



2. harukog. 1.

Wilhelm Seeler

Professor an der Universität Dorpat

# System des römischen Privatrechts

Grundriß zu Vorlesungen



357 / 1034

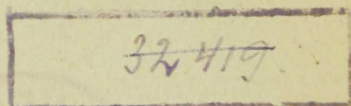
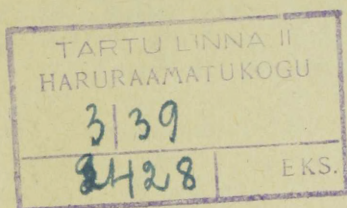
Dorpat 1924

„Noor-Eesti Kirjastus“ G. m. b. H.

Wilhelm Seeler  
Professor an der Universität Dorpat

# System des römischen Privatrechts

Grundriß zu Vorlesungen



~~3992~~  
11178

Dorpat 1924

„Noor-Cesti Kirjastus“ G. m. b. H.

### Druckfehler.

©. 10	3. 12	anstatt	somit	lies	soweit
©. 37	3. 8	"	den Tradenten	"	dem Tradenten
©. 46	3. 35	"	Bermieter	"	Berpächter
©. 55	3. 23	"	retenti	"	retentio
©. 76	3. 18	"	pigneraticia	"	pigneraticia
©. 114	3. 38	"	directo	"	directa
©. 123	3. 16	"	imperativo	"	imperativa
©. 124	3. 21	"	facerit	"	fecerit.



# Einleitung.

## § 1. Bedeutung des römischen Rechts für die Gegenwart.

Die christliche Religion, die griechische Philosophie und das römische Recht sind die großen aus der antiken Welt stammenden Kulturelemente im Leben der modernen Völker. Die Bedeutung des römischen Rechts liegt in Folgendem:

1. Der Inhalt der meisten heute in Europa geltenden Zivilgesetzbücher, auch des unsrigen, ist zu einem sehr großen Teile dem *corpus juris civilis* entnommen; deshalb ist das Studium dieser Kodifikation unentbehrlich zum Verständnis der modernen Gesetzbücher.

2. Im Mittelalter betrachtete man das römische Recht als ein über Raum und Zeit erhabenes Universalrecht. Heute wissen wir, daß das römische Recht in allen Stadien seiner Entwicklung stets nur für ein bestimmtes Volk und eine bestimmte Zeit berechnet war. Andererseits aber wissen wir auch, daß zahlreiche Sätze des römischen Rechts nur „der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassung allgemein menschlicher Verhältnisse sind“ ..... „und daher unmittelbar verwertbar sind, wo zivilisierte Menschen zusammen leben“ (Windscheid § 6 Anm. 4).

3. Im Mittelalter bestand der Glaube, daß das *corpus juris* die absolute Wahrheit (*ratio scripta*) enthalte. Heute wissen wir, daß es wie alle Werke des Menschengenies nicht frei ist von Mängeln. Aber andererseits wissen wir auch, daß im Ganzen genommen kein einziges Zivilgesetzbuch älterer und neuerer Zeit sich mit ihm messen kann an Reichtum des Inhalts und der Gedanken. „Im *corpus juris civilis* steckt das Beste, was der menschliche Geist auf dem Felde der Rechtsproduktion überhaupt geleistet hat“ (Bekker System I S. 18), so daß es auch für den zukünftigen Gesetzgeber die reichste Schatzgrube bildet.

4. In den ersten Jahrhunderten des Kaiserreichs hat die Rechtswissenschaft eine Höhe erreicht wie in keinem anderen Lande und zu keiner anderen Zeit. Diese „klassische römische Jurisprudenz“ wird stets ein Vorbild sein für jede Rechtswissenschaft.



5. Beginnend mit dem 12. Jhrh. und bis auf unsere Tage haben die größten Rechtsgelehrten aller Länder ihre Hauptaufgabe in der Bearbeitung des römischen Rechts gesehen. So ist eine Literatur entstanden, die an Umfang, Vielseitigkeit und innerem Wert die Literaturen aller anderen juristischen Disziplinen weit in den Schatten stellt, und die reichste Quelle rechtswissenschaftlicher Vertiefung bildet, über die unsere Zeit überhaupt verfügt.

So mannigfach wie die Gründe sind, auf denen die Bedeutung des römischen Rechts beruht, so mannigfach sind auch die Methoden seiner wissenschaftlichen Bearbeitung: Eine Reihe von Schriftstellern behandelt das römische Recht nur vom Standpunkt seiner Entwicklungsfähigkeit, so z. B. die Postglossatoren. Andere beschränken sich auf die Darstellung des Inhalts des *corpus juris*, ohne Rücksicht zu nehmen auf die historische Entwicklung, so z. B. die Glossatoren und die meisten Pandektenlehrbücher des 19. Jhrh. Wiederum andere legen das Hauptgewicht auf die historische Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute, so z. B. Cujacius und Donellus und die Institutionenlehrbücher des 19. Jhrh., wobei einige von ihnen ihre Darstellung nicht einmal bis auf Justinian fortführen, sondern sich auf das Recht der „klassischen“ Periode beschränken, so z. B. Pernice Labeo und Mitteis römisches Privatrecht. Schließlich gibt es auch Bücher, in denen der Versuch gemacht wird, allen genannten Aufgaben gerecht zu werden, so das vortreffliche Lehrbuch von Dernburg. Gemäß den besonderen Verhältnissen unseres Landes müssen wir das Hauptgewicht auf den dogmatischen Inhalt des *corpus juris* legen.

Der beschränkte Raum gestattet es nicht in der nachfolgenden Darstellung jeden Satz durch Quellenstellen zu belegen; die wenigen Zitate haben lediglich den Zweck die erste Anregung zum Selbststudium zu geben. Die Zahlen in der eckigen Klammer [ ] verweisen auf die Artikel des baltischen Privatrechts. Diese Zitate haben den Zweck, die praktische Bedeutung des römischen Rechts für die bei uns geltenden Gesetze dem Leser schon hier zum Bewußtsein zu bringen.

# Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

## I. Kapitel. Personen oder Rechtssubjekte.

### § 2. Begriff der Persönlichkeit.

1. Jedes subjektive Recht setzt Vorhandensein eines Subjekts oder Trägers voraus. Die Fähigkeit Subjekt von Rechten zu sein heißt Persönlichkeit oder Rechtsfähigkeit, und der, dem diese Fähigkeit zusteht, heißt Person, so daß also als Person bezeichnet wird, wen das Gesetz für fähig erklärt Träger von Rechten zu sein.

2. Das ist in erster Reihe der einzelne Mensch: *hominum causa omne jus constitutum est* (D. 1, 5, 2); er wird daher als physische oder natürliche Person bezeichnet. Jedoch waren in dieser Beziehung in Rom nicht alle Menschen gleich: manchen fehlte die Rechtsfähigkeit ganz, andere besaßen sie nur in beschränktem Maße; Bedingung der Rechtsfähigkeit war die Freiheit, ihr Umfang wurde bestimmt durch die Stellung im Staate und in der Familie; voll rechtsfähig war also nur der Freie, der römischer Bürger und *pater familias* war; der Sklave war überhaupt nicht Rechtssubjekt, sondern stand im Eigentum seines Herrn und war somit Rechtsobjekt; beschränkte Rechtsfähigkeit besaßen die *peregrini* und *latini*, sowie römische Bürger und Bürgerinnen, die unter *patria potestas* oder *manus* standen.

3. Die rechtliche Stellung des Einzelnen, die von diesen drei Bedingungen — *libertas*, *civitas*, *familia* — abhängig ist, heißt *caput*, und jede Veränderung in dieser Stellung *capitis deminutio*: *capitis deminutio maxima* bei Verlust der Freiheit, *cap. dem. media* bei Verlust des Bürgerrechts, *cap. dem. minima* bei Veränderung in der Familienstellung.

4. Von Einfluß auf den Umfang der Rechtsfähigkeit ist auch die bürgerliche Ehre. Eine Minderung der bürgerlichen Ehre heißt *infamia*, wenn ihre Voraussetzungen und Wirkungen durch das Gesetz bestimmt sind, sie heißt *turpitudō*, wenn Voraussetzungen und Wirkungen dem richterlichen Ermessen unterliegen.

5. Von der Rechtsfähigkeit zu unterscheiden ist die Handlungsfähigkeit: Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit Rechte zu haben, Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit durch eigene Handlungen Rechte zu erwerben und aufzugeben und sich zu verpflichten; sie ist bedingt durch Alter, Geschlecht und Gesundheitszustand.

6. Außer den natürlichen Personen kennt das römische Recht auch noch juristische Personen; das sind Personengesamtheiten (Korporationen) oder Vermögensmassen (Stiftungen), denen vom Gesetz Rechtsfähigkeit zuerkannt ist.

### § 3. Geburt und Tod.

1. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt, d. h. mit der vollständigen Trennung eines lebenden Menschen vom Mutterleibe: „si vivus ad orbem totus processit“ (C. 6, 29, 3). Bis zur Trennung vom Mutterleibe gilt der Embryo oder nasciturus nicht als Person sondern als portio mulieris, kann also keine Rechte erwerben. Trotzdem aber schützt das Gesetz die Interessen dieses zukünftigen möglichen Menschen (D. 1, 5, 7); der Schutz ist jedoch nur ein einstweiliger und hört auf im Falle einer Totgeburt oder eines Abortus, mag auch die abortierte Frucht scheinbare Anzeichen menschlichen Lebens äußern. Als Beweis, daß nicht ein Abortus, sondern die Geburt eines lebenden Menschen vorliege, wollten die Profulejaner nur Schreien des Kindes gelten lassen, die Sabinianer ließen auch hier die freie Beweiswürdigung zu, und ihnen hat sich Justinian angeschlossen (C. 6, 29, 3).

Die Geburt eines lebenden Menschen ist nur dann anzunehmen, wenn die Leibesfrucht nach ihrem Reifegrade als ein ausgetragenes Kind betrachtet werden kann; da nach der Lehre des griechischen Arztes Hippokrates die Leibesfrucht erst nach Ablauf von sechs Monaten die zum Leben außerhalb des Mutterleibes erforderliche Reife erlangt, wurde eine vor dieser Zeit erfolgte Geburt als Abortus betrachtet, auch wenn die abortierte Leibesfrucht nach dem Austritt aus dem Mutterleibe sich bewegt haben sollte. Besitzt die zur Welt gebrachte Leibesfrucht dagegen den erforderlichen Reifegrad, kommt aber in einem so hoffnungslosen gesundheitlichen Zustande zur Welt, daß ihr alsbaldiger Tod zu erwarten steht, so gilt sie dennoch als Mensch und Rechtssubjekt, wofern sie nur untrügliche Zeichen menschlichen Lebens gegeben hat.

2. Die Rechtsfähigkeit des Menschen erlischt mit seinem Tode sowie mit der capitis deminutio maxima.

Leben und Tod, wie auch der Zeitpunkt der Geburt und des Todes müssen im Streitfalle von dem bewiesen werden, der ein

Recht auf eine dieser Tatsachen gründet, gemäß der allgemeinen Regel, daß jeder die tatsächliche Grundlage seiner Ansprüche zu beweisen hat (unten § 22).

Eine Todeserklärung Verschollener, wie sie seit dem späteren Mittelalter zugelassen wird [524—528; 2583] kennt das römische Recht nicht.

Sind zwei oder mehrere Menschen in einer gemeinsamen Gefahr (z. B. Untergang eines Schiffes, Einsturz eines Gebäudes) umgekommen, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben sind. Nur in dem Falle, daß die Verstorbenen im Verhältnis von Ascendenten und Descendenten zu einander standen, wird vermutet, daß das mündige Kind seinen Ascendenten überlebt habe, und daß umgekehrt das unmündige Kind vor ihm gestorben ist. Alle diese Vermutungen lassen den Beweis des Gegenteils zu (D. 34, 5, 9, 4) [2584—2585].

#### § 4. Handlungsfähigkeit.

1. Die Handlungsfähigkeit im weitesten Sinne fällt zusammen mit dem psychologischen Begriffe der Zurechnungsfähigkeit, so daß handlungsfähig ist, wer eine klare Vorstellung von seinen Handlungen hat „qui intellectum habet“ (Gai 3, 109). Im engeren oder privatrechtlichen Sinne umfaßt die Handlungsfähigkeit die Fähigkeit Rechtsgeschäfte vorzunehmen, sowie auch die privatrechtliche Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen; im ersten Falle heißt sie Geschäftsfähigkeit, im zweiten Deliktsfähigkeit.

Die Handlungsfähigkeit ist bedingt durch Lebensalter, Geschlecht, Gesundheitszustand.

2. Lebensalter. Nach justinianischem Recht erlangen die volle Geschäftsfähigkeit Knaben mit vollendetem 14. und Mädchen mit vollendetem 12. Lebensjahre; sie heißen dann puberes (mündige) im Gegensatz zu den jüngeren, den impuberes (unmündigen). Innerhalb der Unmündigen unterscheidet man *infantes* bis zum vollendeten 7. und *impuberes infantia maiores* vom 8. bis zum vollendeten 14. resp. 12. Lebensjahre (Ulp. 11, 28 C. 5, 60, 3 J. 1, 22 pr.).

Die *infantes* sind vollkommen handlungsunfähig (D. 50, 16, 209). Die *impuberes infantia maiores* besitzen eine beschränkte Geschäftsfähigkeit: sie können reine Erwerbsgeschäfte schließen, aber zum Abschluß eines Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäfts bedürfen sie der Mitwirkung ihres Vormunds; sie können keine Ehe eingehen und kein Testament errichten (J. 1, 21 pr.).

In Bezug auf die Deliktsfähigkeit aber hat der Richter von Fall zu Fall zu erkennen, ob der Unmündige *doli capax* sei,

d. h. ob er die zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit erforderliche Einsicht besitze.

Ursprünglich waren die puberes vollkommen geschäftsfähig. Um die Zeit der punischen Kriege jedoch wurde die lex Plaetoria erlassen gegen Ausbeutung jugendlicher Personen. In Anknüpfung an dieses Gesetz wurde bestimmt, daß Personen unter 25 Jahren, sog. *minores*, unter gewissen Umständen einen Vormund erhalten sollen, und dann im Wesentlichen den *impubes infantia majores* gleichzustellen sind (J. 1, 23, 2).

3. Im älteren Rechte war den Frauen, auch wenn sie die Mündigkeit erlangt hatten, verboten ohne Mitwirkung des Vormundes, den sie bis an ihr Lebensende behielten, Verfügungen über die Substanz ihres Vermögens zu treffen; im Uebrigen waren sie in der Verwaltung ihres Vermögens und in der Verfügung über ihre Einkünfte selbständig. Diese Schranken wurden allmählich beseitigt, und im 4. Jhrh. n. Chr. genossen die Frauen die volle Geschäftsfähigkeit (Ausnahme § 102).

4. Gesundheitszustand. Geistesranke, die des freien Gebrauchs ihrer Geisteskräfte beraubt sind, gelten für vollkommen handlungsunfähig, abgesehen von den *dilucida intervalla* oder lichten Zwischenräumen, in denen sie vorübergehend handlungsfähig sind (C. 6, 22, 9, 1).

Als eine Art geistiger Erkrankung wird in den Quellen auch die Verschwendungssucht betrachtet. Wer vom Prätor für einen Verschwender (*prodigus*) erklärt ist, erhält einen Vormund und steht in der Geschäftsfähigkeit dem *impubes infantia major* gleich; seine Deliktfähigkeit wird dadurch aber nicht beeinträchtigt (Paul. 3, 4a, 7 D. 45, 1, 6).

## § 5. Wohnsitz.

Als Wohnsitz (*domicilium*) einer Person gilt der Ort ihrer ständigen Niederlassung (C. 10, 40, 7, 1). Es kann Jemand auch einen doppelten oder gar keinen Wohnsitz haben.

Die Begründung des Wohnsitzes geschieht durch Niederlassung an einem Orte mit dem Willen daselbst dauernd zu bleiben; es genügt also nicht eine bloße Erklärung des Willens, erforderlich ist vielmehr die Betätigung desselben.

In einzelnen Fällen legt das Gesetz einer Person unabhängig von ihrem Willen einen bestimmten Wohnsitz bei, so gilt z. B. die Frau als am Wohnorte des Mannes wohnhaft, auch wenn sie tatsächlich dort nicht wohnt; hier spricht man von einem *domicilium necessarium*.

Die wichtigste juristische Bedeutung des Wohnsitzes besteht

darin, daß durch denselben der ordentliche Gerichtsstand im Zivilprozeß begründet wird. [3066—3074.]

## § 6. Juristische Personen.

1. Neben der physischen Person steht die juristische; sie hat zwar keine körperliche Individualität, ist aber doch kein fingiertes oder blos in der Vorstellung bestehendes, sondern ein wirkliches Rechtssubjekt, dessen Grundlage soziale Organismen bilden. Dahin gehören die Korporationen oder Personenvereinigungen und die Stiftungen oder personifizierten Vermögensmassen [713].

2. Nicht alle Personenvereinigungen sind juristische Personen; von den Korporationen sind zu unterscheiden die societates (unten § 68): Wenn zwei oder mehrere Personen durch Vereinigung ihrer Geldmittel und Arbeitskräfte eine Gesellschaft begründen zu einem gewerblichen oder sonstigen Zwecke, so entsteht dadurch an sich noch nicht eine juristische Person, d. h. ein selbständiges Rechtsobjekt; vielmehr erscheinen als Träger aller Rechte und Pflichten die einzelnen Mitglieder oder socii; das Vermögen, das gebildet wird durch die Beiträge und vermehrt wird durch den Gewinn aus dem Geschäftsbetriebe, wird Miteigentum der socii, jeder von ihnen kann verlangen, daß die Gesellschaft aufgelöst und ihm sein Anteil ausgezahlt werde; andererseits haften alle Gesellschafter für die im Geschäftsbetrieb entstandenen Schulden mit ihrem ganzen Vermögen und nicht etwa nur mit ihrem Anteil an dem zum Geschäftsbetrieb bestimmten Vermögen. Mit einem Wort: die Gesellschaft ist nicht Eigentümer, nicht Gläubiger, nicht Schuldner und überhaupt nicht Rechtssubjekt; Träger aller Rechte und Pflichten sind vielmehr die einzelnen Gesellschafter, um welche die Gesellschaft nur ein obligatorisches Band schlingt.

Anders die Korporation (universitas); sie ist ein selbständiges Rechtssubjekt und Eigentümer des ihren Zwecken dienenden Vermögens; nicht die einzelnen Mitglieder sind Miteigentümer, Gläubiger, Schuldner, sondern die Korporation selbst ist Träger aller Rechte und Pflichten; daher können die Mitglieder auch nicht Auflösung und Aufteilung des Vermögens verlangen, denn sie haben keine Anteilsrechte an diesem Vermögen. Dafür haften die Mitglieder auch nicht für die Schulden der Korporation, der Gläubiger kann vielmehr nur die Korporation selbst verklagen und sich nur an das Vermögen der Korporation halten D. 3, 4, 7, 1 Ulpianus. Si quid universitali debetur singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.

3. Was die Arten der jur. Personen betrifft, so gehört dahin zunächst der Staat; in erster Reihe ist der Staat freilich ein Institut

des öffentlichen Rechts, insoweit er aber Träger von privaten Rechten und Verbindlichkeiten ist, d. h. also in seiner Eigenschaft als Fiskus, ist er den Bestimmungen des Privatrechts unterworfen und gilt daher als Rechtssubjekt auch auf dem Gebiete des Privatrechts.

In der Kaiserzeit galten auf dem Gebiete des Privatrechts als juristische Personen auch die municipia, d. h. die zum römischen Reiche gehörigen Stadtgemeinden.

Seit Anerkennung des Christentums war auch die Kirche jur. Person.

Ferner gab es in Rom von jeher zahlreiche von Privaten begründete Vereine mit selbständiger juristischer Persönlichkeit, wie z. B. Handwerkerzünfte, Genossenschaften der Steuerpächter, Sterbefassen, gesellige, politische und religiöse Vereine. Eine unter Augustus ergangene lex Julia bestimmte, daß derartige Vereine zu ihrer Begründung der obrigkeitlichen Bestätigung bedürften.

4. Außer den Korporationen kennt das spätere römische Recht auch die Stiftung oder pia causa, d. i. ein zu einem bestimmten wohlthätigen Zweck gewidmetes Vermögen mit eigener juristischer Persönlichkeit.

5. Für die Verwaltung des Vermögens und die Führung der Geschäfte der Korporation ist maßgebend die Verfassung der Korporation (Statut, Satzung), die bei der Begründung von den Gründern festgesetzt und in der Folge von den Organen der Korporation ergänzt werden kann.

Bei der Stiftung tritt an die Stelle der Verfassung der bei der Begründung erklärte Wille des Stifters.

## II. Kapitel. Sachen oder Rechtsobjekte.

### § 7. Begriff der Sache.

1. Unter Sache (res) im natürlichen Sinne versteht man die selbständig im Raume existierenden Körper (res corporales); ihre juristische Bedeutung besteht darin, daß sie Rechtsobjekte sind. Die Quellen gebrauchen den Ausdruck res aber auch in einem anderen, uneigentlichen Sinne; sie sprechen von res incorporales, und verstehen darunter die einzelnen Vermögensrechte (Eigentum, Servitut, Pfandrecht, Schuldforderungen), welche die Bestandteile unseres Vermögens bilden; hier ist also res nicht Sache oder Rechtsobjekt, sondern das Recht selbst.

2. Juristisch ist es von großer Bedeutung festzustellen, ob ein Naturding als eine selbständige Sache zu betrachten ist oder

als ein Sachteil oder als eine Mehrheit von Sachen; denn es gilt der Satz: eine Sache ein Eigentum, soviel Sachen soviel getrennte Eigentumsrechte, d. h. eine Sache kann nicht zu einem körperlichen Teile dem einen, zu einem anderen körperlichen Teile einem anderen gehören, die vier Beine eines lebenden Pferdes können nicht je einen anderen Eigentümer haben. Die Anwendung dieses an sich einfachen Satzes macht in der Praxis oft große Schwierigkeiten, zu deren Lösung die römischen Juristen in Anlehnung an die Lehren der stoischen Philosophie die Sachen in gewisse Kategorien teilten (D. 41, 3, 30 pr.).

3. Zunächst unterschied man die sog. *res unitae* oder *res quae uno spiritu continentur*, d. h. einfache oder einheitliche Sachen, die von Natur ein Ganzes bilden, wie ein Tier, ein Edelstein, oder die aus einem Stück gearbeitet sind, wie ein goldener Ring, ein silberner Löffel. Hier ist die Selbständigkeit und Einheitlichkeit offensichtlich.

4. Weniger offensichtlich ist dies bei den zusammengesetzten Sachen, *res compositae* oder *corpora ex contingentibus* auch *universitates rerum cohaerentium* genannt; das sind Sachen die aus verschiedenen Bestandteilen zu einem Ganzen zusammengefügt sind, z. B. ein Schrank ein Schiff, ein Ring mit einem Edelsteine.

Gehörten die Bestandteile einer solchen Sache vor der Vereinigung verschiedenen Personen und ist die Verbindung trennbar, dann bleiben die Bestandteile im Eigentum der früheren Eigentümer; nach der Zusammenfügung aber können an den Einzelnen Teilen verschiedene Personen von Neuem getrenntes Eigentum nicht erwerben.

5. Sachgesamtheiten, *corpora ex distantium* oder *universitates facti* nennt man Mehrheiten von körperlich getrennten Sachen, denen jedoch ein gemeinschaftlicher wirtschaftlicher Zweck innewohnt und die daher vom Sprachgebrauch unter einem Namen zusammengefaßt werden, wie z. B. eine Viehherde, eine Bibliothek, ein Gutsinventar. Diese Sachgesamtheiten gelten auch juristisch als eine Mehrheit von Sachen [540].

6. Rechtsgesamtheiten oder *universitates juris* sind Vermögensmassen, die weder physisch noch wirtschaftlich zusammenhängen, sondern blos rechtlich als zusammengehörig betrachtet werden, z. B. der Nachlaß eines Verstorbenen, die Mitgift einer Frau, das Vermögen einer Stiftung. Auch hier liegt nicht eine Einheit sondern eine Mehrheit vor [541].

## § 8. Die dem Verkehr entzogenen Sachen.

Von der allgemeinen Regel, daß die Sachen Objekte von privaten Vermögensrechten sein können, gibt es Ausnahmen; hier

reden die Quellen von *res extra commercium* und zählen zu denselben folgende Sachen (J. 2, 1, pr. — 10):

1. *Res omnium communes* sind Sachen, die in Niemandes Eigentum stehen, die aber jeder insoweit gebrauchen kann, als solcher Gebrauch möglich und mit dem gleichen Gebrauch anderer vereinbar ist. Dahin gehören die Luft, das fließende Wasser, das Meer und der schmale Uferstreifen, der bei der Flut bedeckt, bei der Ebbe frei wird. Jedoch ist zu unterscheiden die Luft als Stoff oder bewegliche Luftwelle, und der feststehende Luftraum oder die Luftsäule, die sich über dem Grundstück erhebt: diese letztere gehört dem Eigentümer des Grundstücks und er kann jede Einwirkung auf diesen Raum verbieten, somit sein Interesse dadurch berührt wird.

2. *Res divini juris*; dahin werden gerechnet:

a. *res sacrae, quae diis superis consecratae sunt*, d. h. Sachen, die den Göttern der Oberwelt geweiht sind, als Tempel und Altäre, und in christlicher Zeit Kirchen, Kapellen und die beweglichen Gegenstände, die zum Gottesdienste bestimmt sind.

b. *res religiosae, quae diis manibus consecratae sunt*, d. h. Sachen, die den Göttern der Unterwelt geweiht sind; das sind die Grabstätten; jeder Eigentümer eines Privatgrundstücks konnte dieses zum *locus religiosus* machen, wenn er daselbst eine Leiche beisetzte.

c. *res sanctae*, das sind die Stadttore und Mauern, die man sich unter dem besonderen Schutze der Götter stehend dachte.

3. *Res publicae* sind Sachen, die der Staat oder die Gemeinde der allgemeinen Benutzung freigegeben hat, also Straßen, Wege, öffentliche Plätze, öffentliche Flüsse. Von den *res publicae* sind zu unterscheiden die Sachen, die im Vermögen des Staates stehen und aus denen er Einkünfte bezieht, die sog. *pecunia populi*, z. B. Landgüter, Bergwerke, Fabriken.

## § 9. Arten der Sachen.

1. Bewegliche und unbewegliche Sachen, *res mobiles* und *res immobiles*. Beweglich sind Sachen, die unbeschadet ihrer Substanz von einem Ort an den anderen gebracht werden können, unbeweglich, bei denen das nicht möglich ist [530], und zwar sind das die Grundstücke: jedes Grundstück, dessen Umfang durch bestimmte Grenzen bezeichnet ist, gilt als ein selbständiges Rechtsobjekt zusammen mit allen Gegenständen, die natürlich oder künstlich mit ihm verbunden sind, als Gebäude, Bäume und sonstige Pflanzen (D. 19, 1, 40).

2. Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen, *res consumptibiles* und *non consumptibiles*. Verbrauchbar nennen wir

Sachen, die wir in der Weise nutzen, daß wir sie verbrauchen, wie z. B. Speisen, Getränke, Brennholz; unverbrauchbar nennen wir Sachen, die wir dauernd nutzen können, wie z. B. Edelsteine, Metalle aber auch Bücher und Möbel [534].

In einem übertragenden Sinne rechneten die Römer zu den verbrauchbaren Sachen das Geld: das einzelne Geldstück ist an sich zwar unverbrauchbar, da aber das Geld gemäß seiner wirtschaftlichen Bestimmung uns nur dann Nutzen bringt, wenn wir es verausgaben, und da es somit vom Standpunkt des jeweiligen Eigentümers beim Gebrauch verbraucht wird, so rechnet man es mit gutem Grunde zu den verbrauchbaren Sachen (J. 2, 4, 2).

3. Vertretbare und unvertretbare Sachen, *res fungibiles* und non fungibiles. Vertretbar sind Sachen, die im Verkehr geschätzt werden nicht als einzelne individuelle Gegenstände, sondern nach Zahl, Maß oder Gewicht, dahin gehören Geld, Getreide, Heu, Stroh u. a. Nicht vertretbar sind z. B. Gemälde, ein nach Maß gefertigter Anzug, eine alte Handschrift u. a. (J. 3, 14 pr.) [532].

4. Teilbare und unteilbare Sachen, *res quae divisionem recipiunt vel non recipiunt*. Vom natürlichen Standpunkt sind alle Sachen teilbar, d. h. in kleinere Stücke zerlegbar; nach juristischem Sprachgebrauch sind teilbar nur solche Sachen, die unbeschadet ihres Wesens und ohne erhebliche Minderung ihres Wertes in gleichartige Teile zerlegt werden können [544—546].

5. Hauptsache und Zubehör. Unter Zubehör versteht man Sachen, die selbständig im Raume existieren, die aber wirtschaftlich dazu bestimmt sind, den Zwecken einer anderen Sache, der Hauptsache, zu dienen, und zu dieser in einem entsprechenden dauernden Verhältnisse stehen [557 f. f.], so sind z. B. Zubehör eines Hauses Vorhängeschlösser und Türschlüssel, eines Ruderboots das Steuer und die Ruder.

6. Muttersache und Frucht. Im ursprünglichen Sinne versteht man unter Früchten (*fructus*) die organischen, regelmäßig hervorgebrachten Erzeugnisse einer körperlichen Sache, der sog. Muttersache; sie entwickeln sich aus der Substanz der Muttersache und bilden während ihrer Entstehung Teile der letzteren ohne selbständiges Dasein; erst durch die Abtrennung werden sie selbständige Sachen und können selbständig Gegenstand von Rechten sein; dahin gehören Tierjunge, Wolle, Eier, Milch. In einem ähnlichen Sinne spricht man von den Früchten des Feldes: Getreide, Kohl, Flachs u. dgl. In noch weiterer Abweichung bezeichnet man als Früchte eines Grundstücks die Bodenbestandteile: Kalk, Lehm, Torf. Neuere Schriftsteller sprechen in allen diesen Fällen von *fructus naturales*.

In einem ganz uneigentlichen, übertragenden Sinne bezeichnet man als Früchte (*fructus civiles*) alle Erträge, welche eine Sache

oder ein sonstiges Vermögensobjekt auf Grund eines Rechtsverhältnisses gewährt, also z. B. Miet- und Pachtzinsen, Zinsen eines ausstehenden Kapitals [553—556].

7. Die Unterscheidung von *res Mancipi* und *res nec Mancipi* gehört in die Rechtsgeschichte.

### III. Kapitel. Entstehung und Untergang der Rechte.

#### § 10. Allgemeines.

Wie im Leben der Natur, so finden wir auch im Rechtsleben ein ewiges Werden und Vergehen: Rechte entstehen, verändern sich und gehen zu Grunde; diesen steten Wechsel im Rechtsleben nennen wir den Rechtsverkehr; er wird in Bewegung gesetzt durch tatsächliche Vorgänge in der Außenwelt, welche die Grundlage oder den sog. Tatbestand abgeben, an welchen die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen knüpft und so die Rechtsverhältnisse entstehen läßt. Alles, was in der Welt geschieht, kann mitwirken an der Schaffung solcher Tatbestände: Blitzschlag, Hagel, Überschwemmung, sowie Geburt, Krankheit oder Tod eines Menschen. Alle diese Vorgänge in der Außenwelt nennen wir, wofern sie juristische Wirkungen äußern, juristische Tatsachen.

Unter den juristischen Tatsachen sind besonders hervorzuheben die Handlungen der Menschen; man nennt sie Rechtshandlungen, wofern das Gesetz rechtliche Wirkungen an sie knüpft. Wird eine Rechtshandlung zu dem Zwecke vorgenommen, um bestimmte Rechtswirkungen zu erzeugen, so nennt man sie Rechtsgeschäft.

Im Folgenden behandeln wir das Rechtsgeschäft, das Delikt, den Zeitablauf als die wichtigsten jurist. Tatsachen.

#### § 11. Begriff des Rechtsgeschäfts.

1. Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, die zum Zwecke hat die Entstehung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses [2909]. Mithin ist der Wille des Menschen die Grundlage des Rechtsgeschäfts. Aber neben dem Willen bestimmt auch das Gesetz den Inhalt und die Wirkungen des Geschäfts in mannigfacher Beziehung.

2. Nicht jede Willenserklärung erzeugt die gewollte Wirkung, denn das Gesetz gewährt seinen Schutz nur solchen Geschäften, die

an sich geeignet erscheinen, einem berechtigten wirtschaftlichen oder sozialen Bedürfnisse zu dienen, bei dem also ein schutzwürdiges Interesse vorliegt. Deshalb entzieht das Gesetz die Wirksamkeit einer Willenserklärung, die auf etwas Verbotenes oder Unsittliches gerichtet ist (D. 45, 1, 26 und 27) [2922].

Mithin ist der Wille nur insoweit von Bedeutung, als er nicht den gesetzlichen Geboten und Verboten widerspricht. Derartige gesetzliche Vorschriften nennt man zwingendes Recht, jus cogens, weil sie entgegen dem Willen der Kontrahenten wirken (D. 2, 14, 38).

3. Der Willensentschluß des Menschen ist ein innerer Vorgang und kann nur erkannt werden an äußeren Anzeichen: Worten und Handlungen. Das Erkennen des Willens macht daher keine Schwierigkeiten, wenn der Ausdruck klar, einfach und vollständig ist. Das aber ist im Leben sehr selten der Fall. Meist ist der Ausdruck unklar, mehrdeutig, unvollständig. Hier hat zur Feststellung des wahren Willens die Auslegung oder interpretatio einzutreten [3093 f. f.].

4. Die Interpretation kann aber nur dann zum Ziele führen, wenn irgend welche Anzeichen vorliegen, daß die Parteien über den streitigen Punkt ihren Willen überhaupt äußern wollten. Oft aber ergeben die Umstände, daß die Parteien beim Vertragschluß an manche Fragen garnicht gedacht haben, also auch gar keinen Willen gehabt haben konnten. Hier denkt der Gesetzgeber für die Parteien und bestimmt von sich aus die rechtliche Wirkung des Geschäfts, insoweit sie von den Parteien gänzlich außer Acht gelassen sind. Die Vorschriften, die sich hierauf beziehen, bilden den Gegensatz zum jus cogens und werden als jus dispositivum, ergänzendes Recht, bezeichnet; das jus cogens begrenzt den Willen der Parteien und duldet keine Abweichung, das jus dispositivum aber ergänzt nur den Willen der Parteien, daher steht es diesen frei durch Vereinbarung Abweichendes zu beschließen.

5. Die Vorschriften des jus dispositivum sind natürlich verschieden für die einzelnen Geschäftstypen (so ist z. B. der Kaufpreis sofort bei Uebergabe der Ware, der Mietzins dagegen erst nach Beendigung des Gebrauchs zu zahlen) und können nur dann zur Anwendung gebracht werden, wenn sich feststellen läßt, welchen Geschäftstypus die Parteien im Auge hatten. Diejenigen Bestandteile eines Geschäfts, nach denen der Charakter desselben sich bestimmen läßt, nennt man wesentliche Bestandteile oder essentialia negotii, wie z. B. beim Kauf Einigung über Ware und Preis, beim Testament die Einsetzung eines Erben. Steht demnach fest, welches ein Geschäft gewollt ist, dann treten auf Grund des jus dispositivum von selbst die sog. naturalia negotii in Wirksamkeit; sie treten jedoch, wie bemerkt, nicht in Wirksamkeit, wenn die

Parteien beim Vertragsschluß etwas Abweichendes bestimmt haben, z. B. daß der Kaufpreis erst nach einem Jahr, der Mietzins dagegen schon zu Beginn der Mietzeit gezahlt werden solle; diese abändernden Bestimmungen nennt man *accidentalialia negotii* [2989—2992].

### § 12. Form der Willenserklärung.

Für gewisse Geschäfte fordert das Gesetz die Erklärung des Willens in einer bestimmten Form, ist diese Form nicht beobachtet, so ist das Geschäft nichtig. Das ältere Recht kannte nur formelle Geschäfte, das spätere Recht ließ auch formfreie zu.

Bei den formfreien Geschäften ist es gleichgültig, in welcher Weise der Wille erklärt wird, z. B. durch Worte oder durch Zeichen (Kopfnicken, Kopfschütteln); genügend sind auch sog. *facta concludentia*, d. h. Handlungen, die, wenn auch nicht zum Zwecke der Willenserklärung vorgenommen sind, so doch einen Schluß auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens gestatten (D. 2, 14, 1. 2, 1. 1. 3 l. 57 pr. D. 29, 2, 20) [2939].

Die ältere Theorie lehrte „*qui tacet consentit*“, d. h. wer gefragt wird und schweigt, bejaht die Frage. Diese Lehre ist zu weitgehend und beruht auf unrichtiger Auffassung von D. 50, 17, 142. Wohl aber kann unter gewissen Umständen im Schweigen Zustimmung liegen, insbesondere dann, wenn Jemand schweigt, der nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zum Reden verpflichtet ist (D. 17, 1, 6, 2, eod. 53) [2941; 1369].

### § 13. Verhältnis zwischen Wille und Erklärung. Zwang und Irrtum.

1. Der Wille wird zum Ausdruck gebracht durch Worte und Handlungen. Es ist aber möglich, daß Worte und Handlungen vorliegen, die den Schein erwecken, als wären sie eine Willenserklärung, es aber in Wirklichkeit nicht sind, weil versehentlich etwas erklärt ist, was dem Willen nicht entspricht, z. B. man hat sich versprochen oder verschrieben (D. 34, 5, 3) oder man hat etwas zum Scherz, beim Spiel oder zu Zwecken des Unterrichts gesagt „*per jocum vel demonstrandi intellectus causa*“ (D. 44, 7, 3, 2). In diesen Fällen legt das röm. Recht der Erklärung grundsätzlich keine juristische Bedeutung bei: nur die Erklärung soll gelten, die dem wahren Willen entspricht [2950].

Eine Ausnahme hiervon bildet die *reservatio mentalis*, d. h. hat Jemand wissentlich in der Absicht einen anderen zu täuschen, etwas als seinen Willen erklärt, was in Wahrheit seinem Willen

nicht entspricht, so soll das Erklärte dennoch zum Nachteil des Erklärenden gelten.

Anders liegt die Sache, wenn beide Parteien das Gleiche wollen, um aber vor der Außenwelt ihren Willen zu verheimlichen, übereinstimmend etwas anderes erklären (z. B. Verkauf anstatt Verpfändung); in diesem Falle, den man als *simulatio* bezeichnet, soll nicht das Erklärte (*simulatum*) sondern das wirklich Gewollte (*dissimulatum*) gelten (C. 4, 22, 3) [2951—2952].

2. Andererseits ist es möglich, daß Wille und Erklärung genau übereinstimmen, der Wille aber an einem Mangel leidet, weil er hervorgerufen ist durch Zwang oder Irrtum.

3. Zwang liegt vor, wenn Jemand von einem Anderen durch rechtswidrige Drohung zu einer Erklärung bestimmt wird; die Erklärung entspricht hier zwar dem Willen, aber der Wille ist nicht frei und deshalb hat der Gezwungene das Recht seine Erklärung anzufechten (D. 4, 2, 1) [2981—2988].

4. Irrtum liegt vor, wenn Jemand zwar erklärt was er will, wenn aber der Wille auf einer falschen Vorstellung vom Sachverhalt beruht. Hier gilt Folgendes:

a. Ist der Irrtum durch arglistige Täuschung seitens des Vertragsgegners hervorgerufen, so kann der Getäuschte das Geschäft wegen Betrug anfechten.

b. Ist der Irrtum in anderer Weise entstanden, so wird das Geschäft unwirksam nur, wenn der Irrtum entschuldbar ist und wenn er ein wesentlicher ist; wesentlich ist der *error in persona*, d. h. man glaubt mit einer anderen Person zu verhandeln, und der *error in substantia*, d. h. man irrt über das Wesen des Gegenstandes, über den verhandelt wird. Nicht als wesentlich gilt der Irrtum im Beweggrunde [2954—2976].

## § 14. Bedingungen [3150—3194].

1. Bedingung (*condicio*) ist ein Zusatz zu einem Rechtsgeschäft, durch welchen die Wirksamkeit des letzteren abhängig gemacht wird von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis, so daß das Geschäft in der Schwebe bleibt, solange als der Eintritt des Ereignisses ungewiß ist.

2. Die Bedingungen zerfallen nach ihrem Inhalt in folgende Arten:

a. *condicio potestativa*, deren Erfüllung nur vom Willen des bedingt Berechtigten abhängt, z. B. A soll Erbe sein, wenn er seinen Sklaven freiläßt.

b. *condicio casualis*, deren Erfüllung nicht von seinem Willen abhängt, z. B. ich zahle dir 100, wenn mein Schiff glücklich in den Hafen einläuft;

c. *condicio mixta*, deren Erfüllung zum Teil aber nicht ausschließlich von seinem Willen abhängt, z. B. ich verspreche dir eine Mitgift, wenn du die A heiratest.

3. Die Bedingungen zerfallen nach ihren Wirkungen in folgende Arten:

a. *condicio suspensiva* oder aufschiebende Bedingung, bei deren Eintritt das Geschäft erst in Wirksamkeit treten soll;

b. *condicio resolutive*, auflösende Bedingung, bei deren Eintritt das Rechtsgeschäft aufgelöst wird.

4. Die Wirkungen des Eintritts und des Ausfalls sind anders bei den suspensiven, anders bei den resolutiven Bedingungen:

a. Fällt eine Suspensivbedingung aus, so gilt das Geschäft als nicht geschlossen; tritt sie ein, so wird das Geschäft so betrachtet, als wäre es von Anfang an unbedingt gewesen.

b. Fällt eine Resolutivbedingung aus, so wird das Geschäft so betrachtet, als wäre es von Anfang an unbedingt gewesen; tritt sie ein, so wird das Geschäft als nicht geschlossen betrachtet.

5. Im Wesentlichen gleichen Bestimmungen unterliegen die unmöglichen, ungesetzlichen und unsittlichen Bedingungen.

Unmöglich nennt man eine Bedingung, wenn schon bei Abgabe der Willenserklärung objektiv feststeht, daß die Bedingung nicht eintreten wird, z. B. „wenn du mit dem Finger den Himmel berührst“. Eine ungesetzliche oder unsittliche Bedingung liegt vor, wenn Jemand einem Anderen einen Vorteil zuwendet unter der Bedingung, daß dieser etwas Verbotenes oder Unsittliches tue. Ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wird durch Beifügung einer solchen Bedingung ganz ungültig, ein Rechtsgeschäft von Todeswegen, dem eine solche Bedingung beigefügt ist, gilt als unbedingt und die Bedingung wird *pro non scripta* betrachtet.

6. Gewisse Rechtsgeschäfte lassen eine Bedingung überhaupt nicht zu; der Grund hiervon liegt bei einigen in ihrer Form (z. B. bei der Quittung), bei anderen in ihrem Inhalt und ihrem Zwecke (z. B. Eheschließung, Adoption).

## § 15. Zeitbestimmungen [3195—3208].

1. Frist ist ein Zeitraum, z. B. 6 Wochen, Termin ist ein Zeitpunkt, z. B. am 15. Juni.

2. Man spricht von einem Anfangstermin (*dies a quo*), bei dessen Eintritt das Geschäft in Wirksamkeit tritt, und von einem Endtermin (*dies ad quem*), bei dessen Eintritt das durch das Geschäft begründete Verhältnis aufhört.

3. Dieselben Rechtsgeschäfte, die keine Bedingung zulassen, lassen auch nicht eine Zeitbestimmung zu.

## § 16. Stellvertretung.

1. Nimmt Jemand ein Rechtsgeschäft vor, so wird er selbst Träger der aus demselben entstehenden Rechte und Pflichten. Das gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Die wichtigste Ausnahme bildet die Stellvertretung.

2. Nach heutiger Auffassung liegt Stellvertretung vor, wenn Jemand an Stelle und im Namen eines Anderen ein Geschäft vornimmt, daß gemäß seinem Willen Rechte und Pflichten nicht für ihn, sondern für den Anderen begründet [3110]. Die Befugnis zur Stellvertretung beruht entweder auf Vollmacht oder unmittelbar auf der Vorschrift des Gesetzes; gesetzliche Stellvertreter sind z. B. der Vormund oder die Organe einer juristischen Person.

3. Im heutigen Recht ist Stellvertretung bei Geschäften jeder Art zulässig mit nur wenigen Ausnahmen, z. B. Eheschließung und Testamentserrichtung. In Rom dagegen war sie auch noch im spätesten Recht grundsätzlich ausgeschlossen und nur in einigen Ausnahmefällen zugelassen. Am weitesten war sie zugelassen im Sachenrecht: man konnte durch einen Stellvertreter das Eigentum an seiner Sache übertragen (D. 41, 1, 9, 4) oder seine Sache verpfänden, dergleichen auch Eigentum oder Pfandrecht an einer fremden Sache erwerben. Durch einen Stellvertreter eine Forderung erwerben oder sich verpflichten, war im Allgemeinen nicht möglich; nur wenn ein Vormund für sein Mündel ein Geschäft schloß, so wurde zwar zunächst der Vormund selbst aus diesem Geschäfte berechtigt und verpflichtet; legte er aber sein Amt nieder und hatte er Rechenschaft abgelegt, so schied er nach späteren Rechten vollkommen aus dem Obligationsoverhältnis aus und nunmehr war nur der Mündel berechtigt und verpflichtet, gleich als hätte er selbst das Geschäft geschlossen (C. 5, 37, 26, 3).

## § 17. Rechtsverletzung und Unrecht.

1. Die Rechtsverletzung, d. h. der unberechtigte Eingriff in die Rechtssphäre eines Anderen, gibt diesem das Recht, die Wiederherstellung der gestörten Herrschaft und außerdem bisweilen den Ersatz des durch die Störung verursachten Schadens zu verlangen.

2. Ein Anspruch auf Wiederherstellung kann unter Umständen auch ohne Verschulden des Störenden entstehen; so kann ich z. B. von demjenigen, dem mein Hund zugelaufen ist, oder der gutgläubig meine Sache gekauft hat, Herausgabe verlangen, wengleich ihn keinerlei Schuld trifft; hier spricht man von einem bloß objektiven Unrecht [996].

3. Ein Anspruch auf Wiederherstellung und Schadenersatz entsteht aber regelmäßig nur im Falle subjektiven Unrechts, d. h. wenn dem Störenden eine Schuld nachgewiesen werden kann.

Das subjektive Unrecht kann bestehen in der Verletzung der jedem Menschen obliegenden Pflicht sich jeglicher Eingriffe in die fremde Rechtsphäre zu enthalten; eine solche Verletzung nennt man *delictum* oder unerlaubte Handlung, z. B. Jemand zerstört eine fremde Sache.

Das subjektive Unrecht kann aber auch bestehen in der Verletzung einer Pflicht, die auf Grund einer Obligation einer bestimmten Person gegen eine bestimmte andere Person obliegt, z. B. nach Abschluß des Kaufvertrages aber vor Uebergabe der verkauften Sache, zerstört der Verkäufer dieselbe; hier liegt kein Delikt vor, denn an sich ist es nicht verboten seine eigene Sache zu zerstören, aber durch den Kaufvertrag war dem Verkäufer dem Käufer gegenüber die Pflicht auferlegt, sich dieser Handlung zu enthalten; es liegt also hier nur die Verletzung einer Obligation vor.

4. Die Schuld als Erfordernis des subjektiven Unrechts kann verschiedene Grade haben [3290—3304]:

a. *Dolus*, Vorsatz, Arglist, d. h. die Absicht einem Anderen zu schaden;

b. *Culpa*, Fahrlässigkeit, Nachlässigkeit, Mangel an Sorgfalt; innerhalb dieser unterscheidet man wieder drei Grade: *culpa lata*, grobe Fahrlässigkeit oder Nachlässigkeit, die in nichts eine Entschuldigung finden kann „*id non intellegere quod omnes intellegunt*“ (D. 50, 16, 213, 2); *culpa levis in concreto* liegt dann vor, wenn Jemand in fremden Angelegenheiten nicht einmal die Sorgfalt beobachtet, die er in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt „*diligentiam quam suis rebus adhibere solet*“ (D. 17, 2, 72); es wird also hier ein subjektiver Maßstab angelegt mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldigen; *culpa levis in abstracto* liegt vor, wenn Jemand die Sorgfalt außer Acht läßt, die einem *bonus* oder *diligens pater familias* eigen ist; hier ist der Maßstab also ein objektiver (D. 19, 2, 25, 7).

