

# **Römisches Privatrecht**

Skript HS 2017 / FS 2018

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux  
Lehrstuhl für Römisches Recht,  
Privatrecht und Rechtsvergleichung  
Universität Zürich, RWI  
Rämistrasse 74 / 41  
CH-8001 Zürich  
lst.babusiaux@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. José Luis Alonso  
Lehrstuhl für Römisches Recht,  
Juristische Papyrologie und Privatrecht  
Universität Zürich, RWI  
Rämistrasse 74 / 47  
CH-8001 Zürich  
lst.alonso@rwi.uzh.ch

## Vorwort

Die 2013 in Kraft getretene Reform des Bologna-Studiums an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich hat die Lehre im Bereich des römischen Rechts grundlegend verändert. Anstelle eines Einführungskurses in das Privatrecht („Privatrecht I – Römisches Recht“) auf Ebene der Assessmentstufe ist nun ein Modul „Römisches Privatrecht“ im 2. Studienjahr getreten. Es lag auf der Hand, den vermittelten Stoff wie die Methode des universitären Unterrichts an diese neuen Bedingungen anzupassen. In einem ersten Schritt (Skript 2013/2014) wurde die Stoffauswahl dahingehend angepasst, dass die allgemeinen, der Einführung dienenden Teile zum Vertrag und zu den Vertragstypen entfielen und stattdessen dem Erbrecht mehr Raum gegeben wurde. Unverändert geblieben war dagegen die Methode der Prüfung, die weiterhin als Fallbearbeitung anhand der römischen Quellen ausgestaltet war. Da das neue Modul „Römisches Privatrecht“ nicht länger einen Überblick über das Privatrecht, sondern vielmehr eine punktuelle Vertiefung anhand wichtiger privatrechtlicher Institute bieten wollte, erwies sich diese Prüfungsart als nicht länger angemessen. Auch zeigte sich, dass die Vorteile der römischen Quellen, vorrangig die kasuistische Methode und der stark dialektische Charakter der Argumentation, in der bisherigen Form des Unterrichts kaum genutzt werden konnten.

Mit diesem vollständig neu konzipierten Skript soll daher die Lehre im Modul „Römisches Privatrecht“ auf eine gänzlich neue Grundlage gestellt werden. Ziel ist dabei einerseits, den Studierenden des Moduls einen Überblick über zentrale Institute des römischen Personen-, Erb-, Sachen- und Obligationenrechts zu vermitteln. Andererseits soll stärker als zuvor die Exegese der Quellen gepflegt werden, um die fortbestehende Aktualität des juristischen Denkens und die grundlegende Leistung der römischen Juristen bei der Ausprägung der modernen europäischen Rechtskultur vor Augen zu führen und zu nutzen. Im Sinne dieser doppelten Zielsetzung wird zu jedem Abschnitt zunächst eine abstrakte Einführung in die Grundzüge und die Prinzipien einer Rechtsfrage oder eines Rechtsinstitutes gegeben, bevor ein für die römische wie für die spätere europäische Privatrechtsentwicklung zentraler Quellentext (auf Deutsch) analysiert und mit den Studierenden exegetisch erörtert werden soll. Auf diese Weise wird nicht nur an die jahrhundertelange Tradition des Rechtsunterrichts im Sinne der „Digestenexegese“ angeknüpft; vielmehr wird auch der Wert der Beschäftigung mit dem römischen Recht für den Studierenden des 21. Jahrhunderts unmittelbar erfahrbar. Dieser liegt, wie es schon einer der Gründungsväter der Universität Zürich festhielt, in der „formellen Bildung“, also der Ausbildung der Fähigkeit, juristisch zu denken und eine rechtlich tragfähige Argumentation nachzuvollziehen oder selbst zu entwickeln. In den Worten Friedrich Ludwig Kellers (1799-1860): „Wir studiren das Römische Recht nur in der Absicht, uns die Weise der Römischen Juristen zu merken, wir wollen von ihm bloß lernen, unser Recht ebenso geschickt zu erkennen und anzuwenden, wie ihnen das mit dem ihrigen gelungen ist. (...). Jedem wissenschaftlichen Mann aber ist es ebenso begreiflich, daß man Römisches Recht zum Zwecke der formellen Bildung des juristischen Verstandes studiren könne, wie er einsieht, daß beym Studium Römischer und Griechischer Sprache die allgemeine formelle Bildung im Ganzen Hauptzweck ist; und so lächerlich man es finden würde, wenn jemand aus dem letztern den Verdacht schöpfen wollte, man gehe damit um, in unserem guten Zürich die Leute Lateinisch und Griechisch reden zu machen, gerade so verfehlt ist der Schluß: Weil man Römisches Recht kenne und liebe, so strebe man danach, dasselbe auf Kosten des Zürcherischen einzuführen.“ (Keller, „Die neuen Theorien in der zürcherischen Zivilrechtspflege“, 1828, S. 18f.).

Genau wie schon Keller betont, geht es also darum, durch das Studium des römischen Rechts zu einem vertieften Verständnis des eigenen Rechts zu gelangen und damit die Wissenschaftlichkeit des Rechtsstudiums zu stärken. Da das römische Recht auf alle europäischen Privatrechte gewirkt hat, bietet diese Vertiefung gleichzeitig die Gelegenheit, den Standort des eigenen Rechts zu erfassen und rechtsvergleichend die gleichlautenden wie alternativen Lösungen der Nachbarrechtsordnungen der Schweiz

bei der Analyse heranzuziehen. Auch dies ist keine unerhörte Neuerung, sondern traditioneller Bestandteil einer exegetischen Betrachtung der römischen Quellenzeugnisse.

Das Skript im Studienjahr HS 2017 / FS 2018 kann trotz aller Sorgfalt bei seiner Vorbereitung und Erstellung noch Fehler enthalten. Hinweise auf Unzulänglichkeiten sowie kritische Bemerkungen und Anregungen nehmen wir jederzeit dankbar entgegen (lst.babusiaux@rwi.uzh.ch; lst.alonso@rwi.uzh.ch).

José Luis Alonso

Ulrike Babusiaux

## Literatur

BABUSIAUX, ULRIKE, Römisches Erbrecht, Köln/Weimar/Wien 2015.

HONSELL, HEINRICH, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin u.a. 2015.

KASER, MAX/KNÜTEL, ROLF/LOHSSE, SEBASTIAN, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017.

Es empfiehlt sich, gezielt einzelne Kapitel vor oder nach den entsprechenden Unterrichtsabschnitten zu studieren.

Die Übersetzungen der Fragmente sind angelehnt an:

BEHRENDTS, OKKO/KNÜTEL, ROLF/KUPISCH, BERTHOLD/SEILER, HANS-HERMANN (Hg.), Corpus Iuris Civilis, München 1990ff.

MANTHE, ULRICH, Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius, Darmstadt 2008.

OTTO, CARL ED./SCHILLING, BRUNO/SINTENIS, CARL F. F. (Hg.), Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt, Leipzig 1830ff.

Zeittafel entnommen aus:

HUWILER, BRUNO, Quellenbuch zum Römischen Privatrecht, Bern 2007.

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	<b>2</b>
<b>Literatur</b> .....	<b>4</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>5</b>
<b>I. Einleitung</b> .....	<b>8</b>
1. Zur historischen Bedeutung des römischen Rechts .....	8
a. Justinians Digesten .....	8
b. Die Wiederentdeckung des römischen Rechts im 11. Jahrhundert und die Glosse .....	9
c. Rechtsstudium in Zürich und das römische Recht.....	12
Anhang: Zeittafel.....	13
2. Die Quellen des römischen Rechts.....	18
a. Die Rechtsquellen im Einzelnen.....	18
3. Prozessrecht.....	20
a. Prozessarten im römischen Recht .....	20
b. Typizität und aktionenrechtliches Denken .....	20
c. Formularverfahren .....	23
4. Personenrecht .....	25
a. Die <i>summa divisio</i> des Personenrechts: Freie und Sklaven .....	25
b. Familie als Hierarchie: Gewaltunterworfenheit der Hauskinder .....	25
c. Stellung der Frau .....	27
d. Verwandtschaft.....	28
e. Statusänderung .....	28
5. Praktisches zur Exegese .....	29
<b>II. Erbrecht</b> .....	<b>31</b>
1. Intestaterbrecht .....	31
a. Intestaterbrecht des <i>ius civile</i> .....	31
b. Intestaterbrecht des <i>ius praetorium</i> (Nachlassbesitz) .....	33
c. Konkurrenz zwischen zivilem Erbrecht und Nachlassbesitz .....	33
2. Erbschaftsklage ( <i>hereditatis petitio</i> ) und Ersitzung der Erbschaft ( <i>usucapio</i> ).....	34
a. Ersitzung der Erbenstellung / Erbschaft .....	34
b. Die Erbschaftsklage ( <i>hereditatis petitio</i> ) .....	35
3. Testament .....	38
a. Beispiel einer römischen Testamentsurkunde .....	38
b. Testamenterrichtung.....	39
c. Testamentsauslegung.....	40
4. Enterbungsregeln.....	41
a. Enterbungsregeln des <i>ius civile</i> .....	41
b. Prätorisches Recht: Nachlassbesitz „gegen das Testament“ .....	43

5.	Legatsrecht .....	44
a.	Legatsarten .....	44
b.	Unwirksamkeit des Legates .....	45
c.	<i>Lex Falcidia</i> .....	46
d.	Falschbezeichnungen ( <i>falsa demonstratio non nocet</i> ) .....	47
6.	Fideikommiss .....	47
a.	Entstehung .....	47
b.	Unterschiede zum Legatsrecht .....	48
c.	Erbschaftsfideikommiss .....	49
d.	Familienfideikommiss .....	49
<b>III.</b>	<b>Sachenrecht .....</b>	<b>51</b>
1.	Besitzschutz .....	51
2.	Die Klage des Eigentümers ( <i>rei vindicatio</i> ) .....	52
3.	Die natürlichen Arten des Eigentumserwerbs: Aneignung, Verbindung, Vermischung und Verarbeitung .....	54
a.	Aneignung ( <i>occupatio</i> ) und Eigentumsaufgabe ( <i>derelictio</i> ) .....	54
b.	Verbindung, Vermischung ( <i>specificatio</i> ) .....	56
4.	Abgeleiteter Eigentumserwerb: <i>traditio</i> und <i>mancipatio</i> .....	58
a.	Zwei Modelle .....	58
b.	<i>Traditio</i> und körperliche Übergabe .....	58
c.	<i>Causa traditionis</i> .....	59
d.	Ersitzung und publizianische Klage ( <i>actio Publiciana</i> ) .....	59
e.	Die Bedeutung des Ersitzungstitels und der Putativtitel .....	62
5.	Nutzniessung ( <i>ususfructus</i> ) .....	63
6.	Dienstbarkeiten (Servituten) und <i>actio negatoria</i> .....	66
a.	Die Klage des Servitutsberechtigten .....	66
b.	Der Käsereifall .....	67
7.	Pfandrecht und Sicherungsübereignung .....	68
a.	Die Sicherungsübereignung ( <i>fiducia cum creditore contracta</i> ) .....	68
b.	Pfandrecht ( <i>pignus</i> und <i>hypotheca</i> ) .....	69
c.	Verkaufsrecht des Pfandgläubigers ( <i>ius vendendi pignore</i> ) .....	70
d.	Rang der Pfandrechte .....	70
e.	Klage auf Überschuss .....	71
<b>IV.</b>	<b>Obligationenrecht .....</b>	<b>72</b>
1.	Realkontrakte .....	72
a.	Die Grundlagen der Kondiktion ( <i>condictio</i> ) .....	72
b.	Charakteristika des Darlehens .....	72
c.	Kondiktion bei Zahlung einer Nichtschuld .....	74

---

d.	Weitere Realkontrakte .....	75
2.	Stipulation .....	76
a.	Kennzeichen und Unwirksamkeitsgründe .....	76
b.	Geltendmachung der Stipulation im Prozess .....	78
c.	Verzug und <i>perpetuatio obligationis</i> .....	79
3.	Anwendungsfälle der Stipulation .....	80
a.	Darlehen mit Stipulationsversprechen .....	80
b.	Strafstipulationen .....	80
c.	Bürgschaftsstipulationen .....	82
d.	Novation .....	83
4.	Konsensualkontrakte .....	85
a.	Voraussetzungen und Haftung nach Treu und Glauben ( <i>bona fides</i> ) .....	85
b.	Kaufkonsens und Abgrenzung vom Tausch .....	87
c.	Kauf künftiger Sachen; Kauf untergegangener Sachen .....	89
d.	Abgrenzung zur <i>locatio conductio</i> .....	89
5.	Haftungsfragen bei den <i>bonae fidei iudicia</i> .....	90
a.	Haftungsmassstäbe: Arglist ( <i>dolus</i> ) und Sorgfaltsverstoss ( <i>culpa</i> ) .....	90
b.	Einbezug von Nebenabreden und <i>contrarius consensus</i> .....	92
c.	Sachmängelgewährleistung beim Kauf .....	93
6.	Innominatkontrakte .....	95
a.	Grenzen des Nominatsprinzips .....	95
b.	Die <i>datio ob rem</i> .....	96
c.	Typologie der Innominatkontrakte bei Paulus .....	96
7.	Deliktsrecht .....	98
a.	Diebstahl / Veruntreuung ( <i>furtum</i> ) .....	98
b.	Sachbeschädigung ( <i>damnum iniuria datum</i> ) .....	98
c.	Zurechnungsfragen .....	100

# I. Einleitung

## 1. Zur historischen Bedeutung des römischen Rechts

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 1; HONSELL, §§ 1, 3; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 1.

### 1 *Corpus iuris civilis*: Bestandteile und Inhalt

<b><i>Institutiones</i></b>	Lehrbuch für das erste Studienjahr; angelehnt an Gaius' <i>Institutiones</i> .
<b><i>Digesta</i></b>	<i>iura</i> , d.h. Auszüge aus den Schriften der römischen Juristen aus der Zeit der ausgehenden Republik bis zum Ende der Regierung des Alexander Severus.
<b><i>Codex</i></b>	<i>leges</i> , d.h. Sammlung von Kaiserkonstitutionen seit Hadrian; an die Reformen während der Digestenredaktion angepasste „zweite Auflage“ ( <i>repetitae praelectionis</i> ).
<b><i>Novellae</i></b>	überwiegend auf Griechisch verfasste Reformkonstitutionen Justinians.

### a. Justinians Digesten

#### 2 *Constitutio Tanta* (a. 529) 1, 10, 21

(1) (...) Sodann aber haben wir das grösste Werk in Angriff genommen und demselben unvergleichlichen Mann [sc. Tribonian] die Aufgabe anvertraut, auch die höchst gelehrten rechtswissenschaftlichen Werke der Vergangenheit, die schon fast ganz in Verwirrung und Auflösung geraten waren, zu sammeln und einer bestimmten Ordnung zu unterwerfen. Als wir uns aber nach allen Einzelheiten erkundigten, deutete der erwähnte unvergleichliche Mann an, dass die Rechtsliteratur fast zweitausend Bücher umfasse und von den alten Juristen insgesamt mehr als drei Millionen Zeilen verfasst worden seien; es sei notwendig, diese alle zu lesen und auch zu überprüfen und aus ihnen auszuwählen, was sich als das Beste erweise. Dies ist mit himmlischer Erleuchtung und mit der Gunst der allerhöchsten Dreifaltigkeit vollbracht worden im Sinne unserer Anweisungen, die wir zum Anfang dem erwähnten unvergleichlichen Manne erteilten. Und es sind nun alle Texte, die sich als überaus brauchbar erwiesen haben, in fünfzig Büchern versammelt und alle Zweifelsfragen entschieden, ohne dass eine einzige streitträchtige Stelle geblieben wäre. Und wir haben den Büchern den Namen „Digesten“ oder „Pandekten“ gegeben, weil sie alle rechtlichen Erörterungen und Entscheidungen enthalten und Texte, die von überall her zusammengetragen worden sind, in ihren Schoss aufgenommen haben, womit diese Bücher das gesamte Werk auf fast hundertfünfzigtausend Zei-

len bringen. Und wir haben die Bücher in sieben Abschnitte gegliedert, nicht sinnlos und ohne Verstand, sondern indem wir auf die Natur und die Theorie der Zahlen blickten und eine den Zahlenverhältnissen entsprechende Einteilung der Abschnitte schufen. (...)

(10) So gross aber ist die Verehrung, die wir gegenüber der Vergangenheit empfinden, dass wir keinesfalls zulassen wollen, dass die Namen der Rechtsgelehrten der Vergessenheit anheimfallen, sondern es ist ein jeder von ihnen, der Schöpfer eines Rechtssatzes war, in unseren Digesten verzeichnet. Lediglich eines ist von uns bewirkt worden: Erschien in ihren Rechtssätzen etwas überflüssig oder unvollkommen oder weniger brauchbar, so wurden diese in der erforderlichen Weise ergänzt oder gekürzt und in die sachgerechteste Form gebracht. Und unter den vielen inhaltlich gleichen oder einander widersprechenden Rechtstexten wurde das, was offensichtlich das Richtigere enthielt, an die Stelle alles Übrigen gesetzt und dabei allen aufgenommenen Rechtssätzen eine einheitliche Geltungskraft verliehen, damit, was immer sich dort geschrieben findet, als unser Werk und kraft unseres Willens so zusammengestellt erscheine. Und niemand wage es, das, was die alten Texte enthielten, mit dem zu vergleichen, was unsere Gesetzgebungshoheit eingeführt hat, da es viele und bedeutende Dinge sind, die wir den Bedürfnissen der Praxis folgend verändert haben. (...)

(21) Es erscheint uns angebracht, was uns auch schon am Anfang richtig erschienen ist, als wir dieses Werk mit Gottes Beistand in Auftrag gegeben haben, auch jetzt noch einmal gesetzlich zu bekräftigen, dass nämlich niemand es wage – weder diejenigen, die gegenwärtig über Gelehrsamkeit verfügen noch diejenigen, die später in deren Besitz gelangen – diesen Rechtssätzen Kommentare hinzuzufügen. (...)

## **b. Die Wiederentdeckung des römischen Rechts im 11. Jahrhundert und die Glosse**

### **3 Justinians Digesten (6. Jhdt.): D. 18.6.19.1 Papinian im 3. Buch seiner Rechtsgutachten**

Wird vor der Bezahlung des Kaufpreises [von einem Dritten] die Frage des Eigentums zum Gegenstand des Prozesses gemacht, so kann der Käufer nicht gezwungen werden, den Kaufpreis zu zahlen, es sei denn, dass ihm vom Verkäufer wegen dieser [möglichen] Eviktion taugliche Bürgen angeboten werden.

### **4 *Fragmenta vaticana* (Sammlung aus dem 4. Jhdt.): Vat. 12**

Wird vor der Bezahlung des Kaufpreises [von einem Dritten] die Frage des Eigentums zum Gegenstand des Prozesses gemacht, so kann der Käufer nicht gezwungen werden, den Kaufpreis zu zahlen, wenn nicht vielmehr ihm vom Verkäufer wegen der möglichen

Eviktion taugliche Bürgen angeboten werden, weil er als Ahnungsloser zu besitzen begonnen hat.

**5 Justians Codex (6. Jhdt.): C. 8.44.24 Die Kaiser Diocletian und Maximian an Euty chius (Ende 3. Jhdt.)**

Wenn nach Abschluss des Kaufvertrages, aber vor der Zahlung des Preises über die verkaufte Sache Streit erhoben worden ist, oder verkaufte Sklaven auf die Freiheit beansprucht hat, so wird durch die Autorität des Rechtes angeordnet, dass, weil die Eviktion noch auf der Ebene des Vertrags selbst droht, der Käufer zur Zahlung des ganzen Kaufpreises oder dessen Überrestes nicht genötigt werde.

**6 Die Glosse (*glossa ordinaria*, 12. Jhdt.) zu D. 18.6.19.1**

d. Preis: der dem Verkäufer gegeben wurde.

e. Bezahlung: durch den Käufer vorgenommen, jedoch (auch) im Vertrauen auf den Preis; anders geht das Eigentum nicht über: wie oben unter dem Titel „Kaufvertrag“, Gesetz „Was man verkauft hat“ (= D. 18.1.19).

f. Die aufgeworfene Frage: ausserhalb dem Prozess: und so drohte auf der Schwelle des Vertrages die Eviktion; wie im Codex unter dem Titel „über die Eviktion“, Gesetz „wenn nach der Vollendung“ (= C. 8.45.24) und im oberen Titel im letzten Gesetz (= D. 18.5.10.1)

**7 Bartolus (14. Jhdt.) zu D. 18.6.19.1**

Hier wird gesagt, dass der Verkäufer für die Eviktion Sicherheit leisten muss, wenn auf der Schwelle des Vertrages die Gefahr der Eviktion auftaucht.

**8 Bartolus (14. Jhdt.) zu C. 8.44.24**

Wenn die Eviktion an der Schwelle des Vertrages droht, wird der Käufer nicht zur Zahlung des Kaufpreises gezwungen, wenn ihm nicht hinlänglich Sicherheit geleistet wird. Dies sagt hier unser Gesetz. Anders in den Digesten im selben Titel (= D. 21.2 „über die Eviktion“), im Gesetz „für den Käufer“, wo der Verkäufer nicht gehalten ist, Sicherheit für die Eviktion zu leisten. Dies ist nur wahr, wenn nicht an der Schwelle des Vertrages die Eviktion droht. Ich frage, ob nur für diese Eviktion Sicherheit geleistet werden muss, die aus diesem Grund droht oder ob generell [Sicherheit geleistet werden muss]? Die Glosse legt dazu nichts dar. Die *Doctores* schliesslich meinen, dass [der Satz] generell auszulegen sei und zwar aufgrund des letzten Gesetzes unter dem Titel „über die Aufhebung des Kaufvertrages“ (= D. 18.5.10.1) und behalte dieses Gesetz im Sinn. Aus diesem Gesetz sind nämlich tausende von Übeln entstanden: Man stelle sich einen Käufer vor, der einen Prozess veranlassen lässt, damit er einen Bürgen für den Fall der Eviktion haben kann. Was nämlich dann geschehen kann, wenn der Verkäufer dies getan hat und das Tun vom Käufer aus Boshaftigkeit veranlasst

wurde. Freilich wird der Käufer gezwungen zu schwören, dass es nicht durch Klagemissbrauch erfolgt, dass er den Prozess einleitet und in gleicher Weise wird der, der den Prozess anstrengt, gezwungen zu schwören, wie unter dem Titel *depositum*, Gesetz 10 (= C. 4.34.10)

#### **9 Cuiacius (Jacques Cujas, 16. Jhd.) zu D. 18.6.19.1**

(...) Es ist sehr bemerkenswert, was Papinian in 'wegen dieser Eviktion' sagt, was nicht wegen aller Eviktionsfälle generell [gilt], sondern nur wegen derjenigen Eviktion, die auf der Schwelle dieses Vertrages droht: Was in diesem Fall offenbar zeigt, dass sich dem Verkäufer keine generelle Sicherheit für Eviktionen entwinden lässt, sondern eine spezifische für die Eviktion die auf der Schwelle des Vertrages entsteht: Nichts ist klarer aus diesen Worten 'wegen dieser Eviktion'; wie deutlich zeigen sich die *Doctores* als nachlässig, die an dieser Stelle argumentieren, dem Käufer sei für eine generelle statt eine spezifische Eviktion Sicherheit zu leisten. (...)

**c. Rechtsstudium in Zürich und das römische Recht****10 Friedrich Ludwig Keller, Die neuen Theorien in der zürcherischen Zivilrechtspflege, 1828**

S. 18f.: „Wir studiren das Römische Recht nur in der Absicht, uns die Weise der Römischen Juristen zu merken, wir wollen von ihm bloß lernen, unser Recht ebenso geschickt zu erkennen und anzuwenden, wie ihnen das mit dem ihrigen gelungen ist. (...). Jedem wissenschaftlichen Mann aber ist es ebenso begreiflich, daß man Römisches Recht zum Zwecke der formellen Bildung des juristischen Verstandes studiren könne, wie er einsieht, daß bey dem Studium Römischer und Griechischer Sprache die allgemeine formelle Bildung im Ganzen Hauptzweck ist; und so lächerlich man es finden würde, wenn jemand aus dem letztern den Verdacht schöpfen wollte, man gehe damit um, in unserem guten Zürich die Leute Lateinisch und Griechisch reden zu machen, gerade so verfehlt ist der Schluß: Weil man Römisches Recht kenne und liebe, so strebe man danach, dasselbe auf Kosten des Zürcherischen einzuführen.“

S. 32f.: „'Wohlan', höre ich erwidern, 'aber die Praxis ist die beste Schule (...) Ein Jahr Praxis ist mehr werth, als noch so lange Jahre'. Sonderbare Rede! Warum gebt ihr Kaufleute nicht euren sechszehnjährigen Söhnen euer Vermögen in die Hände, damit sie handeln lernen? warum versucht ihr jungen Mediziner nicht statt langer und sonderbarer Studien sogleich die Leute zu arzen und zu operiren, und dann nach ein paar Jahren voll Mord und Tod geschickte Aerzte und Chirurgen zu werden? Warum fangen die Schüler an unseren theologischen Gymnasien nicht mit Predigen an? (...) Welch lächerlicher Gegensatz zwischen theoretischer und praktischer Bildung! Als ob man zwischen beyden zu wählen hätte!“

## Anhang: Zeittafel

## I. Frühzeit und Republik

753 Chr.	v.	Gründung Roms	Priesterliche Rechtskunde
451 Chr.	v.		Zwölftafelgesetz
367 Chr.	v.		Einführung der Praetur
348 Chr.	v.	2. Handelsvertrag mit Karthago	
Um 300 Chr.	v.		<i>Ius Flavianum</i> (Cn. Flavius)
286 Chr.	v.		<i>Lex Aquilia</i>
Ab 264 Chr.	v.	1. Punischer Krieg Beginn der Expansionspolitik Einsetzen der Hellenisierung	
242 Chr.	v.		<i>Praetor peregrinus</i>  Gegen Ende des 3. Jhd. v. Chr. (204 v. Chr. (?) <i>lex</i> <i>Silia de legis actione</i> ; unbestimmte, aber wohl kurze Zeit später die <i>lex Calpurnia de</i> <i>legis actione</i> )
243-149 Chr.	v.	Cato der Zensor	
161 Chr.	v.	Senatsbeschluss betreffend Ausweisung griechischer Philosophen aus Rom	
155 Chr.	v.	Auftreten des Karneades in Rom	
185-129 Chr.	v.	P. C. Scipio Africanus minor; Scipionenkreis (u. a. Panaitios)	
89/88 Chr.	v.		Bürgerrechtsverleihung an ganz Italien
67 v. Chr.			<i>Lex Cornelia de edictis</i>
66 v. Chr.			Cicero und Aquilius Gallus Praetoren
63 v. Chr.		* Augustus	
48-44 Chr.	v.	Diktatur Caesars	

**II. Die Zeit der Klassik (Prinzipatszeit)**

10/11 n. Chr.		Tod des Labeo
14 n. Chr.	Tod des Augustus	
22 n. Chr.		Tod des Capito
98-117 n. Chr.	Trajan	Iavolenus († nach 106 n. Chr.)
117-138 n. Chr.	Hadrian	Um 130 n. Chr. abschliessende Redaktion des <i>edictum praetoris</i> durch Salvius Iulianus Celsus († unter Hadrian)
138-161 n. Chr.	Antoninus Pius	Iulianus († nach 169 n. Chr.) Pomponius (gest. nach 161 n. Chr.)
169-177 n. Chr.	Mark Aurel	Gaius († nach 178 n. Chr.)
193-211 n. Chr.	Septimius Severus	Cervidius Scaevola (gest. nach 193 n. Chr.)
211-217 n. Chr.	Caracalla	212 n. Chr. Allgemeine Bürgerrechtsverleihung ( <i>Constitutio Antoniniana</i> ) Papinianus († 212)
218-222 n. Chr.	Elagabal	
222-235 n. Chr.	Alexander Severus	Paulus († nach 222) Ulpianus († 223) Modestinus († um 244)

### III. Die Zeit der Nachklassik, des Ausgangs der Antike und des Mittelalters

Zwischen 235-284 n. Chr. (= Frühnachklassik)		<i>Pauli sententiae; epitome Ulpiani</i>
284-305 n. Chr.	Diokletian und Maximian	unter Diokletian wirkt Hermogenian
307-337 n. Chr.	Konstantin	
313 n. Chr.	Mailänder Toleranzedikt	
381 n. Chr.	Christentum wird Staatsreligion	
395 n. Chr.	Reichsteilung in West- und Ostrom	
<b>527-565 n. Chr.</b>	<b>Justinian</b>	
Ab 528 n. Chr.		Herstellung des <i>Corpus Iuris Civilis</i> unter der Leitung von Tribonian
533 n. Chr.		Institutionen und Digesten
534 n. Chr.		Codex
Ab 535-582 n. Chr.		Novellen

### IV. Byzantinisches Mittelalter

867-886		Herstellung der Basiliken (Kaiserrecht) – einer Digestenparaphrase –, veranlasst von Basilius II. unter Leo VI. (886-911).
Um 1345		Die Hexabiblos, eine Kompilation des Richters Konstantin Harmenopoulos (bis 1945 in Griechenland als Gesetzestext in Geltung).
1453	Eroberung Konstantinopels durch die Türken	

## V. Abendländische Rechtsentwicklung

Um 1050	Wiederentdeckung der Digesten
Ende des 11. bis zum 13. Jhd.	Entstehung der europäischen Rechtswissenschaft in Italien (Bologna, Pavia, u. a.) Die Schule der Glossatoren: Irnerius († nach 1125); Azo (†1230); Accursius († um 1260).
13. – 15. Jhd.	Postglossatoren (Kommentatoren, Konsiliatoren): Bartolus (1314-57); Baldus (1327-1400); sog. „ <i>mos italicus</i> “
Bis ins 18. Jhd.	Rezeption des römischen Rechts ( <i>ius commune</i> ) in weiten Teilen Europas
1495	Errichtung des Reichskammergerichtes
15./16. Jhd.	Humanistische Jurisprudenz („ <i>mos gallicus</i> “), sog. „elegante Jurisprudenz“: Alciatus (1492-1553); Cuiacius (1522-90); Donellus (1527-91). Hauptsächlich in Frankreich, aber auch wichtige Einflüsse nach Deutschland und insbesondere in die Niederlande.
17. Jhd. bis ins 18. Jhd.	„ <i>Usus modernus pandectarum</i> “; Verbindung des einheimischen Rechtes sowie der Rechtspraxis mit dem Römischen Recht: W. A. Lauterbach (1618-78); G. A. Struvius (1619-92); J. H. Boehmer (1674-1749); J. G. Heineccius (1681-1741). – Der <i>Usus modernus</i> öffnet sich auch den Einflüssen des Natur- bzw. Vernunftrechts (S. v. Pufendorf (1632-94); Chr. Thomasius (1655-1728); Chr. Wolff (1679-1754); die Anfänge des <i>ius naturae</i> reichen aber bis in den ausgehenden Humanismus zurück, vorab zu H. Grotius (1583-1645)).
18. Jhd.	Der späte <i>usus modernus pandectarum</i> entwickelt ein auf römisch-rechtlicher Grundlage, jedoch stark mit einem aus dem Naturrecht gewonnenen systematischen Ansatz gestaltetes gemeines Recht, welches auch die nunmehr in Angriff genommenen Kodifikationen beeinflusst: J. G. Daries (1714-91); D. Nettelbladt (1719-91), beide Schüler Chr. Wolffs; auch Autoren wie Boehmer oder Heineccius veröffentlichen Systeme des „ <i>ius naturae</i> “. Beginn des Kodifikationszeitalters hinsichtlich des Zivil- und Prozessrechts:
1756	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (Redaktor W. A. v. Kreittmayr (1704-1707)).
1794	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR); (Redaktor C. G. Suarez (1746-96), Schüler von Darjes).

