

Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen  
Grundlagenforschung  
Münchener Universitätsschriften  
Juristische Fakultät

Benedikt Strobel

# Der Nießbrauchssklave im römischen Recht

**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG

100 Jahre



**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG  
**100 Jahre**

Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen  
Grundlagenforschung  
Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät

Band 104

Herausgegeben von  
Susanne Lepsius, Johannes Platschek, Bernd Schünemann

# Der Nießbrauchssklave im römischen Recht

Zugleich ein Beitrag zum Sklaven  
bei mehreren Berechtigten

von  
Benedikt Strobel

ERICH SCHMIDT VERLAG

**Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

**Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**

[ESV.info/978-3-503-23689-3](http://ESV.info/978-3-503-23689-3)

Umschlaggestaltung unter Verwendung der Abbildung:

Le marché aux esclaves von Gustave Boulanger,

Quelle: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Die\\_Gartenlaube\\_\(1891\)\\_b\\_025.JPG](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Die_Gartenlaube_(1891)_b_025.JPG)

ISBN 978-3-503-23689-3 (gedrucktes Werk)

ISBN 978-3-503-23690-9 (eBook)

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2024

[www.ESV.info](http://www.ESV.info)

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: Hubert & Co., Göttingen

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	IX
<b>A. Einleitung</b> .....	1
I. Überblick .....	1
II. Aufbau der Arbeit .....	3
III. Begrifflichkeiten .....	3
IV. Quellen .....	5
V. Literatur .....	6
VI. Methodische Vorbemerkungen .....	7
<b>B. Subjekt und Objekt des Nießbrauchs an einem Sklaven</b> .....	8
I. Die Parteien des Nießbrauchs an einem Sklaven .....	8
1. Grundlagen .....	8
2. Erwerberseite .....	9
3. Gewaltunterworfenen .....	13
4. Personenmehrheiten .....	13
5. Putativnießbrauch .....	14
II. Der Sklave als Nießbrauchsgegenstand .....	14
1. Relevanz von Mängeln des Nießbrauchssklaven .....	15
2. Eigentum und <i>servus sine domino</i> .....	18
a. Nichtberechtigter .....	18
b. Bedingtes Vermächtnis .....	19
c. <i>Servus sine domino</i> .....	20
aa. Grundsätzliches .....	21
bb. Einzelheiten .....	21
cc. Dereliktion? .....	43
dd. Exkurs zur sonstigen Begriffsverwendung .....	53
3. Miteigentum .....	111
4. <i>Statuliber</i> .....	112
a. Bereits bestehender Nießbrauch .....	113
b. Bereits bestehender <i>statuliber</i> .....	114
c. Gleichzeitige Anordnung .....	116
5. <i>Liber homo bona fide serviens</i> .....	123
<b>C. Begründung und Erlöschen des Nießbrauchs an einem Sklaven</b> .....	124
I. Die Begründung des Nießbrauchs am Sklaven .....	124
II. Das Ende des Nießbrauchs am Sklaven .....	126
1. Konfusion .....	127
2. Sonderfall .....	127

3. Ersitzung	130
4. <i>Non usus</i>	133
5. Gefangennahme	136
6. <i>Cessio ususfructus</i>	137
7. Tod	138
8. Verpfändung	150
<b>D. Inhalt des Nießbrauchs an einem Sklaven</b>	151
I. Allgemeines zum Nießbrauchssklaven	151
II. Die Befugnisse des Nießbrauchers	153
1. <i>Potestas</i>	153
2. Keine Veräußerung und keine Freilassung	154
3. Das Züchtigungsrecht	156
4. Die Besitzlage	157
III. <i>Peculium</i>	158
<b>E. Erwerb durch einen Nießbrauchssklaven</b>	160
I. Allgemeines	160
II. Der <i>partus ancillae</i> im Rahmen des Nießbrauchs als Erwerb?	164
1. Eigentum am Kind	164
2. Nießbrauch am Kind	170
III. Der Erwerb durch den Nießbrauchssklaven	172
1. Grundsatz	172
2. Die Zuwendungen Dritter an den Nießbrauchssklaven von Todes wegen	243
3. Die unentgeltlichen Zuwendungen Dritter an den Nießbrauchssklaven <i>inter vivos</i>	256
4. Mehrere Nießbraucher / <i>bona fide possessores</i>	265
5. Sonderfälle	273
6. Die Besonderheiten des <i>servus usuarius</i> beim Erwerb	274
7. Sonstige vergleichbare Fälle	275
a. <i>Servus dotalis</i>	275
b. <i>Servus pigneratus</i>	275
c. <i>Vi aut clam aut precario</i>	278
d. <i>Servus fiduciarius</i>	278
e. Das Hauskind <i>in mancipio</i>	283
f. <i>Bona fide possessor</i>	284
8. Ende des Erwerbs	284
IV. Interne Geschäfte zwischen Nießbrauchssklave und Nießbraucher respektive Eigentümer	286

<b>F. Rechtsbehelfe für und gegen den Nießbraucher</b> .....	298
I. Rechtsbehelfe des Nießbrauchers .....	298
1. Gegen den Eigentümer .....	298
2. Gegen Dritte .....	308
II. Rechtsbehelfe des Eigentümers .....	309
1. Gegen den Nießbraucher .....	309
2. Gegen Dritte .....	312
III. Rechtsbehelfe eines Dritten .....	313
1. Gegen den Nießbraucher .....	313
2. Gegen den Eigentümer .....	328
IV. Sonstiges .....	329
<b>G. Operae servi</b> .....	330
<b>H. Schluss</b> .....	335
<b>Abkürzungs- und Literaturverzeichnis</b> .....	343
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	361
<b>Quellenverzeichnis</b> .....	365



## **Vorwort**

Dieses Buch ist die überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München angenommen wurde.

Größter Dank gebührt meinen Betreuern, Herrn Prof. Dr. Johannes Platschek, Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Alfons Bürge und Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Kindler für die rasche und reibungslose Durchführung meines Habilitationsverfahrens.

Herrn Prof. Dr. Johannes Platschek schulde ich überdies größten Dank für die Gewährung einer Mitarbeiterstelle, welche mir die Anfertigung dieser Arbeit ermöglichte, für die Einräumung jener umfassenden Freiheit, aufgrund der erst wissenschaftliche Arbeit gedeihen kann, sowie für unzählige wertvolle Hinweise, Anregungen und Diskussionen.

Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Alfons Bürge gebührt tiefster Dank für das Wissen, das er mir in den vergangenen 15 Jahren vermittelt hat, und dafür, dass er mir auch menschlich stets ein Vorbild war.

Weiter danke ich den Mitarbeitern des Leopold-Wenger-Instituts für Antike Rechtsgeschichte und Papyrusforschung für zahlreiche fruchtbare Hinweise und Gespräche.

Den Herausgebern, Frau Prof. Dr. Susanne Lepsius, M. A. (Chicago), Herrn Prof. Dr. Johannes Platschek und Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann, danke ich für die Aufnahme in die Reihe.

Konstanz, im Frühjahr 2023

Benedikt Strobel



## A. Einleitung

### I. Überblick

1. Der Nießbrauchssklave – *servus fructuarius*<sup>1</sup> – ist der Sklave, an dem ein Nießbrauch besteht. Der Sklave ist mithin Objekt des Nießbrauchs (*ususfructus*). Dem Nießbrauchssklaven kam im klassischen römischen Recht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu,<sup>2</sup> und zwar sowohl in wirtschaftlich-sozialer als auch in juristisch-dogmatischer Hinsicht: Das ergibt sich daraus, dass beim Nießbrauchssklaven zwei Materien miteinander verknüpft sind, die im römischen Wirtschaftsleben wie im römischen Recht große Relevanz hatten: Aus ökonomischer Sicht waren einerseits Sklaven mit ihrer Arbeitskraft bekanntermaßen von erheblicher Bedeutung. Andererseits war der Nießbrauch, namentlich zur Absicherung nahestehender Personen, weitaus wichtiger als heute (ohne dass damit die Relevanz in heutiger Zeit unterschätzt werden sollte<sup>3</sup>). Dem verschließt sich die juristische Betrachtung nicht: Die römischen Juristen haben dem Nießbrauch, dieser ihrer originären Schöpfung, umfangreiche Abhandlungen gewidmet und auch der Nießbrauchssklave im Besonderen findet als Hauptgegenstand des Nießbrauchs an Mobilien einige Behandlung, insbesondere dort, wo er Abweichungen vom sonstigen Nießbrauchsrecht erfährt.<sup>4</sup> Art und Umfang der Behandlung lassen annehmen, dass es sich bei dem *servus fructuarius* nicht um eine rein theoretische, dogmatische Spielerei gehandelt hat, sondern dass der Nießbrauchssklave tatsächlich eine häufige Erscheinung war.<sup>5</sup>

Zugleich ist das Recht des Nießbrauchssklaven – und das ist auch aus wissenschaftsgeschichtlicher Sicht interessant – eines derjenigen Felder, die aufgrund ihrer Komplexität für die römischen Juristen besonders reizvoll waren, lud es sie doch dazu ein, ihre ganze Gedankenschärfe unter Beweis zu stellen.<sup>6</sup> Die Freude am Abwandeln eines Falles und das Verändern der Rechtsprobleme treten mitunter in den Vordergrund.<sup>7</sup> Vielerorts atmen die Stellen diesen zeitlosen Geist, der den begeisterten und guten Juristen aus-

---

1 Zur Terminologie im Einzelnen siehe sogleich unten A. III.

2 Richtig daher BUCKLAND, Roman Law of Slavery, S. 356: „The prominence of Usufruct in Roman settlements of property makes this [= *servus fructuarius*] an important subject.“; ähnlich KUNTZE, Servus fructuarius, S. 12.

3 Zur nicht geringen Bedeutung heute siehe MüKo/POHLMANN, BGB, 92023, §§ 1030 ff., Rn. 14–17 und Staudinger/HEINZE, BGB (2021), Vorbem. zu §§ 1030 ff., Rn. 23f.

4 Schon der Anfänger gelangt in den ersten Monaten mit ihm in Berührung, siehe nur Gai. 2, 91 ff. und Inst. 2, 9, 4.

5 Ebenso KUNTZE, Servus fructuarius, S. 12f.

6 So auch schon SALKOWSKI, Sklavenerwerb, S. 1 zum Sklavenerwerb im Allgemeinen.

7 Das ist im Allgemeinen von hervorragenden Quellenkennern stets anerkannt worden, siehe etwa MITTEIS, Trapezitika, in: ZRG RA 19 (1898), S. 199.

macht. Von selbst versteht sich da, dass sich die römischen Juristen nicht über alle Rechtsfragen einig waren; doch macht gerade dies zu einem guten Teil die Faszination aus, wenngleich und gerade weil es die Forschung erschwert.

Daher irrt Kuntze, wenn er in seiner kurzen Festgabe schreibt,<sup>8</sup> es sei „bemerkenwert, wie wenige Controversen auf diesem Gebiet [= dem Recht des Nießbrauchssklaven] in den Quellen hervortreten. Fast Alles findet sich klar und ohne Anstoss entwickelt und ausgebaut. Die Lehre der römischen Jurisprudenz gleicht hier im Ganzen und Grossen einer spiegelglatten Fläche.“ Denn dem ist bei genauerer Betrachtung der Stellen und der Auffassungen der römischen Juristen gerade nicht so, wie auch sogleich Salkowski erkannte.<sup>9</sup>

2. Die vorliegende Arbeit ist eine rechtsgeschichtliche Arbeit. Sie untersucht die Spezifika des *servus fructuarius* im römischen Recht. Der zeitliche Schwerpunkt liegt naturgemäß auf der klassischen Epoche, weil in dieser Zeit das entwickelte Nießbrauchrecht vorliegt. Darüber hinaus gilt es, wo möglich, auch auf die Frühzeit zurückzublicken und ferner die weitere Entwicklung bis auf Justinian mit einzubeziehen. Ein weiteres Augenmerk ist, wie auch sonst im römischen Recht, auf die Dichotomie von zivilem und prätorischem Nießbrauch zu legen.

Inhaltlich bilden einen Schwerpunkt der Arbeit der Erwerb durch einen Nießbrauchssklaven, sowie die Behandlung der Rechtsbehelfe. Dogmatisch stehen beim *servus fructuarius* naheliegenderweise das Nießbrauchsrecht und das Personenrecht im Vordergrund. Aber auch andere Rechtsmaterien wie namentlich das Vermächtnis- und Fideikommissrecht sowie das Bedingungsrecht spielen eine Rolle.

Wenngleich der Schwerpunkt auf der Dogmatik liegt, so würde die Arbeit doch nur ein unvollständiges Bild des Nießbrauchssklaven vermitteln, wenn der wirtschaftliche und soziale Hintergrund vernachlässigt würde. Daher sind die Stellen, soweit möglich, auch unter diesem Gesichtspunkt zu beleuchten. Um schließlich die Stellung des Nießbrauchssklaven im gesamten Rechtssystem richtig erfassen zu können, ist es darüber hinaus notwendig, den Blick schweifen zu lassen und andere, dem *servus fructuarius* verwandte, ähnliche oder zumindest vergleichbare Erscheinungen, wie den *servus usufructuarius*, den *servus communis*, den *servus pignoratius*, den *bona fide serviens* – *sive liber sit, sive alienus servus*, den *servus dotalis*, den *servus hereditarius* sowie den *servus civis capti* mit einzubeziehen.<sup>10</sup> Weiter sind Fälle zu berücksichtigen, bei denen man auf den ersten Blick keine Berührungspunkte vermuten würde, wie der *servus fugitivus*, der *servus furtivus*, der *servus sine domino*, der *servus in possessione libertatis*, der *servus fiduciarius* sowie das treuhänderisch übertragene Hauskind.

Insoweit handelt es sich um eine Querschnittsmaterie: Diesen Fällen ist nämlich nicht notwendig die dogmatische Konstruktion gemeinsam, jedoch sind die Sachprobleme entweder vergleichbar oder bilden – und auch das ist für die Untersuchung von Inter-

---

8 KUNTZE, *Servus fructuarius*, S. 14.

9 Deutlich SALKOWSKI, *Sklavenerwerb*, S. 117 Fn. 5 a. E.

10 Für den Erwerb durch einen *servus vicarius* sind nur Spekulationen möglich; siehe dazu BUCKLAND, *Roman Law of Slavery*, S. 242 sowie ERMAN, *Servus vicarius*, S. 452–455.

