

# Römisches Privatrecht

Skript 2024/25

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

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

## Vorwort

Mit der zum Herbstsemester 2021 in Kraft getretenen Bologna-Reform ist das Römische Privatrecht von der Aufbaustufe (zurück) in die Assessmentstufe verlegt worden. Auf diese Weise hat es seinen angestammten Platz als Einführung in das Privatrecht wiedererlangt. Diese Position ist nicht nur durch die überragende historische Bedeutung des römischen Rechts in der kontinentaleuropäischen Rechtsentwicklung zu erklären; sie verfolgt auch eine didaktisch-methodologische Zwecksetzung.

Die historische Bedeutung des römischen Rechts – gerade auch für das schweizerische Privatrecht – ergibt sich einerseits daraus, dass die justinianischen Quellen (Institutionen, Digesten, Codex und Novellen) seit dem 11. Jahrhundert von Italien ausgehend Grundlage jeglichen Rechtsstudiums bildeten und als Inbegriff von Recht angesehen wurden. Andererseits ist spezifischer auf die Rolle des römischen Rechts in der Tradition des gemeinen Rechts und der Pandektistik zu verweisen, die sich beide – in unterschiedlicher Weise – in Text und Dogmatik des schweizerischen Zivilgesetzbuchs und dem Obligationenrecht niedergeschlagen haben. Die Befassung mit dem römischen Recht ist damit immer auch als Auseinandersetzung mit den Wurzeln und Grundlagen des schweizerischen Privatrechtsdenkens anzusehen. Die Vorlesung auf Assessmentstufe dient dabei dem Erlernen von Grundbegriffen, dem Verstehen von Strukturelementen juristischen Denkens und der Erfassung von dogmatischen Grundfiguren. Detailfragen der Dogmengeschichte und der Entwicklung des juristischen Denkens werden erst auf Masterstufe (Wahlmodul) erlernt und vertieft werden: Die jeweils im Frühjahrssemester angebotene Vorlesung «Historische Grundlagen des schweizerischen Privatrechts/History of European Legal Science» (wechselweise auf Deutsch oder Englisch) bietet Einblick in diese faszinierende und noch immer nicht umfassend erforschte Entwicklungsgeschichte der Rechtswissenschaft.

Die didaktisch-methodologische Bedeutung des römischen Privatrechts ergibt sich einerseits aus dem vornehmend kasuistischen Charakter der Rechtsbehandlung in den justinianischen Quellen, andererseits aus der für die Argumentationsweise der römischen Juristen typischen Variantenbildung. Gerade für die Ersterlernung des Rechtsstoffes ist die Veranschaulichung an Fallgestaltungen zentral. Die Rechtswissenschaft ist ein Gedankengebäude, das nur dann verstanden und auf Problemstellungen angewendet werden kann, wenn Einsicht in den wesentlichen Inhalt oder Sinn seiner zentralen Begriffe besteht. Diese Intension kann nicht allein durch abstrakte Begriffsdefinitionen erlernt werden, sondern bedarf der Veranschaulichung durch Beispiele und Illustrationen. Student:innen, die sich für die antike Realität dieser Begrifflichkeiten interessieren, sei das immer im Herbstsemester angebotene Mastermodul «Antike Rechtsgeschichte» empfohlen, welches das römische Recht auch in seinen historischen Kontext im Zusammenspiel und im Vergleich mit anderen antiken Rechten einordnet und analysiert.

Mit der skizzierten verständnistheoretischen Bedeutung hängt auch der zweite didaktische Nutzen des römischen Rechts zusammen: Trotz einer nicht immer kontinuierlichen und auch von Brüchen und Widersprüchen gekennzeichneten Entwicklung hat die römische Rechtsordnung, wie sie von Justinian im 6. Jahrhundert fixiert wurde, die wichtigsten und zentralen Begrifflichkeiten und Rechtsvorstellungen in allen kontinentaleuropäischen Ländern (und darüber hinaus auch in Südamerika, Japan und sogar in England) geprägt. Man spricht daher – in teilweise übertriebener Entgegensetzung zum sog. Common Law der anglo-amerikanischen Welt – von den Ländern des Civil Law und meint damit die vom römischen Recht abhängigen Rechtsordnungen. Diese Abhängigkeit geht weit über die Abhängigkeit in Kernbegriffen des Privatrechts (Vertrag, Testament, Eigentum) hinaus, indem vielfach auch in Instituten und Argumenten, die der Antike selbst noch unbekannt waren, römisches Gedankengut zu finden ist. Der Grund hierfür ist in der fruchtbaren Weiterentwicklung und der ständigen Auseinandersetzung mit dem justinianischen

Material seit dem 11. Jahrhundert bis in die Moderne und Postmoderne zu erblicken. So ist zum Beispiel das Institut der «Stellvertretung» oder auch die «Aktiengesellschaft» u.a. aus römischen Quellen hergeleitet und begründet worden.

Das römische Privatrecht bildet daher die Matrix oder – wenn man im Bild des Lateinischen für die Entwicklung der europäischen Sprachen sprechen will – die «Grundgrammatik» der europäischen Rechtswissenschaft, die für alle Felder des Privatrechts, weiter auch die Privatrechtstheorie und die Rechtsvergleichung, von grundlegender Bedeutung ist. Auch diese Bereiche werden im weiteren Studienverlauf vertieft; beispielhaft sei das Mastermodul «Comparative Private Law» genannt, das unter anderem die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen dem Civil Law und dem Common Law beleuchtet.

Die Assessmentvorlesung «Römisches Privatrecht» soll also insgesamt als Auftakt und Vorbereitung für ein erfolgreiches Rechtsstudium dienen; historische und philologische Interessen stehen dabei nicht im Vordergrund, können aber in Seminaren und Mastermodulen gepflegt und vertieft werden.

Die Vorlesung steht damit in einer Zürcher Tradition, die sich bis auf Friedrich Ludwig Keller (1799–1860) zurückführen lässt. In einer Streitschrift, mit der er sich (erfolgreich) für die Schaffung eines rechtswissenschaftlichen Studiums an der Universität Zürich einsetzte, umriss er die Zwecke des Studiums des römischen Rechts wie folgt: «Wir studieren 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 studieren 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 letzteren 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.).

Wir freuen uns darauf, diesen jahrtausendealten, immer wieder bearbeiteten Schatz mit Studenten und Studentinnen des 21. Jahrhunderts neu zu entdecken!

José Luis Alonso

Ulrike Babusiaux

August 2023

## **Literaturhinweise**

BABUSIAUX, ULRIKE, Römisches Erbrecht, 2. Aufl., Köln/Weimar/Wien 2021

HONSELL, HEINRICH / FARGNOLI, IOLE, Römisches Recht, 9. Aufl., Bern 2021

KASER, MAX / KNÜTEL, ROLF / LOHSSE, SEBASTIAN, Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021

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 (Hgg.), Corpus Iuris Civilis, München 1990ff.

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

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

Zeittafel entnommen aus:

HUWILER, BRUNO, Quellenbuch zum Römisches Privatrecht, Bern 2007

## **Abkürzungsverzeichnis**

Aufl.	Auflage
C.	Codex Iustinianus
Coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum
D.	Digesta Iustiniani
d.h.	das heisst
Epit. Ulp.	Epitome Ulpiani
f./ff.	folgende
Gai Epit.	Epitome Gai
Gai. Inst.	Gai Institutiones
Hgg.	Herausgeber
Inst. Just.	Institutiones Iustiniani
i.V.m.	in Verbindung mit
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
pr.	principium
Paul. Sent.	Pauli Sententiae
S.	Seite
u.	und
Vat.	Fragmenta Vaticana
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	<b>2</b>
<b>Literaturhinweise</b> .....	<b>4</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>5</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>6</b>
<b>I. Einleitung</b> .....	<b>9</b>
1. Zur historischen Bedeutung des römischen Rechts.....	9
Anhang: Zeittafel .....	9
2. Struktur der römischen Rechtsordnung .....	14
3. Die Quellen des römischen Rechts.....	16
4. Personenrecht .....	19
a. Freie und Sklaven .....	19
b. Familie und Hausgewalt: Gewaltunterworfenheit der Hauskinder .....	22
c. Handlungsfähigkeit. Stellung der Frau.....	23
<b>II. Sachenrecht</b> .....	<b>26</b>
1. Die Sachen.....	26
a. Begriff und Arten der Sachen .....	26
b. Gesamtsache, Sachgesamtheit, Zubehör .....	27
c. Früchte .....	28
2. Das Recht des Besitzes.....	30
a. Besitz und Besitzarten .....	30
b. Schutz des Besitzes.....	31
c. Besitzerwerb: <i>corpus</i> und <i>animus</i> .....	33
d. Besitzverlust .....	34
3. Das Eigentum .....	36
a. Wesen und Inhalt des Eigentums.....	36
b. Die Eigentumsklage ( <i>rei vindicatio</i> ).....	36
4. Die natürlichen Arten des Eigentumserwerbs .....	38
a. Aneignung ( <i>occupatio</i> ) .....	38
b. Fruchterwerb.....	41
c. Verarbeitung ( <i>specificatio</i> ) .....	41
d. Verbindung ( <i>accessio</i> ), Vermischung ( <i>confusio</i> ), Vermengung ( <i>commixtio</i> ).....	42
5. Abgeleiteter Eigentumserwerb .....	45
a. Grundprinzipien.....	45
b. Manzipation und Abtretung vor Gericht .....	46
c. Besitzübergabe ( <i>traditio</i> ).....	47
6. Ersitzung und prätorisches Eigentum.....	48

a.	Das prätorische Eigentum und die publizianische Klage .....	48
b.	Ersitzung ( <i>usucapio</i> ).....	49
7.	Nutzniessung ( <i>ususfructus</i> ) .....	51
a.	Bestellung, Erlöschen, Schutz .....	51
b.	Befugnisse und Pflichten .....	53
c.	«Nacktes» Eigentum.....	55
d.	Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen .....	56
8.	Grunddienstbarkeiten (Servituten) .....	57
a.	Arten, Bestellung und Erlöschung.....	57
b.	Klagen.....	58
c.	Grundprinzipien.....	59
9.	Pfandrecht.....	61
a.	Arten der dinglichen Sicherheiten. Bestellung, Rechtsschutz und Löschung .....	61
b.	Formen der Pfandverwertung .....	64
c.	Mehrfache Verpfändung.....	65
<b>III.</b>	<b>Obligationenrecht .....</b>	<b>68</b>
1.	Wesen und Quellen der Obligationen.....	68
2.	Realkontrakte.....	70
a.	Die Grundlagen der Kondiktion .....	70
b.	Darlehen.....	71
c.	Andere Kondiktionsfälle.....	73
d.	Leihe und Hinterlegung .....	75
i.	Klagen und Haftung .....	75
ii.	Leihe .....	76
iii.	Hinterlegung .....	78
3.	Die Stipulationen .....	82
a.	Die Stipulationsform.....	82
b.	Der Stipulationsinhalt .....	84
c.	<i>Stipulatio alteri</i> ; bedingte und befristete Stipulation.....	86
d.	Die Stipulationshaftung .....	89
4.	Austauschverträge .....	91
a.	Konsensualkontrakte und «Treu und Glauben» .....	91
b.	Kauf .....	95
i.	Der Preis .....	95
ii.	Die Ware .....	98
iii.	Pflichten und Haftung des Verkäufers; Gefahrtragung .....	101
iv.	Sachmängelhaftung.....	104
c.	<i>Locatio conductio</i> .....	107
i.	Der Zins .....	107

---

ii.	Miete und Pacht: Haftung des <i>conductor</i> .....	108
iii.	Miete und Pacht: Haftung des <i>locator</i> .....	110
iv.	Werkvertrag .....	112
5.	Auftrag und Geschäftsführung .....	114
a.	Auftrag: Entstehung und Inhalt .....	114
b.	Auftrag: Haftung und Erlöschung .....	117
c.	Geschäftsführung ohne Auftrag.....	119
6.	Deliktsrecht.....	122
a.	Deliktobligationen: Merkmale .....	122
b.	Diebstahl ( <i>furtum</i> ).....	124
c.	Sachbeschädigung ( <i>lex Aquilia</i> ) .....	128

# I. Einleitung

## 1. Zur historischen Bedeutung des römischen Rechts

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

### Corpus iuris civilis; Bestandteile und Inhalt

<i>Institutiones</i>	Lehrbuch für das erste Studienjahr; angelehnt an Gaius' <i>Institutiones</i> .
<i>Digesta</i>	<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.
<i>Codex</i>	<i>leges</i> , d.h. Sammlung von Kaiserkonstitutionen seit Hadrian; an die Reformen während der Digestenredaktion angepasste «zweite Auflage». ( <i>repetitae praelectionis</i> ).
<i>Novellae</i>	überwiegend auf Griechisch verfasste Reform-Konstitutionen Justinians.

### Anhang: Zeittafel

#### I. Frühzeit und Republik

	Staat	Recht
753 v. Chr.	Gründung Roms	Priesterliche Rechtskunde
451 v. Chr.		Zwölftafelgesetz
367 v. Chr.		Einführung der Praetur
348 v. Chr.	2. Handelsvertrag mit Karthago	
Um 300 v. Chr.		<i>Ius Flavianum</i> (Cn. Flavius)
286 v. Chr.		<i>Lex Aquilia</i>
Ab 264 v. Chr.	1. Punischer Krieg Beginn der Expansionspolitik Einsetzen der Hellenisierung	
242 v. Chr.		<i>Praetor peregrinus</i>  Gegen Ende des 3. Jhdt. v. Chr. (204 v. Chr. (?) <i>lex Silia de legis actione</i> ; unbestimmte, aber wohl kurze Zeit später die <i>lex Calpurnia de legis actione</i> )

234-149 v. Chr.	Cato der Zensor	
161 v. Chr.	Senatsbeschluss betreffend Ausweisung griechischer Philosophen aus Rom	
155 v. Chr.	Auftreten des Karneades in Rom	
185-129 v. Chr.	P. C. Scipio Africanus minor; Scipionenkreis (u. a. Panaitios)	
89/88 v. Chr.		Bürgerrechtsverleihung an ganz Italien
67 v. Chr.		<i>Lex Cornelia de edictis</i>
66 v. Chr.		Cicero und Aquilius Gallus Praetoren
63 v. Chr.	* Oktavian  (ab 16. Januar 27 v. Chr. «Augustus»)	
48-44 v. Chr.	Diktatur Caesars	

## II. Die Zeit der Klassik (Prinzipatszeit)

	Staat	Recht
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 Julianus († unter Hadrian)
138-161 n. Chr.	Antoninus Pius	Julianus († 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

	Staat	Recht
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 I.</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

	Staat	Recht
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

<b>Um 1050</b>	<b>Wiederentdeckung der Digesten</b>
Ende des 11. bis zum 13. Jhdt.	Entstehung der europäischen Rechtswissenschaft in Italien (Bologna, Pavia, u. a.)  Die Schule der Glossatoren: Irnerius († nach 1125); Azo (†1230); Accursius († um 1260).
13.-15. Jhdt.	Postglossatoren (Kommentatoren, Konsiliatoren): Bartolus (1314-57); Baldus (1327-1400); sog. « <i>mos italicus</i> »
Bis ins 18. Jhdt.	Rezeption des römischen Rechts ( <i>ius commune</i> ) in weiten Teilen Europas
1495	Errichtung des Reichskammergerichtes
15./16. Jhdt.	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. Jhdt. bis ins 18. Jhdt.	« <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. Jhdt.	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. Darjes (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 (1704-07)).

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. Jhdt.	<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. Jhdt.	Pandektenschule («Pandektistik»): Puchta (1789-1846); Vangerow (1808-70); Windscheid (1817-92); Brinz (1820-87); Bekker und Regelsberger (beide 1827-1916); Dernburg (1829-1907). – Anfänge einer Interessenbewertung auf der Grundlage einer Zweckjurisprudenz bereits bei Jhering (1818-92). – Die Begriffs- und Systemansätze der Pandektistik werden durch 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 Aargaus 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. 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. Struktur der römischen Rechtsordnung

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

### 1 Gai. Inst. 1, 1

Alle Völker, welche durch Gesetze und Sitten geleitet werden, wenden zum Teil ihr Sonderrecht, zum Teil das gemeinsame Recht aller Menschen an. Was nämlich ein jedes Volk sich selbst als Recht gesetzt hat, ist sein eigenes Sonderrecht und heisst «Zivilrecht» (*ius civile*), sozusagen als 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*). 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.

### 2 D. 1.5.4.1 Florentin im 9. Buch seiner Institutionen

Die Sklaverei ist eine Einrichtung des Völkergemeinrechts, durch die jemand entgegen dem Naturzustand dem Eigentum eines anderen unterworfen wird.

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

Der Begriff «Recht» wird auf verschiedene Weisen verwendet: Einmal wird Recht genannt, was allezeit gerecht und gut ist, also das natürliche Recht (*ius naturale*). Zum andern, was allen oder der Mehrheit in irgendeiner Gemeinde (*civitas*) nützlich ist, das heisst Zivilrecht (*ius civile*). Ebenso wird in unserer Gemeinde das Amtsrecht (*ius honorarium*) zutreffend als Recht bezeichnet. Auch vom Prätor sagt man, dass er Recht spricht, selbst 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. (...)

### 4 D. 1.2.2.13 Pomponius im Handbüchlein

(...) es (ist) folgerichtig, dass wir uns nun über die Bezeichnung der Magistrate und deren Ursprung unterrichten, weil, wie wir dargelegt haben, das Recht erst durch diejenigen Wirksamkeit erlangt, die für die Rechtsprechung zuständig sind. Denn was nützt es, dass es Recht im Gemeinwesen gibt, wenn niemand da ist, der dem Recht zur Herrschaft verhilft? (...)

**5 D. 1.2.2.27-28 Pomponius im Handbüchlein**

(27) Und weil die Konsuln wegen der Kriege mit Nachbarvölkern die Stadt (häufig) verlassen mussten und niemand da war, der im Gemeinwesen Recht sprechen konnte, kam es dazu, dass auch ein Prätor gewählt wurde, den man Stadtprätor (*praetor urbanus*) nannte, weil er in der Stadt Recht sprach.

(28) Als dann nach einigen Jahren dieser Prätor nicht mehr genügte, weil eine grosse Zahl auch von Fremden (*peregrini*) in das Gemeinwesen kam, wurde ein weiterer Prätor gewählt, den man deshalb Fremdenprätor (*praetor peregrinus*) nannte, weil er meistens zwischen Fremden Recht sprach.

**6 Cicero, Über die Gesetze 3.2 [ca. 52 v. Chr.]**

Ihr seht also, dass es die ureigene Aufgabe eines Magistrats ist, zu leiten, und das Richtige, Nützliche und in Verbindung mit den Gesetzen vorzuschreiben. Wie nämlich die Gesetze den Magistraten, so leiten die Magistrate das Volk, und es kann ernstlich behauptet werden, dass der Magistrat sprechendes Gesetz und das Gesetz stummer Magistrat ist.

**7 D. 1.2.2.10 Pomponius im Handbüchlein**

Zur selben Zeit sprachen auch die Magistrate Recht, und damit die Bürger wussten, welches Recht der einzelne Magistrat in der jeweiligen Sache anwenden werde, und sie sich darauf einstellen konnten, veröffentlichten sie es in Edikten. Diese Edikte der Prätores begründeten das Amtsrecht (*ius honorarium*). (...)

**8 D. 1.1.7.1 Papinianus im 2. Buch der Definitionen**

Prätorisches Recht ist das Recht, das die Prätores im öffentlichen Interesse eingeführt haben, um das Zivilrecht (*ius civile*) zu unterstützen, zu ergänzen oder zu verbessern. Es wird auch als Amtsrecht/Honorarrecht (*ius honorarium*) bezeichnet, was sich von dem Ehrenamt (*honor*) des Prätors ableitet.

**9 D. 1.1.1.2 Ulpianus im 1. Buch der Institutionen**

Für dieses Studium gibt es zwei Ansatzpunkte, das öffentliche Recht und das Privatrecht. Öffentliches Recht ist das, was sich auf die Ordnung des römischen Staatswesens bezieht, Privatrecht das, was sich auf die Interessen der Einzelnen bezieht. Denn die einen Regelungen dienen dem öffentlichen, die anderen dem privaten Interesse. Das öffentliche Recht regelt den Staatskult, die Priesterschaften und die Magistraturen. Das Privatrecht besteht aus drei Teilen. Denn es setzt sich aus Vorschriften des natürlichen Rechts, des Völkergemeinrechts und des Zivilrechts zusammen.

**Vgl. Art. 1 ZGB:**

1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

### 3. Die Quellen des römischen Rechts

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

#### 10 Gai. Inst. 1, 2

Und zwar bestehen die Rechtsvorschriften des römischen Volkes aus den Gesetzen, den Plebisziten, den Senatsbeschlüssen, den Konstitutionen der Kaiser, den Edikten derjenigen, die das Recht haben, ein Edikt zu erlassen, und den Gutachten der Rechtsgelehrten.

#### 11 Inst. Just. 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.

#### 12 Livius, Römische Geschichte 3.33-34

Im Jahr 302 nach der Gründung Roms wurde die Staatsverfassung wieder geändert, da die Regierungsgewalt von den Konsuln auf die zehn Männer (*decemviri*) überging (...). Als die würdigsten nebst ihnen nahm man die drei Gesandten, die nach Athen gegangen waren, (...) weil man sich von ihrer Bekanntschaft mit fremden Gesetzen für die Abfassung der neuen Rechte Vorteile versprach. (...) In eben der Zeit (...) war die Abfassung der Gesetze in Arbeit; und als sie unter allgemein gespannter Erwartung zehn Tafeln ausgehängt hatten, beriefen sie das Gesamtvolk: (...) Als sie nun nach den Äusserungen des Volks über jeden bekannt gemachten Punkt hinlänglich berichtet schienen, so wurden auf einem Tag der Volksversammlung nach den Stimmen der Zenturien die Gesetze der zehn Tafeln bestätigt, die noch jetzt bei dieser ungeheuren Menge von nach und nach gehäuften Gesetzen die Quelle des gesamten Staats- und Zivilrechts sind. Bald hörte man allgemein sagen, dass noch zwei Tafeln fehlten: Wenn diese hinzukämen, so könne das gesamte römische Recht zu einer vollendeten Sammlung gedeihen.

#### 13 Inst. Just. 1.2.5

Ein Senatsbeschluss (*senatus consultum*) ist, was der Senat verordnet und beschliesst. Denn als das römische Volk so gross geworden war, dass es schwierig wurde, es zur Verabschiedung von Gesetzen an einem Ort zusammenzurufen, da schien es angemessen, den Senat anstelle des Volkes damit zu befassen.

#### 14 Gai. Inst. 1, 4

Ein Senatsbeschluss ist, was der Senat befiehlt und anordnet, und er steht einem Gesetz gleich, obgleich dies früher umstritten war.

#### 15 D. 1.4.1 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 Kaiser 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. Dies sind die Dinge, die wir gemeinhin Konstitutionen nennen.

(2) Von ihnen sind einige allerdings persönliche, und sie werden nicht auf ähnliche Fälle erstreckt. Denn wenn der Kaiser jemandem wegen seiner Verdienste etwas gewährt hat oder wenn er irgendeine Strafe auferlegt hat oder jemandem, ohne damit einen Präzedenzfall zu schaffen, zu Hilfe gekommen ist, dann wirkt dies über die jeweilige Person nicht hinaus.

#### 16 Gai. Inst. 1, 6

Das Recht, ein Edikt zu erlassen, haben nun die obersten Magistrate des römischen Volkes. Das am weitesten gehende Recht aber gibt es in den Edikten der zwei Prätores, des Stadtprätors und des Fremdenprätors, deren Rechtsprechungsbefugnis in den Provinzen die Provinzstatthalter haben, ferner in den Edikten der kurulischen Ädilen (...).

#### 17 Lex Irnitana § 85 [IX B, II. 28-42]

Rubrik. Dass die Magistrate in der Öffentlichkeit das Album dessen, der die Provinz verwaltet, ausstellen und nach ihm Recht sprechen. Alle Edikte oder die Klageformeln sowie Sponsionen und Stipulationen, Sicherungsversprechungen, (...) Einreden und Interdikte, die derjenige, der dieser Provinz vorsteht, in dieser Provinz öffentlich ausgestellt hat, was davon die Gerichtsbarkeit des Magistrats betrifft, der in diesem *Municipium Flavium Irnitantum* der Gerichtsbarkeit vorsteht: das alles soll er [der Magistrat] in diesem *municipium* in seiner Amtszeit täglich für den grösseren Teil des Tages öffentlich ausgestellt und so ausgehängt haben, dass es von ebener Erde richtig gelesen werden kann; und dass nach diesen Interdikten, Edikten und diesen Klageformeln, sowie Sponsionen und Stipulationen, Sicherungsversprechungen, Einreden (...) in diesem *municipium* Recht gesprochen, Prozesse eingeleitet, durchgeführt oder betrieben werden; und dass das, was nicht gegen dieses Stadtrecht geschieht, unter diesem Stadtrecht erlaubt ist, ohne Arglist zu tun.

#### 18 Cicero, An seine Freunde III 8.3-4 [51 v. Chr.]

Was ist daran denn zu tadeln? Allerdings fügst du hinzu, manche hätten den Eindruck gehabt, mein Edikt sei gleichsam bewusst darauf zugeschnitten gewesen, diese Gesandtschaften zu verhindern. Da kann ich nur sagen: nicht so sehr diejenigen scheinen mir im Unrecht zu sein, die solchen Unsinn reden, als vielmehr die, die solch unsinnigem Gerede ihr Ohr leihen. Schon in Rom habe ich mein Edikt aufgesetzt, habe hernach nichts hinzugesetzt ausser dem, was ich auf Bitten der Steuerpächter, als sie zu mir nach Samus kamen, aus deinem Edikt wortwörtlich in meines übernommen habe. Den Abschnitt über die Verminderung des Aufwandes der Gemeinden habe ich besonders gewissenhaft formuliert. In diesem Abschnitt findet sich eine Reihe neuer, für die Gemeinden heilsamer Verfügungen, auf die ich besonders stolz bin; den Passus aber, auf den sich der Verdacht gründet, ich hätte mir etwas ausgedacht, womit ich dich beleidigen könnte, habe ich übernommen (*tralaticium est*).

#### 19 C. Tanta 18 [533 n. Chr.]

(...) Denn auch Julianus, der überaus scharfsinnige Rechtsschöpfer und Begründer des ständigen Edikts (*edictum perpetuum*), hat in seinen Schriften ausgeführt, dass dann, wenn man etwas unvollkommen geregelt findet, dies von der kaiserlichen Rechtssetzung ergänzt werden soll. Aber nicht nur er allein, sondern auch der vergöttlichte Kaiser Hadrian hat bei der Neuordnung des Edikts und in dem Senatsbeschluss, der ihr folgte, in sehr klarer Weise die

Bestimmung getroffen, dass dann, wenn sich etwas im Edikt nicht geregelt findet, aufgrund der Vorschriften des Edikts und der von ihnen aus möglichen Schlussfolgerungen und Analogien neue gültige Regelungen getroffen werden können.

#### **20 D. 50.17.102.1 Ulpianus im 1. Buch zum Edikt**

Derjenige hat das Recht, eine Klage zu versagen, welcher sie auch erteilen kann.

#### **21 Cicero, II gegen Verres 2.31 [70 v. Chr.]**

Wenn aber noch jener Umstand hinzukommt, dass der Prätor ein Verfahren unter solchen Bestimmungen gewährt, dass selbst ein in Rechtskenntnis und Pflichtbewusstsein gleichermassen bedeutender Mann wie Lucius Octavius Balbus als Richter nicht anders urteilen kann – wenn es z.B. heisst: «Lucius Octavius soll Richter sein. Wenn es sich herausstellt, dass der Acker im Gebiete von Capena, um den es sich handelt, nach quiritischem Recht dem Publius Servilius gehört, und derselbe dem Quintus Catulus nicht zurückerstattet wird» – in diesem Falle muss der Richter Lucius Octavius entweder den Publius Servilius zwingen, das Stück Land an Quintus Catulus zurückzuerstatten oder aber jemanden verurteilen, den er nicht verurteilen darf. In dieser Weise war das ganze prätorische Recht (*ius praetorium*), das gesamte Gerichtswesen in Sizilien drei Jahre lang beschaffen, nämlich solange Verres Prätor war; seine Dekrete lauteten etwa so: «Wenn er nicht annimmt, was du ihm schuldig zu sein behauptest, so klag' ihn an; wenn er Ansprüche an dich stellt, lass ihn vorladen.»

#### **22 TPSulp 31 = TP 34 = TPN 29 (52 d. C.)**

Caius Blossius Celadus soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass Caius Marcius Saturninus dem Caius Sulpicius Cinnamus 6000 Sesterzen zu zahlen verpflichtet ist, der Betrag, um den es sich handelt, dann verurteile, Richter Gaius Blossius Celadus, den Gaius Marcius Saturninus, 6000 Sesterzen dem Gaius Sulpicius Cinnamus zu zahlen. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

#### **23 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 höchst angemessen, 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.

#### **24 Cicero, Über den Redner 1.48.212**

Wenn aber gefragt würde, wer denn wahrhaftig ein Rechtsgelehrter genannt werden könne, würde ich den Mann nennen, der die Gesetze und das Herkommen, nach denen sich Privatpersonen im Staat richten, kennt, um Rechtsgutachten zu erteilen (*respondere*), verfahrensrechtliche Beratung zu geben (*agere*) und bei der Abfassung von Rechtsgeschäften zu begleiten (*cavere*); aus diesem Kreis würde ich den Sextus Aelius, Manius Manilius und Publius Mucius nennen.

**25 D. 1.2.2.12 Pomponius im Handbüchlein**

In unserem Gemeinwesen wird daher entweder nach dem [geschriebenen] Recht entschieden, das heisst nach dem Gesetz, oder es gilt das eigentliche Zivilrecht, das als ungeschriebenes Recht allein auf der Auslegung der Rechtsgelehrten beruht (...)

**26 D. 1.2.2.38 Pomponius im Handbüchlein**

(...) Den Sextus Aelius pries auch Ennius, und von ihm gibt es ein Buch mit dem Titel «Dreigeteiltes» (Tripartita), ein Buch, das gleichsam die Anfangsgründe des Rechts enthält. Dreigeteilt heisst es, weil das Zwölftafelgesetz vorangestellt ist, die Auslegung sich anschliesst und darauf die gesetzlichen Klagformeln folgen. (...)

**4. Personenrecht****a. Freie und Sklaven**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 5 I; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 25

**27 Gai. Inst. 1, 9**

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

**28 Inst. Just. 1.3.4**

Sklave ist man aber entweder von Geburt an oder man wird es später. Von Geburt an sind Sklaven diejenigen, die von unseren Sklavinnen geboren werden; später wird man Sklave entweder nach Völkergemeinrecht (*ius gentium*), das heisst durch Kriegsgefangenschaft, oder nach Zivilrecht (*ius civile*), nämlich dann, wenn ein freier Mann, der über zwanzig Jahre alt ist, sich selbst verkaufen lässt, um am Kaufpreis teilzuhaben. In der rechtlichen Lage der Sklaven gibt es keine Unterschiede.

**29 D. 28.1.8.4 Gaius im 17. Buch zum Provinzialesdikt**

Diejenigen aber, die zum Tod durch Enthauptung oder zum Tierkampf oder die zur Bergwerksstrafe verurteilt werden, verlieren ihre Freiheit, und ihr Vermögen wird eingezogen. Daraus erhellt, dass sie die Testamentsfähigkeit verlieren.

**30 D. 50.17.32 Ulpianus im 43. Buch zu Sabinus**

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

**31 Gai. Inst. 1, 53**

Aber heutzutage dürfen weder römische Bürger noch irgendwelche anderen Menschen, die unter der Herrschaft des römischen Volkes leben, ihre Sklaven über das Mass hinaus und ohne Grund misshandeln; denn eine Konstitution des hochverehrten Kaisers Antoninus befiehlt, dass derjenige, der ohne Grund seinen eigenen Sklaven getötet hat, ebenso strafbar ist wie derjenige, der einen fremden Sklaven getötet hat. Aber auch eine allzu grosse Strenge der Herren wird durch eine Konstitution desselben Kaisers gezügelt: Als er nämlich von manchen Provinzstatthaltern wegen solcher Sklaven, die sich zu Götterhainen oder Kaiserstatuen flüchteten, um Rat gefragt wurde, befahl er, dass die Herren gezwungen werden sollten, ihre Sklaven zu verkaufen, wenn man ihre Grausamkeit als unerträglich ansehe. Und beides

geschieht zu Recht, denn wir dürfen unser Recht nicht missbrauchen; aus dieser Überlegung heraus wird auch den Verschwendern die Verwaltung ihres Vermögens untersagt.

**32 Gai. Inst. 1, 52**

In Gewalt (*potestas*) stehen nun die Sklaven der Herren; diese Gewalt ist allerdings ein Rechtsinstitut des Völkergemeinrechtes, 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 Herr erworben.

**33 D. 4.5.3.1 Paulus im 11. Buch zum Edikt**

(...) jemand, der Sklave ist, hat überhaupt kein Recht (...).

**34 D. 50.17.107 Gaius im 1. Buch zum Provinzialedikt**

Gegen einen Sklaven findet keine Klage statt.

**35 D. 15.1.5.4 Ulpianus im 29. Buch zum Edikt**

Tubero definiert jedoch das Sondergut (*peculium*), wie Celsus im 6. Buch seiner Digesten berichtet, als das, was ein Sklave mit Erlaubnis seines Eigentümers getrennt von dessen Buchhaltung verwaltet, abzüglich dessen, was er dem Eigentümer schuldet.

**36 D. 15.1.7.4 Ulpianus im 29. Buch zum Edikt**

Zu einem Sondergut (*peculium*) können alle Sachen gehören, sowohl bewegliche Sachen als auch Grundstücke. Auch Untersklaven (*vicarii*), sowie deren Sondergut kann man als Sondergut haben, ebenso Schuldforderungen.

**37 D. 15.1.7.6 Ulpianus im 29. Buch zum Edikt**

Aber auch das, was der Herr ihm schuldet, hat der Sklave als Sondergut (*peculium*), etwa wenn er etwas zugunsten des [buchhalterisch erfassten] Vermögens des Herrn aufgewendet hat und der Herr ihm Schuldner bleiben wollte, oder wenn der Herr den Schuldner des Sklaven in Anspruch genommen hat. (...)

**38 D. 15.1.41 Ulpianus im 43. Buch zu Sabinus**

Weder kann ein Sklave etwas «schulden» noch kann einem Sklaven etwas «geschuldet» werden; vielmehr bezeichnen wir, wenn wir das Wort «schulden» hier in uneigentlichen Sinn gebrauchen, mehr ein tatsächliches Verhältnis und meinen nicht eine Verbindlichkeit des Zivilrechts. Daher klagt der Herr von Dritten mit Recht ein, was dem Sklaven geschuldet wird. In Bezug auf das, was der Sklave schuldet, wird eine Klage gegen [den Herrn mit Beschränkung auf] das Sondergut gegeben und, wenn etwas dem Vermögen des Eigentümers zugewendet worden ist, insoweit eine Klage gegen den Eigentümer.

**39 Epit. Ulp. 1, 6**

Diejenigen Freigelassenen, die gesetzmässig freigelassen wurden, d.h. durch Stabverleihung, Zensusanmeldung oder Testament, sind römische Bürger, sofern kein rechtliches Hindernis besteht.

**40 Gai. Inst. 1, 17**

Denn einer, in dessen Person diese drei Voraussetzungen zusammentreffen, dass er älter als 30 Jahre ist, dass er aus dem quiritischen Eigentum und dass er durch recht- und gesetzmässige Freilassung die Freiheit erhält, das heisst durch Stab, durch Eintragung in die Bürgerliste oder

durch Testament, wird römischer Bürger; fehlt aber nur eine dieser Voraussetzungen, so wird er Latiner.

**41 D. 40.8.2 Modestinus, im 6. Buch der Rechtsregeln**

Dem Sklaven, der wegen einer schweren Krankheit seinen Herrn verlassen hat, steht in Folge eines Edikts des vergöttlichten Claudius die Freiheit zu.

**42 D. 40.4.33 Paulus im 12. Buch der Rechtsfragen**

Die Freiheit kann nicht auf eine Zeit befristet erteilt werden.

**43 D. 40.4.34 Paulus im 74. Buch zum Edikt**

Und darum ist, wenn so geschrieben sein sollte, «Stichus soll auf zehn Jahre frei sein», der Zusatz der Zeit ohne Wirkung.

**44 D. 40.1.4pr.-1 Ulpianus im 6. Buch der Erörterungen**

(pr.) Derjenige, der mit seinem eigenen Geld gekauft wird, wird nach einem Briefe der vergöttlichten Brüder an den Urbicus Maximus in die Lage versetzt, dass er die Freiheit erlangt.

(1) Zuerst scheint er nur uneigentlich «ein mit seinem eigenen Geld Gekaufter» genannt zu werden, da ein Sklave kein eigenes Geld haben kann; aber wenn man ein Auge zudrückt, so ist anzunehmen, dass ein [Sklave] dann mit seinem eigenen Geld gekauft worden ist, wenn er nicht mit dem Geld desjenigen, der ihn kauft, erworben wird. Mag er sonach [mit Geld] aus dem Sondergut (*peculium*), das dem Verkäufer gehört, oder mithilfe eines ihm von aussen zugeflossenen Vorteils oder auch durch die Wohltat oder die Freigebigkeit eines Freundes (...) gekauft sein, so muss man annehmen, dass er mit seinem eigenen Geld gekauft sei (...).

**45 D. 37.14.1 Ulpianus im 9. Buch über das Amt des Prokonsuls**

Die Beschwerden der Freilasser über ihre Freigelassenen müssen die Statthalter anhören, und dürfen sie nicht nachlässig verfolgen, weil sie es nicht ungestraft geschehen lassen dürfen, dass sich ein Freigelassener undankbar verhält. Verhält sich ein Freigelassener gegenüber seinem Freilasser oder seiner Freilasserin oder deren Kinder nicht so, wie es seine Pflicht ist, so muss er verbal unter der Androhung von zukünftiger Strenge, sofern er wieder Grund zu Beschwerde geben werde, zur Ordnung gerufen werden und dann entlassen werden. Hat er ihnen aber eine Injurie angetan, oder sie beschimpft, so darf er auch mit einer zeitlichen Ausweisung belegt werden. Hat er Hand an sie gelegt, so muss er zu Bergwerksarbeit verurteilt werden. Nicht minder dann, wenn er ihnen Verleumdungen nachgesagt, einen Denunzianten aufgestellt, oder sonst etwas gegen sie angezettelt hat.

**Vgl. Art. 11 ZGB**

1 Rechtsfähig ist jedermann.

2 Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

**b. Familie und Hausgewalt: Gewaltunterworfenheit der Hauskinder**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 65f. KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 22

**46 Gai. Inst. 1, 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, das er für diejenigen erlassen hat, welche für sich und für ihre Kinder das römische Bürgerrecht von ihm erbat. (...)

**47 D. 1.6.4 Ulpianus im 1. Buch der Institutionen**

Denn von den römischen Bürgern sind einige «Hausväter», andere «Haussöhne», einige «Hausmütter», andere «Haustöchter». Hausvater ist, wer gewaltfrei ist, gleich ob mündig oder unmündig; in gleicher Weise verhält es sich mit den Hausmüttern. Haussöhne und Haustöchter sind diejenigen, die in der Gewalt eines anderen stehen. Denn wer mir und meiner Ehefrau geboren wird, steht in meiner Gewalt, ebenso wer meinem Sohn und dessen Ehefrau geboren wird, das heisst, dass mein Enkel und meine Enkelin gleichfalls in meiner Gewalt stehen, sowie ein Urenkel und eine Urenkelin und dann folgend die übrigen.

**48 Inst. Just. 1.12.4**

Wird ein Haussohn Soldat oder wird er Senator oder Konsul, verbleibt er in der väterlichen Gewalt. (...)

**49 Epit. Ulp. 10, 2**

Mit dem Tod des Vaters werden Sohn und Tochter gewaltfrei. Mit dem Tod des Grossvaters aber werden die Enkel nur dann gewaltfrei, wenn sie nach dessen Tod nicht in die Gewalt des Vaters fallen, wie zum Beispiel, wenn beim Tod des Grossvaters ihr Vater entweder schon gestorben oder aus der Gewalt entlassen worden ist. Denn wenn ihr Vater beim Tod des Grossvaters in dessen Gewalt ist, so gelangen sie beim Tod des Grossvaters in die Gewalt ihres Vaters.

**50 C. 8.46.10 [232 n. Chr.]**

*Kaiser Constantinus Augustus an Maximus, Präfekt der Stadt:* Die Alten gaben so viel auf die Freiheit, dass es nicht erlaubt war, den Vätern, denen einst das Recht über das Leben gegenüber ihren Kindern und die Macht über den Tod (*ius vitae necisque*) gestattet worden war, die Freiheit zu entziehen. *Gegeben zu Thessaloniki, am 15. Tag vor den Juni-Kalenden, unter den Konsuln Severus und Rufinus.*

**51 C. 8.46.3 [227 n. Chr.]**

*Kaiser Alexander Severus Augustus an Artemidorus.* Wenn sich dein Sohn in deiner Gewalt befindet, so hat er die für dich erworbenen Gegenstände nicht veräussern können. Wenn er das einem Vater geschuldete pflichtgemässe Verhalten nicht erkennen lässt, so wirst du nicht daran gehindert, ihn mit dem Recht deiner väterlichen Gewalt zurechtzuweisen, indem du ein strengeres Gegenmittel anwendest, wenn er in vergleichbarer Widerspenstigkeit verharret, und indem du ihn dem Provinzstatthalter übergibst, damit er das Urteil spricht, das auch du so gewollt hättest. *Ausgehängt am 5. Tag vor den Dezember-Iden unter den Konsuln Albinus und Maximus.*

**52 Gai. Inst. 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.

**53 D. 44.7.39 Gaius im 3. Buch zum Provinzialedikt**

Ein Haussohn kann in allen Fällen wie ein Hausvater verpflichtet werden, und daher kann auch gegen ihn wie gegen einen Hausvater Klage erhoben werden.

**54 D. 1.7.28 Gaius im 1. Buch der Institutionen**

Wer einen Sohn und durch ihn einen Enkel in seiner väterlichen Gewalt hat, dem steht es frei, zwar den Sohn aus der Gewalt zu entlassen, den Enkel aber in der Gewalt zu behalten, oder umgekehrt zwar den Sohn in der väterlichen Gewalt zu behalten, den Enkel daraus aber zu entlassen, oder sie allesamt gewaltfrei zu machen. Dasselbe versteht sich auch für den Urenkel.

**55 D. 1.7.31 Marcianus im 5. Buch der Rechtsregeln**

Ein Sohn, der in der Gewalt seines Vaters steht, kann diesen in keiner Weise dazu zwingen, ihn aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, gleichgültig ob er ein leiblicher oder ein adoptierter Sohn ist.

**56 Gai. Inst. 1, 162-163**

(162) Die kleinste Statusänderung (*capitis deminutio*) ist es, wenn jemand sowohl Bürgerrecht als auch Freiheit behält, aber eine Änderung der persönlichen Rechtsstellung erfährt; dies kommt bei denjenigen vor, die adoptiert werden, ferner bei denjenigen (...), die durch Manzipation freigelassen werden. (...)

(163) Das agnatische Verwandtschaftsrecht wird nicht nur durch die grösseren Statusänderungen aufgehoben, sondern auch durch die kleinste, und daher kann, wenn ein Vater eines von zwei Kindern emanzipiert hat, keines von beiden nach seinem Tode Vormund des anderen aufgrund des agnatischen Verwandtschaftsrechtes sein.

Vgl. Art. 31 ZGB

1 Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode. (...)

**c. Handlungsfähigkeit. Stellung der Frau**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 8, 67; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 24, 73f.

**57 D. 1.5.9 Papinianus im 31. Buch der Rechtsfragen**

In vielen Bestimmungen unseres Rechts ist die Rechtsstellung der Frauen schlechter als die der Männer.