## VI. 19. Jahrhundert

## a) Wissenschaft

1. Hälfte des 19. Jhdts.	<b>Historische Rechtsschule: G. Hugo (1764-1844); F. C. v. Savigny (1779-1844) als Vertreter des romanistischen Zweiges, K. F. Eichhorn (1781-1854) als Begründer des sog. germanistischen Zweiges.</b>
2. Hälfte des 19. Jhdts.	Pandektenschule („Pandektistik“): G. F. Puchta (1789-1846); K. A. v. Vangerow (1808-70); B. Windscheid (1817-92); A. v. Brinz (1820-87); E. I. Bekker und F. Regelsberger (beide 1827-1916); H. Dernburg (1829-1907). – Anfänge einer Interessenbewertung auf der Grundlage einer Zweckjurisprudenz bereits bei R. v. Jhering (1818-92). – Die Begriffs- und Systemansätze der Pandektistik werden durch O. v. Gierke (1841-1921) auch in die germanistische Privatrechtsmethode übernommen.

## b) Kodifikationen

1804	Code civil français („Code Napoleon“); starker Einfluss eines französischen Vertreters des <i>usus modernus</i> : J. Pothier (1699-1772)
1811	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB); Redaktor: F. von Zeiller (1753-1828), dessen Rechtstheorie stark von Kant beeinflusst ist. (Das ABGB liegt den kantonalen Gesetzbüchern von Bern, Luzern, Solothurn und des Aargau zugrunde).
1853-55	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB), Redaktor J. C. Bluntschli (1808-81)
1861	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
1861/63	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen; Redaktor: E. Siebenhaar
1866	Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, sog. Dresdner Entwurf
1864	<b>Schweizerisches Handelsrecht. Entwurf; Redaktor: W. Munzinger (1830-73)</b>
1871	<b>Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf; Redaktor: W. Munzinger</b> <b>Die weiteren Entwürfe wurden nach dem Tode M.s im Jahre 1873 von H. Fick redaktionell betreut.</b>
1881/83	Bundesgesetz über das Obligationenrecht (sog. „altes OR“; aOR) Zur selben Zeit Vorarbeiten zu einem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB):
1888	Entwurf der ersten Kommission
1896	Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (BGB); in Kraft gesetzt auf den 1.1.1900
Ab 1893	Eugen Huber (1849-1922) bereitet einen Entwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) vor.
1900	Vorentwurf mit Erläuterungen
1907	Verabschiedung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) durch die eidgenössischen Räte; zusammen mit dem revidierten OR wird die gesamte schweizerische Zivilrechtskodifikation auf den 1.1.1912 in Kraft gesetzt.

## 2. Die Quellen des römischen Rechts

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 2; HONSELL, §§ 2, 4; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 2f.

### a. Die Rechtsquellen im Einzelnen

#### 11 Gai. 1,1

Alle Völker, die von Gesetzen und Sitten beherrscht werden, wenden teils ihr eigenes, teils das allen Menschen gemeinsame Recht an. Denn was ein jedes Volk für sich als Recht festsetzt, das ist sein eigenes und wird *ius civile* genannt, sozusagen „das eigene Recht der Gemeinde (*civitas*)“; was aber die natürliche Vernunft für alle Menschen festgesetzt hat, das wird bei allen Völkern in gleicher Weise beachtet und heisst ‚Völkergemeinrecht‘ (*ius gentium*), sozusagen als ein Recht, das alle Völker anwenden. Somit wendet das römische Volk zum Teil sein Sonderrecht, zum Teil ein allen Menschen gemeinsames Recht an. Welcher Art die einzelnen Rechtsvorschriften sind, werde ich an den jeweiligen Stellen darstellen.

#### 12 D. 1.1.11 Paulus im 14. Buch zu Sabinus

Der Begriff „Recht“ wird auf verschiedene Weise verwendet: In der einen Weise, wenn das, was immer gut und billig ist, als Recht bezeichnet wird, das heisst *ius naturale*. Auf andere Weise, was allen oder der Mehrheit in irgendeiner Gemeinde nützlich ist, das heisst *ius civile*. Ebenso wird in unserer Bürgerschaft das Honorarrecht zutreffend als Recht bezeichnet. Auch vom Prätor sagt man, dass er Recht spricht, wenn er ungerecht entscheidet, wobei man sich natürlich nicht auf das bezieht, was der Prätor in diesem Fall getan hat, sondern auf das, was der Prätor hätte tun sollen. In anderer Bedeutung wird ‚Recht‘ der Ort genannt, an dem Recht gesprochen wird, wobei man die Bezeichnung von dem, was geschieht, auf den Ort, wo es geschieht, übertragen hat. Diesen Ort kann man auf folgende Weise bestimmen: Jeder Ort, an dem der Prätor unter Beachtung der Würde seiner Gerichtsgewalt und des Herkommens der Vorväter beschlossen hat, Recht zu sprechen, wird zutreffend ‚Recht‘ Gerichtsstätte, genannt.

#### 13 D. 1.1.7.1 Papinianus im 2. Buch der Definitionen

Das prätorische Recht ist das, welches die Prätores zur Unterstützung oder Ergänzung oder Korrektur des *ius civile* zum öffentlichen Wohl eingeführt haben. Es wird auch als *ius honorarium* bezeichnet, was sich von dem Ehrenamt (*honor*) des Prätors ableitet.

#### 14 Inst. 1.2.4

Ein Gesetz ist, was vom römischen Volk auf Antrag eines senatorischen Magistrats, zum Beispiel eines Konsuls, beschlossen wurde. Ein Plebiszit ist, was von der Plebs auf Antrag eines plebejischen Magistrats, zum Beispiel eines Volkstribunen, beschlossen wurde.

Dabei unterscheidet sich die Plebs vom Volk so wie die Art von der Gattung. Denn die Bezeichnung 'Volk' umfasst die Gesamtheit aller Bürger einschliesslich der Patrizier und Senatoren. Dagegen werden mit der Bezeichnung 'Plebs' die übrigen Bürger unter Ausschluss der Patrizier und Senatoren bezeichnet. Doch haben auch die Plebiszite seit Erlass der *lex Hortensia* nicht weniger Geltungskraft als die Gesetze.

#### 15 D. 1.2.2.12 Pomponius im Handbüchlein

In unserem Gemeinwesen wird daher entweder nach dem [geschriebenen] Recht entschieden, das heisst nach dem [Zwölftafel-]Gesetz, oder es gilt das eigentliche Zivilrecht, das als ungeschriebenes Recht allein auf der Auslegung der Rechtsgelehrten beruht, oder es gelten die Legislationen, die Klagformen enthalten, oder die Plebiszite, die ohne Zustimmung des Senats beschlossen werden, oder es gelten die Edikte der Magistrate, aus denen das Amtsrecht entsteht, oder die Senatsbeschlüsse, die allein durch Entscheidung des Senats ohne einen Gesetzesbeschluss [der Volksversammlung] herbeigeführt werden, oder die kaiserlichen Konstitutionen; dies bedeutet, dass das, was der Kaiser selbst bestimmt, wie ein Gesetz beachtet wird.

#### 16 Gai. 1, 4

Ein Senatsbeschluss (*Senatus consultum*) ist, was der Senat befiehlt und festgesetzt hat. Und er erhält Gesetzeskraft, obwohl diese Wirkung früher in Frage gestellt wurde.

#### 17 D. 1.4.1pr.-1 Ulpianus im 1. Buch der Definitionen

(pr.) Was dem *princeps* gefiel, soll Gesetzeskraft haben. Dies gilt deshalb, weil ja durch das Königsgesetz (*lex regia*), welches ihm hinsichtlich seines *imperium* erlassen worden ist, das Volk ihm und auf ihn all seine Befugnis und die ganze Macht übertragen hat.

(1) Es steht daher fest, dass alles, was der Herrscher durch einen Brief oder eine Subskription festgelegt hat, oder als Gerichtsherr geurteilt, oder durch formlosen Zwischenbescheid befunden hat, oder durch Edikt festgelegt hat, Gesetz ist. All dies wird von uns gemeinhin als Konstitutionen bezeichnet.

### 3. Prozessrecht

<b>Zweigeteiltes Verfahren</b>	
<i>in iure</i> (vor dem Gerichtsmagistraten = Prätor): Fixierung des Prozessstoffes	<i>apud iudicem</i> (vor dem Richter = Laie): Beweiserhebung

#### a. Prozessarten im römischen Recht

<b>Legislationenverfahren</b>	Spruchformeln des altrömischen Rechts; strenger Wortformalismus; römischen Bürgern vorbehalten.
<b>Formularverfahren</b>	Schriftliche Prozessformeln; die Formel bildet die Grundlage der Richtereinsatzung (mittels <i>litis contestatio</i> ); auch Peregrinen zugänglich.
<b>Kognitionsverfahren</b>	In Rom und Italien ausserordentliches Verfahren aufgrund kaiserrechtlicher Zuweisung; keine Bindung an Prozessformel; Möglichkeit der Appellation.

#### b. Typizität und aktionenrechtliches Denken

**Beispiel: Klage (*actio*) aus Auftrag (*mandatum*)**

##### 18 Klage des Auftraggebers (*actio mandati*)

„Was das betrifft, dass der Kläger den Beklagten beauftragt hat, dass er ..., was Gegenstand des Rechtsstreites ist, was auch immer wegen dieser Sache der Beklagte dem Kläger aus Treu und Glauben zu geben oder zu tun verpflichtet ist, in das verurteile du, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers; ; wenn es sich nicht erweist [sc. dass er verpflichtet ist], sprich ihn frei.“

##### 19 Klage auf Herausgabe einer Summe Geld („Kondiktion“; *condictio certae pecuniae*)

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 10'000 Sesterzen zu zahlen verpflichtet ist, verurteile, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers auf 10'000 Sesterzen. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

**Zur Anwendung der Klageformel:****20 D. 17.1.6.2 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Wenn ich es stillschweigend zugelassen habe, dass ein anderer sich für mich verbürgt hat oder auf andere Weise für mich eingetreten ist, hafte ich mit der Gegenklage aus Auftrag, und es ist, sofern nicht jemand gegen den Willen des Schuldners für diesen eingetreten ist oder in Schenkungsabsicht oder als Geschäftsführer ohne Auftrag, die Auftragsklage gegeben.

**21 D. 17.1.10.4 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Wenn jemand Titius den Auftrag erteilt, er solle bei seinen [des Auftraggebers] Geschäftsführern ein Darlehen aufnehmen, dann kann er nicht aus Auftrag klagen, schreibt Papinianus im 3. Buch der Rechtsgutachten, weil Titius ihm aufgrund des Darlehens verpflichtet ist. Und deshalb könne er auch Zinsen mit der Begründung, sie seien aufgrund des Auftrags geschuldet, nicht verlangen, es sei denn, dass diese stipulationsweise versprochen sind.

**22 D. 17.1.3.2 Paulus im 32. Buch zum Edikt**

Habe ich jedoch den Kaufpreis festgelegt und hast du teurer eingekauft, so haben einige die Ansicht vertreten, dass du die Auftragsklage nicht hast, selbst wenn du bereit warst, auf den überschüssenden Betrag zu verzichten. Es ist nämlich ungerecht, wenn ich gegen ihn nicht klagen kann, wenn er nicht will, er jedoch gegen mich, wenn er will.

**23 D. 17.1.10.2 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Wenn der Geschäftsbesorger aus dem Grundstück, das er für mich gekauft hat, Nutzungen gezogen hat, ist er aufgrund des richterlichen Ermessens verpflichtet, auch diese herauszugeben.

**Heutiges Gesetzesrecht zum einfachen Auftrag (OR / Auswahl)****24 OR 394 Begriff**

1 Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

2 Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

3 Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

## **25 OR 395 Entstehung**

Als angenommen gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbsmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat.

## **26 OR 396 Umfang / Wirkungen des Auftrags I**

1 Ist der Umfang des Auftrages nicht ausdrücklich bezeichnet worden, so bestimmt er sich nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes.

2 Insbesondere ist in dem Auftrage auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführung gehören.

3 Einer besonderen Ermächtigung bedarf der Beauftragte, wenn es sich darum handelt, einen Vergleich abzuschliessen, ein Schiedsgericht anzunehmen, wechselrechtliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten oder Schenkungen zu machen.

## **27 OR 397 Umfang Verpflichtungen des Beauftragten**

1 Hat der Auftraggeber für die Besorgung des übertragenen Geschäftes eine Vorschrift gegeben, so darf der Beauftragte nur insofern davon abweichen, als nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben.

2 Ist der Beauftragte, ohne dass diese Voraussetzungen zutreffen, zum Nachteil des Auftraggebers von dessen Vorschriften abgewichen, so gilt der Auftrag nur dann als erfüllt, wenn der Beauftragte den daraus erwachsenen Nachteil auf sich nimmt.

## **28 OR 398 Haftung für getreue Ausführung**

1 Der Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.

2 Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

3 Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.

### c. Formularverfahren

#### 29 D. 2.13.1pr.-1 Ulpianus im 4. Buch zum Edikt

(pr.) Jeder muss die Klage, mit der er klagen will, bekanntgeben. Es erscheint nämlich überaus billig, dass der Kläger die Klage bekannt gibt, so dass der Beklagte dadurch weiss, ob er nachgeben oder weiter bestreiten soll, und wenn er glaubt, er solle bestreiten, aufgrund der Kenntnis der Klage, mit der er belangt wird, vorbereitet zur Verhandlung kommt.

(1) Eine Klage bekanntgeben heisst auch, Gelegenheit zum Abschreiben zu geben oder in eine Klageschrift aufzunehmen und diese zu übergeben oder sie [dem Beklagten] zu diktieren. Auch derjenige gibt die Klage bekannt, sagt Labeo, der seinen Gegner zur Ediktstafel führt und zeigt, was [für eine Klageformel] er bei Klageerhebung verwenden wird oder sagt, wovon er Gebrauch machen will.

#### 30 D. 4.2.1pr. Ulpianus im 11. Buch zum Edikt

Der Prätor sagt: „Was aufgrund von Furcht vorgenommen worden ist, werde ich nicht gelten lassen“. Einst lautete das Edikt so: „Was durch Gewalt oder aufgrund von Furcht“. Die Gewalt wurde nämlich wegen des dem Willen auferlegten und ihn beugenden Zwangs ausdrücklich erwähnt. Furcht ist Erzittern des Gemüts infolge gegenwärtiger oder zukünftiger Gefahr. Aber später ist die Erwähnung der Gefahr deshalb weggelassen worden, weil alles, was durch rohe Gewalt geschieht, ersichtlich auch aufgrund von Furcht geschieht.

#### 31 Gai. 4, 39-41, 43

(39) Die Teile der Klageformeln sind die folgenden: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio*.

(40) *Demonstratio* ist dieser Formelteil, der vorrangig deshalb eingefügt worden ist, damit die Sache, um die es geht, angezeigt wird, wie dieser Formelbestandteil: „Was das betrifft, dass der Kläger dem Beklagten den Sklaven, um den es geht, verkauft hat (...)“

(41) *Intentio* ist dieser Formelbestandteil, in dem der Kläger sein Begehren zusammenfasst, zum Beispiel dieser Formelbestandteil: „Wenn es sich erweist, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger 10'000 Sesterzen zu geben“. Ebenso dieser: „Was auch immer sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger zu geben oder zu tun verpflichtet ist“ (...).

(43) *Condemnatio* ist dieser Formelteil, in welchem dem Richter die Befugnis zur Verurteilung oder Freisprechung zugestanden wird. Wie zum Beispiel dieser Formelbestandteil: „Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers zu 10'000 Sesterzen. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei“ (...).

**32 Gai. 4, 2-4**

(2) Eine Klage ist schuldrechtlich, mit welcher man gegen jemanden klagt, der einem entweder aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung verpflichtet ist, das heisst, wenn man im Klageantrag erklärt, dass er geben, tun oder leisten müsse.

(3) Eine Klage ist dinglich, wenn man erklärt, dass entweder einem eine körperliche Sache gehöre oder einem irgendein Recht zustehe, zum Beispiel zu gebrauchen, zu nutzniessen, zu geben, zu treiben, eine Wasserleitung zu führen oder höher zu bauen oder darüber hinwegzuschauen, [oder wenn]umgekehrt der Gegner eine Abwehrklage hat.

(4) Da sich die Klagen daher so unterscheiden, kann man gewiss nicht die eigene Sache von einem anderen derart verlangen: Wenn es sich erweist, dass er geben muss; denn weder kann das, was einem gehört, einem gegeben werden (weil natürlich darunter, dass einem etwas gegeben wird, versteht, dass es [so gegeben wird, dass] es in dessen Eigentum übergeht) noch kann eine Sache, die [einem bereits gehört], noch mehr in dessen Eigentum übergehen. Allerdings hat sich aus Abscheu gegen Diebe, um sie aus noch mehr Klagen haften zu lassen, die Ansicht durchgesetzt, dass Diebe, abgesehen von der Busse in doppelter oder vierfacher Höhe, auch noch wegen der Rückgabe der Sache aus folgender Klage haften: Wenn es sich erweist, dass sie geben müssen, obgleich gegen sie auch diejenige Klage anwendbar ist, mit welcher man eine Sache als einem gehörig verlangt.

**33 Gai. 4, 115-116, 126**

(115) Weiterhin wollen wir die Einreden betrachten.

(116) Und zwar sind die Einreden dazu geschaffen worden, um die Beklagten zu verteidigen. Oft kommt es nämlich vor, dass jemand nach bürgerlichem Recht haftet, es aber unbillig ist, dass er im Prozess verurteilt wird, zum Beispiel, [wenn] ich mir durch Stipulation habe Geld versprochen lassen habe, als ob ich es als Darlehen auszahlen würde, es aber nicht ausgezahlt habe; es ist nämlich sicher, dass dieses Geld von dir herausverlangt werden kann, du musst nämlich zahlen, weil du aus der Stipulation haftest; aber weil es unbillig ist, dass du dazu verurteilt wirst, ist anerkannt, dass du mit der Einrede der Arglist verteidigt werden musst. Wenn ich ferner mit dir vereinbart habe, dass ich das, was du mir schuldest, nicht von dir fordere, so kann ich es dennoch nach bürgerlichem Recht von dir mit es muss mir gegeben werden fordern, weil durch eine Vereinbarung und Übereinkunft die Verpflichtung nicht aufgehoben wird; aber es ist anerkannt, dass ich, wenn ich es fordere, mit der Einrede der Vereinbarung und Übereinkunft zurückgewiesen werden muss.

(126) Zuweilen ergibt es sich, dass eine Einrede, die auf den ersten Blick gerechtfertigt zu sein scheint, dem Kläger in unbilliger Weise

schadet; wenn dies vorkommt, ist ein weiterer Zusatz zugunsten des Klägers notwendig. Dieser Zusatz heisst ‚Gegeneinrede‘, weil der rechtlichen Wirkung der Einrede durch sie „entgegengewirkt“ und die Einrede wieder aufgehoben wird. Denn wenn ich zum Beispiel mit dir vereinbart habe, dass ich das Geld, das du mir schuldest, nicht von dir fordere, und wir daraufhin eine gegenteilige Vereinbarung getroffen haben, das heisst, dass ich doch fordern dürfe, und wenn ich dich verklage und du die Einrede erhebst, dass du nur dann mir gegenüber verurteilt werdest, wenn nicht vereinbart worden ist, dass ich dieses Geld nicht fordere, so schadet mir die Einrede der Vereinbarung und Übereinkunft; denn dies bleibt trotzdem wahr, auch wenn wir hinterher eine gegenteilige Vereinbarung getroffen haben. Aber weil es unbillig ist, mich durch die Einrede auszu-schliessen, wird mir eine Gegeneinrede aus der späteren Vereinbarung folgendermassen gewährt: wenn wir nicht später übereingekommen sind, dass ich dieses Geld fordern dürfe.

#### 4. Personenrecht

Lit.: HONSELL, §§ 5, 65-67; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 12-15.

##### a. Die *summa divisio* des Personenrechts: Freie und Sklaven

###### 34 Gai. 1, 9

Und zwar ist die oberste Einteilung für die Rechtsstellung der Personen diejenige, dass alle Menschen entweder freie Menschen oder Sklaven sind.

###### 35 Gai. 1, 52

In Hausgewalt (*potestas*) stehen nun die Sklaven der Herren; diese Hausgewalt ist freilich ein Rechtsinstitut des Völkergemeinrechtes (*ius gentium*), denn man kann in gleicher Weise bei allen Völkern beobachten, dass Herren gegenüber ihren Sklaven Gewalt über Leben und Tod haben; und alles, was durch einen Sklaven erworben wird, wird für den Herrn erworben.

###### 36 D. 50.17.32 Ulpianus im 43. Buch zu Sabinus

Was das *ius civile* betrifft, gelten die Sklaven als Nichts; dies aber ist anders nach dem natürlichen Recht, weil, soviel das natürliche Recht anlangt, alle Menschen gleich sind.

##### b. Familie als Hierarchie: Gewaltunterworfenheit der Hauskinder

###### 37 D. 50.16.195.2 Ulpianus im 46. Buch zum Edikt

(...) nach eigenem Recht (*ius civile*) bezeichnen wir als Familie mehrere Personen, welche der Natur nach oder rechtlich der Gewalt eines einzelnen unterworfen sind, wie zum Beispiel der Hausvater

(*pater familias*), die Mutter (*mater familias*), der Haussohn (*filius familias*), die Haustochter (*filia familias*) und wer auch immer auf gleiche Weise der Macht derer folgt, wie zum Beispiel Enkel und Enkelinnen und so weiter. Als *pater familias* wird derjenige bezeichnet, der im Haus die Vermögensgewalt innehat, und richtigerweise wird er auch mit diesem Namen so bezeichnet, wenngleich er auch kein Kind hat. Wir bezeichnen nämlich nicht seine Person [als solche], sondern die Rechtsstellung (...).

### 38 Gai. 2, 87

Was also unsere Hauskinder, die wir in Hausgewalt haben, ferner unsere Sklaven durch Manzipation erwerben oder aufgrund einer Besitzübertragung erlangen, das wird für uns erworben, ganz gleich, ob sie sich etwas durch Stipulation versprechen lassen oder aus irgendeinem anderen Grund erwerben; wer nämlich in unserer Hausgewalt ist, kann in eigener Person nichts als Eigentum haben. Wenn er daher zum Erben eingesetzt ist, kann er nur auf unseren Befehl die Erbschaft antreten; und wenn er sie auf unseren Befehl angetreten hat, wird die Erbschaft für uns ebenso erworben, wie wenn wir selbst zu Erben eingesetzt worden wären; und dementsprechend wird natürlich ein Vermächtnis durch sie für uns erworben.

### 39 Gai. 1, 132

Ausserdem scheiden Hauskinder durch Emanzipation aus der Hausgewalt der Hausväter aus. Doch tritt ein Sohn erst nach drei Manzipationen, alle anderen Abkömmlinge aber (sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts) treten schon nach einer Manzipation aus der Hausgewalt der Hausväter aus; das Zwölftafelgesetz spricht nämlich nur bei einem Sohn von drei Manzipationen, mit folgenden Worten: „Wenn der Vater den Sohn dreimal zum Verkauf gegeben hat, soll der Sohn vom Vater frei sein.“ Dieses Geschäft wird folgendermassen durchgeführt: Der Vater manzipiert jemandem den Sohn; dieser lässt ihn durch Stab frei; dadurch kehrt er in die Hausgewalt des Vaters zurück; dieser manzipiert ihn zum zweiten Mal entweder demselben oder einem anderen (aber es ist üblich, ihn demselben zu manzipieren), und dieser lässt ihn daraufhin in ähnlicher Weise durch Stab frei; dadurch kehrt er ein weiteres Mal in die Hausgewalt des Vaters zurück; zum dritten Mal manzipiert ihn der Vater demselben oder einem anderen (aber das ist üblich, dass er demselben manzipiert wird), und aufgrund dieser Manzipation scheidet er aus der Hausgewalt des Vaters aus, auch wenn er noch nicht freigelassen, sondern immer noch in der Rechtsstellung der Manzipiumgewalt ist. Wenn der Vater aber zum dritten Mal manzipiert, muss er veranlassen, dass der Sohn ihm von demjenigen, in dessen Manzipiumgewalt er jetzt steht, wieder zurückmanzipiert wird, ohne dass in der Zwischenzeit andere Manzipationen geschehen; dem Vater werden nämlich nach dem prätorischen Edikt nur dann, wenn er selbst den Sohn durch Stab freigelassen hat, dieselben Rechte gewährt, welche einem Patron hinsichtlich des Nachlasses

von Freigelassenen zugeteilt werden. Bei allen anderen Hauskindern ist aber ein weniger umständliches Recht eingeführt worden; denn das Zwölftafelgesetz spricht nämlich nur im Falle eines Sohnes von drei Manzipationen, männliche Enkel, die über einen Sohn abstammen, sowie alle weiblichen Personen treten schon aufgrund einer einzigen Manzipation aus der Hausgewalt des Vaters aus und werden rechtlich selbständig, wenn sie nach dieser Manzipation freigelassen worden sind. Doch kann der Vater auch diese Personen nur dann beerben, wenn sie zurückmanzipiert und von ihm selbst freigelassen worden sind.

#### **40 Gai. 1, 55-56**

(55) Ferner stehen unsere Kinder, die wir in rechtmässiger Ehe gezeugt haben, in unserer Hausgewalt; dieses Rechtsinstitut ist Sonderrecht der römischen Bürger. Es gibt nämlich fast überhaupt keine anderen Menschen, welche eine derartige Gewalt über ihre Kinder haben, wie wir sie haben, und das hat der verewigte Hadrian in einem Edikt klargestellt, welches er für diejenigen erlassen hat, die für sich und für ihre Kinder das römische Bürgerrecht von ihm erbaten. (...).

(56) Römische Bürger haben ihre Kinder also dann in ihrer Hausgewalt, wenn sie römische Bürgerinnen geheiratet haben oder auch Latinerinnen oder Nichtbürgerinnen, mit denen sie das gegenseitige Recht haben, eine gültige Ehe einzugehen – da nämlich das Ehe-Eingehungsrecht bewirkt, dass die Kinder in die Rechtsstellung des Vaters eintreten, ergibt sich hieraus, dass sie nicht nur römische Bürger werden, sondern auch in der Hausgewalt des Vaters stehen.

### **c. Stellung der Frau**

#### **41 Gai. 1, 189-190**

(189) Aber, dass Unmündige unter Vormundschaft stehen, gibt es nach dem Recht aller Staaten, weil es der natürlichen Vernunft entspricht, dass derjenige, der noch nicht ganz erwachsen ist, durch die Vormundschaft eines anderen geleitet wird; und es gibt wohl kaum einen Staat, in welchem es den Hausvätern nicht erlaubt ist, ihren unmündigen Hauskindern in einem Testament einen Vormund zu bestellen, obgleich, wie schon gesagt, anscheinend nur einzig und allein die römischen Bürger ihre Hauskinder in ihrer Hausgewalt haben.

(190) Dass aber volljährige Frauen unter Vormundschaft stehen, dazu dürfte kaum ein gewichtiger Grund geraten haben; denn wenn man gemeinhin glaubt, dass Frauen wegen ihrer Leichtfertigkeit häufig betrogen würden und es deshalb angemessen sei, dass sie durch die Zustimmung ihres Vormunds geleitet würden, so ist das wohl eher ein scheinbarer und kein wahrer Grund. Volljährige Frauen führen ihre Geschäfte nämlich selbst, und in einigen Fällen gibt

ein Vormund nur der Form halber seine Zustimmung, und er wird auch oft vom Prätor gegen seinen Willen zur Zustimmung gezwungen.

**42 D. 50.16.195.5 Ulpianus im 46. Buch zum Edikt**

Die Frau aber ist der Anfang und das Ende ihrer eigenen Familie.

**d. Verwandtschaft**

**43 D. 38.10.4.2 Modestinus im 12. Buch der Pandekten**

Die Verwandtschaft wird bei den Römern auf zweifache Weise angesehen, denn manche Verwandtschaften sind durch *ius civile*, manche durch *ius naturale* verbunden, bisweilen treffen auch die durch *ius civile* und *ius naturale* erworbenen Verwandtschaften zusammen und die Verwandtschaft nach *ius civile* wird mit der nach *ius naturale* verbunden. Und unter der natürlichen (kognatischen) Verwandtschaft ohne zivilrechtliche (agnatische) Verwandtschaft versteht man diejenige, die durch Frauen vermittelt wird, welche Kinder einfach auf die Welt bringen. Die Verwandtschaft nach *ius civile* aber, welche auch als legitime Verwandtschaft bezeichnet wird, findet, ohne die natürliche Verwandtschaft, durch Adoption statt. Eine Verwandtschaft beiderlei Rechts besteht, wenn sie durch rechtmässige Eheschliessung begründet wird. (...)

**e. Statusänderung**

**44 D. 4.5.11 Paulus im 2. Buch zu Sabinus**

Es gibt drei Arten der Statusänderung (*capitis deminutio*): Die grosse, die mittlere und die kleinste. Drei Dinge nämlich sind es, die wir haben: Freiheit, Bürgerrecht und Familie. Wenn wir nun diese alle verlieren, das heisst Freiheit, Bürgerrecht und Familie, so steht fest, dass die grosse Statusänderung gegeben ist; wenn wir aber das Bürgerrecht verlieren und die Freiheit behalten, ist die mittlere Statusänderung gegeben; wenn man Freiheit und Bürgerrecht behält und nur die Familie wechselt, ist die kleinste Statusänderung gegeben.

## 5. Praktisches zur Exegese

<b>1. Inskription</b>	<p>Erläuterung des römischen Juristen und seines Werkes.</p> <p><u>Bspl.:</u> D. 50.16.195.5 Ulpianus im 46. Buch zum Edikt</p> <p>Ulpian, Jurist der Severerzeit (Anfang des 3. Jhdts.) im 46. Buch seines Ediktskommentars (Erörterung des prätorischen Edikts)</p>
<b>2. Paraphrase</b>	<p>Wiedergabe des Textes mit <b>EIGENEN WORTEN</b></p>
<b>3. Interpretation:</b> <i>Klärung der Rechtsbegriffe, die verwendet werden</i>	<p>Gilt v.a. für die Rechtsbegriffe, deren Kenntnis vom Juristen vorausgesetzt wird.</p> <p><u>Bspl.:</u> D. 38.10.4.2 Modestinus im 12. Buch der Pandekten:</p> <p><i>ius naturale</i> = das natürliche Recht (aller Lebewesen), eine naturgegebene Ordnung;  <i>ius civile</i> = das für den römischen Bürger geltende Recht (der <i>civitas</i> vorbehalten, von der <i>civitas</i> definiert)</p>
<b>Interpretation:</b> <i>Isolierung des Themas</i>	<p>Was ist die Hauptaussage? Womit befasst sich der Jurist? (Kann sich von der Information, die der moderne Leser aus dem Text zieht, unterscheiden)</p> <p><u>Bspl.:</u> D. 38.10.4.2 Modestinus im 12. Buch der Pandekten:</p> <p>Unterschiedliche Definitionen der Verwandtschaft; Unterscheidung von agnatischer und kognatischer Verwandtschaft</p>
<b>Interpretation:</b> <i>Vergleich mit anderen Fragmenten?</i>	<p>Setzt der Jurist eine Information voraus, die man nur aus anderen Texten ziehen kann?</p> <p><u>Bspl.:</u> D. 38.10.4.2 Modestinus im 12. Buch der Pandekten: „Verwandtschaft beiderlei Rechts durch rechtmässige Eheschliessung“, vgl. Gai. 1, 55: Grundlage der agnatischen Verwandtschaft ist die väterliche Gewalt.</p>
<b>Interpretation:</b> <i>Unterschiede zu anderen Fragmenten?</i>	<p>Vertritt der Jurist eine besondere Ansicht / Lösung, die im Widerspruch zu anderen Äusserungen steht?</p> <p><u>Bspl.:</u> Gai. 1, 190 „Dass aber volljährige Frauen unter Vormundschaft stehen, dazu dürfte kaum ein gewichtiger Grund geraten haben.“ (Rechtskritik)</p>

<b>4. Gehalt des Textes</b>	Darlegung der Bedeutung des Textes, z.B. elementare Information, Rechtskritik, abweichende Meinung, Zuspitzung eines Problems, Variation einer oft gestellten Frage, Entwicklung einer neuen Lösung etc.
<b>5. Vergleich mit dem modernen Recht</b>	Gibt es das Rechtsproblem heute noch? Wie wird es gelöst? Weicht die Lösung vom römischen Recht ab? <u>Bspl.:</u> Gai. 1, 190: Frauen stehen heute nicht mehr unter Vormundschaft.

## II. Erbrecht

### 1. Intestaterbrecht

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 3; HONSELL, §§ 69f.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 65f.

#### a. Intestaterbrecht des *ius civile*

##### 45 Gai. 3, 1-2, 4, 6-8

(1) Erbschaften von ohne Testament Verstorbenen stehen nach dem Zwölftafelgesetz an erster Stelle den Hauserben zu.