5. Die Bedeutung der Grade des Verschuldens liegt in Folgendem: Gewisse Delikte setzen begrifflich *dolus* voraus, fahrlässig können sie nicht begangen werden, wie z. B. Diebstahl, Betrug. In gewissen Fällen tritt Haftung nicht nur bei *dolus* sondern auch bei *culpa lata* ein, so z. B. beim *depositum* (unten § 74). Wiederum in anderen Fällen tritt Haftung ein bei *dolus*, *culpa lata* und *culpa levis in concreto*, so z. B. beim Gesellschaftsvertrage (unten § 68). Alle diese Fälle sind aber nur als Ausnahmen zu betrachten: Regelmäßig tritt Haftung ein auch schon bei dem geringsten Grade des Verschuldens, also einschließlich *culpa*

levis in abstracto; das gilt sowohl für Delikte als auch für kontraktliche Verhältnisse.

6. Zulässig sind Vereinbarungen, nach welchen die Haftung des Schuldners in kontraktlichen Verhältnissen verschärft oder auch gemildert wird; nur eine Vereinbarung, daß dem Schuldner die Haftung für dolus im voraus erlassen wird, gilt als wider die guten Sitten und daher als nichtig (D. 2, 14, 27, 3).

## § 18. Zeitablauf.

1. Die Parteien können ihren Rechtsgeschäften Fristen beifügen; in gewissen Fällen knüpft aber auch das Gesetz selbst an den Ablauf einer Frist bestimmte Wirkungen; der wichtigste Fall ist die Verjährung; man unterscheidet zwei Arten derselben:

a. Hat Jemand ein ihm nicht zustehendes Recht während eines bestimmten Zeitraums tatsächlich ausgeübt, so kann in Folge dieser langdauernden Ausübung dieses Recht von ihm erworben werden; das ist die erwerbende Verjährung oder Ersitzung (unten § 32).

b. Hat Jemand umgekehrt ein ihm zustehendes Recht während eines bestimmten Zeitraums nicht ausgeübt, so darf er in der Folge dieses Recht gerichtlich nicht mehr geltend machen; das ist die erlöschende Verjährung oder Klageverjährung (unten § 21).

2. Die Berechnung der Zeit geschieht nach dem Kalender. Julius Caesar in seiner Eigenschaft als pontifex maximus unterwarf den bis dahin geltenden Kalender einer Reform: nach dem Vorbild des ägyptischen Kalenders teilte er das Jahr in 12 Monate gleich 365 Tagen; da jedoch das astronomische Jahr nach damaliger Berechnung 365 Tage und 6 Stunden hatte, so ließ er alle vier Jahre einen Tag einschalten. In späterer Zeit berechneten die Astronomen das Jahr auf 365 Tage 5 Stunden 48 Minuten 48 Sekunden; dieser Berechnung zufolge hatte sich seit Julius Caesar eine starke Zeitverschiebung ergeben; dieselbe wurde beseitigt durch Papst Gregor im Jahre 1581, der die bis dahin überzählig gewordenen Tage in jenem Jahre ausschaltete und für die Zukunft bestimmte, daß im Laufe von 400 Jahren je dreimal der Schalttag ausfallen solle.

3. Die Zeiträume, die mit der Abschnitten des Kalenders zusammenfallen, nennt man Kalenderzeiträume, z. B. das Jahr 1923 oder der Monat Mai des Jahres 1923.

Im wirklichen Leben aber spielen eine viel wichtigere Rolle die sog. beweglichen Zeiträume, deren Beginn durch irgend ein Ereignis (Geburt eines Menschen, Abschluß eines Geschäfts) bestimmt wird, und deren Dauer einen Kalenderabschnitt umfaßt;

so sagt z. B. das Gesetz, die Mündigkeit tritt ein mit Vollendung des vierzehnten Lebensjahres, oder im Darlehnsvertrage wird bestimmt, daß das Geld nach drei Monaten zurückzuzahlen ist.

4. Das Ende eines beweglichen Zeitraums wird mathematisch richtig in der Weise bestimmt, daß man zunächst den Beginn desselben nach Tag, Stunde, Minute und Sekunde feststellt und dann die Dauer des im Gesetz oder Vertrage bezeichneten Kalenderabschnittes hinzurechnet; hier spricht man von natürlicher Berechnung oder *computatio naturalis*; dieselbe ist jedoch praktisch wertlos und sehr schwer durchführbar und kommt nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung (D. 4, 4, 3, 3). Regelmäßig verwendet man die *computatio civilis* oder Berechnung nach ganzen Tagen, wobei der Tag die Rechnungseinheit bildet.

5. Bei Berechnung eines Zeitraums werden regelmäßig alle Tage mitgezählt; eine Frist, die so berechnet wird, heißt *tempus continuum*. Jedoch in einigen Ausnahmefällen, besonders wenn der Prätor eine Frist bestimmt zur Einreichung eines Gesuchs, werden nur die Tage mitgezählt, an denen die Vornahme dieser Handlung möglich war; es kommen also in Wegfall die gerichtlichen Feiertage und die Tage, an denen der Kläger an der Vornahme der Handlung verhindert war; eine in dieser Weise berechnete Frist heißt *tempus utile*.

## IV. Kapitel. Ausübung und Schutz der Rechte.

### § 19. Allgemeines.

1. Unter ruhigen und geordneten Verhältnissen vollzieht sich das Rechtsleben der Menschen meist in friedlicher Weise: der Eigentümer besitzt und nutzt seine Sache ohne von Jemand gestört zu werden, der Gläubiger nimmt die Zahlung entgegen, die der Schuldner ihm freiwillig leistet. Hier spricht man von Rechtsausübung im eigentlichen Sinne. Ein solcher Zustand herrscht jedoch nicht ausnahmslos; es kommt auch vor, daß dem Eigentümer der Besitz seiner Sache entzogen wird, und daß der Schuldner die Zahlung verweigert.

Daher ist es nicht genug, wenn das Gesetz einfach ausspricht, was jeder tun und unterlassen soll, es muß auch Zwangsmittel bereit halten, durch welche das verletzte Recht geschützt werden kann.

2. Dieses Ziel kann das Gesetz auf doppeltem Wege erreichen: durch Gestattung der Selbsthilfe und durch Gewährung der Staatshilfe. In beiden Fällen spricht man von Rechtsverfolgung. Bei ganz barbarischen Völkern herrscht nur die Selbst-

hilfe, sobald jedoch im Leben des Volkes der Staatsgedanke erstarkt, wird die Selbsthilfe allmählich zurückgedrängt durch die Staatshilfe. Aber auch in noch so sehr entwickelten Staaten kann die Selbsthilfe nicht ganz verboten werden.

3. Das spätere römische Recht macht folgende Unterscheidung: Erlaubt ist die Notwehr, d. h. die Verteidigung der Person und des Besitzes gegen einen rechtswidrigen Angriff (D. 43, 16, 1, 27) [3380]. Verboten dagegen ist im Allgemeinen die Selbsthilfe im eigentlichen Sinne, d. h. die Ausübung des Rechts durch gewaltsamen Angriff auf einen anderen. Nur ganz ausnahmsweise, wenn die staatliche Hilfe nicht zu erlangen ist und ein unerseßlicher Verlust droht, ist Selbsthilfe erlaubt.

Die verbotene Selbsthilfe unterlag in Rom gewissen Privatstrafen:

a. Nach dem sog. decretum Divi Marci soll der Gläubiger, der seinen Schuldner mit Gewalt die Zahlung abnimmt, zur Strafe hierfür seine Forderung verlieren (D. 4, 2, 13).

b. Der Eigentümer, der seine Sache, die sich in fremdem Besitz befindet, dem Besitzer gewaltsam abnimmt, verliert sein Eigentumsrecht an den Gegner.

4. Im Allgemeinen braucht jeder bei Ausübung seines Rechts nur seine eigenen Interessen zu verfolgen und ist nicht verpflichtet Rücksicht zu nehmen auf die Interessen und Wünsche anderer (D. 50, 17, 55). Jedoch zieht das Gesetz hier gewisse Grenzen:

a. Der Eigentümer eines Grundstücks hat in vielen Beziehungen auf seine Nachbarn Rücksicht zu nehmen (unten § 24), eine Servitut muß schonend ausgeübt werden (unten § 41, 4d).

b. Allgemein ist bestimmt, daß die Ausübung eines Rechts unzulässig ist ohne jegliches Interesse des Berechtigten und nur zu dem Zwecke, um einem anderen zu schaden: *malitiis non est indulgendum* (D. 6, 1, 38 Gai 1, 53) [3444 i. f.].

5. Von einer Kollision der Rechte spricht man, wenn zwei oder mehrere Rechte neben einander überhaupt nicht oder nicht voll ausgeübt werden können. Hierbei gilt anderes für Sachenrechte, anderes für Forderungsrechte:

a. Bei einer Kollision von Sachenrechten genießt das ältere den Vorzug vor dem jüngeren: *qui prior tempore potior est jure* (C. 8, 17, 3; unten § 50).

b. Sind zwei oder mehrere Forderungsrechte auf die Ueberlassung derselben individuell bestimmten Sache gerichtet, so erhält die Sache der, welcher dem anderen zuvorkommt; die anderen müssen sich mit dem Schadenersatze begnügen.

c. Sind mehrere Forderungen auf Geld gerichtet, und reicht das Vermögen des Schuldners nicht aus, um alle Gläubiger zu befriedigen, so entscheiden die Vorschriften des Konkursrechts.

## § 20. Die Klage.

1. Wer sich in seinem Rechte verletzt fühlt, kann die Hilfe des Staates anrufen [3379]; das geschieht durch Erhebung einer Klage vor den Gerichten. Unter einer Klage, *actio*, versteht man also zunächst eine Handlung, durch welche eine Person zum Schutze eines ihr zustehenden Privatrechts die Hilfe des Staates gegen eine andere Person anruft, und durch welche somit ein Rechtsstreit oder Prozeß begonnen wird. Das ist der Begriff des Wortes *actio* im formellen Sinne.

2. Das Wort *actio* wird aber auch in einem materiellen Sinne gebraucht und bedeutet dann die einer Person gewährte rechtliche Möglichkeit, ein Recht gegenüber einer anderen Person gerichtlich geltend zu machen (D. 44, 7, 51). Je nach dem tatsächlichen Grund, auf den der Anspruch sich stützt, und je nach dem Ziel, auf das er gerichtet ist, unterscheidet das römische Recht zahlreiche, mit besonderen Namen ausgestattete Klagen, die im besonderen Teil zu behandeln sind. Hier ist nur von den persönlichen und dinglichen Klagen zu reden.

3. Eine persönliche Klage, *actio in personam*, ist eine solche, die sich stützt auf ein relatives Recht, d. h. ein Recht, welches sich in einem Verhältnis zu einer bestimmten anderen Person erschöpft, so daß bei Entstehung des Rechts die Person des Beklagten schon gegeben ist, so kann z. B. aus einem Darlehensvertrage nur der Darlehensgeber gegen den Darlehensnehmer klagen, aus einem Kaufvertrage nur der Käufer gegen den Verkäufer und umgekehrt.

Eine dingliche Klage, *actio in rem*, ist eine solche, die sich auf ein absolutes Recht stützt, d. h. ein Recht, das gegen jedermann wirksam ist, z. B. Eigentum, Pfandrecht, Servituten. Hier ist die Person des Beklagten nicht bei der Entstehung des Rechts gegeben, sondern erst bei der Verletzung desselben: die Klage geht gegen Jeden, der das Recht verletzt (D. 44, 7, 25).

## § 21. Klageverjährung.

Klageverjährung ist das Erlöschen der Klage in Folge Nichtausübung des Rechts während eines bestimmten Zeitraums. Dem älteren Recht war sie fremd; der Prätor führte sie ein für einige wenige Klagen, mit sehr kurzen Fristen, meist einem *annus utilis* (oben § 18), und erst im 5. Jhrh. bestimmte Kaiser Theodosius allgemein, daß alle Klagen in 30 Jahren durch Verjährung erlöschen sollen (C. 7, 37, 3). Die Frist beginnt „*si actio nata est*“, d. h. mit dem Augenblick, in dem die Klage zuerst erhoben

werden konnte; erforderlich ist Nichtausübung des Rechts im Laufe dieser 30 Jahre; daher wird die Verjährung unterbrochen durch jeden Akt der Ausübung oder Anerkennung des Rechts, z. B. durch Klageerhebung, Teilzahlung oder Pfandbestellung. Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung von wiederum 30 Jahren. *Bona fides* des Schuldners wird nach römischem Rechte nicht gefordert, wohl aber nach kanonischem und nach gemeinem Rechte [3619].

Nach Vollendung der Verjährung steht gegen die Klage eine Einrede zu, die sog. *praescriptio longi temporis*.

## § 22. Verteidigung des Beklagten und Beweis.

1. Gegenüber der Klage kann der Beklagte sich wie folgt verhalten:

a. Er erkennt den Anspruch als berechtigt an; dann wird er verurteilt, es sei denn, daß aus einem verbotenen oder unsittlichen Geschäft geklagt wird.

b. Er gibt die Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen des Klägers zu, erklärt den Anspruch jedoch für juristisch unbegründet. Dann hat der Richter die Sache nur vom juristischen Standpunkte zu beurteilen: findet er, daß die Klage unbegründet ist, so wird sie abgewiesen, findet er, daß sie begründet ist, so wird der Beklagte verurteilt.

c. Der Beklagte bestreitet die Wahrheit der Tatsachen, auf welche der Kläger seine Klage stützt; dann kann der Beklagte nur verurteilt werden, wenn Kläger den Beweis seiner tatsächlichen Behauptungen erbringt.

d. Der Beklagte gibt die Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen des Klägers zu, bringt aber neue Tatsachen vor, aus denen sich ergibt, daß die Klage trotzdem ungerechtfertigt ist, z. B. auf Grund eines Darlehns verklagt, gibt er zu, dasselbe erhalten zu haben, behauptet aber, daß er das Geld schon zurückgezahlt habe. Eine besondere Art solcher Einwendungen des Beklagten waren in Rom die *exceptiones*.

2. Gegenüber den Einwendungen des Beklagten kann Kläger sich wie folgt verhalten: er kann die Einwendung für berechtigt anerkennen, dann wird die Klage abgewiesen; oder er kann die Wahrheit der vorgebrachten Tatsachen zugeben aber trotzdem die Berechtigung der Einwendung bestreiten, dann hat der Richter die Sache nur juristisch zu behandeln; oder er kann die Wahrheit der eingewendeten Tatsachen bestreiten, dann hat Beklagter sie zu beweisen; schließlich kann er die Wahrheit der eingewendeten Tatsachen zugeben, oder neue Tatsachen vorbringen, aus denen sich

ergibt, daß die Einwendungen des Beklagten trotzdem unberechtigt sind. Hier spricht man von *replicationes*: *replicatio est exceptio exceptionis* (Gai 4, 126—129).

3. Es ergibt sich also, daß der Kläger die seiner Klage, der Beklagte die seiner Einwendung zu Grunde liegenden tatsächlichen und rechtserheblichen Behauptungen, wofern sie vom Gegner bestritten werden, zu beweisen hat, d. h. dem Richter die Ueberzeugung von ihrer Wahrheit zu verschaffen hat: *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (D. 22, 3, 2), d. h. die Beweislast (*onus probandi*) bezüglich einer bestrittenen Tatsache trifft die Partei, welche diese Tatsache behauptet und auf dieselbe ihr Recht stützt.

4. Unter Umständen braucht die zu beweisende Tatsache nicht direkt bewiesen zu werden, vielmehr genügt es, wenn eine andere Tatsache, aus welcher ein Schluß auf die erstere statthaft ist, bewiesen wird. Hier spricht man von Vermutungen oder *praesumptiones*, z. B. *pater est quem nuptiae demonstrant* (unten § 109).

5. Nur Tatsachen haben die Parteien zu beweisen, nicht Rechtsätze. Das drückten die Glossatoren so aus: *jura novit curia*, d. h. die Gesetze sind dem Gerichte bekannt.

### § 23. Das gerichtliche Urteil.

Ist über einen Anspruch ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so braucht keine der beiden Parteien sich wegen desselben Anspruchs auf einen neuen Prozeß einzulassen; die Parteien müssen den Inhalt des Urteils als Wahrheit gelten lassen: *res judicata pro veritate accipitur* (D. 50, 17, 207).

Ist daher der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und macht denselben Anspruch gegen denselben Beklagten gerichtlich geltend, so steht ihm die *exceptio rei judicatae* entgegen. Aber auch wenn der Beklagte verurteilt ist, und nun dieselbe Rechtsfrage als Kläger zur Entscheidung bringen will, steht ihm diese Einrede entgegen.

# Zweites Buch. Sachenrecht.

## I. Kapitel. Eigentum.

### § 24. Inhalt und Beschränkungen des Eigentums.

1. Eigentum ist das umfangreichste Sachenrecht, es ist das Recht der Herrschaft über eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Man sagt auch, das Eigentum sei unbeschränkt; das ist zwar wörtlich nicht zutreffend, aber es kennzeichnet den Gegensatz zwischen dem Eigentum und den anderen Sachenrechten, den sog. *jura in re aliena*; freilich ist auch das Eigentum durch Gesetz beschränkt und kann durch Rechtsgeschäft noch mehr beschränkt werden, aber es ist prinzipiell unbeschränkt, während die anderen Sachenrechte prinzipiell beschränkt sind, d. h. dem Eigentümer stehen an der Sache alle nur denkbaren Rechte zu mit Ausnahme nur derjenigen, die ihm besonders entzogen sind: er darf alles tun, was ihm nicht verboten ist. Der Träger eines *jus in re aliena* dagegen hat nur die Rechte, die ihm besonders vom Gesetz eingeräumt sind: er darf nichts tun als was ihm besonders gestattet ist. Man kann daher sehr wohl die Befugnisse herzählen, die den Inhalt einer bestimmten Servitut oder des Pfandrechts bilden, beim Eigentum aber ist das unmöglich.

2. Die gesetzlichen Beschränkungen des Eigentums lassen sich in zwei Gruppen teilen:

a. Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse: Grausame Behandlung der Sklaven war im späteren Rechte bei Strafe verboten. Schon das Zwölftafelgesetz verbot städtische Grundstücke zu Begräbnisplätzen zu benutzen. Sowohl in Rom als auch in anderen italischen Städten bestanden Bauordnungen, denen gemäß Gebäude nur nach einem bestimmten Bauplan errichtet werden durften [985—995].

b. Eigentumsbeschränkungen im Interesse von Privatpersonen, besonders der Nachbarn: Das Zwölftafelgesetz bestimmte, daß die über die Grenze ragenden Äste eines Baumes bis zu 15

Fuß von der Erde aufwärts <sup>Kapitula</sup> gekappt werden sollen, daß aber die höher stehenden Aeste vom Nachbar geduldet werden müssen, wenn sein Grundstück an dieser Stelle unbebaut ist. Dasselbe Gesetz gab dem Grundeigentümer das Recht, die Früchte seiner Bäume, die auf das Nachbargrundstück gefallen waren, von dort abzuholen. Dem Grundeigentümer darf der Luftzug zu seiner Dreschtenne nicht durch Baulichkeiten auf dem Nachbargrundstücke versperrt werden [996 f. f.].

## § 25. Erwerb des Eigentums.

Die Erwerbsarten des Eigentums teilt die moderne Theorie ein in derivative und originäre. Beim derivativen oder abgeleiteten Erwerb ist das Recht des Erwerbers bedingt durch das Recht eines bestimmten Vormannes (so z. B. bei der traditio), beim originären oder ursprünglichen Erwerb ist das nicht der Fall (so z. B. bei der Ersitzung). Praktisch ist diese Unterscheidung von Wichtigkeit insofern, als der Kläger, der sich auf derivativen Erwerb beruft, auch das Recht seines Vormannes dartun muß.

Ferner unterscheidet man Erwerb des Eigentums durch Singular- und durch Universal-Sukzession, worüber im Erbrecht zu sprechen sein wird.

Historisch von Wichtigkeit ist die Einteilung der Erwerbsarten des Eigentums in acquisitiones civiles und naturales; die Darstellung derselben gehört in die Rechtsgeschichte. Hier sollen nur diejenigen Erwerbsarten behandelt werden, die noch im justinianischen Recht in Geltung sind.

## § 26. Traditio [799 f. f.].

1. Traditio ist Uebertragung des Eigentums durch formlose Uebergabe der Sache. Eine Sache kann übergeben werden zu verschiedenen Zwecken, zum Gebrauch, zur Aufbewahrung, als Pfand; Uebertragung des Eigentums aber bewirkt die Uebergabe nur dann, wenn sie in dieser Absicht geschieht, also mit dem animus domini transferendi und dem animus domini adquirendi. Dieser animus ist vorhanden, wenn die Tradition auf Grund eines obligatorischen Geschäfts vorgenommen wird, welches auf Eigentumsübertragung hinzielt, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung (D. 41, 1, 31 pr.). Ein solches Geschäft, auf welches die Tradition sich stützt, nennt man causa traditionis. Ist diese causa unwirksam oder befindet der Tradent sich in Bezug auf dieselbe im Irrtum, so geht das Eigentum zwar über, der Tradent kann

aber die übergebene Sache kondizieren, d. h. mit einer persönlichen Klage vom Empfänger zurückverlangen (unten § 84).

2. In der Verbindung von *causa* und *traditio* zeigt sich der Gegensatz zwischen obligatorischen und dinglichen Geschäften; denn als Erwerbsarten des Eigentums gelten nicht Kauf, Tausch und Schenkung, sondern nur die auf Grund dieser Geschäfte vorgenommene Tradition; das Eigentum wird also nicht erworben durch Abschluß des Kaufvertrages, sondern erst durch die Erfüllung des Vertrages seitens des Verkäufers; bis zur Tradition bleibt die Sache im Eigentum des Verkäufers (D. 6, 1, 50 pr.).

3. Die Tradition ist eine derivative Erwerbsart, so daß das Eigentum auf den Erwerber nur dann übergeht, wenn der Verkäufer selbst Eigentümer war, oder wenn er dem Eigentümer gegenüber zur Veräußerung der Sache berechtigt war; eine solche Berechtigung steht zu dem Pfandgläubiger, dem Vormunde und demjenigen, den der Eigentümer dazu ermächtigt hat; bei der Tradition ist also Stellvertretung zulässig. Veräußert ein Nichteigentümer, dem eine solche Berechtigung fehlt, so geht das Eigentum nicht über nach dem Satz „*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*“ (D. 50, 17, 54). Von dieser Regel machen die meisten heutigen Gesetzgebungen wichtige Ausnahmen [923—926]. Ferner gilt für die Tradition der Satz „*res transit cum onere suo*“ (D. 41, 1, 20, 1), d. h. besteht an der Sache zu Gunsten einer dritten Person ein dingliches Recht, so bleibt dasselbe trotz Uebergang des Eigentums bestehen, auch wenn der Erwerber von diesem Rechte keine Kenntnis hatte. Auch dies ist heute zum Teil anders [1370].

4. Wird eine Sache auf Grund eines Kaufvertrages tradiert, so geht das Eigentum nur dann über, wenn der Kaufpreis bezahlt oder gestundet ist.

5. Wie auf Seiten des Verkäufers, so ist auch auf Seiten des Erwerbers bei der Tradition Stellvertretung zulässig (D. 41, 1, 20, 2).

## § 27. Occupatio und Schatzfindung.

I. Occupatio ist Erwerb des Eigentums an einer herrenlosen Sache durch Besitzergreifung in der Absicht, sich die Sache anzueignen [714]. Herrenlose Sachen (*res nullius*) sind solche, die in Niemandes Eigentum stehen, zu ihnen gehören insbesondere: die in Freiheit lebenden wilden Tiere, die Sachen des Feindes und die vom bisherigen Eigentümer freiwillig aufgegebenen Sachen [715].

1. Die in Freiheit lebenden wilden Tiere, denen auch die Vögel und Fische zugehört werden, gelten als herrenlos solange

sie in ihrer natürlichen Freiheit verbleiben, und werden Eigentum des Offupanten. Ein dem Grundeigentümer vorbehaltenes Jagdrecht war den Römern fremd [1061 f. f.].

Wird ein Tier lebend gefangen, dann bleibt es Eigentum des Offupanten, so lange es in seiner Gewalt bleibt; entflieht es, so wird es wieder herrenlos.

Wilde Tiere, die gezähmt sind, sich an das Haus gewöhnt haben und frei ein und aus zu gehen pflegen, bleiben im Eigentum ihres Herren, so lange sie die Gewohnheit beibehalten ins Haus zurückzukehren; legen sie diese Gewohnheit ab, so werden sie wieder herrenlos [716—728].

Alle diese Regeln finden keine Anwendung auf Tiere, die ihrer Natur nach zu den Haustieren gehören, wie Pferde, Rinder, Hunde, Hühner, Gänse; diese bleiben im Eigentum ihres Herrn, auch wenn sie entlaufen und völlig verwildern (J. 2, 1, 12—19).

2. Sachen der Feinde. Gleich wie die Römer ihre eigenen Sachen, die in die Gewalt des Feindes gelangt waren, nicht mehr als ihr Eigentum betrachteten, so gelten ihnen auch die Sachen ihrer Feinde als herrenlos, sowohl die Sachen des Staates als auch der Privatpersonen; beide sind offupierbar (D. 41, 1, 51, 1).

3. Herrenlos sind auch die *res derelictae*. Dereliktion liegt vor, wenn der Eigentümer in der Absicht auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt (J. 2, 1, 47). Davon sind wohl zu unterscheiden die verlorenen Sachen, d. h. solche, an denen der Eigentümer den Besitz wider seinen Willen verloren hat; sie sind natürlich nicht herrenlos.

II. Der Offupation verwandt ist die Schatzfindung [744—748]. Schatz (*thesaurus*) ist eine seit langer Zeit verborgene, bewegliche Sache von Wert, deren Eigentümer nicht mehr festzustellen ist, so daß sie als herrenlos angesehen wird. Nach justinianischem Recht gilt über sie folgendes:

Hat Jemand auf eigenem Boden einen Schatz gefunden, dann behält er ihn ganz; hat er ihn auf fremdem Grundstücke gefunden, dann erhalten Finder und Eigentümer des Grundstücks je die Hälfte.

## § 28. Spezifikation.

Wenn Jemand aus fremdem Stoffe durch Verarbeitung eine neue Sache herstellt, so fragt es sich, wem die letztere gehört; die Sabinianer sprachen sie dem Eigentümer des Stoffes zu, die Profulejaner dem, der sie hergestellt hatte. Justinian schloß sich einer Mittelmeinung an, nach welcher im Zweifel die neue Sache dem Eigentümer des Stoffes gehört; dem Hersteller soll sie nur dann gehören, wenn die Verarbeitung derart ist, daß die ursprüng-

liche Form nicht wieder hergestellt werden kann, und wenn der Hersteller in gutem Glauben war.

### § 29. Erwerb der Früchte [751—758].

Vor der Abtrennung sind die Früchte unselbständige Teile der Muttersache und gehören natürlich dem Eigentümer der letzteren; mit der Abtrennung werden sie selbständige Sachen, bleiben aber regelmäßig Eigentum des bisherigen Eigentümers; jedoch gibt es Ausnahmen: anstatt des Eigentümers der Muttersache erwerben die Früchte diejenigen Personen, denen ein dingliches Nutzungsrecht an der Muttersache zusteht (Emphyteufis, Nießbrauch oder eine Prädialservitut), sowie auch der gutgläubige Besitzer und der Pächter derselben. Einige dieser Personen, insbesondere der Emphyteuta, erwerben schon mit der bloßen separatio, d. h. mit der Abtrennung der Frucht, andere erst mit der perceptio, d. h. dadurch, daß sie die abgetrennten Früchte in Besitz nehmen.

### § 30. Accessio.

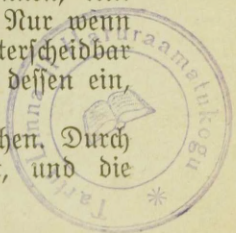
Mit diesem Namen bezeichnet man eine Anzahl von Fällen, in denen sich zwei oder mehrere Sachen, die verschiedenen Personen gehören, zu einem Ganzen verbinden; dieses Ganze wird in einigen Fällen Miteigentum aller Beteiligten, in anderen Fällen Alleineigentum eines derselben. Man unterscheidet:

1. Verbindung beweglicher Sachen. Geschieht die Verbindung nach Uebereinkunft der Parteien, so bestimmt sich auch das Eigentum am Ganzen nach der Uebereinkunft.

Geschieht die Verbindung in anderer Weise, so entsteht regelmäßig Miteigentum am Ganzen, wenn die Verbindung eine untrennbare ist; ist jedoch eine der verbundenen Sachen gegenüber den anderen als Hauptsache zu betrachten, so wird der, welchem diese Hauptsache gehörte, Alleineigentümer des Ganzen. Bei trennbarer Verbindung geht das bisherige Eigentum nicht unter; jeder behält das seine.

Bei einer Vermischung von Flüssigkeiten oder einer Vermengung gleichartiger fester Gegenstände (z. B. Getreide) der Art, daß sie voneinander nicht mehr unterschieden werden können, tritt regelmäßig Miteigentum nach dem Wertverhältnis ein. Nur wenn Geldstücke, die verschiedenen Personen gehören, ununterscheidbar vermengt werden, so tritt Alleineigentum zu Gunsten dessen ein, in dessen Kasse die Vermengung stattfand [789—798].

2. Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen. Durch Säen oder Pflanzen wird die Saat sobald sie keimt, und die



Pflanze sobald sie Wurzel schlägt, Eigentum des Grundeigentümers, und bleiben sein Eigentum auch wenn später Trennung stattfindet. Praktisch gilt dasselbe auch für fremdes Baumaterial, das Jemand in sein Bauwerk einfügt; theoretisch aber war die Auffassung bei den Römern etwas abweichend [771—788].

3. Erwerb nach Uferrecht. Man unterscheidet [759—770]:

a. Erweitert sich ein Ufergrundstück durch allmähliche Anspülung (alluvio), so fällt der Zuwachs dem Eigentümer des Ufergrundstücks zu.

b. Wird durch die Gewalt des Stromes eine Erdscholle von einem Grundstück abgerissen und an ein anderes geschwemmt (avulsum), so fällt sie, sobald sie sich mit diesem Grundstück fest verbunden hat, dem Eigentümer des letzteren zu.

c. Ein verlassenes Flußbett (alveus derelictus) fällt den Eigentümern der anliegenden ehemaligen Ufergrundstücke zu, jedem bis zur Mitte.

d. Entsteht in einem Flusse eine Insel (insula in flumine nata), so fällt sie den Ufereigentümern zu, jedem bis zur Mitte des Flusses.

### § 31. Adjudicatio.

Adjudicatio ist Uebertragung des Eigentums durch gerichtliches Urteil im Teilungsprozeß.

Im Allgemeinen ist es die Aufgabe des Richters, jeden in seinem Rechte zu schützen, nicht aber das Recht des einen auf den anderen zu übertragen; letzteres tut er nur auf Grund der sog. Teilungsklagen (unten § 39); hier kann er die gemeinschaftliche Sache in reale Teile zerlegen und jedem Miteigentümer einen Teil zu Alleineigentum zusprechen, er kann aber auch die Sache im Ganzen einem Miteigentümer zu Alleineigentum zusprechen und ihm die Verpflichtung auferlegen, die anderen mit Geld abzufinden.

### § 32. Ersizung [819—866].

I. Ersizung ist Erwerb des Eigentums durch fortgesetzten Besitz. Sie war schon im Zwölftafelgesetz unter dem Namen *usucapio* anerkannt; darnach wurde ein Grundstück in zwei Jahren, alle anderen Sachen in einem Jahr eressen. In der Kaiserzeit wurde unter dem Namen *longi temporis praescriptio* eine andere Art der Ersizung eingeführt; darnach wurde ein *fundus provincialis* in zehn Jahren *inter praesentes* (d. h. wenn der Ersizende und der bisherige Eigentümer sich in derselben Provinz befanden)

und in zwanzig Jahren inter absentes (wenn sie sich in verschiedenen Provinzen befanden) eressen.

Justinian traf folgende Veränderungen: Die Ersizung von Grundstücken nannte er *longi temporis praescriptio* und setzte für sie eine Frist fest von zehn Jahren inter praesentes und zwanzig Jahren inter absentes. Die Ersizung beweglicher Sachen nannte er *usucapio* und erhöhte die einjährige Frist auf drei Jahre; diese beiden Fälle werden als ordentliche Ersizung bezeichnet. Außerdem schuf er ganz neu die sog. *longissimi temporis praescriptio* oder außerordentliche Ersizung.

II. Die ordentliche Ersizung (*usucapio* und *longi temporis praescriptio*). Ihre Voraussetzungen sind: Ununterbrochener Besitz während der Ersizungsfrist, rechtmäßiger und gutgläubiger Erwerb und eine ersizungsfähige Sache; man hat dafür den Hexameter gebildet: *res habilis, fides, titulus, possessio, tempus*.

1. Ohne Besitz keine Ersizung (D. 41, 3, 25); die Ersizungsfrist beginnt mit dem Erwerb des Besitzes; der Besitz kann aber auch durch Stellvertreter ausgeübt werden; bei Verlust des Besitzes wird die Ersizung unterbrochen; wird der Besitz von neuem erworben, so beginnt eine neue Ersizungsfrist. Der Besitz gilt nicht als unterbrochen, wenn die Sache durch Sukzession aus einer Hand in die andere übergeht; hier kann der Nachfolger sich die Zeit des Vormannes anrechnen.

2. Die Frist beträgt für Grundstücke 10 und 20 Jahre, für bewegliche Sachen 3 Jahre.

3. Erforderlich ist ein *justus titulus* oder rechtmäßiger Erwerb, d. h. der Besitz führt nur dann zur Ersizung, wenn er auf Grund eines Tatbestandes erworben ist, der an sich geeignet ist, Erwerb des Eigentums zu bewirken, aber in Folge eines besonderen Mangels im gegebenen Falle diese Wirkung nicht erzielen konnte. Als *justus titulus* ist also zu betrachten jede Erwerbsart des Eigentums, z. B. Tradition auf Grund von Kauf oder Schenkung, *occupatio*, *adjudicatio* u. a. Sind diese Tatbestände mangelfrei, so tritt sofort Erwerb des Eigentums ein; leiden sie an einem Mangel, so wird das Eigentum erst nach Ablauf der Ersizungsfrist erworben. Der Mangel kann ein formeller sein; das war z. B. der Fall im alten Recht, wenn eine *res mancipi* durch formlose Tradition erworben wurde. Der Mangel kann auch ein materieller sein, wie z. B. wenn Jemand, der selbst nicht Eigentümer ist, die Sache einem anderen verkauft und tradiert.

4. Ferner ist erforderlich gutgläubiger Erwerb. Guter Glaube „*bona fides*“ liegt vor, wenn der Erwerbende beim Erwerbe der Ueberzeugung ist, daß er durch den Erwerb der Sache kein Unrecht begehe, und wenn diese Ueberzeugung durch die äußeren Umstände gerechtfertigt erscheint; z. B. es kauft Jemand

eine Sache vom Nichteigentümer, den er für den Eigentümer hält, und den Umständen nach halten darf. Der gute Glaube muß vorhanden sein im Zeitpunkt des Erwerbes, nicht erforderlich ist, daß er während der ganzen Erfizungsfrist andauert „*mala fides superveniens non nocet*“ (C. 7, 31, 1, 3). Nach kanonischem und gemeinem Rechte aber gilt der Satz „*mala fides superveniens nocet*“ [843].

5. Schließlich muß die Sache erfizungsfähig sein, eine „*res habilis*“; davon sind ausgenommen die *res extra commercium* (oben § 8) sowie die Sachen, die im Eigentum der Kirche und des Staates stehen. Schon nach ältestem Rechte wurden dahin gerechnet gestohlene und geraubte Sachen. Also auch wer solche Sachen rechtmäßig und gutgläubig erwirbt, kann sie nicht erfizen.

III. Außerordentliche Erfizung (*longissimi temporis praescriptio*). Justinian bestimmte: wer in Folge dreißigjährigen Besitzes einer Sache die Einrede der Klageverjährung gegen den Eigentümer erworben hat, soll nunmehr selbst als Eigentümer der Sache gelten, vorausgesetzt, daß er den Besitz gutgläubig erwarb; hier wird also weder *justus titulus* noch *res habilis* gefordert.

### § 33. Eigentumsklagen [897—926].

Wird dem Eigentümer der Besitz der ihm gehörigen Sache entzogen, so hat er die *rei vindicatio*, die auf Herausgabe der Sache gerichtet ist; wird er in seinem Besitze nur gestört, so ist die *actio negatoria* begründet, die auf Beseitigung der Störung gerichtet ist.

I. Die *rei vindicatio* ist eine dingliche Klage, die dem nichtbesitzenden Eigentümer zusteht gegen den besitzenden Nichteigentümer. Ihre Grundlage ist das Eigentum, ihr Anlaß Entziehung des Besitzes, Kläger ist der Eigentümer, Beklagter ist der Besitzer, Gegenstand eine körperliche Sache und Ziel der Klage Anerkennung des Eigentums und Herausgabe der Sache *cum omni causa*; sie ist eine *actio arbitraria*. Das bedarf näherer Ausführung:

1. Kläger ist der Eigentümer. Wird sein Eigentumsrecht bestritten, so muß er den Beweis führen, daß er dasselbe erworben hat, z. B. durch Tradition, Okkupation, Erfizung. Gelingt der Beweis ihm nicht, so wird seine Klage abgewiesen, und der Beklagte behält die Sache, auch wenn er gar kein Recht an derselben hat, nach dem Satze „*in pari causa melior est condicio possidentis*“ (D. 6, 2, 9, 4) oder „*possessores sunt potiores licet nullum jus habeant*“ (D. 7, 6, 5 pr.).

2. Beklagter ist der Besitzer, wenn jedoch Jemand eine fremde

Sache besaß, wissend, daß sie eine fremde ist, und sie dann bei Seite schaffte oder vernichtete, so haftet er, trotzdem er jetzt nicht mehr besitzt als sog. *fictus possessor*.

3. Die Sache, welche Gegenstand der Klage bildet, hat der Kläger so genau zu bezeichnen, daß keine Verwechslung zu befürchten ist.

4. Die Klage ist eine *actio arbitraria*, d. h. wenn Kläger sein Recht nachgewiesen hat, dann richtet der Richter an den Beklagten die Aufforderung (*arbitrium iudicis*), die Sache freiwillig herauszugeben; tut er das nicht, dann gestattet der Richter dem Kläger durch einen Eid (*juramentum in litem*) die Höhe seines Schadens zu beschwören, und auf diese Summe (*litis aestimatio*) erfolgt dann die Verurteilung. Hat der Beklagte diese Summe bezahlt, so gilt die Sache als ihm verkauft. Im justinianischen Rechte jedoch konnte der Beklagte auch zur Herausgabe der Sache gezwungen werden.

5. Die Klage ist gerichtet nicht nur auf Herausgabe der Sache selbst, sondern auch aller Früchte und sonstigen Erträge derselben; ferner hat Beklagter unter Umständen im Falle des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache Schadenersatz zu leisten; für den Umfang beider Verpflichtungen ist entscheidend, ob Beklagter redlicher oder unredlicher Besitzer ist.

a. Wegen Untergang und Verschlechterung der Sache haftet der unredliche Besitzer nur für Vorsatz, nach Beginn des Prozesses nicht nur für jedes Verschulden, sondern auch für Zufall; der redliche Besitzer haftet vor dem Prozeßbeginn überhaupt nicht, auch nicht wenn er die Sache absichtlich vernichtet hat, denn er glaubte ja, sie sei sein Eigentum; nach dem Prozeßbeginn haftet er für jedes Verschulden, jedoch nicht für Zufall.

b. Der unredliche Besitzer hat alle Früchte herauszugeben resp. ihren Wert zu ersetzen, die er bis zum Prozeßbeginn bezogen hat (*fructus percepti*) oder die er bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung hätte ziehen können (*fructus percipiendi*); nach dem Prozeßbeginn muß er Ersatz leisten auch für Früchte, die er zwar selbst nicht hätte ziehen können, wohl aber der Kläger. Der redliche Besitzer hat von den Früchten, die er vor dem Prozeßbeginn gezogen hat, nur die noch vorhandenen (*fructus exstantes*) herauszugeben, nach dem Prozeßbeginn dagegen alle *fructus percepti* und *percipiendi*.

6. Hat der Beklagte Verwendungen auf die Sache gemacht, so steht ihm zwar keine selbständige Klage auf Ersatz derselben zu, wohl aber kann er unter Umständen die Herausgabe der Sache verweigern bis er den Ersatz erlangt hat.

Für die notwendigen Verwendungen (*impensae necessariae*), d. h. für solche, die zur Erhaltung und ordnungsgemäßen Bewirt-

schaftung der Sache erforderlich sind, kann jeder Besitzer Ersatz verlangen mit alleiniger Ausnahme des fur. Für nützliche Verwendungen (*impensae utiles*), d. h. solche, die den Wert der Sache für den Kläger erhöhen, kann nur der redliche Besitzer Ersatz verlangen. Alle übrigen Verwendungen heißen *impensae voluptuariae*, d. h. unwirtschaftliche Ausgaben. Sie begründen keinen Anspruch auf Ersatz. Der Beklagte kann aber, soweit das Gesetz ihm keinen Anspruch auf Ersatz gewährt, das sog. *jus tollendi* ausüben, d. h. das Recht der Wegnahme, wofern das nach der Natur der Verwendungen möglich ist und wofern es ohne Schädigung der Hauptsache geschehen kann (D. 6, 1, 38).

II. *Actio negatoria*. Sie ist die Klage des besitzenden Eigentümers wegen Störung des Besitzes. Ziel der Klage ist Anerkennung des Eigentums, Feststellung, daß dem Beklagten kein Recht zur Bornahme der störenden Handlung zusteht, Beseitigung der Störung und Verbot derselben für die Zukunft.

### § 34. *Actio Publiciano*.

Die *rei vindicatio* schützt nur den Eigentümer. Der Prätor aber wollte auch demjenigen, der zwar sein Eigentum nicht nachweisen konnte, aber die Sache in rechtmäßiger Weise erworben hatte, Schutz gewähren gegen jeden Besitzer, es sei denn, daß auch dieser einen rechtmäßigen Erwerbsgrund nachweisen konnte. Der Prätor gab daher die sog. *actio Publiciano* in folgenden Fällen (Gai 4, 36):

a. Wer eine *res mancipi* durch formlosen Kauf und durch Tradition vom Eigentümer erworben hat und dann den Besitz verliert, kann die Sache von jedem dritten Besitzer durch diese Klage herausfordern. Dieser Anwendungsfall der Klage verlor jede Bedeutung als Justinian den Unterschied von *res mancipi* und *nec mancipi* aufhob.

b. Die *actio Publiciano* wurde außerdem auch dem gegeben, der eine Sache rechtmäßig und gutgläubig (*justo titulo* und *bona fide*) vom Nichteigentümer erworben hatte, und den Besitz der Sache verlor, bevor er das Eigentum an derselben durch Erziehung erworben hatte. Dieser Anwendungsfall der Klage ist auch noch im justinianischen und gemeinen Rechte von Bedeutung.

## II. Kapitel. Besitz (*possessio*).

### § 35. Begriff und Bedeutung des Besitzes.

1. Besitz (*possessio*) ist ein tatsächliches Verhältnis des Menschen zur Sache. Besitzer ist, wer eine Sache tatsächlich be-

herrscht. Man besitzt ein Haus, das man allein bewohnt, einen Rock, den man anhat, ein Buch, das man in der Hand hält.

Wie das Leben zeigt, ist der Eigentümer auch gewöhnlich der Besitzer, d. h. wem eine Sache nach dem Gesetze gehört, der hat sie gewöhnlich auch tatsächlich in seiner Macht. Jedoch gibt es Ausnahmen, z. B. ich habe meinen Stock auf der Straße verloren, ein anderer hat ihn gefunden und an sich genommen; hier fehlt dem Eigentümer der Besitz, und dem Besitzer fehlt das Eigentumsrecht.

Eigentum und Besitz sind also begrifflich zwei ganz verschiedene Dinge (D. 41, 2, 12, 1): Eigentum ist ein Rechtsverhältnis und wird erst durch die Rechtsordnung geschaffen; wenn es keine Rechtsordnung gäbe, so gäbe es auch kein Eigentumsrecht. Besitz dagegen ist ein tatsächliches Verhältnis, auch wenn man sich einen Zustand absoluter Rechtlosigkeit denken wollte, wäre doch ein Besitz möglich: jedermann müßte als Beherrscher oder Besitzer einer Sache gelten, solange er Willens und im Stande ist, sie gegen andere zu verteidigen.

2. Wenngleich der Besitz nur ein tatsächliches Verhältnis ist, so ist er doch von größter Bedeutung für das Rechtsleben. Darin liegt nicht eine Besonderheit des Besitzes, wie einige Schriftsteller glauben; vielmehr gibt es sehr viele rein tatsächliche Zustände und Erscheinungen, die für das Recht von größter Bedeutung sind, wie z. B. Geburt und Tod, Jugend und Alter eines Menschen, Entstehung und Untergang einer Sache, Veränderung des Laufes eines Flusses.

Die rechtliche Bedeutung des Besitzes zeigt sich in Folgendem:

Besitz ist die wichtigste Art der Ausübung des Eigentums, daher steht dem Eigentümer eine Klage zu bei Entziehung und Störung des Besitzes.

Die Erlangung des Besitzes ist erforderlich zum Erwerb des Eigentums durch Tradition, Okkupation und Ersizung.

Das Recht der Notwehr steht uns nur bezüglich solcher Sachen zu, die wir im Besitze haben.

Der Besitzer genießt gerichtlichen Schutz gegen gewaltsame Entziehung und Störung des Besitzes (unten § 38).

3. Der Begriff des Besitzes (*possessio*) ist zwar nicht von der Rechtswissenschaft geschaffen, sondern dem Leben entnommen, aber für die Zwecke des Rechts ist der Begriff verschiedenen Modifikationen unterworfen worden.

Im älteren Rechte mag als Besitz nur ein äußerlich erkennbares Verhältnis der Person zur Sache gegolten haben; später wurde der Begriff abstrakter; man ließ als Besitz auch nicht wirklich physische Beziehungen gelten, wofern dieselben nur nach der allgemeinen Auffassung als Herrschaftsverhältnisse betrachtet wurden;

nach dieser späteren Auffassung besitze ich z. B. mein Haus nicht nur solange ich mich in demselben aufhalte, sondern auch wenn ich mich zeitweilig aus demselben entferne; meinen Hund besitze ich nicht nur, wenn ich ihn an der Kette halte, sondern auch wenn er auf der Straße vor meinem Hause umherläuft.

Wie bemerkt, war in Rom beim Besitz Stellvertretung zulässig: der römische Bürger besaß nicht nur in eigener Person, und nicht nur durch seine Hauskinder und Sklaven, sondern er galt auch als Besitzer (possessor) dessen, was die in seinem Dienst befindlichen freien Personen für ihn in Händen hatten; ja noch mehr: er wurde auch als Besitzer derjenigen Sachen betrachtet, die er einem Anderen auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses zeitweilig überlassen hatte.

Hier haben wir also die eigentümliche Erscheinung, daß eine Person (z. B. der Mieter oder Pächter) die Sache in ihrer tatsächlichen Gewalt hat, während eine andere Person (der Vermieter oder Verpächter) als Besitzer gilt und auch den Schutz der Besitzklagen genießt. Neuere Schriftsteller nennen die Person, die eine Sache in ihrer tatsächlichen Gewalt hat, aber den Besitzschutz nicht genießt „detentor“, wogegen sie die Person, die den Besitzschutz genießt, als „juristischen Besitzer“ bezeichnen (D. 41, 2, 18 pr.)

In den Quellen wird der Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention nur durch Beispiele erläutert, ein festes, abstrakt formuliertes Prinzip ist nirgends ausgesprochen.

### § 36. Erwerb des Besitzes [629—648].

Der Besitz wird erworben „animo et corpore“ (D. 41, 2, 3, 1), d. h. durch den Willen die Sache zu beherrschen und durch die Herstellung der tatsächlichen Gewalt. Das kann geschehen, indem man eine bewegliche Sache mit der Hand ergreift, oder indem man ein Grundstück betritt; genügend ist aber überhaupt die Herstellung eines solchen Verhältnisses zur Sache, das nach den Gewohnheiten und Anschauungen des Verkehrs als tatsächliche Herrschaft anzusehen ist. Man unterscheidet:

1. Besitzerwerb an Sachen, die von Niemand besessen werden:

a. Bei wilden Tieren genügt es nicht, daß sie angeschossen sind, sie müssen vielmehr getötet oder gefangen sein (D. 41, 1, 55).

b. Wer ein Grundstück erwirbt, braucht nicht seinen Fuß auf jede Erdscholle zu setzen, ausreichend ist vielmehr, daß man das Grundstück betreten hat mit dem Willen und der Möglichkeit es im Ganzen zu beherrschen (D. 41, 2, 3, 1).

