

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux
Lehrstuhl für Römisches Recht,
Privatrecht u. Rechtsvergleichung
Universität Zürich, RWI
Rämistrasse 74 / 41
CH-8001 Zürich
Tel.: 044 634 52 30
Ist.babusiaux@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. Wolfgang Ernst
Lehrstuhl für Römisches Recht
und Privatrecht
Universität Zürich, RWI
Rämistrasse 74 / 10
CH-8001 Zürich
Tel.: 044 634 41 73
Ist.ernst@rwi.uzh.ch

Römisches Privatrecht

Skript zur Vorlesung

HS 2015 / FS 2016

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	III
Literaturhinweise.....	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
EINLEITUNG	1
1. Kapitel: Rechtsschichten und Rechtsquellen	1
I. Recht und Gerechtigkeit; privates und öffentliches Recht	1
II. Naturrecht – Zivilrecht – Völkergemeinrecht.....	1
2. Kapitel: Römischrechtliche Quellen	3
ERSTER TEIL: OBLIGATIONEN- UND SACHENRECHT	4
3. Kapitel: Rechtsgeschäftliche Verpflichtungen.....	4
I. Personenrecht.....	4
1. Recht- und Handlungsfähigkeit	4
2. Vormundschaft (<i>tutela</i>)	5
II. Obligationen.....	6
1. Einleitung.....	6
2. Stipulation.....	7
3. Entkräftung der Stipulation: <i>exceptio(nes)</i>	12
4. Aufhebung der Obligation	15
5. Konsensualverträge	17
6. Formlose Vereinbarungen (<i>pacta</i>)	18
7. Innominatverträge, <i>actio in factum</i> , <i>actio utilis</i>	21
4. Kapitel: Sachverfolgung / Käuferschutz.....	25
I. Grundlagen und Grenzen.....	25
1. Herausgabeklage (<i>rei vindicatio</i>).....	25
2. Ersitzung (<i>usucapio</i>) – Erwerb vom Nichtberechtigten	26
3. Publizianische Klage (<i>actio Publiciana</i>)	28
II. Käuferrechte gegen den Vormann	29
1. <i>Auctoritas</i> als Folge der Manzipation	29
2. Stipulation auf das Doppelte (<i>stipulatio duplae</i>).....	30
3. Kaufklage (<i>actio empti</i>)	30
5. Kapitel: Kredit und Kreditsicherung	32
I. Kreditierungsinstrumente	32
1. Darlehen (<i>mutuum</i>)	32
2. Stipulation des Darlehens	33
II. Sicherungsinstrumente	36
1. Sicherungsübertragung (<i>fiducia</i>)	36
2. Faustpfand (<i>pignus</i>) und Hypothek (<i>hypotheca</i>).....	37
3. Bürgschaften	41
4. Frauenschutz (<i>SC Velleianum</i>)	42
6. Kapitel: Deliktsrecht.....	45
I. Einleitung	45
II. Diebstahl / Veruntreuung – <i>furtum</i>	45
III. Sachbeschädigung – <i>damnum iniuria datum</i>	46
IV. Persönlichkeitsverletzung – <i>iniuria</i>	50
V. Sittenwidrige Schädigung (<i>actio de dolo</i>)	50
ZWEITER TEIL: ERBRECHT.....	52
7. Kapitel: Intestaterbfolge (Erbfolge ohne Testament).....	52

I.	Die Intestaterbfolge des <i>ius civile</i>	52
1.	Das Erbrecht der Hauskinder.....	52
2.	Das Erbrecht der Agnaten.....	53
3.	Das Intestaterbrecht von Frauen.....	54
4.	Das Erbrecht der Gentilen.....	55
II.	Die Intestaterbfolge des <i>ius praetorium</i>	55
1.	Die erste Klasse der prätorischen Erben.....	55
2.	Die zweite und dritte Klasse der prätorischen Erben.....	56
III.	Das Verhältnis von Intestaterbrecht nach <i>ius civile</i> und <i>ius praetorium</i>	57
IV.	Kaiserrecht: Intestaterbrecht zwischen Mutter und Kind.....	58
8. Kapitel:	Die Erbenstellung.....	60
I.	Der automatische Erbschaftserwerb nach <i>ius civile</i>	60
II.	Anfall, Antritt und Ersitzung der Erbschaft nach <i>ius civile</i>	62
III.	Der Erbschaftsantritt nach <i>ius praetorium</i>	63
IV.	Die Erbfähigkeit.....	64
1.	Erbfähigkeit von Frauen.....	64
2.	Erbfähigkeit von Gewaltunterworfenen.....	65
3.	Erwerbsfähigkeit nach der Ehegesetzgebung des Augustus.....	65
4.	Erbunwürdigkeit.....	65
V.	Der Schutz des Erbrechts.....	66
1.	Die Erbschaftsklage (<i>hereditatis petitio</i>).....	66
2.	Das <i>senatusconsultum Iuventianum</i>	67
9. Kapitel:	Die testamentarische Erbfolge.....	70
I.	Das Testament nach <i>ius civile</i>	70
1.	Form.....	70
2.	Testierfähigkeit.....	71
3.	Erbeinsetzung.....	72
4.	Einsetzung von Ersatzerben.....	73
II.	Die Unwirksamkeit des Testaments nach <i>ius civile</i>	75
1.	Verbot der Erbeinsetzung auf eine einzelne Sache (<i>institutio ex certa re</i>).....	75
2.	Widerruf des Testaments.....	76
III.	Das Testament nach <i>ius praetorium</i>	77
1.	Der Nachlass nach dem Testament (<i>bonorum possessio secundum tabulas</i>).....	77
2.	Widerruf nach <i>ius praetorium</i>	78
IV.	Formlose Ergänzung des Testaments (Kodizille).....	79
V.	Das Soldatentestament.....	81
VI.	Der Schutz der Erwerbserwartung (Enterbungsregeln).....	83
1.	Enterbungsregeln des <i>ius civile</i>	83
2.	Die Modifikationen des <i>ius praetorium</i> (<i>bonorum possessio contra tabulas</i>).....	85
VII.	Pflichtteilsrecht der Kaiserzeit (Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments).....	86
10. Kapitel:	Vermächtnisrecht.....	88
I.	Legatsarten.....	88
II.	Nebenbestimmungen zum Legat.....	91
III.	Legatsauslegung (<i>falsa demonstratio non nocet</i>).....	92
IV.	Unwirksamkeit des Legats nach <i>ius civile</i>	93
V.	Legatsbeschränkungen, <i>lex Falcidia</i>	94
VI.	Formlose Vermächtnisse (Fideikommiss).....	96
1.	Formlosigkeit des Fideikommisses.....	96
2.	Erbschaftsfideikommiss.....	98
3.	Familienfideikommiss.....	99
Glossar.....	101	
Zeittafel.....	104	

Vorwort

Die Schweiz und das Römische Recht

Ein Bild in groben Zügen

Pascal Pichonnaz

«Das römische Kaisertum des Westens ging im Jahre 476 n. Chr. unter, als der germanische König Odoaker den letzten weströmischen Kaiser Romulus Augustulus absetzte (Meder, 2008, S. 90 f.; Stein, 2003, S. 34 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 50 ff.). Das römische Kaisertum dauerte im Osten fort, mit Konstantinopel (heute Istanbul) als Hauptstadt, bis zu seinem Niedergang im Jahre 1453 n. Chr. Die Schweiz liegt im Westen, existiert aber erst seit 1291 n. Chr. Man könnte also denken, dass das Thema dieses Aufsatzes eigentlich kein Thema sei, da das römische Kaisertum im Westen Jahrhunderte vor der Entstehung der Schweiz niederging. Sollte man sich also diese Zeit nicht ersparen?

Wenn man aber das Generalthema des Buches «Das Vermächtnis der Römer» in Betracht zieht, wird das Ganze viel klarer. Ich werde mir hier Gedanken über die Nach- oder sogar die Fortwirkung des Römischen Rechts machen, da das (Römische) Recht das wichtigste Vermächtnis der Römer für unsere Zeit darstellt. Man sagt oft, dass die europäische Identität, Kultur und somit auch die schweizerische Identität sich aus drei Merkmalen herauskristallisiert hat: die Christlichkeit, die Aufklärung und das Römische Recht (Cannata, S. 3 ff.). Ich werde mich aber nur um den letzten Punkt dieser Trias kümmern: das Römische Recht.

Ich werde zuerst einige allgemeine Gedanken über das Recht der Römer präsentieren (I.) und mich dann vor allem mit dem Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz während des Mittelalters und der Neuzeit beschäftigen (II.). Schliesslich werde ich einige römischrechtliche Aspekte im gegenwärtigen schweizerischen Recht aufzeigen (III.).

I. Einige Gedanken über das Recht der Römer

Ubi societas, ibi ius. «Wo es eine Gesellschaft gibt, da ist auch Recht.» Und in der Tat glaubt man noch heute, dass es schon in der römischen Königszeit, d.h. von der Gründung Roms bis 509 v. Chr., einige Gesetze (*leges regiae*) gab (Pomp., D. 1,2,2,2). Das Recht jener Zeit war vor allem durch zwei Merkmale geprägt: einerseits von religiösem Recht (*fas*), denn das Recht lag in den Händen der Priester, bei jeder Entscheidung war die Beziehung mit den Göttern mindestens so wichtig wie die Lösung zwischen den Privaten; andererseits war es die Zeit der Dominanz des Mündlichen, zentral waren vorwiegend die Aus-

sagen der Priester und das Gewohnheitsrecht (Gaudemet, 1967, S. 224; Fögen, 2002, S. 33; Capogrossi Colognesi, 2004, S. 26).

Mit der Entstehung der römischen Republik ab 509 v. Chr. wandelte sich die Gesellschaft allmählich. Die Plebejer wurden unruhig und verlangten mehr Rechte gegenüber den Patriziern und vor allem das Recht, ihre Rechte zu kennen; dies gab Anlass zu einem ersten wichtigen Gesetz, nämlich zum Zwölftafelgesetz der Jahre 451-450 v. Chr. Die Plebejer hatten als Garantien ihrer Freiheit Rechtsklarheit und Rechtsicherheit verlangt (was heute noch von den Rechtsadressaten gewünscht wird): Alle Gesetze sollten öffentlich bekannt sowie zugänglich gemacht werden und zugleich für alle Bürger verbindlich sein. Das Zwölftafelgesetz ist uns nur indirekt überliefert; die Juristen haben sich aber oft daran orientiert, so dass es die Entwicklung des Römischen Rechts stark geprägt hat. Das Zwölftafelgesetz war auch der Beginn einer Befreiung von der religiösen Bindung des Rechts und somit der Anfang seiner Verweltlichung, wie sie heute noch unserem abendländischen Verständnis zugrunde liegt (Pichonnaz, 2008a, Rz. 79 f.).

Das so genannte klassische Römische Recht beginnt sich gegen Ende der römischen Republik zu entfalten (um 100 v. Chr.), erlebt seine Blütezeit während des Kaisertums und dauert fort bis zum Ausbruch der grossen Zivilkriege in der Mitte des 3. Jh. n. Chr. Während dieser Zeit (die etwa 350 Jahre währte) vollbrachten Juristen eine bis dahin unübertroffene und unglaubliche Entwicklung und Verfeinerung des Rechts. Zentral war dabei die Sprache: auf dem Forum, vor dem römischen Prätor und vor dem Richter wurden die Streitfälle hauptsächlich mündlich abgewickelt, obwohl die Prozessformel (*formula*), die einem Zugang zum Richter verschaffte, schriftlich abgefasst war. Daneben aber haben berühmte Juristen auch (fiktive und reale) Fälle zusammengetragen (*Regulae, Digesta, Responsa*) und diese schriftlich festgehalten, und zwar so, dass sie eigentliche kasuistische Regeln formulierten (Cannata, 1989, S. 109 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 224 ff.). Heute haben wir Bestimmungen in Gesetzbüchern, damals hatten die Römer Fallregeln in Sammelbüchern.

Diese klassische Epoche war auch die Zeit der grossen Juristen, die wir heute noch kennen, Pomponius, Gaius, Papinianus, Ulpianus oder Paulus, um nur die wichtigsten zu erwähnen. Laut Cannata gab es aber insgesamt eine geringe Zahl von etwa 90 Juristen zwischen 200 v. Chr. und 250 n. Chr. (Cannata, 1989, S. 126).

Nach einer 50-jährigen Zeit der Unruhe folgte eine weitere Epoche des Römischen Rechts mit der so genannten nachklassischen Zeit, die von 284 n. Chr. bis 565 n. Chr. dauerte. Während dieser zweiten, kaiserlichen Zeit (von Domitian bis Justinian) hat sich das Recht verschriftlicht. Die hohe juristische Präzision und Fachlichkeit der Juristerei der klassischen Epoche entwickelte sich in pragmatischer Art weiter, was auch damit zusammenhing, dass die Kaiser die-

ser Zeit ihre Macht viel autoritärer ausübten. Da die damaligen Juristen die Feinheiten der Überlegungen ihrer klassischen Vorgänger nicht mehr verstehen konnten, kam es vor den Richtern zum Vorlesen von Meinungen der klassischen Juristen in einer sehr strukturierten, vielleicht gar starren Art und Weise (Cannata, 1989, S. 159; Pichonnaz, 2008a, Rz. 121 ff.). Im Mittelpunkt stand weniger die Überzeugungskraft der Argumente, sondern viel mehr die Anzahl wichtiger klassischer Juristen, die für eine Argumentation zitiert werden konnten. Deshalb brauchte man mehr Bücher aus der klassischen Zeit, welche aber schwierig zu beschaffen waren. Ausserdem benötigte man vor allem auch solche Bücher, die Sondermeinungen vertraten, so dass immer auch Fälschungen auf dem Markt angeboten wurden (Pichonnaz, 2008a, Rz. 123).

Kaiser Konstantin erliess in den Jahren 321 und 327 n. Chr. zwei so genannte Zitiergesetze (kaiserliche Konstitutionen), die den Gebrauch der klassischen Schriften regelten (CTh. 1,4,1, eine Konstitution vom Kaiser Constantin aus dem Jahre 321 n. Chr.; CTh. 1,4,2, eine weitere Konstitution von Constantin aus dem Jahre 327 n. Chr. [Capogrossi Colognesi, 2009, S. 461 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 126]). Und Theodosian II. erliess ein ähnliches Zitiergesetz im Jahre 426 n. Chr., dessen Text wie folgt lautet (CTh. 1,4,3):

Imp. Theod. et Valentin. AA. ad Sen Urbis Rom. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. et cetera. Dat. VII Id. Novemb. Ravenna DD.NN. THEOD(OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.

Die Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III., die Erhabenen, an den Senat der Stadt Rom. Nach Anderem. Wir bekräftigen die gesamten Schriften von Papinian, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus dergestalt, dass Gaius dieselbe Geltung wie Paulus, Ulpian und die übrigen besitzt und Stellen aus seinem gesamten Werk vorgetragen werden können. Auch die Auffassungen derer, deren Abhandlungen und Meinungen alle soeben Genannten in ihren Werken anführen, erklären wir für gültig, wie diejenigen des Scaevola, des Sabinus, des Julianus und des Marcellus und aller, die jene zitieren, wenn nur ihre Bücher wegen der altersbedingten Unsicherheit durch einen Vergleich von Handschriften bestätigt werden. Wo aber verschiedene Meinungen vorgetragen werden, dort soll die Mehrheit der Autoren siegen, oder, wenn die Anzahl gleich ist, soll diejenige Seite vorgehen, auf der der scharfsinnige Papinian hervorrage, der, wie er Einzelne besiegt, so Zweien weichen muss. Auch ordnen wir an, dass die Anmerkungen von Paulus und Ulpian zu dem Gesamtwerk Papinians, wie es bereits früher festgesetzt wurde, ungültig sind. Wo sich aber gleichviel Meinungen solcher Juristen gegenüberstehen, deren Ansehen als gleich anzusehen ist, soll der Richter nach seinem Ermessen entscheiden, welcher er folgen will. Wir ordnen auch an, dass die «Sententiae» des Paulus stets gültig sein sollen. Und das Übrige.

Ein solches Zitiergesetz findet sich in der *Lex Romana Curiensis* wieder, auf die ich noch zurückkommen werde (Soliva 1986, S. 189 ff.; Meyer-Marthaler [1968]).

Um das geltende Recht festzulegen, kam es somit unter Kaiser Theodosian dem Zweiten (408-450 n. Chr.) etappenweise zu einer Kodifikation der kaiserlichen Erlasse, den so genannten *Constitutiones*. Der hieraus entstehende *Codex Theodosianus* wurde für beide Teile des römischen Reichs im Jahre 439 n. Chr. in Kraft gesetzt (Meder, 2008, S. 86; Pichonnaz, 2008a, Rz. 139; für eine neue Analyse, vgl. Sirks, [2007]). Wenige Jahre darauf ging das römische Reich im Westen aber unter.

Als der grosse Kaiser Justinian 527 n. Chr. kaiserliche Würden erlangte, wollte er zuerst die Gebiete der Barbaren im Westen zurückerobern und das römische Reich im Westen wiederaufleben lassen, was ihm für einige Jahre gelang (darum kann man heute noch die wunderbaren Mosaik in Ravenna in Italien besichtigen). Dafür brauchte er aber auch klares Recht. Wie Theodosius II. hat er also 529 n. Chr. eine erste Kodifikation in Kraft gesetzt, die alle noch gültigen kaiserlichen Erlasse umfasste. Hiermit war jedoch noch nicht das ganze geltende Recht gesammelt. Er entschloss sich darum 530 n. Chr., eine Kompilation aller wichtigen Fallsammlungen der klassischen Zeit zu erarbeiten. Eine Kommission von elf Mitgliedern wurde ernannt, die im Dezember 533 n. Chr. eine Sammlung dieser Fälle in 50 Büchern publizierte, die so genannten *Digesta*, *Digesten*, oder *Pandectae* (aus dem Griechischen). Gleichzeitig wurde auch ein kleines Lehrbuch erarbeitet (*Institutiones*), um den Umgang mit den *Digesten* zu erleichtern. Ein Jahr später publizierte Justinian zudem eine neue, umfassendere Auflage seiner Konstitutionenkompilation, den *Codex Iustiniani* (534 n. Chr.) (Capogrossi Colognesi, 2009, S. 464 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 157). Diese drei Teile, *Institutionen* (das Lehrbuch), *Digesten* (die Fällesammlungen) und *Codex* (die Konstitutionensammlung) wurden dann später, im Mittelalter (1583), als *Codex iuris civilis* bezeichnet seit deren Gesamtausgabe des französischen Humanisten Dionysius Gothofredus von 1583 (siehe Hausmanning/Selb, 2001, S. 56).

Neben dieser Kompilation durch die Römer fanden auch römische Entscheidungen und kaiserliche Erlasse ihren Weg in die Gesetze der Barbaren. Einerseits deshalb, um die Probleme zwischen Barbaren und Römern mit angepassten Bestimmungen zu regeln, andererseits aber auch, um gute Lösungen in das barbarische Recht aufzunehmen. Die *Lex Romana Visigothorum* (506 n. Chr.), die *Lex Romana Burgundionum* (Ende des 5. Jh.) und weitere Gesetze der verschiedenen Sippen haben auf diese Weise gewirkt. Man kennt z.B. eine *Lex Romana Curiensis*, die eine Bearbeitung und Vereinfachung der *Lex Romana Visigothorum* darstellte (Soliva, 1986, S. 194) und in Graubünden, in der Nähe von Chur, in der 1. Hälfte des 8. Jh. angewendet wurde (zu diesem Gesetz vgl. u.a. Meyer-Marthaler, 1968, S. 7 ff.; Soliva, 1986, S. 189-206 [mit Bibliogra-

phie]). Nach neueren Kenntnissen war dieses «Gesetz» wahrscheinlich nie geltendes Recht, sondern vielmehr ein künstliches Konstrukt, eine literarische Rezeption weströmischen Vulgarrechts (Soliva, 1986, S. 201 f.; *contra* noch Gaudemet, 1965, S. 50), welches den Vorrang des geltenden, ebenfalls römisch geprägten Gewohnheitsrechts nicht antastete, sondern durch Letzteres vielmehr verfremdet wurde (Arquint, 1998-2010; Soliva, 1986, S. 203 ff., besonders S. 205).

Nach dem sozusagen zweiten Niedergang des Römischen Rechts im Westen hätte man gedacht, dass das Römische Recht nur noch in einer geänderten Form, nämlich in den Gesetzen der so genannten Barbaren, weiterleben wird. Das war zum Teil so. Es kam aber bald darauf zu einer Wiedergeburt, die ein echtes Fortleben und gleichzeitig eine Weiterentwicklung des Römischen Rechts bewirkte.

II. Das Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz, während des Mittelalters und in der Neuzeit

Die Wiederentdeckung eines Manuskripts der Justinianischen Digesten (dieser Fallsammlung aus dem 6. Jh.) in Italien gegen Ende des 11. Jh. hat das Schicksal des Rechts im Westen völlig verändert. Dieses Manuskript wurde in der Folge systematisch bearbeitet. Es war unter anderem Anlass für die Gründung von Universitäten und juristischen Fakultäten nicht nur in Italien, sondern später auch in ganz Europa. Von Bologna aus (1088 n. Chr.) erreichte die Welle der Fakultätsgründungen sogar den Norden von England und somit natürlich auch die Schweiz (Basel im Jahre 1460). Überall hat man an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten dasselbe studiert: die Digesten und den *Codex Justiniani*. Das älteste uns bekannte Manuskript der Justinianischen Digesten (der *Codex Florentinus*), stammt aus dem 6. Jh. Es befindet sich in der Bibliothek Medicea Laurenziana in Florenz (*Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, vol. I, S. 11 ff.).

Eine ganze Reihe von Schweizer Juristen ging nach Bologna, um dort zu studieren. In ihrem 1960 erschienenen Buch «Les juristes suisses à Bologne» haben Susan und Sven Stelling-Michaud 225 Schweizer Studenten in Bologna zwischen 1265 und 1300 registrieren können und weitere 85 zwischen 1300 und 1330. Man weiss also heute von etwa 310 Schweizer Studenten in Bologna in diesen 65 Jahren. Aber vor allem seit Beginn des 14. Jh. gingen Schweizer Studenten häufiger nach Frankreich, an die rechtswissenschaftlichen Fakultäten von Orléans (gegründet 1230), Montpellier (gegründet 1260), Perpignan (gegründet 1349) oder Bourges (gegründet 1464), weil der Glanz von Bologna verblasste (Stelling-Michaud, 1960, S. 277 ff.). Obwohl sich die Denkweise zwischen den italienischen und den neuen französischen Universitäten unterschied (man spricht von *mos [docendi] italicus* und *mos [docendi] gallicus*), wurde im-

mer mit denselben Büchern gearbeitet, d.h. mit den Justinianischen Digesten und dem *Codex*. Diese Texte wurden glossiert, d.h. mit Randanmerkungen bereichert, und später kommentiert, sprich in Bruchstücken erklärt. Man stritt über die Bedeutung, die Zusammenhänge oder Gegensätze von speziellen Fällen. Das Ganze entwickelte die juristische Argumentation. Eines blieb aber immer identisch: Bis ins 16. Jh. hinein blieb der eigentliche Text der Digesten und des *Codex* unversehrt. Es war wie eine zweite Heilige Schrift nach der Bibel. Man betrachtete den Text als vollständig, widerspruchslös und unabänderbar; genau gleich wie die Bibel. Das erinnert an den Spruch des römischen Juristen Ulpian (3. Jh.n.Ch.), der meinte: «Mit Grund kann man uns Priester der Gerechtigkeit nennen. Denn wir dienen der Gerechtigkeit und lehren das Wissen vom Guten und Gerechten, indem wir Recht von Unrecht trennen, Erlaubtes von Unerlaubtem scheiden und danach streben, die Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe, sondern auch durch Verheissen von Belohnung zum Guten zu führen. [...]» (Ulp. D. 1.1.1 [1 inst.]: «*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*»).

Für die Schweiz bedeutete dies, dass die meisten Universitätsjuristen des 15. und 16. Jh. dasselbe gelernt hatten – dieselben Techniken, dieselbe Methodologie (Schröder, 2001, S. 23 ff.; Vogenauer, 2001, S. 430-662) und dasselbe (gelehrte) Recht. Das Recht der schweizerischen Täler unterschied sich tatsächlich stark, da das Gewohnheitsrecht und die Spiegel des Rechts («coutumiers») unterschiedlich waren (Huber, 1893, § 108, S. 18 ff., sowie § 112, S. 99 für die Landbücher und Thalrecht; auch Poudret, [1996-2006]). Bei der Anwendung aber, d.h. bei der Auslegung und vor allem bei der Lückenfüllung dieser mündlichen oder schriftlichen Gewohnheitsrechte, wendeten die gebildeten Juristen dasselbe Instrumentarium an. Die Erarbeitung der Quellen in einer wissenschaftlichen Art hat seit den Glossatoren den Juristen die Möglichkeit gegeben, die Reproduzierbarkeit des Rechts durch wissenschaftliche Methoden zu gewährleisten (Samuel, 1995, S. 109, S. 149 ff.; Caroni, 2011, S. 62). Es ist also zuerst eine Sache der Methode, der Wissenschaft, dann aber auch des Inhaltes (Samuel, 2007, S. 216 ff.; Caroni, 2011, S. 62). In der Tat gab es in den Landrechten auch Lücken, so dass das «gelehrte» Römische Recht allmählich diese verschiedenen Rechte beeinflussen konnte. Es bildete sich in diesen Zeiten ein so genanntes *ius commune*, ein Gemeines Recht, in ganz Europa und somit auch in gewisser Weise in der Schweiz heraus. D.h. nicht, dass überall genau dasselbe Recht angewendet wurde, aber man verwendete dieselbe Denkweise, dieselbe Sekundärliteratur und dieselbe Art von Lückenfüllung. Recht wurde schon damals auf dem Kontinent als eine Wissenschaft betrachtet.

Wie Ferdinand Elsener (1975, S. 20 ff.) und andere Autoren (Caroni, 2011, S. 56 f.; Bühler, 2003, S. 1 ff., insbesondere auch S. 60: «Die Rechtsentwicklung in der Schweiz ist somit keine andere als in Süddeutschland, Italien und Frankreich»; zurückhaltend Pahud de Mortanges, 2007, S. 134 ff.; und im allgemeinen Zimmermann, 2002, S.13 ff., S. 98 ff.; Pichonnaz, 2011a, S. 58 ff.) gezeigt haben, meinen wir, dass E. Huber diesen Aspekt zu wenig gewichtet hat, wenn er in seinem «System und Geschichte des Schweizerischen Rechts» 1893 schreibt: «doch bedeutet das nur eine kleine Ingredienz, nicht viel bedeutender, als das besondere Recht, unter welchem die Juden und teilweise auch die italienischen Kaufleute, die sogenannten Laparten, lebten» (Huber, 1975, S. 115). Das bedeutet aber nicht, dass das Römische Recht eine starke formelle Rolle gespielt hat; vielmehr ist es nicht auszuschliessen, dass es in der Schweiz im 17.-18. Jh. keine eigentliche Rechtswissenschaft gab (Caroni, 2011, S. 76). Vielleicht kann man eine solche noch für Städte annehmen, wie man es zum Beispiel bei der Gründung einer rechtswissenschaftlichen Akademie im Jahre 1763 in Fribourg sehen kann: Römisches Recht und Naturrecht sind die beiden Fächer, die unterrichtet wurden und nicht die Gewohnheitsrechte (De Ramey/Corpataux, 1922, S. 13 ff.; Elsener, 1975, S. 346).