(2) Und zwar gelten, wie ich auch schon gesagt habe, als Hauserben die Hauskinder, die in der Hausgewalt des Sterbenden standen, wie beispielsweise ein Sohn oder eine Tochter, ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, ein Urenkel oder eine Urenkelin, die von einem Enkel abstammen, welcher der Sohn eines Sohnes ist. Und es hat keine Bedeutung, ob es leibliche oder adoptierte Hauskinder sind. Jedoch zählen ein Enkel oder eine Enkelin und ein Urenkel oder eine Urenkelin nur dann zu den Hauserben, wenn die im Grade vorhergehende Person aus der Hausgewalt des Hausvaters ausgeschieden ist, ganz gleich, ob dies durch den Tod oder aus einem anderen Grund geschehen ist, beispielsweise durch Emanzipation; wenn nämlich jemand zu dem Zeitpunkt, in welchem er stirbt, einen Sohn in seiner Hausgewalt hat, kann der von diesem abstammende Enkel nicht Hauserbe sein, und dasselbe gilt begreiflicherweise auch im Falle aller anderen gradferneren Hauskinder.

(4) Auch Nachgeborene, die in der Hausgewalt ihres Hausvaters gewesen wären, wenn sie zu seinen Lebzeiten geboren worden wären, sind Hauserben.

(6) Das versteht sich auch von einem solchen Sohn, der nach der ersten und zweiten Manzipation nach dem Tode des Vaters freigelassen wird.

(7) Wenn folglich ein Sohn oder eine Tochter sowie Enkel oder Enkelinnen, die vom anderen Sohn abstammen, vorhanden sind, werden sie gleichermassen zur Erbschaft berufen, und der Gradnähere schliesst den Gradferneren nicht aus; denn man hielt es für angemessen, dass Enkel und Enkelinnen in die Stelle und in den Erbteil ihres Vaters einträten. Aus der gleichen Überlegung werden auch dann, wenn ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, sowie ein Urenkel oder eine Urenkelin, die von einem Enkel abstammen, vorhanden sind, alle zugleich zur Erbschaft berufen.

(8) Und weil sich die Ansicht durchsetzte, dass Enkel oder Enkelinnen, ferner Urenkel oder Urenkelinnen in die Stelle ihres Hausvaters nachfolgten, hielt man es für folgerichtig, dass die Erbschaft nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen geteilt wurde, so dass der eine Sohn die Hälfte der Erbschaft erhält und zwei oder mehrere Enkel, die vom anderen Sohn abstammen, die andere Hälfte; wenn ferner von zwei Söhnen Enkel vorhanden sind, und zwar von einem Sohn etwa ein oder zwei, vom anderen drei oder vier, so steht die eine Hälfte dem einen oder zweien zu und die andere Hälfte den dreien oder vieren.

#### 46 D. 28.2.11 Paulus im 2. Buch zu Sabinus

Es wird in Bezug auf die Hauserben offensichtlich, dass die Fortsetzung der Eigentümerstellung dahin führt, dass es scheint, eine Erbschaft habe es nicht gegeben, da die Hauserben gleichsam von Anfang an Eigentümer waren, weil sie schon zu Lebzeiten ihres Vaters gewissermassen für Eigentümer gehalten werden. Darum wird auch der Haussohn nach dem Hausvater benannt, unter blosser Hinzufügung eines Merkmals zwecks Unterscheidung des Erzeugers vom Erzeugten. Nach dem Tod des Vaters scheinen sie daher nicht eine Erbschaft zu erwerben, sondern vielmehr die freie Verwaltung des Vermögens. (...)

#### 47 Gai. 3, 9-12

(9) Wenn es keinen Hauserben gibt, dann steht die Erbschaft nach demselben Zwölftafelgesetz den Agnaten zu.

(10) Es werden aber diejenigen „Agnaten“ genannt, die durch gesetzliche Blutsverwandtschaft verbunden sind. Die gesetzliche Blutsverwandtschaft ist nun diejenige, welche durch Personen männlichen Geschlechtes vermittelt wird. Daher sind Brüder, die Söhne desselben Vaters sind, gegenseitig Agnaten – sie werden auch „Geschwister von der Vaterseite“ genannt –, und es ist nicht erforderlich, dass sie auch dieselbe Mutter haben. Ferner ist der Bruder des Vaters Agnat des Sohnes seines Bruders und dieser ist umgekehrt Agnat seines Vaterbruders. Hierzu zählen auch gegenseitig die Brudersöhne, das heisst, die von zwei Brüdern gezeugt worden sind, was die meisten auch einfach „Geschwisterkinder“ nennen; mit dieser Überlegung können wir natürlich auch zu weiteren Graden der agnatischen Verwandtschaft gelangen.

(11) Freilich gibt das Zwölftafelgesetz nicht allen Agnaten zugleich die Erbschaft, sondern denjenigen, die dann die Gradnächsten sind, wenn es gewiss ist, dass jemand ohne Testament verstorben ist.

(12) In diesem Rechtsgebiet gibt es auch keine Nachfolge. Wenn daher der gradnächste Agnat die Erbschaft ausgeschlagen hat oder gestorben ist, ehe er sie antrat, so steht den Agnaten der folgenden Grade nach dem Gesetz kein Anspruch zu.

**b. Intestaterbrecht des *ius praetorium* (Nachlassbesitz)****48 D. 37.1.6.1 Paulus im 41. Buch zum Edikt**

Die Wohltat des Nachlassbesitzes ist vielgestaltig: Denn bisweilen steht der Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) gegen den Willen des Erblassers zu, bisweilen nach dem Willen des Erblassers. Und zwar steht er sowohl denjenigen zu, die ohne Testament ein gesetzliches Erbrecht haben, als auch denjenigen, die wegen des Verlusts der Rechtsstellung kein solches Recht haben. Obwohl nämlich nach *ius civile* die Kinder, welche wegen einer Einschränkung der Rechtsstellung aufhören, Hauserben zu sein, kein Erbrecht haben, hebt der Prätor dennoch aus Billigkeitserwägungen die Einschränkung der Rechtsstellung auf. Auch erteilt er den Nachlassbesitz zum Schutz der Gesetze.

**49 D. 38.8.1pr. Ulpianus im 46. Buch zum Edikt**

Der Nachlassbesitz [sc. der Klasse 3] beruht allein auf der Nachsicht des Prätors und hat keinerlei Ursprung im *ius civile*. Denn er läßt diejenigen zum Nachlassbesitz ein, die nach *ius civile* nicht zur Erbfolge zugelassen werden können, das heisst die Blutsverwandten.

**c. Konkurrenz zwischen zivilem Erbrecht und Nachlassbesitz****50 D. 38.6.5pr.-2 Pomponius im 4. Buch zu Sabinus**

(pr.) Wenn jemand von denjenigen, denen der Prätor den Nachlassbesitz versprochen hat, nicht in der Gewalt des Vaters war, um dessen Nachlass es geht, als jener verstorben ist, wird ihm und seinen Kindern, welche er in eben dieser Familie haben wird, wenn an diese die Erbschaft in seinem Namen gelangen wird und sie nicht ausdrücklich enterbt worden sind, der Nachlassbesitz für seinen Anteil erteilt, den er erhalten würde, wenn er in der Gewalt verblieben wäre, so dass er von demselben [Anteil] die Hälfte erhält, und die andere seine Kinder, (...).

(1) Hat der Vater aber einen Sohn und einen von diesem stammenden Enkel aus der Gewalt entlassen, so wird der Sohn allein zum Nachlassbesitz zugelassen, obgleich die Statusänderung der Anwendung des Edikts [sc. auf den Enkel] nicht im Wege steht. Ja, es werden auch diejenigen, welche sich niemals in der Gewalt befunden haben noch Hauserben waren, zum Nachlassbesitz der Eltern berufen. Denn wenn der aus der Gewalt entlassene Sohn einen Enkel in der Gewalt des Grossvaters hinterlassen hat, so wird dem letzteren der Nachlassbesitz seines aus der Gewalt entlassenen Vaters erteilt; und wenn er erst nach der Entlassung aus der Gewalt einen Sohn erzeugt hat, so wird dem auf diese Weise Geborenen der Nachlassbesitz seines Grossvaters erteilt, vorausgesetzt natürlich, dass ihm sein Vater nicht entgegensteht.

(2) Wenn ein aus der Gewalt entlassener Sohn den Nachlassbesitz nicht gefordert hat, so bleibt für die Enkel dermassen alles unverändert, als ob gar kein Sohn geboren worden wäre, so dass dasjenige, was der Sohn, wenn er den Nachlassbesitz gefordert hätte, erhalten haben würde, den von ihm abstammenden Enkeln allein zuwächst, und nicht auch den übrigen.

## 2. Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) und Ersitzung der Erbschaft (*usucapio*)

### a. Ersitzung der Erbenstellung / Erbschaft

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 4; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 72 I-II.

#### 51 Gai. 2, 52-57

(52) Weiterhin kommt es umgekehrt vor, dass jemand, der weiss, dass er eine ihm nicht gehörende Sache besitzt, sie ersitzt, zum Beispiel, wenn jemand eine zu einem Nachlass gehörende Sache besessen hat, deren Besitz der Erbe noch nicht erlangt hat; es ist ihm nämlich die Ersitzung gestattet, vorausgesetzt, dass es eine Sache ist, die durch Ersitzung erworben werden kann. Diese Art von Besitz und Ersitzung heisst „an Stelle eines Erben“.

(53) Und diese Ersitzung ist sogar so weit gestattet, dass auch Sachen, die mit Grund und Boden verbunden sind, nach einem Jahr ersessen werden.

(54) Und zwar ist der Grund dafür, dass auch in diesem Fall eine einjährige Ersitzung für Sachen, die zu Grund und Boden gehören, angeordnet worden ist, folgender: In alter Zeit nahm man an, dass zu einer Erbschaft gehörende Sachen nach denselben Regeln wie die Erbschaft selbst ersessen würden, nämlich nach einem Jahr; denn das Zwölftafelgesetz liess Sachen, die zu Grund und Boden gehören, zwar erst nach zwei Jahren ersessen werden, alle anderen aber nach einem Jahr. Folglich galt eine Erbschaft als eine der anderen Sachen, weil sie nicht zu Grund und Boden gehört. Und obwohl man später annahm, dass Erbschaften als solche nicht ersessen werden können, blieb dennoch hinsichtlich aller zu einer Erbschaft gehörenden Sachen – auch wenn sie an Grund und Boden hafteten – eine einjährige Ersitzung bestehen.

(55) Der Grund aber dafür, dass überhaupt ein so unredlicher Besitz und eine solche Ersitzung gestattet worden sind, ist folgender: Die alten Juristen wollten, dass Erbschaften recht schnell angetreten würden, damit jemand den Totenkult durchführe (worauf in jenen Zeiten äusserster Wert gelegt wurde) und damit auch die Gläubiger jemanden hätten, von dem sie das Ihre erlangten.

(56) Und zwar nennt man diese Art von Besitz und Ersitzung „gewinnbringende“, denn jeder, der weiss, dass eine Sache ihm nicht gehört, zieht Gewinn.

(57) Aber heutzutage gibt es keine gewinnbringende Ersitzung mehr; denn aufgrund einer Ermächtigung Hadrians ist ein Senatsbeschluss ergangen, dass solche Ersitzungen rückgängig gemacht werden sollten. Und deshalb kann der Erbe die Erbschaft vom Ersitzenden herausklagen und sie ebenso erlangen, wie wenn sie nicht ersonnen worden wäre.

## b. Die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*)

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 5; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 75 I.

### 52 Formel der Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*):

„Wenn es sich erweist, dass die Erbschaft des Maeuius aus quiritischem Recht dem Kläger zusteht und diese Sache dem Kläger nach dem Ermessen des Richters nicht zurückgegeben worden ist, verurteile du, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel, wie viel diese Sache wert ist. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.“

### 53 D. 5.3.20.6-7, 9, 11-13, 15-18 Ulpianus im 15. Buch zum Edikt

(6) (...) Da hierüber durch einen Senatsbeschluss eine Regelung geschaffen wurde, ist es am besten, eine Auslegung dieses Senatsbeschlusses vorzunehmen, nachdem wir seinen Wortlaut angeführt haben: „Am 14. März brachten die Konsuln Quintus Iulius Balbus und Publius Iuventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus als Antrag ein, was der Imperator Caesar Hadrianus, Sohn des Trajan, des Besiegers der Parther, Enkel des vergöttlichten Kaisers Nerva, der Erhabene, der allerbeste und grösste *princeps*, der Vater des Vaterlandes, am 3. März in einer schriftlichen Vorlage hinsichtlich dessen, was seiner Ansicht nach geschehen solle, zum Ausdruck gebracht hatte. In dieser Sache haben sie [die Senatoren] Folgendes beschlossen:

(6a) Wenn, bevor die dem Staat verfallenen Teile des Nachlasses des Rusticus für den Fiskus eingeklagt wurden, diejenigen, die sich für die Erben halten, die Erbschaft verkauft haben, so wird bestimmt, dass von dem mit dem Kaufpreis für die verkauften Sachen erlangten Geld Zinsen nicht gefordert werden dürfen, und gleiches soll auch in ähnlichen Fällen beachtet werden.

(6b) Weiter wird bestimmt: „Diejenigen, gegen die die Erbschaftsklage erhoben wurde, müssen, wenn gegen sie entschieden worden ist, die Verkaufserlöse herausgeben, die für die aus dem Nachlass verkauften Sachen vor Erhebung der Erbschaftsklage untergegangen oder [der Erbschaft] verloren gegangen sind.“

(6c) Ferner sollen diejenigen, die den Nachlass eigenmächtig in Besitz genommen haben, obwohl sie wussten, dass er ihnen nicht gehörte, auch wenn sie vor Prozessbegründung vorsätzlich den Besitz aufgegeben haben, so verurteilt werden, als ob sie besäßen. Diejenigen aber, die gute Gründe für die Annahme hatten, dass der Nachlass ihnen zustehe, sollen nur soweit verurteilt werden, wie sie aus diesem Vermögen bereichert worden sind.

(6d) Die Erbschaft muss man aber von dem Zeitpunkt an für den Fiskus eingeklagt ansehen, von dem an jemand erstmals weiss, dass sie von ihm herausverlangt wird, das heisst, sobald es ihm angezeigt wurde oder er durch ein amtliches Schreiben oder durch öffentlichen Aushang vorgeladen wurde. (...)“

(7) Der Senat sagt: „Wenn, bevor die dem Staat verfallenen Teile [der Erbschaft] für den Fiskus eingeklagt wurden.“ Der Fall lag nämlich so, dass verfallene Teile für den Fiskus eingeklagt wurden. Aber auch wenn das den gesamten Nachlass betrifft, ist der Senatsbeschluss anwendbar. Auch wenn ein erbenloser Nachlass für den Fiskus beansprucht wird oder wenn sonst aus irgendeinem Grund ein Nachlass an ihn fällt, findet dieser Senatsbeschluss Anwendung. (...)

(9) Dass auch bei Klagen von Privatpersonen der Senatsbeschluss Anwendung findet, bezweifelt niemand, obwohl er in einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ergangen ist. (...)

(11) „Die Erbschaft aber eingeklagt“ und so fort. Das bedeutet den Zeitpunkt, von dem an jemand weiss, dass gegen ihn Klage erhoben wird; denn sobald er das weiss, ist er bösgläubiger Besitzer. „Das heisst, sobald es ihm angezeigt wurde.“ Wie aber, wenn er es zwar weiss, niemand es ihm aber angezeigt hat? Schuldet er von da an Zinsen für das erlangte Geld? Und ich meine, dass er sie schuldet. Er ist nämlich bösgläubiger Besitzer geworden. Aber nehmen wir an, es ist ihm angezeigt worden, er weiss es aber dennoch nicht, weil es nicht ihm selbst, sondern seinem Verwalter angezeigt wurde. Der Senat verlangt, dass es ihm selbst angezeigt wird. Also schadet es ihm nicht, wenn nicht etwa der, dem es angezeigt wurde, ihm Kenntnis verschafft hat; nicht aber, wenn er ihm Kenntnis verschaffen konnte, es aber nicht getan hat. Darüber, von wem es ihm angezeigt worden ist, hat der Senat nichts bestimmt. Wer auch immer es war, der es ihm anzeigte – es wird ihm schaden.

(12) Soweit zu den gutgläubigen Besitzern; denn der Senat hat so formuliert: „Diejenigen, die sich für die Erben hielten.“ Wenn aber jemand, der weiss, dass ihm die Erbschaft nicht gehört, etwas verkauft hat, dann werden zweifellos nicht der Erlös aus dem Verkauf der Sachen, sondern die Sachen selbst sowie deren Früchte von der Erbschaftsklage erfasst. (...)

(13) Wenn auch der Senat von denen gesprochen hat, die sich für Erben halten, so sind doch auch die in der gleichen Lage, die sich für [prätorische] Nachlassbesitzer halten oder sonst für berechtigte Nachfolger oder für solche, denen die Erbschaft [aufgrund eines Fideikommisses] herausgegeben worden ist. (...)

(15) „Von dem“, sagt der Senat, „mit dem Kaufpreis für die verkauften Sachen erlangten Geld.“ Als erlangt müssen wir das Geld nicht nur ansehen, wenn es bereits eingezogen ist, sondern auch dann, wenn es eingezogen werden konnte, aber nicht eingezogen worden ist.

(16) Was, wenn der Besitzer nach Erhebung der Erbschaftsklage Sachen verkauft hat? In diesem Fall werden die Sachen selbst und die Nutzungen von der Klage erfasst. Wenn es aber etwa solche Sachen gewesen sind, die entweder ertraglos waren oder mit der Zeit verdarben und die zum wahren Preis verkauft worden sind, so kann der Kläger gegebenenfalls wählen, dass ihm der Preis nebst Zinsen gezahlt wird.

(17) Der Senat sagt: „Es wird bestimmt: Diejenigen, gegen die die Erbschaftsklage erhoben wurde, müssen, wenn gegen sie entschieden worden ist, die Verkaufserlöse herausgeben, die für die aus der Erbschaft verkauften Sachen an sie gelangt sind, auch wenn die Sachen vor Erhebung der Erbschaftsklage untergegangen oder [der Erbschaft] verlorengegangen sind.“ Wenn der gutgläubige Besitzer Sachen aus der Erbschaft verkauft hat, muss er für den Kaufpreis einstehen, mag er den Kaufpreis eingezogen haben oder nicht, da er dann die Klage hat. Wenn er aber nur die Klage hat, genügt es, die Klage abzutreten.

(18) Wenn er aber etwas verkauft und nach Eviktion der Sache das, was er [als Kaufpreis] erlangte, zurückgegeben hat, so ist das offensichtlich nicht an ihn gelangt, obwohl man auch sagen kann, der Kaufpreis werde von Anfang an nicht von der Erbschaftsklage erfasst, weil es keine Erbschaftssache war, die verkauft wurde. Obwohl aber der Senat von verkauften Sachen aus der Erbschaft spricht, nicht von Erbschaftssachen, so muss der Kaufpreis dennoch nicht herausgegeben werden, weil nichts davon bei dem Besitzer bleibt. Denn auch Julian schreibt im 6. Buch seiner Digesten, eine Nichtschuld, die der Besitzer eingezogen habe, brauche er nicht herauszugeben, und er könne auch nicht in Anrechnung bringen, was er auf eine Nichtschuld gezahlt habe.

### 3. Testament

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 6f., 9; HONSELL §§ 70-72; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 67-70.

#### a. Beispiel einer römischen Testamentsurkunde

##### 54 Tablettes L. Keimer v. 142 n. Chr.: Testament des Antonius Silvanus

Antonius Silvanus, Reiter der ersten Mauretanischen Reiterabteilung von Thrakern, Gehilfe des Präfekten, Zug des Valerius, hat sein Testament gemacht: Mein gesamtes Vermögen, das im Lager befindliche und das häusliche, soll mein Sohn Markus Antonius Satrianus als Alleinerbe erben. Alle übrigen sollen enterbt sein. Und er soll meine Erbschaft in den nächsten 100 Tagen förmlich antreten. Wenn er sie nicht in der Zeit angetreten hat, soll er enterbt sein. Dann soll in zweiter Linie mein Bruder (oder Cousin) (Marcus?) Antonius R ....., mein Erbe sein und er soll meine Erbschaft in den nächsten 60 Tagen förmlich antreten. Ihm vermache ich mittels Vindikationslegat, wenn er nicht mein Erbe sein wird, 750 Silberdenare. (...) Ich vermache mittels Vindikationslegat der Antonia Thermutha, der Mutter meines oben genannten Erben, 500 Silberdenare. Ich vermache mittels Vindikationslegat meinem Präfekten 50 Silberdenare. (...) Diesem Testament soll Arglist fern sein. Das gesamte Vermögen hat, um ein Testament zu errichten, Nemonius, Vorreiter vom Zug des Marius, gekauft; Waaghalter war Markus Julius Tiberinus, Untervorreiter vom Zug des Valerius. Erster unter den Zeugen war Turbinus, Fahnenträger des Zugs des Proculus. Das Testament wurde in Alexandria bei Ägypten in den kaiserlichen Winterlagern der Zweiten Trajanischen Legion, der Tapferen, und der Mauretanischen Reiterabteilung am 27. März 142 n. Chr. errichtet. (...)

**b. Testamentserrichtung****55 Gai. 2, 103-104**

(103) Aber die ersten zwei Arten von Testamenten fielen fort, weil sie völlig ausser Gebrauch kamen; allein die letzte, welche durch Kupfer und Waage geschieht, blieb weiterhin in Gebrauch. Freilich wird es jetzt anders gehandhabt, als es in alter Zeit üblich war. Denn in alter Zeit nahm der Familienkäufer, das heisst derjenige, der vom Erblasser das Familienvermögen durch Manzipation erwarb, die Stelle des Erben ein, und deshalb trug ihm der Erblasser auf, was nach seinem Willen einem jeden nach seinem Tod gegeben werden sollte; jetzt hingegen wird durch das Testament der eine zum Erben eingesetzt, zu dessen Lasten auch die Vermächtnisse hinterlassen werden, und der andere wird nur der Form halber, weil man das alte Recht nachahmt, als Familienkäufer hinzugezogen.

(104) Und dieses Geschäft wird folgendermassen durchgeführt: Der, der das Testament errichtet, zieht, nachdem er die Testamentsurkunde geschrieben hat, 5 Zeugen, die mündige römische Bürger sind, sowie einen Waagehalter (wie bei allen anderen Manzipationen) hinzu und manzipiert jemandem der Form halber sein Familienvermögen; bei diesem Geschäft gebraucht der Familienkäufer folgende Worte: „Ich behaupte, dass Deine Familie und Dein Vermögen in Deiner Verfügungsmacht und in meiner Obhut sind, und dieses soll, damit Du rechtswirksam ein Testament gemäss dem Volksgesetz errichten kannst, mit diesem Kupferstück“ – und wie einige hinzufügen – „und mit dieser kupfernen Waage durch mich gekauft sein“; dann schlägt er mit einem Kupferstück an die Waage und gibt dieses Kupferstück dem Erblasser sozusagen an Stelle des Kaufpreises; daraufhin hält der Erblasser die Testamentsurkunde in der Hand und spricht folgendermassen: „So, wie dies in diesen Wachstafeln geschrieben ist, so gebe ich, so vermache ich, so rufe ich zu Zeugen auf, und so gewähret mir, Quiriten, Zeugnis“. Und dies heisst „Nunkupation“; „nunkupieren“ ist nämlich „öffentlich nennen“, und ersichtlich bezeichnet und bekräftigt der Erblasser mit den allgemeinen Worten wirklich das, was er im Einzelnen auf die Testamentsurkunde geschrieben hat.

**56 D. 28.1.21pr.-2 Ulpianus im 2. Buch zu Sabinus**

(pr.) Die Namen der Erben müssen offen, so dass man sie hören kann, ausgesprochen werden. Dem Erblasser ist also gestattet, die Namen der Erben auszusprechen oder aufzuschreiben; wenn er sie aber ausspricht, muss er das offen tun. Was heisst „offen“? Jedenfalls nicht „in der Öffentlichkeit“; vielmehr so, dass er gehört werden kann, gehört werden allerdings nicht von allen, sondern von den Zeugen. Und wenn mehr Zeugen [als vorgeschrieben] hinzugezogen wurden, genügt es, wenn Zeugen in der rechtlich vorgeschriebenen Zahl es hören.

(1) Hat man sich entschlossen, an dem schon errichteten Testament etwas zu ändern, so muss man ganz von vorne beginnen. Wenn sich jemand aber bei der Testamentserrichtung mündlich oder schriftlich unklar ausgedrückt hat, fragt es sich, ob er nach Abschluss der Förmlichkeiten noch Erklärungen abgeben kann, zum Beispiel wenn er einen Sklaven Stichus vermacht hatte, ohne zu erklären, an welchen von den mehreren Stichi, die ihm gehörten, er dachte, oder wenn er dem Titius ein Vermächtnis aussetzte, aber viele Freunde mit Namen Titius hatte, oder wenn er sich im Familien-, Vor- oder Beinamen geirrt hat, über die Person jedoch nicht im Irrtum war: Kann er nachträglich erklären, an wen er dachte? Und ich meine, er kann es. Denn er ordnet keine neue Zuwendung an, sondern bezeichnet das [im Testament bereits] Zugewendete genauer. Wie aber, wenn er dem Vermächtnis später mündlich oder schriftlich einen Zusatz anfügt, sei es eine Summe oder den Namen des Vermächtnisnehmers, den er nicht niedergeschrieben hatte, oder die Sorte der Münzen – hat er das dann richtig gemacht? Und ich meine, dass er auch die Münzsorte nachträglich hinzusetzen kann, denn auch wenn sie nicht hinzugesetzt worden wäre, würde man es jedenfalls für richtig halten, das, was er hinterlassen hat, durch eine Vermutung zu ermitteln, sei es aufgrund der benachbarten Anordnungen, sei es aufgrund der Gewohnheit des Hausvaters oder der landesüblichen Gebräuche.

(2) Es ist anerkannt, dass bei Testamenten, bei denen geladene Zeugen anwesend sein müssen, damit das Testament errichtet werden kann, Zeugen, die etwa für ein anderes Geschäft geladen wurden, zur Bezeugung nicht geeignet sind. Das ist wie folgt zu verstehen: Auch wenn sie für ein anderes Geschäft geladen oder versammelt wurden, können sie dennoch rechtmässig Zeugen sein, sofern sie vor der Bezeugung davon in Kenntnis gesetzt werden, dass sie zur Errichtung eines Testaments hinzugezogen werden.

### c. Testamentsauslegung

#### 57 Cicero, *Über die Auffindung des Stoffes (de inventione) 2, 122*

Von dem, der seine Verteidigung auf den Sinn [des Gesetzes] aufbaut, wird aber einmal aufgezeigt, dass der Sinn des Verfassers [der Bestimmung] gerade hierauf abziele und genau dieses wolle; ein andermal wird das, was er festsetzte, aufgrund einer Tatsache oder eines Ergebnisses an die Umstände angepasst. Dass er immer hierauf abziele gilt z. B. auch in folgenden Fällen: Ein Familienvater schrieb, da er keine Kinder, aber eine Ehefrau hatte, in seinem Testament folgendermassen: „Wenn mir ein Sohn geboren wird – oder mehrere –, soll dieser mein Erbe sein.“ Danach das übliche. Später: „Wenn mein Sohn stirbt, bevor er volljährig ist, soll ... – er nennt einen Namen – mein Erbe sein“. Es wurde kein Sohn geboren. Die Agnaten streiten mit dem, der der Erbe ist, falls der Sohn gestorben ist, bevor er volljährig wurde.

**58 Cicero, Briefe an Marcus Iunius Brutus 195-197 (Causa Curiana)**

Er [sc. Scaevola] wollte beweisen, dass Manius Curius nicht Erbe sein könne, da er zum Erben eingesetzt worden war nur für den Fall, „dass der Unmündige [Sohn] sterbe, bevor er mündig geworden sei“, und da dieser Unmündige ja gar nicht zur Welt gekommen war. Was sagte er da nicht alles über „das den Testamenten zukommende Recht“! Über „die altehrwürdigen Formeln“! Über „die Form, in der das Dokument hätte abgefasst sein müssen für den Fall, dass jener Erbe sein sollte“, auch ohne dass ein Sohn zur Welt kam! „Wie hinterhältig gefährlich es für das Volk“ sei, wenn man den schriftlichen Text übergehe und die Willensmeinung nur durch Vermutung zu erschliessen trachte, und wenn man die Schriftsätze einfacher Menschen durch die Auslegungskünste wortgewandter Leute verdrehen könne! Wie viel sprach er nicht vom Ansehen seines Vaters, der immer für diese Rechtsauffassung eingetreten war! Wie viel nicht auch im Allgemeinen von der Pflicht, das überkommene Recht zu bewahren! Das alles trug er erfahrungs- und kenntnisreich vor, kurz und knapp, zugleich mit hinreichendem Schmuck und überaus gewählt formuliert – wer wäre da im Volke gewesen, der etwas Besseres erwartet oder überhaupt nur für möglich gehalten hätte?

Dann führte er [sc. Crassus] aus, der Verfasser des Testaments habe folgendes beabsichtigt, folgendes gemeint: „Auf welche Weise es auch immer dazu käme, dass kein Sohn vorhanden sei, der mündig werde, ganz gleich ob er gar nicht geboren werde oder ob er vorher sterbe, Curius solle in jedem Falle Erbe sein.“ So legten es die meisten schriftlich nieder, so gelte es und habe immer gegolten. Indem er das und vieles dergleichen vorbrachte, überzeugte er. Das aber ist von den drei Aufgaben des Redners die zweite.

**4. Enterbungsregeln**

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 7; HONSELL, § 72; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 69 II-III.

**a. Enterbungsregeln des *ius civile*****59 D. 28.5.4pr.-1 Ulpianus im 4. Buch zu Sabinus**

(pr.) Auch ein Hauserbe kann unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt werden. Aber bei einem Sohn muss man eine Ausnahme machen, denn er kann nicht unter jeder beliebigen Bedingung eingesetzt werden [weil er auch nicht ohne weiteres enterbt werden darf]. Unter einer Bedingung, deren Erfüllung in seiner Macht steht, kann er allerdings eingesetzt werden; denn in diesem Punkt sind sich alle einig. Wird dann die Einsetzung aber nur wirksam, sofern er die Bedingung erfüllt hat, oder auch dann, wenn er stirbt, ohne sie erfüllt zu haben? Nach Auffassung Julians ist der unter einer solchen Bedingung eingesetzte Sohn auch dann ausgeschlossen, wenn er die

Bedingung [bis zu seinem Tod] nicht erfüllt hat; und wenn der in dieser Weise Eingesetzte einen Miterben hat, muss dieser daher nicht abwarten, bis der Sohn die Bedingung erfüllt hat, während er zweifellos abwarten müsste, wenn der Sohn den Vater durch die Nichterfüllung der Bedingung testamentslos machen würde. Diese Auffassung ist nach meiner Ansicht zu billigen, so dass allein die Einsetzung eines Sohnes unter einer Bedingung, deren Erfüllung in seinem Belieben steht, den Vater nicht testamentslos macht.

(1) Nach meiner Meinung lässt sich allgemein sagen, dass es eher eine Frage des Einzelfalles ist, ob die Erfüllung der Bedingung in der Macht [des Sohnes] steht oder nicht. Denn auch die Erfüllung der Bedingung „wenn er nach Alexandria kommt“ kann wegen winterlichen Wetters nicht im Belieben stehen oder sie kann doch wieder im Belieben stehen, wenn sie etwa jemandem auferlegt ist, der nur eine Meile von Alexandria entfernt lebt. Auch die Erfüllung der Bedingung „wenn er zehn an Titius zahlt“ kann schwierig sein, wenn Titius weit entfernt auf Reisen ist. Deshalb muss man wieder auf die allgemeine Aussage zurückkommen, [dass die Entscheidung vom Einzelfall abhängt].

#### **60 D. 28.2.29pr.-5 Scaevola im 6. Buch der Rechtsfragen**

(pr.) Aquilius Gallus hat es eingeführt, dass man nachgeborene Enkelkinder wie folgt zu Erben einsetzen kann: „Wenn mein Sohn zu meinen Lebzeiten sterben sollte und wenn jemand mir von ihm als Enkel oder jemand als Enkelin nach meinem Tod in den ersten zehn Monaten, seitdem mein Sohn gestorben ist, geboren werden wird, dann sollen sie Erben sein“.

