

I. Sachenrecht

A. Besitz

D 41, 2, 32, 1 (Paul. 15 ad Sab.)

Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utriusque mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

Wenn der Mieter die (Miet-)Sache verkauft und sie vom Käufer gemietet und beiden den Mietzins gezahlt hat, behält der erste Vermieter ganz zu Recht den Besitz durch den Mieter.

Die Beteiligten: Vermieter V und Mieter M; in der Ausgangslage des Geschehens: Der Mieter vermittelt als Detentor dem V den Besitz, der damit *mittelbarer Besitzer* ist.

Dann verkauft der Mieter die Sache an einen Dritten und mietet von diesem die Sache zurück. Darin könnte ein *Besitzkonstitut* liegen, das hier aber *scheitern* muss:

Im Normalfall des Besitzkonstituts („Verkaufen und Zurückmieten“, meist mit dem wirtschaftlichen Hintergrund der Deckung eines Kapitalbedarfes: V/M hat so den Kaufpreis, was seine Liquidität erhöht und die Zinszahlungen kann er sich damit leicht leisten) geschieht ein *abgeleiteter Besitzerwerb*: Der Käufer erwirbt derivativ vom Verkäufer den Besitz, der dann als Detentor dem Käufer den Besitz weiterhin vermittelt.

Hier aber konnte der Käufer vom Verkäufer/Mieter keinen Besitz ableiten, weil der zurückmietende Verkäufer selbst nicht Besitz, sondern bloße Innehabung hatte und seine Inhaberschaft für seinen Vermieter aufrechterhielt, indem er an diesen den Mietzins weiterhin zahlte¹). Daher hat das *durch fehlgeschlagenen abgeleiteten Besitzerwerb misslungene Besitzkonstitut* die erste Besitzmittlung nicht beseitigt. Oder, die vielleicht bessere Erklärung: Hier liegen *konkurrierende Besitzmittlungen* vor. Solange die Besitzmittlung für den Ersten intakt ist, funktioniert die zweite nicht. *Detentio* (Innehabung und damit Rück-

¹) An den ersten Vermieter zahlte er weiter, offenbar damit der Verkauf nicht auf-
fiel. Besitzrechtlich ist das *furtum* durch nichtautorisierten Verkauf der wissentlich fremden Sache irrelevant, weil der erste Vermieter seine (mittelbare) *possessio* behielt.

stellungsbereitschaft) für verschiedene Personen geht nicht (die Sache zurückstellen kann man nur an Einen). Erst wenn die *detentio* für den Ersten zerstört wäre (etwa M sich nicht mehr rückstellungswillig an den ersten Vermieter zeigte), wäre der Weg frei für ein funktionierendes Konstitut. Indiz dafür ist „*et utriusque mercedis praestitit*“ mit der naheliegenden Variante: Verhielte sich M nicht mehr vertragstreu gegenüber dem ersten Vermieter, so wechselte die mittelbare *possessio* zum Käufer.

Zur (nicht thematisierten) schuldrechtlichen Seite des Falls: Welcher Störfall des Kaufes liegt vor? Ein funktionierendes Konstitut hat die Wirkung der Übergabe, die hier fehlschlug. Somit liegt Verzug mit der geschuldeten Übergabe vor (ein Fall von *res vendita non tradatur*). Käme konkurrierend auch Rechtsmangelhaftung in Betracht? Bei wissentlichem Verkauf einer fremden Sache ist das Eviktionsprinzip durchbrochen, indem der Käufer die *actio empti* gegen einen *venditor sciens* auch schon vor Eviktion anstellen kann „*in id, quanti mea intersit meam esse factam*“ („wie viel mir daran liegt, dass sie meine Sache geworden ist“; der *dolus* wird stärker bestraft, vgl Afr. D 19, 1, 30, 1). Eine Eviktion ist hier nicht denkbar, weil die Sache noch bei M und die mittelbare *possessio* immer noch beim ersten Vermieter ist. Je nachdem, wie K sein Interesse berechnen kann, könnte er die *actio empti* anstellen auf „*quanti mea intersit meam esse factam*“ oder auf *id quod interest* wegen Verzugs mit Interesseberechnung wie in Ulp. D 19, 1, 1 pr.

D 41, 2, 30, 6 (Paul. 15 ad Sab.)

Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo. . . .

Wenn ich dir etwas geliehen habe und du es dem Titius, der meinte, es gehöre dir, so werde ich es dennoch besitzen. . . .