Mit dem Humanismus des 16. Jh. und seinem neuen Wissenschaftsprogramm (Hattenhauer, 2004, Rz. 1173; Stein, 2003, S. 90 ff.; Coing, 1985, S. 67 ff.; Senn, 2003, S. 172 ff., S. 179 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 833 ff.) und dann vor allem mit der Zeit des Naturrechts im 17./18. Jh. (Hattenhauer, 2004, Rz. 1225 ff.; Stein, 2003, S. 117 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 292 ff.; Meder, 2008, S. 240 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 1099 ff.; Coing, 1985, S. 72 ff.; Wieacker, 1967, S. 249 ff., S. 599 ff.) begann der *Corpus iuris civilis* eine andere Rolle zu spielen. Es wurde nicht mehr als das Kompendium des einzigen unantastbaren Rechts betrachtet, sondern eher als eine *ratio scripta*, eine schriftliche Vernunft, eine mögliche Konkretisierung des Naturrechts. Das Werk *De iure belli ac pacis* von Hugo Grotius aus dem Jahre 1625 war u. a. das Buch, das diese Wende herbeiführte.

Das Römische Recht blieb weiterhin zentral, um die juristischen Prinzipien, die man in der Natur lesen und finden konnte, zu veranschaulichen; es war aber nicht mehr die einzige Quelle. Im Jahre 1689 schrieb z.B. der französische Jurist Jean Domat (1625-1696) ein Kompendium von Texten und Fällen unter dem Titel: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Das Buch enthielt in hohem Grade Römisches Recht, was die Einführung bestätigt:

«Il paroît bien étrange que les Loix Civiles, dont l'usage est si necessaire, soient si peu connus, & que n'étant presque toutes que des regles de l'équité, dont la connoissance nous est naturelle, l'étude qui devoit en être également facile & agreable, soit si difficile et si épineuse. Cependant il faut reconnoître que de la manière dont ces Loix sont recueillies dans les Livres du Droit Romain, qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien apprendre. Et c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les sçavoir, plusieurs les ignorent, et que personne n'y devient habile que par une longue et penible étude. [...] (Domat, 1723, «préface»).

Etwa hundert Jahre später entschloss sich der Franzose Robert-Joseph Pothier (1699-1772), die Texte der Digesten und des *Codex Justinians* zu reorganisieren, um gleichartige Themen, die in beiden Sammlungen abgehandelt wurden, zusammenzustellen. Das dreibändige Werk *Pandectae* wurde dann 1748-1752 publiziert (siehe Pothier, [1818]).

Auf der Basis dieses Werks, das von der fast schon unheimlichen Beherrschung des Römischen Rechts zeugt, schrieb Pothier daraufhin einen «*Traité des Obligations*» (Traktat der Obligationen) (1. Aufl. 1761; siehe Pothier, [1824]). Dieses Buch wurde, was den obligationenrechtlichen Teil angeht, vom französischen Gesetzgeber gegen Ende des 18. Jh. fast wörtlich übernommen. Der *Code civil français* von 1804 hält sich somit in vielen Teilen sehr nahe an die Ausführungen Pothiers (und zum Teil Domats; siehe Halpérin, 1992, S. 21, S. 121), die sich beide auf das Römische Recht des Mittelalters und die Digesten stützten. Nachstehend die Ausführungen von Halperin:

«A proprement parler, le droit décrit par Pothier ne s'appliquait nulle part en France, mais il avait vocation à inspirer et à convaincre, par sa clarté, les juristes de toute la France.» (Halpérin, 1992, S. 21, S. 121)

Der Einfluss von Pothier war aber schon im ersten Entwurf Cambacérès (9. August 1793) spürbar, da fast alle Bestimmungen über die allgemeine Theorie der Obligationen und der besonderen Verträge aus dem Traktat von Pothier stammen (Halpérin, 1992, S. 21, S. 121).

Ein ähnliches Phänomen fand in Preussen statt. Friedrich der Zweite wünschte eine Gesetzgebung im Stil des Jahrhunderts der Aufklärung («*siècle des Lumières*»). Die Kompilation stützte sich auch wieder sehr stark auf die römischen Fälle, ihre langjährige Bearbeitung durch die Juristen des Mittelalters und auch auf die Idee, dass das Römische Recht als *ratio scripta* des Naturrechts gelte. Somit ist das 1794 in Kraft getretene Allgemeine Landrecht der Preussischen Staaten (ALR) voll von römisch rechtlichen Lösungen und Denkweisen.

In Österreich fand etwas Ähnliches statt. Carl Anton von Martini war auch vom Naturrecht beeinflusst, insbesondere von Wolffs Rechtsdenken (Senn, 2003, S. 268). Der zweite Redaktor, Franz von Zeiller, stand noch unter naturrechtlichem Einfluss, aber eher von Seiten Kants (Senn, 2003, S. 268). Beide lehnten den Gesetzestext des österreichischen ABGB ebenfalls stark an das Römische Recht an. Man könnte Hunderte von Beispielen nennen; ich werde nur ein einziges Beispiel geben, die juristische Definition der Sache im ABGB:

«§ 285. Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

§ 291. Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingeteilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.»

Diese Definition stimmt überein mit derjenigen von Gaius, einem Rechtsprofessor des 2. Jh. n. Chr., der im Jahre 160 n. Chr. ein berühmtes Lehrbuch (*Institutiones*) verfasst hat.

Gai. 1,8: «*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*» und dann Gai. 2,12: «*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales*».

Bevor ich spezifischer über den damaligen Einfluss des Römischen Rechts auf die Schweiz sprechen kann, muss ich noch einiges über die Situation in Deutschland zu jener Zeit erklären. Auf die Naturrechtswelle folgte ein neues Rechtsverständnis, die so genannte Historische Rechtsschule, die von Gustav Hugo (1764-1844) und Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) gegründet wurde. Ihre Ideen können folgendermassen zusammengefasst werden: Um eine Gesetzgebung für Deutschland auszuarbeiten, muss man zuerst den Volksgeist historisch erörtern. Diesen Volksgeist sah Savigny (im Gegensatz z.B. zu Otto von Gierke) nicht im germanischen Recht, sondern im Römischen Recht. «*Back to the origins*» könnte das Motto geheissen haben. Savigny erblickte die Ursprünge im klassischen Römischen Recht, also in der Fallsammlung der Digesten. Die Bearbeitung der Materie war aber besonders. Die (kelsianische) Idee, dass das Recht ein System darstelle, brachte Savigny dazu, das Römische Recht so aufzuarbeiten, dass das System an sich im Vordergrund stand. Er versuchte prinzipiell, diese Idee des hochabstrakten und systematischen Rechts auf die römischen Quellen zu stützen. So kam es zu seinem weltberühmten achtbändigen Werk von 1840, «Das System des heutigen Römischen Rechts». Dieses Buch, wie auch weitere Bücher, etwa das Pandektenrecht von Bernhard Windscheid und weitere Werke der Historischen Rechtsschule, wirkten auf die deutsche Gesetzgebung ein. Eine Detailschilderung dieser Einflüsse ist hier in aller Kürze nicht möglich und auch nicht nötig.

Die Schweiz wurde mehrfach von diesen Entwicklungen erfasst, und ich spreche hier vor allem über das Privatrecht, wo sich diese am anschaulichsten darbietet. Wie Caroni mit überzeugenden Argumenten kürzlich gezeigt hat, war die Praxis in einigen Kantonen stark vom deutschen Gewohnheitsrecht geprägt (Caroni, 2011, S. 74 ff., und die Zitate aus Briefen von Keller und Bluntschli, S. 76, S. 78). Die Geschichte verläuft aber nicht linear, so dass das Römische Recht nicht nur an der Universität unterrichtet wurde, sondern auch in Akademien auf dem Land, wie man es in Freiburg beispielsweise sieht (De Ramey/Corpataux, 1922, S. 1 ff.). Dazu kamen auch Einflüsse auf die schweizerische Kodifikation, welche wiederum aus Gesetzbüchern anderer Länder stammten, die selbst aus dem Römischen Recht beeinflusst wurden.

Nach dem Scheitern eines gemeinsamen Zivilgesetzbuches (*Code civil unique*), welches von Napoléon für die Schweiz in Anlehnung an den französischen *Code civil* vorangetrieben wurde, mussten die Schweizer Kantone ihren eigenen Weg finden (siehe Pahud de Mortanges, 2007, S. 197 ff., S. 208 ff.). Die meisten haben sich für ein Gesetzbuch, also für eine Kodifikation entschlossen.

Praktisch alle kantonalen Gesetzbücher der Westschweiz und der Südschweiz stellten mehr oder weniger Bearbeitungen bzw. Übersetzungen des französischen *Code civil* von 1804 dar (so in Genf, Waadt [1803/1819], Wallis [1853/1855], Neuenburg und z.T. in Freiburg [1849] oder sogar im Tessin [1837]) (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Wir haben gesehen, wie sehr der französische *Code Civil* römischrechtlich geprägt war (und immer noch ist). Es handelt sich dabei aber nicht um das klassische Römische Recht, sondern um das Römische Recht, wie es sich durch die tiefgreifende Arbeit des Mittelalters entwickelt hatte. Zum Beispiel hatten die Überlegungen des niederländischen Juristen Hugo Grotius im 17. Jh. einen Einfluss auf Domat (man weiss z.B., dass er ihn gelesen hat; siehe Gazzaniga, 1992, S. 144 und Arnaud, [1964], der Ähnlichkeit in der Disposition findet) und auch auf Pothier (mindestens durch Barbeyrac [1674-1744]; zu Jean Barbeyrac siehe u.a. Meylan, [1937]) und Pufendorf (zum Einfluss von Pufendorf auf Pothier siehe Gazzaniga, 1992, S. 172 und Arnaud, 1964, S. 208). Grotius entnahm den römischen Quellen z.B. die Möglichkeit der Eigentumsübertragung durch reinen Konsens, in Anlehnung an die Besitz- und somit Eigentumsübertragung *animo solo* (Schmidlin, 2011, S. 68 f.). Einige Kodifikationen wurden vom österreichischen ABGB von 1811 stark beeinflusst. Das war in Bern und daraufhin in Luzern, Solothurn und Aargau der Fall (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Die Verwurzelung in der naturrechtlichen Kodifikation, und somit in einer gewissen Weise im Römischen Recht, war deshalb sehr präsent.

Dazu kommt noch Johann Caspar Bluntschli (siehe Meili, 1908, S. I ff.), ein Zürcher Jurist, der um 1827 ein Schüler von Savigny in Berlin war (Bluntschli, 1884, S. 62 f., über seine Korrespondenz mit ihm siehe auch S. 248). Als er beauftragt wurde, ein Gesetzesbuch für den Kanton Zürich zu verfassen, versuchte er das pandektistische Verständnis darin umzusetzen. Das Zürcher PGB stellt eine Synthese zwischen überliefertem Zürcher Recht, gelehrtem pandektistischem Recht und modernem Handelsrecht dar. Man halte sich nur das Beispiel der Eigentumsübertragung kurz vor Augen. In § 646 PGB heisst es: «Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des Besitzes in Folge eines auf Übergang des Eigenthums gerichteten Rechtsgeschäftes, z.B. Kauf, Tausch, Schenkung» (siehe Bluntschli, 1855, S. 167). Diese Besitzübertragung (auf Lateinisch *traditio*) und ein dazu berechtigender Grund (*iusta causa traditionis*) waren die eigentlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung im Römischen Recht, wie man es z.B. bei Paulus lesen kann (D. 41,1,31 pr): «*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*» («Niemals überträgt die blosser Übergabe das Eigentum, sondern nur, wenn ein Verkauf oder ein anderer rechtfertigender Grund vorangegangen ist, aufgrund dessen die Übergabe erfolgt ist»); (Übersetzung bei Rainer/Filip-Fröschl, 1998, S. 46).

Das zürcherische Zivilgesetzbuch übte dann einen erheblichen Einfluss auf die Kodifikationstätigkeiten der Ost- und Zentralschweiz aus (Schaffhausen, Zug, Thurgau, Nidwalden, Glarus und z.T. Graubünden).

Man sieht somit, dass, auch wenn die Praxis im Mittelalter in der Ostschweiz vor allem germanisches Recht angewandt hatte, die Gesetzbücher des 19. Jh. vom Römischen Recht stark geprägt wurden und somit insgesamt auch die Schweiz beeinflusst haben.

III. Die schweizerische Kodifikation und das Römische Recht

Grundlage der ersten Arbeiten für ein schweizerisches Obligationenrechtsgesetzbuch war selbstverständlich nicht die Idee einer Kodifikation des Römischen Rechts als solche. Die anderen europäischen Kodifikationen waren aber wichtig im Entwurf von Munzinger (1869-1873; zu Munzinger siehe Fasel, [2003a]; Fasel, 2003b, S. 345-352; Pichonnaz, 2011b, S. 126 f.; Honsell, 2011, S. 9 f.). Die Schwierigkeit und Eigenart des schweizerischen Rechts lag aber darin, den verschiedenen juristischen Traditionen irgendwie Rechnung zu tragen und trotzdem ein verständliches und sinnvolles Gesetz auszuarbeiten. Wie Meili in seiner Abhandlung von 1901 es auch betont hat, «was das Privatrecht anbetrifft, so muss in der Schweiz namentlich darnach gestrebt werden, eine Versöhnung der romanischen und deutschschweizerischen Anschauungen herbeizuführen.» (Meili, 1901, S. 12).

Alle diese gesetzgeberischen Traditionen waren vom Römischen Recht beeinflusst; man könnte also denken, dass dieses Vorhaben letztlich einfach war. Dies war aber nicht der Fall, weil die Grundphilosophie der verschiedenen Traditionen sehr unterschiedlich war. In seinem Referat vor der Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Chur, betont Carrard 1873 mit Nachdruck, dass es nichtmöglich sei, das Zürcher Privatgesetzbuch für die ganze Schweiz anzunehmen, weil man darin die Eigenschaften des Zürcher Gewohnheitsrechts noch zu stark findet, was nicht unbedingt für die ganze Schweiz passen würde (Carrard, 1873, S. 15: «*[Le code zurichois] a conservé avec soin les particularités du droit zurichois. Ce qui fait son mérite pour le canton de Zurich, et peut-être pour le territoire occupé par l'ancien Gau alémanique de la Thur serait un défaut capital dès qu'il s'agirait de l'imposer à la Suisse entière.*»).

Dies kann man durch zwei Beispiele veranschaulichen. Es gäbe aber noch weitere!

Was ist ein Vertrag? Die Definition des Vertragskonzepts («*contractus*») war bereits dem Römischen Recht bekannt. Als er über die «*conventio*» sprach, sagte z.B. Ulpian, dass es, gemäss den eleganten Worten von Pedius, keinen Vertrag gäbe, keine Verpflichtung, die nicht eine *conventio* in sich habe (Ulp. D. 2,14,1,3: «*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat*

Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.»).

Diesem Verständnis folgend, setzt ein Vertrag voraus, dass man eine Vereinbarung trifft, in welcher die Parteiwillen zusammenkommen («*cumvenire*»). Der Vertrag betont also die Wichtigkeit der Übereinkunft der Vertragsparteien. Dies steht sehr nahe beim pandektistischen Verständnis des Vertrags, wo der Wille das zentrale Element des Rechtsgeschäfts bildet. Die übliche Definition des Rechtsgeschäfts zeigt es deutlich: «Rechtsgeschäft ist eine private (nicht hoheitliche) Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, - allein oder mit anderen Tatbestandselementen - eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen.» (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, 2008, Rz. 119).

Eine weitere Definition des Vertrages (*contractus*; siehe Nelson/Manthe, 1999, S. 446 ff.) findet man bei Labeo (gestorben 10/11 n. Chr.). Für ihn ist ein Vertrag eine «*obligatio ultro citroque*», d.h. eine gegenseitige Verpflichtung; ein Synallagma, wie es die Griechen nennen («[...] *contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant [...]*»; Ulp. D. 50,16,19). Diese Definition hat vor allem Grotius benutzt, um die Idee zu verwirklichen, dass ein Vertrag ein Austausch von Versprechen sei. Er schreibt in seinem *De iure belli ac pacis* (lib. II, cap. XII, § VII [1993, S. 344]): «*Omnes autem actus aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*», («In der Tat, alle Geschäfte die dem anderen einen Nutzen erteilen, ausser die nur aus «*bien-faisance*» sind, sollen «Vertrag» genannt werden»; siehe u.a. Schmidlin, 1999, S. 187 ff., vor allem S. 190 f.).

Deswegen versteht sich der Vertrag vor allem als gegenseitige Verpflichtung (Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, § V siehe [1993, S. 343 f.]). Die Idee eines Vertrages nicht als «*conventio*», als Zusammenkunft von Willen, sondern als Austausch von Versprechen, findet man im französischen *Code civil*, in dem Sinne, dass der Vertrag nur gültig erzwungen werden kann, wenn es eine *causa* gibt, d.h. wenn ein Versprechen seinen Grund im Gegenversprechen hat. In dieser Hinsicht übernimmt das französische Recht die römischen Vorstellungen (Ulp./Lab. D. 17,1,8 pr): «*Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*» («Wenn ich einen Prozessvertreter bestelle und dieser mir die für den Rechtsstreit überlassenen Urkunden nicht zurückgibt – mit welcher Klage haftet er mir dann? Labeo meint, er hafte mit der Auftragsklage und die Ansicht derjenigen sei nicht billigenswert, die annehmen, wegen dieses Rechtsverhältnisses könne mit der Klage aus Verwahrung geklagt werden. Es sei nämlich bei jedem Vertrag auf den Anfang und den rechtlichen Grund abzustellen». Übersetzung von R. Knütel, in: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, III, Dig. 11-20, 1999,

S. 360). Sollte man also den Vertrag nun auf den Willen der Vertragsparteien abstützen, wie im Zürcher Gesetzbuch (Bluntschli, 1855, III, § 903, S. 1), oder sollte man ihn als Ergebnis gegenseitigen Versprechens mit einer gültigen *causa* bezeichnen, wie in den welschen Gesetzbüchern? Bluntschli und dann der Text des Art. 1 des Obligationenrechtsgesetzbuch von 1881 haben sich für die modernere Fassung entschieden, also für eine Übereinstimmung des Willens: «Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich». Das steht im Einklang mit dem berühmten Text von Ulpian (D. 2,14,7), wonach es eben keine besondere *causa* braucht, wenn es sich um einen Nominalvertrag handelt.

Die Lösung ist immer dieselbe, auch im heutigen Obligationenrecht. Beide Traditionen haben ihre Grundlage im Römischen Recht, aber der Entscheid, eher die eine Lösung auszuwählen als die andere, hat immer tiefgreifende Konsequenzen.

Nun widme ich mich der Eigentumsübertragung und dem Gefahrübergang beim Kauf: Im französischen Recht gilt die Grundidee, die aus den vernunftrechtlichen Überlegungen stammt, dass der Vertragsabschluss das Eigentum überträgt (CCfr. 711 i.V.m. CCfr. 1583). Der Ursprung der Idee kann hier auch wieder auf einige Quellen des Römischen Rechts, vor allem aber wiederum auf Grotius zurückgeführt werden, der sagt: «*quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii*» («Jedes perfekte Versprechen hat eine ähnliche Wirkung wie die Übertragung des Eigentums» [Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. 11, cap. XI, § IV, 1993, S. 329]; (siehe auch Schmidlin, 2011, S. 62).

Diese Lösung war auch diejenige der französisch-sprechenden Westkantone. Die vom Zürcher Gesetzbuch beeinflussten Kantone kannten hingegen die Eigentumsübertragung, die auf der Besitzübergabe beruhte. Nachdem in Vorentwürfen verschiedene Lösungen vorgeschlagen worden waren, entschied sich der eidgenössische Gesetzgeber von 1881 schliesslich für die Option der Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe, wobei allerdings die Besitzübergabe durch Besitzkonstitut und *brevi manu traditio* sehr stark erleichtert wurde (Egli, 1926, S. 67). Art. 199 aOR wurde also wie folgt verabschiedet: «Soll in Folge eines Vertrages Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.» Die welschen Kantone hatten also «verloren». Die Debatte wurde aber immer noch intensiv im Parlament geführt.

Da die Widerstände in den parlamentarischen Kommissionen weiter bestanden, wurde bei der Schlussberatung des Gesetzesentwurfs im Parlament ein Kompromiss vorgeschlagen, nämlich die Einführung eines Art. 204 aOR (siehe vor allem Egli, 1926, S. 65-70; darauf aufbauend Cortesi, 1996, S. 11 ff.; Bucher, 1970, S. 288 f.; Cavin, 1977, S. 29; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Sein Inhalt war ein Nachgeben gegenüber der französisch sprechenden Minderheit des

schweizerischen Parlaments von 1881 (Bucher, 1970, S. 288 f.; Egli, 1926, S. 65 ff.; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Diese hatte sich zum Anwalt des Gefahrübergangs beim Kauf schon bei Vertragsabschluss gemacht, weil sie damit den praktisch wichtigsten Punkt der ihr vertrauten Regelung beim Kauf noch retten wollte. Mit anderen Worten, bei Vertragsabschluss sollte der Käufer die finanziellen Folgen des zufälligen Untergangs der Kaufsache tragen, indem er trotz Untergangs der Sache den Preis weiterhin bezahlen musste. Dies gilt auch, wenn sich die Sache immer noch beim Verkäufer befindet und deshalb das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergegangen ist. Dieser «glückliche» Kompromiss ist das auffälligste Beispiel des Kollidierens von zwei juristischen Traditionen (Egli, 1926, S. 68; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Es ist aber bemerkenswert, dass diese «*periculum est emptoris*»-Kompromisslösung und die Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe die Lösung des klassischen Römischen Rechts widerspiegelt. Diese findet man aber auch noch in Chile (Chile Zivilgesetzbuch, Art. 1820; für Südafrika siehe Bauer, 1998, S. 182 ff. und Zimmermann, 1996, S. 292)! Dieser salomonische Entscheid wurde 1907 bei der Revision des alten Obligationenrechts abermals in Zweifel gezogen, aber letztlich nicht mehr geändert (Pichonnaz, 2011b, S. 133). Die Angst, den Streit wieder von vorne zu beginnen, führte dazu, dass sämtliche Änderungsvorschläge zurückgewiesen wurden. Art. 185 OR über die Gefahrtragung beim Kauf ist somit seinem Vorgänger sehr ähnlich.

Obwohl diese Lösung nicht direkt aus dem Römischen Recht stammt, hat ihre Ähnlichkeit mit diesem das Bundesgericht veranlasst, in einem Entscheid von 2002 über die Auslegung des Art. 185 OR eine historische Analyse vorzunehmen. Damit wollte es die Grenzen des Prinzips des *periculum emptoris* erörtern (BGE 128/2002 III 370 [12.3.2002, 4C.336/2000]; siehe auch Pichonnaz, 2008b, S. 183 ff.; Pfeiffer, 2003, S. 884 ff.). Das war ein Zeichen, dass das Römische Recht irgendwie noch unter uns weilt, wenn auch manchmal inkognito. Das Bundesgericht zitiert im Entscheid selbst nicht nur Justinian (den Kaiser aus dem 6. Jh.), sondern auch mittelalterliche Juristen wie Cuiacius (16. Jh.) oder Pothier. Dies ist doch sehr eigenartig für ein oberstes Gericht auf dem Kontinent. Das Römische Recht wurde somit als historische Argumentation benutzt, nicht um die römischrechtliche Lösung auf die gegenwärtigen Probleme zu übertragen, aber um die Hintergründe, die Struktur der Lösung besser zu erklären.

IV. Schluss: Die dritte Geburt des Römischen Rechts

Die Kodifikationen haben den Eindruck erweckt, Lösungen seien versteinert. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall, da die richterliche «Anwendung des Gesetzes» jeden Tag neue Probleme aufzeigt. Die Lösungen stehen nicht einfach «im» Gesetz, sie müssen vielmehr neu gefunden werden. Das Römische Recht «spukt» noch im Obligationenrecht und zum Teil im Zivilgesetzbuch - diese sind «*hantés*», wie Derrida sagen könnte. Diese Erkenntnis ist umso wichtiger, als

man damit die Herkunft unseres Rechts besser verstehen und dieses zugleich zukunftsgerecht (weiter) entwickeln kann. Das Römische Recht spielt also - manchmal direkt, oftmals aber indirekt - eine wichtige Rolle für den Schweizer Juristen, selbstverständlich nicht unbedingt in Alltagsgeschäften eines Richters oder eines Anwalts, aber sicher bei «schwierigen» Fällen. Das Bundesgericht hat es zum Beispiel im vorher erwähnten Fall gezeigt, aber auch in weiteren Entscheidungen, z.B. im berühmten Papageienfall, BGE 133/2006 III 257 (besprochen u.a. von Pichonnaz, 2011a, S. 63 ff.; Pichonnaz, 2011c, S. 407 ff.; Werro, 2009, S. 5 ff.; Honsell, 2007, S. 154 ff.; Keller, 2007, S. 780 ff.; Zellweger-Gutknecht, 2007, S. 769; Coendet, 2008, S. 15 ff.; Tercier, 2008, S. 295 f.; Brunner/ Vischer, 2008, Rz. 13 ff.; Koller, 2008, S. 9 ff.; Vischer, 2009, S. 129; Schmid, 2010, S. 600). Es ist also eine Chance, dass dieses Fach heute in der Schweiz von Lehrstuhlinhabern vertreten wird, die sowohl Römisches Recht wie geltendes Recht unterrichten und erforschen. Es ermöglicht nämlich, historische Forschung zu betreiben anhand von aktuellen Fragen. Diese dynamische Entwicklung zeigt sich in einigen bemerkenswerten Dissertationen der letzten Jahrzehnte.

Die so genannte «dritte Geburt» des Römischen Rechts sollte aber im Hinblick auf die Entwicklung eines Vertragsrechts auf europäischer Ebene stattfinden (siehe Caroni, 2011, S. 74, der von «Wiederbelebung» spricht). Es ist nicht im Sinn historischer Untersuchungen, römischrechtliche Lösungen im geltenden Recht anzuwenden; die sozio-ökonomischen Verhältnisse haben sich zu stark geändert. Die Untersuchung des Römischen Rechts soll uns aber dabei helfen, die richtigen Fragen zu stellen, die verschiedenen europäischen Lösungen zu dekonstruieren, um dann die dahinterstehenden Werte zu identifizieren, damit die neuen Regelungen nicht nur das Ergebnis eines Verhandels zwischen nationalen Systemen sind, sondern eine durchdachte Lösung anbieten. Das wird aber das Thema der nächsten Veranstaltung sein.

«Die Schweiz und das Römische Recht». Ein auf den ersten Blick überraschendes Paar. Ich hoffe aber, gezeigt zu haben, dass das Römische Recht immer noch die Wurzel des geltenden Rechts darstellt. Ein Baum wächst dank seiner Wurzeln, wie sich das geltende Recht aus dem Römischen Recht entwickelt; die Wurzeln des Rechts erklären seine Funktion, können diese aber nicht ersetzen. Im dogmatisch-historischen Hinblick auf das geltende Recht erfüllt das Römische Recht eine wichtige Rolle, nicht nur für eine sinnvolle Entwicklung der Juristen, sondern auch als Überlegungsinstrument. Die Lösungen müssen aber nach den sozialen und ökonomischen Gegebenheiten neu erfunden werden; es geht also immer noch über das Römische Recht hinaus, aber dank dem Römischen Recht. »

Literaturverzeichnis

- Arquint, Jon-Peider (1998-2010). *Lex romana Curiensis, Historisches Lexikon der Schweiz* [Online im Internet]. Verfügbar im Internet: <http://hls-dhsdss.ch/textes/d/D8943.php?PHPSESSID=6706f18e6677b72323bcOf97f7be7ee6a> [2011-19-10].
- Arnaud, André-Jean (1964). *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hg.) (2009). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2 Bände). Tübingen.
- Bauer, Martin (1998). *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin.
- Bluntschli, Johann Caspar (1884). *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Vol. I, Nördlingen.
- Bluntschli, Johann Caspar (1855). *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton*. Zürich.
- Brunner, Christoph/Vischer, Markus (2008). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007. *Jusletter*, 13. Oktober 2008.
- Bucher, Eugen (1970). Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer). *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, n. F. 89 I, S. 281-294.
- Bühler, Theodor (2003). Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, *SZ-RA*, 120, S. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi, Luigi (2004). *Lezioni di storia del diritto romano*. Neapel.
- Caroni, Pio (2011). Ius romanum in Helvetia: a ehe punto siamo? In Paola Guglielmotti, Isabella Lazzarini und Gian Maria Varanini (Hg.), *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini* (S. 55-79). Florenz.
- Cavin, Pierre (1977). Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), *Schweizerisches Privatrecht* (Bd. VII/1), *Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart.
- Coendet, Thomas (2008). Schadenszurechnung im Kaufrecht. *Recht*, S. 15-26.
- Coing, Helmut (1985). *Europäisches Privatrecht* (Bd I.), *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München.
- Corbino, Alessandro/Santalucia, Bernardo (Hg.) (1988). *Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, Vol. I. Florenz.
- Cortesi, Oreste (1996). *Die Kaufpreisgefahr*. Zürich.
- Domat, Jean (1723). *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et le-gum delectus*. Nouvelle édition, Tome I. Paris.