(1) Mit Recht nehmen einige Juristen an, es sei auch zulässig, dass der Erblasser nicht ausdrücklich vom Tod des Sohnes spricht, sondern ohne weiteres die Erbinsetzung [eines nachgeborenen Enkelkinds] erklärt, mit der Folge, dass die Einsetzung für den Fall gilt, der sich aus dem Wortlaut entnehmen lässt.

(2) Es ist anzunehmen, dass Aquilius Gallus dasselbe auch im Hinblick auf einen Urenkel anerkannt hat, so dass der Erblasser erklären kann: „Wenn zu meinen Lebzeiten mein Enkel sterben sollte, dann soll, wer von ihm als Urenkel“ und so weiter.

(3) Aber auch wenn er zu Lebzeiten des Sohnes sein Testament errichten würde und der Enkel schon verstorben, dessen Frau aber schwanger war, kann er erklären: „Wenn zu meinen Lebzeiten mein Sohn sterben sollte, dann soll, wer als Urenkel ...“.

(4) Wenn Sohn und Enkel leben, könnte er dann die Fassung wählen: „Wenn beide zu meinen Lebzeiten verstorben sind, dann soll, wer als Urenkel geboren wird ...“? Das ist in entsprechender Weise für richtig zu halten, allerdings unter der Voraussetzung, dass zuerst

der Enkel und dann der Sohn gestorben ist, damit nicht das Testament durch Nachrücken umgestossen wird.

(5) Und was, wenn er die Bestimmung [eines Nachgeborenen zum Erben] nur für den Fall des Todes seines Sohnes traf? Denn was wäre, wenn der Sohn durch die „Untersagung von Wasser und Feuer“ verbannt würde? Was wenn der vom Enkel abstammende Urenkel, wie wir dargelegt haben, zum Erben eingesetzt war und der Enkel [nicht gestorben, sondern] aus der Hausgewalt entlassen wurde? Diese Fälle und alle, in denen ein Hauserbe nach dem Tod, wohl-gemerkt des Grossvaters, geboren wird, fallen nämlich nicht unter die *Lex Vellaea*. Aber nach Sinn und Zweck der *Lex Vellaea* ist auch dies alles zuzulassen, so dass entsprechend dem zum Tod [des vorgehenden Hauserben] Gesagten auch die übrigen Fälle [eines Wegfalls des Vorgehenden bei der Erbeinsetzung von Nachgeborenen] als zulässig anzuerkennen sind.

## **b. Prätorisches Recht: Nachlassbesitz „gegen das Testament“**

### **61 Gai. 2, 135**

Nach *ius civile* ist es nicht notwendig, emanzipierte Hauskinder entweder zu Erben einzusetzen oder zu enterben, weil sie keine Hauserben sind; der Prätor befiehlt aber, dass alle, sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts, enterbt werden müssen, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt werden; Personen männlichen Geschlechts namentlich, weiblichen Geschlechts entweder namentlich oder unter allen anderen. Sind sie aber weder zu Erben eingesetzt noch, wie oben gesagt, enterbt, so verspricht der Prätor ihnen den Nachlassbesitz „gegen das Testament“ (*bonorum possessio contra tabulas*).

### **62 D. 37.4.3.11 Ulpianus im 39. Buch zum Edikt**

Wenn eines der Kinder als Erbe eingesetzt ist, darf es nicht zum Nachlassbesitz „gegen das Testament“ berufen werden. Weil es nämlich den Nachlassbesitz entsprechend dem Testament erhalten kann, wofür wäre es gut, ihm den Nachlassbesitz gegen das Testament zu erteilen? (...).

### **63 D. 37.6.3.2 Iulianus im 33. Buch der Digesten**

(...) Wann immer der Nachlassbesitz gegen das Testament erteilt wird, müssen die Emanzipierten ihr Vermögen allein mit denjenigen einbringen, welche sich in der Gewalt befunden haben; (...) Nehmen wir an, ein Vater habe 400 Sesterzen hinterlassen, und zwei aus der Gewalt entlassene, und zwei darin verbliebene Söhne; von jenen soll der eine 100 Sesterzen, der andere 60 Sesterzen im Vermögen haben. Der erste wird also  $133 \frac{1}{3}$  Sesterzen erhalten, der letztere aber 120; so wird es sich dann ergeben, dass der Vorteil des Einwerfens allein denjenigen zusteht, die in der Gewalt verblieben sind.

## 5. Legatsrecht

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 8.1.-4.; HONSELL, § 74; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 76.

### a. Legatsarten

#### 64 Gai. 2, 192-198

(192) Es gibt nun vier Arten von Vermächtnissen; denn man vermacht entweder mit dinglicher Wirkung (Vindikationslegat) oder mit schuldrechtlicher Wirkung (Damnationslegat) oder so, dass eine Duldungspflicht begründet wird, oder durch Vorwegzuwendung (Präzeptionslegat).

(193) Mit dinglicher Wirkung vermacht man zum Beispiel auf folgende Weise: „dem Titius gebe und vermache ich den Sklaven Stichus“; aber wenn nur eins von beiden Worten steht, zum Beispiel: „Ich gebe“ oder: „ich vermache“, so ist ebenfalls mit dinglicher Wirkung vermacht worden; ferner ist nach überwiegender Ansicht ebenfalls mit dinglicher Wirkung vermacht worden, wenn derart vermacht worden ist: „er soll nehmen“ oder derart: „er soll für sich behalten“ oder derart: „er soll erwerben“.

(194) Und zwar heisst das Vermächtnis deshalb „mit dinglicher Wirkung“, weil die Sache unmittelbar nach dem Erbschaftsantritt sofort ins quiritische Eigentum des Vermächtnisempfängers fällt; und wenn der Vermächtnisempfänger diese Sache entweder vom Erben oder von einem beliebigen anderen, der sie besitzt, verlangt, muss er die Herausgabe verlangen, das heisst im Klagantrag erklären, dass die Sache ihm nach quiritischem Recht gehöre.

(195) Nur in folgendem Punkt sind die Juristen verschiedener Ansicht: Sabinus zwar und Cassius und alle unsere anderen Lehrer meinen, was derart vermacht worden sei, falle sofort nach dem Erbschaftsantritt ins Eigentum des Vermächtnisnehmers, selbst wenn er nicht wisse, dass ihm ein Vermächtnis hinterlassen worden sei; und wenn er davon erfahren und auf das Vermächtnis verzichtet habe, sei die Rechtslage so, als ob ihm nichts vermacht worden sei. Aber Nerva und Proculus und alle anderen Gewährsleute der anderen Schule meinen, die Sache falle nur dann ins Eigentum des Vermächtnisnehmers, wenn er wolle, dass sie ihm gehöre. (...)

(196) Und zwar werden nur diejenigen Sachen wirksam mit dinglicher Wirkung vermacht, welche nach quiritischem Recht dem Erblasser selbst gehören. Aber man nimmt einhellig an, dass es bei den Sachen, die in Gewicht, Zahl oder Mass bestehen, genügt, wenn sie zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers in seinem quiritischen Eigentum stehen, beispielsweise Wein, Öl, Getreide und abgezähltes Geld; alle anderen Sachen müssen nach einhelliger Ansicht zu beiden Zeitpunkten im quiritischen Eigentum des Erblassers stehen, das

heisst, wenn er das Testament errichtet und wenn er stirbt; sonst ist das Vermächtnis unwirksam.

(197) Aber das ist in der Tat so nach *ius civile*. Später aber ist auf Veranlassung des Kaisers Nero ein Senatsbeschluss ergangen, in welchem bestimmt worden ist, dass dann, wenn jemand eine solche Sache vermacht hat, die ihm niemals gehört hat, das Vermächtnis ebenso wirksam ist, wie wenn sie mit bester Rechtswirkung hinterlassen worden ist. Und zwar ist die beste Rechtswirkung die eines Vermächtnisses mit schuldrechtlicher Wirkung; durch diese Art kann auch eine fremde Sache vermacht werden, wie später klar werden wird.

(198) Aber wenn jemand seine eigene Sache vermacht hat und sie daraufhin nach Errichtung des Testamentes veräussert hat, meinen die meisten Juristen, das Vermächtnis sei nicht nur nach *ius civile* unwirksam, sondern werde nicht einmal durch den Senatsbeschluss wirksam gemacht. Dies hat man deshalb gesagt, weil die meisten Juristen meinen, dass auch dann, wenn jemand seine Sache mit schuldrechtlicher Wirkung vermacht und sie später veräussert hat, zwar das Vermächtnis nach *ius civile* geschuldet werde, aber der Vermächtnisnehmer, der es verlangt, mittels der Arglistenrede zurückgewiesen werden könne, mit der Begründung, dass er etwas gegen den Willen des Verstorbenen verlange.

## b. Unwirksamkeit des Legates

### 65 Gai. 2, 235

Auch wenn man etwas zum Zweck der Bestrafung vermacht, ist das Legat unwirksam. Und zwar nimmt man an, dass das zur Strafe vermacht ist, was allein zu dem Zweck hinterlassen worden ist, den Erben zu zwingen, etwas zu tun oder nicht zu tun, zum Beispiel, was derart vermacht worden ist: „Wenn mein Erbe seine Tochter dem Titius in die Ehe gibt, soll er dem Seius 10'000 zahlen“ oder derart: „Wenn du die Tochter dem Titius nicht in die Ehe gibst, sollst du dem Titius 10'000 zahlen“ (...).

### 66 Gai. 2, 238

Das Legat zugunsten einer unbestimmten Person ist unwirksam. Und zwar nimmt man an, dass die Person unbestimmt ist, die der Erblasser nur mit einer unbestimmten Vorstellung im Sinn hat, zum Beispiel, wenn derart vermacht worden ist: „Wer als erster zu meiner Beerdigung kommt, dem soll mein Erbe 10'000 zahlen“. (...) Aber man vermacht einer genau bestimmten Person dann wirksam, wenn man sie auf genau bestimmte Art und Weise bezeichnet, zum Beispiel: „Demjenigen meiner jetzt lebenden Blutsverwandten, der als erster zu meiner Beerdigung kommt, soll mein Erbe 10'000 zahlen“.

**c. Lex Falcidia****67 Gai. 2, 224-227**

(224) Es war einst erlaubt, das gesamte Vermögen durch Vermächtnisse und Freilassungen zu erschöpfen und dem Erben überhaupt nichts zu hinterlassen als den inhaltslosen Namen „Erbe“. Und man nahm an, dass das Zwölftafelgesetz dies erlaube, in welchem nämlich bestimmt wird, dass als wirksam anerkannt sein soll, was ein jeder über sein Gut durch Testament verfügt hat (...). Aus diesem Grund enthielten sich diejenigen, die durch Testament zu Erben eingesetzt waren, der Erbschaft und daher starben die meisten ohne Testament.

(225) Deshalb wurde die *lex Furia* erlassen, durch welche allen mit Ausnahme bestimmter Personen verboten wurde, mehr als 1'000 As als Vermächtnis oder sonst von Todes wegen zu erwerben. Aber auch dieses Gesetz hat nicht zustande gebracht, was es wollte: Wer nämlich zum Beispiel ein Vermögen von 5'000 As hatte, konnte das gesamte Vermögen erschöpfen, indem er fünf Personen jeweils 1'000 As vermachte.

(226) Deshalb wurde später die *lex Voconia* erlassen, in welcher bestimmt wurde, dass niemand als Vermächtnis oder von Todes wegen mehr erwerben dürfe, als die Erben erwarben. Nach diesem Gesetz schienen zwar immerhin die Erben wenigstens etwas sicher zu haben, aber dennoch entstand ein fast ähnlicher Missbrauch. Der Testator konnte nämlich dadurch, dass er sein Vermögen auf viele Vermächtnisnehmer verteilte, dem Erben derart wenig hinterlassen, dass es für den Erben nicht von Vorteil war, für einen derartigen Gewinn die Lasten der Erbschaft auf sich zu nehmen.

(227) Deshalb wurde die *lex Falcidia* erlassen, in welcher bestimmt wurde, dass der Erblasser nicht mehr durch Vermächtnis hinterlassen dürfe als drei Viertel. Deshalb behält der Erbe notwendigerweise ein Viertel der Erbschaft; (...).

**68 D. 35.2.73.5 Gaius im Buch zum Provinzialedikt**

Also ist es mithin das Beste, dass sofort von vornherein der Erblasser die Legate so verteilt, dass sie Dreiviertel nicht übersteigen. Wenn nun jemand über die Dreiviertel hinausgeht, werden [die Legate] durch das Gesetz von Rechts wegen verhältnismässig gekürzt. Zum Beispiel wenn jemand, der 400 im Vermögen hatte, genau diese 400 verteilt hat, wird den Legataren ein Viertel entzogen. Wenn er 350 vermacht hat, ein Achtel. Aber wenn er 500 vermacht hat, obwohl er 400 hatte, muss zuerst der fünfte, dann sogleich der vierte Teil abgezogen werden. Vorher nämlich ist abzuziehen, was ausserhalb der Vermögensmasse ist, sodann, was aus den Gütern beim Erben zurückbleiben muss.

**d. Falschbezeichnungen (*falsa demonstratio non nocet*)****69 D. 35.1.17pr.-2 Gaius im 2. Buch über die Legate im Provinzialedikt**

(pr.) Die Bezeichnung der Sache ist falsch, wenn zum Beispiel geschrieben steht: „der Sklave Stichus, den ich von Titius gekauft habe“ oder „das Tuskulanische Grundstück, das ich von Seius geschenkt erhalten habe“. Wenn nämlich feststeht, an welchen Sklaven oder welches Grundstück der Testator dachte, kommt es nicht darauf an, wenn jener, den er angibt, von ihm gekauft zu haben, geschenkt hat oder wenn er von demjenigen, den er als Schenker bezeichnet, gekauft hat.

(1) Daher, auch wenn ein Sklave so vermacht worden ist: „Stichus, der Koch“, „ich vermache den Näher Stichus dem Titius“, obwohl er weder Koch noch Näher ist, wird er dem Legatar zustehen, wenn feststeht, dass der Testator an ihn gedacht hat. Denn auch wenn in der Bezeichnung der Person des Legatars irgendein Fehler vorliegt, aber feststeht, wem er vermachen wollte, ist das Legat so wirksam, als ob kein Irrtum dazwischengetreten sei.

(2) Was aber mit Blick auf die Falschbezeichnung rechtens ist, dies gilt noch mehr mit Bezug auf eine falsche Begründung (*causa*), wie zum Beispiel [wenn so vermacht worden ist]: „ich gebe dem Titius ein Grundstück, weil er sich um meine Geschäfte gekümmert hat“, ebenso „mein Sohn Titius soll ein Grundstück vorwegnehmen, weil sein Bruder ihm aus der Kasse so viele Goldstücke aufgewendet hat“. Obwohl dessen Bruder kein Geld aus der Kasse aufgewendet hat, ist das Legat wirksam.

**6. Fideikommiss**

Lit.: BABUSIAUX, Kap. 8.5-7.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 77f.; HONSELL, § 75.

**a. Entstehung****70 Inst. Just. 2.23.1**

Man muss nun wissen, dass alle Fideikommiss anfangs unverbindlich waren, weil niemand gegen seinen Willen gezwungen wurde, etwas zu leisten, um das er lediglich gebeten worden war. Denn wenn man Personen etwas zuwenden wollte, denen man Erbschaften oder Vermächtnisse nicht zuwenden konnte, vertraute man sich der Gewissenhaftigkeit derer an, die aus einem Testament erwerben konnten, und man sprach deshalb von Fideikommissen, weil sie sich nicht auf ein rechtliches Band, sondern allein auf das Anstandsgefühl derer stützten, die gebeten wurden. Später hat als erster der vergöttlichte Kaiser Augustus einmal und dann wiederholt mit Rücksicht auf das Ansehen der Betroffenen oder weil jemand, wie es

hiess, bei seinem, des Kaisers, Heil gebeten worden war oder wegen unerhörter Gewissenlosigkeit manch eines der Gebetenen den Konsuln befohlen, ihre Amtsgewalt einzusetzen. Weil dies gerecht erschien und allgemein Anklang fand, wurde draus allmählich eine ständige Gerichtsbarkeit, und die Fideikommissen wurden so beliebt, dass mit der Zeit sogar ein eigener Prätor für die Rechtsprechung über Fideikommissen eingesetzt wurde, den man den Prätor für Fideikommissen nannte.

## b. Unterschiede zum Legatsrecht

### 71 Gai. 2, 268-271

(268) Und zwar besteht in vieler Hinsicht ein Unterscheid zwischen dem, was durch ein Fideikommiss hinterlassen wird, und dem, was nach *ius civile* vermacht wird.

(269) Denn man kann zum Beispiel durch ein Fideikommiss für die Zeit nach dem Tode des Erben hinterlassen, während andererseits ein derart hinterlassenes Vermächtnis unwirksam ist.

(270) Ferner kann jemand, der ohne Testament sterben wird, jemandem zu Lasten dessen, dem sein Nachlass gehört, ein Fideikommiss hinterlassen, während andererseits nicht zu dessen Lasten vermacht werden kann.

(270a) Ferner gilt ein in Nachträgen zum Testament hinterlassenes Vermächtnis nur dann, wenn die Nachträge vom Erblasser bestätigt worden sind, das heisst nur dann, wenn dieser Erblasser im Testament bestimmt hat, dass alles wirksam sein solle, was er in den Nachträgen geschrieben hat; ein Fideikommiss kann indessen auch in unbestätigten Nachträgen hinterlassen werden.

(271) Ferner kann man zu Lasten eines Vermächtnisnehmers nicht vermachen, aber ein Fideikommiss hinterlassen; man kann sogar zu Lasten dessen, dem man durch ein Fideikommiss etwas hinterlassen hat, weiterhin einem anderen etwas durch ein Fideikommiss hinterlassen.

### 72 Gai. 2, 277

Ferner kann man zwar nicht für die Zeit nach dem Tode dessen, der unser Erbe geworden ist, einen anderen an dessen Stelle zum Erben einsetzen; man kann ihn aber dennoch bitten, dass er, wenn er stirbt, einem anderen diese Erbschaft ganz oder zum Teil herausgebe; und weil auch für die Zeit nach dem Tode des Erben ein Fideikommiss ausgesetzt werden kann, kann man dasselbe bewirken, und zwar, wenn man folgendermassen geschrieben hat: „Wenn mein Erbe Titius gestorben sein wird, so soll nach meinem Willen meine Erbschaft dem Publius Mevius gehören.“ Und zwar hinterlässt man bei beiden Verfügungsweisen, ganz gleich welcher, Titius derartig als Erben, dass er verpflichtet ist, das Fideikommiss herauszugeben.

**c. Erbschaftsfideikommiss****73 Gai. 2, 250**

Hat man also geschrieben: „Lucius Titius soll Erbe sein“, so kann man hinzufügen: „Ich bitte Dich, Lucius Titius, und verlange von Dir, dass Du, sobald Du meine Erbschaft antreten kannst, sie dem Gaius Seius übergibst und herausgibst.“ Man kann auch hinsichtlich eines Teiles um Herausgabe bitten; auch steht es frei, Fideikommiss entweder unter einer Bedingung oder ohne Nebenbestimmung oder unter einer Zeitbestimmung zu hinterlassen.

**74 D. 36.1.80.5 Scaevola im 21. Buch der Digesten**

Maevia setzte den einen ihrer Söhne zum Erben zu  $\frac{5}{12}$  ein, ihre Tochter Titia zu  $\frac{1}{4}$  und ihren Sohn Septicius zu  $\frac{1}{3}$  und erteilte letzterem folgendes Fideikommiss: „Ich bitte dich, mein Sohn Septicius, dass, wenn du innerhalb des zwanzigsten Lebensjahres ohne Kinder verstorben sein solltest, du alles, was aus meiner Erbschaft an dich gelangt ist, deinen Geschwistern herausgibst“. Es fragte sich, ob, wenn der Sohn Septicius innerhalb des zwanzigsten Jahres ohne Kinder gestorben sei, das Fideikommiss an seinen Bruder und seine Schwester nach den Erbschaftsanteilen falle oder zu gleichen Teilen. Antwort: Nach den Erbschaftsanteilen.

**d. Familienfideikommiss****75 D. 30.114.15 Marcianus im 8. Buch der Definitionen**

Ein Vater hatte seinen Sohn, von dem er drei Enkel hatte, zum Erben eingesetzt, und seiner Gewissenhaftigkeit anvertraut, ein Landgut nicht zu veräußern und es in der Familie zu halten. Der Sohn setzt bei seinem Tod zwei [seiner Söhne] zu Erben ein und enterbt den dritten; das Landgut vermachte er einem Aussenstehenden. Auf Anfrage entschieden die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla, es treffe zu, dass der Sohn dem letzten Willen des Verstorbenen nicht gehorcht habe.

**76 D. 30.114.14 Marcianus im 8. Buch der Definitionen**

Die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla haben auf Anfrage entschieden, die testamentarischen Verfügungen derer, die in ihrem Testament die Veräußerung einer Sache verbieten, ohne den Grund anzugeben, weshalb sie es so wollen, seien ohne jede Bedeutung, wenn nicht eine Person erkennbar ist, zu deren Begünstigung dies vom Erblasser bestimmt wurde, da die Erblasser damit eine nackte Verpflichtung angeordnet hätten; denn eine verbindliche Bestimmung solcher Art, können sie in ihr Testament nicht aufnehmen. Hätten sie aber aus Fürsorge für ihre Kinder, weitere Nachkommen (...), die Erben oder einige andere Personen einen derartigen Willen bekundet, so sei dieser zu befolgen; doch ge-

reiche dies weder den Gläubigern noch dem Fiskus zum Nachteil.  
(...)

**77 D. 31.32.6 Modestinus im 9. Buch der Regeln**

Mit Bezug auf ein Fideikommiss, das der Familie hinterlassen wird, können diejenigen zu seiner Klage zugelassen werden, die namentlich genannt sind, oder, wenn zum Zeitpunkt des Todes des Testators alle verstorben sind, die den Namen des Verstorbenen tragen, all diejenigen, die von ihm im ersten Grad gezeugt worden sind, wenn der Verstorbene nicht ausdrücklich seinen Willen auf weiter entfernte Angehörige ausgeweitet hat.

### III. Sachenrecht

#### 1. Besitzschutz

Lit.: HONSELL, § 15 IV, KASER/KNÜTEL/LOHSSE §21

##### 78 Gai. 4, 148-155

(148) Eine einstweilige Verfügung zur Erhaltung des Besitzes wird gewöhnlich erteilt, wenn zwei Seiten sich über das Eigentum einer Sache streiten und es zunächst streitig ist, wer von den Streitenden besitzen und wer herausverlangen soll. Für eine solche Angelegenheit sind 'Wie ihr besitzt' und 'Auf welcher der beiden Seiten' geschaffen worden.

(149) Die einstweilige Verfügung 'Wie ihr besitzt' wird für den Besitz eines Grundstücks oder Gebäudes erteilt, 'Auf welcher der beiden Seiten' hingegen, für den Besitz beweglicher Sachen.

(150) Und wenn für ein Grundstück oder ein Haus einstweilen verfügt wird, so lässt der Prätor denjenigen besser berechtigt sein, der zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung weder gewaltsam noch heimlich noch aufgrund einer Bittleihe gegenüber dem Gegner besessen hat; wenn aber für eine bewegliche Sache, so lässt er denjenigen besser berechtigt sein, der den grösseren Teil des Jahres weder gewaltsam noch heimlich noch aufgrund einer Bittleihe gegenüber dem Gegner besessen hat; und dies geht deutlich genug schon aus dem Wortlaut der einstweiligen Verfügung hervor.

(151) Hingegen nützt bei der einstweiligen Verfügung 'Auf welcher der beiden Seiten' jedem nicht nur die eigene Besitzzeit, sondern auch eine solche Besitzzeit des anderen, die ihm gerechterweise zugerechnet wird, zum Beispiel die Besitzzeit desjenigen, dessen Erbe er geworden ist, oder desjenigen, von dem er gekauft hat oder aufgrund von Schenkung oder Mitgift erworben hat. Wenn also eine gerechtfertigte Besitzzeit eines anderen in Verbindung mit meiner Besitzzeit die Besitzzeit des Gegners übersteigt, so bin ich es, der durch diese einstweilige Verfügung siegt. Und zwar wird jemandem, der selbst nicht besitzt, auch keine Zeitzurechnung gewährt, und sie kann auch nicht gewährt werden, denn einer gar nicht vorhandenen Besitzzeit kann auch keine andere zugerechnet werden. Aber auch wenn jemand fehlerhaften Besitz hat, das heisst den Besitz entweder gewaltsam oder heimlich oder aufgrund einer Bittleihe vom Gegner erworben hat, wird keine Zurechnung gewährt, denn ihm nützt die eigene [Besitzzeit] nichts.

(152) Und zwar wird das Jahr zurückgerechnet: Wenn du also zum Beispiel in den ersten 8 Monaten besessen hast und ich in den folgenden 7 Monaten, so bin ich besser berechtigt, weil dir der Besitz

der ersten 3 Monate bei dieser einstweiligen Verfügung nichts nützt, da es sich um den Besitz in einem anderen Jahr handelt.

(153) Man nimmt aber an, dass ich nicht nur dann besitze, wenn ich selbst besitze, sondern auch dann, wenn ein anderer für mich den Besitz innehat, auch wenn er meinem Recht nicht unterworfen ist, wie ein Landpächter oder städtischer Mieter. Auch nimmt man an, dass ich in eigener Person vermittels derjenigen besitze, bei denen ich etwas in Verwahrung gegeben oder denen ich etwas geliehen oder denen ich unentgeltlich Wohnung gewährt habe; und das bedeutet es, was man gemeinhin sagt, dass man den Besitz durch jeden behalten kann, der für einen den Besitz innehat. Es meinen sogar die meisten Juristen, der Besitz könne auch durch den blossen Willen behalten werden, das heisst, dass ich, auch wenn weder ich selbst noch jemand anderes für mich den Besitz innehat, dennoch ersichtlich den Besitz behalte, wenn ich nicht mit der Absicht, den Besitz aufzugeben, fortgegangen bin, sondern, um später zurückzukehren. Durch wen man aber den Besitz erwerben kann, habe ich im zweiten Buch dargelegt; und es besteht überhaupt kein Zweifel, dass man durch den blossen Willen keinen Besitz erwerben kann.

(154) Zur Wiedererlangung des Besitzes wird eine einstweilige Verfügung gewöhnlich erteilt, wenn jemand gewaltsam aus dem Besitz verjagt worden ist; ihm nämlich wird die einstweilige Verfügung verheissen, die mit den Worten beginnt: 'Woher du den und den gewaltsam verjagt hast'; durch diese Verfügung wird derjenige, der verjagt hat, gezwungen, dem Antragsteller den Besitz zurückzuerstatten, vorausgesetzt, dass der Verjagte weder gewaltsam noch heimlich noch aufgrund einer Bittleihe besitzt; einen solchen nämlich, der den Besitz von mir gewaltsam oder heimlich oder aufgrund einer Bittleihe erlangt hat, kann ich ungestraft verjagen.

(155) Manchmal werde ich dennoch gezwungen, jemanden den Besitz zurückzuerstatten, auch wenn ich genau denjenigen gewaltsam verjagt habe, der den Besitz von mir gewaltsam oder heimlich oder aufgrund einer Bittleihe erlangt hat, zum Beispiel, wenn ich ihn mit Waffengewalt verjagt habe; denn wegen der besonderen Schwere der Straftat muss ich mich dem Antrag insofern fügen, dass ich ihm auf jeden Fall den Besitz zurückerstatten muss. Und zwar bedeutet die Bezeichnung „Waffen“ begreiflicherweise nicht nur Schilde, Schwerter und Helme, sondern auch Knüppel und Steine.

## 2. Die Klage des Eigentümers (*rei vindicatio*)

Lit.: HONSELL, § 22 I; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 27 I.

### 79 Formel der *rei vindicatio*

Wenn es sich erweist, dass das Grundstück, um das es geht, aus quiritischem Recht dem Kläger gehört und jenes Grundstück nach dem Ermessen des Richters nicht dem Kläger zurückgegeben wor-

den ist, dann Richter verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert ist. Wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

#### **80 D. 6.1.9 Ulpianus im 16. Buch zum Edikt**

Die Amtspflicht des Richters in dieser Klage beinhaltet, dass der Richter untersucht, ob der Beklagte besitzt. Und es kommt nicht darauf an, aus welchem Grund er besitzt. Wo ich nämlich bewiesen habe, dass die Sache mein ist, muss der Besitzer sie zurückgeben, wenn nicht eine andere Einrede entgegensteht. Einige aber, wie Pegasus, sind der Ansicht, die Klage erfasse nur denjenigen Besitz, der im Interdikt 'Wie ihr besitzt' oder 'Auf welcher Seite' vorausgesetzt wird. Zum Beispiel sagt er, könne man nicht von jemanden vindizieren, dem die Sache zur Verwahrung gegeben oder geliehen worden ist, der über sie einen Miet-, Pacht- oder Werkvertrag abgeschlossen hat, der zwecks Sicherung von [bedingten oder befristeten] Vermächtnissen, wegen einer Mitgift oder für eine Leibesfrucht in ihren Besitz gesetzt ist, auch nicht von jemandem, dem keine Sicherheit wegen künftigen Schadens geleistet ist, weil nämlich alle diese nicht besitzen. Ich meine indessen, man kann gegen alle klagen, weil sie die Sache innehaben und zur Rückgewähr in der Lage sind.

#### **81 D. 6.1.27.3 Paulus im 21. Buch zum Edikt**

Aber auch derjenige, der den Besitz vor Prozessbegründung arglistig aufgibt, haftet mit der dinglichen Klage. Und das lässt sich aus dem Senatsbeschluss folgern, in dem, wie wir gesagt haben, bestimmt ist, dass ein früherer Vorsatz von der Erbschaftsklage erfasst wird. Wenn nämlich bei der Erbschaftsklage, die selbst eine dingliche Klage ist, früherer Vorsatz vorgebracht werden kann, dann ist es nicht ungereimt, im Wege der Analogie auch bei der auf eine bestimmte einzelne Sache gerichteten Klage einen früheren Vorsatz zu berücksichtigen.

#### **82 D. 41.1.7.12 Gaius im 2. Buch der goldenen Dinge**

Wenn jemand umgekehrt auf fremden Boden mit seinem Material gebaut hat, so wird das Gebäude ins Eigentum desjenigen fallen, dem auch der Boden gehört, und wenn er [sc. der Bauende] weiss, dass der Boden jemand anderem gehört, so wird angenommen, dass er willentlich das Eigentum am Material verloren hat, und deshalb kann er dieses nicht einmal dann mittels der Vindikation zurückfordern, wenn das Gebäude niedergerissen worden ist. Freilich kann er, wenn der Eigentümer des Bodens das Gebäude fordert, ohne die Kosten des Baumaterials und die Entlohnung der Handwerker zu vergüten, den Anspruch mittels der *exceptio doli* hemmen, allerdings nur, wenn der Bauende nicht gewusst hat, dass der Boden jemandem anderen gehört und somit in gutem Glauben war, es handle sich um sein Grundstück. Denn hat er [um die Eigentumsverhältnisse] gewusst, so kann ihm Verschulden insoweit vorgeworfen wer-

den, als er mutwillig auf einem Boden gebaut habe, dessen Fremdheit ihm bekannt war.

### 3. Die natürlichen Arten des Eigentumserwerbs: Aneignung, Verbindung, Vermischung und Verarbeitung

Lit.: HONSELL, § 21 I; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 26 I.

#### a. Aneignung (*occupatio*) und Eigentumsaufgabe (*derelictio*)

##### 83 Gai. 2, 66-68

(66) Doch erwerben wir nicht nur solche Sachen kraft natürlicher Vernunft, die durch Besitzübertragung in unser Eigentum übergehen, sondern auch solche, die wir deshalb durch Aneignung erlangen können, weil sie vorher niemandem gehörten, wie es alle sind, die in der Erde, im Meer oder im Himmel gefangen werden.