Das Leihverhältnis zwischen ego und tu: tu vermittelt dem ego den Besitz (– der mithin *mittelbarer Besitzer* ist). Dann die leihweise Weitergabe von tu an Titius: Der letzte Entlehner Titius vermittelt dem tu, der bloßer Detentor für ego blieb, den „Besitz“, weil er an tu zurückgeben will²). Da die Besitzmittlungsverhältnisse „tu für ego“ und „Titius für tu“ aufrecht sind, weil beide Inhaber in ihren Detentorenrollen für ihren jeweiligen Vertragspartner blieben, ist die Detentorenkette für ego geschlossen³). (Je länger die *Detentorenkette* freilich wäre, um so mehr „verdünnte“ sich die mittelbar ausgeübte faktische Kontrolle über die Sache).

Genauer: Was ist die Detentorenkette? Eine *Kette der Besitzmittlungsverhältnisse*.

²) Als Entlehner hat er keinen Willen, die Sache als die seinige zu behalten, keinen *animus possidendi*. Auch ist gleichgültig, ob tu zur Weitergabe befugt oder unbefugt war, solange die Beteiligten in den Detentorenrollen bleiben. Und der Irrtum des Titius schadete nicht, weil es belanglos ist, ob er an tu als Eigentümer oder Detentor herausgeben will; es kommt nur darauf an, dass er an tu zurückstellen will.

³) Wer könnte sie unterbrechen? Tu, indem er die Sache unterschlägt. Wäre sie auch unterbrochen, wenn Titius keine genaue Vorstellung davon hatte, wem die Sache gehört? Solange er an seinen Vertragspartner zurückstellen will, spielt das keine Rolle. Und wenn die Leihe ego – tu beendet ist? Dann muss tu sich um die sofortige Rückstellung bemühen.

D 6, 2, 9, 1 (Ulp. 16 ad ed.)

Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

Wenn jemand eine bei ihm hinterlegte oder ihm geliehene oder ihm als Pfand gegebene Sache kauft, so gilt die Übergabe als vollzogen, wenn sie nach dem Kauf bei ihm verblieben ist.

Drei Fallkonstellationen liegen vor: 1) der Verwahrer, 2) der Entlehner, 3) der Pfandgläubiger (*pignus*) kauft die hinterlegte/verliehene/verpfändete Sache. Konsequenz: *traditio brevi manu* (Übergabe kurzer Hand), allerdings mit einer Feinheit: Diese ist vollzogen, wenn im Moment des Kaufes die Sache auch bei ihm ist, was sogleich die Variante nahelegt: Wie, wenn ihm die Sache bei Kauf bereits abhanden gekommen und in der *possessio* eines Dritten wäre? Dann schließe die *traditio brevi manu* wegen fehlenden *corpus* fehl: Vor Kauf hatte er bloß das *corpus*, aber nicht den *animus possidendi*, und mit Kauf hätte er zwar nun den *animus possidendi*, aber nicht mehr das *corpus*.

Wie käme der Käufer dann an die Kaufsache, die beim Dritten ist, heran? Mangels Übergabe ist er bloß obligatorisch berechtigt (außer im Fall 3), also nur *actio empti* gegen V und *nur* auf Abtretung der Vindikation (und nicht auf das Interesse wegen ausgebliebener *traditio*). Da die Sache bereits bei K war und bei diesem abhanden kam, wäre V nicht in Verzug mit der Übergabe. Nur Fall 3) liegt anders: Bei *pignus* ist der Pfandgläubiger interdiktengeschützt. Und die *pigneraticia in rem* (*actio Serviana*) gegen den Dritten? Die Aktivlegitimation zur dinglichen Pfandklage könnte problematisch sein, wenn gegen die pfandgesicherte Forderung mit der Kaufpreisforderung aufgerechnet wurde (*ipso iure compensatur*) und damit das akzessorische Pfandrecht erlosch. Aber die *actio empti* auf Abtretung der Vindikation bliebe auch hier.

Vgl heute das Übergabesurrogat nach § 931 BGB: Die Abtretung des Herausgabeanspruchs überträgt das Eigentum, wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet.

D 41, 2, 21, 3 (Iav. 7 ex Cass.)**Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur.**

Wenn der, der eine fremde Sache zu Bittleihe⁴) erbeten hat, dieselbe (dann) vom Eigentümer gemietet (oder gepachtet) hat, kehrt der Besitz an den Eigentümer zurück.