- Egli, Walter (1926). *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*. Affoltern.
- Fasel, Urs (2003a). *Bahnbrecher Munzinger*. Bern.
- Fasel, Urs (2003b). Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 345-352.
- Fögen, Marie-Theres (2002). *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan (2008). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Bände) (9. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Gaudemet, Jean (1967). *Institutions de l'Antiquité*. Paris.
- Gaudemet, Jean (1965). Le bréviaire d'Alaric et les épitomes. *Ius Romanum Medii Aevi* (Pars 1, 2 b, aa, b) (S. 1-57). Mailand.
- Gazzaniga, Jean-Louis (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. Paris.
- Halpérin, Jean-Louis (1992). *L'impossible Code civil*. Paris.
- Hattenhauer, Hans (2004). *Europäische Rechtsgeschichte* (4. Aufl.). Heidelberg.
- Hausmanning, Herbert/Selb, Walter (2001). *Römisches Privatrecht* (9. Aufl.). Wien.
- Honsell, Heinrich (2007). Der Mangelfolgeschaden beim Kauf - Papageienfall des Bundesgerichts. *Recht*, S. 154-158.
- Honsell, Heinrich (2011). 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 5-115.
- Huber, Eugen (1893). *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Bd IV). Basel.
- Keller, Roland (2007). Bemerkungen zum 4C.180/2005 (BGE 133 III 257). *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, S. 780-783.
- Koller, Alfred (2008). *Leistungsstörungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*. St. Gallen.
- Meder, Stephan (2008). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Köln/Weimar/Wien.
- Meili, Friedrich (1901). *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*. Zürich.
- Meili, Friedrich (1908). *Johann Caspar Bluntschli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft. Erinnerungsblatt zum Hundertsten Geburtstage* (7. März 1908). Zürich.
- Meyer-Marthaler, Elisabeth (1968). *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*. Zürich.

- Meylan, Philippe (1937). *Jean Barbeyrrac (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, contribution à l'histoire du droit naturel*. Lausanne.
- Nelson, Hein L. W./Manthe, Ulrich (1999). *Gai Institutiones III 88-181*. Berlin.
- Pahud de Mortanges, René (2007). *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*. Zürich/St. Gallen.
- Pfeiffer, Guido (2003). «Periculum est emptoris» - Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien, Entscheidung der Schweizerischen Ire Cour Civile vom 12. März 2002. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S.884-894.
- Pichonnaz, Pascal (2008a). *Les fondements romains du droit privé*. Genf/Zürich/Basel.
- Pichonnaz, Pascal (2008b). Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf Römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht. In Wolfgang Ernst/Eva Jakab (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (S. 183-201). Berlin/Heidelberg.
- Pichonnaz, Pascal (2011a). Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge. *Index*, 39, S. 58 ff.
- Pichonnaz, Pascal (2011 b). Le Centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 117 -227.
- Pichonnaz, Pascal (2011c). L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO. In Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey (Hg.), *l'homme et son droit, Mélanges Marco Borghi* (S. 399-414). Genf/Basel/Zürich.
- Pothier, Robert-Joseph (1818). *Pandectae Justinianee in novum ordinem redactae* (4. Au fl.). Paris.
- Pothier, Robert-Joseph (1824). *Traité des obligations*. In André Dupin / Jacques Marie-Jean (Hg.), *Œuvres de Pothier* (Band I). Paris.
- Poudret, Jean-François (1998-2006). *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à la fin du XVIe siècle* (6 Bände). Bern.
- De Raemy, Tobie/Corpataux Georges (1922). Les origines de l'école de droit de Fribourg [Neudruck aus: *Annales fribourgeoises* (1922) 10, S. 193-207; (1923) 11, S. 248-257; (1925) 13, S. 53-66 und S. 104-123, S.I-56]. Fribourg.
- Rainer, Michael/Filip-Fröschl, Johanna (1998). *Texte zum Römischem Recht*. Wien/New York.

- Samuel, Geoffrey (2007). Taking Methods Seriously (Part Two). *Journal of Comparative Law*, S. 210-237.
- Samuel, Geoffrey (2005). *Epistemology and Method in Law*. Aldershot.
- Schmid, Jörg (2010). Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Obligationenrecht. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 146, S. 554-631.
- Schmidlin, Bruno (1999). Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung. In Reinhard Zimmermann (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 187-205). Heidelberg.
- Schmidlin, Bruno (2011). *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*. Genf/Zürich/Basel.
- Schröder, Jan (2001). *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*. München.
- Senn, Marcel (2003). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Sirks, Adriaan Johan Boudewijn (2007). *The Theodosian Code. A Study*. Friedrichsdorf.
- Soliva, Claudio (1986). Römisches Recht in Churrätien. *Jahrbuch der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 116, S. 189-206.
- Stein, Peter (2003). *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*. Genf/Basel/München.
- Stelling-Michaud, Sven (1960). *Les juristes suisses à Bologne (1255-1330). Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*. Genf.
- Tercier, Pierre (2008). Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations/Entwicklung im Obligationenrecht, Besonderer Teil. *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, 104, S. 294-298.
- Vischer, Markus (2009). Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf. *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, 105, S. 129-140.
- Vogenauer, Stefan (2001). *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Bd I). Tübingen.
- Werro, Franz (2009). La vente dans la jurisprudence récente. In Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hg.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats* (S. 1-9), Genf/Zürich/Basel.
- Wieacker, Franz (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen.

Zellweger-Gutknecht, Corinne (2007). Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 143, S. 763-784.

Zimmermann, Reinhard (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford.

Zimmermann, Reinhard (2002). *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*. Oxford.

Mit freundlicher Genehmigung von Herrn Prof. Dr. Pascal Pichonnaz (Universität Freiburg)

Beitrag erschienen in:

Fagnoli Iole/Rebenich Stefan (Hg.), *Das Vermächtnis der Römer. Römisches Recht und Europa*, Bern/Stuttgart/Wien 2012, S. 21-46.

Literaturhinweise

Begleitende Literatur

Studienliteratur:

BABUSIAUX, ULRIKE, Römisches Erbrecht, München 2015

HONSELL, HEINRICH, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin et al. 2015

KASER, MAX/KNÜTEL, ROLF, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014

Handbücher:

KASER, MAX, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl., München 1975

HONSELL, HEINRICH/MAYER-MALY, THEO/SELB, WALTER, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin et al. 1987

Zur Vertiefung:

BÜRGE, ALFONS, Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung, Darmstadt 1999

Übersetzungen

Die Übersetzungen der Fragmente sind angelehnt an:

MANTHE, ULRICH, Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius, Darmstadt 2008. (Gai. Inst.)

BEHRENDTS, OKKO/KNÜTEL, ROLF/KUPISCH, BERTHOLD/SEILER, HANS-HERMANN (Hg.), Corpus Iuris Civilis, München 1990ff. (Inst. und D. 1-34)

OTTO, CARL EDUARD/SCHILLING, BRUNO/SINTENIS, CARL FRIEDRICH FERDINAND, Corpus Iuris Civilis, Leipzig 1831-1839. (D. 35-50)

Abkürzungsverzeichnis

Aufl.	Auflage
Bruns	Siebenbürgische Wachstafeln
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
Cic. Brut.	Marcus Tullius Cicero: <i>ad Brutum</i>
D.	Digesten
EP	Epitome Ulpiani
FK	Fideikommiss
Gai. Inst.	Institutionen des Gaius
Hg.	Herausgeber
Imp.	Imperator
Inst.	Institutionen Justinians
Kap.	Kapitel
P. Oxy.	Oxyrhynchus Papyri
pr.	<i>principium</i>
P. Ryl.	Papyri in John Rylands Library
PS	Pauli Sententiae
RS	Rechtsstellung
SC	<i>senatusconsultum</i>
XII Tafeln	Zwölftafelgesetz
z.B.	zum Beispiel
zw.	zwischen

EINLEITUNG

1. Kapitel: Rechtsschichten und Rechtsquellen

HONSELL, §§ 1-4; KASER/KNÜTEL, §§ 1-3

I. Recht und Gerechtigkeit; privates und öffentliches Recht

1 D. 1.1.1pr., 2 (Ulpian)

(pr.) Wer das Recht studieren will, muss zuerst wissen, woher das Wort "Recht" (*ius*) kommt. Es wird nämlich von "Gerechtigkeit" (*iustitia*) abgeleitet; denn nach der Definition des Celsus ist "Recht" die Kunst des Guten und Billigen (*ars boni et aequi*).

(2) Das Studium des Rechts hat zwei Hauptteile, nämlich das öffentliche Recht (*ius publicum*) und das Privatrecht (*ius privatum*). Das öffentliche Recht bezieht sich auf den römischen Staat, das Privatrecht auf den Nutzen des Einzelnen.

2 D. 1.1.10 (Ulpian)

Gerechtigkeit ist der beständige und immerwährende Wille, jedem das Seine zuzuteilen. Die Grundsätze des Rechts sind folgende: anständig zu leben, den anderen nicht zu verletzen, und jedem das Seine zuzuteilen. Die Rechtswissenschaft ist die Kenntnis göttlicher und menschlicher Dinge, die Wissenschaft von Recht und Unrecht.

II. Naturrecht – Zivilrecht – Völkergemeinrecht

3 D. 1.1.1.3-4 (Ulpian)

(3) Naturrecht (*ius naturale*) ist das, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat. Denn dieses Recht ist nicht allein dem Menschengeschlecht eigen, sondern allen Lebewesen, die es auf dem Lande und im Wasser gibt, gemeinsam – auch den Vögeln. Hieraus leitet sich die Verbindung des männlichen Geschlechts mit dem weiblichen ab, die wir Menschen Ehe nennen. Ebenso die Erzeugung und Erziehung der Kinder, und das gilt auch für die wilden Tiere.

- (4) Völkergemeinrecht (*ius gentium*) ist das Recht, das die menschlichen Völker befolgen. Dass es vom Naturrecht (*ius naturale*) abweicht, ist leicht einzusehen, weil dieses allen Lebewesen, jenes nur den Menschen untereinander gemeinsam ist.
- 4 Inst. 1.2.11**
Die natürlichen Rechtsgrundsätze, die gleichermassen von allen Völkern beachtet werden und gleichsam von der göttlichen Vorsehung selbst eingesetzt sind, bleiben immer gleich und unabänderlich: diejenigen aber, die der Staat selbst erlässt, pflegen oft entweder durch stillschweigenden Konsens des Volkes oder durch nachfolgende andere Gesetze verändert zu werden.
- 5 D. 43.16.1.27 (Ulpian)**
Es ist erlaubt, Gewalt mit Gewalt zurückzuschlagen, schreibt Cassius, und dieses Recht wird durch die Natur hervorgebracht: Daraus ergibt sich, dass man Waffengewalt mit Waffengewalt abwehren darf.
- 6 D. 1.1.6pr.-1 (Ulpian)**
(pr.) Zivilrecht (*ius civile*) ist das Recht, das weder vom Naturrecht (*ius naturale*) noch vom Völkergemeinrecht (*ius gentium*) völlig abweicht, noch beiden in allen Punkten folgt. Wenn wir daher jenem allgemeinen Recht eine Regel hinzufügen oder wegnehmen, schaffen wir dadurch ein besonderes Recht, nämlich unser Zivilrecht (*ius civile*).
- (1) Unser Recht besteht also aus geschriebenem und ungeschriebenem Recht, wie auch die Griechen unterscheiden: Die einen Rechtsätze sind geschrieben, die anderen ungeschrieben.
- 7 D. 1.1.7pr.-1 (Papinian)**
(pr.) Zivilrecht (*ius civile*) ist das Recht, das aus Gesetzen, Plebisziten, Senatsbeschlüssen, Kaisererlassen und der Autorität der Rechtsgelehrten hervorgeht.
- (1) Prätorisches Recht (*ius praetorium*) ist das Recht, das die Prätores im öffentlichen Interesse eingeführt haben, um das Zivilrecht zu unterstützen, zu ergänzen oder zu verbessern. Es ist klar – nach dem Ehrenamt der Prätores – auch als Honorarrecht (*ius honorarium*) bezeichnet worden.

2. Kapitel: Römischrechtliche Quellen

HONSELL, § 2; KASER/KNÜTEL, § 1

Bruns	Siebenbürgische Wachstafeln
<i>Corpus Iuris Civilis</i> (Justinian):	
Inst.	Institutionen
D.	Digesten
C.	Codex
N.	Novellen
EP	Epitome Ulpiani
Gai. Inst.	Institutionen des Gaius
P. Oxy.	Oxyrhynchus Papyri
P. Ryl.	Papyri in John Rylands Library
PS	Pauli Sententiae
XII-T.	Zwölftafeln

ERSTER TEIL: OBLIGATIONEN- UND SACHENRECHT

3. Kapitel: Rechtsgeschäftliche Ver- pflichtungen

HONSELL, §§ 5f., 8-10, 12, 26, 32, 34f., 40, 44-47, 54, 65-67; KASER/KNÜTEL, §§ 5-8, 12-16, 32-34, 38, 40f., 45f., 52-54, 60, 62f.

I. Personenrecht

1. Recht- und Handlungsfähigkeit

a. Sklaven

8 D. 1.5.4.1 (Florentinus)

Sklaverei ist eine Einrichtung des Völkergemeinrechts (*ius gentium*), durch die jemand wider die Natur einem fremden Eigentum unterworfen wird.

9 Gai. Inst. 1.9-11

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

(10) Weiterhin sind von den freien Menschen die einen Freigeborene, die anderen Freigelassene.

(11) Freigeborene sind diejenigen, die als Freie geboren sind; Freigelassene diejenigen, die aus einer rechtmässigen Sklaverei freigelassen worden sind.

10 Gai. Inst. 1.52

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

b. Gewaltunterworfenheit**11 Gai. Inst. 1.48-50**

(48) Es folgt eine weitere Einteilung hinsichtlich der Rechtsstellung der Personen. Manche Personen sind nämlich rechtlich selbständig, manche sind fremdem Recht unterworfen.

(49) Weiterhin stehen von den Personen, die fremdem Recht unterworfen sind, manche in Hausgewalt (*potestas*), andere in Ehegewalt, andere in Manzipi-umgewalt.

(50) Wir wollen nun diejenigen betrachten, die fremdem Recht unterworfen sind; denn wenn man begriffen hat, welche diese Personen sind, versteht man zugleich, welche rechtlich selbständig sind.

12 Gai. Inst. 1.55-56

(55) Ferner stehen unsere Kinder, die wir in rechtmäßiger Ehe erzeugt haben, in unserer Hausgewalt (*potestas*); dieses Rechtsinstitut ist Sonderrecht der römischen Bürger (*ius civile*). Es gibt nämlich fast überhaupt keine anderen Menschen, welche eine derartige Gewalt über ihre Kinder haben, wie wir sie haben, [...].

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

2. Vormundschaft (*tutela*)**13 Gai. Inst. 1.196**

Als einen Mündigen (*puber*) sehen Sabinus, Cassius und unsere anderen Lehrer denjenigen an, der durch seinen körperlichen Zustand die Reife beweist, d.h. zeugungsfähig ist. [...] Aber die Juristen der anderen Schule meinen, man müsse die Mündigkeit (*pubertas*) nach Jahren bestimmen, das heisst, sie halten den für mündig, der das 14. Lebensjahr vollendet hat.

14 Gai. Inst. 1.189-190

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

(190) Dass aber volljährige Frauen unter Vormundschaft (*tutela*) stehen, dazu dürfte kaum ein gewichtiger Grund geraten haben; denn wenn man gemeinhin glaubt, dass Frauen wegen ihrer Leichtfertigkeit häufig betrogen würden und es deshalb angemessen sei, dass sie durch die Zustimmung ihres Vormunds geleitet würden, so ist das wohl eher ein scheinbarer und kein wahrer Grund. Volljährige Frauen führen ihre Geschäfte nämlich selbst, und in einigen Fällen gibt ein Vormund nur der Form halber seine Zustimmung, und er wird auch oft vom Prätor gegen seinen Willen zur Zustimmung gezwungen.

15 D. 26.8.9pr. (Gaius)

Ein Unmündiger (*impuber*) kann sich ohne die Zustimmung des Vormunds nicht aus einem Vertrag verpflichten.

II. Obligationen**1. Einleitung****16 Gai. Inst. 3.88**

Wir wollen jetzt zu den Obligationen übergehen, deren Haupteinteilung sich aus ihren zwei Erscheinungsweisen ableiten lässt; denn jede Obligation entsteht entweder aus einem Vertrag (*contractus*) oder aus einer unerlaubten Handlung (*delictum*).

17 Gai. Inst. 3.89

Und zuerst wollen wir solche betrachten, die aus einem Vertrag (*contractus*) entstehen. Von ihnen gibt es vier Gattungen: eine Verpflichtung kommt nämlich entwe-

der durch Sachübergabe (*re*) oder durch Wortformeln (*verbis*) oder durch Schriftstück (*litteris*) oder durch Willensübereinstimmung (*consensu*) zustande.

18 Inst. 3.13pr.

Jetzt wollen wir zu den Schuldverhältnissen (*obligationes*) übergehen. Das Schuldverhältnis ist ein rechtliches Band, durch das uns nach dem Recht unseres Gemeinwesens der Zwang auferlegt wird, irgendeine Leistung zu erbringen.

19 D. 44.7.3pr. (Paulus)

Das Wesen der Obligation besteht nicht darin, dass ein Gegenstand unser Eigentum wird oder unserer Herrschaft unterworfen wird, sondern dass ein Anderer zu einer Sach-, Dienst- oder sonstigen Leistung verpflichtet wird.

20 D. 44.7.51 (Celsus)

Die Klage (*actio*) ist nichts anderes, als das Recht, das, was einem geschuldet wird (*obligatio*), in einem Gerichtsverfahren zu verfolgen.

2. Stipulation

a. Frage und Antwort

21 Gai. Inst. 3.92

Die Verbalobligation kommt durch Frage und Antwort zustande, zum Beispiel: „Gelobst du, dass gegeben wird? Ich gelobe.“ „Wirst du geben? Ich werde geben.“ „Versprichst du? Ich verspreche“ [...]

22 Gai. Inst. 3.93

Aber diese Verpflichtung durch Worte mit „Gelobst Du, dass Gegeben wird? Ich Gelobe“ ist Sonderrecht der römischen Bürger (*ius civile*); alle anderen Arten gehören aber dem Völkergemeinrecht (*ius gentium*) an und gelten daher zwischen allen Menschen, ganz gleich, ob sie römische Bürger oder Nichtbürger sind. Und auch wenn sie in griechischer Sprache ausgedrückt sind (wie zum Beispiel folgendermassen: „Wirst Du geben? Ich werde geben. – Versprichst Du? Ich verspreche. – Versprichst Du bei Treue? Ich verspreche bei Treue. – Befiehlst Du bei Treue? Ich befehle bei Treue. – Wirst Du tun? Ich werde tun.“), haben sie trotz alledem sogar unter römischen Bürgern Geltung, vo-

rausgesetzt, dass diese die griechische Sprache verstehen; und umgekehrt haben sie, auch wenn sie lateinisch ausgesprochen werden, trotzdem sogar unter Nichtbürgern Geltung, vorausgesetzt, dass diese die lateinische Sprache verstehen. Doch gehört jene Wortverpflichtung „Gelobst Du, dass Gegeben wird?“ (*spondesne?*) „Ich gelobe“ (*spondeo*) dermassen dem Sonderrecht der römischen Bürger (*ius civile*) an, dass sie sich nicht einmal richtig ins Griechische übersetzen lässt, obwohl sie nach dem Vorbild eines griechischen Wortes geprägt sein soll.

23 Gai. Inst. 3.105

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

24 D. 45.1.1.1-2 (Ulpian)

(1) Hat jemand als Anwesender gefragt, und sich entfernt, bevor ihm die Antwort erteilt wird, wird die Stipulation nicht gültig. Hätte er aber als Anwesender gefragt, bald darauf sich entfernt und die Antwort bei seiner Rückkehr erhalten, so entsteht die Verpflichtung, denn eine kurze Unterbrechung [zwischen Frage und Antwort] hindert die Verpflichtung nicht.

(2) Wenn jemand so fragte: „Willst du mir nicht geben?“ Und zur Antwort erhielt: „Warum nicht?“ so befindet er sich in der Verpflichtung. Das Gegenteil aber würde gelten, wenn er ohne zu sprechen nur genickt hätte. [...]

25 D. 45.2.11.2 (Papinian)

Wenn der Inhalt einer Vereinbarung lautet: „Julius Carpus hat sich wirksam versprechen lassen, dass ihm so und so viele Goldstücke gegeben werden, und wir, Antoninus Achilleus und Cornelius Dius, haben versprochen (diese zu geben)“, so schulden sie nur nach Kopfteilen, weil nicht hinzugefügt wurde, dass jeder einzelne das Ganze versprochen hat, so dass sie zwei Stipulationsschuldner würden.

26 D. 45.1.1.115.1 (Papinian)

Aber auch wenn ich mir derart habe versprechen lassen: „Wenn du nicht das Capitol besteigst“ oder „Wenn du nicht nach Alexandria gehst, versprichst du hundert zu geben?“ wird die Stipulation nicht sofort fällig sein, obwohl du das Capitol besteigen oder nach Alexandria gelangen könntest, sondern [sie wird erst dann fällig sein], wenn sicher zu sein beginnt, dass du das Capitol nicht besteigen oder nicht nach Alexandria reisen kannst.

27 D. 45.1.1.3 (Ulpian)

Wenn jemand auf eine unbedingte Frage antwortete: „wenn jenes geschehen sein wird, so will ich es geben“, so steht fest, dass er nicht verpflichtet worden ist. Oder wenn er auf die Frage: „[versprichst du] vor den fünften Kalenden [zu geben]?“ geantwortet hätte: „ich will es an denselben geben“, so wird er gleichfalls nicht haften, denn er hat nicht so geantwortet, wie er gefragt worden ist. Und umgekehrt, wenn jemand auf eine bedingte Frage unbedingte geantwortet hätte, wird ebenfalls zu entscheiden sein, dass er nicht verpflichtet werde. Wenn jemand etwas der Obligation hinzufügt oder davon wegnimmt, so muss stets angenommen werden, dass die Verpflichtung fehlerhaft sei. Ausser in dem Fall, dass sich der Versprechensempfänger (*stipulator*) sofort mit der abweichenden Antwort einverstanden erklärt hätte, denn dann nimmt man an, dass eine andere Stipulation eingegangen worden ist.

28 D. 45.1.38.18-19 (Ulpian)

(18) Wenn bei Stipulationen unklar ist, was [mit den ausgetauschten Worten] gemeint war, so muss der Wortlaut gegen den Versprechensempfänger (*stipulator*) ausgelegt werden.

(19) Von dem, welcher sagt, „[versprichst du,] mir zehn bzw. dem Titius zehn [zu geben]“, muss man annehmen, dass er dieselben zehn, nicht weitere zehn gemeint hat.

29 D. 45.1.137.1 (Venuleius)

Wenn ich mir einen Sklaven habe versprechen lassen, und an einen anderen denke als du, so ist nichts wirksam zustande gekommen. Denn eine Stipulation entsteht nur bei Willensübereinstimmung.

30 Inst. 3.19.23

Wenn Versprechensempfänger (*stipulator*) und Versprechender an verschiedene Sachen denken, kommt genauso wenig ein Schuldverhältnis zustande, wie wenn auf die Frage gar nicht geantwortet worden wäre, zum Beispiel wenn jemand sich von dir den Sklaven Stichus versprechen lässt, du aber an Pamphilus denkst, von dem du glaubst, man nenne ihn Stichus.

b. Anfängliche Unmöglichkeit**31 Gai. Inst. 3.97**

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

32 Gai. Inst. 3.97a

Wenn sich ferner jemand die Übereignung einer Sache, die es auf der Welt nicht geben kann (zum Beispiel eines *centaurus* = Pferdemenchen), versprechen lässt, so ist die Stipulation gleichermassen unwirksam.

33 Gai. Inst. 3.98

Wenn sich ferner jemand etwas unter einer solchen Bedingung, die nicht eintreten kann – zum Beispiel: „Wenn er mit dem Finger den Himmel berührt hat“ versprechen lässt, so ist die Stipulation unwirksam. [...]

34 Gai. Inst. 3.99

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

35 D. 50.17.185 (Celsus)

Unmögliches wird nicht geschuldet (*impossibilium nulla est obligatio*).

36 D. 45.1.26 (Ulpian)

Wir wissen, dass sittenwidrige Stipulationen grundsätzlich nichtig sind.

37 D. 45.1.27pr. (Pomponius)

Zum Beispiel, wenn jemand verspricht, einen Mord oder ein Sakrileg zu begehen.

38 C. 8.38.2 (Alexander, a. 223)

Seit alters ist anerkannt, dass Ehen frei von Zwang sind. Daher steht fest, dass Abreden, die eine Scheidung ausschliessen, ungültig sind. Und Stipulationen, die demjenigen eine Strafe auferlegen, der die Scheidung bewirken sollte, wird die Anerkennung versagt.

c. Stipulationen im Prozess**39 Formel der *condictio certae pecuniae*:**

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 10'000 Sesterzen zu zahlen verpflichtet ist, sollst du, Richter, den Beklagten dem Kläger zu 10'000 Sesterzen verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

40 Gai. Inst. 4.53

Wenn jemand zu viel in den Klagantrag aufgenommen hat, so scheitert er im Prozess, das heisst, er verliert seinen Anspruch, [...]

41 Gai. Inst. 4.53 a-d

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

(b) Hinsichtlich der Zeit (*tempore*), zum Beispiel, wenn jemand vor Fälligkeit oder vor Bedingungseintritt Klage (*actio*) erhoben hat.

(c) Hinsichtlich des Ortes (*loco*), zum Beispiel, wenn etwas, von dem die Lieferung an einem genau bestimmten Ort versprochen war, an einem anderen Ort ohne Angabe dieses Ortes eingeklagt wird, zum Beispiel, wenn ich mir durch Stipulation von dir habe versprechen lassen: „Gelobst Du, 10'000 Sesterzen in Ephesus zu geben?“ daraufhin aber in Rom im Klagantrag nur folgendermassen formuliere: „Wenn es sich erweist, dass Du mir 10'000 Sesterzen aus einer Stipulation geben musst“. Denn begreiflicherweise klage ich deshalb zu viel ein, weil ich dem Versprechenden den

Vorteil wegnehme, den er gehabt hätte, wenn er in Ephesus leisten würde. [...]

