III. Die Vererblichkeit der bedingten Obligation und der Tod des Verfügenden während der Schwebezeit. – IV. Der Tod des Mandanten vor dem Geschäftsvollzug durch einen Boten oder Beauftragten. – V. Schlussfolgerungen.

#### I. Einführung

[651] Wird eine bedingte Verfügung mit dem Tode des Verfügenden hinfällig, und bleibt sie dies permanent, auch wenn die Bedingung nach seinem Tode eintritt? Julian D. 39,5,2,5 verneinte die Frage. Den Eintritt der Bedingung muss der Verfügende nach Julian nicht mehr erleben. Der Tod des Verfügenden während der Schwebezeit kann den bedingten Rechtserwerb nicht beeinträchtigen. Anders Ulpian D. 23,3,9,1: Mit dem Tode falle der Gegenstand, über den der Erblasser verfügte, ins Vermögen des Erben und damit in dessen Dispositionsfreiheit; an unvollkommene Verfügungen seines Rechtsvorgängers sei der Erbe nicht gebunden. Eine Ausnahme machte Ulpian bei der Mitgiftbestellung, wenn die Ehe nach dem Tode des Bestellers geschlossen wird: Der *favor dotis* gebiete exzeptionellerweise dem Erben, der Verfügung des Erblassers zuzustimmen; sei der Erbe hierzu etwa wegen Abwesenheit außerstande, müsse man das Eigentum auf den Ehemann von Rechts wegen übertragen (zur Textexegese siehe unten III 3).

Für den speziellen Fall der Dosbestellung stimmt Ulpian mit Julian im Ergebnis überein. Auf diesen Sonderfall begrenzt, befriedigt Ulpians Ergebnis; es ist geleitet von richtigem Judiz. Ulpians Begründungsweg ist jedoch allzu umständlich. Nach seinem suggestiven Hinweis auf den *favor dotis* enthielt seine Lösung ein *ius singulare* des Dotalrechts, einen nicht verallgemeinerungsfähigen Sonderrechtssatz. Eine derart kasuistisch verengte Sicht ist jedoch unangemessen. Bereits Julian wies den richtigen, für alle bedingten [652] Verfügungen gültigen Lösungsweg. Es erstaunt, dass der über sechzig Jahre jüngere Ulpian<sup>1</sup> Julians einfacheren und fortschrittlichen Lösungsansatz offenbar nicht kannte.<sup>2</sup> Zweitens ist zu konstatieren, dass

---

\* Aus: P. Pichonnaz/ N. P. Vogt/ St. Wolf (Hrsgg.), Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag (Bern 2007) 651-674.

<sup>1</sup> Julian ist um 107, Ulpian um 170 n. Chr. geboren: D. LIEBS, Jurisprudenz, in: R. Herzog/ P. L. Schmidt/ Kl. Sallmann (Hrsgg.), Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV (1997) 102, 176.

<sup>2</sup> Wie sich anhand der auf CDROM gespeicherten Bibliotheca Iuris Antiqui [BIA] leicht ermitteln lässt, ist Julian der von Ulpian am häufigsten zitierte Jurist mit 517 Belegen (der zweithäufigste ist Pomponius mit 296). Unter den Zitaten mit genauer Buchangabe führt Ulpian Julians *digesta* weitaus am häufigsten an, nämlich über 170 mal (den Pomponius nur über 80 mal): soweit T. HONORÉ, Ulpian (Oxford 1982, die 2. Aufl. ist mir nicht zugänglich) 208 ff. Unter den von ihm konsultierten Vorgängern lässt Ulpian nach LIEBS (Fn. 1) 186 zuweilen eine Vorliebe für Julian erkennen. Im hier einschlägigen 31. Buch *ad Sabinum* zitiert Ulpian den Julian 5 mal, darunter 4 mal im

Ulpian von der Automatik des Bedingungseintritts und von einem Anwartschaftsrecht des aus bedingter Verfügung Begünstigten offenbar noch nichts wusste. Nach dem in der heutigen Zivilrechtsdogmatik anerkannten Automatismus des Bedingungseintritts muss der Wille des Verfügenden nicht bis zum Eintritt der Bedingung fort dauern; nach seinem Tode ist demnach auch eine Zustimmung seines Erben entbehrlich. In Ulpians abweichendem Ansatzpunkte liegt die Schwäche seiner Konstruktion. Eine kritische Auseinandersetzung damit fördert lehrreiche Erkenntnisse zutage. Die dogmatisch reizvolle Grundfrage ist dahingehend zu stellen, welche Rechtsposition der Erbe an einem Gegenstand erlangt, über den schon der Erblasser zu Lebzeiten unter aufschiebender Bedingung verfügte. Unser Thema liegt im Schnittfeld zwischen bedingter lebzeitiger Verfügung und Universalsukzession.

## II. Statt Rückwirkung: Schutz gegen beeinträchtigende Zwischenverfügungen

Zwecks Erlangung einer soliden Ausgangsbasis für unsere vergleichenden Überlegungen betrachten wir zunächst die Wirkungen bedingter Übereignungen in der Entwicklung zum und im heutigen Recht. Dabei beschränken wir uns erstens auf die aufschiebende (oder suspensive) Bedingung. Den Spezialfall eines vom Verkäufer vereinbarten Eigentumsvorbehalts zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung vernachlässigen wir dabei zweitens bewusst.<sup>3</sup> Uns [653] geht es (trotz der speziellen Ausgangsfrage) um grundsätzliche

---

bald folgenden Fragment D. 23,3,5 §§ 5,9,13 und 14. Julians hier einschlägiges 60. Buch zitiert Ulpian allerdings (in den von ihm überlieferten Fragmenten) nicht, nur einmal aus dem 61. Buch in D. 7,1,29. Je zweimal zitiert Ulpian aus Julians 75. und aus seinem 86. Buch. Ulpians Benutzung der späteren Bücher von Julians *digesta* war hiernach eher eklektisch und keineswegs flächendeckend.

<sup>3</sup> Eine dem § 449 (ehemals § 445) BGB entsprechende aufschiebend bedingte Übereignung der Kaufsache bis zur vollständigen Preiszahlung ist in den römischen Rechtsquellen aus unbekanntem Gründen nicht überliefert. Nach den 12 Tafeln setzte ein Eigentumserwerb zunächst sogar von Rechts wegen die Kaufpreiszahlung voraus; der effektiven Zahlung setzte man aber später die Kreditierung (Stundung, das *fidem sequi*) des Preises gleich, s. etwa Inst. 2,1,41. Im klassischen Recht behalf man sich ersatzweise mit diversen Nebenabreden, z. B. der Verfallklausel (*lex commissoria*), der leihweisen Überlassung der Kaufsache aufgrund eines *precarium*, der Rückverpfändung der übereigneten Kaufsache an den Käufer etc. Im rezipierten römisch-gemeinen Recht sprach man vom *pactum reservati dominii*. Eine Darstellung dieses Instrumentariums zur Sicherung der Kaufpreisforderung würde den Rahmen der Untersuchung sprengen und uns zu weit vom Thema wegführen. Verwiesen sei auf die Literaturangaben bei KASER/ KNÜTEL, Römisches Privatrecht (18. Aufl. 2005) § 24 Rz. 13, § 41 Rz. 16; H. WIELING, Sachenrecht (2. Aufl. 2006) § 17 I. – Für das gemeine Recht schreibt WIELING (bei Fn. 6): „Eine bedingte Übereignung konnte es unter der vorherrschenden Titulus-Modus-Lehre nicht geben“. Eine Zwangsläufigkeit des mit der *traditio* sofort einhergehenden Eigentumsübergangs scheint mir jedoch nicht dargetan. Als bedingungsfeindliches Geschäft war die Übereignung nach der Lehre vom *titulus* und *modus* nicht ausgestaltet. Aus der Anerkennung bedingter Schenkungen folgt für den Kaufvertrag nichts Gegenteiliges. Auch ein einseitiger Eigentumsvorbehalt (durch *protestatio* des Verkäufers) hätte respektiert werden müssen, weil der Käufer nicht mehr Rechtsmacht erwerben kann, als der Verkäufer aufzugeben bereit ist. Das noch auf der Titulus-Modus-Lehre basierende österreichische Recht kennt den Eigentumsvorbehalt: Raten-Gesetz vom 15.11.1961 § 10 I Nr. 9, am 8.3.1979 ersetzt durch die gleichlautende Vorschrift des Konsumentenschutzgesetzes § 24 I Nr. 9. – Unser deutsches Trennungsprinzip erleichtert die Konstruktion des Eigentumsvorbehalts, weil nur die dingliche Einigung aufschiebend bedingt ist, nicht etwa der Kaufvertrag als Kausalgeschäft. Speziell beim Eigentumsvorbehalt erweist sich das deutsche Trennungsprinzip deshalb dem ausländischen Einheitsprinzip als konstruktiv überlegen; vgl. A. WACKE, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozess und ihre mögliche Überwindung, ZEuP 2000, 254-262. Die spezifische Problematik des Eigentumsvorbehalts drängte geradezu zur Erfindung des separaten dinglichen

Fragestellungen aus der Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft.

1. Der unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigte muss dagegen geschützt werden, dass der Verfügende während der Schwebezeit anderweitige Verfügungen trifft, die den Rechtserwerb vereiteln oder beeinträchtigen. Diesen Schutz suchte man lange Zeit dadurch zu verwirklichen, dass man dem Bedingungseintritt rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts beilegte.<sup>4</sup> Nach Windscheid, der dem Thema selbst eine einflussreiche Monographie widmete, gehörte die Rückwirkungsproblematik zu den „meist besprochenen Fragen des Pandektenrechts“.<sup>5</sup> Der Code [654] civil kodifizierte den *effet rétroactif de la condition accomplie* in Art. 1179.<sup>6</sup> Das BGB entschied sich in § 158 gegen eine Rückwirkung.<sup>7</sup> Die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung tritt erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Eine Rückwirkung gibt es, falls gewollt, nur *inter partes*; doch ist dafür keine Vermutung aufgestellt (ähnlich Art. 151 Abs. 2 des revidierten Schweizer OR; eine Rückwirkung der Resolutivbedingung lehnt Art. 154 Abs. 2 OR ausdrücklich ab). Der Rang des für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungsrechts bestimmt sich aber nach dem Zeitpunkt seiner Bestellung.<sup>8</sup> Im internationalen Vergleich befindet sich das Rückwirkungsdogma ansonsten auf dem Rückzug.<sup>9</sup>

Geschützt wird der bedingt Berechtigte hingegen durch das Außerkrafttreten späterer

---

Vertrages; s. dazu KASER/ KNÜTEL § 24 Rz. 17; Wieling § 1 III 2. Dass nicht der Kaufvertrag bedingt sein darf, weil ihn sonst der Käufer durch Nichtzahlung zu Fall bringen könnte, sahen richtig schon Pomponius-Ulpian D. 18,3,2-3 bei ihrer zweckentsprechenden Auslegung der *lex commissoria*; dazu WACKE, Zur Folgenberücksichtigung bei der Entscheidungsfindung, besonders mittels deductio ad absurdum, Mélanges Sturm I (Lausanne/ Liège 1999) 553 ff.