(67) Wenn wir also ein wildes Tier, einen Vogel oder einen Fisch gefangen haben, so gehört uns von diesem Zeitpunkt an alles, was gefangen ist, und bleibt begreiflicherweise so lange unser Eigentum, wie es durch unsere Bewachung festgehalten wird. Sobald es freilich unserer Bewachung entflohen ist und sich wieder in die natürliche Freiheit begeben hat, wird es wiederum Eigentum desjenigen, der es sich aneignet, weil es aus unserem Eigentum ausgeschieden ist; und zwar nimmt man an, dass es die natürliche Freiheit wiedererlangt, sobald es entweder unseren Blicken entschwunden ist oder zwar noch von uns gesehen werden, aber nur mit Schwierigkeiten verfolgt werden kann.

(68) Hinsichtlich solcher Tiere aber, welche regelmässig die Gewohnheit haben, wegzugehen und zurückzukehren (beispielsweise Tauben und Bienen, ferner Hirsche, die gewöhnlich in die Wälder gehen und zurückkehren), haben wir folgende überlieferte Rechtsregel: Wenn sie ihren Rückkehrwillen verloren haben, so scheiden sie auch aus unserem Eigentum aus und werden Eigentum derjenigen, die sie sich aneignen; man nimmt an, dass sie dann ihren Rückkehrwillen verloren haben, wenn sie die Gewohnheit zurückzukehren aufgegeben haben.

##### 84 D. 41.7.2pr.-1 Paulus im 54. Buch zum Edikt

(pr.) Wenn man weiss, dass der Eigentümer eine Sache als aufgegeben betrachte, so kann man sie erwerben.

(1) Proculus sagt aber, diese Sache höre nicht eher auf, dem Eigentümer zu gehören, als bis sie von einem anderen in Besitz genommen worden sei; Julianus hingegen sagt, sie höre allerdings auf, dem zu gehören, der sie verlasse, werde aber nicht eher einem anderen gehörig, bis sie in Besitz genommen worden sei; und er hat recht.

**85 D. 41.1.55 Proculus im 2. Buch der Briefe**

In einer Schlinge, die du der Jagd wegen gelegt hattest, fing sich ein Wildschwein; während es darin hing, nahm ich es heraus und trug es fort; ist anzunehmen, ich habe dir dein Schwein gestohlen? Und wenn du glaubst, es sei dein gewesen, wie dann, wenn ich es ausgelöst und wieder in den Wald hätte laufen lassen; würde es in diesem Falle aufgehört haben, dir zu gehören, oder dein geblieben sein? Und welche Klage würdest du wider mich haben, wenn es aufgehört hat, dein zu sein? Würde, frage ich, eine solche auf das Geschehen erteilt werden müssen? Antwort: es dürfte ein Unterschied sein, ob ich die Schlinge auf öffentlichem, oder auf Privatgrund und Boden gelegt habe, und im letzteren Falle, ob derselbe mir oder einem anderen gehörig war, ob mit des Eigentümers Erlaubnis, oder ohne dieselbe? Ferner, ob das Wildschwein in der Schlinge so gefangen, dass es sich auf keinen Fall losmachen konnte, oder sich durch längere Anstrengung doch losgemacht haben würde? Überhaupt lässt sich aber hierfür die Regel aufstellen, dass, sobald es in meine Gewalt gekommen, es mein geworden ist: hast du aber [das also] mein [gewordene] Wildschwein wieder in seine natürliche Freiheit entlassen lassen, und es aufgehört, mein zu sein, so muss mir eine Klage auf das Geschehene erteilt werden, gleichwie dies zum Bescheide erteilt worden, als jemand den Becher eines anderen aus einem Schiff über Bord geworfen hatte.

**b. Verbindung, Vermischung (*specificatio*)**

Lit.: HONSELL, § 21 IV-VII; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 26 III.

**86 Gai. 2, 73-76**

(73) Ausserdem geht das, was auf unseren Grund und Boden von jemandem gebaut wird, nach natürlichem Recht in unser Eigentum über, obwohl er es für sich selbst gebaut hat, weil ein mit dem Grundstück zusammenhängendes Gebäude dem Eigentümer des Grund und Bodens zufällt.

(74) Und dies kommt viel häufiger bei einer Pflanze vor, die jemand in unserem Grund und Boden eingepflanzt hat, vorausgesetzt, dass sie in der Erde Wurzeln geschlagen hat.

(75) Dasselbe trifft auch für Getreide zu, das von jemandem in unserem Grund und Boden eingesät worden ist.

(76) Aber wenn wir von ihm die Frucht oder das Gebäude einklagen und ihm dabei seine Aufwendungen für das Gebäude, die Setzlinge oder das Saatgut nicht zahlen wollen, kann er uns mit der Einrede der Arglist zurückweisen, jedenfalls wenn er ein gutgläubiger Besitzer war.

**87 D. 6.1.5pr.-3 Ulpianus im 16. Buch zum Edikt**

(pr.) Pomponius schreibt weiter: Wenn Getreide zweier Eigentümer ohne deren Willen zusammengeschüttet worden ist, steht jedem einzelnen von ihnen die dingliche Klage auf so viel zu, wie sich nach der Feststellung des Richters als Anteil eines jeden an der Gesamtmenge ergibt. Ist das Getreide aber mit ihrem Willen vermischt worden, dann wird es als gemeinschaftliches Eigentum angesehen, und die Teilungsklage greift ein.

(1) Derselbe schreibt: Wenn aus meinem Honig und deinem Wein Honigwein gemacht worden ist, wird nach Ansicht einiger Juristen auch der Honigwein gemeinschaftlich. Ich halte es aber für richtiger, wie auch Pomponius selbst ausführt, dass der Honigwein dem gehört, der ihn hergestellt hat, weil keiner der Bestandteile seine ursprüngliche Beschaffenheit beibehalten hat. Ist aber Blei mit Silber vermischt, dann entsteht, weil beides voneinander gelöst werden kann, weder gemeinschaftliches Eigentum noch klagt man mit der Teilungsklage; vielmehr erhebt man die dingliche Klage [auf die Teilmengen]. Können aber, sagt er, die Bestandteile nicht gelöst werden, zum Beispiel wenn Kupfer mit Gold vermischt ist, so muss entsprechend dem Eigentumsbruchteil vindiziert werden. Keineswegs darf man das gleiche sagen, was für den Honigwein gesagt wurde, weil beide Stoffe, obwohl vermischt, gleichwohl noch vorhanden sind.

(2) Derselbe schreibt: Wenn dein Hengst meine Stute gedeckt hat, gehört das Fohlen nicht dir, sondern mir.

**88 D. 41.1.7.7 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Wenn jemand aus fremdem Stoff im eigenen Namen etwas geformt hat, so sind Nerva und Proculus der Ansicht, sei derjenige Eigentümer, der es gemacht hat, weil das, was erst gemacht worden ist, vorher niemandem gehörte. Sabinus und Cassius glauben aber, es spreche ein natürlicher Grund dafür, dass, wer Eigentümer des Stoffes gewesen, es auch davon sei, was daraus gemacht worden ist; weil ohne vorhandenen Stoff nichts gearbeitet werden könne; z. B. wenn ich aus deinem Gold, Silber oder Erz ein Gefäß gemacht habe, oder aus dir gehörigen Brettern ein Schiff, einen Schrank, oder einen Sessel, oder aus deiner Wolle ein Kleid, oder aus deinem Wein und Honig Met, oder aus deinen Arzneien ein Pflaster oder eine Salbe, oder aus deinen Trauben, Oliven oder Ähren Wein, Öl oder Getreide. Es gibt jedoch auch eine in der Mitte liegende Ansicht derer, welche ganz richtig dafürhalten, dass, wenn das Geformte in den Stoff wieder verwandelt werden könne, die Ansicht des Sabinus und Cassius die richtigere sei; wenn aber nicht, die des Nerva und Proculus; so z. B. kann ein gegossenes Gefäß wiederum zu dem rohen Stoff des Goldes, Silbers oder Erzes verwandelt werden; Wein, Öl oder Getreide kann aber nicht wieder zu Trauben, Oliven oder Ähren werden; ja nicht einmal Met zu Honig und Wein, oder Pflaster oder Salben zu Arzneien. Was das Getreide betrifft, so scheinen mir aber diejenigen Recht zu haben, die da behaupten, es dürfe nicht bezweifelt werden, dass das aus fremden Ähren gedroschene Getreide dem gehöre, wem die Ähren gehörten; denn da die in den Ähren enthaltenen Körner ihre eigentümliche und vollkommene Gestalt haben, so bildet derjenige, welcher die Ähren ausdrischt, keine neue Form, sondern er enthüllt vielmehr die vorhandene.

#### 4. Abgeleiteter Eigentumserwerb: *traditio* und *mancipatio*

Lit.: HONSELL, §§ 19, 22; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 7, 24, 27, 29.

##### 89 D. 50.17.54 Ulpianus im 46. Buch zum Edikt

Niemand kann mehr an Recht auf einen anderen übertragen, als er selbst hatte. (*nemo plus iuris ad alienum transferre potest quam ipse haberet*).

##### a. Zwei Modelle

##### 90 Gai. 2, 18-22

(18) Zwischen Manzipiumsachen (*res Mancipi*) und Nicht-Manzipiumsachen (*res nec Mancipi*) besteht aber ein grosser Unterschied.

(19) Denn die Nicht-Manzipiumsachen gehen allein durch die Besitzübertragung (*traditio*) in das unbeschränkte Eigentum eines anderen über, sofern sie nur körperlich sind und deshalb ihr Besitz überhaupt übertragen werden kann.

(20) Wenn ich dir also den Besitz eines Kleidungsstückes oder von Gold oder Silber übertragen habe – sei es aufgrund eines Verkaufs oder einer Schenkung oder aus irgendeinem anderen Grund –, so geht die Sache sofort in dein Eigentum über, sofern ich nur ihr Eigentümer bin.

(21) In derselben Rechtsstellung befinden sich die Provinzialgrundstücke, von denen die einen „grundsteuerpflichtige“, die anderen „abgabepflichtige“ heissen. Die grundsteuerpflichtigen sind solche, die in denjenigen Provinzen sind, welche als Eigentum des römischen Volkes angesehen werden; abgabepflichtige sind solche, die in denjenigen Provinzen sind, welche, wie man annimmt, Eigentum des Kaisers sind.

(22) Manzipiumsachen sind aber diejenigen, die durch Manzipation an einen anderen übertragen werden; daher werden sie übrigens „Manzipiumsachen“ genannt. (...)

##### b. *Traditio* und körperliche Übergabe

##### 91 D. 41.2.18.2 Celsus im 23. Buch seiner Digesten

Wenn ich den Verkäufer angewiesen habe, die Kaufsache in meinem Hause abzuliefern, steht ausser Frage, dass ich die Sache besitze, wiewohl sie bislang noch niemand berührt hat; desgleichen besitze ich nicht minder, als wenn ich das Grundstück betreten hätte, wenn der Verkäufer die benachbarte Liegenschaft, die ich gekauft

habe, mir von meinem Turm aus beschreibt und erklärt, dass er mir den von ihm aufgegebenen Besitz übertrage.

**92 D. 21.2.62pr. Celsus im 27. Buch seiner Digesten**

Habe ich dir eine Sache verkauft, die sich bei dir befindet, so ist anerkannt, dass ich im Fall der Eviktion hafte, weil die Sache als an dich übergeben angesehen wird.

**93 D. 41.2.18pr. Celsus im 23. Buch seiner Digesten**

Was ich in meinem Name besitze, kann ich auch in fremdem Namen besitzen. Und ich verändere damit nicht den Rechtsgrund meines Besitzes, sondern ich höre auf, Besitz zu haben und mache durch meine Besitzdienerschaft den andern zum Besitzer. Denn es ist nicht dasselbe, zu besitzen und [die Sache] für einen anderen zu haben, weil nämlich derjenige den Besitz hat, in dessen Namen besessen wird. So leistet der Vermögensverwalter Besitzdienerschaft für fremden Besitz.

**c. *Causa traditionis***

**94 D. 41.1.31pr. Paulus im 31. Buch zum Edikt**

Die bloße Übergabe (*traditio*) überträgt das Eigentum niemals, sondern nur, wenn Verkauf oder eine andere rechtmässige Ursache (*causa*) vorangegangen ist, derentwegen die Übergabe erfolgt.

**95 D. 41.1.36 Iulianus im 13. Buch der Digesten**

Wenn wir über den Gegenstand der Übergabe einig, über deren Grund aber verschiedener Ansicht sind, so sehe ich nicht ein, warum die Übergabe wirkungslos sein soll; z. B. ich glaube, dir aus einem Testamente verpflichtet zu sein, ein Landgut übergeben zu müssen, und du glaubst, es gebühre dir auf den Grund einer Stipulation. Denn so ist es ja auch bekannt, dass, wenn ich dir bares Geld in der Absicht übergebe, es dir zu schenken, und du es, als sei es ein Darlehen, annimmst, das Eigentum auf dich übergehe, und kein Hindernis darin liegt, dass wir über den Grund des Gebens und des Empfangs verschiedener Ansicht gewesen sind.

**d. *Ersitzung und publizianische Klage (actio Publiciana)***

**96 Gai. 2, 40-45**

(40) Weiterhin weise ich darauf hin, dass es bei den Nichtbürgern freilich nur eine einzige Eigentumsart gibt; denn man ist entweder Eigentümer oder wird nicht als Eigentümer angesehen. In alter Zeit hat auch das römische Volk dieses Recht angewandt; nach quiritischem Recht war nämlich ein jeder entweder Eigentümer oder wurde nicht als Eigentümer angesehen. Aber später erhielt das Eigentum eine Zweiteilung, so dass einer nach quiritischem Recht Eigentümer sein konnte, ein anderer aber nach prätorischem Recht.

(41) Denn wenn ich Dir eine Manzipiumsache weder manzipiert noch vor Gericht abgetreten, sondern lediglich übergeben habe, so wird zwar bewirkt, dass die Sache nach prätorischem Recht Dir gehört, sie bleibt aber nach quiritischem Recht in meinem Eigentum, bis Du sie dadurch, dass Du sie besitzt, ersitzt; ist nämlich die Ersitzung einmal vollendet, so gehört die Sache von diesem Zeitpunkt an nach unbeschränktem Recht, das heisst sowohl nach prätorischem als auch nach quiritischem Recht, ebenso Dir, wie wenn sie manzipiert oder vor Gericht abgetreten worden wäre.

(42) Und zwar wird die Ersitzung, die in einigen Fällen gestattet ist, bei beweglichen Sachen bereits nach einem Jahr vollendet, bei einem Grundstück oder Haus aber erst nach zwei Jahren; und so ist es im Zwölftafelgesetz bestimmt worden.

(43) Im Übrigen können wir auch diejenigen Sachen ersitzen, deren Besitz uns nicht vom Eigentümer übertragen worden ist (ganz gleich, ob diese Sachen Manzipiumsachen oder Nicht-Manzipiumsachen sind), vorausgesetzt, dass wir sie in gutem Glauben erhalten haben, indem wir glaubten, dass der, der sie übergab, Eigentümer sei.

(44) Dies ist ersichtlich zu dem Zwecke anerkannt worden, dass die Eigentumsverhältnisse an Sachen nicht allzu lange im Ungewissen bleiben, da dem Eigentümer zum Aufsuchen der eigenen Sache ein Zeitraum von einem oder zwei Jahren genüge; diese Zeit ist dem Besitzer zur Ersitzung zugeteilt worden.

#### 97 Gai. 4, 36

Ferner wird in der sogenannten *actio Publiciana* eine Ersitzung unterstellt. Und zwar wird diese Klage jemandem gewährt, der eine Sache, die ihm aufgrund eines wirksamen Geschäftes übergeben worden war, noch nicht ersessen hat und diese, nachdem er ihren Besitz verloren hat, fordert; weil er nämlich im Klageantrag nicht erklären kann, dass sie ihm nach quiritischem Recht gehöre, wird unterstellt, dass er sie schon ersessen hätte, und so erklärt er, als ob er nach quiritischem Recht Eigentümer geworden wäre, zum Beispiel folgendermassen: Der und der soll Richter sein. Wenn, unterstellt, dass der Kläger den Menschen, den er gekauft hat und der ihm übergeben worden ist, ein Jahr besessen hätte, dieser Mensch, auf den geklagt wird, ihm nach quiritischem Recht gehören müsste und so weiter.

#### 98 D. 6.2.17 Neratius im 3. Buch der losen Blätter

Die publizianische Klage ist nicht dazu eingeführt worden, um die Sache dem Eigentümer zu entziehen – der Beweis dafür ist erstens die Gerechtigkeit, sodann die Einrede: „Wenn diese Sache nicht dem Besitzer gehört“ –; vielmehr deswegen, weil derjenige, der die Sache gutgläubig gekauft und aus diesem Rechtsgrund den Besitz

erlangt hat, sie eher haben soll als jeder andere sonst ausser dem Eigentümer, wenn dieser die Sache besitzt.

### 99 Gai. 2.45

Aber manchmal kommt es für jemanden, der eine fremde Sache besitzt, dennoch zu keiner Ersitzung, auch wenn er sie noch so sehr in gutem Glauben besitzt, zum Beispiel, wenn er eine Sache besitzt, die jemandem gestohlen oder gewaltsam in Besitz genommen worden war; denn das Zwölftafelgesetz verbietet die Ersitzung einer gestohlenen Sache, die *lex Iulia et Plautia* die Ersitzung einer gewaltsam in Besitz genommenen Sache.

### 100 Gai. 2, 49-50

(49) Was gemeinhin gesagt wird, dass die Ersitzung gestohlener und gewaltsam in Besitz genommener Sachen durch das Zwölftafelgesetz verboten worden sei, bezieht sich folglich nicht darauf, dass der Dieb selbst und derjenige, der durch Gewalt besitzt, nicht ersitzen kann (denn diesem steht die Ersitzung schon aus einem anderen Grund nicht zu, weil er doch bösgläubig besitzt), sondern darauf, dass auch überhaupt kein anderer ein Ersitzungsrecht hat, obwohl er gutgläubig vom Bösgläubigen gekauft hat.

(50) Daher kommt es bei beweglichen Sachen nur selten dazu, dass einem gutgläubigen Besitzer die Ersitzung möglich ist, da derjenige, der eine Sache, die ihm nicht gehört, verkauft und ihren Besitz übertragen hat, einen Diebstahl begeht; dasselbe kommt auch vor, wenn der Besitz aus einem anderen Grund übertragen wird. Doch verhält sich dies manchmal anders; wenn nämlich ein Erbe eine Sache, die dem Verstorbenen geliehen, verpachtet oder in Verwahrung gegeben worden war, im Glauben, sie gehöre zum Nachlass, verkauft oder verschenkt hat, so begeht er keinen Diebstahl. Wenn ferner derjenige, dem die Nutzniessung an einer Sklavin zusteht, ihr Kind im Glauben, es gehöre ihm auch, verkauft oder verschenkt hat, so begeht er keinen Diebstahl; ein Diebstahl wird nämlich nur begangen, wenn Diebstahlsabsicht vorliegt. Es kann auch auf andere Weisen vorkommen, dass jemand eine ihm nicht gehörende Sache ohne den Makel des Diebstahls einem anderen überträgt und bewirkt, dass sie vom Besitzer ersessen wird.

**e. Die Bedeutung des Ersitzungstitels und der Putativtitel****101 D. 41.3.32 Pomponius im 32. Buch zu Sabinus**

(pr.) Wenn der Dieb die gestohlene Sache vom Eigentümer gekauft und als übergebene gehabt hat, so hört er auf, dieselbe als gestohlene zu besitzen, und fängt an, sie als seine zu besitzen.

(1) Wenn jemand die Vorstellung hat, es sei ihm durch die Gesetze verboten, das zu ersitzen, was er besitzt, so muss man dennoch als Regel annehmen, dass zu seinen Gunsten, wenn er auch irre, die Ersitzung nicht laufe, entweder, weil er so anzusehen sei, dass er nicht im guten Glauben besitze, oder weil die Ersitzung zugunsten des im Rechtsirrtum Befindlichen nicht zu laufen beginnt.

**102 D. 41.3.27 Ulpianus im 31. Buch zu Sabinus**

Celsus sagt im vierunddreissigsten Buche, es seien diejenigen im Irrtum, die da glaubten, dass jedweder die Sache, an der er den Besitz im guten Glauben erlangt habe, als seine ersitzen könne, ohne dass darauf etwas ankomme, ob er sie gekauft habe, oder nicht, oder ob sie ihm geschenkt worden sei, oder nicht, sobald er nur glaube, dass das eine oder das andere geschehen sei, weil weder die Ersitzung als Vermächtnis, noch als Geschenk, noch als Mitgift gelte, wenn keine Schenkung, keine Mitgift, oder kein Vermächtnis erfolgt sei. (...)

**103 D. 41.4.15-16 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

(15) Wenn ich von einem Mündel ohne seines Vormundes Ermächtigung gekauft habe, den ich für mündig hielt, so, sagen wir, erfolge die Ersitzung, sodass hier auf die Wirklichkeit mehr ankommt, als auf das Dafürhalten; wenn du hingegen weisst, dass er ein Unmündiger sei, aber glaubst, dass den Unmündigen die Verwaltung ihres Vermögens ohne des Vormundes Ermächtigung gestattet sei, so wirst du nicht ersitzen, weil ein Rechtsirrtum Niemanden nützt.

(16) Wenn ich von einem Geisteskranken gekauft habe, in dem Glauben, er sei verstandesmächtig, so kann ich bekanntlich des Nutzens halber ersitzen, obwohl kein Kauf vorhanden ist, und deshalb auch mir ebenso wenig eine Klage wegen Eviktion zuständig ist wie die *actio Publiciana*, und die Anknüpfung des Besitzes.

## 5. Nutzniessung (*ususfructus*)

Lit.: HONSELL, § 23 II; KASER/KNÜTEL, § 29.

### 104 D. 7.1.1 Paulus 3 zu Vitellius

Die Nutzniessung ist das Recht, fremde Sachen zu gebrauchen und zu nutzen, und zwar unter Erhaltung ihrer Substanz.

### 105 Gai. 2, 33

Was ich aber gesagt habe, dass nämlich eine Nutzniessung nur durch Abtretung vor Gericht (*in iure cessio*) übertragen werden kann, ist nicht unbedacht gesagt worden, obwohl sie auch durch eine Manzipation bestellt werden kann, und zwar dadurch, dass er bei der Manzipation des Eigentums abgezogen werden kann; denn es wird nicht die Nutzniessung an sich manzipiert, sondern dadurch, dass sie bei der Manzipation des Eigentums vorbehalten wird, geschieht es, dass sich die Nutzniessung beim einen und das Eigentum beim anderen befindet.

### 106 *Actio negatoria* beim *ususfructus*

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte kein Recht hat, das Grundstück zu benutzen und dessen Früchte zu ziehen und wenn nicht diese Sache nach dem Ermessen des Richters dem Kläger zurückgegeben worden ist, dann Richter verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sollst du ihn freisprechen.

### 107 D. 7.5.1 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus

Der Senat hat bestimmt, dass an allen Sachen, von denen feststeht, dass sie in jemandes Vermögen sind, eine Nutzniessung vermacht werden kann; auf diesen Senatsbeschluss geht es offenbar zurück, dass auch an Sachen, die durch Gebrauch verbraucht oder vermindert werden können, eine Nutzniessung vermacht werden kann.

### 108 D. 7.1.13.4 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus

Der Nutzniesser darf die Lage des Eigentums nicht verschlechtern; verbessern aber kann er sie. Und wenn ihm die Nutzniessung an einem Landgut vermacht ist, dann darf er weder fruchttragende Bäume fällen noch das Wirtschaftsgebäude abreißen noch sonst etwas zum Nachteil des Eigentums tun. Und wenn es sich etwa um ein dem Vergnügen dienendes Grundstück handelt, mit Grünanlagen, Alleen und Spazierwegen, von Zierbäumen überschattet, die keine Früchte tragen, darf er diese nicht fällen um etwa einen Gemüsegarten anzulegen oder sonst etwas, was Ertrag bringen soll.

### 109 D. 7.4.12 Ulpianus im 17. Buch zu Sabinus

Wenn jemandem die Nutzniessung an einem Bad vermacht ist und der Erblasser daraus eine Wohnung gemacht hat, muss man sagen, die Nutzniessung sei erloschen.

(1) Auch wenn er die Nutzniessung an einem Schauspielersklaven vermacht und diesen dann zu einer anderen Tätigkeit bestimmt hat, wird man sagen müssen, dass die Nutzniessung erloschen ist.

#### **110 D. 7.1.27.2 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

Wenn eine Nutzniessung an einem Sklaven vermacht ist, den der Erblasser nicht für bestimmte Dienste verwendet hat, so kann der Nutzniesser, wenn er ihm besondere Kenntnisse und Fertigkeiten beigebracht hat, von diesen Fertigkeiten und Kenntnissen Gebrauch machen.

#### **111 D. 7.1.15.1-5 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

(1) Auch wenn eine Nutzniessung an Sklaven vermacht ist, darf er sie nicht missbräuchlich ausüben, sondern muss die Sklaven entsprechend ihrer Stellung nutzen; denn wenn er einen Schreiber aufs Land schickt und ihn zwingt, schwere Körbe und Kalksteine zu tragen, wenn er einen Schauspieler zum Badeknecht macht, einen Musiker zum Hauswart oder einen aus der Ringschule zum Latrinenleeren bestimmt, so muss man das als missbräuchliche Nutzung des Eigentums ansehen.

(2) Je nach Rang und Stellung der Sklaven muss er sie ausreichend ernähren und kleiden.

(3) Und ganz allgemein, sagt Labeo, muss er bei allen beweglichen Sachen sich so massvoll verhalten, dass sie nicht durch seine Brutalität und Unbeherrschtheit verdirbt; sonst kann er auch nach der *Lex Aquilia* belangt werden.

(4) Und wenn eine Nutzniessung an Kleidern vermacht ist – und zwar nicht an einer bestimmten Quantität-, so ist zu sagen, dass er sie so gebrauchen muss, dass er sie nicht verdirbt; vermieten wird er sie nicht dürfen, weil ein redlicher Mann einen solchen Gebrauch nicht machen würde.

(5) Wenn daher eine Nutzniessung an Bühnenkostümen oder einem Theatervorhang oder anderen Ausstattungsstücken vermacht ist, darf er diese Sachen nicht anderswo als auf der Bühne gebrauchen. Ob er sie aber vermieten darf, ist zu überlegen. Ich meine, dass er es darf; und auch wenn der Erblasser ein Bühnenkostüm oder auch ein Trauergewand nur zu verleihen, nicht zu vermieten pflegte, darf doch der Nutzniesser sie vermieten.

#### **112 D. 7.1.13pr. Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

(pr.) Wenn die Nutzniessung an einer Sache vermacht ist, kann der Eigentümer für die Sache eine Sicherheit verlangen, die der Richter kraft seines Amtes anzuordnen hat; denn so wie der Nutzniesser Gebrauch und Nutzung haben soll, so soll der Eigentümer hinsichtlich seines Eigentums gesichert sein. Julian billigt im 38. Buch der Digesten die Ansicht, dass dies für jede Nutzniessung gelte. Wenn eine

Nutzniessung vermacht sei, so sei dem Nutzniesser die Klage nicht eher zu geben, als bis er Sicherheit geleistet habe, die Nutzung nach billigem Ermessen eines redlichen Mannes auszuüben. Sind es aber mehrere, die mit dem Nutzniessungs-vermächtnis beschwert worden sind, so muss jedem Sicherheit geleistet werden.

**113D. 7.1.15.6-7 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

(6) Der Inhaber des Eigentums darf den Nutzniesser nicht hindern, wenn er die Sache so gebraucht, dass er die Lage des Eigentums nicht verschlechtert. (...)

(7) Der Eigentümer aber kann das Gut weder mit einer Dienstbarkeit belasten noch eine Dienstbarkeit aufgeben; eine Dienstbarkeit erwerben kann er dagegen, wie Julian schreibt, auch gegen den Willen des Nutzniessers. Demgemäss kann der Nutzniesser zwar keine Dienstbarkeit zugunsten des Guts erwerben, doch kann er eine bestehende erhalten; und sollten solche durch Nichtausübung seitens des Nutzniessers verloren gegangen sein, so haftet er auch dafür. (...)

## 6. Dienstbarkeiten (Servituten) und *actio negatoria*

Lit.: HONSELL, § 22 II; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 27f.

### a. Die Klage des Servitutsberechtigten

#### 114 *Actio confessoria* bei der Dienstbarkeit

Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht hat, über das Grundstück gegen den Willen des Klägers zu gehen/Wasser zu leiten/ Vieh zu treiben etc. und wenn diese Sache nach dem Ermessen des Richters nicht zurückgegeben worden ist, dann Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sollst du ihn freisprechen

#### 115 *Actio negatoria* bei der Dienstbarkeit

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte kein Recht hat, über das Grundstück gegen den Willen des Klägers zu gehen / Wasser zu leiten / Vieh zu treiben etc. Und wenn nicht diese Sache nach dem Ermessen des Richters dem Kläger zurückgegeben worden ist, dann Richter verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sollst du ihn freisprechen.

#### 116D. 8.1.5pr. Gaius im 7. Buch zum Provinziedikt

Das Wege-, das Durchgangs-, das Viehtrift- und das Wasserleitungsrecht werden in etwa auf dieselbe Weise bestellt, wie wir dies von der Nutzniessung gesagt haben.

#### 117D. 8.1.15.1 Pomponius im 33. Buch zu Sabinus

Das Wesen der Dienstbarkeit besteht nicht darin, dass jemand etwas tun muss, zum Beispiel dass er Grünanlagen beseitigt oder für eine angenehmere Aussicht sorgt oder zu dem gleichen Zweck für Maleereien an seinem Haus, sondern dass er etwas dulden oder unterlassen muss.

#### 118D. 8.5.2pr.-1 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt

(pr.) Wegen der Dienstbarkeiten stehen uns dingliche Klagen nach dem Muster derjenigen zur Verfügung, die bei der Nutzniessung gegeben sind, die konfessorische ebenso wie die negatorische; die konfessorische Klage steht dem zur Verfügung, der geltend macht, dass ihm Dienstbarkeiten zustehen, die negatorische dem Eigentümer, der das Bestehen von Dienstbarkeiten verneint.

(1) Diese konfessorische dingliche Klage steht aber keinem anderen als einem Grundstückseigentümer zu. Niemand kann nämlich eine Dienstbarkeit vindizieren ausser demjenigen, der Eigentümer des Nachbargrundstücks ist, zu dessen Gunsten nach seiner Behauptung die Dienstbarkeit besteht.

**b. Der Käsereifall****119D. 8.5.8.5-7 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

(5) Aristo erteilte Cerellius Vitalis das Gutachten, er sei nicht der Auffassung, dass es rechtlich zulässig sei, den Rauch einer Käserei den darüber liegenden Gebäuden zuzuführen, sofern nicht insoweit eine Dienstbarkeit besteht; denn eine derartige Dienstbarkeit hält er für zulässig. Und Aristo sagt ferner: Selbst aus einem höher gelegenen Gebäude dürfe man kein Wasser oder etwas anderes den unteren Gebäuden zuführen. Auf seinem eigenen Grundstück dürfe man nämlich nur insofern tun, was man wolle, als man nicht ein fremdes Grundstück mit Immissionen belaste; Rauch und Wasser seien nun aber gleichermassen Immissionen. Daher könne der Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes gegen den des unteren darauf klagen, dass dieser kein Recht habe, so zu handeln. Er sagt ferner, Alfenus schreibe zum Beispiel, man könne darauf klagen, dass der Nachbar kein Recht habe, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu brechen, dass Bruchstücke auf mein Grundstück fallen. Folglich könne, sagt Aristo, derjenige, der eine Käserei von der Stadtgemeinde Minturnae gepachtet habe, vom Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes an der Immission des Rauches gehindert werden; die Stadtgemeinde hafte ihm aber aus dem Pachtvertrag, und so könne, sagt er, gegen den, der die Rauchimmission bewirkt, darauf geklagt werden, dass er kein Recht habe, den Rauch zuzuführen. Daher sei auch umgekehrt eine Klage des Inhalts möglich, dass man ein Recht auf Zuführung von Rauch habe. Und eben dies ist auch ersichtlich die Meinung des Aristo. Aber es kann auch das Interdikt „Wie ihr besitzt“ Anwendung finden, wenn jemand daran gehindert wird, sein Eigentum so zu nutzen, wie er will.