(d) Hinsichtlich der Rechtslage (*causa*), zum Beispiel, wenn jemand im Klageantrag eine Wahlmöglichkeit des Schuldners wegnimmt, die dieser kraft seiner Verpflichtung hat, wenn zum Beispiel jemand folgendermassen sich durch Stipulation hat versprechen lassen: „Gelobst du, 10'000 Sesterze oder den Sklaven Stichus zu geben?“, jetzt aber nur eins von diesen beiden einklagt; obwohl er nämlich weniger einklagt, klagt er dennoch, wie man annimmt, mehr ein, weil der Gegner unter Umständen das leichter leisten könnte, was nicht eingeklagt wird. Ähnlich, wenn jemand sich etwas aus der Gattung hat durch Stipulation versprechen lassen, dann aber eine Art einklagt, zum Beispiel, wenn sich jemand Purpur aus der Gattung hat durch Stipulation versprechen lassen, jetzt aber tyrischen Purpur als Art einklagt; sogar wenn er die allerbilligste Art einklagt, gilt dasselbe aus dem eben genannten Grunde. Dasselbe gilt, wenn jemand sich einen Menschen aus der Gattung hat durch Stipulation versprechen lassen, jetzt aber jemanden unter Namensnennung einklagt, etwa den Stichus, auch wenn er der billigste ist. Daher muss der Klageantrag in der Klagformel ebenso formuliert werden, wie die Stipulation selbst formuliert worden ist.

3. Entkräftung der Stipulation: *exceptio(nes)*

a. Irrtum

42 D. 45.1.137.1 (Venuleius)

Wenn ich mir einen Sklaven habe versprechen lassen, und an einen anderen denke als du, so ist nichts wirksam zustande gekommen. Denn eine Stipulation entsteht nur bei Willensübereinstimmung.

43 Gai. Inst. 3.19.23

Wenn Versprechensempfänger (*stipulator*) und Versprechender an verschiedene Sachen denken, kommt genauso wenig ein Schuldverhältnis zustande, wie wenn auf die Frage gar nicht geantwortet worden wäre, zum Beispiel wenn jemand sich von dir den Sklaven Stichus versprechen lässt, du aber an Pamphilus denkst, von dem du glaubst, man nenne ihn Stichus.

b. Täuschung / Drohung

44 C. 8.38.5 (Diokletian)

Wenn beim Abschluss einer Stipulation arglistige Täuschung oder Furchterregung vorlagen, ist zwar die Klagemöglichkeit aus dem Vertrag gegeben, doch wird diese durch die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) oder der Furcht (*exceptio quod metus causa*) gehemmt.

45 Gai. Inst. 4.116

Und zwar sind die Einreden (*exceptiones*) dazu geschaffen worden, um die Beklagten zu verteidigen. Oft kommt es nämlich vor, dass jemand nach Zivilrecht haftet, es aber unbillig ist, dass er im Prozess verurteilt wird. [...]

Wenn ich ferner mit dir vereinbart habe, dass ich das, was du mir schuldest, nicht von dir fordere (*pactum de non petendo*), so kann ich es dennoch nach bürgerlichem Recht von dir mit [der Klage auf] „Es muss mir gegeben werden“ fordern, weil durch eine Vereinbarung und Übereinkunft die Verpflichtung nicht aufgehoben wird. Aber es ist anerkannt, dass ich, wenn ich es fordere, mit der Einrede der Vereinbarung und Übereinkunft (*exceptio pacti*) zurückgewiesen werden muss.

46 D. 2.14.7.4 (Ulpian)

Eine bloße formlose Vereinbarung (*pactum*) bringt also kein Schuldverhältnis hervor, aber sie bringt eine Einrede hervor.

47 Gai. Inst. 4.119

Und zwar werden alle Einreden (*exceptiones*) in gegensätzlichem Wortlaut zu dem formuliert, was der Beklagte behauptet; wenn nämlich beispielsweise ein Beklagter sagt, ein Kläger (der etwas Geld fordert, dass er nicht ausgezahlt hat) tue etwas Arglistiges (*dolus*), so wird die Einrede folgendermassen formuliert: „Wenn in dieser Sache nichts mit Arglist des Aulus Agerius geschehen ist und nichts geschieht“ [*exceptio doli*] wenn er ferner sagt, Geld werde gegen eine Vereinbarung (*pactum de non petendo*) gefordert, so wird die Einrede folgendermassen formuliert: „Wenn zwischen Aulus Agerius und Numerius Negidius keine Übereinkunft besteht, dass dieses Geld nicht gefordert werde“ [*exceptio pacti*].

Und schliesslich wird in allen anderen Fällen üblicherweise ähnlich formuliert, deshalb nämlich, weil jede Einrede zwar vom Beklagten entgegengesetzt wird, aber dergestalt in die Klagformel eingefügt wird, dass sie die Verurteilungsermächtigung unter eine Bedingung stellt – das heisst, dass der Richter den Beklagten nur dann verurteilen solle, wenn in der Sache, um die geklagt wird, nichts mit Arglist (*dolus*) des Klägers geschehen sei; ferner, dass der Richter ihn nur dann verurteilen solle, wenn keine Vereinbarung und Übereinkunft getroffen worden sei, dass das Geld nicht gefordert werde (*pactum de non petendo*).

48 Gai. Inst. 4.120-122

(120) Und zwar heissen die Einreden (*exceptiones*) entweder „aufhebend“ (*peremptoriae*) oder „aufschiebend“ (*dilatoriae*).

(121) Aufhebende (*peremptoriae*) sind solche, die auf Dauer gelten und denen man nicht ausweichen kann, wie zum Beispiel, „weil etwas mit Drohung“ (*quod metus causa*) oder „mit Arglist“ (*de dolo*) oder „gegen ein Gesetz oder einen Senatsbeschluss geschehen ist“, [...].

(122) Aufschiebende (*dilatoriae*) Einreden sind solche, welche nur eine Zeit lang gelten, wie beispielsweise die Einrede einer solchen Vereinbarung und Übereinkunft, welche zum Beispiel mit dem Inhalt geschlossen wurde, dass innerhalb der nächsten fünf Jahre nicht gefordert werde (*pactum de non petendo*); ist die Zeit nämlich abgelaufen, so ist die Einrede nicht mehr anwendbar.

49 D. 46.3.72pr. (Marcellus)

Jemand hat 10 geschuldet und diese dem Gläubiger angeboten, der die Annahme verweigert hat. Darauf hat er das Geld ohne Verschulden verloren. Er kann sich mit der Einrede der Arglist schützen, weil er von der Haftung befreit worden wäre, wenn der Gläubiger das Geld angenommen hätte (das gilt auch dann, wenn der Schuldner zuvor einmal gemahnt worden war und nicht bezahlt hatte).

4. Aufhebung der Obligation

a. Erfüllung und wortförmlicher Erlass (*acceptilatio*)

50 Gai. Inst. 3.168

Aufgehoben aber wird eine Verpflichtung vor allem durch Erfüllung (*solutio*) dessen, was geschuldet wird. Daher ist umstritten, ob jemand dann, wenn er mit Einverständnis des Gläubigers etwas anderes an Stelle des Geschuldeten zahlt, nach bürgerlichem Recht (*ius civile*) von der Schuld befreit wird (was die Ansicht unserer Lehrer ist) oder ob er nach bürgerlichem Recht weiterhin verpflichtet bleibt, aber durch die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) gegen eine Klage des Gläubigers verteidigt werden muss (was die Meinung der Gewährsleute der anderen Schule ist).

51 Gai. Inst. 3.169

Eine Verpflichtung wird ferner durch wortförmlichen Erlass (*acceptilatio*) aufgehoben; und zwar ist der wortförmliche Erlass gewissermassen eine nur symbolisch vorgenommene Erfüllung, denn wenn du mir das erlassen willst, was ich dir aus einer Wortverpflichtung schulde, so kann dies in der Weise geschehen, dass du mich folgende Worte sprechen lässt: „Hast Du das erhalten, was ich Dir versprochen habe?“ und du antwortest: „Ja“.

52 D. 2.14.27.9 (Paulus)

Ist ein wortförmlicher Erlass (*acceptilatio*) unwirksam, so ist, wie man annimmt, doch immerhin durch stillschweigende Abrede vereinbart worden, es solle nicht geklagt werden (*pactum de non petendo*).

b. Novationsstipulation (*novatio*)

53 Gai. Inst. 3.170

Auf diese Art werden, wie gesagt, nur jene Verpflichtungen, die durch Austausch von Wortformeln begründet werden, aufgehoben, nicht auch alle anderen, denn man hielt es für folgerichtig, dass eine durch Wortformeln eingegangene Verpflichtung nur durch weitere Wortformeln getilgt werden könne. Aber das, was aus einem anderen Grund geschuldet wird, kann in eine Stipulationsschuld überführt und dann durch einen wortförmlichen Erlass (*acceptilatio*) getilgt werden.

54 Gai. Inst. 3.176

Ausserdem wird eine Verpflichtung durch Novation (*novatio*) aufgehoben, zum Beispiel, wenn ich mir das, was du mir schuldest, nunmehr von Titius durch Stipulation versprechen lasse; denn durch das Hinzutreten einer neuen Person entsteht eine neue Verpflichtung und wird die frühere Verpflichtung in die spätere überführt und dadurch aufgehoben, und zwar gilt dies in dem Masse, dass zuweilen trotz der Tatsache, dass die spätere Stipulation unwirksam ist, die erste aufgrund des für die Novation geltenden Rechts dennoch aufgehoben wird, zum Beispiel, wenn ich mir das, was du mir schuldest, von Titius zur Zahlung nach seinem Tode oder etwa von einer Frau oder einem Mündel ohne Zustimmung des Vormunds durch Stipulation habe versprechen lassen; in diesem Fall verliere ich meinen Anspruch, denn der frühere Schuldner wird befreit und gleichzeitig ist die spätere Verpflichtung unwirksam. [...]

55 Gai. Inst. 3.177

Wenn es aber dieselbe Person ist, von der ich mir später durch Stipulation versprechen lasse, geschieht nur dann eine Schulderneuerung, wenn in der späteren Stipulation etwas Neues enthalten ist, etwa dann, wenn eine Bedingung oder ein Sponsionsbürge oder eine Zeitbestimmung hinzugefügt oder weggelassen werden.

56 Gai. Inst. 2.38

Obligationen welcher Art auch immer sind auf keine Weise abtretbar. Denn wenn ich will, dass das, was mir von einem anderen geschuldet wird, (stattdessen) dir geschuldet wird, so kann ich dies auf keine der Weisen bewirken, auf die körperliche Gegenstände auf einen anderen übertragen werden. Es ist vielmehr nötig, dass du mit meiner Ermächtigung eine Stipulation mit meinem Schuldner schliesst des Inhalts, dass er von meiner Forderung frei wird und ab sofort dir schuldet. Das nennt man eine Schulderneuerung (*novatio*).

c. Delegation**57 D. 50.17.180 (Paulus)**

Wenn auf jemandes Anweisung etwas bezahlt wird, so verhält es sich so, wie wenn es von ihm selbst bezahlt worden wäre.

58 D. 46.3.64 (Paulus)

Wenn du auf meine Ermächtigung hin das, was du mir schuldest, meinem Gläubiger zahlst, so wirst sowohl du gegenüber mir als auch ich gegenüber meinem Gläubiger befreit.

59 C. 8.41.1 (Alexander, a. 223)

Eine Verpflichtungsanweisung kann rechtswirksam nicht anders als einvernehmlich mittels eines förmlichen Versprechens (Stipulation) des Schuldners an den Versprechensempfänger (*stipulator*) zustande kommen. [...]

60 D. 46.2.11pr. (Ulpian)

“Anweisen“ (*delegare*) heisst, dem Gläubiger für den bisherigen Schuldner einen anderen als Schuldner zu stellen, dem Gläubiger oder demjenigen, zu dessen Gunsten man den Schuldner ermächtigt hat.

5. Konsensualverträge**61 Gai. Inst. 3.135**

Durch Konsens entstehen die Obligationen beim Kauf (*emptio venditio*), beim Dienst-/ Miet-/ Pacht-/ und Werkvertrag (*locatio conductio*), beim Gesellschaftsvertrag (*societas*) sowie beim Auftrag (*mandatum*).

62 Gai. Inst. 3.136

Dass in diesen Fällen die Obligationen [allein] durch Konsens zustande kommen, sagen wir auch deshalb, weil keine besondere Wort- oder Schriftform erforderlich ist. Es genügt vielmehr, dass die Geschäftspartner Konsens erzielt haben. Deshalb können diese Geschäfte auch unter Abwesenden geschlossen werden, zum Beispiel durch Briefe oder Boten, während die Verbalobligation unter Abwesenden nicht begründet werden kann.

63 Gai. Inst. 3.137

Ferner werden in diesen Verträgen die Vertragsschliessenden gegenseitig auf das verpflichtet, was je-

der dem anderen nach Recht und Billigkeit (*ex bono et aequo*) leisten muss, während andererseits bei Verpflichtungen durch Wortformeln (*verbis*) der eine sich eine Forderung durch Stipulation versprechen lässt und der andere sie übernimmt und bei den Verpflichtungen durch Schrift (*litteris*) der eine durch Eintragung eine Verpflichtung schafft und der andere verpflichtet wird.

64 Inst. 4.6.30

Bei den Klagen nach Treu und Glauben (*ex fide bona*) wird dem Richter die freie Befugnis eingeräumt, nach Recht und Billigkeit zu bestimmen, wie viel dem Kläger geleistet werden muss. Darin ist auch eingeschlossen, dass der Beklagte, wenn der Kläger seinerseits etwas zu leisten verpflichtet ist, nach entsprechender Verrechnung in den Rest verurteilt werden soll. [...]

6. Formlose Vereinbarungen (*pacta*)

65 D. 2.14.1.1 (Ulpian)

Pactum (formlose Vereinbarung), wird aber von *pactio* (Vertrag) her so bezeichnet (von daher ist auch der Ausdruck *pax* (Frieden) geprägt worden).

66 D. 2.14.7.1-2, 4-6 (Ulpian)

(1) Diejenigen, welche Klagen hervorbringen, bleiben nicht bei ihrer [allgemeinen] Bezeichnung [„Übereinkommen“] stehen; vielmehr gehen sie in einen besonderen Vertragsbegriff über, nämlich Kauf (*emptio venditio*), Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag (*locatio conductio*), Gesellschaft (*societas*), Leihe (*commodatum*), Hinterlegung (*depositum*) und die übrigen ähnlichen Verträge.

(2) Aber auch wenn ein Geschäft nicht unter einen besonderen Vertragsbegriff fällt, jedoch eine zweckbestimmte Leistung vorliegt, sei, so hat Aristo dem Celsus treffend geantwortet, ein Schuldverhältnis gegeben. Wie zum Beispiel, wenn ich dir eine Sache gegeben habe, du mir eine andere gibst, oder wenn ich etwas gegeben habe, damit du etwas tust. Dies sei ein Synallagma, ein Vertrag, und hieraus entstehe ein zivilrechtliches Schuldverhältnis. Und deshalb glaube ich, dass Julian von Maurician in folgendem Fall zu Recht getadelt worden ist: Ich habe dir Stichus gegeben, da-

mit du Pamphilus freilässt; du hast ihn freigelassen; Stichus ist [aufgrund eines Rechtsmangels] evinziert worden. Julian schreibt, es sei eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage vom Prätor zu erteilen. Jener dagegen sagt, es stehe schon eine zivilrechtliche Klage mit unbestimmtem Klagebegehren zur Verfügung, das heisst mit [auf das Rechtsverhältnis hinweisenden] vorgeschalteten Formelworten. Es sei nämlich das zustande gekommen, was Aristo Synallagma [gegenseitiger Vertrag] nennt, und daraus entsteht diese Klage.

(4) Wenn aber keine zweckbestimmte Leistung vorliegt, steht fest, dass dann durch ein blosses Übereinkommen ein Schuldverhältnis nicht begründet werden kann. Eine bloss formlose Abrede bringt also kein Schuldverhältnis hervor, aber sie bringt eine Einrede (*exceptio*) hervor.

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

Aber auf Seiten des Beklagten wird die formlose Vereinbarung Berücksichtigung finden, weil auch diejenigen Vereinbarungen, die später getroffen werden, stets Einreden hervorbringen.

(6) So weitgehend sind aber die später begründeten Einreden, die aus demselben Vertrag stammen, in den Klagen nach Treu und Glauben (*bonae fidei iudicia*) enthalten, dass beim Kauf (*emptio venditio*) wie bei den übrigen Klagen nach Treu und Glauben feststeht, dass man vom Kauf abgehen kann, solange noch keine Leistung erbracht ist. Wenn man dies also hinsichtlich des gesamten Vertrages kann, warum kann dann nicht auch ein Teil davon durch Vereinbarung geändert werden? Und so schreibt dies Pomponius im 6. Buch zum Edikt. Weil das so ist, gilt die Vereinbarung auch auf Seiten des Klägers, so dass sie auch zu seinen Gunsten auf den Klageinhalt einwirken kann, solange noch keine Leistung erbracht ist, und zwar aus demselben Grunde. Denn wenn das ganze Geschäft aufgehoben werden kann, warum kann es dann nicht auch abgeändert werden, so dass der Vertrag gewissermaßen als erneuert erscheint? Dies kann man nicht ohne Scharfsinn sagen. Daher missbillige auch ich nicht, was Pomponius in den Büchern seiner „Lesefrüchte“ billigt, man könne durch Vereinbarung zum Teil vom Kauf abgehen, so als sei der Kauf zu einem Teil wiederholt worden. Aber wenn der Käufer zwei Erben hat und der Verkäufer mit dem einen vereinbart hat, vom Kauf [für seine Person] abzugehen, dann sagt Julian, die Vereinbarung sei gültig und der Kaufvertrag werde zu einem Teil aufgelöst, weil ja auch bei einem anderen [nämlich strengrechtlichen] Vertrag einer der beiden Erben durch den Abschluss einer Vereinbarung für sich eine Einrede hätte erwerben können. Und deshalb ist mit Recht beides anerkannt, sowohl was Julian als auch was Pomponius annimmt.

67 D. 18.1.72pr. (Papinian)

Formlose Vereinbarungen (*pacta*), die – nachträglich abgeschlossen – etwas vom Kauf abbedingen, werden als Bestandteil des Vertrages angesehen. Hingegen nehmen wir an, dass diejenigen Vereinbarungen, die etwas zum Leistungsinhalt hinzufügen, nicht Bestandteil des Vertrages sind. Dies findet Anwendung bei Ne-

benabreden zum Kauf, zum Beispiel, dass die Stipulation (*stipulatio*) des doppelten Kaufpreises nicht geleistet oder dass sie mit der Bürgensicherung geleistet werde. In den Fällen aber, in denen die Nebenabrede wirkungslos ist, sofern der Käufer [beispielsweise auf Bürgenstellung] klagt, erlangt sie doch einredeweise Wirkung, wenn der Verkäufer [auf Zahlung] klagt. Ob das Gleiche gilt, wenn der Preis nachträglich erhöht oder vermindert wird, hat man nicht zu Unrecht gefragt, weil der Preis ein wesentliches Element des Kaufes ist. Paulus merkt an: Wird, solange noch von keiner Seite eine Leistung bewirkt ist, erneut eine Erhöhung oder Herabsetzung des Preises vereinbart, so ist anzunehmen, dass die Parteien vom früheren Vertrag abgegangen sind und einen neuen Kauf geschlossen haben.

68 D. 2.14.38 (Papinian)

Öffentliches Recht (*ius publicum*) kann durch Vereinbarung Privater nicht geändert werden.

7. Innominatverträge, *actio in factum*, *actio utilis*

69 D. 19.5.4 (Ulpian)

Es liegt in der Natur der Sache, dass es mehr Geschäfte gibt als Begriffe für diese.

70 Gai. Inst. 3.141

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

“Dort nun kauften des Weins die hauptumlockten Achäer; andere brachten Erz und andere blinkendes Eisen, andere dann Stierhaut’ und andere lebende Rinder, andre Gefangene oder Schlacht [...]“

Die Juristen der anderen Schule sind anderer Ansicht und meinen, Tausch von Sachen (*permutatio*) und Kauf und Verkauf (*emptio venditio*) seien verschiedene Dinge, sonst könne nach dem Austausch von Sachen die Frage nicht beantwortet werden, welche Sache verkauft und welche als Preis gegeben sei, aber es sei wiederum auch unsinnig, jede der beiden Sachen als Ware und Preis zugleich anzusehen.

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

71 D. 19.4.1pr. (Paulus)

So wie Verkaufen nicht Kaufen ist und der Käufer kein Verkäufer, so ist der Preis etwas anderes als die Ware. Beim Tausch (*permutatio*) kann dagegen nicht unterschieden werden, wer Käufer und wer Verkäufer ist; und doch weichen deren Leistungspflichten erheblich voneinander ab. Denn der Käufer haftet aus dem Kaufvertrag, wenn er dem Empfänger kein Eigentum an den Münzen verschafft hat. Der Verkäufer braucht sich nur wegen Eviktion zu verpflichten, den Besitz zu übertragen und sich von Arglist freizuhalten. Deshalb schuldet er in dem Fall nichts [mehr], solange die Sache nicht evinziert worden ist. Wenn dagegen beim Tausch (*permutatio*) die Sachen auf beiden Seiten als Kaufpreis anzusehen wären, müsste beiden Vertragsparteien an den Sachen Eigentum verschafft werden, wären die Sachen als Ware anzusehen, keiner Partei. Da aber [beim Kauf] sowohl eine Sache als auch ein Kaufpreis gegeben sein muss, kann der Tausch kein Kaufvertrag sein, weil nicht festgestellt werden kann, welches von beiden die Ware und welches der Kaufpreis ist. Und es widerspricht der Vertragsordnung, dass ein und dieselbe Sache sowohl Kaufgegenstand als auch Kaufpreis sein soll.

72 D. 19.5.5.1 (Paulus)

Gebe ich nun Geld, um eine Sache zu erhalten, liegt ein Kaufvertrag (*emptio venditio*) vor. Gebe ich aber eine Sache, um eine Sache zu erhalten, dann entsteht,

weil nicht anerkannt ist, dass der Tausch von Sachen ein Kauf ist, ohne Zweifel ein [unbenanntes] zivilrechtliches Schuldverhältnis. Die Klage daraus geht nicht darauf, dass du mir zurückgibst, was du erhalten hast, sondern darauf, dass du auf das Interesse verurteilt wirst, das ich daran habe, das Vereinbarte zu erhalten. Will ich jedoch meine Sachleistung zurückerhalten, kann das, was hingegeben worden ist, mit der Begründung zurückgefordert werden, dass etwas um einer Gegenleistung willen hingegeben und die Gegenleistung nicht erbracht worden ist. Habe ich dir aber Silberbecher gegeben, damit du mir den Sklaven Stichus gibst, dann gilt [wie beim Kauf], dass ich die Gefahr für Stichus trage und du mir nur für Verschulden einstehen musst. [...]

73 C. 4.64.3 (Diokletian)

Es steht fest, dass aus einer Vereinbarung (*pactum*) hinsichtlich eines Tausches, ohne dass eine Leistung erfolgt wäre, niemandem eine Klage zusteht, ausser wenn eine abgeschlossene Stipulation den Parteien aus dem Verbalvertrag eine solche verschaffen würde.

74 D. 19.5.7 (Papinian)

Wenn ich dir 10 gebe, damit du Stichus frei lässt, und du tust es nicht, klage ich klar mit vorangestellten Formelworten (*actio praescriptis verbis*), dass du mir leistest, was mein Interesse ist; oder, wenn es kein Interesse gibt, kondiziere ich bei dir, dass du mir zehn zurückleistest.

75 D. 19.5.5pr.-2 (Paulus)

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

(1) Gebe ich Geld, damit ich eine Sache erhalte, so liegt ein Kaufvertrag vor. Wenn ich aber eine Sache gebe, um eine Sache zu erhalten, dann entsteht - weil

man einen Tausch nicht als Kaufvertrag anerkennt - zweifellos doch eine zivilrechtliche Obligation. Der Inhalt der *actio* geht nicht darauf, dass du die erhaltene Sache zurückgibst, sondern dass du mir so viel schuldest, wie mir daran lag, die vereinbarte Sache zu erhalten. [...]

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

4. Kapitel: Sachverfolgung / Käufer-schutz

HONSELL, §§ 19f., 22, 44f.; KASER/KNÜTEL, §§ 7, 25, 27, 40f.

I. Grundlagen und Grenzen

1. Herausgabeklage (*rei vindicatio*)

76 Formel der *rei vindicatio*:

Wenn es sich erweist, dass die Sache, um die es geht, quiritisches Eigentum des Aulus Agerius [Kläger] ist und wenn diese Sache – nachdem du [Richter] dein Ermessen ausgeübt hast – nicht zurückerstattet sein wird, so sollst du den Numerius Negidius [Beklagter] verurteilen, an Aulus Agerius [Kläger] den Betrag zu zahlen, den die Sache wert ist. Wenn es sich nicht erweist, so sollst du ihn freisprechen.

77 D. 6.1.20 (Gaius)

[...] Es ist nämlich nicht ausreichend, den Gegenstand selbst herauszugeben, sondern es ist notwendig, dass auch alle Vorteile der Sache herausgegeben werden. Das heisst, der Kläger soll alles haben, was er gehabt hätte, wenn ihm zum Zeitpunkt der Streitbefestigung (*litis contestatio*) der Sklave herausgegeben worden wäre. [...]

78 C. 3.32.22 (Diokletian und Maximian, a.294)

Es ist unstrittig, dass bösgläubige Besitzer mit der Sache selbst alle Früchte herausgeben müssen, gutgläubige hingegen nur die noch vorhandenen, nach der Streitbefestigung aber alle.

79 D. 5.3.20.21 (Ulpian)

Der Besitzer muss aber den Wert ersetzen, auch wenn die Sachen untergegangen oder beschädigt worden sind. [...] Der bösgläubige Besitzer muss ohne Zweifel, wenn die Sachen sich bei einem Käufer befinden und nicht beschädigt sind, diese Sachen selbst gewähren. Und wenn er sie auf keine Weise vom Käufer wiedererlangen kann, muss er so viel leisten, wie der Kläger durch den Schätzeid zum Streitgegenstand gemacht hat.

2. Ersitzung (*usucapio*) – Erwerb vom Nichtberechtigten

80 Gai. Inst. 2.19

Denn die nicht manzipierbaren Sachen (*res nec mancipi*) gehen allein durch die Besitzübertragung (*traditio*) in das unbeschränkte Eigentum eines Anderen über, sofern sie nur körperlich sind und deshalb ihr Besitz überhaupt übertragen werden kann.

81 Gai. Inst. 2.20

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

82 D. 41.1.20pr. (Ulpian)

Die Übergabe (*traditio*) darf oder kann nichts weiter auf den Empfänger übertragen, als der Übergeber besitzt. Wenn also jemand das Eigentum an einem Landgute besessen hat, so überträgt er es durch die Übergabe (*traditio*). Hat er kein Eigentum am Landgut, so überträgt er auch nichts auf den Empfänger.

83 D. 50.17.54 (Ulpian)

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

84 D. 41.3.3 (Modestin)

Ersitzung (*usucapio*) ist der Erwerb des Eigentums durch fortgesetzten Besitz nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit.

85 Gai. Inst. 2.42

Und zwar wird die Ersitzung (*usucapio*) [...] bei beweglichen Sachen bereits nach einem Jahr vollendet, bei einem Grundstück oder Haus aber erst nach zwei Jahren; und so ist es im Zwölftafelgesetz bestimmt worden.

86 Gai. Inst. 2.43

Im Übrigen können wir auch diejenigen Sachen ersitzen, deren Besitz uns nicht vom Eigentümer übertragen worden ist (ganz gleich, ob diese Sachen manzipierbar (*res mancipi*) oder nicht manzipierbar (*res nec*

mancipi) sind), vorausgesetzt, dass wir sie in gutem Glauben erhalten haben, indem wir glaubten, dass der, der sie übergab, Eigentümer sei.