<sup>4</sup> Über Rechtswirkungen *ex tunc* oder *ex nunc* siehe den Überblick bei A. WACKE, Das Rechtswirkungsdenken: Ursprünge, Leistungsfähigkeit und Grenzen, in: St. Chr. Saar/ A. Roth/ Chr. Hattenhauer (Hrsgg.), Recht als Erbe und Aufgabe: Heinz Holzhauser zum 21. 4. 2005 (Berlin 2005) 367 ff., 384 ff.

<sup>5</sup> B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts I (9. Aufl. 1906) § 91, mit reichen Quellen- und Lit.angaben. Windscheids Einzelschrift über „Die Wirkung der erfüllten Bedingung“ stammt vom Jahre 1851; Wiederabdruck in WINDSCHEID, Gesammelte Reden und Abhandlungen (hrsg. P. Oertmann, Leipzig 1904). Zu ihrem Einfluss siehe die gehaltvolle dogmengeschichtliche Studie von G. SCHIEMANN, Pendency und Rückwirkung der Bedingung (Köln/ Wien 1973); rezensiert von G. WESENER, ZRG germ. Abt. 93 (1976) 94 ff. Ferner J. OBER, Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts (Diss. Köln 1989) 69 ff.

<sup>6</sup> Die Vorschrift geht zurück auf den maßgeblichen Einfluss von Pothier, der die schon von Bartolus aufgestellte Rückwirkungslehre zum „Leitgedanken des Bedingungsrechts erhob“, vermutlich weil er sie für eine Schöpfung der römischen Juristen hielt; so SCHIEMANN (Fn. 5) 80 f. – Rückwirkung verordnen auch Italiens Codice civile von 1865 in Art. 1170 und der neue Codice civile in Art. 1360. Reformvorschläge in Frankreich und Italien plädieren jedoch für die Abschaffung des Rückwirkungsdogmas, insbesondere der Gandolfi-Entwurf von 2001, siehe Th. FINKENAUER, in: M. Schmoeckel/ J. Rückert/ R. Zimmermann (Hrsgg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB [künftig: HKK] I (Tübingen 2003) §§ 158-163 Rz. 18 Fn. 98 (S. 893 f.).

<sup>7</sup> Vgl. Die Motive zum BGB, am übersichtlichsten zugänglich bei HAIDLEN, Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven etc. I (Stuttgart 1897), zu § 158, S. 188 f., 191.

<sup>8</sup> Für die Vormerkung § 883 Abs. I S. 2 mit Abs. 3; für die Hypothek § 1113 Abs. II; für das Mobiliarpfandrecht § 1204 Abs. 2 BGB. Ebenso schon Gaius D. 20,4,11,1.

<sup>9</sup> Ausdrücklich abgelehnt wird die Rückwirkung in Art. 3:38 Abs. 2 des niederländischen BW von 1992, abweichend von Art. 1297 des älteren BW von 1838. Dazu krit. A. H. SCHELTEMA, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde (Proefschrift Leiden, Den Haag 2003), bes. 299 ff.; rezensiert von FINKENAUER, ZRG germ. Abt. 123 (2006) 440 ff. Weitere aktuelle Nachweise bei FINKENAUER, wie Fn. 9.

widersprechender Verfügungen mit Bedingungseintritt, § 161 BGB, Art. 152 Abs. 3 OR. Wer unter aufschiebender Bedingung verfügte, ist nach Windscheid bereits gebunden;<sup>10</sup> diese Gebundenheit ist nach Windscheid (§ 89 mit Fn. 3) als dingliche, nicht als bloß obligatorische zu verstehen: „Der bedingt Belastete ist nicht bloß in seinem Dürfen gehemmt,<sup>11</sup> sondern auch in seinem Können.“ Einen bloß obligatorischen Schutz des bedingte Berechtigten in Gestalt eines persönlichen Anspruchs, gerichtet auf Beseitigung widersprechender Zwischenverfügungen (wie unter dem Geltungsbereich des Sächsischen BGB von 1864 angenommen),<sup>12</sup> hielten die [655] BGB-Verfasser mit Recht für unzureichend. Die praktische Eignung aufschiebend bedingter Rechtsgeschäfte zur Begründung künftigen, auf gewisse Eventualitäten gestützten Erwerbs erheische die Notwendigkeit, die Position „im voraus mit Sicherheit zu begründen“, und dies verlange die „Unverkümmerbarkeit des in Aussicht gestellten Rechts“. Schon in der bedingten Verfügung sahen die Gesetzesverfasser darum zutreffend „eine Machtentäußerung“; die Gebundenheit des Veräußerers führe zu einer „Beschränkung seiner Verfügungsmacht“.<sup>13</sup>

2. Dieser zutreffende Erklärungsansatz führt uns zu einer von der wohl überwiegenden Ansicht abweichenden Deutung<sup>14</sup> der Vorschrift des § 161 BGB (entspr. Art. 152 Abs. 3 OR). Nach deren Grundanliegen dürfen bedingte Verfügungen gegenüber unbedingten nicht schlechter gestellt, nicht diskriminiert werden. Nach dem bekannten Ausgangsaxiom kann man als Berechtigter nur einmal über einen Gegenstand verfügen: *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (D. 50,17,54). Wer teilweise (z. B. durch Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts) verfügte, der kann nur noch über den Rest disponieren. Aufeinander folgende Verfügungen richten sich nach dem Prioritätsprinzip: *Prior tempore, potior iure* (C. 8,17,3). Wer aufschiebend bedingt verfügte, kann folglich nur noch bis zum Eintritt der Bedingung oder für die Eventualität ihres Ausfalls oder mit Einwilligung des bedingt Berechtigten (§ 185 BGB) disponieren. Weitergehende Verfügungen sind nur

<sup>10</sup> Zustimmend L. MITTEIS, Römische Privatrecht I (1908) 174; G. WESENER, Pandez, Vorwirkungen und Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung im römischen Recht, in: F. Horak/ W. Waldstein (Hrsgg.), Festgabe für A. Herdlitzka (München/ Salzburg 1972) 265-293, 282, rezensiert von WIELING, SZ 89 (1972) 470 f.

<sup>11</sup> So freilich noch preuß. ALR I 4 § 103: „Inzwischen darf der bedingungsweise Verpflichtete zum Nachtheil des dem Anderen zgedachten Rechts nichts vornehmen.“

<sup>12</sup> Angeführt in den BGB-Motiven (nächste Fn.). Ähnlich ALR I 4 § 110. Heute gibt es einen Schadensersatzanspruch gemäß § 160 BGB nur subsidiär, falls § 161 BGB nicht eingreift, insbesondere bei verschuldeten faktischen Beeinträchtigungen des bedingten Rechts.

<sup>13</sup> Soweit die Gesetzesmotive zu § 161 BGB, bei HAIDLEN I (Fn. 7) S. 190 ff.

<sup>14</sup> Wie W. FLUME, Allgemeiner Teil des BGB II: Das Rechtsgeschäft (4. Aufl. 1992) § 39.2 und (ihm folgend) H. P. WESTERMANN in: Münchener Kommentar zum BGB [künftig: MünchKomm.] I (5. Aufl. 2006) § 161 Rz. 2 hervorheben, steht bis zum Bedingungseintritt das Recht allein dem Veräußerer zu. Dass die bedingte Verfügung wegen § 161 BGB eine Einschränkung der Verfügungsmacht herbeiführt, wird dort etwas vernachlässigt. Ulpianus Aussage *Statuliber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est* (Epitome 2,2), wird damit von diesen Autoren (sinngemäß) überbetont. Westermanns Ausführungen zum Normzweck des § 161 BGB in Rz. 1 sind überdies präzisierungsbedürftig.

zugunsten Gutgläubiger möglich. Diese Sätze sind so elementar, dass man sich fast geniert, sie aufzuschreiben. Jedoch gehören sie noch keineswegs zum rechtswissenschaftlichen Allgemeingut. Die in § 161 Abs. 1 und 3 BGB bestimmten Rechtsfolgen ergeben sich hieraus wie von selbst. Hier haben wir ein illustratives Beispiel für Puchtas Begriffspyramide, wonach sich aus einem Obersatz stringent spezielle Untersätze ableiten lassen. Die Deduktion aus dem übergeordneten Prinzip ist hier auch wertungsmäßig richtig.

Der Bedingungseintritt verdrängt damit zwischenzeitlich bestellte Rechtspositionen und verweist sie auf schlechtere Rangplätze, soweit sie den Berechtigten beeinträchtigen. Diese Verdrängungswirkung ließe sich (näherungsweise) als „Rückwirkung“ beschreiben. Das Rückwirkungsdogma schießt jedoch über das Ziel hinaus, wie der BGB-Gesetzgeber bereits zutreffend erkannte (Fn. 13), denn danach würden auch begünstigende Verfügungen [656] beseitigt, die den Berechtigten nicht beeinträchtigen. Ihn begünstigende Verfügungen sind jedoch nicht verboten, z. B. die Entgegennahme eines Pfandrechts für eine bedingt abgetretene Forderung.<sup>15</sup>

**3. Begünstigende Zwischenverfügungen hielt (wenngleich zögernd) bereits der Hochklassiker Ulpus Marcellus für zulässig:**

D. 8,6,11,1 (Marcellus *libro quarto digestorum*): Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur.

„Der Erbe belastete ein bedingt vermachtetes Grundstück mit Dienstbarkeiten. Sie werden erlöschen, wenn die Bedingung des Vermächtnisses eintritt. Schauen wir zu, ob erworbene (Dienstbarkeiten) dem Vermächtnisnehmer folgen; und mehr spricht dafür, dass sie auf ihn übergehen.“

Bis zum Bedingungseintritt steht das unter einer aufschiebenden Bedingung (*per vindicationem*) vermachte Grundstück dem Erben zu. Er kann es als dienendes Grundstück mit einer Servitut (interimistisch) belasten; mit Bedingungseintritt tritt die Belastung jedoch außer Kraft.<sup>16</sup> Umgekehrt bleibt eine vom Erben zwischenzeitlich zu Gunsten des Grundstücks erworbene Servitut bestehen; mit Bedingungseintritt geht die Grunddienstbarkeit dann zusammen mit dem herrschenden Grundstück von Rechts wegen auf den Legatar mit über. Dafür sprechen die besseren Gründe, weil die Servitut für den Legatar lediglich vorteilhaft ist. Ihr Erlöschen wäre für den Eigentümer des dienenden Grundstücks ein ungerechtfertigter Vorteil. Wegen der Aufrechterhaltung der dem Legatar günstigen Zwischenverfügung im

<sup>15</sup> MünchKomm./ H. P. WESTERMANN § 161 Rz. 12. Dass niemandem ungewollt Rechtsvorteile aufgedrängt werden dürfen (*beneficia non obtruduntur*), steht auf einem anderen Blatt, siehe dazu A. WACKE, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken, in: R. Zimmermann u. a. (Hrsgg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999) 336 ff. Das BGB fordert nicht durchweg die Annahmeerklärung des Begünstigten bei der Zuwendung von Vorteilen, z. B. nicht bei der Aufhebung von Rechten; vgl. (krit.) MünchKomm./ WACKE (4. Aufl. 2004) § 875 BGB Rz. 2. Analog § 516 Abs. 2 BGB kann man dem Begünstigten gegebenenfalls ein Zurückweisungsrecht zugestehen.