## II. Aufbau der Arbeit

esse – einen lehrreichen Gegensatz. So erklärt sich auch der Untertitel „Zugleich ein Beitrag zum Sklaven bei mehreren Berechtigten“.

## II. Aufbau der Arbeit

Die Arbeit ist wie folgt aufgebaut:

In diesem Abschnitt A. wird auf die Terminologie, die Quellen, die Literatur und die Methodik eingegangen. B. behandelt die Frage, wer Subjekt und Objekt eines Nießbrauchs an einem Sklaven sein kann, C. diejenige nach der Begründung und dem Erlöschenden des *ususfructus servi*.

Im Kapitel D. wird der Inhalt des Nießbrauchs an einem Sklaven besprochen. E. bildet mit dem Erwerb durch einen *servus fructuarius* einen bedeutenden Punkt der Arbeit. F. ist den Rechtsbehelfen, G. den *operae servi* gewidmet, bevor in H. eine kurze Zusammenfassung die Arbeit beschließt.

## III. Begrifflichkeiten

In den Quellen des römischen Rechts finden sich verschiedene Begriffe für den Nießbrauchssklaven. Das überrascht nicht, denn auch hier gilt, dass die römischen Juristen zwar eine einigermaßen genaue Terminologie entwickelt hatten, gleichzeitig aber weiter eine gewisse sprachliche Varianz akzeptierten: Eine völlige Begriffsstrenge, wie man sie im heutigen Recht kennt, hatte sich bekanntermaßen noch nicht ausgebildet; diese ist erst dem 19. Jahrhundert zu verdanken.

Der übliche Ausdruck für den Nießbrauchssklaven ist *servus fructuarius*. Dabei wird, wie Kuntze richtig bemerkt<sup>11</sup>, das Wort *fructuarius*, das sonst den Nießbraucher als den Berechtigten bezeichnet, als Adjektiv verwendet. Der Sklave ist folglich Objekt des Nießbrauchs, nicht handelt umgekehrt – etwa analog zur Wortbildung beim *suus heres* – der Sklave als Nießbraucher, indem ihm die Ausübung eines dem Herrn zustehenden Nießbrauchs für sein *peculium* überlassen worden wäre. Letzteres wäre denkbar, ist aber von den römischen Juristen nicht gemeint und es finden sich, soweit ersichtlich, auch keine Spuren einer solchen – nur faktischen – Nießbraucherstellung eines Sklaven.<sup>12</sup> Dass hingegen ein Sklave als „Erwerbsorgan“ für seinen Herrn einen *ususfructus* erwarb, ist gut

---

11 KUNTZE, *Servus fructuarius*, S. 7f.

12 Ohne Bezug auf ein *peculium* ist für die Servituten anerkannt, dass deren Ausübung auch die Sklaven vornehmen können, siehe Ulpian (70 ad ed.) D. 43, 19, 3, 4. – Zur Bestellung eines Nießbrauchs an Haussöhne, der nach den allgemeinen Grundsätzen dem *pater familias* erworben wird, siehe unten S. 148. Denkbar ist darüber hinaus im Anwendungsbereich des *peculium castrense*, dass der Sohn selbst Inhaber eines *ususfructus* wird; dies folgt aus dem umgekehrten Fall, Papinian (35 quaest.) D. 49, 17, 15, 4: „*Si servi pater usum fructum amiserit, cuius proprietatem in castrensi peculio filius habebat, plenam proprietatem habebit filius.*“ (Jedenfalls auch) diesen Fall legt auch Maecian (1 fid.) D. 49, 17, 18, 3 zugrunde: Der Vater kann den die *plena proprietas* innehabenden Sohn jedenfalls von einem ihm, dem Vater, zustehenden Nießbrauch befreien.

belegt;<sup>13</sup> interessanterweise gab es insoweit eine Ansicht, welche nicht nur die Entstehung, sondern auch die Fortdauer des Nießbrauchs mit der Person des Sklaven verknüpfte, so dass mit dessen Versterben der Nießbrauch erlosch beziehungsweise mit dessen (des Sklaven) Veräußerung der Nießbrauch auf den Erwerber überging.<sup>14</sup>

Die Worte *servus* und *fructuarius* können in ihrer Stellung vertauscht sein, es kann also auch *fructuarius servus* heißen.<sup>15</sup> Weitere Ausdrücke sind etwa: *ususfructus in servo*<sup>16</sup>, der sprachlich an sich näherliegende *ususfructus servi*<sup>17</sup> sowie *servus in quo ususfructus alienus / alterius est*<sup>18</sup>.

*Servus usufructuarius* wird hingegen, soweit ersichtlich,<sup>19</sup> nicht gebraucht (während *usufructuarius* sonst – für den Nießbrauchsberechtigten – nicht selten vorkommt<sup>20</sup>). Dies

13 Etwa: Gaius (7 ad ed. prov.) D. 7, 1, 6, 2; Afrikan (5 quaest.) D. 7, 8, 17; Ulpian (21 ad Sab.) D. 36, 2, 9; vat. 82.

14 Siehe dazu C. 3, 33, 17pr. (Justinian; 531 n. Chr.), ferner: Pomponius (3 ad Sab.) D. 7, 4, 18 und vat. 57. Wie die Stelle Ulpian (17 ad Sab.) D. 7, 4, 5, 1 zu deuten ist, ist strittig: Zum Teil wird ihr wegen des Wortes *solum* der Umkehrschluss entnommen, Ulpian habe bei der Übertragung des Eigentums den Nießbrauch erlöschen lassen (so etwa LOHSE, *Ius adcrendi*, S. 260 mit Fn. 714); richtigerweise wird man ihr schlicht keine Aussage entnehmen können, so VOCI, *Diritto ereditario romano I*, 21967, S. 713 Fn. 63 und wohl auch WILLEMS, Justinian als Ökonom, S. 242. Zur teilweisen Veräußerung des Sklaven und dem darüber ebenfalls bestehenden Streit siehe C. 3, 33, 15 (Justinian; 530 n. Chr.); zu dieser Stelle zuletzt WILLEMS, Justinian als Ökonom, S. 237. – Zu C. 3, 33, 17 siehe unten S. 148.

15 Etwa in: Ulpian (18 ad Sab.) D. 7, 1, 25, 1; Ulpian (32 ad ed.) D. 19, 2, 9, 1; Julian (44 dig.) D. 41, 1, 37, 2 und 5; Papinian (27 quest.) D. 45, 1, 118pr.; Julian (52 dig.) D. 45, 3, 1, 5; Paulus (2 manual.) D. 45, 3, 27; Gaius (3 de verb. oblig.) D. 45, 3, 28pr.; Paulus (12 ad Sab.) D. 46, 4, 11pr.; PS 5, 7, 3.

16 Pomponius (18 ad Sab.) D. 9, 4, 18; Julian (12 dig.) D. 15, 1, 37, 3; Ulpian (30 ad ed.) D. 16, 3, 1, 28; Paulus (14 ad Plaut.) D. 45, 3, 33, 1; Ulpian (77 ad ed.) D. 47, 10, 15, 47; Ulpian (3 de adult.) D. 48, 5, 28, 3; Inst. 4, 4, 5.

17 Julian (1 ad Urs. Fer.) D. 7, 1, 35, 1; Afrikan (5 quaest.) D. 7, 1, 36, 2; Paulus (1 ad Nerat.) D. 35, 1, 96pr.; als *fructus servi* in vat. 71b. Vom *servi fructuarius* spricht etwa Paulus (9 ad Plaut.) D. 46, 3, 63.

18 Ulpian (18 ad Sab.) D. 7, 1, 22; Paulus (1 man.) D. 7, 4, 27; Paulus (22 ad ed.) D. 9, 4, 19, 1; Tryphonin (7 disp.) D. 41, 1, 63, 3; Ulpian (58 ad ed.) D. 42, 1, 4, 8; Afrikan (7 quaest.) D. 46, 3, 38, 3.

19 In Pomponius (31 ad Qu. Muc.) D. 41, 1, 54, 3a ist *usuarii* für *fructuarii* verschrieben; dasselbe gilt für Paulus (9 ad Plaut.) D. 45, 3, 32.

20 Wobei auch dort, wenig überraschend, weil eindeutig genug, der Kurzausdruck *fructuarius* der häufigere ist. – So ist auch die bekannte Stelle Ulpian (17 ad sab.) D. 7, 8, 14, 1–3 zu verstehen: „1. *Usus fructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum Pomponius libro quinto ad Sabinum scribit: et si forte usu fructu legato fructus adimatur, totum videri ademptum scribit: sed si fructus sine usu, usum videri constitutum, qui et ab initio constitui potest. Sed si usu fructu legato usus adimatur, Aristo scribit nullam esse ademptionem: quae sententia benignior est. 2. Usu legato si eidem fructus legetur, Pomponius ait confundi eum cum usu, idem ait et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum. 3. Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres eius tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit.*“ Gemeint ist mit *fructus* hier nicht ein (neben dem *ususfructus* und dem *usus*) drittes selbstständiges dingliches Recht, sondern im Wege der Auslegung zeigt sich, dass das schlichte Wort *fructus* grundsätzlich den *ususfructus* meint; Auslegungsprobleme bereitet, wie § 1

dürfte zum einen der Vorliebe der römischen Juristen nach einer möglichst knappen Sprache, zum anderen ihrer Intention geschuldet sein, den Nießbrauchssklaven so klar wie möglich vom *servus usuarius* abzugrenzen und jeglicher Verwechslungsgefahr<sup>21</sup> (etwa durch die falsche Auflösung von Abkürzungen) vorzubeugen. Erst in der modernen romanistischen Literatur spricht man, in der Sache berechtigt, vom historischen Standpunkt her aber ungenau, mitunter vom *servus usufructuarius*.

Hervorzuheben ist schließlich noch Folgendes: Das römische Recht, das sich bekanntlich durch das Nebeneinander von zivilem und Honorarecht auszeichnet, kennt einen *ususfructus* im eigentlichen Sinne nur nach der zivilen Ordnung. Das Ergebnis des Schutzes, den der Gerichtsmagistrat einer nießbrauchsähnlichen Erscheinung zukommen lässt, bezeichnen die römischen Juristen zunächst nicht als *ususfructus*; in der Spätklassik spricht freilich jedenfalls Ulpian auch hier von *fructus*.<sup>22</sup> Diese Terminologie liegt auch dieser Arbeit zugrunde; somit wird, wo das honorarrechtliche Institut im Raum steht, dieses besonders gekennzeichnet.

#### IV. Quellen

Die Hauptquellen zum *servus fructuarius* sind die Digesten und die Gaius-Institutionen. In den Digesten sind naheliegenderweise das siebte Buch sowie der Titel 33, 2 (*De usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis*) besonders relevant. Aber auch sonst finden sich zahlreiche Spuren des Nießbrauchssklaven, weil dieser über die eigentlichen nießbrauchs- und vermächtnisrechtlichen Regeln hinaus eine Vielzahl an Fragen hervorruft, namentlich im Rahmen des Erwerbs, wo die Titel D. 41, 1 (*De adquirendo rerum dominio*) und 2 (*De adquirenda vel amittenda possessione*) von Interesse sind. Im Codex ist der Titel C. 3, 33 (*De usu fructu et habitatione et ministerio servorum*) einschlägig. Ferner haben – zum Nießbrauch im Allgemeinen – die *fragmenta Vaticana* (vat.) 41–93 eine gewisse Bedeutung. Inhaltlich stammen die in die Digesten kompilierten Stellen aus der Kaiserzeit; den Anfang machen Trebaz, Labeo und Sabinus.<sup>23</sup> Die wichtigsten Autoren sind Julian, Ulpian und Paulus.<sup>24</sup>

Dokumentarische und literarische Quellen sind hingegen nicht ergiebig. Bei ersteren sind die Hauptzeugen bekanntermaßen die Papyri aus Ägypten, die allerdings für das hiesige Thema, das römische Recht, kaum von Bedeutung sind, weil dort zur Zeit der

---

zeigt, insbesondere die *ademptio legati*. Die Stelle zeigt auch, dass *usus* und *ususfructus* nebeneinander bestehen können (§ 3).

21 Wie im Laufe der Arbeit noch zu ersehen sein wird, unterschieden sich *servus fructuarius* und *servus usuarius* lediglich in manchen Aspekten, nicht aber in allen. Daher ist es oft so, dass Stellen, die sich auf den *servus usuarius* beziehen, auch für den Nießbrauchssklaven gelten (und vice versa): nämlich in solchen Punkten, bei denen keine Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstitutionen bestehen. Das aber ändert nichts an der prinzipiellen Verwechslungsgefahr und an der Notwendigkeit einer eindeutigen Begrifflichkeit, die von den römischen Juristen folgerichtig auch ausgebildet wurde.

22 Ulpian (49 ad Sab.) D. 45, 1, 38, 12; siehe zu dieser Stelle unten S. 141.

23 Pomponius (3 ad Sab.) D. 41, 1, 19.

24 Einzelheiten bei KUNTZE, *Servus fructuarius*, S. 12–14.

römischen Herrschaft im Sklaven- und Sachenrecht die einheimischen Vorschriften weiter Anwendung fanden und römisches Recht auf diesen Rechtsgebieten jedenfalls faktisch nicht durchgesetzt wurde.

## V. Literatur

Was für den *ususfructus* insgesamt gilt, ist noch mehr für den Nießbrauchssklaven im Besonderen zu sagen: Er führt in der modernen rechtshistorischen Literatur ein Schattendasein:

Aus dem 20. und 21. Jahrhundert gibt es keine umfangreiche Arbeit, die sich schwerpunktmäßig mit dem *servus fructuarius* beschäftigt.<sup>25</sup> Die letzte große Monographie zum Nießbrauch von Giuseppe Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>26</sup> sowie das zum Sklavenrecht immer noch mehr als beachtliche Werk von William Warwick Buckland, *The Roman Law of Slavery*<sup>27</sup> widmen dem Nießbrauchssklaven lediglich einige Seiten. Ein Kurzüberblick findet sich bei Gunter Wesener, s.v. *usus fructus* in RE 2, 9, 1, 1156f. Einzig zu Einzelfragen gibt es brauchbare Literatur.<sup>28</sup>

Aus den Jahrhunderten davor ist die Literatur ebenfalls nicht reichhaltig, denn für die Praxis des Gelehrten und Gemeinen Rechts war der *servus fructuarius* nicht mehr relevant;<sup>29</sup> sie genügt aufgrund ihrer Ausrichtung zudem im Allgemeinen nicht modernen rechtsgeschichtlichen Standards, wenngleich – wie auch sonst in der Romanistik – Einiges noch brauchbar ist.