87 Gai. Inst. 2.44

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

88 Gai. Inst. 2.45

Aber manchmal kommt der Besitzer nicht zur Ersitzung (*usucapio*), wenn er auch in noch so gutem Glauben ein fremdes Eigentum besitzt, z.B. wenn er eine gestohlene oder gewaltsam weggenommene Sache besitzt. Denn das Zwölftafelgesetz verhindert die Ersitzung von gestohlenen Sachen (*res furtiva*), die *lex Iulia* [zw. 48 v. Chr. und 14 n. Chr.] und die *lex Plautia* [zw. 78 und 63 v. Chr.] die von gewaltsam weggenommenen Sachen.

89 Gai. Inst. 2.49.50

Wenn es daher allgemein heisst, die Ersitzung (*usucapio*) gestohlener oder gewaltsam in Besitz genommener Sachen (*res furtiva*) sei durch die Zwölftafeln verboten, so bezieht sich das nicht darauf, dass der Dieb selbst oder der, der sie gewaltsam in Besitz genommen hat, nicht ersitzen kann, denn diesem steht schon aus einem anderen Grunde die Ersitzung nicht zu, weil er nämlich im bösen Glauben ist, sondern darauf, dass auch kein anderer, selbst wenn er von jenem in gutem Glauben gekauft hätte, das Recht der Ersitzung hat.

Daher kommt es bei beweglichen Sachen nicht leicht vor, dass dem Besitzer guten Glaubens Ersitzung (*usucapio*) zusteht, weil, wer eine fremde Sache verkauft und übergeben hat, einen Diebstahl begeht, und dasselbe tritt auch ein, wenn sie aus einem anderen Rechtsgrund übergeben wird. Aber dennoch versteht sich dies bisweilen anders. Denn hat ein Erbe eine dem Erblasser geliehene oder vermietete oder bei ihm deponierte Sache in dem Glauben, sie gehöre mit zur Erbschaft, verkauft oder verschenkt, so begeht er keinen Diebstahl. [...]

- 90 D. 41.4.2pr. (Paulus)**
„Als Käufer“ (*pro emptore*) besitzt, wer die Sache wirklich gekauft hat. Und es genügt nicht, dass der Käufer nur meint, er besitze als Käufer, sondern es muss auch ein wirksamer Kauf vorliegen.
- 91 D. 44.1.14pr. (Paulus)**
Die Ersitzungszeit des Verkäufers nutzt dem Käufer, sofern der Verkäufer besessen hat, bevor er verkauft. Denn wenn der Verkäufer erst nach dem Verkauf den Besitz ergriffen hat, kommt dieser Besitz dem Käufer nicht zugute.
- 92 D. 41.3.5 (Gaius)**
Naturgemäss wird der Besitz unterbrochen, wenn der Besitzer gewaltsam aus dem Besitz vertrieben wird oder die Sache ihm weggenommen wird. In diesem Fall endet der Besitz nicht bloss mit Wirkung für den, der die Sache entrissen hat, sondern mit Wirkung für alle. Übrigens kommt es keineswegs darauf an, ob der, der den Besitz unterbricht, Eigentümer ist, oder nicht, und ebenso wenig [aus welchem] Grunde [er besitzt].
- 3. Publizianische Klage (*actio Publiciana*)**
- 93 Formel der *actio Publiciana*:**
Wenn es sich erweist, dass die Sache, um die es geht, quiritisches Eigentum des Aulus Agerius hätte werden müssen, nachdem er sie [gutgläubig] gekauft hat, nachdem sie ihm tradiert worden ist und wenn er sie ein Jahr lang im Besitz gehabt hätte und wenn diese Sache – nachdem du (Richter) dein Ermessen ausgeübt hast – nicht zurückerstattet sein wird, so sollst du den Numerius Negidius verurteilen, an Aulus Agerius den Betrag zu zahlen, den die Sache wert ist. Wenn es sich nicht erweist, so sollst du ihn freisprechen.
- 94 D.6.2.16 (Papinian)**
Die Einrede des quiritischen Eigentums kann der publizianischen Klage (*actio Publiciana*) entgegengesetzt werden.

II. Käuferrechte gegen den Vormann

1. *Auctoritas* als Folge der Manzipation

95 Gai. Inst. 2.18

Zwischen manzipierbaren Sachen (*res mancipi*) und Sachen, die nicht der Manzipation (*mancipatio*) unterliegen (*res nec mancipi*), besteht aber ein grosser Unterschied.

96 Gai. Inst. 2.22

Manzipierbare Sachen (*res mancipi*) sind aber diejenigen, die durch Manzipation (*mancipatio*) auf einen anderen übertragen werden [...]

97 EP 19.1

Alle Gegenstände sind entweder manzipierbare Sachen (*res mancipi*) oder nicht manzipierbare Sachen (*res nec mancipi*). Manzipierbare Sachen (*res mancipi*) sind Grundstücke auf italischem Boden, sowohl die ländlichen, wie etwa ein Landgut, als auch die städtischen, wie ein Haus; [...] ferner Sklaven und diejenigen vierfüssigen Tiere, die durch Sattel oder Joch gezähmt werden, wie etwa Rinder, Maultiere, Pferde und Esel. Die übrigen Gegenstände sind nicht manzipierbare Sachen (*res nec mancipi*). Elefanten und Kamele sind, obgleich sie durch Sattel oder Joch gezähmt werden, nicht manzipierbare Sachen (*res nec mancipi*), weil sie den wilden Tieren zugerechnet werden.

98 Gai. Inst. 1.119

[...] Dieses Geschäft (Manzipation, *mancipatio*) wird folgendermassen durchgeführt: Unter Hinzuziehung von mindestens fünf Zeugen, die mündige römische Bürger sind, sowie eines weiteren Mannes derselben Rechtsstellung, der eine kupferne Waage hält und „Waagehalter“ heisst, fasst derjenige, der durch Manzipation (*mancipatio*) erwirbt, die Sache an und spricht folgendermassen: Ich behaupte, dass dieser Mensch nach quiritischem Recht mir gehört, und er soll durch mich gekauft sein mit diesem Kupferstück und mit dieser kupfernen Waage; darauf schlägt er mit dem Kupferstück an die Waage und gibt dieses Kupferstück demjenigen, von dem er durch Manzipation (*mancipatio*) erwirbt, sozusagen an Stelle des Kaufpreises.

99 XII Tafeln 6, 3-4

Auctoritas beim Grundstück sei zwei Jahre, bei allen anderen Sachen eines, gegen den Fremden ewig.

2. Stipulation auf das Doppelte (*stipulatio duplae*)**100 Bruns Nr. 131, 139 n. Chr., Auszug**

Maximus Batonis hat eine Sklavin namens Passia, die ungefähr sechs Jahre alt ist, von Dasius Verzonis für 205 Denare gekauft und durch Manzipation erhalten. Es ist gewährleistet, dass dieses Sklavenmädchen gesund ist, frei von Ansprüchen aus Diebstahl und Schadenszufügung und keine entlaufene Herumstreicherin ist. Für den Fall, dass jemand diese Sklavin ganz oder zum Teil evinziert, so dass Maximus Batonis sie nicht zu Recht haben und besitzen kann, hat Maximus Batonis sich erbeten und Dasius Verzonis nach Treu und Glauben versprochen, dass der Kaufpreis und dasselbe noch einmal geleistet wird.

3. Kaufklage (*actio empti*)**101 D. 18.1.28 (Ulpian)**

Es besteht kein Zweifel, dass man eine fremde Sache verkaufen kann; denn es handelt sich für beide Seiten um einen gültigen Kauf; die Sache kann aber dem Käufer [vom Eigentümer] entzogen werden.

102 D. 19.1.11.2 (Ulpian)

Und in erster Linie muss der Verkäufer die Sache selbst leisten, das heisst übergeben; dieser Vorgang macht, wenn nur der Verkäufer Eigentümer war, den Käufer zugleich zum Eigentümer; wenn der Verkäufer nicht Eigentümer war, verpflichtet ihn der Vorgang lediglich wegen Eviktion, vorausgesetzt nur, dass der Kaufpreis gezahlt oder sonnetwegen Genüge geleistet worden ist. Der Käufer dagegen wird gezwungen, den Verkäufer zum Eigentümer der Geldstücke zu machen.

103 D. 19.1.30.1 (Africanus)

Für den Fall, dass du eine Sache, von der du weisst, dass sie einem anderen gehört, mir, der ich das nicht weiss, verkauft hast, hat er [Julian] die Meinung vertreten, dass ich, auch bevor sie evinziert wird, aus Kauf erfolgreich auf den Betrag klagen kann, auf den sich mein Interesse daran beläuft, dass die Sache mir übereignet worden wäre.

Denn auch wenn es an sich zutrefte, dass der Verkäufer nur darauf haftet, dass der Käufer die Sache ungestört besitzen kann, nicht auch darauf, dass der Käufer sie zu Eigentum erwerbe, so hatte der Verkäufer, da er nichtsdestoweniger für das Fehlen von Arglist (*dolus*) einstehen müsse, wenn er eine Sache, von der er weiss, dass sie nicht ihm, sondern einem anderen gehört, jemandem verkauft, der das nicht weiss, das heisst insbesondere dann, wenn er einen Sklaven jemandem verkauft, der ihn freilassen oder verpfänden will.

5. Kapitel: Kredit und Kreditsicherung

HONSELL, §§ 24f., 40f.; KASER/KNÜTEL, §§ 31, 39, 57

I. Kreditierungsinstrumente

1. Darlehen (*mutuum*)

104 Gai. Inst. 3.90

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

105 Formel der *condictio = actio certae creditae pecuniae*

Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 10'000 Sesterzen zu zahlen verpflichtet ist, sollst du, Richter den Beklagten dem Kläger in 10'000 Sesterzen verurteilen; wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

106 D. 12.1.11.1 (Ulpian)

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

107 D. 12.1.1.13pr (Ulpian)

Denn auch wenn ein Dieb Münzen in der Absicht gibt, ein Darlehen (*mutuum*) zu gewähren, verschafft er dem Empfänger nicht Eigentum; doch wenn sie verausgabt sind, entsteht eine *condictio*.

108 D. 12.1.9.9 (Ulpian)

Ich habe bei dir zehn hinterlegt (*depositum*), später habe ich dir gestattet, sie für dich zu verwenden. Nerva

und Proculus sagen, sogar bevor er die zehn angerührt habe, könne ich sie bei dir als Darlehen (*mutuum*) kondizieren, und das ist zutreffend, wie dies auch Marcellus für richtig hält. Der Empfänger hat nämlich schon aufgrund seines Willens zu besitzen begonnen. Also geht die Gefahr auf den über, der das Darlehen (*mutuum*) erbeten hat, und es kann von ihm kondiziert werden.

109 D. 12.1.9.10 (Ulpian)

Wenn ich dir aber schon bei der Hinterlegung (*depositum*) gestattet habe, das Geld, sobald du es willst, für dich zu verwenden, ist es nicht eher als Darlehen (*mutuum*) hingegeben, als bis du es angerührt hast, weil es ja nicht sicher ist, dass es zur Begründung einer Darlehensschuld kommen wird.

110 D. 19.5.24 (Africanus)

[...] Aus einem Darlehen (*mutuum*) werden Zinsen nicht geschuldet, soweit sie nicht gesondert vereinbart wurden.

111 PS 2.14.1

Wenn über die Leistung von Zinsen eine formfreie Abrede getroffen worden ist, dann ist diese nichtig. Aus einer bloss formlosen Abrede (*pactum*) nämlich erwächst zwischen römischen Bürgern keine Klage.

112 D. 12.1.3 (Pomponius)

Haben wir etwas als Darlehen (*mutuum*) hingegeben, ist es, auch wenn wir uns nicht ausbedungen haben, dass uns nur Sachen der gleichen [Art und] Güte zurückzugewähren sind, dem Schuldner nicht erlaubt, eine schlechtere Sache zurückzugewähren, selbst wenn sie zur gleichen Gattung gehört, zum Beispiel jungen Wein statt alten. Denn beim Abschluss von Verträgen ist das, was in Wirklichkeit gemeint ist, als vereinbart anzusehen. Hier ist aber den Umständen nach als gemeint anzunehmen, dass Sachen derselben Art und Güte zurück zu gewähren sind, wie sie hingegeben wurden.

2. Stipulation des Darlehens

113 P. Oxy. 1892, 581 n. Chr. (Auszug)

Ich bestätige, dass ich ein Darlehen in Höhe von drei Goldmünzen erhalten habe. [...] Ich bestätige, sie dir in

drei Raten wie folgt zurückzuzahlen [...] Diese Urkunde ist gültig. Und auf die (förmliche) Frage hin habe ich feierlich gelobt [*interrogatus spopondi*] [...]

114 Gai. Inst. 4.116

[...] Zum Beispiel, [wenn] ich mir durch Stipulation habe Geld versprechen lassen, als ob ich es als Darlehen (*mutuum*) auszahlen würde, es aber nicht ausgezahlt habe; es ist nämlich sicher, dass dieses Geld von dir herausverlangt werden kann, du musst nämlich zahlen, wenn du aus der Stipulation haftest; aber weil es unbillig ist, dass du dazu verurteilt wirst, ist anerkannt, dass du mit der Einrede der Arglist (*exceptio doli*) verteidigt werden musst. [...]

115 D. 46.2.7 (Pomponius)

Denn wenn wir, nachdem das Geld zum Darlehen (*mutuum*) gegeben worden ist, stipulieren, so glaube ich nicht, dass eine Verbindlichkeit aus der Auszahlung entstehe, und dieselbe sodann durch die Stipulation (*stipulatio*) noviert werde, weil das beabsichtigt wird, dass bloss die Stipulation verpflichten solle, und anzunehmen ist, dass die Zahlung mehr, um die Stipulation zu erfüllen, geschehe.

116 D. 45.1.126.2 (Paulus)

Chrysogonus, der als Verwalter bei dem Flavius Candidus dienende Sklave: Ich habe unter der Unterschrift und Untersiegelung meines Herrn schriftlich erklärt: Er habe vom Julius Zosas, dem Geschäftsführer des abwesenden Julius Quinctilianu, tausend Denarien als Darlehen empfangen. Der freigelassene Zosas und Geschäftsführer des Quinctilian hat aber stipuliert, dass sie dem Quinctilian oder dem Erben desselben, an welchen dieser Gegenstand gelangen würde, an den Kalenden¹ des Novembers, welche die nächstkünftigen sind, gegeben werden sollten. Und Candidus, mein Herr, hat dies angelobt, der Freigelassene Zosas hat zunächst auch stipuliert, dass, wenn an dem oben bemerkten Termin die vollständige Zahlung dieser Schuld nicht erfolgt sein sollte, alsdann, wenn später gezahlt wird, an Zinsen acht Denarien gewährt werden sollten, und auch dies hat mein Herr Flavius Candidus angelobt, und es auch unterschrieben. Er ertheilte zur Antwort: durch eine freie Person, welche we-

¹ Erster Tag des Monats.

der unserer Gewalt unterworfen ist, noch uns im guten Glauben als Sklave dient, können wir keine Verbindlichkeit erwerben. Nur wenn ein freier Mensch in unserem Namen Geld als Darlehen (*mutuum*) geben würde, entweder das Seinige oder das Unsrige, dass es an uns zurückgezahlt werden solle, würde er uns eine Verbindlichkeit wegen des dargeliehenen Geldes allerdings erwerben. Was daher ein Freigelassener stipuliert, damit es dem Schutzherrn gegeben werden solle, ist ungültig, sodass die Hinzufügung des Abwesenden, dem eigentlich die Verbindlichkeit erworben werden sollte, auch nicht einmal zum Zweck der Zahlung von Nutzen ist. Im Übrigen bleibt zu untersuchen, ob derjenige, welcher das Geschäft eingegangen ist, aus der Zahlung das geliehene Geld selbst zurückfordern kann. Denn sobald wir ein Darlehen (*mutuum*) geben und uns dasselbe durch Stipulation versichern lassen, entstehen nicht zwei Verbindlichkeiten, sondern nur eine aus den Worten (*verbis*). Mithin kann nur dann nicht gesagt werden, dass von der natürlichen Verbindlichkeit abgegangen worden ist, wenn die Zahlung vorangegangen, die Stipulation aber darauf gefolgt ist. Die folgende Stipulation (*stipulatio*), in welcher er sich ohne Hinzufügung eines Namens Zinsen stipuliert hat, leidet nicht an demselben Fehler, und es kann daher nicht zu seinem Nachteil angenommen werden, dass er demselben Zinsen stipuliert habe, dem er das Kapital angewiesen hat. Daher gilt die Stipulation der Zinsen in der Person des Freigelassenen, und dieser ist gezwungen, sie dem Freilasser abzutreten. Denn in der Regel muss man bei Stipulationen auf die Worte Rücksicht nehmen, aus welchen die Verbindlichkeit entspringt: Selten kann aus dem, was etwa ausdrücklich verhandelt worden ist, geschlossen werden, dass eine Zeitbestimmung darin liege, oder eine Bedingung; niemals aber, dass eine Person [darin liege], wenn sie nicht ausgedrückt worden ist.

117 D. 46.2.6.1 (Ulpian)

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

II. Sicherungsinstrumente

1. Sicherungsübertragung (*fiducia*)

118 „Mancipatio Pompeiana“ 61 n. Chr. FIRA III, Nr. 91
Poppaea, die Freigelassene des Priscus, hat geschworen, dass die Knaben Simplex und Petrinus [...] ihr gehören und dass sie selbst sie besitze und dass diese Sklaven weder einem anderen verpfändet sind noch ihr zusammen mit einem anderen gehören. Dicia Margaritis hat jeden einzelnen dieser Sklaven für 450 Sesterzen gekauft und durch Manzipation von der Poppaea erworben mit der Ermächtigung des Tutors D. Caprasius Ampliatus und in Gegenwart des *libripens* [...]. Vereinbarung (*pactum conventum*): Du [Poppaea] hast mir [Dicia] heute diese Sklaven verkauft mit der Massgabe, dass sie dir oder deinem Erben zurückerstattet werden, wenn vorher das Geld, das ich dir als Darlehen für zwei Sklaven gegeben habe, vollständig mir oder meinem Erben zurückgezahlt wurde [...] Wenn dieses Geld am nächsten 1. November nicht bezahlt sein sollte, ist es mir oder meinem Erben erlaubt, die Sklaven, um die es sich handelt, am folgenden 13. Dezember gegen Bargeld auf dem Markt von Pompeji öffentlich zu verkaufen. [...] wobei weder ich noch mein Erbe dir haften, ausser wenn arglistig aus dem Verkauf eine zu geringe Summe Erlöst wurde. Wenn die Sklaven, um die es sich handelt, zu wenig erbringen, wird mir oder meinem Erben der Fehlbetrag geschuldet werden. Wenn die Sklaven, um die es sich handelt, mehr (als die Schuld) erbringen, wird der Mehrerlös dir oder deinem Erben zurückerstattet. [...]

119 Gai. Inst. 2.220

Sie [unsere Lehrer] lassen es zu, dass man in einem besonderen Fall eine fremde Sache zum Gegenstand eines Vorvermächtnisses (*praelegatum*) machen kann, zum Beispiel wenn er eine Sache vermacht, die er zum Zweck der *fiducia* einem Gläubiger manzipiert hat; der *iudex* sei berechtigt, die Miterben zu zwingen, die Sache durch Geldzahlung auszulösen, so dass der, dem sie vermacht ist, sie vorweg empfangen kann.

2. Faustpfand (*pignus*) und Hypothek (*hypotheca*)

a. Arten und Begründung

120 D. 13.7.9.2 (Ulpian)

Pfand (*pignus*) im eigentlichen Sinne nennen wir das, was auf den Gläubiger übergeht, von Hypothek (*hypotheca*) sprechen wir, wenn der Besitz nicht auf den Gläubiger übergeht.

121 D. 20.1.5pr.-1 (Marcian)

Ein Pfand (*pignus*) kann für eine beliebige Verbindlichkeit gegeben werden, sei es, dass ein Darlehens- ein Mitgifts- oder ein Kauf-, ein Pacht- oder ein Auftragsvertrag geschlossen wurde. [...] Ein Pfand (*pignus*) und eine Hypothek (*hypotheca*) aber unterscheiden sich nur dem Namen nach.

122 D. 50.16.238.2 (Gaius)

Das Wort *pignus* kommt von *pugnus* (die Faust), weil die Pfandsachen ausgehändigt werden. Deshalb könnte es auch richtig sein, was einige meinen, nämlich dass das Pfand (*pignus*) sich [nur] auf bewegliche Sachen bezieht.

123 D. 13.7.1pr. (Ulpian)

Ein Pfandvertrag wird geschlossen nicht nur durch Übergabe (der Sache), sondern schon durch reine Vereinbarung (*pactum*), auch wenn die Sache noch nicht übergeben worden ist.

124 D. 20.1.4 (Gaius)

Der Vertrag über ein besitzloses Pfand kommt durch formlose Vereinbarung (*pactum conventum*) zustande, wenn also jemand einem anderen verspricht, dass eine in seinem Vermögen befindliche Sache für irgendeine Verbindlichkeit als besitzloses Pfand haften soll.

125 D. 20.2.7pr. (Pomponius)

Bei landwirtschaftlichen Grundstücken gelten die dort wachsenden Früchte als stillschweigend dem Eigentümer des verpachteten Bodens verpfändet, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde.

126 D. 20.2.4pr. (Neraz)

Wir befolgen den Rechtssatz, dass Dinge, die auf städtische Grundstücke eingebracht werden, als verpfändet gelten, als sei dies stillschweigend vereinbart worden.

Bei landwirtschaftlichen Grundstücken wird das Gegenteil angenommen.

b. Prozessuales zum Pfandrecht

127 Inst. 3.14.4

[...] der Gläubiger, der ein Pfand (*pignus*) empfangen hat, wird durch Sachhingabe verpflichtet; und [...] er haftet auf die Rückgabe der Sache selbst, die er empfangen hat, und zwar mit der Pfandklage (*actio pigneraticia*). Aber weil ein Pfand (*pignus*) in beiderseitigem Interesse gegeben wird, sowohl in dem des Schuldners, damit ihm eher Geld geliehen wird, als auch in dem des Gläubigers, damit sein Darlehen (*mutuum*) besser gesichert ist, genügt es anerkanntermassen, wenn er auf die Obhut der Sache volle Sorgfalt verwendet hat. Hat er das getan und die Sache durch irgendein zufälliges Ereignis verloren, ist er vor Ansprüchen sicher und nicht gehindert, sein Darlehen (*mutuum*) einzuklagen.

128 Inst. 4.6.7 (Klage des Pfandgläubigers)

Die *actio Serviana* und *quasi Serviana*, die auch *actio hypothecaria* genannt wird², verdanken ihre Existenz der Gerichtsbarkeit des Prätors. Mit der *actio Serviana* klagt man auf Sachen des Pächters, die einem pfandrechtl. für den Pachtzins des Grundstücks haften. Die *actio quasi Serviana* ist diejenige, mit der Gläubiger andere Pfänder und Hypotheken eintreiben.

129 D. 13.7.28pr. (Julian)

Ein Gläubiger, der eine Sache zum Pfand (*pignus*) angenommen hatte, verlor ihren Besitz, erhob die servianische Klage (*actio Serviana*) und erhielt daraufhin den Schätzwert der Streitsache. Beansprucht später der Schuldner dieselbe Sache [vom jetzigen Besitzer], so kann er mit der Einrede [der Arglist] (*exceptio doli*) abgewehrt werden, sofern er nicht den für ihn bezahlten Betrag [dem Besitzer] anbietet.

² Die *actio (quasi) Serviana in rem* wird auch *vindicatio pignoris*, *actio pigneraticia in rem* oder *actio hypothecaria* genannt.

c. Pfandverwertung**130 D. 13.7.4 (Ulpian)**

Ist [...] vereinbart worden, dass der Pfandgläubiger die Pfandsache veräußern darf, so ist nicht nur der Kaufvertrag wirksam; vielmehr erlangt der Käufer auch das Eigentum [...]. Aber auch wenn eine Pfandveräußerung nicht vereinbart worden ist, so ist gleichwohl geltendes Recht, dass die Pfandsache veräußert werden darf, es sei denn, dass vereinbart ist, dass eine Veräußerung nicht erlaubt ist. Falls aber vereinbart worden ist, dass nicht veräußert werden darf, haftet der Gläubiger [...] wegen Diebstahls (*furtum*), es sei denn, dass er den Schuldner dreimal vergeblich zur Zahlung aufgefordert hat.

131 C. 8.34.3 (Konstantin, a. 326)

Weil unter anderen Gefährdungen vor allem die Grausamkeit der Pfandverfallsabrede (*lex commissoria*) zugenommen hat, wollen wir diese für ungültig erklären und für die Zukunft alle Erinnerung an sie tilgen. Wenn also jemand unter einem solchen Vertrag leidet, wird ihm durch dieses Gesetz geholfen, welches [die Gültigkeit eines solchen Vertrags] für die Vergangenheit und Gegenwart vernichtet und für die Zukunft verbietet.

132 C. 8.27.20 (Diokletian und Maximian, a. 294)

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

133 D. 13.7.3 (Pomponius)

Wenn du deinem Schuldner ein Pfand in der Erwartung zurückgibst, von ihm sofort den geschuldeten Geldbetrag zurückzuerhalten, und der Schuldner das Pfand durch das Fenster jemandem zuwirft, um es von ihm, den er absichtlich dort aufgestellt hat, auffangen zu lassen, dann kannst du, wie Labeo sagt, mit der Diebstahlsklage (*actio furti*) gegen den Schuldner vorgehen [...]. Und wenn der Schuldner gegenüber deiner Pfandgegenklage (*actio pignoratitia contraria*) mittels Einrede geltend macht, ihm sei das Pfand zurückge-

geben worden, so kannst du dich im Wege der Replik auf Arglist (*replicatio doli*) und Betrug berufen, derzufolge das Pfand nicht als zurückgegeben, sondern als mittels Betrug weggenommen angesehen wird.

134 P. Ryl. 177, a. 246 n. Chr.

Darlehen über 1920 Drachmen. Aurelios Melas [...] etwa 60 Jahre alt, mit einer Narbe am Mittelfinger seiner linken Hand, und Aurelios Silvanos, Sohn der Chaos und des Tanechotis [...], beide aus dem Dorf Magdola Mire [...] grüssen Aurelios Sois aus Hermopolis.

Wir anerkennen, dass wir von deiner Hand 1920 Silberdrachmen als verzinsliches Darlehen erhalten haben, das wir dir solidarisch am 1. Dezember dieses Jahres ohne Verzug zurückzahlen werden. Als Sicherheit für die Rückzahlung der Summe verpfänden wir dir durch diese Urkunde die Hälfte eines neuen Hauses in besagtem Dorf, das wir im Miteigentum haben, mitsamt Garten, Möbel [etc.], und das zuvor das Eigentum des Pekusios war. [...] Die verpfändete Haushälfte werden wir nicht veräußern oder belasten, bis wir die Rückzahlung vorgenommen haben [...] Du hast das Recht auf Personalexekution in uns, wen von uns beiden du immer wählst, da wir solidarisch für die Rückzahlung haften, und auf Vollstreckung in unser gesamtes Vermögen sowie in das Pfand selbst wie aus einem Urteil. [...] Von dir gefragt, ob all dies richtig und gerecht geschehen ist, haben wir dies bejaht. Im 4. Jahr der Regierung der Augusti, des Kaisers und Caesars Marcus Julius Philippus Pius [= Philippus Arabs] und des edelsten und glänzendsten Caesar Marcus Julius Philippus [= Philippus II.], am 4. Thoth [= 1. Sept.]. [Unterschrift:] Ich, Aurelios Kopreas, mit dem Beinamen der Glückselige, habe für sie geschrieben, da sie Analphabeten sind.