<sup>16</sup> Ebenso Pomponius D. 35,1,105 *in fine: sed et imposita servitus finietur existente condicione*. Vgl. u. bei Fn. 22.

zweiten Falle kann das Denken der klassischen Juristen nicht schematisch vom Rückwirkungsdogma geprägt worden sein.<sup>17</sup>

4. Das Außerkrafttreten beeinträchtigender Zwischenverfügungen (sei es solcher unter Lebenden [a] oder von Todes wegen [b]) bezeugen – übereinstimmend [657] mit Marcellus erstem Satz – seit der Hochklassik noch diverse weitere Quellen.

a) Als beeinträchtigende Verfügungen unter Lebenden sind überliefert die Verpfändung und die Veräußerung:

D. 20,1,13,1 (Marcianus *libro singulari ad formulam hypothecariam*): Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet condicione existente evanescat pignus.

„Einen bedingt Freigelassenen kann man ebenfalls verpfänden, obgleich mit dem Eintritt der Bedingung das Pfandrecht erlischt.“<sup>18</sup>

Bis zum Bedingungseintritt steht der im Testament unter einer Bedingung freigelassene Sklave im Eigentum des Erben (*quamdiu pendet condicio, servus heredis est*, Ulpiani Epitome 2,2). Der Erbe kann ihn daher veräußern oder verpfänden. Dessen Status kann die Verpfändung jedoch ebensowenig verschlechtern wie eine Veräußerung. Bei einer Veräußerung führt der Statuliber seine Anwartschaft auf die Freiheit mit sich (*libertatis condicionem secum trahit*, Ulp. Ep. 2,3). Die ihm testamentarisch auferlegte Bedingung, eine Geldsumme an den „Erben“ zu zahlen, kann er nach einem Zwölftafelsatz durch Zahlung an seinen neuen Herrn erfüllen.<sup>19</sup> Da mit Bedingungseintritt ein zwischenzeitlich bestelltes Pfandrecht ebenfalls erlischt, bringt es dem Pfandgläubiger nur geringe Sicherheit; es steht gewissermaßen unter auflösender Bedingung.<sup>20</sup>

Die Veräußerung des einem Anderen unter einer Bedingung vermachten Sklaven während der Schwebezeit durch den Erben ließ schon Gaius mit Bedingungseintritt erlöschen:

D. 30,69,1 (Gaius *libro secundo de legatis ad edictum praetoris*): Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.

„Wenn der Erbe den unter einer Bedingung vermachten Sklaven veräußert und dann die Bedingung eintritt, kann er nichts desto weniger vom Bedachten vindiziert werden und das Vermächtnis erlischt nicht.“

<sup>17</sup> SCHIEMANN 19 f. – Aus Marcellus Zögern muss man entgegen WESENER (Fn. 10) 281 nicht auf das Bestehen einer Streitfrage schließen; eine gegenteilige Lösung wäre wenig plausibel. Eine Auseinandersetzung mit der textkritischen Literatur bringt A. MASI, *Studi sulla condicione nel diritto romano* (Milano 1966) 121.

<sup>18</sup> Die Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* gebraucht Marcian promiskue: D. 20,1,5,1; vgl. Inst. 4,6,7 *medio*. Zu einer sprachlichen Veränderung besteht entgegen WESENER (Fn. 10) 281 (Fn. 120, mit weiterer Literatur) keine Veranlassung.

<sup>19</sup> Ulp. Ep. 2,4. Die Bedingung der Zahlung an den ‚Erben‘ wird damit erweiternd ausgelegt zur Zahlung an den jeweiligen Herrn.

<sup>20</sup> Der Pfandgläubiger müsste sich durch eine Abtretungsklausel dahingehend sichern, dass die dem Sklaven (als Surrogat für sein Freiwerden) auferlegte Geldzahlung ihm erbracht wird. Falls ihm der Sklave übergeben war, konnte er sich überdies aus dessen Arbeitsleistungen befriedigen. Das Wort *hypotheca* spricht jedoch gegen die Vereinbarung eines besitzverbundenen Pfandrechts.

[658] Eine Veräußerung durch den Erblasser nach Testamentserrichtung implizierte hingegen einen konkludenten Widerruf des von ihm angeordneten Vermächtnisses (Inst. 2,20,12; *ademptio legati*).

b) Der Veräußerung der vermachten Sache unter Lebenden steht es gleich, wenn der Erbe die bedingt vermachte Sache einem anderen vermacht. Das Erlöschen des zweiten Legats mit Bedingungseintritt lehrten übereinstimmend Julian und Pomponius:

D. 30,81pr. (Iulianus *libro trigesimo secundo digestorum*): Si fundum sub condicione legatum heres pendente condicione sub alia condicione alii legasset et post existentem condicionem, quae priore testamento praeposita fuisset, tunc ea condicio, sub qua heres legaverat, exstittisset, dominium a priore legatario non discedit.

„Wenn der Erbe ein bedingt vermachtes Grundstück während des Schwebens dieser Bedingung einem Anderen unter einer anderen Bedingung vermacht und dann die im ersten Testament angeordnete Bedingung eintritt, hernach sich jene Bedingung verwirklicht, unter der es der Erbe vermachte,<sup>21</sup> so verliert der erste Legatar das Eigentum nicht.“

Denselben Fall entschied Pomponius D. 35,1,105 im gleichen Sinne mit fast denselben Worten (*neque proprietas a priore legatario recedit nec...*).<sup>22</sup>

c) Bei einer Mehrheit von Erben sind bedingte Rechte (und Ansprüche) auch ins Erbteilungsverfahren einzubeziehen:

D. 10,2,12,2 (Ulpianus *libro nono decimo ad edictum*): Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est et ideo venit in familiae erciscundae iudicium et adjudicari potest cum sua scilicet causa, ut existente condicione eximatur ab eo cui adjudicata est aut deficiente condicione ad eos revertatur a quibus relicta est. idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem condicione ad libertatem perveniat.

„Eine unter einer Bedingung vermachte Sache gehört in der Zwischenzeit den Erben; deswegen gelangt sie ins Erbteilungsverfahren, und sie kann (einem Miterben) zuerkannt werden, freilich in ihrem rechtlichen Zustand, so dass sie mit Bedingungseintritt dem Adjudikator entzogen wird oder beim Bedingungsfall an die Erben zurückkehrt, die mit ihrem Vermächtnis beschwert waren. Dasselbe sagt man auch bei einem bedingt Freigelassenen, der zwischenzeitlich den Erben gehört, aber mit Bedingungseintritt zur Freiheit gelangt.

[659] Da die Erbteilungsklage eine restlose Verteilung der gesamten Erbmasse bezweckt, sind auch solche Rechtspositionen ins Verfahren einzubeziehen, welche der Erbgemeinschaft nur einstweilen zustehen und ihr mit einem unbestimmten Ereignis verloren gehen können. Die Zuerkennung der bedingt vermachten Sache oder des Statuliber an einen Miterben durch richterliches Gestaltungsurteil kann die Anwartschaft des Legatars oder des Bedingfreien aber nicht verkürzen.<sup>23</sup> Mit dem Bedingungseintritt tritt sie darum ebenso außer Kraft, wie eine sonstige Verfügung der Erben wirkungslos würde. Dies entspricht der BGB-Vorschrift des § 161 Abs. 1 Satz 2, wonach gerichtliche Zwangsverfügungen, die den bedingt Berechtigten

<sup>21</sup> Unterstellt wird, dass der Erbe seinerseits inzwischen verstarb. Sonst wäre das von ihm angeordnete abweichende Vermächtnis gar nicht in Kraft getreten.

<sup>22</sup> MASI (Fn. 17) 122 ff. verteidigt das Fragment zu Recht gegen textkritische Angriffe.

<sup>23</sup> ‚Cum sua scilicet causa‘ bedeutet hier soviel wie *cum onere suo*: VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten I (7. Aufl. 1876) 143 f., § 95 II 1 b.

beeinträchtigen, bei Bedingungseintritt in gleicher Weise wirkungslos werden wie Verfügungen durch privates Rechtsgeschäft.

Beim Ausfall der Bedingung (wenn beispielsweise der Legatar vor Bedingungseintritt stirbt)<sup>24</sup> soll die gerichtliche Zuweisung an einen Miterben nach Ulpian aber ebenfalls wirkungslos werden<sup>25</sup> und der vermachte Gegenstand an die belasteten Erben zurückfallen (*deficiente condicione ad eos revertatur a quibus relicta est*). Das ist unzweckmäßig, denn der Rückfall erfordert ein neues Teilungsverfahren über diesen einen Gegenstand; mit dem Zweck der gerichtlichen Erbteilung, eine Generalbereinigung herbeizuführen, steht dies im Widerspruch. Erhielte der künftige Adjudikator hingegen im (ersten und einzigen) Verfahren die Chance, die Sache für den Fall des Ausfalls der Bedingung für sich zu behalten, dann wäre er eher geneigt, für diese günstigere Aussicht einen höheren Schätzpreis zu bieten;<sup>26</sup> und damit wäre letztlich allen Miterben besser gedient.

Aber wie dem auch sei: Zwecks Ausgleichung unter den Miterben hatte der Teilungsrichter auch für derart prekäre, jederzeit verlierbare Chancen einen Schätzpreis festzusetzen. Auch hierfür einen Käufer zu finden, erschien dem kommerziellen Denken der römischen Juristen als nicht Außergewöhnliches:

D. 47,2,52,29 (Ulpianus *libro trigensimo septimo ad edictum*): Si statuliber subreptus sit vel res sub condicione legata, deinde, antequam adeatur, extiterit condicio, furti iam agi non potest, quia desiit interesse heredis. pendente autem condicione tanti aestimandus est, quanti emptorem potest invenire.

„Wenn ein Bedingfreier entwendet wurde oder eine unter einer Bedingung vermachte Sache, und daraufhin sich die Bedingung vor dem Erbschaftsantritt [660] verwirklicht, kann wegen Diebstahls nicht mehr geklagt werden, weil das Interesse des Erben wegfiel. Während der schwebenden Bedingung aber ist (der Streitwert) auf soviel zu schätzen, für wieviel man dafür einen Käufer finden kann.“

Hinsichtlich der Interesseberechnung bei der *actio furti* werden auch hier Statuliber und bedingt vermachte Sache einander gleichgesetzt. War die Bedingung schon eingetreten, bevor der Außenerbe die ihm angefallene Erbschaft antrat, dann waren diese Gegenstände bereits aus der Erbmasse ausgeschieden; das Interesse des Erben an ihrer zwischenzeitlichen Nutzung war von vornherein entfallen (ebenso Julian D. 13,1,14pr.). Während der Schwebezeit musste man hingegen die Wahrscheinlichkeit und den voraussichtlichen Zeitpunkt des Bedingungseintritts abschätzen und den potentiellen Wert der Sachnutzung bis zu diesem hypothetischen Ereignis veranschlagen.<sup>27</sup> Diese Kalkulation trägt ähnlich spekulative Züge wie ein Hoffnungskauf

<sup>24</sup> Ein bedingtes Vermächtnis erlischt entsprechend § 2074 BGB, wenn der Bedachte die Bedingung nicht erlebt; s. u. bei Fn. 53.