Die Beteiligten in ihren Rollen: Der *precario dans* ist Nichteigentümer; man kann von seiner Redlichkeit ausgehen; dann ist er als Ersitzungsbesitzer zu denken. Der Prekarist erfährt, dass die Sache fremd ist und mietet (oder pachtet) sie vom Eigentümer: Wieso? Um sich mit dem Eigentümer (außergerichtlich) zu arrangieren; sonst klagte E den Prekaristen auf Herausgabe. So aber kann er die Sache weiter benützen (bzw bewirtschaften und hat den Pacht-ertrag).

Besitzrechtlich: Wie wechseln die Besitzpositionen?

Die erste Etappe und seine Beteiligten: 1) Der *precario dans* ist Ersitzungsbesitzer (und als solcher Interdiktenbesitzer); er besitzt die Sache mittelbar durch den innehabenden Prekaristen, der ihm die Sache bei jederzeitigem Widerruf zurückgeben will. 2) Der Prekarist ist interdiktengeschützter Detentor.

Zweite Etappe: Der Prekarist mietet (oder pachtet) von E. Jetzt wechselt die Innehabung für den *precario dans* zur Innehabung für den Eigentümer: Der Prekarist vermittelt nun dem E den Besitz, weil er als Mieter (Detentor) nach Ablauf des Mietvertrages (oder Pachtvertrages) die Bestandsache dem E zurückgeben will. Im Wechsel des Besitzmittlungsverhältnisses von „Innehabung für den *precario dans*“ auf „Innehabung nun für den E“ liegt ein Besitzkonstitut (heute: § 428 ABGB, Fall 1).

Damit hörte auf: Der Interdiktenbesitz und mittelbare Besitz für den *precario dans*, womit dessen *Ersitzungsbesitz unterbrochen* wurde. Und zugleich: Der Interdiktenbesitz für den Prekaristen.

E muss also eine Ersitzung durch den *precario dans* nun nicht mehr fürchten und erspart sich die Vindikation.

⁴) Sprachlich: *precario* ist *Dativus finalis*.

B. Ersitzung

D 41, 3, 12 (Paul. 21 ad ed.)

Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.

Wenn du von dem, dem der Prätor verboten hat zu veräußern, kaufst und du das weißt (sc. *vetuit*), so kannst du nicht ersitzen.

Sachverhalt: Der Prätor sprach über das Vermögen des Verkäufers ein Veräußerungsverbot aus. Der Käufer kannte das Veräußerungsverbot, aber kaufte dennoch.

Entscheidung: Ausschluss der Ersitzung.

Wieso stellte sich überhaupt ein Ersitzungsproblem? Hat K von einem Nichteigentümer gekauft? Nein, sondern verbotswidrig vom Eigentümer. Welches Rechtsgeschäft ist fehlgeschlagen? Das Verfügungsgeschäft. (Somit lässt sich folgern: Wie wirkt das prätorische Veräußerungsverbot? Dinglich und nicht bloß obligatorisch⁵⁾). Daher stellte sich wegen des nichtigen Verfügungsgeschäftes (womit der abgeleitete Erwerb fehlschlug) hier ein Ersitzungsproblem. Der Kaufvertrag ist freilich gültig. Woraus ist das zu schließen? Aus der Variante, die sich aufdrängt: Wusste der Käufer nichts vom Verbot, so kann er ersitzen. Kannte er aber das Verbot, dann scheitert die Ersitzung an der *fehlenden Redlichkeit* des Käufers.

⁵⁾ Was bedeuten würde: Eine verbotswidrige Veräußerung ist wirksam, macht aber den Verfügenden gegenüber dem Verbotsberechtigten schadenersatzpflichtig. Kommt für unsere Stelle ein Verbotsberechtigter in Frage?

D 18, 2, 4 pr. (Ulp. 28 ad Sab.)

Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere.

Wo aber der Kauf bedingt ist, verneint Pomponius, dass er (sc der Käufer) ersitzen könne und dass ihm die Früchte gehören.