135 D. 13.7.24.2 (Ulpian)

Wenn der Gläubiger die Pfandsache zwar für mehr verkauft als ihm geschuldet ist, den Kaufpreis aber vom Käufer noch nicht verlangt hat – kann er dann mit der Pfandklage auf Erstattung des Überschusses belangt werden oder muss der Schuldner vielmehr warten, bis der Käufer zahlt, oder die Klagen gegen den Käufer übernehmen? Und ich meine, dass der Gläubiger nicht zur Zahlung gedrängt werden darf, sondern

dass der Schuldner entweder warten muss oder dass ihm, sofern er nicht warten will, die Klagen gegen den Käufer zu übertragen sind, und zwar auf die Gefahr des Verkäufers. Wenn der Gläubiger das Geld aber bereits erhalten hat, muss er den Überschuss herausgeben.

3. Bürgschaften

136 Gai. Inst. 3.115

Zugunsten dessen, der etwas verspricht, verpflichten sich häufig auch andere; einige von diesen nennen wir „Sponsionsbürgen“ (*sponsor*), andere, „Fidepromissionsbürgen“ (*fideipromissor*), wieder andere „Fidejussionsbürgen“ (*fideiussor*).

137 Gai. Inst. 3.126

In folgender Hinsicht ist die Stellung aller Bürgen, der Sponsionsbürgen (*sponsores*), Fidepromissionsbürgen (*fideipromissores*) und Fidejussionsbürgen (*fideiussores*), die gleiche: Sie können nicht in der Weise verpflichtet werden, dass sie mehr schulden als der Hauptschuldner, für den sie bürgen. Hingegen können sie sich für weniger verbürgen [...] Denn wie beim *adstipulator* ist ihre Verpflichtung akzessorisch zur Hauptforderung und eine akzessorische Forderung kann nicht höher sein als die Hauptschuld.

138 D. 44.1.19 (Marcian)

Alle Einreden, die dem Schuldner zustehen, stehen auch dem Bürgen zu, sogar gegen den Willen des Schuldners.

139 Gai. Inst. 3.121

Sponsionsbürgen (*sponsores*) und Fidepromissionsbürgen (*fideipromissores*) werden nach der *lex Furia* nach zwei Jahren frei. Und solange das Geld gefordert werden kann, wird ihre Verpflichtung in so viele Teile zerlegt, wie viele Bürgen zur Zeit der Fälligkeit vorhanden waren, und jeder einzelne wird nur auf die Kopfquote verpflichtet.

Fideiussionsbürgen (*fideiussores*) hingegen haften für immer. Wie viele es auch sein mögen, jeder Einzelne haftet auf das Ganze. Es steht also dem Gläubiger frei, das Ganze, von wem er will, einzuklagen. Jetzt aber, nach einem Schreiben des verstorbenen Kaisers Had-

rian, ist der Gläubiger gezwungen, von den einzelnen Fideiussionsbürgen (*fideiussores*) [...] nur ihren Anteil zu fordern.

140 Gai. Inst. 3.127

Auch darin ist die Rechtslage aller (Bürgen) gleich, dass, wenn einer für den Schuldner geleistet hat, er wegen der Erstattung gegen diesen die Klage aus dem Auftrag hat. Darüber hinaus haben die Sponsionsbürgen (*sponsores*) aus der *lex Publilia* eine eigene Klage auf das Doppelte, die *actio depensi* genannt wird.

141 D. 46.1.51.3 (Papinian)

Ein Gläubiger wird nicht gezwungen, das Pfand (*pignus*) zu verkaufen, wenn er den schlechthin angenommenen Bürgen, mit Übergang des Pfandes, belangen will.

142 D. 46.1.52pr. (Papinian)

Der Schaden eines durch Einsturz verloren gegangenen Pfandes gereicht zum Nachteil sowohl des Bürgen, als des Schuldners; auch wird es weiter nicht zur Sache gehören, ob der Bürge so angenommen worden ist: auf so viel, um wie viel weniger man aus dem Preis des verkauften Pfandes wird haben erhalten können; den man nimmt an, dass in diesen Worten auch das Ganze begriffen sei.

143 D. 4.3.19 (Papinian)

Wenn ein Bürge ein stipulationsweise versprochenes Tier vor Eintritt des Verzugs getötet hat, muss gegen ihn, wie Neratius Priscus und Julian entschieden haben, die Klage wegen Arglist erteilt werden, weil dadurch, dass der Hauptschuldner befreit worden ist, notwendigerweise auch der Bürge selbst befreit wird.

4. Frauenschutz (SC Velleianum)

144 D. 16.1.2.1-4 (Ulpian)

(1) Später ist der Senatsbeschluss ergangen, durch den allen Frauen in umfassender Weise Schutz gewährt wird. Der Wortlaut dieses Senatsbeschlusses ist folgender: „In Bezug auf das, was die Konsuln Marcus Silanus und Velleus Tutor über die Verbindlichkeiten derjenigen Frauen, die Schuldnerinnen für andere wurden, vorgetragen und wozu sie die Frage gestellt

haben, was in dieser Sache geschehen soll, haben die Senatoren folgendermassen beschlossen: Obgleich hinsichtlich der Bürgschaften und Darlehensaufnahmen für andere, wodurch Frauen für einen anderen [als den Ehemann] eintreten, ersichtlich schon früher [bisweilen] Recht in der Weise gesprochen worden ist, dass aus diesem Grund weder ein dinglicher Herausgabeanspruch den Frauen gegenüber gegeben ist noch gegen sie eine schuldrechtliche Klage erteilt wird, weil es nicht angemessen ist, dass sie Aufgaben der Männer wahrnehmen und an Verpflichtungen dieser Art gebunden sind, ist der Senat der Ansicht, dass die Magistrate, an die man sich in einer solchen Sache wendet, in der rechten Ordnung handeln werden, wenn sie darauf achten, dass in dieser Sache der Wille des Senats gewahrt wird.“

(2) So wollen wir nun die Worte des Senatsbeschlusses genau durchgehen, nachdem wir vorher die Fürsorge des hochansehnlichen Senats gelobt haben, weil er den Frauen Hilfe gebracht hat, die wegen der Schwäche ihres Geschlechts vielen Fällen der genannten Art ausgesetzt und preisgegeben sind.

(3) Aber Schutz gewährt der Senat ihnen nur, wenn sie nicht arglistig gehandelt haben; dies haben nämlich der vergöttlichte Kaiser Antoninus Pius und der Kaiser Septimius Severus auf Anfrage entschieden. Denn denen, die Nachteile erleiden, nicht denen, die Nachteile zufügen, wird geholfen, und so lautet auch das Reskript des Septimius Severus [...]: „Frauen, die anderen Nachteile zufügen, hilft der Senatsbeschluss nicht“. Die Schwäche der Frauen hat [...] Hilfe verdient, nicht ihre Arglist.

(4) Vom *SC Velleianum* wird schlechthin jede Art von Verbindlichkeit erfasst, sei es, dass die Frauen durch Stipulation, durch Sachhingabe oder durch irgendeinen anderen Vertrag für einen anderen eingetreten sind.

145 D. 16.1.8.2 (Ulpian)

Wenn eine Frau [durch befreiende Schuldübernahme] bei Primus für Secundus eintritt, bald darauf für Primus bei dessen Gläubiger, dann seien, schreibt Julian [...], zwei Interzessionen vorgenommen worden, die eine für Secundus gegenüber Primus, die andere für Primus

gegenüber dessen Gläubiger, und deshalb werde sowohl für Primus als auch gegen ihn die Verbindlichkeit wiederhergestellt. Marcellus aber merkt an, dass hier ein Unterschied besteht, je nachdem ob bezweckt wird, dass [gegenüber dem Gläubiger des Primus] die Frau von vornherein einfach an die Stelle eines anderen [des Primus] gesetzt wird und die Verpflichtung des Schuldners, von dem der Gläubiger die Verbindlichkeit auf sie übertragen will, auf sich nimmt, oder ob sie als Interzessionsschuldnerin [des Primus zur Schuldübernahme gegenüber dessen Gläubiger] angewiesen wird, so dass, wenn sie als Schuldnerin angewiesen worden ist, nur eine einzige Interzession [bei Primus für Secundus] vorliegt. Entsprechend dieser seiner Unterscheidung würde demnach Marcellus im Hauptfall der Frau dann, wenn sie als Interzessionsschuldnerin angewiesen worden ist, [gegen den Gläubiger des Primus] die Einrede des Senatsbeschlusses nicht gewähren. Aber sie wird als Verurteilte oder noch vor der Verurteilung in jedem Fall von dem, der sie angewiesen hat, kondizieren können, und zwar entweder das, was sie [durch Erfüllung] aufgewendet hat, oder, wenn sie noch nichts aufgewendet hat, die Befreiung.

6. Kapitel: Deliktsrecht

HONSELL, §§ 12, 58-62; KASER/KNÜTEL, §§ 35, 51f.

I. Einleitung

146 Gai. Inst. 3.182

Gehen wir nun zu den Obligationen über, die aus Delikt entstehen, zum Beispiel wenn jemand einen Diebstahl begeht, Güter raubt, eine Sache beschädigt oder eine Ehrverletzung verübt.

II. Diebstahl / Veruntreuung – *furtum*

147 Gai. Inst. 3.195

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

148 Gai. Inst. 3.196

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

149 Gai. Inst. 3.197

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

Unterscheidung, weil ein Diebstahl nicht ohne böse Absicht begangen werden kann.

150 D. 47.2.43pr. (Ulpian)

Ein Nichtgläubiger, d.h. jemand, der vortäuscht Gläubiger zu sein, begeht, falls er die Leistung annimmt, einen Diebstahl und erwirbt an den Geldstücken [durch die Annahme] kein Eigentum.

151 D. 47.2.52.17 (Ulpian)

Wenn Titius eine fremde Sache verkauft und vom Käufer den Preis erhalten hat, beging er offensichtlich keinen Diebstahl an den Geldstücken.

III. Sachbeschädigung – *damnum iniuria datum*

152 Gai. Inst. 3.210

Eine Klage wegen rechtswidriger Schädigung wird durch die *lex Aquilia* geschaffen, deren erstes Kapitel bestimmt: Wer einen fremden Sklaven oder, wenn es sich um Tiere handelt, einen Vierfüssler schuldhaft tötet, muss dem Eigentümer den Höchstpreis der Sache in dem betreffenden Jahr bezahlen.

153 Gai. Inst. 3.217

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

154 Gai. Inst. 3.218

Freilich wird derjenige, der den Schaden zugefügt hat, nach diesem Abschnitt nicht auf das verpflichtet, wie viel die Sache in diesem Jahr, sondern wie viel sie in den letzten 30 Tagen wert gewesen war. [...]

155 Gai. Inst. 3.219

Ferner wird angenommen, dass eine Klage nach diesem Gesetz nur möglich ist, wenn jemand mit seiner Körperkraft Schaden angerichtet hat. Wird der Schaden auf andere Weise verursacht, wird eine analoge Klage (*actio utilis*) erteilt, zum Beispiel wenn jemand einen Sklaven oder Vieh einschloss und verhungern liess oder ein Zugtier zu Schanden trieb. Das gleiche gilt, wenn jemand einen fremden Sklaven überredete, auf einen Baum zu klettern oder in einen Brunnen hinab zu steigen und dieser beim Auf- oder Abstieg gefallen ist und entweder starb oder eine Körperverletzung erlitt.

156 D. 9.2.49pr. (Ulpian)

Hat jemand, indem er Rauch erzeugte, fremde Bienen verjagt oder sogar vernichtet, so hat er ersichtlich nur eine Todesursache gesetzt und nicht getötet, und daher haftet er mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage (*actio in factum*)

157 D. 9.2.9pr.-1 (Ulpian)

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

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

158 D. 9.2.11pr. (Ulpian)

Ebenfalls schreibt Mela: Als einige spielten und dabei einer den Ball mit Wucht auf die Hände eines Barbiers schleuderte und dadurch die eine Hand nach unten

drückte, wurde die Kehle eines Sklaven, den der Barbier gerade rasierte, von dem angesetzten Rasiermesser durchschnitten. Derjenige von den Beteiligten hafte nach der *lex Aquilia*, den Verschulden treffe.

Proculus meint, den Barbier treffe Verschulden. Und in der Tat, wenn er dort rasierte, wo man gewöhnlich spielte oder lebhafter Verkehr herrschte, gibt es etwas, was ihm vorgeworfen werden kann. Doch könnte man nicht zu Unrecht auch folgende Meinung vertreten: Vertraut sich jemand einem Barbier an, der seinen Sessel auf einem gefährlichen Platz aufgestellt hat, so muss er sich bei sich selbst beklagen.

159 D. 9.2.11.2 (Ulpian)

Haben aber mehrere einen Sklaven erschlagen, müssen wir untersuchen, ob alle wegen Tötung haften. Und stellt sich nun heraus, durch wessen Schlag er umgekommen ist, so haftet nur dieser, weil er getötet hat. Kann dies aber nicht bewiesen werden, so haften nach Julian alle wegen Tötung. Und wird nur gegen einen geklagt, werden die anderen nicht befreit; denn was der eine aufgrund der *lex Aquilia* leistet, entlastet den anderen nicht, weil es sich um eine Busse handelt.

160 D. 9.2.22 (Paulus)

Hast du daher einen Sklaven getötet, den zu übergeben ich unter einer Vertragsstrafe versprochen habe, so ist dieser Verwendungszweck in diese Klage einzu beziehen. Ebenso werden Umstände, die mit dem Sklaven oder dem Tier zusammenhängen, bei der Schätzung veranschlagt. Hat jemand ein männliches oder weibliches Mitglied einer Schauspielertruppe oder eines Orchesters oder von Zwillingen den einen oder von einem Viergespann oder einem Maultierpaar ein Tier getötet, so ist nicht nur der getötete Sklave oder das getötete Tier zu schätzen, sondern es muss auch berücksichtigt werden, um wie viel die übrig Gebliebenen an Wert verloren haben.

161 D. 9.2.33pr. (Paulus)

Wenn du meinen Sklaven getötet hast, so sind, wie ich meine, bei der Schadensberechnung die Gefühlswerte nicht zu berücksichtigen, sondern [nur] der Wert, den er für jeden hat – zum Beispiel wenn jemand deinen leiblichen Sohn getötet hat, den du bereit warst, seinem Eigentümer zu einem hohen Preis abzukaufen.

Auch Sextus Pedius sagt, dass der Wert von Sachen nicht nach Gefühlswerten oder dem Nutzen, den sie gerade für einzelne Personen haben, zu berechnen sei, sondern in allgemeiner Weise. Wer daher seinen [von einer Sklavin geborenen] leiblichen Sohn besitzt, ist nicht deshalb vermöglicher, weil er ihn für einen sehr hohen Preis zurückkaufen würde, falls ihn ein anderer besäße; und wer einen fremden Sklaven besitzt, hat nicht den Betrag im Vermögen, für den er ihn an dessen Vater verkaufen könnte. Denn nach der *lex Aquilia* erhalten wir Ersatz nur für Vermögensschaden; und wir haben, wie man annimmt, eine Vermögenseinbusse [über den Sachwert hinaus nur] erlitten, wenn wir entweder etwas hätten erlangen können oder etwas aufzuwenden gezwungen waren.

162 D. 9.2.52.2 (Alfenus)

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

Ich habe geantwortet, dass die Rechtslage von den näheren Umständen des Sachverhalts abhängt. Wenn nämlich die Maultiertreiber, die den vorderen Karren gestützt hatten, ohne Not ihren Platz verlassen hätten und es dadurch dazu gekommen sei, dass die Maultiere den Karren nicht mehr halten konnten und durch das blosse Gewicht der Last nach hinten gezogen wurden, so habe der Eigentümer der Maultiere keine Klage, wohl aber könnten die Leute, die den nach hinten abkippenden Karren gestützt hatten, nach der *lex Aquilia* verklagt werden. Denn auch der fügt [durch sein Handeln] Schaden zu, der aus eigenem Willensentschluss etwas nur loslässt, das er hält, so dass jemand davon getroffen wird.

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

IV. Persönlichkeitsverletzung – *iniuria*

163 Gai. Inst. 3.220

Eine „Beleidigung“ (*iniuria*) liegt nicht nur vor, wenn jemand mit der Faust oder dem Knüppel geschlagen oder sogar verprügelt wird, sondern auch, wenn jemandem Schimpf und Schande angetan wird. Zum Beispiel bietet jemand die Güter eines anderen zur Versteigerung an, als sei jener sein Schuldner, obwohl er weiss, dass jener ihm nichts schuldet. Oder jemand schreibt über einen anderen ein beleidigendes Pamphlet oder Lied. Oder jemand folgt einer verheirateten Frau oder einem Jüngling überall hin.

V. Sittenwidrige Schädigung (*actio de dolo*)

164 D. 4.3.1pr.-2

(pr) Mit diesem Edikt gewährt der Prätor Hilfe gegen durchtriebene und arglistige Menschen, die andere

durch Arglist (*dolus*) geschädigt haben, damit jenen ihre Bosheit nicht zum Vorteil gereicht und diesen ihre Arglosigkeit nicht zum Nachteil.

(1) Der Wortlaut des Edikts aber ist folgender: „Wird vorgetragen, dass etwas arglistig geschehen ist, werde ich, wenn in der Sache keine andere Klage gegeben ist und ein berechtigter Grund vorliegt, eine Klage erteilen.“

(2) Servius hat Arglist definiert als eine Art Machenschaft, um andere zu betrügen, indem das eine vorgetäuscht und das andere getan wird. Aber Labeo sagt, es könne einerseits auch ohne Täuschung bewirkt werden, dass jemand übervorteilt wird; man könne andererseits auch ohne Arglist das eine tun, das andere vortäuschen, wie es diejenigen tun, die sich durch eine derartige Verstellung zweckmässig verhalten und dadurch eigenes oder fremdes Gut schützen. Er selbst definierte daher Arglist als jede Hinterlist, Betrugerei oder Machenschaft zu dem Zweck, einen anderen zu übervorteilen, zu täuschen oder zu betrügen. Die Definition Labeos ist zutreffend.

ZWEITER TEIL: ERBRECHT

7. Kapitel: Intestaterbfolge (Erbfolge ohne Testament)

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

I. Die Intestaterbfolge des *ius civile*

165 D. 50.16.64 (Paulus)

„Ein ohne Testament Verstorbener“ (*intestatus*) ist nicht nur derjenige, der kein Testament errichtet hat, sondern auch derjenige, aus dessen Testament die Erbschaft nicht angetreten worden ist.

166 D. 50.16.195.2 (Ulpian)

[...] nach eigenem Recht (*ius civile*) bezeichnen wir als Familie mehrere Personen, welche der Natur nach oder rechtlich der Gewalt eines einzelnen unterworfen sind, wie zum Beispiel der Hausvater (*pater familias*), die Mutter (*mater familias*), der Haussohn (*filius familias*), die Haustochter (*filia familias*) und wer auch immer diesen auf gleiche Weise folgt, wie zum Beispiel Enkel und Enkelinnen und so weiter. Als *pater familias* wird derjenige bezeichnet, der im Haus die Vermögensgewalt innehat, und richtigerweise wird er auch mit diesem Namen so bezeichnet, wenngleich er auch kein Kind hat. Wir bezeichnen nämlich nicht seine Person [als solche], sondern die Rechtsstellung [...].

167 D. 50.16.195.2 (Ulpian)

[...] Und wenn der *pater familias* verstirbt, beginnen so viele Familien zu existieren, wie viele Personen ihm unterworfen waren; jeder einzelne nämlich von ihnen wird zum *pater familias*. [...]

1. Das Erbrecht der Hauskinder

168 D. 28.2.11 (Paulus)

Es wird im Bezug auf die Hauserben offensichtlich, dass die Fortsetzung der Eigentümerstellung dahin führt, dass es scheint, eine Erbschaft habe es nicht gegeben, da die Hauserben gleichsam von Anfang an Eigentümer waren, weil sie schon zu Lebzeiten ihres Vaters gewissermassen für Eigentümer gehalten wer-

den. Darum wird auch der Haussohn nach dem Hausvater benannt, unter blosser Hinzufügung eines Merkmals zwecks Unterscheidung des Erzeugers vom Erzeugten. Nach dem Tod des Vaters scheinen sie daher nicht eine Erbschaft zu erwerben, sondern vielmehr die freie Verwaltung des Vermögens. [...]

169 Gai. Inst. 3.2

Als Hauserben gelten aber [...] die Hauskinder, die in der Hausgewalt des Sterbenden standen, wie beispielsweise ein Sohn oder eine Tochter, ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, ein Urenkel oder eine Urenkelin, die von einem Enkel abstammen, welcher der Sohn des Sohnes ist. [...] Jedoch zählen ein Enkel oder eine Enkelin und ein Urenkel oder eine Urenkelin nur dann zu den Hauserben, wenn die im Grade vorhergehende Person aus der Hausgewalt des Hausvaters ausgeschieden ist, ganz gleich, ob dies durch den Tod oder aus einem anderen Grund geschehen ist, beispielsweise durch *emancipatio*; wenn nämlich jemand zu dem Zeitpunkt, in welchem er stirbt, einen Sohn in seiner Hausgewalt hat, kann der von diesem abstammende Enkel nicht Hauserbe sein, und dasselbe gilt begreiflicherweise auch im Falle aller anderen gradferneren Hauskinder.

170 Gai. Inst. 3.7

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

2. Das Erbrecht der Agnaten

171 Gai. Inst. 3.10

Diejenigen werden Agnaten genannt, die durch gesetzliche Verwandtschaft verbunden sind. Gesetzlich aber ist diejenige Verwandtschaft, welche durch Personen männlichen Geschlechts vermittelt wird. Daher sind

Brüder, die als Söhne desselben Vaters geboren wurden, gegenseitig Agnaten – sie werden auch „Geschwister von der Vaterseite“ (*consanguine*) genannt – , und es ist nicht erforderlich, dass sie auch dieselbe Mutter haben. Ebenso ist der Onkel dem Neffen und umgekehrt der Neffe dem Onkel Agnat. [...]

172 Gai. Inst. 3.11

Allerdings gibt das Zwölftafelgesetz nicht allen Agnaten zugleich die Erbschaft, sondern denjenigen, die in dem Moment, wenn feststeht, dass jemand ohne Testament verstorben ist, die gradnächsten sind.

Gai. Inst. 3.12

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

173 Gai. Inst. 3.16

Wenn aber kein Bruder des Verstorbenen vorhanden ist, hingegen Kinder von Brüdern, so steht zwar allen die Erbschaft zu; es war aber in dem Fall umstritten, wenn die Kinder von ungleicher Anzahl waren (so dass von einem Bruder ein oder zwei, vom anderen drei oder vier abstammten), ob die Erbschaft nach Stämmen zu teilen sei, wie es bei den Hauserben rechtens ist, oder eher nach Köpfen. Doch seit langer Zeit hat sich schon die Meinung durchgesetzt, dass die Erbschaft nach Köpfen zu teilen sei. Deshalb wird die Erbschaft in so viele Teile geteilt, wie viele Personen auf beiden Seiten vorhanden sind, so dass jeder Einzelne einen Teil bekommt.

3. Das Intestaterbrecht von Frauen

174 D. 50.16.195.5 (Ulpian)

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

175 Gai. Inst. 3.3

Auch eine *in manus* stehende Ehefrau ist Hauserbin des Verstorbenen, weil sie im Verhältnis einer Tochter steht; ebenso eine Schwiegertochter, die in der Ehegewalt des Sohnes steht, denn auch sie steht im Verhältnis einer Enkelin. Aber sie wird nur dann Hauserbin

sein, wenn der Sohn, in dessen Ehegewalt sie steht, zum Zeitpunkt des Todes des Vaters nicht in dessen Hausgewalt ist. [...]

176 Gai. Inst. 3.14

[...] unsere Erbschaften stehen allerdings nicht solchen Frauen zu, welche gradferner als Geschwister von der Vaterseite (*consanguinitas*) verwandt sind. Daher ist eine Schwester gegenüber ihrem Bruder oder ihrer Schwester gesetzliche Erbin, eine Vaterschwester oder eine Tochter des Bruders kann nicht gesetzliche Erbin sein; im Verhältnis einer Schwester steht aber auch eine Mutter oder Stiefmutter, welche dadurch, dass sie in die Ehegewalt gekommen ist, bei meinem Vater die Rechte einer Tochter erlangt hat.

4. Das Erbrecht der Gentilen

177 Gai. Inst. 3.17

Wenn es keinen Agnaten gibt, beruft dasselbe Zwölftafelgesetz die Angehörigen der Sippe (*gens*) zur Erbschaft. Wer die Sippenangehörigen sind, haben wir im ersten Buch behandelt; und da ich dort schon darauf hingewiesen habe, dass das gesamte Sippenrecht ausser Gebrauch gekommen ist, ist es auch überflüssig, diese Sache hier zu behandeln.

II. Die Intestaterbfolge des *ius praetorium*

178 D. 38.6.1.1 Ulpianus 44 ad edictum

Er [der Prätor] hat die Erbfolge *ab intestato* in verschiedene Gruppen aufgeteilt: Er hat nämlich verschiedene Klassen geschaffen: als erste die der Kinder, als zweite die der nach *ius civile* zur Erbfolge Berufenen, als dritte die der Blutsverwandten und sodann die von Mann und Frau.

1. Die erste Klasse der prätorischen Erben

179 Gai. Inst. 3.26

Denn er beruft alle [Abkömmlinge (*liberi*)], auch wenn sie nach *ius civile* nicht berechtigt sind, ebenso zur Erbschaft, wie wenn sie im Zeitpunkt des Todes ihres Vorfahren in seiner Hausgewalt gestanden hätten, ganz gleich, ob sie alleine vorhanden sind oder ob

auch Hauserben, welche in der Hausgewalt des Vaters gestanden haben, den Anspruch mit ihnen teilen.

180 D. 38.6.5.2 (Pomponius)

Wenn der emanzipierte Haussohn die *bonorum possessio* nicht verlangt, so bleibt alles den Enkeln erhalten, gleichso als ob es keinen Sohn gäbe, so dass die Enkel für sich allein die *bonorum possessio* erhalten, wie sie der Sohn erhalten hätte, und sie wird nicht den übrigen anwachsen.

2. Die zweite und dritte Klasse der prätorischen Erben

181 D. 38.7.2.4 (Ulpian)

Diese *bonorum possessio* aber betrifft jeden, der nach Intestatrecht Erbe sein kann, sei es, dass das Zwölftafelgesetz ihn zum gesetzlichen Erben macht, sei es ein anderes Gesetz oder ein Senatsbeschluss. [...]

182 D. 38.10.4.2 (Modestin)

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

183 Gai. Inst. 3.27

Agnaten hingegen, deren Rechtsstellung geschmälert worden ist, beruft er [der Prätor] nicht in der zweiten Klasse nach den Hauserben. Er beruft sie [...] in der dritten Klasse aufgrund der nahen Verwandtschaft. Wenngleich sie durch die Schmälerung der Rechtsstellung ihr gesetzliches Recht verloren haben, behalten sie doch auf jeden Fall die Rechte der Blutsverwandtschaft. [...]

184 Gai. Inst. 3.29

Auf jeden Fall werden agnatische Frauen, die gradferner als Geschwister von der Vaterseite sind, in der dritten Klasse berufen, das heisst, wenn es weder einen Hauserben noch einen Agnaten gibt.

Gai. Inst. 3.30

In derselben Klasse werden auch diejenigen Personen berufen, deren Verwandtschaft durch Personen weiblichen Geschlechts vermittelt wird.

185 D. 38.8.1pr. (Ulpian)

Dieser Nachlassbesitz beruht allein auf der Nachsicht des Prätors und hat keinerlei Ursprung im *ius civile*. Denn er läßt diejenigen zur *bonorum possessio* ein, welche nach *ius civile* nicht zur Erbfolge zugelassen werden können, das heisst die Kognaten.