**58 D. 50.17.2pr. Ulpianus im 1. Buch zu Sabinus**

Die Frauen sind von allen privaten und öffentlichen Ämtern ausgeschlossen, und darum können sie weder Richter sein noch eine Magistratur innehaben noch gerichtliche Anträge einreichen (...).

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

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

**60 Livius, Römische Geschichte 34.2.1**

Nach dem Willen unserer Vorfahren sollten Frauen keine einzige, selbst keine Privatsache ohne Vormund führen. (...)

**61 Gai. Inst. 1, 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 ab, und er wird auch oft vom Prätor gegen seinen Willen zur Zustimmung gezwungen.

**62 D 50.16.239pr. Pomponius im Handbüchlein**

Ein Mündel ist derjenige, der, während er noch unmündig ist, entweder durch den Tod seines Vaters oder durch Emanzipation aufgehört hat, in der väterlichen Gewalt zu sein.

**63 Gai. Inst. 1, 189**

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.

**64 Inst. Just. 1, 21pr.**

In einigen Fällen bedürfen Mündel der förmlichen Zustimmung des Vormunds, in anderen nicht. Lassen beispielsweise Mündel sich versprechen, dass ihnen etwas zum Eigentum gegeben wird, ist die förmliche Zustimmung des Vormunds nicht erforderlich. Denn es hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass sie ihre Rechtslage auch ohne förmliche Zustimmung des Vormunds verbessern können, verschlechtern aber nur mit förmlicher Zustimmung des Vormunds. Wenn deshalb in den Fällen, in denen wechselseitige Verbindlichkeiten entstehen, wie bei Kauf, bei Miete, bei Pacht, Dienst- und Werkvertrag, bei Auftrag und Hinterlegung, eine förmliche Zustimmung des Vormunds nicht erteilt wird, werden zwar diejenigen, die mit dem Mündel abschliessen, verpflichtet, die Mündel ihrerseits jedoch nicht.

**65 D. 50.17.5 Paulus im 2. Buch zu Sabinus**

Man hat die rechtliche Situation der Geisteskranken beim Kontrahieren von Rechtsgeschäften für eine andere gehalten, als die derjenigen [Kindern], die schon sprechen können, obwohl sie noch keine Einsicht in die Bedeutung der Sache haben. Denn ein Geisteskranker kann kein

Geschäft kontrahieren, ein Unmündiger aber kann jedes Geschäft mit der Ermächtigung des Vormunds eingehen.

**Vgl. Art. 12 bis 19 ZGB**

Art. 12

Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

Art. 13

Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer volljährig und urteilsfähig ist.

Art. 14

Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat.

Art. 16

Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Art. 17

Handlungsunfähig sind urteilsunfähige Personen, Minderjährige sowie Personen unter umfassender Beistandschaft.

Art. 18

Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen.

Art. 19

1 Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben.

2 Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, sowie geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens zu besorgen.

## II. Sachenrecht

### 1. Die Sachen

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 14, KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 28

#### a. Begriff und Arten der Sachen

##### 66 Gai. Inst. 2, 2-4

(2) Somit erfolgt die oberste Einteilung der Sachen durch Rückführung in zwei Gruppen: Die einen fallen nämlich unter das göttliche Recht (*divini iuris*), die anderen unter das menschliche Recht (*humani iuris*).

(3) Unter das göttliche Recht fallen zum Beispiel die heiligen (*sacrae*) und die religiösen (*religiosae*) Sachen.

(4) Die heiligen sind die, die den himmlischen Göttern geheiligt worden sind; die religiösen sind die, die den Totengöttern überlassen worden sind.

##### 67 Gai. Inst. 2, 10-11

(10) Diejenigen Sachen aber, die unter das menschliche Recht fallen, sind entweder öffentliche oder private.

(11) Die öffentlichen Sachen (*res publicae*) gehören ersichtlich zu niemandes Vermögen, und man nimmt an, dass sie der Allgemeinheit selbst gehören. Private Sachen (*res privatae*) sind solche, die einzelnen Menschen gehören.

##### 68 D. 1.8.2pr.-1 Marcianus im 3. Buch der Institutionen

(pr.) Manche Sachen stehen nach natürlichem Recht allen gemeinsam zu (*communes omnium*), manche einer Allgemeinheit, manche niemandem; die meisten Sachen aber gehören einzelnen Menschen und der einzelne erwirbt sie aus unterschiedlichen Gründen.

(1) Die folgenden Sachen nun stehen nach natürlichem Recht allen gemeinsam zu: die Luft, das fließende Wasser, das Meer und damit auch der Meeresstrand.

##### 69 D. 1.8.4pr.-1 Marcianus im 3. Buch der Institutionen

(pr.) Niemandem ist folglich der Zugang zum Meeresstrand verwehrt, wenn er dort fischen will, solange er sich von Landhäusern, sonstigen Gebäuden und Denkmälern fernhält, weil diese nicht dem Völkergemeinrecht unterliegen; so verhält es sich auch beim Meer. Und so hat der vergöttlichte Kaiser Antoninus Pius die Fischer von Formiae und Capua in einem Reskript beschieden.

(1) Fast alle Flüsse und Häfen aber sind öffentlich.

##### 70 Gai. Inst. 2, 12-14

(12) Ausserdem sind manche Sachen körperliche, manche aber unkörperliche.

(13) Körperliche Sachen sind diejenigen, die berührt werden können, wie zum Beispiel ein Grundstück, ein Mensch, ein Kleidungsstück, Gold, Silber und schliesslich zahllose andere Sachen.

(14) Unkörperliche Sachen sind diejenigen, die nicht berührt werden können, wie die sind, die in einem Recht bestehen, wie zum Beispiel eine Erbschaft, eine Nutzniessung und auf alle möglichen Weisen eingegangene Verpflichtungen. Es tut auch nichts zur Sache, dass in einer Erbschaft körperliche Sachen enthalten sind, dass Früchte, die aus einem Grundstück gewonnen werden, körperlich sind, und dass das, was uns aus irgendeiner Verpflichtung geschuldet wird, meistens körperlich ist, wie zum Beispiel ein Grundstück, ein Sklave oder Geld; denn das Erbrecht als solches, die Nutzniessung als solche und das Forderungsrecht als solches sind unkörperlich. (...)

#### 71 Epit. Ulp. 19, 1

Alle Sachen sind entweder Manzipiumsachen (*res mancipi*) oder Nicht-Manzipiumsachen (*res nec mancipi*). Unter die Manzipiumsachen fallen italische Grundstücke, und zwar sowohl ländliche, wie ein Landgut, als auch städtische, wie ein Wohnhaus; ebenso die Feldservituten, wie z.B. das Recht, über ein fremdes Grundstück zu gehen, zu fahren, Vieh zu treiben oder darüber Wasser zu leiten. Desgleichen fallen unter die Manzipiumsachen die Sklaven und zahme, vierfüssige Last- und Zugtiere, wie Rinder, Maultiere, Pferde und Esel. Alle übrigen Sachen sind Nicht-Manzipiumsachen. Elefanten und Kamele zählen, obwohl sie auch zum Tragen und Ziehen verwendet werden können, zu den Nicht-Manzipiumsachen, weil sie wilde Tiere sind.

#### 72 Gai. Inst. 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 Zuwägen mit der Absicht hin, dass sie zum 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.

### b. Gesamtsache, Sachgesamtheit, Zubehör

#### 73 D. 41.3.30pr. Pomponius im 30. Buch zu Sabinus

Ob eine Vermischung (verschiedener) Gegenstände die vorangegangene Ersitzung eines jeden (einzelnen) unterbreche, ist die Frage. Es gibt drei Arten von Körpern, erstens diejenigen, die aus einem Ganzen bestehen, griechisch *henômenon* (einheitlich), wie ein Sklave, ein Balken, ein Stein und dergleichen mehr; zweitens diejenigen, die aus zusammengesetzten (*ex contingentibus*), d.h. aus mehreren aneinanderhängenden Elementen bestehen, und drittens diejenigen, die aus verschiedenen einzelnen Gliedern bestehen (*ex distantibus*), wie mehrere, nicht voneinander für sich bestehende, sondern unter einem Namen begriffene Körper, zum Beispiel ein Volk, eine Legion, eine Herde. Die erste Art kann rücksichtlich der Ersitzung zu keinen Fragen weiter Veranlassung geben, wohl aber die zweite und die dritte.

#### 74 Plutarch, Theseus 23.1

Das Schiff, auf dem Theseus mit den Jünglingen segelte und in Sicherheit zurückkehrte, die dreissigarmige Galeere, wurde von den Athenern bis in die Zeit des Demetrius Phalereus erhalten. Sie entfernten von Zeit zu Zeit die alten Balken und setzten neue und gesunde an ihre Stelle, so dass das Schiff für die Philosophen zu einer ständigen Illustration in der Frage des Wachstums wurde; einige erklärten, es sei dasselbe geblieben, andere, es sei nicht dasselbe.

**75 D. 5.1.76 Alfenus im 6. Buch seiner Digesten**

Es wurde vorgetragen, dass in einem Rechtsstreit nach Beginn der Verhandlungen von mehreren Richtern, die in derselben Rechtssache bestellt waren, einige entschuldigt und an ihre Stelle andere in das Gericht aufgenommen worden waren, und es wurde gefragt, ob der Austausch einzelner Richter diese Rechtssache unberührt gelassen oder zu einem anderen Verfahren gemacht hat. Ich habe gutachtlich entschieden, dass nicht nur dann, wenn der eine oder andere, sondern selbst dann, wenn alle Richter ausgetauscht worden sind, sowohl die Rechtssache dieselbe als auch das Gericht dasselble bleibe, das es vorher gewesen ist. Und es kommt nicht nur in diesem Fall vor, sondern auch in vielen anderen Fällen, dass eine Sache auch bei Veränderung ihrer Teile als dieselbe angesehen wird. Denn man hält auch eine Legion für dieselbe, von der viele Legionäre gefallen und an deren Stelle andere getreten sind. Und ein Volk wird zum jetzigen Zeitpunkt für dasselbe gehalten, das es vor hundert Jahren gewesen ist, auch wenn von den Menschen damals heute niemand mehr lebt. Und ebenso wird ein Schiff, mag es auch so häufig ausgebessert worden sein, dass keine Planke daran ist, die nicht neu wäre, nichtsdestoweniger als dasselbe Schiff angesehen. Wenn also jemand meinen sollte, dass durch den Austausch der Teile eine andere Sache entsteht, würde daraus folgen, dass aus demselben Grund selbst wir nicht dieselben wären, die wir vor einem Jahr gewesen sind, weil wir, wie die Philosophen sagen würden, aus unendlich kleinen Teilen bestehen, die täglich unseren Körper verlassen, während andere von aussen an ihre Stelle treten. Wenn daher die Gestalt einer Sache als dieselbe bestehen bleibt, muss sie auch als dieselbe Sache angesehen werden.

**76 D. 19.1.17 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

(pr.) Zum Grundstück gehört nur, was kraft fester Verbindung mit dem Erdboden besteht. Dagegen gehören, wie man nicht verkennen darf, zum Haus viele Dinge, die mit dem Haus nicht verbunden sind, zum Beispiel Querbalken [zum Verschliessen], Schlüssel und Riegel. Viele Dinge sind sogar eingegraben und werden dennoch nicht als Teil des Grundstücks oder des Gutshauses angesehen, zum Beispiel zur Kelter dienende Weingefässe, da diese Gegenstände mehr zum Zugehör gehören, auch wenn sie mit dem Gebäude verbunden sind.

(1) Aber auch der Wein und andere Früchte gehören, wie feststeht, nicht zum Gutshaus. (...)

(7) Labeo formuliert als Grundsatz, dass alles, was zum dauernden Gebrauch im Gebäude ist, zum Gebäude gehört, nicht dagegen das, was nur zu einem vorübergehenden Zweck im Gebäude ist; zum Beispiel gehören Wasserröhren, die nur zeitweise verlegt worden sind, nicht zum Gebäude; wenn sie aber auf Dauer verlegt worden sind, gehören sie zum Gebäude. (...)

(10) Sachen, die vom Gebäude abgelöst worden sind, um wieder angefügt zu werden, gehören zum Gebäude; dagegen gehören Sachen, die angeschafft worden sind, um eingebaut zu werden, nicht zum Gebäude.

**c. Früchte****77 D. 7.1.9pr.; 2 Ulpianus im 17. Buch zu Sabinus**

(pr) Ferner gehört, wenn eine Nutzniessung an einem Landgut vermacht ist, zu den Früchten des Landguts alles, was das Gut hervorbringt, und alles, was aus ihm gewonnen werden kann (...)

(2) Gibt es dort Steinvorkommen und will er Steine brechen oder gibt es Kreidegruben oder Sand, so soll er, wie Sabinus sagt, von all dem wie ein redlicher Hausvater Gebrauch machen; diese Ansicht halte ich für richtig.

#### **78 D. 22.1.28 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

(pr.) Zu den Früchten des Viehs gehören auch die Tierjungen, genauso wie die Milch, das Haar und die Wolle. Daher erwerben die gutgläubigen Besitzer und Nutzniesser an den Lämmern, Böcklein und Kälbern sofort das volle Eigentumsrecht.

(1) Das Kind der Sklavin zählt dagegen nicht zu den Früchten, und daher gehört es dem Inhaber des Eigentums. Denn es wurde für widersinnig gehalten, dass ein Mensch zu den Früchten zähle, da doch die Natur alle Früchte gerade für die Menschen geschaffen hat.

#### **79 D. 5.3.29 Ulpianus im 15. Buch zum Edikt**

Die Pachtzinsen, die man von den Pächtern empfängt, gelten selbstverständlich als Früchte. Auch die Arbeitsleistungen der Sklaven stehen rechtlich den Pachtzinsen gleich, ebenso die Frachtgelder bei Schiffen und Lasttieren.

#### **80 D. 50.16.121 Pomponius im 6. Buch zu Q. Mucius**

Die von Geld gezogenen Zinsen gehören nicht zu den Früchten, weil sie nicht aus der Sache selbst, sondern aus einem anderen Rechtsgrund, das heisst einer neuen Verbindlichkeit, [herrühren].

#### **Vgl. Art. 642-644 ZGB**

##### **Art. 642**

- 1 Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Eigentum an allen ihren Bestandteilen.
- 2 Bestandteil einer Sache ist alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann.

##### **Art. 643**

- 1 Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Eigentum auch an ihren natürlichen Früchten.
- 2 Natürliche Früchte sind die zeitlich wiederkehrenden Erzeugnisse und die Erträge, die nach der üblichen Auffassung von einer Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen werden.
- 3 Bis zur Trennung sind die natürlichen Früchte Bestandteil der Sache.

##### **Art. 644**

- 1 Die Verfügung über eine Sache bezieht sich, wenn keine Ausnahme gemacht wird, auch auf ihre Zugehör.
- 2 Zugehör sind die beweglichen Sachen, die nach der am Orte üblichen Auffassung oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in der sie ihr zu dienen haben.
- 3 Ist eine Sache Zugehör, so vermag eine vorübergehende Trennung von der Hauptsache ihr diese Eigenschaft nicht zu nehmen.

## 2. Das Recht des Besitzes

### a. Besitz und Besitzarten

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 15 I-III, KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 29

#### 81 D. 41.2.12.1 Ulpianus im 70. Buch zum Edikt

Das Eigentum hat mit dem Besitz nichts gemein, und darum wird demjenigen das Interdikt «wie ihr besitzt» (*uti possidetis*) nicht verweigert, der bereits eine Sache mit der Eigentumsklage (*rei vindicatio*) für sich beansprucht, denn wer eine Sache mit der Eigentumsklage in Anspruch genommen hat, scheint nicht auf den Besitz verzichtet zu haben.

#### 82 D. 43.17.1.2 Ulpianus im 69. Buch zum Edikt

Der Grund für dieses Interdikts war der, dass der Besitz von Eigentum getrennt (gedacht) werden muss; denn es kann der Fall eintreten, dass der eine Besitzer und Nichteigentümer ist, und der andere zwar Eigentümer aber nicht Besitzer; freilich kann auch der Besitzer zugleich Eigentümer sein.

#### 83 D. 41.2.49.1 Papinianus im 2. Buch der Definitionen

Wer sich fremder Gewalt befindet, kann eine Sache in seinem Sondergut (*peculium*) haben. Als Eigentümer innehaben und besitzen kann er sie nicht, weil der Besitz nicht nur etwas Körperliches ist, sondern auch etwas Rechtliches.

#### 84 Gai. Inst. 4, 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 ein Mieter. Auch nimmt man an, dass ich in eigener Person vermittelt derjenigen besitze, bei denen ich etwas zur Hinterlegung gegeben habe oder denen ich etwas geliehen habe oder denen ich unentgeltlich eine Wohnung gewährt habe; Und das bedeutet, was man gemeinhin sagt, dass man den Besitz durch jeden beliebigen behalten kann, der für einen den Besitz innehat. (...)

#### 85 D. 43.26.15.4 Pomponius im 29. Buch zu Sabinus

Dass derjenige, der im Wege der Bittleihe (*precarium*) um die Erlaubnis zum Besitz nachgesucht hat, den Besitz erlangt, ist ohne Zweifel. Ob auch der darum Gebetene den Besitz hat, ist bezweifelt worden. Hingegen hat man angenommen, dass (zum Beispiel) der Sklave, der in Bittleihe gegeben wird, von beiden besessen wird: von dem, der darum gebeten hat, weil er ihn körperlich besitzt, und vom Herrn, weil er den Willen, zu besitzen, nicht aufgegeben hat.

#### 86 D. 41.3.16 Javolen im 4. Buch zu Plautius

(...) der Verpfänder hat nur Ersitzungsbesitz. In jeder anderen Beziehung ist aber der Empfänger [des Pfandes] Besitzer (...).

**b. Schutz des Besitzes**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 15 IV, KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 31

**87 Gai. Inst. 4, 138-141**

(138) Schliesslich müssen wir noch die Interdikte betrachten.

(139) Also in ganz bestimmten Fällen schreitet der Prätor oder der Prokonsul unmittelbar mit seinem Ansehen zur Beendigung von Streitfällen ein. Dies tut er besonders dann, wenn unter mehreren Personen um Besitz oder Besitzähnliches gestritten wird; im Allgemeinen befiehlt er, etwas zu tun oder verbietet, etwas zu tun. Und dabei heissen die Formeln und die vorformulierten Bestimmungen, die er dabei benutzt Interdikte oder Dekrete.

(140) Und zwar heissen sie Dekrete, wenn er etwas zu tun befiehlt, zum Beispiel, wenn er anordnet, dass etwas (dem Magistraten) vorgelegt oder (zugunsten der Gegenpartei) herausgegeben werde; Interdikte hingegen, wenn er etwas zu tun verbietet, zum Beispiel, wenn er anordnet, dass gegen einen fehlerfrei Besitzenden keine Gewalt gebraucht werden dürfe (...). Daher werden alle Interdikte entweder als restitutorisch («auf Wiederherstellung gerichtet») oder exhibitorisch («auf Vorlage gerichtet») oder prohibitorisch («auf Verbot gerichtet») bezeichnet.

(141) Aber trotzdem gelangt seine Tätigkeit nicht schon dadurch zu Ende, dass er etwas zu tun befiehlt oder verbietet, vielmehr geht man vor den Richter oder vor die Geschworenen, und dort wird nach der edierten Klageformel untersucht, ob etwas unter Verstoss gegen das Edikt des Prätors getan worden oder nicht getan worden ist, was er zu tun befohlen hatte. (...)

**88 Gai. Inst. 4, 149-152**

(149) Das Interdikt «Wie ihr besitzt» (*uti possidetis*) wird für den Besitz eines Grundstücks oder Gebäudes erteilt, [das Interdikt] «bei welchem von euch» (*utrubi*) hingegen, für den Besitz beweglicher Sachen.

(150) Und wenn für ein Grundstück oder ein Haus ein Interdikt erlassen wird, so lässt der Prätor denjenigen besser berechtigt sein, der zur Zeit des Erlasses des Interdikts 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 des Interdikts hervor.

(151) Hingegen nützt beim Interdikt «bei welchem von euch» (*utrubi*) 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 dieses Interdikt siegt. (...) Aber auch wenn jemand fehlerhaften Besitz hat, das heisst den Besitz entweder gewaltsam oder heimlich oder aufgrund einer Bittleihe (*precarium*) 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 diesem Interdikt nichts nützt, da es sich um den Besitz in einem anderen Jahr handelt.

**89 D. 43.17.1pr. Ulpianus im 69. Buch zum Edikt: Interdikt «Wie Ihr besitzt» (*uti possidetis*)**

Der Prätor sagt: «Wie ihr das Haus, um das es sich handelt, (jetzt) besitzt, ohne dass der eine vom anderen den Besitz gewaltsam oder heimlich oder durch Bittleihe (*precarium*) erlangt hat, (so sollt ihr auch weiterhin besitzen und deshalb) verbiete ich (euch beiden) Gewalt anzuwenden (mit dem Ziel), dass ihr nicht mehr so besitzt. »

**90 D. 43.17.2 Paulus im 65. Buch zum Edikt**

Ob nämlich der Besitz Dritten gegenüber rechtmässig oder unrechtmässig sei, darauf kommt es bei diesem Interdikt nicht an; denn jeder Besitzer hat dadurch, dass er besitzt, mehr Recht als derjenige, der nicht besitzt.

**91 Interdikt «Bei welchem von euch» (*utrubi*) [Lenel, EP<sup>3</sup> §264]**

Bei welchem von euch dieser Sklave, um dem es sich handelt, den grösseren Teil dieses Jahr gewesen ist, ohne dass der eine vom anderen den Besitz gewaltsam oder heimlich oder durch Bittleihe (*precarium*) erlangt hat, (bei dem soll der Besitz von nun an sein); dagegen, dass dieser (der den längeren fehlerfreien Besitz gehabt hat) ihn (den Sklaven) wegführe, verbiete ich, Gewalt anzuwenden.

**92 Gai. Inst. 4, 154-155**

(154) Zur Wiedererlangung des Besitzes wird ein Interdikt gewöhnlich erteilt, wenn jemand gewaltsam aus dem Besitz verjagt worden ist; ihm nämlich wird das Interdikt verheissen, das mit den Worten beginnt: «Wovon du jenen mit Gewalt vertrieben hast» (*unde vi*); durch dieses Interdikt 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: «wovon ich jenen mit Waffengewalt vertrieben habe» (*unde vi armata*); 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» (*armae*) begrifflicher Weise nicht nur Schilde, Schwerter und Helme, sondern auch Knüppel und Steine.

**93 Interdikt «Wovon du jenen mit Gewalt vertrieben hast» (*unde vi*) [Lenel, EP<sup>3</sup> §245]**

Wovon du jenen im vergangenen Jahr mit Gewalt vertrieben hast, oder dein Gesinde ihn vertrieben hat, als jener im Besitz war, und zwar, ohne dass er den Besitz von dir selbst gewaltsam, heimlich oder durch Bittleihe erlangt hätte, dorthin sollst du ihn und alles, was er damals dort hatte, restituieren.

**94 Interdikt «Wovon du jenen mit Waffengewalt vertrieben hast» (*unde vi armata*) [Lenel, EP<sup>3</sup> §245]**

Wovon du jenen mit bewaffneter Gewalt vertrieben hast, oder dein Gesinde ihn vertrieben hat, dorthin sollst du ihn und alles, was er damals dort hatte, restituieren.

**Vgl. Art. 926-929 ZGB****Art. 926**

- 1 Jeder Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.
- 2 Er darf sich, wenn ihm die Sache durch Gewalt oder heimlich entzogen wird, sofort des Grundstückes durch Vertreibung des Täters wieder bemächtigen und die bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen und unmittelbar verfolgten Täter wieder abnehmen.
- 3 Er hat sich dabei jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten.

**Art. 927**

- 1 Wer einem andern eine Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen hat, ist verpflichtet, sie zurückzugeben, auch wenn er ein besseres Recht auf die Sache behauptet.
- 2 Wenn der Beklagte sofort sein besseres Recht nachweist und auf Grund desselben dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte, so kann er die Rückgabe verweigern.
- 3 Die Klage geht auf Rückgabe der Sache und Schadenersatz.

**Art. 928**

- 1 Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, so kann der Besitzer gegen den Störenden Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behauptet.
- 2 Die Klage geht auf Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störung und Schadenersatz.

**Art. 929**

- 1 Die Klage aus verbotener Eigenmacht ist nur zulässig, wenn der Besitzer sofort, nachdem ihm der Eingriff und der Täter bekannt geworden sind, die Sache zurückfordert oder Beseitigung der Störung verlangt.
- 2 Die Klage verjährt nach Ablauf eines Jahres; das mit der Entziehung oder Störung zu laufen beginnt, auch wenn der Besitzer erst später von dem Eingriff und dem Täter Kenntnis erhalten hat.

**c. Besitzerwerb: *corpus* und *animus***

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 16 I, KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 30 I

**95 D. 41.2.3.1 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Der Besitz erlangt man durch Sachherrschaft (*corpus*) und Besitzwille (*animus*) und weder durch die erstere noch durch den letzten allein. Wenn wir aber gesagt haben, wir müssen den Besitz durch tatsächliche Sachherrschaft und den Willen dazu erwerben, so ist dies nicht so zu verstehen, dass, wer ein Landgut besitzen will, jeden Erdklumpen betreten müsse, sondern es genügt, irgendeinen Teil dieses Landgutes zu betreten, wenn es nur in der Absicht und unter der Voraussetzung geschieht, er wolle das ganze Landgut bis an seine Grenze besitzen.

**96 D. 41.2.1.21 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

(...) es ist nicht notwendig, den Besitz körperlich und durch eine Berührung zu ergreifen, sondern [der Besitzerwerb] kann auch durch die Augen und den Willen geschehen; als Beleg hierzu dienen diejenigen Sachen, die wegen der Grösse ihres Gewichts nicht bewegt werden können, wie Säulen, denn diese werden für übergeben erachtet, wenn (die Parteien) in ihrer Gegenwart einig geworden sind, und es wird der Wein als übergeben betrachtet, wenn dem Käufer die Schlüssel zum Weinkeller übergeben worden sind.

**97 D. 41.2.18.2 Celsus im 23. Buch seiner Digesten**

Wenn ich den Verkäufer angewiesen habe, das, was ich gekauft habe, in meinem Hause abzusetzen, so besitze ich es ohne allen Zweifel, wenn es auch noch niemand berührt hat; oder

wenn mir der Verkäufer ein benachbartes Landgut, um es mir zu verkaufen, von meinem Turm aus zeigt, und sagt, dass er mir den ausschliesslichen Besitz übergebe, so beginne ich nicht weniger zu besitzen, als wenn ich den Fuss über die Grenze [des Grundstücks] gesetzt hätte.

**98 D. 41.2.23pr. Iavolenus im 1. Buch der Briefe**

Wenn wir zu Erben eingesetzt worden sind, so gehen zwar durch den Erbschaftsantritt alle Rechte auf uns über, allein der Besitz steht uns erst dann zu, wenn er tatsächlich ergriffen worden ist.

**99 D. 41.2.3.3 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Neratius und Proculus (sagen), durch den blossen Willen könne man den Besitz nicht erwerben, wenn nicht die natürliche Besitzergreifung vorausgehe. Wenn ich daher wisse, dass auf meinem Landgute ein Schatz stehe, so besitze ich ihn sofort, sobald ich den Willen habe, ihn zu besitzen, weil das, was dem natürlichen Besitz noch fehlt (um ihn zum wirklichen Besitz zu machen) eben durch den Willen hinzugetan wird. (...)

**100 D. 41.2.1.3 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Ein Geisteskranker und ein Unmündiger können ohne Ermächtigung ihres Vormundes nicht zu besitzen beginnen, weil sie nicht den Willen haben, etwas zu behalten, wenn sie den Gegenstand auch körperlich berühren, gerade wie, wenn jemand einem Schlafenden etwas in die Hand legt. Aber mit Zustimmung seines Vormundes wird der Unmündige zu besitzen anfangen. Ofilius hingegen und der jüngere Nerva sagen, es könne ein Unmündiger auch ohne Zustimmung seines Vormundes zu besitzen beginnen, denn der Besitz sei etwas Tatsächliches und nicht etwas Rechtliches; diese Ansicht ist dann angemessen, wenn er in einem Alter ist, dass er das Geschehene verstehen kann.

**101 Paul. Sent. 5.2.1**

Den Besitz erlangen wir durch Willen und Sachherrschaft: und zwar durch unseren eigenen Willen, und entweder durch unsere eigene oder fremde Sachherrschaft. Denn durch blossen Willen können wir den Besitz nicht erwerben, doch können wir ihn behalten, wie es bei den Winter- und Sommerweiden der Fall ist.

**102 D. 41.2.1.5 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Wir erwerben ferner den Besitz durch einen Sklaven oder ein Kind, das sich in unserer Gewalt befindet, und zwar an den Gegenständen, die zu ihrem Sondergut (*peculium*) gehören, auch ohne davon zu wissen, wie Sabinus, Cassius und Julianus sagen, weil angenommen wird, dass sie mit unserem Willen besitzen, da wir ihnen gestattet haben, ein Sondergut zu haben. In Betreff seines Sondergutes erwerben daher den Besitz und ersitzen auch Kinder und Geisteskranke, und der Erbe, wenn ein Erbschaftssklave etwas kauft.

**d. Besitzverlust**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 16 II, KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 30 II

**103 D. 41.2.3.6 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Ebenso ist weiter der Wille des Besitzers beim Verlust des Besitzes zu beachten: Wenn du dich daher auf einem Landgut befindest, und dennoch dasselbe nicht besitzen willst, so wirst du den Besitz sofort verlieren. Derselbe kann also durch den Willen allein verloren gehen, obschon er nicht [durch den Willen allein] erworben werden kann.

**104 D. 41.2.3.13 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Der jüngere Nerva [sagt], bewegliche Sachen würden, mit Ausnahme der Sklaven, dann besessen, wenn sie sich in unserer Obhut befinden, das heisst, insofern wir, wenn wir wollen, den natürlichen Besitz erlangen können. Sobald sich nämlich Vieh verlaufen hat, oder ein Gefäss so abhandengekommen ist, dass es nicht aufgefunden werden kann, hört man unmittelbar auf, dasselbe zu besitzen, auch wenn es von keinem anderen besessen wird; etwas ganz anderes ist es, wenn ich es in meiner Verwahrung habe und nur nicht finden kann, weil es wirklich vorhanden ist, und ich es in der Zwischenzeit nur nicht aufmerksam genug gesucht habe.

**105 D. 41.2.15 Gaius im 26. Buch zum Provinzialedikt**

Von einer Sache, die uns gestohlen worden ist, wird ebenso angenommen, dass wir aufhören sie zu besitzen, als wenn sie uns mit Gewalt entrissen worden ist. Wenn sie aber ein in unserer Gewalt Stehender weggenommen hat, so verlieren wir den Besitz nicht, solange sich die Sache bei ihm befindet, weil uns durch Personen dieser Art der Besitz (sogar) erworben wird, und dies ist derselbe Grund, weshalb man annimmt, dass wir einen flüchtigen Sklaven besitzen, weil dieser, genauso wenig er uns um den Besitz anderer Sachen bringen kann, auch nicht um den Besitz seiner selbst [bringen] kann.

**106 Gai. Inst. 4, 153**

(...) Es meinen sogar die meisten Juristen, der Besitz könne auch durch den blossen Willen behalten werden, das heisst, dass ich, auch wenn weder ich 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. (...)

**Vgl. Art. 919-921 ZGB****Art. 919**

1 Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer.

2 Dem Sachbesitz wird bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten die tatsächliche Ausübung des Rechtes gleichgestellt.

**Art. 920**

1 Hat ein Besitzer die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen, so sind sie beide Besitzer.

2 Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz.

**Art. 921**

Eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung oder Unterlassung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt hebt den Besitz nicht auf.

### 3. Das Eigentum

#### a. Wesen und Inhalt des Eigentums

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 17 I; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 32 I

##### 107 D. 6.1.49.1 Celsus im 18. Buch seiner Digesten

Mein Eigentum ist, was aus meinem Vermögen körperlich irgendwo vorhanden ist und hinsichtlich dessen ich das Recht habe, es zu vindizieren.

##### 108 Bartolus de Sassoferrato [14. Jhdt. n. Chr.], zu D. 41.2.17

Eigentum ist die Befugnis, über eine körperliche Sache umfassend zu verfügen, soweit dies nicht gesetzlich eingeschränkt wird.

##### 109 CIL I 204, Z. 27-35 [Lex Antonia de Termessibus, 71 v. Chr.]

Alles, was den Bürgern von Termessus Maior in Pisidien an öffentlichem oder privatem Eigentum gehört oder vor dem ersten Mithridatischen Krieg gehörte, mit Ausnahme von Plätzen, Äckern und Gebäuden, das heisst, alles, was sie vorher hatten, besaßen, nutzten oder genossen, alles, was sie davon nicht freiwillig veräussert haben, soll den Bürgern von Termessus Maior in Pisidien gehören, so wie es ist oder war, und ebenso soll es rechtmässig sein, dass sie all diese Dinge haben, besitzen, nutzen und geniessen [*habere possidere uti frui*].

##### 110 D. 10.3.28 Papinianus im 7. Buch der Rechtsfragen

Sabinus sagt, dass bei einer gemeinschaftlichen Sache keiner der Miteigentümer etwas gegen den Willen eines anderen rechtmässig tun kann. Daher ist es klar, dass es ein Verbotungsrecht gibt. Denn es steht fest, dass in gleicher Lage die Rechtsstellung dessen, der verbietet, stärker ist [als die desjenigen, der etwas tun will]. (...)

##### 111 D. 50.16.25pr. Paulus im 21. Buch zum Edikt

Wir sagen zutreffend, dass auch das Grundstück uns ganz gehöre, an dem ein anderer die Nutzniessung hat, weil die Nutzniessung kein Teil des Eigentums, sondern eine Dienstbarkeit sei, wie das Durchgangs- und das Wegerecht; und es ist nicht falsch zu sagen, dass das Ganze mein ist, weil kein Teil einem anderen gehöre. Das [meint] auch Julianus und ist richtiger.

#### b. Die Eigentumsklage (*rei vindicatio*)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 22 I; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 37 I

##### 112 Formel der *rei vindicatio* [Lenel EP<sup>3</sup> §69]

Titius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass das Cornelianische Grundstück, um das es hier geht, nach quiritischem Recht dem Kläger gehört und Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, dann, Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

##### 113 Gai. Inst. 4, 16

Wenn dinglich geklagt wurde, wurden bewegliche Sachen und sich selbst bewegende, vorausgesetzt, dass sie zum Gerichtsort hergebracht oder hergeführt werden konnten, am Gerichtsort auf folgende Weise unter Berufung auf das Eigentum herausverlangt: Derjenige,

der die Eigentumsbehauptung erhob, hielt eine Rute; dann berührte er die Sache selbst, zum Beispiel einen Menschen, und sprach folgendermassen: «Ich behaupte, dass dieser Mensch nach quiritischem Recht mir gehört; gemäss seiner Rechtsstellung, wie ich gesagt habe, sieh her, habe ich ihm den Stab angelegt»; und zugleich legte er dem Menschen die Rute an. Der Gegner sprach und tat dasselbe in ähnlicher Weise. (...)

**114 C. 3.32.28 [294 n. Chr.]**

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti an Sopatros.* Wer fremde Sachen besitzt, auch wenn er dafür keinen rechtmässigen Grund vorweisen kann, wird zur Rückerstattung nur gezwungen, wenn (der Kläger) sein Begehren beweist. *Gegeben am 8. Tag vor den Januar-Kalenden unter dem Konsulat des Cäsar.*

**115 D. 6.1.24 Gaius im 7. Buch zum Provinzialedikt**

Wer sich entschlossen hat, eine Sache zu vindizieren, sollte sich vergewissern, ob er durch irgendein Interdikt den Besitz erlangen könne. Denn es ist weit bequemer, selbst zu besitzen und dem Gegner die Last der Klägerstellung aufzuzwingen, als selbst eine Klage anzustrengen, während der andere besitzt.

**116 D. 6.1.9 Ulpianus im 16. Buch zum Edikt**

Bei dieser Klage ist es aber die Pflicht des Richters zu prüfen, ob der Beklagte besitzt. Es ist unerheblich aus welchem Grunde er besitzt. Sobald ich nämlich bewiesen habe, dass die Sache mir gehört, muss der Besitzer sie zurückgewähren, wenn er nicht eine Einrede vorgebracht hat. Einige aber, wie Pegasus, sind der Ansicht, die Klage erfasse nur denjenigen Besitz, der im Interdikt «Wie ihr besitzt» oder «Bei welchem von euch» vorausgesetzt wird. Zum Beispiel sagt er, könne man nicht von jemanden vindizieren, dem die Sache zur Hinterlegung gegeben oder geliehen worden ist, oder der über sie einen Miet-, Pacht- oder Werkvertrag abgeschlossen hat, (...), 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.

**117 D. 6.1.27.3 Paulus im 21. Buch zum Edikt**

Aber auch derjenige, der den Besitz vor Streitbefestigung (*litis contestatio*) 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.

**118 D. 6.1.46 Paulus im 10. Buch zu Sabinus**

An einer Sache, die mittels einer dinglichen Klage herausverlangt und auf so viel geschätzt worden ist, wie der Kläger im Prozess beeidet hat, geht das Eigentum sofort auf den [Beklagten] Besitzer über. Denn ich habe mich auf diese Weise ersichtlich mit dem Beklagten verglichen und den Streit zu dem Preis beigelegt, den er selbst bestimmt hat.

**119 D. 50.16.75 Paulus im 50. Buch zum Edikt**

Derjenige hat zurückerstattet, der das zurückgegeben hat, was der Kläger hätte, falls ihm der Rechtsstreit gar nie aufgezwungen worden wäre.

**120 D. 50.16.35 Paulus im 24. Buch zum Edikt**

Die «Rückgabe» wird als vollzogen betrachtet, wenn dem Kläger zugleich (mit der Sache selbst) alle Vorteile erstattet, die dieser gehabt hätte, wenn ihm im Zeitpunkt der Einlassung auf die Klage die Sache umgehend zurückgegeben worden wäre (...)

**121 C. 3.32.22 [294 n. Chr.]**

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti an Diodotus.* Es ist unstrittig, dass bösgläubige Besitzer mit der Sache selbst stets alle Früchte herauszugeben haben, der gutgläubige hingegen nur die noch vorhandenen, nach der Streitbefestigung (*litis contestatio*) jedoch alle [Früchte].

**122 D. 50.17.173.1 Paulus im 6. Buch zu Plautius**

Wenn man in einem Gesetz den Ausdruck «man soll zurückerstatten» findet, so sind auch die Früchte zu ersetzen, wenn auch hinsichtlich der Früchte nichts Besonderes hinzugefügt worden ist.

**123 D. 6.1.13 Ulpianus im 16. Buch zum Edikt**

Der Richter hat nicht nur zu prüfen, ob die Sache zurückerstattet worden ist, sondern auch, ob sie Schaden genommen hat; man denke, dass ein verstümmelter, ausgepeitschter oder verletzter Sklave zurückgewährt wird. Auf alle Fälle berücksichtigt der Richter den durch die Verschlechterung eingetretenen Wertverlust. (...)

**124 D. 6.1.27.5 Paulus im 21. Buch zum Edikt**

Wenn der Besitzer vor der Streitbefestigung (*litis contestatio*) zugunsten der herausverlangten Sache Aufwendungen getätigt hat, sind diese kraft der Arglistenrede (*exceptio doli*) zu berücksichtigen, falls der Kläger darauf beharrt, seine Sache ohne Erstattung dieser Aufwendungen zu beanspruchen. (...)

**Vgl. Art. 641 ZGB**

1 Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.

2 Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

**4. Die natürlichen Arten des Eigentumserwerbs****a. Aneignung (*occupatio*)**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 21 I; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 36 I

**125 D. 41.1.3pr. Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Was nämlich niemandem gehört, wird nach natürlicher Vernunft dem zugestanden, der sich seiner bemächtigt.

**126 Inst. Just. 2.1.22**

Eine Insel, die im Meer entsteht, was selten geschieht, wird Eigentum dessen, der sie sich zuerst aneignet. Denn man nimmt an, dass sie vorher niemandem gehört. (...)

**127 D. 1.8.3 Florentinus im 6. Buch der Institutionen**

Ferner werden Perlen, Edelsteine und was wir sonst am Strand finden, nach natürlichem Recht sofort unser Eigentum.

**128 Gai. Inst. 2, 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.

**129 Inst. Just. 2.1.13**

Man hat gefragt, ob ein wildes Tier, wenn es so verwundet ist, dass es gefangen werden kann, sofort als dein Eigentum anzusehen ist. Manche haben gemeint, es gehöre sofort dir und bleibe so lange dein Eigentum, wie du es verfolgst; wenn du aber die Verfolgung aufgibst, höre es auf, dein Eigentum zu sein, und werde Eigentum dessen, der es sich als nächster aneigne. Andere haben angenommen, das Tier werde erst dann dein Eigentum, wenn du es fängst. Wir entscheiden uns für die letztgenannte Ansicht, weil oft mancherlei dazwischenkommt und du das Tier doch nicht fängst.

**130 D. 41.1.3.1-2 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

(1) Es ist auch dabei, soweit es die wilden Tiere und Vögel betrifft, einerlei, ob man sie auf seinem eigenen Grund und Boden fängt, oder auf fremdem; wer freilich zum Zweck des Jagens oder Fallenstellens ein fremdes Gebiet betritt, der kann von dessen Eigentümer, wenn dieser es vorher sieht, mit vollem Recht am Betreten desselben gehindert werden.

(2) Was wir aber von dieser Art gefangen haben, wird so lange als unser Eigentum betrachtet, als es sich in unserem Gewahrsam befindet; sobald es sich aber unserem Gewahrsam entzogen und die natürliche Freiheit wiedergewonnen hat, hört es auf, unser zu sein, und gehört sogleich wieder demjenigen, der sich seiner bemächtigt.

**131 D. 41.1.5pr Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Dass es die natürliche Freiheit wiedergewinne, wird dann angenommen, wenn es unseren Blicken entschwunden ist, oder sich zwar noch in unserm Gesichtskreis befindet, jedoch auf eine Weise, dass seine Verfolgung schwerfällt.

**132 D. 41.1.5.2 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Die Natur der Bienen ist auch wild. Diejenigen, die sich daher auf unserem Baum niedergelassen haben, werden, bevor sie in den Korb eingefangen wurden, ebenso wenig als unser Eigentum betrachtet, wie die Vögel, die auf unserem Baum ein Nest gebaut haben. Fängt sie daher ein anderer ein, so wird er ihr Eigentümer sein.

**133 Gai. Inst. 2, 68**

Hinsichtlich solcher Tiere aber, welche die regelmässige Gewohnheit haben, wegzugehen und zurückzukehren (beispielsweise Tauben und Bienen, ferner Hirsche, die gewöhnlich in die Wälder gehen und zurückkehren), ist uns folgende Rechtsregel überliefert: 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.

**134 D. 41.1.5.6. Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Die Natur der Gänse und Hühner ist nicht wild, denn es ist ja klar, dass die wilden Hühner und Gänse andere sind. Wenn daher meine Gänse und Hühner aufgescheucht wurden und irgendwie so weit geflogen sind, dass man gar nicht weiss, wo sie sind, so bleiben sie nichtsdestoweniger in meinem Eigentum. Wer daher eines von ihnen in Zueignungsabsicht ergriffen hat, der haftet mir wegen Diebstahls.

**135 Gai. Inst. 2, 69**

Auch das, was den Feinden als Beute weggenommen wird, geht kraft natürlicher Vernunft in unser Eigentum über.

**136 D. 41.7.2pr. Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Wenn man weiss, dass der Eigentümer eine Sache als derelinquiert ansieht, so kann man sie erwerben.

**137 D. 41.7.4 Paulus im 15. Buch zu Sabinus**

Das, was [der Eigentümer] als derelinquiert angesehen hat, und wir als solches erkennen, können wir ersitzen, wenn wir auch nicht wissen, von wem es aufgegeben worden ist.