Vorbemerkung: Die Stelle gehört zur *in diem addictio* (Bessergebotsklausel, dh: Der *Verkäufer* kann binnen bestimmter Frist vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn er einen besseren Käufer findet, der bereit ist, ihm einen höheren Preis zu zahlen; vgl D 18, 2, 1; D 18, 2, 4, 6; heute: § 1083 ABGB). Unter den Juristen war strittig, ob aufschiebende oder auflösende Bedingung der *in diem addictio* entsprach: D 18, 2, 2 pr.; aufschiebend bedingt war die *in diem addictio*, wenn sie negativ gefasst war (vereinbart ist, dass der Kauf perfekt wird, *wenn nicht* ein besseres Gebot gemacht wird: hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur [D 18, 2, 2 pr.]). Nach später wohl durchgedrungener Ansicht war der Kauf unter Bessergebotsvorbehalt auflösend bedingt (Paul./Iul. D 41, 4, 2 pr.; Ulp. D 18, 2, 2 pr.).

Mit der herrschenden Interpretation ist die Stelle von der aufschiebenden Bedingung der Bessergebotsklausel zu denken⁶). Dann bildet der Kauf während der Schwebezeit keine *causa acquirendi* (gleichbedeutend: keine *iusta causa usucapionis*, also noch keinen Erwerbstitel; erst mit Bedingungseintritt könnte die Ersitzung beginnen; vgl D 41, 4, 2, 3). Und die weitere Konsequenz nach dem Prinzip der kausalen Tradition? Auch die Traditionswirkung hängt vom Bedingungseintritt ab. Stellt sich *deshalb* die Ersitzungsfrage und redet die Stelle nur von der Pendenz? Nein, sondern erörtert wird, was mit Ausfall der Bedingung werden soll⁷). Dann wird *usucapio* und Fruchtziehung dem Käufer abgesprochen. Was wird somit noch verneint? Sachenrechtlich auch der originäre Früchterwerb des redlichen Besitzers (K musste wissen, dass er keine *causa* hat, und ist somit kein redlicher Besitzer). Und schuldrechtlich die Zuweisung der Früchte an den Käufer, weil der Kauf noch nicht perfekt ist (– wie ist nämlich sonst die Rechtslage? Mit *Perfektion des Kaufvertrages* sind dem Käufer alle Vorteile und Nutzungen der Kaufsache zugewiesen).

Und wenn die Bedingung auflösend zu denken wäre? Dann würde *usucapio* und Fruchtziehung sachenrechtlich, aber nicht schuldrechtlich dem Käufer zugesprochen (D 18, 2, 6 pr.), ihm aber auch die Gefahr auferlegt⁸).

⁶) Peters, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts (1973) 133 Anm 3; 140 f.

⁷) So auch Krückmann, Einige Randfragen zum *periculum emptoris*, SZ 59 (1939) 26.

⁸) Vgl Krückmann, aaO.

D 41, 4, 2, 19 (Paul. 54 ad ed.)

Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse. . . .

Wenn der Erblasser gutgläubig gekauft hat, so wird die Sache ersessen werden, auch wenn der Erbe weiß, dass sie fremd ist. . . .

Welche sachenrechtliche Position hatte der Erblasser? Ersitzungsbesitzer. Der bösgläubige Erbe beerbt ihn. In welchem Zeitpunkt war der Erbe schlechtgläubig? Von vornherein und damit *bei Erwerb des Nachlassbesitzes*. Überrascht also die Entscheidung *usucapietur*, weil für die Ersitzung Gutgläubigkeit im Erwerbszeitpunkt verlangt wird und der Erbe in diesem Zeitpunkt unredlich ist? Jedoch: Was ist der Erbe? Gesamtrechtsnachfolger (Universalsukzessor) nach dem Ersitzungsbesitzer. Damit beginnt er nicht neu zu ersitzen, sondern *tritt in die bestehende Ersitzungslage ein und setzt sie fort*. Der Grundsatz der Redlichkeit im Erwerbszeitpunkt ist sohin nicht durchbrochen.

D 41, 4, 13 (Scaev. 10 resp.)

Alienam aream bona fide emit et ante impletam diutinam possessionem aedificare coepit: ei denuntiante domino soli intra tempora diutinae possessionis, perseveravit. quaero, utrum interpellata sit an coepta duraverit. respondit secundum ea quae proponerentur non esse interpellatam.

Jemand hat gutgläubig einen fremden Bauplatz gekauft und begann vor vollendeter Ersitzung zu bauen: Als ihm gegenüber der Eigentümer des Grundstückes innerhalb der Ersitzungsfrist ein Bauverbot aussprach, baute er dennoch weiter: Ich frage, ob die Ersitzung unterbrochen ist, oder ob die begonnene Ersitzung andauert. Er (Scaevola) erteilte das Gutachten, dass nach dem, was vorgebracht wurde, die Ersitzung nicht unterbrochen ist.