III. Das Verhältnis von Intestaterbrecht nach *ius civile* und *ius praetorium***186 Gai. Inst. 3.36**

Wenn nämlich zum Beispiel ein Erbe, der in einem wirksam errichteten Testament eingesetzt ist, sich förmlich zur Annahme der Erbschaft entschieden hat, aber den Nachlassbesitz gemäss dem Testament nicht beantragen wollte, weil er mit der Erbenstellung nach *ius civile* zufrieden war, so können trotzdem diejenigen, die zur Erbschaft berufen wären, wenn kein Testament errichtet worden wäre, den Nachlassbesitz beantragen; indessen steht ihnen die Erbschaft nur ohne Sachzugriff (*sine re*) zu, da ihnen der Testamentserbe die Erbschaft entziehen kann.

187 Gai. Inst. 3.37

Dasselbe gilt, wenn jemand ohne Testament verstorben ist und sein Hauserbe den Nachlassbesitz nicht beantragen wollte, weil er mit dem gesetzlichen Erbrecht zufrieden war; denn auch dem Agnaten steht der Nachlassbesitz zu, aber ohne Sache (*sine re*), weil ihm die Erbschaft vom Hauserben entzogen werden kann. Und jenes trifft in entsprechender Weise zu: Wenn die Erbschaft einem Agnaten nach *ius civile* zusteht und er die Erbschaft angetreten hat, aber den Nachlassbesitz nicht beantragen wollte und einer von den nächsten Kognaten den Antrag gestellt hat, so wird dieser den

Nachlassbesitz aus demselben Grund ohne Sache (*sine re*) haben.

188 D. 38.6.5pr. (Pomponius)

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

IV. Kaiserrecht: Intestaterbrecht zwischen Mutter und Kind

189 Inst. 3.3.2

Später aber wurde durch das *senatusconsultum Tertullianum*, das zur Zeit des vergöttlichten Kaisers Hadrian abgefasst wurde, diese traurige Erbfolge, welche der Mutter, nicht aber auch der Grossmutter zukam, abschliessend festgelegt. So soll eine freigebo- rene Mutter, die drei [...] Kinder geboren hat, zur Erbfolge ihrer testamentslos verstorbenen Söhne und Töchter zugelassen werden, auch wenn sie sich in der Gewalt ihres Vaters befindet, so dass, wenn sie dem Rechte eines anderen unterworfen ist, sie auf dessen Befehl hin die Erbschaft antritt. [...]

190 Inst. 3.3.3

Der Mutter aber werden diejenigen Kinder des Verstorbenen vorgezogen, welche Hauserben sind [...]. Aber auch der Sohn oder die Tochter einer verstorbenen Tochter werden nach den Konstitutionen der Mutter der Verstorbenen, das heisst der Grossmutter, vorgezogen. Auch geht ihr der Vater von beiden vor, nicht aber der Grossvater oder Urgrossvater, sobald nämlich nur zwischen ihnen über die Erbschaft gestritten wird. Der von der Vaterseite stammende Bruder eines [vorverstorbenen] Sohnes wie auch einer [vorverstorbenen] Tochter schloss aber früher die Mutter aus, eine von der Vaterseite stammende Schwester hingegen wird mit der Mutter zugleich zugelassen. Wenn ein von der Vaterseite stammender Bruder, eine von der Vaterseite stammende Schwester und eine das Kinder-

recht besitzende Mutter vorhanden waren, schloss zwar der Bruder die Mutter aus, aber die Erbschaft gehörte dem Bruder und der Schwester zu gleichen Teilen.

191 Inst. 3.4.1pr.

Dass umgekehrt die Kinder zum Nachlass ihrer testamentslos verstorbenen Mutter zugelassen werden, ist durch das *senatusconsultum Orfitianum* bewirkt worden, das unter dem Konsulat des Orfitus und des Rufus zur Zeit des vergöttlichten Kaisers Mark Aurel ergangen ist. Dadurch ist dem Sohn wie der Tochter die gesetzliche Erbfolge gewährt worden, selbst wenn sie dem Recht eines anderen unterworfen sind. Und sie werden sowohl den blutsverwandten Geschwistern als auch den agnatischen Verwandten der verstorbenen Mutter vorgezogen.

8. Kapitel: Die Erbenstellung

BABUSIAUX, Kap. 4, 5; HONSELL, § 73;
KASER/KNÜTEL, §§ 71, 75

192 D. 50.17.62 (Julian)

Die Erbschaft ist nichts anderes als die Nachfolge in das gesamte Recht, das der Verstorbene hatte.

193 Gai. Inst. 4.112

Nicht alle Klagen, die gegen jemanden entweder nach *ius civile* zustehen oder vom Prätor gewährt werden, stehen auch gleichermassen gegen den Erben zu oder sollten sonst gegen ihn gewährt werden. [...]

194 D. 50.17.7 (Pomponius)

Unser Recht erlaubt nicht, dass ein- und derselbe, der zu den Nichtsoldaten gehört, gleichzeitig nach Testamentsrecht und Intestaterbrecht beerbt wird. Die beiden Rechtsbereiche – „mit Testament“ und „ohne Testament“ – stehen untereinander in einem natürlichen Widerspruch.

I. Der automatische Erbschaftserwerb nach *ius civile*

195 Gai. Inst. 2.157

Aber sie werden deshalb Hauserben (*sui heredes*) genannt, weil sie häusliche Erben sind und schon zu Lebzeiten des Hausvaters in gewisser Weise als Eigentümer angesehen werden; daher sind auch an erster Stelle die Hauskinder zur Erbschaft berufen, wenn jemand ohne Testament verstorben ist. Deshalb aber heissen sie Zwangserben (*necessarii*), weil sie auf jeden Fall, ob sie wollen oder nicht, sowohl in die Erbfolge ohne Testament als auch nach dem Testament Erben werden.

196 Gai. Inst. 3.154a

[...] Einst bestand beim Tod des Hausvaters unter den Hauserben eine gewisse Gesellschaft, die gleichzeitig gesetzlich wie natürlich war, welche als *societas ercto non cito* bezeichnet wurde, das heisst „Gesellschaft zu ungeteiltem Eigentum“. *Erctum* heisst nämlich Eigentum, wovon sich *erus* als Eigentümer ableitet; *ciere* aber bedeutet „teilen“, weshalb wir *caedere* (zerteilen)

sowohl im Sinne von „schneiden“ (*secare*) als auch im Sinne von „teilen“ (*dividere*) sagen.

197 D. 29.2.53.1 (Gaius)

Wer einmal als Erbe auf irgendeinen Teil auftrat, der empfängt die Teile der Ausfallenden, auch ohne dass er es will, das heisst, es wachsen ihm stillschweigend auch ohne seine Erklärung die Teile der Ausfallenden an.

198 D. 50.16.142 (Paulus)

Man nimmt eine Verbindung (*coniunctio*) auf dreifache Weise an; es findet nämlich die Verbindung entweder durch die Sache an sich (*coniunctio re*) oder durch die Sache und die Worte (*coniunctio re et verbis*) oder nur durch die Worte (*coniunctio verbis*) statt. Nicht zweifelhaft ist es, dass diejenigen verbunden sind, welche sowohl die Vereinigung der Namen als auch die Bindung an die Sache zusammenführt, zum Beispiel „Titius und Maevius sollen zur Hälfte Erben sein“, oder: „Titius und Maevius sollen Erben sein“, oder: „Titius soll mit Maevius zur Hälfte Erbe sein“. Es kann aber wohl auch dann, wenn wir diese Bindewörter: „und“, „auch“, „mit“ wegnehmen, zuweilen eine Verbindung angenommen werden, zum Beispiel: „Lucius Titius, Publius Maevius sollen zur Hälfte Erben sein“, oder so: „Publius Maevius, Lucius Titius sollen Erben sein“; „Sempronius soll zur Hälfte Erbe sein“, so dass Titius und Maevius auf die Hälfte als durch Worte und die Sache verbunden angesehen werden. [...]

199 D. 28.5.67 Pomponius 1 ad Quintum Mucium

Wenn jemand so seine Erben eingesetzt hat: „Titius soll Erbe sein; Gaius und Maevius sollen zu gleichen Teilen Erben sein“, so wächst, wenn einer von den beiden zuletzt Genannten stirbt, sein Anteil nicht nur dem anderen an, sondern allen Miterben im Verhältnis ihrer Erbteile, obgleich das Wort „und“ eine Verbindung herstellt, weil erkennbar ist, dass der Erblasser nicht eine verbundene Einsetzung angeordnet hat, sondern nur knapp formuliert hat.

II. Anfall, Antritt und Ersitzung der Erbschaft nach *ius civile*

200 Gai. Inst. 2.162

Und so wird den hausfremden Erben das Recht gewährt, zu überlegen, ob sie die Erbschaft antreten oder nicht.

201 Gai. Inst. 2.165

Wenn daher so geschrieben steht: „Titius soll mein Erbe sein“, müssen wir hinzufügen: „und du sollst dich innerhalb von hundert Tagen entscheiden, sobald du [davon] weisst und [antreten] kannst. Wenn du die Antrittserklärung so nicht vornimmst, sollst du enterbt sein“.

202 Gai. Inst. 2.167

Aber derjenige, der ohne *cretio* zum Erben eingesetzt worden ist oder, ohne dass ein Testament vorliegt, nach gesetzlichem Erbrecht zur Erbschaft berufen ist, kann entweder dadurch, dass er sich förmlich entscheidet, oder dadurch, dass er sich wie ein Erbe verhält, oder sogar durch seine blosser Willensäußerung zur Übernahme der Erbschaft Erbe werden. Und ihm steht frei, die Erbschaft anzutreten, wann immer er will; [...]

203 Gai. Inst. 2.52

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

204 Gai. Inst. 2.53-54

(53) Und diese Ersitzung [der Erbschaft] ist sogar in der Weise gestattet, dass auch Sachen, die mit Grund und Boden verbunden sind, nach einem Jahr ersessen werden können.

(54) Und zwar ist der Grund dafür, dass auch in diesem Fall eine einjährige Ersitzung für Sachen, die zu Grund und Boden gehören, angeordnet wurde, folgender: In alter Zeit nahm man an, dass zu einer Erbschaft gehörende Sachen nach denselben Regeln wie die

Erbschaft selbst ersessen würden, nämlich nach einem Jahr; denn das Zwölftafelgesetz liess Sachen, die zu Grund und Boden gehören, zwar erst nach zwei Jahren ersessen sein, alle anderen aber nach einem Jahr. Folglich galt die Erbschaft als eine der anderen Sachen, weil sie nicht zu Grund und Boden gehört [und weil sie nicht körperlich ist]. [...]

205 Gai. Inst. 2.55

Grund dafür, weshalb aber der in jedem Fall unbillige Besitz und die Ersitzung [der Erbschaft] zugelassen worden sind, ist, dass die alten Juristen wollten, dass die Erbschaft schnell angetreten werde, damit es jemanden gibt, der den Hauskult fortführt, dessen Beachtung zu jener Zeit als besonders wichtig angesehen wurde, sowie dass die Gläubiger jemanden hätten, gegen den sie ihre Forderungen durchsetzen könnten.

206 Gai. Inst. 2.57

Aber heute gibt es keine gewinnbringende Ersitzung [im Wege der Erbschaftsersitzung] mehr: Denn aus der Autorität Hadrians ist ein Senatsbeschluss ergangen, dass solche Ersitzungen rückgängig gemacht werden. Und daher kann der Erbe die Erbschaft von demjenigen, der die Sache ersessen hat, herausverlangen und sein Recht daran ebenso verfolgen, als wäre sie nicht ersessen worden.

III. Der Erbschaftsantritt nach *ius praetorium*

207 Gai. Inst. 2.167

[...] aber der Prätor setzt ihm [dem Erben] gewöhnlich auf Antrag der Erbschaftsgläubiger eine Frist, innerhalb derer er die Erbschaft antreten soll, wenn er will, oder wenn nicht, dass die Gläubiger den Nachlass des Verstorbenen verkaufen dürfen.

Gai. Inst. 2.158

Aber der Prätor erlaubt ihnen, sich der Erbschaft zu enthalten, [...].

208 Gai. Inst. 2.163

Aber ganz gleich, ob derjenige, der ein Enthaltungsrecht hat, sich in den Nachlass eingemischt hat, oder derjenige, der über den Erbschaftsantritt noch überlegen darf, angetreten hat: Beide haben danach

nicht mehr das Recht, sich der Erbschaft zu entledigen [...].

209 D. 38.9.1pr. (Ulpian)

Das Edikt über die Reihenfolge der Erben ist deswegen verheissen worden, damit die Erbschaftsgüter nicht länger vakant ohne Eigentümer verbleiben und den Gläubigern nicht länger eine Zahlungsverzögerung entsteht. Aufgrund dieser Sachlage hielt es der Prätor für richtig, für diejenigen, denen er die *bonorum possessio* zuerkennt, eine Zeitspanne [zum Antritt] zu bestimmen, und zwischen ihnen eine Reihenfolge festzulegen, sodass die Gläubiger schneller wissen könnten, ob es jemanden gebe, gegen den sie vorgehen könnten, [...].

210 Gai. Inst. 4.34

Man hat ausserdem in manchen Prozessformeln Fiktionen einer anderen Art, zum Beispiel, wenn jemand, der den Nachlassbesitz nach dem Edikt fordert, mit der Fiktion, er wäre der Erbe, klagt; da er nämlich nach *ius praetorium* und nicht nach *ius civile* an die Stelle des Verstorbenen rückt, hat er keine direkten Klagen und kann weder behaupten, dass der Nachlass des Verstorbenen ihm gehöre, noch beanspruchen, dass das, was dem Verstorbenen geschuldet werde, ihm gegeben werden müsse; daher behauptet er in der *intentio* mittels einer Fiktion, dass er der Erbe wäre, [...] oder, wenn jenem Geld geschuldet sein sollte, wird mit einer vergleichbaren Erbesfiktion so beigefügt: „wenn es sich dann erweisen würde, dass der Beklagte dem Kläger 10.000 Sesterzen geben müsste“.

IV. Die Erbfähigkeit

1. Erbfähigkeit von Frauen

211 Gai. Inst. 1.176

Aber manchmal ist es auch [...] erlaubt, die Bestellung eines Vormunds zu beantragen, zum Beispiel um eine Erbschaft anzutreten.

212 Gai. Inst. 1.194

Von der Vormundschaft werden freigeborene Frauen aufgrund des Dreikinderrechts befreit [...].

2. Erbfähigkeit von Gewaltunterworfenen

213 D. 29.2.6pr. (Ulpian)

Wer in fremder Gewalt ist, kann denjenigen, in dessen Gewalt er sich befindet, gegen dessen Willen zur Erbschaft nicht verpflichten, um die Belastung des Hausvaters mit fremden Schulden zu verhindern.

214 D. 29.2.6.1 (Ulpian)

Aber hinsichtlich der *bonorum possessio* ist anerkannt, dass sie noch genehmigt werden kann, wenn jener, der fremder Gewalt unterworfen ist, sie ohne Willen [des Vaters] beantragt hat.

215 D. 28.5.31pr. (Gaius)

Sklaven können wir nicht weniger als Freie zu Erben einsetzen, vorausgesetzt, dass sie Sklaven von solchen sind, die wir selbst als Erben einsetzen können, weil die Erbfähigkeit von Sklaven aus der Stellung ihrer Herren hergeleitet worden ist.

3. Erwerbsfähigkeit nach der Ehegesetzgebung des Augustus

216 Gai. Inst. 2.111

Auch Unverheiratete, welchen durch die *lex Iulia* verboten ist, Vermächtnisse und Erbschaften zu erwerben, ebenso Kinderlose, das heisst diejenigen, welche keine [eigenen] Kinder haben und denen die *lex [Papia]* verbietet, mehr als die Hälfte der Erbschaft oder der Vermächtnissen zu erhalten, erhalten aus einem Testament eines Soldaten das Ganze.]

217 D. 50.16.138 (Paulus)

Die Bezeichnung „Erbschaft“ umfasst auch die *bonorum possessio*.

218 Gai. Inst. 2.206

[...] aber seit der *lex Papia* verfällt der Anteil eines Wegfallenden und gehört denjenigen, die im betreffenden Testament bedacht sind und Kinder haben.

4. Erbunwürdigkeit

219 D. 48.20.7.4 (Paulus)

Im Übrigen werden die Erbteile der Kinder nicht durch das vermehrt werden, was der Verurteilte durch seine sittlich verwerfliche Tat (*flagitium*) erworben hat, zum

Beispiel, wenn er einen Verwandten hat umbringen lassen und seine Erbschaft angetreten hat oder den Nachlassbesitz erhalten hat, denn das hat der vergöttlichte Kaiser Pius durch Reskript entschieden. Dementsprechend hat derselbe Kaiser entschieden, als eine Haustochter überführt wurde, denjenigen mit Gift getötet zu haben, von dem sie als Erbin eingesetzt worden war, dass die Erbschaft, wenn sie auf Befehl des Hausvaters, in dessen Gewalt sie stand, angetreten werde, dennoch vom Fiskus herauszufordern sei.

220 D. 34.9.3 (Marcian)

Wie auch Marcellus im zwölften Buch seiner Digesten berichtet, hat der vergöttlichte Kaiser Antoninus Pius bestimmt, jemand sei erbunwürdig, wenn er es, wie ihm eindeutig nachgewiesen wurde, darauf angelegt habe, dass die Frau, von der er zum Erben eingesetzt worden war, durch seine Nachlässigkeit und Schuld zum Tode kam.

221 D. 34.9.12 (Papinian)

In dem Fall, dass jemand im Testament Erben benannt hatte, die er nicht einsetzen konnte, obgleich die Erbinsetzung unwirksam und ein früheres Testament [daher] nicht als umgestossen galt, hat der Senat schon vor längerer Zeit den Erben [nach dem ersten Testament] dennoch die Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit entzogen, weil sie sich nicht auf den letzten Willen berufen konnten. [...]

V. Der Schutz des Erbrechts

1. Die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*)

222 Gai. Inst. 4.92

Als *formula petitoria* wird die bezeichnet, mit der der Kläger begehrt, dass die Sache sein sei.

223 *Formula petitoria*:

Wenn es sich erweist, dass die Erbschaft des Publius Maevius nach *ius Quiritium* dem Kläger gehört, [und] wenn die Sache nach deinem Ermessen dem Kläger nicht herausgegeben worden ist, sollst du den Beklagten zugunsten des Klägers auf so viel Geld verurteilen, wie diese Sache wert ist; wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

224 D. 5.3.9 (Ulpian)

Generell ist festzuhalten, dass nur derjenige aus der Erbschaftsklage haftet, der entweder als Erbe oder als Besitzer besitzt [...].

225 D. 5.3.13.13 (Ulpian)

Aber nicht nur gegen denjenigen kann eine Erbschaftsklage erhoben werden, der einen körperlichen Erbschaftsgegenstand besitzt, sondern man muss auch hinsichtlich dessen, der nichts besitzt, prüfen, ob er haftet, wenn er sich als Prozesspartei anbietet, obwohl er nicht besitzt. Und Celsus schreibt im vierten Buch seiner Digesten, er hafte wegen Arglist: der handle nämlich arglistig, wer [obgleich er nicht besitze], sich als Prozesspartei anbietet. [...]

2. Das *senatusconsultum luventianum***226 D. 5.3.20.6 – 6d (Ulpian)**

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

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

(6b) Weiter wird bestimmt: ‚Diejenigen, gegen welche die Erbschaftsklage erhoben wurde, müssen, wenn

gegen sie entschieden worden ist, die Verkaufserlöse herausgeben, die für die aus dem Nachlass verkauften Sachen vor Erhebung der Erbschaftsklage untergegangen oder [der Erbschaft] verloren gegangen sind.'

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

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

227 D. 5.3.20.11 (Ulpian)

„Die Erbschaft aber eingeklagt wird“ und so weiter. Das bedeutet den Zeitpunkt, von dem an jemand weiss, dass gegen ihn Klage erhoben wird; denn sobald er das weiss, ist er bösgläubiger Besitzer. „Das heisst, sobald es ihm angezeigt wurde.“ Wie aber, wenn er zwar weiss, niemand es ihm aber angezeigt hat? Schuldet er von da an Zinsen für das erlangte Geld? Und ich meine, dass er sie schuldet. Er ist nämlich zum bösgläubigen Besitzer geworden. [...]

228 D. 5.3.20.17 (Ulpian)

[...] Wenn der gutgläubige Besitzer Sachen aus der Erbschaft verkauft hat, muss er für den Kaufpreis einstehen, mag er den Kaufpreis eingezogen haben oder nicht, da er dann die Klage hat. Wenn er aber nur die Klage hat, genügt es, die Klage abzutreten.

229 D. 5.3.20.21 (Ulpian)

Der Besitzer muss aber die Erlöse herausgeben, auch wenn die Sachen untergegangen sind oder sich nicht mehr in der Erbschaft befinden. Aber muss er sie nur herausgeben, wenn er gutgläubiger Besitzer ist, oder auch als bösgläubiger Besitzer? Und wenn nun die Sachen noch beim Käufer vorhanden und weder un-

tergegangen noch [der Erbschaft] verlorengegangen sind, so muss ohne Zweifel der bösgläubige Besitzer die Sachen selbst leisten oder, wenn er sie auf keine Weise vom Käufer zurückverlangen kann, so viel Geld, wie viel der Streitgegenstand geschätzt wird. Wenn sie aber untergegangen oder [der Erbschaft] verlorengegangen sind, muss er für den wahren Wert einstehen, denn wenn der Kläger die Sache erhalten hätte, hätte er sie nicht verkauft und hätte den wahren Wert der Sache nicht verloren.

230 D. 5.3.23pr. (Ulpian)

Es ist aber zu prüfen, ob der gutgläubige Erbschaftsbesitzer den ganzen Kaufpreis in jedem Fall herausgeben muss oder aber nur dann, wenn er bereichert ist. Nimm an, er habe den Kaufpreis nach Empfang verloren oder verbraucht oder verschenkt. Der Ausdruck „gelangen“ ist mehrdeutig: Bezieht er sich allein auf das, was aufgrund des ursprünglichen Geschäfts vorhanden war, oder auch auf das, was später noch vorhanden ist? Und ich bin der Ansicht, [...] dass die Erbschaftsklage nur dann zusteht, wenn der Besitzer noch bereichert ist.

9. Kapitel: Die testamentarische Erbfolge

BABUSIAUX, Kap. 6, 7; HONSELL, §§ 70-72;
KASER/KNÜTEL, §§ 67-70

I. Das Testament nach *ius civile*

1. Form

231 Gai. Inst. 2.103

[...] freilich wird es [sc. das Manzipationstestament] nun anders gehandhabt, als es in alter Zeit üblich war. Denn in alten Zeiten nahm der Vermögenskäufer, das heisst derjenige, der vom Erblasser das Familienvermögen durch Manzipation erwarb, die Stelle des Erben ein, und deshalb trug ihm der Erblasser auf, was nach seinem Willen einem jeden nach seinem Tod gegeben werden sollte; [...]

232 Gai. Inst. 2.103

[...] Heute aber wird im Testament ein anderer als Erbe eingesetzt, für den auch die Legate hinterlassen werden, als derjenige, der nur der Form halber zur Nachahmung des alten Rechts als Vermögenskäufer herangezogen wird.

233 Gai. Inst. 2.104

[...] Der Testator zieht, nachdem er die Testamentsurkunde geschrieben hat, fünf Zeugen, die mündige römische Bürger sind, sowie einen Waagehalter (wie bei allen anderen Manzipationen) hinzu und manzipiert jemandem, um die Form zu wahren, sein Vermögen. Bei diesem Geschäft gebraucht der Vermögenskäufer die folgenden Worte: „Ich behaupte, dass dein Vermögen in deiner Verfügungsmacht und in meiner Obhut ist, und dieses soll, damit du rechtswirksam ein Testament gemäss dem *ius Quiritium* errichten kannst, mit diesem Kupferstück und“ (wie einige hinzufügen) „mit dieser kupfernen Waage durch mich gekauft sein“; dann schlägt er mit dem Kupferstück an die Waage und gibt dieses Kupferstück dem Erblasser an Stelle des Kaufpreises; daraufhin hält der Erblasser die Testamentsurkunde in der Hand und spricht folgendermassen: „So, wie dies in diesen Wachstafeln geschrieben ist, so gebe ich, so vermache ich, so rufe ich zu

Zeugen auf, und so gewähret mir, Quiriten, Zeugnis“. Und dies heisst „Nunkupation“; „nunkupieren“ ist nämlich „öffentlich nennen“ und ersichtlich bezeichnet und bekräftigt der Erblasser mit den allgemeinen Worten wirklich das, was er im Einzelnen auf die Testamentsurkunde geschrieben hat.

2. Testierfähigkeit

234 D. 28.1.6pr. (Gaius)

Wer in der Gewalt des Hausvaters steht, hat keine Testierfähigkeit, und das sogar mit der Folge, dass, auch wenn der Hausvater es ihm erlaubt, er dennoch nicht rechtswirksam testieren kann.

235 Gai. Inst. 1.115

[...] Wenn eine Frau die Vormünder, die sie hat, aufgeben und einen anderen bestimmten will, so schliesst sie mit Zustimmung jener Vormünder eine Kaufehe; daraufhin wird sie von demjenigen, mit dem sie die Kaufehe eingegangen ist, an einen Mann, den sie selbst bestimmt, manzipiert und von ihm durch Stab freigelassen, und von diesem Zeitpunkt an, hat sie den zum Vormund, von dem sie freigelassen wurde; er wird Treuhandvormund (*tutor fiduciarius*) genannt, [...].

236 Gai. Inst. 1.115a

Einst wurde eine *coemptio* zum Zwecke der Treuhand auch abgeschlossen, um ein Testament zu errichten; damals hatten Frauen, mit Ausnahme einiger Personen, nur dann das Recht, ein Testament zu errichten, wenn sie eine *coemptio* eingegangen waren, weiter manzipiert wurden und freigelassen worden waren. Aber die Notwendigkeit, eine *coemptio* durchzuführen, ist durch einen Senatsbeschluss mit der Autorität des vergöttlichten Kaisers Hadrian erlassen worden.

237 Gai. Inst. 2.112

Später aber erging aufgrund der Autorität des vergöttlichten Hadrian ein Senatsbeschluss, durch den rechtlich selbstständigen Frauen auch ohne *coemptio* die Testamentserrichtung erlaubt worden ist, vorausgesetzt, dass sie nicht jünger als zwölf Jahre waren, natürlich so, dass sie nur mit Zustimmung des Vormunds ein Testament errichten durften, wenn sie nicht von der Vormundschaft befreit waren.

3. Erbeinsetzung

238 D. 28.1.20pr. (Ulpian)

Wer im Testament als Erbe eingesetzt worden ist, kann in demselben Testament nicht Zeuge sein. [...]

239 Gai. Inst. 2.116

Vor allem wird verlangt, dass die Erbeinsetzung entsprechend dem förmlichen Herkommen erfolgt; denn wenn die Einsetzung anders vor sich geht, nützt es nichts, das Familienvermögen des Erblassers so zu verkaufen und die Zeugen so hinzuzuziehen und das Testament so durch *nuncupatio* zu bekräftigen, wie ich oben gesagt habe.

240 Gai. Inst. 2.117

Und zwar ist die förmliche Einsetzung die folgende: „Titius soll Erbe sein“; aber auch die folgende ist allgemein anerkannt: „Ich befehle Titius, Erbe zu sein“; hingegen ist die folgende nicht anerkannt: „ich will, dass Titius Erbe ist“, aber auch die folgenden sind von den meisten nicht anerkannt worden: „ich setze den Titius zum Erben ein“, ferner „ich mache ihn zum Erben“.