**138 D. 41.7.6 Julianus im 3. Buch zu Urseius Ferox**

Niemand kann etwas als Derelinquiertes ersitzen, der bei dessen Besitzergreifung nur fälschlich geglaubt, dass es derelinquiert worden sei.

**139 D. 41.7.2.1 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

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 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.

**140 D. 47.2.43.4-5 Ulpianus im 41. Buch zu Sabinus**

(4) Wer einen fremden, frei liegenden Gegenstand in Zueignungsabsicht an sich genommen hat, der haftet wegen Diebstahls, unabhängig davon, ob er weiss, wem dieser gehört oder nicht; der Diebstahl wird nämlich dadurch nicht weniger, dass [der Täter] nicht weiss, wem die Sache gehört.

(5) Wenn der Eigentümer aber [das Eigentum daran] aufgegeben hat, so geschieht [an der Sache] kein Diebstahl, wenn ich auch die Absicht zu stehlen gehabt habe; denn es kann kein Diebstahl geschehen, wenn niemand bestohlen wird; dieser scheidet deshalb aus, weil wir Sabinus' und Cassius' Meinung folgen, die glauben, dass eine Sache sofort aufhört, unser Eigentum zu sein, wenn wir sie derelinquieren.

**Vgl. Art. 718-719 und Art. 729 ZGB****Art. 718**

Eine herrenlose Sache wird dadurch zu Eigentum erworben, dass jemand sie mit dem Willen, ihr Eigentümer zu werden, in Besitz nimmt.

**Art. 719**

1 Gefangene Tiere werden herrenlos, wenn sie die Freiheit wieder erlangen und ihr Eigentümer ihnen nicht unverzüglich und ununterbrochen nachforscht und sie wieder einzufangen bemüht ist.

2 Gezähmte Tiere werden herrenlos, sobald sie wieder in den Zustand der Wildheit geraten und nicht mehr zu ihrem Herrn zurückkehren.

3 Bienenschwärme werden dadurch, dass sie auf fremden Boden gelangen, nicht herrenlos.

Art. 729

Das Fahrniseigentum geht, trotz Verlust des Besitzes, erst dadurch unter, dass der Eigentümer sein Recht aufgibt, oder dass in der Folge ein anderer das Eigentum erwirbt.

## b. Fruchterwerb

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 21 III; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 36 II

### 141 D. 6.1.44 Gaius im 29. Buch zum Provinzialedikt

Hängende Früchte sind als Teil des Grundstücks anzusehen.

### 142 D. 41.1.48pr. Paulus im 7. Buch zu Plautius

Ohne Zweifel erwirbt der gutgläubige Käufer durch die Ziehung (*perceptio*) der Früchte auch von einer ihm nicht gehörigen Sache dieselben einstweilen zum Eigentum, und zwar nicht nur diejenigen, die durch seinen Eifer und Arbeit entstanden sind, sondern alle, weil er, was die Früchte betrifft, fast die Stellung eines Eigentümers hat. Auch werden sie noch vor der eigentlichen Ziehung, sogleich mit der Trennung vom Boden, Eigentum des Käufers. (...)

### 143 D. 7.4.13 Paulus im 3. Buch zu Sabinus

Wenn ein Nutzniesser geerntet hat und gestorben ist, so gehört, wie Labeo sagt, das Getreide, das schon geschnitten ist, seinem Erben, dagegen gehören die Ähren, die noch auf dem Halm stehen, dem Eigentümer des Grundstücks; und die Früchte gelten als gezogen, wenn Korn oder Gras geschnitten, Trauben gelesen oder Oliven geschüttelt sind, auch wenn das Getreide noch nicht gedroschen, das Öl noch nicht gepresst oder die Lese noch nicht eingebracht ist. Aber so richtig das ist, was Labeo von den geschüttelten Oliven schreibt, so muss man es doch, sagt Julianus, mit den Oliven anders halten, die von selbst abgefallen sind; an solchen Früchten erwirbt der Nutzniesser erst dann Eigentum, wenn er sie eingesammelt hat; der gutgläubige Besitzer dagegen, sobald sie vom Boden getrennt sind.

## c. Verarbeitung (*specificatio*)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 21 VII; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 36 III

### 144 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 richtige 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.

#### 145 D. 32.78.4 Paulus im 2. Buch zu Vitellius

Vielleicht wird jemand Folgendes fragen wollen: Warum von der Bezeichnung «Silber» auch das bearbeitete Silber erfasst wird, da doch, wenn «Marmor» vermacht wurde, damit wohl nur der Rohstoff bezeichnet sein kann. Überliefert wird dafür der Grund, dass die Dinge, die von solcher Natur sind, dass sie immer in ihren Ursprungszustand zurückversetzt werden können, dass diese Dinge, auch wenn die Macht des Stoffes (durch Formgebung) bezwungen wird, den Kräften dieser Macht doch niemals entfliehen.

#### Vgl. Art. 726 ZGB

1 Hat jemand eine fremde Sache verarbeitet oder umgebildet, so gehört die neue Sache, wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff, dem Verarbeiter, andernfalls dem Eigentümer des Stoffes.

2 Hat der Verarbeiter nicht in gutem Glauben gehandelt, so kann das Gericht, auch wenn die Arbeit kostbarer ist, die neue Sache dem Eigentümer des Stoffes zusprechen.

3 Vorbehalten bleiben die Ansprüche auf Schadenersatz und aus Bereicherung.

#### d. Verbindung (*accessio*), Vermischung (*confusio*), Vermengung (*commixtio*)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 21 IV-V; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 36 III

#### 146 D. 41.1.7.1-2 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge

(1) Ausserdem erwerben wir dasjenige nach Völkergemeinrecht (*ius gentium*), was ein Fluss durch Anschwemmung an unser Landstück anfügt. Als durch Anschwemmung angefügt wird aber das angesehen, was so allmählich hinzugefügt wird, dass man zunächst nicht bemerkt, wie viel in jedem Augenblick dazukommt.

(2) Wenn die Gewalt des Flusses ein Stück von deinem Grundstück losgerissen und an das meine angeschwemmt hat, so ist es klar, dass es dein Eigentum bleibt. Wenn [das Stück] freilich längere Zeit hindurch mit meinem Boden verbunden war, und die Bäume, die es mit sich geführt hat, in meinem Boden Wurzeln getrieben haben, so ist von diesem Zeitpunkt an anzunehmen, dass sie zu meinem Grundstück gehören.

#### 147 Gai. Inst. 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 der Überbau dem Boden zufällt (*superficies solo cedit*).

(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 Arglistenrede zurückweisen, jedenfalls wenn er ein gutgläubiger Besitzer war.

**148 C. 3.32.2.1 [213 n. Chr.]**

*Die Kaiser Severus und Antoninus Augusti an Aristaenetus. (...) Aber auch dasjenige, was auf deinem Grund und Boden erbaut worden ist, gehört von Rechts wegen dir, solange es in derselben Lage verbleibt. Wenn es aber abgerissen wird, fällt das Baumaterial dieses [Gebäudes] wieder in das frühere Eigentum zurück, gleichgültig, ob das Bauwerk gut- oder bösgläubig errichtet wurde, wenn nur das Gebäude nicht in Schenkungsabsicht auf fremden Boden errichtet wurde. Ausgehängt im 12. Tag vor der November-Kalenden unter dem Konsulat von Antoninus, zum 4. Mal, und von Balbinus.*

**149 D. 41.1.26.2 Paulus im 14. Buch zu Sabinus**

Wenn du meine Wolle purpurfarben gefärbt hast, sagt Labeo, bleibe sie nichtsdestoweniger mein Eigentum, weil zwischen der purpurfarbenen Wolle und derjenigen, die in Exkreme oder Schmutz gefallen ist, und dadurch ihre frühere Farbe verloren hat, kein Unterschied besteht.

**150 D. 41.1.9.1 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Auch Buchstaben folgen dem [Eigentum am] Papier, wenn sie auch aus Gold sind, wie das dem Boden zu folgen pflegt, was darauf gesät oder gepflanzt wird. Wenn ich daher auf dein Papier oder Pergament ein Gedicht, eine Geschichte oder Rede geschrieben habe, so wirst du als Eigentümer dieses Gegenstands betrachtet, und nicht ich. Wenn du aber von mir deine Bücher und deine Pergamente forderst, ohne die Kosten der Beschreibung bezahlen zu wollen, so werde ich mich durch die Arglistenrede (*exceptio doli*) verteidigen können, sofern ich nur den Besitz [am Beschreibstoff] im guten Glauben erlangt habe.

**151 Gai. Inst. 2, 78**

Wenn aber jemand auf meiner Holztafel gemalt hat, beispielsweise ein Bild, so ist das Gegenteil anerkannt; bekanntlich fällt nämlich eine Holztafel eher dem Verfertiger des Bildes zu. Ein genügender Grund für diese Unterscheidung wird eigentlich nicht gegeben. Jedenfalls kannst du nach dieser Regel mit der Einrede der Arglist (*exceptio doli*) abgewiesen werden, wenn ich das Bild besitze und du es als dein Eigentum einklagst, aber den Wert der Holztafel nicht zahlst. Besässt du aber das Bild, so muss folgerichtig mir eine abgewandelte Klage gegen dich gewährt werden; in diesem Fall kannst du mich mit der Einrede der Arglist zurückweisen, wenn ich die Aufwendungen für das Bild nicht zahle, jedenfalls wenn du gutgläubiger Besitzer warst. Das ist aber völlig klar, dass mir die Diebstahlsklage zusteht, wenn du oder jemand anders die Tafel entwendet hat.

**152 D. 6.1.5pr.-1 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.

**Vgl. Art. 667, Art. 671-673, 677-678 und Art. 727 ZGB**

Art. 667

1 Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

2 Es umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen.

Art. 671

1 Verwendet jemand zu einem Bau auf seinem Boden fremdes Material oder eigenes Material auf fremdem Boden, so wird es Bestandteil des Grundstückes.

2 Der Eigentümer des Materials ist jedoch, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, berechtigt, auf Kosten des Grundeigentümers die Trennung des Materials und dessen Herausgabe zu verlangen, insoweit dies ohne unverhältnismässige Schädigung möglich ist.

3 Unter der gleichen Voraussetzung kann der Grundeigentümer, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, auf Kosten des Bauenden die Wegschaffung des Materials verlangen.

Art. 672

1 Findet keine Trennung des Materials vom Boden statt, so hat der Grundeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung zu leisten.

2 Bei bösem Glauben des bauenden Grundeigentümers kann das Gericht auf vollen Schadenersatz erkennen.

3 Bei bösem Glauben des bauenden Materialeigentümers kann es auch nur dasjenige zusprechen, was der Bau für den Grundeigentümer allermindestens wert ist.

Art. 673

Übersteigt der Wert des Baues offenbar den Wert des Bodens, so kann derjenige, der sich in gutem Glauben befindet, verlangen, dass das Eigentum an Bau und Boden gegen angemessene Entschädigung dem Materialeigentümer zugewiesen werde.

Art. 677

1 Hütten, Buden, Baracken u. dgl. behalten, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind, ihren besondern Eigentümer. (...)

Art. 678

1 Verwendet jemand fremde Pflanzen auf eigenem Grundstück, oder eigene Pflanzen auf fremdem Grundstück, so entstehen die gleichen Rechte und Pflichten, wie beim Verwenden von Baumaterial oder bei Fahrnisbauten.

(...)

Art. 727

1 Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigentümer so miteinander vermischt oder verbunden, dass sie ohne wesentliche Beschädigung oder unverhältnismässige Arbeit und Auslagen nicht mehr getrennt werden können, so entsteht für die Beteiligten Miteigentum an der neuen Sache, und zwar nach dem Werte, den die einzelnen Teile zur Zeit der Verbindung haben.

2 Wird eine bewegliche Sache mit einer andern derart vermischt oder verbunden, dass sie als deren nebensächlicher Bestandteil erscheint, so gehört die ganze Sache dem Eigentümer des Hauptbestandteiles.

3 Vorbehalten bleiben die Ansprüche auf Schadenersatz und aus Bereicherung.

## 5. Abgeleiteter Eigentumserwerb

### a. Grundprinzipien

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 19 I; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 34 I

#### 153 Gai. Inst. 2, 65

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass einige Sachen nach natürlichem Recht (*ius naturale*) veräussert werden, nämlich diejenigen, die durch Besitzübergabe (*traditio*) übertragen werden; andere [werden] nach Zivilrecht (*ius civile*) [veräussert], denn die Institute der Manzipation (*mancipatio*), der Abtretung vor Gericht (*in iure cessio*) sowie der Ersitzung (*usucapio*) gehören zum Sonderrecht der römischen Bürger.

#### 154 D. 50.16.67pr. Ulpianus im 76. Buch zum Edikt

Als «veräussert» wird das, was noch im Eigentum des Verkäufers bleibt, nicht zutreffend beschrieben, mit «verkauft» wird es aber korrekt bezeichnet werden.

#### 155 C. 2.3.20 [293 n. Chr.]

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti an Martialis:* Das Eigentum an Sachen wird durch Übergabe und Ersitzung, nicht durch eine blosser Vereinbarung übertragen. *Ausgehängt an den Kalenden des Januars unter dem Konsulat der Kaiser.*

#### 156 C. 4.39.6 [230 n. Chr.]

*Der Kaiser Alexander Augustus an Pomponius, den Soldaten:* Derjenige, der dir einen Nachlass verkauft hat, bleibt, bis er die Erbschaftssachen geliefert hat, deren Eigentümer, und deswegen war er in der Lage, durch den Verkauf derselben an einen anderen das Eigentum [an diesen] zu übertragen. Da er aber auf diese Weise vertragsbrüchig geworden ist, wird er aus der Kaufklage gezwungen, dir das zu leisten, was dir zusteht. *Ausgehängt am 8. Tag vor den Juli-Kalenden unter den Konsuln Agricola und Clemens.*

#### 157 D. 50.17.11 Pomponius im 5. Buch zu Sabinus

Was uns gehört, kann ohne unser Zutun nicht auf einen anderen übertragen werden.

#### 158 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 alium transferre potest, quam ipse habet*)

**159 D. 41.3.44.1 Papinianus im 23. Buch der Rechtsfragen**

Wenn du mir, der ich dies weiss, eine fremde Sache verkaufst, sie aber erst zu der Zeit übergibst, an der es der Eigentümer genehmigt, ist anerkannt, dass der Zeitpunkt der Übergabe zu berücksichtigen ist und die Sache mein Eigentum wird.

**b. Manzipation und Abtretung vor Gericht**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 9; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 17, 34 II-III

**160 Gai. Inst. 2, 18-20, 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. (...)

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

**161 Gai. Inst. 1, 119-120**

(119) Und zwar ist die Manzipation, wie auch schon gesagt, eine Art symbolischen Verkaufs, und gerade dieses Rechtsinstitut ist Sonderrecht der römischen Bürger. Dieses Geschäft wird folgendermassen durchgeführt: Unter Hinzuziehung von mindestens fünf Zeugen, die mündige römische Bürger sind, sowie eines weiteren Mannes derselben Rechtsstellung, der eine kupferne Waage hält und «Waagehalter» heisst, fasst derjenige, der durch Manzipation erwirbt, die Sache an und spricht folgendermassen: Ich behaupte, dass dieser Mensch nach quiritischem Recht mir gehört, und er soll durch mich gekauft sein mit diesem Kupferstück und mit dieser kupfernen Waage; darauf schlägt er mit dem Kupferstück an die Waage und gibt dieses Kupferstück demjenigen, von dem er durch Manzipation erwirbt, sozusagen an Stelle des Kaufpreises.

(120) Auf diese Weise werden sowohl Sklaven als auch freie Personen manzipiert. Auch Tiere, die Manzipiumsachen sind, wozu Rinder, Pferde, Maultiere und Esel zählen, sowie sowohl städtische als auch ländliche Grundstücke, soweit sie selbst Manzipiumsachen sind, wie es die italischen sind, werden gewöhnlich auf dieselbe Weise manzipiert.

**162 Gai. Inst. 2, 24**

Und zwar wird eine Abtretung vor Gericht (*in iure cessio*) auf folgende Weise durchgeführt: Vor einem Magistrat des römischen Volkes, nämlich dem Prätor, fasst derjenige, dem die Sache vor Gericht abgetreten wird, die Sache an und spricht: «Ich behaupte, dass dieser Mensch nach quiritischem Recht mir gehört»; nachdem dieser sein Eigentum behauptet hat, fragt der Prätor daraufhin den Abtretenden, ob er eine Gegenbehauptung aufstelle; wenn dieser das verneint oder schweigt, spricht der Prätor nunmehr die Sache dem zu, der sein Eigentum behauptet hat;

und dies nennt man eine Spruchformelklage (*legis actio*). Das kann auch in den Provinzen bei deren Statthaltern durchgeführt werden.

**c. Besitzübergabe (*traditio*)**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 19 II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 34 IV

**163 Epit. Ulp. 19, 7**

Eine Besitzübergabe (*traditio*) ist im eigentlichen Sinne die Veräußerung der Nicht-Manzipiumsachen. Wir erlangen das Eigentum an diesen Sachen durch die Besitzübergabe selbst, nämlich, wenn sie uns aus rechtmässigem Grund (*iusta causa*) übergeben worden sind.

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

Die blosse Übergabe (*traditio*) überträgt das Eigentum niemals, sondern nur, wenn Verkauf oder ein anderer rechtmässiger Grund (*iusta causa*) vorangegangen ist, aufgrund dessen die Übergabe erfolgt.

**165 D. 44.7.55 Iavolenus im 12. Buch seiner Briefe**

In allen Fällen, in denen Eigentum übertragen wird, bedarf es der gleichgerichteten beiderseitigen Absicht der Vertragsparteien; denn auch wenn Kauf, Schenkung (...) oder irgendein anderer Vertragsgrund vorhanden war, kann, was [durch den Vertrag] vorbereitet wurde, ohne die übereinstimmende Absicht beider Parteien nicht zur Wirksamkeit gelangen.

**166 D. 41.1.36 Julianus 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 Testament verpflichtet zu sein, ein Landgut übergeben zu müssen, und du glaubst, es gebühre dir aufgrund 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, mit der Vorstellung, es sei ein Darlehen annimmst, das Eigentum auf dich übergeht, und sich kein Hindernis daraus ergibt, dass wir über den Rechtsgrund des Gebens und des Empfangs verschiedener Ansicht gewesen sind.

**167 D. 46.3.79 Iavolenus im 10. Buch seiner Briefe**

Wenn du das mir geschuldete Geld oder eine andere Sache nach meiner Anweisung in meiner Anwesenheit abzuliefern hast, wirst du umgehend von deiner Verbindlichkeit befreit, und die Sache wird sofort mein Eigentum. Denn diesfalls ist, weil sich die Sache im körperlichen Gewahrsam von niemandem befindet, die Rechtslage so zu beurteilen, dass sie mir erworben wurde, indem sie gleichsam mit langer Hand übergeben worden ist.

**168 Inst. Just. 2.1.44**

Bisweilen genügt auch ohne Übergabe der blosse Wille des Eigentümers, um eine Sache zu übereignen, zum Beispiel, wenn jemand eine Sache, die er dir geliehen oder vermietet oder bei dir hinterlegt hat, dir verkauft oder schenkt. Obgleich er dir nämlich die Sache nicht aus diesem Grund übergeben hat, wird sie dennoch allein dadurch, dass er sie dir zu Eigentum überlässt, sogleich dein Eigentum, wie wenn sie zu diesem Zweck übergeben worden wäre.

**169 D. 6.1.77 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

Eine Ehefrau schenkte jemandem, der nicht ihr Ehemann war, brieflich ein Grundstück und pachtete es sogleich von diesem zurück; dazu lässt sich die Ansicht vertreten, dass ihm die dingliche Klage zusteht, so als ob er durch die Frau selbst, in deren Eigenschaft als Pächterin, den Besitz erworben hätte. (...)

**Vgl. Art. 714 und Art. 922-924 ZGB**

## Art. 714

1 Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.

## Art. 922

1 Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen.

2 Die Übergabe ist vollzogen, sobald sich der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben.

## Art. 923

Geschieht die Übergabe unter Abwesenden, so ist sie mit der Übergabe der Sache an den Empfänger oder dessen Stellvertreter vollzogen.

## Art. 924

1 Ohne Übergabe kann der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräußerer selbst auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt.

2 Gegenüber dem Dritten ist dieser Besitzesübergang erst dann wirksam, wenn ihm der Veräußerer davon Anzeige gemacht hat.

3 Der Dritte kann dem Erwerber die Herausgabe aus den gleichen Gründen verweigern, aus denen er sie dem Veräußerer hätte verweigern können.

**6. Ersitzung und prätorisches Eigentum****a. Das prätorische Eigentum und die publizianische Klage**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §18 II, §22 III; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 32 II 2, 37 III-IV

**170 Publizianische Klage (*actio Publiciana*) [Lenel, EP<sup>3</sup> §60]**

Wenn der Sklave, den der Kläger im guten Glauben gekauft hat und der ihm übergeben worden ist, sofern ihn der Kläger ein Jahr besessen hätte, wenn sich dann erweise, dass dieser Sklave, um den es hier geht, nach dem Recht der Quiriten ihm gehört, und Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, dann Richter verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

**171 Gai. Inst. 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.

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

Die publizianische Klage (*actio Publiciana*) 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» (*exceptio dominii*) –; 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.

#### 173 D. 21.3.3 Hermogenianus im 6. Buch der Auszüge aus dem Recht

(pr.) Die Einrede der verkauften und übergebenen Sache (*exceptio rei venditae et traditae*) nutzt nicht nur demjenigen, dem die Sache übergeben wurde, sondern auch seinen Rechtsnachfolgern, sowie einem zweiten Käufer, auch wenn diesem die Sache nicht [vom ersten Verkäufer] übergeben worden ist. (...)

(1) Aus dem gleichen Grund schadet die Einrede auch den Rechtsnachfolgern des Verkäufers, ob sie nun Gesamtrechtsnachfolger sind oder nur Einzelrechtsnachfolger.

#### 174 Gai. Inst. 2, 40-41

(40) Weiterhin weise ich darauf hin, dass es freilich bei den Nichtbürgern 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.

#### b. Ersitzung (*usucapio*)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 20; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 35

#### 175 D. 41.3.3 Modestinus im 5. Buch seiner Pandekten

Ersitzung (*usucapio*) ist ein Eigentumserwerb durch ununterbrochenen Besitz während einer vom Gesetz definierten Zeit.

#### 176 Gai. Inst. 2, 42-44

(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.

**177 D. 41.3.10 pr. Ulpianus im 16. Buch zum Edikt**

Hat jemand eine fremde Sache in gutem Glauben gekauft, stellt sich für den Beginn der Ersitzung die Frage, ob der gute Glaube beim Abschluss des Kaufvertrages oder im Moment der Übergabe massgeblich sei. Diesbezüglich hat sich die Meinung des Sabinus und des Cassius durchgesetzt, dass der Zeitpunkt der Tradition massgebend sei.

**178 D. 41.3.43pr. Papinianus im 22. Buch der Rechtsfragen**

Der Erbe desjenigen, der eine Sache im guten Glauben gekauft hat, wird, wenn er weiss, dass sie einem anderen gehört, dieselbe nicht ersitzen, sobald ihm der Besitz übergeben worden ist. An der Fortsetzung [des vom Erblasser bereits angefangenen Besitzes] wird er aber als Erbe durch sein Wissen nicht gehindert.

**179 D. 22.6.9.4 Paulus in der Einzelschrift über Rechtsunkenntnis und die Unkenntnis von Tatsachen**

Wusste jemand [beim Kauf] nicht, dass der Verkäufer Eigentümer der Sache ist, so gilt die Wirklichkeit mehr als die Vorstellung des Käufers. Und deswegen wird der Käufer, auch wenn er denkt, er kaufe nicht vom Eigentümer, gleichwohl Eigentümer, sofern ihm die Sache vom Eigentümer übergeben wird.

**180 D. 41.4.2 pr. Paulus im 54. Buch zum Edikt**

Als Käufer besitzt, wer rechtswirksam gekauft hat, denn es reicht nicht, lediglich der Meinung zu sein, man habe die Sache als deren Käufer im Besitz, sondern diesem muss ein wirksamer Kaufvertrag zugrunde liegen. (...)

**181 Gai. Inst. 2, 45; 49-50**

(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.

(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 zur Hinterlegung 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.

**Vgl. Art. 728 ZGB**

1 Hat jemand eine fremde bewegliche Sache ununterbrochen und unangefochten während fünf Jahren in gutem Glauben als Eigentum in seinem Besitze, so wird er durch Ersitzung Eigentümer. (...)

2 Unfreiwilliger Verlust des Besitzes unterbricht die Ersitzung nicht, wenn der Besitzer binnen Jahresfrist oder mittels einer während dieser Frist erhobenen Klage die Sache wieder erlangt.

3 Für die Berechnung der Fristen, die Unterbrechung und den Stillstand der Ersitzung finden die Vorschriften über die Verjährung von Forderungen entsprechende Anwendung.

## 7. Nutzniessung (*ususfructus*)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 23 II-III; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 39

### a. Bestellung, Erlöschen, Schutz

#### 182 Inst. Just. 2.4.1

Die Nutzniessung entsteht als Abspaltung vom Eigentum, und dies geschieht in verschiedener Weise. Wenn zum Beispiel jemand einem anderen die Nutzniessung vermacht, hat der Erbe das blosse Eigentum, der Vermächtnisnehmer die Nutzniessung. Wenn dagegen der Erblasser ein Grundstück unter Ausschluss der Nutzniessung (*deductio*) vermacht, hat der Vermächtnisnehmer das blosse Eigentum (*nuda proprietas*), der Erbe aber die Nutzniessung. (...)

#### 183 Gai. Inst. 2, 30; 33

(30) Die Nutzniessung wird durch Abtretung vor Gericht (*in iure cessio*) bestellt. Denn der Eigentümer kann sie einem anderen vor Gericht übertragen, so dass dieser die Nutzniessung hat und jener das nackte Eigentum behält. (...)

(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 sie bei der Manzipation des Eigentums abgezogen werden kann (*deductio*); 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.

#### 184 D. 7.4.3.3 Ulpianus im 17. Buch zu Sabinus

Dass die Nutzniessung auch durch Tod verlorenggeht, unterliegt keinem Zweifel, da das Recht auf die Nutzung durch Tod erlischt, wie jedes andere Recht, das an die Person gebunden ist.

**185 Gai. Inst. 2, 30**

Wenn es der Nutzniesser selbst ist, der dem Inhaber des Eigentumsrechts die Nutzniessung vor Gericht abtritt, so bewirkt er, dass sie bei ihm unter- und [wieder] in dessen Eigentum aufgeht; wenn er es aber einem anderen die Nutzniessung vor Gericht abtritt, behält er trotzdem sein Recht, denn nach herrschender Ansicht wird durch eine solche Abtretung keine Rechtswirkung erzielt.

**186 Inst. Just. 2.4.3-4**

(3) Die Nutzniessung erlischt durch den Tod des Nutzniessers, (...) und durch Nichtgebrauch je nach Art und Zeit; (...) Ebenso wird die Nutzniessung beendet, wenn sie dem Inhaber des Eigentums vom Nutzniesser abgetreten wird, (denn durch die Abtretung an einen Dritten wird nichts bewirkt), oder umgekehrt, wenn der Nutzniesser das Eigentum an der Sache erwirbt, dies wird Vereinigung genannt. Ferner erlischt die Nutzniessung, wenn das Haus abbrennt, oder durch Erdbeben, oder des Nutzniessers eigene Nachlässigkeit einfällt, und dann besteht nicht einmal die Nutzniessung des leeren Platzes fort.

(4) Wenn aber die Nutzniessung endet, so kehrt sie zum Eigentumsrecht zurück, und von da an erhält der Inhaber des nackten Eigentums wieder die volle Herrschaft über die Sache.

**187 Paul. Sent. 3.6.30**

Durch Nichtausübung (*non usus*) geht die Nutzniessung verloren, wenn der Nutzniesser den Besitz eines Grundstücks während zweier Jahre, oder den einer beweglichen Sache während eines Jahres nicht ausübt.

**188 D. 7.1.56 Gaius im 17. Buch zum Provinzialedikt**

Es war eine Streitfrage, ob einer Stadtgemeinde die Klage wegen einer Nutzniessung gegeben werden solle; denn ersichtlich bestand die Gefahr, dass die Nutzniessung ewig währen werde, weil sie nicht durch Tod (...) untergehen würde; aus diesem Grund würde das Eigentum künftig wertlos sein, weil ihm Gebrauch und Nutzung dauernd fehlten. Es hat sich aber gleichwohl die Ansicht durchgesetzt, dass eine Klage zu gewähren sei. Daraus ergab sich aber der weitere Zweifel, wie lange der Schutz der Nutzniessung für die Stadtgemeinde dauern solle; schliesslich wurde es herrschende Meinung, dass der Schutz hundert Jahre währen solle, weil das die Lebensgrenze eines sehr langlebigen Menschen ist.

**189 *Vindicatio ususfructus* [Lenel, EP<sup>3</sup> §72]**

Titius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass zugunsten des Klägers das Recht besteht, das Cornelianische Grundstück, um das es hier geht, zu benutzen und dessen Früchte zu ziehen, und Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, dann, Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

**190 *Actio negatoria* beim *ususfructus* [Lenel, EP<sup>3</sup> §72]**

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte kein Recht hat, gegen den Willen des Klägers das Cornelianische Grundstück, um das es hier geht, zu benutzen und dessen Früchte zu ziehen, und Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, dann Richter verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

**Vgl. Art. 745-750 ZGB****Art. 745**

1 Die Nutzniessung kann an beweglichen Sachen, an Grundstücken, an Rechten oder an einem Vermögen bestellt werden.

2 Sie verleiht dem Berechtigten, wo es nicht anders bestimmt ist, den vollen Genuss des Gegenstandes.

3 Die Ausübung der Nutzniessung an einem Grundstück kann auf einen bestimmten Teil eines Gebäudes oder auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt werden.

**Art. 746**

1 Zur Bestellung einer Nutzniessung ist bei beweglichen Sachen oder Forderungen die Übertragung auf den Erwerber und bei Grundstücken die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

2 Für den Erwerb bei beweglichen Sachen und bei Grundstücken sowie für die Eintragung gelten, soweit es nicht anders geordnet ist, die Bestimmungen über das Eigentum.

**Art. 748**

1 Die Nutzniessung geht unter mit dem vollständigen Untergang ihres Gegenstandes und überdies bei Grundstücken mit der Löschung des Eintrages, wo dieser zur Bestellung notwendig war.

2 Andere Untergangsgründe, wie Zeitablauf, Verzicht oder Tod des Berechtigten, geben bei Grundstücken dem Eigentümer nur einen Anspruch auf Löschung des Eintrages. (...)

**Art. 749**

1 Die Nutzniessung endet mit dem Tode des Berechtigten und für juristische Personen mit deren Auflösung. (...)

**Art. 750**

1 Der Eigentümer ist nicht verpflichtet, die untergegangene Sache wieder herzustellen.

2 Stellt er sie her, so ist auch die Nutzniessung wieder hergestellt. (...)

**b. Befugnisse und Pflichten****191 D. 7.1.1 Paulus im 3. Buch zu Vitellius**

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

**192 D. 7.1.12.2 Ulpianus im 17. Buch zu Sabinus**

Der Nutzniesser kann selbst die Sache nutzen oder sie einem anderen zur Nutzung überlassen, die Nutzung verpachten oder verkaufen; denn auch wer verpachtet, nutzt, und ebenso nutzt, wer verkauft. (...)

**193 C. 3.33.9 [293 n. Chr.]**

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti und die Cäsaren an Auxanusa.* Wenn deiner Mutter die Nutzniessung an Grundstücken und Sklaven hinterlassen worden ist, so ist ihr sowohl die Veräußerung als auch die Freilassung untersagt. Freilich bewirkt deine Mutter auch dadurch nichts, dass sie die Sklaven, die dem Erben des Testators gehören und deren Dienst ihr im Testament hinterlassen worden ist, entweder jemandem übergibt oder freilässt, da sie kein Eigentum an diesen hat. *Gegeben an den Dezember-Kalenden unter dem Konsulat der Kaiser.*

**194 Inst. Just. 2.1.38**

Hat jemand die Nutzniessung an einer Herde, so muss der Nutzniesser für die gestorbenen Tiere aus dem Nachwuchs Ersatz leisten, wie Julianus glaubt, und an die Stelle abgestorbener Weinstöcke und Bäume muss er andere setzen. Denn er hat ordnungsgemäss zu wirtschaften und die Sache wie ein guter Hausvater zu gebrauchen.

**195 D. 7.1.13.4; 7 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

(4) 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. (...)

(7) Wenn aber die Nutzniessung an einem Gebäude vermacht ist, kann der Nutzniesser, sagt der jüngere Nerva, Fensteröffnungen anbringen, aber auch einen Farbanstrich, Wandmalereien, Marmorböden, kleine Standbilder und was sonst zum Schmuck des Hauses dient. Aber er darf weder Zimmer verändern oder zusammenlegen oder trennen noch Vorder- oder Hintereingänge vertauschen, Fluchtgänge anlegen, das Atrium umgestalten oder den Grünanlagen eine andere Form geben; denn er darf verschönern, was er vorgefunden hat, aber ohne die Beschaffenheit des Gebäudes zu verändern. (...) Das gilt, wie Labeo schreibt, auch für den Eigentümer. (...)

**196 D. 7.1.7.2 Ulpianus im 17. Buch zu Sabinus**

Weil also alle Früchte der Sache dem Nutzniesser gehören, wird er auch, wie Celsus im 18. Buch seiner Digesten schreibt, durch den Richter gezwungen, die Gebäude instand zu halten, und zwar so, dass er sie in gutem Zustand erhält; sind sie aber infolge Alters eingestürzt, kann keiner von beiden [weder der Eigentümer noch der Nutzniesser] zur Wiederherstellung gezwungen werden; wenn aber der Erbe die Wiederherstellung vorgenommen hat, muss er dem Nutzniesser die Nutzung wieder gestatten. (...)

**197 D. 7.1.13pr. Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

Wenn die Nutzniessung an einer Sache vermacht ist, kann der Eigentümer für die Sache eine Sicherheitsleistung 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. Julianus billigt im 38. Buch seiner 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 Nutzniessungsvermächtnis beschwert worden sind, so muss jedem [von ihnen] Sicherheit geleistet werden.

**198 D. 7.9.1.5 Ulpianus im 79. Buch zum Edikt**

Für vorteilhafter aber hält man es, durch die Stipulation dergestalt Sicherheit leisten zu lassen, dass die Stipulation sofort verfällt, wenn die Nutzniessung nicht nach dem Ermessen eines redlichen Mannes ausgeübt wird und man nicht abwarten muss, bis die Nutzniessung endet.

**Vgl. Art. 751-752, Art. 755-756 und Art. 759-760 ZGB****Art. 751**

Ist die Nutzniessung beendet, so hat der Besitzer dem Eigentümer den Gegenstand zurückzugeben.

**Art. 752**

1 Der Nutzniesser haftet für den Untergang und den Minderwert der Sache, insofern er nicht nachweist, dass dieser Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist.  
 2 Aufgebrauchte Gegenstände, deren Verbrauch nicht zur Nutzung gehört, hat er zu ersetzen.  
 3 Den Minderwert der Gegenstände, der durch den ordnungsgemässen Gebrauch der Sache eingetreten ist, hat er nicht zu ersetzen.

**Art. 755**

1 Der Nutzniesser hat das Recht auf den Besitz, den Gebrauch und die Nutzung der Sache.  
 2 Er besorgt deren Verwaltung.  
 3 Bei der Ausübung dieses Rechtes hat er nach den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft zu verfahren.

**Art. 756**

1 Natürliche Früchte gehören dem Nutzniesser, wenn sie während der Zeit seiner Berechtigung reif geworden sind. (...)

**Art. 759**

Der Eigentümer kann gegen jeden widerrechtlichen oder der Sache nicht angemessenen Gebrauch Einspruch erheben.

**Art. 760**

1 Der Eigentümer ist befugt, von dem Nutzniesser Sicherheit zu verlangen, sobald er eine Gefährdung seiner Rechte nachweist. (...)

**c. «Nacktes» Eigentum****199 C. 3.33.2 [205 n. Chr.]**

*Die Kaiser Severus und Antoninus Augusti an Felix.* Wir befinden, dass dir durch die Worte des Testaments, die du in deiner Bittschrift zitiert hast, die Nutzniessung vermacht worden ist. Doch verhindert dieser Umstand nicht, dass der Inhaber des Eigentums dieses verpfändet, wobei jedoch die Nutzniessung zu deinen Gunsten uneingeschränkt fortbesteht. *Ausgehängt am 6. Tag vor den Mai-Kalenden unter dem zweiten Konsulat von Antoninus und Geta.*

**200 D. 7.1.15.7 Paulus im 3. Buch zu Sabinus**

Der Eigentümer aber kann das Gut weder mit einer Dienstbarkeit belasten noch eine Dienstbarkeit aufgeben; eine Dienstbarkeit erwerben kann er dagegen, wie Julianus 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. Der Inhaber des Eigentums kann nicht einmal mit Zustimmung des Nutzniessers [das Gut] mit einer Dienstbarkeit belasten.

**201 D. 7.6.2 Pomponius im 5. Buch zu Sabinus**

Wird gegen den Erben mit der Vermächtnisklage die Nutzniessung an einem Landgut eingeklagt, auf dem der Erbe Bäume gefällt, ein Gebäude abgerissen oder dessen Nutzung er

sonst irgendwie beeinträchtigt hat (...) so gehört es zur Amtspflicht des Richters, gewissenhaft zu prüfen, in welchem Zustand sich das Landgut vor der Streitbefestigung befunden hat, damit so das Interesse des Nutzniessers vom Richter geschützt wird.

#### **d. Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen**

##### **202 Inst. Just. 2.4.2**

Die Nutzniessung kann nicht bloss an Gebäuden und Grundstücken bestellt werden, sondern auch an Sklaven, Zugvieh und anderen Sachen, mit Ausnahme derjenigen, die durch den Gebrauch selbst verbraucht werden. Denn diese Sachen lassen weder aus natürlicher noch aus rechtlicher Vernunft eine Nutzniessung zu. Dazu zählen Wein, Öl, Getreide und Bekleidung. Ihnen kommt Bargeld sehr nahe, denn dieses geht durch den Gebrauch [als Zahlungsmittel] im ständigen Wechsel gewissermassen unter. (...)

##### **203 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.

##### **204 D. 7.5.7 Gaius im 7. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn eine Nutzniessung an Wein, Öl oder Getreide vermacht ist, muss das Eigentum auf den Vermächtnisnehmer übertragen werden, und es ist von ihm Sicherheitsleistung zu verlangen, dass im Falle seines Todes (...) Sachen derselben Qualität zurückgewährt werden, oder es wird, was auch bequemer ist, für den Schätzwert in Geld Sicherheit geleistet. Dasselbe gilt selbstverständlich auch für andere verbrauchbare Sachen.

##### **205 D. 7.5.2 Gaius im 7. Buch zum Provinzialedikt**

(pr.) Aber bei Geld muss denjenigen, die mit dem Vermächtnis einer Nutzniessung an Geld beschwert sind, eine Sicherheit geleistet werden.

(1) Durch jenen Senatsbeschluss wurde gerade nicht bewirkt, dass es an Geld eine Nutzniessung im eigentlichen Sinne gibt (denn die Natur der Dinge kann durch die Autorität des Senats nicht verändert werden), sondern es entstand in Folge des eingeführten Rechtsbehelfs bloss eine Quasi-Nutzniessung.

#### **Vgl. Art. 760 ZGB und Art. 772 ZGB**

##### **Art. 760**

1 Der Eigentümer ist befugt, von dem Nutzniesser Sicherheit zu verlangen, sobald er eine Gefährdung seiner Rechte nachweist.

2 Ohne diesen Nachweis und schon vor der Übergabe der Sache kann er Sicherheit verlangen, wenn verbrauchbare Sachen oder Wertpapiere den Gegenstand der Nutzniessung bilden.

##### **Art. 772**

1 An verbrauchbaren Sachen erhält der Nutzniesser, wenn es nicht anders bestimmt ist, das Eigentum, wird aber für den Wert, den sie bei Beginn der Nutzniessung hatten, ersatzpflichtig.

2 Werden andere bewegliche Sachen unter einer Schätzung übergeben, so kann der Nutzniesser, wenn es nicht anders bestimmt ist, frei über sie verfügen, wird aber, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, ersatzpflichtig.

3 Der Ersatz kann bei landwirtschaftlichen Einrichtungen, Herden, Warenlagern u. dgl. in Gegenständen gleicher Art und Güte geleistet werden.

## 8. Grunddienstbarkeiten (Servituten)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 23 I; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 38

### a. Arten, Bestellung und Erlöschung

#### 206 D. 8.3.1pr. Ulpianus im 2. Buch der Institutionen

Die Dienstbarkeiten an ländlichen Grundstücken sind folgende: Das Durchgangsrecht (*iter*), das Viehtriftrecht (*actus*), das Wegerecht (*via*) und das Wasserleitungsrecht (*aquae ductus*). Das Durchgangsrecht ist das Recht, über ein Grundstück zu Fuss zu gehen, nicht auch Vieh darüber zu treiben. Das Viehtriftrecht ist das Recht, über ein Grundstück Vieh zu treiben oder mit einem Wagen darüber zu fahren. Wer daher nur ein Durchgangsrecht hat, hat kein Viehtriftrecht. Wer aber ein Viehtriftrecht hat, der hat zugleich das Recht, auch ohne Vieh über das Grundstück zu gehen. Das Wegerecht ist das Recht, Vieh darüber zu treiben oder [auch zum Transport von Lasten] mit einem Wagen darüber zu fahren, und das Recht, darüber zu Fuss zu gehen. Denn es schliesst sowohl das Durchgangs- als auch das Viehtriftrecht ein. Das Wasserleitungsrecht ist das Recht, Wasser über ein fremdes Grundstück zu leiten.

#### 207 Inst. Just. 2.3.1

Dienstbarkeiten an städtischen Grundstücken sind solche, die mit [herrschenden und dienenden] Gebäuden verbunden sind. Man kann deshalb von Dienstbarkeiten an städtischen Grundstücken sprechen, weil alle Gebäude als städtische Grundstücke bezeichnet werden, auch wenn sie auf einem Landgut liegen. Die Dienstbarkeiten an städtischen Grundstücken sind folgende: Der Nachbar hat die Abstützung des Nachbarhauses zu dulden; in die Mauern seines Hauses darf der Nachbar einen Balken einfügen; er hat das Abtraufen des Regenwassers auf sein Haus oder in seinen Hof hinzunehmen oder nicht hinzunehmen; er darf sein Haus nicht höher bauen und darf die Fenster des Nachbarn nicht verbauen.

#### 208 Gai. Inst. 2, 28-29

(28) Es ist offensichtlich, dass unkörperliche Sachen eine Besitzübertragung nicht zulassen.

(29) Aber Rechte an städtischen Grundstücken können vor Gericht abgetreten, Rechte an ländlichen Grundstücken sogar manzipiert werden.

#### 209 Gai. Inst. 2, 17

Ferner sind im Grossen und Ganzen alle unkörperlichen Sachen Nicht-Manzipiumsachen mit Ausnahme der Dienstbarkeiten am Landgrundstücken, denn es steht fest, dass diese Manzipiumsachen sind, obwohl sie zu den unkörperlichen Sachen zählen.

#### 210 D. 41.3.4.28 Paulus im 54. Buch zum Edikt

Dass die Befreiung von Dienstbarkeiten ersessen werden könne, ist als richtig anzunehmen, weil die *lex Scribonia* nur die Ersitzung aufhob, die eine Dienstbarkeit begründet, nicht auch diejenige, welche die Belastungsfreiheit durch Aufhebung der Dienstbarkeit wiederherstellt.