Letzteres gilt namentlich für die kurze Monographie von Johannes Emil Kuntze, *Der servus fructuarius des Römischen Rechts*, Leipzig 1889, wo sich auch ein Überblick über die (spärliche und nicht spezifische) Literatur bis zum 19. Jahrhundert findet,<sup>30</sup> sowie für die Arbeit des herausragenden Königsberger Rechtslehrers Carl Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, Leipzig 1891, dessen heute<sup>31</sup> recht wenig beachtetes Werk aber nur die Aspekte des Erwerbs behandelt. Weiter erwähnt sei die Dissertation von Otto Göschen, *Per eum hominem, qui serviat, quemadmodum nobis acquiratur*, Diss. Göttingen 1832, der die Wahl seines Themas unter anderem mit dem (wohl augenzwin-

---

25 Die Grazer Magisterarbeit von PAINTER aus dem Jahre 2012 behandelt, ihrer Aufgabe entsprechend, „Ausgewählte Fragestellungen zur Rechtsfigur des *servus fructuarius* im klassischen römischen Recht“.

26 Namentlich S. 201.

27 S. 356.

28 So wird namentlich der Erwerb durch einen Nießbrauchssklaven außer von SALKOWSKI (siehe zu ihm sogleich im Text) auch von KRÜGER, *Erwerbszurechnung*, S. 67 ff. behandelt.

29 Beispielhaft bezeichnet BRUNNEMANN, *Commentarius*, <sup>5</sup>1701, S. 369 (zu D. 7, 1, 23) das Recht des Nießbrauchssklaven als „*istam materiam legum praecedentium nobis non adeo utilium*“; nach KUNTZE, *Servus fructuarius*, S. 4f. soll BRUNNEMANN in einer früheren Auflage sogar von einer „*taediosa materia*“ gesprochen haben.

30 S. 4–7.

31 Kurz nach dem Erscheinen war den Forschern der Wert dieser mitunter sehr gedrängt formulierten Arbeit hingegen sehr wohl bewusst, etwa BUCKLAND, *Roman Law of Slavery*, namentlich S. 331 ff.

kernden) Hinweis verteidigt: *quae* (gemeint ist: seine Dissertation) *ferè non legi sole(a)t*.<sup>32</sup> Im Übrigen gilt jene alte Weisheit, die aber freilich nicht der Selbstvergewisserung dienen soll, wonach „jede Generation [...] sich ihren Begriff von der Vergangenheit selbst machen [muss]“<sup>33</sup>.

## VI. Methodische Vorbemerkungen

In der gebotenen Kürze ist das methodische Vorgehen wie folgt zu skizzieren: Nachdem bekanntlich die zu Beginn des 20. Jahrhunderts übersteigerte Interpolationenforschung zum Teil eine ebenfalls radikale Gegenbewegung hervorgerufen hatte, welche Interpolationen vollständig außer Acht lassen wollte, hat sich mittlerweile ein vernünftiger, zurückhaltender Mittelweg ausgebildet.<sup>34</sup>

Demnach sind die Texte zunächst in der Form heranzuziehen, in der sie überliefert sind, und ihr Inhalt und ihre Bedeutung sind im Zusammenklang mit den anderen verfügbaren Stellen zu untersuchen. Erst in einem zweiten Schritt ist unter formalen und / oder sachlichen Gesichtspunkten nach etwaigen Textveränderungen zu fragen. Auch an die Möglichkeit schlicht mechanischer Fehler ist zu denken.<sup>35</sup>

Das deckt sich in etwa mit der heute überwiegenden Handhabung. Wenn hier im Allgemeinen vorsichtig vorgegangen wird, so schließt das doch nicht aus, dass im Einzelfall sprachliche und / oder sachliche Argumente Interpolationen nahelegen können. Dabei gilt es, die Denkschritte offen zu legen und Zweifel als solche zu kennzeichnen. Überdies gilt, dass eine geschichtliche Arbeit stets der Versuchung nach absoluten Gewissheiten widerstehen muss; oftmals hat sich der Rechtshistoriker mit Vermutungen oder Annäherungen zu begnügen, was freilich nicht bedeutet, dass nicht schon darin ein Zugewinn an Wissen liegen kann.

Mit Blick auf die Terminologie gilt wiederum:<sup>36</sup> „Viele Begriffe des römischen Rechts sind an sich unübersetzbar und dürfen nicht ohne Weiteres mit den modernen deutschen Begriffen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleichgesetzt werden. Wenn in der vorliegenden Untersuchung dennoch diese Termini verwendet werden, so geschieht dies nur der besseren Beschreibung der historischen Rechtsinstitute wegen. Etwas anderes gilt allerdings dort, wo die modernen Termini im technischen Sinne, etwa zum Vergleich, hergezogen werden; dies ist jeweils ausdrücklich vermerkt. Mitunter, nämlich in Fällen, in denen der moderne Begriff falsche Assoziationen zu wecken droht, haben wir auf den Terminus *technicus* verzichtet und uns mit Ausdrücken der Alltagssprache beholfen.“

---

32 S. 6. Hier freilich behält er nicht recht. – Otto Göschen ist der Sohn von Friedrich Johann Ludwig Göschen, welcher die erste vollständige Gaius-Edition herausgab.

33 MANN, Einleitung, S. 13.

34 Siehe nur KASER, Ein Jahrhundert Interpolationenforschung, in: Anzeiger der phil.-hist. Kl. d. ÖAW 116 (1979), S. 83–113; einen Überblick über KASERS Standpunkte gibt KNÜTEL, „Nicht leichter, aber um so reizvoller“, in: ZRG RA 115 (1998), S. 33–65.

35 Siehe hierzu MIQUEL, Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten, ZRG RA 80 (1963), S. 233–286.

36 Siehe STROBEL, Römische Testamentsurkunden, S. 14.

## B. Subjekt und Objekt des Nießbrauchs an einem Sklaven

### I. Die Parteien des Nießbrauchs an einem Sklaven

Hier gelten die allgemeinen, hinreichend bekannten Vorschriften; hervorzuheben sind lediglich folgende Punkte:

#### 1. Grundlagen

Bestellen kann den Nießbrauch nur der römische Bürger, indem der *ususfructus* ein Institut des *ius civile* darstellt. Davon zu unterscheiden ist die vom Gerichtsmagistrat geschützte nießbrauchsähnliche Erscheinung, welche namentlich in den Provinzen eine Rolle spielte; sie wird in der romanistischen Literatur mitunter ebenfalls als „Nießbrauch“ bezeichnet. Auf sie ist kurz unter b. einzugehen.

a. Die zivile Lage zeigt etwa vat. 47a:

*„Potest [sc. usus fructus] constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.“*

b. Dennoch musste sich in Anbetracht erstens der Vielzahl von Peregrinen einerseits und der Bedeutung des Nießbrauchs andererseits die Frage der Bestellung durch (und gleichfalls an, siehe 2.) Peregrine im Alltag stellen, namentlich in den Provinzen. Die Praxis aus dem gräko-ägyptischen Bereich als dem Bereich, aus dem man am meisten über die Handhabung in den Provinzen weiß, vermag hier nicht weiterzuhelfen: Denn bekanntlich akzeptierten die Römer als neue Herren des Landes dort im Wesentlichen die althergebrachten Rechtsgepflogenheiten; eine Ausnahme bildete, neben dem Aufkommen der Stipulationsklausel, lediglich das Erbrecht.<sup>37</sup> Im Sklavenrecht ist ein Eingreifen durch die römischen Behörden nur dort vorstellbar, wo ein Verstoß gegen Prinzipien des römischen Rechts unerträglich wurde: So war etwa die einheimische Paramone unzulässig;<sup>38</sup> der *χρησις* an einem Sklaven aber begegneten keine Bedenken.<sup>39</sup>

Dogmatisch gesehen ist, wie schon hervorgehoben, die Bestellung eines *ususfructus* durch (und an) einen Peregrinen (ohne *commercium*) nach *ius civile* schon deshalb ausgeschlossen, weil die typischen, klassischen Bestellungsweisen (Vindikationslegat und *in*

---

37 Siehe dazu STROBEL, Römische Testamentsurkunden.

38 Siehe dazu STROBEL, Römische Testamentsurkunden, S. 271.

39 Die *χρησις* rief allenfalls Auslegungsprobleme hervor, nämlich dahingehend, ob es sich um einen *ususfructus* oder einen *usus* handelte, siehe Ulpian (18 ad Sab.) D. 7, 8, 10, 1.

*iure cessio*) dem Peregrinen nicht zugänglich waren. Dieselbe Frage tut sich dort auf, wo es um Provinzgrundstücke und um solche geht, die nur *in bonis* des Nießbrauchbestellers stehen. Hier bürgerten sich andere Bestellungsweisen ein, nämlich *pactionibus vel stipulationibus* sowie *traditione vel patientia*.

Begrifflich wird man zunächst, in der Frühklassik, noch nicht daran gedacht haben, die Erscheinung, die der Gerichtsmagistrat schützte, als *ususfructus* zu bezeichnen. Jedenfalls aber in der Spätclassik, als auch die *in iure cessio* außer Gebrauch getreten war, wird sich auch hierfür der Begriff *ususfructus* eingebürgert haben, siehe Ulpian (49 ad Sab.) D. 45, 1, 38, 12<sup>40</sup>. Zu diesem Komplex darf auf die Ausführungen Finkenauers verwiesen werden, der sich damit vor Kurzem eingehend befasst hat.<sup>41</sup>

## 2. Erwerberseite

Für den Erwerber des Nießbrauchs gilt das soeben zur Person des Bestellers Gesagte. Wichtig ist es, herauszustellen, dass nach römischer Vorstellung im Prinzip nur diejenigen erwerben konnten, die man heute als „natürliche Personen“ bezeichnet. Einen Sonderfall bildete die bekannte Frage eines Nießbrauchs zugunsten von Munizipien.<sup>42</sup> Diese Frage musste sich ergeben, weil Munizipien in der sozialen Wirklichkeit eine große Rolle spielten und insbesondere erbrechtlich mitunter bedacht wurden, was schließlich aus pragmatischen Gründen teilweise erlaubt wurde.<sup>43</sup>

In der hier gebotenen Kürze zeigt sich folgendes Bild; die Kernstelle, Gaius (17 ad ed. prov.) D. 7, 1, 56<sup>44</sup>, beinhaltet dazu:

*„An usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietatis inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. Sed tamen placuit dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevis hominis est.“*

Munizipien waren – von Todes wegen<sup>45</sup> – mit einem Nießbrauch bedacht worden; es stellte sich die Frage, ob ihnen ein solcher zustehen konnte. Die Zweifel rührten daher,

---

40 Siehe zu dieser Stelle unten S. 141.

41 FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen, S. 333 ff. – Siehe ferner Grosso, Usufrutto, 21958, S. 355 ff.

42 Von „juristischen Personen“ sollte man nicht sprechen. Siehe zu diesem Fragenkomplex zuletzt ZAHN, Si quid universitati debetur, Köln 2021.

43 Siehe sogleich.

44 Ähnlich Gaius (3 de leg. ad ed. prov.) D. 33, 2, 8: „Si usus fructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usu fructu tuendi sint: nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudae proprietatis semper abscedente usu fructu. Unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset.“

45 Munizipien hatten als gewissermaßen *incertae personae* an sich nicht die *\*testamenti factio passiva*, vergleiche UE 22, 5, womit eigentlich auch Legate ausgeschlossen waren; nur Fideikommissie waren denkbar, siehe UE 22, 5. Dieses Prinzip wurde jedoch im Laufe der Zeit vielfach durchbrochen: So war

dass so ein dauerhafter Nießbrauch entstehen könnte, weil es das übliche Erlöschen infolge Todes im eigentlichen Sinne nicht gibt und die verbleibende Eigentumsposition regelmäßig auf ewig eine leere Hülle wäre, außer wenn das Munizipium selbst unterginge<sup>46</sup> oder wenn der *ususfructus* durch Nichtgebrauch<sup>47</sup> aufhörte. Diese – umstrittene – Frage wird von Gaius bejaht, was die Folgefrage aufwirft, wie lange denn in einem solchen Fall der *ususfructus* bestehe. Gaius nennt eine Frist von 100 Jahren, mit der Begründung, dies sei das Höchstalter eines Menschen.

Hinsichtlich dieser Stelle wird nun vielfach ein Interpolationsverdacht erhoben, der teils schon grundsätzlich den Erwerb des Nießbrauchs durch das Munizipium betrifft, teils nur die Zeitdauer von 100 Jahren.

Vor einer Behandlung der Stelle ist zunächst noch auf die beiden weiteren Stellen Modestin (3 diff.) D. 7, 4, 21 und Papinian (17 quaest.) D. 31, 66, 7 einzugehen. Erstere lautet:

*„Si usus fructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usum fructum.“*

Papinian (17 quaest.) D. 31, 66, 7 hat zum Inhalt:

*„A municipibus heredibus scriptis detracto usu fructu legari proprietates potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere.“*

Während die Modestin-Stelle also die Zulässigkeit eines Nießbrauchsvermächtnisses zugunsten einer *civitas* voraussetzt, und lediglich der Fall des Erlöschens infolge Untergangs derselben erörtert wird, stellt sich für Papinian, der seinerseits von einer wirksamen Erbeinsetzung des Munizipiums ausgeht, die Frage, ob zulasten einer derart eingesetzten Gemeinde einem Dritten das Eigentum *deducto usufructo* vermacht werden kann. Dem dadurch begründeten Nießbrauch der Gemeinde steht für Papinian nichts entgegen, weil der Ususfructus infolge Nichtgebrauchs untergehen kann. Für Papinian ist somit der Nießbrauch zugunsten eines Munizipiums aufgrund der reinen Möglichkeit des späteren Erlöschens des Nießbrauchs zulässig. Modestin wird wohl, auch wenn sich bei ihm diese Begründung nicht ausdrücklich findet, ebenfalls diese Überlegung zugrunde gelegt haben.