<sup>25</sup> Vgl. MASI 169 f., in Auseinandersetzung mit der textkritischen Literatur.

<sup>26</sup> Der *adiudicatio* des zu teilenden Gegenstandes gegen Ausgleichszahlung ging in der Regel eine Teilungsversteigerung unter den Beteiligten voraus: D. 10,2,29 (gegen Ende); WACKE, Festschrift M. Kaser zum 70. Geburtstag (1976) 522 f.

<sup>27</sup> Ebenso, mit fast gleichlautenden Worten, Julian D. 13,1,14pr. *i. f.*: *si pendente condicione iudicaretur, iudex aestimare debet, quanti emptorem invenerit*. W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere* (Berlin 1988) 66 f.



(*emptio spei* oder *emptio rei speratae*).

5. Die römischrechtlichen Grundlagen für die Gesetzesbestimmungen des § 161 BGB und des Art. 152 Abs. 3 OR haben wir damit aufgezeigt. Die römischen Juristen gelangten implizit (sei es intuitiv oder rational; dazu u. Fn. 62) zu denselben Ergebnissen. Begründungen dafür geben sie allerdings nicht an. Vermutlich ließen sie sich leiten von dem genannten Axiom, dass niemand mehr Rechtsmacht übertragen kann, als er selbst innehat (oben 2). Gegen beeinträchtigende Verfügungen durch den bedingt Gebundenen war der Berechtigte demnach bereits nach klassischem Recht umfassend geschützt.<sup>28</sup> Ihr Außerkrafttreten mit Bedingungseintritt formulierten die römischen Juristen seit der Hochklassik (wie gezeigt) auf unterschiedliche Weise. In Gestalt einer griffigen Spruchregel ist das Prinzip freilich nicht überliefert. *Pendente condicione ius adquirentis deteriorari non potest* etwa wäre kein klassisches Latein. Der Sache nach liegt aber schon der Zwölftafelsatz über den *statuliber* zugrunde, wonach er *libertatis condicionem secum trahit* (Ulp. ep. 2,3). Diese Behandlung des *statuliber* war nach den Sabinianern beispielgebend für die Behandlung suspensiv bedingter Vindikationslegat.<sup>29</sup> Ansonsten sind Streitfragen über den Schutz des Anwärters nicht ersichtlich.

Dasselbe Ereignis, von dem der definitive Erwerb des aufschiebend berechtigten Anwärters abhängt, bildet *vice versa* für den Veräußerer oder den Zwischenerwerber eine auflösende Bedingung. Verfügungen, welche [661] keine auflösende Bedingung vertragen, kann der Gebundene überhaupt nicht vornehmen, wie die Freilassung eines bedingt vermachten Sklaven,<sup>30</sup> die Weihung eines bedingt vermachten Grundstücks.<sup>31</sup>

Der Eintritt dieses Ereignisses wirkt nicht zurück. Vor Bedingungseintritt beginnt für den gutgläubigen Käufer keine Ersitzungsfrist.<sup>32</sup> Die vor dem Bedingungseintritt von einer bedingt freigelassenen Sklavin geborenen Kinder bleiben Sklaven.<sup>33</sup> Zwischenzeitlich begründete Drittrechte, die mit Bedingungseintritt erlöschen, werden nicht etwa so angesehen, als ob sie nie existiert hätten.<sup>34</sup> Die auflösend bedingte Position des Veräußerers oder des

<sup>28</sup> Für unseren technischen Begriff der Verfügung hatten die Römer allerdings noch kein Äquivalent. Zu *dispositio*, *disponere* (durch Gesetz oder Testament) ‚anordnen‘, siehe HEUMANN/SECKEL, Handlexikon zu den Quellen s. h. vv.

<sup>29</sup> WESENER (Fn. 10) 280, vgl. 274 f.

<sup>30</sup> Paulus D. 40,1,11. Gaius D. 40,9,29,1 fügt als Begründung hinzu: *ne legatario iniuria fieret*. Ebenso beim Optionslegat Javolen D. 33,5,14. Zulässig war die Freilassung eines *generaliter* verpfändeten Sklaven: D. 40,9,29pr.; H. WAGNER, SDHI 33 (1967) 163 ff.

<sup>31</sup> Paulus D. 11,7,34; vgl. Pomponius D. 35,1,105.

<sup>32</sup> *Pendente condicione emptor usu non capit*: D. 41,4,2,2; ebenso D. 18,6, 8pr.; WESENER 282.

<sup>33</sup> WACKE, Festschrift Holzhauser 386. Nach der Freilassung geborene Geschwister waren hingegen frei und ehelich. Zum unterschiedlichen Status von Kindern aus einer Ehe identischer Eltern siehe WACKE, Ex post facto convalescere im römischen und modernen Recht, in: M. Zablocka et alii (Hrsgg.), Au-delà des frontières: Mélanges W. Wolodkiewicz II (Warszawa 2000) 1025 ff., 1045 f.

<sup>34</sup> WESENER (Fn. 10) 281 f. mit Nachw. in Fn. 126.

Zwischenerwerbers hat (wie dargelegt) während der Schwebezeit einen Geldwert; er kann diesen Personen nicht ohne Wertausgleich rückwirkend genommen werden.

Die geschützte Position des bedingt Berechtigten lässt sich als ‚Anwartschaft‘ bezeichnen.<sup>35</sup> Den modernen Begriff führte freilich erst R. v. Jhering in die neuzeitliche Rechtssprache ein.<sup>36</sup> In den klassischen Rechtsquellen findet sich dafür noch kein Äquivalent.<sup>37</sup> Das Grundwort ‚Anwärter‘ begegnet nach dem 16. Jh. als Ersatzausdruck für ‚Aspirant‘.<sup>38</sup>

6. Für das Anwartschaftsrecht (einen Spezialfall von Anwartschaften, deren es verschiedene gibt),<sup>39</sup> ist kennzeichnend, dass vom mehrtaktigen Entstehungstatbestand so viele Schritte verwirklicht sein müssen, dass es dem [662] Erwerbswilligen durch einseitiges Handeln des Veräußerers nicht mehr entzogen werden kann. Die gesetzliche Grundlage dafür bildet die dargelegte Regelung des § 161 BGB (Art. 152 Abs. 3 OR). Der die Praxis und die Dogmatik beherrschende Prototyp ist die durch die Zahlung des vollständigen Kaufpreises aufschiebend bedingte Übereignung der Kaufsache an den Käufer. Das Reichsgericht erkannte eine „Anwartschaft auf das Recht“ ziemlich bald an,<sup>40</sup> es hielt jedoch bis zuletzt daran fest, dass zu ihrer Übertragung der Vorbehaltskäufer gemäß § 185 Abs. 1 BGB der Zustimmung des Verkäufers bedürfe, weil er noch als Nichtberechtigter über das Eigentum nur mit dessen Einwilligung verfügen kann.<sup>41</sup> Erst der Bundesgerichtshof erkannte in der Leitentscheidung BGHZ 20, 88 vom 22.2.1956 die vom Käufer erworbene Anwartschaft als abtretbares dingliches Recht mit der Wirkung an, dass der Zessionar mit Bedingungseintritt direkt das Volleigentum erwirbt.<sup>42</sup> Durch Übereignung an einen Gutgläubigen (gemäß § 161 Abs. 3 BGB) kann der Verkäufer den Eigentumserwerb des Käufers nicht verhindern: Wenn der Käufer die Sache besitzt, schließt § 936 Abs. 3 BGB einen redlichen Wegerwerb der Anwartschaft bei

<sup>35</sup> E. RABEL, Grundzüge des römischen Privatrechts (2. Aufl. Darmstadt 1955) 173 f.; M. KASER, Das römische Privatrecht I (2. Aufl. 1972) 255 (§ 61 I 4) mit Nachw.; WESENER (Fn. 10) 282, 289, 291. GUARINO, Diritto privato romano (12. ed. Napoli 2001) nota zu § 1.10 (S. 34) spricht einleitend, bei der Kategorisierung der subjektiven Rechte, überblicksweise von ‚aspettativa del diritto‘.

<sup>36</sup> Vgl. FINKENAUER (Fn. 6) Rz. 9. H. FITTING, Über den Begriff der Rückziehung (Erlangen 1856) sprach von ‚Vorwirkungen‘ des bedingten Rechtsgeschäfts; vgl. SCHIEMANN 99 ff.

<sup>37</sup> Die Klassiker verweisen stattdessen doch zuweilen öfters auf die Vorstellung der Rückwirkung, vgl. D. 18,6,8pr. Einzelheiten sind hier nicht weiter zu verfolgen.

<sup>38</sup> F. KLUGE/ E. SEEBOLD, Etymologisches Wörterbuch (23. Aufl. 1999) s. v. Italienisch ‚aspettativa‘ (soviel wie *attesa*) findet sich seit dem 16. Jh. im Sinne von „diritto di aspettare per sé una dignità, un ufficio o beneficio“: M. CORTELAZZO/ P. ZOLLI, Dizionario etimologico della lingua italiana I (Bologna 1979) s. v. Zugrunde liegt lat. *expectare* (dieses von *spectare*).

<sup>39</sup> Ein gründlicher Überblick bei D. MEDICUS, Bürgerliches Recht (20. Aufl. 2004) § 20.

<sup>40</sup> RGZ 67, 425, 430 vom 17.3.1908.

<sup>41</sup> RGZ 140, 223 ff. Bei fehlender Zustimmung des Verkäufers konnte die Verfügung des Käufers über das Eigentum nur gemäß § 185 Abs. 2 Fall 2 BGB mit *ex nunc*-Wirkung konvaleszieren. Bei Bedingungseintritt kam es zu einem Durchgangserwerb des Käufers, so dass gegen ihn ergangene Pfändungsmaßnahmen den Erwerb des Dritten beeinträchtigten. – Den Übereignungsanspruch aus dem Kaufvertrag kann der Käufer hingegen gemäß §§ 398 ff. BGB ohne Einwilligung des Verkäufers zedieren.

<sup>42</sup> Zur neueren Rechtsentwicklung eingehend WIELING (o. Fn. 3) § 17, S. 800 ff.; kürzer FINKENAUER (Fn. 6) Rz. 21 ff.