2. Besitzerwerb an Sachen, die sich im Besitz eines anderen befinden:

a. Gegen den Willen des anderen. Hier ist erforderlich, daß die Herrschaft des anderen beseitigt wird, daß der bisherige Besitzer aus dem Besitze verdrängt wird.

b. Mit dem Willen des anderen. Hier sprechen die Quellen von *traditio* oder Uebertragung des Besitzes. Dazu ist erforderlich Einigung des Willens zwischen den Tradenten und dem Erwerber und Herstellung der tatsächlichen Herrschaft. Letzteres geschieht am einfachsten durch wirkliche Einhändigung, aber genügend ist auch Niederlegung der Sache in der Wohnung des Erwerbers oder mündliche Ueberweisung der in der Nähe befindlichen Sache; letzteres nennen die Quellen *longa manu traditio*. Den Gegensatz dazu bildet die *brevi manu traditio*; sie liegt vor, wenn der Erwerber die Sache schon als Detentor im Namen eines anderen besitzt und mit diesem anderen vereinbart, die Sache von jetzt ab für sich selbst zu besitzen; hier geht der Besitz über durch die bloße Willenseinigung. Eine solche *brevi manu traditio* findet z. B. statt, wenn der Vermieter die vermietete Sache an den Mieter verkauft und ihm erlaubt, die Sache jetzt auf Grund des Kaufes für sich selbst zu besitzen (D. 41, 1, 9, 5).

3. Nicht nur bei Ausübung, sondern auch bei Erwerb des Besitzes ist Stellvertretung zulässig, und zwar war die Stellvertretung ganz allgemein zulässig in der Herstellung der tatsächlichen Herrschaft, z. B. ich lasse die Sache, die ich gekauft habe, durch einen Dritten abholen; hier erwerbe ich den Besitz, sobald die Sache dem Dritten übergeben ist. Eine Stellvertretung im Willensentschlusse war dagegen in Rom grundsätzlich nicht anerkannt; erwirbt daher Jemand für mich eine Sache ohne mein Wissen, so bin ich Besitzer nicht früher, als ich vom Besitzerwerbe Kenntnis erhalten und ihn annehme. Eine Ausnahme wurde jedoch zugelassen für Vormünder und Verwalter der juristischen Personen, diese konnten für die von ihnen vertretenen Personen Besitz erwerben auch ohne deren Wissen.

Eine besondere Art des Besitzerwerbens durch Stellvertreter ist das sog. *constitutum possessorium*; dasselbe liegt vor, wenn Jemand, der eine Sache für sich selbst besitzt, mit einem anderen vereinbart, daß er die Sache von jetzt an nicht mehr für sich selbst, sondern für den anderen als dessen Detentor besitzen werde; hier gilt der Besitz im Augenblicke der Einigung als für den anderen erworben; z. B. ich verkaufe einem anderen eine Sache, und wir vereinbaren, daß ich die Sache noch eine Zeit lang bei mir behalten solle, jedoch nicht mehr als Eigentümer, sondern als Mieter oder Verwahrer (D. 41, 2, 18 pr.).

### § 37. Verlust des Besitzes [659—673].

Der Besitz setzt sich zusammen aus dem Willen die Sache zu beherrschen und aus der tatsächlichen Herrschaft. Demnach dürfte der Besitz eigentlich nur solange als fortdauernd gelten, als beide Elemente in Wirklichkeit vorhanden sind. Bei strenger Durchführung dieses Grundsatzes müßte der Besitz als erloschen gelten, wenn der Besitzer die bewegliche Sache aus der Hand legt oder das Grundstück vorübergehend verläßt, oder aber wenn er vergiftet, wo sich die Sache befindet, ja es müßte sogar einem Schlafenden jeder Besitz abgesprochen werden. Dadurch würde der Besitz zu einem so wandelbaren und unsicheren Verhältnisse werden, daß es garnicht möglich wäre irgendwelche Rechtsfolgen an denselben zu knüpfen.

Deshalb nimmt das römische Recht auch hier Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens und läßt Verlust des Besitzes eintreten, nur wenn durch einen äußerlich wahrnehmbaren Vorgang die Aufhebung des Besitzes erkennbar wird.

1. Daher erlischt der Besitz *corpore* nur dann, wenn die Herrschaft dauernd aufgehoben ist. An gezähmten Tieren z. B. verliert man den Besitz noch nicht, wenn sie sich aus dem Hause entfernen, sondern erst, wenn sie die Gewohnheit des Wiederkehrens abgelegt haben. An einem Grundstück verliert man den Besitz noch nicht, wenn man es verläßt, und auch dann nicht, wenn die Abwesenheit von längerer Dauer ist, wofern sie nur ihrer Natur nach vorübergehend ist. Hier sagen die Quellen „*possessio animo retinetur*“. Dies gilt insbesondere von den sog. Sommerweiden im Gebirge, die der Besitzer für den ganzen Winter verläßt oder für eine Wiese, die im Frühling überschwemmt ist (D. 43, 16, 1, 25).

2. *Animo* erlischt der Besitz nicht schon durch bloße Aufgabe des Willens, sondern durch Verwirklichung des *animus non possidendi*, also durch Weggeben oder Wegwerfen der Sache. Wenn Jemand erklärt, den Besitz aufgeben zu wollen, die Sache aber in der Hand behält, so bleibt er Besitzer trotz dieser Erklärung.

3. Daß der Besitz ein tatsächliches Verhältnis ist, zeigt sich auch darin, daß der Besitz durch den Tod des Besitzers erlischt und nicht auf den Erben übergeht. Während also das Eigentumsrecht von selbst auf den Erben übergeht, erlangt der Erbe den Besitz nur durch selbständige Besitzergreifung (D. 41, 2, 23 pr.).

### § 38. Besitzschutz [682—699].

1. Wie beim Schutz des Eigentums, so unterscheidet man auch beim Besitzschutz Klagen, die begründet sind durch Entziehung

des Besitzes und gerichtet sind auf Wiedererlangung des Besitzes (*interdicta recuperandae possessionis*), sowie auch Klagen, die begründet sind durch bloße Störung des Besitzes und gerichtet sind auf Beseitigung dieser Störung (*interdicta retinendae possessionis*).

2. *Interdictum unde vi* oder *de vi* ist ein *interdictum recuperandae possessionis*; es ist begründet durch gewaltsame Entziehung (*dejectio*) des Besitzes an einem Grundstücke, und gerichtet auf Wiedererlangung des Besitzes. Kläger ist also, wer ein Grundstück besaß, aber mit Gewalt aus demselben verdrängt wurde (D. 43, 16, 1, 23). Das ältere Recht ließ hier jedoch eine Ausnahme zu: Wenn der Kläger selbst den Besitz in der Weise erlangt hatte, daß er den jetzigen Beklagten, der vor ihm daselbe Grundstück besaß, gewaltsam verdrängte, dann steht dem Beklagten gegen die Klage die *exceptio vitiosae possessionis* zu. Oder mit anderen Worten: wer einen Besitzer gewaltsam verdrängt, und dann wiederum von ihm gewaltsam verdrängt wird, kann sich nicht beklagen. Das ältere Recht ließ also hier die Selbsthilfe zu, jedoch mit einer Einschränkung: wenn der vertriebene Besitzer seinen Besitz durch Waffengewalt wiedererlangt hatte, dann stand seinem Gegner das *interdictum de vi armata* zu, gegen welches die *exceptio vitiosae possessionis* nicht zulässig war. Im Rechte der späteren Kaiserzeit wurde auch hier die Selbsthilfe ganz verboten und daher kam die *exceptio vitiosae possessionis* ganz in Fortfall.

3. *Interdictum uti possidetis* ist ein *interdictum retinendae possessionis* und bezieht sich gleichfalls nur auf Grundstücke; es findet statt, wenn der Besitzer in seinem Besitze bloß gestört ist, und ist gerichtet auf Unterlassung der Störung. Auffallender Weise ist hier die *exceptio vitiosae possessionis* auch noch im justinianischen Rechte zulässig.

4. *Interdictum utrubi* dient zum Schutze des Besitzes an beweglichen Sachen. In älterer Zeit fand das Interdict in drei Fällen Anwendung, und zwar als Klage auf Wiedererlangung gewaltsam entzogenen Besitzes, auf Unterlassung bloßer Besitzstörung und als Klage auf Grund längerer Besitzes. Justinian ließ die Klage nur als *interdictum retinendae possessionis* gelten; dadurch hat sie fast jede praktische Bedeutung verloren (J. 4, 15, 4a).

### III. Kapitel. Miteigentum und Mitbesitz.

#### § 39. Allgemeines.

Ein dingliches Recht kann mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen. Steht das Eigentumsrecht mehreren gemeinschaftlich zu,

so nennt man sie Miteigentümer und die Sache gehört ihnen zusammen zu sog. partes pro indiviso, d. h. zu Bruchteilen. Für jede Gemeinschaft galt in Rom der Satz, daß Niemand gezwungen ist gegen seinen Willen in der Gemeinschaft zu bleiben, vielmehr kann jeder Miteigentümer jederzeit auf Teilung klagen (C. 3, 37, 5). Diesem Zwecke dienen drei Klagen:

1. *Judicium familiae erciscundae* oder Erbteilungsklage (unten § 138).

2. *Actio communi dividundo* bezieht sich auf das Miteigentum an einzelnen Sachen.

3. *Actio finium regundorum* oder Grenzscheidungsklage. Entsteht unter Nachbarn ein Streit um die Grenze, so wird derselbe regelmäßig auf Grund der *rei vindicatio* entschieden, indem diese Klage gegen den tatsächlichen Besitzer des streitigen Stückes von dem anderen Nachbar erhoben wird; letzter hat dann zu beweisen, daß das Stück ihm gehört; kann er den Beweis nicht erbringen, dann bleibt das streitige Stück dem Besitzer. Möglich ist aber auch, daß keiner von beiden das streitige Stück tatsächlich in Besitz hat, wie das z. B. mit einem Sumpf oder einem Urwald geschehen kann; da es sich hier nicht entscheiden läßt, wer als Kläger auftreten muß und wer die vorteilhaftere Rolle des Beklagten übernehmen darf, so wird die Sache so betrachtet, als stände das streitige Stück im Miteigentum beider und zwar zu gleichen Teilen, so daß auch hier eine Teilung stattfindet.

Bei allen drei Klagen hat der Richter in folgender Weise zu teilen: Sind die Parteien über die Art der Teilung einig, so hat der Richter demgemäß zu entscheiden. Fehlt es an einer Einigung, so entscheidet der Richter nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Interessen aller: Ist die Sache teilbar, so kann er sie in reale Teile zerlegen und jedem einen Teil zu Alleineigentum zusprechen. Ist sie unteilbar, oder entspricht die Teilung nicht dem Interesse der Parteien, dann kann der Richter das Alleineigentum an der ganzen Sache einem zusprechen (*adjudicare*) und ihn verpflichten, die anderen in Geld zu entschädigen. Der Richter kann auch eine öffentliche Versteigerung der Sache anordnen und den Erlös unter die Miteigentümer verteilen.

## IV. Kapitel. Servituten.

### § 40. Begriff und Arten der Servituten.

1. Die Servituten (*servitutes*) oder Dienstbarkeiten gehören zu den beschränkten dinglichen Rechten (*jura in re aliena*) und haben zum Inhalte die Benutzung einer fremden Sache.

2. Man unterscheidet Prädialservituten (servitutes praediorum) und Personalservituten (servitutes personarum) [1090].

3. Die Prädialservituten sind an zwei Grundstücke geknüpft: das eine bildet das Objekt des Rechts (praedium serviens, dienendes Grundstück), das andere heißt praedium dominans oder herrschendes Grundstück; dieser letztere Ausdruck ist jedoch nicht so zu verstehen, als wäre das Grundstück Subjekt des Rechts, denn Grundstücke, wie Sachen überhaupt, können wohl Objekt nicht aber Subjekt von Rechten sein; Subjekte von Rechten sind nur Personen, also hier der jedesmalige Eigentümer des herrschenden Grundstücks; veräußert dieser daher sein Grundstück, so geht das Recht der Servitut auf den neuen Eigentümer über; die Servitut ist also mit dem Eigentum am herrschenden Grundstücke untrennbar verbunden. Von selbst versteht es sich, das die Servitut bestehen bleibt, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks dasselbe veräußert; dies ergibt sich schon aus dem Charakter der Servitut als eines dinglichen Rechts [1103].

4. Persönliche Dienstbarkeiten sind solche, die zu ihrem Gegenstande nicht nur Grundstücke, sondern auch bewegliche Sachen haben können, und die einer individuell bestimmten Person zustehen, mit deren Tode sie erlöschen.

5. Für Prädial- und Personalservituten gelten folgende gemeinsame Regeln:

a. servitus in faciendo consistere non potest, d. h. der Inhalt einer Servitut kann nur darin bestehen, daß Jemand etwas dulde oder unterlasse, nicht aber, daß er etwas tue (D. 8, 1, 15) [1094];

b. nulli res sua servit, d. h. Niemand kann eine Servitut an seiner eigenen Sache haben (D. 8, 2, 26) [1095];

c. servitus servitutis esse non potest, d. h. eine Servitut kann nicht wiederum Gegenstand einer anderen Servitut sein [1096].

## § 41. Prädialservituten.

1. Die Prädialservituten sind dazu bestimmt, den wirtschaftlichen Zwecken eines anderen Grundstücks zu dienen.

Die Prädialservituten zerfallen in zwei Gruppen: ländliche (servitutes praediorum rusticorum) und städtische Servituten (servitutes praediorum urbanorum). Die ländlichen dienen den Bedürfnissen der Landwirtschaft, die städtischen dienen den Bedürfnissen des städtischen Grundbesizes.

2. Die wichtigsten ländlichen Servituten sind [1117—1180]:

a. Wegeservituten, und zwar iter das Recht auf einen Fußweg, actus das Recht Vieh zu treiben und im Wagen zu fahren;

das umfassendste Recht ist *via*, es enthält die Befugnisse der beiden ersten und gibt das Recht auf eine besonders hergerichtete Fahrstraße.

b. *Wasserservituten*; dahin gehört das Recht aus einem anderen Grundstück in Gräben und Röhren Wasser zu leiten zur Bewässerung der Felder und Wiesen; ferner das Recht, aus einem fremden Brunnen Wasser zu schöpfen, schließlich das Recht Vieh zur Tränke zu treiben.

c. *Servituten*, die zum Inhalte haben die Entnahme von Material, z. B. Sand, Kalk, Lehm, Steine aus einem fremden Grundstück.

3. Die wichtigsten städtischen *Servituten* sind [1181—1198] die *Bauservituten*, z. B. *servitus projiciendi*, das Recht einen Erker oder einen Ausbau in den Luftraum des Nachbarn hinübertreten lassen; *servitus tigni immittendi*, das Recht einen Stützbalken in das Nachbargebäude einzulassen; *servitus oneris ferendi*, das Recht, ein Gebäude des Nachbarn als Stütze für sein eigenes Gebäude zu benutzen; *servitus altius non tollendi*, das Recht, dem Nachbarn das Höherbauen zu verbieten, damit dem herrschenden Grundstück Licht und Sonne nicht entzogen werden.

4. Folgende allgemeine Regeln gelten für alle *Prädialservituten*:

a. *Servitus fundo utilis esse debet*, d. h. die *Servitut* muß ihrem Inhalte nach geeignet sein den Nutzungswert des herrschenden Grundstückes zu erhöhen.

b. Eine *Servitut* kann nur zwischen benachbarten Grundstücken (*fundi vicini*) bestehen (D. 8, 2, 38).

c. *Servitus perpetuam causam habere debet*, d. h. das dienende Grundstück muß von Natur so beschaffen sein, daß es dem herrschenden Grundstück dauernd Nutzen gewähren kann [1108].

d. Für den Umfang, in welchem die *Servitut* ausgeübt werden kann, ist bestimmt: Zunächst können die Parteien bei Begründung der *Servitut* Art und Maß der Benutzung festsetzen. Ist das nicht geschehen, so kann jeder verlangen, daß diese Festsetzung durch einen Schiedsrichter geschieht. Ist auch das nicht geschehen, so sind für den Umfang der Benutzung die natürlichen Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes maßgebend. In jedem Falle aber hat die Ausübung „*civiliter*“ zu geschehen, d. h. unter möglichster Schonung der Interessen des Eigentümers des dienenden Grundstückes [1101].

## § 42. Personalservituten.

Die *Personalservituten* sind gleich den *Prädialservituten* dingliche Rechte auf Benutzung einer fremden Sache, unterscheiden sich

aber von letzteren dadurch, daß sie zu Gunsten einer individuell bestimmten Person bestehen, mit deren Tod sie untergehen, und daß sie nicht nur an Grundstücken, sondern auch an beweglichen Sachen bestehen können.

Das römische Recht unterscheidet folgende Arten [1199—1250]:

1. Der Nießbrauch (*usus fructus*) wird in den Quellen definiert als „*jus utendi fruendi salva rerum substantia*“ (D. 7, 1, 1). Demnach ist der Nießbraucher (*usufructuarius*) berechtigt die Sache zu benutzen und sich die Früchte derselben anzueignen, und zwar sowohl die *fructus naturales* als auch die *fructus civiles*; er muß aber die Sache wie ein *bonus pater familias* behandeln, darf die bestehende Wirtschaftsordnung nicht ändern und hat nach Beendigung seines Rechts die Sache in gutem Zustande zurückzugeben. Der Nießbrauch wird in den Quellen als unveräußerliches Recht bezeichnet, d. h. der Nießbraucher kann sein Recht nicht auf einen anderen übertragen, sodaß der andere vollständig an die Stelle des ersten tritt; denn da der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers erlischt, könnte durch eine solche Uebertragung die Dauer des Rechts willkürlich verlängert werden zum Schaden des Eigentümers. Wohl aber ist gestattet die Ausübung des Rechts auf einen anderen zu übertragen; in diesem Falle erlischt der Nießbrauch nicht mit dem Tode des Ausübenden, sondern mit dem Tode des Nießbrauchers.

Gegenstand des Nießbrauchs können bewegliche und unbewegliche Sachen sein, jedoch nicht verbrauchbare (*res consumptibiles*), weil ihr Gebrauch im Verbrauch besteht, also eine Rückgabe der Sache nach beendetem Gebrauche nicht möglich ist. Wenn trotzdem Jemand in seinem Testamente einem anderen den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen vermacht, so sollte nach der Bestimmung eines *Senatusconsults* ein sog. *quasi usus fructus* angenommen werden, d. h. der Legatar sollte das Recht haben, die Sachen zu verbrauchen und verpflichtet sein, nach beendetem Nießbrauch Sachen gleicher Quantität und Qualität zurückzuerstatten.

2. Beschränkte Personalservituten. Der Nießbrauch war die älteste Personalservitut. Später kam er vielfach in veränderter Form vor; es geschah nämlich oft, daß bei der Begründung dem Nießbraucher gewisse mit dem Nießbrauch regelmäßig verbundene Rechte entzogen wurden. Auf diesem Wege entstanden neue Rechtsverhältnisse, von denen einige besondere Namen erhielten; die übrigen, welche ohne besonderen Namen blieben, werden von den neueren Schriftstellern als irreguläre Personalservituten bezeichnet. Dahin gehören:

a. *Usus* oder Gebrauchsrecht, d. h. das Recht auf einem fremden Landgute zu wohnen und die Früchte desselben für seinen eigenen Bedarf zu gebrauchen, nicht auch zu verkaufen.

b. *Habitatio* oder Wohnungsrecht, d. h. das Recht ein fremdes Haus zu bewohnen oder es zu vermieten.

c. *Operae servorum*, d. h. das Recht auf Dienstleistungen eines fremden Sklaven; es steht insofern vereinzelt unter allen Personalservituten, als es vererblich ist.

d. Irreguläre Personalservituten. Als Beispiele werden in den Quellen genannt: das einer Person auf Lebenszeit zustehende dingliche Recht über ein fremdes Grundstück zu gehen oder zu fahren, im fremden Walde Holz zu fällen, auf fremder Wiese sein Vieh zu weiden [1104].

### § 43. Entstehung und Untergang der Servituten.

1. Servituten entstehen durch Rechtsgeschäft (Vertrag und Testament), durch Erfüllung insofern tatsächlicher Ausübung im Laufe von 10 (*inter praesentes*) oder 20 (*inter absentes*) Jahren, durch *adjudicatio* im Teilungsprozeß. Ein Nießbrauch kann auch unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift entstehen, so hatte z. B. der Vater einen gesetzlichen Nießbrauch an den *bona adventicia* seiner Kinder (unten § 108).

2. Servituten erlöschen durch Untergang der belasteten Sache, durch Wegfall des Berechtigten (z. B. durch Tod des *Usufructuarius*), durch Konfusion, d. h. wenn Eigentum und Servitut sich in derselben Person vereinigen, schließlich durch Verjährung insofern von Nichtausübung der Servitut im Laufe von 10 oder 20 Jahren.

### § 44. Schutz der Servituten.

Zum Schutz der Servituten dient die *actio confessoria*. Sie geht nicht nur gegen den Eigentümer der belasteten Sache, sondern, da sie eine dingliche Klage ist, gegen jeden Dritten, der das Recht verletzt. Die Klage ist gerichtet auf Anerkennung des Rechts, Beseitigung der Störung, Ersatz des Schadens und Leistung der sog. *cautio de amplius non turbando*, d. h. der Beklagte muß das Versprechen geben jede weitere Störung zu unterlassen.

## V. Kapitel. § 45. *Emphyteusis* und *Superficies*.

1. *Emphyteusis* ist das dingliche, unbefristete, vererbliche und veräußerliche Recht ein fremdes Grundstück unter Ausschluß des Eigentümers zu besitzen und zu benutzen und aus demselben Früchte zu

ziehen gegen eine jährlich zu zahlende Pachtsumme (canon oder vectigal). Der Emphyteuta erwirbt die Früchte des Grundstücks gleich dem Eigentümer durch separatio. Er hat sämtliche Lasten und Abgaben zu tragen. Wenn er sein Recht veräußern will, muß er dem Eigentümer Anzeige machen und dieser hat dann die Wahl, ob er von dem Kaufpreise 2% erheben will oder ob er das Vorkaufsrecht ausüben will; im letzteren Falle hat er daselbe zu zahlen, was der Emphyteuta vom Käufer erhalten hätte.

Das Recht wird geschützt durch eine rei vindicatio utilis.

Wenn der Emphyteuta im Laufe von drei Jahren das Pachtgeld nicht zahlt, oder wenn er durch schlechte Wirtschaft das Grundstück erheblich schädigt, verliert er sein Recht zu Gunsten des Eigentümers.

2. Superficies ist das dingliche, unbefristete, vererbliche und veräußerliche Recht auf einem fremden Grundstück ein Gebäude zu haben. Der Superficiarius benutzt und besitzt das Grundstück unter Ausschluß des Eigentümers, er kann das Gebäude beliebig umbauen, es einreißen und durch ein neues ersetzen; er trägt alle Lasten und Abgaben und hat dem Eigentümer den vereinbarten Grundzins zu zahlen. Sein Recht ist geschützt durch eine rei vindicatio utilis.

## VI. Kapitel. Pfandrecht.

### § 46. Geschichtliche Entwicklung.

Das Pfandrecht (pignus, hypotheca) ist ein dingliches Recht, das dem Gläubiger zur Sicherung seiner Schuldforderung in der Weise dient, daß er die ihm verpfändete Sache verkaufen darf, um sich aus dem Erlös bezahlt zu machen [1335].

Das älteste Recht kannte zur Sicherstellung von Forderungen nur die Bürgschaft. Das war möglich, als der Geschäftsverkehr sich noch in engem Kreise bewegte unter Personen, die mit einander gut bekannt waren. Als aber das römische Reich wuchs und der Verkehr sich auf weite Gebiete erstreckte, da entstand ein Bedürfnis nach Realkredit. Da aber das ältere Recht hierfür keine bestimmte Rechtsform hatte, so suchte man diesem Bedürfnis auf Umwegen zu genügen:

1. Zunächst bediente man sich der fiducia, d. h. zur Besicherung einer Schuldforderung überträgt der Schuldner durch mancipatio oder in jure cessio das Eigentum an einer ihm gehörigen Sache auf den Gläubiger, wobei in einem besonderen Zusatzvertrage (pactum fiduciae) vereinbart wird, daß der Gläubiger, wenn

ihm seine Forderung bezahlt ist, das Eigentum an derselben Sache in derselben formellen Weise auf den Schuldner zurückübertragen solle.

Auf Grund dieses *pactum fiduciae* gab der Prätor eine Klage (*actio fiduciae directa*), welche infamierende Wirkung hatte, und mit der der Schuldner, nachdem er seine Schuld bezahlt hatte, Rückübereignung der Sache verlangen konnte.

2. Daneben entstand später das *pignus*: Zum Zwecke der Besicherung einer Schuldforderung übergibt der Schuldner seinem Gläubiger eine Sache, jedoch nicht wie bei der *fiducia* zu Eigentum, sondern bloß zu Besitz. Ursprünglich hatte der Gläubiger kein dingliches Recht an dieser Sache, er durfte sie nur solange zurückbehalten als ihm seine Forderung nicht bezahlt war. Bei Bezahlung der Schuld mußte er die Sache zurückgeben.

3. Die jüngste Form des Realkredits war die *hypotheca*. Sie wurde begründet durch bloßen formlosen Vertrag ohne Uebergabe der Sache. Schon in früherer Zeit wurden solche Verträge zwischen Verpächter und Pächter eines Landgutes geschlossen in folgender Weise: Bei Abschluß des Pachtvertrages gibt der Pächter dem Verpächter das Recht alle Sachen, die er, der Pächter, in das Grundstück einbringt (*invecta et illata*), insbesondere das Wirtschaftsinventar, zurückzubehalten, bis alle Schulden bezahlt sind. Auf Grund eines solchen Vertrages gab der Prätor *Salvius* dem Verpächter eine Klage, *interdictum Salvianum* genannt, unter deren Schutz der Verpächter die *invecta et illata* an sich nehmen konnte, wenn der Pächter mit seinen Zahlungen im Verzuge war. Diese Klage war aber bloß eine persönliche, keine dingliche, und wenn der Pächter seine Sachen heimlich an einen Dritten veräußert hatte, dann hatte diese Klage gegen den Dritten keine Wirkung. Um diesem Mangel abzuhelpfen, gab der Prätor *Servius* dem Verpächter eine dingliche Klage, *actio Serviana* genannt, mit welcher er die *invecta et illata* von Jedem verlangen konnte, in dessen Händen sie sich befanden.

4. Anfangs geschah die Bestellung der Hypothek nur im Verhältnis zwischen Vermieter und Pächter, dann auch zwischen dem Vermieter und Mieter einer Wohnung, bald aber wurde sie bei allen Arten von Schuldverhältnissen zugelassen, so daß z. B. für eine Darlehnschuld oder für eine Schuld aus einem Kaufvertrage Sachen jeder Art, bewegliche und unbewegliche, in Form der *hypotheca* verpfändet werden konnten, d. h. ohne daß der Besitz der Sache auf den Gläubiger übertragen zu werden brauchte.

5. Bei Bestellung der Hypothek wurde oft vereinbart, daß der Pfandgläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung die ihm verpfändete Sache verkaufen dürfe, um sich aus dem Erlös bezahlt zu machen; dieses sog. *pactum de vendendo* sowie auch die *actio*

Serviana wurden auch auf das pignus ausgedehnt, so daß jetzt hypotheca und pignus sich nur noch darin unterschieden, daß bei letzterem der Gläubiger den Besitz sofort erhielt, bei der hypotheca dagegen erst, wenn der Schuldner im Verzuge war.

### § 47. Voraussetzungen des Pfandrechts.

Die Voraussetzungen eines Pfandrechts sind: eine Schuldforderung, zu deren Versicherung das Pfand dient, eine Sache, an der das Pfandrecht besteht, und schließlich ein Entstehungsgrund, d. h. ein Tatbestand, durch welchen das Pfandrecht entsteht.

1. Zweck des Pfandrechts ist die Versicherung einer Forderung, daher nennt man das Pfandrecht ein akzessorisches Recht: wenn die Forderung erlischt, erlischt auch das Pfandrecht. Nicht erforderlich ist jedoch, daß die Forderung bereits fällig ist, vielmehr kann ein Pfandrecht auch für eine befristete, eine bedingte oder zukünftige Forderung bestellt werden. Es ist auch nicht erforderlich, daß es eine eigene Schuld des Verpfänders ist, vielmehr kann man seine Sache auch für die Schuld eines anderen verpfänden [1337—1340].

2. Objekt des Pfandrechts sind in erster Reihe körperliche Sachen. Als die Hypothek aufkam, die keine Besitzübertragung erfordert, bildete sich die Regel, daß alles, was man verkaufen kann, man auch verpfänden kann, also auch res incorporales (D. 20, 1, 9, 1).

3. Je nach den Entstehungsgründen unterscheidet man drei Arten des Pfandrechts [1383—1413]:

a. Pignus voluntarium, wenn es durch Vertrag oder Testament begründet ist.

b. Pignus judiciale, wenn es durch Verfügung des Richters begründet ist.

c. Pignus legale, wenn es unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruht, wie z. B. das Pfandrecht des Mündels an dem Vermögen des Vormundes.

### § 48. Wirkungen des Pfandrechts.

Dem Pfandgläubiger stehen folgende Rechte zu:

1. Der Pfandgläubiger ist berechtigt die Pfandsache zu besitzen. Ein Recht die Sache zu benutzen steht ihm im Allgemeinen nicht zu, es sei denn, daß ihm dieses Recht besonders eingeräumt ist. Wenn jedoch eine zur Fruchtziehung bestimmte Sache (z. B. ein Landgut, eine Kuh, ein Schaf) zum Pfande gegeben ist, dann

gilt die Fruchtziehung als stillschweigend erlaubt, da sie für die ordnungsmäßige Verwaltung der Sache erforderlich ist. Den Wert der gezogenen Früchte hat der Gläubiger von seiner Forderung abzuziehen, erst von den Zinsen, dann vom Kapital. Es kann aber auch vereinbart werden, daß der Wert der Früchte einfach an die Stelle der Zinsen treten soll, so daß bei geringerem Ertrage der Gläubiger nichts nachzufordern hat, wogegen er bei reicher Ernte nichts vom Kapital abzuziehen braucht; eine solche Vereinbarung nennt man *pactum antichreticum* [1493—1500].

2. Der Pfandgläubiger ist berechtigt die Pfandsache zu verkaufen. Im älteren Rechte hatte er das Verkaufsrecht (*jus distrahendi*) nur dann, wenn es ihm durch besonderen Vertrag eingeräumt war; im späteren Rechte war ein solcher Vertrag nicht erforderlich und das Verkaufsrecht galt als *naturale negotii*.

Der Verkauf kann natürlich erst erfolgen, wenn die besicherte Forderung fällig ist [1441]. In Rom war der Gläubiger berechtigt, die Sache selbst *privatim* zu verkaufen und war nur verpflichtet dafür zu sorgen, daß er einen möglichst hohen Preis erhielt.

Durch den Verkauf der Pfandsache und Uebergabe an den Käufer erlischt das Pfandrecht des Verkäufers und alle dem seinigen im Range nachstehenden Pfandrechte; dagegen bleiben die im Range vorgehenden Pfandrechte bestehen; das Eigentum an der Pfandsache geht auf den Käufer über (D. 13, 7, 4) [1434].

Der Kaufpreis gebührt dem verkaufenden Pfandgläubiger; reicht er nicht hin um die besicherte Forderung zu tilgen, so kann der Gläubiger den Rest von dem persönlichen Schuldner Beitreiben [1456]; beträgt der Kaufpreis mehr als die besicherte Forderung, so gebührt der Ueberschuß (*hyperocha*) dem Verpfänder (D. 20, 5, 9, 1) [1455].

3. Der Pfandgläubiger hat das *jus domini impetrandi*, d. h. wenn für das Pfand sich kein annehmbarer Käufer findet, so wird dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Pfandsache nach vorhergehender Schätzung zugesprochen. Der Verpfänder behält jedoch das Recht, die Sache im Laufe von zwei Jahren wieder einzulösen.

4. Der Pfandgläubiger hat das Zurückbehaltungsrecht (*jus retentionis*). Nach Bezahlung der durch das Pfand besicherten Forderung ist der Pfandgläubiger verpflichtet, die Sache dem Verpfänder zurückzugeben, jedoch kann er wegen anderer Forderungen, die ihm gegen den Verpfänder zustehen, die Sache zurückhalten. Dieses Retentionsrecht ist jedoch kein dingliches, sondern bloß ein persönliches und kann daher nur gegen den Verpfänder selbst, nicht aber gegen nachstehende Pfandgläubiger ausgeübt werden [1487].

5. *Lex commissoria*. In älterer Zeit kam die Vereinbarung oft vor, daß bei Nichtzahlung der Schuld zum Termin das Eigen-

tum an der Pfandsache sofort dem Pfandgläubiger zufallen soll, wogegen die besicherte Forderung als erloschen gilt. Diese sog. Verfallklausel oder *lex commissoria* wurde jedoch von Kaiser Konstantin beim Pfandvertrage verboten.

### § 49. Klagen aus dem Pfandrechte.

Dem Pfandgläubiger steht eine dingliche Klage zu (*actio Serviana*, auch *actio hypothecaria* genannt); dieselbe wird ihm auch als *actio Publiciana* erteilt. Ferner stehen ihm als juristischem Besitzer auch die Besitzinterdicte zu.

Mit der dinglichen Pfandklage kann der Kläger Herausgabe der ihm verpfändeten Sachen von jedem verlangen, der sich in ihrem Besitze befindet, sowie auch vom *fictus possessor*. Auf Grund der *hypotheca* kann die Klage erst bei Fälligkeit der besicherten Forderung erhoben werden, auf Grund des *pignus* jederzeit, wenn der Pfandgläubiger den Besitz verloren hat.

Um mit der dinglichen Pfandklage durchzudringen, muß der Kläger beweisen, daß ihm eine Schuldforderung zusteht, daß ihm die Sache zur Besicherung dieser Forderung verpfändet ist, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung Eigentümer der Sache war, und daß die Sache im Besitze des Beklagten ist.

Ziel der Klage ist Herausgabe der Sache an den Kläger, nicht aber Bezahlung der durch das Pfandrechte besicherten Forderung; die Bezahlung kann der Gläubiger nicht mit der Pfandklage von dem Besitzer der Sache, sondern nur mit der aus der Forderung entspringenden persönlichen Klage von seinem persönlichen Schuldner verlangen. Der Besitzer der Pfandsache, wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, ist nicht verpflichtet die besicherte Schuld zu bezahlen, wohl aber kann er, wenn er will, die Schuld bezahlen und dadurch die Sache von dem Pfandrechte befreien; die Zahlung ist also nicht eine Pflicht, zu der er gezwungen werden kann, sondern nur eine sog. *facultas alternativa*.

### § 50. Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

In Form der *fiducia* oder des *pignus* konnte eine Sache natürlich nur einmal verpfändet werden. In Form der *hypotheca* dagegen ist Verpfändung derselben Sache in unbegrenzter Zahl rechtlich möglich. Desgleichen kann der Eigentümer, der seine Sache zu *pignus* hingegeben, an derselben auch noch Hypotheken bestellen und umgekehrt.

Jedoch ist der Eigentümer, der eine Sache zum zweitenmal

verpfänden will, verpflichtet anzugeben, daß sie bereits einmal verpfändet ist, sonst macht er sich eines Betruges schuldig.

Wenn nun an derselben Sache unabhängig von einander zwei oder mehrere Pfandrechte bestehen, so fragt es sich: welches Verhältnis besteht zwischen den mehreren Pfandgläubigern, wer von ihnen hat Anspruch auf den Besitz der Sache, wem steht das Verkaufsrecht zu, wer hat Anspruch auf den Erlös? Oder mit anderen Worten: welches Rangverhältnis besteht unter den Pfandrechten?

In dieser Beziehung bestimmt das römische Recht zunächst: *qui prior tempore potior jure* (C. 8, 17, 2; 3), d. h. das früher begründete Pfandrecht geht dem später begründeten vor; für das Rangverhältnis ist maßgebend das Alter der Pfandrechte. Jedoch gibt es auch sog. privilegierte Pfandrechte, d. h. solche, die trotzdem sie jünger sind, den älteren vorgehen. Hier seien nur zwei Beispiele genannt:

a. Das Pfandrecht des Fiskus wegen Steuerforderungen am ganzen Vermögen des Schuldners.

b. Kaiser Leo bestimmte: Ein Pfandrecht, das in einer öffentlichen Urkunde errichtet ist (*pignus publicum*), geht allen in Privaturkunden errichteten Pfandrechten vor, mögen diese auch ein jüngeres Datum tragen. Öffentlich heißt eine Urkunde, die von einem Notar errichtet ist. Dem *pignus publicum* wird gleichgestellt das *pignus quasi publicum*, d. h. ein Pfandrecht, das in einer privaten von drei unbescholtenen Zeugen unterschriebenen Urkunde errichtet ist.

Die Bedeutung der Priorität eines Pfandrechts besteht darin, daß nur der an erster Stelle stehende Pfandgläubiger die Herausgabe der Pfandsache von jedem Besitzer verlangen, und sich gegen jedermann im Besitze der Sache erhalten kann, sowie auch, daß nur er die Sache mit voller Wirkung verkaufen kann, d. h. mit der Wirkung, daß alle an der Pfandsache bestehenden Pfandrechte erlöschen, sowie schließlich, daß der Erlös zunächst zur Bezahlung seiner durch das Pfand besicherten Forderung verwendet wird.

Der nachstehende Gläubiger hat folgende Rechte:

a. Er kann, wenn er den Besitz erlangt hat, die Pfandsache verkaufen; dies hat zur Folge, daß er das Eigentum auf den Käufer überträgt, und daß alle Pfandrechte, die dem seinigen nachstehen, erlöschen; die vorstehenden Pfandrechte jedoch bleiben in Kraft, so daß auf Grund derselben die Sache dem Käufer mit der *actio hypothecaria* abgenommen werden kann.

b. Verkauft der vorstehende Gläubiger die Sache, so haben die nachfolgenden in der Reihenfolge ihres Ranges Anspruch auf die *hyperocha*.

c. Der nachstehende Pfandgläubiger hat das *jus offerendi*,

d. h. er kann den vorstehenden befriedigen und damit in dessen Stelle eintreten.

### § 51. Untergang des Pfandrechts.

Das Pfandrecht erlischt aus folgenden Gründen :

1. Als akzessorisches Recht erlischt es mit Untergang der besicherten Forderung, also insbesondere mit Bezahlung derselben.

2. Durch den Verkauf des Pfandes erlischt das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers, sowie die ihm nachstehenden Pfandrechte, die vorgehenden dagegen bleiben in Kraft.

3. Das Pfandrecht erlischt durch Verzicht.

4. Das Pfandrecht erlischt durch Konfusion.

5. In Bezug auf die Verjährung sind zwei Fälle zu unterscheiden :

a. Wenn jemand, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, die Pfandsache als Eigentümer oder Usukapionsbesitzer 10 Jahre inter praesentes oder 20 Jahre inter absentes besitzt, und ihm das Bestehen des Pfandrechts unbekannt ist, so erlischt das Pfandrecht vollständig.

b. Die Pfandklage (actio hypothecaria) verjährt in 40 Jahren, auch wenn der Besitzer der Sache nicht in gutem Glauben ist.

### § 52. Pfandrecht an Rechten.

Das Pfandrecht ist ein Sachenrecht und kann daher zu seinem Gegenstand nur körperliche Sachen haben.

Sicherheit kann jedoch dem Gläubiger auch in der Weise gewährt werden, daß ihm gestattet wird bei Fälligkeit seiner Forderung eine res incorporalis zu verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen. Da nun im späteren Rechte dieses Verkaufsrecht als wesentliches Merkmal des Pfandrechts galt, so wurden auch diese Fälle nach Analogie des Pfandrechts behandelt und direkt als Pfandrechte bezeichnet. Dahin gehören folgende Fälle :

1. Verpfändung dinglicher Nutzungsrechte, insbesondere Emphyteusis und Superfizes, aber auch persönlicher Servituten, soweit sie der Ausübung nach übertragbar sind.

2. Verpfändung einer Schuldforderung; wenn sowohl die besicherte als auch die verpfändete Forderung fällig sind, kann der Pfandgläubiger die letztere einziehen und sich aus dem Gegenstand derselben bezahlt machen [1465—1468].

3. Auch ein Pfandrecht kann verpfändet werden; dann kann der Pfandgläubiger die dem Verpfänder zustehende Klage als actio utilis geltend machen.

## Drittes Buch. Obligationenrecht.

### I. Kapitel. Begriff und Wesen der Obligation.

#### § 53. Obligation und Sachenrecht.

Unter obligatio (Forderungsrecht oder Schuldverhältnis) verstehen die Quellen ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen (oder mehreren Personen, was jedoch selten ist), vermöge dessen die eine Person (creditor, Gläubiger) von der anderen (debitor oder Schuldner) die Vornahme einer Handlung fordern darf.

Dem Gläubiger steht also gegen den Schuldner eine Forderung zu, dem Schuldner liegt gegen den Gläubiger eine Schuld ob; dem Rechte des einen entspricht eine Pflicht des anderen; Forderung und Schuld, Recht und Pflicht fallen zusammen.

Anders bei den Sachenrechten: Hier ist Gegenstand des Rechts eine körperliche Sache; diese Sache ist der Herrschaft des Berechtigten unterworfen, er darf über sie rechtlich und tatsächlich verfügen, d. h. sie veräußern, belasten, gebrauchen, verbrauchen, zerstören. Die Sachenrechte gehören zu den absoluten Rechten, d. h. zu denen, die wirksam sind gegen Jedermann, und die geltend gemacht werden können gegen jeden, der die Ausübung stört.

Gegenstand der Obligation dagegen ist nicht eine körperliche Sache, sondern eine Handlung des Schuldners; die Obligation ist also nur dem Schuldner gegenüber wirksam und gibt keinerlei Rechte gegen Dritte; das Recht des Gläubigers erschöpft sich in der Pflicht des Schuldners, daher nennt man die Obligation ein relatives Recht (im Gegensatz zum absoluten), weil es zu seinem Inhalte nur eine Beziehung (relatio) zwischen zwei Personen hat (D. 44, 7, 3 pr.). Oder kürzer ausgedrückt: Die Obligation ist ein Verhältnis von Person zu Person und erzeugt Ansprüche nur gegen den Schuldner; das Sachenrecht ist ein Verhältnis der Person zur Sache und erzeugt Ansprüche gegen jeden, der dieses Verhältnis stört.

## § 54. Gegenstand der Obligation.

Gegenstand der Obligation ist die Handlung, zu deren Vornahme der Schuldner verpflichtet ist.

1. Man teilt die Obligationen, je nachdem ihr Gegenstand ein positives Tun oder ein Unterlassen ist, in *obligationes faciendi* und *non faciendi*. Die ersteren bilden im Leben die Regel, sie können gerichtet sein auf Uebertragung des Eigentums oder auf Bestellung eines sonstigen dinglichen Rechts, auf Uebergabe einer Sache zum Gebrauch, auf Rückgabe einer Sache, auf Arbeitsleistungen und auf Handlungen der verschiedensten Art. Die Obligationen auf Unterlassen sind weit seltener [2919].

2. Eine Obligation kann zu ihrem Gegenstande nur eine Handlung haben, die an sich möglich ist: *impossibilium nulla obligatio* (D. 50, 17, 185) [2920]. Ist daher in einem Vertrage eine unmögliche Handlung versprochen, so ist der Vertrag unwirksam; das gilt sowohl für den Fall der natürlichen Unmöglichkeit, d. h. wenn etwas versprochen ist, was nach den Naturgesetzen unmöglich ist, als auch im Falle der juristischen Unmöglichkeit, d. h. wenn etwas versprochen ist, was nach den geltenden Gesetzen unausführbar ist. In beiden Fällen liegt Unmöglichkeit im objektiven Sinne vor, und es tritt Unwirksamkeit des Vertrages ein.

Dagegen kann Gegenstand einer Obligation eine Handlung sein, die zwar dem Schuldner selbst persönlich unmöglich ist, die aber an sich möglich ist und von anderen Personen wohl ausgeführt werden könnte; hier spricht man von einer subjektiven Unmöglichkeit; wer eine solche Handlung versprochen hat, muß dafür einstehen, und hat daher dem Anderen Schadenersatz zu leisten.

3. Der Gegenstand der Obligation muß bestimmt oder doch bestimmbar sein [2924]. Ist der Gegenstand in jeder Beziehung genau im Vertrage bestimmt, so spricht man von einer *obligatio certa*; eine *obligatio incerta* dagegen liegt vor, wenn der Gegenstand aus äußeren Umständen entnommen werden muß.

4. Zu den Obligationen, deren Gegenstand unbestimmt ist, gehören auch die sog. alternativen Obligationen, bei denen sich Jemand verpflichtet von zwei oder mehreren Gegenständen eine zu leisten, z. B. es hat eine Hündin drei Welpen geworfen und der Eigentümer verkauft einen ohne anzugeben welchen. Im Zweifel, d. h. wenn im Vertrage nichts anderes bestimmt ist, hat der Schuldner die Wahl [2926—2933].

## § 55. Schadenersatz.

Ein besonders wichtiger Gegenstand der Obligation ist der Schadenersatz; er kann den ursprünglichen Gegenstand der Obliga-

tion bilden, so daß sie schon bei ihrer Entstehung auf Schadenersatz gerichtet ist, wie das z. B. bei Deliktobligationen der Fall ist. Es kann aber auch jede Obligation, gleichviel worauf sie bei ihrer Entstehung gerichtet ist, sich später in eine Obligation auf Schadenersatz verwandeln; dies geschieht namentlich dann, wenn die Erfüllung der Obligation durch Verschulden des Schuldners unmöglich geworden ist. Außerdem kann zu dem ursprünglichen Gegenstand ein Schadenersatz akzessorisch hinzutreten; das geschieht namentlich dann, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig erfüllt, und der Gläubiger in Folge der Verspätung Schaden hat.

Nach römischem Rechte ist der Schaden stets in Geld zu ersetzen. Ist dem Geschädigten eine Sache zerstört oder verloren, so kann er zunächst die *vera rei aestimatio* verlangen, d. h. die Summe, für welche man eine solche Sache allgemein haben kann, also den sog. Marktpreis. Hat die Sache keinen Marktpreis, so muß sie durch Sachverständige geschätzt werden. Ist die Sache nur beschädigt, so gilt als *vera rei aestimatio* der Unterschied zwischen dem jetzigen Wert und dem Wert, den die Sache im unbeschädigten Zustande hatte [3451—3452].

Aber damit allein braucht der Geschädigte sich nicht zu begnügen, er kann vielmehr verlangen „*quantum ei abest, quantumque lucrari potuit*“, d. h. alles was er verloren hat und alles was er hätte gewinnen können. Man unterscheidet daher *damnum emergens*, d. h. was er verloren hat, und *lucrum cessans*, d. h. was er hätte gewinnen können, z. B. die Früchte, die er von einer Sache hätte ziehen können, die Zinsen, die er von einem Kapital hätte erhalten können [3437].

### § 56. Zinsen [3405—3434].

Unter Zinsen (*usurae* oder *foenus*) verstand man ursprünglich die Vergütung, die der Schuldner für ein ihm gewährtes Gelddarlehn zahlte und die in einem Bruchteile der Darlehenssumme bestand.

Später wurde der Ausdruck auf alle Schulden bezogen, deren Gegenstand eine Quantität vertretbarer Sachen war, und bezeichnete die Vergütung, die der Schuldner dem Gläubiger neben der Hauptschuld in einem Bruchteil der geschuldeten Quantität zahlt. Zinsen bilden also eine Nebenleistung und gelten als *fructus civiles* der Hauptschuld.

Eine Zinspflicht beruht auf Vertrag oder auf Gesetz. Eine gesetzliche Zinspflicht entsteht namentlich in Folge von Verzug des Schuldners.

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen betrug regelmäßig 6%. Die Höhe der vertragmäßigen Zinsen beruht auf Vereinbarung der Parteien; jedoch bestanden in Rom zu allen Zeiten gewisse Be-

schränkungen. Das Maximum betrug zur Zeit Justinians regelmäßig 6<sup>o</sup>/<sub>o</sub>. Außerdem bestanden noch folgende Beschränkungen:

a. Ein Vertrag, nach welchem von rückständigen Zinsen wiederum Zinsen gezahlt werden sollen (sog. Zinseszinsen), ist ungültig.

b. Der Zinsenlauf hört auf, wenn die Gesamtsumme der rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht.