Wenn ich daher, falls ich dir zu einer Dienstbarkeit verpflichtet war, etwa derjenigen, dass mir höher zu bauen verboten war, die vorgesehene Zeit über höher gebaut habe, so wird die Dienstbarkeit aufgehoben sein.

**211 Paul. Sent. 1.17**

Ein Wegerecht, Durchgangsrecht, Viehtriftrecht, oder Wasserleitungsrecht, das während zwei Jahren nicht ausgeübt wird, gilt als verloren. (...)

**212 D. 8.6.1 Gaius im 7. Buch zum Provinzialedikt**

Die Grunddienstbarkeit erlischt durch Vereinigung, sobald dieselbe Person Eigentümerin beider Grundstücke wird.

**Vgl. Art. 731-735 ZGB**

Art. 731

1 Zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf es der Eintragung in das Grundbuch.

2 Für Erwerb und Eintragung gelten, soweit es nicht anders geordnet ist, die Bestimmungen über das Grundeigentum. (...)

Art. 733

Der Eigentümer ist befugt, auf seinem Grundstück zugunsten eines andern ihm gehörigen Grundstückes eine Dienstbarkeit zu errichten.

Art. 735

1 Wird der Berechtigte Eigentümer des belasteten Grundstückes, so kann er die Dienstbarkeit löschen lassen.

2 Solange die Löschung nicht erfolgt ist, bleibt die Dienstbarkeit als dingliches Recht bestehen.

**b. Klagen**

**213 D. 8.5.2pr. Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

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 zustehe, die negatorische dem Eigentümer, der das Bestehen von Dienstbarkeiten verneint.

**214 Klage auf Anerkennung der Dienstbarkeit (*vindicatio servitutis* [Lenel, EP<sup>3</sup> §73])**

Titius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht hat, über das Cornelianische Grundstück gegen den Willen des Beklagten zu gehen [oder: Wasser zu leiten; Vieh zu treiben, etc.] und Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, dann Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld, wieviel die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, dann sprich ihn frei.

**215 Klage auf Verneinung der Dienstbarkeit (*actio negatoria servitutis* [Lenel, EP<sup>3</sup> §73])**

Titius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte kein Recht hat, über das Cornelianische Grundstück gegen den Willen des Klägers zu gehen [oder: Wasser zu leiten; Vieh zu treiben, etc.] und Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, 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.

#### **216 Inst. Just. 4.6.2**

Ebenso handelt es sich um eine dingliche Klage, wenn jemand darauf klagt, dass er etwa die Nutzniessung an einem Grundstück oder an einem Gebäude habe oder am Nachbargrundstück ein Durchgangs- oder ein Viehtriftrecht oder das Recht, über das Nachbargrundstück Wasser zu leiten. Von derselben Art ist die Klage wegen städtischer Gebäudedienstbarkeiten, wie zum Beispiel, wenn jemand darauf klagt, er sei berechtigt, sein Haus höher zu bauen oder unverbaute Aussicht zu haben oder irgendeinen Vorbau zu errichten oder einen Balken in das Nachbargebäude einzufügen. Andererseits sind bezüglich der Nutzniessung und der Dienstbarkeiten an ländlichen sowie an städtischen Grundstücken auch umgekehrt Klagen für den Falle eingeführt worden, dass jemand geltend macht, dem Gegner stehe keine Nutzniessung zu, kein Durchgangs- oder Viehtriftrecht, kein Wasserleitungsrecht, ebenso kein Recht, höher zu bauen, unverbaute Aussicht zu haben, einen Vorbau zu errichten oder einen Balken in das Nachbargebäude einzufügen. Auch diese Klagen sind dingliche, aber negatorische. Diese Art der Klage ist für Streitigkeiten über körperliche Gegenstände nicht eingeführt worden. Denn bei diesen klagt der, der nicht besitzt; für den aber, der besitzt, ist eine Klage, mit der er bestreiten könnte, dass die Sache dem Kläger gehört, nicht eingeführt worden. (...)

#### **217 D. 8.5.4.5 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

Wenn jemand mir ein Durchgangs-, ein Viehtrift- oder Wegerecht zwar nicht gerichtlich streitig macht, aber die Instandsetzung oder eine Pflasterung nicht duldet, muss ich, wie Pomponius im gleichen Buch schreibt, die confessorische Klage geltend machen. Denn auch wenn der Nachbar einen überhängenden Baum hat, der den Fahr- oder Fussweg versperrt oder das Durchkommen erschwert, muss, wie auch Marcellus bei Julianus anmerkt, das Durchgangsrecht eingeklagt oder das Wegerecht vindiziert werden. (...)

### **c. Grundprinzipien**

#### **218 D. 8.4.1.1 Ulpianus im 2. Buch seiner Institutionen**

Sie heissen deshalb Grunddienstbarkeiten, weil sie ohne [herrschende und dienende] Grundstücke nicht begründet werden können. Niemand kann nämlich eine Dienstbarkeit an einem städtischen oder ländlichen Grundstück erwerben, der nicht ein Grundstück hat; und auch verpflichtet sein kann nur, wer ein Grundstück hat.

#### **219 D. 8.5.2.1 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

Diese confessorische 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.

#### **220 D. 8.4.12 Paulus im 15. Buch zu Sabinus**

Wenn ein Grundstück zugunsten eines anderen belastet ist, folgen die Dienstbarkeiten dem Grundstück auch dann, wenn es veräussert wird. (...)

#### **221 D. 8.1.15pr. Pomponius im 33. Buch zu Sabinus**

Immer wenn eine Dienstbarkeit weder einer Person noch einem Grundstück nützt, ist sie, weil dann kein Nachbar ein Interesse an ihr haben kann, unwirksam, wie zum Beispiel die Dienstbarkeit, dass du nicht über dein Grundstück gehst oder dich nicht dort aufhältst. Wenn

du mir daher das Recht einräumst, dass du dein Grundstück nicht gebrauchen und nutzen darfst, tritt keine Rechtswirkung ein. Anders verhält es sich, wenn du mir zugestehst, dass du kein Recht hast, auf deinem Grundstück Wasser zu entnehmen und dadurch mein Wasser zu verringern.

#### **222 D. 8.3.5.1 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

Neratius sagt in den Büchern zu Plautius, niemandem könne an einem fremden Grundstück das Recht zustehen, Wasser zu schöpfen, Vieh zur Tränke zu treiben, Kreide abzubauen oder Kalk zu brennen, wenn er nicht Eigentümer eines Nachbargrundstücks sei. Und er sagt, dass auch Proculus und Atilicinus dieser Auffassung gewesen seien. Er selbst aber sagt, dass eine Dienstbarkeit, Kalk zu brennen oder Kreide abzubauen, grundsätzlich bestellt werden könne, doch dürfe sie nicht über den Bedarf des [herrschenden] Grundstücks hinausgehen.

#### **223 D. 8.3.7.1 Paulus im 21. Buch zum Edikt**

Bei ländlichen Grundstücken verhindert ein dazwischenliegendes Grundstück, das nicht in gleicher Weise belastet ist, die Bestellung einer Dienstbarkeit.

#### **224 D. 8.1.8pr. Paulus im 15. Buch zu Plautius**

Das Recht, auf fremdem Grund Äpfel zu pflücken, spazieren zu gehen oder picknicken zu dürfen, kann nicht als Dienstbarkeit bestellt werden.

#### **225 D. 8.2.28 Paulus im 15. Buch zu Sabinus**

(...) Alle Grunddienstbarkeiten müssen aber dauerhafte Grundlagen haben, und daher kann an einem kleinen Teich oder an einem im Sommer austrocknenden Gewässer kein Wasserleitungsrecht bestellt werden. Auch für die Dienstbarkeit, Traufwasser abzuleiten, muss eine natürliche und dauerhafte Grundlage vorhanden sein.

#### **226 D. 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 Malereien an seinem Haus, sondern dass er etwas dulden oder unterlassen muss.

#### **227 D. 8.5.6.2 Ulpianus im 17. Buch zum Edikt**

Auch wegen der Dienstbarkeit, die bestellt wurde, damit ein Haus die Abstützungen des Nachbarhauses trage (*servitus oneris ferendi*), steht uns eine Klage mit dem Ziel zu, dass der Nachbar die Abstützung dulde und in den baulichen Zustand zurückversetzt, der bei der Bestellung der Dienstbarkeit festgestellt wurde. Und Aquilius Gallus meint, man könne eine Dienstbarkeit nicht in der Weise bestellen, dass jemand zu einem Tun gezwungen werde, sondern nur in der Weise, dass er mich nicht hindert, etwas zu tun. Denn bei allen Dienstbarkeiten obliegt die Instandsetzung demjenigen, der die Dienstbarkeit für sich in Anspruch nimmt, und nicht dem, dessen Sache mit der Dienstbarkeit belastet ist. Aber es hat sich die Auffassung des Servius Sulpicius durchgesetzt, dass in vorliegenden Fall jemand gerichtlich geltend machen könne, er habe das Recht, den Prozessgegner zu zwingen, die Mauer wieder in den baulichen Zustand zu versetzen, dass sie ihre Last tragen kann. Labeo schreibt jedoch, [auch] aus einer solchen Dienstbarkeit sei nicht eine Person, sondern letztlich nur eine Sache verpflichtet; denn schliesslich könne der Eigentümer die Sache derelinquieren.

**228 D. 8.2.26 Paulus im 15. Buch zu Sabinus**

Bei einer gemeinschaftlichen Sache kann keiner der Grundstückseigentümer mit Hilfe einer Dienstbarkeit erreichen, dass er gegen den Willen des anderen etwas tun darf oder dass er verhindern kann, dass der andere etwas tut – denn niemand kann an eigener Sache eine Dienstbarkeit haben. Wegen der endlosen Streitigkeiten kommt es daher meist zur Teilung der Sache. (...)

**Vgl. Art. 737-738 und 740 ZGB**

## Art. 737

1 Der Berechtigte ist befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist.

2 Er ist jedoch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben.

3 Der Belastete darf nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert.

## Art. 738

1 Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrage deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend.

2 Im Rahmen des Eintrages kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist.

## Art. 740

Der Inhalt der Wegrechte, wie Fussweg, gebahnter Weg, Fahrweg, Zelgweg, Winterweg, Holzweg, ferner der Weiderechte, Holzungsrechte, Tränkerechte, Wässerungsrechte u. dgl. wird, soweit sie für den einzelnen Fall nicht geordnet sind, durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt.

**9. Pfandrecht**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 24f.; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 41, 49 IV

**a. Arten der dinglichen Sicherheiten. Bestellung, Rechtsschutz und Löschung****229 D. 50.17.25 Pomponius im 11. Buch zu Sabinus**

Eine Sache bietet grössere Sicherheit als eine Person.

**230 Isidorus, Origines 5.25.22-23**

(22) Der Begriff *pignus* [Faustpfand] (...) meint den Gegenstand, der für eine Forderung haftbar wird, wobei allein der Besitz daran dem Gläubiger auf Zeit zusteht; das Eigentum freilich verbleibt dem Schuldner.

(23) Treuhand (*fiducia*) liegt vor, wenn, um eine Geldsumme als Darlehen zu erhalten, eine Sache manzipiert oder vor Gericht abgetreten wird.

**231 D. 13.7.1pr. Ulpianus im 40. Buch zu Sabinus**

Ein Pfandrecht wird nicht nur durch Übergabe begründet, sondern auch durch blosser Vereinbarung, auch wenn die Sache nicht übergeben worden ist.

**232 D. 13.7.9.2 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt**

Als Pfand (*pignus*) im eigentlichen Sinne bezeichnen wir, was in den Besitz des Gläubigers übergeht; von einer Hypothek (*hypotheca*) sprechen wir, wenn nicht einmal der Besitz [an der Pfandsache] auf den Gläubiger übergeht.

**233 D. 20.1.4 Gaius im 1. Buch zur Klageformel der Hypothek**

Die Hypothek wird durch formlose Vereinbarung bestellt, nämlich dadurch, dass jemand vereinbart, dass seine Sachen wegen irgendeiner Schuld aufgrund der Hypothek haften sollen. Unerheblich ist, mit welchen Worten dies geschieht, so wie es sich auch bei jenen Schuldverhältnissen verhält, die durch Konsens zustande kommen. Und daher wird auch dann, wenn man ohne Urkunde sich über eine Hypothekenbestellung einigt und dies beweisen kann, die Sache haften, über deren Verpfändung man sich einig geworden ist. Urkunden werden über Verpfändungen nämlich [nur deshalb] aufgesetzt, damit das, was vereinbart ist, durch sie leichter bewiesen werden kann; aber das Vereinbarte gilt auch ohne sie, wenn es beweisbar ist. (...)

**234 D. 20.1.17 Ulpianus im 15. Buch zum Edikt**

Zur gerichtlichen Verfolgung der Pfandsache entsteht dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage.

**235 Inst. Just. 4.6.7**

Auch die servianische Klage (*actio Serviana*) und die quasi-servianische (*actio quasi-Serviana*), die auch Hypothekenklage genannt wird, verdanken ihre Existenz allein der Gerichtsbarkeit des Prätors. Mit der servianischen Klage klagt man auf Sachen des Pächters, die einem pfandrechlich für den Pachtzins des Grundstücks haften. Die quasi-servianische Klage dagegen ist die Klage, mit der Gläubiger andere Pfänder und Hypotheken geltend machen. Zwischen Pfand und Hypothek besteht, was die Hypothekenklage betrifft, kein Unterschied. (...)

**236 Die dingliche Pfandklage [Lenel EP<sup>3</sup> §267]**

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 Rückerstattung zugunsten des Klägers nach deinem Ermessen in dieser Angelegenheit nicht erfolgt, 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.

**237 D. 13.7.18.2 Paulus im 29. Buch zum Edikt**

Wenn ein verpfändetes Grundstück verkauft wird, so bleibt das Pfandrecht erhalten, weil das Grundstück in seiner Rechtslage übergeht. (...)

**238 Gai. Inst. 3, 203-204**

(203) Die Diebstahlklage steht aber demjenigen zu, der ein Interesse daran hat, dass die Sache erhalten bleibt, auch wenn er nicht Eigentümer ist; deshalb steht sie dem Eigentümer nur dann zu, wenn er ein Interesse daran hat, dass die Sache nicht untergeht.

(204) Daher steht fest, dass ein Gläubiger, dem ein Pfand weggenommen worden ist, wegen Diebstahls klagen kann; und dies geht sogar so weit, dass auch dann, wenn der Eigentümer selbst, nämlich der Schuldner, die Sache weggenommen hat, dem Gläubiger trotzdem die Diebstahlklage zusteht.

**239 C. 8.32.1 [197 n. Chr.]**

*Kaiser Severus und Antoninus Augusti an Hilarus.* Wenn du beweisen wirst, dass dir kein Geld gezahlt worden ist und daher vergeblich die Schuldurkunde ausgestellt und ein Pfand bestellt worden seien, so kannst du die dingliche Klage erheben. Denn der Einwand der Pfandbestellung und der noch nicht geschehenen Rückzahlung des Geldes wird nur dann durchgreifen, wenn die Existenz der Schuld mit Sicherheit feststand. Aus demselben Grund soll der Wahrheit gefolgt werden, wenn du im Besitz des Pfandes bist und dein Gegner Klage erhoben hat. *Ausgehängt an den September-Kalenden unter dem Konsulat von Lateranus und Rufinus.*

**240 D. 20.1.5.2 Marcianus in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage**

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

**241 D. 20.1.13.4 Marcianus in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage**

Auch wenn der Gläubiger die Verurteilung des Schuldners erreicht hat, bleibt die Pfandhaftung bestehen, weil die Pfandklage ihre eigenen Voraussetzungen zum Erlöschen hat, nämlich dass das geschuldete Geld gezahlt oder der Gläubiger auf andere Weise befriedigt wurde; solange diese Voraussetzungen fehlen, bleibt sie bestehen. (...) Und der Gläubiger ist nicht deshalb als befriedigt anzusehen, weil ihm die Klage aus dem Urteil zusteht.

**242 D. 20.1.19 Ulpianus im 21. Buch zum Edikt**

Wer mehrere Sachen als Pfand empfangen hat, kann nicht gezwungen werden, auch nur eine davon freizugeben, bevor er nicht alles, was geschuldet wird, erhalten hat.

**Vgl. Art. 884 und Art. 888-890 ZGB**

**Art. 884**

1 Fahrnis kann, wo das Gesetz keine Ausnahme macht, nur dadurch verpfändet werden, dass dem Pfandgläubiger der Besitz an der Pfandsache übertragen wird.

2 Der gutgläubige Empfänger der Pfandsache erhält das Pfandrecht, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitze zustehen, auch dann, wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen.

3 Das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält.

**Art. 888**

1 Das Faustpfandrecht geht unter, sobald der Gläubiger die Pfandsache nicht mehr besitzt und auch von dritten Besitzern nicht zurückverlangen kann.

2 Es hat keine Wirkung, solange sich das Pfand mit Willen des Gläubigers in der ausschliesslichen Gewalt des Verpfänders befindet.

**Art. 889**

1 Ist das Pfandrecht infolge der Tilgung der Forderung oder aus anderem Grunde untergegangen, so hat der Gläubiger die Pfandsache an den Berechtigten herauszugeben.

2 Vor seiner vollen Befriedigung ist er nicht verpflichtet, das Pfand ganz oder zum Teil herauszugeben.

Art. 890

1 Der Gläubiger haftet für den aus der Wertverminderung oder aus dem Untergang der verpfändeten Sache entstandenen Schaden, sofern er nicht nachweist, dass dieser ohne sein Verschulden eingetreten ist.

2 Hat der Gläubiger das Pfand eigenmächtig veräußert oder weiter verpfändet, so haftet er für allen hieraus entstandenen Schaden.

## b. Formen der Pfandverwertung

### 243 D. 47.2.55pr. Gaius im 13. Buch zum Provinzialedikt

Wenn der Gläubiger von einem Pfand Gebrauch macht, so haftet er wegen Diebstahls.

### 244 D. 20.1.11.1 Marcianus in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage

Wurde ein Nutzpfund (*antichresis*) verabredet und dem Gläubiger der Besitz des Landguts oder des Hauses eingeräumt, so kann er den Besitz wie ein Pfand so lange zurückbehalten, bis ihm das Kapital zurückgezahlt wird, da er statt der Zinsen die Nutzungen zieht, sei es durch Verpachtung oder Vermietung oder indem er selbst die Früchte zieht und dort wohnt. (...)

### 245 D. 20.1.16.9 Marcianus in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage

Die Bestellung eines Faustpfandes oder eines besitzlosen Pfandes kann so stattfinden, dass der Gläubiger, falls das Geld nicht innerhalb der bestimmten Frist bezahlt worden ist, die Sache, die dann nach ihrem gerechten Preis zu schätzen ist, als Käufer besitzen soll; in diesem Fall ist nämlich gewissermassen ein bedingter Verkauf gegeben. Und so haben der vergöttlichte Kaiser Severus und der Kaiser Antoninus auf Anfrage entschieden.

### 246 C. 8.34.3 [326 n. Chr.]

*Der Kaiser Constantin an das Volk.* Weil ja neben anderen Verhänglichkeiten vor allem die Härte der Verfallsklausel (*lex commissoria*) für Pfandrechte anwächst, befinde ich es für gut, dass sie ausser Kraft gesetzt und jede Erinnerung an sie für künftig abgeschafft wird. Wenn also jemand durch einen Vertrag dieser Art unterdrückt wurde, so soll er durch diese Verordnung zur Ruhe kommen, die mit den vergangenen auch die gegenwärtigen [Vereinbarungen dieser Art] beseitigt und zukünftige verbietet. Denn wir befehlen, dass die Gläubiger, nachdem die Sache verloren gegangen ist, das zurückerhalten, was sie gegeben haben. *Gegeben am 2. Tag vor der Februar-Kalenden zu Serdica unter dem Konsulat von Constantin zum 7. Mal und Constantius.*

### 247 Gai. Inst. 2,62; 64

(62) Manchmal kommt es vor, dass derjenige, der Eigentümer ist, keine Rechtsmacht zur Veräußerung einer Sache hat und dass derjenige, der nicht Eigentümer ist, veräußern kann. (...)

(64) (...) Weiter [kann] ein Gläubiger das Pfand gemäss dem Pfandvertrag [veräußern], obwohl ihm diese Sache nicht gehört. Aber dies geschieht wohl deshalb, weil das Pfand begrifflicherweise mit dem Willen des Schuldners veräußert wird, der ja einst vereinbart hat, dass der Gläubiger das Pfand verkaufen dürfe, wenn das Geld nicht gezahlt werde.

### 248 D. 47.2.74 Iavolenus im 15. Buch zu Cassius

Wenn jemand, der eine Sache als Pfand erhalten hat, diese verkauft hat, auch wenn hinsichtlich des Verkaufs nichts vereinbart war, oder wenn er es vor dem für den Fall der Nichtzahlung verabredeten Verkaufstermin getan hat, begeht er einen Diebstahl.

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

Falls eine Übereinstimmung erzielt worden ist, – sei es bereits bei der Pfandübergabe oder später –, dass die Pfandsache im Falle der Nichterfüllung der gesicherten Schuld verkauft werden darf, 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, so darf die Sache nach herrschender Lehre gleichwohl veräußert werden, es sei denn, dass vereinbart wurde, dass eine Veräußerung nicht erlaubt ist.

**250 D. 20.5.9.1 Paulus im 3. Buch der Rechtsfragen**

Pomponius schreibt im 2. Buch der Lesefrüchte wie folgt: Der bei Pfandbestellungen übliche Zusatz, dass der Schuldner den Restbetrag zu entrichten habe, wenn das Pfand für weniger [als den Schuldbetrag] verkauft werden sollte, ist überflüssig, weil es sich schon von Rechts wegen so verhält, auch ohne diesen Zusatz.

**251 C. 8.27.20 [294 n. Chr.]**

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti und Caesares an Sabinus.* Aus der Treuepflicht der Übereinkunft folgt, dass, wenn nichts im Besonderen vereinbart worden ist, nach dem Verkauf der Pfänder durch den Gläubiger zu einem höheren Preis als dem [Wert], der ihm geschuldet wurde, wegen des Überschusses (*superfluum*), auch wenn daraus ein Landgut gekauft worden ist, diesbezüglich zwar keine dingliche, aber eine persönliche Klage zusteht, das heisst die Pfandklage. *Gegeben zu Byzantium am 4. Tag vor den November-Iden unter dem Konsulat der Kaiser.*

**Vgl. Art. 891-892 ZGB**

## Art. 891

1 Der Gläubiger hat im Falle der Nichtbefriedigung ein Recht darauf, sich aus dem Erlös des Pfandes bezahlt zu machen.

2 Das Pfandrecht bietet ihm Sicherheit für die Forderung mit Einschluss der Vertragszinse, der Betreibungskosten und der Verzugszinse.

## Art. 892

1 Das Pfandrecht belastet die Pfandsache mit Einschluss der Zugehör.

2 Die natürlichen Früchte der Pfandsache hat der Gläubiger, wenn es nicht anders verabredet ist, an den Eigentümer herauszugeben, sobald sie aufhören, Bestandteil der Sache zu sein.

3 Früchte, die zur Zeit der Pfandverwertung Bestandteil der Pfandsache sind, unterliegen der Pfandhaft.

**c. Mehrfache Verpfändung****252 D. 47.20.3.1-2 Ulpianus im 8. Buch über das Amt des Prokonsuls**

Stellionat (Straftatbestand der arglistigen Täuschung) kann denen vorgeworfen werden, die etwas arglistig begangen haben, vorausgesetzt, dass ihnen deshalb kein anderes Verbrechen vorgeworfen wird; was nämlich unter den Privatklagen die Arglistklage ist, das ist unter den Verbrechen die Verfolgung des Stellionats. Sobald also für ein Verbrechen keine besondere Benennung vorhanden ist, da, nehmen wir an, dass ein Stellionat vorliegt. Namentlich aber kommt es dann zur Anwendung, wenn etwa einer die einem anderen verpfändete Sache, während er die Verbindlichkeit ableugnet, arglistig an einen Dritten verkauft, oder tauscht, oder an zahlungsstatt gegeben hat; alle diese verschiedenen Fälle gelten als Stellionat. (...)

**253 D. 20.1.15.2 Gaius in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage**

Wer seine Sachen bereits verpfändet hat und sie dann einem zweiten Gläubiger verpfänden, aber der Gefahr der Bestrafung entgehen will, welche denjenigen droht, die dieselben Sachen mehrfach verpfänden, erklärt regelmässig vorweg, dass die Sache keinem anderen als beispielsweise dem Lucius Titius verpfändet sei, so dass die Sache insoweit haftet, als sie [nach ihrem Wert] dessen Forderung übersteigt, dass sie also Faustpfand oder besitzloses Pfand hinsichtlich des überschüssenden Teils ist, oder auch hinsichtlich des Ganzen, nachdem die Sache von der ersten Schuld befreit worden ist. (...)

**254 C. 8.17.8 [293 n. Chr.]**

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti und die Cäsaren an Fabricius.* Wenn dieselbe Sache zu verschiedenen Zeiten zwei verschiedenen Personen als Pfand verpfändet worden ist, so ist rechtlich klar festgelegt, dass derjenige, der zuerst gegen Zahlung eines Darlehens das Pfand erhalten hat, als vorrangig anzusehen ist, und der zweite Gläubiger die Befugnis zum Verkauf dieses Pfandes nicht eher erlangt, als dass dem vorrangigen Gläubiger die geschuldete Summe gezahlt worden ist. *Gegeben zu Heraklea am Tag vor den Mai-Kalenden unter dem Konsulat der Kaiser.*

**255 D. 20.4.12pr; 2 Marcianus in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage**

(pr.) Wenn ein Gläubiger, dem zuerst ein besitzloses Pfand bestellt wurde, die Sache besitzt und ein anderer [Pfandgläubiger] sie von ihm mit der Pfandklage vindiziert, nützt dem ersten die Einrede «wenn mir an der Sache nicht früher ein (...) Pfand bestellt wurde». Besitz aber ein anderer [Pfandgläubiger] die Sache und vindiziert der erste Gläubiger sie mit der Pfandklage und wendet jener ein «wenn nicht vereinbart wurde, dass mir die Sache verpfändet ist», so kann der erste Gläubiger auf die oben angeführte Weise replizieren. Klagt der zweite Gläubiger aber gegen einen sonstigen Besitzer, so klagt er mit Erfolg, und das Pfand kann ihm zugesprochen worden; doch kann der erstrangige die Sache mit seiner Klage wieder entziehen. (...)

(2) Hat der erste Gläubiger, der ein Darlehen gewährte, ohne ein Pfand zu verlangen, nach einem zweiten der beides tat, sich gleichfalls [auf dieselbe Sache] ein Pfand bestellen lassen, so ist sein Pfand zweifellos nachrangig. (...)

**256 D. 20.4.11pr. Gaius im 1. Buch zur Formel der Hypothekenklage**

Ein vorrangiges Pfandrecht hat, wer zuerst ein Darlehen gegeben und an einer Sache ein besitzloses Pfand 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.

**257 C. 8.19.1pr.-1 [230 n. Chr.]**

(pr.) *Der Kaiser Alexander Augustus an Athenion.* Wenn derjenige das, was er zuvor als Pfand empfangen hat, verkauft hat, steht dir keine Verfolgung des (besitzlosen) Pfandrechts mehr zu.

(1) Wenn aber der Schuldner dem vorrangigen Gläubiger dieselben Pfänder an Zahlungsstatt gegeben, oder verkauft hat, so ist dir deine rechtliche Verfolgung ebenso wenig genommen, wie wenn er die nämlichen Gegenstände einem anderen verkauft hätte. (...) *Ausgehängt am 5. Tag vor den Mai-Iden unter den Konsuln Agricola und Clemens.*

**258 D. 20.5.5pr. Marcianus in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage**

Da der zweite Gläubiger mit seiner dem ersten Gläubiger erbrachten Zahlung in dessen Stelle eingerückt ist, betreibt er wegen des gezahlten und wegen des [dem Schuldner von ihm selbst] dargeliehenen Betrages rechtmässig den Pfandverkauf.

**259 D. 20.4.11.4 Gaius in der Einzelschrift zur Formel der Hypothekenklage**

Ist ein späterer Gläubiger bereit, dem früheren Gläubiger zu zahlen, was diesem geschuldet wird, so ist zu prüfen, ob ihm die Pfandklage zusteht, wenn der frühere Gläubiger die Annahme des Geldes verweigert. Und wir meinen, dass die Klage dem ersten Gläubiger nicht [mehr] nützt, weil es an ihm liegt, dass ihm das Geld nicht gezahlt wird.

**Vgl. Art. 886-887 und Art. 893 ZGB**

Art. 886

Ein nachgehendes Faustpfand wird dadurch bestellt, dass der Faustpfandgläubiger schriftlich von der Nachverpfändung benachrichtigt und angewiesen wird, nach seiner Befriedigung das Pfand an den nachfolgenden Gläubiger herauszugeben.

Art. 887

Der Gläubiger kann die Pfandsache nur mit Zustimmung des Verpfänders weiter verpfänden.

Art. 893

1 Haften mehrere Pfandrechte auf der gleichen Sache, so werden die Gläubiger nach ihrem Range befriedigt.

2 Der Rang der Pfandrechte wird durch die Zeit ihrer Errichtung bestimmt.

### III. Obligationenrecht

#### 1. Wesen und Quellen der Obligationen

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 26, 32; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 42, 43

##### 260 Inst. Just. 3.13pr.

(...) Das Schuldverhältnis ist ein rechtliches Band, durch das uns der Zwang auferlegt wird, nach dem Recht unseres Gemeinwesens irgendeine Leistung zu erbringen.

##### 261 D. 44.7.3pr. Paulus im 2. Buch der Institutionen

Das Wesen der Obligationen besteht nicht darin, dass sie einen Gegenstand oder eine Dienstbarkeit zu unserem Eigenen macht, sondern darin, dass sie uns einem andern dazu verpflichtet, etwas zu tun oder zu geben oder zu leisten.

##### 262 D. 50.17.167pr. Paulus im 49. Buch zum Edikt

Etwas gilt nicht als gegeben (*dare*), wenn es zu der Zeit, zu der es gegeben wurde, nicht Eigentum des Empfängers wird.

##### 263 D. 50.16.175 Pomponius im 22. Buch zu Sabinus

Unter dem Worte «tun» (*facere*) wird auch das Zurückgeben begriffen.

##### 264 D. 50.16.189 Paulus im 34. Buch zum Edikt

[Die Verpflichtung, etwas] «tun zu müssen» (*facere oportere*), bedeutet zum einen, dass man sich einer Handlung enthalte, die gegen die Übereinkunft verstosse, zum andern auch, dass man dafür Sorge trage, dass nichts [gegen die Übereinkunft] geschehe.

##### 265 Gai. Inst. 4, 2-3

(2) Eine Klage ist schuldrechtlich, mit der man gegen jemanden klagt, der einem entweder aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung verpflichtet ist, das heisst, wenn man im Klageantrag erklärt, dass er «tun, geben 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 nutzen, zu gehen, zu treiben, eine Wasserleitung zu führen oder höher zu bauen oder darüber hinwegzuschauen, oder wenn umgekehrt der Gegner eine Abwehrklage (*actio negatoria*) hat.

##### 266 Gai. Inst. 4, 48

Und zwar ist die Verurteilungsermächtigung (*adiudicatio*) bei allen Klagformeln, die eine Verurteilungsermächtigung haben, auf eine Bewertung in Geld hin formuliert. Deshalb verurteilt der Richter auch dann, wenn man eine körperliche Sache einklagt, zum Beispiel ein Grundstück, einen Menschen, ein Kleidungsstück, Gold oder Silber, den Beklagten nicht auf die Sache selbst, wie es in alter Zeit üblich war, sondern er verurteilt ihn, nachdem er die Sache bewertet hat, zu Geld.

##### 267 D. 45.1.108.1 Iavolenus im 10. Buch der Briefe

Kein Versprechen kann bestehen, das in die Willkür des Versprechenden gestellt ist.

**268 D. 50.16.10 Ulpianus im 6. Buch zum Edikt**

Es ist bekannt, dass unter Gläubigern diejenigen zu verstehen sind, denen etwas auf irgendeine [ordentliche] oder ausserordentliche Klage, entweder nach Zivilrecht ohne irgendeine Abweisung durch eine dauernde Einrede oder nach dem prätorischen oder nach dem ausserordentlichem Recht geschuldet wird. Wenn uns aber nur natürlich geschuldet wird, so gelten wir nicht als Gläubiger. (...)

**269 Inst. Just. 3.13.1**

Die oberste Einteilung aller Schuldverhältnisse ergibt zwei Arten. Sie sind nämlich entweder zivilrechtlich oder prätorisch. Zivilrechtlich sind diejenigen, die entweder von Gesetzen eingeführt oder jedenfalls vom Zivilrecht anerkannt sind. Prätorisch sind diejenigen, die der Prätor aufgrund seiner Gerichtsbarkeit hat; sie werden auch amtsrechtliche Schuldverhältnisse genannt.

**270 Gai. Inst. 3, 88-89**

(88) Wir wollen jetzt zu den Verpflichtungen 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 (*re*) oder durch Worte (*verbis*) oder durch Lastschrift (*litteris*) oder durch Willensübereinstimmung (*consensu*) zustande.

**Vgl. Art. 1, 41, 62 OR****Art. 1**

1 Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich.

2 Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.

**Art. 41**

1 Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

2 Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

**Art. 62**

1 Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

2 Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.

## 2. Realkontrakte

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 57; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 59

### a. Die Grundlagen der Kondiktion

#### 271 Formel der *actio certae creditae pecuniae* (Kondiktion auf Geld)

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

#### 272 Formel der *actio certae rei* (Kondiktion auf einen bestimmten Gegenstand)

Titius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 100 Scheffel besten afrikanischen Weizens (oder: das cornelianische Grundstück) zu geben verpflichtet ist, verurteile, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers zu dem Geldbetrag, den diese Sache wert ist. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

#### 273 Gai. Inst. 4, 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 uns gehört, uns gegeben werden (weil man natürlich darunter, dass einem etwas gegeben wird, versteht, dass es [so gegeben wird, dass] es in unser Eigentum übergeht) noch kann eine Sache, die [bereits einem 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 der man eine Sache als einem gehörig verlangt.

#### 274 D. 12.1.9pr. Ulpianus im 26 Buch zum Edikt

Die Kondiktion auf einen bestimmten Gegenstand (*condictio certae rei*) steht aus jedem Rechtsgrund, aus jedem Schuldverhältnis zu, aus dem etwas Bestimmtes verlangt wird. (...)

#### 275 Cicero, Rede für den Schauspieler Q. Roscius 5

(...) Es wurde ein bestimmter Geldbetrag gefordert; (zusätzlich) wurde ein Drittel davon (gegenseitig) versprochen. Bei diesem Geld muss es sich entweder um eine Übergabe (*datio*) oder ein Versprechen (*stipulatio*) oder eine Lastschrift (*expensilatio*) handeln. (...)

#### 276 D. 46.3.72pr. Marcellus im 20. Buch der Digesten

Wenn der Schuldner von zehn sie [die Münzen] dem Gläubiger angeboten haben wird, und jener sich ohne rechtmässigen Grund geweigert hat, sie anzunehmen, sodann der Schuldner sie ohne sein Verschulden verloren haben wird, so kann sich [der Schuldner] durch die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) schützen, selbst dann, wenn er zuvor, als er gemahnt wurde, nicht gezahlt hat; denn es ist unbillig, dass derjenige für den Verlust des Geldes haftbar gemacht wird, der nicht gehalten wäre, wenn der Gläubiger es hätte annehmen wollen. Daher muss das, hinsichtlich dessen Annahme sich der Gläubiger im Verzug befindet, als gezahlt gelten. (...)

**277 D. 12.6.65.8 Paulus im 17. Buch zu Plautius**

Wenn ich dir einen nicht geschuldeten Sklaven übereignet habe und du ihn freigelassen hast, haftest du auf seinen Wert, wenn du es wissentlich getan hast. Hast du es nicht wissentlich getan, so haftest du nicht auf den Wert, sondern nur auf die Dienste dieses Freigelassenen und darauf, dass du seinen Nachlass herausgibst.

**Vgl. Art. 64 OR**

Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäußerte und hierbei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste.

**b. Darlehen**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 41; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 49 I

**278 Gai. Inst. 3, 90**

Durch Sachhingabe (*re*) 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 Zuwägen 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.

**279 D. 12.1.2pr.-2 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 eine Leihe oder eine Hinterlegung), 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.

(2) Man hat aber die Hingabe eines Darlehens, «*mutuum*», so genannt, weil aus mein, «*ex meo*», dein, «*tuum*», wird. Wird daher nichts dein, entsteht kein [auf Rückgewähr gerichtetes] Darlehen.

**280 D. 44.7.3.1 Paulus im 2. Buch der Institutionen**

Es reicht dabei nicht, dass die Geldstücke dem Geber gehören und Eigentum des Empfängers werden, damit eine Verbindlichkeit entsteht, [erforderlich ist] vielmehr auch, dass sie in der Absicht gegeben und genommen werden, dass dadurch eine Verbindlichkeit begründet werden soll. Hat mir daher jemand ihm gehöriges Geld in der Absicht gegeben, es mir zu schenken, so

werde ich, wenn es auch dem Schenker gehört hat, und mein Eigentum geworden ist, dennoch ihm nicht verpflichtet, weil wir diese Absicht gar nicht gehabt haben.

**281 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 von Rechts wegen 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.

**282 D. 2.14.17pr. Paulus im 3. Buch zum Edikt**

Wenn ich dir zehn gebe und vereinbare, dass mir zwanzig geschuldet werden, entsteht keine Verbindlichkeit über zehn hinaus. Durch Sachhingabe kann nämlich eine Verpflichtung nur insoweit begründet werden, wie etwas hingegeben worden ist.

**283 C. 4.32.3 [200 n. Chr.]**

*Die Kaiser Severus und Antoninus Augusti an Serpius.* Obwohl aus einem Darlehen ohne Verpflichtung durch Stipulation keine Zinsen gefordert werden können, so sind sie doch auch, wenn sie in Folge einer formlosen Vereinbarung bezahlt wurden, weder der Zurückforderung unterworfen noch auf das Kapital anzurechnen. *Ausgehängt am 5. Tag vor den Kalenden des Oktobers, unter dem Konsulat von Severus Augustus, zum zweiten Mal, und Victorinus.*

**284 Paul. Sent. 2.14.2**

Zinsen, die in Höhe von über einem Prozent [pro Monat] bezahlt werden, vermindern das Kapital. Wenn dieses aufgebraucht ist, können sie zurückgefordert werden

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

(pr.) 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.

**286 D. 12.1.9.9 Ulpianus im 26. Buch zum Edikt**

Ich habe bei dir zehn hinterlegt, später habe ich dir gestattet, sie für dich zu verwenden. Nerva und Proculus sagen, dass ich sie sogar, bevor sie verwendet worden sind, bei dir als Darlehen kondizieren könne, und das ist zutreffend, wie dies auch Marcellus für richtig hält. Der Empfänger hat nämlich schon aufgrund seines Willens zu besitzen begonnen. Also geht die Gefahr auf den über, der das Darlehen erbeten hat, und es kann von ihm kondiziert werden.

**287 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.

### 288 Paul. Sent. 2.14.3

Für ein Seedarlehen kann, wegen des durch den Gläubiger übernommenen Risikos, ein unbegrenzter Zinsbetrag aufgenommen werden, solange das Schiff auf See ist.

#### Vgl. Art. 312-313 OR

##### Art. 312

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte.

##### Art. 313

1 Das Darlehen ist im gewöhnlichen Verkehre nur dann verzinslich, wenn Zinse verabredet sind.

2 Im kaufmännischen Verkehre sind auch ohne Verabredung Zinse zu bezahlen.

### c. Andere Kondiktionsfälle

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 33, 58-62; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 61, 62

### 289 Gai. Inst. 3, 91

Wer etwas nicht Geschuldetes von jemandem erhält, der irrtümlich gezahlt hat, ist ebenfalls auf Grund 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 bei Hingabe des Darlehens; aber diese Verpflichtungsart beruht ersichtlich nicht auf einem Vertrag, weil derjenige der mit der Absicht, eine Schuld zu erfüllen, zahlt, eher eine Verpflichtung auflösen als begründen will.

### 290 D. 12.6.26.3. Ulpianus im 26. Buch zum Edikt

Die Leistung von Nichtgeschuldetem nehmen wir nicht nur dann an, wenn überhaupt nicht geschuldet wurde, sondern auch dann, wenn wegen einer dauernden Einrede Geschuldetes nicht hatte eingeklagt werden können. Daher kann auch dieses zurückverlangt werden, es sei denn, jemand hat geleistet, obwohl er wusste, dass er durch eine Einrede geschützt war.

### 291 D. 12.6.33 Julianus im 39. Buch seiner Digesten

Wenn ich auf deinem Grundstück gebaut habe und du das Gebäude in Besitz genommen hast, ist keine Kondiktion gegeben, da zwischen uns kein [bereicherndes] Rechtsgeschäft zustande gekommen ist. Denn wer nicht geschuldetes Geld leistet, nimmt dadurch eine Art [von bereicherndem] Rechtsgeschäft vor. Nimmt dagegen ein Eigentümer das Gebäude, das von einem anderen auf seinem Grundstück errichtet worden ist, in Besitz, so kommt dadurch kein [bereicherndes] Rechtsgeschäft zustande. Doch auch wenn derjenige, der auf fremdem Grundstück gebaut hatte, selbst den Besitz übertragen hat, hat er keine Kondiktion, weil er dem Empfänger kein Eigentum verschafft hat; vielmehr hat der Eigentümer seine eigene Sache in Besitz genommen. Und deshalb steht fest: Wenn jemand in der Annahme, Erbe zu sein, ein zur

Erbschaft gehöriges Mietshaus abgestützt hat, kann er nur durch ein Zurückbehaltungsrecht seine Aufwendungen ersetzt bekommen.

**292 D. 12.1.19pr. Julianus im 10. Buch der Digesten**

Nicht jede Zahlung verpflichtet den Empfänger [zur Rückzahlung], sondern nur diejenige, bei der wirklich gemeint ist, dass der Empfänger sofort verpflichtet wird. Denn auch derjenige, der Geld von Todes wegen schenkt, zahlt Geld aus, verpflichtet aber den Empfänger nur dann, wenn der Fall eintritt, von dem die Verpflichtung abhängt, also wenn der Schenker wieder gesund geworden oder der Empfänger vor ihm verstorben ist.

**293 D. 12.7.1.2 Ulpianus im 43. Buch zu Sabinus**

Wenn von Anfang an ohne Rechtsgrund versprochen worden ist (*sine causa*) und auch dann, wenn es einen Rechtsgrund für das Versprechen gegeben hat, dieser aber erloschen oder nicht eingetreten ist (*ob causam finitam*), muss man sagen, dass eine Kondiktion Anwendung findet.

**294 D. 12.1.18 Ulpianus im 7. Buch seinen Erörterungen**

Wenn ich dir Geld zur Hinterlegung gebe und du es als Darlehen annimmst, dann liegt weder Hinterlegung noch Darlehen vor. Dasselbe gilt auch, wenn du mir Geld als Darlehen gibst und ich es als geliehen angenommen habe, etwa um es vorzuzeigen. In beiden Fällen aber ist, wenn die Münzen verbraucht sind, die Kondiktion gegeben, und zwar ohne die Einrede der Arglist.

**295 D. 12.6.52 Pomponius im 27. Buch zu Q. Mucius**

Wir geben entweder wegen eines Grundes (*ob causam*) oder wegen eines Erfolges (*ob rem*); 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.

**296 D. 12.4.1pr. Ulpianus im 26. Buch zum Edikt**

Wenn um eines nicht sittenwidrigen Erfolgs willen Geld gegeben worden ist, etwa damit ein Sohn aus der Hausgewalt entlassen oder ein Sklave freigelassen wird oder jemand vom Prozess Abstand nimmt, scheidet bei Eintritt des Erfolges eine Rückforderung aus.