Die Sachverhaltserzählung ergibt sich bereits aus dem Fragment. Wieso aber stellte sich die Rechtsfrage („utrum interpellata sit an coepta duraverit“)? Fraglich war, ob das Bauverbot für sich schon die Unterbrechung der Ersitzung bewirkt oder ob es auch auf die Reaktion des redlichen Bauführers ankommt.

Die Entscheidung wird klar aus einer – denkbaren – umgekehrten Variante: Wie, wenn sich der Bauführer dem Verbot fügte und zu bauen aufhörte?

Dann wäre die Ersitzung unterbrochen, indem der redliche Bauführer seinen *animus possidendi* an der *area* preisgegeben hätte (– damit wäre seine *possessio* unterbrochen und er verlöre seine Ersitzungslage; er müsste also neu zu ersitzen beginnen, wäre dann aber schwerlich noch redlich). Und wer besitzt dann? Wieder der Eigentümer der Baufläche durch *Besitzkonstitut* des Bauführers, der sich dem Bauverbot unterworfen hatte (– dann hätte K nur noch das *corpus* und die *detentio* für den E).

So aber (nach dem Vorbringen im Fragment)?

Durch das Weiterbauen trotz Verbot bekräftigte der Bauführer gerade seinen *animus possidendi*, so dass seine *possessio* nicht unterbrach. Das Bauverbot des E hatte sich somit als zu schwach erwiesen.

(Richtig ist nun: E müsste vindizieren. Ist E bei *litis contestatio* [Streitbefestigung] über die *rei vindicatio* noch Eigentümer des Bodens, so könnte K im laufenden Vindikationsprozess zwar seine Ersitzung vollenden, doch hülfe ihm dies nichts, weil es auf die Eigentumslage im Zeitpunkt der Streitbefestigung ankommt. Das *iussum de restituendo* [der „Herausgabebefehl“] des Richters lautete dann auf Manzipation der *area* [cum sua causa: samt Früchten und Zuwachs] an den Kläger).

D 41, 4, 2, 6 (Paul. 54 ad ed.)

Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usum me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest: sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

Nachdem ich Stichus gekauft hatte, wurde mir irrtümlich an seiner Stelle der Dama übergeben. Priscus sagt, ich könne ihn nicht ersitzen, weil das, was nicht gekauft worden ist, auch nicht *pro emptore* ersessen werden kann. Wenn jedoch ein Grundstück gekauft und ein größeres Gebiet in Besitz genommen worden ist, kann man das ganze Gebiet ersitzen, weil es als Ganzes besessen wird, nicht in einzelnen Teilen.

Der erste Fall: *aliud*-Lieferung. Wann irrte der Verkäufer? Erst bei der Übergabe. Der Kauf kam störungsfrei zustande mit dem Vertragsinhalt: „Stichus“ (und kein anderer; in älterer Diktion: „Diesschuld“ und nicht „Solchschuld“). Der irrtümlich übergebene Dama war somit nicht Vertragsinhalt („*aliud*- oder Falsch-Lieferung“).

Welcher Störfall bei der Vertragsabwicklung liegt also vor? *Mora venditoris*: Die *aliud*-Lieferung ist ein Unterfall des Schuldnerverzugs⁹⁾.

Mit welcher Rechtsfrage befasste sich Priscus? Ob der Käufer nun den Dama ersitzen könne. Aber für diesen gibt es *keinen Titel* (keine *causa*), Dama ist vom Vertragsinhalt nicht umfasst.

Nun aber feiner: auch ego irrte, er meinte, für den Übergebenen die Kauf-*causa* zu haben (hatte sie aber nicht). Was also lag vor? *Putativtitel pro emptore* bezogen auf den Dama. Priscus verwirft sohin die *usucapio* aus dem Putativtitel.

(Weitere, im Fragment nicht erörterte Konsequenzen: Was soll nun mit dem Dama geschehen? Der Verkäufer kann ihn kondizieren mit der *condictio indebiti*, weil er ihn irrtümlich auf eine Nichtschuld geleistet hatte. Und der Käufer hat immer noch die *actio empti* auf Käuferfüllung, sekundär Interessesersatz wie in D 19, 1, 1 pr.: *si res vendita non tradatur*).