## § 57. Naturalobligationen.

Die wichtigste Wirkung der Obligation ist ihre Klagbarkeit, d. h. die Möglichkeit durch Anrufung des Richters die Erfüllung zu erzwingen; sie ist aber nicht die einzige Wirkung: vielmehr kann eine Obligation außerdem zur Kompensation verwendet werden (unten § 93), ferner darf der Gläubiger, was der Schuldner ihm freiwillig zahlt, als Zahlung entgegennehmen und behalten (*soluti retentio*), sodann kann die Obligation als Grundlage dienen für Pfandrecht und Bürgschaft. Eine vom Gesetz als vollgültig anerkannte Obligation hat regelmäßig alle diese Wirkungen.

Bei manchen Obligationen jedoch ist die eine oder die andere Wirkung ausgeschlossen; ja es gibt sogar Obligationen, denen die wichtigste Wirkung, die Klagbarkeit, fehlt, die aber sonst alle übrigen oder doch einige der regelmäßigen Wirkungen haben; man nennt sie *obligationes naturales*.

Die wichtigste Wirkung der Naturalobligation ist die *soluti retenti*, d. h. zahlt der Schuldner im irrtümlichen Glauben, die Obligation sei klagbar, so kann er aus diesem Grunde die Zahlung nicht zurückverlangen; zahlt der Schuldner, wissend, daß die Obligation nicht klagbar ist, so liegt nicht eine Schenkung vor, sondern eine Schuldzahlung.

Die wichtigsten Naturalobligationen sind folgende: Verträge die geschlossen werden zwischen Personen, die sich unter der *patria potestas* derselben Person befinden, sowie Verträge, die Sklaven mit Fremden schließen; auch Gelddarlehen, die einem Hauskinde entgegen dem *S. C. Macedonianum* (unten § 76, 4) gegeben werden, erzeugen eine Naturalobligation. Nach der Verjährung der Klage verwandelt sich die bisher klagbare Obligation in eine *naturale*.

## II. Kapitel. Entstehung der Obligation.

### § 58. Uebersicht.

Unter den Tatbeständen, die Obligationen erzeugen, stehen an erster Stelle Verträge und Delikte. Durch Vertrag entsteht die

Obligation gemäß dem Willen des Schuldners, er nimmt die Pflicht freiwillig auf sich. Durch Delict entsteht die Obligation unabhängig vom Willen des Schuldners, das Gesetz legt ihm die Pflicht auf.

Aber schon das ältere Recht kannte Fälle von Obligationen, die weder zu der einen noch zu der anderen Gruppe gerechnet werden konnten. Diese letzteren wurden im späteren Recht als obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto bezeichnet (J. 3, 13, 2).

### § 59. Vertrag und einseitiges Versprechen.

Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das sich gründet auf den übereinstimmenden gegen einander erklärten Willen zweier oder (was seltener ist) mehrerer Personen.

Ausnahmsweise wird eine Obligation auch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft begründet; das römische Recht kennt nur zwei solcher Fälle:

1. Das *Votum* oder Gelöbniß ist ein einseitiges an die Gottheit gerichtetes Versprechen zu einem frommen Zwecke (z. B. Bau eines Tempels oder einer Kirche) aus Dank für eine göttliche Gnade. Ein solches Versprechen bindet einseitig.

2. *Pollicitatio* ist das Versprechen für öffentliche Zwecke (z. B. Errichtung eines Denkmals, Bau eines Theaters), es ist bindend, wenn es in Folge einer *justa causa* erfolgte, oder wenn der Versprechende bereits mit der Ausführung des Werkes begonnen hat [3276—3283].

### § 60. Geschichtliche Entwicklung der Schuldverträge.

Fast nach allen modernen Gesetzgebungen können Schuldverträge jeden Inhalts (wenn sie nur nichts Verbotenes oder Unsittliches bezwecken) geschlossen werden und bedürfen zu ihrer Gültigkeit regelmäßig keiner besonderen Form.

Das älteste römische Recht stand auf dem entgegengesetzten Standpunkt: es kannte nur eine sehr beschränkte Zahl von Verträgen, deren Form und Inhalt genau vom Gesetze bestimmt war; alle übrigen Verträge galten als rechtlich unverbindliche Verabredungen.

Diese ältesten Geschäfte des Obligationsrechts entsprechen fast genau den Geschäften des Sachenrechts: es gab auch hier *negotia per aes et libram* (nämlich das *nexum* und die *mancipatio* verbunden mit *pactum fiduciae*) und einen Scheinprozeß (*confessio in jure*).

Gegen Ende der Republik entstand ein neues System: Das Grundprinzip ist auch hier, daß zur Begründung einer Obligation nicht ein Vertrag schlechthin genügt, sondern daß zur Willenseinigung noch ein besonderes Moment hinzutreten muß, welches *causa civilis* genannt wird; es gibt vier solche *causae* und je nach ihrer Art unterscheidet man vier Gruppen von Schuldverträgen: *Literalverträge*, die geschlossen werden durch Eintragung ins Hausbuch, *Verbalverträge*, bei denen Austausch einer genau formulierten Frage und einer genau entsprechenden Antwort stattfindet, *Realverträge*, bei denen zum Abschluß des Vertrages die Uebergabe einer körperlichen Sache erforderlich ist, und schließlich *Konsensualverträge*, zu deren Abschluß die formlose Willenseinigung genügt. Bei den *Konsensualverträgen* ist die *causa civilis* der durch das Gesetz genau bestimmte Inhalt des Vertrages; es gibt nur vier solcher Verträge: Kauf, Miete, Gesellschaft, Auftrag.

Fehlt es einer Willenseinigung an der *causa civilis*, so heißt sie *nudum pactum* und erzeugt regelmäßig keine Klage. Jedoch wurde im späteren Rechte einigen formlosen Verträgen Klagbarkeit verliehen; man nannte dieselben *pacta praetoria* und *pacta legitima*, je nachdem die Klagbarkeit auf dem prätorischen Edikt oder einem Kaisergesetze beruhte.

Eine sehr wichtige Reform zu Beginn der Kaiserzeit war die Anerkennung der sog. *contractus innominati* oder unbenannten Verträge. Zu ihnen werden alle Verträge gerechnet, die auf gegenseitige Leistung gerichtet sind; aus ihnen entsteht eine Klage jedoch, erst nachdem einer der Kontrahenten freiwillig erfüllt hat; dann kann er auch vom anderen Erfüllung verlangen oder aber Rückgabe dessen was er geleistet.

Während so die Zahl der formlosen Verträge sich immer vermehrte, traten auch in Bezug auf die formellen Verträge Aenderungen ein: Die *Literalverträge* kamen in der Kaiserzeit ganz außer Gebrauch; *nexum* und *mancipatio* blieben noch bestehen, ihre Anwendung wurde aber immer seltener und Justinian schaffte sie ganz ab. Es blieb die *stipulatio*. Anfangs war sie ein unter Anwesenden durch formelle mündliche Frage und genau entsprechende mündliche Antwort geschlossener, einseitig verpflichtender *Verbalvertrag*; der Gläubiger hieß *stipulator*, der Schuldner *promissor*. Aber auch bei ihr wurde die Form mit der Zeit so sehr abgeschwächt, daß man sie im justinianischen Recht eigentlich als einen formlosen Vertrag bezeichnen darf.

Daraus ergibt sich folgendes: Das alte Prinzip der Formalität aller Schuldverträge ist durch so zahlreiche Ausnahmen durchbrochen, daß man sagen kann, im justinianischen Recht bedurften die meisten Geschäfte des täglichen Lebens überhaupt keiner Form.

Dadurch hat das System der Schuldverträge, das auf dem Gegensatz zwischen formellen und formfreien Verträgen beruhte, im justinianischen Recht seine Bedeutung verloren. Von größerer Bedeutung ist der Gegensatz zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen; an diese Einteilung wollen wir uns hier halten.

### III. Kapitel. Entgeltliche Verträge.

#### § 61. Kaufvertrag [3831—3897].

1. Kaufvertrag (*emptio-venditio*) ist ein gegenseitig verpflichtender Konsensualvertrag, durch den der eine Kontrahent (*venditor*, Verkäufer) sich verpflichtet dem anderen Kontrahenten eine bestimmte Sache (*merx*, Ware) gegen eine bestimmte Geldzahlung zu überlassen, und der andere Kontrahent (*emptor*, Käufer) sich verpflichtet für diese Ware die vereinbarte Geldsumme (*pretium*, Kaufpreis) zu zahlen.

Es liegen hier nicht zwei selbständige, unabhängige Versprechen vor, sondern ein Versprechen hängt vom anderen ab: der Käufer verspricht das Geld nicht schlechthin, sondern er verspricht das Geld gegen die Ware, und der Verkäufer verspricht die Ware nur gegen das Geld.

Oft wird gleichzeitig mit dem Abschluß des Kaufvertrages die Ware übergeben und der Preis bezahlt; aber weder das eine noch das andere gehört zum Abschluß des Vertrages. Der Kaufvertrag ist kein Real- sondern ein Konsensualvertrag: *Emtio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenit, quamvis nondum pretium numeratum sit* (J. 3, 23, pr.). Uebergabe und Zahlung sind vielmehr schon Erfüllung des Vertrages. Geschlossen ist der Vertrag (*emptio perfecta est*) sobald die Parteien sich über Ware und Preis geeinigt haben [3859], dadurch erhält jede Partei eine Klage: der Käufer kann mit *actio empti* auf Uebergabe der Ware, der Verkäufer mit *actio venditi* auf Zahlung des Kaufpreises klagen. Beide haben gleichzeitig zu erfüllen (D. 19, 1, 13, 8) [3881].

2. Ist der Verkäufer Eigentümer der Sache, und ist der Kaufpreis gezahlt oder gestundet, und die Sache dem Käufer übergeben, so geht das Eigentum auf ihn über. Der Käufer erwirbt das Eigentum also erst mit der Uebergabe, bis dahin hat er nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Verkäufer auf die Uebergabe; wenn daher der Verkäufer vor der Uebergabe die bereits verkaufte Sache einem Dritten verkauft und übergibt, so geht das Eigentum auf den Dritten über und der erste Käufer hat nur

gegen den Verkäufer eine Klage auf Schadenersatz; gegen den Dritten hat er keine Klage.

3. Ist der Verkäufer nicht Eigentümer der von ihm verkauften Sache, so wird dadurch der Kaufvertrag nicht ungültig (D. 18, 1, 28); aber der Verkäufer verantwortet gegenüber dem Käufer dafür, daß er diesem das Eigentum nicht verschaffen kann. Das ist die sog. Haftung wegen Eviction. Hierbei sind folgende Fälle zu unterscheiden: Hat der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache an den gutgläubigen Käufer verkauft, so kann dieser sofort auf Schadenersatz klagen, sobald er davon Kenntnis erhält (D. 19, 1, 30, 1). War der Verkäufer dagegen selbst in gutem Glauben, d. h. glaubte er selbst Eigentümer zu sein, so legt das Gesetz ihm eine mildere Haftung auf: der Käufer kann erst dann auf Schadenersatz klagen, wenn ihm die Sache evinziert ist, bleibt er dagegen im ungestörten Besitz, so hat er keine Ansprüche gegen den Verkäufer. Eviction liegt vor, wenn dem Käufer die Sache von dem wahren Eigentümer auf Grund gerichtlichen Urteils abgenommen wird [3215—3242].

4. Der Verkäufer hat dem Käufer Schadenersatz zu leisten, wenn ihm ein Mangel der Sache bekannt ist, er aber diesen Mangel dem Käufer verschweigt, ebenso wenn er der Sache einen Vorzug nachrühmt und dieser Vorzug in Wirklichkeit nicht vorhanden ist (D. 19, 1, 13 pr.; 39 i. f.).

Der Verkäufer haftet aber auch für solche Mängel, die ihm selbst unbekannt waren; jedoch kann er hier nicht auf vollen Schadenersatz verklagt werden, sondern es trifft ihn eine mildere Haftung. Es wurden nämlich in diesem Falle dem Käufer nach dem kurlischen Edikt zwei Klagen zur Auswahl gestellt:

a. *actio redhibitoria*. Mit dieser Klage kann er verlangen Auflösung des Kaufgeschäfts und Rückzahlung des Geldes gegen Rückgabe der Ware (D. 21, 1, 23, 9; 24);

b. *actio quanti minoris*. Mit dieser Klage kann er verlangen Minderung des Kaufpreises [3215—3220, 3243—3272].

4. Der Käufer hat den Kaufpreis zu zahlen. Der Kaufpreis muß notwendig in Geld bestehen. Neben dem Geldpreise konnten aber auch noch andersartige Nebenleistungen vereinbart werden, jedoch mußte die Hauptleistung unbedingt in Geld bestehen; sonst wurde das Geschäft nicht als Kauf sondern als Tausch behandelt [3844—3846].

Die Höhe des Kaufpreises können die Parteien nach Belieben festsetzen, der Preis braucht nicht dem wahren Werte der Sache zu entsprechen: jeder kann seine Sache beliebig teuer und billig verkaufen. Eine Ausnahme wurde im späteren Recht festgesetzt: Hat jemand aus Not seine Sache um weniger als die Hälfte des wahren Wertes verkauft (*laesio enormis*), so braucht er den Vertrag nicht

zu erfüllen; hat er ihn aber schon erfüllt, so kann er die Sache vom Käufer zurückfordern gegen Rückzahlung des empfangenen Preises [3893—3897].

5. Der Verkäufer ist vom Abschluß des Vertrages bis zur Uebergabe verpflichtet auf die Sache alle Sorgfalt (*summa diligentia*) zu verwenden und haftet dem Käufer auf Schadenersatz, wenn die Sache durch sein Verschulden verschlechtert oder untergegangen ist [3862].

Ist die Sache dagegen ohne Verschulden des Verkäufers untergegangen oder verschlechtert, so ist er frei von jeder Haftung. Dies beruht auf allgemeinen Grundsätzen. Für den Kaufvertrag gilt aber außerdem noch eine besondere Vorschrift: Ist die Sache ohne Verschulden des Verkäufers untergegangen oder verschlechtert, so behält er trotzdem den Anspruch auf den vollen Kaufpreis. Dieser Satz wird in den Quellen durch die Worte ausgedrückt „*periculum est emptoris*“, d. h. vom Augenblicke des Vertragsschlusses trägt der Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges (D. 18, 6, 8 pr., J. 3, 23, 3) [3863 f. f.].

## § 62. Tausch [3971—3980].

Der Tauschvertrag (*permutatio rerum*) ist ein Vertrag, durch den jeder der beiden Kontrahenten sich dem anderen gegenüber verpflichtet ihm eine bestimmte Sache zu überlassen, so daß die Leistung des einen als Entgelt für die Leistung des anderen erscheint.

Jedem der Tauschenden liegt also im Wesentlichen die gleiche Pflicht ob, wie auf Grund des Kaufvertrages dem Verkäufer. Jedoch wurde der Tauschvertrag in Rom nicht zu den Konsensualverträgen gerechnet, sondern zu den Innominatverträgen; während also der Kauf durch bloße Willenseinigung geschlossen und klagbar wird, kann auf Grund des Tausches erst dann geklagt werden, wenn der Vertrag von einer der beiden Parteien bereits erfüllt ist (D. 19, 4, 1, 2).

Diese verschiedene Behandlung beider Verträge erklärt sich aus ihrer verschiedenen Bedeutung für das Verkehrsleben: Kauf und Miete beherrschen den Verkehr aller entwickelten Völker, deshalb suchte man sie früh von den Fesseln des Formalismus zu befreien, um Abschluß durch Briefe, Boten und *facta concludentia* zu ermöglichen; ein gleiches Bedürfnis lag für den Tausch nicht vor, er spielt eine Rolle in patriarchalischen Wirtschaftsverhältnissen, bei entwickeltem Verkehr sinkt er auf die Stufe eines seltenen Gelegenheitsgeschäfts herab. Als man daher die Konsensualverträge schuf, wurde der Tausch von ihnen ausgeschlossen, und erhielt Klag-

barkeit erst in der Kaiserzeit bei Anerkennung der Innominatverträge. Bis dahin mußte man sich, um ihn klagbar zu machen, der Stipulationsform bedienen.

Im Uebrigen finden auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung; das gilt besonders für die Haftung wegen Eviktion und Mängel.

### § 63. Sachmiete [4025—4130].

1. Die Sachmiete (*locatio conductio rei*) ist ein Konsensualvertrag, durch den der eine Kontrahent (*locator*, Vermieter) sich verpflichtet dem anderen die Benutzung einer Sache gegen eine Geldzahlung zu gewähren und der andere (*conductor*, Mieter) sich verpflichtet für die Benutzung dieser Sache die in Geld bestehende Vergütung (*merces*, Mietzins) zu zahlen.

Die Miete ist gleich dem Kaufvertrage ein entgeltlicher, gegenseitig verpflichtender Vertrag.

Eine gewisse Ähnlichkeit hat die Miete mit dem Leihvertrag: bei beiden handelt es sich um Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache. Es besteht aber ein doppelter Unterschied: Der Leihvertrag ist unentgeltlich, die Miete ist entgeltlich; der Leihvertrag ist Realvertrag, die Uebergabe der Sache gehört zum Abschluß des Vertrages, der Mietvertrag ist Konsensualvertrag, er wird abgeschlossen durch bloße Einigung des Willens, die Uebergabe gehört schon zur Erfüllung des Vertrages.

2. In Bezug auf das Verhältnis des Mieters zur gemieteten Sache galten in Rom Grundsätze, die in manchen Punkten unserer heutigen Auffassung nicht entsprechen:

a. Mit der Uebergabe der Sache zum Gebrauch erwirbt der Mieter kein Recht an der Sache; sein Recht ist und bleibt ein obligatorisches, das nur gegen den Vermieter wirksam ist; vom Vermieter kann er verlangen, daß dieser ihm den Gebrauch dauernd gewähre und ihn im Gebrauch gegen Dritte schütze [4054]. Wenn daher ein Dritter den Mieter im Gebrauch stört, so kann der Mieter nur gegen den Vermieter auf Beseitigung der Störung klagen, ihm selbst steht keine Klage gegen den Dritten zu (D. 19, 2, 24, 4 i. f.).

b. Durch Uebergabe der Sache zum Gebrauch erhält der Mieter auch nicht den juristischen Besitz, sondern nur die Detention Namens des Vermieters [4053]. Es steht ihm daher weder gegen Dritte noch gegen den Vermieter selbst eine Besitzklage zu. Wenn daher der Vermieter den Mieter austreibt, so verletzt er den Mietvertrag und kann auf Schadenersatz verklagt werden, aber der Mieter ist nicht berechtigt Notwehr zu üben und kann auch nicht durch eine Besitzklage Wiedereinsetzung verlangen.

c. Ueberträgt der Vermieter nach Abschluß des Mietvertrages das Eigentum an der Sache auf einen Dritten, und will der Dritte den Mieter nicht dulden, so muß der Mieter fort und kann nur gegen den Vermieter auf Schadenersatz klagen. Hierauf bezieht sich das Sprichwort: Kauf bricht Miete [abweichend 4126 4045, 4127].

3. Vermieten kann man Sachen jeder Art. Auch die Art des Gebrauchs kann sehr verschieden sein, und richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien. Haben die Parteien nichts vereinbart, so ergibt sich der Gebrauch aus der Zweckbestimmung der Sache.

Ist Gegenstand der Miete eine fruchttragende Sache, insbesondere ein fruchttragendes Grundstück (Landgut, Obstgarten, Gemüsegarten) und ist dem Mieter die Fruchtziehung gestattet, so reden wir heute von einem Pachtvertrag.

4. Da der Mietvertrag ein obligatorischer Vertrag ist, so ist zu seiner Gültigkeit nicht erforderlich, daß der Vermieter Eigentümer der Sache ist. Ist der Vermieter nicht Eigentümer, kann er aber trotzdem dem Mieter den Gebrauch der Sache verschaffen, so hat der letztere keinen Grund sich darüber zu beklagen. Kann der Vermieter dagegen die Sache dem Mieter nicht übergeben, oder wird die Sache dem Mieter vom wahren Eigentümer gerichtlich abgenommen, so kann der Mieter gegen den Vermieter auf vollen Schadenersatz klagen, und dieses auch dann, wenn der Vermieter in gutem Glauben war, d. h. wenn er selbst glaubte Eigentümer zu sein (D. 19, 2, 7; 9 pr.) [4056].

5. Wird dem Mieter der Gebrauch der Sache unmöglich gemacht infolge von Untergang oder Verschlechterung der Sache, so haftet der Vermieter ihm nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft, auf vollem Schadenersatz. Trifft ihn kein Verschulden, so wird der Mieter nur von der weiteren Zahlung des Mietzinses befreit.

6. Zeigen sich während der Mietzeit Mängel, so ist der Vermieter verpflichtet auszubessern [4058]; kommt er dieser Pflicht nicht nach, so kann der Mieter je nach seiner Wahl auf Bohnahme der Ausbesserung klagen, selbst ausbessern und die Kosten vom Vermieter ersetzt verlangen, oder vom Vertrage zurücktreten (D. 19, 2, 25, 2).

7. Besonderes gilt für die Pacht eines fruchttragenden Grundstücks: Ist durch Unglücksfälle, namentlich durch ungünstige Witterung, eine Mißernte herbeigeführt, so kann der Pächter einen verhältnismäßigen Nachlaß vom Pachtzins (remissio mercedis) beanspruchen. Dauert das Pachtverhältnis noch weiter fort, und kommt später ein besonders geeignetes Jahr, so hat der Pächter den Pachtzins nachzuzahlen [4075—4076].

8. Für den Kaufvertrag gilt die Regel, daß beide Parteien sofort nach Abschluß des Vertrages und gleichzeitig zu erfüllen

haben (Zug um Zug); das gilt nicht für den Mietvertrag, vielmehr hat nach römischem Recht der Vermieter vorzuleisten und der Mieter braucht den Mietzins erst nach beendigtem Gebrauch zu zahlen, d. h. nach Ablauf der ganzen Mietzeit [4070]. Jedoch ist das nur *jus dispositivum* und die Parteien können abweichendes vereinbaren; so kann z. B. der Mieter sich verpflichten, den ganzen Mietzins im voraus zu bezahlen, oder in Teilzahlungen für kürzere Zeiträume (ein halbes Jahr, ein viertel Jahr, einen Monat) und zwar entweder zu Beginn dieses Zeitraums (*praenumerando*) oder nach Ablauf desselben (*postnumerando*) [4070—4071].

9. Der Mietzins muß in Geld bestehen; ist eine Vergütung anderer Art zugesagt, so liegt ein *Innominatvertrag* vor. Eine Ausnahme findet statt bei Verpachtung eines fruchttragenden Grundstücks; hier kann die Vergütung auch in Früchten des Grundstücks bestehen und zwar entweder in einer bestimmten Quantität oder in einem bestimmten Bruchteile des wirklichen Ernteertrages [4033—4034].

10. Der Mieter ist berechtigt und verpflichtet die Sache ordnungsgemäß zu benutzen, entsprechend ihrer Bestimmung und gemäß den besonderen Bedingungen des Vertrages, insbesondere hat der Pächter eines fruchttragenden Grundstücks daselbe ordnungsgemäß zu bewirtschaften (D. 19, 2, 25, 3) [4082—4084]. Nach Ablauf der Mietzeit hat er die Sache in unversehrtem Zustande zurückzugeben; bei Untergang und Verschlechterung der Sache haftet er für *omnis culpa*; für die durch den ordnungsgemäßen Gebrauch erfolgende Abnutzung hat er also keinen Ersatz zu leisten [4085].

Im Zweifel ist der Mieter berechtigt die Sache weiterzuvermieten, jedoch nur zu dem ihm selbst gestatteten Gebrauch. Durch Ueberlassung der Sache an den Untermieter befreit er sich aber nicht von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter.

11. Das Mietverhältnis erlischt aus folgenden Gründen [4103—4130].

a. Ablauf der vereinbarten Mietzeit. Eine solche Vereinbarung kann ausdrücklich aber auch stillschweigend erfolgen; ist z. B. der Betrag des Mietzinses nach Monaten bemessen, so muß angenommen werden, daß der Vertrag mindestens auf einen Monat geschlossen ist; ist ein fruchttragendes Grundstück verpachtet, so muß angenommen werden, daß der Vertrag auf mindestens ein Wirtschaftsjahr geschlossen ist. Ergibt sich eine Frist weder aus dem Vertrage noch aus äußeren Umständen, so kann jede Partei das Mietverhältnis jederzeit auflösen. War dagegen eine bestimmte Mietzeit vereinbart, und setzt der Mieter nach Ablauf der Zeit den Gebrauch ohne Widerspruch des Vermieters fort, so gilt der Vertrag als stillschweigend verlängert (*relocatio tacita*) auf solange

als keiner der beiden Kontrahenten seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt.

b. Einseitiger Rücktritt des Mieters. Dieses Recht steht ihm zu wegen ungebührlichen Verzugs in der Uebergabe, wegen Mängel der Sache, die den Gebrauch hindern und vom Vermieter nicht rechtzeitig abgestellt werden.

c. Einseitiger Rücktritt des Vermieters. Der Vermieter kann vom Vertrage zurücktreten, wenn der Mieter mit zwei Mietzinsraten im Verzuge ist, oder sich eine vertragswidrige Benutzung der Sache zu Schulden kommen läßt, ferner wegen notwendiger Reparaturen, durch welche die Benutzung ausgeschlossen wird, oder wenn der Vermieter selbst wider Erwarten die Sache dringend nötig hat.

d. Der Tod eines Kontrahenten oder beider hat auf das Mietverhältnis keinen Einfluß (J. 3, 24, 6).

*servituti natus*  
§ 64. Dienstvertrag [4172—4191].

Der Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*) ist ein Konsensualvertrag, durch welchen ein Kontrahent (*locator operarum*) sich verpflichtet während eines gewissen Zeitraums seine Arbeitskraft dem anderen gegen eine Geldzahlung zur Verfügung zu stellen, und der andere (*conductor operarum*) sich verpflichtet ihm hierfür als Vergütung die vereinbarte Geldsumme (*merces*) zu zahlen.

Dieser Vertrag nimmt im heutigen Rechts- und Wirtschaftsleben eine hervorragende Stellung ein; er bildet die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz eines großen Teils der Bevölkerung aller Kulturstaaten, und in fast allen diesen Staaten sind zahlreiche Gesetze erlassen, die alle Einzelfragen erschöpfend zu regeln suchen.

In Rom, wo Sklaverei herrschte, trat der Dienstvertrag ganz in den Hintergrund: wer menschlicher Arbeitskraft bedurfte, hielt sich Sklaven; gab es einmal mehr Arbeit als die eigenen Sklaven leisten konnten, so mietete man fremde Sklaven; das war dann Sachmiete. Wenn hier und da einmal ein Freier seine Arbeitskraft gegen Geld zur Verfügung stellte, so nahm man keinen Anstand ein solches Geschäft nach Analogie der Miete eines Sklaven zu behandeln; der freie Mann war aber keine Sache, daher galt als vermietet nicht der freie Mann selbst, sondern seine Arbeitskraft; daraus erklärt sich der Name „*locatio conductio operarum*“, und damit steht in Zusammenhang, daß ein Dienstvertrag nur dann vorliegt, wenn es sich um Dienste handelt, die sonst von Sklaven geleistet zu werden pflegten, also rein körperliche Arbeiten, *serv. operae illiberales*, während Verträge über Dienste höherer Art (*artes liberales*) nach den Regeln über das Mandat behandelt wurden.

Der unbedeutenden Rolle, die dem Dienstvertrage im Wirtschaftsleben zufiel, entspricht auch die untergeordnete Stellung im römischen Rechtssystem: die Quellen enthalten nur wenige einzelne Bestimmungen über den Dienstvertrag, auf viele grundlegende Fragen geben sie keinerlei Antwort. Die wichtigsten dieser Bestimmungen sind folgende:

Der locator, der seine Arbeitskraft vermietet, hat die Arbeiten nach den Weisungen des Dienstherrn und unter dessen Aufsicht persönlich auszuführen. Er ist weder berechtigt dies durch einen anderen tun zu lassen, noch ist er dazu verpflichtet, wenn er ohne sein Verschulden außer Stande ist zu arbeiten; freilich erhält er dann auch keinen Lohn. Wenn er dagegen die Arbeit nicht leisten konnte aus einem Grunde, der in der Person des Dienstherrn lag, so behält er seinen Anspruch auf Lohn, es sei denn, daß er die Möglichkeit hatte, seine Arbeitskraft in anderer Weise zu verwerten.

Den Lohn, der in Geld bestehen muß, erhält er nach Beendigung des Dienstverhältnisses; doch kann natürlich Abweichendes vereinbart werden.

Bei Ausführung der Arbeiten haftet er für omnis culpa und für imperitia, d. h. Unerfahrenheit oder Unkenntnis in der übernommenen Arbeit, denn durch die Uebernahme der Arbeit übernimmt er stillschweigend auch die Garantie, daß er die zur Ausführung der Arbeit erforderlichen Fähigkeiten besitzt; besitzt er sie nicht, so muß er für allen Schaden aufkommen, auch wenn ihn sonst kein Verschulden trifft (D. 19, 2, 9, 5). Natürlich ist auch hier Befreiung von dieser Haftung durch Vereinbarung zulässig.

### § 65. <sup>Werkvertrag</sup> Werkvertrag [4226—4253].

Werkvertrag (locatio conductio operis) ist ein Konsensualkontrakt, durch den sich der eine Kontrahent (conductor) verpflichtet gegen eine ihm vom anderen zugesagte Geldzahlung ein bestimmtes Werk (opus) auszuführen, und der andere (locator) sich verpflichtet, die vereinbarte Geldsumme (merces) für dieses Werk zu zahlen.

Der Unterschied zwischen dem Werkvertrag und dem Dienstvertrag besteht in Folgendem: Beim Dienstvertrag wird die Arbeitskraft vermietet, beim Werkvertrag der durch die Arbeit zu erzielende Erfolg. Beim Dienstvertrag soll die Arbeit unter Aufsicht und nach den Weisungen des Dienstherrn persönlich ausgeführt werden; beim Werkvertrage kann der Unternehmer sich der Hilfe anderer bedienen und sogar die Ausführung vollständig einem anderen überlassen, wenn es sich nicht um ein Werk handelt, das besondere Fähigkeiten voraussetzt.

Als Beispiele eines Werkvertrags werden in den Quellen ge-

nannt: Bau oder Ausbesserung eines Hauses, Frachtvertrag, Herstellung eines Schmuckes, Reinigen und Färben von Kleidern.

Handelt es sich um die Verarbeitung von Material, so liegt nach römischer Auffassung Werkvertrag nur dann vor, wenn der Besteller das Material liefert; verarbeitet der Unternehmer dagegen sein eigenes Material so liegt Kauf vor.

Der Unternehmer hat dafür zu sorgen, daß das Werk der Bestellung gemäß hergestellt werde; er haftet für *omnis culpa* und *imperitia*. Der Unternehmer kann den Lohn erst dann fordern, wenn der Besteller das Werk gebilligt hat; verzögert er die Billigung, so erfolgt sie durch den Richter.

Geht das dem Unternehmer übergebene Material durch Zufall zu Grunde, so haftet er nicht, hat aber auch keinen Anspruch auf den Lohn, es sei denn, daß er bereits alles geleistet hat, wozu er verpflichtet war.

### § 66. Receptum [3817—3828].

Den Schiffern, Gastwirten und Stallwirten legte der Prätor eine unbedingte Haftung auf für die Sachen, die von ihnen in Betriebe ihres Gewerbes aufgenommen waren; sie hafteten also nicht nur für eigenes Verschulden und Verschulden ihrer Leute, sondern auch für Zufall, z. B. Diebstahl seitens dritter Personen.

Nach dem Wortlaut des prätorischen Edicts hafteten sie für jeden Zufall ohne Ausnahme; aber schon die Juristen der ersten Kaiserzeit erblickten darin eine zwecklose Härte; es wurden daher solche Zufälle ausgenommen, die mit unwiderstehlicher Gewalt von außen kamen und die objektiv betrachtet, durch menschliche Vorsicht und Umsicht nicht abgewendet werden können. Solche Zufälle bezeichnet man als *vis major*, höhere Gewalt; als Beispiele nennen die Quellen Schiffbruch und Ueberfall von Seeräubern (D. 4, 9, 3, 1).

Voraussetzung der Haftung ist, daß die Sache dem Wirt oder dessen Leuten übergeben oder an den dafür bestimmten Ort gestellt waren. Durch Vertrag kann die Haftung gemildert werden.

### § 67. Lex Rhodia de jactu.

Ein von der Insel Rhodos stammendes und in Rom rezipiertes Gesetz bestimmte: Wenn ein Schiffer Waren verschiedener Befrachter führt und während eines Seesturmes zur Entlastung des Schiffes einen Teil der Waren über Bord wirft, um die nachbleibenden Waren zu retten, so haben, falls dieses gelingt, alle Befrachter den Schaden je nach Verhältnis des Wertes ihrer geretteten Waren zu tragen (D. 14, 2, 1).

Juristisch wurde dieses Verhältnis so konstruiert, daß der Befrachter, dessen Waren ausgeworfen sind, mit der *actio locati* gegen den Schiffer auf verhältnismäßigen Ersatz des Schadens klagt, während der Schiffer die hierzu erforderliche Summe, mit der *actio conducti* von den Befrachtern beitreibt, deren Waren gerettet sind.

## § 68. Gesellschaft [vielfach abweichend 4266—4334].

1. Der Gesellschaftsvertrag (*societas*) ist ein Konsensualvertrag und wird in der Weise geschlossen, daß zwei oder mehrere Personen sich gegen einander verpflichten mit gemeinsamen Kräften einen gemeinsamen Zweck zu fördern.

Die Quellen unterscheiden folgende Arten der Gesellschaft:

a. *Societas omnium bonorum*. Sie begründet völlige Gütergemeinschaft: alles was die einzelnen Gesellschafter haben und alles, was sie in der Folge erwerben, wird *ipso jure* gemeinschaftliches Vermögen aller. Diese Art der Gesellschaft gehört dem älteren Recht an und war in Rom bei Geschwistern üblich, die nach dem Tode des Vaters im ungeteilten Nachlasse blieben.

b. *Societas universorum quae ex quaestu veniunt*; hier soll gemeinschaftlich nur das werden, was aus der Erwerbstätigkeit der Gesellschafter stammt, also nicht was der einzelne Gesellschafter etwa durch Erbfolge oder als Mitgift erhält.

c. *Societas alicujus negotiatiois*; hier soll gemeinschaftlich werden nur das, was aus dem Betriebe eines bestimmten Gewerbes stammt, z. B. einer Lehranstalt, eines Bankgeschäfts, einer Kleiderhandlung.

d. *Societas unius negotii vel rei* liegt vor, wenn die Gesellschaft bloß zum gemeinschaftlichen Abschluß eines einzelnen konkreten Rechtsgeschäfts eingegangen ist, z. B. mehrere Kaufleute tun sich zusammen um gemeinschaftlich eine größere Partie Waren einzukaufen.

2. Die *societas* ist ein gegenseitig verpflichtender Vertrag, es ist also erforderlich, daß jeder *socius* einen Beitrag leiste, sei es in Geld, in anderen Sachen oder in Arbeit: „*societas donandi causa contrahi non potest*“ (D. 17, 2, 5, 1) sagen die Quellen; damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß ein solches Geschäft verboten sei, sondern nur, daß es nicht den Vorschriften über die Gesellschaft, sondern denen über die Schenkung unterliegt.

3. Die Anteile an Gewinn und Verlust sind für alle Gesellschafter die gleichen. Jedoch kann Abweichendes vereinbart werden. Unzulässig dagegen ist es zu vereinbaren, daß der eine den ganzen Gewinn erhält, der andere den ganzen Verlust zu tragen hat (*societas leonina*).

4. Die *societas* ist keine juristische Person, sie hat kein eigenes Vermögen, sie ist nicht Eigentümerin, nicht Gläubigerin, nicht Schuldnerin. Das sog. Gesellschaftsvermögen, d. h. das Vermögen, das aus den Beiträgen gebildet und im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft erworben wird, ist gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter und gehört ihnen nach Bruchteilen.

5. Die Klage, die den Gesellschaftern gegen einander zusteht, heißt *actio pro socio*; ursprünglich diente sie nur zum Zwecke der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern nach Auflösung der Gesellschaft, später aber wurde sie auch während Bestehens der Gesellschaft zugelassen wegen Streitigkeiten aus der Geschäftsführung.

Die *actio pro socio* ist infamierend. Die Gesellschafter haften einander nur für *culpa levis in concreto* und es steht ihnen gegen einander das *beneficium competentiae* zu.

6. Die Gesellschaft wird beendet durch Ablauf der vereinbarten Zeit, durch Erfüllung ihres Zweckes, durch einseitigen Rücktritt, durch den Tod und durch *capitis deminutio* eines Gesellschafters und schließlich, wenn ein Gesellschafter in Konkurs verfällt.

## § 69. Vergleich [3593—3616].

1. Vergleich (*transactio*) ist ein Vertrag, durch den ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis aufgehoben und an dessen Stelle, unter beiderseitigem Nachgeben, ein neues begründet wird.

Der Streit oder die Ungewißheit kann sich auf Tatsachen beziehen, indem der Sachverhalt, den die eine Partei behauptet, von der anderen Partei bestritten wird, oder in dem beide über dieselbe in Ungewißheit sind; es ist aber auch möglich, daß der Sachverhalt unbestritten feststeht, während die Ansichten der Parteien über seine juristische Beurteilung auseinander gehen; schließlich kann sich die Ungewißheit auch lediglich auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beziehen, während das Bestehen der Schuld unbestritten feststeht, der Gläubiger aber es vorzieht sich mit einer kleinen sofort zu zahlenden Summe zu begnügen, anstatt eine Zwangsvollstreckung zu beantragen, deren Erfolg unsicher ist.

## § 70. Schiedsvertrag.

Mit dem Vergleich verwandt ist der Schiedsvertrag (*compromissum*), insofern als beide dazu bestimmt sind, einen Rechtsstreit außergerichtlich zu erledigen.

Durch den Schiedsvertrag verpflichten sich die Kontrahenten einen Streit durch einen oder durch mehrere von ihnen zu er-

wählende Schiedsrichter (arbitri) entscheiden zu lassen und sich dem Urteile zu unterwerfen.

Der Vertrag wurde gewöhnlich in der Weise geschlossen, daß die Kontrahenten einander eine Konventionalstrafe versprochen für den Fall, daß sie sich dem Urteil nicht unterwerfen sollten. Erst Justinian bestimmte, daß auf Grund des schiedsgerichtlichen Urteils die Zwangsvollstreckung bei den ordentlichen Gerichten beantragt werden kann.

## § 71. Spiel und Wette [4337—4358].

Das Spiel (alea oder ludi aleatorii) ist nach römischem Recht im Allgemeinen verboten; es erzeugt keine Klage und keine Naturalobligation; was der Verlierer freiwillig gezahlt hat, kann er zurückfordern. Von diesem Verbot sind ausgenommen nur fünf von Kaiser Justinian namentlich bezeichnete Sportspiele, doch darf der Einsatz höchstens einen solidus betragen. Außerdem sind erlaubt Spiele jeder Art, wenn den Einsatz nur das bildet, was bestimmt ist von den Mitspielenden während des Spiels verzehrt zu werden, also sog. Ausspielen der Zecher.

Im Gegensatz zum Spiel war die Wette im römischen Recht erlaubt und klagbar, wenn sie in Stipulationsform geschlossen oder wenn der Einsatz bei einem Dritten deponiert war.

## IV. Kapitel. Unentgeltliche Verträge.

### § 72. Schenkung [4466—4490].

1. Schenkung (donatio) ist die unentgeltliche Zuwendung eines Vermögensvorteils aus dem Vermögen des Zuwendenden.

Zum Wesen der Schenkung gehört also, daß durch dieselbe das Vermögen des Schenkers vermindert wird und das Vermögen des Beschenkten vermehrt wird, sowie daß dieser Uebergang unentgeltlich geschieht.

Der Schenkungswille (animus donandi) kann durch die verschiedensten Geschäfte und in den verschiedensten Formen zum Ausdruck gelangen, insbesondere „dando“, d. h. durch sofortige Uebergabe einer Sache, „promittendo“, d. h. indem man sich vorläufig nur auf das Versprechen der Zuwendung beschränkt, und „liberando“, d. h. indem man den anderen von einer Last befreit, also z. B. ihm eine Schuld erläßt.

Die Schenkung ist kein einseitiges Geschäft, sondern ein Vertrag (D. 39, 5, 19, 2).

2. Da die Schenkung durch die verschiedensten Geschäfte vollzogen wurde, so hatte das ältere Recht auch keine allgemein gültige Form für dieselbe. Erst Justinian schuf eine solche, indem er bestimmte: Beträgt der Wert des Objekts der Schenkung mehr als 500 Goldstücke (solidi), so ist „Insinuation“ erforderlich, d. h. Aufnahme eines gerichtlichen Protokolls. Schenkungen von geringeren Wert können ganz formlos vollzogen werden, und daher werden sie auch zu den *pacta legitima* gerechnet.

3. Der Schenker haftet gegenüber dem Beschenkten nur für *dolus* und *culpa lata*, und es steht ihm das *beneficium competentiae* zu.

4. Schenkungen, welche persönlichem Wohlwollen oder allgemeinem Wohltätigkeitsinn entspringen, und zu Gunsten bedürftiger und würdiger Personen gemacht werden, sind im Leben nicht selten und verdienen vollste Billigung vom Standpunkt der Religion und Sittlichkeit, sowie auch Förderung von Seiten des Gesetzes. Solche Schenkungen bleiben regelmäßig im Verborgenen und führen kaum jemals zu einem Prozesse. Letzteres geschieht nur dann, wenn die Motive des Schenkers nicht rein oder die Würdigkeit des Beschenkten nicht zweifellos ist; derartige Schenkungen, die leider sehr häufig vorkommen, gaben denn auch den Anlaß, aus dem die Gesetzgeber fast aller Länder und Zeiten den Schenkungsvertrag zahlreichen Beschränkungen unterwarfen.

Im römischen Recht sind die wichtigsten Beschränkungen der Schenkung folgende:

a. Schenkungen unter Ehegatten waren verboten (s. unten § 105. 6).

c. Wegen groben Undanks seitens des Beschenkten konnte der Schenker die Schenkung widerrufen.

d. Wenn ein Schuldner sein Vermögen durch Schenkungen derart vermindert, daß er seine Schulden nicht bezahlen kann, so können die Gläubiger solche Schenkungen mit der *actio Pauliana* anfechten.

e) Die Pflichtteilsberechtigten können solche Schenkungen des Erblassers anfechten, durch welche ihnen ihr Pflichtteil verkürzt wird.

## § 73. <sup>Leihe</sup> *Leihe* [3737—3764].

Der Leihvertrag (*commodatum*) ist ein Realvertrag, der geschlossen wird durch Uebergabe einer Sache zu unentgeltlichem Gebrauch gegen die Verpflichtung sie nach geendigtem Gebrauch in unverletztem Zustand zurückzugeben.

Der Verleiher heißt *commodans*, der Entleiher *commodatarius*.

Erst durch die Uebergabe der Sache kommt der Vertrag zu Stande; das bloße Versprechen eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauch zu übergeben bedarf zu seiner Klagbarkeit der Stipulationsform.

Gegenstand des Leihvertrages können Sachen jeder Art sein. Die Art des Gebrauchs kann bei der Uebergabe vereinbart werden, sie kann sich aber auch aus der Zweckbestimmung der Sache ergeben. Desgleichen kann die Gebrauchszeit ausdrücklich vereinbart werden oder sich aus der Art des Gebrauchs ergeben. Die Klage die dem Verleiher zusteht heißt *actio commodati directa*.

Die regelmäßigen Aufwendungen (z. B. bei einem Tier die Futterkosten) hat der Entleiher zu tragen; für außerordentliche notwendige Aufwendungen (z. B. Kurkosten bei Krankheit eines Tiers) kann er Ersatz verlangen. Zur Geltendmachung dieser Ansprüche hat er die *actio commodati contraria*.

#### § 74. *Verwahrung* [3777—3816].

Der Verwahrungs- oder Hinterlegungsvertrag (*depositum*) ist ein Realkontrakt, der geschlossen wird durch Uebergabe einer beweglichen Sache zum Zwecke der unentgeltlichen Aufbewahrung gegen das Versprechen die Sache jederzeit auf Verlangen zurückzugeben. Der Hinterleger heißt *deponens*, der Verwahrer *depositarius*.

Wird ein Entgelt vereinbart, so liegt je nach den Umständen Dienstmiete, Werkvertrag, Innominatkontrakt vor.

Der Verwahrer haftet nach älterem Recht nur für *dolus*, weshalb die Beurteilung desselben auch infamierend war; später wurde die Haftung auf *culpa lata* nicht aber auf *culpa levis* ausgedehnt, da er ja keinen Vorteil aus dem Geschäft hat; gegen ihn geht die *actio depositi directa*. Ansprüche die der *depositarius* durch Aufwendungen auf die Sache erworben, darf er nur durch eine selbständige Klage (*actio depositi contraria*) nicht aber durch Zurückbehaltung der Sache geltend machen.

Wenn wegen einer Sache ein Streit entsteht, so können die Parteien freiwillig oder auf Befehl des Richters die Sache bei einem Dritten hinterlegen, um sie bis zur Entscheidung des Streites der Verfügung der Streitenden zu entziehen; der *depositarius*, der in diesem Falle *sequester* heißt, hat die Sache demjenigen herauszugeben, zu dessen Gunsten der Streit entschieden ist; bis dahin hat er den juristischen Besitz der Sache.

## § 75. Auftrag [vielfach abweichend 4363—4418].

1. Auftrag (mandatum) ist ein Konsensualvertrag, durch welchen der eine Kontrahent (mandatarius) sich gegenüber dem anderen (mandans) zur unentgeltlichen Besorgung eines Geschäfts verpflichtet.

Vom Dienstvertrage unterscheidet sich das Mandat zunächst durch die Unentgeltlichkeit: ursprünglich soll das Mandat sich aus der Fürsorge des Patrons für den Klienten entwickelt haben, dessen Interesse ersterer gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten pflegte; dabei war natürlich ein Geldlohn ausgeschlossen. Als später das Mandat auch unter Gleichgestellten üblich wurde, hielt man zwar grundsätzlich an der Unentgeltlichkeit fest, und wiederholte den Satz des älteren Rechts „mandatum nisi gratuitum nullum est“ (D. 17, 1, 1, 4), ließ aber trotzdem eine Geldvergütung zu, die man jedoch nicht als eigentlichen Lohn (merces) sondern als eine Ehrengabe (honos, davon Honorar) betrachtete.

Ein anderer Unterschied zwischen Auftrag und Dienstvertrag besteht darin, daß Gegenstand des letzteren nur sog. operae illiberales sind, d. h. Arbeiten die von Sklaven geleistet zu werden pflegen, während das Mandat sich auf sog. artes liberales, d. h. Berrichtungen bezog, die eines freien Mannes für würdig galten, die also geistiger, künstlerischer oder höherer gewerblicher Art sind.

2. Gegenstand des Auftrages ist regelmäßig die Besorgung einer Angelegenheit des Mandanten selbst; aber es ist auch zulässig, daß Jemand einem Anderen Auftrag erteilt, die Angelegenheit eines Dritten zu besorgen; wenn jedoch Gegenstand des Auftrages die Besorgung einer Angelegenheit ist, die nur den Mandatar selbst betrifft, so entsteht aus einem solchen Auftrag, den die Quellen als Rat (consilium) bezeichnen, regelmäßig keine Obligation, und ein solcher Rat ist für beide Teile unverbindlich; wenn jedoch der Ratgeber eine Garantie für seinen Rat übernimmt, so haftet er dem Anderen für den Schaden, der ihm aus der Befolgung des Rats entsteht. Von selbst versteht es sich, daß wer arglistig einem anderen einen schädlichen Rat gibt, diesem für den Schaden haftet; aber diese Haftung ist keine kontraktliche aus dem Mandat entstehende, sondern eine deliktische aus dem dolus (D. 17, 1, 2, 6; 6, 5, D. 50, 17, 47 pr.).

3. Der Mandatar ist verpflichtet das ihm aufgetragene Geschäft ordnungsgemäß zu Ende zu führen, wobei er für omnis culpa haftet. Es liegt hier also eine Ausnahme vor von der allgemeinen Regel, nach welcher derjenige nur für culpa lata haftet, der sich unentgeltlich zu etwas verpflichtet.