(6) Bei Pomponius wird im 41. Buch der „Lese Früchte“ in Zweifel gezogen, ob jemand darauf klagen kann, dass er das Recht habe, auf seinem Grundstück Rauch, der nicht besonders störe, zum Beispiel von seinem Herd, aufsteigen zu lassen, oder dass der Nachbar dieses Recht nicht habe. Und er sagt, dass man richtigerweise nicht klagen könne, so wenig wie man darauf klagen kann, dass man das Recht habe, auf dem eigenen Grundstück Feuer zu machen, sich hinzusetzen oder zu waschen.

(7) Derselbe Jurist billigt dagegen Rechtsschutz in einem anders gelagerten Fall; denn als Quintilla zur Ableitung von Dämpfen aus ihrem Bad unterirdische Rohre in die Gärten des Tullius hinein verlegen liess, sagt er, wurde [mit Recht] entschieden, dass für solche Dienstbarkeiten hätten bestellt werden können [und müssen].

## 7. Pfandrecht und Sicherungsübereignung

Lit.: HONSELL, §§ 24f.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 31, 39 IV.

### a. Die Sicherungsübereignung (*fiducia cum creditore contracta*)

#### 120 Gai. 2, 60

Ein Sicherungsvertrag wird entweder mit einem Gläubiger aufgrund eines Pfandrechtes abgeschlossen oder mit einem Freund, damit die eigenen Sachen sicherer bei ihm aufgehoben sind; wenn nun der Sicherungsvertrag mit einem Freund abgeschlossen worden ist, so ist der Ersitzungsrückwerb wirklich in jedem Fall möglich; wenn aber mit einem Gläubiger, so ist er in jedem Fall dann möglich, wenn das Geld bezahlt ist; ist es aber noch nicht bezahlt, so ist der Ersitzungsrückwerb nur dann möglich, wenn der Schuldner die Sache weder vom Gläubiger gemietet hat noch eine jederzeit widerrufliche Besitzerlaubnis für die Sache erbeten hat. In diesem Fall ist eine gewinnbringende Ersitzung möglich.

#### 121 Formula Baetica (FIRA III 92)

Dama, der Sklave des L. Titius, hat das dem Baianus gehörende Grundstück, welches im Landstrich liegt, der Venusfeld genannt wird, im olbensischen Flurbezirk, in seiner ganzen Fläche und mit allen Rechten um eine Sesterz und den Sklaven Midas um eine Sesterz treuhänderisch aufgrund einer Treuabrede durch Manzipation erworben von L. Baianus vor dem Waagenhalter und dem Obmann der Zeugen. Als Nachbarn hat L. Baianus den L. Titius und C. Seius, die Bürgerschaft und wen er sonst zu nennen hat, bezeichnet.

Eine vertragliche Vereinbarung wurde zwischen Dama, dem Sklaven des L. Titius, und L. Baianus abgeschlossen, wonach für diejenige Geldsumme, welche L. Titius dem L. Baianus jetzt oder künftig übergeben, dargeliehen oder zur Last geschrieben, oder für die er jetzt oder künftig Sicherheit geleistet, die er als Schuld übernommen oder verbürgt hat, dieses Grundstück und diese Sklaven somit Treugut sein sollten bis zur gehörigen Tilgung der ganzen Summe das heisst des Kredites des L. Titius und bis zur Lösung und Entlassung aus der Verpflichtung; sollte am entsprechenden Tag L. Titius oder seinem Erben nicht bezahlt und geleistet worden sein, so gilt, dass er jenes Grundstück und die genannten Sklaven, beziehungsweise diejenigen von ihnen, für welche L. Titius oder sein Erbe sich entscheiden, wo und wann es ihm beliebt gegen Barzahlung verkaufen soll. (...)

## b. Pfandrecht (*pignus* und *hypotheca*)

### 122 Die dingliche Pfandklage (*actio pigneraticia in rem = vindicatio pignoris = actio Serviana*)

Titius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass zwischen dem Kläger und Lucius Titius vereinbart worden ist, dass an dieser Sache, die Gegenstand des Rechtsstreites ist, zugunsten des Klägers ein Pfandrecht bestehe wegen des geschuldeten Geldes und diese Sache dann, als es vereinbart wurde, im prätorischen Eigentum des Lucius Titius stand und dieses Geld weder gezahlt noch irgendeine andere Befriedigung der Schuld erfolgt ist und es nicht in der Verantwortung des Klägers liegt, dass nicht gezahlt worden ist und diese Sache nach deinem [sc. des Richters] Ermessen nicht zurückgegeben worden ist, dann Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

### 123D. 20.1.5pr.-2 Marcianus im 1. Buch zur Klageformel der Hypothek

(pr.) Man muss wissen, dass ein besitzloses Pfand, Hypothek, an Sachen für Verbindlichkeiten jeder Art bestellt werden kann, sei es, dass ein Darlehen oder eine Mitgift gewährt, sei es, dass ein Kauf abgeschlossen wird oder ein Miet-, Pacht-, Dienst- oder Werkvertrag oder auch ein Auftrag. Und die Forderung mag unbedingt oder betagt oder bedingt sein, sie mag gegenwärtig vertraglich begründet werden oder auch vorher entstanden sein; aber auch für eine künftige Verbindlichkeit kann man an Sachen eine Hypothek bestellen, und nicht nur zwecks Zahlung der ganzen Schuld, sondern auch für einen Teilbetrag, und sowohl für zivilrechtliche Verbindlichkeiten als auch für amtsrechtliche oder bloss natürliche. Bei bedingter Verbindlichkeit haften die [verpfändeten] Sachen jedoch nur, wenn die Bedingung eintritt.

(1) Pfand und Hypothek unterscheiden sich jedoch nur dem Namen nach.

(2) Bestellen kann man eine Hypothek ebenso gut für eine eigene Verbindlichkeit wie für eine fremde.

### 124D. 20.1.4 Gaius im 1. Buch zur Klageformel der Hypothek

Der Vertrag über ein besitzloses Pfand kommt durch formlose Vereinbarung (*pactum conventum*) zustande, wenn also jemand einem anderen verspricht, dass eine in seinem Vermögen befindliche Sache für irgendeine Verbindlichkeit als besitzloses Pfand haften soll. Er werden allerdings über Pfandbestellungen schriftliche Urkunden errichtet, damit man mit ihrer Hilfe leichter beweisen kann, was vereinbart worden ist. Aber auch ohne diese Urkunden ist das Rechtsgeschäft wirksam, denn auch eine Ehe ist gültig, selbst wenn keine schriftlichen Erklärungen über sie aufgenommen wurden.

**125 D. 13.7.9.3 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt**

Damit die *actio pignoratitia in personam* entsteht, muss die ganze Schuldsomme geleistet oder an deren Stelle Befriedigung erfolgt sein. Als solche Befriedigung (*satisfactum*) wertet man alles, was der Gläubiger akzeptiert, obgleich das eigentlich Geschuldete nicht geleistet worden ist: Die *actio pignoratitia* entsteht, ob er nun durch andere Pfänder gesichert werden wollte, damit er das ursprüngliche freigibt, oder ob dies durch Bürgen, durch Schuldnerwechsel, durch irgendeine andere Leistung oder aufgrund blosser Vereinbarung geschieht. Und so lässt sich allgemein festhalten, dass derjenige Gläubiger befriedigt scheint, der auf sein Pfand verzichten wollte, falls er sich diejenigen Sicherheiten hat bestellen lassen, die er sich selbst gewünscht hat, sollte er sich in dieser Sache auch falsche Vorstellungen gemacht haben.

**c. Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (*ius vendendi pignore*)****126 D. 47.2.74. Iavolenus im 15. Buch zu Cassius**

Wenn jemand, der eine Sache als Pfand erhalten hat, diese verkauft hat, wiewohl hinsichtlich eines Verkaufs nichts vereinbart war, oder wenn er es vor dem verabredeten Verkaufstermin, freilich ohne dass die Schuld beglichen war, getan hat, so begeht er einen Diebstahl.

**127 D. 13.7.4 Ulpianus im 41. Buch zum Edikt**

Falls Übereinstimmung erzielt worden ist [– sei es bereits bei der Pfandübergabe oder später –], dass die Pfandsache, im Falle der Nichterfüllung der gesicherten Schuld, verkauft werden muss, so ist nicht nur der abgeschlossene Kaufvertrag rechtswirksam, sondern dem Käufer steht nun auch das Eigentum an der Sache zu. Aber auch wenn der Pfandverkauf nicht vereinbart wurde, ist er nach herrschender Lehre trotzdem zulässig; es sei denn, die Unzulässigkeit sei eigens verabredet worden. (...)

**d. Rang der Pfandrechte****128 D. 20.3.4 Paulus im 5. Buch der Responsen**

Als Titius von Maevius ein Darlehen aufnehmen wollte, versprach er ihm Rückzahlung und bestimmte einige Sachen, die als Hypothek haften sollten. Später, nachdem er einige dieser Sachen veräußert hatte, empfing er das Darlehen. Es wurde gefragt, ob auch die zuvor verkauften Sachen dem Gläubiger haften. Er hat gutachtlich entschieden: Da es noch nach der Bestellung der Sicherheit im Belieben des Schuldners stand, das Darlehen nicht anzunehmen, sei es so anzusehen, als sei die Verpfändung erst zu dem Zeitpunkt zustande gekommen, in dem das Darlehen ausgezahlt wurde, und deshalb sei zu ermitteln, welche von den Sachen der Schuldner zur Zeit der Auszahlung des Darlehens in seinem Vermögen hatte.

**129 D. 20.4.11pr. Gaius im 1. Buch zur Klageformel der Hypothek**

Ein vorrangiges Pfandrecht hat, wer zuerst ein Darlehen gegeben und an einer Sache ein besitzloses Pfand, Hypothek, erhalten hat, mag auch der Verpfänder mit einem anderen zuvor vereinbart haben, dass ihm die Sache verpfändet sein solle, wenn er von ihm Geld erhalte, selbst wenn er es von ihm später tatsächlich erhält. Er hätte nämlich trotz der vorherigen Vereinbarung das Geld von ihm nicht anzunehmen brauchen.

**e. Klage auf Überschuss****130 C. 8.27.20 Diocletinus / Maximilianus (a. 294)**

Wenn die Pfandsache vom Gläubiger zu einem die Schuldsomme übersteigenden Betrag verkauft wurde, steht dem Schuldner nach Treu und Glauben der Pfandabrede (soweit nichts Besonderes vereinbart wurde) nicht eine dingliche Klage (*actio in rem*), sondern eine persönliche Klage (*actio in personam*) zur Verfügung auf Auszahlung des Mehrerlöses (*superfluum*) (...).

## IV. Obligationenrecht

### 131 Gai. 3, 88-89

(88) Wir wollen jetzt zu den Verpflichtungen (*obligationes*) übergehen, deren Haupteinteilung auf zwei Arten zurückgeführt wird; denn jede Verpflichtung entsteht entweder aus einem Vertrag oder aus einer unerlaubten Handlung.

(89) Und zuerst wollen wir solche betrachten, die aus einem Vertrag entstehen. Von ihnen gibt es vier Gattungen: eine Verpflichtung kommt nämlich entweder durch Sachübergabe oder durch Worte oder durch Litteralkontrakt oder durch Willensübereinstimmung zustande.

### 1. Realkontrakte

Lit.: HONSELL, §§ 32 IV, 41, 57; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 38f., 48.

#### a. Die Grundlagen der Kondiktion (*condictio*)

##### 132 Formel der Kondiktion (*condictio*) auf Geld

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 10'000 Sesterzen zu zahlen verpflichtet ist, verurteile, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers in 10'000 Sesterzen. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

##### 133 Formel der Kondiktion (*condictio*) auf vertretbare Sachen

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 100 Scheffel besten afrikanischen Weizens zu leisten verpflichtet ist, verurteile, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den diese Sache wert ist. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

#### b. Charakteristika des Darlehens

##### 134 Gai. 3, 90

Durch Sachübergabe kommt eine Verpflichtung zum Beispiel durch Hingabe einer Darlehenssumme zustande; im eigentlichen Sinne findet dies für gewöhnlich bei denjenigen Sachen statt, die in Gewicht, Zahl oder Mass bestehen, wie es Bargeld, Wein, Öl, Getreide, Erz, Silber und Gold sind; diese Sachen geben wir durch Zuzählung, Zumessung oder Zuwiegen mit der Absicht hin, dass sie Eigentum der Empfänger werden und uns später einmal nicht dieselben Sachen, sondern andere derselben Beschaffenheit zurückerstattet werden. Daher wird das Geschäft auch „*mutuum*“ (Darlehen) genannt, weil das, was derart dir von mir hingegeben worden ist, „*ex meo tuum*“ (aus dem Meinigen zum Deinigen) wird.

**135 D. 12.1.2pr.-1, 4 Paulus im 28. Buch zum Edikt**

(pr.) Ein Darlehen gewähren wir, wenn wir nicht dieselben Stücke zurückerhalten sollen, die wir hingegeben haben (sonst wäre es Leihe oder Verwahrung), sondern Sachen derselben Gattung. Wenn es nämlich eine andere Gattung ist, wenn wir zum Beispiel für Weizen Wein zurückerhalten sollen, ist es kein Darlehen.

(1) Die Gewährung eines Darlehens geschieht mit solchen Sachen, die nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt werden, weil wir [nur] durch die Hingabe solcher körperlichen Gegenstände [unter Verlust des Eigentums] zum blossen Forderungsinhaber werden können, die ihre Tauglichkeit zur Erfüllung aus ihrer Zugehörigkeit zu einer Gattung beziehen, nicht aus ihrer Eigenschaft als einzelne Stücke. Durch Hingabe anderer Sachen können wir nämlich deshalb nicht zum blossen Forderungsinhaber werden, weil einem Gläubiger nicht gegen seinen Willen anstelle der einen Sache eine andere geleistet werden kann. (...)

(4) Bei der Hingabe eines Darlehens muss der Geber Eigentümer [der Münzen] sein. Dem steht auch nicht entgegen, dass ein Haussohn oder ein Sklave eine Darlehensverbindlichkeit begründet, wenn er Münzen aus dem Sondergut hingebe. Denn das verhält sich genauso, wie wenn du mit meiner Zustimmung Geld als Darlehen hingibst. Dann erlange ich die Klage, obwohl die Münzen mir nicht gehörten.

**136 D. 12.1.15 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Beim Gelddarlehen sind einige Ausnahmeregelungen anerkannt. Denn wenn ich meinen Schuldner angewiesen habe, dir Geld zu geben, wirst du mir gegenüber verpflichtet, obwohl du nicht Münzen aus meinem Eigentum empfangen hast. Was nun bei zwei Personen anerkannt wird, das ist auch bei ein und derselben Person anzuerkennen. Wenn du mir daher aufgrund eines Auftrags Geld schuldest und wir übereingekommen sind, dass du es als Darlehen behältst, wird es so angesehen, als sei das Geld [erst] mir gegeben und [dann] von mir zu dir wieder zurückgewandert.

**137 D. 12.1.11.1 Ulpianus im 26. Buch zum Edikt**

Habe ich dir zehn Goldstücke gegeben mit der Abrede, dass du neun schuldest, dann schuldest du nach richtiger Meinung des Proculus *ipso iure* nicht mehr als neun. Wenn ich dir aber zehn gebe mit der Absicht, dass du elf schuldest, so können nach Proculus nicht mehr als zehn kondiziert werden.

**138 D. 12.1.13 Ulpianus im 26. Buch zum Edikt**

Denn auch wenn ein Dieb dir Münzen in der Absicht gibt, ein Darlehen zu gewähren, verschafft er dem Empfänger kein Eigentum; doch durch den Verbrauch der Münzen entsteht eine Kondiktion.

(1.) Daher sagt Papinianus im 8. Buch der Rechtsfragen: Wenn ich dir fremde Münzen als Darlehen gegeben habe, haftest du mir nicht eher, als bis du sie verbraucht hast. Wenn du die Münzen nun teilweise verbraucht hast, stellt er die Frage, ob ich bei dir anteilig kondizieren kann. Und er sagt, ich könne kondizieren, wenn ich, in Kenntnis gesetzt, es seien fremde Münzen gewesen, deshalb anteilig kondizieren möchte, weil ich zugleich erfahren habe, dass noch nicht alle Münzen verbraucht worden sind.

(2.) Wenn ein gemeinschaftlicher Sklave zehn als Darlehen gegeben hat, meine ich, dass eine Klage auf jeweils fünf gegeben ist, falls dem Sklaven die Verwaltung überlassen war oder sie ihm zwar nicht überlassen war, die Münzen aber verbraucht werden. Denn auch wenn ich dir hundert Münzen, die ich mit einem Dritten in Miteigentum habe, als Darlehen gegeben habe, kann ich, wie Papinianus im 8. Buch der Rechtsfragen schreibt fünfzig kondizieren, obwohl alle einzelnen Stücke in Miteigentum standen.

### c. Kondiktion bei Zahlung einer Nichtschuld

#### 139 Gai. 3, 91

Wer etwas nicht Geschuldetes von jemandem erhält, der irrtümlich gezahlt hat, ist ebenfalls aufgrund von Sachübergabe verpflichtet; denn gegen ihn kann mit der Kondiktionsformel „Wenn es sich erweist, dass er zu geben verpflichtet ist“ in derselben Weise geklagt werden, wie wenn er ein Darlehen erhalten hätte. Daher meinen manche, dass ein Mündel oder eine Frau, dem oder der ohne Zustimmung des Vormunds etwas nicht Geschuldetes irrtümlich hingegeben worden ist, ebenso wenig aufgrund der Kondiktion hafte wie eine Hingabe eines Darlehens; aber diese Verpflichtungsart beruht ersichtlich nicht auf einem Vertrag, wie derjenige, der mit der Absicht, eine Schuld zu erfüllen, zahlt, eher eine Verpflichtung auflösen als begründen will.

#### 140 D. 7.5.1.1 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus

Wenn eine Nutzniessung an Geld vermacht ist oder an sonstigen Sachen, deren Gebrauch im Verbrauch besteht, und keine Sicherheitsleistung erfolgt, so ist die Frage, ob nach Beendigung der Nutzniessung das hingebene Geld oder die anderen verbrauchbaren Sachen kondiziert werden können. Und wenn bei noch bestehender Nutzniessung jemand die Sicherheitsleistung einklagen will, kann man sagen, dass er die unterlassene Sicherheitsleistung mittels der Kondiktion mit unbestimmtem Klageinhalt verlangen kann. Will er aber nach Beendigung der Nutzniessung die entsprechende Menge selbst einklagen, so meint Sabinus, dass er kondizieren kann. (...)

**d. Weitere Realkontrakte****141 Inst. Just. 3.14.2**

Ebenso wird derjenige durch Sachhingabe verpflichtet, dem irgendeine Sache zum Gebrauch gegeben, das heisst geliehen wird; und er haftet mit der Klage aus Leihe. Aber er unterscheidet sich deutlich von demjenigen, der ein Darlehen empfängt. Denn die Sache wird ihm nicht so gegeben, dass sie sein Eigentum wird; und daher haftet er auf Rückgabe der Sache selbst. Und es bleibt, wer ein Darlehen empfängt, zwar weiterhin verpflichtet, wenn er durch irgendein zufälliges Ereignis das, was er empfangen hat, verliert, zum Beispiel durch Brand, Einsturz, Schiffbruch oder durch einen Überfall von Räubern oder Feinden. Dagegen muss, wer etwas zum Gebrauch empfangen hat, hinsichtlich der Obhut über die Sache zwar durchaus für volle Sorgfalt einstehen, und es genügt nicht, dass er die Sorgfalt angewendet hat, die er gegenüber seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt, solange nur irgendein anderer diese Sache sorgfältiger hätte behüten können. Aber er haftet nicht wegen höherer Gewalt oder höheren Zufalls, vorausgesetzt, dass dieser Zufall nicht durch sein Verschulden eintritt. Andernfalls, wenn es dir einfallen sollte, das, was dir geliehen worden ist, mit auf Reisen zu nehmen, und du es bei einem Überfall von Feinden oder Räubern oder bei einem Schiffbruch verlierst, ist es nicht zweifelhaft, dass du auf Rückgabe dieser Sache haftest. Als geliehen im eigentlichen Sinne betrachtet man eine Sache aber nur dann, wenn sie dir ohne Entgegennahme oder Festsetzung eines Entgelts zum Gebrauch gegeben worden ist. Andernfalls, wenn ein Entgelt hinzukommt, ist dir der Gebrauch der Sache offenbar vermietet; denn die Leihe muss unentgeltlich sein.

**142 Inst. Just. 3.14.3**

Ausserdem wird auch derjenige durch Sachhingabe verpflichtet, bei dem eine Sache hinterlegt wird; und auch er haftet mit der Hinterlegungsklage auf Rückgabe der Sache, die er empfangen hat. Aber er haftet [auf Schadenersatz] nur dann, wenn er vorsätzlich etwas getan hat; für Fahrlässigkeit, das heisst bei Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit, haftet er nicht. Daher ist vor Ansprüchen sicher, wer eine Sache, die er nicht sorgfältig genug bewacht hat, durch Diebstahl verliert, weil derjenige, der einem nachlässigen Freund eine Sache in Obhut gibt, den Verlust seinem eigenen Leichtsinne zuschreiben muss.

**143 Inst. Just. 3.14.4**

Auch der Gläubiger, der ein Pfand empfangen hat, wird durch Sachhingabe verpflichtet; und auch er haftet auf die Rückgabe der Sache selbst, die er empfangen hat, und zwar mit der Pfandklage. Aber weil ein Pfand in beiderseitigem Interesse gegeben wird, sowohl in dem des Schuldners, damit ihm eher Geld geliehen wird, als auch in dem des Gläubigers, damit sein Darlehen besser gesichert ist, genügt es anerkanntermassen, wenn er auf die Obhut der Sache volle Sorg-

falt verwendet hat. Hat er das getan und die Sache durch irgendein zufälliges Ereignis verloren, ist er vor Ansprüchen sicher und nicht gehindert, sein Darlehen einzuklagen.

## 2. Stipulation

Lit.: HONSELL, §§ 11, 26, 31, 40; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 10 I, 34, 37, 40, 48 I.

### a. Kennzeichen und Unwirksamkeitsgründe

#### 144 Gai. 3, 92-93

(92) Durch förmliche Worte kommt eine Verpflichtung zustande, wenn sie aus Frage und Antwort hervorgeht, zum Beispiel: „Gelobst Du, dass gegeben wird?“ „Ich gelobe.“ – „Wirst Du geben?“ „Ich werde geben.“ – „Versprichst Du?“ „Ich verspreche.“ – „Versprichst Du bei Treue?“ „Ich verspreche bei Treue.“ – „Befiehst Du bei Treue?“ „Ich befehle bei Treue.“ – „Wirst Du tun?“ „Ich werde tun.“

(93) Aber diese Verpflichtung durch Worte mit „Gelobst Du, dass gegeben wird?“ „Ich gelobe“, ist Sonderrecht der römischen Bürger (*ius civile*); alle anderen Arten gehören aber dem Völkergemeinrecht (*ius gentium*) an und gelten daher zwischen allen Menschen, ganz gleich, ob sie römische Bürger oder Nichtbürger sind. Und auch wenn sie in griechischer Sprache ausgedrückt sind, haben sie trotz alledem sogar unter römischen Bürgern Geltung, vorausgesetzt, dass diese die griechische Sprache verstehen; und umgekehrt haben sie, auch wenn sie lateinisch ausgesprochen werden, trotzdem sogar unter Nichtbürgern Geltung, vorausgesetzt, dass diese die lateinische Sprache verstehen. (...)

#### 145 D. 45.1.34 Ulpianus im 48. Buch zu Sabinus

Es ist ein grosser Unterschied, ob ich mir eine Sache stipuliere, worüber mir kein Verkehr zusteht, oder Dem, welcher sie verspricht. Wenn ich mir eine Sache stipuliere, worüber mir kein Verkehr zusteht, so nimmt man an, dass die Stipulation ungültig sei; wenn aber jemand etwas verspricht, worüber ihm kein Verkehr zusteht, dass er sich selbst schade, nicht mir.

#### 146 Gai. 3, 97-100, 102-105

(97) Wenn das, dessen Übereignung wir uns durch Stipulation versprechen lassen, derartig ist, dass es nicht übereignet werden kann, so ist die Stipulation unwirksam, zum Beispiel, wenn sich jemand durch Stipulation versprechen lässt, dass ein freier Mensch, den er für einen Sklaven hielt, oder ein toter, den er für lebendig hielt, oder ein heiliger oder religiöser Ort, den er für eine Sache menschlichen Rechts hielt, übereignet werde.

(97a) Wenn sich ferner jemand die Übereignung einer Sache, die es auf der Welt nicht geben kann (zum Beispiel eines Pferdemen-schen), versprechen lässt, so ist die Stipulation gleichermassen un-wirksam.

(98) Wenn sich ferner jemand etwas unter einer solchen Bedingung, die nicht eintreten kann – zum Beispiel: „Wenn er mit dem Finger den Himmel berührt hat“ –, versprechen lässt, so ist die Stipulation unwirksam. Aber unsere Lehrer meinen, dass ein Vermächtnis, wel-ches unter einer unmöglichen Bedingung hinterlassen ist, ebenso ge-schuldet werde, wie wenn es ohne Bedingung hinterlassen worden sei; die Gewährleute der anderen Schule halten ein solches Ver-mächtnis für ebenso unwirksam wie eine Stipulation. Tatsächlich lässt sich kaum ein ausreichender Grund für die unterschiedliche Behandlung anführen.

(99) Ausserdem ist eine Stipulation unwirksam, wenn sich jemand versprechen lässt, dass ihm eine Sache übereignet werde, von der er nicht weiss, dass es seine eigene ist; weil ja das, was jemandem ge-hört, ihm nicht übereignet werden kann.

(100) Schliesslich ist eine solche Stipulation unwirksam, wenn sich jemand eine Hingabe folgendermassen versprechen lässt: „Gelobst Du, dass nach meinem Tode gegeben wird?“ Oder folgendermassen: „Gelobst Du, dass nach deinem Tode gegeben wird?“ Hingegen ist eine Stipulation wirksam, wenn sich jemand eine Hingabe folgen-dermassen versprechen lässt: „Gelobst Du, dass gegeben wird, wenn ich sterbe?“ Oder folgendermassen: „Gelobst Du, dass gegeben wird, wenn du stirbst?“ Das bedeutet, dass die Verpflichtung auf den allerletzten Zeitpunkt des Lebens des Stipulationsempfängers oder des Versprechenden gestellt wird; man hielt es nämlich für regel-widrig, eine Verpflichtung mit der Person des Erben beginnen zu lassen. Dagegen ist es uns nicht möglich, folgendermassen eine Sti-pulation vorzunehmen: „Gelobst Du, dass am Tage vor meinem To-de oder am Tage vor Deinem Tode gegeben wird?“ Weil „am Tage, bevor jemand stirbt“ erst dann einen Sinn ergibt, wenn der Tod ein-getreten ist; ist aber daraufhin der Tod eingetreten, so wird die Sti-pulation sodann auf einen vergangenen Zeitpunkt zurückgeführt und bedeutet gewissermassen: „Gelobst Du, dass meinem Erben gegeben wird?“, was in der Tat unwirksam ist. (...)

(102) Ausserdem ist eine Stipulation unwirksam, wenn Frage und Antwort nicht übereinstimmen, zum Beispiel, wenn ich mir von dir durch Stipulation versprechen lasse, dass 10'000 Sesterzen gezahlt werden, während du 5'000 Sesterzen versprichst, oder wenn ich mir ohne Nebenbestimmung versprechen lasse, während du unter einer Bedingung versprichst.

(103) Ausserdem ist eine Stipulation unwirksam, wenn man sich versprechen lässt, dass jemandem, dessen Gewalt man nicht unter-

steht, gegeben werde. Daher ist die Frage umstritten, inwiefern die Stipulation wirksam ist, wenn jemand sich versprechen lässt, dass ihm selbst und einem anderen, dessen Gewalt er nicht untersteht, gegeben wird. Unsere Lehrer meinen, dass die Stipulation in ganzem Umfang wirksam sei und allein demjenigen, der sich durch Stipulation versprechen liess, ebenso geschuldet werde, wie wenn er den Namen des Aussenstehenden nicht hinzugefügt hätte. Aber die Gewährleute der anderen Schule nehmen an, dass ihm die Hälfte geschuldet werde, im Umfang des anderen Teiles aber sei die Stipulation unwirksam.

(104) Ausserdem ist eine Stipulation unwirksam, wenn ich mir von jemandem versprechen lasse, der meiner Gewalt unterworfen ist, ferner, wenn er sich von mir versprechen lässt. Jedoch können sich ein Sklave und jemand, der in Manzipiumgewalt ist, sowie eine Haustochter und eine in Ehegewalt stehende Frau nicht nur nicht jemandem, dessen Gewalt sie unterstehen, sondern nicht einmal irgendeiner anderen Person verpflichten.

(105) Dass ein Stummer weder sich durch Stipulation versprechen lassen noch selbst versprechen kann, ist klar. Das gleiche ist auch für einen Tauben allgemein anerkannt, weil sowohl einer, der sich durch Stipulation versprechen lässt, die Worte des Versprechenden als auch einer, der verspricht, die Worte des Versprechensempfänger hören muss.

## **b. Geltendmachung der Stipulation im Prozess**

### **147 Gai. 4, 53-53c**

(53) Wenn jemand zu viel in den Klagantrag aufgenommen hat, so fällt er im Prozess durch, das heisst, er verliert seinen Anspruch, und er wird auch nicht vom Prätor in den vorigen Stand wieder eingesetzt, mit Ausnahme einiger Fälle, in welchen der Prätor nie zulässt, dass irgendein Kläger wegen seines Irrtums Schaden erleidet; denn denjenigen, die noch nicht 25 Jahre alt sind, kommt er wie in anderen Angelegenheit nach Prüfung des Falles zu Hilfe.

(53a) Und zwar wird auf vier Weisen zu viel eingeklagt: hinsichtlich der Sache, hinsichtlich der Zeit, hinsichtlich des Ortes, hinsichtlich der Rechtslage. Hinsichtlich der Sache, zum Beispiel, wenn jemand statt der 10'000, die ihm geschuldet werden, 20'000 eingeklagt hat oder wenn der, dem eine Sache zum Teil gehört, im Klagantrag erklärt hat, die ganze Sache oder ein grösserer Teil gehöre ihm.

(53b) Hinsichtlich der Zeit, zum Beispiel, wenn jemand vor Fälligkeit oder vor Bedingungseintritt eingeklagt hat.

(53c) Hinsichtlich des Ortes, zum Beispiel, wenn etwas, von dem die Lieferung an einem genau bestimmten Ort versprochen war, an einem anderen Ort ohne Angabe dieses Ortes eingeklagt wird, zum

Beispiel, wenn ich mir durch Stipulation von Dir habe versprechen lassen: „Gelobst Du, 10‘000 Sesterze in Ephesus zu geben?“, daraufhin aber in Rom im Klagantrag einfach folgendermassen erkläre: „Wenn es sich erweist, dass du mir 10‘000 Sesterze aus einer Stipulation geben musst.“ Denn begreiflicherweise klage ich deshalb zu viel ein, weil ich dem Versprechenden den Vorteil wegnehme, den er gehabt hätte, wenn er in Ephesus geben würde. Doch kann ich in Ephesus auch einfach klagen, das heisst ohne Hinzufügung des Ortes.

### c. Verzug und *perpetuatio obligationis*

#### 148 D. 12.1.5 Pomponius im 22. Buch zu Sabinus

Ist das, was du mir zu leisten schuldest, untergegangen, nachdem du es zu vertreten hattest, dass nicht geleistet wurde, so ist das anerkanntermassen dein Schaden. Wenn aber gefragt wird, ob du die Nichtleistung zu verantworten hattest, dann ist nicht nur zu klären, ob es in deiner Macht stand [zu leisten] oder nicht, oder ob du arglistig bewirkt hast oder nicht, dass es nicht in deiner Macht stand oder stehen werde [zu leisten], sondern auch, ob du irgendeinen rechtlichen Grund hattest, dessentwegen du erkennen musstest, dass du zu leisten verpflichtet warst.