Dann die Variante „sed si fundus“ (*reliqua*): Wiederum irrte der Verkäufer, aber wobei? Beim Zeigen der Grenzen des Grundstücks (beim *fines*

⁹⁾ Nicht: „Schlechtleistung“; zur Abgrenzung vom Verzug: Schlechterfüllung läge vor, wenn *das Geschuldete* geleistet wird, aber mangelhaft, hier also: der Stichus, dieser aber mit einem Mangel.

demonstrare). Auch dieses ist ein Akt der Übergabe (eines *fundus*)¹⁰). Wieder war das Grundstück konkret (meist mit individualisierendem Namen, beispielsweise: *fundus Cornelianus*). Und nun der Unterschied zu oben: Hier aber gibt es einen Titel für den *fundus*. (Etwa: *fundus Cornelianus mihi emptus* und fälschlicherweise wurde das Gebiet, das er umfasst, größer gezeigt). Der Käufer besitzt hier den *fundus* in den gezeigten Grenzen aus der Kaufcausa.

¹⁰) Vgl. Georg Klingenberg, Die Ersitzung von partes fundi, FS Peter Blaho zum 70. (Trnava 2009) 214 zu *fines demonstrare* als Verkäuferpflicht.

C. Derivativer Eigentumserwerb

Fall: Ein Nichteigentümer (V) verkauft eine Sache an K₁, der den V bittet, die Sache für ihn einstweilen aufzubewahren. Daraufhin verkauft und übergibt V dieselbe Sache an K₂. Dann stirbt der Eigentümer der Sache und der Verkäufer beerbt ihn.

Variante I: E stirbt und K₂ beerbt ihn.

Variante II: E stirbt und V und K₂ beerben ihn.

Grundsachverhalt: Initiativ wird K₁; er will die Sache von K₂. Welche sachenrechtlichen Positionen haben K₁ und K₂? Drehen wir den Fall zurück in die Ausgangslage: 1) Zwischen V und K₁ geschah: *traditio* aus der Kaufcausa an K₁ durch Besitzkonstitut; K₁ ist somit Ersitzungsbesitzer, also publizianisch Berechtigter. 2) Dann der Doppelverkauf an K₂: Wohl ist die Sache furtiv, weil im nichtautorisierten Verkauf der wissentlich fremden Sache ein *furtum* liegt. Dann kann K₂ kein Ersitzungsbesitzer sein und K₁ dringt mit der *Publiciana* gegen ihn durch (als besser Berechtigter gegen den relativ schlechter Berechtigten).

Und wenn die Sache nicht furtiv ist, etwa ein Grundstück? Dann wäre auch K₂ publizianisch Berechtigter. Also gleich gut berechtigt wie K₁? Da beide *vom selben Vormann* (V) erworben haben, bietet sich eine *Analogie* an: Wie wäre es, wenn V Eigentümer gewesen wäre? Dann hätte V sein Eigentum *zuvor* auf K₁ übertragen, sodass er es im Zeitpunkt des Verkaufs und Übergabe an K₂ nicht mehr übertragen konnte (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Zieht man die Analogie zum Doppelverkauf vom Eigentümer für den Fall des Doppelverkaufs vom selben Nichteigentümer, so ist K₁ in der besseren Position: So die Auffassung von Julian in D 6, 2, 9, 4 (Ulp. 16 ad ed.).

E stirbt und V beerbt ihn: Somit ein Fall der Konvaleszenz (Heilung)¹¹): Welches der beiden fehlgeschlagenen Verfügungsgeschäfte heilt? Die erste Verfügung mit K₁. Begründung: Die (amtsrechtliche = prätorische) Heilung wirkt zurück¹²): Der Fall ist damit so anzusehen, als wäre V von *vornherein* Eigentümer gewesen; dann hätte er – wie oben schon hervorgekehrt – zuvor sein Eigentum bereits auf K₁ übertragen.

¹¹) Vgl hier D 21, 3, 1pr. – § 1: Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum. Dazu sogleich.

¹²) Strittig ist die Rückwirkung der Genehmigung (*ratihabitio*). Dafür sprechen D 20, 1, 16, 1; D 5, 1, 56; *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹ (Frankfurt am Main 1906) Bd 1, 439 Anm 6 mwN. Anderer Ansicht *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁴ (Leipzig 1876) Bd 2, 154 Anm 9; gemeint wohl: Genehmigung der Verfügung und nicht Genehmigung des obligatorischen Rechtsgeschäfts.