Der Mandatar ist verpflichtet Rechnung zu legen und dem Mandanten alles herauszugeben, was durch die Geschäftsführung in seine Hände gelangt ist.

Ob der Mandatar berechtigt ist das ihm aufgetragene Geschäft durch einen Dritten besorgen zu lassen, ist quaestio facti und ergibt sich besonders aus der Natur des aufgetragenen Geschäfts. Ist er dazu berechtigt, dann haftet er nur für culpa in eligendo, d. h. nur insoweit als ihm bei der Auswahl des Dritten ein Verschulden trifft; ist er nicht dazu berechtigt, so haftet er für jedes Verschulden des Dritten.

Gegen den Mandatar geht die actio mandati directa.

4. Dem Mandatar steht die actio mandati contraria zu, mit der er verlangen kann Ersatz seiner Aufwendungen, Befreiung von den Verbindlichkeiten, die er Dritten gegenüber im Interesse des Mandanten auf sich genommen hat, sowie Ersatz des Schadens, der ihn bei Ausführung des Mandats durch Verschulden des Mandanten getroffen hat.

5. Da das Mandat ein Verhältnis ist, das auf gegenseitigem Vertrauen beruht, so erlischt es mit dem Tode eines der beiden Kontrahenten. Aus demselben Grunde steht dem Mandanten das Recht zu, jederzeit das Mandat zu widerrufen. Der Mandatar dagegen kann sich einseitig von dem Vertrage nur dann lossagen, wenn ihm die Ausführung ohne sein Verschulden aus irgend einem Grunde nicht möglich ist.

## § 76. <sup>salu</sup> Darlehn [3641—3671].

1. Das Darlehn (mutuum) wird regelmäßig geschlossen durch Uebergabe einer Geldsumme zu Eigentum gegen das Versprechen die gleiche Summe zurückzuzahlen.

Gegenstand des Darlehns kann aber auch (obgleich das im Leben seltener ist) eine Quantität anderer vertreibbarer Sachen sein, z. B. Heu, Stroh, Getreide; in diesem Falle hat der Empfänger die gleiche Quantität von Sachen derselben Art und Güte zurückzugeben. Es wird also beim Darlehn nicht idem sondern tantumdem ejusdem generis zurückgegeben (D. 44, 7, 1, 2).

Der <sup>mutuo datur</sup> Darlehnsgeber heißt mutuo dans, der Darlehnsnehmer mutuo accipiens. Die Klage aus dem Darlehn heißt condictio certi.

Aus dem Darlehn entsteht, wie aus allen Realverträgen, nur ein Anspruch auf Rückgabe des Empfangenen; soll der Darlehnsnehmer daneben auch noch zu anderem verpflichtet werden, z. B. zur Zahlung von Zinsen, so muß das besonders vereinbart werden; die Zinspflicht gehört also keineswegs zum Begriffe des Darlehns, vielmehr gilt das Darlehn grundsätzlich als ein unentgeltlicher Vertrag (D. 19, 5, 24).

2. Vom Darlehn zu unterscheiden ist das Darlehnsversprechen (*pactum de mutuo dando*), d. h. das Versprechen demnächst ein Darlehn zu geben; dieses Versprechen bedurfte in Rom zu seiner Klagbarkeit der Stipulationsform.

3. Als die Sitte allgemein wurde, über wichtige Verträge des leichteren Beweises wegen Urkunden aufzunehmen, wurde es auch üblich, daß Bankiers und gewerbsmäßige Geldverleiher von den Geldsuchenden verlangten, daß diese schon ihrem Gesuch um ein Gelddarlehn eine solche Urkunde beifügten; wurde ein solches Gesuch dann abgelehnt, so mußte die Urkunde natürlich sofort zurückgegeben werden. Jedoch scheinen hierbei Mißbräuche nicht selten gewesen zu sein und es mögen auf Grund solcher Urkunden, obgleich Auszahlung der *Valuta* nicht erfolgt war, Versuche einer Beitreibung gemacht worden sein. Um derartigen Mißbräuchen vorzubeugen, wurde durch kaiserliche Gesetze bestimmt, daß Darlehnsurkunden erst nach Ablauf von zwei Jahren nach ihrer Ausstellung Beweisraft haben sollen. Während dieser zwei Jahre kann der Aussteller die Urkunde entkräften durch eine Einrede (*exceptio non numeratae pecuniae*) oder durch bloßen außergerichtlichen Protest; solchenfalls kann der Gegner die Auszahlung der *Valuta* nur durch andere Beweismittel dartun; gelingt ihm dieser Beweis, dann wird der Aussteller zur Strafe für sein Zeugnen auf das Doppelte verurteilt. Wird die Urkunde im Laufe von zwei Jahren nicht angefochten, so erlangt sie nicht nur volle Beweisraft, sondern es ist dem Aussteller nicht einmal erlaubt den Beweis zu führen, daß die Auszahlung in Wirklichkeit nicht erfolgt ist.

Diese Vorschriften haben heute keine Geltung mehr.

4. Unter Kaiser Vespasian erging das sog. *S. C. Macedonianum*. Die Veranlassung dazu soll ein trauriger Vorfall geboten haben: Ein Haussohn, namens *Macedo*, wurde von seinen Gläubigern hart bedrängt, und ermordete seinen Vater, um durch die Erbschaft in Stand gesetzt zu werden, sich von seinen Verfolgern zu befreien. Auf die Kunde hiervon beschloß der Senat: Wer einem Haussohne Geld als Darlehn gibt, soll auch nach dem Tode des Vaters keine Klage haben (*D. 14, 6, 1 pr.*).

Das *S. C.* verbietet also Geld als Darlehn an Hausöhne zu geben; geschieht es dennoch, so kann der Darlehnsgeber weder gegen den Vater klagen, noch auch gegen den Sohn oder dessen Bürgen. Dennoch ist ein solches Darlehn nicht ganz wirkungslos, sondern erzeugt eine *obligatio naturalis*; ja noch mehr, das Geschäft wird vollkommen wirksam und klagbar, wenn der Vater es genehmigt, oder wenn der Sohn, nachdem er *sui juris* geworden, seine Genehmigung erteilt.

## § 77. Seedarlehn.

1. Wie bei allen Genusobligationen, so trägt auch beim Darlehn der Schuldner die Gefahr des zufälligen Unterganges; er wird also von seiner Verbindlichkeit nicht befreit, wenn das ihm übergebene Geld durch Zufall untergeht. Aber die Parteien können Abweichendes vereinbaren: der Gläubiger kann die Gefahr des zufälligen Unterganges auf sich nehmen und zwar entweder allgemein oder unter einer bestimmten Bedingung; das letztere geschieht beim sog. Seedarlehn (*foenus nauticum*).

Dieses Geschäft wird in folgender Weise geschlossen: Ein Kaufmann, der ein Schiff nach einem auswärtigen Hafen gehen läßt, um von dort Waren nach Rom einzuführen, nimmt zum Ankauf dieser Waren ein Darlehn in Rom auf, verpflichtet sich aber zur Rückzahlung dieses Darlehns nur unter der Bedingung, daß das Schiff mit dem Gelde wohlbehalten im Bestimmungshafen eintreffe; leidet es Schiffbruch und geht das Geld verloren, so ist der Kaufmann von der Pflicht der Rückzahlung frei. Der Gläubiger trägt also die Gefahr des zufälligen Unterganges.

Es versteht sich von selbst, daß der Darlehnsgeber auf eine so riskante Bedingung nur dann eingehen wird, wenn ihm hierfür außer den Zinsen noch eine besondere Vergütung zugesagt wird. Solche Vergütungen für Uebernahme einer Gefahr nennt das heutige Handelsrecht Prämien, und die Verträge, die auf Uebernahme der Gefahr gerichtet sind, Versicherungsverträge. Da sich aber für diesen Begriff im römischen Vertragssystem kein Anhalt fand, so betrachtete man den gesamten Betrag, den der Schuldner zu zahlen hatte, also Prämie plus Zinsen, unter dem Gesichtspunkt der Zinsen und nannte ihn *foenus nauticum*, Schiffszins. Die klassischen Juristen behielten diesen Namen zwar bei, aber es war ihnen ganz klar, daß die Vergütung für Uebernahme der Gefahr in Wirklichkeit kein Zins ist; sie nennen sie daher auch ausdrücklich „*pretium periculi*“ (D. 22, 2, 5) und unterwarfen sie nicht den für die Zinsen geltenden Beschränkungen.

2. Später kam dieses Geschäft auch zu anderen Zwecken vor: Der Kaufmann kauft für das ihm dargeliehene Geld Waren in Rom, um sie nach einen auswärtigen Hafen zu versenden, und verspricht die Rückzahlung nur unter der Bedingung, daß die Waren wohlbehalten am Bestimmungsort eintreffen, und daß der dort erzielte Kaufpreis wohlbehalten wieder nach Rom zurückgelange.

Schließlich wurde auch Geld in der gleichen Weise zur Ausrüstung oder zur Reparatur eines Schiffes, zur Löhnung der Mannschaft, zur Anschaffung von Proviant und zu ähnlichen Zwecken gegeben.

## § 78. Pfandvertrag.

An anderer Stelle wurde der Pfandvertrag als Entstehungsgrund des zu den Sachenrechten gehörenden Pfandrechts betrachtet; dieser Vertrag hat aber einen gemischten Charakter: er erzeugt nicht nur ein dingliches Recht für den Pfandnehmer, sondern auch ein obligatorisches Verhältnis zwischen Pfandnehmer und Pfandgeber.

Als dinglicher Vertrag kann er definiert werden als Vertrag, der geschlossen wird durch Uebergabe einer Sache, um für den Empfänger ein dingliches Recht zu begründen.

Als Vertrag des Obligationsrechts ist der Pfandvertrag ein Vertrag, der geschlossen wird durch Uebergabe einer Sache zum Zwecke der Besicherung einer dem Empfänger zustehenden Forderung, wobei dieser letztere sich verpflichtet, nach Tilgung der besicherten Forderung die Sache dem Pfandgeber zurückzugeben (D. 13, 7, 9, 3).

Aus diesem obligatorischen Vertrage entspringt für den Pfandgeber eine persönliche, nur gegen den Pfandnehmer gerichtete Klage (*actio pigneralicia in personam directa*), mit der er verlangen kann, daß ihm nach Tilgung der besicherten Forderung die Pfandsache zurückgegeben werde. Hat der Pfandnehmer, weil die besicherte Forderung trotz Fälligkeit nicht bezahlt war, von seinem Verkaufsrecht Gebrauch gemacht, und beträgt der Erlös mehr als die besicherte Forderung, so kann der Verpfänder die Herausgabe der sog. *hyperocha* mit derselben Klage verlangen.

Andererseits kann der Pfandnehmer Ersatz verlangen, wenn er auf die Sache Aufwendungen gemacht hat. Dieses Recht kann er geltend machen durch Zurückbehaltung der Sache oder selbständige Klage (*actio pigneraticia contraria in personam*).

## V. Kapitel. Delikte und verwandte Fälle.

## § 79. Allgemeines.

*Delictum* ist eine unerlaubte Handlung, oder genauer, eine Handlung, die schon an sich unrechtmäßig ist und nicht als die bloße Verletzung einer Obligation erscheint; so liegt z. B. die Verletzung einer Obligation vor, wenn der Verkäufer die verkaufte aber noch nicht übergebene Sache vorsätzlich beschädigt, aber das ist kein Delikt, denn die Beschädigung der eigenen Sache ist nicht an sich unrechtmäßig, sie ist es nur insoweit, als der Eigentümer

dadurch eine obligatorische Pflicht gegenüber dem Käufer verletzt; daher ist er zwar dem letzteren gegenüber haftbar, aber nicht aus einem Delikt, sondern aus dem Kaufvertrage. Un sich unerlaubt und unrechtmäßig ist dagegen die Beschädigung einer fremden Sache, darin liegt ein Delikt.

Die moderne Gesetzgebung betrachtet das Delikt von zwei verschiedenen Gesichtspunkten: zunächst vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses; hier erscheint es als eine Straftat (*crimen publicum*) und unterliegt einer öffentlichen Strafe seitens der Staatsgewalt; dann aber auch vom Gesichtspunkt des privaten Interesses der durch das Delikt verletzten Person; hier erscheint es als *delictum privatum* und gibt dem Verletzten ein Recht auf Schadenersatz. Nur vom letzteren Gesichtspunkt aus gehört das Delikt dem Privatrecht an.

Dieselben Grundsätze gelten im Wesentlichen auch im justinianischen Recht; jedoch finden sich hier auch noch Reste älterer Auffassung. So hat sich neben der öffentlichen Strafe und neben der Klage auf Schadenersatz auch noch eine Klage auf Privatstrafe erhalten (*actio poenalis*), d. h. eine Klage auf eine Geldstrafe, die an den Geschädigten zu zahlen ist. Darin lag im älteren Recht ein Ersatz für die öffentliche Strafe, die damals nur für wenige Delikte verhängt wurde. Als später die öffentliche Strafe allgemeiner wurde und auf die meisten Delikte ausgedehnt wurde, erhielt sich dennoch die Privatstrafe in der Art, daß dem Geschädigten die Wahl gestellt wurde, ob er öffentliche Bestrafung beantragen oder anstatt dessen im Wege des Zivilprozesses eine Geldstrafe fordern wollte.

In gewissen Fällen gab das römische Recht eine sog. *actio mixta*, d. h. eine Klage, die dem Geschädigten in einer Summe sowohl Entschädigung als auch Privatstrafe gewährt.

Zu den *actiones poenales* gehören auch die *actiones populares*. Das sind Klagen, die von einer Privatperson erhoben werden können und auf Zahlung einer Geldstrafe an den Kläger gerichtet sind, die aber nicht dem Schutze der Privatinteressen des Klägers, sondern dem öffentlichen Interesse dienen. Das römische Recht suchte nämlich das Bestreben der einzelnen Bürger, an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung teilzunehmen, dadurch zu fördern, daß es bei gewissen Verletzungen der öffentlichen Ordnung jedermann aus dem Volke gestattete, eine solche *actio popularis* zu erheben.

Die Bestimmungen des römischen Rechts über Delikte haben für das moderne Recht keine sehr große Bedeutung, denn während heute allgemein der Satz gilt, daß aus einer jeden unrechtmäßigen, schuldhaften Handlung, durch die ein fremdes Recht verletzt wird, ein Anspruch auf Schadenersatz entsteht [3284], gab es in Rom keine allgemeine Deliktsklage, sondern nur eine große Anzahl von

Spezialklagen, die stets einen genau bestimmten Tatbestand voraussetzen.

Am wichtigsten ist für uns die römische Lehre von der Sachbeschädigung, weil in ihr sich die Regeln über Verschulden und Kausalität entwickelt haben.

## § 80. Sachbeschädigung.

Nach dem Rechte der späteren Kaiserzeit haftet jeder, der eine fremde Sache schuldhaft vernichtet oder beschädigt auf Ersatz des gesamten Schadens.

Dieser Satz gründet sich auf die *lex Aquilia* aus republikanischer Zeit. Jedoch war der Satz im Gesetze nicht so allgemein ausgesprochen, vielmehr ist er aus dem Gesetze und der sich daran knüpfenden „*interpretatio*“ von den klassischen Juristen unter Beihilfe des prätorischen Edikts langsam entwickelt worden.

Die *lex Aquilia* enthielt nur drei spezialisierte Tatbestände. Das erste Kapitel sprach von Tötung eines fremden Sklaven oder Herdenviehs; das zweite verpflichtete den *adstipulator* zum Schadenersatz, wenn er zum Nachteil des *stipulator* dem Schuldner die Schuld erließ, und das dritte Kapitel sprach allgemeiner von der Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Sache durch „brennen, brechen, reißen“ (*urere frangere rumpere* D. 9, 2, 27, 5).

Die Vorschrift des zweiten Kapitels kam in der Kaiserzeit außer Gebrauch. Aus dem Inhalte des ersten und dritten Kapitels hatten schon die älteren Juristen folgenden Satz hergeleitet: Die *actio legis Aquiliae* setzt voraus, daß ein „*damnum corpore corpori datum*“ vorliege, d. h. eine durch körperliche Tätigkeit herbeigeführte Vernichtung oder Beschädigung einer körperlichen Sache, sowie auch daß die Tat „*injuria*“, d. h. unrechtmäßig geschehen sei.

Die späteren klassischen Juristen haben diesen Satz noch weiter entwickelt:

1. Während im älteren Recht nur der Eigentümer klageberechtigt war, wurde die Klage später jedem dinglich berechtigten gegeben.

2. Der Satz, daß ein *damnum corpore corpori datum* vorliegen müsse, wurde sehr frei interpretiert:

a. Da das Gesetz von „brennen, brechen, reißen“ sprach, so gab man die *actio legis Aquiliae directa* nur dann, wenn der Schaden durch körperliche, unmittelbar auf die Sache gerichtete Tätigkeit verursacht war; in Fällen mittelbarer Schadenzufügung gab man aber eine *actio utilis* oder *actio in factum*, z. B. wenn jemand einem Wahnsinnigen eine Waffe gibt, damit er sich selbst

Schaden mache; oder wenn man einem Kranken statt Arznei Gift hinstellt, damit er es selbst einnehme; oder wenn man einen Hund auf einen Menschen heßt; oder wenn man ein Seil durchschneidet, mit dem ein Schiff angebunden ist.

b. Die *actio legis Aquiliae* wurde nur gegeben, wenn eine Sache wirklich vernichtet oder beschädigt war; dagegen gab man eine *actio utilis*, wenn ein Erfolg herbeigeführt war, der für den Eigentümer der Vernichtung gleich kommt, z. B. wenn man fremdes Geld ins Meer schleudert, oder einen gefesselten Sklaven befreit, um ihm zur Flucht zu verhelfen.

3. Da ursprünglich die Klage nur dem Eigentümer zustand, so konnte ein freier Mann, der eine Körperverletzung erlitten hatte, dafür keinen Ersatz erhalten „*quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*“ (D. 9, 2, 13 pr.). Später gab man jedoch auch in diesem Falle eine *actio utilis* auf Ersatz des Vermögensschadens, der durch die Heilungskosten verursacht war, sowie durch den entgangenen Arbeitsgewinn und die geminderte Erwerbsfähigkeit des Verletzten.

4. Haftbar ist nur, wer die Tat *injuria*, d. h. unrechtmäßig begangen hat; mithin ist der Täter frei von Haftung, wenn er ein Recht hat die Handlung zu begehen oder wenn ihn kein Verschulden trifft, oder genauer:

a. *Injuria* liegt nicht vor bei Handeln in Notwehr, d. h. um sich gegen den widerrechtlichen Angriff eines anderen zu wehren, oder im Notstande, d. h. um die Gefahr abzuwenden, die von einer Sache droht.

b. Das Gesetz läßt keine Haftung ohne Verschulden zu: „*impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnus committit*“ (Gai 2, 211); daher kann kein Ersatz verlangt werden für Schaden, den ein Kind oder ein Wahnsinniger anrichtet oder den ein Handlungsfähiger ohne jedes Verschulden verursacht hat. Jedoch genügt für die Haftung schon das geringste Verschulden: „*in lege Aquilia et levissima culpa venit*“ (D. 9, 2, 44 pr.). Trotz Verschuldens ist der Täter nicht haftbar, wenn auch den Geschädigten ein Verschulden trifft; nur wenn der Täter *dolos* gehandelt hat, kann er sich nicht auf die *culpa* des Geschädigten berufen.

c. Regelmäßig wird die Haftung nur durch ein positives Tun begründet, nicht schon durch Unterlassung; letzteres nur dann, wenn der Beklagte durch ein vorhergehendes Tun eine Gefahr geschaffen hatte und es dann unterließ, die Gefahr von dem anderen abzuwenden.

Die übrigen, sehr zahlreichen Delikte, die in den Quellen erwähnt werden, haben fast nur historische Bedeutung, so daß sie ihren Platz besser in der Rechtsgeschichte finden.

## § 81. Haftung für Delikte anderer und für Tierschaden [vielfach abweichend 4567—4592].

Im römischen Rechte galt der Grundsatz, daß man nur für eigenes Verschulden hafte; eine Haftung für Handlungen anderer trat nur ausnahmsweise ein. Diese Fälle werden in den Quellen unter dem Namen „obligaciones quasi ex delicto“ zusammengefaßt; die wichtigsten sind folgende:

1. Wird aus einem Hause auf die Straße etwas hinausgeworfen oder hinausgegossen und leidet ein Vorübergehender dadurch Schaden, so kann dieser mit der *actio de effusis et dejectis* das doppelte des Schadens betreiben von dem Wirte der Wohnung, von der aus dieses geschehen ist. Der Wohnungswirt hat ein Rückgriffsrecht gegen den wirklichen Täter.

2. Wenn ein Sklave ein Delikt begeht, so kann der Geschädigte die aus diesem Delikt entstehende Klage gegen den Herrn des Sklaven erheben; der Herr kann sich jedoch, wenn ihn selbst keine Schuld trifft, von der Klage befreien durch sog. *noxae deditio*, d. h. dadurch, daß er dem Geschädigten den Sklaven überläßt. Im älteren Rechte haftete der *pater familias* in gleicher Weise für seine Hauskinder.

3. Wer ein Tier hält, ist verpflichtet dasselbe in gehöriger Weise zu beaufsichtigen. Unterläßt er das und macht das Tier Jemanden Schaden, so hat der Tierhalter den Schaden voll zu ersetzen. Wenn jedoch ein Tier infolge ungewöhnlicher und daher nicht voraussehender Wildheit (*contra naturam sui generis*) Schaden verursacht, so ist die Haftung des Tierhalters milder: er kann zwar auf vollen Schadenersatz verklagt werden (mit der *actio de pauperie*), befreit sich aber von der Klage durch *noxae deditio*, d. h. durch Ueberlassung des Tiers an den Geschädigten.

## VI. Kapitel. Obligaciones quasi ex contractu.

### § 82. Allgemeines.

Unter dem Namen *obligaciones quasi ex contractu* faßt Justinian folgende Fälle zusammen: das Verhältnis der Miteigentümer zu einander, das Verhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel, sowie zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer; ferner die *negotiorum gestio* oder unbeauftragte Geschäftsführung sowie auch die aus der ungerechtfertigten Bereicherung entstehenden Konditionen; nur die beiden letztgenannten Fälle sind an dieser Stelle zu besprechen.

### § 83. *Negotiorum gestio* [4423—4457].

1. Wenn jemand die Führung eines fremden Geschäfts in Angriff nimmt ohne dazu beauftragt oder sonst verpflichtet zu sein, so entsteht aus dieser Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsherrn (*dominus negotii*) und dem Geschäftsführer (*negotiorum gestor*) ein gegenseitiges Schuldverhältnis, das sich nicht auf einen Vertrag gründet, sondern auf ein einseitiges Tun des Geschäftsführers (D. 3, 5, 2). Das Verhältnis wird in den Quellen nach Analogie des Mandats behandelt.

2. Der Geschäftsführer ist verpflichtet das in Angriff genommene Geschäft ordnungsgemäß zu Ende zu führen, dem Geschäftsherrn Rechnung zu legen und ihm alles herauszugeben, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat. Bei der Geschäftsführung haftet er für *omnis culpa*. Seine Haftung verstärkt sich bis zu *casus*, wenn er das Geschäft in Angriff nahm gegen ein Verbot des Geschäftsherrn, oder wenn er keinen ausreichenden Grund zu der Annahme hatte, daß das Geschäft dem Willen des Herrn entspreche. Die Haftung verringert sich bis zu *culpa lata*, wenn es sich um die Verhütung eines drohenden Schadens handelt.

3. Der Geschäftsführer kann verlangen, daß ihm seine Auslagen ersetzt werden und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreit werde, jedoch nur wenn „*negotium utiliter gestum est*“. Das bedeutet folgendes: nicht erforderlich ist, daß aus der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn ein wirklicher dauernder Nutzen entstanden ist; nicht ausreichend ist, daß der Geschäftsführer glaubte im Interesse des Geschäftsherrn zu handeln; erforderlich und ausreichend ist vielmehr, daß die äußeren Umstände des vorliegenden Falles den *negotiorum gestor* zu der Annahme berechtigten, die Geschäftsführung entspreche dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn.

Die gleichen Ansprüche stehen dem Geschäftsführer zu, wenn der *dominus* die Geschäftsführung genehmigt. Die Ansprüche sind natürlich ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer *donandi animo* handelte.

4. Die Klage des Geschäftsherrn heißt *actio negotiorum gestorum directa*, die Klage des Geschäftsführers *actio negotiorum gestorum contraria*.

### § 84. Ungerechtfertigte Bereicherung [3680—3736].

1. Das Wesen des Rechtsverkehrs besteht darin, daß Werte aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen Person übergehen, sei es entgeltlich, sei es unentgeltlich. Das Ge-

gesetz bestimmt die Formen und die Gründe dieses Ueberganges. Geschieht der Uebergang daher in gesetzlicher Form und aus gesetzlichen Gründen, so ist der Uebergang gerechtfertigt, z. B. ich zahle in Erfüllung eines erlaubten Vertrages; ist die Form beobachtet, fehlt es aber an einem gesetzlichen Grunde, so ist der Uebergang ungerechtfertigt, z. B. ich zahle auf Grund eines unerlaubten Vertrages; im letzten Falle haben wir eine ungerechtfertigte Bereicherung einer Person auf Kosten einer anderen; aus ihr kann ein Rückforderungsrecht entspringen.

2. Jedoch nicht in allen Fällen ungerechtfertigter Bereicherung gibt das Gesetz ein Rückforderungsrecht. Verlangt z. B. jemand von mir die Rückzahlung eines Darlehns, das ich in Wirklichkeit nie erhalten habe, und leiste ich Zahlung, wissend, daß ich nichts schulde, nur um einen ärgerlichen Prozeß zu vermeiden oder um mir Ruhe vor der Zudringlichkeit des anderen zu verschaffen, so fehlt es der Zahlung zwar an einem gesetzlichen Grunde, dennoch aber besteht kein Rückforderungsrecht.

Das Gesetz gibt ein Rückforderungsrecht nur unter besonderen Umständen. Ein allgemeines, erschöpfendes Prinzip, auf das sich alle die zahlreichen Fälle zurückführen ließen, läßt sich in den Quellen nicht nachweisen. Die römischen Quellen haben vielmehr von Fall zu Fall aus Erwägungen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit ihre Entscheidungen getroffen. Es liegt hier ähnlich wie bei den Delikten: gleich wie es keine allgemeine Deliktsklage gibt, sondern nur bestimmte deliktische Einzelklagen, so gibt es auch nur bestimmte Bereicherungsklagen, die auf speziell geregelte Tatbestände abgestellt sind.

3. Alle Bereicherungsklagen werden in den Quellen als *condictiones* bezeichnet. Für alle gemeinsam gelten folgende Grundsätze:

a. Erforderlich ist eine Bereicherung des Beklagten auf Kosten des Klägers. Der wichtigste Fall ist Uebergang des Eigentumsrechts, außerdem aber Vermögensvermehrungen jeder Art, also Erwerb dinglicher Rechte, Erwerb eines Forderungsrechts, Befreiung von einer Schuld.

b. Der Beklagte ist verpflichtet zur Herausgabe nur der Bereicherung. Fällt die Bereicherung fort, so ist zu unterscheiden: wußte der Beklagte, daß er zur Herausgabe verpflichtet sei, so wird er nur dann befreit, wenn er die Bereicherung durch Zufall verloren hat; wußte er nicht, daß er zur Herausgabe verpflichtet sei, so wird er durch Fortfall der Bereicherung unbedingt befreit, also z. B. auch dann, wenn er das empfangene Geld vergeudete.

4. Die wichtigsten Bereicherungsklagen sind:

a. *Condictio indebiti*. Zahlt jemand zum Zwecke der Erfüllung einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Schuld, in dem

irrigen Glauben schuldig zu sein, so kann er das Gezahlte mit dieser Klage zurückverlangen [3680—3702].

b. *Condictio causa data causa non secuta*. Wer zu einem bestimmten Zwecke einem anderen etwas gegeben hat, kann bei Vereitelung des Zweckes das Gegebene zurückverlangen, z. B. dem Bräutigam wird eine Mitgift gegeben und die Ehe kommt nicht zu Stande [3703—3718].

c. *Condictio ob turpem causam*. Wer durch Empfang einer Leistung sich einer Unsittlichkeit schuldig macht, muß das Empfangene auf Grund dieser Klage zurückgeben, z. B. es hat jemand Geld erhalten, damit er ein beabsichtigtes Verbrechen nicht ausführe. Haben beide Teile sich einer Unsittlichkeit schuldig gemacht, so findet ein Rückforderungsrecht nicht statt, z. B. jemand gibt einem anderen Geld, damit er ein Verbrechen begehe [3719—3726].

## VII. Kapitel. Aufhebung der Obligation.

### § 85. Allgemeines.

1. Die Obligation erlischt durch ihre Erfüllung, d. h. durch die Bornahme derjenigen Handlung, welche den Gegenstand der Obligation bildet. Das ist die Auffassung, die uns heute als die natürliche erscheint und die auch den späteren römischen Juristen als die natürliche erschien (Gai 3, 168).

Anders das ältere Recht. Durch Erfüllung konnte ursprünglich nur eine Deliktobligation zur Aufhebung gebracht werden. Für Vertragsobligationen dagegen galt der Satz „*prout quidque contractum est ita et solvi debet*“, d. h. wie etwas gebunden ist, so soll es auch gelöst werden, oder genauer: zur Aufhebung der Obligation ist ein Rechtsgeschäft (der sog. *contrarius actus*) erforderlich, das seiner Form nach genau dem Begründungsakte entspricht. So wurde ein *nexum* aufgehoben durch *nexi liberatio*, eine *litteralobligation* durch *acceptilatio litteris*, eine *Verbalobligation* durch *acceptilatio verbis*, ein einseitiges Schuldverhältnis, das auf formlosem Vertrag beruhte, durch *pactum de non petendo*, ein gegenseitiges Schuldverhältnis, das auf Vertrag beruhte, durch *mutuus consensus*.

Jedoch schon gegen Ende der Republik scheint man dahin gekommen zu sein jede Obligation, gleichviel in welcher Form sie begründet war, durch formlose Erfüllung erlöschen zu lassen. Daneben bleibt der *contrarius actus* bestehen und es treten neue hinzu, wie *Kompensation*, *Novation* u. a.

2. Je nach ihrer Wirkung werden die Aufhebungsgründe eingeteilt in solche die ipso jure und solche die ope exceptionis wirken.

Die ersteren mußte der Richter im Formularprozeß stets berücksichtigen, auch wenn der Beklagte sich in jure nicht auf sie berufen hatte und sie daher nicht in die Formula aufgenommen waren. Die letzteren dagegen durfte er, wofern die Klage nicht eine actio bonae fidei war, nur dann berücksichtigen, wenn der Beklagte sich in jure auf sie berufen hatte, und der Prätor sie in Folge dessen in Form einer exceptio in die Formula aufgenommen hatte.

## 1. Abschnitt. Erfüllung.

### § 86. Gegenstand der Erfüllung.

1. Die Obligation gibt dem Gläubiger das Recht von dem Schuldner die Vornahme einer bestimmten Handlung zu fordern. Mithin ist „Erfüllung“ die Vornahme dieser Handlung, die den Gegenstand der Obligation bildet, und die Erfüllung zieht die Aufhebung der Obligation nach sich. Erfüllung liegt aber nur dann vor, wenn das was geschuldet ist, vollständig geleistet wird, wenn von der richtigen Person, an die richtige Person, zur richtigen Zeit und am richtigen Ort geleistet wird [3484].

2. Damit die Obligation untergehe ist erforderlich, daß dem Gläubiger genau das geleistet wird, was er zu fordern hat: „aliud pro alio invito creditore solvi non potest“ (D. 12, I, 2, 1); wer also Geld schuldet kann anstatt dessen nicht Wertsachen oder Getreide in Zahlung geben, wer eine Sache schuldet, kann den Gläubiger nicht mit Geld abfinden. Jedoch steht es der Erfüllung gleich, wenn dem Gläubiger mit seiner Einwilligung anstatt des Geschuldeten etwas anderes gegeben wird; man nennt das Leistung an Zahlungsstatt (in solutum datio). In einem Falle kann der Gläubiger sogar gezwungen werden, anstatt der ihm geschuldeten Geldsumme sich mit anderen Vermögensstücken des Schuldners zu frieden zu geben. Nach einer Verordnung Justinians soll nämlich dem Schuldner gestattet sein, falls er kein Geld zur Bezahlung seiner Schulden hat, sich dadurch zu befreien, daß er seine Grundstücke nach ihrem Schätzungswert in Zahlung gibt; das ist die sog. in solutum datio necessaria [3514—3524].

### § 87. Die an der Erfüllung beteiligten Personen [3485—3492].

1. Die Obligation gibt dem Gläubiger ein Recht nur gegen den Schuldner selbst, nur von ihm kann er Zahlung verlangen,

gegen Dritte hat er keinerlei Ansprüche. Andererseits aber muß der Gläubiger sich regelmäßig damit zufrieden geben, wenn ein Dritter für den Schuldner, ja selbst ohne Wissen und Willen des Schuldners erfüllt; dadurch wird die Obligation in gleicher Weise aufgehoben, als hätte der Schuldner selbst erfüllt: „*solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum*“ (D. 3, 5, 38, D. 46, 3, 53). Das ist die allgemeine Regel, sie gilt insbesondere für Geldzahlungen. Indessen gibt es Fälle, in denen es dem Gläubiger nicht gleichgültig sein kann, wer die Obligation erfüllt; namentlich dann, wenn den Gegenstand der Obligation eine Leistung bildet, die durch die Person des Leistenden charakterisiert wird, wie z. B. Herstellung eines Kunstwerks, Erteilung von Unterricht, Leistung persönlicher Dienste. Hier kann die Obligation nicht von einem beliebigen Dritten, sondern nur durch den Schuldner in Person erfüllt werden, es sei denn, daß der Gläubiger sich selbst freiwillig bereit erklärt, die Leistung des Dritten als Erfüllung gelten zu lassen.

2. Regelmäßig ist zur Erfüllung Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, so bei Uebergabe einer Sache, bei Zahlung von Geld: erst wenn der Gläubiger das ihm dargebotene Geld annimmt, ist die Obligation erfüllt. Daher ist die Erfüllung regelmäßig ein zweiseitiges, zwischen Gläubiger und Schuldner zu schließendes Geschäft, woraus wiederum folgt, daß der Schuldner sich nur dann von der Schuld befreit, wenn er an den Gläubiger selbst Zahlung leistet, nicht aber an einen Dritten (C. 8, 4, 12).

Jedoch gibt es auch hier Ausnahmen:

a. Ist der Gläubiger nicht geschäftsfähig (z. B. ein Kind oder ein Wahnsinniger), so darf nicht an ihn, sondern es muß an seinen gesetzlichen Vertreter gezahlt werden.

b. Hat der geschäftsfähige Gläubiger einen Dritten zum Empfang von Zahlungen bevollmächtigt, so kann auch an diesen gezahlt werden.

c. Hat der Schuldner ohne Einwilligung des Gläubigers an einen Dritten gezahlt, so tritt Befreiung des Schuldners nicht durch die Zahlung selbst ein, sondern nur wenn das Gezahlte in das Vermögen des Gläubigers kommt oder wenn der Gläubiger die Zahlung genehmigt (D. 46, 3, 12, 4).

## § 88. Ort der Erfüllung [3493—3504].

Haben die Parteien einen bestimmten Erfüllungsort vereinbart, so kann die Erfüllung nur an diesem Orte geschehen, weder kann der Schuldner gezwungen werden an einem anderen Orte zu erfüllen, noch auch braucht der Gläubiger die Zahlung an einem anderen Orte entgegenzunehmen.

In gewissen Fällen kann sich der Ort der Erfüllung aus der Natur der Obligation ergeben, so z. B. Bau eines Hauses.

Läßt der Ort der Erfüllung sich aus dem Vertrage nicht bestimmen, so kann der Gläubiger die Zahlung von Geld dort verlangen, wo der Schuldner nach den Regeln des Zivilprozesses auf Zahlung verklagt werden kann, also namentlich an dessen Wohnort.

Handelt es sich um die Uebergabe einer individuell bestimmten Sache, so kann die Uebergabe dort verlangt werden, wo diese Sache sich zur Zeit befindet, es sei denn, daß der Schuldner sie nach Abschluß des Vertrages böswillig an diesen Ort gebracht hat.

Ganz allgemein bestimmen die Quellen, daß die Erfüllung nicht an einem ungeeigneten Orte (*loco inopportuno*) verlangt oder angeboten werden darf.

### § 89. Zeit der Erfüllung [3505—3515].

1. Hier gilt als allgemeine Regel: ist keine Frist bestimmt, so muß unverzüglich nach Entstehung der Schuld erfüllt werden: „*quod sine die debetur statim debetur*“ (D. 50, 17, 14); ist z. B. bei einem Kaufvertrag über die Zeit der Erfüllung nichts bestimmt, so kann der Käufer die Ware und der Verkäufer den Kaufpreis gleich beim Vertragschluß verlangen. Regelmäßig also fällt bei der Obligation der Zeitpunkt der Entstehung (*dies cedens*) zusammen mit dem Zeitpunkt der Erfüllung (*dies veniens*).

2. Oft aber ist für die Erfüllung eine Frist bestimmt; das kann auf folgenden Gründen beruhen:

a. Eine Frist kann begründet sein in der besonderen Natur der Obligation; so liegt z. B. auf der Hand, daß der Gläubiger, dem der Bau eines Hauses oder der Transport einer Ware an einen entfernten Ort versprochen ist, die Erfüllung erst dann verlangen kann, wenn soviel Zeit verflossen ist, als zur Ausführung des Werks erforderlich ist.

b. Eine Frist kann sich ergeben aus dem Zwecke des Geschäfts; hat z. B. jemand einem anderen ein Lesebuch ohne Bestimmung einer Frist für die Rückgabe geliehen, so muß dem Entleiher soviel Zeit gelassen werden, als zum Durchlesen des Buches erforderlich ist.

c. In gewissen Fällen bestimmt das Gesetz selbst die Frist; so hat z. B. der Mieter den Mietzins erst nach geendigtem Gebrauche zu zahlen.

d. Schließlich, und das ist der wichtigste und häufigste Fall, kann eine Frist durch Vereinbarung der Parteien bestimmt werden; so z. B. wird ein Darlehn gegeben rückzahlbar nach einem Jahr, oder es wird eine Sache verkauft, für die der Kaufpreis nach einem Monat zu zahlen ist.

3. Ist aus diesem oder jenem Grunde eine Frist begründet, so gilt der Satz: „*diei adjectio pro reo est*“ (D. 45, 1, 41, 1), d. h. eine Frist gilt nur zu Gunsten nicht zu Ungunsten des Schuldners, der Gläubiger kann also die Erfüllung nicht vor dem Termin verlangen, der Schuldner aber kann, wenn er will, früher erfüllen; dieses Recht steht ihm nur dann nicht zu, wenn ausnahmsweise die Fristsetzung im Interesse des Gläubigers erfolgt ist, z. B. es bestellt Jemand zu einem bestimmten Tage ein Hochzeitsmahl.

4. Ist für die Erfüllung ein bestimmter Tag ohne Angabe der Stunde festgesetzt, so steht es dem Schuldner im allgemeinen frei, die Erfüllung auf den letzten Moment dieses Tages hinauszuschieben, jedoch mit der Einschränkung, daß die Erfüllung „*opportuno tempore*“ (D. 46, 3, 39) zu geschehen habe; der Schuldner darf also bei einem Geschäftsmann nicht nach Ablauf der üblichen Geschäftszeit, bei einem Privatmann nicht zu später Abendstunde zum Zwecke der Erfüllung Einlaß begehren.

5. Wenn der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch macht, vor Ablauf der Frist eine Geldschuld zu bezahlen, so erleidet er dadurch einen Nachteil, indem ihm die Zinsen der Zwischenzeit (des sog. *interusurium*) entgehen, und der Gläubiger erlangt einen Vorteil, indem ihm diese Zinsen zu Gute kommen. Hierbei kann es geschehen, daß der Gläubiger, um früher zu seinem Gelde zu kommen, dem Schuldner erlaubt von der Zahlung einen entsprechenden Abzug zu machen. Ein gesetzliches Recht auf diesen Abzug hat der früher zahlende Schuldner aber nur in wenigen Ausnahmefällen. In diesen Fällen nun geschieht die Berechnung des *interusurium* in folgender Weise: man sucht ein Kapital, das unter Hinzufügung der von demselben in der Zwischenzeit zu ziehenden Zinsen dem geschuldeten Kapital gleichkommt. Ist z. B. der Schuldner berechtigt von einem Kapital von 100 das *interusurium* für 3 Monate abzuziehen, so hat er eine Summe zu zahlen, die mit Hinzurechnung der Zinsen für 3 Monate den Betrag von 100 ergibt.

## § 90. Verzug des Schuldners [3306—3311; 3318—3322].

1. Verzug des Schuldners (*mora debitoris* oder *mora solvendi*) tritt ein, wenn der Schuldner die Forderung in dem Zeitpunkt nicht erfüllt, in dem sie klagend geltend gemacht werden kann.

Erste Bedingung des Verzuges ist also eine zur Zeit klagbare Forderung: „*nulla mora ubi nulla petitio*“ (D. 50, 17, 88). Verzug tritt also nicht ein, wenn der Forderung eine Einrede entgegensteht oder wenn sie bedingt oder befristet ist.

Zweite Bedingung des Verzuges ist die Mahnung (interpellatio), d. h. die vom Gläubiger an den Schuldner gerichtete Aufforderung die Schuld zu erfüllen (D. 22, 1, 32 pr.).

2. Der Verzug des Schuldners hat folgende Wirkungen:

a. Der Gläubiger kann außer der Leistung des ursprünglichen Gegenstandes auch noch Ersatz des durch die Verspätung verursachten Schadens verlangen; dazu gehören bei Geldschulden die Zinsen, die der Gläubiger in der Zwischenzeit hätte ziehen können, sog. Verzugszinsen.

b. Obligatio perpetuatur, d. h. nach Eintritt des Verzugs trägt der Schuldner die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der geschuldeten Sache. Von dieser Haftung ist er nur dann frei, wenn er beweist, daß derselbe Schaden den Gläubiger auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen hätte [3318—3319].

3. Der Verzug hört auf (mora purgatur), wenn der Schuldner den Gläubiger voll befriedigt oder wenn der Gläubiger selbst in Verzug kommt.

## § 91. Verzug des Gläubigers [3312—3317; 3323—3330].

1. Verzug des Gläubigers (mora creditoris oder mora accipiendi) tritt ein, wenn der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Leistung nicht annimmt.

Dabei ist jedoch zu bemerken: Die Annahme der Leistung ist keine Pflicht des Gläubigers, er kann durch Klage nicht dazu gezwungen werden, auch hat der Verzug des Gläubigers regelmäßig nicht die Wirkung, daß der Schuldner nunmehr von seiner Schuld befreit wird, wohl aber sucht das Gesetz den Schuldner vor jedem Nachteil zu bewahren, der ihm daraus erwächst, daß die Schuld wider seinen Willen fort dauert.

2. Damit mora creditoris eintrete, ist zunächst erforderlich, daß der Schuldner die Erfüllung gehörig anbiete; wenn er daher nicht am rechten Ort, nicht zur rechten Zeit, nicht vollständig oder eine nicht fehlerfreie Sache anbietet, so hat der Gläubiger eine justa causa die Leistung zurückzuweisen und kommt insolgedessen nicht in Verzug.

3. Die wichtigsten Wirkungen der mora creditoris sind folgende:

a. Die Haftung des Schuldners wird gemildert: wenn der Schuldner gemäß dem Vertrage vorher für culpa levis oder gar für casus haftete, so haftet er jetzt nur noch für dolus und culpa lata (D. 18, 6, 18).

b. Vorher wurde der Schuldner befreit, wenn die Erfüllung objektiv unmöglich wurde, jetzt wird er auch dann befreit, wenn

die Erfüllung nur ihm subjektiv unmöglich wird, z. B. wenn das für die Zahlung bereit gehaltene Geld durch Zufall untergeht (D. 46, 3, 72 pr.).

c. Der Schuldner kann Ersatz des Schadens verlangen, der ihm aus der mora creditoris erwachsen ist, z. B. Ersatz der Anfuhrkosten.

d. Im älteren Rechte durfte der Schuldner, falls der Gläubiger die Annahme verweigerte, die geschuldete Sache preisgeben, also z. B. den nicht abgenommenen Wein auslaufen lassen (D. 18, 6, 1, 3). Das spätere Recht erlaubt dieses nur als letztes Auskunftsmittel und gibt dem Schuldner anheim, sich in anderer Weise vor Schaden zu bewahren, z. B. durch Verkauf der Sache für Rechnung des Gläubigers oder durch Hinterlegung bei einem Dritten.

e. War der Schuldner bereits in Verzug, so hört sein Verzug auf, wenn der Gläubiger in Verzug kommt.

## 2. Abschnitt. Sonstige Aufhebungsgründe der Obligation.

### § 92. Unmöglichwerden der Erfüllung.

Die Obligation erlischt, wenn die Erfüllung objektiv unmöglich wird durch Zufall, d. h. ohne Verschulden des Schuldners [3439].

Wird die Erfüllung unmöglich durch Schuld des Schuldners, so bleibt die Obligation bestehen und der Schuldner hat dem Gläubiger allen Schaden zu ersetzen.

Der Gang des Prozesses ist dabei folgender: Verlangt z. B. der Käufer Lieferung der Ware, und wendet Beklagter ein, die Erfüllung sei unmöglich, weil die Ware durch Zufall untergegangen sei, so kann der Käufer, ohne diese Erklärung zu beachten, auf Grund des Kaufvertrages mit der actio emti Erfüllung des Vertrages, d. h. Lieferung der Ware verlangen; Sache des Beklagten ist es dann zu behaupten und zu beweisen, daß die Sache ohne sein Verschulden untergegangen sei; gelingt ihm dieser Beweis, so wird die Klage des Käufers abgewiesen, gelingt der Beweis ihm nicht, so wird er verurteilt entweder die Ware zu liefern oder dem Kläger Schadenersatz zu leisten. Dies läßt sich auch anders ausdrücken: Berufst der Beklagte sich darauf, daß die Erfüllung ohne sein Verschulden unmöglich geworden sei, so trifft ihn die Beweislast.

## § 93. Kompensation und Retention [3545—3564].

1. Schulden zwei Personen einander Geld, so können sie anstatt das Geld hin und her zu zahlen, die beiden Forderungen gegen einander verrechnen, so daß die kleinere ganz erlischt und die größere auf den Rest bestehen bleibt; sind beide Forderungen gleich, so erlöschen sie vollständig.

Das gleiche gilt, wenn zwei Personen einander nicht Geld sondern andere vertretbare Sachen von gleicher Art und Güte schulden.

2. In diesen Fällen spricht man von Aufrechnung (*compensatio*), die in den Quellen wie folgt definiert wird: „*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*“ (D. 16, 2, 1).

Dieses zweckmäßige Verfahren überläßt das römische Recht nicht nur der freien Vereinbarung der Parteien, sondern gibt jeder Partei das Recht auch gegen den Willen der anderen die Kompensation durchzuführen.

3. Nach justinianischem Recht kann der Schuldner mit seiner Forderung aufrechnen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

a. Die Forderung muß klagbar sein; nur ausnahmsweise genügt eine Naturalobligation.

b. Die Forderung muß fällig sein.

c. Die Forderung muß liquid sein, d. h. der Richter kann den Schuldner, trotzdem er die Kompensation geltend macht, vorläufig verurteilen und die Kompensation in ein besonderes Verfahren verweisen, wenn die Forderung des Klägers bewiesen, die Gegenforderung des Beklagten aber bestritten ist und ein zeitraubendes Beweisverfahren erfordert.

d. Forderung und Gegenforderung müssen gleichartig sein, also beide müssen entweder Geld oder andere vertretbare Sachen derselben Art und Güte zu ihrem Gegenstand haben. Forderungen auf eine Spezie können bei der Kompensation nicht in Betracht kommen.

4. Die Wirkung der Kompensation besteht darin, daß beide Forderungen, soweit sie sich decken, gleich wie durch Zahlung erlöschen (D. 16, 2, 2). Die Kompensation tritt jedoch nur ein, wenn der Schuldner sich auf sie beruft; er kann jedoch auch, wenn ihm das günstiger erscheint, seine Forderung durch Klage geltend machen.