Damit ist zur Stelle D. 7, 1, 56 und den gegen sie erhobenen Interpolationsverdächtigungen zurückzukehren: Karlowa hält die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten von

---

seit Nerva „*omnibus civitatibus quae sub imperio populi Romani sunt*“ der Erwerb von Legaten erlaubt, UE 24, 28. Ferner konnte ein Munizipium von einem seiner Freigelassenen aufgrund eines SC erben, siehe nur Ulp. (49 ad ed.) D. 38, 3, 1, 1; auch die Stellen Pap. (17 quaest.) D. 31, 66, 7 und Ulp. (4 fid.) D. 36, 1, 6, 4 werden wohl diesen Fall betreffen (denkbar ist aber auch ein spezielles Privileg). Siehe hierzu und zum Ganzen MITTEIS, Römisches Privatrecht, S. 377 und VOCI, Diritto ereditario romano I, <sup>2</sup>1967, S. 420–423 mit Fn. 88.

46 So Modestin (3 diff.) D. 7, 4, 21: „*Si usus fructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usum fructum.*“

47 Siehe Papinian (17 quaest.) D. 31, 66, 7: „*A municipibus heredibus scriptis detracto usu fructu legari proprietates potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere.*“

Munizipien nach *ius civile* für nicht möglich, sondern ordnet sie mit Verweis auf die von Gaius verwendete Terminologie (*tuendi sint, danda actione*) dem magistratischen Recht zu; auch die Frist von 100 Jahren sei somit im Zivilrecht unbekannt gewesen.<sup>48</sup>

Fadda, dem die grundlegende Untersuchung zu diesem Thema zu verdanken ist, geht davon aus, dass Gaius die Munizipien als taugliche Nießbrauchsempfänger erachtete, während er eine Erlöschensfrist nicht vorgesehen habe, welche erst justinianisch sei.<sup>49</sup> Di Marzo hingegen ist der Ansicht, Gaius habe sich in Wahrheit gegen eine Zulässigkeit eines Nießbrauchs zugunsten von Munizipien ausgesprochen.<sup>50</sup> Rabel schließt nicht aus, dass über die generelle Zulässigkeit eines Nießbrauchs zugunsten von Munizipien hinaus auch die 100 Jahre klassisch sein könnten.<sup>51</sup> Krüger hält die 100 Jahre für interpoliert, geht aber, wie Karlowa, wegen des Wortes *tueri* von einer prätorischen Servitut aus.<sup>52</sup> Eliachevitch folgt Fadda, dessen Ansicht er als „*l'opinion dominante*“ bezeichnet.<sup>53</sup>

Grosso überlegt vorsichtig, ob die Handhabung zunächst bei Provinzialgrundstücken verallgemeinert worden sein könnte; dafür spreche auch die Herkunft der Stelle D. 7, 1, 56 aus dem Provinzialedikt.<sup>54</sup> Voci meint, dass die 100 Jahre durch eine unbekannte, vorjustinianische Konstitution eingeführt wurden.<sup>55</sup> Finkenauer hält mit Berufung auf etwa Varro, ling. lat. 6, 2, 11 und Plinius, nat. hist. 11, 184 auch die 100 Jahre bei Gaius für echt und erblickt in Papinians Ansicht eine abweichende Auffassung, wonach dieser wegen der Erlöschensmöglichkeit des *non usus* die 100 Jahre nicht mehr für einschlägig erachtete.<sup>56</sup> Cannata stimmt Finkenauer vom Prinzip her zu, hält die von ihm als „*regolletta*“ bezeichneten 100 Jahre bei Gaius aber nicht für eine „*regola assoluta*“, sondern eine dem Ausgleich der öffentlichen und privaten Interessen dienende Lösung.<sup>57</sup>

Aus hiesiger Sicht verhält es sich wie folgt: Dass sich die Frage der Zulässigkeit eines Nießbrauchs zugunsten von Munizipien schon für Gaius stellte, dürfte echt sein. Dies ergibt sich schon daraus, dass seit Nerva Vermächtnisse zugunsten von *omnibus civitatibus quae sub imperio populi Romani sunt* möglich waren (UE 24, 28), womit sich in alsbaldiger Folge die Frage eines Nießbrauchslegats aufturn musste; es leuchtet nicht ein, dass

---

48 KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II.1, S. 546f.

49 FADDA, Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche, in: Atti dRA 34 (1903), S. 65–90. Für möglich hält diese Erklärung auch MITTEIS, Römisches Privatrecht, S. 377 mit Fn. 5. FADDAs Erklärung folgt auch DUFF, Personality, S. 85 Fn. 6, indem er den *ususfructus* zugunsten von Munizipien als solchen für klassisch hält.

50 DI MARZO, Sull'usufrutto delle persone giuridiche nel diritto romano classico, in: BIDR 14 (1901), S. 122–126.

51 RABEL, Grundzüge, S. 451 mit Fn. 2.

52 KRÜGER, Prätorische Servitut, S. 77f. mit Fn. 87.

53 ELIACHEVITCH, Personnalité juridique, S. 162f. mit Fn. 51.

54 GROSSO, Usufrutto, <sup>2</sup>1958, S. 297–299.

55 VOCI, Diritto ereditario romano I, <sup>2</sup>1967, S. 214 Fn. 36.

56 FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen, S. 158 und FINKENAUER, „*Diversi sint fructus*“, S. 254. – Offen gelassen von WILLEMS, Justinian als Ökonom, S. 231f.

57 CANNATA, Rez. zu Finkenauer, Vererblichkeit und Drittwirkungen, in: IURA 61 (2013), S. 325f.

diese Überlegung erst Papinian und Modestin, nicht aber schon Juristen zu Gaius' Zeiten angestellt haben sollten.

Die affirmative Antwort des Gaius als solche wird ebenfalls echt sein. Denn auch für ihn dürfte der entscheidende Gedanke sein, dass das Erlöschen des Nießbrauchs nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Dass dies genügt, wurde oben bei Papinian (17 quaest.) D. 31, 66, 7 gesehen, und man darf es auch bei Modestin (3 diff.) D. 7, 4, 21 vermuten. Die Gegenansicht erachtete hingegen die bloße, eher fernliegende Möglichkeit des Erlöschens durch Untergang des Munizipiums oder durch *non usus* nicht für ausreichend – ein Standpunkt, der dem Ursprung und dem Hauptzweck des Nießbrauchs Rechnung trägt: Er dient der Versorgung natürlicher Personen und seine umfangreichen Befugnisse rechtfertigen sich nur durch die Gewissheit des Ablebens des Usufruktuars. Bei dieser Ansicht handelt es sich damit um die konservative Warte, die genauso vertretbar erscheint wie die obsiegende, praktisch orientierte Ansicht des Gaius, Modestin und Papinian.

Eine zeitliche Grenze, von 100 oder einer anderen Zahl von Jahren wie etwa 30<sup>58</sup>, scheint von diesem Standpunkt aus auf den ersten Blick nicht passend: Denn an sich müsste man meinen, dass allein die theoretische Möglichkeit des späteren Erlöschens des Nießbrauchs ausreicht, um ihn als wirksam zu erachten; es müssten also eigentlich die allgemeinen Erlöschensgründe genügen. Dennoch erscheint es nicht ausgeschlossen, dass ein römischer Jurist wie Gaius sich für die 100 Jahre ausgesprochen hat, um eine praktisch funktionierende Handhabung sicherzustellen.

Unergiebig für die hiesigen Zwecke ist übrigens Aemilius Macer (2 ad leg. vic. hered.) D. 35, 2, 68pr. am Ende. Dieser schreibt in seiner bekannten Berechnungsformel<sup>59</sup> für die *Falcidia* (und wohl auch die *vicesima hereditarium*) unter anderem:

„[...] *Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Numquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si rei publicae usus fructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.*“

Die Formel befasst sich einzig mit der Berechnung; sie sagt aber aufgrund dieser ihrer spezifischen Funktion nichts über die Dauer eines Nießbrauchs zugunsten einer – modern und damit ungenau gesprochen – juristischen Person des öffentlichen Rechts aus.<sup>60</sup> Im Gegenteil lässt sich aus den Worten *Numquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique [...] ableiten*, dass man der Möglichkeit einer die 30 Jahre übersteigenden Nießbrauchsdauer gewahr war, aber aus pragmatischen Gründen einer pauschalen Obergrenze für die Berechnung den Vorzug gab.

---

58 Etwa die heute im Anschluss auf den Code Civil (Art. 619) in den romanischen Rechtsordnungen regelmäßig vorkommenden 30 Jahre, siehe dazu FILIP-FRÖSCHL, *Römische Rechtsinstitute*, S. 59–80.

59 Unten S. 17.

60 So auch schon FADDA, *Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche*, in: *Atti dRA* 34 (1903), S. 88.

### 3. Gewaltunterworfenene

Keine besondere Erwähnung verdient die nicht seltene Konstellation, dass der Nießbrauch an eine gewaltunterworfenene Person, insbesondere einen *filius familias*, bestellt wurde; in Betracht kommen dafür nur ein Vindikationslegat an den Gewaltunterworfenen beziehungsweise dessen Erbeinsetzung, welche von einem Eigentumsvindikationslegat *deducto usufructo* flankiert ist, siehe nur Gaius (7 ad ed. prov.) D. 7, 1, 6, 2 und 3:

„2. *Adquiritur autem nobis usus fructus non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas quoque personas, quas iuri<sup>61</sup> nostro subiectas habemus.* 3. *Nihil autem vetat servo meo herede instituto legari proprietatem deducto usu fructu.*“

In diesem Fall erwirbt mangels Vermögensfähigkeit des Gewaltunterworfenen der *pater familias* respektive *dominus*. Das weitere Schicksal des Nießbrauchs richtet sich nach klassischem Recht fortan nur nach dessen Person. Das hat zur Folge, dass für die Erlöschensgründe auf den Eigentümer beziehungsweise Vater, nicht aber den Sklaven oder Vater abzustellen ist. Der Tod des Sklaven etwa bringt den Nießbrauch nicht zum Untergang. Umgekehrt ist das Erlöschen des *ususfructus* endgültig, so dass beispielsweise nach dem Tod des Vaters nicht etwa der Sohn (denselben) Nießbrauch behält. Interessant ist in diesem Zusammenhang die justinianische Lösung hinsichtlich eines Haussohnes in C. 3, 33, 17 (Justinian; 531 n. Chr.), auf die unten im Rahmen des Erlöschens des Nießbrauchs einzugehen ist.<sup>62</sup>

### 4. Personenmehrheiten

Mit Blick auf Personenmehrheiten auf Besteller- und Nießbraucherseite gilt:

a. Steht ein Sklave im Eigentum mehrerer, so können diese ohne Weiteres im gemeinsamen Zusammenwirken einen Nießbrauch am ganzen Sklaven bestellen. Will einer der Miteigentümer nicht mitwirken, so ist auch die Bestellung lediglich an einem (ideellen) Eigentumsteil möglich, siehe zu dieser Konstellation unten B. II. 4.

b. Zur Frage, was in der Stelle Ulpian (18 ad Sab.) D. 7, 1, 25, 4, damit gemeint ist, dass ein *servus fructuarius* [...] *usum fructum in se dari stipuletur*, siehe unten Seite 295.

c. Gegenüber der unter a. behandelten Frage rechtlich interessanter ist der *ususfructus* zugunsten mehrerer Nießbraucher an demselben Sklaven: Der Nießbrauch mehrerer war ohne Weiteres möglich (siehe nur Ulpian [18 ad Sab.] D. 7, 1, 13, 3<sup>63</sup>); wie beim Miteigentum handelt es sich um ideelle Anteile. Wie immer, wenn mehrere an einem Recht beteiligt sind, ergeben sich Schwierigkeiten, namentlich mit Blick auf die Haftung oder

---

61 *Iure* in F und S ist ein ersichtlicher Schreibfehler.

62 Unten S. 148.

63 „*Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividendo iudicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruuntur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? Quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.*“

hinsichtlich der Verteilung des vom Nießbraucher Erworbenen. Um die Zusammenhänge zu erhalten, werden diese Probleme bei den jeweiligen Sachfragen behandelt.<sup>64</sup>

## 5. Putativnießbrauch

Möglich ist schließlich ein Putativnießbrauch an einem Sklaven. In einem solchen Fall, der entweder dadurch auftritt, dass die Bestellung unwirksam ist,<sup>65</sup> oder dass ihn ein Nichteigentümer einzuräumen versucht, entsteht natürlich kein Nießbrauch. Jedoch ist diese Konstellation dann, wenn der Sklave in die Detention des Putativusufruktuars gelangt, für den Erwerb durch den Sklaven von Bedeutung, weil das einen Fall des *bona fide serviens* darstellt, arg. Pomponius (31 ad Qu. Muc.) D. 41, 1, 54, 3a: [...] *nec solum si nostros putaverimus, sed et si communes aut fructuarios, ut tamen, quod adquisituri non essent, si re vera communes aut usuarii*<sup>66</sup> *essent, id hodieque*<sup>67</sup> *non adquirant*. Dass hier der Putativnießbrauchssklave für den Putativnießbraucher nicht weitergehend erwerben kann, als es ein wahrer *servus fructuarius* für einen wahren Usufruktuar könnte, versteht sich von selbst, wie Pomponius a. a. O. schreibt; interessanter ist die Frage, wie es sich verhält, wenn in diesem Zusammenhang drei Personen beteiligt sind, nämlich der Putativnießbraucher, ein *bona fide possessor* und der *propriarius* respektive der *homo liber* selbst, dazu siehe unten beim Erwerb, Seite 295.

## II. Der Sklave als Nießbrauchsgegenstand

Der Sklave ist eine unverbrauchbare *res corporalis* und damit ohne Weiteres taugliches Nießbrauchsobjekt. Dasselbe gilt für den *usus*, bei dem, abgesehen vom Erwerb<sup>68</sup> und von dessen Unteilbarkeit<sup>69</sup>, die Regeln im Wesentlichen die gleichen sind.