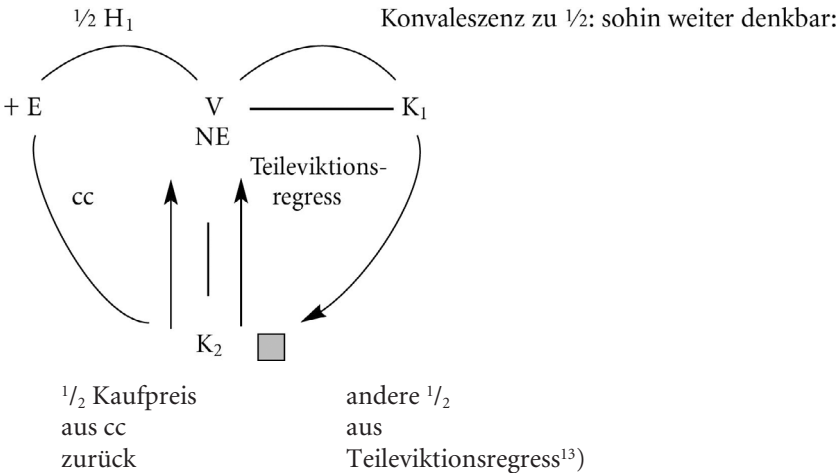
Variante I: Der Eigentümer stirbt und K_2 beerbt ihn.

Aus welcher causa hatte K_2 die Sache vor dem Erbgang? Aus der Kaufcausa. Und jetzt? Nun ist er Universalsukzessor (Gesamtrechtsnachfolger) nach dem Eigentümer; ihm gehört die Sache aus dem Erbrechtstitel (*iure hereditario*). Also kommt es zur Auswechslung des Titels von Kauf auf den Erbtitel: zwei Titel treffen zusammen und der Erbrechtstitel führt zum Erwerb: *concursum causarum* (Kaufcausa als onerose – entgeltliche causa – und Erbrechtstitel als lucrative – unentgeltliche causa). Vgl D 21, 2, 9 (Paul. 76 ad ed.). Die Rechtsfolgen aus dem *concursum causarum*? Warum hatte K_2 den Kaufpreis gezahlt? Um die Sache aus der Kaufcausa zu haben. Was schuldete V? Die Verschaffung ungestörten Besitzes aus Kauf (*uti frui habere licere ex empto*, also kaufgrundqualifiziertes Verschaffen der Kaufsache). Die Zahlung des Preises hat sich daher nachträglich durch den späteren (endgültigen) Erwerb nach Erbrecht als vergeblich („umsonst“, „frustriert“) herausgestellt. Daher kann K_2 den Preis von V zurückverlangen.

Variante II: Der Eigentümer stirbt und V und K_2 beerben ihn (einfache Annahme: Als Miterben zu gleichteiligen Erbquoten: $\frac{1}{2}$ V und $\frac{1}{2}$ K_2).

Dann kommt es zur „partiellen Konvaleszenz“ der Verfügung V an K_1 , nämlich soweit V erbt (zu $\frac{1}{2}$) und zu einem „partiellen *concursum causarum* – Problem“ zwischen V und K_2 , soweit K_2 erbt. Die Sache stünde somit im Miteigentum zwischen K_1 („partiell geheilt“ zu $\frac{1}{2}$ vom Vormann V) und K_2 (vom Erblasser abgeleiteter Erwerb zu $\frac{1}{2}$ aus dem Erbrechtstitel).

Variante II:



¹³⁾ Vgl D 21, 2, 1 (Ulp. 28 ad Sab.) Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emptor in venditorem. Sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis. . . .

Fall: „anschwellende Heilung“:

Ein Ersitzungsbesitzer verkauft und übergibt die vermeintlich eigene Sache an K₁, dieser verkauft sie weiter und übergibt sie an K₂. Dann stirbt der Eigentümer und alle drei, (vormaliger) EB, K₁ und K₂ beerben den Eigentümer zu gleichen Teilen (zu je $\frac{1}{3}$).

Wem gehört die Sache? (Abgeleitet von wem und aus welchem Rechtsgrund?)