5. Von der Aufrechnung zu unterscheiden ist das sog. Zurückbehaltungsrecht (*jus retentionis*) [3381—3386], d. h. das Recht eine Leistung, zu der man einem anderen gegenüber verpflichtet ist, zurückzubehalten bis man Befriedigung wegen seiner Gegenforderung erhalten hat; der Unterschied besteht darin, daß hier die beiden Forderungen einander nicht aufheben, es soll vielmehr durch die

Zurückhaltung dessen, was man selbst schuldet, die Erfüllung dessen erzwungen werden, was der andere schuldet. Nicht notwendig ist bei der Retention Gleichartigkeit der beiden Forderungen, so kann z. B. der Entleiher die geliehene Sache retinieren bis ihm seine Aufwendungen auf dieselbe ersetzt werden.

#### § 94. Konfusion [3565—3569].

Wird der Gläubiger Rechtsnachfolger des Schuldners oder umgekehrt der Schuldner Rechtsnachfolger des Gläubigers, so daß Forderung und Schuld in einer Person zusammenfallen, so erlischt die Obligation, weil natürlich niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann. Die Konfusion hat die Wirkung der Zahlung.

Der wichtigste Fall einer solchen Rechtsnachfolge ist die Erbfolge, und es erlöschen dadurch alle Forderungen die der Erbe gegen den Erblasser oder dieser gegen jenen hatte.

#### § 95. Novation [abweichend 3577—3592].

1. Das ältere Recht kannte nur formelle Verträge mit strenger Haftung. Die Ausbildung der *negotia bonae fidei* war ein großer Fortschritt, ein Sieg des materiellen Rechts über das formelle. Aber dieser Vorteil mußte erkauft werden durch einen Nachteil: dem unredlichen Schuldner wurde die Möglichkeit gegeben durch leere Ausflüchte den Prozeß hinzuziehen. Es ist daher natürlich, daß der Gläubiger jede Gelegenheit benutzte, um eine bestehende *obligatio bonae fidei* in eine solche des strengen Rechts zu verwandeln; dies geschah in der Weise, daß der Gläubiger von seinem Schuldner das, was dieser z. B. auf Grund eines Kaufgeschäfts schuldete, sich nochmals in einer abstrakten Obligation versprechen ließ. Zu ähnlichen Zwecken wird heute oft der Wechsel verwendet.

Auch zu anderen Zwecken konnte eine bestehende Obligation umgewandelt werden: Wie wir später sehen werden, kannte das ältere Recht keine Zession; wollte der Gläubiger daher seine Forderung auf einen anderen übertragen, so konnte dieses nur unter Mitwirkung des Schuldners geschehen, in der Weise, daß dieser dem anderen durch Stipulation versprach, ihm das zu geben, was er seinem bisherigen Gläubiger schuldete, dadurch wurde er von letzterem befreit, die bisherige Schuld ging also unter.

Schließlich konnte sich der Schuldner gänzlich befreien, wenn er im Einverständnis mit seinem Gläubiger diesem an seiner Stelle einen neuen gab, in der Weise, daß dieser letztere durch Stipulation

mit dem Gläubiger diesem versprach, ihm das zu zahlen, was er vom früheren Schuldner zu fordern hatte.

Man sieht, daß es sich hier um drei Geschäfte handelt, die auf ganz verschiedene Zwecke gerichtet sind; weil sie aber alle drei darin gleich sind, daß sie eine bestehende Schuld aufheben, indem sie eine andere an deren Stelle setzen, so werden sie in den Quellen unter dem gemeinsamen Namen *novatio* als Aufhebungsgründe der *obligatio* behandelt.

*Novation* ist also Aufhebung einer Obligation durch Begründung einer neuen Obligation, die auf dasselbe Ziel gerichtet ist (D. 46, 2, 1 pr.); ihre Voraussetzungen sind: eine bestehende Obligation und ein Vertrag, der an ihre Stelle eine neue Obligation setzt, der also, wie die Quellen sagen, *novandi animo* geschlossen wird.

## VIII. Kapitel. Nachfolge in Forderung und Schuld.

### § 96. Uebertragung der Forderung [3461—3482].

1. Die Uebertragung einer Forderung heißt *cessio*, der Uebertragende *cedens*, der neue Gläubiger *cessionarius*, und der Schuldner *debitor cessus*.

Nach älterem Rechte kann eine Forderung zwar mit dem ganzen Vermögen auf dem Wege der Erbfolge auf eine andere Person übergehen, sie kann aber nicht durch Rechtsgeschäft selbstständig übertragen werden, oder anders ausgedrückt: nach älterem Recht ist in eine Schuldforderung wohl eine *Universalsutzeffion*, nicht aber eine *Singularsutzeffion* zulässig.

2. Jedoch schon früh suchte man dieses Ziel auf Umwegen zu erreichen. Zunächst bediente man sich dabei der *novatio* (s. oben § 95). Zweckmäßiger, weil ohne Mitwirkung des Schuldners durchführbar, erwies sich ein anderes Mittel: Der Gläubiger, der seine Forderung auf einen Dritten übertragen will, erteilt diesem eine Vollmacht zur gerichtlichen Beitreibung der Forderung, und befreit ihn von der Pflicht das Beigetriebene herauszugeben; eine Person, die in dieser Weise bevollmächtigt ist, nennt man *procurator in rem suam*, weil er nur der äußeren Form nach im Interesse eines anderen, in Wahrheit aber im eigenen Interesse tätig ist.

3. Wie bekannt, erhielt der Prozeßbevollmächtigte eine *formula*, in der die *intentio* auf den Namen des Vertretenen, die

condemnatio aber auf den Namen des Vertreters lautet (Gai 4, 86); er klagt also aus dem Recht des Vertretenen, der Richter aber muß den Beklagten verurteilen das Geld an den Vertreter zu zahlen. So wird dann durch die Litiskontestation Uebergang der Forderung bewirkt (D. 49, 1, 4, 5).

4. Anfangs jedoch war die Lage des Zessionars bis zur Litiskontestation eine höchst unsichere, denn einerseits wurde die Zession, da sie formell betrachtet, nur eine Prozeßvollmacht (*mandatum ad agendum*) war, hinfällig durch den Tod sowohl des Vertretenen als auch des Vertreters selbst, sowie auch ferner durch beliebigen Widerruf seitens des Vertretenen. Da ferner der Zedent bis zur Litiskontestation formell der wahre Gläubiger bleibt, so kann er nach wie vor vom Schuldner Zahlung entgegennehmen und dadurch die Obligation zum Erlöschen bringen.

5. Diese beiden Mißstände sind erst in ziemlich später Kaiserzeit beseitigt worden. Zunächst gab man dem *procurator in rem suam* eine Klage, die auf seinen eigenen Namen lautete (*actio utilis suo nomine*), und die daher weder durch den Tod noch durch Widerruf zum Erlöschen gebracht werden konnte. Zur Beseitigung des zweiten Mißstandes diente die sog. *denuntiatio*: machte der Zessionar dem Schuldner von der geschehenen Zession Anzeige, so trat dieselbe Wirkung ein wie infolge der Litiskontestation, d. h. der Schuldner konnte sich jetzt nicht mehr durch Zahlung an den Zedenten von seiner Schuld befreien. Damit war denn in der That eine Singularsufzession in die Forderung anerkannt.

6. Nach justinianischem Rechte bedarf es zur Uebertragung der Forderung eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Dritten; haben die Parteien bezüglich der Forderung einen Kauf, einen Tausch oder eine Schenkung vorgenommen, so vollzieht sich der Uebergang der Forderung schon kraft dieses Vertrages, und es bedarf nicht noch eines besonderen diesem Vertrage hinzugefügten Zessionsaktes, etwa nach Analogie der Tradition.

7. Die Zession bewirkt, daß an die Stelle des bisherigen Gläubigers nunmehr ein neuer Gläubiger tritt. Zusammen mit der Forderung erwirbt der neue Gläubiger (der Zessionar) alle mit der Forderung verbundenen Vorzugsrechte, also z. B. Pfandrechte, Bürgschaftsrechte; andererseits kann der Schuldner gegenüber dem Zessionar alle Einwendungen geltend machen, die ihm gegenüber dem Zedenten zustanden.

Die Frage, ob der Zedent dem Zessionar für die Rechtsbeständigkeit der Forderung (*nomen verum*) und für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (*nomen bonum*) hafte, kann nicht für alle Fälle der Zession einheitlich beantwortet werden; diese Haftung bemißt sich vielmehr nach der Natur des Rechtsgeschäfts,

das der Zession zu Grunde liegt; so ist z. B. der Schenker ganz frei von der Haftung, der Verkäufer haftet dagegen für die Rechtsbeständigkeit der Forderung, und eine Haftung für Zahlungsfähigkeit findet regelmäßig nur dann statt, wenn sie bei der Zession besonders übernommen ist.

8. Durch eine Konstitution des Kaisers Anastasianus (sog. lex Anastasiana) wurde bestimmt, daß falls die Zession auf Kauf beruht, der Zessionar von dem Schuldner nicht mehr verlangen darf, als er selbst für die Forderung gegeben hat; bezüglich des Restes tritt Befreiung des Schuldners ein.

### § 97. Schuldübernahme.

Dem Schuldner ist regelmäßig gleichgültig, wer sein Gläubiger ist; daher wurde denn auch dem Gläubiger erlaubt an seiner Statt dem Schuldner ohne dessen Zustimmung einen neuen Gläubiger zu geben, d. h. die Forderung zu zedieren.

Umgekehrt ist es dem Gläubiger durchaus nicht gleichgültig, wer sein Schuldner ist, denn durch die Person des Schuldners und dessen Ehrenhaftigkeit und Zahlungsfähigkeit wird geradezu der Wert der Forderung bestimmt; deshalb ist es denn auch dem Schuldner nicht erlaubt an seiner Statt ohne Zustimmung des Gläubigers einen neuen Schuldner zu geben, d. h. die Schuld von sich auf einen anderen abzuwälzen. Wenn dagegen der Gläubiger seine Zustimmung gibt, so läge an sich kein Grund vor, ein solches Geschäft zu verbieten; und so wird denn auch in vielen neueren Gesetzbüchern eine solche Schuldübernahme ausdrücklich gestattet. Heute also gilt Sondernachfolge nicht nur in die Forderung, sondern auch in die Schuld. In Rom dagegen war ein solcher Uebergang der Schuld nur auf dem Wege der Universalzession möglich, indem der Erbe in alle Schulden des Erblassers eintrat; eine auf Vertrag beruhende Singularzession in eine Schuld ist aber im justinianischen Recht nicht anerkannt.

## IX. Kapitel. Konventionalstrafe und Handgeld.

### § 98. Konventionalstrafe [3369—3378].

1. Der Strafvertrag ist kein selbständiger, sondern ein akzessorischer Vertrag, der die Erfüllung eines anderen Vertrages sichern soll. Durch den Strafvertrag verpflichtet sich der Schuldner dem Gläubiger eine Strafe zu zahlen, für den Fall, daß er seine

Verpflichtung aus dem Hauptvertrage nicht erfüllen sollte. Die Strafe besteht regelmäßig in einer Geldzahlung. Der Strafvertrag ist also ein bedingter Vertrag; seine Bedingung ist die Verletzung der durch den Hauptvertrag begründeten Verpflichtung des Schuldners. Daraus ergibt sich Folgendes:

a. Ist der Hauptvertrag unwirksam, so daß er keine Verbindlichkeit erzeugt, so ist auch der Strafvertrag ungültig.

b. Die Strafe ist verwirkt, nur wenn der Hauptvertrag verletzt ist.

2. Die Strafe hat die doppelte Aufgabe, den Schuldner zur Erfüllung anzuspornen und dem Gläubiger eine Genugtuung zu geben auch wenn er nicht im Stande ist zu beweisen, daß er durch die Verletzung des Hauptvertrages einen Schaden erlitten hat.

3. Sehr bestritten und aus den Quellen mit voller Sicherheit nicht zu beantworten ist folgende Frage: Kann im Falle der Vertragsverletzung der Gläubiger nur die Strafe oder außerdem noch die Erfüllung des Hauptvertrages verlangen, oder kann er nach seiner Wahl entweder das eine oder das andere verlangen? Nach der am meisten verbreiteten Ansicht steht ihm regelmäßig nur das Wahlrecht zu: hat er jedoch eine der beiden Ansprüche bereits geltend gemacht, so kann er außerdem nur noch den etwaigen Mehrbetrag des anderen Anspruches nachfordern. Nur wenn die Strafe auf verzögerte oder mangelhafte Erfüllung gerichtet ist, kann der Gläubiger sowohl die Strafe als die Erfüllung aus dem Hauptvertrage fordern.

## § 99. Handgeld [3359—3368].

1. Im älteren Rechte verstand man unter arra (Handgeld, Draufgabe) eine Geldsumme oder eine Werthsache (z. B. einen Ring), die bei Abschluß eines Vertrages von einer Partei der anderen gegeben wurde, um als äußeres erkennbares Zeichen der Perfektion des Vertrages zu gelten.

Einen anderen Zweck hatte die arra im älteren Rechte nicht; insbesondere bezweckte sie nicht eine Bereicherung des Empfängers; daher mußte sie bei etwaiger Wiederauflösung des Vertrages zurückgegeben werden; desgleichen mußte sie zurückgegeben werden, wenn der Empfänger der arra Befriedigung aus dem Vertrage erlangt hatte. Wenn jedoch der Anspruch des Empfängers aus dem Vertrage auf Geld ging und die arra gleichfalls in einer Geldsumme bestand, so wurde sie bei der Bezahlung in Anrechnung gebracht.

2. Diese einfachen Regeln des älteren Rechts wurden kompliziert durch eine nicht ganz klare Verordnung Justinians. Am besten begründet erscheint folgende Auslegung derselben: Grund-

sächlich gelten auch im justinianischen Recht die bisherigen Regeln, so daß im Zweifel die arra gleichfalls nur den Zweck hat als Zeichen der Perfektion des Vertrages zu gelten. Es kann aber auch vereinbart werden, daß bei einseitigem und grundlosem Rücktritte vom Vertrage die zurücktretende Partei das Handgeld zwar verliert, aber von jeder weiteren Haftung frei ist. Schließlich kann auch vereinbart werden, daß die grundlos zurücktretende Partei nach allgemeinen Grundsätzen für vollen Schaden zu haften hat, mindestens aber das Handgeld verlieren soll.

## X. Kapitel. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

### § 100. Korreal- und Solidarobligationen [3331—3354].

1. Ein Schuldverhältnis besteht in der Regel zwischen zwei Personen, es kann aber auch zwischen mehreren bestehen, wobei entweder mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner oder sowohl mehrere Gläubiger als auch mehrere Schuldner vorhanden sind. Bei einer solchen Mehrheit der Subjekte ist die Obligation grundsätzlich zwischen den mehreren Gläubigern und Schuldnern geteilt in sog. partes quotae oder Bruchteile (D. 45, 2, 11, 1); z. B. A hat von B 900 zu fordern; stirbt A und hinterläßt drei Erben, so hat jeder Erbe 300 zu fordern; stirbt der Schuldner B und wird von drei Personen beerbt, so schuldet jeder Erbe 300; sterben beide und hat jeder drei Erben, so hat jeder Gläubiger von jedem Schuldner 100 zu fordern.

2. Die Obligation wird nicht geteilt, wenn ihr Gegenstand unteilbar ist; hier kann jeder Gläubiger das Ganze fordern und jeder Schuldner schuldet das Ganze. Kommt es jedoch wegen Nichterfüllung zur Leistung des Schadenersatzes, so tritt Teilung ein.

Über auch bei Teilbarkeit des Gegenstandes läßt das römische Recht Ausnahmen vom Prinzip der Teilung der Obligation zu, in der Weise, daß bei einer Mehrheit von Subjekten in gewissen Fällen Kumulation der Obligation eintritt, während in anderen Fällen eine Gesamtopligation entsteht:

a. Kumulation liegt dann vor, wenn jeder Gläubiger das Ganze fordern kann und jeder Schuldner das Ganze zu leisten hat, wobei Zahlung eines Schuldners die anderen nicht befreit und Zahlung an einen Gläubiger die Rechte der anderen unberührt läßt. Eine solche Kumulation trat im älteren Rechte z. B. dann ein, wenn mehrere Personen durch gemeinschaftlich begangenes Delikt sich haftbar gemacht hatten.

b. Das Wesen der Gesamtopligation dagegen besteht darin, daß jeder Gläubiger das Ganze fordern kann und jeder Schuldner das Ganze zu leisten hat, daß aber einmalige Erfüllung die Obligation vollständig zum Untergang bringt. In älterer Zeit konnten Gesamtopligationen nur durch Vertrag begründet werden; in späterer Zeit gründeten sie sich auch auf gemeinschaftlich begangenes Delikt, traten also an die Stelle der Kumulativobligation des älteren Rechts.

3. Eine Gesamtopligation wird also durch Vertrag begründet. Im älteren Recht wohl nur durch Stipulation. Dies geschah in folgender Weise: sollte die Obligation für mehrere Gläubiger begründet werden, so richtete jeder derselben die gleiche Frage (*spondeo mihi centum dari?*) an den Schuldner und nach der Frage des letzten antwortete der Schuldner allen zusammen: „*spondeo*“; sollte dagegen eine Schuld für mehrere Schuldner begründet werden, so legte der Gläubiger allen der Reihe nach dieselbe Frage vor, und nach seiner letzten Frage antworteten alle, wie aus einem Munde: „*spondeo*“. Es wurde also in beiden Fällen zwischen allen Beteiligten nur ein gemeinsamer Vertrag geschlossen (J. 3, 16 pr.).

Solche durch Vertrag begründete Gesamtopligationen nennt man Korrealobligationen. Eine Korrealobligation erlischt durch einmalige Zahlung oder durch einmalige sonstige Befriedigung, z. B. durch Kompensation.

Außerdem aber erlosch die Korrealobligation im älteren Recht auch noch durch einmalige Litiscontestatio, d. h. hatte einer der Gläubiger Klage erhoben, so verloren dadurch alle anderen Gläubiger das Klagerecht, und war gegen einen Schuldner Klage erhoben, so waren schon dadurch alle übrigen Schuldner befreit, auch wenn von diesem Schuldner nichts beigetrieben werden konnte. Dies entsprach dem älteren unentwickelten Prozeßrecht.

4. Eine Gesamtopligation entsteht ferner auch durch gemeinschaftlich begangenes Delikt, und wird dann als „einfache Soliderobligation“ bezeichnet.

Ursprünglich entstand in diesem Falle eine kumulative Obligation, die Umwandlung derselben in eine Soliderobligation geschah erst zu einer Zeit, als das Prozeßrecht schon entwickelter war, und deshalb ein Erlöschen der ganzen Obligation durch einmalige Litiscontestatio nicht mehr erforderlich schien. Und so hatte denn bei der Deliktobligation der Gläubiger den großen Vorzug vor dem Korrealgläubiger, daß er, wenn nötig, alle seine Schuldner der Reihe nach gerichtlich verklagen konnte, bis er vollständige Befriedigung erlangt hatte.

Die Soliderobligation erlosch also durch einmalige Zahlung und einmalige sonstige Befriedigung nicht aber schon durch Litiscontestatio.

5. Justinian hob die zerstörende Wirkung der Litiskonstitution auch für die passive Korrealobligation auf, so daß von da ab beide Arten der Gesamtopligation im Wesentlichen einander gleichgestellt sind.

## § 101. Bürgschaft [4505—4551].

1. Bürgschaft ist die durch Vertrag übernommene akzessorische Haftung für die Schuld eines anderen, in der Weise, daß der Gläubiger nunmehr zwei Schuldner hat: den Hauptschuldner und den Nebenschuldner oder Bürgen.

Die Bürgschaft soll, gleichwie das Pfandrecht, dem Gläubiger größere Sicherheit gewähren, insbesondere für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners.

Trotzdem die Bürgschaft im römischen Wirtschaftsleben eine sehr bedeutende Rolle spielte, hat es doch zu keiner Zeit in Rom einen besonderen Bürgschaftskontrakt gegeben, vielmehr bediente man sich dabei verschiedener, ursprünglich für andere Zwecke bestimmter Geschäftsformen und zwar: Stipulation (*adpromissio*), Konstitutum und Mandat.

2. a. *Adpromissio* ist Verbürgung in Form der Stipulation. Dies geschah in der Weise, daß nach Begründung der Hauptschuld der Gläubiger sich an den Bürgen wandte mit der Frage: „*idem dari spondes?*“, worauf dieser antwortete: „*spondeo*“. Es liegen also hier zwei Verträge vor: ein Vertrag zur Begründung der Hauptschuld und ein zweiter Vertrag zur Begründung der Haftung des Bürgen. Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft äußerlich von der Korrealobligation, die durch einen von allen Beteiligten gemeinsam geschlossenen Vertrag begründet wird.

Je nach den Wortformen, die beim Abschluß gebraucht wurden, unterschied man drei Unterarten der *adpromissio*: *sponsio*, *fidepromissio*, *fidejussio*; von diesen hat sich nur die letzte im justinianischen Rechte erhalten.

b. *Constitutum debiti alieni* ist das formlose Versprechen die Schuld eines anderen zu bezahlen; mit dem *constitutum* verschmolz Justinian auch das *receptum*, d. h. das formlose Versprechen, das ein Bankier dem Gläubiger seines Kunden gab, eine Schuld des letzteren zu bezahlen.

c. *Mandatum qualificatum* ist der einem anderen erteilte Auftrag einem dritten Kredit zu gewähren, also z. B. ihm ein Darlehn zu geben oder ihm eine Sache auf Kredit zu verkaufen. Das Bürgschaftsverhältnis wird hier erst durch die Ausführung des Mandats begründet: wenn der andere dem dritten das Darlehn gegeben hat, dann steht ihm, falls der dritte das Geld nicht zu-

rückzahlt, gegen den Mandaten die *actio mandati contraria* zu auf Schadenersatz.

3. Ueber die Haftung des Bürgen gelten folgende Vorschriften:

a. Die Haftung des Bürgen ist akzessorisch, d. h. sie setzt das Bestehen einer Hauptschuld voraus und bestimmt sich nach dem Umfang derselben. In keinem Falle hat der Bürge mehr zu zahlen als der Hauptschulder schuldig ist.

b. Die Haftung des Bürgen ist subsidiär oder ergänzend, d. h. der Bürge kann verlangen, daß der Gläubiger zunächst den Versuch mache die Schuld vom Hauptschuldner beizutreiben, man nennt das die Einrede der Vorausklage.

c. Haben sich mehrere Personen für dieselbe Schuld verbürgt, so haftet jeder von ihnen regelmäßig nur auf einen Kopfteil.

4. Der Bürge, welcher Zahlung geleistet hat, hat regelmäßig das Recht von dem Hauptschuldner Ersatz des ausgelegten Geldes zu verlangen. Dieses Recht steht ihm nicht zu, wenn er sich *donandi animo* verbürgt hat.

### § 102. Interzession der Frauen.

Durch das S. C. *Vellejanum* (unter Kaiser Claudius, 46 n. Chr.) wurden Interzessionen der Frauen für ungültig erklärt (D. 16, 1, 1 pr.).

Die Fassung des S. C. war kasuistisch und etwas unklar; dieses schien der Senat selbst zu empfinden und sprach daher ausdrücklich den Wunsch aus, daß diese Verordnung möglichst frei interpretiert werden solle; diesem Wunsche folgend hat die römische Rechtswissenschaft aus dem S. C. folgende Regeln entwickelt:

Verboten ist den Frauen die Interzession, d. h. die Uebernahme der Haftung für eine fremde Schuld („*alienam obligationem suscipere*“ D. 16, 1, 2, 5; 8, 1.), sei es, daß die Haftung eine persönliche ist (z. B. durch Bürgschaft), sei es, daß die Haftung sich auf eine bestimmte Sache beschränkt (z. B. durch Verpfändung).

Interzession im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor, wenn die Frau eine fremde Schuld mit eigenen Mitteln bezahlt; auch ist der Frau nicht verboten Geschenke zu machen oder sich in Geschäfte einzulassen, die mit einem Risiko verbunden sind.

## Viertes Buch. Familienrecht\*).

### § 103. Einleitung.

1. Die Familie ist die Grundlage jedes gesunden Staatswesens. Nicht der Staat schafft die Familie, sondern umgekehrt erwächst der Staat aus der Familie. Deshalb sind auch die aus dem Familienverband entspringenden Pflichten in erster Reihe nicht Rechtspflichten, sondern beruhen auf Geboten der Religion und Sittlichkeit; und selbst in Zeiten, wo der Staatsgedanke erstarrt, wo die Rechtsordnung alle Erscheinungen des Lebens unter ihre Gewalt zu beugen sucht, stellt sie sich doch regelmäßig nicht die Aufgabe, die Beziehungen der Familienglieder zu einander im einzelnen zu überwachen und die Erfüllung ihrer Pflichten gegen einander zu erzwingen, sondern überläßt das der Regel nach dem sittlichen Pflichtgefühl der Familienglieder, und behält sich nur vor in Fällen ärgsten Mißbrauchs einzuschreiten.

Das Gesagte gilt jedoch hauptsächlich nur von den persönlichen Verhältnissen, nicht dagegen in vollem Maß von den vermögensrechtlichen Beziehungen, diese letzteren sind in erster Reihe Rechtsbeziehungen, wenngleich sie auch unter dem Einfluß des sittlichen und religiösen Charakters der Familie stehen.

### I. Kapitel. Die Ehe.

#### § 104. Eheschließung und persönliche Verhältnisse der Ehegatten.

1. Soweit uns bekannt, war in Rom zu allen Zeiten die Monogamie die einzige von Gesetz und Sitte anerkannte Form der Ehe. Auch war die Frau nicht Sklavin des Mannes, sondern

---

\*) Hier weicht das baltische Privatrecht in allen wesentlichen Punkten so sehr vom römischen Rechte ab, daß eine Verweisung auf die Artikel des ersteren zwecklos erscheint.

seine Genossin, wie sich das deutlich in folgender Definition der Ehe zeigt: „nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, juris divini et humani communicatio“ (D. 23, 2, 1).

2. Das römische Recht kannte zwei Formen der Ehe: die strenge Ehe des älteren Rechts (*matrimonium cum manu*), die schon zu Anfang der Kaiserzeit fast ganz außer Gebrauch kam, und die freie Ehe (*matrimonium sine manu*), die schon in der republikanischen Zeit aufkam.

3. Unter der Herrschaft der strengen oder Manusehe steht die Frau unter der Gewalt des Mannes (*manus mariti*), sowohl persönlich als auch in Bezug auf ihr Vermögen: alles was sie hat, und alles was sie erwirbt, wird Eigentum des Mannes.

4. Ganz andere Grundsätze galten für die freie Ehe: Die Eheschließung erfolgt ganz formlos, durch einfache Einigung des Willens; wer unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, braucht außerdem die Zustimmung des Vaters oder des Vormundes. Der Eheschließung ging gewöhnlich eine Verlobung voraus, die jedoch in Rom keine Klage auf Eheschließung begründet. Wer jedoch grundlos von der Verlobung zurücktritt, muß die Geschenke zurückgeben, die er erhalten, während er die Geschenke, die er gegeben nicht zurückverlangen darf.

5. Bei der freien Ehe kommt die Frau nicht unter die Gewalt des Mannes, sie bleibt *sui juris* und behält ihr eigenes Vermögen. An die Stelle der Gewalt des Mannes tritt ein gegenseitiges Verhältnis, das Rechte und Pflichten beider begründet: Der Mann ist verpflichtet der Frau Unterhalt und Schutz zu gewähren; deshalb gilt er auch als ihr Vertreter vor Gericht. Sie teilt den Stand und den Wohnsitz des Mannes, sie hat den Hausstand zu leiten und schuldet dem Manne Ehrerbietung.

Wohl von jeher forderte in Rom das Sittengesetz die eheliche Treue von beiden Ehegatten; vom Standpunkt des Rechts aber galt in älterer Zeit der Ehebruch nur seitens der Frau als eine Verletzung der ehelichen Pflichten, der Mann ging straflos aus. Erst das spätere Recht erkannte auch hier eine Gegenseitigkeit der Pflichten an, ließ aber trotzdem noch eine gewisse Ungleichheit bestehen.

Gleich wie der Vater gegen Jedermann, der ihm sein Kind vorenthält, eine Klage auf Herausgabe des Kindes hat, so hat auch der Gatte in gleichem Falle eine Klage auf Herausgabe seiner Frau.

## § 105. Vermögensrechtliche Beziehungen der Ehegatten.

1. Von alters her galt der Satz, daß der Mann die *opera matrimonii* trägt, d. h. die Kosten des gemeinsamen Hausstands



(D. 23, 3, 7 pr.). Im älteren Rechte entsprach das der Billigkeit und der Logik des Rechts, da alles Vermögen der Frau an den Mann fiel. Freilich hatte das nur dann praktische Bedeutung, wenn die Braut *sui juris* war; befand sie sich dagegen unter väterlicher Gewalt, so war sie nicht nur zur Zeit vermögenslos, sondern verlor durch Eingehung der Manusehe auch ihr Erbrecht in der väterlichen Familie.

Daher erschien es schon damals als ein Gebot des Anstandes, daß der Vater der Braut dem Schwiegersohn eine Vermögenszuwendung machte, die als Beitrag zur Bestreitung der Ehekosten dienen sollte, und auch die Tochter für den Verlust ihres Erbrechts entschädigen sollte; diese Zuwendung heißt *Mitgift* (*dos*).

2. Als die freie Ehe aufkam, und die Frau das Eigentum an ihrem Vermögen behielt, blieb trotzdem der Satz bestehen, daß die Bestreitung der Ehekosten dem Manne allein oblag. Die Bestellung einer *dos* war also jetzt in noch höherem Maße Gebot des Anstandes. Daher gab die Braut, wenn sie *sui juris* war, ihr ganzes Vermögen oder einen Teil desselben ihrem Bräutigam als *dos*. Stand die Braut dagegen unter väterlicher Gewalt, so bestellte der Vater die *Mitgift*. Ja die Sitte der Bestellung einer *Mitgift* war in Rom so verbreitet, daß bisweilen auch Verwandte der Braut dafür Sorge trugen, daß diese nicht als eine *uxor indotata* (*mitgiftlose Frau*) in die Ehe trete.

In späterer Zeit wurde den Eltern sogar die gesetzliche Pflicht auferlegt, ihrer Tochter eine *dos* mitzugeben, deren Betrag sich nach dem Vermögen der Eltern und nach der gesellschaftlichen Stellung des Bräutigams richtet.

In der freien Ehe ist also die *Mitgift* (*dos*) das Vermögen, welches der Mann von seiner Frau oder für sie von einem anderen erhält als Beitrag zur Bestreitung der Ehekosten.

3. Die *Mitgift* gehört dem Manne.

Ist Gegenstand der *Mitgift* eine körperliche Sache, so wird sie Eigentum des Mannes und er kann frei über dieselbe verfügen. Aber die sog. *lex Julia de fundo dotali*, und spätere ergänzende Gesetze bestimmten, daß über ein zur *Mitgift* gegebenes Grundstück (*fundus dotalis*) der Mann nicht einmal mit Zustimmung der Frau verfügen darf. Ein solches Grundstück ist also, solange die Ehe besteht, unveräußerlich.

Die Rechte, die der Mann an der *dos* hat, können durch Verträge (*pacta dotalia*) abgeändert werden, jedoch dürfen diese Verträge nicht dem Wesen der Ehe und der *dos* widerstreiten.

4. Alles Vermögen der Frau, soweit es nicht dem Manne zu *dos* gegeben, bleibt im Eigentum der Frau, sowie in ihrer freien Verwaltung und Verfügung und auch die Früchte fallen ihr zu, und sie ist gesetzlich nicht verpflichtet dem Manne aus den-

selben einen Beitrag zur Bestreitung der Ehekosten zu gewähren. Dieses Vermögen trägt den aus dem griechischen stammenden Namen „bona parapherna“ oder in lateinischer Uebersetzung „res extra dotem“.

5. Schon in republikanischer Zeit bestand die Präsumtion (praesumptio Muciana), daß alles was sich im Besitze beider Ehegatten oder eines derselben befindet, als dem Manne gehörig zu betrachten sei. Will die Frau diese Präsumtion entkräften, so muß sie ihr Eigentumsrecht nachweisen. Um ihr diesen Beweis zu erleichtern, wurde es Sitte in Rom über das Vermögen der Frau ein genaues Verzeichnis zu führen, auf welches sie sich im Streitfalle berufen konnte (D. 23, 3, 9, 3).

6. Schenkungen unter Ehegatten. In der Manusehe war die Frau nicht vermögensfähig, und schon aus diesem Grunde waren Rechtsgeschäfte über das Vermögen unter Ehegatten nicht möglich. In der freien Ehe ist die Frau vermögensfähig und daher waren Geschäfte aller Art unter Ehegatten zulässig. Schenkungen jedoch waren verboten (D. 24, 1, 1). Der Grund war folgender: Bei der freien Ehe bestand Gütertrennung und die Ehescheidung hing vom freien Ermessen jedes Ehegatten ab; deshalb war bei dem allgemeinen Sittenverfall wohl zu befürchten, daß bei Zulassung von Schenkungen unter den Ehegatten ein Ehegatte die Liebe und das Vertrauen des anderen mißbrauchen und ihm Geschenke nur zu dem Zwecke entlocken könnte, um nach Empfang derselben die Ehe aufzulösen. Um solchen häßlichen Spekulationen den Boden zu entziehen, wurden Schenkungen überhaupt verboten und für nichtig erklärt (D. 24, 1, 3 pr.).

Nach einer Verordnung des Kaisers Severus (oratio Severi) sollte die Schenkung jedoch nachträglich Wirkung erlangen, wenn der Schenker bei Bestehen der Ehe stirbt ohne die Schenkung zu widerrufen, weil in diesem Falle die oben erwähnte Befürchtung bereits gegenstandslos geworden ist (D. 24, 1, 32).

7. Aus dem gleichen Grunde bezieht sich das Verbot nicht auf eine Schenkung, die ein Ehegatte dem anderen macht unter der Bedingung, daß der Schenker früher sterben sollte als der Beschenkte, sowie auch unter der Bedingung, daß die Ehe durch die Schuld des Schenkers aufgelöst werden sollte. Eine solche vom Manne der Frau gemachte Schenkung nennt Justinian „donatio propter nuptias“. Sie gilt als Gegenstück der Mitgift und unterliegt in vielen Beziehungen den für die Mitgift geltenden Vorschriften; so war insbesondere im späteren Kaiserrechte der Vater des Bräutigams verpflichtet der Braut eine donatio propter nuptias zu bestellen, die ihrem Werte nach der Mitgift entsprechen sollte. Der Gegenstand der Schenkung bleibt zwar während der Ehe Eigentum des Mannes, jedoch unterliegt der Mann bezüglich

der Verfügung über denselben den für die Mitgift geltenden Vorschriften.

### § 106. Auflösung der Ehe.

1. Während die Auflösung der Manusehe an verschiedene Formalitäten und materielle Bedingungen geknüpft war, galt bei der freien Ehe der Satz, daß jedem Ehegatten jederzeit das Recht zusteht, durch einseitige formlose Erklärung ohne Vorliegen eines bestimmten Grundes die Ehe aufzulösen. Das Fortbestehen der Ehe hing also lediglich vom freien Willen der Ehegatten ab (C. 8, 38, 2).

2. Nach justinianischem Rechte bleibt die Mitgift dem Manne nur während der Ehe; nach Auflösung der Ehe hat er sie regelmäßig herauszugeben. Das Rückforderungsrecht steht der Frau zu oder, wenn sie gestorben, ihren Erben. Dem Manne verbleibt die Mitgift nur, wenn ihm dieses Recht bei der Bestellung durch Vertrag besonders eingeräumt ist.

## II. Kapitel. Väterliche Gewalt.

### § 107. Gewalt über die Person.

1. Das altrömische Haus steht unter der ausschließlichen Herrschaft des *pater familias*. Seiner Gewalt (*patria potestas*) sind die Kinder vollkommen unterworfen, sowohl in persönlicher als auch in vermögensrechtlicher Beziehung (D. 50, 16, 195, 2). In persönlicher Beziehung stand dem Vater das sog. *jus vitae ac necis* zu, d. h. er hatte die unbeschränkte Hausgerichtsbarkeit (*domesticum iudicium*) über seine Kinder, kraft deren er sie zu jeder Strafe, einschließlich der Todesstrafe, verurteilen konnte; in letzterem Falle jedoch mußte er uralter Sitte gemäß das Gutachten des Familienrats einholen. In dem *jus vitae ac necis* lag auch das Aussetzungsrecht, doch war dasselbe von jeher vielen Beschränkungen unterworfen.

Im älteren Rechte stand dem Vater auch das Recht zu, sein Kind zu verkaufen; geschah dieses in Rom, so kam das Kind ins *mancipium* des Käufers; verkaufte er es ins Ausland so wurde es Sklave.

Diese Unterordnung des Kindes bezieht sich jedoch überhaupt nicht auf das Staatsrecht; als römischer Bürger besitzt der Sohn, gleich wie sein Vater, das *jus suffragii* und das *jus honorum* und übt diese Rechte frei vom Einfluß des Vaters aus (D. 1, 6, 9).

2. Aber auch sonst wurde die *patria potestas* im späteren Recht erheblich eingeschränkt. Vom *jus vitae ac necis* blieb nicht mehr übrig als ein mäßiges Züchtigungsrecht, soweit es im Interesse der Erziehung erforderlich schien. Das Aussetzungsrecht wurde ganz beseitigt, das Verkaufsrecht nur auf den Fall der äußersten Not beschränkt, wobei dem Vater jedoch ein jederzeitiges Einlösungsrecht vorbehalten blieb.

Die Kinder sind dem Vater zu Gehorsam und Ehrfurcht verpflichtet, daher dürfen sie gegen ihn keine infamierende Klage erheben, dem Vater steht ihnen gegenüber das *beneficium competentiae* zu, auch haben sie im Allgemeinen vor der Eheschließung die Zustimmung des Vaters zu erbitten. Dem Vater steht gegen jeden dritten, der ihm sein Kind vorenthält eine Klage auf Herausgabe zu.

3. Ursprünglich war die *patria potestas* nur eine dem Vater zustehende Gewalt, allmählich aber entwickelt sie sich zu einem gegenseitigen Verhältnis, das beiderseits Rechte und Pflichten begründet. So hat besonders in späterer Zeit das Kind gegen den Vater ein Klagerecht auf Unterhalt (C. 8, 51, 2 pr.).

4. Während das ältere Recht nur eine väterliche, nicht aber eine mütterliche Gewalt kannte, wurden in der Kaiserzeit einige Wirkungen der *patria potestas* auch auf das Verhältnis zwischen Mutter und Kind übertragen. So wurde namentlich der Mutter und dem Kinde gegen einander ein Klagerecht auf Unterhalt gegeben. Ferner hatte in der Kaiserzeit die Mutter das Recht und die Pflicht der persönlichen Fürsorge für ihre unmündigen, unter Vormund stehenden Kinder, und im Falle der Ehescheidung konnte ihr dieses Recht sogar trotz Fortdauer der väterlichen Gewalt zugesprochen werden; ja sogar die Vormundschaft über ihre Kinder konnte der Mutter gerichtlich übertragen werden.

### § 108. Gewalt über das Vermögen.

1. Im älteren Rechte galt das Hauskind für unfähig eigenes Vermögen zu haben (Gai 2, 87), alles was es erwarb, erwarb es nicht für sich sondern für den Vater.

Andererseits aber konnte der Haussohn, wenn er seinem Alter nach die Geschäftsfähigkeit besaß, Rechtsgeschäfte jeder Art schließen. In Bezug auf die Wirkung dieser Geschäfte ist zu unterscheiden:

a. Durch Erwerbsgeschäfte wird nicht er sondern nur der Vater bereichert.

b. Schließt er dagegen ein Verpflichtungsgeschäft, so wirkt dasselbe zunächst nur in seiner Person: er selbst wird Schuldner und es kann auch gegen ihn geklagt werden und er kann auch

auf Zahlung verurteilt werden (D. 44, 7, 39), nur kann das Urteil, solange die väterliche Gewalt besteht, gegen den Sohn nicht vollstreckt werden.

Eine Haftung des Vaters für eine vom Sohn kontrahierte Schuld bestand nach älterem Rechte überhaupt nicht. Erst das prätorische Recht läßt eine Haftung zu in drei Fällen: wenn der Vater dem Sohn ein *Peculium* eingeräumt hat, so haftet er für alle Schulden des Sohnes bis zum Betrage des *Peculiums*, mit der *actio de peculio*; wenn der Sohn das Geschäft mit Zustimmung des Vaters geschlossen hat, kann der Vater mit der *actio quod jussu* auf volle Bezahlung verklagt werden; wenn dem Vater durch das Geschäft des Sohnes eine Bereicherung zugekommen ist, geht gegen ihn die *actio de in rem verso* bis zum Betrage der Bereicherung. Für die Haustochter galten diese Regeln erst in spätkaiserlicher Zeit; im älteren Rechte war sie, gleich wie die *uxor in manu*, unfähig sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten.

2. In der Kaiserzeit veränderte sich die Lage der Hauskinder auch in dieser Beziehung, und gleich wie in persönlicher Beziehung so erlangten die Kinder auch in Bezug auf das Vermögen nahezu vollkommene Selbständigkeit. In dieser Entwicklung sind folgende Stadien zu unterscheiden:

a. Schon in republikanischer Zeit kam es vor, daß der Vater seinen Kindern wenigstens tatsächlich wirtschaftliche Selbständigkeit einräumte durch Ueberlassung eines *peculium*, das, wenn es vom Vater stammte, *peculium profectitium* hieß. Dieses Vermögen blieb zwar im Eigentum des Vaters, auch die Früchte desselben fielen rechtlich dem Vater zu, und er konnte jederzeit das *peculium* zurücknehmen. Aber solange als er das nicht getan hatte, haftete er, wie wir sahen, Dritten gegenüber aus Rechtsgeschäften des Sohnes bis zum Betrage des *Peculiums*. Hatte der Vater ferner seinem Sohne die freie Verwaltung (*libera administratio*) des *Peculiums* zugestanden, so waren auch alle entgeltlichen Verfügungen des Sohnes über die zum *Peculium* gehörigen Sachen wirksam.

b. *Peculium castrense* heißt das Vermögen, daß der Haussohn durch Kriegsdienst erwirbt. Seit Beginn der Kaiserzeit gilt es als freies Eigentum des Sohnes, die Früchte fallen ihm zu, er kann über das Vermögen sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen verfügen: stirbt er ohne Testament, so fällt es nach justinianischem Recht seinen Intestaterben zu. Ueberhaupt gilt der Haussohn in Bezug auf das *peculium castrense* als *pater familias*; daher kann auch ein gegen den Haussohn ergangenes Urteil auch während Bestehens der väterlichen Gewalt in das *peculium castrense* vollstreckt werden.

c. Als *peculium quasi castrense* bezeichnete man in der

späteren Kaiserzeit das Vermögen, das der Sohn als Staatsbeamter, als Advokat oder als Geistlicher erwirbt; es unterliegt denselben Regeln wie das *peculium castrense*.

d. *Bona adventicia* nannte man ursprünglich das Vermögen, das ein Kind von seiner Mutter und den mütterlichen Verwandten geerbt hatte; im älteren Recht wurde dieses Vermögen, wie alles was das Kind erwarb, Eigentum des Vaters. Erst Kaiser Konstantin bestimmte, das an den *bona adventicia* der Vater nur den Nießbrauch (*usus fructus*), das Kind aber Eigentum haben solle. Justinian bestimmte, daß zu den *bona adventicia* jeder Erwerb des Kindes zu rechnen sei, mit alleiniger Ausnahme des *peculium castrense* und *quasi castrense* sowie des Vermögens, das der Vater selbst seinem Kinde gibt; das letztere blieb im Eigentum des Vaters und konnte von ihm jederzeit zurückgenommen werden; wenn jedoch der Vater eine solche Zuwendung bis zu seinem Tode nicht widerrufen hat, so wird es gleichfalls Eigentum des Kindes.

Wenn ein Kind von einer dritten Person eine Zuwendung (Geschenk, Erbschaft, Legat) erhält, so kann die dritte Person bestimmen, daß der Vater an diesem Vermögen nicht den Nießbrauch haben soll; ein solches Vermögen nennt man *bona adventicia irregularia*.

### § 109. Entstehung der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt entsteht durch Geburt in rechter Ehe, durch Adoption oder durch Legitimation.

1. Durch Geburt in rechter Ehe. Hier gilt der Satz „*pater est quem nuptiae demonstrant*“ (D. 2, 4, 5), d. h. lebt eine Frau in gültiger Ehe, so wird angenommen, daß alle Kinder, die sie zur Welt bringt, von ihrem Ehemann erzeugt sind. Diese Vermutung (*praesumptio*) ist jedoch nur dann begründet, wenn von der Eheschließung bis zur Geburt des Kindes soviel Zeit verfloßen ist, daß die Annahme zulässig erscheint, das Kind sei nach der Eheschließung konzipiert. Hierbei folgt das römische Recht der Lehre des griechischen Arztes Hippokrates, nach welcher eine Geburt nicht früher erfolgt als 182 Tage und nicht später als 300 Tage nach der Konzeption. Deshalb gilt ein Kind als ehelich geboren, wenn es nicht später als 182 Tage nach der Eheschließung und nicht später als 300 Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist (D. 1, 5, 12, D. 38, 16, 3, 11).

Will der Ehemann ein Kind, das gemäß der vorstehenden Regel als ehelich zu gelten hat, nicht anerkennen, so hat sowohl das Kind selbst als auch die Mutter eine Klage auf Feststellung

der Vaterschaft. Gegenüber dieser Klage kann der Beklagte sich nur in der Weise verteidigen, daß er Thatfachen anführt und beweist, aus denen sich ergibt, daß das Kind nicht von ihm erzeugt sein kann, also insbesondere wegen seiner Impotenz oder Abwesenheit während der kritischen Zeit (D. 1, 6, 6); nicht aber genügt der Nachweis, daß auch ein anderer der Vater sein könnte, also insbesondere, daß die Frau während der kritischen Zeit die eheliche Treue verlegt hat (D. 48, 5, 12, 9).

Andererseits erwirbt der Ehemann die *patria potestas* auch über ein Kind, das seine Frau während der Ehe, aber früher als 182 Tage nach Eheschließung zur Welt bringt, wenn er das Kind als das seinige anerkennt.

Ist der Vater selbst unter väterlicher Gewalt, so steht die *patria potestas* über seine Kinder dem Großvater zu.

2. Adoption ist Annahme an Kindesstatt. Man unterscheidet zwei Arten derselben: Adoption im engeren Sinne ist Annahme eines fremden Hauskindes, Arrogation ist Annahme eines *homo sui juris*. Die Arrogation erfolgt im späteren Recht durch eine Verfügung des Kaisers auf Antrag der beiden Beteiligten. Für die Adoption im engeren Sinn bediente man sich im älteren Recht sehr komplizierter Formalitäten; im justinianischen Recht erfolgt sie durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll seitens der drei beteiligten Personen.

Für beide Arten gilt der Satz „*adoptio naturam imitatur*“, d. h. Adoptivvater kann nur sein, wer nach seinen persönlichen Eigenschaften auch wirklich Vater des Adoptierten sein kann, also nur ein Mann, der selbst nicht unter väterlicher Gewalt steht und mindestens 18 Jahre älter ist als das Adoptivkind.

Ueber die Wirkung der Adoption ist zu bemerken:

a. Infolge der Arrogation hört der Arrogierte auf *persona sui juris* zu sein und kommt unter die väterliche Gewalt des Arrogators, und zwar, wenn er selbst Kinder unter seiner Gewalt hat, zusammen mit diesen. Nach älterem Rechte ging das ganze Vermögen des Arrogierten in das Eigentum des Arrogators über, im späteren Rechte wurde es als *bona adventicia* behandelt.

b. Die Adoption im engeren Sinne hatte im älteren Recht zur Folge, daß das Adoptivkind aus der bisherigen Agnatenfamilie ganz auschied und unter die väterliche Gewalt des Adoptivvaters trat. Im justinianischen Rechte dagegen hat die Adoption (mit nur einer singulären Ausnahme) nur die Wirkung, daß das Adoptivkind gegenüber dem Adoptivvater ein Intestaterbrecht erhält, gleich einem ehelichen Kinde, seine Rechtsstellung in der bisherigen Familie aber beibehält.

3. Durch Legitimation erhält der natürliche Vater die väterliche Gewalt über sein uneheliches Kind. Dies geschah:

a. per subsequens matrimonium, indem der Vater die Mutter des Kindes heiratet;

b. per rescriptum principis, ohne Heirat, durch Verfügung des Kaisers auf Antrag des Vaters.