Die Probleme liegen in den Einzelheiten und stellen sich mitunter als komplex dar; nachfolgend diskutiert werden die Frage der Auswirkung eines Mangels des Sklaven (1.), das Erfordernis des Eigentums (2. und 3.) sowie die Fragen eines Nießbrauchs an einem *statuliber* (4.) sowie an einem *liber homo bona fide serviens* (5.). Im Rahmen von (2.) wird ausführlich auf die Frage eines *servus sine domino* eingegangen.

---

64 Vor allem unten S. 265.

65 Etwa: Die *in iure cessio* oder das Vindikationslegat ist nichtig.

66 Konsequenterweise muss es hier *fructuarii* heißen, so richtig SALKOWSKI, Sklavenerwerb, S. 242 Fn. 13 a. E.

67 MOMMSEN emendiert *hodieque* zu *nobis utique*. Auch denkbar erscheint *nobis aequae* (für diesen Hinweis danke ich Johannes Platschek).

68 Dazu siehe unten S. 274.

69 Paulus (3 ad Vit.) D. 7, 8, 19.

## 1. Relevanz von Mängeln des Nießbrauchssklaven

Der zum Nießbrauch zu gebende Sklave musste nicht gesund sein, er konnte geisteskrank oder krank sein; auch die *infantia* des Sklaven stand nicht entgegen, PS 3, 6, 18.<sup>70</sup> Denn diese Eigenschaften konnten eines Tages wegfallen, und dann stand einer Benutzbarkeit des Sklaven nichts im Wege.<sup>71</sup>

a. Im Allgemeinen wird daher angenommen, dass diese Eigenschaften allenfalls den Wert des Nießbrauchs – gegebenenfalls auf null – senkten, was praktisch relevant für die Berechnung der falzidischen Quart<sup>72</sup>, für den Wert der *operae* sowie die etwaige Kontributionspflicht eines Nießbrauchers im Rahmen der *noxae deditio* des Sklaven war. So sind auch die folgenden Stellen zu verstehen.

Ulpian (55 ad ed.) D. 7, 7, 6, 1:

*„Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet.“*

Hier geht es zwar speziell um die *aestimatio* der *operae*, jedoch lässt sich, wie Kuntze richtig anmerkt,<sup>73</sup> dieser Gedanke auch für die Wertbestimmung in sonstigen Zusammenhängen wie etwa bei der falzidischen Quart verallgemeinern. Der Grundgedanke, dass zwar ein Nießbrauch vorliegt, aber sein Wert null ist, wird bestätigt durch Ulpian (17 ad Sab.) D. 7, 1, 12, 3:

*„[...] Nam saepe etiamsi praesentibus servis non utamur, tamen usum fructum retinemus: ut puta aegrotante servo vel infante, cuius operae nullae sunt, vel defectae senectutis homine: nam et si agrum aremus, licet tam sterilis sit, ut nullus fructus nascatur, retinemus usum fructum. [...]“*

b. Anders ist aber wohl die Auffassung des Pompeius, Pomponius (26 ad Quint. Muc.) D. 7, 1, 55 – ein Text, der bislang wenig Beachtung fand:

*„Si infantis usus tantummodo legatus sit, etiamsi nullus interim sit, cum tamen infantis aetatem excesserit, esse incipit.“*

Der Testator hatte den *usus* an einem *infans* vermacht; das Wort *tantummodo* stammt, wie die Glosse zu Recht sagt,<sup>74</sup> nicht vom Testator, sondern (als Auslegung) vom Juristen

---

70 *„Furiosi et aegrotantis et infantis ususfructus utiliter relinquitur. Horum enim alius respicere, alius convalescere, alius crescere potest.“* Für den *partus ancillae* folgt dies im Übrigen auch aus der schon oben behandelten Stelle Ulpian (17 ad Sab.) D. 7, 1, 68 pr. a. E.: *„[...] Quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? Et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius.“* Siehe zum *partus ancillae* im Übrigen unten.

71 Zum Aspekt der Benutzbarkeit siehe etwa D. 7, 1, 41pr.; ferner GROSSO, *Usufrutto*, 21958, S. 303ff., der von „susceptibilità“ spricht.

72 BUCKLAND, *Roman Law of Slavery*, S. 356.

73 KUNTZE, *Servus fructuarius*, S. 58f. – KUNTZE ist auch dahingehend zuzustimmen, dass die fünf Jahre, von denen Ulpian spricht, hier nur beispielsweise gemeint sind und nicht an der allgemeinen Altersgrenze der *infantia* von sieben Jahren rütteln sollten.

74 Gl. *Tantummodo* zu D. 7, 1, 55.

(Pomponius oder Quintus Mucius). Nun stellte sich die Frage, ob das Vermächtnis wirksam war. Das bejaht Pomponius implizit, was im Ergebnis wenig erstaunt; überraschend ist aber seine Begründung: Er sagt nämlich, dass vorübergehend (*interim*) kein Nießbrauch besteht, ein solcher jedoch mit Vollendung des siebten Lebensjahres des Kindes beginnen soll.

Diese Argumentation steht damit im Gegensatz zu dem oben Gesagten, denn wenn der Nießbrauch erst mit dem Erreichen der Altersgrenze entstehen und vorher *nullus* sein soll, bedeutet das zugleich eine Absage an die Möglichkeit der Bestellung eines *usus* an einem *infans*. Wie erklärt sich diese Differenz?

Denkbar ist zunächst, diese darin zu suchen, dass Pomponius von einem *usus* und nicht einem *ususfructus* handelt. Und in der Tat bestehen bekanntlich manche Unterschiede zwischen beiden Instituten, wie namentlich die Unteilbarkeit des *usus* sowie die fehlende Möglichkeit des Erwerbs *ex operis servi* durch den Usuar<sup>75</sup>. In der Frage der Benutzbarkeit ist indes kein sachlicher Unterschied zwischen beiden Instituten erkennbar; und auch die Kompilatoren legten offenkundig die prinzipielle Austauschbarkeit von *usus* und *ususfructus* zugrunde, als sie die Stelle in den Titel 7, 1 einreiheten.<sup>76</sup> Die Erwähnung lediglich des *usus* bleibt damit zwar rätselhaft, erklärt die genannte Differenz aber nicht.

Damit bleibt nur, dass Pomponius in der Frage der Anforderungen an die Benutzbarkeit des Nießbrauchsgegenstandes (das *uti*, die „suscettibilitätä“<sup>77</sup>) anderer Meinung als Ulpian<sup>78</sup> war: Er lässt das Recht erst entstehen, wenn die tatsächliche Benutzbarkeit gewährleistet ist; ihm genügt also nicht die bloße Möglichkeit der späteren Nutzung. Der Grund dafür dürfte sein, dass Pomponius das Erfordernis des *uti* strenger auslegt: Ohne anfängliche Möglichkeit des *uti* kann es keinen *usus* oder *ususfructus* geben. Spiegelbildlich findet sich ein derartig wörtliches Verständnis des *uti* bei der Frage eines *ususfructus* an verbrauchbaren Sachen: Ursprünglich wurde diese Frage jedenfalls zum Teil verneint, wohl deshalb, weil man bei notwendig vorliegendem *abusus* nicht von *usus* sprechen kann.<sup>79</sup> Ulpian hingegen lässt, indem er beim *infans* den Wert des Nießbrauchs mit Null ansetzt, erkennen, dass er den Nießbrauch als solchen entstehen lassen will; letzteres gilt für auch PS 3, 6, 18.

Praktisch wird der Unterschied nicht von großer Bedeutung gewesen sein, denn erstens war der anzusetzende Wert immer null (sowohl dann, wenn der Nießbrauch zwar schon besteht, aber faktisch wertlos ist, als auch dann, wenn er noch überhaupt nicht entstanden ist) und zweitens drohten keine Zwischenverfügungen<sup>80</sup> (in Form einer

75 Siehe D. 7, 8, 12, 5 – D. 7, 8, 14 sowie unten S. 274.

76 Ebenso Vivian, *Casus Si infantis* zu D. 7, 1, 55, zitiert nach Glosse 1627.

77 GROSSO, *Usufrutto*, 21958, S. 303.

78 Ulpian (55 ad ed.) D. 7, 7, 6, 1; Ulpian (17 ad Sab.) D. 7, 1, 12, 3.

79 Vgl. Ulpian (18 ad Sab.) D. 7, 5, 1.

80 Zu „Zwischenverfügungen“ beim Nießbrauch im Allgemeinen siehe Ulpian (5 disp.) D. 7, 4, 16: „*Si sub condicione mihi legatus sit usus fructus medioque tempore sit penes heredem, potest heres usum fructum alii legare: quae res facit, ut, si condicio extiterit mei legati, usus fructus ab herede relictus finiat. Quod si ego usum fructum amisero, non revertetur ad legatarium, cui ab herede pure legatus fuerat, quia ex diversis testamentis ius coniunctionis non contingit.*“

## II. Der Sklave als Nießbrauchsgegenstand

anderweitigen Bestellung eines Nießbrauchs an einen Dritten etwa im Weg der *in iure cessio*), denn auch diese wäre für Pomponius ja nicht möglich gewesen. Diese Überlegung ändert aber nichts an der Differenz in der dogmatischen Konzeption, die hier festzuhalten ist.

c. Was die Berechnung des Wertes eines Nießbrauchs an einem Sklaven im Übrigen betrifft, so sind keine speziellen Regelungen hierzu überliefert. Bekannt ist einzig, dass die *necessariae impensae* abzuziehen waren, Gaius (2 de liberali causa edicti urbici) D. 7, 7, 4, deren Höhe naturgemäß vom Einzelfall abhing.

Für den Nießbrauch im Allgemeinen findet sich eine Kalkulationsformel (mit Blick auf die *Falcidia* und ursprünglich wohl die *vicesima hereditatum*) bei Macer<sup>81</sup> (2 ad leg. vic. hered.) D. 35, 2, 68pr.:

*„Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur eiusque quantitatis Falcidia praestetur, ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum annorum viginti octo, ab annis viginti quinque usque ad annos triginta annorum viginti quinque, ab annis triginta usque ad annos triginta quinque annorum viginti duo, ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta annorum viginti. Ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit remisso uno anno: ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum annorum novem, ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum annorum septem, ab annis sexaginta, cuiuscumque aetatis sit, annorum quinque. Eoque nos iure uti Ulpianus ait et circa computationem usus fructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Numquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si rei publicae usus fructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.“*

Danach war bei Alimenten der Wert der jährlichen Zuwendung zu bestimmen. Für den Nießbrauch ist nichts Näheres mitgeteilt; man wird davon ausgehen dürfen, dass der zu berücksichtigende Jahreswert an den (fiktiven) Ertrag aus dem Nießbrauchsgegenstand anknüpfte. Sodann war dieser mit einer Zahl von Jahren zu multiplizieren („Vervielfältiger“), wobei für die hiesigen Belange der Unterschied zwischen Alimenten und Nießbrauch bei der Zahl der anzusetzenden Jahre außer Betracht bleiben kann. Diese Zahl

---

81 Nur nebenbei bemerkt sei, dass es sich um denselben Macer handelt, dem man die (verkürzten) Worte *Iudex non calculat* zuschreibt: Ursprünglich meinte Macer damit lediglich, dass der Richter offenbare Rechenfehler selbst korrigieren darf (Macer [2 de appell.] D. 49, 8, 1, 1), was heute in § 319 I dt. ZPO steht. Später wurde die Wendung mitunter dahingehend verstanden, der Richter solle bei seiner Entscheidungsfindung nicht die Argumente mengenmäßig zählen, sondern einzig auf deren Qualität achten. Heute wiederum wird die Wendung vornehmlich ins Scherzhafte gewandt gebraucht und soll auf die vermeintlich fehlenden Rechenfähigkeiten eines Richters anspielen. Siehe dazu nur LIEBS, Lateinische Rechtsregeln, <sup>7</sup>2007, S. 114.

der Jahre hing vom Alter des Vermächtnisnehmers ab und steht für die vertyppte präsumptive Lebenszeit des Legatars und damit für die zu erwartende Dauer der Vermächtnisleistungen bzw. der Fortdauer des Legats. Das Produkt aus beidem ergibt folglich den Gesamtwert der Alimente beziehungsweise des Nießbrauchs („Kapitalwert“), der für die *Falcidia* herangezogen werden konnte.<sup>82</sup> Wegen des gegenüber heute größeren Vervielfältigers<sup>83</sup> wird der Wert des Nießbrauchs regelmäßig eine beachtliche Höhe erreicht haben (was für die *lex Falcidia* natürlich von Vorteil war).

Wendet man diese Formel auf den Nießbrauch an einem Sklaven an, so ergibt sich: Der jährliche Arbeitswert des konkreten Nießbrauchssklaven konnte durch die Marktpreise für Arbeiter, notfalls im Wege der Schätzung, ohne Weiteres bestimmt werden. Bei der zu erwartenden Dauer des Nießbrauchs hingegen musste man die obige Formel regelmäßig modifizieren: Denn die Dauer des Nießbrauchs hing beim *servus fructuarius* nicht allein von der prognostizierten Lebensdauer des Usufruktuars ab, sondern auch vom Zustand des Sklaven als Nießbrauchgegenstand, das heißt namentlich dessen Alter und Gesundheit.

Ob somit speziell für den Nießbrauchssklaven eine eigene Berechnungsformel existierte, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Vorzugswürdig dürfte die Erklärung sein, wonach die obige allgemeine Formel vom Richter im Einzelfall sachgemäß angepasst wurde.<sup>84</sup>

## 2. Eigentum und *servus sine domino*

Der Nießbrauch setzt weiter voraus, dass der Besteller der Eigentümer des betreffenden Gegenstands ist. So einfach diese Aussage im Grundsatz ist, so schwierig können sich die Einzelheiten gestalten; folgende Punkte sind herauszugreifen:

### a. Nichtberechtigter

Erstens kann nicht ein Nichtberechtigter einen Nießbrauch bestellen, der Grundsatz *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* gilt auch hier. Dass sich dies heute etwa nach dem deutschen BGB anderes verhält (§§ 892; 1032 S. 2 BGB), ist im Anschluss an die Behandlung des Eigentums erst ein Produkt der Neuzeit und letztlich einzig pragmatischen Gesichtspunkten geschuldet.<sup>85</sup> Der Putativnießbrauch ist, wie

---

82 Siehe zu dieser Formel auch die Kommentierung von ROBY, De usufructu, S. 188 ff.

83 Siehe heute § 14 Abs. 1 S. 4 BewG i. V. m. der jeweiligen Veröffentlichung durch das Bundesfinanzministerium im Bundessteuerblatt.