Soweit EB den E beerbt (also zu $\frac{1}{3}$), wird EB als Gesamtrechtsnachfolger Eigentümer aus dem Erbrechtstitel (*iure hereditario*) abgeleitet vom verstorbenen Eigentümer. Damit heilt die Verfügung EB–K₁ zu diesem $\frac{1}{3}$, da insoweit der nichtberechtigten Verfügung hinterher in die Position des Berechtigten kam. K₁ hat damit dieses $\frac{1}{3}$ aus der Kaufcausa, abgeleitet von EB und soweit er den E beerbt, ein weiteres $\frac{1}{3}$ abgeleitet von E aus dem Erbrechtstitel. Damit ist K₁ – einen Denkschritt lang – Eigentümer zu $\frac{2}{3}$ und soweit er nun nachträglich in die Eigentümerposition kam, heilt auch das Verfügungsgeschäft K₁–K₂ (mithin zu $\frac{2}{3}$). Damit ist K₂ Alleineigentümer, aber von verschiedenen Vormännern her und aus verschiedenen Rechtsgründen, nämlich zu $\frac{2}{3}$ abgeleitet von K₁ aus der Kaufcausa und zum restlichen $\frac{1}{3}$ abgeleitet vom Erblasser (E) aus dem Erbrechtstitel.

Zur schuldrechtlichen Seite des Falls: Hier stellt sich nur noch ein Problem des „partiellen cc“ im Umfang von $\frac{1}{3}$, nämlich soweit der Behaltensgrund bei K₂ von der Kaufcausa auf den Erbrechtstitel wechselte. $\frac{1}{3}$ des Preises bekommt K₂ von K₁ mit der *actio empti* zurück. (Zur dogmatischen Begründung unten bei D 21, 2, 9.) Und die restlichen $\frac{2}{3}$ des Preises hat K₂ zu Recht bezahlt, da er zu $\frac{2}{3}$ sein Eigentum von K₁ aufgrund der Kaufcausa herleitet.

D 21, 3, 1pr. – § 1 (Ulp. 76 ad ed.)

Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum. § 1 Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.

Marcellus schreibt: wenn du ein fremdes Grundstück verkauft hast und es später, nachdem es dein Eigentum wurde, herausverlangst, so ist deine Klage mit dieser Einrede erfolgreich zurückzuschlagen. § 1 Aber auch wenn der Eigentümer des Grundstücks den Verkäufer beerbt hat, wird dasselbe zu sagen sein.

Vorbemerkung: Die Stelle gehört palingenetisch zur *exceptio rei venditae et traditae* (Lenel Nr. 1672). Diese ist mit *hac exceptione* gemeint.

Der Sachverhalt des principium: V verkauft und übergibt dem Käufer (und mancipiert?) ein Grundstück, das ihm nicht gehört¹⁴). Dann wird der Verkäufer Eigentümer des Grundstücks, etwa indem er den Eigentümer beerbt, und vindiziert es von K.

Entscheidung: Die Vindikation dringt nicht durch; K schlägt sie mit der *exceptio rei venditae et traditae* zurück.

§ 1: Nun ist der Fall umgekehrt: Der Verkäufer stirbt und der Grundstückseigentümer beerbt ihn. Vindiziert E, so scheidet er wieder an der *exceptio rei venditae et traditae*.

Erörterung: Im principium ist der Grundstückskäufer vor dem Erbgang V nach E Ersitzungsbesitzer, mit Erbgang heilt das zunächst fehlgeschlagene Verfügungsgeschäft V–K und der Käufer wird bonitarischer Eigentümer (des Falltyps: „Gutgläubiger Erwerb vom Nichteigentümer, der hinterher Eigentümer wird¹⁵“). Vom *duplex dominium* her gedacht ist V also bloß ziviler Eigentümer und K nach prätorischer Heilung der Verfügung prätorischer Eigentümer (gleichbedeutend: bonitarischer Eigentümer. Zur Wirkung der „unvollständigen Tradition“ bei nachträglich erlangter Berechtigung des Vormannes vgl das Bild eines „langgestreckten Rechtsgeschäfts“ von *Jhering*, Geist des römischen Rechts, III, 151. Wo ist heute die Heilung geregelt? § 366 ABGB

¹⁴ Man kann auch den V gutgläubig denken (er wusste selbst nicht, dass ihm die Sache nicht gehört). Klar ist, dass hier auch das Verfügungsgeschäft der Mancipation (wenn man auch diese annimmt) mangels Berechtigung des Vormannes unwirksam ist.

¹⁵ Erst im Augenblick des Erbgangs V nach E erwirbt K bonitarisches Eigentum (wobei die Vorstellung, wie die Rechtspositionen wandern, hier nichts vorträgt: Aus dem vollen Recht (*plenum ius*), nämlich ziviles E/bonitar. E, kommt das bonitarische direkt an K oder es geht durch V hindurch zu K.