**297 D. 12.5.1.2 Paulus im 10. Buch zu Sabinus**

Wenn dagegen beim Empfänger ein sittenwidriger Grund (*ob turpem causam*) vorliegt, kann selbst dann zurückverlangt werden, wenn der Erfolg eingetreten ist.

**298 D. 12.5.3 Paulus im 10. Buch zu Sabinus**

Wo jedoch Sittenwidrigkeit sowohl auf Seiten des Gebers als auch auf Seiten des Empfängers vorliegt, kann nach unserer Meinung nicht zurückgefordert werden; etwa, wenn Geld gegeben wird, damit ein ungerechtes Urteil ergeht.

**Vgl. Art. 63 OR**

- 1 Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat.
- 2 Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.

3 Vorbehalten bleibt die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

#### d. Leihe und Hinterlegung

##### i. Klagen und Haftung

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 42 II, 43 II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 49 II, III

#### 299 Gai. Inst. 4, 47

Aber aus manchen Gründen verheißt der Prätor sowohl auf die Rechtslage (*in ius*) hin als auch auf das Geschehene (*in factum*) hin formulierte Klageformeln, zum Beispiel wegen Hinterlegung und Leihe. Denn die folgendermassen formulierte Klagformel ist auf die Rechtslage hin formuliert: «Der und der soll Richter sein. Da Aulus Agerius bei Numerius Negidius einen silbernen Tisch hinterlegt hat, auf den geklagt wird, zu allem, was deswegen Numerius Negidius gegenüber dem Aulus Agerius geben oder tun muss nach Treu und Glauben, sollst du, Richter, den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen [, wenn er nicht herausgibt]; wenn es sich nicht erweist, sollst du freisprechen.» Aber die folgendermassen formulierte Klagformel ist auf das Geschehene hin formuliert: «Der und der soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass Aulus Agerius bei Numerius Negidius einen silbernen Tisch zur Hinterlegung gegeben hat und dieser Tisch aufgrund von Arglist des Numerius Negidius dem Aulus Agerius nicht zurückgegeben worden ist, wie viel die Sache wert sein wird, zu so viel Geld sollst du, Richter, den Numerius Negidius gegenüber dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, sollst du freisprechen.» Ähnlich sind auch die Klagformeln wegen Leihe.

#### 300 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 Hinterlegung, denn weil der Aufbewahrer [von der Hinterlegung] 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 Aufbewahrer 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 hingegeben worden ist, müsse derjenige, der die Leistung des Schätzwertes übernommen habe, sogar für jede Gefahr einstehen.

#### 301 Coll. 10.2.4-7 Modestinus im 2. Buch der Unterscheidungen

(4) Der verurteilte Aufbewahrer ist ehrlos (*infamis*), der verurteilte Entlehner hingegen wird nicht ehrlos: der eine wird nämlich aufgrund von Arglist verurteilt, der andere aufgrund von Fahrlässigkeit.

(5) Wer mit der Hinterlegungsklage belangt wird, kann bei demselben Richter erfolgreich Aufwendungen für Verpflegung geltend machen. Der Entlehner hingegen fordert zu Unrecht Ersatz der Verpflegungskosten. Notwendige Aufwendungen, die er etwa auf einen Kranken oder sonst wie Leidenden getätigt hat, macht er jedoch zu Recht geltend.

(6) Wenn eine hinterlegte Sache gestohlen wird, hat nur der Eigentümer die Diebstahlsklage, obwohl der Aufbewahrer wegen seiner Aufwendungen auf die Sache an dieser ein Rückbehaltungsinteresse hat. Ein Entlehner hingegen darf die Diebstahlsklage anstellen, sofern er zahlungsfähig ist.

(7) Die Klage aus Leihe bezieht sich immer auf einfachen Ersatz, die Hinterlegungsklage dagegen manchmal auf das doppelte, nämlich dann, wenn der Gegenstand wegen Einsturzes, Schiffbruchs oder Feuers hinterlegt worden ist.

## i. Leihe

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 42; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 49 II

### 302 Inst. Just. 3.14.2

Ebenso wird derjenige durch Sachhingabe (*re*) 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. (...) 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.

### 303 D. 19.5.17.3 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt.

Wenn ich einen Ochsen habe und mein Nachbar einen Ochsen hat und wir miteinander vereinbart haben, dass für je zehn Tage ich ihm meinen und er mir seinen Ochsen zur Feldarbeit ausleiht und der ausgeliehene Ochse bei einem von uns untergeht, dann steht die Klage aus Leihe nicht zu, da das Ausleihen nicht unentgeltlich war.

### 304 D. 43.26.1.3 Ulpianus im 1. Buch der Institutionen

(...) wer eine Sache leiht, gibt sie derart, dass er sie nicht zu Eigentum des Empfängers macht, sondern dass er ihm erlaubt, von derselben als einer geliehenen Gebrauch zu machen.

### 305 D. 13.6.3.6 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt

Was durch Gebrauch verbraucht wird, kann nicht Gegenstand einer Leihe sein, sofern nicht jemand die Sache für einen feierlichen Umzug oder für eine prahlerische Darbietung erhält.

### 306 D. 13.6.8 Pomponius im 5. Buch zu Sabinus

Wir behalten als Verleiher sowohl Besitz als auch Eigentum an der verliehenen Sache.

### 307 D. 13.6.3.1 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt

Wenn die verliehene Sache zwar zurückgegeben worden ist, aber in verschlechtertem Zustand, so wird es so angesehen, als sei sie, da in verschlechtertem Zustand zurückgegeben, nicht zurückgegeben worden, sofern nicht das Interesse geleistet wird; denn eigentlich ist, wie man sagt, eine Sache nicht zurückgegeben, die in verschlechtertem Zustand zurückgegeben ist.

**308 D. 13.6.10pr. Ulpianus im 29. Buch zu Sabinus**

Es ist richtig, dass derjenige, der die entlehene Sache empfangen hat, nicht haftet, wenn er sie zu dem Zweck gebraucht, zu dem er sie empfangen hat, sofern er sie ganz und gar ohne sein Verschulden verschlechtert hat; sofern er sie dagegen schuldhaft verschlechtert hat, haftet er.

**309 D. 13.6.5.10 Ulpianus im 28. Buch zum Edikt**

Bisweilen freilich haftet hinsichtlich einer geliehenen Sache derjenige, der um die leihweise Übertragung der Sache gebeten hat, nur für Vorsatz, etwa wenn er dies so vereinbart hat oder wenn der Verleiher nur in seinem Interesse Sachen verliehen hat, zum Beispiel seiner Braut oder Ehefrau, damit sie desto vornehmer geschmückt vor ihm erscheine, oder wenn ein Prätor, der Spiele veranstaltet, den Schauspielern etwas geliehen hat (...).

**310 D. 13.6.17pr. Paulus im 29. Buch zum Edikt**

Bei der Leihe ist eine Vereinbarung, dass für Vorsatz nicht gehaftet wird, nicht wirksam.

**311 D. 44.7.1.4 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Der Empfänger eines Darlehens bleibt nichtsdestoweniger verpflichtet, wenn er auch das Erhaltene durch Zufall verloren hat. Wer aber etwas zum Gebrauch erhalten und dann durch ein unabwendbares Naturereignis, dem die menschliche Schwäche nicht widerstehen konnte, wie etwa Feuersbrunst, Einsturz oder Schiffbruch, die empfangene Sache verloren hat, ist frei; er hat aber für die äusserste Sorgfalt bei Bewachung (*custodia*) der Sache zu haften, und es ist nicht hinreichend für ihn, dieselbe Sorgfalt anzuwenden, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet (*diligentia quam in suis*), wenn ein anderer sie bei grösserer Sorgfalt hätte bewahren können. Er haftet aber auch bei unabwendbaren Ereignissen, wenn ein Verschulden von seiner Seite hinzutritt. So etwa, wenn er das Silbergeschirr, das er mit der Absicht, seine Freunde einzuladen ausgeliehen hat, auf eine Auslandsreise mitnimmt und bei Schiffbruch oder räuberischen oder feindlichen Überfällen verliert.

**312 D. 13.6.17.3 Paulus im 29. Buch zum Edikt**

Wie es aber mehr Sache des freien Willens und der mitmenschlichen Pflicht als Sache rechtlichen Zwangs ist zu verleihen, so ist es auch Sache desjenigen, der die Gefälligkeit erweist, die Art und Weise des Gebrauchs und das Ende der Leihe festzusetzen. Wenn er dies aber getan, das heisst wenn er die Sache leihweise hingegeben hat, hindert ihn nicht nur die mitmenschliche Pflicht, sondern auch eine zwischen dem Gebenden und dem Nehmenden begründete Verbindlichkeit, ein [anderes] Ende [der Leihe] festzusetzen, das Geschäft rückgängig zu machen, sowie zur Unzeit den Gebrauch der verliehenen Sache zu entziehen. Es wird nämlich beiderseitig ein Rechtsgeschäft vorgenommen und deshalb sind beiderseitig Klagen verheissen worden, damit klar wird, dass das was zunächst Sache der Gefälligkeit und des blossen Willens war, in zweiseitige Verpflichtung und zivilrechtliche Klagen umgewandelt wird. (...) Wenn du mir also eine Schreibtafel geliehen hast, damit mir mein Schuldner darauf ein Schuldversprechen ausstellt, so handelst du nicht rechtmässig, wenn du sie zur Unzeit zurückforderst; denn, wenn du dich geweigert hättest [sie mir auszuleihen], hätte ich entweder eine Schreibtafel gekauft oder Zeugen hinzugezogen. Dasselbe gilt, wenn du zum Abstützen eines Mietshauses Balken verliehen, diese dann aber wieder weggenommen hast oder auch wenn du wissentlich schadhafte Balken verliehen hast; denn Gefälligkeiten sollen uns helfen und nicht treuwidrig verletzen. An solchen Fällen zeigt sich, wie man sagen muss, dass auch die Gegenklage erforderlich ist.

**313 D. 13.6.18.2 Gaius im 9. Buch zum Provinzialdelikt**

Es können aner kennenswerte Gründe gegeben sein, derentwegen eine Klage gegen den Verleiher gerechtfertigt sein kann; etwa hinsichtlich der Aufwendungen, die wegen der Krankheit eines Sklaven gemacht worden sind oder die nach seiner Flucht dadurch entstanden sind, dass er gesucht und zurückgeholt werden musste. Die Ausgaben für Nahrungsmittel trägt dagegen, natürlicher Vernunft entsprechend, derjenige, der den Sklaven zum Gebrauch erhalten hat. Aber selbst das, was wir hinsichtlich der Aufwendungen für die Krankheit und wegen der Flucht gesagt haben, ist auf grössere Ausgaben zu beziehen; denn geringfügige Ausgaben [dieser Art] treffen nach richtiger Ansicht den Entlehner ebenso wie die für die Nahrungsmittel.

**Vgl. Art. 305-307 OR****Art. 305**

Durch den Gebrauchsleihevertrag verpflichten sich der Verleiher, dem Entlehner eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauche zu überlassen, und der Entlehner, dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche dem Verleiher zurückzugeben.

**Art. 306**

1 Der Entlehner darf von der geliehenen Sache nur denjenigen Gebrauch machen, der sich aus dem Vertrage oder, wenn darüber nichts vereinbart ist, aus ihrer Beschaffenheit oder Zweckbestimmung ergibt.

2 Er darf den Gebrauch nicht einem andern überlassen.

3 Handelt der Entlehner diesen Bestimmungen zuwider, so haftet er auch für den Zufall, wenn er nicht beweist, dass dieser die Sache auch sonst getroffen hätte.

**Art. 307**

1 Der Entlehner trägt die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache, bei geliehenen Tieren insbesondere die Kosten der Fütterung.

2 Für ausserordentliche Verwendungen, die er im Interesse des Verleihers machen musste, kann er von diesem Ersatz fordern.

**ii. Hinterlegung**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 43; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 49 III

**314 D. 44.7.1.5 Gaius im 2. Buch der täglichen oder goldenen Dinge**

Ferner haftet uns gegenüber durch Sachhingabe (*re*) derjenige, bei dem wir eine Sache hinterlegt haben. Und dieser selbst haftet für die Rückgabe der empfangenen Sache; dagegen ist er sogar dann frei, wenn er die Sache durch Fahrlässigkeit verloren hat. Denn weil er die Sache nicht für sich selbst, sondern allein zugunsten des Hinterlegenden entgegengenommen hat, haftet er nur dann, wenn ihm die Sache vorsätzlich abhandengekommen ist. Bei Fahrlässigkeit haftet er aber darum nicht, weil der Hinterlegende es sich selbst zuzuschreiben hat, seine Sache einem nachlässigen Freund zur Aufbewahrung anvertraut zu haben. Grobe Fahrlässigkeit wird aber dem Vorsatz gleichgesetzt.

**315 D. 16.3.1.8 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Wenn die einem Bademeister zum Bewahren übergebenen Kleidungsstücke verloren gegangen sind, so glaube ich, dass er, wenn er kein Entgelt für sein Bewahren erhalten hat, mit der Klage aus Hinterlegung zu belangen ist und nur für Vorsatz (*dolus*) verantwortlich gemacht werden kann; wenn er aber ein Entgelt erhalten hat, mit der Klage aus Miete.

**316 Gai. Inst. 4, 182**

Wenn man aufgrund bestimmter Klagen verurteilt worden ist, wird man ehrlos, zum Beispiel wegen Diebstahls, Raubes oder Personenverletzung, ferner wegen Gesellschafterpflicht, Treuhand, Vormundschaft, Auftrags oder Hinterlegung. (...)

**317 D. 41.2.3.18-19 Paulus im 54. Buch zum Edikt**

(18) Wenn du eine bei dir hinterlegte Sache stiehlest, so höre ich auf, sie zu besitzen. Hast du sie aber nicht von der Stelle bewegt und einzig die Absicht, zu leugnen, sie je von mir empfangen zu haben, so hat die Mehrheit der alten Juristen wie auch Sabinus und Cassius richtig geantwortet, dass ich ihr Besitzer bleibe, weil ein Diebstahl nicht ohne physische Einwirkung (*contrectatio*) geschehen kann und nicht durch den blossen Willen begangen wird.

(19) Auch dies ist von den alten Juristen als Regel aufgestellt worden: Dass sich niemand selbst den Titel (*causa*) seines Besitzes verändern könne.

**318 D. 16.3.1.39 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Wenn ein Räuber oder ein Dieb eine Sache hinterlegt hat, so meint Marcellus im 6. Buch der Digesten, dass auch dieser rechtmässig mit der Klage aus Hinterlegung vorgehen könne; sie hätten daran nämlich deshalb ein Interesse, weil sie haften.

**319 D. 16.3.1.16 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Wenn die hinterlegte Sache in verschlechtertem Zustand zurückgegeben wird, kann mit der Klage aus Hinterlegung geklagt werden, wie wenn sie überhaupt nicht zurückgegeben worden ist. Denn wenn sie in verschlechtertem Zustand zurückgegeben wird, kann gesagt werden, dass sie vorsätzlich nicht zurückgegeben worden ist.

**320 D. 16.3.1.23-24 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

(23) Dass diese Klage eine Klage nach Treu und Glauben ist, ist nicht zu bezweifeln.

(24) Und darum muss man sagen, dass von dieser Klage sowohl die Früchte als auch das Zubehör und alle Nachkommenschaft erfasst sind und nicht nur die blosse Sache.

**321 Coll. 10.7.7 Paulus im 10. Buch der Sentenzen**

Bei der Klage aus Hinterlegung sind vom Zeitpunkt des Verzuges an, sowohl die Früchte der hinterlegten Sache als auch Zinsen zu ersetzen.

**322 D. 16.3.1.47 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Weil aber nur Vorsatz von dieser Klage erfasst ist, ist fraglich, ob ein Erbe, der eine beim Erblasser hinterlegte oder von diesem geliehene Sache im Unwissen darüber verkauft hat, dass die Sache hinterlegt oder geliehen ist, haftet. Und weil er ohne Vorsatz handelte, wird er wegen der Sache nicht haften. Haftet er aber wenigstens wegen des Preises, der an ihn gelangt ist? Und richtiger ist, dass er haftet: Er handelt eben dadurch arglistig, dass er nicht herausgibt, was an ihn gelangt ist.

**323 D. 16.3.32 Celsus im 11. Buch seiner Digesten**

Die Aussage von Nerva, dass grobe Fahrlässigkeit mit Vorsatz gleichzusetzen sei, wurde von Proculus abgelehnt, scheint mir aber sehr zutreffend zu sein. Denn auch wenn jemand nicht in dem Masse sorgfältig ist, wie es die menschliche Natur verlangt, so ist er nicht frei von Vorsatz, wenn er bei der Hinterlegung nicht wenigstens das bei sich selbst übliche Mass an Sorgfalt

anwendet. Denn er verletzt den guten Glauben, wenn er weniger Sorgfalt auf hinterlegte als auf eigene Sachen anwendet.

**324 D. 16.3.1.7 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Ist aber vereinbart, dass für Vorsatz nicht gehaftet werde, so ist das nicht anzuerkennen. Denn diese Übereinkunft verstösst gegen die guten Sitten und ist deshalb nicht zu beachten.

**325 D. 2.14.27.3 Paulus im 3. Buch zum Edikt**

Durch keinen Vertrag kann bewirkt werden, dass man für Vorsatz nicht haftet. Wenn allerdings jemand [bei der Hinterlegung] die Vereinbarung trifft, aus dem Hinterlegungsvertrag [in dem nur für die Vorsatz gehaftet wird] nicht zu klagen, scheint man gerade übereingekommen zu sein, dass man für Vorsatz nicht belangbar ist; und doch gelte ein solcher Vertrag.

**326 D. 16.3.1.35 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Oft kommt vor, dass eine hinterlegte Sache oder hinterlegte Gelder in die Gefahr dessen übergehen, bei dem sie hinterlegt worden sind, beispielsweise wenn dies explizit so vereinbart wurde. Aber auch wenn sich jemand sonst zur Hinterlegung angeboten hat, so übernimmt er gemäss Julianus die Gefahr für die hinterlegte Sache, so dass er nicht allein für Vorsatz, sondern selbst auch für Fahrlässigkeit und Bewachung (*custodia*) eintreten muss, nicht jedoch für höhere Gewalt.

**327 D. 16.3.23 Modestinus im 2. Buch der Unterscheidungen**

Wer mit der Klage aus Hinterlegung belangt worden ist, klagt, nachdem der hinterlegte Sklave zurückgegeben worden ist, mit Erfolg vor dem gleichen Richter bezüglich der dem Sklaven geleisteten Nahrungsmittel.

**328 D. 16.3.1.1 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

Der Prätor sagt: «Im Hinblick auf Sachen, die nicht wegen Aufruhrs, Feuers, Gebäudeeinsturzes oder Schiffbruchs hinterlegt wurden, werde ich eine Klage auf den einfachen Wert erteilen, wegen der Sachen aber, die vorstehend [als Ausnahmen] aufgeführt worden sind, gegen den Aufbewahrer selbst eine Klage auf das Doppelte, gegen seine Erben auf den einfachen Wert, wenn der Erblasser vorsätzlich gehandelt hatte, auf den doppelten Ersatz aber, wenn der Erbe selbst vorsätzlich handelte.»

**329 D. 16.3.1.2-4 Ulpianus im 30. Buch zum Edikt**

(2) Zu Recht hat der Prätor solche Gründe für eine Hinterlegung unterschieden, die unvorhersehbar und zwingend waren und nicht vom freien Willen abhängen.

(3) Man muss dabei annehmen, dass jemand, der bei einem Aufruhr oder einer Feuerbrunst einer anderen Notsituation hinterlegt, keinen anderen Hinterlegungsgrund hatte als die aus den eben genannten Gründen drohende Gefahr.

(4) Diese Unterscheidung der Gründe hat eine berechtigte Herleitung: Wenn sich jemand auf die Vertrauenswürdigkeit eines anderen verlassen hat und das Hinterlegte nicht zurückgegeben wird, muss er mit dem einfachen Ersatz zufrieden sein; wenn er aber aus Not hinterlegen musste, erhöht sich der Unrechtsgehalt, und muss eine Vergeltung zum Schutz des Gemeinwohls verlangt werden. Es widerspricht nämlich dem Grundgedanken menschlichen Zusammenlebens, in derartigen Fällen das Vertrauen zu missbrauchen.

**330 Paul. Sent. 2.12.9**

Falls ich bei dir Geld hinterlegt und dir erlaubt habe, dass du dieses verwendest, so wird dieses eher als geliehen angesehen und nicht als hinterlegt, und deswegen wird die Gefahr bei dir sein.

**331 D. 16.3.25.1 Papinianus im 3. Buch der Responsen**

Wer bei sich hinterlegtes und nicht versiegeltes Geld mit der Abmachung, dass er genauso viel zurückzugeben hat, zu eigenem Gebrauch verwendet hat, ist, sobald er in Verzug gerät, auch bezüglich der Zinsen wegen der Klage aus Hinterlegung zu verurteilen.

**332 D. 16.3.24 Papinianus im 9. Buch der Rechtsfragen**

«Lucius Titius grüsst Sempronius. Damit du weisst, dass die hundert Geldstücke, die du mir heute anvertraut hast und die mir der Sklave Stichus, dein Vermögensverwalter, ausgezahlt hat, sich in meinen Händen befinden, gebe ich dir davon durch diesen von mir eigenhändig geschriebenen Brief Kenntnis. Diese Geldstücke werde ich, sobald du willst und wo du willst, unverzüglich wieder zurückzahlen.» Es wird wegen der Zinserträge angefragt. Ich habe das Gutachten erteilt, es sei die Klage aus Hinterlegung gegeben. Denn was ist Anvertrauen anderes als Hinterlegen? Das ist dann richtig, wenn gemeint war, dass körperlich dieselben Geldstücke zurückgegeben werden; denn wenn vereinbart wurde, dass [bei der Rückzahlung] die gleiche Menge geleistet werden soll, überschreitet dieses Geschäft die allbekannten Grenzen der Hinterlegung. Wenn also in diesem Fall die Klage aus Hinterlegung nicht begründet ist, weil vereinbart wurde, die gleiche Menge nicht aber dasselbe zurückzugewähren, dann lässt sich nicht leicht behaupten, dass Zinsen berücksichtigt werden müssen. Zwar ist für die Klage aus Treu und Glauben anerkannt, dass, was Zinsen angeht, die Amtspflicht des Richters ebensoviel vermag wie eine Stipulation [durch die rechtsgeschäftlich eine Zinspflicht begründet wird]; aber es verstösst gegen Treu und Glauben und gegen die Rechtsnatur der Hinterlegung, Zinsen schon für die Zeit vor Eintritt des Schuldnerverzugs von demjenigen zu verlangen, der eine Wohltat erweist, indem er das Geld zur Hinterlegung nimmt. Ist jedoch von vornherein eine Zinsabrede getroffen worden, so ist die Vertragsbestimmung zu beachten.

**Vgl. Art. 472-474 OR****Art. 472**

1 Durch den Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer dem Hinterleger, eine bewegliche Sache, die dieser ihm anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sicheren Orte aufzubewahren.

2 Eine Vergütung kann er nur dann fordern, wenn sie ausdrücklich bedungen worden ist oder nach den Umständen zu erwarten war.

**Art. 473**

1 Der Hinterleger haftet dem Aufbewahrer für die mit Erfüllung des Vertrages notwendig verbundenen Auslagen.

2 Er haftet ihm für den durch die Hinterlegung verursachten Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Schaden ohne jedes Verschulden von seiner Seite entstanden sei.

**Art. 474**

1 Der Aufbewahrer darf die hinterlegte Sache ohne Einwilligung des Hinterlegers nicht gebrauchen.

2 Andernfalls schuldet er dem Hinterleger entsprechende Vergütung und haftet auch für den Zufall, sofern er nicht beweist, dass dieser die Sache auch sonst getroffen hätte.

### 3. Die Stipulationen

#### a. Die Stipulationsform

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 40 I, II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 50 II

#### 333 Gai. Inst. 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.» – «Befehlst du bei Treue?» «Ich befehle bei Treue.» – «Wirst du tun?» «Ich werde tun.»

(93) Aber diese Verpflichtung durch die Worte «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. (...)

#### 334 D. 45.1.1.2 Ulpianus im 48. Buch zu Sabinus

Wenn jemand so fragte: «Willst du mir geben?» Und zur Antwort erhielt: «Warum nicht?», so wird eine Verpflichtung begründet. Das Gegenteil aber würde gelten, wenn er, ohne zu sprechen, genickt hätte. Und nicht nur verweigert das Zivilrecht die Verbindlichkeit, sondern nicht einmal nach natürlichem Recht wird derjenige verpflichtet, der nur zugnickt hat (...)

#### 335 D. 45.1.137pr. Venuleius im 1. Buch der Stipulationen

Die Frage des Stipulators und die Antwort des Versprechenden müssen unmittelbar aufeinander folgen, wobei allerdings eine von der Natur gebotene Unterbrechung stattfinden kann, und es muss dem Stipulator sogleich geantwortet werden. Denn hätte jemand nach der Frage noch ein anderes Geschäft angenommen, so würde es nichts helfen, wenn auch das Versprechen an demselben Tage geschehen wäre.

#### 336 Gai. Inst. 3, 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 Sesterze gezahlt werden, während du 5000 Sesterze versprichst, oder wenn ich mir ohne Nebenbestimmung versprechen lasse, während du unter einer Bedingung versprichst.

#### 337 D. 45.1.1.4 Ulpianus im 48. Buch zu Sabinus

Wenn du, während ich mir zehn stipulieren lasse, zwanzig antwortest, so ist bekanntlich die Verbindlichkeit nur auf zehn abgeschlossen. Und umgekehrt, wenn du auf meine Frage «zwanzig», nur mit «zehn» antwortest, so wird die Verbindlichkeit auch nur auf zehn eingegangen sein; obgleich nämlich die Summen miteinander übereinstimmen müssen, so liegt doch klar zu Tage, dass in zwanzig auch zehn enthalten sind.

**338 D. 44.7.3.2 Paulus im 2. Buch der Institutionen**

Auch eine Verpflichtung aus förmlichen Worten entsteht nur dann, wenn die Kontrahenten den Willen dazu gehabt haben; denn habe ich z.B. scherzweise oder zur Illustration zu dir gesagt: «Gelobst du» und du geantwortet: «ich gelobe», wird keine Verbindlichkeit entstehen.

**339 D. 45.1.137.1 Venuleius im 1. Buch der Stipulationen**

Wenn ich mir einen Sklaven stipulieren lasse, und einen andern meine als du, so ist nichts vereinbart worden, denn eine Stipulation kommt nur bei Willensübereinstimmung zustande.

**340 D. 34.5.3 Paulus im 14. Buch der Rechtsfragen**

Bei einem zweideutigen Ausdruck sagt man nicht beides, sondern bloss das, was man meint; wer mithin etwas anderes sagt, als er meint, sagt weder das, was die Worte ausdrücken, weil er dies nicht meint, noch das, was er meint, weil er dies nicht ausspricht.

**341 Gai. Inst. 3, 105-106**

(105) Dass ein Stummer sich weder 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 Versprechensempfängers hören muss.

(106) Ein Geisteskranker kann kein einziges Rechtsgeschäft vornehmen, weil er nicht versteht, was er tut.

**342 D. 45.1.1pr. Ulpianus im 48. Buch zu Sabinus**

Eine Stipulation kann nicht zustande kommen, wenn nicht beide sprechen können, und deshalb kann weder ein Stummer noch ein Tauber oder ein Kind eine Stipulation eingehen; nicht einmal ein Abwesender, weil sie [die Vertragsschliessenden] sich gegenseitig hören müssen. Will sich einer von den genannten stipulieren lassen, so muss dies durch einen vor Ort anwesenden Sklaven geschehen, und er erwirbt dann durch denselben die Klage aus der Stipulation. Ebenso, wenn einer der genannten sich [durch Stipulation] verpflichten will, muss er [dem Sklaven] den Befehl dazu erteilen, und er wird sodann aus dem Befehl verpflichtet, [wenn der Sklave in seinem Namen verspricht].

**343 C. 4.32.1 [138-161 n. Chr.]**

*Kaiser Pius Augustus an den Veteran Aurelius:* Wenn bewiesen werden kann, dass die Zinsen in der vorgeschriebenen Weise auf eine vorgängige Frage hin versprochen worden sind, so können diese, auch wenn sie nicht in der Urkunde aufgenommen worden sind, mit vollem Recht verlangt werden. *Undatiert.*

**344 C. 8.37(38).1 [200 n. Chr.]**

*Die Kaiser Severus und Antoninus Augusti an Secundus:* Wenngleich in dem, deiner Bittschrift beigefügten Brief nicht gesagt wird, dass derjenige, der sich hat versprechen lassen, stipuliert habe, so ist dennoch, sobald die Sache zwischen zwei anwesenden Personen vereinbart worden ist, anzunehmen, dass die Antwort des Versprechenden auf eine vorangehende stipulationsmässige Frage gegeben worden sei. *Erhalten am 17. Tag vor den Kalenden des Mai unter dem dritten Konsulat von Severus und Victorinus.*

**345 D. 44.4.2.3 Ulpianus im 76. Buch zum Edikt**

Mit Blick auf den ersten Aspekt, aus welchen Gründen diese Einrede zur Anwendung komme, ist Folgendes noch weiter zu erörtern: Wenn jemand sich von einem anderen ohne Rechtsgrund hat stipulieren lassen und nachher aus der Stipulation Klage erhebt, so wird ihm in jedem Fall die Einrede der Arglist entgegenstehen, denn wenn er auch zu der Zeit, wo er sich stipulieren liess, nichts mit Arglist begangen hat, so ist dennoch nicht zu leugnen, dass er arglistig handelt, sobald es zur Streitbefestigung (*litis contestatio*) [hinsichtlich der Klage aus der Stipulation] kommt, weil er dadurch auf der Forderung aus der Stipulation beharrt. Auch wenn er zur Zeit des Eingehens der Stipulation einen Rechtsgrund hatte, scheint er dennoch gegenwärtig einen solchen nicht mehr zu haben. Wenn er sich mithin, mit der Intention, ein Darlehen abzusichern, eine Summe Geld hat stipulieren lassen, und die Darlehenssumme [als Gläubiger] nicht ausgezahlt hat, schadet ihm die Einrede, wenn auch der Grund der Stipulation ein bestimmter war, der jedoch entweder nicht wirklich eingetreten oder weggefallen ist.

**Vgl. Art. 1 Abs. 1 OR**

1 Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willens-  
äusserung der Parteien erforderlich.

**b. Der Stipulationsinhalt**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 40 III; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 50 I

**346 D. 50.17.185 Celsus im 8. Buch seiner Digesten**

Unmögliches muss nicht geleistet werden (*impossibilium nulla est obligatio*).

**347 Gai. Inst. 3, 97; 99**

(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 Pferdemenschen), versprechen lässt, so ist die Stipulation gleichermassen unwirksam.

(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 gehört, ihm nicht übereignet werden kann.

**348 D. 45.1.137.5 Venuleius im 1. Buch der Stipulationen**

Wenn ich mir von jemandem eine Leistung habe stipulieren lassen, die nur er nicht erbringen kann, während es doch einem anderen möglich ist, so ist, wie Sabinus schreibt, die Verbindlichkeit rechtswirksam eingegangen.

**349 D. 45.1.26 Ulpianus im 42. Buch zu Sabinus**

Es ist allgemein anerkannt, dass sittenwidrige Stipulationen keine Gültigkeit haben.

**350 D. 45.1.27pr. Pomponius im 22. Buch zu Sabinus**

Zum Beispiel: Wenn jemand verspricht, «einen Mord oder einen Tempelraub zu begehen». Es gehört aber zur Amtspflicht des Prätors, Klagen über Verpflichtungen dieser Art nicht zuzulassen.

**351 D. 45.1.94 Marcellus im 3. Buch der Digesten**

Jemand hat sich stipulieren lassen, «dass ihm Getreide gegeben werde». [Hier stellt sich] eine Tat-, nicht eine Rechtsfrage: Hat er dabei ein bestimmtes Getreide im Sinn gehabt, nämlich von bestimmter Art oder von bestimmter Quantität, so wird dies als ausdrücklich ausgesprochen angenommen. Sonst wenn jemand Art oder Mass bestimmen wollte, es aber nicht getan hat, nimmt man an, dass ihm gar nichts stipuliert worden ist, selbst nicht einmal ein Mass.

**352 D. 12.1.24 Ulpianus in der Einzelschrift der Pandekten**

Hat jemand sich etwas Bestimmtes versprechen lassen, steht ihm nicht die Stipulationsklage (*actio ex stipulatu*) zu; vielmehr muss er diesen Anspruch mit jener Kondiktionsklage (*condictio certae rei*) verfolgen, mit der man etwas Bestimmtes einklagt.

**353 Gai. Inst. 4, 136**

Ferner muss man bedenken, dass uns für eine Klage gegen jemanden, der etwas Unbestimmtes (*incertum*) versprochen hat, eine Klageformel dergestalt verheissen ist, dass eine Vorschaltung in die Klageformel folgendermassen bei der Sachverhaltsbeschreibung eingefügt ist: «Der und der soll Richter sein. Da Aulus Agerius sich von Numerius Negidius etwas Unbestimmtes durch Stipulation versprechen liess, was jetzt fällig geworden ist, alles, was deswegen Numerius Negidius dem Aulus Agerius geben oder tun muss» und so weiter.

**354 D. 45.1.74 Gaius im 8. Buch zum Provinzialedikt**

Einige Stipulationen sind bestimmt, andere unbestimmt. Bestimmt ist, wo es sich aus den Worten selbst ergibt, was, von welcher Art und wie viel es ist, wie z.B. «zehn Goldstücke», «das tuskulanische Landgut», «der Sklave Stichus», «hundert Mass des besten afrikanischen Getreides», «hundert Amphoren des besten kampanischen Weins».

**355 D. 45.1.75pr.-1; 3-5; 7-10 Ulpianus im 22. Buch zum Edikt**

(pr.) Wo es aber nicht offenkundig ist, was, von welcher Art und wie viel Gegenstand der Stipulation ist, muss man dafür entscheiden, dass die Stipulation eine unbestimmte ist.

(1) Wenn sich also jemand stipulieren lässt, «dass ein Landgut» ohne besondere Benennung, oder «ein Sklave» allgemein ohne seinen Eigennamen, oder «Wein» und «Getreide» ohne eine Bestimmung der Qualität gegeben werden solle, so wird eine Verbindlichkeit über etwas Unbestimmtes eingegangen. (...)

(3) Hat sich jemand «die Nutzniessung eines bestimmten Landguts» stipulieren lassen, so nimmt man an, dass die Verbindlichkeit über etwas Unbestimmtes eingegangen worden ist; wenigstens wird dies meist angenommen.

(4) Über Folgendes besteht Zweifel: Ob, wenn sich jemand stipulieren lässt, man solle «ihm dasjenige (Kind) geben, was die Sklavin Arethusa gebären wird», oder «die Früchte, die auf dem tuskulanischen Landgut erzeugt werden», anzunehmen sei, dass hier etwas Bestimmtes versprochen worden ist? Aber schon der Natur nach erscheint es offensichtlich, dass diese Stipulation zu den Unbestimmten gehört.

(5) Wer sich «Wein oder Öl oder das Getreide, was in der Scheune ist», stipulieren lässt, von dem nimmt man an, dass er sich etwas Bestimmtes hat stipulieren lassen. (...)

(7) Wenn sich jemand eine Leistung stipulieren lässt, die in einem Tun oder Unterlassen besteht, von dem nimmt man an, dass er sich etwas Unbestimmtes stipulieren lasse; ein Tun, z.B. «einen Graben zu graben», «ein Haus zu bauen», «freiliegenden Besitz zu übergeben», ein Unterlassen, z.B. «dass du mich nicht daran hinderst, über dein Landgut zu fahren», «dass du mich nicht daran hinderst, den Sklaven Eros zu besitzen».

(8) Wer sich «dies oder jenes» stipulieren lässt, z.B. «zehn oder den Sklaven Stichus», bei dem fragt sich nicht ohne Grund, ob er eine Verbindlichkeit über etwas Bestimmtes oder Unbestimmtes begründe, denn obgleich bestimmte Sachen bezeichnet werden, so bleibt doch unbestimmt, welche von beiden nunmehr geleistet werden soll. Aber wenn er sich durch Hinzufügung der Worte: «was von beiden mir beliebt wird» das Wahlrecht von beiden festgelegt hat, ist anzunehmen, dass er sich etwas Bestimmtes hat stipulieren lassen, da es ihm freisteht, das, was ihm gegeben werden muss, entweder nur auf den Sklaven oder nur auf die zehn zu erstrecken; wer sich aber die Auswahl nicht ausbedingt, lässt sich etwas Unbestimmtes stipulieren.

(9) Wer sich ein Kapital und irgendwelche Zinsen stipulieren lässt, von dem nimmt man an, dass er sich etwas Bestimmtes und Unbestimmtes stipulieren lasse und dass es so viel Stipulationen als Leistungsgegenstände sind.

(10) Die so gefasste Stipulation, «das tuskulanische Landgut zu geben», zeigt an, dass sie zu den bestimmten gehört und beinhaltet die Verpflichtung, dem Stipulator das unbeschränkte Eigentum zu verschaffen.

### 356 Gai. Inst. 4, 53-54

(53) Wenn jemand zu viel in den Klagantrag (*intentio*) aufgenommen hat, so fällt er im Prozess durch, das heisst, er verliert seinen Anspruch, und er wird auch vom Prätor nicht wieder in den vorigen Stand eingesetzt (...)

(54) Jenes ist hinreichend klar, dass man in unbestimmten Klageformeln nicht zu viel fordern kann, weil niemand zu viel beantragen kann, wenn keine bestimmte Menge eingeklagt wird, sondern «alles, was der Gegner geben oder tun muss», beantragt wird. (...)

#### Vgl. Art. 20 OR

1 Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

2 Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

### c. *Stipulatio alteri*; bedingte und befristete Stipulation

Lit.: KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 17 III, 50

### 357 D. 45.1.38.17, 20 Ulpianus im 49. Buch zu Sabinus

(17) Für einen andern kann sich niemand stipulieren lassen, ausser wenn sich der Sklave für den Herrn oder der Haussohn für den Vater stipulieren lässt; denn Verbindlichkeiten dieser Art sind dazu erfunden worden, dass jeder dasjenige erwerbe, woran er ein Interesse hat; dass aber

einem anderen etwas gegeben werde, hat für mich kein Interesse. Wollte ich jedoch dies tun, so würde ich mir eine Strafe stipulieren lassen müssen; sodass, wenn das nicht geschieht, was in der Stipulation aufgenommen worden ist, die Stipulation auch für den verfällt, der weiter kein Interesse daran hat. Denn wenn sich jemand eine Strafe stipulieren lässt, so wird nicht auf sein Interesse geschaut, sondern auf die Quantität und die Bedingung der Stipulation.

(20) Wenn ich für einen anderen stipulieren lasse, während es meine Interessen betrifft, so fragt es sich, ob eine solche (Straf-)stipulation verfällt? Und Marcellus sagt, die Stipulation sei in folgendem Fall gültig: Jemand, der begonnen hatte, Vormundschaft über ein Mündel zu führen, überliess die Verwaltung seinem Mitvormund, und liess sich [von diesem] stipulieren, dass dem Mündel das Vermögen erhalten bleibe. Nach Marcellus' Ansicht kann die Gültigkeit der Stipulation vertreten werden. Es sei nämlich im Interesse des Stipulators, dass das geschehe, was er sich habe stipulieren lassen, da er dem Mündel künftig verpflichtet bleibe, falls das Vermögen [des Mündels] untergehe.

### 358 Gai. Inst. 3, 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 folgendermassen 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 regelwidrig, eine Verpflichtung mit der Person des Erben beginnen zu lassen. Dagegen ist es uns nicht möglich, folgendermassen eine Stipulation vorzunehmen: «Gelobst Du, dass am Tage vor meinem Tode oder am Tage vor deinem Tode gegeben wird?» Weil «am Tage, bevor jemand stirbt» erst dann einen Sinn ergibt, wenn der Tod eingetreten ist; ist aber daraufhin der Tod eingetreten, so wird die Stipulation sodann auf einen vergangenen Zeitpunkt zurückgeführt und bedeutet gewissermassen: «Gelobst Du, dass meinem Erben gegeben wird?», was in der Tat unwirksam ist.

### 359 Inst. Just. 3.15(16).2, 4, 6

(2) Jede Stipulation wird entweder ohne Zusatz oder befristet oder bedingt abgeschlossen. Ohne Zusatz zum Beispiel so: «Gelobst du, mir fünf Aurei zu geben?»; und das kann sofort verlangt werden. Befristet, wenn die Stipulation unter Bestimmung eines Termins abgeschlossen wird, an dem das Geld gezahlt werden soll, zum Beispiel: «Gelobst du, am nächsten 1. März zehn Aurei zu geben?» Was wir uns jedoch auf einen Termin versprechen lassen, wird zwar sofort geschuldet, kann aber, bevor der Termin gekommen ist, nicht eingeklagt werden. Und nicht einmal an dem Termin selbst, auf den die Stipulation gestellt ist, kann geklagt werden, weil auch noch dieser ganze Tag dem Gutdünken des Leistenden zu belassen ist. Denn dass die Leistung nicht an dem Tag erbracht wurde, auf den sie versprochen worden ist, steht erst dann fest, wenn der Tag vorübergegangen ist.

(4) Unter einer Bedingung wird die Stipulation abgeschlossen, wenn das Schuldverhältnis auf irgendein ungewisses Ereignis verschoben wird, so dass die Stipulation erst wirksam wird, wenn irgendetwas geschieht oder nicht geschieht, zum Beispiel: «Gelobst du, mir fünf Aurei zu geben, wenn Titius Konsul wird?» Wenn sich jemand so versprechen lässt: «Gelobst du zu geben, wenn ich nicht auf das Kapitol steige?», dann ist es genauso, wie wenn er sich hätte versprechen lassen, dass ihm geleistet wird, wenn er stirbt. Aus einer bedingten Stipulation

entsteht lediglich die Hoffnung auf eine künftige Schuld, und eben diese Hoffnung übertragen wir [auf den Erben], wenn uns, bevor die Bedingung eintritt, der Tod ereilt.

(6) Bedingungen, die sich auf einen vergangenen oder einen gegenwärtigen Zeitpunkt beziehen – zum Beispiel: «Gelobst du zu geben, wenn Titius Konsul war?» oder: «, wenn Maevius lebt?» –, machen entweder das Schuldverhältnis sofort unwirksam oder verzögern seine Entstehung in keiner Weise. Denn wenn es sich nicht so verhält, ist die Stipulation unwirksam; verhält es sich dagegen so, ist sie sogleich wirksam. Denn was in der Wirklichkeit gewiss ist, verzögert die Entstehung des Schuldverhältnisses nicht, mag der Umstand für uns auch ungewiss sein.

### **360 D. 50.16.213pr. Ulpianus im 1. Buch der Regeln**

«Der Tag läuft» (*cedere diem*) heisst: Das Geld fängt an geschuldet zu werden, «der Tag kommt» (*venire diem*) bedeutet, der Tag ist gekommen, an welchem das Geld gefordert werden kann. Wenn also jemand ohne Nebenbestimmung stipuliert hat, so läuft der Tag, und ist zugleich auch gekommen, wenn aber unter einem Termin, so läuft zwar der Tag, aber er ist noch nicht gekommen, wenn unter einer Bedingung, so läuft weder der Tag, solange die Bedingung schwebt, noch ist er gekommen.

### **361 Inst. Just. 3.19(20).25**

Wenn jemand sich etwas unter irgendeiner Bedingung hat versprechen lassen, dann kann, selbst wenn er vor Bedingungseintritt stirbt, sein Erbe klagen, falls später die Bedingung eintritt. Entsprechendes gilt auch auf Seiten des Versprechenden.

### **362 D. 45.1.78pr. Paulus im 62. Buch zum Edikt**

Wenn ein Haussohn, der sich etwas unter einer Bedingung stipulieren lässt, aus der Gewalt entlassen worden ist und nun die Bedingung erfüllt worden ist, so steht dem Vater die Klage zu, weil bei Stipulationen die Zeit zu beachten ist, zu der wir den Vertrag geschlossen haben.