84 So auch KELLER, Pandekten, S. 1068 f. – Nunmehr § 14 BewG. Für die Entwicklung bis heute bedeutsam waren die Werke LEIBNIZ', siehe LEIBNITZ, Hauptschriften. LEIBNIZ hat allerdings, soweit ersichtlich, D. 35, 2, 68pr. nicht herangezogen.

85 Siehe nur die Motive bei MUGDAN III, S. 189 ff. Die nunmehrigen Theorien zum gutgläubigen Erwerb sind, wie zu Recht bemerkt wird, lediglich unterlegte „Erklärungstheorien im Sinne Heck's“, siehe Staudinger/HEINZE, BGB (2020), Vorbem. zu §§ 932–936, Rn. 5.

oben ausgeführt, kein *ususfructus*, aber er kann für den Erwerb durch einen Quasi-Nießbrauchssklaven von Bedeutung sein.<sup>86</sup>

### b. Bedingtes Vermächtnis

Keinen Widerspruch zum soeben Gesagten enthält die Stelle Ulpian (5 disp.) D. 7, 4, 16, die zwar nicht ausdrücklich einen Nießbrauchssklaven zum Gegenstand hat, aber freilich auch für diesen gilt:

*„Si sub condicione mihi legatus sit usus fructus medioque tempore sit penes heredem, potest heres usum fructum alii legare: quae res facit, ut, si condicio extiterit mei legati, usus fructus ab herede relictus finiatur. Quod si ego usum fructum amisero, non revertetur ad legatarium, cui ab herede pure legatus fuerat, quia ex diversis testamentis ius coniunctionis non contingit.“*

Der Erbe ist mit einem aufschiebend bedingten Nießbrauchs(vindikations)vermächtnis zugunsten des *ego* belastet. Vor Bedingungseintritt kann der Erbe wirksam eine Zwischenverfügung treffen, indem er seinerseits einem Dritten vermächtnisweise<sup>87</sup> einen Nießbrauch bestellt. Diese Zwischenverfügung ist wirksam, weil vor Bedingungseintritt noch nicht einmal der *dies cedens* des ersten Nießbrauchslegats (= desjenigen zugunsten des *ego*) eingetreten ist. Anders gewandt: Der Erbe bestellt den zweiten Nießbrauch als Eigentümer und damit als Berechtigter.

Allerdings wird die Zwischenverfügung bei Bedingungseintritt *ex nunc* (arg.: *usus fructus ab herede relictus finiatur*) unwirksam und *ego* erhält seinen Nießbrauch. Der Grund für das Erlöschen des zweiten, vom Erben bestellten Nießbrauchs wird darin liegen, dass mit Bedingungseintritt der Erbe des Erben nicht mehr die Nießbraucherbefugnisse hat, so dass er fortan nicht mehr mit einem derartigen Vermächtnis belastet sein kann, weshalb dieser (zweite) *ususfructus* aufhören muss zu bestehen.<sup>88</sup>

Der letzte Satz Ulpians ist im Ergebnis konsequent; angemerkt sei indes, dass die Begründung etwas ungenau wirkt: *Quod si ego usum fructum amisero, non revertetur ad legatarium, cui ab herede pure legatus fuerat, quia ex diversis testamentis ius coniunctionis non contingit*. Sobald der (einmal begründete) Nießbrauch des *ego* erlischt, lebt der zweite Nießbrauch (= die Zwischenverfügung) nicht wieder auf. Anders gewandt: Vielmehr hat nun der Eigentümer die *plena proprietas*.

Die von Ulpian gegebene Begründung *quia ex diversis testamentis ius coniunctionis non contingit* ist zum einen fernliegend: Der Erwerb des Nießbrauchs durch den ersten und den zweiten Vermächtnisnehmer beruht auf zwei völlig verschiedenen Erbfällen. Hier kommt von vornherein eine Akkreszenz – das verbirgt sich hinter den Worten *ius coniunctionis* – nicht in Betracht, weil diese nur bei ein- und demselben Erbfall einschlägig ist. Man kann also keinesfalls auf den Gedanken kommen, dass der zweite Nießbraucher

---

86 Siehe oben S. 14 f. und unten S. 295.

87 Das in der Stelle erwähnte Legat ist hier, wie so oft, als eine *pars pro toto* für die Bestellung eines Nießbrauchs schlechthin zu verstehen.

88 So auch Gl. *finiatur* zu D. 7, 4, 16.

den Nießbrauch unter dem Gesichtspunkt der Anwachsung erhalten kann. Zum anderen sind die Worte *ex diversis testamentis* nicht präzise: Ulpian's Begründung besteht darin, dass bei zwei Erbfällen, also bei der Erbfolge nach zwei verschiedenen Personen, keine Akkreszenz stattfindet. *Diversa testamenta* ist also im Sinne von *testamenta duorum* gemeint. Indes ist der Ausdruck *diversa testamenta* nicht eindeutig, indem er auch als *duo testamenta* und damit als zwei Testamente ein- und derselben Person verstanden werden kann. Letzteres ist bei Soldaten möglich, die aus mehreren Testamenten wirksam beerbt werden konnten;<sup>89</sup> damit aber ist bei Soldaten eine Akkreszenz *ex diversis* (= *duobus*) *testamentis* denkbar.

### c. *Servus sine domino*

Ferner ist für den *ususfructus* notwendig, dass der Sklave überhaupt im Eigentum einer Person steht; an einer *res nullius* ist ein Nießbrauch an sich nicht denkbar.<sup>90</sup> Es gilt indes zu unterscheiden zwischen der Frage einer anfänglichen Nießbrauchsbestellung und der Freilassung beziehungsweise Dereliktion während bestehenden Nießbrauchs. Klarzustellen ist dabei Folgendes: Wie noch im Einzelnen gezeigt wird, ist stets die Frage des Eigentums am Sklaven von derjenigen nach dessen Status zu trennen, denn auch der eigentümerlose Sklave ist ein Sklave. Im Einzelnen gilt:

Eine anfängliche Nießbrauchsbestellung an einem eigentümerlosen Sklaven ist nicht möglich: Es gibt niemanden, der den *ususfructus* bestellen könnte.

Die umgekehrte Konstellation ist jedoch denkbar, nämlich in Form des *servus sine domino*<sup>91</sup>: Zu diesem konnte es im Zusammenhang mit dem Nießbrauch kommen, wenn an einem Sklaven ein Nießbrauch bestand und sodann, während der Nießbrauch noch fort dauerte, der Eigentümer den Sklaven freiließ oder – was noch zu untersuchen bleibt –<sup>92</sup> derelinquierte. Dabei handelt es sich also um einen nachträglichen Wegfall des Eigentümers, nicht aber darum, dass ein von Anfang an herrenloser Sklave zum Nießbrauch gegeben wird.<sup>93</sup>

Zu behandeln sind im Folgenden zunächst der *servus sine domino* im Zusammenhang mit dem Nießbrauch und anschließend in Form eines Exkurses die sonstigen Fälle, in denen man von einem solchen sprechen kann.

---

89 Ulpian (4 disp.) D. 29, 1, 19pr.; Papinian (6 resp.) D. 29, 1, 36, 1.

90 Siehe zu diesem Thema GROSSO, *Usufrutto*,<sup>2</sup>1958, S. 306 f.

91 Dieser Begriff wird nicht nur in der vorliegenden Konstellation gebraucht, sondern auch in anderen Fällen, siehe dazu sogleich im Text. Zum *servus sine domino* siehe grundlegend AFFOLTER, *Persönlichkeit*; ferner GROSSO, *Usufrutto*,<sup>2</sup>1958, S. 268 f. und ESPINOSA GOEDERT, *Manumisión del servus fructuarius*, in: *IURA* 37 (1986), S. 59–87. Aus hiesiger Sicht interessiert hier zunächst nur die rechtliche Seite des *servus sine domino*, nicht also die Erscheinung eines lediglich faktisch freien Sklaven.

92 Zur Frage, ob ein *servus sine domino* überhaupt im Wege der Dereliktion entstehen konnte, weil das voraussetzt, dass die Dereliktion einen herrenlosen Zustand schafft, siehe unten cc.

93 Zu dem Fall, dass ein Testator sowohl ein Sklavennießbrauchslegat als auch aufschiebend bedingt / befristet die Freilassung desselben Sklaven anordnet, siehe ausführlich unten S. 116.

## II. Der Sklave als Nießbrauchsgegenstand

### aa. Grundsätzliches

Die Existenz eines *servus sine domino* legt zunächst die Stelle Ulpian (5 ad Sab.) D. 28, 5, 9, 20<sup>94</sup> nahe, in der es über einen *cum libertate* instituierten Sklaven des Testators heißt:

„*Sed et si non ipse servus sit alienatus, sed usus fructus in eo, aequae institutio valet, sed differtur in id tempus quo extinguitur usus fructus.*“

Die Stelle ist im Zusammenhang mit § 16 h.l. zu sehen: Dort ordnet ein Testator zunächst die Erbeinsetzung seines Sklaven *cum libertate* an und veräußert später den Sklaven (d.h.: das Eigentum an demselben). Die Folge ist, dass die Erbeinsetzung wirksam bleibt und der Erwerber als neuer Eigentümer dem Sklaven den Erbschaftsantritt befehlen kann. In § 20 findet sich anstatt der Veräußerung des Eigentums am Sklaven eine Nießbrauchsbestellung an diesem. Wie nicht selten, wird auch für Letzteres der Ausdruck *alienare* verwendet, was zeigt, dass hier (wie mitunter) die Vorstellung des Nießbrauchs als einer *pars domini* zugrunde liegt.

Die Erbeinsetzung eines solchen Sklaven, an dem ein Dritter den Nießbrauch hat, ist wirksam. Allerdings entfaltet sie nicht sogleich ihre Wirkung, sondern erst in dem Zeitpunkt, in dem der Nießbrauch endet.<sup>95</sup> Zum *status libertatis* des Sklaven verhält sich die Stelle nicht ausdrücklich; sachnah wird man aber davon ausgehen dürfen, dass der Sklave sofort und nicht erst bei Ende des *ususfructus* die Freiheit erhält. Das hat zur Folge, dass er zwischen dem Tod des Testators und dem Erlöschen des Nießbrauchs als *servus sine domino* existierte.<sup>96</sup> Weiteres zum herrenlosen Sklaven als solchem zeigt die Stelle, die sich mit der Erbeinsetzung beschäftigt, freilich nicht.<sup>97</sup>

### bb. Einzelheiten

Mehr zum *servus sine domino* lässt sich im Zusammenhang mit dem Nießbrauchssklaven für den Fall der Freilassung für das klassische Recht<sup>98</sup> UE 1, 19 entnehmen:

„*Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.*“

(1) Was die Stelle nicht ausdrücklich besagt, aber für den römischen Juristen klar sein musste, war, dass dies nur galt, wenn weder der Nießbrauch von vornherein auf den Fall der Freilassung auflösend bedingt (was wohl als denkbar anzunehmen ist<sup>99</sup>) beziehungs-

94 Zur Stelle siehe noch unten S. 254.

95 Zur Frage, ob der letzte Teil des Satzes ab *sed differtur* interpoliert ist, siehe unten S. 254.

96 Zum justinianischen Recht in C. 7, 15, 1, 1 (530 n. Chr.) siehe sogleich im Text.

97 Zum Erbschaftserwerb durch einen *servus fructuarius* siehe unten S. 243.

98 Zum justinianischen Recht siehe unten S. 35.

99 Die auflösende Bedingung war zwar zivilrechtlich im Allgemeinen noch nicht ausgebildet; erste Ansätze dazu lassen sich aber mitunter erkennen, wie sich im Laufe der vorliegenden Arbeit immer wieder zeigen wird (zur Begründung durch vertragliche Abreden siehe FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen, S. 389 ff.). Ein solcher Fall – zum Nießbrauch allgemein – ist Pomponius (5 ad Sab.)

weise auflösend befristet<sup>100</sup> war noch bei einem unbedingten Nießbrauch der Nießbraucher der Freilassung zustimmte<sup>101</sup>. Denn in diesen beiden Konstellationen würde der Nießbrauch erlöschen und der Sklave wäre ohne jegliche Einschränkung<sup>102</sup> frei<sup>103</sup>.<sup>104</sup>

Lagen diese beiden soeben genannten Fälle nicht vor, so war die Annahme eines *servus sine domino* gleichermaßen folgerichtig wie pragmatisch: Denn es wäre einerseits unbillig, dem Usufruktuar den Nießbrauch aus den Händen zu schlagen; andererseits aber wäre

---

D. 7, 1, 19pr.: „*Proculus putat insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quae alteri insulae hereditariae debeatur; hoc modo: Si ille heredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usum fructum do lego vel sic: aedium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, aedificatae non erunt, illi usum fructum do lego.*“ Für die hiesigen Zwecke spielt es dabei keine Rolle, ob mit der Florentina *insulam* oder mit den Basiliken *oικίας χρησtiv* = *insulae fructus* zu lesen ist.

100 Siehe den Fall in D. 7, 4, 15 (Ulpian 18 ad Sab.): „*Interdum proprietarius ad libertatem perducet, si forte usus fructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur: nam incipiente proprietario manumittere extinguetur usus fructus.*“ Siehe dazu noch unten S. 116.