#### 149 D. 45.1.91.3 Paulus im 17. Buch zu Plautius

Wir wollen nunmehr die Untersuchung des Satzes folgen lassen, welchen die Alten aufgestellt haben, dass nämlich, sobald ein Verschulden des Schuldners hinzutrete, die Verbindlichkeit verewigt („perpetuiert“) werde (*perpetuatio obligationis*), und wie dieser Satz zu verstehen sei? Hat der Versprecher selbst bewirkt, dass er die Erfüllung nicht erbringen könnte, dann ist diese Bestimmung leicht verständlich. Hat er aber die Erfüllung nur verzögert, dann wird zweifelhaft, ob, wenn er nur nachher nicht im Verzuge war, der frühere Verzug dadurch getilgt werde? Und Celsus der Jüngere schreibt, dass derjenige, welcher sich verschuldet in Verzug in Leistung des Stichus, den er versprochen hatte, befinde, diesen Verzug nicht dadurch wieder abwenden könne, dass er ihn nachher anbiete (...).

#### 150 D. 46.3.33.1 Iulianus im 52. Buch der Digesten

Wer den Stichus oder Pamphilus zu geben versprochen hat, wird, wenn er den Stichus verwundet hat, dadurch, dass er ihn gibt, nicht mehr befreit, als wenn er bloss den Stichus versprochen hätte, und demselben, nachdem er von ihm verwundet worden, gäbe. Desgleichen wird der, welcher einen Sklaven zu geben versprochen hat, und einen von ihm verwundeten anbietet, nicht befreit. Derjenige, gegen welchen geklagt werden wird, wird auch, nachdem er sich auf die Klage eingelassen hat, verurteilt werden müssen, wenn er einen von ihm verwundeten Sklaven anbietet. Aber auch wenn er einen von

einem anderen verwundeten gibt, wird er zu verurteilen sein, wenn er einen anderen geben kann.

### 3. Anwendungsfälle der Stipulation

#### a. Darlehen mit Stipulationsversprechen

Lit.: HONSELL, §§ 40f.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 39 I.

##### 151 TPSulp. 56

Unter den Konsuln Faustus Cornelius Sulla Felix und Lucius Salvius Otho Titianus an den März-Nonen. Ich, Niceros, Sklave der Kolonisten der puteolanischen Kolonie, Kassierer, habe geschrieben, dass ich erhalten habe als Darlehen und Gaius Sulpicius Cinnamus schulde Sesterzen 1'000, und dass diese Sesterzen eintausend, die oben geschrieben stehen, in guter Münze und in gehöriger Weise gezahlt werden an den nächsten Juli-Kalenden. Dass sie in guter Münze und in gehöriger Weise gezahlt werden, hat sich versprechen lassen Gaius Sulpicius Cinnamus, habe ich, Niceros, Sklave der Kolonisten der Kolonie, Kassierer, versprochen. Geschehen zu Puteoli. Chirographum des Niceros, Sklaven der Kolonisten, über Sesterzen 1'000 zahlbar an den nächsten Juli-Kalenden.

##### 152D. 46.2.6.1 Ulpianus im 46. Buch zu Sabinus

Wenn jemand ein Gelddarlehen (*mutuum*) ohne Stipulation (*stipulatio*) gegeben hat, und sogleich darauf eine Stipulation eingegangen ist, so ist ein einziger Vertrag vorhanden. Dasselbe wird auch dann zu sagen sein, wenn zuerst die Stipulation eingegangen, bald darauf das Geld gezahlt worden ist.

#### b. Strafstipulationen

Lit.: KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 40.

##### 153D. 45.1.115pr.-2 Papinianus im 2. Buch der Rechtsfragen

(pr.) Wenn ich folgendergestalt stipuliert habe: „Gelobst du, dich an einem bestimmten Orte zu stellen, und wenn du dich nicht stellen solltest, fünfzig Goldstücke zu geben?“ Und es wäre irrtümlich in der Stipulation der Tag ausgelassen worden, obgleich Gegenstand der Vereinbarung war, dass du dich an einem bestimmten Tage stellen solltest, so wird die Stipulation unwirksam sein, nicht anders, als wenn ich mir das, was man nur unter Gewicht, Mass oder Anzahl begreift, ohne Hinzufügung eines Gewichtes, Anzahl oder Mass stipuliert habe oder die Erbauung eines Gebäudes ohne Bezeichnung des Ortes, oder ein Grundstück ohne Bezeichnung seines Namens. War es aber von Anfang an Gegenstand der Vereinbarung, dass du dich zu irgend einem Termin mir stellen, und im Fall du dich nicht stellen würdest, eine Strafe bezahlen solltest, so ist diese wie jede

andere auf eine Bedingung gestellte Stipulation gültig, und sie wird auch nicht eher verwirkt, als dargetan worden ist, dass der Verpflichtete sich nicht hat stellen können.

(1) Aber auch, wenn ich so stipuliert habe: „Gelobst du, wenn du das Capitol nicht besteigen oder nicht nach Alexandrien reisen solltest, hundert zu geben?“ so verfällt die Stipulation nicht sogleich, sobald du das Capitol hättest besteigen oder nach Alexandrien gelangen können, sondern erst von der Zeit an, wo die Gewissheit einzutreten beginnt, dass du das Capitol nicht besteigen oder nicht nach Alexandrien reisen kannst.

(2) Desgleichen, wenn sich jemand auf diese Weise stipuliert hat: „Gelobst du, im Fall du mir den Pamphilus nicht geben solltest, hundert zu geben?“ so wird, wie Pegasus geantwortet hat, die Stipulation nicht eher verwirkt, als bis die Möglichkeit der Gewährung des Pamphilus nicht mehr vorhanden ist. Sabinus aber hielt dafür, nach der Meinung der Kontrahenten könne sogleich, nachdem der Sklave gegeben werden konnte, geklagt werden, und nur solange könne dies aus der Stipulation nicht geschehen, als die Schuld nicht an dem Versprecher liege, dass er den Sklaven nicht verabfolgt, und verteidigt dies durch das Beispiel des vermachten Vorrats. (...) Der Meinung des Sabinus kann nur dann beigepflichtet werden, wenn die Stipulation nicht mit einer Bedingung angehoben hat, wie der Fall bei dieser Stipulation sein würde: „Gelobst du, im Fall du mir den Pamphilus nicht geben solltest, so und so viel zu geben?“ Sondern wenn sie so gefasst war: „Gelobst du den Pamphilus zu geben: und wenn du ihn nicht geben solltest, so und soviel zu geben?“ Dies wird sich ohne Zweifel so verhalten, wenn die Absicht bewiesen wird, dass, wenn der Sklave nicht gegeben würde, sowohl der Sklave als das Geld verschuldet werden solle. Aber wenn auch bedungen wäre, dass, wenn der Sklave nicht geben würde, allein die Geldsumme gezahlt werden solle, wird eben diese Meinung verteidigt werden müssen, weil es erweisen ist, dass der Wille dahin gegangen, dass entweder der Sklave bezahlt, oder das Geld gefordert werden solle.

### c. Bürgschaftsstipulationen

Lit.: HONSELL, § 39; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 57 II.

#### 154 Gai. 3, 115-120

(115) Zugunsten dessen, der durch Stipulation etwas verspricht, verpflichten sich häufig auch andere; [nach dem Wortlaut der von ihnen abgegebenen Stipulation] nennen wir einige von diesen „Sponsionsbürgen“, andere „Fidepromissionsbürgen“, wieder andere „Fidejussionsbürgen“.

(116) Der Sponsionsbürge wird folgendermassen befragt: „Gelobst Du (*spondes*), dass dasselbe gegeben wird?“; der Fidepromissionsbürge folgendermassen: „Versprichst Du dasselbe bei Treue (*fide promittis*)?“; der Fidejussionsbürge folgendermassen: „Befiehst Du bei Deiner Treue (*fide tua esse iubes*), dass dasselbe gelte?“ (...)

(117) Es kommt zwar häufig vor, dass wir uns Sponsions-, Fidepromissions- und Fidejussionsbürgen stellen lassen, wenn wir dafür sorgen, dass uns auf eine besonders verlässliche Weise Sicherheit geleistet wird; (...)

(118) Doch haben ein Sponsionsbürge und ein Fidepromissionsbürge eine ähnliche rechtliche Stellung, ein Fidejussionsbürge eine ganz andere.

(119) Denn jene können lediglich für Verbalverträge die Bürgschaft übernehmen (gleichwohl ist manchmal derjenige, der durch Stipulation versprochen hat, nicht verpflichtet, zum Beispiel, wenn eine Frau oder ein Mündel ohne Zustimmung des Vormunds oder irgendwer eine Leistung nach seinem Tode versprochen hat). (...)

(119a) Ein Fidejussionsbürge hingegen kann für alle Verpflichtungen die Bürgschaft übernehmen, das heisst, ganz gleich, ob sie durch Realkontrakt, Verbalkontrakt, (...) oder blosser Willensübereinstimmung zustande gekommen sind, und sogar das macht nichts aus, ob es eine Verpflichtung nach *ius civile* oder nur eine nach *ius naturale* ist, für die eine Bürgschaft übernommen wird. Dies geht sogar so weit, dass man auch für einen Sklaven haftet, ganz gleich, ob es ein Fremder ist, der von einem Sklaven einen Fidejussionsbürgen gestellt bekommt, oder der Herr selbst für das, was ihm geschuldet wird.

(120) Ausserdem haftet der Erbe eines Sponsions- und Fidepromissionsbürgen nicht, es sei denn, dass es sich um einen Fidepromissionsbürgen handelt, der Nichtbürger ist und dessen Bürgerschaft ein anderes Recht anwendet; aber der Erbe eines Fidejussionsbürgen haftet ebenfalls.

**d. Novation**

Lit.: HONSELL, § 35 I; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 54 I.

**155 Gai. 3, 176-177**

(176) Ausserdem wird eine Verpflichtung durch Novation aufgehoben, zum Beispiel, wenn ich mir das, was du mir schuldest, nunmehr von Titius durch Stipulation versprechen lasse; denn durch das Hinzutreten einer neuen Person entsteht eine neue Verpflichtung und wird die frühere Verpflichtung in die spätere überführt und dadurch aufgehoben, und zwar gilt dies in dem Masse, dass zuweilen trotz der Tatsache, dass die spätere Stipulation unwirksam ist, die erste aufgrund des für die Schuldenerneuerung geltenden Rechtes dennoch aufgehoben wird, zum Beispiel, wenn ich mir das, was du mir schuldest, von Titius zur Zahlung nach seinem Tode oder etwa von einer Frau oder einem Mündel ohne Zustimmung des Vormunds durch Stipulation habe versprechen lassen; in diesem Fall verliere ich meinen Anspruch, denn der frühere Schuldner wird befreit und gleichzeitig ist die spätere Verpflichtung unwirksam. Es gilt nicht dasselbe Recht, wenn ich mir von einem Sklaven ein Stipulationsversprechen habe geben lassen; denn in dem Falle haftet der vorige Schuldner weiterhin, als ob ich später von niemandem ein Stipulationsversprechen entgegengenommen hätte.

(177) Wenn es aber dieselbe Person ist, von der ich mir später durch Stipulation versprechen lasse, erfolgt nur dann eine Novation, wenn in der späteren Stipulation etwas Neues (*aliquid novi*) enthalten ist, etwa dann, wenn eine Bedingung oder ein Sponsionsbürge oder eine Zeitbestimmung hinzugefügt oder weggelassen werden.

**156 D. 46.2.14pr. -1 Ulpianus im 7. Buch seiner Erörterungen**

(pr.) So oft das, was unbedingt geschuldet wird, in der Absicht zu novieren, unter einer Bedingung versprochen wird, findet nicht sogleich eine Novation statt, sondern erst dann, wenn die Bedingung eingetreten sein wird. Und warum wird auch dann, wenn etwa Stichus Gegenstand der Verbindlichkeit gewesen, und während die Bedingung schwebt, gestorben sein wird, keine Novation stattfinden, weil die Sache zu der Zeit, wo die Bedingung erfüllt ist, nicht vorhanden ist. Deshalb glaubt Marcellus, dass auch, wenn Stichus nach einem Verzug wieder in eine bedingte Verbindlichkeit gebracht sei, der Verzug wieder gut gemacht und nicht in die zweite Verbindlichkeit gebracht werde.

(1) Aber wenn jemand das, was unter einer Bedingung geschuldet wird, unbedingt, um zu novieren, stipuliert, so noviert er nicht einmal jetzt sogleich, wenn gleich die unbedingte Stipulation etwas bewirkt zu haben scheint, sondern dann wird er novieren, wenn die Bedingung eingetreten sein wird; denn die eingetretene Bedingung bewirkt den Verfall der ersten Stipulation, und überträgt die verfallene [Stipulation] in die zweite. Und darum schreibt Marcellus, dass,

wenn etwa die Person des Versprechers, während die Bedingung schwebt, deportiert sei, nicht einmal beim Eintritt der Bedingung irgendeine Novation stattfinde, weil jetzt, wo die Bedingung eingetreten ist, keine Person vorhanden ist, welche verbindlich werden könnte.

#### **157 D. 46.2.1pr. Ulpianus im 46. Buch zu Sabinus**

Die Neuerung (*novatio*) ist die Umwandlung und Übertragung einer vorbestehenden Schuldverpflichtung (*debitum*) in ein davon verschiedenes Schuldverhältnis, sei dies ein zivilrechtliches oder ein unvollkommenes, will sagen, wenn ausgehend von dem vorbestehenden Schuldgrund (*causa*) auf eine solche Weise ein neuer begründet wird, dass das bisherige getilgt wird. ‘Novation’ leitet sich nämlich von ‘etwas neuem’ (*a novo*), sowie von der neuen Verpflichtungslage (*a nova obligatione*) her.

#### **158 D. 46.2.6pr.-1 Ulpianus im 46. Buch zu Sabinus**

(pr.) Wenn ich so stipuliert haben werde: „Verbürgst du dich für so viel, als ich vom Schuldner Titius weniger werde habe einfordern können?“ So wird keine Novation vorgenommen, weil nicht beabsichtigt wird, dass noviert werden solle.

(1) Wenn jemand ein Gelddarlehen (*mutuum*) ohne Stipulation (*stipulatio*) gegeben hat, und sogleich darauf eine Stipulation eingegangen ist, so ist ein einziger Vertrag vorhanden. Dasselbe wird auch dann zu sagen sein, wenn zuerst die Stipulation eingegangen, bald darauf das Geld gezahlt worden ist.

#### **159 D. 46.2.8.2-3 Ulpianus im 46. Buch zu Sabinus**

(2) Wenn sich jemand so von Seius stipulieren lässt: „Gelobst du zu geben, was ich vom Titius stipuliert haben werde?“ wird dann wohl, wenn er nachher von Titius etwas stipuliert hat, eine Novation stattfinden, und dann Seius allein haften? Und Celsus sagt, es finde eine Novation statt, wenn nur das beabsichtigt worden sei, dass noviert werden solle, das heisst, dass Seius schulden solle, was Titius versprochen hat; denn er sagt, dass zu derselben Zeit sowohl die Bedingung der früheren Stipulation erfüllt, als auch noviert werde, und das befolgen wir als Recht.

(3) Derselbe Celsus sagt: „durch die Stipulation, dass dem Urteil Genüge geschehen solle, wird nicht noviert“ und dies mit Recht, weil bloss das mit jener Stipulation beabsichtigt wird, dass mit Bürgen Sicherheit geleistet sei, nicht dass von der durch das Urteil begründeten Verbindlichkeit zurückgetreten werde.

#### 4. Konsensualkontrakte

Lit.: HONSELL, §§ 32 V, 44, 48; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 34 I, 38 II, 41f.

##### a. Voraussetzungen und Haftung nach Treu und Glauben (*bona fides*)

###### 160 Gai. 3, 135-137

(135) Durch Willensübereinstimmung (Konsens) entstehen Verpflichtungen bei Kaufverträgen, Miete (*locatio conductio*), Gesellschaften und Aufträgen.

(136) Deswegen aber sage ich, dass in diesen Fällen Verpflichtungen durch bloße Willensübereinstimmung eingegangen werden, weil weder eine besondere Förmlichkeit der Worte noch eine solche der Schrift erforderlich ist, sondern es genügt, dass diejenigen, die das Geschäft vornehmen, übereingestimmt haben. Daher können derartige Geschäfte auch vorgenommen werden, wenn die Vertragsschliessenden sich nicht am selben Ort befinden, zum Beispiel durch einen Brief oder durch einen Boten, während andererseits ein Verbalvertrag (Stipulation) nicht eingegangen werden kann, wenn sich die Vertragsschliessenden nicht am selben Ort befinden.

(137) Ferner werden in diesen Verträgen die Vertragsschliessenden gegenseitig auf das verpflichtet, was jeder dem anderen nach Recht und Billigkeit (*ex fide bona*) leisten muss, während andererseits bei Verbalverträgen der eine sich eine Forderung durch Stipulation versprechen lässt und der andere sie übernimmt (...).

###### 161 Varro, Über die Landwirtschaft, 2.2.5-6

(5) (...) Hat der Käufer gesagt: „Wurden sie von mir für soviel gekauft?“ und sein Vertragspartner geantwortet: „Sie wurden es“ und der Käufer das Geld zu zahlen versprochen, sichert er sich in der altherwürdigen Fassung wie folgt ab:

(6) „Verbürgst du dich dafür, dass diese Schafe hier, der Gegenstand, um den es geht, von Rechts wegen gesund sind wie Schafvieh, das von Rechts wegen gesund ist bis auf das einäugige, taube oder minderwertige, das heisst, kahlbäuchige Schaf, dass sie nicht aus einer kranken Herde stammen und dass es von Rechts wegen freisteht, es zu eigen zu haben, kurz, dass dies alles so von Rechts wegen vonstattengeht?“ Wenn dies vonstattengegangen ist, hat die Herde dennoch nicht den Eigentümer gewechselt, ehe nicht der Kaufpreis gezahlt wurde. Auch kann der Käufer ihn nach dem Kaufvertrag belangen, wenn er nicht liefern will, mag er selbst auch den Kaufpreis noch nicht gezahlt haben, genauso wie umgekehrt er den Käufer in einem ähnlichen Rechtsverfahren, wenn dieser den Kaufpreis nicht entrichtet.

**162 Cicero, Rede für den Schauspieler Q\*. Roscius 4.10**

Man schuldet dir einen bestimmten Geldbetrag, der jetzt beim Richter eingeklagt wird; deshalb wurde eine Sponsio über die gesetzlich vorgeschriebene Quote vorgenommen (*sponsio legitimae partis*). Wenn du hierbei auch nur eine Sesterze mehr gefordert hast, als man dir schuldete, so ist der Prozess für dich verloren. Denn ein Verfahren vor dem Richter (*iudicium*), ist etwas anderes als schiedsgerichtliches Verfahren (*arbitrium*). Das richterliche Verfahren zielt auf eine bestimmte Geldsumme, das schiedsrichterliche Verfahren auf eine unbestimmte. Zum richterlichen Verfahren finden wir uns mit der Massgabe ein, dass wir den Streitwert im Ganzen erhalten oder einbüßen; zum schiedsrichterlichen Verfahren kommen wir in der Erwartung, dass wir weder gar nichts erhalten noch so viel, wie wir verlangen. Diesen Unterschied bekundet bereits der Wortlaut der Klageformel. Was gilt beim Verfahren vor dem Richter? Ein strenger, harter, einfacher Grundsatz: „Wenn es sich erweist, dass eine Schuld von 50'000 Sesterzen besteht...“. Wenn hier der Kläger nicht dartzutut, dass seine Forderung auf den Heller 50'000 Sesterzen beträgt, verliert er den Prozess. Was gilt beim Schiedsverfahren? Milde und Mässigung: „Wie viel zu leisten billig und angemessen ist...“. Wer so klagt, gibt zwar zu, dass er mehr fordert, als ihm geschuldet ist; er deutet jedoch an, das für mehr als genug anzusehen, was der Schiedsrichter ihm zuerkennt. Somit hält der eine Sache für sicher, der andere für unsicher. [Übersetzung: M. Fuhrmann]

**163 D. 19.1.13.8 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

Der Preis muß vom Käufer angeboten werden, wenn aus Kauf geklagt wird; und deswegen ist die Klage aus Kauf noch nicht gegeben, wenn er nur einen Teil des Preises anbietet; denn der Verkäufer kann die Sache, die er verkauft hat, wie ein Pfand zurückbehalten.

**164 D. 19.1.11pr.-1 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

(pr.) Die Klage aus Kauf erhebt wer gekauft hat.

(1) Und in erster Linie wird, wie man wissen muss, von dieser Klage nur das erfasst, was zu leisten die Parteien vereinbart habe, da es sich nämlich um eine Klage nach Treu und Glauben handelt und nichts Treu und Glauben mehr entspricht, als die Leistung zu erbringen, über die sich die Vertragschliessenden einig geworden sind. Ist aber nichts vereinbart worden, dann muss das geleistet werden was ihrer Natur nach in Sinn und Zweck dieser Klage enthalten ist.

**165 Gai. 3.149**

Es war aber sehr umstritten, ob eine Gesellschaft derart eingegangen werden könne, dass jemand einen grösseren Teil des Gewinns erhalten, aber nur an einem geringeren Teil des Verlusts beteiligt sein solle. Quintus Mucius war der Ansicht, dass dies gegen die Natur

einer Gesellschaft verstosse und, dass es deshalb nicht für wirksam zu halten sei; aber Servius Sulpicius, dessen Meinung sich übrigens ganz durchsetzte, war so sehr davon überzeugt, dass eine Gesellschaft mit einer derartigen Abrede eingegangen werden könne, dass er sagte, sie könne sogar mit der Abrede eingegangen werden, dass der eine überhaupt keinen Verlust tragen, sondern nur Anteil am Gewinn haben solle, vorausgesetzt, dass seine Arbeitsleistung für so wertvoll gehalten werde, dass es angemessen sei, ihn mit einer solchen Abrede in die Gesellschaft aufzunehmen; denn es steht fest, dass eine Gesellschaft auch in der Form eingegangen werden kann, dass der eine Geld einbringt, der andere aber nicht, und dass trotzdem beide am Gewinn beteiligt sind; oft nämlich ist jemandes Arbeit so viel wert wie Geld.

## b. Kaufkonsens und Abgrenzung vom Tausch

### 166 Gai. 3, 139-141

(139) Ein Kaufvertrag wird abgeschlossen, sobald eine Übereinkunft über den Preis getroffen worden ist, auch wenn der Preis noch nicht gezahlt und auch nicht einmal ein Angeld gegeben ist; was nämlich als Angeld gegeben wird, ist ein Beweis für den vollzogenen Abschluss eines Kaufvertrages.

(140) Und zwar muss der Preis genau bestimmt sein. Wenn dies nämlich nicht der Fall ist, das heisst, wenn man übereingekommen ist, dass die Sache so teuer gekauft sein sollte, wie Titius sie einschätzen werde, so hat das Geschäft nach Labeo überhaupt keine Wirksamkeit; Cassius billigt seine Ansicht. Ofilius hielt aber auch dies für einen Kaufvertrag; Proculus folgte seiner Ansicht.

(141) Ferner muss der Preis in barem Geld bestehen, denn es ist sehr umstritten, ob der Preis in anderen Sachen bestehen kann, ob zum Beispiel ein Sklave, eine Toga oder ein Grundstück der Preis für eine andere Sache sein kann. Unsere Lehrer meinen, dass er auch in einer anderen Sache bestehen kann; das ist der Grund für ihre ganz allgemeine Meinung, dass Kauf und Verkauf durch Austausch von Sachen zustande kämen und dass diese Art von Kauf und Verkauf die älteste sei. Zum Beweis führen sie den griechischen Dichter Homer an, der irgendwo sagt:

„Dort nun kauften des Weins die hauptumlockten Achäer;  
Andere brachten Erz und andere blinkendes Eisen,  
Andere dann Stierhäut‘ und andere lebende Rinder,  
Andre Gefangene der Schlacht.“

Und die übrigen Stellen. Die Juristen der anderen Schule sind anderer Ansicht und meinen, Tausch von Sachen und Kauf und Verkauf seien verschiedene Dinge, sonst könne nach dem Austausch von Sachen die Frage nicht beantwortet werden, welche Sache verkauft und welche als Preis gegeben sei, aber es sei wiederum auch unsin-

nig, jede der beiden Sachen als Ware und Preis zugleich anzusehen. Aber Caelius Sabinus sagt, wenn ich dir, der du eine Sache zu verkaufen hast (zum Beispiel ein Grundstück), an Stelle des Kaufpreises etwa einen Sklaven gegeben hätte, so sei nach seiner Ansicht das Grundstück verkauft, der Sklave aber an Stelle des Kaufpreises gegeben worden damit das Grundstück erlangt werde.

#### **167D. 18.1.9pr.-2 Ulpianus im 28. Buch zu Sabinus**

(pr.) Dass es für einen Kauf zu einem Konsens zwischen Verkäufer und Käufer kommen muss, liegt auf der Hand; andernfalls, wenn die Parteien über den Kauf selbst [das heißt über die gewählte Vertragsart] oder über den Preis oder über irgendeinen anderen Punkt [etwa den Vertragsgegenstand] nicht einig sind, ist der Kauf nicht gültig abgeschlossen. Wenn ich also glaubte, das cornelianische Grundstück zu kaufen, du jedoch geglaubt hast, mir das sempronianische zu verkaufen, so liegt kein Kauf vor, da wir uns über den Kaufgegenstand nicht geeinigt haben. Dasselbe gilt, wenn ich den Stichus zu kaufen meinte, du den abwesenden Pamphilus zu verkaufen glaubtest. Denn da in Bezug auf den Kaufgegenstand keine Einigung besteht, erweist sich der Kauf als nichtig.

(1) Wenn wir freilich über die Bezeichnung uneinig sind, der Gegenstand jedoch [für uns] feststeht, so unterliegt es keinem Zweifel, dass der Kauf gültig ist. Der Irrtum in der Bezeichnung macht nämlich nichts aus, wenn der Gegenstand [für die Parteien] feststeht.

(2) Im Anschluss daran wird gefragt, ob ein Kauf anzunehmen ist, wenn über den Gegenstand selbst nicht geirrt wird, jedoch ein Irrtum über die Substanz vorliegt, so zum Beispiel, wenn Essig als Wein verkauft wird, Kupfer als Gold, Blei oder etwas anderes Silberähnliches als Silber. Marcellus schreibt im 6. Buch seiner Digesten, es liege ein Kauf vor, weil Konsens über den Gegenstand besteht, auch wenn man sich über den Stoff geirrt hat. Bezüglich des Weines stimme ich zu, weil es fast derselbe Stoff (*ousia*), ist, wenn der Wein nur sauer geworden ist – andernfalls, wenn der Wein nicht sauer geworden ist, sondern wenn es von Anfang an Essig war, wie im Fall von Essigtunke, so ist anzunehmen, dass eine andere Sache verkauft worden ist als die, über die man sich geeinigt hatte; in den anderen Fällen meine ich, dass kein Kauf vorliegt, sofern man sich über den Stoff geirrt hat.

#### **168D. 19.4.1pr. Paulus im 32. Buch zum Edikt**

So wie Verkaufen nicht Kaufen ist und der Käufer kein Verkäufer, so ist der Preis etwas anderes als die Ware. Beim Tausch (*permutatio*) kann dagegen nicht unterschieden werden, wer Käufer und wer Verkäufer ist; und doch weichen deren Leistungspflichten erheblich voneinander ab. Denn der Käufer haftet aus dem Kaufvertrag, wenn er dem Empfänger kein Eigentum an den Münzen verschafft hat. Der Verkäufer braucht sich nur wegen Eviktion

zu verpflichten, den Besitz zu übertragen und sich von Arglist freizuhalten. Deshalb schuldet er in dem Fall nichts [mehr], solange die Sache nicht evinziert worden ist. Wenn dagegen beim Tausch (*permutatio*) die Sachen auf beiden Seiten als Kaufpreis anzusehen wären, müsste beiden Vertragsparteien an den Sachen Eigentum verschafft werden, wären die Sachen als Ware anzusehen, keiner Partei. Da aber [beim Kauf] sowohl eine Sache als auch ein Kaufpreis gegeben sein muss, kann der Tausch kein Kaufvertrag sein, weil nicht festgestellt werden kann, welches von beiden die Ware und welches der Kaufpreis ist. Und es widerspricht der Vertragsordnung, dass ein und dieselbe Sache sowohl Kaufgegenstand als auch Kaufpreis sein soll.

### c. Kauf künftiger Sachen; Kauf untergegangener Sachen

#### 169 D. 18.1.8pr.-1 Pomponius im 9. Buch zu Sabinus

(pr.) Ohne eine Sache, die verkauft werden soll, kann ein Kauf weder von Seiten des Käufers noch von Seiten des Verkäufers angenommen werden. Dennoch ist der Kauf von künftigen Früchten oder von künftigen Sklavenkindern wirksam, und zwar in der Weise, dass, wenn das Kind geboren ist, angenommen wird, der Verkauf sei schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts zustande gekommen. Wenn aber der Verkäufer darauf hingewirkt hat, dass nichts geboren wird oder es keine Früchte gibt, könne aus dem Kaufvertrag geklagt werden.

(1) Manchmal kann jedoch ein Kauf auch ohne eine Sache angenommen werden, zum Beispiel wenn man gewissermassen Würfelglück [eine Chance] kauft. Dies ist der Fall, wenn ein künftiger Fang von Fischen oder Vögeln gekauft wird oder das, was jemand von den unter das Volk geworfenen Geschenken erlangt. Hier wird nämlich ein gültiger Kauf geschlossen, auch wenn nichts gefangen oder aufgefangen wird, weil es sich um den Kauf einer Hoffnung handelt. Und wenn das, was jemand von den bei einem bestimmten Ereignis unter das Volk geworfenen Geschenken erlangt hat, [von einem Dritten beim Käufer] evinziert wird, entsteht daraus keine Verbindlichkeit aus dem Kauf, weil dies als vereinbart anzusehen ist.

### d. Abgrenzung zur *locatio conductio*

#### 170 D. 19.2.2pr.-1 Gaius im 2. Buch der täglichen Dinge

(pr.) Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag stehen dem Kaufvertrag sehr nahe und kommen nach denselben Rechtsregeln zustande. Denn wie der Kaufvertrag dann abgeschlossen ist, wenn man sich über den Preis geeinigt hat, so werden auch Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag dann als abgeschlossen angesehen, wenn man sich über die Vergütung geeinigt hat.

(1) Kaufvertrag einerseits und Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag andererseits weisen aber eine so grosse Ähnlichkeit auf, dass man sich bei manchen Vereinbarungen zu fragen pflegt, ob es sich um einen Kaufvertrag oder um Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag handelt. Wie zum Beispiel, wenn ich mit einem Goldschmied vereinbart habe, dass er mir aus seinem Gold Ringe von bestimmtem Gewicht und von bestimmter Form anfertigt, und dafür beispielsweise dreihundert bekommt – liegt dann ein Kaufvertrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag vor? Es ist aber anerkannt, dass diese Abmachung ein einheitlicher Vertrag ist und es sich eher um einen Kauf handle. Wenn aber ich das Gold stelle und eine Vergütung für die Herstellung des Werkes vereinbart ist, besteht kein Zweifel, dass es sich um einen Werkvertrag handelt.

## 5. Haftungsfragen bei den *bonae fidei iudicia*

Lit.: HONSELL, §§ 46f.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 34 I, 39 II, 41.

### a. Haftungsmassstäbe: Arglist (*dolus*) und Sorgfaltsverstoss (*culpa*)

#### 171 D. 18.1.68 Proculus im 6. Buch der Briefe

Wenn du beim Verkauf eines Landguts in einer Vertragsklausel erklärt hast, dass das, was du vom Pächter als Pachtzins einnimmst, dem Käufer zusätzlich zustehen solle, so bin ich der Ansicht, dass du beim Einfordern [des Pachtzinses] nicht nur für die Beachtung von Treu und Glauben, sondern auch für Sorgfalt einstehen musst, das heisst, dass du nicht nur frei von Vorsatz, sondern auch frei von Fahrlässigkeit sein musst.

(1.) Manche pflegen dem Vertrag etwa noch die folgenden Worte hinzuzufügen: „Vorsatz wird dem Verkäufer fern sein“. Aber auch wenn dieser Zusatz fehlt, muss der Verkäufer sich jeder vorsätzlichen Vertragsverletzung enthalten.

(2.) Und Vorsatz ist schon dann anzunehmen, wenn es an dem Verkäufer gelegen hat oder liegt, dass der Käufer den Besitz am Landgut nicht erlangt. Es steht daher die Kaufklage zu, aber nicht zu dem Zweck, dass der Verkäufer den Besitz frei von Rechten Dritter übergeben muss, da es auf vielerlei Weise dazu kommen kann, dass ihm eine solche Übergabe unmöglich ist, sondern zu dem Zweck, dass, falls er etwas vorsätzlich getan hat oder tut, der vorsätzlich verursachte Schaden geschätzt wird.