### § 110. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt dauert im römischen Recht grundsätzlich solange als der Gewalthaber am Leben ist; sie erlischt nicht durch Erreichung der Mündigkeit oder Großjährigkeit seitens des Kindes, auch nicht dadurch, daß das Kind mit Erlaubnis des Vaters einen selbständigen Haushalt begründet oder sich wirtschaftlich selbständig macht. Auch wenn die Tochter eine Ehe ohne Manus eingeht, wird sie dadurch von der väterlichen Gewalt nicht befreit, nur wurde im späteren Recht die Ausübung dieser Gewalt insofern beschränkt, als der Vater gegenüber dem Ehemann die Klage auf Herausgabe der Tochter nicht zustand, sondern vielmehr umgekehrt der Ehemann gegen den Vater die Klage auf Herausgabe der Frau hatte.

Die patria potestas erlischt aus folgenden Gründen:

1. Tod des Gewalthabers. Jedoch sind hier zwei Fälle zu unterscheiden: Befand das Kind sich in der unmittelbaren Gewalt des Verstorbenen, so wird es durch den Tod desselben sui juris; befand es sich jedoch, während sein Vater noch am Leben war, unter der Gewalt des Großvaters, so wird durch den Tod des Großvaters zwar die Gewalt desselben aufgehoben, das Kind aber wird nicht sui juris sondern kommt unter die Gewalt seines Vaters.

2. Emanzipation des Hauskindes, d. h. Entlassung desselben aus der väterlichen Gewalt; auch dies geschah im älteren Recht unter Anwendung einer komplizierten Formalität; nach justinianischem Rechte war nur erforderlich Erklärung des Vaters zu gerichtlichem Protokoll und Zustimmung des Kindes.

3. Verlust der väterlichen Gewalt zur Strafe wegen gewisser Vergehen gegen das Kind, insbesondere Aussetzung des Kindes oder Verhuppelung der Tochter.

4. Erlangung gewisser Würden seitens des Hauskindes. Im älteren Rechte gehören dahin nur die Würde eines Priesters des Jupiter (flamen dialis) und einer Priesterin der Vesta (virgo vestalis), nach justinianischem Rechte dagegen fast alle höheren staatlichen und kirchlichen Würden.

### III. Kapitel. § 111. Verwandtschaft.

1. Nach heutiger Auffassung gelten als Verwandte diejenigen Personen, die einen gemeinsamen Stammvater haben, die mit ein-

ander verbunden sind durch Gemeinschaft des Blutes. Das alt-römische Recht war jedoch von einem anderen Prinzip beherrscht: die vom Gesetz anerkannte Verwandtschaft beruhte ausschließlich auf der manus und der patria potestas.

2. Als Mitglüeder der eigentlichen Familie, der familia agnatorum im eigentlichen Sinn, galten nur diejenigen Personen, die sich unter der Familiengewalt desselben pater familias befanden, und zwar seine Ehefrau, seine Söhne und unverheirateten Töchter, ferner seine Enkel und Enkelinnen, die von seinen Söhnen in rechter Ehe erzeugt waren, dann die Frauen seiner Söhne und schließlich etwaige Adoptivkinder. Zur Agnatenfamilie gehörten dagegen nicht die emanzipierten und in Adoption gegebenen Kinder, und die Töchter, die eine Manusehe eingegangen waren; hatte dagegen eine Tochter eine Ehe sine manu geschlossen, so blieb sie unter der Gewalt des Vaters, und folglich auch in dessen Agnatenfamilie; ihre Kinder jedoch, die sie ihrem Ehemann geboren, gehörten nicht zur Familie der Mutter sondern zu der des Vaters.

3. Mit dem Tode des pater familias löste sich die Hausgemeinschaft auf und jeder Sohn wurde selbständiger pater familias. Trotzdem blieb ein gewisses Band bestehen zwischen den Personen, die einst unter der Gewalt des gemeinsamen pater familias standen; sie galten auch jetzt noch als Verwandte und bildeten die familia agnatorum im weiteren Sinne; zu dieser gehörten alle Personen, die sich unter der Familiengewalt desselben pater familias befinden würden, wenn dieser noch am Leben wäre.

4. Außerdem kannte das alte Zivilrecht noch einen dritten, weiteren Familienverband, der als Erweiterung der Agnatenfamilie erscheint; es ist das Geschlecht oder die gens. Zu ihr gehören alle Personen, die den gleichen Geschlechtsnamen (nomen gentilicium) führen, auch wenn sie nicht im Stande sind ihre Verwandtschaft oder die Nähe derselben nachzuweisen. Im klassischen Recht hatte die gens bereits jede privatrechtliche Bedeutung verloren.

5. Die bloße Blutsverwandtschaft (cognatio), die sich lediglich auf die Gemeinschaft des Blutes stützt, d. h. auf die Abstammung von einem gemeinsamen Stammvater, hatte im ältesten Recht keinerlei juristische Bedeutung. Hatte z. B. Jemand einen Sohn in seiner Gewalt, einen zweiten emanzipiert, und eine Tochter cum manu verheiratet, so galten diese drei Geschwister juristisch nicht mit einander verwandt; desgleichen wurde auch durch die Abstammung in weiblicher Linie juristisch eine Verwandtschaft nicht begründet.

Aber schon gegen Ende der Republik begann das römische Recht, unter dem Einfluß des Prätors, neben der agnatio auch

die Blutsverwandtschaft oder *cognatio* anzuerkennen, bis endlich Justinian die *Agnation* und *Kognition* einander gleichstellte. Dies zeigte sich besonders im Erbrecht.

6. Der Hauptunterschied zwischen *Agnation* und *Kognition* besteht in Folgendem:

a. *Agnation* beruht auf gemeinsamer Abstammung in gerader männlicher Linie, *Kognition* wird auch durch gemeinsame Abstammung in weiblicher Linie begründet, so daß die Kinder zweier Schwestern zwar nicht *Agnaten*, wohl aber *Kognaten* sind, wofern sie nur in rechter Ehe geboren sind.

b. Die *agnatische* Verwandtschaft hört auf in Folge von *Emanzipation*, während die *kognatische* von derselben unberührt bleibt.

Zu bemerken ist, daß ein und dieselbe Person sowohl *Agnat* als auch *Kognat* sein kann.

7. Die Rechtswirkungen jeder Art von Verwandtschaft bestimmen sich darnach, ob die Verwandtschaft eine nahe oder eine entfernte ist, d. h. ob der gemeinsame Stammvater ein naher oder ein entfernter *Azendent* ist. Hierauf bezieht sich die Lehre von den Linien und den Graden der Verwandtschaft.

In erster Beziehung unterscheidet man Verwandte in gerader Linie und in der Seitenlinie:

a. Verwandtschaft zwischen zwei Personen in gerader Linie (in *linea recta*) liegt dann vor, wenn die eine von ihnen von der anderen abstammt (wie z. B. Vater und Sohn, Großmutter und Enkel). Die Person, von der die andere abstammt, nennen wir *Azendent*, die andere *Deszendent*.

b. Verwandtschaft in der Seitenlinie (in *linea obliqua*) liegt dann vor, wenn zwei Personen, ohne daß die eine von der anderen abstammt, einen gemeinsamen Stammvater haben (wie z. B. Brüder, Vetter, Oheim und Nefte); Verwandte in der Seitenlinie werden *collaterales* genannt.

Nach Linien wird die Art der Verwandtschaft bestimmt, zur Bestimmung der Nähe dienen Grade. Die Zahl der Grade bestimmt sich nach der Zahl der Zeugungen, durch welche die Verwandtschaft hergestellt wurde, nach dem Satze: *tot sunt gradus quot sunt generationes*. So sind z. B. Vater und Sohn im ersten Grade verwandt, Oheim und Nefte im dritten, Geschwisterkinder im vierten Grade.

8. Von der Verwandtschaft zu unterscheiden ist die Schwägerschaft (*affinitas*); sie ist das Verhältnis, in dem ein Ehegatte zu den Verwandten des anderen steht.

## IV. Kapitel. Vormundschaft.

### § 112. Begriff und Arten der Vormundschaft.

Eine Person, die gewaltfrei ist, aber wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit nicht im Stande ist ihre Interessen selbst wahrzunehmen, soll einen Vormund haben, dem diese Sorge obliegt.

Man unterschied im älteren Rechte zwei Arten der Vormundschaft: *tutela* und *cura*, im späteren Rechte sind die Unterschiede zwischen beiden ausgeglichen, doch haben die Namen sich erhalten.

Die wichtigsten Fälle, in denen in Rom eine Vormundschaft eingesetzt wurde, sind folgende:

1. Vormundschaft wegen jugendlichen Alters.

a. Vormundschaft über Unmündige (*tutela impuberum*): bis zum 12. resp. 14. Lebensjahr soll jedes Kind einen Vormund haben.

b. Vormundschaft über Minderjährige (*cura minorum*). Gemäß der *lex Plaetoria* und der sich an dieselbe anschließenden Rechtsentwicklung konnten auch Jugendliche unter 25 Jahren bei Vorliegen besonderer Gründe oder auf ihre eigene Bitte einen Vormund erhalten.

2. Vormundschaft über Frauen (*tutela impuberum*). Wo jeder Bürger ein Krieger ist, und nur der Krieger ein Bürger ist, da ist die Frau nicht nur vom öffentlichen Leben ausgeschlossen, sondern es ist ihr oft auch ein selbständiges Eingreifen in den privaten Rechtsverkehr versagt. Wenn jedoch aus der gesamten Bürgerschaft der Soldat als besonderer Stand ausscheidet und die Bezeichnung Bürger dazu dient, um gerade den Gegensatz zum Krieger auszudrücken, dann erweitert sich die Rechtssphäre der Frau und man beginnt damit, ihr wenigstens auf dem Gebiete des Privatrechts Selbständigkeit einzuräumen. So war es auch in Rom: „Unsere Vorfahren“, sagt Cato major (Liv. 34, 2), „duldeten nicht einmal, daß die Frauen ihre Privatgeschäfte ohne männliche Mitwirkung besorgten, und hielten sie stets in der Gewalt ihres Vaters, ihres Gatten, ihres Vormundes. Wir aber sind nahe daran ihnen den Staat auszuliefern, und wir dulden es fast, daß sie sich in die Gerichtssitzungen und Volksversammlungen eindrängen“. Demgemäß war im älteren Recht jede Frau, die nicht in der *potestas* ihres Vaters oder in der *manus* ihres Gatten war, in der Vormundschaft ihres nächsten Agnaten bis an ihr Lebensende. Man nannte diese Vormundschaft daher *tutela perpetua mulierum*.

Diese Vormundschaft ging jedoch nicht weiter als erforderlich war, um das Vermögen der Frau bei ihren Lebzeiten ihr selbst und für den Todesfall ihrer Familie zu erhalten. Daher soll die

Frau ohne die Mitwirkung ihres Vormundes (*auctoritatis interpositio*) nicht eine *res Mancipi* veräußern, sich durch Rechtsgeschäft verpflichten, einen Prozeß führen, eine Manusehe eingehen oder ein Testament errichten, also nicht über die Substanz ihres Vermögens verfügen; im Uebrigen ist sie in der Verwaltung ihres Vermögens selbständig und unabhängig vom Vormunde (Gai 2, 80—86).

Zu Beginn der Kaiserzeit wurde die Vormundschaft über Frauen stark eingeschränkt, namentlich durch eine *lex Claudia*; im 4. Jhrh. ist sie völlig verschwunden.

3. Die Vormundschaft über Geistesfranke (*cura furiosi*) geht bereits auf das Zwölftafelgesetz zurück. Im späteren Rechte wurde ihr nachgebildet die *Kura* über Schwach sinnige und Gebrechliche.

4. Vormundschaft über Verschwender (*cura prodigi*). Ursprünglich galt als Verschwender nur, wer sein vom Vater ererbtes Vermögen verschleudert und dadurch seine Kinder der Gefahr des Notstandes aussetzt. Später änderte sich das: man nahm nicht nur auf das Interesse der Kinder Rücksicht, sondern suchte auch den Verschwender selbst vor seinen eigenen krankhaften Neigungen zu schützen. Deshalb konnte jeder gerichtlich für einen Verschwender erklärt werden, der sein Vermögen — auch wenn es nicht ererbt war — verschleuderte und seine Kinder oder sich selbst der Gefahr des Notstandes aussetzte.

5. *Cura bonorum*. Auch über Vermögensmassen kann eine *Kura* eingesetzt werden, so z. B. zur Fürsorge für das Vermögen eines Verschollenen, für eine ruhende Erbschaft oder eine Konkursmasse.

### § 113. Begründung der Vormundschaft.

Je nach dem Grunde der Berufung des Vormundes unterscheidet man drei Arten der Vormundschaft:

1. *Tutela legitima*. Regelmäßig wird durch das Gesetz zur Vormundschaft berufen der nächste Agnat des Mündels. Im justinianischen Rechte der nächste Kognat.

2. *Tutela testamentaria*. Schon das Zwölftafelgesetz gab dem Erblasser das Recht seinem *suus heres* im Testament einen Vormund zu ernennen.

3. *Tutela dativa*. War niemand im Testament zum Vormund berufen, und war auch kein geeigneter Verwandter vorhanden, so ernannte der Prätor einen Vormund. Der zur Vormundschaft berufene kann dieses Amt nur dann ablehnen, wenn ein ausreichender im Gesetz bezeichneter Grund vorliegt.

### § 114. Amtsführung des Vormundes.

1. Die Rechte und Pflichten des Vormundes sind nicht bei allen Arten der Vormundschaft die gleichen. Den umfangreichsten Wirkungsbereich hat der Vormund des Unmündigen (*tutor impuberis*): er hat die Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels, er überwacht die Erziehung und den Unterricht (D. 26, 7, 12, 3), er weist die Mittel für den Unterhalt des Kindes an, er schließt Rechtsgeschäfte im Interesse des Mündels oder nimmt wenigstens Theil am Abschluß solcher Rechtsgeschäfte. Der Wirkungsbereich der übrigen Vormünder ist zum Theil weit beschränkter, auch sind die Bestimmungen der Quellen nicht bezüglich aller in gleichem Maße vollständig. Wir beschäftigen uns daher hier in erster Reihe mit der Amtsführung des *tutor impuberis*.

2. Unterhalt und Erziehung des Mündels braucht der Vormund nicht aus seinem eigenen Vermögen zu bestreiten, auch braucht er regelmäßig nicht persönlich mit der Pflege und Erziehung sich zu befassen, vielmehr hat er aus dem Vermögen des Mündels, soweit dieses reicht, die erforderlichen Mittel anzuweisen, und dafür zu sorgen, daß der Mündel bei zuverlässigen Leuten untergebracht werde; lebt die Mutter noch, dann ist diese in erster Reihe zu berücksichtigen (C. 5, 49, 1).

3. Die Verwaltung des Vermögens hat der Vormund persönlich zu leiten. Regelmäßig erhält er für seine Mühen keine Vergütung, doch müssen ihm seine Auslagen ersetzt werden.

4. Im Bezug auf die Rechtsgeschäfte, die im Interesse des Mündels zu schließen sind, sind zwei Fälle zu unterscheiden.

a. Ist der Mündel älter als sieben Jahre, also nur beschränkt geschäftsfähig, so kann er reine Erwerbsgeschäfte allein und selbständig abschließen, bei anderen Rechtsgeschäften bedarf er der Mitwirkung des Vormundes.

b. Ist der Mündel unter sieben Jahr, also ganz geschäftsunfähig, dann hat der Vormund allein alle Geschäfte abzuschließen.

### § 115. Haftung des Vormundes.

1. Nach Beendigung der Vormundschaft konnte der Mündel vom Vormunde verlangen Rechnungslegung, Herausgabe des gesamten Vermögens und Ersatz allen Schadens, der ihm durch *culpa levis in concreto* des Vormundes zugefügt ist. Zu diesem Zwecke hat er die *actio tutelae directo*.

Dem Vormunde stand die *actio tutelae contraria* zu, mit der er Ersatz seiner Auslagen verlangen konnte.

# Fünftes Buch. Erbrecht.

## I. Kapitel. Allgemeine Grundsätze.

### § 116. Begriff des Erbrechts.

Unter Erbrecht versteht man die Gesamtheit der Vorschriften, nach welchen sich die Nachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen vollzieht. Der Verstorbene (defunctus) heißt Erblasser, das von ihm hinterlassene Vermögen — Erbschaft oder Nachlaß (hereditas oder bona defuncti), und die Nachfolge in dieses Vermögen — Nachfolge von Todeswegen (successio mortis causa) [1693].

Das römische Recht unterscheidet zwei Arten einer solchen Nachfolge:

a. Die Gesamtnachfolge (successio per universitatem) oder Erbfolge (hereditas) im eigentlichen Sinn; hier geht das gesamte Nachlaßvermögen, bestehend aus Aktiven und Passiven als ein Ganzes auf den Erben über (D. 50, 17, 62), oder, wenn mehrere Erben vorhanden sind, auf jeden zu einem Bruchteil.

b. Sondernachfolge (successio in singulas res); hier werden einzelne Stücke des Nachlasses vom Nachfolger erworben; die Schulden des Erblassers gehen nicht auf ihn über.

Die Gesamtnachfolge oder Universalsukzession ist die grundlegende Form der Nachfolge von Todeswegen, die Sondernachfolge oder Singularsukzession tritt nur ergänzend hinzu; die erste ist ohne die zweite möglich, nicht aber die zweite ohne die erste. Nur in Bezug auf die Gesamtnachfolge gebraucht man die Ausdrücke Erbe, Erbfolge, heres, hereditas. Der Hauptfall der Sondernachfolge ist das Vermächtnis oder Legat [1702].

### § 117. Voraussetzungen der Erbfolge.

Voraussetzungen der Erbfolge sind: Tod des Erblassers, ein Berufungsgrund, Erbfähigkeit des Berufenen und Erwerb der Erbschaft.

1. Tod des Erblassers. Beerbt werden können nur vermögensfähige Personen, also nicht Sklaven, und nach älterem Recht nicht Ehefrauen und Hauskinder. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Erblasser wirklich Vermögen besaß; eine Beerbung ist vielmehr möglich auch wenn der Verstorbene nur Schulden hinterläßt, dann gehen eben die Schulden auf den Erben über (D. 5, 3, 50 pr.).

2. Der Berufungsgrund; das römische Recht kannte zwei: Gesetz und Testament [1699].

a. Nach der natürlichen Auffassung, die bei den Römern wie fast bei allen Völkern herrscht, fällt das Vermögen eines Verstorbenen kraft gesetzlicher Vorschrift dessen nächsten Angehörigen zu; hier spricht man von gesetzlicher Erbfolge.

b. Jedoch schon in sehr früher Zeit war es in Rom statthaft die Erbfolge abweichend von diesen gesetzlichen Vorschriften durch letztwillige Verfügung zu regeln; hier spricht man von testamentarischer Erbfolge.

c. Jedoch war das Recht über das Vermögen letztwillig zu verfügen in Rom zu Gunsten der nächsten Angehörigen des Erblassers gewissen Beschränkungen unterworfen, und es gab daher auch eine Erbfolge gegen das Testament, die man als Noterbrecht bezeichnet.

d. Einige moderne Gesetzgebungen lassen auch Erbverträge zu [1700—1701; 2481—2524]. Die Römer betrachteten solche Verträge als *contra bonos mores* und daher als ungültig (D. 45, 1, 61).

e. Nach einigen modernen Gesetzgebungen kann im Testament angeordnet werden, daß ein Teil des Nachlasses dem ernannten Erben zufalle, der Rest aber den gesetzlichen Erben verbleiben solle, so daß also testamentarische und gesetzliche Erbfolge neben einander eintreten können [1701]. Das war in Rom nicht zulässig nach dem Satz: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (D. 50, 17, 7). Doch ließ das spätere Recht einige Ausnahmen zu.

f. Nach einigen modernen Gesetzgebungen [nicht nach balt. Privatrecht] kann im Testament bestimmt werden, daß der Nachlaß zunächst einem Erben zufalle und darauf, nach ihm und an seiner Stelle, einem zweiten Erben. Der erste heißt dann Vorerbe, der zweite Nacherbe. Auch das war in Rom nicht zulässig nach dem Satz: *semel heres, semper heres*. Jedoch gab es Fälle im späteren Recht, in denen dieser Satz zwar nicht prinzipiell aufgehoben, aber doch praktisch seiner Bedeutung beraubt wurde.

3. Erbfähigkeit des Berufenen. Erbunfähig waren Peregrinen und im späteren Kaiserrecht Keßer, Apostaten und Kinder von Hochverrätern; auch kann Erbe werden nur wer im Augenblicke des Todes des Erblassers schon „in rerum natura est“, d. h. wer bereits geboren ist oder doch schon als *nasciturus* vorhanden ist [1695].

4. Erwerb der Erbschaft. Das römische Recht kennt zwei Arten:

a. Erwerb der Erbschaft ipso jure, wobei der zur Erbschaft Berufene im Augenblick der Berufung, unabhängig von seinem Willen und auch wenn er von der Berufung nichts weiß, die Erbschaft ohne Weiteres erwirbt.

b. Erwerb der Erbschaft durch besondere Willenserklärung [das balt. Privatrecht kennt nur diese 2622, vgl. jedoch 2631]. Solange der Berufene noch nicht erklärt hat, ob er die Erbschaft annehmen will, gehört sie ihm noch nicht; sie wird in dieser Zwischenzeit als ruhende Erbschaft (*hereditas jacens*) bezeichnet. Im älteren Recht galt sie als herrenlos, konnte von jedem ungestraft in Besitz genommen und in einem Jahr erfessen werden; das ist die sog. *usucapio pro herede*, die in der Kaiserzeit beseitigt wurde. Die späteren Juristen bedienten sich der Denkform, die *hereditas jacens* als fortdauernd dem Verstorbenen gehörig zu betrachten. Einige neuere Juristen sprechen hier von subjektlosen Rechten. Die ältere Theorie betrachtete die ruhende Erbschaft als juristische Person [1692].

### § 118. *Ziviles Erbrecht und bonorum possessio.*

1. Das alte Zivilrecht gab dem Erben zum Schutz seines Erbrechts eine dingliche petitorische Klage (*hereditatis petitio*).

Ferner gab das Zivilrecht ihm die Sonderklagen, die dem Erblasser bei seinem Tode zum Schutz seiner einzelnen Vermögensrechte zustanden. In gleicher Weise ließ es den Erben gegenüber den Gläubigern des Verstorbenen für die Schulden des letzteren haften. Darauf bezieht sich der Satz: *actiones heredi et in heredem competunt*.

2. Entstand ein Streit über die Erbschaft zwischen zwei Personen, von denen jede behauptete, daß die Erbschaft ihr nach Zivilrecht zukomme, so gewährte der Prätor auf Grund eines summarischen Verfahrens und durch ein besonderes Dekret demjenigen, der *prima facie* der Erbberechtigte zu sein schien, für die Dauer des Prozesses den Besitz der Erbschaftsachen und schützte ihn in diesem Besitz auch gegen dritte durch das *interdictum quorum bonorum*. Man nannte diesen Besitz, da er auf einem besonderen Dekret beruhte: *bonorum possessio decretalis*.

3. Später stellte der Prätor in seinem Edikt allgemeine Grundsätze auf, nach welchen er, falls ein Zivilerbe nicht zur Stelle war, gewissen anderen Personen, z. B. den Kognaten des Verstorbenen, auf ihre Bitte die *bonorum possessio* erteilen wollte; hier sprach man von einer *bonorum possessio edictalis*. Die-

selbe war aber gleichfalls nur eine vorläufige und zeitweilige, denn wenn später ein Zivilerbe auftrat und seine Rechte geltend machte, so mußte der *bonorum possessor* weichen und ihm die Erbschaft herausgeben; man sagte in solch einem Falle, er habe nur eine *bonorum possessio sine re*.

4. In weiterer Entwicklung bestimmte der Prätor, daß von den Personen, denen er die *bonorum possessio edictalis* verhiess, einige sogar den Vorrang vor gewissen Zivilerben haben sollten; dies führte der Prätor in der Weise durch, daß er den ersteren gegen die *hereditatis petitio* der letzteren eine *exceptio* gab. Hier sprach man von einer *bonorum possessio cum re*.

5. So geschah denn die Gewährung der *bonorum possessio decretalis* zu Gunsten dessen, von dem man annahm, er sei in Wahrheit Zivilerbe, also *juris civilis adjuvandi gratia*. Die Gewährung der *bonorum possessio edictalis sine re* geschah in Ermangelung eines Zivilerben, also *juris civilis supplendi gratia*; die Gewährung der *bonorum possessio edictalis cum re* geschah um dem neuen prätorischen Rechte gegenüber dem veralteten Zivilrecht Geltung zu verschaffen, also *juris civilis corrigendi gratia*.

6. Schließlich erhielt der nach prätorischem Edikt Berufene außer dem Besitz der Nachlasssachen auch noch die Sonderklagen gegen die Nachlassschuldner, wogegen man ihn andererseits auch gegenüber den Nachlassgläubigern haften ließ. Damit waren prätorisches und ziviles Erbrecht im Wesentlichen einander gleichgestellt.

## II. Kapitel. Berufung zur Erbfolge durch Gesetz.

§ 119. Erbfolgeordnung der Novellen 118 und 127. [1870—1893; ganz abweichend Estl. und Narvasches Stadtrecht 1941—1946; 1955—1964.]

Nach dem Zwölftafelgesetz wurden nur die agnatischen Verwandten des Erblassers zur Erbfolge berufen; der Prätor berief in Ermangelung von Agnaten auch Kognaten, in der späteren Kaiserzeit wurden gewisse Gruppen von Kognaten den Agnaten gleichgestellt, ohne daß jedoch die vollständige Gleichstellung beider Gruppen ausdrücklich ausgesprochen wurde. In dieser prinziplosen Gestalt finden wir die gesetzliche Erbfolgeordnung noch in den Institutionen, Digesten und im Kodex, und erst in den Novellen 118 und 127 schritt Justinian zu einer grundsätzlichen Reform.

In diesen beiden Novellen hat Justinian das Prinzip aufgestellt, daß die Intestaterbfolge auf der Blutsverwandtschaft beruht, und daß alle Kognaten ohne Beschränkung auf einen bestimmten Grad der Verwandtschaft erbberechtigt sind. Jedoch wird die auf Adoption beruhende Agnation bezüglich des Intestaterbrechts der Kognition gleichgestellt. Männer und Frauen stehen im Erbrecht einander vollkommen gleich. Die auf unehelicher Geburt beruhende Verwandtschaft gibt volles Erbrecht gegenüber der Mutter und den mütterlichen Verwandten, dagegen keinerlei Erbrecht gegenüber den väterlichen Verwandten und nur ein sehr beschränktes außerordentliches Erbrecht gegenüber dem Vater selbst.

Nach Novelle 127 wurden die Verwandten in vier Ordnungen berufen:

1. Erste Ordnung: Alle Deszendenten des Erblassers. Die Gradesnähe macht hier prinzipiell keinen Unterschied; es können vielmehr neben einander berufen werden Kinder, Enkel, Urenkel, d. h. also Verwandte ersten, zweiten, dritten Grades. Jedoch wird jeder entferntere Deszendent durch seinen eigenen Aszendenten von der Erbfolge ausgeschlossen (z. B. der Enkel durch seinen Vater) und wird nur berufen, wenn letzterer bereits vor dem Erblasser verstorben war. Der entferntere Deszendent erbt also *loco parentis praedefuncti*, so daß also mehrere Kinder eines vorverstorbenen Sohnes des Erblassers zusammen nur den Teil erben, der ihrem Vater zugefallen wäre. Das drückt man durch den Satz aus: Deszendenten ersten Grades erben nach Kopfteilen (in capita), Deszendenten entfernteren Grades erben nach Stammteilen (in stirpes).

2. Zweite Ordnung. Hier werden neben einander berufen:

a. Alle Aszendenten des Erblassers mit Vorzug des näheren Grades.

b. Vollbürtige Geschwister.

c. Kinder vorverstorbenen vollbürtiger Geschwister.

3. Dritte Ordnung: Halbbürtige Geschwister und deren Kinder.

4. Vierte Ordnung: Alle übrigen Seitenverwandten ohne jede Beschränkung auf einen bestimmten Grad der Verwandtschaft, wobei jedoch der dem Grade nach nähere den dem Grade nach entfernteren von der Erbfolge ausschließt.

Nach dem prätorischen Edikt wurde, wenn keine Agnaten und keine Kognaten vorhanden waren, der überlebende Ehegatte des Erblassers berufen. Justinian übergeht dieses Erbrecht mit Stillschweigen, es ist also nicht aufgehoben [Erbfolge der Ehegatten ist nach baltischem Privatrecht ganz abweichend vom römischen Recht 1709—1869].

## § 120. Bona vacantia [1965—1970].

Ist von den im vorhergehenden § genannten gesetzlichen Erben niemand vorhanden, so fällt das Vermögen des Verstorbenen als erbloses Gut an den Fiskus auf Grund eines schon unter Kaiser Augustus erlassenen Gesetzes.

Ursprünglich galt der Fiskus nicht eigentlich als Erbe, sondern als Okkupant herrenlosen Gutes; mit der Zeit wurden ihm jedoch alle Rechte und Pflichten eines Erben zuerkannt; insbesondere haftete er für die Schulden des Nachlasses bis zum Wertbetrage der Aktiva; desgleichen hatte er die vom Verstorbenen angeordneten Legate zu erfüllen.

Dem Fiskus gehen vor in Bezug auf das erblose Gut:

a. Bezüglich des Nachlasses eines Geistlichen, die Kirche der er angehört.

b. Bezüglich des Nachlasses eines Soldaten, die Heeresabteilung, in der er Dienst tat.

## § 121. Außerordentliche Erbfolge.

Sie unterscheidet sich von der ordentlichen dadurch, daß sie nie allein für sich, sondern nur neben der ordentlichen eintritt, und daß sie stets nur einen bestimmten Bruchteil des Nachlasses ergreift. Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Eine Witwe, die ohne eigenes Vermögen zurückbleibt, erhält nach einer Konstitution Justinians ein viertel von dem Vermögen des Mannes, jedoch nicht mehr als hundert Pfund Gold. Dieses Recht kann der Mann ihr auch nicht durch Testament entziehen. Hinterläßt der Mann vier oder mehr Kinder, so erhält die Witwe nur einen Kopfteil.

2. Die unehelichen Kinder des Erblassers, die ihm von seiner Konkubine in seinem Hause geboren und daselbst aufgezogen sind, erhalten, wenn der Erblasser keine Witwe und keine ehelichen Kinder hinterläßt, zusammen mit ihrer Mutter ein sechstel des väterlichen Nachlasses, den sie zu gleichen Teilen unter einander teilen. Unter den gleichen Voraussetzungen steht auch dem Vater gegenüber seinen natürlichen Kindern ein Recht auf ein sechstel ihres Nachlasses zu.

3. Ein Unmündiger, der vom Erblasser arrogiert war, dann aber wieder ohne Grund emanzipiert oder im Testament enterbt worden ist, erhält ein viertel vom Nachlasse des Arrogators, die quarta Divi Pii, so genannt, weil sie auf einer Konstitution des Kaisers Antoninus Pius beruhte (J. 1, 11, 3).

### III. Kapitel. Berufung zur Erbfolge durch Testament.

#### § 122. Testamentsformen.

Testament ist eine einseitige, letztwillige Verfügung, von Todeswegen, die die Ernennung eines Erben enthält [anders 1981].

Das altzivile Testament und das prätorische Testament kamen außer Gebrauch als Kaiser Theodosius im J. 439 auf Grund des letzteren eine neue zivile Testamentsform schuf, welche auch in das justinianische Recht überging.

Das justinianische Recht kennt ordentliche und außerordentliche Testamentsformen, die ordentlichen stehen jedem zur beliebigen Auswahl frei, der Gebrauch der außerordentlichen ist nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gestattet.

I. Die ordentlichen Testamentsformen zerfallen in [2024—2105]:

1. Öffentliche Testamente, die unter Mitwirkung der Staatsgewalt errichtet werden; das sind:

a. Testamentum judiciale, das gerichtliche Testament; es wird in der Weise errichtet, daß der Testator seinen letzten Willen zu gerichtlichem Protokoll erklärt.

b. Testamentum principi oblatum; es wird in der Weise errichtet, daß der Testator ein einfaches Schriftstück, das seinen letzten Willen enthält, dem Kaiser mit der Bitte um Aufbewahrung übergibt.

2. Private Testamente:

a. Das schriftliche Privattestament wird in folgender Weise errichtet: Der Testator beruft sieben Zeugen, legt ihnen ein Schriftstück vor, erklärt daß dasselbe seinen letzten Willen enthalte, unterzeichnet das Schriftstück eigenhändig und fordert die Zeugen auf, gleichfalls eigenhändig zu unterzeichnen; nachdem dieses geschehen, wird das Schriftstück in der Weise verschlossen, daß jeder Zeuge sein Siegel drauflegt und seinen Namen daneben schreibt. Für den ganzen Vorgang wird unitas actus gefordert d. h. daß er sich von Anfang bis zu Ende ohne Unterbrechung vollziehe.

b. Das mündliche Privattestament. Der Unterschied vom schriftlichen beruht nur darauf, daß hier nichts geschrieben wird, vielmehr hat der Testator seinen letzten Willen mündlich in ununterbrochener Rede vor den sieben Zeugen zu erklären. Nach dem Tode des Testators wird dann der Inhalt des Testaments durch die Aussagen der Zeugen festgestellt.

II. Die außerordentlichen Testamentsformen. Sehr vereinfachte Formen galten für folgende Testamente:

1. Ein Testament, in dem der Erblasser lediglich seine Descendenten zu Erben einsetzt (testamentum parentis inter liberos).
2. Ein Testament, das an kleinen Landorten errichtet wird (testamentum rure conditum).
3. Ein Testament, das zur Zeit der Pest errichtet wird (testamentum tempore pestis conditum).
4. Ein Testament, das ein Soldat im Felde errichtet (testamentum militis).

### § 123. Testamenti factio.

Mit diesem Ausdruck bezeichnen die Quellen drei Dinge:

1. Die Fähigkeit ein Testament zu errichten (testamenti factio activa); sie erfordert Vermögensfähigkeit und Geschäftsfähigkeit [1984 f. f.].

2. Die Fähigkeit im Testament eines römischen Bürgers zum Erben eingesetzt zu werden (testamenti factio passiva); sie fehlte den Peregrinen und allen Personen die überhaupt unfähig sind zu erben. Von juristischen Personen besaßen diese Fähigkeit die dem öffentlichen Rechte angehörigen (Staat, Stadtgemeinde, Kirche) sowie die milden Stiftungen; die übrigen juristischen Personen privaten Charakters nur dann, wenn sie ihnen durch ein besonderes Privileg verliehen war.

Auch ein Sklave konnte im Testament zum Erben eingesetzt werden; war es ein eigener Sklave des Testators, so war erforderlich, daß er ihn im Testament für frei erklärte. War es ein fremder Sklave, so konnte dieser nur mit Zustimmung seines Herrn die Erbschaft antreten und erwarb sie dann für diesen, sodaß in Wirklichkeit der Herr Erbe wurde.

3. Die Fähigkeit als Zeuge bei Errichtung eines Testaments mitzuwirken; dieselbe besaßen nur mündige, geschäftsfähige römische Bürger männlichen Geschlechts.

### § 124. Inhalt des Testaments.

Der Inhalt eines Testaments kann sehr mannigfaltig sein: Einsetzung eines oder mehrerer Erben, Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen, Enterbung gesetzlicher Erben, Errichtung von Stiftungen, Ernennung von Vormündern, Bestimmungen über die Teilung des Nachlasses und vieles andere.

Wesentlich für den Begriff des Testaments ist nur eins: die Einsetzung eines Erben (heredis institutio D. 28, 5, 1, 3) [anders 1981].

Im älteren Recht war eine letztwillige Verfügung ohne Erbinsetzung ganz ungültig. Später wurde es zulässig lediglich eine Anordnung über Vermächtnisse zu treffen; man nannte eine solche Verfügung aber nicht Testament sondern codicillus.

Das Testament ist eine letztwillige Verfügung, kann also vom Erblasser jederzeit widerrufen werden; eine sog. *clausula derogatoria*, d. h. ein im Testament ausgesprochener Verzicht auf das Recht des Widerrufs ist unwirksam (D. 32, 22 pr.) [1983].

## § 125. Erbinsetzung [2120—2133].

1. Ohne Erbinsetzung kein Testament, auf ihr beruht die Gültigkeit des Testaments. Gemäß dem strengen Formalismus der älteren Zeit wurde verlangt, daß jedes Testament mit der Erbinsetzung beginnen soll; alles andere, was vor der Erbinsetzung stand, war ungültig: „*heredis institutio caput et fundamentum testamenti est*“ (Gai 2, 229).

Ferner mußte die Erbinsetzung durch *verba latina et imperativo* geschehen, z. B. *Titius heres esto*. Der Gebrauch anderer, wiewohl ganz verständlicher Redewendungen war unzulässig. Aber schon in der Zeit der klassischen Rechtswissenschaft hielt man nicht mehr daran fest und es wurde zur Regel, daß für alle testamentarischen Verfügungen weder eine bestimmte Sprache, noch bestimmte Wortformen, noch eine bestimmte Reihenfolge erforderlich sei.

2. Hat der Testator mehrere Erben ernannt, dann erben sie nach Bruchteilen. Hat er die Größe der Teile nicht bestimmt (z. B. A, B, C sollen meine Erben sein), dann erhalten alle gleiche Teile. Der Testator kann aber auch seinen Erben ungleiche Teile zuweisen, z. B. A  $\frac{1}{2}$ , B  $\frac{1}{4}$ , C  $\frac{1}{4}$ .

3. Ist das Testament ordnungsmäßig errichtet, so muß die Summe der Teile, die den einzelnen Erben zugewiesen sind, natürlich ein Ganzes ausmachen; macht sie weniger aus, weil der Testator sich verrechnet hat, so wird dieser Fehler in der Weise berichtigt, daß der den Erben zugewiesene Teil nach Verhältnis vergrößert wird; sind z. B. nur drei Erben zu je  $\frac{1}{4}$  eingesetzt, so erhält jeder von ihnen  $\frac{1}{3}$ . Aber auch wenn der Testator absichtlich nicht über die ganze Erbschaft verfügt hat, damit der Rest den gesetzlichen Erben zufalle, so erhalten trotzdem die eingesetzten Erben alles, nach dem Satz: „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*“.

Beträgt die Summe der Teile, die den einzelnen Erben im Testament zugewiesen sind, mehr als ein Ganzes, so wird der Teil eines jeden nach Verhältnis herabgesetzt.

4. Nach römischer Auffassung gilt als Erbe nur, wer auf

das Ganze oder auf einen Bruchteil eingesetzt ist. Die Zuwendung eines bestimmten Vermögensobjekts (z. B. eines Landgutes, eines Hauses, einer Geldsumme oder dgl.) gilt als Vermächtnis oder Legat. Wenn daher der Testator im Testament jemanden als Erben bezeichnet hat, ihm aber nur ein bestimmtes Vermögensobjekt zuwendet (z. B. meine Frau soll mein Haus erben) so ist eine solche Verfügung fehlerhaft und müßte eigentlich als ungültig betrachtet werden. Aber in dem Bestreben dem wirklichen Willen des Testators Geltung zu verschaffen, suchten die römischen Juristen auch eine solche fehlerhafte Verfügung durch Umdeutung in Kraft zu erhalten.

### § 126. Befristung, Bedingung und Auflage.

1. Eine Frist darf der Erbeinsetzung nicht beigelegt werden, weder ein dies ad quem noch ein dies a quo. Die Frist gilt pro non scripta und die Erbeinsetzung als unbefristet. Desgleichen gilt die Beifügung einer Resolutivbedingung pro non scripta und die Erbeinsetzung gilt als unbedingt (J. 2, 14, 9).

Zulässig sind dagegen Auflagen und Suspensivbedingungen.

2. Auflage oder modus ist eine Nebenbestimmung, durch welche dem eingesetzten Erben die Verpflichtung zu einer Leistung auferlegt wird z. B. dem Erben wird zur Pflicht gemacht dem Testator ein Grabmal zu errichten (Titius heres esto ita ut monumentum mihi faciat). Der Eingesezte kann die Erbschaft sofort erwerben und übernimmt dadurch die Verpflichtung das Grabmal zu errichten.

3. Ist eine Suspensivbedingung beigelegt (z. B. Titius heres esto si mihi monumentum facerit) so kann der Eingesezte die Erbschaft nicht früher erwerben, als bis das Grabmal errichtet ist.

Bis dahin bleibt die Erbschaft hereditas jacens. Dies führt zu großen Mißlichkeiten namentlich in dem Falle, wenn der Testator einen Erben unter einer Bedingung eingesetzt hat, die sich erst beim Tode des Eingesezten entscheiden kann. Hier ist dem Eingesezten überhaupt jede Möglichkeit genommen die Erbschaft zu erwerben. Aus dieser Schwierigkeit fand man folgenden Ausweg: Man ließ den bedingt eingesetzten Erben die Erbschaft sofort erwerben gegen das durch Bürgschaft sicher gestellte Versprechen, bei Ausfall der Bedingung die Erbschaft herauszugeben. Dieses Versprechen nannte man Cautio Muciana nach dem Juristen Quintus Mucius Scaevola (D. 35, 1, 18).

4. Ist der Erbeinsetzung eine unmögliche, ungesetzliche oder unsittliche Bedingung hinzugefügt, so gilt die Bedingung pro non scripta und die Erbeinsetzung gilt als unbedingt.

## § 127. Substitutionen.

Man unterscheidet folgende Fälle:

1. Substitutio vulgaris nennt man die Einsetzung eines Ersatzerben. Der Testator kann nämlich für den Fall, daß der von ihm an erster Stelle eingefetzte Erbe (heres institutus) die Erbschaft nicht erwerben kann oder nicht erwerben will, einen Ersatzerben (heres substitutus) ernennen, z. B. Titius heres esto, si Titius heres non erit Sejus heres esto. Dem Substituten kann ein zweiter, dem Zweiten ein dritter usw. substituiert werden. Der Testator kann auch mehrere Miterben ernennen und sie einander substituieren [2136—2148].

2. Substitutio pupillaris. Regelmäßig kann jeder nur sich selbst einen Erben ernennen. Jedoch war es dem Vater gestattet seinem gewaltunterworfenen Kinde für den Fall, daß dieses nach dem Vater aber vor Erreichung der Pubertät sterben sollte, einen Erben zu ernennen. Dieser sog. substitutus pupillaris ist dann nicht Erbe des Vaters sondern Erbe des Kindes; er erwirbt nicht nur, was das Kind vom Vater geerbt, sondern auch was es nach dem Tode des Vaters in sonstiger Weise erworben hatte [abweichend 2149].

Die substitutio pupillaris wurde gewöhnlich mit der substitutio vulgaris verbunden, so daß der Substitut unter zwei Bedingungen eingefetzt war: tritt die erste Bedingung ein, dann wird er Erbe des Vaters, tritt die zweite Bedingung ein so wird er Erbe des Kindes.

3. Substitutio quasi pupillaris. Diese schuf Justinian nach dem Vorbilde der vorhergehenden, indem er jedem Ascendenten gestattete seinem geisteskranken Descendenten einen Erben zu ernennen, für den Fall daß er in diesem Zustande versterben sollte.

## IV. Kapitel. § 128. Noterbrecht.

Unter Noterbrecht versteht man die Gesamtheit der Vorschriften, durch die zu Gunsten der nächsten Angehörigen (der sog. Noterben) des Testators dessen Testierfreiheit beschränkt wird.

Das römische Recht kennt zwei Gruppen solcher Beschränkungen:

1. Die erste bildet das sog. formelle Noterbrecht. Wohl gleichzeitig mit der grundsätzlichen Anerkennung der Testierfreiheit in Rom kam der Satz auf, daß der Testator, wenn er sui heredes hatte, ihrer im Testament Erwähnung tun müsse, also sie entweder zu Erben einsetzen oder im Testament ausdrücklich enterben. Das

Testament war ungültig, wenn er sie mit Stillschweigen übergegangen hatte.

Justinian bestimmte, daß der Testator verpflichtet sei, seine nächsten Angehörigen im Testament zu Erben einzusetzen, sei es auch zu einem noch so kleinen Teile.

2. Die zweite Gruppe dieser Beschränkungen bildet das sog. materielle Noterbrecht: Danach war der Testator verpflichtet seinen nächsten Angehörigen einen bestimmten Teil des Nachlasses zuzuwenden.

Das materielle Noterbrecht steht zu den Deszendenten, den Ascendenten und den Geschwistern des Erblassers. Jedoch kann Noterbe nur sein, wer auch zugleich der nächste Intestaterbe wäre, wenn der Erblasser überhaupt nicht testiert hätte; also ein Ascendent nur dann, wenn der Erblasser keine Deszendenten hat. Das Noterbrecht der Geschwister ist außerdem noch an die Bedingung geknüpft, daß der Erblasser ihnen in seinem Testament eine persona turpis vorgezogen hat.

Das ältere Recht verlangte, daß der Testator seinem Noterben mindestens  $\frac{1}{4}$  dessen hinterlassen sollte, was er geerbt hätte, wenn der Testator ohne Testament gestorben wäre; hat der Testator z. B. ein Vermögen von 8000 und zwei Söhne, so muß er jedem Sohne mindestens 1000 hinterlassen. Dieses viertel heißt Pflichtteil oder portio legitima. Justinian erhöhte den Pflichtteil und bestimmte, daß er  $\frac{1}{3}$  des Wertes des Intestaterbteils betragen müsse, wenn der Noterbe mit höchstens drei Miterben konkurriert, wogegen er die Hälfte beträgt, wenn er mit mehr als drei Miterben konkurriert.

Zu bemerken ist, daß die Zuwendung des Pflichtteils nicht notwendig in Form der Erbeinsetzung zu geschehen braucht, es genügt vielmehr, wenn der Noterbe den Wert der portio legitima durch Vermächtnis oder Schenkung von Todeswegen erhält.

## V. Kapitel. Erwerb der Erbschaft.

### § 129. Heredes necessarii und heredes voluntarii.

1. Der Erbe wird berufen durch Gesetz oder durch Testament. Die Berufung (delatio) ist aber nicht immer gleichbedeutend mit dem Erwerb der Erbschaft (acquisitio hereditatis). Vielmehr muß man in dieser Beziehung zwei Gruppen von Personen unterscheiden: die eine (heredes necessarii) erwerben die Erbschaft ipso jure kraft der Berufung, unabhängig von ihrem Willen; die anderen (heredes voluntarii) erwerben nur wenn sie nach der Berufung

erklären, die Erbschaft erwerben zu wollen (*aditio hereditatis*). [2622 kennt nur die letztere Gruppe, vgl. jedoch 2631].

a. Zu den *heredes necessarii* gehören zunächst die *sui*, d. h. die zivilen Erben der ersten Ordnung, also namentlich die Deszendenten des Erblassers, die zur Zeit seines Todes in seiner väterlichen Gewalt standen, sei es, daß sie durch Gesetz, sei es, daß sie durch Testament berufen sind. Ferner gehören zu den *necessarii* die Sklaven des Erblassers, die dieser in seinem Testament für frei erklärt und zu Erben eingesetzt hat.

Alle diese Personen erwerben die Erbschaft *ipso jure*, kraft der Berufung, unabhängig von ihrem Wissen oder Wollen, also auch dann, wenn es garnicht zu ihrer Kenntnis gelangt war, daß sie berufen sind, oder wenn sie erklären, nicht Erben sein zu wollen, oder wenn sie wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit garnicht in der Lage sind ihren Willen wirksam zu äußern.

Hierin liegt für diese Personen ein Vorteil, aber auch ein Nachteil. Der Vorteil besteht darin, daß auch *infantes* und *Wahnsinnige* die Erbschaft erwerben können; der Nachteil besteht darin, daß dem Erben wider seinen Willen eine überschuldete Erbschaft aufgezwungen werden kann. Gegen diesen Nachteil schützte der Prätor die *sui* in der Weise, daß er ihnen das *jus abstinendi* gewährte, d. h. das Recht, sich von der bereits erworbenen Erbschaft loszusagen. Die zu Erben eingesetzten Sklaven aber schützte er in der Weise, daß er sie für die Nachlassschulden nur mit dem Nachlassvermögen haften ließ, und nicht mit dem, was sie später hinzuerwarben.

b. Alle übrigen zur Erbschaft berufenen Personen heißen *heredes voluntarii* und erwerben die Erbschaft nicht *ipso jure*, nicht kraft der Berufung, sondern nur wenn sie nach der Berufung erklären die Erbschaft erwerben zu wollen. Die Berufung macht sie also nicht zu Erben sondern gibt ihnen nur die Möglichkeit die Erbschaft zu erwerben (*facultas acquirendi*); sie können nun die Erbschaft entweder ausschlagen (*repudiare hereditatem*) oder sie annehmen (*adire hereditatem*).