### **363 Gai. Inst. 3, 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, welches unter einer unmöglichen Bedingung hinterlassen ist, ebenso geschuldet werde, wie wenn es ohne Bedingung hinterlassen worden sei; die Gewährleute der anderen Schule halten ein solches Vermächtnis für ebenso unwirksam wie eine Stipulation. Tatsächlich lässt sich kaum ein ausreichender Grund für die unterschiedliche Behandlung anführen.

### **364 D. 45.1.137.6 Venuleius im 1. Buch zu den Stipulationen**

Wenn sich jemand unter dieser Bedingung hat stipulieren lassen «wenn Titius eine heilige oder religiöse Sache verkauft haben wird», oder «den Markt», «den öffentlichen Säulengang» oder andere Sachen dieser Art, die für ewige Zeiten dem öffentlichen Gebrauche gewidmet sind, so dass die Bedingung von Rechts wegen nicht erfüllt werden kann, indem jenem nicht gestattet ist, das Versprochene zu tun; so wird die Stipulation unwirksam sein, gerade so, als wenn eine Bedingung, die ihrer Natur nach zu den Unmöglichen gehört, in sie aufgenommen worden wäre. Auch ist es nicht von Bedeutung, dass das Recht sich ändern und das, was gegenwärtig unmöglich ist, später möglicherweise stattfinden kann. Denn eine Stipulation muss nicht nach dem Recht einer zukünftigen Zeit, sondern nach dem, was zum Zeitpunkt des Versprechens die Rechtslage ist, beurteilt werden.

**365 D. 45.1.97.2 Celsus im 26. Buch zu den Digesten**

[Wenn sich jemand auf diese Weise hat stipulieren lassen:] «Wenn ich dich geheiratet habe, gelobst du, zehn zu geben», ist meines Erachtens unter Berücksichtigung der näheren Umstände [vom Prätor] die Klage zu versagen; es ist aber nicht selten, dass eine derartige Stipulation auch einen billigen Grund hat. (...)

**366 D. 50.17.161 Ulpianus im 77. Buch zum Edikt**

Es ist im Zivilrecht angenommen worden, dass immer dann, wenn durch denjenigen, der ein Interesse daran hat, dass eine Bedingung nicht erfüllt werde, bewirkt wird, dass sie nicht erfüllt wird, so zu tun ist, als wäre die Bedingung erfüllt worden. Und dies wird auch bei Freilassungen, Vermächtnissen und Erbeinsetzungen angewendet. Und nach diesem Vorbild verfallen auch Stipulationen, wenn etwa der Versprechende dafür gesorgt hat, dass der Stipulator die Bedingung nicht befolgte.

**Vgl. Art. 111-112 OR**

## Art. 111

Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.

## Art. 112

1 Hat sich jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen, so ist er berechtigt, zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde.

2 Der Dritte oder sein Rechtsnachfolger kann selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war, oder wenn es der Übung entspricht.

3 In diesem Falle kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen.

**d. Die Stipulationshaftung**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 9 V; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 68

**367 Paul. Sent. 5.7.4**

Wenn eine aufgrund einer Stipulation geschuldete Sache infolge eines Verhaltens des Versprechenden untergegangen ist, kann die Forderung aus der Stipulation geltend gemacht werden, wie wenn die Sache noch vorhanden wäre. Deswegen wird der Versprechende mit der Zahlung deren Wertes bestraft, umso mehr, wenn die Stipulation auf Arglist hingewiesen hat.

**368 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, weshalb du erkennen musstest, dass du zu leisten verpflichtet warst.

**369 D. 45.1.91pr. Paulus im 17. Buch zu Plautius**

Wenn ich mir einen Sklaven habe versprechen lassen, und der Sklave ohne Eintritt eines Verzugs gestorben ist, so ist, wenn ihn der Versprechende selbst getötet hat, der Fall nicht kompliziert. Wenn er ihn aber in einer Krankheit vernachlässigt hat, so ist bei der Frage, ob der

Versprechende hafte, zu prüfen, ob, wie bei der Vindikation des Sklaven, wenn er von dem Besitzer vernachlässigt worden ist, der Besitzer nach dem Mass seines Verschuldens haftet, oder ob das Verschulden, soweit es eine Stipulation betrifft, nur bei einem Tun relevant ist, nicht aber bei einem Unterlassen? Es ist nicht streitig, dass letzteres anzunehmen ist, da derjenige, der etwas zu geben versprochen hat, nur zu geben, nicht zu tun verpflichtet ist.

**370 D. 22.1.32pr. Marcianus im 4. Buch der Rechtsregeln**

Der Eintritt des Verzugs wird, wie man annimmt, nicht objektiv aufgrund der Verzögerung der Leistung, sondern von der Person her bestimmt, das heisst, wenn der Schuldner an einem dafür passenden Ort gemahnt worden ist und nicht leistet. Dies ist [unter Berücksichtigung des Einzelfalles] vor dem Richter zu untersuchen. Denn wie auch Pomponius im 12. Buch seiner Briefe geschrieben hat, ist eine allgemeine Bestimmung der Verzugsvoraussetzungen schwierig. Auch der vergöttlichte Kaiser Antoninus Pius hat dem Tullius Balbus auf Anfrage den Bescheid erteilt, dass die Frage, wann man annehmen könne, dass Verzug eingetreten sei, weder durch eine Kaiserkonstitution noch durch die Erörterung der Rechtsgelehrten entschieden werden könne, weil es sich mehr um eine Tat- als um eine Rechtsfrage handle.

**371 D. 45.1.49.3 Paulus im 37. Buch zum Edikt**

Wenn derjenige, der einen Sklaven versprochen hat, vor dem Termin, an dem er ihn versprochen hat, gemahnt worden ist, und der Sklave darauf gestorben ist, so ist nicht anzunehmen, dass ihm ein Verzug zu Last falle.

**372 D. 45.1.114 Ulpianus im 17. Buch zu Sabinus**

Wenn ich mir die Leistung eines Grundstücks zu einem bestimmten Termine habe stipulieren lasse, und der Versprechende dafür verantwortlich ist, dass es mir nicht geleistet wird, so muss er mir so viel bezahlen, wie mein Interesse daran beträgt, dass kein Verzug eintritt.

**373 D. 22.1.38.7 Paulus im 6. Buch zu Plautius**

Wenn mir eine Klage zusteht, um etwas zu verlangen, das mir noch nicht gehört, zum Beispiel eine Klage aus Stipulation, kann ich Früchte nicht verlangen, auch wenn Verzug eingetreten ist. Ist aber der Prozess begründet worden, dann nehmen Sabinus und Cassius an, dass aus Gründen der Gerechtigkeit auch die Früchte, soweit sie nach Streitbefestigung (*litis contestatio*) gezogen worden sind, geschuldet werden, damit die Sache im gesamten Umfang herausgegeben wird. Ich meine, dass das zu Recht so gesagt wird.

**374 D. 45.1.82.1 Ulpianus im 78. Buch zum Edikt**

Wenn nach dem Verzugseintritt des Versprechenden der Sklave gestorben ist, so ist der Versprechende nicht weniger gebunden, als wenn der Sklave noch lebte.

**375 D. 45.1.91.3 Paulus im 17. Buch zu Plautius**

Wie wollen nunmehr die Untersuchung des Satzes folgen lassen, den die früheren Juristen 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 leisten könne, dann ist diese Bestimmung leicht zu verstehen. Hat er aber die Erfüllung nur verzögert, dann wird zweifelhaft, ob, wenn er nur später nicht im Verzug war, der frühere Verzug dadurch getilgt werde? Und Celsus der Jüngere schreibt, dass derjenige, der sich durch Verschulden in Verzug mit der Leistung des Stichus, den er versprochen habe, befinde, diesen Verzug dadurch wieder abwenden könne, dass er ihn [den Sklaven] nachher anbiete. Es sei nämlich eine Frage

der Gerechtigkeit. Freilich werde man oft durch die Autorität schändlicher Rechtsgelehrtheit in die Irre geführt. Und mit Sicherheit ist diese Meinung vorzugswürdig, der tatsächlich auch Julianus folgt, denn wenn nach einem Schaden gefragt wird und die Ursache auf beiden Seiten liegt, weshalb sollte es nicht der Stärkere sein, der haftet, als der, der verklagt wird?

### 376 D. 45.1.105 Iavolenus im 2. Buch der Briefe

Ich habe mir versprechen lassen, dass mir «der Sklave Damas oder Eros gegeben» werde. Als du mir den Damas geben wolltest, geriet ich, da ich ihn nicht annehmen wollte, in Verzug. Nun ist Damas gestorben. Glaubst du, dass mir nunmehr die Klage aus der Stipulation zusteht? Die Antwort lautet: Nach der Meinung des Masurius Sabinus glaube ich, dass du nicht aus der Stipulation klagen kannst, denn er ging mit Recht davon aus, dass der Schuldner sofort von der Verbindlichkeit befreit werde, wenn der Verzug, aufgrund dessen er nicht leistet, was er schuldet, nicht von ihm ausging.

## 4. Austauschverträge

### a. Konsensualkontrakte und «Treu und Glauben»

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 32 V, 44 ff., 62 II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 48 II

### 377 Gai. Inst. 3,135-137

(135) Durch Willensübereinstimmung (Konsens) entstehen Verpflichtungen bei Kaufvertrag (*emptio venditio*), Miete, Pacht, Dienstvertrag und Werkvertrag (*locatio conductio*), Gesellschaft (*societas*) und Auftrag (*mandatum*).

(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 Treu und Glauben (*ex fide bona*) leisten muss, während andererseits bei Verbalverträgen der eine sich eine Forderung durch Stipulation versprechen lässt und der andere sie übernimmt und bei den Briefverpflichtungen der eine durch Eintragung eine Verpflichtung schafft und der andere verpflichtet wird.

### 378 D. 50.17.116pr.; 2 Ulpianus im 11. Buch zum Edikt

(pr.) Nichts ist der Übereinkunft, auf der auch die Klagen nach Treu und Glauben beruhen, so zuwider wie Gewalt und Furcht, und es würde gegen die guten Sitten verstossen, wenn man die [so abgeschlossenen Übereinkünfte] billigen würde. (...)

(2) Diejenigen, die sich im Irrtum befinden, haben keine Übereinkunft getroffen.

**379 Cicero, Vom pflichtgemässen Handeln (de officiis) 3.17.70**

Es war Quintus Scaevola, der *Pontifex Maximus*, der allen Schiedsverfahren, denen die Formel «nach Treu und Glauben» (*ex fide bona*) beigelegt war, die grösste Kraft beizumessen pflegte; und er meinte, dass der Ausdruck «guter Glaube» eine sehr weitreichende Wirkung habe, denn er werde in Vormundschaften und Gesellschaften, in Treuhandgeschäften und Aufträgen, in Kauf und Verkauf, in Miete und Pacht – mit einem Wort, in allen Geschäften, von denen die sozialen Verbindungen des täglichen Lebens abhängen, verwendet. In diesen Geschäften, sagte er, bedürfe es eines Richters von grosser Kompetenz, um über das Ausmass der Verpflichtung jedes Einzelnen gegenüber dem anderen zu entscheiden, insbesondere weil Widerklagen in den meisten Fällen zulässig sind.

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

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

**381 Gai. Inst. 4, 62-63**

(62) Und zwar sind dies die Klagen aus Treu und Glauben: Wegen Kaufvertrags (*emptio venditio*), wegen Miete, Pacht, Dienstvertrag und Werkvertrag (*locatio conductio*), wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotia gesta*), wegen Auftrags (*mandatum*), wegen Hinterlegung (*depositum*), wegen Treuhand (*fiducia*), Gesellschaft (*societas*), wegen Vormundschaft (*tutela*), wegen Mitgift.

(63) Trotzdem steht es dem Richter frei, überhaupt keine Berechnung zur gegenseitigen Verrechnung anzustellen, denn es wird durch die Klageformelworte nicht ausdrücklich vorgeschrieben; aber wie es dem Verfahren nach Treu und Glauben ersichtlich entspricht, nimmt man an, dass dies in seiner Amtspflicht enthalten sei.

**382 Inst. Just. 4.6.30**

Bei den Klagen nach Treu und Glauben erscheint dem Richter die freie Befugnis eingeräumt, nach Recht und Billigkeit zu bestimmen, wieviel dem Kläger geleistet werden muss. Darin ist auch eingeschlossen, dass der Beklagte, wenn der Kläger seinerseits etwas zu leisten verpflichtet ist, nach entsprechender Verrechnung in den Rest verurteilt werden soll. Aber auch für die strengrechtlichen Klagen wurde durch ein Reskript des vergöttlichten Kaisers Mark Aurel die Verrechnung durch Erheben der Arglistrede eingeführt. (...)

**383 Cicero, Rede für den Schauspieler Q. Roscius 4.10-11**

Denn ein Verfahren vor dem Richter (*iudicium*), ist etwas anderes als ein 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 dartut, dass seine Forderung auf den Heller 50'000 Sesterze 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 eine Sache für sicher, der andere für unsicher.

#### **384 D. 19.1.1pr. Ulpianus im 28. Buch zu Sabinus**

Wird die verkaufte Sache nicht übergeben, so wird auf das Interesse geklagt, das heisst auf das Interesse, das der Käufer daran hat, die Sache [in seinem Besitz] zu haben. Das Interesse überschreitet jedoch bisweilen den Wert oder den Preis der Sache, wenn es höher ist als der Betrag, den die Sache wert ist oder zu dem sie gekauft wurde.

#### **385 D. 2.14.7pr.-1; 4-6 Ulpianus im 5. Buch zum Edikt**

(pr.) Von den Übereinkommen nach Völkergemeinrecht (*ius gentium*) bringen einige Klagen hervor, einige nur Einreden.

(1) Diejenigen, welche Klagen hervorbringen bleiben nicht bei ihrer [allgemeinen] Bezeichnung [«Übereinkommen»] stehen; vielmehr gehen sie in einen besonderen Vertragsbegriff über, nämlich Kauf, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag, Gesellschaft, Leihe, Hinterlegung und die üblichen ähnlichen Verträge. (...)

(4) (...) Eine bloss formlose Abrede (*pactum conventum*) bringt also kein Schuldverhältnis hervor, aber sie bringt eine Einrede hervor.

(5) Manchmal gestaltet die formlose Vereinbarung (*pactum*) jedoch den Klageinhalt unmittelbar wie bei den Klagen nach Treu und Glauben. 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 Seite des Klägers zum 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. (...) 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, solange noch keine Leistung erbracht ist. (...)

#### **386 D. 24.3.21 Ulpianus im 3. Buch seiner Erörterungen**

(...) Die Einrede der Arglist ist nämlich in der Klage auf Rückgabe der Mitgift enthalten wie bei den anderen Klagen nach Treu und Glauben. (...)

#### **387 D. 30.84.5 Julianus im 33. Buch seiner Digesten**

Jemand kaufte vom Erben einen Sklaven, der ihm im Testament vermacht war, ohne zu wissen, dass er ihm vermacht war. Wenn er, nachdem er von dem Vermächtnis Kenntnis erlangt hat, mit der Vermächtnisklage vorgegangen ist und den Sklaven erhalten hat, muss die Verkäuferklage gegen ihn abgewiesen werden, weil diese eine Klage nach Treu und Glauben ist und die Berücksichtigung der Einrede der Arglist schon von sich aus enthält. (...)

**388 D. 19.1.1.1 Ulpianus im 28. Buch zu Sabinus**

Hat der Verkäufer eine Dienstbarkeit verheimlicht, obwohl er weiss, dass sie besteht, entgeht er nicht der Käuferklage, vorausgesetzt nur, dass der Käufer von der Dienstbarkeit keine Kenntnis hatte. Denn alles, was gegen Treu und Glauben geschieht, wird von der Käuferklage erfasst. Dass der Verkäufer die Dienstbarkeit kennt und verheimlicht, nehmen wir jedoch nicht dann nur an, wenn er nicht auf sie hingewiesen hat, sondern auch wenn er, nachdem er danach gefragt wurde, gesagt hat, dass die betreffende Dienstbarkeit nicht besteht. Aber auch wenn du [als Käufer] vorträgst, der Verkäufer habe wörtlich gesagt: «Es besteht zwar keine Dienstbarkeit, ich hafte aber nicht dafür, dass nicht doch wider Erwarten eine Dienstbarkeit auftaucht», bin ich der Ansicht, dass er aus der Käuferklage haftet, sofern eine Dienstbarkeit bestand und er dies [gewissermassen] wusste. Aber auch wenn der Verkäufer darauf hingewirkt hat, dass der Käufer nicht erfuhr, dass eine Dienstbarkeit besteht, meine ich, dass er aus Kauf haftet. Und grundsätzlich möchte ich sagen, dass der Verkäufer dann haften muss, wenn er sich im Hinblick auf das Unbekanntbleiben der Dienstbarkeit in einer zu missbilligenden Weise verhalten hatte, nicht aber, wenn er nur den Willen hatte, sich vor einer Haftung zu sichern. Das alles ist unter der Voraussetzung richtig, dass dem Käufer die Dienstbarkeit nicht bekannt war, weil demjenigen, der vom Bestehen des Rechts weiss, ersichtlich nichts verheimlicht wird, und niemand unterrichtet werden muss, der den Sachverhalt bereits kennt.

**389 D. 4.3.7.3 Ulpianus im 11. Buch zum Edikt**

Aber nicht nur, wenn keine andere Klage gegeben ist, sondern auch dann, wenn nur zweifelhaft ist, ob eine andere Klage gegeben ist, müsse die Klage wegen Arglist erteilt werden, meint Labeo; und er führt folgenden Fall an: Jemand, der mir einen Sklaven entweder aus Kauf oder aus Stipulation schuldete, gab ihm Gift und hat ihn in diesem Zustand übergeben; oder er schuldete ein Grundstück und hat das Grundstück vor Übergabe mit einer Dienstbarkeit belastet oder Gebäude niedergerissen, Bäume gefällt oder herausgerissen.(...) Die Klage wegen Arglist scheidet aus, wenn tatsächlich für Arglist Sicherheit geleistet worden ist, da ja die Klage aus der Stipulation gegeben ist. Wenn keine Sicherheit geleistet worden ist, entfällt natürlich neben der Klage aus Kauf die Arglistklage, weil die Klage aus Kauf gegeben ist; neben einer Klage aus der Stipulation ist aber die Arglistklage erforderlich.

**390 D. 22.1.38.8; 15 Paulus im 6. Buch zu Plautius**

(8) Auch aus dem Rechtsverhältnis des Kaufs müssen die Früchte herausgegeben werden. (...)

(15) Auch bei den übrigen Klagen nach Treu und Glauben sind in jedem Fall die Früchte zu leisten.

**391 D. 16.3.24 Papinianus im 9. Buch der Rechtsfragen**

(...) Zwar ist für die Klagen nach Treu und Glauben anerkannt, dass, was Zinsen angeht, die Amtspflicht des Richters ebenso viel vermag wie eine Stipulation [durch die rechtsgeschäftlich eine Zinspflicht begründet wird]; (...)

**392 D. 17.1.10.3 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Wenn mein Geschäftsbesorger mein Geld in Besitz hat, muss er jedenfalls bei Verzug mir Zinsen zahlen. Aber auch wenn er mein Geld verzinslich ausgeliehen und die Zinsen erlangt hat, müssen wir folgerichtig sagen, dass er herausgeben muss, was auch immer er als Gewinn erlangt hat, gleichgültig ob ich ihn beauftragt habe oder nicht, weil es Treu und Glauben entspricht, dass er aus fremdem Gut nicht Vorteil zieht. Hat er aber das Geld nicht verzinslich angelegt, sondern für eigene Zwecke verwendet, so kann er auf Zahlung derjenigen Zinsen

verklagt werden, die im Rahmen des gesetzlichen Zinssatzes in der Gegend üblicherweise gezahlt werden. Papinianus sagt dazu noch, dass der Geschäftsführer auch dann, wenn er Zinsen eingezogen und für eigene Zwecke verwendet hat, darauf Zinsen zahlen muss.

### 393 Vat. 2 Papinianus im 3. Buch seiner Rechtsgutachten

Zinsen werden dem Verkäufer nach richterlichem Ermessen geleistet, nachdem dem Käufer der Besitz verschafft wurde; dem Käufer müssen aber die Früchte vor der Übergabe des Besitzes geleistet werden. Ein Verzug (*mora*) wird in beiden Fällen nicht vorausgesetzt.

### 394 Gai. Inst. 4, 114

Schliesslich müssen wir noch untersuchen, was der Pflicht eines Richters entspricht, wenn der Beklagte vor der Urteilsfällung, aber nach Einlassung auf die Klage den Kläger befriedigt, ob der Richter nämlich freisprechen oder deshalb verurteilen soll, weil der Beklagte zur Zeit der Einlassung auf die Klage sich bereits in einer solchen Rechtslage befunden hat, dass er verurteilt werden musste. Unsere Lehrer meinen, er müsse freisprechen, und zwar ohne Rücksicht auf die Gattung des Verfahrens; und das ist damit gemeint, wenn man gemeinhin sagt, Sabinus und Cassius seien der Ansicht in jedem Prozess könne man noch freisprechen. <Die Gewährleute der anderen Schule sind für strengrechtliche Verfahren gegenteiliger Ansicht>; für Verfahren nach Treu und Glauben meinen sie aber dasselbe, weil in derartigen Verfahren die Amtsgewalt des Richters frei ist. (...)

#### Vgl. Art. 2 ZGB, Art. 23, 25 Abs. 1 OR

##### Art. 2 ZGB

1 Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

2 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

##### Art. 23 OR

Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.

##### Art. 25 Abs. 1 OR

1 Die Berufung auf Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht. (...)

## b. Kauf

### ii. Der Preis

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 44 I-II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 52 I-II

### 395 Gai. Inst. 3, 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.

### 396 D. 18.1.35 Gaius im 10. Buch zum Provinziedikt

Wenn beim Kauf häufig etwas als Anzahlung gegeben wird, hat das nicht den Sinn, dass die Vereinbarung ohne Anzahlung etwa nicht wirksam wäre, sondern den, klarer beweisen zu können, dass man sich über den Preis geeinigt hat.

(1) Es steht fest, dass das Geschäft noch nicht zustande gekommen ist, wenn der Verkäufer zu dem, der kaufen will, sagt: «Der Kauf ist abgeschlossen für den Preis, den du willst» oder: «den du für gerecht hältst» oder: «den du schätzt».

**397 Inst. Just. 3.23.1**

Ein Kaufpreis aber muss vereinbart sein. Denn einen Kaufvertrag ohne Kaufpreis kann es nicht geben. Der Preis muss aber auch bestimmt sein. Wenn demgegenüber von den Parteien verabredet wird, dass eine Sache für so viel gekauft sein soll, «auf wieviel Titius sie schätzen wird», dann wurde unter den früheren Juristen mehr als genug gestritten, ob ein Kaufvertrag besteht oder nicht. Unsere Entscheidung hat das aber so geregelt: Falls der Kaufvertrag lautet: «Für so viel, wie jener schätzen wird», steht der Vertrag unter dieser Bedingung, und folglich muss, wenn der Benannte einen Preis bestimmt, in jedem Fall seiner Schätzung gemäss dem Preis gezahlt und die Sache übergeben werden, so dass der Kaufvertrag Wirksamkeit erlangt und der Käufer mit der Kaufklage, der Verkäufer mit der Verkaufsklage vorgehen kann. Wenn aber der Benannte den Preis nicht bestimmen will oder kann, dann ist der Kauf nichtig, so als ob gar kein Preis vereinbart worden ist. Da wir dieses Recht für den Kauf eingeführt haben, ist es nicht abwegig, dasselbe auch auf Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag zu erstrecken.

**398 D. 18.1.36 Ulpianus im 43. Buch zum Edikt**

Wenn jemand beim Verkauf einen Preis festsetzt und von vornherein die Absicht hat, ihn schenkungshalber nicht zu verlangen, so hat er keinen Verkauf vorgenommen.

**399 D. 18.1.38 Ulpianus im 7. Buch seiner Erörterungen**

Wenn jemand schenkungshalber zu einem geringeren Preis verkauft, ist der Verkauf gültig. Wir sagen nämlich nur dann, dass der Verkauf im Ganzen ungültig ist, wenn der gesamte Verkauf schenkungshalber vorgenommen worden ist; wenn dagegen eine Sache schenkungshalber zu einem niedrigeren Preis verkauft wird, besteht kein Zweifel, dass der Verkauf gültig ist. (...)

**400 D. 4.4.16.4 Ulpianus im 11. Buch zum Edikt**

Pomponius sagt ferner, beim Kaufen und Verkaufen sei es den Vertragsparteien hinsichtlich des Kaufpreises natürlicherweise erlaubt, einander zu übervorteilen.

**401 C. 4.44.2 [285 n. Chr.]**

*Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti an Lupus.* Wenn du oder dein Vater einen Gegenstand von höherem Wert für einen geringeren Preis verkauft habt, so ist es gerecht, dass du entweder gegen Rückgabe des Kaufpreises an die Käufer nach richterlicher Anordnung, das verkaufte Grundstück zurückerhältst, oder, wenn der Verkäufer dies vorzieht, das gezahlt erhältst, was vom angemessenen Preise fehlt. Zu gering erscheint aber der Preis, wenn nicht einmal die Hälfte des wahren Wertes bezahlt worden ist. *Ausgehängt am 5. Tag vor den Kalenden des Novembers unter dem zweiten Konsulat von Diocletianus und Aristobulos.*

**402 Gai. Inst. 3, 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, Andere Gefangene der Schlacht.» (Hom., Ilias 7, 472-475) 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 unsinnig, 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.

#### **403 D. 18.1.1pr.-1 Paulus im 33. Buch zum Edikt**

(pr.) Kaufen und Verkaufen haben ihren Ursprung im Tauschen. Einst gab es nämlich noch nicht wie heute Geld, und man pflegte noch nicht die eine Sache Ware, die andere Preis zu nennen; vielmehr tauschte ein jeder nach den Bedürfnissen der jeweiligen Zeiten und Umstände Entbehrliches gegen Nützlichendes, weil es sich häufig ergibt, dass das, was der eine übrig hat, bei dem anderen fehlt. Da es jedoch nicht immer und nicht leicht zusammentrifft, dass dann, wenn du etwas hast, was ich haben will, auch ich etwas habe, was du dafür anzunehmen bereit bist, wurde ein Stoff gewählt, dessen allgemeine und dauerhafte Wertschätzung den Schwierigkeiten des Tauschverkehrs durch die Gleichheit der Menge abhelfen sollte. Und dieser mit staatlicher Prägung versehene Stoff gewährt uns demnach Gebrauchswert und Eigentum nicht so sehr durch seinen Stoff als durch seine jeweilige Menge, und man bezeichnet nicht länger beides als Ware, sondern das eine als Preis.

(1) Ob man aber auch heute noch von einem Kauf sprechen kann, wenn keine Geldzahlung vereinbart ist, zum Beispiel wenn ich eine Toga gebe, um eine Tunika zu erhalten, ist zweifelhaft. Sabinus und Cassius meinen, das sei ein Kauf, Nerva und Proculus betrachten es als Tausch, nicht als Kauf. (...) Doch die Ansicht von Nerva und Proculus ist richtiger. So wie nämlich ein Unterschied zwischen Verkaufen und Kaufen, zwischen Käufer und Verkäufer besteht, so besteht ein Unterschied auch zwischen Preis und Ware. Beim Tausch kann dagegen nicht unterschieden werden, wer Käufer und wer Verkäufer ist.

#### **404 D. 19.4.1pr. Paulus im 32. vermutlich aber im 33. 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 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 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.

**Vgl. Art. 184, 212 Abs. 1 OR**

## Art. 184

1 Durch den Kaufvertrag verpflichten sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen.

2 Sofern nicht Vereinbarung oder Übung entgegenstehen, sind Verkäufer und Käufer verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig – Zug um Zug – zu erfüllen.

3 Der Preis ist genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist.

## Art. 212 Abs. 1

1 Hat der Käufer fest bestellt, ohne den Preis zu nennen, so wird vermutet, es sei der mittlere Marktpreis gemeint, der zurzeit und an dem Ort der Erfüllung gilt. (...)

**iii. Die Ware**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 44 II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 52 II

**405 D. 18.1.34.1 Paulus im 33. Buch zum Edikt**

Alle Sachen, die man haben, besitzen oder einklagen kann, können wirksam verkauft werden. Diejenigen aber, die durch die Natur, vom Völkergemeinrecht (*ius gentium*) oder nach dem Gewohnheitsrecht des Staates dem Rechtsverkehr entzogen sind, können nicht wirksam verkauft werden.

**406 D. 18.1.62.1 Modestinus im 5. Buch der Rechtsregeln**

Wer unwissentlich sakrale, religiöse oder öffentliche Grundstücke als private erwirbt, kann, obgleich der Kauf ungültig ist, doch aus dem Kauf gegen den Verkäufer klagen, damit er erhält, was ihm daran lag, nicht getäuscht zu werden.

**407 D. 18.1.6pr. Pomponius im 9. Buch zu Sabinus**

Celsus der Jüngere sagt aber, man könne nicht wissentlich einen freien Menschen kaufen und es gebe auch keinen Kauf von Sachen, deren Unveräußerlichkeit man kennt, wie sakrale oder religiöse Stätten oder solche, die dem Rechtsverkehr entzogen sind, wie öffentliche Plätze, die nicht zur Staatskasse zählen, sondern dem Gemeingebrauch gewidmet sind, wie das Marsfeld.

**408 D. 18.1.15pr. Paulus im 5. Buch zu Sabinus**

Auch wenn eine Einigung über den Kaufgegenstand vorgelegen hat, dieser jedoch vor Vertragsschluss untergegangen ist, ist der Kauf ungültig.

**409 D. 18.1.28 Ulpianus im 41. Buch zu Sabinus**

Es besteht kein Zweifel, dass man eine fremde Sache verkaufen kann; denn es handelt sich für beide Seiten um einen gültigen Kauf; die Sache kann aber dem Käufer [vom Eigentümer] entzogen werden.

**410 D. 18.1.34.3 Paulus im 33. Buch zum Edikt**

Ebenso wird, wenn Käufer und Verkäufer wissen, dass die Sache, die verkauft wird, gestohlen ist, von keiner Seite eine Verbindlichkeit begründet. Weiss es nur der Käufer, so wird der Verkäufer nicht verpflichtet; jedoch erlangt er auch nichts aus dem Verkauf, es sei denn, er leistet freiwillig, was er vereinbart hat. Wenn es jedoch der Verkäufer weiss, nicht aber der Käufer, so entsteht auf beiden Seiten eine Verpflichtung, und dies schreibt auch Pomponius.

**411 D. 18.1.16pr. Pomponius im 9. Buch zu Sabinus**

Der Kauf der eigenen Sache ist unwirksam, gleichgültig, ob ich sie in Kenntnis oder in Unkenntnis dieses Umstandes gekauft habe. Habe ich sie aber unwissentlich gekauft, so kann ich zurückfordern, was ich gezahlt habe, weil das Schuldverhältnis nichtig ist.

**412 D. 18.1.35.5 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Bei den Sachen, die nach Gewicht, Zahl oder Mass bestimmt werden, wie zum Beispiel bei Getreide, Wein, Öl oder Silber, gilt bald dasselbe wie bei anderen Sachen sonst, dass nämlich, sobald eine Vereinbarung über den Preis zustande gekommen ist, der Verkauf als perfekt angesehen wird; bald dagegen gilt, dass, auch wenn eine Vereinbarung über den Preis vorliegt, der Verkauf doch nicht eher als perfekt anzusehen ist, als bis zugemessen, zugewogen oder abgezählt ist. Denn wenn [von einem Vorrat] der ganze Wein, alles Öl, Getreide oder Silber, wieviel immer es ist, zu einem Gesamtpreis verkauft wurde, so ist dasselbe rechtens wie bei Sachen sonst. Wenn dagegen der Preis bei Wein nach Amphoren, bei Öl nach Tonnen, bei Getreide nach Scheffeln und bei Silber nach Pfunden bestimmt wird, so fragt es sich, wann der Kauf als perfekt anzusehen ist. Eine ähnliche Frage ergibt sich bei den Sachen, die gezählt werden, wenn der Preis nach der Zahl der Stücke festgesetzt ist. Sabinus und Cassius sind der Meinung, dass der Kauf dann perfekt ist, wenn zugezählt, zugemessen oder zugewogen ist, weil der Verkauf gleichsam unter der Bedingung geschlossen erscheint, dass er nach der Zahl der Amphoren zustande kommt oder nach der Zahl der Tonnen oder der Scheffel, die du zumisst, oder nach der Zahl der Pfunde, die du zuwägst, oder nach der Zahl der Stücke, die du zuzählst.

**413 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.

**414 D. 18.1.9 Ulpianus im 28. Buch zu Sabinus**

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.

#### **415 D. 18.1.41.1 Julianus im 3. Buch zu Urseius Ferox**

Du hast einen Tisch, der nur versilbert war, unwissentlich mir, der das auch nicht wusste, als massiv silbern verkauft. Es ist kein Kaufvertrag zustande gekommen und das Geld, das deswegen gegeben worden ist, kann kondiziert werden.

#### **416 D. 19.1.21.2 Paulus im 33. Buch zum Edikt**

Ogleich wir oben gesagt haben, dass dann, wenn wir uns hinsichtlich des Kaufgegenstandes einig sind, hinsichtlich der Qualität des Stoffes aber uneinig, ein gültiger Kaufvertrag vorliegt, muss gleichwohl der Verkäufer auf das Interesse haften, das der Käufer daran hat, nicht [in seiner Erwartung] getäuscht zu sein, selbst wenn der Verkäufer den Mangel auch nicht kannte, zum Beispiel wenn er Holztische als Thujenholztische kauft, die sie in Wahrheit nicht sind.

#### **417 D. 18.1.45 Marcianus im 4. Buch der Rechtsregeln**

Labeo schreibt in einem Buch seiner nachgelassenen Schriften, wenn jemand gebrauchte Kleidung als neue gekauft hat, sei Trebatius der Meinung, dem Käufer sei das Interesse zu ersetzen, falls er die gebrauchte Kleidung unwissentlich gekauft hat. Diese Ansicht billigt auch Pomponius, und sie wird von Julianus ebenfalls vertreten, welcher sagt, wenn der Verkäufer es nicht wusste, hafte er nur wegen des Wertes der Sache selbst - wenn er es wusste, auch für den Schaden, der daraus entstanden ist. (...)

#### **Vgl. Art 714 Abs. 2 ZGB**

2 Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzregeln im Besitze der Sache geschützt ist.

**iv. Pflichten und Haftung des Verkäufers; Gefahrtragung**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 44 III-IV, 45, 47; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 52 III-V

**418 D. 19.1.11pr.-2 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 haben – 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.

(2) Und vor allem muss der Verkäufer die Sache selbst leisten, das heisst übergeben; dieser Vorgang macht, wenn nur der Verkäufer Eigentümer war, den Käufer zugleich zum Eigentümer; wenn der Verkäufer nicht Eigentümer war, verpflichtet ihn der Vorgang lediglich wegen Eviktion, vorausgesetzt nur, dass der Kaufpreis gezahlt oder seinetwegen Genüge geleistet worden ist. Der Käufer dagegen wird gezwungen, den Verkäufer zum Eigentümer der Geldstücke zu machen.

**419 D. 18.1.25.1 Ulpianus im 34. Buch zu Sabinus**

Wer ein Grundstück verkauft hat, braucht dem Käufer nicht das Eigentum daran zu verschaffen, wie derjenige es muss, der jemandem ein Grundstück durch Stipulation versprochen hat.

**420 Paul. Sent. 2.17.1, 3**

(1) Wenn der Verkäufer nicht Eigentümer der Sache ist, die er verkauft hat, so haftet er, wenn er den Kaufpreis erhalten hat, mit der Gewährschaftsklage (*actio auctoritatis*). Denn andernfalls kann er nicht in Haftung genommen werden (...)

(3) Wenn eine Sache nach Vollzug der Manzipation und der Übergabe [vom wahren Eigentümer dem Käufer] entzogen wird, haftet der Verkäufer aufgrund der Gewährschaftsklage bis zur Höhe des doppelten Kaufpreises.

**421 D. 21.2.37pr.-1 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

(pr.) Dem Käufer muss vom Verkäufer der doppelte Kaufpreis versprochen werden, falls nicht etwas anderes vereinbart wird, jedoch nicht so, dass Sicherheit zu leisten ist, sondern dass der doppelte Kaufpreis durch Stipulation versprochen werden muss, ausser wenn vorgetragen wird, es sei besonders abgemacht worden, Sicherheit zu leisten.

(1) Wenn wir aber gesagt haben, es müsse der doppelte Kaufpreis versprochen werden, ist das so zu verstehen, dass wir dies nicht bei jeder Sache annehmen, sondern nur bei Sachen, die wertvoller sind, etwa wenn eine Perle, wertvoller Schmuck oder ein Seidenkleid oder sonst etwas Wertvolles verkauft wird. Nach dem Edikt der kurulischen Ädilen aber wird dem Verkäufer befohlen, auch bei einem Sklaven das Versprechen [des doppelten Kaufpreises] zu erteilen.

**422 D. 21.2.6 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn ein Grundstück verkauft wird, muss nach der Gewohnheit des Landes, in dem das Geschäft abgeschlossen worden ist, für den Fall der Eviktion Sicherheit geleistet werden.

**423 D. 21.2.60 Iavolenus im 2. Buch aus Plautius**

Wenn beim Verkauf nicht erklärt worden ist, wieviel der Verkäufer für den Fall der Eviktion zu leisten hat, muss der Verkäufer wegen Eviktion nichts ausser dem Einfachen leisten und gemäss der Natur der Klage aus Kauf das, was das Interesse [des Käufers] ausmacht.

**424 D. 19.1.11.8-9 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

(8) Ferner sagt Neratius, es sei von allen anerkannt, dass du auch dann, wenn du einen fremden Sklaven [ausdrücklich] als solchen verkaufst, (...) sei die Klage aus Kauf darauf gegeben, dass dem Käufer durch Stipulation versprochen werden muss, er werde die Sache in ungestörtem Besitz haben, aber auch darauf, dass ihm der Besitz der Sache übertragen wird.

(9) Derselbe Jurist sagt, dass derjenige, der nicht überträgt, in Höhe des Interesses des Käufers verurteilt werden muss. Derjenige aber, der nicht durch Stipulation Sicherheit leistet, muss als Gewährleistungspflichtiger der höchstmöglichen [durch Stipulation begründbaren] Haftung ausgesetzt sein.

**425 D. 19.1.30.1 Africanus im 8. Buch der Rechtsfragen**

Für den Fall, dass du eine Sache, von der du weisst, dass sie einem anderen gehört, mir, der ich das nicht weiss, verkauft hast, hat er [Julianus] die Meinung vertreten, dass ich, auch bevor sie evinziert wird, aus Kauf erfolgreich auf den Betrag klagen kann, auf den sich mein Interesse daran beläuft, dass die Sache mir übereignet worden wäre. Denn auch wenn es an sich zutrefte, dass der Verkäufer nur darauf hafte, dass der Käufer die Sache ungestört besitzen könne, nicht auch darauf, dass der Käufer sie zu Eigentum erwerbe, so hafte der Verkäufer, da er nichtsdestoweniger für das Fehlen von Arglist eintreten müsse, wenn er eine Sache, von der er weiss, dass sie nicht ihm, sondern einem anderen gehört, jemandem verkauft, der das nicht weiss, das heisst insbesondere dann, wenn er einen Sklaven jemandem verkauft, der ihn freilassen oder verpfänden will.

**426 D. 18.1.68 Proculus im 6. Buch der Briefe**

(pr.) 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 eintreten 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.

**427 D. 18.6.3 Paulus im 5. Buch zu Sabinus**

Der Verkäufer muss aber für dieselbe Bewachung (*custodia*) eintreten, für die auch diejenigen eintreten, denen eine Sache geliehen worden ist, so dass er auch für eine grössere Sorgfalt eintreten muss, als er sie in seinen eigenen Angelegenheiten anwenden würde.

**428 D. 18.6.18 Pomponius im 31. Buch zu Q. Mucius**

Man muss wissen, dass, sobald der Käufer in Verzug kommt, der Verkäufer nicht mehr für Fahrlässigkeit, sondern nur noch für Vorsatz einzustehen hat. Wenn aber sowohl der Verkäufer als auch der Käufer in Verzug sind, dann schreibt zwar Labeo, der eingetretene Verzug schade mehr dem Käufer als dem Verkäufer. Aber es ist zu prüfen, ob es nicht der jeweils spätere Verzug ist, der dem Säumigen schadet. Was ist nämlich, wenn ich den Verkäufer mahne und er mir nicht leistet, was ich gekauft hatte, und ich dann die Leistung nicht annehme, wenn jener sie mir später anbietet? Offenbar müsste mein Verzug in diesem Fall schaden. Wenn aber der Käufer in Verzug geraten ist, darauf aber, während noch keine Leistung erbracht ist, der Verkäufer in Verzug gerät, obwohl er sich durch Leistung befreien könnte, dann ist es gerecht, dass dem Verkäufer sein späterer Verzug schadet.

**429 Inst. Just. 3.23.3**

Wenn aber ein Kauf zustande gekommen ist (das geschieht, wie wir gesagt haben, falls das Geschäft nicht schriftlich abgeschlossen wird, sobald man sich über den Preis einig geworden ist), trifft die Gefahr hinsichtlich der verkauften Sache sogleich den Käufer, auch wenn die Sache dem Käufer noch nicht übergeben worden ist. Wenn daher der Sklave stirbt oder an irgendeinem Körperteil verletzt wird, ein Haus ganz oder zum Teil durch Feuer vernichtet wird oder ein Grundstück durch die Gewalt eines Flusses ganz oder teilweise weggeschwemmt wird oder auch durch Überschwemmung oder durch Bäume entwurzelnde Wirbelstürme erheblich kleiner oder schlechter wird, dann ist das der Schaden des Käufers, der den Preis zahlen muss, obgleich er die Sache nicht [oder nicht vollständig] erlangt. Denn in allem, was ohne Vorsatz und Fahrlässigkeit des Verkäufers geschieht, ist der Verkäufer von Ansprüchen sicher. Wenn aber nach Abschluss des Kaufvertrages dem Grundstück etwas durch Anschwemmung anwächst, gebührt der Vorteil dem Käufer; denn wer die Gefahr trägt der muss auch den Vorteil haben. (...)

**430 D. 18.6.8pr. Paulus im 33. Buch zum Edikt**

Es ist für uns notwendig zu wissen, wann der Kaufvertrag 'perfekt' ist; denn dann wissen wir, wer die Gefahr trägt; mit dem perfekten Kaufvertrag trifft nämlich die Gefahr den Käufer. Und wenn das, was verkauft werden soll, nach Gegenstand, Beschaffenheit und Menge feststeht, auch ein Preis vereinbart ist und der Kaufvertrag nicht bedingt ist, ist der Kaufvertrag perfekt. Ist aber die Sache unter einer Bedingung verkauft, dann ist, wenn die Bedingung ausfällt, der Kaufvertrag nichtig, so wie auch eine Stipulation nichtig wäre. Tritt die Bedingung dagegen ein, dann trägt, wie Proculus und Octavenus sagen, der Käufer [von da an] die Gefahr; dasselbe billigt Pomponius im 9. Buch [zu Sabinus]. Wenn aber, während die Bedingung schwebt, der Käufer oder der Verkäufer stirbt, dann steht, sobald die Bedingung eintritt, fest, dass auch die Erben verpflichtet sind, so wie wenn der Kaufvertrag schon in der Vergangenheit zustande gekommen wäre. (...)

**431 D. 18.1.35.7 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn aber aus einem Weinkeller ein Teil des Weines verkauft wurde, zum Beispiel hundert Tonnen, so ist es unzweifelhaft richtig (und das steht auch nach allgemeiner Ansicht fest), dass die gesamte Gefahr, bis zugemessen ist, den Verkäufer trifft. Und es kommt nicht darauf an, ob für die hundert Tonnen ein Gesamtpreis festgesetzt ist oder ein Einzelpreis.