#### 172 D. 50.17.23 Ulpianus im 29. Buch zu Sabinus

Einige Verträge erfassen nur den Vorsatz (*dolus*), andere sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit. Nur Vorsatz: die Hinterlegung und das (unentgeltliche) Gestatten auf Widerruf (*precarium*); Vorsatz und Fahrlässigkeit: Auftrags-, Leih-, Kauf-, Faustpfand-, Vermie-

tungsvertrag, (...). Aber dies [kommt nur] dann [zur Anwendung], wenn man nicht bei einem einzelnen Vertrag ausdrücklich entweder über mehr oder über weniger übereingekommen ist; denn das, worüber man im Anfang übereingekommen ist, wird beachtet werden, denn [eine solche Übereinkunft] hat für den Vertrag ein Gesetz gegeben. Es gilt eine Ausnahme, da Celsus meinte, es gelte nicht, wenn man übereingekommen sei, dass nicht für Vorsatz gehaftet werden solle; denn das ist einer Klage nach gutem Glauben zuwider, und das befolgen wir als Recht. Für die Zufälle aber und die Todesfälle, welche sich bei Tieren ohne Verschulden ereignen, für die Flucht von Sklaven, welche nicht bewacht zu werden pflegen, für Raub, Aufruhr, Feuersbrunst, hohes Wasser, Überfälle von Räubern wird von niemandem gestanden.

#### **173 D. 13.6.5.2-3 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt**

(2) Wir wollen nun untersuchen, was in der Klage aus Leihe zu berücksichtigen ist, ob nur Vorsatz oder auch Fahrlässigkeit oder aber darüber hinaus Verantwortlichkeit für jede Gefahr. Wir haften nämlich bei Verträgen bisweilen nur für Vorsatz, bisweilen auch für Fahrlässigkeit. Für Vorsatz bei der Verwahrung; denn weil der Verwahrer [von der Verwahrung] keinerlei Nutzen hat, haftet er zu Recht nur für Vorsatz, falls nicht etwa ein Entgelt hinzukommt (dann nämlich ist, wie auch durch kaiserliche Konstitution bestimmt ist, Fahrlässigkeit zu vertreten) oder wenn von Anfang an vereinbart ist, dass der Verwahrer auch für Fahrlässigkeit und jede Gefahr haftet. Wenn es aber um den Nutzen beider Parteien geht, wie beim Kauf, bei der Miete, bei der Mitgift, beim Pfand oder bei der Gesellschaft, dann wird sowohl für Vorsatz als auch für Fahrlässigkeit gehaftet.

(3) Aber ein Leihvertrag ist in der Regel allein für denjenigen von Nutzen, dem geliehen wird, und deshalb vertritt Quintus Mucius die richtigere Auffassung, wenn er meint, dass sowohl für Fahrlässigkeit [beim Handeln] als auch für Sorgfalt [beim Unterlassen] gehaftet werde, und wenn etwa die geliehene Sache zum Schätzwert hingegenommen worden ist, müsse derjenige, der die Leistung des Schätzwertes übernommen habe, sogar für jede Gefahr einstehen.

#### **174 Collatio 10, 2, 1-3 Modestinus im 2. Buch seines Werkes: Differenzierungen unter dem Titel: Hinterlegung und Leihe**

(1) Der mit der Klage aus der Leihe in Anspruch genommene ist gezwungen, auch für Fahrlässigkeit einzustehen. Wer aber aus der Hinterlegung verklagt wird, ist nur für Vorsatz, nicht aber auch für Fahrlässigkeit zu verurteilen. Im Leihvertrag nämlich, der ja zum Nutzen der beiden Vertragsparteien vereinbart wird, ist für beides einzustehen, im Hinterlegungsvertrag aber, in dem es allein um den Nutzen des Hinterlegers geht, dort ist nur für Vorsatz zu haften.

(2) Aber auch in anderen Verhältnissen ist diese Regel zu beachten: so werden nämlich bei der Klage aus der Treuhand und bei der Klage aus der Mitgift sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit beachtet, weil sie zum Vorteil beider Vertragspartner abgeschlossen werden.

(3) Im Fall eines Auftrages aber, ist nur der Vorsatz, nicht aber auch die Fahrlässigkeit beachtlich. (...)

## b. Einbezug von Nebenabreden und *contrarius consensus*

### 175 D. 2.14.7.5-6 Ulpianus im 4. Buch zum Edikt

(5) Manchmal gestaltet die formlose Vereinbarung (*pactum*) jedoch den Klaginhalt unmittelbar wie bei den Klagen nach Treu und Glauben (*bonae fidei iudicia*). Wir pflegen nämlich zu sagen, dass formlose Vereinbarungen in den Klagen nach Treu und Glauben enthalten sind. Aber das ist so zu verstehen, dass Vereinbarungen allerdings dann, wenn sie dem Vertrag in unmittelbarem Zusammenhang gefolgt sind, auch auf Seiten des Klägers Inhalt der Klage werden; wenn dagegen erst nach einer Zwischenzeit, werden sie nicht mehr Inhalt der Klage und, wenn er klagt, erlangen sie keine Geltung, damit [die Regel nicht verletzt wird, dass] aus einer formlosen Vereinbarung keine Klage entsteht. (...) Diejenigen formlosen Vereinbarungen werden nämlich Inhalt der Klage, die dem Vertrag eine Nebenbestimmung begeben, das heisst, die bei Eingebung des Vertrages getroffen sind. Eine entsprechende Rechtsauskunft kenne ich von Papinianus: Auch wenn man einige Zeit nach Abschluss des Kaufvertrages etwas vereinbare, das ausserhalb der Natur des Vertrages liegt, könne aufgrund dieser Abrede nicht aus dem Kauf geklagt werden wegen eben der Regel, dass aus einer formlosen Vereinbarung keine Klage entsteht. Dies wird man auch bei allen Klagen nach Treu und Glauben sagen müssen. Aber auf Seiten des Beklagten wird die formlose Vereinbarung Berücksichtigung finden, weil auch diejenigen Vereinbarungen, die später getroffen werden, stets Einreden hervorbringen.

(6) So weitgehend sind aber die später begründeten Einreden, die aus demselben Vertrag stammen, in den Klagen nach Treu und Glauben enthalten, dass beim Kauf wie bei den übrigen Klagen nach Treu und Glauben feststeht, dass man vom Kauf abgehen kann (*contrarius consensus*), solange noch keine Leistung erbracht ist. Wenn man dies also hinsichtlich des gesamten Vertrages kann, warum kann dann nicht auch ein Teil davon durch Vereinbarung geändert werden? Und so schreibt dies Pomponius im 6. Buch zum Edikte. Weil das so ist, gilt die Vereinbarung auch auf Seiten des Klägers, so dass sie auch zu seinen Gunsten auf den Klaginhalt einwirken kann, solange noch keine Leistung erbracht ist, und zwar aus demselben Grunde. Denn wenn das ganze Geschäft aufgehoben werden kann, warum kann es dann nicht auch abgeändert werden, so dass der Vertrag gewissermassen als erneuert erscheint? Dies kann

man nicht ohne Scharfsinn sagen. Daher missbillige auch ich nicht, was Pomponius in den Büchern seiner „Lesefrüchte“ billigt, man könne durch Vereinbarung zum Teil vom Kauf abgehen, so als sei der Kauf zu einem Teil wiederholt worden. Aber wenn der Käufer zwei Erben hat und der Verkäufer mit dem einen vereinbart hat, vom Kauf [für seine Person] abzugehen, dann sagt Julian, die Vereinbarung sei gültig und der Kaufvertrag werde zu einem Teil aufgelöst, weil ja auch bei einem anderen [nämlich strengrechtlichen] Vertrag einer der beiden Erben durch den Abschluss einer Vereinbarung für sich eine Einrede hätte erwerben können. Und deshalb ist mit Recht beides anerkannt, sowohl was Julian als auch was Pomponius annimmt.

### c. Sachmängelgewährleistung beim Kauf

#### 176D. 21.1.1.1 Ulpianus im 1. Buch zum Edikt der kurulischen Aedilen

Die Ädilen sagen: „Diejenigen, die Sklaven verkaufen, müssen die Käufer darüber aufklären, was jeder Sklave an Krankheiten oder Mängeln hat, wer zur Flucht neigt oder ein Herumtreiber ist oder von einer Schadenstat nicht befreit ist. Und sie müssen all dies, wenn solche Sklaven zum Verkauf kommen, öffentlich und wahrheitsgemäss anzeigen. Ist aber ein Sklave entgegen diesen Bestimmungen verkauft worden oder entgegen dem, was beim Verkauf erklärt oder versprochen worden war, sofern zu sagen ist, dass nach *ius civile* dafür eingestanden werden muss, werden wir dem Käufer und allen, die diese Angelegenheit betrifft, eine Klage darauf gewähren, dass dieser Sklave zurückgegeben wird. Wenn aber der Sklave nach Verkauf und Übergabe durch eine Handlung des Käufers, seiner Sklaven [und Gewaltunterworfenen] oder seines Verwalters verschlechtert worden ist oder wenn nach dem Verkauf ein Sklavenkind geboren oder etwas [durch den Sklaven] erworben wurde und wenn bei dem Verkauf etwas anderes als Nebensache zu dem Sklaven hinzugekommen ist oder wenn der Käufer aus dieser Sache etwas an Früchten erlangt hat, muss der Käufer all dies ersetzen und herausgeben. Ferner muss der Käufer seinerseits erstattet bekommen, wenn er etwas zusätzlich [zum Kaufpreis] geleistet hat. Wenn ferner der Sklave ein Kapitalverbrechen begangen oder etwas unternommen hat, um sich zu töten, oder wenn er zum Tierkampf in die Arena geschickt worden ist – all dies müssen die Verkäufer beim Verkauf anzeigen. Denn in all diesen Fällen werden wir eine Klage gewähren. Darüber hinaus werden wir eine Klage gewähren, wenn vorgetragen wird, jemand habe entgegen diesen Bestimmungen wissentlich und arglistig verkauft“.

**177D. 21.1.38pr. Ulpianus im 2. Buch zum Edikt der kurulischen Aedilen**

Die Ädilen sagen: „Diejenigen, die Zugtiere verkaufen, müssen öffentlich und wahrheitsgemäss erklären, was jedes einzelne Tier für Krankheiten oder Mängel hat; und so, wie die Tiere zum Zweck des Verkaufs aufs Beste mit Geschirr versehen sind, müssen sie den Käufern übergeben werden. Wenn etwas nicht demgemäss geschehen ist, werden wir eine Klage gewähren, [und zwar] auf Leistung des Geschirrs oder auf Rücknahme der Zugtiere wegen des Geschirrs innerhalb von sechzig Tagen, dagegen auf Rückgängigmachung des Kaufs der Zugtiere wegen einer Krankheit oder eines Mangels innerhalb von sechs Monaten oder auf den Betrag, um den die Zugtiere weniger wert waren, als sie verkauft wurden, innerhalb eines Jahres. Wenn ein Zugtierpaar zusammen verkauft wurde und eines der beiden Tiere von solcher Beschaffenheit gewesen ist, dass es zurückgenommen werden muss, werden wir eine Klage gewähren, durch die beide zurückgenommen werden müssen“.

**178D. 19.1.13pr. Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

Julian macht im 15. Buch [seiner Digesten] zwischen dem, der eine Sache in Kenntnis und dem, der sie in Unkenntnis [ihres Mangels] verkauft hat, einen Unterschied bei der Verurteilung aus Kauf. Er sagt nämlich, dass derjenige, der ein krankes Stück Vieh oder einen mangelhaften Balken verkauft hat, dann, wenn er dies in Unkenntnis des Mangels getan hat, aufgrund der Klage aus Kauf lediglich das leisten müssen, um wieviel weniger ich gekauft hätte wenn ich die Beschaffenheit der Sache gekannt hätte; wenn er jedoch den Mangel wissentlich verschwiegen und den Käufer getäuscht hat, dann müsse er dem Käufer für allen Schaden einstehen, den dieser aus diesem Kauf erleidet. Stürzt daher das Haus aufgrund des Mangels des Balkens ein, so ist für den Schätzwert des Hauses einzustehen; geht Vieh infolge von Ansteckung durch das kranke Stück Vieh ein, so ist für das Interesse des Käufers daran einzustehen, dass dies nicht geschehen wäre.

**179D. 19.1.21.1 Paulus im 33. Buch zum Edikt**

Wenn der Verkäufer eines Grundstückes wissentlich nichts über die Grundsteuer sagt, haftet er aus Kauf. Gibt er dagegen unwissentlich Auskunft über die Grundsteuer, etwa weil das Grundstück geerbt war, so haftet er nicht.

## 6. Innominatkontrakte

Lit.: HONSELL, § 54; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, §§ 38 III, 45, 48 II.

### a. Grenzen des Nominatsprinzips

#### 180 D. 2.14.7.pr.-2 Ulpianus im 4. Buch zum Edikt

(pr.) Von den formlosen Vereinbarungen (*pacta*) nach *ius gentium* bringen einige Klagen hervor, andere nur Einreden.

(1) Diejenigen, die Klagen hervorbringen, bleiben nicht ihrer allgemeinen Bezeichnung („*pacta*“ oder „*conventio*“) stehen, sondern gehen über in einen besonderen Vertragsbegriff, nämlich Kauf, Miete, Gesellschaft, Leihe, Verwahrung und die übrigen ähnlichen Verträge.

(2) Aber auch wenn ein Geschäft nicht unter einen bestimmten Vertragsbegriff fällt, jedoch eine zweckbestimmte Leistung vorliegt, sei, so hat Aristo dem Celsus treffend geantwortet, ein Schuldverhältnis gegeben. Wie zum Beispiel, wenn ich dir eine Sache gegeben habe, damit du mir eine andere gibst, oder wenn ich etwas gegeben habe, damit du etwas tust. Dies sei ein *Synallagma*, ein Vertrag und hieraus entstehe ein Schuldverhältnis nach *ius civile*. Und deshalb glaube ich, dass Julian von Maurician in folgendem Fall zu recht getadelt worden ist: Ich habe dir Stichus gegeben, damit du Pamphilus freilässt; du hast ihn freigelassen. Stichus ist evinziert worden. Julian schreibt, es sei eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage vom Prätor zu erteilen. Jener dagegen sagt, es stehe schon eine zivilrechtliche Klage mit unbestimmtem Klagebegehren zur Verfügung, das heisst mit den voranstehenden Formelworten (*actio praescriptis verbis*). Es sei nämlich das zustande gekommen, was Aristo *Synallagma*, Vertrag, nennt, und daraus entstehe eine Klage.

#### 181 D. 18.1.50 Ulpianus im 11. Buch zum Edikt

Labeo schreibt, wenn du mir eine Bibliothek unter der Bedingung verkaufst, dass mir die Ratsherren von Capua einen Platz verkaufen, wo ich sie aufstellen kann, und es an mir liegt, dass ich den Platz von der Gemeinde Capua nicht bekomme, sei nicht zu bezweifeln, dass mit einer Klage mit vorgeschalteten Formelworten gegen mich geklagt werden kann. Ich meine, dass auch mit der Verkäuferklage vorgegangen werden kann, weil die Bedingung als eingetreten gilt, wenn es am Käufer liegt, dass sie nicht eintritt.

#### 182 Beispiel einer „Klage mit vorangestehenden Formelworten“ (*actio praescriptis verbis*)

„Was das betrifft, dass der Kläger dem Beklagten eine Bibliothek unter der Bedingung verkauft hat, dass die Ratsherren von Capua dem Beklagten einen Platz verkaufen, wo er sie aufstellen kann, was Gegenstand des Rechtsstreits ist. Was auch immer der Beklagte dem

Kläger aufgrund dieser Sache zu geben oder zu tun verpflichtet ist aus Treu und Glauben, auf das, Richter, verurteile den Beklagten. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.“

## b. Die *datio ob rem*

### 183D. 12.6.52 Pomponius im 27. Buch zum Edikt

Wir geben entweder wegen einer Ursache oder zur Erreichung eines Erfolges; wegen des in der Vergangenheit liegenden Grundes, wenn ich zum Beispiel deshalb etwas gebe, weil ich etwas von dir erhalten habe oder weil etwas von dir getan worden ist, so dass, auch wenn der Grund sich als unrichtig erweist, eine Rückforderung dieses Geldes nicht stattfindet. Wegen eines Erfolges wird dagegen gegeben, damit [künftig] ein Erfolg eintritt; wenn dieser nicht eintritt, findet eine Rückforderung statt.

### 184D. 17.2.44 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt

Wenn ich dir Perlen zum Verkauf gegeben habe mit der Abrede, dass du, wenn du sie für zehn verkaufst, mir die zehn zahlst, und wenn du sie für mehr verkaufst, den Überschuss behalten darfst, so ist meiner Ansicht nach die Gesellschafterklage gegeben, wenn der Vertrag in der Absicht geschlossen wurde, eine Gesellschaft einzugehen; wenn nicht, eine Klage mit vorgeschalteten Formelworten.

### 185D. 19.5.13pr. Ulpianus im 30. Buch zu Sabinus

Wenn ich dir eine Sache mit der Abrede gegeben habe, dass du sie zu einem bestimmten Mindestpreis verkaufst und bei höherem Erlös den Überschuss behalten darfst, so ist anerkannt, dass weder die Auftrags- noch die Gesellschafterklage, sondern eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage zu gewähren ist, weil eine andere Art von Geschäft geführt worden ist. Denn einerseits muss ein Auftrag unentgeltlich sein, und andererseits kann man nicht annehmen, dass eine Gesellschaft mit jemandem eingegangen ist, der dich nicht zum gesellschaftsrechtlichen Partner des Verkaufs gemacht hat, sondern sich einen bestimmten Mindestpreis ausbedungen hat.

## c. Typologie der Innominatkontrakte bei Paulus

### 186D. 19.5.5pr.-5 Paulus im 5. Buch der Rechtsfragen

(pr.) Mein leiblicher Sohn dient dir als Sklave und dein Sohn mir. Wir haben vereinbart, dass du meinen Sohn freilässt und ich den deinen freilasse. Ich habe die Freilassung vorgenommen, du nicht. Es fragt sich, aufgrund welcher *actio* du mir haftest. Anhand dieses Falls kann das gesamte Problem der Leistung zu einem Zweck untersucht werden. Dazu gehören folgende Unterfälle: Ich gebe, damit du gibst; ich gebe, damit du etwas tust; ich tue etwas, damit du gibst; ich tue etwas, damit du etwas tust. In diesen Fällen fragt sich, welche Obligation entsteht.

(1) Gebe ich Geld, damit ich eine Sache erhalte, so liegt ein Kaufvertrag vor. Wenn ich aber eine Sache gebe, um eine Sache zu erhalten, dann entsteht –weil man einen Tausch nicht als Kaufvertrag anerkennt– zweifellos doch eine zivilrechtliche Obligation. Der Inhalt der *actio* geht nicht darauf, dass du die erhaltene Sache zurückgibst, sondern dass du mir so viel schuldest, wie mir daran lag, die vereinbarte Sache zu erhalten. (...)

(2) (...) Wenn ich dir einen Sklaven gegeben habe, damit du deinen Sklaven freilässt, und du deinen Sklaven freigelassen hast, der Sklave, den ich dir gab, aber evinziert wird, so schreibt Julian: Wenn ich dies wissentlich tat, wird gegen mich die Klage wegen Arglist (*actio de dolo*) zu geben sein. Wenn ich es unwissentlich tat, die *actio in factum*.

(3) Wenn ich aber [gemäss Abrede] etwas tun soll, damit du gibst, und du, nachdem ich es getan habe, untätig bleibst, dann gibt es keine zivilrechtliche Klage, und deshalb wird die Klage wegen Arglist gewährt.

(4) Wenn ich aber etwas tue, damit du etwas tust, so erfordert dieser Fall mehrere Überlegungen. Denn wenn wir vereinbart haben, dass du von meinem Schuldner in Karthago eine Forderung einziehen sollst und ich von deinem in Rom oder dass du auf meinem Grundstück und ich auf deinem ein Bauwerk errichte, ich dann die Forderungen eingezogen oder gebaut habe, du aber untätig bleibst, so kann man annehmen, dass im ersten Fall gewissermassen ein Auftrag vorliegt, ohne den in fremdem Namen Geld nicht eingeklagt werden kann. Mag nämlich damit auch die Erstattung von Aufwendungen verbunden sein, so erfüllen wir auf diese Weise doch eine wechselseitige Menschenpflicht und ein Auftrag kann aufgrund einer Abrede von seinen natürlichen Regeln abweichen (ich kann nämlich beim Auftrag mit dir vereinbaren, dass du mir sowohl für Bewachung einzustehen hast als auch dafür, dass du zum Zweck des Einklagens des Geldes nicht mehr als zehn aufwendest). Und wenn wir beide [tatsächlich] denselben Betrag aufwenden würden, gibt es kein Problem. Wenn aber der eine das getan hat, was zu bauen er übernommen hat, der andere nicht, so wird der andere gezwungen werden, ebenfalls zu bauen, so dass auch hier, wie man annimmt, ein Auftragsverhältnis zustande kommt, weil wir die Aufwendungen gegenseitig verrechnen. Ich erteile dir [in einem solchen Fall] nämlich keinen Auftrag in deiner [eigenen] Sache. Aber es wird sicherer sein, sowohl im Fall der Herstellung von Gebäuden als auch im Fall der Einziehung von Forderungen eine Klage mit vorgeschalteten Formelworten zu gewähren, die der Auftragsklage ähnlich ist, so wie die Klagen in den vorangegangenen Fällen denen aus Werkvertrag und aus Kauf ähnlich waren.

(5) Gilt dies also, wenn von beiden Seiten [wechselseitig] ein Tun vereinbart ist, so kann auch in der vorgelegten Frage dasselbe gesagt

werden, und daraus ergibt sich notwendig, dass seine Verurteilung in Höhe meines Interesses daran erfolgt, den Sklaven zu behalten, den ich freigelassen habe. Ist dabei abzuziehen, dass ich einen Freigelassenen gewonnen habe? Doch dieser Umstand kann nicht in Geld geschätzt werden.

## 7. Deliktsrecht

Lit.: HONSELL, §§ 58-60; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 51 I-II.

### a. Diebstahl / Veruntreuung (*furtum*)

#### 187 Gai. 3, 195-197

(195) Diebstahl (*furtum*) liegt aber nicht nur vor, wenn jemand eine fremde Sache wegnimmt, um sie zu entwenden, sondern ganz allgemein, wenn jemand eine fremde Sache ohne Willen des Eigentümers an sich nimmt.

(196) Wenn daher jemand eine Sache, die ihm in Verwahrung gegeben worden ist, in Gebrauch nimmt, begeht er einen Diebstahl; auch wenn jemand eine fremde Sache zu einem bestimmten Gebrauch erhalten hat und von ihr einen anderen Gebrauch macht, haftet er wegen Diebstahls, zum Beispiel, wenn jemand Silber zu einem bestimmten Gebrauch erhalten hat, – als ob er Freunde zum Essen einladen wollte – und dies mit auf Reisen genommen hat oder wenn er mit einem nur zum Ausreiten geliehenen Pferd länger irgendwohin ausgeritten ist, wie es die alten Juristen von demjenigen schreiben, der das Pferd mit in die Schlacht genommen hatte.

(197) Es hat sich aber die Meinung durchgesetzt, dass diejenigen, die geliehene Sachen in anderer Weise gebrauchen als dazu, wozu sie sie erhalten haben, nur dann einen Diebstahl begehen, wenn sie begreifen, dass sie dies ohne den Willen des Eigentümers tun und dass er es ihnen nicht erlauben würde, wenn er es wüsste; wenn sie hingegen glauben, er würde es ihnen erlauben, fallen sie, wie man annimmt, nicht unter den Diebstahlstatbestand. Dies ist in der Tat eine sehr gute Unterscheidung, weil ein Diebstahl nicht ohne böse Absicht begangen werden kann.

### b. Sachbeschädigung (*damnum iniuria datum*)

#### 188 Gai. 3, 210

Die Klage wegen widerrechtlicher Schädigung wird durch die *lex Aquilia* festgesetzt, in deren ersten Abschnitt bestimmt ist, dass, wenn jemand einen fremden Sklaven oder ein fremdes vierfüßiges Tier, das zum Herdenvieh zählt, widerrechtlich getötet hat, er dem Eigentümer so viel zu zahlen verpflichtet ist, wie viel die Sache in diesem Jahr am meisten wert gewesen ist.

**189 Gai. 3, 217-219**

(217) Im dritten Abschnitt [der *lex Aquilia*] wird eine Bestimmung hinsichtlich allen anderen Schadens getroffen. Deshalb wird in diesem Abschnitt eine Klage festgesetzt, wenn jemand einen Sklaven oder ein solches vierfüßiges Tier, das zum Herdenvieh zählt, verletzt hat oder ein solches vierfüßiges Tier, das nicht zum Herdenvieh zählt, zum Beispiel einen Hund, oder ein wildes Tier, zum Beispiel einen Bären oder Löwen, entweder verletzt oder getötet hat. Auch bei allen anderen Tieren, ferner bei allen unbeseelten Sachen, wird die widerrechtliche Schädigung aufgrund dieses Abschnitts geahndet. Wenn etwas gebrannt, beschädigt oder gebrochen worden ist, wird eine Klage in diesem Abschnitt festgesetzt, obwohl es für alle diese Fälle genügt hätte, allein die Beschädigung zu nennen; unter „Beschädigtes“ versteht man nämlich das, was auf jede mögliche Weise verdorben worden ist; daher ist in diesem Wort nicht nur Gebranntes, Beschädigtes oder Gebrochenes enthalten, sondern auch Zerrissenes, Zerschlagenes, Vergossenes, schadhaf Gemachtes, zugrunde Gerichtetes und Verschlechtertes.

(218) Freilich wird derjenige, der den Schaden zugefügt hat, nach diesem Abschnitt nicht auf das verpflichtet, wie viel die Sache in diesem Jahr, sondern wie viel sie in den letzten 30 Tagen wert gewesen war. Auch ist nicht einmal das Wort „am meisten“ beigefügt, und daher meinten einige Juristen, dem Richter stehe es frei, die Bewertung auf denjenigen Zeitpunkt aus den 30 Tagen zu stützen, an dem die Sache am meisten wert war, oder auf den, an dem sie weniger wert war. Sabinus aber war der Ansicht, man müsse so verfahren, wie wenn auch in diesem Abschnitt das Wort „am meisten“ beigefügt wäre, denn der Gesetzgeber habe sich damit zufrieden gegeben, dass er dieses Wort im ersten Abschnitt benutzt habe.

(219) Im Übrigen hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass eine Klage aus diesem Gesetz nur besteht, wenn jemand den Schaden mittels seines Körpers zugefügt hat; daher werden, wenn der Schaden auf andere Weise zugefügt worden ist, umgestaltete Klagen gewährt, wenn beispielsweise jemand einen fremden Sklaven oder ein Herdenvieh eingesperrt hat und hat verhungern lassen oder Zugvieh so heftig angetrieben hat, dass es beschädigt wurde, ferner wenn jemand einen fremden Sklaven überredet hat, auf einen Baum hinaufzusteigen oder in ein Brunnenloch hinabzusteigen, und dieser beim Aufstieg oder Abstieg gestürzt und gestorben oder an irgendeinem Körperteil verletzt worden ist. Aber wenn jemand einen fremden Sklaven von einer Brücke oder vom Ufer in einen Fluss gestürzt hat und dieser ertrunken ist, so hat auch er ihm mittels seines Körpers Schaden zugefügt, indem er ihn hinabwarf, was man sehr leicht begreifen kann.

**190 D. 9.2.9pr.-1 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

(pr.) Weiter: Hat eine Hebamme einer Sklavin eine Arznei gegeben, und ist diese daran gestorben, so unterscheidet Labeo: Hat die Hebamme die Arznei eigenhändig verabreicht, hat sie getötet. Hat die Hebamme die Arznei aber so gegeben, dass die Sklavin sie selbst einzunehmen hatte, dann muss eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage (*actio in factum*) erteilt werden. Diese Meinung ist richtig. Denn die Hebamme hat nur die Ursache für den Tod gesetzt und nicht getötet.

(1) Wer einem anderen gewaltsam oder durch Überredung eine Arznei entweder durch den Mund oder mit Hilfe eines Klistiers eingibt oder ihn mit einer giftigen Salbe einreibt, haftet nach der *lex Aquilia* (...).

**c. Zurechnungsfragen****191 D. 9.2.11pr. Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

Ebenfalls schreibt Mela: Als einige spielten und dabei einer den Ball mit Wucht auf die Hände eines Barbiers schleuderte und dadurch die eine Hand nach unten drückte, wurde die Kehle eines Sklaven, den der Barbier gerade rasierte, von dem angesetzten Rasiermesser durchschnitten. Derjenige von den Beteiligten hafte nach der *lex Aquilia*, den Verschulden treffe. Proculus meint, den Barbier treffe Verschulden. Und in der Tat, wenn er dort rasierte, wo man gewöhnlich spielte oder lebhafter Verkehr herrschte, gibt es etwas, was ihm vorgeworfen werden kann. Doch könnte man nicht zu Unrecht auch folgende Meinung vertreten: Vertraut sich jemand einem Barbier an, der seinen Sessel auf einem gefährlichen Platz aufgestellt hat, so muss er sich bei sich selbst beklagen.

**192 D. 9.2.52.2 Alfenus im 2. Buch der Digesten**

Maultiere zogen zwei beladene Lastkarren den kapitolinischen Hügel hinauf. Die Maultiertreiber des vorderen Karrens versuchten, den nach hinten abkippenden Karren anzuheben, damit die Maultiere ihn leichter ziehen konnten. Der vordere Karren begann nach rückwärts zu rollen, und als die Maultiertreiber, die sich zwischen den beiden Karren befanden, aus dem Zwischenraum zur Seite gesprungen waren, wurde der hintere Karren vom vorderen angestossen, rollte nach rückwärts und erdrückte einen Sklavenjungen, der einem Dritten gehörte. Der Eigentümer des Sklavenjungen fragte, wen er verklagen solle.

Ich habe geantwortet, dass die Rechtslage von den näheren Umständen des Sachverhalts abhängt. Wenn nämlich die Maultiertreiber, die den vorderen Karren gestützt hatten, ohne Not ihren Platz verlassen hätten und es dadurch dazu gekommen sei, dass die Maultiere den Karren nicht mehr halten konnten und durch das blosse Gewicht der Last nach hinten gezogen wurden, so habe der Eigentümer der

Maultiere keine Klage, wohl aber könnten die Leute, die den nach hinten abkippenden Karren gestützt hatten, nach der *lex Aquilia* verklagt werden. Denn auch der fügt [durch sein Handeln] Schaden zu, der aus eigenem Willensentschluss etwas nur loslässt, das er hält, so dass jemand davon getroffen wird.

Wer zum Beispiel einen jungen Esel, nachdem er ihn angetrieben hatte, nicht mehr zurückhalten konnte, fügt widerrechtlich Schaden zu, ebenso wie derjenige, der ein Wurfgeschoss oder einen anderen Gegenstand seiner Hand entfahren lässt. Wenn dagegen die Maultiere, weil sie vor irgendetwas gescheut hätten, zurückgewichen seien und die Maultiertreiber aus Furcht, erdrückt zu werden, ihren Platz hinter dem Karren verlassen hätten, so habe der Eigentümer des Sklavenjungen zwar gegen die Maultiertreiber keine Klage, wohl aber gegen den Eigentümer der Maultiere. Entsprechen aber weder die Maultiere noch die Leute insoweit den Klagevoraussetzungen, hätten vielmehr die Maultiere die Last einfach nicht halten können oder seien sie, während sie sich mit aller Kraft in die Riemen legten, ausgeglitten und niedergestürzt und sei der Karren deswegen rückwärts gerollt und hätten die Leute die Last nicht mehr halten können, weil der Karren nach hinten abgekippt war, so sei weder gegen den Eigentümer der Maultiere noch gegen die Maultiertreiber eine Klage gegeben. Das aber stehe jedenfalls fest, wie immer sich die Sache auch zugetragen habe, dass der Eigentümer der hinteren Maultiere nicht verklagt werden kann, weil diese nicht aus eigenem Antrieb, sondern infolge des Stosses zurückgewichen sind.