Vindikationszession (§§ 931, 934 BGB) aus.<sup>43</sup> Bei gutgläubigem Erwerb der Anwartschaft vom nichtberechtigten Verkäufer schadet nachfolgende Kenntnis von dessen Nichtberechtigung dem Käufer nicht.<sup>44</sup> Auch deliktsrechtlich wird das Anwartschaftsrecht einem absoluten Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gleichgestellt.<sup>45</sup> Bei schuldhafter Zerstörung der Kaufsache hat der Käufer wie der Eigentümer einen Schadensersatzanspruch.<sup>46</sup>

Systematisch eingeordnet wird das Anwartschaftsrecht von der herrschen Lehre als Vorstufe des dinglichen Rechts, als „wesensgleiches Minus“ zum Volleigentum. Mit dieser Kennzeichnung erreicht man erstens in praktischer Hinsicht, dass für dessen Übertragung und Belastung grundsätzlich [663] die gleichen Regeln anwendbar werden wie für das Volleigentum. In rechtstheoretischer Hinsicht vermeidet man damit überdies eine Sprengung des *numerus clausus* der dinglichen Rechte durch Anerkennung eines neuen Sachenrechtstyps.<sup>47</sup>

### III. Die Vererblichkeit der bedingten Obligation und der Tod des Verfügenden während der Schwebezeit

Zu erörtern bleibt noch ein anderer wunder Punkt: Welchen Einfluss hatte der Tod eines Beteiligten während der Schwebezeit auf das Schicksal des bedingten Rechtsgeschäfts? Zu unterscheiden ist hierbei erstens zwischen der aktiven und der passiven Vererblichkeit, zweitens zwischen Verpflichtungen und Verfügungen.<sup>48</sup>

1. Die aktive Vererblichkeit bedingter Ansprüche ordnet der Code civil in Art. 1179 Satz 2 ausdrücklich an: *Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier*. In den römischen Quellen finden wir die aktive ebenso wie die

---

<sup>43</sup> MEDICUS Rz. 462.

<sup>44</sup> BGHZ 10, 69, 73 f.; MEDICUS (Fn. 39) Rz. 465. Insoweit gilt: *Mala fides superveniens non nocet*; dazu WACKE, Juristische Arbeitsblätter [JA] 1981, 233 f.

<sup>45</sup> So schon RGZ 170, 1, 6 f. vom 1.7.1942.

<sup>46</sup> Das Verhältnis der beiden Schadensersatzansprüche zu einander ist umstritten, s. FINKENAUER Rz. 22. Da das Eigentum zwischen den Parteien „funktional geteilt“ ist, der Käufer die Gefahr trägt, der Verkäufer ähnlich einem Pfandgläubiger nur noch ein Sicherungsinteresse am vorbehaltenen Eigentum hat, sieht die eleganteste Lösung so aus, dass der Schadensersatzanspruch allein dem seines Nutzungsrechts beraubten Käufer zusteht, der Verkäufer aber daran ein Pfandrecht erhält, so dass der Schädiger gemäß § 1281 BGB nur an beide gemeinschaftlich zahlen kann.

<sup>47</sup> Wer (wie WIELING § 1 II 4 f) einen Grundsatz des *numerus clausus* überhaupt ablehnt, sieht in der Anerkennung neuer Sachenrechtstypen ohnehin kein Hindernis. Trotz Wielings beherzigenswerten Bedenken ist jedoch daran festzuhalten, dass den Parteien eines Rechtsgeschäfts nicht die Kompetenz zur Erfindung neuer Sachenrechtstypen zusteht. Diese Befugnis bleibt dem Gesetzgeber oder (wie beim Anwartschaftsrecht) dem von der Rechtsprechung bestätigten Gewohnheitsrecht vorbehalten – in Rom auch dem Edikt des Prätors, wie bei der Schaffung des Erbbaurechts, der *superficies*, D. 43,18.

<sup>48</sup> Im bisherigen Schrifttum werden diese Differenzierungen nicht immer mit der nötigen Schärfe durchgeführt. W. FLUME, Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht, TR 14 (1936) 19-85 = FLUME, Gesammelte Schriften I (Köln 1988) 80-128 (das dem Originalabdruck beigefügte Quellenverzeichnis fehlt dort) unterteilt seine grundlegende Abhandlung nach anderen Gesichtspunkten.

passive Vererblichkeit von bedingten Stipulationen anerkannt. Die Unvererblichkeit hätte bei entgeltlichen Geschäften unter Lebenden die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet und die Verwendbarkeit der Bedingung als rechtsgeschäftliche Nebenbestimmung beschnitten.<sup>49</sup> Auf das Risiko des Anspruchswegfalls mit dem Tode eines Beteiligten hätte man sich als Gläubiger ungerne eingelassen; oder man musste sich durch besondere Klauseln dagegen sichern.<sup>50</sup> Die Sterblichkeit stand den antiken Menschen angesichts der viel kürzeren durchschnittlichen Lebenserwartung deutlicher vor Augen als unseren heutigen Zeitgenossen.

Zur aktiven Vererblichkeit der Stipulation äußert sich (in etwas geschwollenem Tonfall): [664]

Inst. 3,15,4 i.f.: Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si priusquam condicio existat mors nobis contigerit.

„Aus einem bedingten Versprechen erwächst nur die Erwartung auf das künftige Entstehen einer Schuld,<sup>51</sup> und eben diese Erwartung übertragen wir, wenn uns vor dem Eintritt der Bedingung der Tod ereilt.“

*Spes* übersetze ich mit ‚Erwartung‘, denn die bedingte Obligation schafft eine begründete Erwerbssaussicht. Die Wiedergabe mit ‚Hoffnung‘ ist zu schwach.<sup>52</sup>

2. Von der passiven Vererblichkeit bedingter Stipulationen und Vermächtnissen handeln übereinstimmend:

D. 45,1,57 (Iulianus *libro quinquagesimo tertio digestorum*): Si quis ‘si Titius consul factus erit, decem dari’ spoponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.

D. 7,1,36,1 *in fine* (Africanus *libro quinto quaestionum*): ...idemque et si sub condicione similiter legatum sit et pendente condicione heres decessit.

Sowohl die aktive wie die passive Vererblichkeit von bedingten Stipulationen und gegenseitig verpflichtenden Kaufverträgen bejahen schließlich:

Inst. 3,19,25: Cum quis sub aliqua condicione fuerit stipulatus, licet ante condicionem decesserit, postea existente condicione heres eius agere potest. Idem est et a promissoris parte.

„Wenn sich jemand etwas unter irgendeiner Bedingung versprechen ließ, dann kann, obgleich er vor dem Bedingungseintritt stirbt, wenn nachher die Bedingung eintritt, sein Erbe klagen. Entsprechendes gilt auch auf Seiten des Versprechenden.“

D. 18,6,8pr. *medio* (Paulus *libro trigesimo tertio ad edictum*): ...quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum...

<sup>49</sup> SCHIEMANN 9.

<sup>50</sup> Die Erbenklausel (*mentio heredis*) behandelt Th. FINKENAUER in seiner (noch unveröffentlichten) Habilitationsschrift „Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klass. röm. Recht (Trier 2005).

<sup>51</sup> Gemeint ist hier in aktivem Sinne: einer Forderung, eines Anspruchs.

<sup>52</sup> J. A. C. THOMAS, *The Institutes of Justinian* (Cape Town/Johannesburg 1975) 208 übersetzt *spes* mit ‚expectation‘. Dazu sein Kommentar S. 210. Nach HEUMANN/ SECKEL kann *spes* auch Chance, Anwartschaft bedeuten. Für ‚erwarten‘ kommt auch *adspectus* vor.

Ausnahmsweise muss hingegen bei aufschiebend bedingten Erbeinsetzungen und Vermächtnissen der Bedachte (entsprechend der Vermutung des § 2074 BGB) [665] den Bedingungseintritt erleben. Stirbt er vorher, erhalten seine Erben die Zuwendung nicht.<sup>53</sup>

**3. Von der passiven Vererblichkeit einer aufschiebend bedingten Übereignung** weiß Ulpian jedoch im Gegensatz zu Julian merkwürdigerweise nichts. Damit gelangen wir endlich zu unserem einleitend skizzierten Thema.

D. 23,3,9,1 (Ulpianus *libro trigesimo primo ad Sabinum*): Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit; aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.

„Wenn ich jemandem Sachen übergebe, damit sie nach seiner Heirat Gegenstand der Mitgift werden, ich aber vor der Heirat versterbe: ob sie nach der Heirat zur Mitgift gehören? Ich fürchte, dass sie nicht ins Eigentum des Empfängers übergehen können, weil sich nach dem Tode<sup>54</sup> das Eigentum vom Geber zu trennen beginnt und die Schenkung bis zum Hochzeitstage in der Schwebe bleibt. Wenn daher die Bedingung der Hochzeit nachfolgt, ist das Eigentum schon beim Erben, der das Eigentum der Sachen zugegebenermaßen ohne seinen Willen nicht mehr verlieren kann. Wohlwollender ist es aber, zwecks Begünstigung der Mitgift dem Erben den Zwang aufzuerlegen, der Handlung des Verstorbenen zuzustimmen; oder, wenn er zögert oder abwesend ist, auch gegen seinen Willen oder in seiner Abwesenheit von Rechts wegen das Eigentum auf den Ehemann zu übertragen, damit seine Frau nicht ohne Mitgift bleibt.“

D. 39,5,2,5-6 (Iulianus *libro sexagesimo digestorum*):

§ 5: Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen condicione, ut tunc demum mea fieret, cum Seius consul factus esset: sive furente eo sive mortuo Seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet.

§ 6: Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat, non fieri pecuniam domini mei constat.

[666] § 5: „Wenn mir Titius Geld gab, ohne dass eine Stipulation zugrunde lag,<sup>55</sup> aber unter der Bedingung, dass es mir erst dann gehören sollte, wenn Seius zum Konsul gewählt würde: einerlei ob er (Titius) geschäftsunfähig werden oder sterben sollte, erwerbe ich es, sobald Seius zum Konsulat gelangte.“

§ 6: „Wenn mir aber jemand Geld schenken will und es einem anderen gibt, damit er es mir überbringe, er jedoch stirbt, bevor es mir übergeben wird, steht fest, dass ich nicht Eigentümer des Geldes werde.“

Nach dem Ulpiantext (seit alters eine *crux interpretationis*) verhindert der Tod des Verfügenden vor dem Bedingungseintritt den Eigentumsübergang auf den Empfänger. Eine Ausnahme befürwortete Ulpian aber aus Billigkeitsgründen im konkreten Falle zwecks Begünstigung der Mitgift. Julian hielt hingegen den Tod des Schenkers vor dem Bedingungseintritt ebenso für unschädlich wie den Wegfall seiner Geschäftsfähigkeit, wenn er noch vorher die Geldsumme übergeben hatte; anders jedoch, wenn der von ihm beauftragte

<sup>53</sup> Celsus D. 28,5,60,6; Ulpian D. 35,1,59pr.; Gründe bei SCHIEMANN 9 f. Rezipiert wurde die Regelung ins Gemeine Recht und in diverse neuere Kodifikationen; eingehende Nachweise bei HAIDLEN IV 137.