2. Wie alle Geschäfte des alten Zivilrechts so bedurfte auch die Antretung der Erbschaft einer bestimmten Form; dies war die *cretio* d. h. eine vor Zeugen in feierlichen Worten abgegebene Erklärung. Später trat an ihre Stelle die formlose Antretung; sie geschah entweder durch mündliche Erklärung (z. B. gegenüber einem Gläubiger oder Schuldner der Erbschaft) oder durch sog. *pro herede gestio* d. h. durch Vornahme solcher Handlungen, aus denen ersichtlich ist, daß der Berufene Erbe sein will (z. B. durch Verkauf von Nachlasssachen, Einziehung von Nachlassforderungen, Bezahlung von Nachlassschulden) (D. 29, 2, 20—22) [2625].

Die Antretung muß unbedingt und vorbehaltlos erfolgen

und ist unwirksam, wenn der Berufene im Zweifel ist, ob er berufen sei, sowie auch wenn er im Zweifel oder im Irrtum ist über den Grund seiner Berufung oder über die Größe seines Erbteils. Eine Antrittserklärung, die vor der Berufung abgegeben ist, ist unwirksam [2636—2637]. Stellvertretung wurde bei der Antretung nicht zugelassen [anders 2624].

### § 130. Fähigkeit zum Antritt der Erbschaft.

1. Da der Berufene durch den Antritt der Erbschaft auch die Haftung für die Nachlassschulden auf sich nimmt, und der Antritt somit zu den *negotia onerosa* gehört, so setzt er volle Geschäftsfähigkeit voraus. Ein *infans* oder ein Wahnsinniger kann also, wenn er als *heres voluntarius* berufen ist, solange als seine Geschäftsunfähigkeit dauert, die Erbschaft überhaupt nicht antreten. Ein Kind das älter ist als sieben Jahre kann unter Mitwirkung seines Tutors antreten, ein *pubes*, der das fünfundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hat, mit Zustimmung seines Kurators.

2. Ein Volljähriger, der unter väterlicher Gewalt steht, ist zwar voll geschäftsfähig, da er aber nach älterem Recht die Erbschaft nicht für sich sondern für seinen Vater erwarb, und daher dieser für die Erbschaftsschulden haftete, so konnte er die Erbschaft nur mit Zustimmung seines Vaters (*jussu patris*) antreten. Jedoch bestimmte Justinian, daß der Sohn, wenn der Vater seine Zustimmung verweigert, trotzdem antreten kann, und die Erbschaft dann für sich als *bona adventicia irregularia* erwirbt.

3. Da auch ein Sklave, der in einem Testament zum Erben eingesetzt ist, die Erbschaft nicht für sich sondern für seinem Herrn Herrn erwirbt, so kann er gleichfalls nur *jussu domini* antreten.

### § 131. Fortfall der Berufung.

Die Berufung fällt fort durch Ausschlagung, durch Zeitablauf und durch den Tod des Berufenen.

1. Ausschlagung (*repudiatio*). Der *heres voluntarius* erlangt durch die Berufung noch nicht die Erbschaft sondern bloß die Möglichkeit die Erbschaft zu erwerben (*facultas acquirendi*). Diese *facultas* verwirklicht er durch die Antretung, er verliert sie, indem er die Erbschaft ausschlägt (*repudiare hereditatem*).

Im Allgemeinen gilt für die Ausschlagung dasselbe wie für die Antretung. Namentlich darf sie nicht vor der Berufung erfolgen, der Antretende darf nicht im Zweifel oder Irrtum sein, ob, aus welchem Grunde und zu welchem Bruchteil er berufen sei.

Die Ausschlagung kann formlos geschehen und setzt Geschäftsfähigkeit voraus (D. 29, 2, 18; 95) [2776—2786].

2. Zeitablauf. Wenn der zur Erbfolge Berufene mit der Antrittserklärung zögerte, so gab ihm der Prätor auf Antrag der Nachlassgläubiger sowie jeder Person, die an der alsbaldigen Klärung des Sachverhalts ein Interesse hatte, ein sog. *spatium deliberandi* d. h. eine Ueberlegungsfrist, die regelmäßig 100 Tage betrug; gab der Berufene während dieser Frist keinerlei Erklärung ab, so galt er als ausschlagend. Justinian bestimmte, daß das Schweigen während der Frist, umgekehrt als Annahme gelten solle [2634—2635].

3. Tod des Berufenen und Transmission. Im älteren Rechte galt der Satz „*hereditas nondum adita non transmittitur ad heredem heredis*“ d. h. stirbt der Berufene, vordem er sich über die Annahme erklärt, so wird die Sache so betrachtet, als habe er die Erbschaft ausgeschlagen, und die *facultas acquirendi* geht nicht auf seine Erben über. Dieser Grundsatz erschien besonders dann sehr unbillig, wenn der Berufene starb, bevor er Kenntnis von seiner Berufung erlangt hatte. Deshalb wurden in der Kaiserzeit zunächst einige singuläre Ausnahmen von dieser Regel zugelassen. Dann aber bestimmte Justinian ganz allgemein: Stirbt der Berufene ohne angetreten zu haben, so wird die ihm zustehende *facultas acquirendi* auf seine Erben übertragen, und diesen steht es nun frei die ihrem Erblasser deferierte Erbschaft entweder anzutreten oder auszuschlagen. Die Uebertragung findet nicht statt, wenn der Berufene von seiner Berufung bereits Kenntnis erlangt hatte und bis zu seinem Tode ein Jahr verflossen war, ohne daß er die Antretung erklärt hatte.

Das ist die sog. *transmissio Justinianeae*, durch welche der alte Satz von der Unübertragbarkeit der Berufung so gut wie beseitigt ist [2632].

## § 132. Wirkungen des Fortfalls der Berufung.

Bei Fortfall der Berufung können eintreten:

1. *Substitutio vulgaris*. Bei der testamentarischen Berufung werden alle anderen Wirkungen durch die Substitution ausgeschlossen, sie geht allen anderen vor.

2. *Successio ordinum et graduum*. Wenn bei der gesetzlichen Erbfolge alle zunächst berufenen Personen fortfallen, so werden nach ihnen diejenigen berufen, die gemäß der Intestaterbfolgeordnung an nächster Stelle stehen; also zunächst die zur selben Ordnung gehörigen Verwandten entfernteren Grades (*successio graduum*) und falls solche nicht vorhanden sind oder gleichfalls die

Erbchaft ausschlagen, die Intestaterben der nächsten Ordnung (successio ordinum).

3. Jus adcrecendi oder Anwachsung. Sind zwei oder mehrere Personen durch Gesetz oder Testament zusammen zur Erbfolge berufen und fällt ein Berufener fort oder fallen einige von den Berufenen fort, so wächst der dadurch freigewordene Teil der Erbchaft den Theilen der nachbleibenden Erben zu, nach Verhältnis der Größe ihrer Theile; sind z. B. berufen A zu  $\frac{1}{2}$ , B zu  $\frac{1}{4}$ , C zu  $\frac{1}{4}$  und schlägt C die Erbchaft aus, dann wächst dem Teile des A zu  $\frac{2}{12}$ , und dem Teile des B  $\frac{1}{12}$ .

Die Anwachsung vollzieht sich unabhängig vom Willen des Erben, hatte er daher die Erbchaft zu dem Teile, auf den er ursprünglich berufen war, angenommen, so kann er den später anwachsenden Teil nicht ausschlagen (D. 29, 2, 53, 1) [2878—2900].

4. Wenn alle durch Testament berufenen Personen, sowohl die instituti als auch die substituti fortfallen, so tritt die gesetzliche Erbfolge ein.

### § 133. Wiederaufhebung des Erwerbes der Erbchaft.

1. In den beiden vorhergehenden Paragraphen ist der Fall behandelt, daß ein Berufener fortfällt, vordem er die Erbchaft erwarb. Dagegen kann nach römischem Recht, wenn der Berufene die Erbchaft erworben hat, dieser bereits eingetretene Erwerb grundsätzlich nicht wieder aufgehoben werden, nach dem Sage: „semel heres semper heres“, d. h. wer einmal Erbe geworden, kann nicht wieder aufhören Erbe zu sein. Im späteren Rechte gab es jedoch eine nicht geringe Zahl von Fällen der Uebertragung des Erbchaftsvermögens, bei denen der Erbe zwar dem Namen nach Erbe blieb (er behielt das „nudum nomen heredis“), im praktischen Erfolge aber sein Erbrecht völlig wirkungslos gemacht wurde, indem alle mit der Erbchaft verbundenen Rechte und Pflichten auf andere Personen übergingen. Dahin gehören namentlich folgende Fälle: Abstinenz des suus heres, Gewährung der bonorum possessio cum re, Herausgabe der Erbchaft auf Grund eines Universalvermöchtnisses, und schließlich die Entziehung der Erbchaft wegen Unwürdigkeit. In allen diesen Fällen handelt es sich um ein Kompromiß zwischen den starren Grundsätzen des alten Rechts, die man nicht vollkommen beseitigen wollte und den Anforderungen der neuen Zeit, die man nicht unberücksichtigt lassen konnte.

2. An dieser Stelle ist nur die Entziehung der Erbchaft wegen Unwürdigkeit (ereptio propter indignitatem) zu besprechen [2847—2854; 2873—2877].

Aus bestimmten Gründen kann nämlich dem Erben, nachdem er bereits die Erbschaft erworben, das Erbschaftsvermögen wieder entrißen werden. Die Gründe der Creption sind hauptsächlich Vergehen gegen die Person des Erblassers; als unwürdig gilt namentlich wer den Erblasser getödet oder ihn an der Errichtung des Testaments gehindert hat. Das Recht die Erbschaft zu entreißen steht regelmäßig dem Fiskus zu. Der Unwürdige bleibt, auch nachdem ihm die Erbschaft entrißen ist, dem Namen nach Erbe, aber alle zum Nachlaß gehörigen Rechte verliert er und für die Nachlaßschulden hat er nicht mehr zu haften.

Die Indignität steht also weder der Berufung noch dem Erwerb der Erbschaft im Wege; sie gibt bloß dem Fiskus das Recht dem Unwürdigen, nachdem er die Erbschaft erworben, das Vermögen zu entreißen. Uebt der Fiskus dieses Recht aus irgend einem Grunde nicht aus, so bleibt der Unwürdige Erbe und behält das Vermögen.

## VI. Kapitel. Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

### § 134. Rechtsstellung des Erben.

Mit dem Erwerb der Erbschaft gehen alle übertragbaren Vermögensverhältnisse des Erblassers uno actu auf den Erben über, und zwar sowohl die Rechte (Eigentum, beschränkte Sachenrechte, Forderungen) als auch die Schulden (D. 29, 2, 37) [2639; 2646].

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auf den Erben nicht übergehen:

1. Rechtsverhältnisse, die nicht das Vermögen betreffen. Dahin gehören namentlich die Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft. Ferner sind nach älterem Recht dahin zu rechnen Deliktsansprüche und Deliktsschulden.

2. Vermögensverhältnisse, die vom Gesetz nicht eigentlich als Rechtsverhältnisse betrachtet werden. Dahin gehört namentlich der Besitz: alle Sachen, eigene und fremde, die der Erblasser bei seinem Tode im Besitz hat, werden mit seinem Tode besitzlos und bleiben es solange, als sie nicht vom Erben oder von einem anderen tatsächlich in Besitz genommen sind (D. 41, 2, 23 pr.).

3. Vermögensrechte, die nicht übertragbar sind, weil sie ihrem Inhalte nach an eine bestimmte Person geknüpft sind. Dahin gehören die persönlichen Servituten, sowie die sich auf Mandat, Gesellschaft und Dienstvertrag gründenden Rechtsverhältnisse.

Ferner hat der Erwerb der Erbschaft zur Folge, daß beide Vermögen d. h. das dem Erben bisher gehörige und die Erbschaft, in eins verschmelzen. Dies zeigt sich besonders darin, daß alle Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Erben und dem Erblasser bestanden, durch Konfusion untergehen. Ferner zeigt es sich darin, daß nicht nur die Erbschaft sondern auch das sonstige Vermögen des Erben den Nachlassgläubigern haftet, und das andererseits auch die sonstigen Gläubiger des Erben sich an den Nachlass halten können.

### § 135. Beneficium inventarii [2648—2657].

1. Der Erbe haftet grundsätzlich für alle Schulden des Nachlasses zu ihrem vollen Betrage, auch wenn ihr Gesamtbetrag den Wert des Nachlasses übersteigt. Jedoch hat Justinian (C. 6, 30, 22) dem Erben die Möglichkeit gegeben durch Errichtung eines Inventars seine Haftung auf den Wert des Nachlasses zu beschränken. Die Voraussetzungen dieser Wohlthat (*beneficium inventarii*) sind folgende:

2. Der Erbe hat, sobald er Kenntnis von seiner Berufung erhält, unverzüglich die Erbschaft anzutreten. Während des ersten Monats nach dem Antritt muß er mit der Errichtung des Inventars beginnen und dasselbe im Laufe der folgenden zwei Monate fertigstellen. Während dieser drei Monate darf kein Nachlassgläubiger irgend welche Ansprüche gegen ihn erheben. Der Erbe ist verpflichtet in das Inventar, das er unter Mitwirkung eines Notars und der Nachlassgläubiger errichtet, alle Nachlasssachen (sowohl körperliche Sachen als Forderungen und sonstige Vermögensrechte) mit Angabe ihres Wertes aufzunehmen. Der Erbe hat auf Aufforderung eines Nachlassgläubigers die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben zu beschwören.

3. Ist das Inventar ordnungsgemäß errichtet, so haftet der Erbe den Nachlassgläubigern nur bis zu dem Gesamtwert des Nachlasses, wie er sich aus dem Inventar ergibt. Hierbei ist er nicht verpflichtet alle Gläubiger nach Verhältnis der Höhe ihrer Forderungen gleichmäßig zu befriedigen, sondern er ist berechtigt die Nachlassgläubiger und die Legatäre in der Reihenfolge zu befriedigen, in der sie sich melden. Ist auf diese Weise die Summe, bis zu deren Höhe er haftet, erschöpft, so braucht er den sich später meldenden nichts zu zahlen.

Die leer ausgehenden Gläubiger haben jedoch das Recht mit der *condictio indebiti* von den bereits befriedigten Gläubigern Zahlung zu verlangen, wenn sie letzteren gegenüber irgend ein Verzugsrecht nachweisen können.

### § 136. *Beneficium separationis* [2658—2662].

Während das soeben dargestellte *beneficium inventarii* den Erben schützt gegen die Ueberschuldung des Nachlasses, soll das *beneficium separationis* die Nachlassgläubiger schützen gegen die Ueberschuldung des Erben.

Wie bemerkt hat der Erwerb der Erbschaft zur Folge die Verschmelzung des Nachlasses mit dem bisherigen Vermögen des Erben, so daß die bisherigen Gläubiger des Erben auch aus dem Nachlaß Befriedigung ihrer Forderungen suchen können. Darin liegt eine Unbilligkeit gegen die Nachlassgläubiger, wenn der Nachlaß zwar ausreichend, der Erbe selbst aber überschuldet ist.

Um diesen Mißstand zu beseitigen, bestimmte der Prätor: Hat der Erbe eigene Schulden, so können die Nachlassgläubiger verlangen, daß beide Massen d. h. der Nachlaß und das sonstige Vermögen des Erben, von einander getrennt werden, und daß aus dem Nachlaß zuerst nur die Nachlassgläubiger Befriedigung erlangen. Bleibt nach ihrer vollen Befriedigung noch ein Rest vom Nachlasse übrig, so können sich die sonstigen Gläubiger des Erben an diesen Rest halten.

### § 137. *Rechtsstellung der Miterben* [2677 f. f.].

Gleich wie der Alleinerbe *uno actu* in alle Vermögensverhältnisse des Erblassers eintritt, so gehen dieselben, wenn mehrere Erben vorhanden sind, auf alle Erben gemeinschaftlich über. Es entsteht zwischen den Miterben eine Gemeinschaft bezüglich des Nachlasses. Die Erbschaft als Ganzes gehört jedem von ihnen zu einem Bruchteil. Ebenso ist jeder Miterbe an jedem einzelnen Recht und an jeder einzelnen Schuld nach Verhältnis seines Erbteils beteiligt. Hierbei gelten folgende Regeln:

1. Teilbare Forderungen sind schon nach dem Zwölftafelgesetz unter den Miterben geteilt: „*nomina ipso jure divisa sunt*“ (C. 3, 36, 6). Jeder Miterbe kann eine solche Forderung unabhängig von den anderen zu seinem Teil einziehen.

2. Teilbare Schulden sind gleichfalls unter den Erben geteilt: „*aes alienum hereditarium ipso jure divisum est*“. Jeder Nachlassgläubiger kann jeden Miterben verklagen, jedoch nur auf dessen Teil.

3. Unteilbare Forderungen stehen jedem Miterben *in solidum* zu. Jeder Miterbe kann sie gegenüber dem Schuldner allein im Ganzen geltend machen, muß aber den erlangten Vorteil mit den anderen teilen.

4. Unteilbare Nachlassschulden können gegenüber jedem ein-

zelnen Miterben in solidum geltend gemacht werden; hat aber einer von ihnen den Gläubiger voll befriedigt, so kann er von den anderen Ersatz verlangen.

5. Das Eigentum an den einzelnen Nachlasssachen steht den Miterben nach Bruchteilen zu.

6. Unteilbare Rechte an fremden Sachen z. B. Prädialservituten stehen jedem Miterben in solidum zu.

### § 138. Erbteilung [2685 f.f.].

Der allgemeine Satz, daß Niemand gezwungen wird wider seinen Willen in einer Gemeinschaft zu bleiben, gilt auch für die Erbgemeinschaft: Jeder Miterbe kann jeder Zeit Teilung verlangen mit der Erbteilungsklage (*judicium familiae erciscundae*). Im Allgemeinen finden hier die Vorschriften über die *actio communi dividundo* Anwendung. Doch bestehen einige Besonderheiten:

1. Gewisse Nachlasssachen sind von der Teilung ausgeschlossen; so bleiben z. B. Testamentsurkunden und andere zum Nachlaß gehörige Dokumente gemeinschaftlich, und der Richter übergibt sie einem der Erben zur Aufbewahrung für alle.

2. Die Erbteilungsklage kann nur einmal erhoben werden. Ist noch etwas ungeteilt geblieben, so kann wegen desselben nur noch die *actio communi dividundo* erhoben werden.

### § 139. Kollation [2745—2762].

Gegenstand der Erbteilung ist der Nachlaß, doch können unter Umständen auch Vermögensstücke, die einem Erben schon vor dem Erbfall gehörten, bei der Teilung in Anrechnung gebracht werden. Hier reden die Quellen von *collatio*.

Die Kollationsfälle des prätorischen Rechts (namentlich die *collatio bonorum emancipati*) kamen in der Kaiserzeit in Fortfall. Indessen bildete sich später eine andere Art der Kollation aus, die auf der Erwägung beruhte, daß es dem vermutlichen Willen der Eltern entspreche, bei der Erbfolge keines der Kinder vor den anderen zu bevorzugen. Deshalb legte man allen Deszendenten, die zusammen einen Aszendenten ab intestato beerbten, die Pflicht auf, gewisse unentgeltliche Zuwendungen, die sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten erhalten hatten, zu konferieren, d. h. auf ihren Erbteil anzurechnen.

Dem Erblasser steht es bei jeder Zuwendung frei zu bestimmen, ob sie angerechnet werden soll oder nicht. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so sind zu konferieren die Mitgift, die *donatio*

propter nuptias (§ 105, 7) und die sog. militia, d. h. die Geldsumme, die der Erblasser gezahlt hat, um einem Kinde eine künftliche staatliche Stellung zu verschaffen (C. 6, 20, 17; 19).

Justinian bestimmte, daß die Kollation auch Platz greifen sollte, wenn Deszendenten ihren Aszendenten auf Grund eines Testaments beerben.

## § 140. Schutz des Erbrechts.

1. Dem Zivilerben stehen alle Klagen zu, die bereits in der Person des Erblassers begründet waren, wofern sie überhaupt vererblich sind. Mit diesen sog. Singularklagen kann der Erbe die einzelnen zum Nachlaß gehörigen Rechte geltend machen.

2. Außerdem steht dem Erben auch eine sog. Universalklage zu, die nicht vom Erblasser auf ihn übergeht, sondern erst in der Person des Erben entsteht [2599—2620]. Das ist die hereditatis petitio, durch welche er sein Erbrecht geltend macht und die zur Entscheidung der Frage dient, ob Kläger oder Beklagter Erbe sei. Klageberechtigt ist der Erbe, sei es daß er durch Gesetz oder Testament berufen ist, sei es, daß er alleiniger Erbe oder Teilerbe ist. Beklagter ist, wer als Erbe oder völlig grundlos besitzt (is qui pro herede vel pro possessore possidet D. 5, 3, 9), d. h. wer das ganze Nachlaßvermögen, einzelne Nachlaßsachen oder sonstige Werte aus dem Nachlasse dem Kläger vorenthält unter dem Vorgeben, selbst Erbe zu sein oder ohne Angabe irgend eines Grundes. Gibt er dagegen irgend einen anderen Grund seines Besitzes an (z. B. er habe die Sache vom Erblasser gekauft oder geschenkt erhalten), so muß gegen ihn eine Singularklage erhoben werden.

3. Die hereditatis petitio ist gerichtet auf Anerkennung des Erbrechts und auf Herausgabe dessen, was der Beklagte dem Kläger aus der Erbschaft vorenthält. Kläger hat zu beweisen, daß er Erbe sei, und daß die Sache, deren Herausgabe er verlangt, zum Nachlaß gehört. Als zum Nachlaß gehörig gelten aber nicht nur die Sachen, die im Eigentum des Erblassers standen, sondern auch die Sachen, die in seinem Besitz oder in seiner Detention waren.

4. Für die Haftung des Beklagten gelten die Vorschriften des S. C. Iuventianum. Darnach hat der bösgläubige Besitzer alles herauszugeben, was aus der Erbschaft an ihn gelangte, und ihm allen Schaden zu ersetzen, den er durch sein Verschulden dem Kläger zugefügt hat; der gutgläubige Besitzer dagegen haftet nur insoweit, als er bei Beginn des Prozesses aus dem Nachlasse bereichert ist.

Auch hier verschärft die Haftung beider sich mit dem Beginn des Prozesses.

5. In Bezug auf die Gegenforderungen des Beklagten wegen Aufwendungen gelten auch hier im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie bei der rei vindicatio.

### § 141. Erbschafts Kauf [2667—2676].

Häufig wird in den Quellen der Verkauf einer bereits erworbenen Erbschaft erwähnt.

War der Fiskus Erbe geworden und verkaufte dann die Erbschaft, so hatte dieses Geschäft dingliche Wirkung und der Käufer erlangte anstatt des Fiskus die Rechtsstellung eines Erben. Es lag darin also eine Ausnahme von dem Sage: „semel heres, semper heres“.

Verkaufte dagegen ein sonstiger Erbe die von ihm erworbene Erbschaft, so hatte dieses Geschäft nicht dingliche sondern nur obligatorische Wirkung; der Käufer wurde nicht Erbe sondern konnte nur vom Verkäufer verlangen, daß dieser alle Rechte des Nachlasses einzeln auf ihn übertrage, wogegen er verpflichtet war den Verkäufer von allen Nachlassschulden zu befreien (D. 18, 4, 2 pr.). Den Erbschaftsgläubigern gegenüber blieb der Verkäufer haftbar.

## VII. Kapitel. Vermächnisse.

### § 142. Geschichtliche Entwicklung.

1. Bisher war die Rede von der Universalzufassung oder Erbfolge im engeren Sinn. Daneben kennt das römische Recht auch eine Singularzufassung. Der Hauptfall derselben ist das Vermächtnis. Im späteren Rechte jedoch nahmen gewisse Vermächtnisse Formen an, durch die sie sich der Universalzufassung näherten, so daß der scharfe Gegensatz zwischen beiden etwas verwischt wurde.

Wenn wir von dieser Entartung des späteren Rechts absehen, so können wir das Vermächtnis definieren als eine letztwillige Zuwendung eines Vermögensvorteils aus dem Nachlaß, durch welche nicht eine Universalzufassung begründet wird [1702].

In der geschichtlichen Entwicklung unterscheidet man zwei Stadien:

2. Das altzivilie Vermächtnis (legatum) konnte nur in einem Testament angeordnet werden, in dem der Testator zu Lasten des Testamentserben einem Dritten einen Vorteil zuwendet. Der belastete Testamentserbe heißt oneratus, der Vermächtnisnehmer —

legatarius. Für die Anordnung waren bestimmte Wortformen vorgeschrieben.

3. Das Vermächtnis der späteren Zeit heißt fideicommissum. Schon in republikanischer Zeit geschah es oft, daß der Erblasser seinen zukünftigen Erben ganz formlos ersuchte einem Dritten aus dem Nachlasse eine Sache oder eine Geldsumme herauszugeben. Eine solche Bitte war rechtlich ohne Bedeutung und die Erfüllung war lediglich dem Anstandsgefühl überlassen.

Kaiser Augustus aber bestimmte, daß der Konsul derartige Fälle untersuchen sollte und, wenn die Billigkeit es zu erfordern schien, den Erben zur Erfüllung zwingen. Im späteren Recht wurden auch diese Sachen dem Prätor überwiesen.

4. Anfangs war das Fideikommiß nach Form und Inhalt ganz frei. Später fand ein Ausgleich mit dem Legat statt, indem das Legat von einigen Beschränkungen befreit wurde und die übrigen bleibenden Beschränkungen auf das Fideikommiß ausgedehnt wurden. Justinian schließlich stellte beide einander vollständig gleich:

5. Schon Kaiser Theodosius führte eine einheitliche Form für die Errichtung beider Arten von Vermächtnissen ein; es war dieses die ordentliche Testamentsform mit der einzigen Abweichung, daß hier nicht 7 sondern nur 5 Zeugen erfordert wurden. Diese Form wurde codicillus genannt, ein Name der vorher für ganz formlose Schriftstücke gebraucht wurde. Die so erzielte Einheitlichkeit der Vermächtnisform wurde von Justinian durchbrochen, indem er dem formlos errichteten Vermächtnis wiederum eine gewisse Wirkung beilegte. Er bestimmte: Wer behauptet, der Erblasser habe ihm formlos ein Vermächtnis hinterlassen, kann von dem Erben verlangen, daß dieser einen Eid dahin leiste: „quod nihil tale a testatore audivit“; leistet er diesen Eid nicht so muß er das Vermächtnis erfüllen; erklärt er sich aber bereit den Eid zu leisten, so kann der Kläger sich keiner anderen Beweismittel bedienen und wird auf jeden Fall abgewiesen (J. 2, 23, 12). Neuere Schriftsteller nennen diese Form *Oralfideikommiß*.

### § 143. Voraussetzungen der Gültigkeit des Vermächtnisses.

Nach justinianischem Recht kann mit einem Vermächtnis belastet werden der Testamentserbe, der gesetzliche Erbe sowie überhaupt jeder der aus dem Nachlaß einen Vermögensvorteil von Todeswegen erhält [2159—2163].

Ursprünglich galt das Vermächtnis als eine persönliche Last und wurde ungültig, wenn der Belastete nicht Erbe wurde, also namentlich wenn er die Erbschaft ausschlug. Justinian hat diese Regel zwar nicht aufgehoben, aber so viele Ausnahmen zugelassen,

daß bei Fortfall des Belasteten in den meisten Fällen das Vermächtnis zu tragen hat, wer an seine Stelle tritt [2831].

Von Nebenbestimmungen sind beim Vermächtnis zulässig nicht nur Suspensivbedingungen, Modus und Substitution (wie bei der Erbeinsetzung), sondern auch (anders als bei der Erbeinsetzung) Zeitbestimmungen und Resolutivbedingungen, so daß also der Satz: „semel heres, semper heres“ auf Vermächtnisse keine analoge Anwendung findet, und daher mehrere Personen der Reihe nach mit demselben Vermächtnisse bedacht werden können [2337].

Eine alte Regel (regula Catoniana) bestimmte, daß die Voraussetzungen der Gültigkeit eines Legats bereits im Augenblicke der Anordnung vorliegen müssen.

#### § 144. Die Falzidische Quart [2308—2316].

Wer einen Erben ernennt und ihm Vermächtnisse auferlegt, wird wohl regelmäßig dafür Sorge tragen, daß nach Auszahlung der Vermächtnisse auch dem Erben selbst noch ein gewisser Teil des Nachlasses verbleibt. Wenn jedoch der Testator den Wert seines Vermögens überschätzt, oder wenn sein Vermögen in der Zeit zwischen Testamentserrichtung und Tod des Erblassers sich erheblich vermindert, so kann es leicht geschehen, daß durch die Vermächtnisse der ganze Nachlaß erschöpft wird.

Diese Schwierigkeit wurde nach zwei mißlungenen Versuchen (lex Furia und lex Voconia) befriedigend gelöst durch die lex Falcidia v. J. 38 v. Chr., welche bestimmte: Dem Erben muß ein Viertel des Wertes seines Erbteils frei von Vermächtnissen verbleiben; ist diese Grenze überschritten, so kann er die Vermächtnisse nach Verhältnis ihres Wertes kürzen (Gai 2, 227; D. 35, 2, 1 pr.).

#### § 145. Erwerb und Rechtsschutz der Vermächtnisse.

1. Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich ipso jure, ohne daß eine Annahmeerklärung erforderlich wäre. Aber der Vermächtnisnehmer kann, nachdem er erworben, das Vermächtnis ausschlagen, und dann wird der Erwerb mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben [abweichend 2187, 2199, 2200—2201].

2. Im älteren Recht war die Wirkung des Erwerbs verschieden, je nach den Wortformeln, in welchen das Legat angeordnet war. Es gab vier solcher Formen, von denen die wichtigsten waren das legatum per vindicationem und das legatum per damnationem. Gegenstand eines Bindifikationslegats konnte nur eine dem Testator gehörige Sache sein, die dann unmittelbar in

das Eigentum des Vermächtnisnehmers übergang. Gegenstand eines Damnationslegats konnten Sachen jeder Art oder auch Geldsummen sein; hier erwarb der Vermächtnisnehmer nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Erfüllung. Wie überall, wo das Gesetz eine bestimmte Form vorschreibt, so waren auch hier fehlerhafte und daher ungültige Legate nicht selten. Daher bestimmte das S. C. Neronianum, daß jedes nicht formgerechte Legat als Damnationslegat aufrecht erhalten werden sollte (Gai 2, 192—223).

Das Fideikommiß hatte stets nur obligatorische Wirkung.

3. Indem Justinian die Legate und Fideikommiße mit einander verschmolz, bestimmte er, daß aus jedem Vermächtnis eine persönliche Klage (*actio testamenti*) gegen den Belasteten entstehen solle, die durch ein gesetzliches Pfandrecht an allen Sachen, die der Belastete aus dem Nachlaß erworben hat, besichert ist. Nur in dem Falle, wenn der Testator eine Sache vermacht hat, die bei der Anordnung des Legats in seinem Eigentum stand und bis zu seinem Tode in seinem Eigentum verblieb, soll der Bedachte außerdem noch eine *rei vindicatio* haben, mit der er die Sache jedem dritten Besitzer abfordern kann [2206].

## § 146. Einzelne Arten der Vermächtnisse.

1. Ist eine individuell bestimmte Sache vermacht, und steht sie bis zum Tode des Erblassers in dessen Eigentum, so geht das Eigentum unmittelbar auf den Bedachten über. Gehört die Sache dagegen einem Dritten, so ist der Belastete verpflichtet sie für den Bedachten zu erwerben; will der Eigentümer sie nicht zu einem angemessenen Preise verkaufen, so kann der Belastete sich durch Leistung des Schätzungswerts von seiner Verpflichtung befreien [2223—2243].

2. Ist Gegenstand des Vermächtnisses eine nur nach Gattungsmerkmalen bestimmte Sache (*legatum generis* z. B. ein Kavalleriepferd), so kann der Bedachte, wofern solche Sachen im Nachlaß vorhanden sind, sich eine aussuchen. Sind keine vorhanden, so hat der Belastete mit Mitteln des Nachlasses eine solche anzuschaffen [2244—2258].

3. Sind Gegenstand des Vermächtnisses vertretbare Sachen (*bares Geld, Weizen, Wein*) so ist zu unterscheiden: Hat der Testator die Quantität bestimmt, so finden die Vorschriften über das *legatum generis* Anwendung; hat er die Quantität nicht bestimmt, so gebührt dem Bedachten alles, was sich davon im Nachlasse vorfindet [2265—2267].

4. Auch ein beschränktes dingliches Recht kann Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Sehr häufig war das Vermächtnis eines

Nießbrauchs an einer oder mehreren dem Testator gehörigen Sachen. In einem solchen Falle geht das Recht unmittelbar auf den Bedachten über [2280—2283].

5. Ein *legatum nominis*. Gegenstand eines Vermächtnisses kann auch eine Forderung sein, die dem Testator gegen einen Dritten zusteht z. B. *Titio dari volo decem quae Sejus mihi debet*. Hier ist der Erbe lediglich verpflichtet dem Bedachten die Forderung zu zedieren, und haftet ihm nicht weder für Bestand der Forderung noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners [2286—2296].

6. Ein *legatum liberationis* liegt vor, wenn der Testator in Form eines Legats seinem Schuldner die Schuld erläßt: *Titio decem quae mihi debet lego* [2297—2303].

7. Eine ganz eigentümliche Vermächtnisart ist das *legatum debiti*. Hier vermacht der Testator seinem eigenen Gläubiger das, was er diesem schuldet: *Titio decem quae ego ei debeo lego*. Ein solches Legat ist nur dann wirksam, wenn es dem Bedachten mehr gewährt als er schon bisher zu fordern hatte, so z. B. wenn die Schuld befristet, das Legat unbefristet ist [2304—2307].

#### § 147. Universalvermächtnis [2317—2336].

Das Universalvermächtnis (*fideicommissum hereditatis*, auch *Universalfideikommiss* genannt) ist ein Vermächtnis, dessen Gegenstand die Erbschaft im Ganzen oder ein Bruchteil derselben ist. Bei ihm erscheinen die Grundsätze der Singular- und der Universalzufession in eigentümlicher Weise gemischt. Hierüber bestimmte das S. C. *Trebellianum* (56 v. Chr.): Hat der Erbe gemäß der Anordnung des Testators dem Vermächtnisnehmer die ganze Erbschaft herausgegeben, so behält er nur das *nudum nomen heredis*, während der Vermächtnisnehmer *loco heredis* ist, d. h. alle Rechte und Pflichten eines Erben hat. Ist Gegenstand des Vermächtnisses nur ein Bruchteil der Erbschaft und hat der Erbe es erfüllt, so nehmen Erbe und Vermächtnisnehmer neben einander die Stellung von Miterben ein.

Bald darauf wurde das S. C. *Pegasianum* erlassen, welches die *lex Falcidia* auch auf die *Universalfideikommiss*e ausdehnte und außerdem noch einige unzweckmäßige Aenderungen einführte (Gai 2, 254—259). Die letzteren wurden von Justinian wieder beseitigt.

Damit ist auch hier im praktischen Ergebnis der Satz: „*semel heres, semper heres*“, beseitigt, und es ist, wenn auch nicht dem Namen, so doch der Sache nach möglich, zwei oder gar mehrere Erben nach einander zu ernennen.

## VIII. Kapitel. Sonstige Fälle eines Erwerbes von Todeswegen.

### § 148. Schenkung von Todes wegen [2421—2432].

Donatio mortis causa ist eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt.

Die Bedingung kann als eine suspensive gemeint sein, dann erwirbt der Beschenkte das Eigentum erst nach dem Tode des Schenkers; ist sie dagegen als eine resolutive gemeint, dann erwirbt der Beschenkte das Eigentum sofort mit der Uebergabe, wenn er jedoch vor dem Schenker stirbt, so fällt das Eigentum an den Schenker zurück.

In beiden Fällen aber hat der Schenker das Recht so lange er lebt die Schenkung jederzeit zu widerrufen.

Mithin ist die Schenkung von Todeswegen eine letztwillige Verfügung, die nur dann vollwirksam werden kann, wenn der Schenker seinen Willen bis zu seinem Tode nicht geändert hat. Insofern gleicht sie dem Vermächtnis, sie unterscheidet sich aber von demselben darin, daß sie nicht eine einseitige Verfügung, sondern ein Vertrag ist. Infolge dieses gemischten Charakters unterliegt sie teils den Vorschriften über das Vermächtnis (z. B. lex Falcidia), teils den Vorschriften über die Schenkung (z. B. bezüglich der Form).

### § 149. Mortis causa capio.

Im weiteren Sinne bezeichnet man mit diesem Ausdruck jeden Erwerb von Todeswegen, also auch die Erbfolge, das Vermächtnis, die Schenkung von Todeswegen; im engeren Sinne versteht man darunter nur diejenigen Fälle eines Erwerbs von Todeswegen, die nicht unter die soeben genannten besonderen Begriffe fallen [D. 39, 6, 31 pr.]. Dahin gehören namentlich folgende Erscheinungen im Rechtsleben:

1. Es ist Jemand zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht unter der Bedingung, daß er einem Dritten eine Geldsumme gebe.

2. Dem zur Erbschaft Berufenen wird von einem Substituten oder einem sonstigen Nachberufenen oder von einem Mitberufenen eine Geldsumme gezahlt, damit er die Erbschaft ausschlage.

3. Dem zur Erbschaft Berufenen wird von einem Legator eine Geldsumme gezahlt, damit er die Erbschaft antrete.



# Inhaltsverzeichnis.

	S.			S.
<b>Einleitung.</b>				
§ 1. Bedeutung des römischen Rechts für die Gegenwart	1			
Erstes Buch.				
<b>Allgemeine Lehren.</b>				
I. Kapitel.				
<b>Personen oder Rechtssubjekte.</b>				
§ 2. Begriff der Persönlichkeit	3			
§ 3. Geburt und Tod	4			
§ 4. Handlungsfähigkeit	5			
§ 5. Wohnsitz	6			
§ 6. Juristische Personen	7			
II. Kapitel.				
<b>Sachen oder Rechtsobjekte.</b>				
§ 7. Begriff der Sache	8			
§ 8. Die dem Verkehr entzogenen Sachen	9			
§ 9. Arten der Sachen	10			
III. Kapitel.				
<b>Entstehung und Untergang der Rechte.</b>				
§ 10. Allgemeines	12			
§ 11. Begriff des Rechtsgeschäfts	12			
§ 12. Form der Willenserklärung	14			
§ 13. Verhältnis zwischen Wille und Erklärung. Zwang und Irrtum	14			
§ 14. Bedingungen	15			
§ 15. Zeitbestimmungen	16			
§ 16. Stellvertretung	17			
§ 17. Rechtsverletzung und Unrecht	17			
§ 18. Zeitablauf	19			
IV. Kapitel.				
<b>Ausübung und Schutz der Rechte.</b>				
§ 19. Allgemeines	20			
§ 20. Die Klage	22			
§ 21. Klageverjährung	22			
§ 22. Verteidigung des Beklagten und Beweis	23			
§ 23. Das gerichtliche Urteil	24			
Zweites Buch.				
<b>Sachenrecht.</b>				
I. Kapitel.				
<b>Eigentum.</b>				
§ 24. Inhalt und Beschränkungen des Eigentums	25			
§ 25. Erwerb des Eigentums	26			
§ 26. Traditio	26			
§ 27. Occupatio und Schatzfindung	27			
§ 28. Spezifikation	28			
§ 29. Erwerb der Früchte	29			
§ 30. Accessio	29			
§ 31. Adjudicatio	30			
§ 32. Erziehung	30			
§ 33. Eigentumsklagen	32			
§ 34. Actio Publiciano	34			
II. Kapitel.				
<b>Besitz (possessio).</b>				
§ 35. Begriff und Bedeutung des Besitzes	34			
§ 36. Erwerb des Besitzes	36			
§ 37. Verlust des Besitzes	38			
§ 38. Besitzschutz	38			
III. Kapitel.				
<b>§ 39. Miteigentum und Mitbesitz.</b>				
IV. Kapitel.				
<b>Servituten.</b>				
§ 40. Begriff und Arten der Servituten	40			
§ 41. Prädialservituten	41			
§ 42. Personalservituten	42			
§ 43. Entstehung und Untergang der Servituten	44			
§ 44. Schutz der Servituten	44			
V. Kapitel.				
<b>§ 45. Emphyteusis und Superficies.</b>				
VI. Kapitel.				
<b>Pfandrecht.</b>				
§ 46. Gesichtliche Entwidlung	45			
§ 47. Voraussetzungen d. Pfandrechts	47			
§ 48. Wirkungen des Pfandrechts	47			
§ 49. Klagen aus dem Pfandrechte	49			
§ 50. Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte	49			
§ 51. Untergang des Pfandrechts	51			
§ 52. Pfandrecht an Rechten	51			

## Drittes Buch. §.

**Obligationenrecht.**

## I. Kapitel.

**Begriff und Wesen der Obligation.**

§ 53.	Obligation und Sachenrecht	52
§ 54.	Gegenstand der Obligation	53
§ 55.	Schadenersatz . . . . .	53
§ 56.	Zinsen . . . . .	54
§ 57.	Naturalobligationen . . . . .	55

## II. Kapitel.

**Entstehung der Obligation.**

§ 58.	Uebersicht . . . . .	55
§ 59.	Vertrag und einseitiges Versprechen . . . . .	56
§ 60.	Geschichtliche Entwicklung der Schuldverträge . . . . .	56

## III. Kapitel.

**Entgeltliche Verträge.**

§ 61.	Kaufvertrag . . . . .	58
§ 62.	Tausch . . . . .	60
§ 63.	Sachmiete . . . . .	61
§ 64.	Dienstmiete . . . . .	64
§ 65.	Werkvertrag . . . . .	65
§ 66.	Receptum . . . . .	66
§ 67.	Lex Rhodia de jactu . . . . .	66
§ 68.	Gesellschaft . . . . .	67
§ 69.	Bergleich . . . . .	68
§ 70.	Schiedsvertrag . . . . .	68
§ 71.	Spiel und Wette . . . . .	69

## IV. Kapitel.

**Unentgeltliche Verträge.**

§ 72.	Schenkung . . . . .	69
§ 73.	Leihe . . . . .	70
§ 74.	Verwahrung . . . . .	71
§ 75.	Auftrag . . . . .	72
§ 76.	Darlehn . . . . .	73
§ 77.	Seedarlehn . . . . .	75
§ 78.	Pfandvertrag . . . . .	76

## V. Kapitel.

**Delikte und verwandte Fälle.**

§ 79.	Allgemeines . . . . .	76
§ 80.	Sachbeschädigung . . . . .	78
§ 81.	Haftung für Delikte an- derer und für Tier- schaden . . . . .	80

## VI. Kapitel.

**Obligaciones quasi ex contractu.**

§ 82.	Allgemeines . . . . .	80
§ 83.	Negotiorum gestio . . . . .	81
§ 84.	Ungerechtfertigte Bereiche- rung . . . . .	81

## VII. Kapitel. §.

**Aufhebung der Obligation.**

§ 85.	Allgemeines . . . . .	83
-------	-----------------------	----

## 1. Abschnitt.

**Erfüllung.**

§ 86.	Gegenstand der Erfüllung	84
§ 87.	Die an der Erfüllung be- teiligten Personen . . . . .	84
§ 88.	Ort der Erfüllung . . . . .	85
§ 89.	Zeit der Erfüllung . . . . .	86
§ 90.	Verzug des Schuldners . . . . .	87
§ 91.	Verzug des Gläubigers	88

## 2. Abschnitt.

**Sonstige Aufhebungsgründe.**

§ 92.	Unmöglichwerden der Er- füllung . . . . .	89
§ 93.	Kompensation und Re- tention . . . . .	90
§ 94.	Konfusion . . . . .	91
§ 95.	Novation . . . . .	91

## VIII. Kapitel.

**Nachfolge in Forderung und Schuld.**

§ 96.	Uebertragung der Forde- rung . . . . .	92
§ 97.	Schuldübernahme . . . . .	94

## IX. Kapitel.

**Konventionalstrafe und Handgeld.**

§ 98.	Konventionalstrafe . . . . .	94
§ 99.	Handgeld . . . . .	65

## X. Kapitel.

**Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.**

§ 100.	Korreal- und Solidar- obligationen . . . . .	96
§ 101.	Bürgschaft . . . . .	98
§ 102.	Interzession der Frauen	99

## Viertes Buch.

**Familienrecht.**

§ 103.	Einleitung . . . . .	100
--------	----------------------	-----

## I. Kapitel.

**Die Ehe.**

§ 104.	Eheschließung und per- sönliche Verhältnisse der Ehegatten . . . . .	100
§ 105.	Vermögensrechtliche Be- ziehungen der Ehegat- ten . . . . .	101
§ 106.	Auflösung der Ehe . . . . .	104

	S.		S.
<b>II. Kapitel.</b>			
<b>Väterliche Gewalt.</b>			
§ 107. Gewalt über die Person	104	§ 126. Befristung, Bedingung u. Auflage . . . . .	124
§ 108. Gewalt über das Vermögen . . . . .	105	§ 127. Substitutionen . . . . .	125
§ 109. Entstehung der väterlichen Gewalt . . . . .	107	<b>IV. Kapitel.</b>	
§ 110. Aufhebung der väterlichen Gewalt . . . . .	109	<b>§ 128. Noterbrecht.</b>	
<b>III. Kapitel.</b>		<b>V. Kapitel.</b>	
<b>§ 111. Verwandtschaft.</b>		<b>Erwerb der Erbschaft.</b>	
<b>IV. Kapitel.</b>		§ 129. Heredes necessarii und heredes voluntarii . . . . .	126
<b>Vormundschaft.</b>		§ 130. Fähigkeit zum Antritt der Erbschaft . . . . .	127
§ 112. Begriff und Arten der Vormundschaft . . . . .	112	§ 131. Fortfall der Berufung . . . . .	128
§ 113. Begründung der Vormundschaft . . . . .	113	§ 132. Wirkungen des Fortfalls der Berufung . . . . .	129
§ 114. Amtsführung des Vormundes . . . . .	114	§ 133. Wiederaufhebung des Erwerbes der Erbschaft . . . . .	130
§ 115. Haftung des Vormundes . . . . .	114	<b>VI. Kapitel.</b>	
<b>Fünftes Buch.</b>		<b>Wirkungen des Erbschaftserwerbs.</b>	
<b>Erbrecht.</b>		§ 134. Rechtsstellung des Erben . . . . .	131
<b>I. Kapitel.</b>		§ 135. Beneficium inventarii . . . . .	132
<b>Allgemeine Grundsätze.</b>		§ 136. Beneficium separationis . . . . .	133
§ 116. Begriff des Erbrechts . . . . .	115	§ 137. Rechtsstellung der Mit-erben . . . . .	133
§ 117. Voraussetzungen der Erbfolge . . . . .	115	§ 138. Erbteilung . . . . .	134
§ 118. Ziviles Erbrecht und bonorum possessio . . . . .	117	§ 139. Kollation . . . . .	134
<b>II. Kapitel.</b>		§ 140. Schutz des Erbrechts . . . . .	135
<b>Berufung zur Erbfolge durch Gesetz.</b>		§ 141. Erbschaftskauf . . . . .	136
§ 119. Erbfolgeordnung der Novellen 118 und 127 . . . . .	118	<b>VII. Kapitel.</b>	
§ 120. Bona vacantia . . . . .	120	<b>Vermächtnisse.</b>	
§ 121. Außerordentliche Erbfolge . . . . .	120	§ 142. Geschichtliche Entwicklung . . . . .	136
<b>III. Kapitel.</b>		§ 143. Voraussetzungen der Gültigkeit des Vermächtnisses . . . . .	137
<b>Berufung zur Erbfolge durch Testament.</b>		§ 144. Die Falzidische Quart . . . . .	138
§ 122. Testamentsformen . . . . .	121	§ 145. Erwerb und Rechtsschutz der Vermächtnisse . . . . .	138
§ 123. Testamenti factio . . . . .	122	§ 146. Einzelne Arten der Vermächtnisse . . . . .	139
§ 124. Inhalt des Testaments . . . . .	122	§ 147. Universalvermächtnis . . . . .	140
§ 125. Erbinsetzung . . . . .	123	<b>VIII. Kapitel.</b>	
		<b>Sonstige Fälle eines Erwerbes von Todeswegen.</b>	
		§ 148. Schenkung von Todeswegen . . . . .	141
		§ 149. Mortis causa capio . . . . .	141