101 Die Zustimmung war anerkannt, siehe nur Hermogenian (1 iur. epit.) D. 40, 9, 27, 1 und C. 7, 15, 1pr. und 1 (Justinian; 530 n. Chr.). Fraglich ist allerdings, ob die Zustimmung des Nießbrauchers in der Manumissionsform vorzunehmen war, als Rück-Iniurezession an den Eigentümer geschehen konnte oder ob eine formlose Zustimmung genügte. Siehe dazu unten Fn. 166. War der Usufruktuar ein *pupillus*, so bedurfte es natürlich der *auctoritas tutoris*, Hermogenian (1 iur. epit.) D. 40, 9, 27, 1. Nichts anderes folgt übrigens aus Paulus-Julian (42 dig.) D. 40, 2, 4, 2: *Minor viginti annis dominus nec communem quidem servum sine consilio recte manumittit. Paulus notat: sed si pignori obligatum sibi minor viginti annis manumitti patiatur, recte manumittitur, quia non tam manumittere is quam non impedire manumittentem intellegitur.* Denn hier geht es ersichtlich nur um die Frage der *lex Aelia Sentia*; daher hat der Jurist nicht an die Entbehrlichkeit der *auctoritas tutoris* schlechthin gedacht, so dass man sich den von Paulus erwähnten Unterzwanzigjährigen als immerhin Mündigen denken muss. Mit Blick auf diese *lex Aelia Sentia* gilt es noch folgenden bemerkenswerten Befund hervorzuheben: Wie aus dieser Stelle Paulus-Julian (42 dig.) D. 40, 2, 4, 2 sowie aus Ulpian (18 ad Sab.) D. 40, 2, 2 (*Si minor sit annis viginti fructuarius, an consentire libertati possit? Et puto consentiendo posse ad libertatem perducere.*) folgt, drang die Ansicht durch, dass auch ein Unterzwanzigjähriger *sine consilio* der Freilassung zustimmen kann; die Begründung dieser Ansicht liegt auf der Hand: Die Zustimmung ist eben streng genommen keine Freilassung. Dass diese doch sehr progressive Auffassung nicht unangefochten war, versteht sich von selbst, auch wenn sich jenseits des Ulpian'schen *puto* und des Paulus'schen *notat* keine Spuren der Gegenansicht erhalten haben, die schlicht auf das *consilium* gedrungen haben wird. Wenn die Gl. *intellegitur* zu D. 40, 2, 4, 2 auf Marcian (sing. ad form. hyp.) D. 20, 1, 16, 1 a. E. verweist, so passt das nicht, weil es dort um die Frage des Pfandrechts, nicht aber der Freilassung geht. Zu beiden Stellen siehe auch ESPINOSA GOEDERT, Manumisión del servus fructuarius, in: IURA 37 (1986), S. 62–64. Bezüglich der Form lässt sich den Stellen D. 40, 2, 4, 2 und D. 40, 2, 2 damit nichts entnehmen; insbesondere kann allein aus dem *pati* nicht auf die Formlosigkeit der Zustimmung geschlossen werden, weil der Fokus beim *pati* auf dem *non tam manumittere quam non impedire* liegt.

102 Zur Frage, welche Art von Freiheit (zivilrechtlich oder prätorisch) er erlangt, siehe sogleich im Text.

103 Im Falle des nachträglichen Verzichts des Nießbrauchers auf den *ususfructus* bei einem *vindicta* freigelassenen Sklaven lässt AFFOLTER den Sklaven nicht frei werden, sondern (auf grundsätzlich ewig) *servus sine domino* bleiben. Das ist von seinem Standpunkt her konsequent, weil für ihn die *vindicta* zwar das Eigentum des *proprietarius* zum Erlöschen bringt, aber keine spätere Freilassung mehr bewirken kann; die Möglichkeit der hier wahrscheinlich einschlägigen prätorischen Aufrechterhaltung bedenkt er nicht: AFFOLTER, Persönlichkeit, S. 74 f., 190.

104 Zum unkomplizierten umgekehrten Fall, dass unter der Bedingung des Erlöschens des Nießbrauchs freigelassen wird: Ulpian (1 ad Urs. Fer.) D. 7, 1, 35, 1 siehe unten S. 117.

## II. Der Sklave als Nießbrauchsgegenstand

es auch unerklärlich, einem Eigentümer, der durch die Vornahme der Freilassung erkennen lässt, das Eigentum am Sklaven aufgeben zu wollen, die *proprietas* zu belassen.

Aus den Worten *liber non fit* sowie *servus sine domino* in UE 1, 19 ergibt sich demnach für das klassische Recht, dass die Freiheit nicht sogleich eintritt, sondern der Betreffende zunächst weiter Sklave blieb, aber ohne dass er noch einen *dominus* hätte. Er ist also Sklave, aber ohne Eigentümer.

Nach dem Erlöschen des Nießbrauchs, so hat man sich weiter zu denken, wird der Sklave frei.<sup>105</sup> Weil die UE-Stelle dieses Freiwerden aber nicht ausdrücklich ausspricht, wird demgegenüber mitunter vertreten,<sup>106</sup> der Sklave bleibe zeitlebens<sup>107</sup> ein *servus sine domino*.

Dass dem nicht so ist, sondern die Freiheit erlangt wird, wird unten ebenso gezeigt werden wie, welche Art der Freiheit (*civis Romanus libertus* oder *Latinus Iunianus*) der Sklave erhielt. Als Ausblick vorausgeschickt sei, dass zwischen den drei praktisch relevanten Freilassungsarten der *manumissio testamento*, der *manumissio vindicta* und der prätorischen Freilassung *inter amicos* zu unterscheiden ist.

(2) Eine solche Differenzierung trifft UE 1, 19 nicht (was in Anbetracht des Charakters dieser Schrift weder überrascht noch besonders aussagekräftig ist); die Frage zwischen den Freilassungsarten wirft jedoch das – allerdings stark lädierte – sogenannte *fragmentum Dositheanum* in § 11<sup>108</sup> auf, wo es heißt:

„*Proprietarius eum servum, cuius ususfructus ad alium pertinet, non potest vindicta manumittere obstante usufructu, et si manumiserit eum vindicta, faciet servum sine domino. Sed Latinum [...]*“

Demnach ist hier die Rede lediglich von der *manumissio vindicta*, die zum *servus sine domino* führen soll. Wie die Stelle weitergeht (*sed Latinum [...]*), ist nicht erkennbar. Die Stelle bereitet aus mehreren Gründen Schwierigkeiten:

Zum einen ist der Wortlaut auf den ersten Blick perplex. Der erste Teil des Satzes besagt scheinbar, dass der Eigentümer die *manumissio vindicta* nicht vornehmen könne, während im zweiten Teil bei doch erfolgter *manumissio vindicta* der Eigentümer den Sklaven zum *servus sine domino* machen können soll. Man wird die Stelle im Ergebnis wie folgt verstehen müssen: Im ersten Teil des Satzes will die Stelle nur sagen: Eine sofortige Wirkung kann die *manumissio vindicta* nicht haben, sie kann also nicht sogleich zur

---

105 Zur Frage, welche Art von Freiheit (zivilrechtlich oder prätorisch) er erlangt, siehe sogleich im Text.

106 SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 272; für die *manumissio vindicta* AFFOLTER, Persönlichkeit, S. 74 f; wieder anders GROSSO, Usufrutto, <sup>2</sup>1958, S. 268, der für alle zivilen Freilassungsformen zivile Nichtigkeit annimmt, jedoch die Freilassung nach prätorischen Grundsätzen aufrechterhält. – Ähnlich ESPINOSA GOEDERT, Manumisión del servus fructuarius, in: IURA 37 (1986), S. 70, die der Ansicht ist, die Quellen hätten das spätere Erlöschen des Nießbrauchs nicht vor Augen; dabei geht sie auf § 11 des *fragmentum Dositheanum* nicht näher ein.

107 Das versteht sich freilich vorbehaltlich eines anderweiten Tatbestandes, der den Status des *servus sine domino* zum Untergang bringt, sei es dadurch, dass der Sklave in die Gewalt eines neuen Herrn tritt, sei es, dass er frei wird, siehe dazu die Übersicht bei AFFOLTER, Persönlichkeit, S. 167 ff.

108 Abgedruckt unter anderem in FIRA II<sup>2</sup>, S. 615–621, wo sich weitere Ausgaben und Literatur finden.

Freiheit führen. Jedoch hat – und das ist die Präzisierung im zweiten Teil des Satzes – die *manumissio vindicta* doch eine Rechtsfolge, nämlich insoweit, als sie das Verhältnis zum Eigentümer löst: Das Eigentum erlischt. Damit entsteht ein *servus sine domino* und der Nießbrauch besteht fort. Mit anderen Worten: Der Sklave bleibt zunächst Sklave, er wird aber mit Erlöschen des Nießbrauchs frei. Für eine Rückbeziehung des Zeitpunkts des Freiwerdens auf den Zeitpunkt der Vornahme der *vindicta* ist entgegen Petrus Faber nichts ersichtlich.<sup>109</sup>

Zum anderen entsteht die weitere, schwierigere Frage, ob dem Umstand Bedeutung zukommt, dass im Fragment die Rede nur von der *manumissio vindicta*, nicht aber von den anderen zivilen, geschweige denn den prätorischen, Freilassungsformen ist. Auch ist zu klären, wie die Worte *sed Latinum* zu verstehen sind. Nur auf den ersten Blick bietet sich dazu folgende Überlegung an: Die Stelle könnte im Wege einer groben Verallgemeinerung die *manumissio vindicta* lediglich als eine *pars pro toto* für die zivilen Manumissionsarten beinhalten. Dafür könnte immerhin erstens sprechen, dass die Aussagekraft des Fragments in Anbetracht seiner Entstehung (resultierend aus Hin- und Herübersetzungen zwischen Lateinischem und Griechischem) eine verminderte ist. Und zweitens könnte man auf den Gedanken kommen, in der *manumissio vindicta* nach dem Außergebrauchtretreten der *manumissio censu*<sup>110</sup> schlicht den praktisch wichtigsten Anwendungsfall der Freilassung zu erblicken.<sup>111</sup> Konsequenterweise beziehen sich dann die Worte *sed Latinum* nicht auf den Fall der *manumissio vindicta*, sondern betreffen eine andere Konstellation, sprich wahrscheinlich die prätorische Freilassung.

Dieser Überlegung lässt sich freilich, abgesehen davon, dass die *manumissio testamento* der *manumissio vindicta* in ihrer Bedeutung nicht nachstand,<sup>112</sup> entgegenhalten: Unterstellt, dass man die Worte *sed Latinum* noch auf die *manumissio vindicta* bezogen sieht, dass also die Worte etwa wie folgt lauteten *sed Latinum tantummodo faciet finito usufructu*<sup>113</sup>, ergibt sich ein gänzlich anderes Bild: Demnach wird der mit der *vindicta* freigelassene Nießbrauchssklave zunächst *servus sine domino* und nach Ende des Nießbrauchs nicht *civis Romanus liberus*,<sup>114</sup> sondern nur *Latinus Iunianus*. Für diese Lösung kann man

---

109 FABERS nachfolgende Ausführungen bezüglich der Rückwirkung sind nicht nachvollziehbar: FABER, *Semestrium liber secundus*, S. 538f., der schreibt: „*Sed in illa specie de servo pignori dato manumisso, an retro trahi libertatem dicimus impedimento pignoris sublato? Quod magis putaverim, utpote iam olim a domino concessam: idemque iuris esse in servo a domino proprietatis manumisso sine consensu fructuarii. Nam interim quidem liber non fit, sed servus sine domino est, quamdiu scilicet usufructus durat (sic enim accipiendum esse reor, quod est ab Ulpiano traditum in Institutionibus [UE I, 19], aut regularum libris) ex postfacto autem, insecuta morte vel voluntate ac ratihabitione fructuarii, vel alias extincto usufructu convalescere libertatem, et ad id tempus quo a domino imposita fuit retro trahi [...]*“.

110 Zum Außergebrauchkommen des *censu* siehe Gai. 1, 160.

111 Siehe aber sogleich im Text.

112 Siehe nur die eingehende Behandlung in D. 40, 4.

113 Ähnlich schon LACHMANN, *Zu römischen Rechtsquellen*, S. 209 und KRÜGER nach FIRA II<sup>2</sup>, S. 620 Fn. zu 11.

114 So aber VON VANGEROW, *Latini Iuniani*, S. 49f., der für die Worte *sed Latinum* in § 11 des *fragmentum Dositheanum* sodann folgende Erklärung anbietet: Der Verfasser habe hier (das heißt: in dem Satz ab *sed Latinum*) den Fall der *manumissio inter amicos* vor Augen gehabt.

mit Göschen<sup>115</sup> auf folgendes Argument verweisen: Die *manumissio vindicta* ist (aufgrund ihrer Herkunft aus der *in iure cessio*) bedingungsfeindlich.<sup>116</sup> Für den Fall des *servus fructuarius sine domino*, bei dem das künftige Erlöschen des Nießbrauchs stets ein ungewisses<sup>117</sup> ist, bedeutet das, dass jedenfalls eine Nähe zu einer *condicio* vorliegt, so dass die Freilassung als solche zivilrechtlich unwirksam sein muss. Sie ist aber wohl gemerkt nur als Freilassung ohne Wirkung und hat immerhin insoweit einen Effekt, als sie dem Eigentümer unwiderruflich das Eigentum nimmt.

Gut vorstellbar ist nun,<sup>118</sup> dass nach dem Erlöschen des Nießbrauchs der Prätor eingriff und die aus dem Geschilderten resultierende Nichtigkeit der *manumissio vindicta* als solcher abfederte, indem er sie als prätorische Freilassung aufrechterhielt – welche wiederum dem Freigelassenen aber nur den Status eines *Latinus Iunianus*<sup>119</sup> (aufgrund hier analoger Anwendung der *lex Iunia*) verschaffen konnte.

Diese Lösung, die allerdings auf der nicht vollständig gesicherten Basis der sachlichen Zugehörigkeit der Worte *sed Latinum* zur *manumissio vindicta* beruht, hat für sich, dass sie der Dichotomie des römischen Rechts, bestehend aus dem strengen *ius civile* und dem biegsamen *ius honorarium*, Rechnung trägt.

Zu überlegen ist des Weiteren, ob für diese Deutung des § 11 des *fragmentum Dositheanum* dessen § 16 weiterhilft. Dort findet sich mit den Worten *sed Latinum* eine sprachliche Parallele zu § 11, die vom Verfasser des *fragmentum* auch als eine inhaltliche beabsichtigt war, wie sogleich zu zeigen sein wird. § 16 lautet:

„*Servum pignori datum civem Romanum facere debitor non potest, nisi si forte solvendo non sit; obstat enim libertati lex Aelia Sentia, quae prohibet servum fraudandorum creditorum causa manumissum civem Romanum fieri. Sed Latinum [...]*“

Der Paragraph ist schwierig in seiner Deutung. Das beginnt schon damit, dass, wenn man die Worte *nisi si forte solvendo non sit* auf den vorangegangenen Halbsatz beziehen will (siehe sogleich), dieser *nisi*-Satz eine Negation zu viel enthält; Sinn ergibt dann nämlich nur die Übersetzung „außer wenn (der Schuldner) solvent ist“. Erklären mag man sich diesen Fehler damit, dass es sich um den (jedenfalls insoweit untauglichen) Übersetzungsversuch aus dem Griechischen ins Lateinische handelt.<sup>120</sup>

---

115 GÖSCHEN, Einige Bemerkungen in Beziehung auf das ältere Recht der Freilassungen bey den Römern, in: ZGR 3 (1817), S. 266, der allerdings nicht von einer Bedingung, sondern gewissermaßen einem Anfangstermin ausgeht; ihm folgend LACHMANN, Zu römischen Rechtsquellen, S. 209.