**432 D. 18.6.4.1 Ulpianus im 28. Buch zu Sabinus**

Wenn Wein pauschal verkauft worden ist, muss nur für Bewachung (*custodia*) eingestanden werden. Daraus ergibt sich, dass dann, wenn Wein nicht mit der Bestimmung verkauft wird, er

müsse verkostet werden, der Verkäufer weder für Sauerwerden noch für Schimmelbefall eintreten muss, vielmehr alle Gefahr den Käufer trifft. Es wird aber schwerlich anzunehmen sein, dass jemand Wein so kauft, dass er ihn nicht verkosten will. Wenn daher in den Vertrag kein Termin für die Verkostung aufgenommen worden ist, dann trägt der Verkäufer die Gefahr des Sauerwerdens und Schimmelbefalls bis zu dem Zeitpunkt, an dem der Käufer verkosten konnte oder verkostet hat. Die Bestimmung eines Termins für die Verkostung verbessert nämlich die Lage des Käufers.

**Vgl. Art. 185 Abs. 1,3, Art. 191 Abs. 1, Art. 192 OR**

**Art. 185**

1 Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über. (...)

3 Bei Verträgen, die unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sind, gehen Nutzen und Gefahr der veräusserten Sache erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Erwerber über.

**Art. 191 Abs. 1**

1 Kommt der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nach, so hat er den Schaden, der dem Käufer hieraus entsteht, zu ersetzen.

**Art. 192**

1 Der Verkäufer hat dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe.

2 Kannte der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gefahr der Entwehung, so hat der Verkäufer nur insofern Gewähr zu leisten, als er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

3 Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat.

**v. Sachmängelhaftung**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 46; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 52 VI

**433 D. 21.1.1.1 Ulpianus im 1. Buch zum Edikt der kurulischen Ädilen**

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».

**434 D. 21.1.38pr. Ulpianus im 2. Buch zum Edikt der kurulischen Ädilen**

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».

**435 D. 21.1.23.7 Ulpianus im 1. Buch zum Edikt der kurulischen Ädilen**

Julianus sagt, das Verfahren der Wandlungsklage müsse beide, das heisst den Verkäufer und den Käufer, gewissermassen in den vorigen Stand wiedereinsetzen.

**436 D. 21.1.19.6. Ulpianus im 1. Buch zum Edikt der kurulischen Ädilen**

Die Frist für die Wandlungsklage ist eine von sechs zur Rechtsverfolgung tauglichen Monaten. Wenn aber der Sklave nicht im Wege der Wandlung zurückgegeben werden soll, sondern auf Minderung geklagt wird, gilt eine Frist von einem zur Rechtsverfolgung tauglichen Jahr. Allerdings läuft die Wandlungsfrist vom Tag des Verkaufs an oder, wenn etwas erklärt oder versprochen ist, von dem Zeitpunkt an, in welchem etwas erklärt oder versprochen worden ist.

**437 D. 21.1.19.3 Ulpianus im 1. Buch zum Edikt der kurulischen Ädilen**

Aber allein das ist als [ausdrücklich] erklärt oder als versprochen zu berücksichtigen, was zu dem Zweck gesagt wird, eine Leistungspflicht zu begründen, nicht dazu, die Sache nur anzupreisen.

**438 D. 21.2.31 Ulpianus im 42. Buch zu Sabinus**

Wenn jemand dem Käufer [eines Sklaven] in Stipulationsform wie folgt verspricht: «dass er gesund, kein Dieb, kein Leichenträger ist» und so weiter, dann halten einige die Stipulation für unwirksam, weil entweder unmöglich ist, was versprochen wird – wenn nämlich der verkaufte Sklave die Eigenschaft hat [deren Abwesenheit versprochen wird], oder sinnlos – wenn er die Eigenschaft nicht hat [deren Abwesenheit versprochen wird]. Ich dagegen halte es für richtig, dass die Stipulation, «dass er kein Dieb, kein Leichenträger ist, dass er gesund ist», wirksam ist. Inhalt der Stipulation ist nämlich, dass ein Interesse daran besteht, dass diese Eigenschaften vorliegen oder dass sie nicht vorliegen. Wenn aber zu einer dieser Eigenschaften zusätzlich erklärt wird: «dass dafür eingestanden wird», hat die Stipulation umso grössere Bestandskraft. Andernfalls wäre die Stipulation, die von den Ädilen vorgesehen ist, unwirksam, was schlechterdings kein vernünftiger Mensch annehmen wird.

**439 Cicero, Vom pflichtgemässen Handeln (*de officiis*) 3.16.65-67**

(65) Was jedenfalls das Grundstücksrecht betrifft, so ist bei uns durch das Zivilrecht unumstösslich festgelegt, dass bei allen Grundstücksgeschäften die Fehler genannt werden müssen, die dem Verkäufer bekannt sind. Denn während es nach den Zwölf Tafeln ausreichte,

nur für das einzustehen, was man ausdrücklich angegeben hatte, (...) haben die Rechtsgelehrten auch für das Verschweigen eine Strafe festgelegt. Denn sie legten fest, dass der Verkäufer für alle Mängel eines Grundstücks einstehen müsse, wenn sie ihm bekannt gewesen seien und er sie nicht ausdrücklich erwähnt habe.

(66) Ein Beispiel: Als die Auguren auf dem Kapitol eine Vogelschau hatten durchführen wollen und Titus Claudius Centumalus aufgefordert hatten, sein Haus auf dem Caelius abzureissen, weil es der Vogelschau aufgrund seiner Höhe im Wege stand, bot Claudius es zum Verkauf an. Publius Calpurnius Lanarius kaufte es. Die Auguren verlangten von diesem genau dasselbe. Als Calpurnius das Haus abgerissen und erfahren hatte, dass Claudius das Haus noch zum Verkauf angeboten hatte, nachdem ihm die Auguren den Abriss befohlen hatten, rief er ihn vor den Schiedsrichter, der entscheiden sollte, «was er nach dem Prinzip von Treu und Glauben zu geben und zu tun verpflichtet sei». Marcus Cato (...) fällte den Schiedsspruch. (...). Er verkündete also als Richter Folgendes: Weil er beim Vollzug des Verkaufs über den Mangel Bescheid gewusst, ihn aber nicht erwähnt habe, müsse dem Käufer der Schaden ersetzt werden.

(67) Er stellte also fest, dass es zum Wesen von Treu und Glauben gehöre, wenn auch dem Käufer der Mangel bekannt sei, von dem der Verkäufer wisse. (...)

#### **440 D. 19.1.13pr. Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

Julianus 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 müsse, 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.

#### **Vgl. Art. 197, 199-200, 205 OR**

##### **Art. 197**

1 Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern.

2 Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.

##### **Art. 199**

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat.

##### **Art. 200**

1 Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat.

2 Für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat.

## Art. 205

1 Liegt ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so hat der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern.

2 Auch wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter frei, bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.

3 Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so kann der Käufer nur die Wandelung verlangen.

**c. *Locatio conductio***

**i. Der Zins**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 48; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 53 I

**441 D. 19.2.1 Paulus im 34. Buch zum Edikt**

Da Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag natürliche Rechtsverhältnisse und allen Völkern gemeinsam sind, werden sie nicht durch [förmliche] Worte abgeschlossen, sondern durch [formlosen] Konsens, wie Kauf und Verkauf.

**442 Inst. Just. 3.24pr.**

Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag stehen dem Kauf sehr nahe und kommen nach denselben Rechtsregeln zustande. Denn wie ein Kauf 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. Und dem Vermieter, Verpächter, Dienstpflichtigen und Werkbesteller steht die Klage aus Vermietung, Verpachtung, Dienstverdingung und Werkbestellung (*actio locati*) zu, dem Mieter, Pächter, Dienstherrn und Unternehmer dagegen die Klage aus Miete, Pacht, Indienstnahme und Werkübernahme (*actio conducti*).

**443 D. 19.2.52 Pomponius im 31. Buch zu Q. Mucius**

Wenn ich dir ein Landgut für zehn verpachte, du aber annimmst, es für fünf zu pachten, kommt kein Vertrag zustande. Aber auch wenn ich meine, für weniger zu verpachten, und du meinst, für mehr zu pachten, ist jedenfalls der Pachtvertrag zu keinem höheren Pachtzins abgeschlossen worden, als ich angenommen habe.

**444 D. 19.2.46 Ulpianus im 69. Buch zum Edikt**

Wenn jemand eine Sache für eine einzige Münze gemietet hat, ist der Mietvertrag nichtig, weil auch eine solche Vereinbarung einer Schenkung gleichkommt.

**445 D. 19.2.22.3 Paulus im 34. Buch zum Edikt**

Wie es beim Kaufen und Verkaufen natürlicherweise erlaubt ist, etwas, das mehr wert ist, billiger zu kaufen, oder etwas, das weniger wert ist, teurer zu verkaufen, und so jeweils den anderen zu übervorteilen, so ist dies auch bei Miete, Pacht, Dienst- und Werkverträgen rechtens.

**446 D. 19.2.23 Hermogenianus im 2. Buch der Auszüge**

Und daher kann ein Mietvertrag, nachdem er abgeschlossen worden ist und keine Arglist des Vertragspartners nachgewiesen werden kann, nicht unter dem Vorwand beseitigt werden, der Vertrag sei zu einem zu geringen Mietzins abgeschlossen worden.

**447 D. 19.2.25pr. Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn in dem Versprechen einer Vergütung allgemein auf das Ermessen eines Dritten verwiesen wird, kann man nicht annehmen, dass ein Miet-, Pacht-, Dienst oder Werkvertrag [wirksam] abgeschlossen wurde. Wenn aber so viel vereinbart worden ist, wie Titius schätzen wird, hat der Vertrag unter der Bedingung Bestand, dass, wenn der Benannte die Vergütung tatsächlich festsetzt, auf jeden Fall gemäss seiner Schätzung die Vergütung gezahlt und auch die Pacht durchgeführt werden muss. Wenn jener aber die Vergütung nicht festsetzen will oder kann, ist der Vertrag nichtig, weil keine Vergütung festgesetzt wurde.

**Vgl. Art. 253, 257, 275 OR**

Art. 253

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten.

Art. 257

Der Mietzins ist das Entgelt, das der Mieter dem Vermieter für die Überlassung der Sache schuldet.

Art. 275

Durch den Pachtvertrag verpflichten sich der Verpächter, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge zu überlassen, und der Pächter, dafür einen Pachtzins zu leisten.

**ii. Miete und Pacht: Haftung des *conductor***

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 49; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 53 II

**448 Inst. Just. 3.24.5.**

Mieter, Pächter, Dienstherrn und Unternehmer (*conductores*) müssen in allen Punkten die vertraglichen Bestimmungen von Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag erfüllen, und wenn in den Vertragsbestimmungen etwas ausgelassen ist, müssen sie insoweit nach Recht und Billigkeit leisten. Wer aber für den Gebrauch von Kleidern, Silbergerät oder eines Zugtieres ein Entgelt gibt oder verspricht, von dem wird eine solche Bewachung (*custodia*) über die Sache verlangt, wie sie ein besonders sorgfältiger Hausvater gegenüber seinen eigenen Sachen anwendet. Hat er sie erbracht und die Sache durch irgendeinen Zufall verloren, so haftet er wegen ihrer Rückgabe nicht.

**449 C. 4.65.28 [294 n. Chr.]**

*Die Kaiser Diocletianus und Maximianus Augusti an Tuscianus Neo.* Sowohl bei der Verpächterklage als auch bei der Pächterklage wird bekanntlich für Vorsatz und für [nicht geleistete] Bewachung, nicht aber für Zufall, dem man nicht widerstehen kann, gehaftet. *Gegeben am 15. Tag vor den Kalenden des Oktobers, unter dem Konsulat der Kaiser.*

**450 D.19.2.11.1-2 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

(1) Wenn in einem Mietvertrag vereinbart worden ist: «Der Mieter darf kein Feuer unterhalten», und er unterhält trotzdem ein Feuer, dann haftet er, auch wenn der Zufall zu einem Brand geführt hat; denn er durfte überhaupt kein Feuer unterhalten. Etwas anderes ist allerdings, «ein gefahrloses Feuer unterhalten». Dann erlaubt nämlich der Vermieter, ein Feuer zu unterhalten, aber nur ein ungefährliches.

(2) Ebenso muss der Mieter oder Pächter dafür sorgen, dass er nicht in irgendeiner Hinsicht ein Recht der Sache [etwa eine Grunddienstbarkeit] oder die körperliche Sache selbst verschlechtert oder zulässt, dass das geschieht.

#### 451 D. 19.2.25.3 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt

Mieter und Pächter müssen sich in allem an die Bestimmungen des Vertrages halten. Und vor allem muss der Pächter bei der Landpacht dafür sorgen, dass er die landwirtschaftlichen Arbeiten zur rechten Zeit vornimmt, damit er nicht durch Bewirtschaftung zur Unzeit den Boden verschlechtert. Ausserdem muss er für die Instandhaltung der Gebäude sorgen, um sie in gutem Zustand zu erhalten.

#### 452 D. 19.2.24.2-3 Paulus im 34. Buch zum Edikt

(2) Wenn ein Haus oder ein Landgut für fünf Jahre unter Vereinbarung einer periodischen Zahlungsweise vermietet oder verpachtet worden ist, kann der Eigentümer, falls der Mieter die Wohnung verlässt oder der Pächter die Bewirtschaftung des Landguts aufgibt, sofort Klage auf die Vergütung wegen des ganzen Zeitraums von fünf Jahren erheben.

(3) Aber er kann dementsprechend auch auf das klagen, was sie sogleich leisten mussten, etwa die Ausführung eines Werkes oder die Erweiterung von Anpflanzungen.

#### 453 D. 19.2.55.2 Paulus im 2. Buch der Sentenzen

Wer entgegen den Bestimmungen des Pachtvertrages das Landgut vor der Zeit ohne einen rechtlichen und aner kennenswerten Grund verlassen hat, kann aus Pacht auf Zahlung der Pachtzinsen für die gesamte Zeit insoweit verklagt werden, als der Verpächter in Höhe seines Interesses schadlos gehalten wird.

#### 454 C. 4.65.6 [224 n. Chr.]

*Kaiser Alexander Augustus an Lucilius Victorinus.* Niemandem ist verwehrt, eine verpachtete Sache einem anderen zur Benutzung weiter zu verpachten, wenn nicht etwas anderes verabredet worden ist. *Ausgehängt am 5. Tag vor den Kalenden des März unter dem Konsulat von Julianus und Crispinus.*

#### Vgl. Art. 267 Abs. 1, Art. 299 Abs. 1, 3 OR

##### Art. 267

1 Der Mieter muss die Sache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. (...)

##### Art. 299

1 Der Pächter gibt die Sache und das gesamte Inventar in dem Zustand zurück, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Rückgabe befinden. (...)

3 Für Verschlechterungen, die der Pächter bei gehöriger Bewirtschaftung hätte vermeiden können, muss er Ersatz leisten. (...)

**iii. Miete und Pacht: Haftung des locator**

Lit: HONSELL / FARGNOLI, §§ 49 III, 50 II, 51 II; KASER / KNÜTEL / LOHSSE § 53

**455 D. 19.2.15pr.-1 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

(pr.) Die Pächterklage wird dem Pächter erteilt.

(1) Sie steht ihm aber gewöhnlich in folgenden Fällen zu: Wenn es ihm zum Beispiel verwehrt ist, die gepachtete Sache zu nutzen (weil ihm etwa der Besitz des ganzen Landguts oder auch nur eines Teiles nicht eingeräumt wird oder weil das Landhaus nicht instandgesetzt wird oder auch die Stallungen oder die Pferche, wo seine Herden stehen sollen), oder wenn sonst etwas in dem Pachtvertrag vereinbart worden ist, was nicht gewährt wird, dann kann die Klage aus der Pacht erhoben werden.

**456 D. 19.2.55.1 Paulus im 2. Buch der Sentenzen**

Wenn der Pächter auf dem gepachteten Landgut irgendetwas durch eigene Arbeit notwendiger- oder nützlicherweise vergrößert, neu gebaut oder eingerichtet hat, kann er, auch wenn das nicht vereinbart worden ist, den Eigentümer des Landguts aufgrund des Pachtvertrages auf Erstattung dessen verklagen, was er aufgewendet hat.

**457 D. 19.2.25.1 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Wer jemandem ein Landgut verpachtet oder eine Wohnung vermietet, muss, wenn er aus irgendeinem Grund das Landgut oder das Haus verkauft, dafür sorgen, dass der Pächter oder Mieter dem Käufer gegenüber zu den gleichen Bedingungen nutzen oder wohnen kann. Anderenfalls kann derjenige, der gehindert wird [zu nutzen oder zu wohnen], gegen den Verkäufer mit der Klage aus Pacht oder aus Miete vorgehen.

**458 D. 19.2.25.2 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn durch Bautätigkeit des Nachbarn dem Stockwerk das Licht genommen wird, haftet der Vermieter dem Mieter. Es besteht gewiss auch kein Zweifel, dass der Pächter oder Mieter vom Vertrag Abstand nehmen kann. Auch wenn wegen des Entgelts gegen sie geklagt wird, muss ein Abzug vorgenommen werden. Dasselbe nehmen wir an, wenn der Vermieter allzu sehr abgenutzte Türen und Fenster nicht wiederherstellt.

**459 D. 19.2.9pr. Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

Wenn mir jemand ein [von ihm] gutgläubig gekauftes Haus oder Landgut vermietet hat und es mir, ohne dass Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis des Vermieters [hinsichtlich des fehlenden Eigentums] vorliegen, vom Eigentümer durch Vindikation entzogen wird, dann haftet er, wie Pomponius sagt, gleichwohl aus Miete dem Mieter darauf, dass diesem der Gebrauch dessen, was er gemietet hat, gewährt wird. Wenn allerdings der Eigentümer den Mieter zwar nicht im Besitz der Sache duldet, der Vermieter aber bereit ist, eine andere Wohnung zur Verfügung zu stellen, die nicht weniger bequem ist, dann ist es nach Meinung des Pomponius höchst gerecht, die Klage gegen den Vermieter abzuweisen.

**460 D. 19.2.19.1 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt**

Hat jemand, ohne es zu wissen, schadhafte Fässer vermietet und ist der Wein ausgelaufen, so haftet er auf das Interesse des Mieters, und auch seine Unkenntnis wird nicht entschuldigt. Und so hat Cassius geschrieben. Anders aber, wenn du eine Bergweide verpachtet hast, auf der giftige Kräuter wachsen. Wenn nämlich in diesem Fall das Vieh eingeht oder an Wert verliert,

dann haftest du auf das Interesse, sofern du den Mangel kanntest; wenn nicht, kannst du keinen Pachtzins fordern. Das ist die Ansicht von Servius, Labeo und Sabinus.

#### 461 D. 19.2.25.6 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt

Höhere Gewalt, die die Griechen «Gottesgewalt» nennen, darf dem Pächter nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Früchte über das zumutbare Mass hinaus gelitten haben. Im Übrigen muss der Pächter einen unbedeutenden Schaden mit Gleichmut tragen, da ihm auch ein bedeutender Gewinn nicht streitig gemacht wird. Es ist aber klar, dass wir von dem Pächter sprechen, der gegen Geldzahlung gepachtet hat. Denn bei der partiarischen Pacht teilt der Pächter entsprechend dem Gesellschaftsrecht Verlust und Gewinn mit dem Eigentümer des Landguts.

#### 462 D. 19.2.15.2 Ulpianus im 32. Buch zum Edikt

Wir müssen prüfen, ob der Verpächter dem Pächter für das einstehen muss, was die Gewalt eines zerstörerischen Unwetters an Schaden angerichtet hat. Servius Sulpicius sagt, der Eigentümer müsse dem Pächter für jede Gewalt, der man keinen Widerstand entgegensetzen kann, einstehen, wie zum Beispiel auch für die Gewalt, die von Flüssen [die über ihre Ufer treten] oder von einfallenden Krähen oder Staren ausgeht, und wenn sich ähnliches ereignet oder wenn Feinde ins Land einfallen. Wenn sich jedoch Mängel aus der Sache selbst ergeben, sei das ein Schaden des Pächters, zum Beispiel wenn der Wein zu Essig geworden oder wenn die Saat durch Würmer oder durch Unkraut verdorben worden ist. Aber auch wenn ein Erdbeben die gesamte Ernte mit sich reisst, trage nicht der Pächter den Schaden, damit er nicht über die Einbusse an verlorenem Saatgut hinaus auch noch den Pachtzins für das Land zu zahlen gezwungen sei. Und auch wenn Feuer die Früchte der Olivenbäume vernichtet hat oder dergleichen durch aussergewöhnliche Sonnenglut herbeigeführt worden ist, treffe der Schaden den Eigentümer. – Falls sich dagegen nichts Aussergewöhnliches ereignet, trage der Pächter den Schaden. – Und dasselbe sei für den Fall zu sagen, dass vorüberziehende Truppen irgendetwas plündernd mitnehmen. Aber auch wenn ein Erdbeben ein Grundstück so trifft, dass es nicht mehr vorhanden ist, trage der Eigentümer den Schaden. Er sei nämlich verpflichtet, dem Pächter das Land so zu gewähren, dass er es nutzen kann.

#### 463 D. 19.2.14 Ulpianus im 71. Buch zum Edikt

Wer für eine bestimmte Zeit pachtet, bleibt auch noch nach Beendigung der Pachtzeit Pächter. Von dem Eigentümer, welcher duldet, dass der Pächter auf dem Landgut bleibt, wird nämlich angenommen, dass er erneut verpachtet. Und derartige Verträge bedürfen jedenfalls weder förmlicher Worte noch der Schriftform, sondern kommen durch formlose Einigung zustande. Und wenn deshalb der Eigentümer in der Zwischenzeit geisteskrank wird oder stirbt, dann ist es, wie Marcellus sagt, nicht möglich, dass sich der Pachtvertrag verlängert. Und das ist richtig.

#### 464 Gai. Inst. 3, 145

Kaufvertrag und Pachtvertrag sind aber ersichtlich so sehr untereinander ähnlich, dass es in manchen Rechtsbeziehungen sogar fraglich ist, ob ein Kaufvertrag oder ein Pachtvertrag abgeschlossen wird, zum Beispiel, wenn eine Sache auf immer verpachtet worden ist, was sich bei den Gemeindegrundstücken ergibt, die mit der Bestimmung verpachtet werden, dass das Grundstück weder dem Pächter selbst noch seinem Erbe entzogen werde, solange der Erbzins gezahlt werde. Aber die Meinung hat sich mehr durchgesetzt, dass es ein Pachtvertrag sei.

#### 465 Inst. Just. 3.24.6

Stirbt der Mieter, Pächter, Unternehmer oder Dienstherr innerhalb der Vertragszeit, so tritt sein Erbe zu gleichem Recht in den Vertrag ein.

**Vgl. Art. 259a, 259e OR**

## Art. 259a

1 Entstehen an der Sache Mängel, die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat, oder wird der Mieter im vertragsgemässen Gebrauch der Sache gestört, so kann er verlangen, dass der Vermieter:

- a. den Mangel beseitigt;
- b. den Mietzins verhältnismässig herabsetzt;
- c. Schadenersatz leistet;
- d. den Rechtsstreit mit einem Dritten übernimmt.

2 Der Mieter einer unbeweglichen Sache kann zudem den Mietzins hinterlegen.

## Art. 259e

Hat der Mieter durch den Mangel Schaden erlitten, so muss ihm der Vermieter dafür Ersatz leisten, wenn er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

**iv. Werkvertrag**

Lit: HONSELL / FARGNOLI, § 51; KASER / KNÜTEL / LOHSSE § 53

**466 D. 50.16.5.1 Paulus im 2. Buch zum Edikt**

Labeo sagt, dass die Worte *opere locato conducto* das meinen, was die Griechen *apotelesma* («Erfolg») nennen und nicht *ergon* («Verrichtung»), das heisst, ein bestimmtes, durch die Vornahme einer Handlung erzielt Werk.

**467 D. 19.2.22.1-2 Paulus im 34 Buch zum Edikt**

(1) Sobald aber etwas zur Bearbeitung hingegeben wird, liegt ein Werkvertrag vor.

(2) Wenn ich [dagegen] den Bau eines Mietshauses mit der Massgabe vererbe, dass der Unternehmer vorerst alle Aufwendungen trägt, dann verschafft er mir zwar das Eigentum an dem Mietshaus, und doch handelt es sich um einen Dienstvertrag. Denn der Bauunternehmer vermietet mir seine Dienste, das heisst die Notwendigkeit, etwas zu tun.

**468 D. 18.1.20 Pomponius im 9. Buch zu Sabinus**

Sabinus hat gutachtlich entschieden, wenn wir wollen, dass für uns eine Sache hergestellt [und uns übereignet] wird, zum Beispiel eine Statue, ein Gefäss oder Kleid, ohne dass wir dafür etwas anderes geben als Geld, sei dies als Kauf anzusehen; denn es könne kein Werkvertrag gegeben sein, wenn der [zu bearbeitende] Gegenstand selbst nicht von demjenigen zur Verfügung gestellt wird, für den das Werk hergestellt werden soll. Anders ist es dagegen, wenn ich das Grundstück zur Verfügung stelle, auf dem du ein Haus bauen sollst, weil dann die wesentliche Grundlage von mir herrührt.

**469 Gai. Inst. 3, 147**

Ferner ist es umstritten, ob ein Kaufvertrag oder ein Werkvertrag abgeschlossen wird, wenn ich mit einem Goldschmied übereingekommen bin, dass er mir aus seinem Gold Ringe eines genau bestimmten Gewichts und einer genau bestimmten Form herstellen und dafür zum Beispiel 200 Denare erhalten solle. Cassius sagt, über den Stoff werde ein Kaufvertrag, über die Arbeitsleistung ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen; aber die meisten meinen, es sei nur ein Kaufvertrag. Habe ich ihm allerdings mein Gold geliefert und ist für die Arbeitsleistung ein Lohn festgesetzt worden, so sind alle der Ansicht, dass ein Werkvertrag abgeschlossen werde.

**470 D. 19.2.9.5 Ulpianus im 23. Buch zum Edikt**

Celsus hat im 8. Buch seiner Digesten geschrieben, dass auch Unerfahrenheit dem Verschulden zuzurechnen sei. Wenn jemand die Verpflichtung übernommen hat, Jungrinder zu weiden oder Kleidungsstücke auszubessern oder zu reinigen, dann müsse er für Verschulden einstehen, und was er aus Unerfahrenheit falsch gemacht habe, sei ihm [gleichwohl] als Verschulden vorzuwerfen; er habe nämlich, wie Celsus sagt, die Vertragsleistung als Fachmann übernommen

**471 D. 19.2.25.7 Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt**

Wer den Transport einer Säule übernommen hat, muss für den Schaden einstehen, wenn die Säule beim Abbau, beim Transport oder beim Wiederaufstellen bricht, vorausgesetzt, dass sich der Schaden durch irgendein Verschulden seinerseits oder derjenigen, deren Hilfe er sich bediente, ereignet hat. Verschulden ist aber nicht gegeben, wenn alles geschehen ist, was äusserst sorgfältige Dritte beachtet hätten. Dasselbe müssen wir natürlich auch annehmen, wenn jemand es übernommen hat, Fässer oder Balken zu transportieren. Und dasselbe kann auch auf andere Sachen übertragen werden.

**472 D. 19.2.62 Labeo im 1. Buch der Wahrscheinlichkeiten**

Wenn du den Bau eines Kanals übernommen und durchgeführt hast und der Kanal einbricht, bevor du seine Vertragsmässigkeit dargetan hast, trägst du die Gefahr. Paulus: Ganz im Gegenteil, wenn der Schadensfall auf der mangelnden Standfestigkeit des Bodens beruht, trägt der Besteller die Gefahr; beruht er dagegen auf mangelhafter Ausführung des Werkes, fällt der Schaden dir zur Last.

**473 D. 19.2.59 Iavolenus im 5. Buch aus den Nachgelassenen Schriften Labeos**

Marcus hatte von Flaccus den Auftrag zur Errichtung eines Hauses übernommen. Dann ist nach Fertigstellung eines Teiles das Gebäude durch ein Erdbeben zerstört worden. Masurius Sabinus sagt, wenn sich das durch Einwirkung von Naturkräften, wie etwa ein Erdbeben, ereignet habe, trage Flaccus die Gefahr.

**474 D. 19.2.36 Florentinus im 7. Buch der Institutionen**

Ein Werk, das als Ganzes in Auftrag gegeben wird, steht bis zur Abnahme auf Gefahr des Unternehmers. Wenn der Auftrag aber so erteilt worden ist, dass die Leistung nach Fuss oder Mass erfolgen soll, dann trägt der Unternehmer nur so lange die Gefahr, wie [der jeweilige Bauabschnitt] noch nicht aufgemessen worden ist. Und in beiden Fällen wird der Besteller die Nachteile tragen, wenn es an ihm gelegen hat, dass das Werk nicht abgenommen oder aufgemessen wurde. (...)

**Vgl. Art. 363-365 OR****Art. 363**

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.

**Art. 364**

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

2 Er ist verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, mit Ausnahme der Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt.

3 Er hat in Ermangelung anderweitiger Verabredung oder Übung für die zur Ausführung des Werkes nötigen Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften auf seine Kosten zu sorgen.

Art. 365

1 Soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben und hat Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer.

2 Den vom Besteller gelieferten Stoff hat der Unternehmer mit aller Sorgfalt zu behandeln, über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen und einen allfälligen Rest dem Besteller zurückzugeben.

3 Zeigen sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde, oder ergeben sich sonst Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen.

## 5. Auftrag und Geschäftsführung

### a. Auftrag: Entstehung und Inhalt

Lit: HONSELL / FARGNOLI, § 53; KASER / KNÜTEL / LOHSSE § 55 I

#### 475 D. 17.1.1pr.-1 Paulus im 32. Buch zum Edikt

(pr.) Das Schuldverhältnis aus Auftrag kommt durch [blossen] Konsens der Vertragsschliessenden zustande.

(1) Ein Auftrag kann deshalb auch durch Boten oder durch Brief übernommen werden.

#### 476 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.

#### 477 Inst. Just. 3.26.13

Schliesslich muss man wissen, dass ein Auftrag, wenn er nicht unentgeltlich ist, unter den Tatbestand eines anderen Rechtsgeschäfts fällt. Denn durch Vereinbarung eines Entgelts wird der Vertrag ein Dienst- oder Werkvertrag. Oder um es allgemein zu sagen: In allen Fällen, in denen durch die unentgeltliche Übernahme einer Pflicht ein Auftrags- oder Hinterlegungsvertrag begründet wird, sieht man, wenn ein Entgelt vereinbart wird, einen Dienst- oder Werkvertrag zustande kommen. Und deswegen ist eine Auftragsklage gegeben, wenn du Kleider ohne Vereinbarung oder Versprechen eines Entgelts einem Kleiderreiniger zum Stärken oder Reinigen oder einem Schneider zum Ausbessern gibst.

#### 478 D. 17.1.6pr. Ulpianus im 31. Buch zum Edikt

Kommt es, um den Beauftragten zu belohnen, zu einer Ehrengabe, so bleibt es [gleichwohl] bei der Auftragsklage.

#### 479 D. 50.13.1.5 Ulpianus im 8. Buch von allen Tribunalen

Ebenso eröffnen sie [die Magistrate] nicht einmal den Lehrern des Zivilrechts den Rechtsweg [der ausserordentlichen Gerichtsbarkeit]. Die juristische Gelehrsamkeit ist zwar eine höchst erhabene Sache, doch darf sie nicht in Geld bemessen und entehrt werden, indem etwa das

Ehrengeschenk eingeklagt wird, das beim Eintritt in die heiligen Hallen der Rechtslehre hätte dargebracht werden müssen. Manches nämlich, obwohl es in Ehren angenommen werden kann, kann dennoch nicht in Ehren verlangt werden.

**480 D. 17.1.45pr. Paulus im 5. Buch zu Plautius**

Kannst du, wenn du in meinem Auftrag ein Grundstück gekauft hast, aus dem Auftrag erst dann gegen mich klagen, wenn du den Kaufpreis bezahlt hast, oder auch schon, bevor du ihn zahlst, damit du nicht etwa gezwungen bist, deine eigenen Sachen zu verkaufen? Und zu Recht wird gesagt, die Auftragsklage gehe hier darauf, dass ich die Verbindlichkeit übernehme, aus der der Verkäufer dir gegenüber berechtigt ist. Denn auch ich kann gegen dich darauf klagen, dass du mir die Kaufklage gegen den Verkäufer verschaffst.

**481 Gai. Inst. 3, 157**

Folgendes steht fest: es wird keine Verpflichtung eingegangen, wenn jemand einen beauftragt, etwas zu tun, was gegen die guten Sitten verstößt, zum Beispiel, dass du den Titius bestehlen oder verletzen sollst.

**482 D. 17.1.8.6 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Die Auftragsklage steht zu, sobald ein Interesse dessen gegeben ist, der den Auftrag erteilt hat; ansonsten – wenn mein Interesse nicht beeinträchtigt ist – entfällt die Auftragsklage, und sie ist auch nur insoweit gegeben, wie das Interesse reicht. Zum Beispiel habe ich dir den Auftrag erteilt, ein Grundstück zu kaufen. Habe ich ein Interesse daran, dass es gekauft wird, so haftest du; im Übrigen – wenn ich eben dieses Grundstück selbst gekauft habe oder ein Dritter für mich und auch kein weiteres Interesse gegeben ist – entfällt die Auftragsklage. Ich habe dir den Auftrag erteilt, gewisse Geschäfte zu besorgen. Ist kein Schaden eingetreten, so besteht, selbst wenn niemand tätig geworden ist, keine Klage; oder wenn ein Dritter die Geschäfte in geeigneter Weise besorgt hat; auch dann entfällt die Auftragsklage. Und in ähnlichen Fällen wird eben dasselbe zu billigen sein.

**483 D. 17.1.8.3 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Erteilt jemand einem anderen den Auftrag, die Geschäfte desjenigen zu führen, der ihn selbst beauftragt hatte, so hat er die Auftragsklage, weil er auch selbst haftet (er haftet nämlich, weil er seinerseits klagen kann). Obgleich nämlich allgemein gesagt wird, ein Prozessvertreter könne vor der Streitbefestigung (*litis contestatio*) keinen [weiteren] Prozessvertreter bestellen, ist dennoch die Auftragsklage gegeben. Er kann dies nämlich nur nicht zum Zwecke der Klagerhebung.

**484 Gai. Inst. 3.155-156**

(155) Ein Auftrag kommt zustande, wenn man entweder im eigenen oder in fremdem Interesse seinen Auftrag erteilt. Deshalb wird eine Auftragsverpflichtung wirksam begründet, wenn ich dich beauftragt habe, entweder meine Geschäfte oder die eines anderen zu führen und wechselseitig werden wir uns für die Leistungen haften, welche entweder ich dir oder du mir nach Treu und Glauben zu erbringen schulden.

(156) Denn wenn ich dir in deinem eigenen Interesse einen Auftrag erteile, ist der Auftrag überflüssig; was du nämlich in deinem eigenen Interesse ausführen wirst, musst du aufgrund deines Willensentschlusses, nicht aufgrund meines Auftrages ausführen; daher wirst du keinen Anspruch aus dem Auftrag gegen mich haben, wenn ich dir, der du ungenutztes Geld in deinem Hause hast, geraten habe, es auf Zinsen darzuleihen, auch wenn du es in diesem Fall demjenigen

als Darlehen gegeben hast, von dem du es nicht hast wiedererlangen können. Ferner werde ich dir doch nicht aus Auftrag haften, wenn ich dir geraten habe, eine Sache zu kaufen, wenn du sie unvorteilhaft gekauft hast. Und so sehr gilt dies, dass es umstritten ist, ob derjenige aus dem Auftrag haftet, der dir aufgetragen hat, dem Titius Geld auf Zinsen darzuleihen. Und zwar verneinte Servius dies; er meinte, in diesem Falle bestehe ebenso wenig eine Verpflichtung, wie wenn man ganz allein jemanden beauftrage, sein Geld auf Zinsen darzuleihen. Ich folge aber der Ansicht des Sabinus, der die umgekehrte Meinung vertrat, weil du nur deshalb dem Titius dargeliehen habest, weil es dir aufgetragen worden sei.

#### **485 D. 46.1.13 Julianus im 14. Buch zu den Digesten**

Wenn du in meinem Auftrag dem Titius zehn dargeliehen hast und du gegen mich mit der Auftragsgegenklage geklagt hast, so wird Titius nicht befreit werden, aber ich kann nur dann zu deinen Gunsten verurteilt werden, wenn du mir die Klagen überträgst, die dir gegen Titius zustehen. Desgleichen werde ich, wenn du gegen den Titius geklagt hast, nicht befreit werden, aber ich werde dir nur auf so viel verpflichtet sein, wie du vom Titius nicht erhalten können wirst.

#### **Art. 394-397 OR**

##### **Art. 394**

- 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 besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.
- 3 Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

##### **Art. 395**

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

##### **Art. 396**

- 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.

##### **Art. 397**

- 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.

**b. Auftrag: Haftung und Erlöschung**

LIT: HONSELL / FARGNOLI, § 51; KASER / KNÜTEL / LOHSSE § 53

**486 Coll. 10.2.3 Modestinus im 2. Buch der Unterscheidungen**

Bei der Auftragsklage wird zwar für Vorsatz, nicht auch für Fahrlässigkeit gehaftet.

**487 D. 17.1.8.9-10 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

(9) Bewusst treuwidrig handelt ersichtlich auch derjenige, der nicht herausgibt, was er herausgeben kann.

(10) Wenn ich dir folglich den Auftrag erteilt habe, einen Sklaven zu kaufen, und du ihn gekauft hast, haftest du mir dafür, dass du ihn herausgibst. Du haftest aber auch dann, wenn du in bewusster Treuwidrigkeit davon abgesehen hast, ihn zu kaufen (zum Beispiel, weil du für Geld einem anderen den Vortritt gelassen hast, so dass er den Sklaven kaufen konnte) oder auch aus schwerer Pflichtwidrigkeit (zum Beispiel, wenn du es aus Gefälligkeit zugelassen hast, dass ein anderer ihn kaufte). (...)

**488 D. 17.1.10.2-3 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

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

(3) Wenn mein Beauftragter mein Geld in Besitz hat, muss er mir jedenfalls bei Verzug Zinsen zahlen. Aber auch wenn er mein Geld verzinslich ausgeliehen und die Zinsen erlangt hat, müssen wir folgerichtig sagen, dass er herausgeben muss, was auch immer er als Gewinn erlangt hat, gleichgültig ob ich ihn beauftragt habe oder nicht, weil es Treu und Glauben entspricht, dass er aus fremdem Gut nicht Vorteil zieht. Hat er aber das Geld nicht verzinslich angelegt, sondern für eigene Zwecke verwendet, so kann er auf Zahlung derjenigen Zinsen verklagt werden, die im Rahmen des gesetzlichen Zinssatzes in der Gegend üblicherweise gezahlt werden. (...)

**489 D. 17.1.5pr.-1 Paulus im 32. Buch zum Edikt**

(pr.) Mit Sorgfalt sind also die Grenzen des Auftrags zu beachten.

(1) Denn wer sie überschreitet, tut erkennbar etwas anderes, und er haftet, wenn er den übernommenen Auftrag nicht erfüllt.

**490 Gai. Inst. 3, 161**

Sobald aber jemand, den ich wirksam beauftragt habe, den Auftrag überschritten hat, habe zwar ich gegen ihn die Auftragsklage, soweit es in meinem Interesse liegt, dass er den Auftrag erfüllt hätte, wenn er ihn nur hätte erfüllen können; er aber kann gegen mich nicht klagen. Daher wirst du keine Auftragsgegenklage gegen mich haben, wenn ich dich beispielsweise beauftragt habe, mir ein Grundstück für 100'000 Sesterzen zu kaufen, du es aber für 150'000 Sesterzen gekauft hast, selbst wenn du mir das Grundstück für die Summe geben willst, für welche zu kaufen ich dich beauftragt habe. Das war vor allem die Ansicht von Sabinus und Cassius. Wenn du das Grundstück aber für weniger gekauft hast, so hast du gegen mich natürlich eine Klage, weil begreiflicherweise derjenige, der zu einem Kauf für 100'000 beauftragt, jedenfalls auch beauftragt, wenn möglich für weniger zu kaufen.

**491 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.

**492 D. 17.1.20pr. Paulus im 11. Buch zu Sabinus**

Aus dem Auftrag darf bei dem, der den Auftrag übernommen [und ausgeführt] hat, nichts verbleiben, ebenso darf er auch keinen Schaden erleiden, etwa wenn er das verzinslich ausgeliehene Geld nicht einzutreiben vermocht hat.

**493 D. 17.1.12.9 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Wenn du mir den Auftrag erteilst, für dich irgendeine Sache zu kaufen, und ich sie mit meinem Geld kaufe, habe ich die Auftragsgegenklage auf Erstattung des Kaufpreises. Aber auch dann, wenn ich mit deinem Geld kaufe, für den Kauf der Sache aber in redlicher Weise Aufwendungen mache, ist die Auftragsgegenklage gegeben, ebenso wenn du die gekaufte Sache mir nicht abnehmen willst. Entsprechend verhält es sich auch, wenn du mir irgendetwas anderes aufträgst und ich dabei Aufwendungen mache. Und ich bekomme nicht nur das erstattet, was ich aufgewendet habe, sondern auch die Zinsen. (...)

**494 D. 17.1.27.4 Gaius im 9. Buch zum Provinzialedikt**

Aufwendungen, die zur Ausführung des Auftrags gemacht worden sind, müssen, wenn sie in gutem Glauben gemacht worden sind, auf jeden Fall ersetzt werden; und es kommt nicht darauf an, dass derjenige, der den Auftrag erteilt hat, mit geringerem Aufwand ausgekommen wäre, wenn er das Geschäft selbst ausgeführt hätte.

**495 D. 17.1.26.6 Paulus im 32. Buch zum Edikt**

Nicht alles, was der Beauftragte [ohne Übernahme des Auftrags] nicht aufgewendet hätte, kann er dem Auftraggeber in Rechnung stellen, zum Beispiel wenn er von Räufern ausgeraubt worden ist oder eine Sache durch Schiffbruch verloren hat oder wenn er wegen eigener Erkrankung oder Erkrankung seiner Leute etwas aufgewendet hat. Denn das muss mehr dem allgemeinen Lebensrisiko als dem Auftrag zugerechnet werden.

**496 C. 4.35.4 [222-235 n. Chr.]**

*Kaiser Alexander Severus Augustus an Aurelius Vulneratus.* Auch wenn diejenigen, die dich zur Ausführung ihres Berufungsverfahrens als Prozessbevollmächtigten beauftragt haben, ein ungünstiges Urteil erhalten haben, kannst du, sofern du dafür nicht verantwortlich bist, die angemessenen auf den Prozess verwendeten Aufwendungen mit der Auftragsgegenklage fordern. *Am 8. Tag vor den Iden des Januars.*

**497 Gai. Inst. 3, 158-160**

(158) Ferner ist ein Auftrag unwirksam, wenn jemand mich beauftragt, etwas nach meinem Tode zu tun, weil alle längst darin übereinstimmen, dass eine Verpflichtung nicht erst mit der Person des Erben wirksam werden kann.

(159) Aber selbst ein wirksam abgeschlossener Auftrag erlischt, wenn er widerrufen wird, bevor mit der Ausführung des Auftrags begonnen worden ist.

(160) Doch hat sich aus Zweckmässigkeitsgründen die Ansicht gebildet, dass ich die Auftragsgegenklage erheben kann, wenn ich nach dem Tode des Auftraggebers den Auftrag ausgeführt habe, ohne dass ich wusste, dass er gestorben war; sonst würde mir eine gerechtfertigte und anzuerkennende Unkenntnis Schaden zufügen. (...)