<sup>54</sup> *Post mortem* heißt wörtlich nach dem Tode. Genauer müsste es bei Hauserbinnen wegen ihres Vonselbsterwerbs heißen mit dem Tode. Ein Intervall entsteht nur bei Außenerben. Den feinen Unterschied konnte Ulpian hier vernachlässigen. *Post mortem* deckt beide Fälle des jedenfalls vor dem Bedingungseintritt erfolgten Ablebens.

<sup>55</sup> Von einem Stipulationsgläubiger spricht irrig SCHIEMANN 11 f.

Bote das Geld erst nach seinem Tode übergab.<sup>56</sup> Nach Julian genügt somit der Zuwendungswille im Moment der Übergabe, nach Ulpian muss der Wille hingegen grundsätzlich bis zum Bedingungseintritt fort dauern.

Diverse Autoren des 19. Jh. bemühten sich (mit geringem Erfolg), den offensichtlichen Widerspruch zwischen beiden Texten vor allem durch Unterstellung unterschiedlicher Sachverhalte zu harmonisieren.<sup>57</sup> Die Unterschiede sind aber nicht erheblich. Die von Julian genannte Bedingung „wenn Titius zum Konsul gewählt wird“ ist ein standardisiertes Paradigma der Musterformel für eine echte, seriöse Zufallsbedingung. Nach Ulpian erfolgte die Zuwendung als *dos* unter der Bedingung der nachfolgenden Eheschließung (*nuptiis secutis*). Diese Bedingung wirkt (als *condicio iuris* oder *condicio tacita*) schon von Rechts wegen, weil die Mitgiftbestellung eine Heirat voraussetzt.<sup>58</sup> Falls der Zuwendende dies (unnötigerweise) ausdrücklich bestimmte, falls also beide Parteien die Heirat auch zur Geschäftsbedingung erhoben, dann bestärkt dies nur deklaratorisch, was kraft objektiven Rechts [667] ohnehin galt. Für unser Thema (Tod des Verfügenden während der Schwebezeit) ergeben sich hieraus keine Unterschiede.<sup>59</sup>

Das exegetische Schrifttum des 20. Jh. hat das Ulpianfragment leider bis zur Bedeutungslosigkeit degradiert.<sup>60</sup> Neueste Literaturstimmen würdigen es hingegen als authentischen, hervorstechenden Beispielsfall für das Wirken des *favor dotis* als

---

<sup>56</sup> Die beiden §§ 5 und 6 von D. 39,2,5 muss man im Zusammenhang betrachten. Den von Julian ausgedrückten Gegensatz vernachlässigen diejenigen Autoren, welche ihre Exegese auf § 5 beschränken.

<sup>57</sup> Ausführliche Nachweise bei Th. SCHIMMELPFENG, Hommel redivivus I (Cassel 1858) 551. Darunter besonders eingehend WILH. SELL, Über bedingte Traditionen (Zürich 1839) 117 ff. [Zur Bedeutung von Sells Monographie siehe SCHIEMANN 90 ff.]. SAVIGNY, Vermischte Schriften I (Berlin 1850) 369 ff. [ex Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. 4, 1818, 51 ff.] unterstellte für die Ulpianstelle eine *res mancipi*; ablehnend SELL 121 f.; dagegen wieder SAVIGNY, System des heutigen röm. Rechts IV (Berlin 1841) 154 f. Fn. r. Kürzer VANGEROW (o. Fn. 23) 148. WINDSCHEID, Pandekten I § 89 Fn. 6 druckt den Ulpianstext im Wortlaut ab (wo weitere Lit.). Erst nach dem Abschluss meines Typoskripts zugänglich wurde mir die eigens der Ulpianstelle gewidmete Dissertation von E. GRUEBER, Versuch einer Erklärung der l. 9 § 1 D. *de iure dotium* (München 1874); siehe den Korrekturnachtrag unten Fn. 74.

<sup>58</sup> *Dos sine matrimonio esse non potest*, vgl. D. 23,3,3; H.-H. KÖNIG, Die vor der Ehe bestellte *dos* nach klassischem römischem Recht, SDHI 29 (1963) 152 ff.

<sup>59</sup> Kein Unterschied folgt auch daraus, dass Gegenstand der Zuwendung bei Ulpian eine Sache ist, bei Julian sind es hingegen Geldstücke. Die Übereignung von Münzen geschah in Rom gemäß den allgemeinen sachenrechtlichen Regeln.

<sup>60</sup> L. MITTEIS, Römisches Privatrecht (1908) 168 Fn. 6; H. SIBER, Römisches Privatrecht II (1928) 442 Fn. 18; W. FLUME, TR 14 (1936) 57 ff.; DERS., Der bedingte Rechtsakt, SZ 92 (1975) 112 ff.; beide Abhandlungen wieder abgedruckt in FLUME, Gesammelte Schriften I (Köln 1988) 105 ff. und 215 f.; ARCHI, Il negozio sotto condizione, Studi Betti II (1961) 65 ff. = ARCHI, Scritti di diritto romano III (1981) 2084 ff.; KÖNIG (o. Fn. 57) 16 ff.; WESENER (Fn. 10) 284; SCHIEMANN 11. – *Benignius* ist kein Unechtheitsindiz; siehe die beiden einschlägigen Abhandlungen von F. Wubbe, jetzt in WUBBE, *Ius vigilantibus scriptum est*. Ausgewählte Schriften (Fribourg 2003) 391 ff. (von 1968) und S. 415 ff. (von 1972). Der Corso di lezioni von A. PALMA, Benignior interpretatio (Torino 1997) bringt S. 134 f. freilich bloß eine knappe Inhaltsangabe von D. 23,3,9,1 ohne Vertiefung und ohne Darstellung des Spannungsverhältnisses zwischen Strengrecht und Billigkeit.

Auslegungsrichtlinie.<sup>61</sup>

Ulpian ungewöhnlich ausführliche Argumentation erheischt eine kongeniale Würdigung gleichsam „in Augenhöhe“. Man darf sie nicht wie die Textkritiker (Fn. 60) herablassend mit einer Handbewegung wegwischen. Auslegen heißt nach-denken, zu Ende denken eines angestoßenen Gedankenansatzes; und dieser Prozess erfordert vom Interpreten wohlwollende Gesprächsbereitschaft. Ulpian ringt ersichtlich mit der Problematik und zieht diverse Register. Er gewährt uns einen Einblick in die juristische Konstruktionswerkstatt<sup>62</sup> und lässt uns teilhaben an der Formation eines haltbaren Modells oder tragfähigen Gerüsts.

[668] Das Eigentum an der *dotis causa* zugewendeten und übergebenen Sache ging – wie Ulpian (insoweit richtig) konstatiert – bereits mit oder nach dem Tode (o. Fn. 54) des Zuwenders, damit vor der Heirat auf den Erben über. Zutreffend ist auch Ulpian's weitere Feststellung, dass erworbenes Eigentum nicht ohne oder gegen den Willen des Eigentümers wieder verloren gehen kann: *Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*; Pomponius D. 50,17,11. (Vom Eigentumsverlust durch Ersitzung – also Verschweigung – des Eigentümers wird hier abgesehen). Aus beiden Prämissen folgert Ulpian (formal korrekt), dass der Tod des Verfügenden die Erwerbsaussicht des bedingt Berechtigten grundsätzlich zu Fall bringt.

Dieses negative Ergebnis empfindet Ulpian jedoch im konkreten Falle der Doszuwendung als untragbar. Deshalb sinnt er auf Auswege, wie man sich über den fehlenden oder entgegenstehenden Übereignungswillen des Erben hinwegsetzen könne, um die jung

---

<sup>61</sup> So (beiläufig) R. KNÜTEL, Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen, in: J. L. Linares et alii (Hrsgg.), *Liber amicorum Juan Miquel* (Barcelona 2006) 555 Fn. 65; vor allem J. F. STAGL in seiner zum Habilitationsverfahren an der Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn eingereichten Monographie über den *favor dotis* im klassischen römischen Recht, woraus der mir den einschlägigen Abschnitt über den „Tod des Verfügenden *pendente condicione*“ (mit reichen Literaturangaben) in einer provisorischen Fassung dankenswerterweise überließ. STAGL geht (im Anschluss an W. Flume) davon aus, Ulpian's Denken sei auf den Rechtsakt ‚Dosbestellung‘ bezogen, nach Julian sei hingegen die Wirkung des Rechtsgeschäfts, nicht aber das Geschäft selbst in der Schwebe. Mir scheint eher umgekehrt Julians Entscheidung auf den Rechtsakt bezogen, weil er im Unterschied zu Ulpian keine Willensfortdauer bis zum Bedingungseintritt verlangt. Die grundsätzliche Kontroverse zwischen beiden Juristen lässt sich mit der Verwendung von FLUMES Kategorien (Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Paderborn 1990) jedenfalls hier kaum wegdisputieren. Wäre Ulpian überdies nicht grundsätzlich anderer Ansicht als Julian, dann wäre sein Votum kein klarer Anwendungsfall des *favor dotis*, wie Stagl meint.

<sup>62</sup> Konstruktion als juristische Methode war den antiken *iurisconsulti* nicht fremd: F. HORAK, *Rationes decidendi* I (1969) 129 ff.; zu einer Einzelfrage U. v. LÜBTOW, Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens, Synteleia Arangio-Ruiz (1964) 1212 ff. Nicht alle Rechtsfindung der römischen Juristen beruhte auf Intuition; berechnete Vorbehalte gegenüber einer dahin tendierenden Ansicht von Max Kaser zuletzt bei KNÜTEL (Fn. 61) 525 ff. Die Lehre von der Bedingung ist geradezu ein Tummelfeld juristischer Konstruktionen. (Für die klassische Jurisprudenz freilich abweichend SCHIEMANN 23). Wenn ferner Julian (nach Afrikan D. 20,4,9,3) sagt: *...nullum tempus inveniri, quo pignus...convalescere possit*, dann konstruiert er, doch lässt die Intuition ihn im Stich, siehe kritisch WACKE, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im römischen Recht, SZ 115 (1998) 456 ff. Die Rechtsquellen verwenden *construere* nur im konkreten Sinne von erbauen, errichten, s. HEUMANN/ SECKEL s. h. v. Die Arbeit der Juristen ist aber mit der Kunst eines Architekten vergleichbar. Der Begriff der juristischen Konstruktion dürfte auf Jhering zurückgehen, vgl. P. RAISCH, *Juristische Methoden: Vom antiken Rom bis zur Gegenwart* (Heidelberg 1995) 107 f. mit Fn. 141. Weiterführend T. GIARO, *Romanistische Constructionsplaudereien*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991) 209-232.