116 Arg. Papinian (28 quaest.) D. 50, 17, 77 und vat. 49 a. E. – Die Stelle Marcellus (23 dig.) D. 40, 1, 15, soweit sie von einer *manumissio vindicta mortis causa* spricht, ist bekanntlich interpoliert, siehe nur MITTEIS, Römisches Privatrecht, S. 169 mit Fn. 7 und 8 sowie IMPALLOMENEI, Le manomissioni mortis causa, S. 53 f. m. w. N. in Fn. 40.

117 Erforderlich ist ja zum einen, dass der Nießbraucher verstirbt, ein Endtermin eintritt usw., und zum anderen, dass der Sklave diesen Zeitpunkt überhaupt erlebt.

118 AFFOLTER, Persönlichkeit, S. 190 bedenkt diese Möglichkeit der Aufrechterhaltung der unwirksamen *manumissio vindicta* als prätorische nicht. Im Übrigen stimmt seine Deutung mit der hier gewonnenen überein.

119 Siehe nur Gai. 3, 56.

120 Überlegungen dazu bei SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 281 Fn. 2.

Aber auch inhaltlich tun sich Verständnisprobleme auf: § 16 verknüpft nach dem Wortlaut die Freilassung eines verpfändeten Sklaven und die fraudatorische Freilassungen verbietende *lex Aelia Sentia* miteinander: So folgen auf den ersten Teil *servum pignori datum civem Romanum facere debitor non potest* die Worte *nisi [si] forte solvendo [non] sit* und sodann als Begründung *obstat enim libertati lex Aelia Sentia, quae prohibet servum fraudandorum creditorum causa manumissum civem Romanum fieri*.

Problematisch ist nun, ob die Unwirksamkeit der Freilassung eines Pfandsklaven wirklich auf der *lex Aelia Sentia* gründet. Dernburgs einflussreich gewordene Auffassung<sup>121</sup> bejaht dies: Demnach sei ursprünglich die Freilassung eines Pfandsklaven (bei gleichzeitigem Erlöschen des Pfandes) wirksam gewesen. Sodann sei diese unter den Voraussetzungen der *lex Aelia Sentia* als nichtig behandelt worden. Schließlich habe man am Ende des ersten nachchristlichen Jahrhunderts zwischen Spezial- und Generalpfand unterschieden; bei letzterem habe sich gegenüber dem vorigen Zustand nichts geändert, wohingegen beim Spezialpfand die Freilassung stets nichtig gewesen sei.

Demgegenüber hat Fritz Schulz in einer ausführlichen Abhandlung<sup>122</sup> die Ansicht vertreten, die Frage der Freilassung eines *servus pigneratus* habe mit der *lex Aelia Sentia* nichts zu tun gehabt. Zwar sei sowohl bei der Freilassung eines Pfandsklaven als auch bei fraudatorischen Freilassungen (grundsätzlich) die Freilassung unwirksam. Im ersteren Fall aber beruhe die Nichtigkeitsfolge – parallel zum Nießbrauchssklaven – auf der sachenrechtlichen Belastung an dem Sklaven. Auf die Unterscheidung zwischen Spezial- und Generalpfand komme es in klassischer Zeit nicht an, indem die Freilassung unabhängig von der Frage der Solvenz des *manumissor* unwirksam sei; jedoch habe die Nachklassik beim Generalpfand zum Schutz des Sklaven die Freilassungen nur dann für unwirksam gehalten, wenn es sich um fraudatorische gehandelt habe.<sup>123</sup>

Für die hiesigen Zwecke, die Einordnung der Worte *sed Latinum*, ist eine endgültige Klärung dieser sehr komplexen Frage nicht ausschlaggebend; daher seien die Ausführungen auf den Hinweis beschränkt, dass vor dem Hintergrund von C. 7, 8, 1<sup>124</sup> und Paulus (39 ad ed.) D. 40, 1, 3<sup>125</sup> die Auffassung von Schulz sehr wahrscheinlich richtig ist.<sup>126</sup>

Die Folge daraus wäre, dass damit der Verfasser des § 16 des *fragmentum Dositheanum* entweder den Fall des Pfandsklaven und der fraudatorischen Freilassung unzulässigerweise miteinander vermengt hätte (Variante 1) oder aber, mit Schulz, dass er beide Fälle in engster Aufeinanderfolge behandelt hätte (Variante 2),<sup>127</sup> was weit wahrscheinlicher

121 DERNBURG, Pfandrecht II, S. 12 ff.

122 SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 263.

123 SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 264.

124 C. 7, 8, 1 (Severus und Caracalla; 205 n. Chr.): „*Licet dotale mancipium vir qui solvendo est possit manumittere, tamen si te pignori quoque datum mulieri apparuerit, invita ea non posse libertatem adsequi non ambigitur.*“

125 Paulus (39 ad ed.) D. 40, 1, 3: „*Servus pignori datus, etiamsi debitor locuples est, manumitti non potest.*“

126 Zu diesen Stellen SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 280.

127 Dazu SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 266 f.

## II. Der Sklave als Nießbrauchsgegenstand

sein dürfte. Für den letzten Fall müsse man, so Schulz weiter, vor *nisi* etwa ergänzen: *pignori non obligatum potest*.<sup>128</sup> Die Worte *sed Latinum* beziehen sich dann in der zweiten Variante auf die Konstellation, dass bei einem freigelassenen Pfandsklaven später das Pfand erlischt; in diesem Fall hat – parallel zum *servus fructuarius* – der zunächst unwirksame Freilassungsversuch doch noch eine Wirkung, indem nämlich der Sklave zum *Latinus Iunianus* wird.<sup>129</sup> Folgt man hingegen der ersten Variante, so würde das bedeuten, dass der Verfasser des § 16 die Rechtsfolge der Latinität für den Fall eintreten lassen wollte, dass nachträglich, nach dem unwirksamen Freilassungsversuch, die Voraussetzungen der *lex Aelia Sentia* entfallen.

Aber auch wenn man mit Dernburg die Freilassung eines Pfandsklaven unter die Voraussetzungen der *lex Aelia Sentia* stellt, so schließt das doch nicht aus, dass die Worte *sed Latinum* den Fall meinten, dass nach dem Freilassungsversuch die Voraussetzungen der *lex Aelia Sentia* entfielen und man dem Sklaven zwar nicht zivilrechtlich, aber doch prätorisch die Freiheit gab. Denn das ist exakt die soeben erwähnte erste Deutungsvariante.

Als Zwischenergebnis zeigt sich damit, dass, wie auch immer man den Paragraphen im Einzelnen deutet, hinsichtlich der Worte *sed Latinum* § 16 demselben Gedanken wie § 11 folgt: Nach dem Erlöschen des dinglichen Rechts (Nießbrauch; Pfandrecht) soll der Sklave frei werden, und zwar lediglich nach prätorischem Recht.

Im Folgenden ist § 11 des *fragmentum Dositheanum* noch mit Blick auf die anderen Freilassungsarten, das heißt die zivile *manumissio testamento* einerseits und die prätorischen Formen andererseits, auf seine Plausibilität hin zu überprüfen.

Dass bei der *manumissio testamento* die Freilassung des *servus fructuarius* durch den Testator-Eigentümer den Sklaven nach dem Erlöschen des Nießbrauchs zum *civis Romanus libertus* macht, versteht sich wegen der hier zulässigen Bedingbarkeit von selbst, spricht aber nicht gegen das zur *manumissio vindicta* Gesagte, die eben aufgrund ihrer Herkunft bedingungsfeindlich war.<sup>130</sup> Ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis führen auch die prätorischen Freilassungsformen, bei welchen eine aufschiebende Bedingung ohne Weiteres zulässig war und die ohnehin nur den Status des *Latinus Iunianus* mit sich bringen.

Zu klären ist demnach nur noch, ob die Aussage in UE 1, 19 dem zu § 11 des *fragmentum Dositheanum* Gesagten entgegensteht. Das muss nicht notwendig so sein: Denn UE 1, 19 betont lediglich die Erscheinung des *servus sine domino*, ohne die Frage der

---

128 SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 282.

129 SCHULZ, Fraudatorische Freilassung, in: ZRG RA 48 (1928), S. 283 f., wobei dieser das nach klassischem Recht nur für die prätorischen Freilassungen gelten lassen will, während vom hiesigen Standpunkt dieses Ergebnis auch für die zivilen gilt.

130 In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die oben im Text behandelte Stelle Ulpian (5 ad Sab.) D. 28, 5, 9, 20 verwiesen: Wenn Ulpian die, wenn auch zeitlich hinausgeschobene, Erbeinsetzung des Sklaven ohne Weiteres akzeptiert, scheint er nicht nur von dessen (ohne jeden Zweifel gegebener) *\*testamenti factio passiva* auszugehen, sondern auch dessen *capacitas* zugrunde zu legen. Daran aber zeigt sich, dass der so instituierte und freigelassene Sklave nicht *Latinus Iunianus* sein kann, sondern *civis Romanus libertus* sein muss: Denn dem *Latinus Iunianus* fehlte eben jede *capacitas*. Zur Frage der Echtheit des letzten Halbsatzes siehe freilich unten S. 254.

Rechtsfolge nach dem Erlöschen des Nießbrauchs explizit aufzuwerfen; ob sich der Verfasser der UE dabei von dem Bild der *manumissio testamento* leiten ließ (die ohnehin zum *civis Romanus libertus* führte), oder für ihn diese Frage aus sonstigen Gründen nicht von Interesse war, ist nicht zu erkennen.

Zu weit geht damit Grosso, wenn er die (ohne Zustimmung durch den Usufruktuar erfolgte) Freilassung eines Nießbrauchssklaven stets – also nicht nur bei der *manumissio vindicta*, sondern auch bei der *manumissio testamento* – eine zivilrechtlich rein negative Wirkung haben lässt: Nur das Eigentum am Sklaven sei erloschen; ein Freiwerden könne es allenfalls nach prätorischem Recht geben.<sup>131</sup> Nach dem Gesagten gilt dies aufgrund der Besonderheiten der *manumissio vindicta* nur für diese und nicht für die *manumissio testamento*, bei welcher nach dem Erlöschen des Nießbrauchs die zivile Freiheit eintrat.

(3) Die höchst schwierige Stelle Paulus (50 ad ed.) D. 40, 12, 23pr. hilft für die dogmatische Einordnung des *servus sine domino* nicht weiter; sie ist allerdings mit dem hiesigen Thema sachlich verwandt und zeigt einen weiteren Entstehungsfall, weshalb auf sie etwas näher einzugehen ist:

„Pr. Si usum fructum tibi vendidero liberi hominis et cessero, servum effici eum dicebat Quintus Mucius, sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem, alioquin sine domino fore. 1. In summa sciendum est, quae de venditis servis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio, dicta sunt, etiam ad donatos et in dotem datos referri posse, item ad eos, qui pignori se dari passi sunt.“

Während das rechtliche Ergebnis im Prinzipium eindeutig ist – es entsteht bei bösgläubigem Verkäufer ein *servus sine domino*, bei gutgläubigem ein gewöhnlicher *servus fructuarius* –, bereitet die Rekonstruktion des Sachverhalts Schwierigkeiten.<sup>132</sup>

Die Basiliken helfen an dieser Stelle nicht weiter, denn hier ist der Sachverhalt noch kürzer, indem nur auf die Abgrenzung von Gut- und Bösgläubigkeit Wert gelegt wird, B. 48, 8, 23:

„Ἰαβολένος.<sup>133</sup> Εἰ καλῆ πίστει χρῆσιν ἐλευθέρου πωλήσω σοι ἀνεχομένου, δοῦλος ἐμὸς ἔσται· ἐπεὶ ἀδέσποτος ἔσται. 1. Τὰ λεχθέντα περὶ πράσεως οἰκετῶν, οἳ μὴ δύνανται ἀναβοᾶν εἰς ἐλευθερίαν, καὶ πρὸς τοὺς δωρηθέντας καὶ εἰς προῖκα δοθῆναι ἀνασχομένους, καὶ εἰς ἐνέχυρον, φέρονται.“

Üblicherweise, seit Cujas<sup>134</sup>, wird für D. 40, 12, 23pr. von folgender Situation ausgegangen: Jemand bestellt verkaufsweise einen Nießbrauch an einem freien Menschen – und zu ergänzen sei nach *liberi hominis* notwendig: *pretium participantis*. Voraus-

131 GROSSO, Usufrutto, <sup>2</sup>1958, S. 268 und GROSSO, In iure cessio dell'usufrutto, S. 79 f.

132 WATSON, Law of Persons, S. 166 sagt sogar: „The text is probably one of the most enigmatic in the Digest [...]“, ebenso vor ihm Mathieu Nicolau, Causa Liberalis, Paris 1933, 268: „cas énigmatique“. Davor schon DE MANZANO, bei MEERMAN, Novus thesaurus juris civilis VII, S. 201, unter § 1: „[...] nulla (sc. Pauli sententia) est in hoc tractatu inter Academicos Antecessores celebrior, obscurior nulla.“

133 Die Basiliken ordnen das Fragment Javolen, nicht Paulus zu.

134 CUJAS, In lib. L. Pauli ad edictum, ad l. XXIII. De liberali causa, Opera V, S. 1098. Ebenso: MOMMSEN, Editio maior, D. 40, 12, 23pr. Fn. 1; LENEL, Palingenesia I, Sp. 1061 Fn. 1; BUCKLAND, Roman Law of Slavery, S. 429; vorsichtig in diese Richtung auch KASER, RP I, <sup>2</sup>1971, S. 292 Fn. 44.