#### 498 D. 17.1.15 Paulus im 2. Buch zu Sabinus

Wenn ich dich beauftragt habe, ein Grundstück zu kaufen, und später geschrieben habe, du sollest nicht kaufen, du es aber gekauft hast, ehe du wusstest, dass ich es untersagt hatte, dann bin ich dir aus Auftrag verpflichtet, damit nicht Schaden erleidet, wer mit der Ausführung des Auftrags begonnen hat.

#### 499 Inst. Just. 3.26.11

Es steht jedem frei, einen Auftrag nicht zu übernehmen. Ein übernommener Auftrag muss dagegen ausgeführt oder so früh wie möglich gekündigt werden, damit der Auftraggeber dieses Geschäft entweder selbst oder durch einen anderen erledigen kann. Denn wenn der Beauftragte nicht so kündigt, dass dem Auftraggeber die uneingeschränkte Möglichkeit bleibt, dieses Geschäft noch zu besorgen, ist dennoch die Auftragsklage gegeben, es sei denn, dass es gerechtfertigt war, nicht oder zur Unzeit zu kündigen.

#### Vgl. Art. 398, 404 OR

##### Art. 398

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.

##### Art. 404

1 Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.

2 Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet.

### c. Geschäftsführung ohne Auftrag

Lit: HONSELL / FARGNOLI, § 56; KASER / KNÜTEL / LOHSSE § 55 II

#### 500 D. 44.7.5pr. Gaius im 3. Buch der täglichen oder goldenen Dinge

Wenn jemand Geschäfte eines Abwesenden geführt hat, und zwar aufgrund eines Auftrags, so ist es klar, dass zwischen ihnen aus dem Vertrag die Auftragsklage und die Auftragsgegenklage entstehen, deren sie sich gegeneinander in diesem Fall bedienen können auf das, was der eine dem andern dem guten Glauben nach leisten muss. Wenn aber [die Geschäftsführung] ohne Erteilung eines Auftrags [stattgefunden hat], so hat man zwar ebenfalls angenommen, dass die Parteien sich gegenseitig verpflichten, und deswegen auch Klagen begründet werden, die Klagen aus Geschäftsführung heissen, deren sie sich ebenfalls gegeneinander mit Blick auf das bedienen können, was nach Treu und Glauben einer dem andern leisten muss. Allein diese Klagen entspringen weder aus einem Vertrag, noch aus einem Delikt, denn, wer ein Geschäft geführt hat, von dem kann nicht angenommen werden, dass er mit dem Abwesenden vorher kontrahiert habe, und ebenso wenig ist es ein Delikt, die Führung der Geschäfte eines andern

ohne seinen Auftrag zu übernehmen; noch weit weniger kann aber von dem, dessen Geschäfte geführt worden sind, und der gar nichts davon gewusst hat, angenommen werden, er habe einen Vertrag abgeschlossen oder ein Delikt begangen, sondern es ist bloss aus Nützlichkeitsabwägungen angenommen worden, dass sie einander gegenseitig verpflichtet werden. Der Grund dafür liegt darin, dass viele in dem Gedanken auswärts verreisen, bald zurückzukehren, und deshalb niemandem die Besorgung ihrer Geschäfte auftragen, nachher aber, wenn unvorhergesehene Umstände eintreten, notgedrungen länger fernbleiben, so dass es unbillig sein würde, ihre Geschäfte brach liegen zu lassen. Dies aber wäre der Fall, wenn derjenige, der sich auf die Geschäftsführung versteht, keine Klage auf das hätte, was er zum Nutzen des anderen aus eigenen Mitteln aufgewendet hat, oder der, dessen Geschäfte geführt worden sind, kein Recht hätte, gegen den zu klagen, der sich seiner Geschäfte eigenmächtig angenommen hat.

#### **501 D. 3.5.2 Gaius im 3. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn jemand die Geschäfte eines Abwesenden führt, hat er, auch wenn der Abwesende nichts davon weiss, dennoch dann eine Klage, wenn er für das Vermögen des Abwesenden etwas zweckmässig aufgewendet oder auch sich selbst für das Vermögen des Abwesenden einem Dritten gegenüber verpflichtet hat. Daher entsteht in diesem Fall auf beiden Seiten eine Klage, die Geschäftsführungsklage genannt wird. Und so wie es einerseits richtig ist, dass der Geschäftsführer selbst über seine Tätigkeit Rechnung legt und auf das verurteilt wird, was immer er entweder nicht, wie es geboten war, besorgt hat oder was er aus den Geschäften zurückhält, so ist es andererseits gerecht, ihm, wenn er das Geschäft zweckmässig geführt hat, alles zu ersetzen, was er in diesem Zusammenhang an Vermögenseinbussen hat und noch haben wird.

#### **502 D. 3.5.9(10).1 Ulpianus im 10. Buch zum Edikt**

Wer aber die Geschäftsführungsklage erhebt, dringt mit dieser Klage nicht nur durch, wenn das Geschäft, das er geführt hat, Erfolg hatte; es genügt vielmehr, dass er das Geschäft zweckmässig geführt hat, mag es auch keinen Erfolg gehabt haben. Und wenn der Geschäftsführer daher ein Mietshaus hat abstützen lassen oder einen kranken Sklaven gepflegt hat, kann er die Geschäftsführungsklage erheben, auch wenn das Mietshaus abgebrannt oder der Sklave gestorben ist. Und das billigt auch Labeo. Aber, wie Celsus überliefert, merkt Proculus zu Labeo an, dass eine Klage nicht immer gegeben werden muss. Was nämlich, wenn der Geschäftsführer ein Mietshaus hat abstützen lassen, das der Eigentümer, weil er dem Erhaltungsaufwand nicht gewachsen war, aufgegeben hat oder von dem er findet, dass es für ihn entbehrlich ist? Der Geschäftsführer hat, sagt er, gemäss der Auffassung des Labeo den Eigentümer mit einer Verbindlichkeit belastet, während es doch jedermann freisteht, seine Sache selbst dann aufzugeben, wenn von ihr Schaden droht. Aber diese Auffassung verspottet Celsus treffend. Derjenige, sagt er, hat nämlich die Geschäftsführungsklage, der die Geschäfte zweckmässig geführt hat. Nicht zweckmässig aber führt die Geschäfte, wer etwas unternimmt, was nicht notwendig ist oder dem Hausvater Nachteile bringen wird. Dem entspricht es auch, wenn Julianus schreibt, dass derjenige, der ein Mietshaus hat abstützen lassen oder einen kranken Sklaven gepflegt hat, die Geschäftsführungsklage hat, wenn er zweckmässig gehandelt hat, mag auch ein Erfolg nicht eingetreten sein. Ich stelle die Frage: Was, wenn er nur geglaubt hat, er handele zweckmässig, dem Hausvater damit aber [von Anfang an] nicht nützen konnte? Nach meiner Auffassung wird er die Geschäftsführungsklage nicht haben. Denn wenn wir schon vom Erfolg absehen, muss das Geschäft wenigstens zweckmässig begonnen worden sein.

**503 D. 17.1.6.1 Ulpianus im 31. Buch zum Edikt**

Wurde jemandem der Auftrag erteilt, die Geschäfte zu führen, so ist er mit dieser Klage zu belangen, und mit der Geschäftsführungsklage kann gegen ihn nicht erfolgreich geklagt werden. Er ist nämlich nicht etwa deshalb verpflichtet, weil er die Geschäfte geführt hat, sondern deswegen, weil er den Auftrag dazu übernommen hat; er haftet folglich auch dann, wenn er sie nicht geführt hat.

**504 C. 2.18.24 [530 n. Chr.]**

*Kaiser Justinian Augustus an Julianus, den Prätorianerpräfekten.*

(pr.) Für den Fall, dass sich jemand trotz des entgegenstehenden Willens und spezifischen Verbots des Eigentümers in die Geschäfte desselben eingemischt hat, haben die grossen Rechtsgelehrten bezweifelt, ob einem solchen Geschäftsführer überhaupt eine Klage gegen den Eigentümer wegen der auf die Sache gemachten Aufwendungen zustehen sollte.

(1) Da einige eine solche als direkte oder analoge Klage zusprachen, andere hingegen sie verweigerten, darunter auch Salvius Julianus, so verordnen wir, dass, sollte der Eigentümer widersprochen und ihm die Einmischung in sein Vermögen verboten haben, gemäss der Meinung Julians keine Klage besteht, nämlich von der Zeit des Verbots an, das der Eigentümer zustellen liess, mit dem dieser jenem verbot, sich in dessen eigene Angelegenheiten einzumischen, auch wenn die Geschäfte gut von ihm geführt sein sollen. *Gegeben am 15. Tag vor den Dezember-Kalenden, zu Konstantinopel, unter dem Konsulat von Lampadius und Orestes.*

**505 D. 3.5.10(11) Pomponius im 21. Buch zu Q. Mucius**

Wenn du die Geschäfte eines Abwesenden ohne dessen Wissen führst, musst du für Fahrlässigkeit und Vorsatz einstehen. Aber nach Proculus musst du zuweilen auch für Zufall einstehen, etwa wenn du ein ungewöhnliches Geschäft, das der Abwesende nicht zu tätigen pflegte, in seinem Namen vornimmst; beispielsweise indem du junge Sklaven zum Wiederverkauf aufkaufst oder irgendein anderes Geschäft beginnst. Denn wenn daraus ein Verlust entsteht, trifft er dich; ein Gewinn gebührt jedoch dem Abwesenden. Wenn aber in einigen Geschäften Gewinn, in anderen Verlust erzielt wurde, muss der Abwesende den Gewinn mit dem Verlust verrechnen.

**506 D. 3.5.3.9 Ulpianus im 10. Buch zum Edikt**

Bisweilen, schreibt Labeo, kommt bei der Geschäftsführungsklage allein Arglist in Betracht. Denn wenn du dich, von Mitgefühl bestimmt, meiner Geschäfte angenommen hast, damit mein Vermögen nicht [im Wege der Zwangsvollstreckung] veräussert wird, sei es höchst angemessen, dass du nur für Arglist einstehest. Und diese Meinung hat die Gerechtigkeit für sich.

**507 D. 3.5.44(45).2 Ulpianus im 4. Buch der Meinungen**

Titius hat Erbschaftsgläubigern Geld gezahlt im Glauben, seine Schwester sei durch Testament Erbin des Verstorbenen geworden. Obwohl er dies mit dem Willen getan hatte, Geschäfte seiner Schwester zu führen, hatte er in Wirklichkeit Geschäfte der Söhne des Verstorbenen geführt, die nach Wegfall des Testamentes die Hauserben des Vaters waren. Weil es angemessen ist, dass er keinen Schaden erleidet, hat sich die Meinung durchgesetzt, dass er mit der Geschäftsführungsklage das Gezahlte (von den Söhnen) zurückfordern kann.

**508 D. 3.5.5.5(3) Ulpianus im 10. Buch zum Edikt**

Doch auch wenn jemand meine Geschäfte nicht im Hinblick auf mich geführt hat, sondern um seines eigenen Vorteils willen, dann habe er, hat Labeo geschrieben, zwar eher sein eigenes als mein Geschäft geführt (wer nämlich ein Geschäft übernimmt, um einen anderen auszuplündern, ist auf seinen Gewinn aus und nicht auf meinen Nutzen). Aber nichtsdestoweniger, ja umso mehr haftet auch dieser mit der Geschäftsführungsklage. Er selbst jedoch hat, wenn er etwas für meine Angelegenheiten aufwendet, nicht in der Höhe seiner Auslagen eine Klage gegen mich – da er sich unredlich mit meinem Geschäft befasst hat–, sondern nur in der Höhe des Betrags, um den ich bereichert bin.

**Art. 419-422 OR****Art. 419**

Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.

**Art. 420**

1 Der Geschäftsführer haftet für jede Fahrlässigkeit.

2 Seine Haftpflicht ist jedoch milder zu beurteilen, wenn er gehandelt hat, um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden.

3 Hat er die Geschäftsführung entgegen dem ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Geschäftsherrn unternommen und war dessen Verbot nicht unsittlich oder rechtswidrig, so haftet er auch für den Zufall, sofern er nicht beweist, dass dieser auch ohne seine Einmischung eingetreten wäre.

**Art. 421**

1 War der Geschäftsführer unfähig, sich durch Verträge zu verpflichten, so haftet er aus der Geschäftsführung nur, soweit er bereichert ist oder auf böswillige Weise sich der Bereicherung entäussert hat.

2 Vorbehalten bleibt eine weitergehende Haftung aus unerlaubten Handlungen.

**Art. 422**

1 Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien sowie für andern Schaden ihm nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten.

2 Diesen Anspruch hat der Geschäftsführer, wenn er mit der gehörigen Sorgfalt handelte, auch in dem Falle, wo der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt.

3 Sind die Verwendungen dem Geschäftsführer nicht zu ersetzen, so hat er das Recht der Wegnahme nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.

**6. Deliktsrecht****a. Deliktobligationen: Merkmale**

Lit: HONSELL / FARGNOLI, § 58; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 42, 61

**509 Gai. Inst. 3, 182**

Ich will jetzt zu den Verpflichtungen übergehen, welche aus einer unerlaubten Handlung (*ex delicto*) entstehen, wenn zum Beispiel jemand einen Diebstahl begangen, Güter geraubt, einen Schaden zugefügt oder eine Personenverletzung begangen hat. Für alle diese Tatbestände gibt

es nur eine Verpflichtungsgattung, während die vertraglichen Verpflichtungen in vier Gattungen untergliedert werden, wie ich schon dargestellt habe.

#### 510 Gai. Inst. 4, 6-9

(6) Manchmal aber klagt man, um nur eine Sache zu erlangen, manchmal für die Sache und die Busse.

(7) Nur die Sache verfolgt man beispielweise mit den Klagen, mit denen man aus Vertrag klagt.

(8) Nur eine Busse erlangt man beispielweise mit der Klage wegen Diebstahls und Personenverletzung und nach Ansicht mancher Juristen mit der Klage wegen gewaltsam geraubter Güter; denn wegen der Sache selbst stehen einem die Vindikation und die Kondiktion zu.

(9) Sache und Busse verfolgt man hingegen zum Beispiel aus denjenigen Gründen, aus denen man gegen einen abstreitenden Gegner auf das doppelte klagt; dies kommt vor bei Klage (...) wegen widerrechtlicher Schädigung nach der *Lex Aquilia* (...).

#### 511 D. 47.2.21.9 Paulus im 40. Buch zu Sabinus

Wenn zwei oder mehrere einen Balken gestohlen haben, den jeder einzelne nicht hätte fortbringen können, so müssen alle wegen des Diebstahls auf das Ganze haften, auch wenn einer allein ihn weder hätte stehlen noch fortschaffen können, und so ist das Recht, das wir befolgen. Denn man kann nicht sagen, dass jeder einzelne den Diebstahl zum Teil begangen habe, sondern alle zusammen im Ganzen, und daraus folgt, dass jeder Einzelne hafte.

#### 512 D. 47.2.21.7 Paulus im 40. Buch zu Sabinus

Wer mit dem Vorsatz, einen Diebstahl zu begehen, ein Zimmer betreten hat, der ist darum noch kein Dieb, obgleich er mit der Absicht eingedrungen ist. Was also nun? Mit was für einer Klage soll er haften? Man mag ihn wegen Personenverletzung oder Gewalttätigkeit anklagen, wenn er gewaltsam eingedrungen ist.

#### 513 Gai. Inst. 4, 75; 77-78

(75) Wegen eines Vergehens von Haussöhnen und Sklaven (zum Beispiel, wenn sie einen Diebstahl begangen oder jemandem eine Personenverletzung zugefügt haben) sind Klagen auf Haftung für Schädigung durch Gewaltunterworfenen eingeführt worden, so dass der Vater oder der Herr entweder den Schätzwert des Streitgegenstandes bezahlen oder den Gewaltunterworfenen wegen Schädigung ausliefern darf. Es war nämlich unbillig, dass deren Schlechtigkeit den Hausvätern oder Herren mehr Schaden zufügte, als ihr Sachwert war.

(77) Und zwar folgen alle Klagen auf Haftung für Schädigung durch Gewaltunterworfenen der jeweiligen Person; denn wenn dein Sohn oder Sklave jemandem eine Schädigung zugefügt hat, richtet sich die Klage gegen dich, solange er in deiner Hausgewalt ist, ist er aber in die Hausgewalt eines anderen gelangt, so richtet sich die Klage nunmehr gegen diesen; sobald er rechtlich selbständig ist, richtet sich eine unmittelbare Klage gegen ihn, und die Auslieferung wegen Schädigung hat sich erledigt. (...)

(78) Wenn aber ein Sohn seinem Vater oder ein Sklave seinem Herrn eine Schädigung zugefügt hat, entsteht keine Klage; denn zwischen mir und demjenigen, der in meiner Hausgewalt ist, kann überhaupt keine Verbindlichkeit entstehen; und daher kann auch dann, wenn er in die

Hausgewalt eines anderen gelangt oder rechtlich selbständig geworden ist, weder gegen ihn selbst noch gegen den, in dessen Hausgewalt er jetzt steht, geklagt werden. (...)

#### 514 Gai. Inst. 4, 112

Nicht alle Klagen, die gegen jemanden entweder nach Zivilrecht zustehen oder vom Prätor gewährt werden, stehen auch gleichermaßen gegen einen Erben zu oder werden sonst gegen ihn gewährt; es ist nämlich eine ganz unbestrittene Rechtsregel, dass Bussklagen aus Vergehen gegen einen Erben weder zustehen noch sonst gewährt werden, wie zum Beispiel wegen Diebstahls, gewaltsam geraubter Güter, Personenverletzung und widerrechtlicher Schädigung. Aber einem Erben des Klägers [natürlich desselben] stehen die Klagen dieser Art zu und werden nicht abgewiesen, mit Ausnahme der Klage wegen Personenverletzung und einer ähnlichen Klage, wenn sich noch eine solche findet.

#### 515 D. 50.17.38 Pomponius im 29. Buch zu Sabinus

So wie ein Erbe wegen eines Delikts des Verstorbenen nicht haftbar gemacht werden darf, so darf er auch keinen Gewinn haben, wenn von jener Sache etwas an ihn gekommen wäre.

#### 516 D. 2.14.17.1 Paulus im 3. Buch zum Edikt

Einige Klagen werden durch eine Vereinbarung schon nach Zivilrecht aufgehoben, wie die Klage wegen Personenverletzung und ebenso die Diebstahlklage.

#### Vgl. Art. 22, 24-25 StGB

##### Art. 22

1 Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, so kann das Gericht die Strafe mildern.

2 Verkennt der Täter aus grobem Unverstand, dass die Tat nach der Art des Gegenstandes oder des Mittels, an oder mit dem er sie ausführen will, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen kann, so bleibt er straflos.

##### Art. 24

1 Wer jemanden vorsätzlich zu dem von diesem verübten Verbrechen oder Vergehen bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft.

2 Wer jemanden zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird wegen Versuchs dieses Verbrechens bestraft.

##### Art. 25

Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird milder bestraft.

### b. Diebstahl (*furtum*)

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, § 59; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, §§ 35, 46, 62

#### 517 D. 47.2.1.3 Paulus im 39. Buch zum Edikt

Der Diebstahl ist die betrügerische, in gewinnsüchtiger Absicht geschehene Entwendung einer Sache, und zwar entweder ihrer selbst oder ihres Gebrauchs oder ihres Besitzes – was nach dem Naturgesetz verboten ist, zu tun.

**518 Gai. Inst. 3, 184-185**

(184) Einige haben gesagt, ein offenkundiger Diebstahl liege dann vor, wenn der Dieb während der Tatausführung ergriffen werde. Andere aber weitergehend: Wenn er an dem Ort ergriffen werde, wo die Tat geschehe, zum Beispiel, wenn Diebstahl von Oliven in einem Olivenhain, von Trauben in einem Weingarten geschehen sei, solange sich der Dieb noch in diesem Olivenhain oder Weingarten befinde; oder wenn ein Diebstahl in einem Hause geschehen sei, solange der Dieb sich in diesem Haus befinde (...) Jede der erstgenannten Ansichten findet daher Zustimmung: die meisten aber billigen eher die zweite Ansicht.

(185) Was ein nicht-offenkundiger Diebstahl ist, versteht sich aus dem, was ich gesagt habe; denn was nicht offenkundig ist, das ist nicht-offenkundig.

**519 Gai. Inst. 3, 189-190**

(189) Die Strafe für offenkundigen Diebstahl war nach dem Zwölftafelgesetz eine Leib- und Lebensstrafe. Ein freier Mensch wurde nämlich ausgepeitscht und dem, den er bestohlen hatte, zugesprochen; (...) Gegenüber eines Sklaven wurde gleichermassen auf Auspeitschung erkannt. Aber später war man mit der strengen Strafe nicht mehr einverstanden, und im prätorischen Edikt wurde sowohl im Falle des Sklaven als auch des freien Menschen eine Klage auf das Vierfache festgesetzt.

(190) Als Busse für nicht-offenkundigen Diebstahl wurde von den [Zwölf]tafeln das Doppelte gefordert und auch der Prätor blieb dabei.

**520 Gai. Inst. 3, 209**

Wer fremde Sachen raubt, haftet wegen Diebstahls, denn wer nimmt mehr eine fremde Sache ohne den Willen des Eigentümers an sich als der Räuber? Deshalb spricht man zutreffend vom Räuber als einem ehrlosen Dieb; indes hat der Prätor eine eigene Klage wegen dieser unerlaubten Handlung eingeführt, welche «wegen gewaltsam geraubter Güter» heisst, und sie richtet sich innerhalb eines Jahres auf das Vierfache, nach einem Jahr auf das Einfache. Die Klage ist anwendbar, auch wenn jemand eine noch so kleine Sache geraubt hat.

**521 Gai. Inst. 3, 202**

Manchmal haftet jemand wegen Diebstahls, obwohl er selbst keinen Diebstahl begangen hat, etwa jemand, mit dessen Beihilfe oder Anstiftung der Diebstahl begangen worden ist. Hierzu zählt der, der dir Geldmünzen aus der Hand geschlagen hat, damit sie ein anderer wegnimmt, oder sich dir in den Weg gestellt hat, damit ein anderer sie wegnimmt, oder deine Schafe und Rinder gejagt hat, damit ein anderer sie einfängt. Und dies schrieben die alten Juristen auch von demjenigen, der Rinder mit einem roten Tuch verjagt hat (...).

**522 Gai. Inst. 3, 208**

Schliesslich muss man wissen, dass es umstritten ist, ob ein Unmündiger durch Ansichnahme (*contrectatio*) einer fremden Sache einen Diebstahl begeht. Die meisten sind der Ansicht, da es Vorsatz sei, der den Diebstahl ausmache, hafte ein Unmündiger aus dieser Straftat nur dann, wenn er nahezu mündig sei und deswegen einsehe, dass er eine unerlaubte Handlung begehe.

**523 D. 47.2.46(47).7 Ulpianus im 42. Buch zu Sabinus**

Es ist zutreffend angenommen worden, dass derjenige kein Dieb sei, der eine Sache mit Einwilligung des Eigentümers zu ergreifen geglaubt hat. Denn inwiefern kann der arglistig handeln, der glaubt, dass der Eigentümer einwilligen werde, mag er dies fälschlich oder richtig

glauben? Derjenige allein ist also ein Dieb, der etwas entwendet hat, von dem er wusste, dass er es wider Willen des Eigentümers tut.

**524 Gai. Inst. 3, 200**

Zuweilen begeht der jemand auch an seiner eigenen Sache einen Diebstahl, zum Beispiel, wenn ein Schuldner eine Sache, die er dem Gläubiger zum Pfand gegeben hat, weggenommen hat oder wenn ich einem gutgläubigen Besitzer, der meine Sache besitzt, diese weggenommen habe. Daher hat sich die Meinung durchgesetzt, dass jemand, der seinen eigenen Sklaven, den ein anderer gutgläubig besitzt und der zu ihm zurückgekehrt ist, verborgen hat, einen Diebstahl begeht.

**525 D. 47.2.67(68)pr. Paulus im 7. Buch zu Plautius**

Wenn derjenige, der eine Sache verpfändet, dieselbe verkauft hat, so begeht er, wenn er auch Eigentümer ist, dennoch einen Diebstahl, mag er sie dem Gläubiger übergeben, oder sie durch eine Sonderabmachung bloss belastet haben; das meint auch Julianus.

**526 D. 47.2.15.1 Paulus im 5. Buch zu Sabinus**

Der Eigentümer, der eine Sache gestohlen hat, an der die Nutzniessung einem andern gehört, haftet dem Nutzniesser wegen Diebstahls.

**527 D. 47.2.43(44)pr. Ulpianus im 41. Buch zu Sabinus**

Ein falscher Gläubiger, d. h. ein solcher, der sich für einen Gläubiger ausgibt, begeht, wenn er etwas annimmt, einen Diebstahl, und es werden die einzelnen Geldstücke nicht sein Eigentum.

**528 D. 13.1.18 Scaevola im 4. Buch der Rechtsfragen**

(...) ein Diebstahl wird begangen, wenn jemand nicht geschuldete Geldstücke wissentlich angenommen hat (...).

**529 Gai. Inst. 3, 195-197**

(195) Diebstahl liegt 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 Hinterlegung gegeben worden ist, in Gebrauch nimmt, begeht er einen Diebstahl, auch wenn er 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 Arglist begangen werden kann.

**530 D. 47.2.55(56)pr. Gaius im 13. Buch zum Provinzialedikt**

Wenn der Gläubiger von einem Pfand Gebrauch macht, so haftet er mittels der Diebstahlklage.

**531 Gai. Inst. 3, 203-207**

(203) Die Diebstahlsklage steht aber demjenigen nur dann zu, wenn er ein Interesse daran hat, dass die Sache nicht untergeht.

(204) Daher steht fest, dass ein Gläubiger, dem ein Pfand weggenommen worden ist, wegen Diebstahls klagen kann; und dies geht sogar so weit, dass auch dann, wenn der Eigentümer selbst, nämlich der Schuldner, die Sache weggenommen hat, dem Gläubiger trotzdem die Diebstahlsklage zusteht.

(205) Wenn ferner ein Walker zum Stärken oder Reinigen oder ein Schneider zum Flickern Kleidungsstücke gegen einen genau bestimmten Lohn angenommen und diese durch Diebstahl verloren hat, so hat er selbst die Diebstahlsklage und nicht der Eigentümer, weil der Eigentümer kein Interesse daran hat, dass sie nicht untergegangen ist, da er mit der Klage aus dem Werkvertrag (*actio locati*) vom Walker oder Schneider das Seinige erlangen kann, vorausgesetzt, dass dieser Walker oder Schneider zur Leistung vollständig in der Lage ist; denn wenn er nicht zahlungsfähig ist, so steht dem Eigentümer dann selbst die Diebstahlsklage zu, da er von ihm das Seinige nicht erlangen kann; denn in diesem Fall hat er selbst ein Interesse daran, dass die Sache erhalten bleibt.

(206) Genau das, was ich über den Walker und Schneider gesagt habe, das wende ich auch auf denjenigen an, dem man eine Sache geliehen hat; denn, wie jene für Bewachung einstehen, weil sie Lohn nehmen, so muss auch dieser in ähnlicher Weise für Bewachung einstehen, weil er den Gebrauchsvorteil erhält.

(207) Aber jemand, dem eine Sache zur Hinterlegung gegeben worden ist, steht nicht für Bewachung ein und ist nur so weit zum Schadensersatz verpflichtet, als er selbst vorsätzlich gehandelt hat; aus diesem Grund kann er, wenn ihm die Sache weggenommen worden ist, nicht wegen Diebstahls klagen, weil er aus diesem Vertrag nicht auf Rückgabe haftet und deshalb kein Interesse daran hat, dass die Sache erhalten bleibt; vielmehr steht diese Klage dem Eigentümer zu.

**532 D. 13.1.7pr.-1 Ulpianus im 42. Buch zu Sabinus**

(pr.) Hat jemand als Dieb den Vergleich über die Busse abgeschlossen, so ist es völlig zutreffend, dass die Kondiktion nicht ausgeschlossen ist, denn durch den Vergleich wird zwar die Diebstahlsklage, nicht aber die Kondiktion aufgehoben.

(1) Die Diebstahlsklage ist auf die gesetzmässige Busse gerichtet, die Kondiktion auf die Sache selbst. Aus diesem Unterschied folgt, dass [durch Erhebung der jeweiligen Klage] weder die Diebstahlsklage durch die Kondiktion noch die Kondiktion durch die Diebstahlsklage verbraucht wird. Der Bestohlene hat also die Diebstahlsklage, die Kondiktion und die Vindikation (...)

(2) Weil die Kondiktion der gestohlenen Sache eine sachverfolgende Klage ist, verpflichtet sie auch den Erben des Diebes (...)

**533 D. 13.1.1 Ulpianus im 18. Buch zu Sabinus**

Ist eine Sache gestohlen worden, steht die Kondiktion nur dem Eigentümer zu.

**534 D. 13.1.20 Tryphoninus im 15. Buch seiner Erörterungen**

Selbst in dem Fall, dass der Dieb bereit war, sich auf die Kondiktion einzulassen, und es an mir lag, die Sache zu kondizieren, als sie noch vorhanden war, diese jedoch später untergegangen ist, haben die alten Juristen dennoch gewollt, dass die Kondiktion bestehen bleibe, weil derjenige, der einmal ohne den Willen des Eigentümers eine Sache entwendet hat, so angesehen wird, dass er hinsichtlich der Rückgabe der Sache, die er nicht hätte entwenden dürfen, immer in Verzug ist.

**535 D. 13.1.16 Pomponius im 38. Buch zu Q. Mucius**

Wer einen Diebstahl dadurch begeht, dass er eine [ihm] geliehene oder [bei ihm] hinterlegte Sache gebraucht, wird auch aus der Kondiktion aufgrund Diebstahls verpflichtet. Diese unterscheidet sich von der Klage aus Leihe dadurch, dass der Dieb, auch wenn die Sache ohne seine Arglist oder Fahrlässigkeit untergegangen ist, dennoch mit der Kondiktion haftet, während der Beklagte bei der Klage aus Leihe nur ausnahmsweise über Fahrlässigkeit hinaus haftet und bei der Hinterlegung nicht über Arglist hinaus.

**Vgl. Art. 934 Abs. 1 ZGB, Art. 139 StGB****Art. 934 ZGB**

1 Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, kann sie [die Sache] während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern. (...)

**Art. 139 StGB**

1 Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2 Der Dieb wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bestraft, wenn er gewerbsmässig stiehlt.

3 Der Dieb wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft, wenn er den Diebstahl als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat, wenn er zum Zweck des Diebstahls eine Schusswaffe oder eine andere gefährliche Waffe mit sich führt oder wenn er sonst wie durch die Art, wie er den Diebstahl begeht, seine besondere Gefährlichkeit offenbart.

4 Der Diebstahl zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

**c. Sachbeschädigung (*lex Aquilia*)**

Lit.: HONSELL / FARGNOLI, §§ 60-62; KASER / KNÜTEL / LOHSSE, § 62

**536 Gai. Inst. 3, 210**

Die Klage wegen widerrechtlicher Schädigung wird durch die *Lex Aquilia* festgesetzt, in deren erstem Kapitel 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.

**537 Gai. Inst. 3, 212; 214**

(212) Bei der Klage aus diesem Gesetz wird nicht nur der Sachwert bewertet, wenn vielmehr der Herr durch die Tötung eines Sklaven tatsächlich einen höheren Schaden erleidet, als der

Sklave wert ist, so wird dies auch bewertet, wenn beispielsweise mein Sklave, der von jemandem zum Erben eingesetzt worden ist, getötet worden ist, bevor er sich auf meinen Befehl förmlich zum Antritt der Erbschaft entschieden hat; dann wird nämlich nicht nur sein Wert bewertet, sondern auch der Betrag der verloren gegangenen Erbschaft. Wenn ferner von Zwillingen oder einer Schauspieler- oder Musikergruppe ein Einzelner getötet worden ist, so wird nicht nur der Getötete bewertet, sondern darüber hinaus wird auch [das] berechnet, was die anderen, die noch übrig sind, nun weniger wert sind. Dasselbe gilt auch, wenn jemand eines von einem Paar weiblicher Maultiere oder eines aus einem Viergespann Pferde getötet hat.

(214) Dass aber in diesem Gesetz ist: «Wie viel die Sache in diesem Jahr am meisten wert gewesen ist», bewirkt Folgendes; Wenn jemand etwa einen lahmen Sklaven getötet hat, der in diesem Jahr noch unversehrt war, geschieht die Bewertung nicht danach, wie viel er wert war, als er getötet wurde, sondern wie viel er in diesem Jahr am meisten wert war; dadurch geschieht es, dass jemand zuweilen mehr erlangt, als ihm Schaden zugefügt worden ist.

### 538 Gai. Inst. 3, 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 «Beschädigtem» 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.

### 539 D. 9.2.2.1 Gaius im 7. Buch zum Provinziedikt

Weiter unten wird alsdann verordnet, dass gegen den Leugnenden die Klage auf das Doppelte stattfinden solle.

### 540 D. 9.2.11.6; 10 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt

(6) Die Klage aus der *Lex Aquilia* kommt aber dem Herrn, d. h. dem Eigentümer zu. (...)

(10) Dass einem Nutzniesser oder einem Gebrauchsberechtigten eine [direkte] Klage nach der *Lex Aquilia* zur Verfügung stehen kann, wird von Julianus erwogen; und ich halte es für richtiger, in diesem Fall eine analoge Klage zu erteilen.

### 541 D. 9.2.12 Paulus im 10. Buch zu Sabinus

Auch wenn der Inhaber des blossen Eigentums den Sklaven, an dem ich eine Nutzniessung habe, verwundet oder getötet hat, steht mir, nach dem Muster der *Lex Aquilia*, gegen ihn eine Klage entsprechend dem Anteil der Nutzniessung zu. (...)

### 542 D. 9.2.13.2 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt

Wird ein Erbschaftssklave getötet, so fragt sich, wer nach der *Lex Aquilia* klagen soll, da es keinen Eigentümer dieses Sklaven gibt. Und Celsus sagt, das Gesetz wolle, dass dem Eigentümer Schäden ersetzt werden. Also wird die Erbschaft als Eigentümer angesehen. Nach Erbschaftsantritt wird daher der Erbe klagen können.

**543 D. 9.2.27.11 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

Haben Sklaven eines Pächters das Wirtschaftsgebäude durch Brand zerstört, so hafte, sagt Proculus, der Pächter entweder aus dem Pachtvertrag oder nach der *Lex Aquilia*, jedoch so, dass er die Sklaven [dem Geschädigten] als Schädiger ausliefern kann und dass, falls die Sache aufgrund einer der beiden Klagen entschieden worden ist, die andere nicht mehr erhoben werden kann; immer vorausgesetzt, den Pächter treffe kein Verschulden. Habe er dagegen Sklaven, die zu schädlichen Handlungen neigen, so hafte er wegen widerrechtlich zugefügten Schadens, weil er sich solche Sklaven hielt. Derselbe Jurist schreibt, dasselbe müsse auch für Mieter eines Mietshauses beachtet werden; diese Meinung ist begründet.

**544 D. 9.2.7.6-7 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

(6) Celsus aber sagt, es mache einen grossen Unterschied, ob jemand getötet oder die Ursache für den Tod gesetzt hat, so dass, wer nur die Ursache für den Tod gesetzt hat, nicht nach der *Lex Aquilia* hafte, sondern nur mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage. Er führt hierzu als Beispiel den Täter an, der anstelle einer Arznei Gift gereicht hat, und sagt, dieser habe nur die Ursache für den Tod gesetzt, genauso wie derjenige, der einem Geisteskranken ein Schwert in die Hand gegeben hat; denn auch dieser hafte nicht nach der *Lex Aquilia*, sondern nur mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage.

(7) Hat aber jemand einen anderen von einer Brücke hinuntergestossen, so haftet er nach Celsus nach der *Lex Aquilia*, gleich ob der andere durch den Stoss selbst umkam oder ob er sofort ertrank oder ob er erst erschöpft vom längeren Kampf gegen die Strömung des Flusses umkam, genauso wie wenn jemand einen Sklavenjungen gegen einen Felsen geschleudert hat.

**545 D. 9.2.9.1-3 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

(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*, genauso wie die Hebamme, die die Arznei verabreicht hat.

(2) Hat jemand einen Sklaven dadurch getötet, dass er ihn verhungern liess, so haftet er nach Neratius mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage.

(3) Hast du das Pferd, auf dem mein Sklave ritt, scheu gemacht und dadurch bewirkt, dass er kopfüber in den Fluss gestürzt ist, und ist der Sklave dadurch umgekommen, so muss, wie Ofilius schreibt, eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage erteilt werden; genauso wie wenn mein Sklave von jemandem in einen Hinterhalt gelockt und dort von einem anderen getötet worden wäre.

**546 Gai. Inst. 3, 219**

Im Übrigen hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass eine Klage aus diesem Gesetz nur besteht, wenn jemand den Schaden mittels seines eigenen Körpers zugefügt hat; daher werden, wenn der Schaden auf andere Weise zugefügt worden ist, umgestaltete Klagen gewährt, wenn beispielweise 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.

**547 D. 9.2.7.3pr. Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

Wenn daher jemand Schaden zugefügt hat, weil er von einem anderen gestossen wurde, haftet, schreibt Proculus, weder derjenige, der gestossen hat, weil er nicht getötet hat, noch derjenige, der gestossen wurde, weil er den Schaden nicht widerrechtlich zugefügt hat. Demnach ist gegen denjenigen, der gestossen hat, eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage zu erteilen.

**548 D. 9.2.49(50).1 Ulpianus im 9. Buch seiner Erörterungen**

Wenn gesagt wird, die *Lex Aquilia* verfolge einen widerrechtlich zugefügten Schaden, muss das so aufgefasst werden, dass der Schaden dann als widerrechtlich angesehen wird, wenn er zugleich ein Unrecht darstellt, also nicht dann, wenn die Schädigung unter übermächtigem Zwang geschah, wie Celsus hinsichtlich dessen schreibt, der ein Nachbarhaus abgerissen hat, um einen Brand abzuwehren; in diesem Fall, schreibt er, entfällt nämlich die Klage nach der *Lex Aquilia*. Denn jener hat das Nachbarhaus in berechtigter Furcht, das Feuer werde bis zu ihm gelangen, abgerissen. Und gleich, ob das Feuer ihn noch erreicht hat oder ob es schon vorher gelöscht wurde, entfällt, meint Celsus, die Klage nach der *Lex Aquilia*.

**549 Inst. Just. 4.3.2-3**

(2) Widerrechtlich tötet, wie man annimmt, wer ohne jedes Recht tötet. Deshalb haftet nicht, wer einen Räuber tötet, jedenfalls dann nicht, wenn er der Gefahr anders nicht entgehen kann.

(3) Und es haftet nach diesem Gesetz auch nicht, wer zufällig tötet, vorausgesetzt nur, dass sich bei ihm keinerlei Verschulden findet. Im Übrigen haftet man nach diesem Gesetz für Vorsatz ebenso wie für Fahrlässigkeit.

**550 D. 9.2.5.2 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

Daher fragt es sich, ob, wenn ein Wahnsinniger Schaden angerichtet hat, die Klage aus der *Lex Aquilia* stattfindet. Pegasus leugnet es; denn wie [, sagt er], könnte ihm Schuld beigemessen werden, da er nicht bei Sinnen ist? Und dies ist ganz richtig; die Klage aus der *Lex Aquilia* fällt daher ebenso weg, wenn ein vierfüßiges Tier Schaden angerichtet, oder ein Ziegel vom Dach gefallen ist. Dasselbe ist der Fall, wenn ein Kind den Schaden gestiftet hat. Ist es ein Unmündiger gewesen, so, sagt Labeo, haftet er durch die Klage aus der *Lex Aquilia*, weil er auch wegen Diebstahls haftet; dies halte ich für begründet, wenn er schon einer Wiederrechtlichkeit fähig ist.

**551 D. 9.2.30.3 Paulus im 22. Buch zum Edikt**

Auch in der Klage, die sich aus diesem Kapitel ergibt, werden Vorsatz und Fahrlässigkeit bestraft. Wenn daher jemand sein Stoppelfeld oder sein Dornengebüsch anzündet, um es abzubrennen, und das Feuer weiter um sich greift, sich ausbreitet und ein fremdes Saatfeld oder einen fremden Weinberg zerstört, müssen wir untersuchen, ob es durch seine Unerfahrenheit oder Nachlässigkeit dazu gekommen ist. Denn hat er das an einem stürmischen Tag getan, so ist er wegen Fahrlässigkeit verantwortlich (den Schaden hat ersichtlich auch bewirkt, wer dafür den Anlass gegeben hat). Den gleichen Schuldvorwurf zieht sich auch zu, wer nicht darauf geachtet hat, dass das Feuer nicht weiter um sich greift. Hat er aber alles, was nötig war, beachtet oder hat ein plötzlich einsetzender Sturm das Feuer weiter ausgebreitet, so trifft ihn kein Verschulden.

**552 D. 9.2.8.1 Gaius im 7. Buch zum Provinzialedikt**

Auch ein Maultiertreiber haftet, wie man gewöhnlich sagt, wegen Verschuldens, wenn er durchgehende Maultiere aus Unerfahrenheit nicht zurückhalten kann und diese einen fremden

Sklaven niedertrampeln. Dasselbe nimmt man auch an, wenn er aus Mangel an Kraft die durchgehenden Maultiere nicht zurückhalten konnte. Und es erscheint nicht unangemessen, wenn Mangel an Kraft dem Verschulden zugerechnet wird, weil niemand eine Aufgabe übernehmen soll, bei der, wie er erkennt oder erkennen muss, sein Mangel an Kraft für einen anderen gefährlich werden kann. Dasselbe gilt in dem Fall des Reiters, der das durchgehende Pferd infolge Unerfahrenheit oder mangels Kraft nicht zu zügeln vermag.

**553 Inst. Just. 4.3.6-7**

(6) Ausserdem ist ein Arzt, der deinen Sklaven operiert hat, wegen Verschuldens verantwortlich, wenn er die weitere Behandlung unterlässt und der Sklave deswegen stirbt.

(7) Auch Unerfahrenheit wird zum Verschulden gerechnet, wie zum Beispiel, wenn ein Arzt deinen Sklaven dadurch tötet, dass er ihn schlecht operiert oder ihm ein Medikament falsch verabreicht.

**554 D. 9.2.9.4 Ulpianus im 18. Buch zum Edikt**

Wurde aber ein Sklave dadurch getötet, dass Leute während eines Spieles Speere warfen, so kommt die *Lex Aquilia* zur Anwendung. Wenn aber Sportler auf einem Sportplatz Speere warfen und der Sklave gerade über dieses Gelände ging, entfällt jedoch die *Lex Aquilia*, weil er nicht zur Unzeit ein dem Speerwerfen dienendes Gelände hätte überqueren dürfen. Wer jedoch absichtlich mit dem Speer auf ihn geworfen hat, haftet auf jeden Fall nach der *Lex Aquilia*.

**555 Inst. Just. 4.3.5**

Ebenso ist wegen Verschuldens verantwortlich, wer beim Baumausschneiden durch einen vom Baum herabgeworfenen Ast einen vorübergehenden Sklaven tötet, sofern sich das an einem öffentlichen Weg oder an einem Feldweg ereignet und er nicht vorher so laut gerufen hat, dass der Unglücksfall hätte vermieden werden können. Hat er aber vorher laut gerufen und hat der Sklave sich nicht die Mühe gemacht aufzupassen, so ist der, der den Baum ausschneidet, von Verschulden frei. Gleichermassen ist von Verschulden frei, wer etwa abseits vom Weg oder mitten auf einem Grundstück dabei war, Bäume zu fällen, auch wenn er vorher nicht durch lautes Rufen gewarnt hat, weil kein Fremder das Recht hatte, sich an diesem Ort aufzuhalten.

**556 D. 50.17.203 Pomponius im 8. Buch zu Q. Mucius**

Wenn jemand aufgrund eigenen Verschuldens einen Schaden erleidet, tritt keine Haftung [eines anderen] ein.

**Vgl. Art. 41 OR**

1 Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

2 Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.