Vermählten nicht zu enttäuschen und ihre Ehe finanziell zu unterstützen. Man müsse den Erben (hoheitlich) zwingen, sagt Ulpian (*necessitatem imponi heredi*), also notfalls seinen Willen beugen. Wie das konkret geschehen soll, wird nicht näher ausgeführt.<sup>63</sup> Vermutlich soll der Prätor auf Antrag des jungen Ehemannes den Erben vorladen – ob im förmlichen *ordo iudiciorum* oder im schlichteren *de plano*-Verfahren, muss offen bleiben. Bei der folgenden Erwägung diverser Sachverhaltsalternativen entwickelt Ulpian Vorstellungskraft und Phantasie. Erklärt der erschienene Erbe *sponte* seinen Übereignungswillen, ist das Ziel erreicht. Bleibt er jedoch der Vorladung fern oder erklärt er sich trotz Vorhalts nicht im gebotenen Sinne, müsse man das Eigentum von Rechts wegen auf den Ehemann übertragen. Die Wendung *dominium ad maritum ipso iure transferri* ist freilich nicht so zu verstehen, als sei das Eigentum von Rechts wegen schon im Moment des Bedingungseintritts (*ipso facto* mit der Eheschließung) auf den Begünstigten übergegangen.<sup>64</sup> Vorgeschaltet ist vielmehr ein Gerichtsverfahren mit dem für [669] den Eigentumsübergang konstitutiven Richterspruch. Die Zuerkennung von Eigentum durch richterliche *adiudicatio* war den Römern von den Teilungsklagen her geläufig. *Ipsa iure* bedeutet daher hier soviel wie *ex officio transferri*. Das Dekret des Prätors ersetzt die dem Erben abverlangte Willenserklärung. Das *procedere* erinnert an § 894 der deutschen Zivilprozessordnung, wonach eine Willenserklärung, zu der ein Schuldner verurteilt wurde, mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt.<sup>65</sup>

Mag Ulpian's Billigkeitslösung damit das Rechtsgefühl im konkreten Falle befriedigen, so ist es doch geleitet vom Hinweis auf „die arme Frau“:<sup>66</sup> Sie darf nicht ohne Mitgift bleiben (*ne mulier maneat indotata*). Dieses pathetische Argument kann sich als Übertreibung entpuppen, wenn die in Rede stehende Zuwendung nicht die ganze Mitgift ausmacht, sondern nur ergänzend zu einem größeren anderweitigen Dosversprechen hinzukommen sollte. Eine

<sup>63</sup> Sollten mehrere Erben sich unterschiedlich einlassen, sind die daraus resultierenden Komplikationen gar nicht auszumalen. – Für eine justinianische Interpolation noch TH. MAYER-MALY, *Obligamur necessitate*, SZ 83 (1966)47, 59 f.

<sup>64</sup> In diesem Sinne allerdings (beiläufig, ohne Vertiefung) SCHIEMANN 11; MASI (Fn. 17) 143 f.: „...come *estrema ratio* il testo ammette il trasferimento *ope legis*.“ Schon in der Übersetzung der Basiliken 29,1,5 heißt es: *...ipso iure tuae efficiuntur* (bei HEIMBACH, *Basilicorum Libri 4* [1846] 355).

<sup>65</sup> Einen anderen Fall hoheitlichen Zwanges zur Vornahme einer vertretbaren Handlung des Schuldners (entsprechend § 887 ZPO) bringt Ulpian in D. 19,2,19,5: Vollstreckung einer Verurteilung des Vermieters zur Wiederherstellung des vertragswidrig verkleinerten Zugangs zur Einliegerwohnung des beim Auszug an der Mitnahme seiner größeren Truhe verhinderten Mieters (*officio iudicis continetur, ut cogat eum aditum et facultatem inquilino praestare ad arcam tollendum*). Dazu WACKE, *Pecunia in arca*, *Orbis Iuris Romani* [OIR] 8 (Trnava 2003) 80 ff. mit Fn. 50; DERS., OIR 9 (2004) 272 ff. bei Fn. 15. Zur Urteilsvollstreckung aus auf ein *faciendum* gerichteten Klagen aus der älteren Schrifttum siehe SINTENIS, in: *Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß* 11 (Gießen 1838) 20 ff.

<sup>66</sup> Gefühlsmäßige Billigkeitsargumente karikiert man zuweilen spöttisch nach einem Muster, indem man an die gesetzliche Generalklausel des § 242 BGB über Treu und Glauben weitere fiktive Sätze anfügt: „Das haben wir immer so gemacht.“ (§ 242 a). „Das hat es ja noch nie gegeben!“ (§ 242 b). „Da kann ja jeder kommen!“ (§ 242 c). Und schließlich: „Die arme Frau!“ (§ 242 d).



solche nicht existenzwichtige bloße Aufbesserung der Situation einer bereits hinreichend ausgestatteten Braut könnte ökonomisch zu verschmerzen sein. Juristisch darf aber auch dieser Fall nicht ungelöst bleiben. Der fundamentale Einwand gegen Ulpian's Billigkeitslösung ist ihre fehlende Verallgemeinerbarkeit.

Nach Julians nicht näher begründeter abweichender Entscheidung gab es als generelle Lösung die Annahme der Unschädlichkeit des Versterbens des Verfügenden *pendente condicione*. Ulpian muss sich seine Prämisse vom (unbeschränkten) Eigentumserwerb des Erben in Zweifel ziehen lassen. Der von ihm bejahte Zwang des Erben zur Übereignung setzt voraus, dass der Erbe in seiner Entscheidung nicht frei war, sondern gar nicht anders konnte. Hätte der Erblasser noch zu Lebzeiten anderweitig über die bereits übergebene Sache verfügt, dann wäre diese Verfügung – wie oben II gezeigt – mit Bedingungseintritt unwirksam geworden. Ulpian muss sich den Einwand gefallen lassen, wie es sein kann, dass der Erbe in seiner Verfügungsmacht freier gestellt ist als der hierin bereits gebunden gewesene Erblasser. Galt hier nicht das von Paulus D. 50,17,175,1 formulierte Prinzip: *Non debeo melioris [670] condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit?* Kann Rechtsnachfolge die Position des Nachfolgers verbessern? Daher ist man geneigt, Ulpian eines Denkfehlers zu zeihen,<sup>67</sup> weil der Erbe von vornherein gar nicht freies, sondern bereits gebundenes, eben mit dem Anwartschaftsrecht des Erwerbwilligen belastetes Eigentum erlangte.

Zu Ulpian's Verteidigung lässt sich indessen folgendes anführen: Hätte der Erbe eine bedingt vermachte Sache veräußert oder belastet, dann würde seine den Legatar beeinträchtigende Verfügung zwar – wie oben II 4 b ebenfalls gezeigt – mit Bedingungseintritt automatisch außer Kraft treten. In unserem Falle wurde die *inter vivos* erfolgte Übergabe der Sache an den Bräutigam jedoch nicht vom Verfügenden testamentarisch bestätigt. Unterscheidet man der Förmlichkeiten wegen *rigoros* zwischen Verfügungen unter Lebenden und solchen von Todes wegen, dann kann man hieraus (wie Ulpian dies vermutlich tat) den Schluss ziehen, dass bei Lebzeiten noch nicht perfizierte Willenserklärungen den Tod nicht überdauern. Und bedingte Rechtsgeschäfte galten im allgemeinen noch nicht als perfekt (vgl. nur D. 18,6,8pr. *medio*). Ulpian's Gedankengang ließe sich auf diese Weise nachvollziehen.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Man wird hier erinnert an die negative Beurteilung von Ulpian's wissenschaftlicher Produktion durch ALFRED PERNICE, Ulpian als Schriftsteller, Sitzungsberichte Ak. Wiss. Phil. Hist. Kl. Berlin 25 (1885) 443-484; dazu allerdings HONORÉ (o. Fn. 2) 204 ff.

<sup>68</sup> Bedingte Obligationen waren allerdings passiv vererblich, und zwar nicht nur formgebundene wie die Stipulation, sondern auch formfreie wie der Kaufvertrag: D. 18,6,8pr. (*medio*), oben III 2. Ulpian betrachtet die Zuwendung aber als Schenkung (*quia pendet donatio in diem nuptiarum*), und die Schenkung unterliegt strengeren Formanforderungen. Für Zuwendungen *dotis causa* galten wegen des Versorgungszwecks der Mitgift wiederum nicht die Schenkungsregeln. Eine Abweichung von den Förmlichkeiten des Schenkungsrechts *favore dotium* schien deshalb vertretbar.

Nach heutigem Recht werden eine abgegebene Willenserklärung und das Zustandekommen eines Vertrages mit dem Tode des Erklärenden nicht hinfällig, §§ 130 Abs. 2, 153 BGB. Diese Vorschriften dienen der Rechtssicherheit, denn sie machen die Wirksamkeit unabhängig vom zufälligen Vorversterben des Erklärenden. Sie nehmen dem Tod seinen Stachel. Bei ihrer Normierung könnte das Julianfragment (sein § 5) Pate gestanden haben.<sup>69</sup> Eine Zuwendung schenkungshalber bedarf auch keiner Form, wenn der Geber sie noch bei Lebzeiten vollzieht, §§ 518 Abs.2, 2301 BGB. Bedingte Schenkungen sind davon nicht ausgenommen. Heute entscheiden wir darum (in Übereinstimmung mit der herrschenden Pandektenlehre des 19. Jh.: vgl. o. Fn. 57) wie Julian.

[671] Was uns zögern lässt, ein Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingter Übereignung schon für das klassische römische Recht zu bejahen, ist somit die Verwundbarkeit durch den Tod des Verfügenden. Für diesen Fall wurde die Bestandskraft bedingter Verfügungen nicht allseits bejaht. Ulpian hatte dagegen (anders als Julian) grundsätzliche Bedenken. Nur zugunsten der Mitgift schuf Ulpian durch außerordentliches Einschreiten des Prätors (gewissermaßen *utilitatis causa*) eine Abhilfe. Julian zufolge brauchte man hingegen den *favor dotis* als Ausflucht nicht zu bemühen.

Allerdings hatte Ulpian vermutlich unklare Vorstellungen darüber, wann die bedingte Übereignungserklärung als „abgegeben“ gilt. Verlangt man mit ihm die Willensfortdauer des Verfügenden noch bis zum Bedingungseintritt, dann scheint es konsequent, im Falle seines Ablebens eine Bestätigungserklärung seines Erben zu fordern. Nach heute einhelliger Konzeption ist der Verfügende hingegen an seine Einigungserklärung spätestens mit der Übergabe der Sache unwiderruflich gebunden.<sup>70</sup> Der Eigentumsübergang vollzieht sich dann automatisch; im Moment des Bedingungseintritts kommt es auf seinen Willen nicht mehr an.<sup>71</sup>

#### **IV. Der Tod des Mandanten vor dem Geschäftsvollzug durch einen Boten oder Beauftragten**

1. Eine Schenkung ist hingegen nach Julian D. 39,5,2,6 (oben III 3) nicht vollzogen, wenn ein Bote erst nach dem Tode des Schenkers das Geld dem zu Beschenkenden übergibt. Ebenso entschied im Ergebnis das Reichsgericht im sogenannten Bonifatius-Fall (RGZ 83, 223 ff.). Dort hatte der Bote auftragsgemäß zu verschenkende Wertpapiere dem Vorstand des

<sup>69</sup> § 153 BGB geht u. a. zurück auf ALR I 5 §§ 106 ff., siehe dazu HAIDLEN (o. Fn. 7) 180 f. Das Gemeine Recht entschied gegenteilig, siehe WINDSCHEID, Pandekten II § 307 Nr. 2-3 (9. Aufl. S. 254 f.). Die moderne Auffassung entstammt dem Handelsrecht, Art. 297 ADHGB. Zu Vorläufern aus dem römischen Geschäftsleben (bes. D. 14,3,17,3) siehe WACKE, Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung? SZ 123 (2006) 197, 236 f.

<sup>70</sup> Umstritten ist (wegen § 873 Abs.2 BGB) nur die Bindung an die in § 929 BGB vorausgesetzte Einigungserklärung bis zur Übergabe; WIELING (o. Fn. 3) § 1 III 2 b.

<sup>71</sup> Eine bedingte Übereignung ist kein Dauerschuldverhältnis, welches dauernden Konsens erfordert.

Bonifatiusvereins erst vier Tage nach dem Tode des Schenkers überbracht. In der Begründung verlangte das RG – ähnlich wie Ulpian und im Ergebnis zu Recht – das Einverständnis der Erben des Schenkers. Ihnen war nämlich bereits mit dem Tode das Eigentum an den Wertpapieren (und zwar unbelastet) zugefallen (§ 1922 Abs. 1 BGB). Wegen §§ 130 Abs. 2, 153 BGB könnte eine Schenkungsofferte zwar noch nach dem Tode des Schenkers angenommen werden. Die Übergabe kann das für Schenkungen geltende Formgebot aber nur ersetzen (§§ 518, 2301, je Abs. 2 BGB), wenn das Opfer noch das Vermögen des Erblassers und nicht erst das des Erben belastet. Nach dem Erbfall kann ein [672] Bote oder Bevollmächtigter des Verstorbenen darum einen Schenkungsvollzug nicht mehr wirksam herbeiführen.<sup>72</sup>

2. Ein echter Beispielfall für den *favor dotis* ist – wie dargelegt – im Ulpianfragment D. 23,3,9,1 nicht enthalten. Geht man davon aus, dass der Erbe nur ein mit dem Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten belastetes, mithin auflösend bedingtes Eigentum erlangt, dann enthält der Fall kein von Billigkeitsgesichtspunkten getragenes, vom Strengrecht abweichendes *ius singulare* oder *privilegium* des Dotalrechts. Mit der im Ausgangspunkt von Ulpian abweichenden Konstruktion ist hingegen die von Julian D. 39,5,2,5 vorexerzierte Lösung durchaus verallgemeinerungsfähig.

Für das Wirken des funktionsgleichen *favor libertatis* findet sich hingegen ein echter Beispielfall im folgenden Juliantext, den wir abschließend noch kurz betrachten:

D. 40,2,4pr. (Iulianus *libro quadragensimo secundo digestorum*): Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem: nam si mutata fuerit, non erit verum volente patre filium manumisisse.

„Erlaubte ein Vater seinem Sohne die Freilassung eines Sklaven, verstarb er aber ohne Testament, und ließ der Sohn später in Unkenntnis vom Tode seines Vaters den Sklaven frei, so steht ihm die Freiheit infolge der Freiheitsbegünstigung zu, wenn nicht der Herr seinen Willen erweislich geändert hatte. Falls aber in Unkenntnis des Sohnes der Vater durch Boten die Freilassung verbot, aber der Sohn vor der Benachrichtigung den Sklaven freiließ, wird er nicht frei. Damit der Sklave durch Freilassung eines Sohnes die Freiheit erlangt, muss nämlich des Vaters Willen andauern. Wenn er ihn aber änderte, trifft es nicht zu, dass der Sohn mit seines Vaters Willen freiließ.“

Eine Freilassung nach dem Tode des Hausherrn ist kraftlos, weil das Eigentum am Sklaven schon auf den Erben übergegangen war. Nur mit Rücksicht auf die Unkenntnis der Beteiligten von dessen Tode – also aus Gründen des Vertrauensschutzes – hielt Julian die Freilassung aufrecht und damit den Eingriff des bevollmächtigten Sohnes in das Eigentum des Erben für statthaft, sofern auch objektiv keine Anzeichen für einen Sinneswandel des Herrn

<sup>72</sup> Wegen der höchst umstrittenen Einzelfragen siehe MEDICUS (Fn. 39) Rz. 392 ff.; H. BROX, Erbrecht (20. Aufl. 2003) Rz. 746 ff.

[673] erkennbar waren, weil die Freiheitsbegünstigung eine überragende Auslegungsmaxime darstellt.<sup>73</sup>

## V. Schlussfolgerungen

1. Der Begriff ‚Anwartschaftsrecht‘ erweckt beim modernen Juristen bestimmte Assoziationen. Bei der Lektüre des Ulpiantextes müsste vor dem juristisch vorgebildeten Leser darum blitzartig die rote Lampe aufleuchten. Er muss sich fragen: Wie würden wir heute entscheiden? und: Wusste Ulpian noch nichts von einem Anwartschaftsrecht? Diese Fragen könnten in eine Fallsammlung (ein Casebook) zum römischen und bürgerlichen Recht aufgenommen werden. In der Übersetzung darf der Begriff ‚Anwartschaftsrecht‘ hingegen nicht auftauchen. Die Übersetzung darf nämlich nicht durch inhaltliche Vorwegnahme der Problematik zum „Killer der Exegese“ werden (so der langjährig erfahrene Übersetzer Hans Hermann Seiler). Auf die inhaltliche Problematik muss der Leser selbst kommen. Spürsinn und Entdeckerfreude darf ein Übersetzer dem Leser nicht verderben. Übersetzen und kommentieren ist zweierlei.

2. Gegen beeinträchtigende Zwischenverfügungen war der aufschiebend bedingt Berechtigte – wie dargelegt – entsprechend § 161 BGB, Art. 152 Abs. 3 OR schon nach klassischem römischem Recht umfassend geschützt. Nicht einhellig bejaht wurde hingegen sein Schutz beim Tode des Verfügenden vor Bedingungseintritt. Als mögliche Gründe für Ulpian's prinzipielle Versagung des Erwerberschutzes beim Vorversterben des bedingt Verfügenden haben wir im wesentlichen zwei herausgearbeitet. Entweder steckt in Ulpian's Argumentation vom Übergang unbeschränkten Eigentums auf den Erben im Ansatz ein Denkfehler. Oder Ulpian sondert strikt die formfreie *traditio* unter Lebenden von formgebundenen Verfügungen von Todes wegen. Ein Fortwirken von imperfekten Rechtsgeschäften unter Lebenden über den Tod des Erklärenden hinaus lehnten die römischen Juristen (abweichend von §§ 130 Abs. 2, 153 BGB) prinzipiell ab. Zur Sicherung gegen die Gefährdung durch das Ableben des Verfügenden bedurfte die bedingte *traditio* folglich von Ulpian's Ansatzpunkt aus der testamentarischen Bestätigung.

3. Im modernen Recht entscheiden wir (in Übereinstimmung mit der herrschenden Pandektenlehre des 19. Jh.: o. Fn. 57) wie Julian auch beim Vorversterben des Verfügenden zugunsten des bedingt Berechtigten, wenn er die Sache vor dem Ableben ausgehändigt erhielt. Ulpian's Hilfskonstruktion mit [674] dem *favor dotis* hat ausgedient. Als methodologische

---

<sup>73</sup> Just das Gegenteil ist allerdings (ohne Nennung des *favor libertatis*) von Paulus D. 40,9,15,1 Satz 1 unter Berufung auf Julian überliefert. Nur angedeutet wird ein Harmonisierungsversuch bei PIA STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione: Uno studio sul favor libertatis* (Bari 2006) 228 f. Fn. 221.

Quintessenz ist demnach festzuhalten, dass bei einer Kontroverse zwischen juristischen Autoritäten nicht schematisch nach der *lex posterior*-Regel entschieden werden darf. Die jeweiligen Gründe sind vielmehr gegeneinander abzuwägen. Die spätere Entscheidung ist nicht immer die bessere.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Korrekturnachtrag: Nach der Einsendung des Manuskripts konnte ich die oben Fn. 57 a. E. zitierte Dissertation von ERWIN GRUEBER (München 1874) zu unserer Ulpianstelle D. 23,3,9,1 in der Universitätsbibliothek Bonn einsehen. Sie umfasst 36 Druckseiten und ist eingebunden als Nr. 22 in einen Sammelband alter juristischer Dissertationen mit der (älteren) Signatur ID 790(5) = neuere MedienNr. ALT 999345. Grüber kritisiert ausführlich die vielfältigen Vorschläge älterer Interpreten zur Vereinigung der Antinomie zwischen Ulpian und Julian D. 39,5,2,5. Diese Versuche (deren Wiedergabe kaum lohnt) seien sämtlich misslungen (S. 28). Nach vorherrschender Ansicht älterer Autoren war die Aufnahme des Ulpianfragments in Justinians Digesten „ein Missgriff der Compiler“ (so S. 5 und 18). Nach Gruebers eigenwilliger eigener Deutung (die nicht ohne Vorbild war) sei *aliquis* als einstweiliger Empfänger der Sachen zu unterscheiden vom Bräutigam als künftigem definitiven Dosempfänger (so S. 30 ff.): *Aliquis* sei vom Geber damit beauftragt worden, den für die Mitgift bestimmten Gegenstand dem Ehemann nach der Hochzeit auszuhändigen. Grueber sah freilich selbst (S. 36), dass von einem *mandatum* (ggf. *post mortem*) im Ulpiantext keine Rede ist. Auf Ulpians wichtige Urteilsmaxime des *favor dotis* geht Grueber (soweit ersichtlich) in seiner sehr dogmatisch ausgerichteten Erstlingsschrift nicht ein, ebensowenig auf das Anwartschaftsrecht und auf den Schutz des aufschiebend bedingt Berechtigten. Insgesamt erbringt so die Dissertation kaum Fortschritte gegenüber früheren Autoren.

Gruebers Dissertation enthält keinen Lebenslauf und keine Angabe über seinen Doktorvater. Von ERWIN GRUEBER existiert eine Habilitationsschrift „Über den Einfluss der Eigentumsklage auf die Ersitzung nach römischem Rechte (München 1875), 45 Druckseiten. Als Münchener Privatdozent ging Grueber später als Reader nach Oxford. Seine Monographie „The Roman Law of Damage to property being a Commentary on the Title of the Digest *Ad legem Aquiliam*“ (Oxford 1886), 288 Druckseiten, wurde ausführlich rezensiert durch A. VON TUHR, SZ 7 (1886) 161-165. Einen Nachruf auf Grueber verfasste L. WENGER, SZ 54 (1934) 498 f.

Gleichfalls erst nach dem Abschluss meines Manuskripts stoße ich auf die groß angelegte Monographie von HANSJÖRG PETER, Das bedingte Rechtsgeschäft: Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht (Zürich 1994). Die vorsehend behandelten speziellen Probleme werden von Peter jedoch nur gestreift.