241 D. 28.5.34 (Papinian)

Eine Erbschaft kann nicht wirksam von einem bestimmten Tag bis zu einem bestimmten Tag zugewendet werden, doch bleibt die Erbeinsetzung abgesehen von der unzulässigen Zeitbestimmung bestehen.

242 D. 28.7.1 (Ulpian)

Es ist anerkannt, dass eine Erbeinsetzung, die unter einer unmöglichen oder irgendwie fehlerhaften Bedingung vorgenommen wurde, nicht unwirksam wird.

243 D. 28.7.5 (Ulpian)

Jemand ist unter der Bedingung zum Erben eingesetzt, dass innerhalb von drei Tagen nach dem Tod des Erblassers ein Grabmal errichtet wird. Da ein Grabmal nicht in drei Tagen vollständig errichtet werden kann, muss man sagen, dass die Bedingung als unmöglich entfällt.

244 D. 28.1.21pr. (Ulpian)

Die Erben sind so öffentlich anzukündigen, dass man es hören kann. Obwohl es also dem Testierenden erlaubt ist, die Erben entweder mündlich zu benennen oder schriftlich einzusetzen, muss er, wenn er sie

mündlich benennt, dies öffentlich tun. Was aber ist öffentlich? Nicht dass es in der allgemeinen Öffentlichkeit [bekannt ist], sondern dass es gehört werden kann. Gehört werden können muss es aber nicht von allen, sondern von den Zeugen. Und wenn mehrere Zeugen hinzugezogen worden sind, genügt es, wenn die für die Form vorgeschriebene Anzahl es hören kann.

245 D. 28.5.1.1 Ulpianus 1 ad Sabinum

Als eingesetzt sehen wir auch den Erben an, der zwar nicht niedergeschrieben ist, sondern nur öffentlich bekannt gemacht wurde.

246 D. 28.5.1.5 (Ulpian)

Wenn er aber so schrieb: „Lucius Erbe“, obwohl er nicht hinzugefügt hat „soll sein“, meinen wir, dass mehr mündlich erklärt worden ist, als geschrieben [steht], und wenn er so geschrieben hat „Lucius soll sein“, werden wir das Gleiche sagen. [...]

247 D. 29.7.20 (Paulus)

Wenn der Erbe öffentlich mündlich bekanntgemacht wurde, die Legate aber in den Testamentstafeln niedergelegt wurden, sagt Julian, dass diese Tafeln nicht als Testament angesehen werden können, weil ja kein Erbe niedergeschrieben ist, und dass sie eher als Nachträge (Kodizille) des Testaments angesehen werden müssen. Und ich glaube, dass er dies sehr richtig gesagt hat.

248 D. 28.5.9.2 (Ulpian)

Aber wenn er sich nicht mit Blick auf den Gegenstand, sondern auf den Erbteil geirrt hat, zum Beispiel wenn, obwohl er diktiert hat, dass jemand zur Hälfte Erbe werden sollte, niedergeschrieben wurde, dass er nur zu einem Viertel Erbe sei, sagt Celsus [...], dass angenommen werden könne, dass er zur Hälfte Erbe geworden sei, gleichsam als sei mehr mündlich erklärt worden als geschrieben wurde [...].

4. Einsetzung von Ersatzerben

249 Gai. Inst. 2.174

Bisweilen ernennen wir auch zwei oder mehrere Stufen von Erben in dieser Weise: „Lucius Titius soll Erbe sein und du sollst dich in den nächsten hundert Tagen förmlich entscheiden, von dem Tag an, wo du es weisst

und antreten kannst. Aber wenn du nicht so antrittst, sollst du enterbt sein. Dann soll Maevius Erbe sein und du sollst dich förmlich entscheiden innerhalb von 100 Tagen etc.“, und sodann können wir ihm, so viele wir wollen, substituieren.

250 Gai. Inst. 2.179

Unseren unmündigen Hauskindern, die wir in Hausgewalt haben, können wir nicht nur so, [...] einen Ersatz-erben einsetzen – nämlich, dass ein anderer unser Erbe sein soll, wenn sie nicht Erben werden –, sondern darüber hinausgehend auch so, dass jemand ihr Erbe sein soll, wenn sie zwar unsere Erben werden, aber noch als Unmündige sterben, beispielsweise wie folgt: „Mein Sohn Titius soll mein Erbe sein. Wenn mein Sohn nicht mein Erbe sein wird oder wenn er mein Erbe sein wird und stirbt, bevor er mündig ist, dann soll Seius Erbe sein“.

251 Gai. Inst. 2.180

In diesem Fall wird zwar der Ersatzerbe Erbe des Vaters, wenn der Sohn nicht Erbe geworden ist; wenn er aber doch Erbe wird und vor Erreichen der Mündigkeit gestorben ist, dann wird der Ersatzerbe unmittelbar Erbe des Sohnes. Aus diesem Grund liegen gewissermaßen zwei Testamente vor: das eine des Vaters, das andere des Sohnes, als ob der Sohn selbst einen Erben für sich eingesetzt hätte; oder jedenfalls ist es ein einziges Testament mit zwei Erbschaften.

252 D. 28.6.2.1 (Ulpian)

Doch wer für einen Unmündigen ein Testament errichtet, muss auch für sich selbst eines errichten; für den Sohn allein kann der Vater ein Testament keineswegs wirksam errichten, [...].

253 D. 28.6.2.4 (Ulpian)

Zuerst aber muss man für sich einen Erben einsetzen, danach einen Ersatzerben für den Sohn; und diese Reihenfolge der Niederschrift darf man nicht umdrehen. Und das ist auch die Meinung Julians: Zuerst müsse man für sich, danach für den Sohn einen Erben einsetzen. Errichte der Erblasser dagegen zuerst für den Sohn, danach für sich ein Testament, so sei das nicht wirksam. [...]

254 Gai. Inst. 2.181

Damit es im Übrigen nicht so aussieht, als ob der Unmündige nach dem Tod des Hausvaters der Gefahr von Nachstellungen unterworfen ist, ist es üblich, eine gewöhnliche Ersatzerbeneinsetzung ganz öffentlich vorzunehmen, [...]. Jene Ersatzerbeneinsetzung aber, durch welche man auch für den Fall einen Ersatzerben beruft, dass der Unmündige Erbe wird und noch als Unmündiger stirbt, schreibt man getrennt auf weitere Urkundstafeln des Testaments, versiegelt diese Tafeln mit einem eigenen Faden und eigenem Wachs und trägt in den ersten Tafeln dafür Sorge, dass die weiteren Tafeln nicht zu Lebzeiten des Sohnes und vor allem, solange er unmündig ist, geöffnet werden. Doch ist es noch viel sicherer, beide Arten der Ersatzerbeneinsetzung gesondert in den weiteren Tafeln zu versiegeln – wenn die Ersatzerbeneinsetzung nämlich so, wie eben angegeben, versiegelt oder getrennt worden ist, kann man aus den ersten Tafeln entnehmen, dass dieselbe Person auch in den anderen Tafeln Ersatzerbe ist.

II. Die Unwirksamkeit des Testaments nach *ius civile***1. Verbot der Erbeinsetzung auf eine einzelne Sache (*institutio ex certa re*)****255 D. 28.5.1.4 (Ulpian)**

Wenn jemand allein auf ein Grundstück eingesetzt worden ist, ist die Erbeinsetzung unter Streichung der Nennung des Grundstücks wirksam.

256 D. 28.5.9.13 (Ulpian)

Wenn zwei als Erben eingesetzt sind, der eine auf ein Drittel des Cornelianischen Grundstücks, der andere auf zwei Drittel für dasselbe Grundstück, sagt Celsus, dass der sehr einfachen Meinung des Sabinus zu folgen sei, dass unter Abzug der Nennung des Grundstücks beide gleichsam als nicht auf Erbteile eingesetzte Erben sich der Erbschaft bemächtigen, [...].

257 D. 28.5.79pr. (Papinian)

Jemand [...] setzte auf die mütterlichen Güter, welche er in Pannonien besass, einen Freigelassenen als Erben ein, auf die väterlichen Güter, welche er in Syria

hatte, den Titius. Es steht fest, dass beide Miterben zur Hälfte sind, aber nach dem Ermessen des die Erbschaft Teilenden dem letzten Willen bei Zusage des Eigentums [...] zu folgen ist [...].

2. Widerruf des Testaments

258 D. 28.1.21.1 (Ulpian)

Es ist anerkannt, dass, wenn etwas nach der Errichtung des Testaments geändert werden soll, dieses insgesamt neu errichtet werden muss. Es wird gefragt, ob das, was jemand undeutlich im Testament entweder mündlich erklärt oder geschrieben hat, nach der formgültigen Errichtung nachträglich erklärt werden kann? So zum Beispiel wenn er Stichus vermacht hat, obwohl es mehrere [Sklaven mit dem Namen Stichus] gibt und er nicht erklärt hat, an welchen er dachte. Oder wenn jemand zugunsten des Titius ein Legat errichtet hat, obwohl er viele Freunde mit dem Namen Titius hat [...]

259 Gai. Inst. 2.144

Auch durch ein späteres, rechtmässig errichtetes Testament wird ein früheres umgestossen. Und es tut nichts zur Sache, ob gemäss dem späteren ein Erbe vorhanden ist oder nicht; man schaut nämlich allein darauf, ob er hätte vorhanden sein können. Wenn daher jemand gemäss dem späteren rechtmässig errichteten Testament entweder die Erbschaft ausgeschlagen hat oder gestorben ist [...] oder aber infolge Fristablaufs für die förmliche Entscheidung zur Annahme ausgeschlossen ist oder [...] nach der *lex Iulia* von der Erbschaft ferngehalten wurde, weil er unverheiratet war – in all diesen Fällen stirbt der Hausvater ohne Testament. Denn das frühere Testament gilt nicht, weil es von dem späteren umgestossen wurde, und das spätere hat keine Rechtswirkung, weil kein Erbe aus ihm vorhanden ist.

260 Gai. Inst. 2.151

Es ist möglich, dass rechtmässig errichtete Testamente durch den blossen Willen entkräftet werden. Es ist klar, dass ein Testament nicht dadurch allein entkräftet wird, dass der Erblasser später will, dass es nicht gelte, was sogar so weit geht, dass es selbst dann, wenn er das Leinenband, das die Urkunde zusammenhält, eingeschnitten hat, nach *ius civile* gültig ist; sogar dann,

wenn er auch die Testamentsurkunde zerstört [...] hat, hört das, was darauf geschrieben worden ist, deshalb nicht auf, gültig zu sein [...].

III. Das Testament nach *ius praetorium*

1. Der Nachlass nach dem Testament (*bonorum possessio secundum tabulas*)

261 D. 37.11.1.8 (Ulpian)

Der Prätor verlangt, dass jener, für dessen Nachlass jemand in den Nachlassbesitz eingewiesen wird, in beiden Zeitpunkten die Testierfähigkeit hatte, sowohl als er das Testament errichtete als auch bei seinem Tode. Daher kann die *bonorum possessio* nicht verlangt werden, wenn ein Unmündiger oder Geisteskranker oder irgendjemand anderes von denjenigen, die kein Testament errichten können, ein Testament errichtet hat, auch wenn er testierfähig verstorben sein sollte. Und auch wenn ein Haussohn, der sich für einen Hausvater hielt, ein Testament errichtet hat, sodann bei seinem Tod als Hausvater befunden wurde, kann die *bonorum possessio secundum tabulas* nicht verlangt werden. [...]

262 Gai. Inst. 2.147

Dennoch sind solche Testamente, die entweder von vornherein nicht rechtmässig errichtet worden sind oder zwar rechtmässig errichtet worden, aber später ungültig geworden oder umgestossen worden sind, nicht in allen Fällen unwirksam. Wenn nämlich ein Testament mit den Siegeln von sieben Zeugen gesiegelt worden ist, kann der im Testament eingesetzte Erbe die *bonorum possessio* nach dem Testament beantragen, vorausgesetzt, dass der verstorbene Erblasser zur Zeit seines Todes sowohl römischer Bürger als auch rechtlich selbstständig war; denn wenn das Testament deshalb ungültig wird, weil der Erblasser zum Beispiel das Bürgerrecht oder sogar die Freiheit verloren hat [...], dann kann der eingesetzte Erbe nicht die *bonorum possessio* nach dem Testament verlangen.

263 D. 37.11.2.4 (Ulpian)

Die *bonorum possessio secundum tabulas* steht auf der ersten Stufe den eingesetzten Erben zu, wenn diese sie aber nicht fordern, steht sie nicht nur den Er-

satzerben, sondern auch den Ersatzerben der Ersatz-
erben zu [...]. Als erstrangig eingesetzt sind alle dieje-
nigen anzusehen, welche an erster Stelle eingesetzt
worden sind; denn sowie sie zum Erbschaftsantritt vor-
rangig berechtigt sind, so sind sie auch vorrangig zur
bonorum possessio zuzulassen.

264 Gai. Inst. 2.119

Doch verspricht der Prätor, wenn ein Testament mit
sieben Zeugensiegeln besiegelt ist, den im Testament
eingesetzten Erben den Nachlassbesitz entsprechend
der testamentarischen Anordnung, wenn niemand vor-
handen ist, dem die Erbschaft ohne Testament nach
anerkanntem Recht zusteht, zum Beispiel ein Bruder,
der vom selben Vater abstammt, oder ein Bruder des
Vaters oder ein Sohn des Bruders. Auf diese Weise
konnten die im Testament eingesetzten Erben die Erb-
schaft behalten, denn das gleiche Recht gilt, wenn das
Testament aus anderem Grund ungültig ist, zum Bei-
spiel weil kein Verkauf des Vermögens [sc. in Form der
mancipatio] stattgefunden hat oder der Erblasser die
Worte der *nuncupatio* nicht gesprochen hat.

2. Widerruf nach *ius praetorium*

265 Gai. Inst. 2.151a

[...] Wenn jemand den Nachlassbesitz *ab intestato* be-
antragt hat und derjenige, der nach diesem Testament
Erbe ist, die Erbschaft einklagt, kann er durch die Ein-
rede der Arglist zurückgewiesen werden, vorausge-
setzt, dass nachgewiesen wird, dass der Wille des Erb-
lassers dergestalt war, dass die Erbschaft an diejeni-
gen gelangen sollte, die für den Fall, dass kein Testa-
ment vorliege, zur Erbschaft berufen wären [...].

266 D. 37.11.1.10 (Ulpian)

Wenn der Faden, womit das Testament umwickelt
worden ist, zerschnitten worden ist, so kann, sofern
dies ein anderer gegen den Willen des Testators getan
hat, die *bonorum possessio* [*secundum tabulas*] ver-
langt werden; hat es der Testator hingegen selbst ge-
tan, so wird das Testament nicht mehr als gesiegelt
angesehen und darum kann die *bonorum possessio*
[*secundum tabulas*] nicht mehr beantragt werden.

IV. Formlose Ergänzung des Testaments (Kodizille)

267 Inst. 2,25pr.

Vor der Zeit des Augustus hat es das Rechtsinstitut des Kodizills mit Sicherheit nicht gegeben; vielmehr hat als erster Lucius Lentulus, der auch für die Fideikommiss-Anlass gegeben hat, mit den Kodizillen den Anfang gemacht. Denn als er in Africa im Sterben lag, schrieb er „Briefchen“ (*codicilli*), die durch Testament vorweg bestätigt waren, in denen er Augustus mittels Fideikommiss bat, etwas Bestimmtes zu tun. Da nun der vergöttlichte Kaiser Augustus seinen Willen erfüllte, folgten darauf die übrigen seinem Vorbild und führten die Fideikommiss aus; [...]. Augustus soll dann die Rechtsgelehrten, unter ihnen auch Trebatius, der damals die grösste Autorität besass, zusammengerufen und gefragt haben, ob man das anerkennen könne und ob die Verwendung von Kodizillen nicht im Widerspruch zu den Grundsätzen des Rechts stehe. Und Trebatius habe dem Augustus zugeraten, indem er darauf hinwies, es sei für die Bürger wegen der weiten und langdauernden Reisen, die schon in alter Zeit üblich waren, sehr nützlich und notwendig, dort, wo man ein Testament nicht errichten kann, wenigstens ein Kodizill errichten zu können. [...]

268 D. 29.7.8pr. (Paulus)

Ein Kodizill kann auf vier verschiedene Arten wirksam errichtet werden: Es wird entweder im Voraus oder nachträglich [durch Testament] bestätigt, oder es wird mit oder ohne Testament als Fideikommiss errichtet.

269 D. 29.7.3.2 (Julian)

Wurde ein Testament errichtet, so hängt das Kodizill in seiner Wirksamkeit vom Testament ab, selbst wenn es darin nicht bestätigt wird. Daher ist ein Fideikommiss, das in einem solchen Kodizill angeordnet wurde, ohne jede Wirkung, wenn die Erbschaft nicht von dem im Testament berufenen Erben angetreten wird.

270 D. 29.7.3pr. (Julian)

Hat ein Erblasser, der kein Testament hinterliess, im Kodizill Fideikommiss auf folgende Weise hinterlassen: „Ich vertraue es der Gewissenhaftigkeit meines Erben oder Nachlassbesitzers – wer das auch sein mag – an“, so müssen die Fideikommiss geleistet

werden. Denn wenn ein Hausvater testierfähig ist und nur ein Kodizill hinterlassen hat, muss die Sache so betrachtet werden, als hätte er alle die als Erben eingesetzt, an die der Nachlass durch die gesetzliche Erbfolge oder durch Einweisung in den Nachlassbesitz gelangen würde.

271 D. 29.7.10 (Papinian)

Die überlieferte Regel, dass man eine Erbschaft nicht durch Kodizill zuwenden kann, beruht auf der Überlegung, dass man nicht annehmen soll, durch das Kodizill, das nur aufgrund des Testaments wirksam ist, werde das Testament bestätigt, das seine Kraft doch aus der Erbeinsetzung schöpft.

272 D. 29.7.13.1 (Papinian)

Viel behandelt wird der Fall des Erblassers, der kein Testament gemacht hatte und im Kodizill schrieb: „Ich will, dass Titius mein Erbe wird“. Es besteht aber ein grosser Unterschied, ob er durch das Schriftstück, das er als Kodizill behandelt wissen wollte, ein Erbschaftsfideikommiss zu Lasten des gesetzlichen Erben hinterliess oder aber ein Testament zu errichten meinte. Denn in diesem Fall [sc., dass er glaubte, ein Testament zu errichten] kann man von dem gesetzlichen Erben nichts verlangen. [...]

273 D. 29.7.1 (Ulpian)

Es ist mehrfach auf Anfrage entschieden und durch kaiserliche Konstitution angeordnet worden, dass von einem Erblasser, der vermeintlich ein Testament errichtet und nicht bestimmt hat, dass die Urkunde notfalls als Kodizill gelten solle, auch nicht angenommen wird, er habe ein Kodizill errichtet. [...]

274 D. 29.7.2.2 (Julian)

Das Recht der Kodizille ist ein Sonderrecht (*ius singulare*), so dass alles, was im Kodizill steht, so behandelt wird, als wäre es im Testament geschrieben. [...]

275 D. 1.3.16 (Paulus)

Sonderrecht ist, was gegen den Sinn der Vernunft wegen irgendwelcher anderen Nützlichkeit aus der Autorität der Rechtssetzenden eingeführt worden ist.

276 D. 1.3.14 (Paulus)

Was aber gegen die Vernunft des Rechts angenommen worden ist, kann nicht auf andere Sachverhalte übertragen werden.

V. Das Soldatentestament**277 D. 29.1.1pr. (Ulpian)**

Die freie Testierfähigkeit hat als erster der vergöttlichte Iulius Caesar den Soldaten erteilt; aber diese Erteilung war zeitlich begrenzt. Der erste danach, wer sie erteilt hat, war der vergöttlichte Titus, später dann Domitian. Der vergöttlichte Nerva hat sodann die grösste Nachsicht gegenüber den Soldaten walten lassen. Und diese wurde auch von Trajan befolgt und er begann daher, in die Dienstanweisungen einen so beschaffenen Titel einzufügen. Titel aus den Dienstanweisungen: „Da es meiner Kenntnis zugetragen worden ist, dass wiederholt Testamente vorgelegt werden, die von Mitsoldaten hinterlassen worden sind, und den Anlass zu Streitigkeiten geben könnten, wenn sie mit der gesetzlich gebotenen Genauigkeit und nach den herkömmlichen Formvorschriften beurteilt würden, folge ich meiner redlichen Gesinnung und habe für diese besten und treuesten Kameraden für richtig gehalten, auf ihre Unerfahrenheit Rücksicht zu nehmen, so dass ihr letzter Wille – auf welche Weise sie auch testiert haben – wirksam sein wird. Sie sollen daher ihre Testamente so errichten, wie sie wollen, sie sollen es so tun, wie sie können und zur Anordnung der Teilung des Vermögens soll der schlichte Wille des Testators genügen.“

278 D. 29.1.40pr. (Paulus)

Der Soldat Lucius Titius hat seinem Notar zur Niederschrift diktiert und ist verstorben, bevor es ins Reine geschrieben worden sei. Ich frage, ob dieses Diktat wirksam sein kann. Ich habe geantwortet, dass es Soldaten erlaubt ist, auf welche Weise sie wollen und auf welche Weise sie können, ein Testament zu errichten, [...].

279 D. 29.1.15.1 (Ulpian)

So wie aber ein Soldat die Erbschaft durch formlose Willenserklärung zuwenden kann, kann er sie auch wieder entziehen. Wenn er zum Beispiel sein Testament durchgestrichen oder durchgeschnitten hat, ist es

unwirksam. Hat er hingegen sein Testament durchgestrichen und dann seinen letzten Willen bekundet, es solle wirksam sein, so ist es aufgrund der letzten Willensäußerung wirksam. [...]

280 D. 29.1.19pr. (Ulpian)

Ein Soldat, der schon ein Testament errichtet hatte, errichtete ein weiteres und erklärte darin, er vertraue es der Gewissenhaftigkeit seines Erben an, dass er dem ersten Testament zur Wirksamkeit ver helfe. [...] Ich sagte: Ein Soldat kann mehrere Testamente errichten und diese werden – unabhängig davon, ob er sie gleichzeitig errichtet hat oder nacheinander – sämtlich wirksam sein, wenn er dies besonders zum Ausdruck gebracht hat. Und es wird nicht das frühere Testament durch das spätere aufgehoben, weil der Soldat auch nur für einen Teil einen Erben einsetzen kann, das heißt teilweise mit und teilweise ohne Testament versterben kann [...]

281 D. 29.1.6 (Ulpian)

Wenn ein Soldat einen einzigen Erben auf ein Grundstück eingesetzt hat, wird angenommen, dass er mit Blick auf den Rest des Vermögens als Intestaterbe verstorben sei. Der Soldat nämlich kann teilweise als Erblasser mit Testament, teilweise als Erblasser ohne Testament versterben.

282 D. 29.1.15.4 (Ulpian)

Der Soldat kann einen Erben auf Zeit einsetzen und einen anderen nach Ablauf der Zeit oder unter einer Bedingung oder bis zum Eintritt einer Bedingung.

283 D. 29.1.26pr. (Macer)

Die Testamente von Soldaten, die wegen unehrenhaften Verhaltens entlassen worden sind, verlieren sofort ihre Wirkungen nach dem Militärrecht; denn die Frist von einem Jahr [nach der Entlassung] wird nur für die Testamente von Veteranen gewährt, die sich die ehrenhafte Entlassung verdient haben. [...]

VI. Der Schutz der Erwerbserwartung (Enterbungsregeln)

1. Enterbungsregeln des *ius civile*

284 Gai. Inst. 2.123

Ferner muss jemand, der einen Sohn in seiner Hausgewalt hat, dafür sorgen, dass er ihn zum Erben einsetzt oder ausdrücklich enterbt; sonst errichtet er sein Testament unwirksam, wenn er ihn mit Schweigen übergangen hat [...].

285 Gai. Inst. 2.127

[...] Und zwar wird er – wie man annimmt – enterbt, wenn er folgendermassen enterbt wird: „Mein Sohn Titius soll nicht Erbe sein“; oder folgendermassen: „Mein Sohn soll nicht Erbe sein“, ohne dass sein Eigename hinzugefügt wird.

286 Gai. Inst. 2.123

[...] was so weit geht, dass unsere Lehrer meinen, dass sogar dann, wenn der Sohn schon zu Lebzeiten des Vaters gestorben ist, niemand aus diesem Testament Erbe sein kann, weil die Erbeinsetzung natürlich schon von Beginn an keinen Bestand hatte. Aber die Vertreter der anderen Schule gestehen zu, dass der Sohn dann, wenn er zum Zeitpunkt des väterlichen Todes noch lebt, jedenfalls den testamentarisch eingesetzten Erben im Wege steht und Erbe wird, ohne dass ein Testament vorliegt; wenn er aber vor dem Tode des Vaters gestorben ist, kann nach ihrer Meinung die Erbschaft aufgrund des Testaments angetreten werden, ohne dass der Sohn im Wege steht, denn sie meinen doch, dass ein Testament unter Übergehung des Sohnes nicht schon von Beginn an unwirksam errichtet sei.

287 D. 28.2.3.6 (Ulpian)

Wenn der Hausvater so testiert hat, dass er seinen Sohn zwar auf der ersten Stufe [der Erbeinsetzung] übergangen hat, ihn aber auf der zweiten Stufe enterbt hat, meinen Sabinus und Cassius sowie Julian, dass das Testament auf der ersten Stufe unwirksam sei und erst ab der Stufe Wirksamkeit entfalte, in dem der Sohn enterbt sei. Diese Meinung hat Zustimmung gefunden.

288 D. 28.5.4pr. (Ulpian)

Ein Hauserbe kann auch unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt werden. Davon auszunehmen ist der Sohn, weil er nicht unter jedweder Bedingung eingesetzt werden kann. Und zwar kann er nur unter einer Bedingung, welche in seiner Macht steht, [eingesetzt] werden. Und diesbezüglich besteht nämlich zwischen allen Einigkeit. [...]

289 Gai. Inst. 2.128

In allen anderen Fällen von Hauskindern sowohl weiblichen als auch männlichen Geschlechts werden sie in genügender Weise unter allen anderen enterbt, das heisst mit den Worten: „Alle anderen sollen nicht Erben sein“, welche Worte gewöhnlich unmittelbar nach der Erbeinsetzung hinzugefügt werden. Dies gilt aber nur nach *ius civile*. [...]

290 Gai. Inst. 2.124

In allen anderen Fällen aber, in denen der Erblasser seine Hauskinder übergangen hat, ist das Testament gültig. Die erwähnten übergangenen Personen wachsen den im Testament eingesetzten Erben zu einem Anteil an, und zwar zu einem Kopfteil, wenn die testamentarischen Erben Hauserben sind, und zur Hälfte, wenn diese hausfremde Erben sind; [...]

291 Gai. Inst. 2.130

Auch nachgeborene Kinder (*postumi*) müssen ausdrücklich entweder zu Erben eingesetzt oder enterbt werden.

292 Gai. Inst. 2.131

Und hierin gilt für alle das gleiche Recht, dass sowohl bei der Übergehung eines nachgeborenen Sohnes als auch eines beliebigen anderen Hauskindes sowohl weiblichen als auch männlichen Geschlechts das Testament zwar wirksam errichtet ist, aber später durch Hinzugeburt eines männlichen oder weiblichen Nachgeborenen umgestossen und nach diesem Prinzip als Ganzes entkräftet wird. [...]

293 Gai. Inst. 2.133

Und zwar stehen auch diejenigen im Verhältnis von Nachgeborenen, die an die Stelle eines Hauserben nachrücken und sozusagen durch Hinzugeburt gegenüber ihren Hausvätern Hauserben werden. Wenn

ich zum Beispiel einen Sohn und einen Enkel oder eine Enkelin, die von ihm abstammen, in Hausgewalt habe, so hat allein der Sohn die Rechte eines Hauserben, weil er im Grade vorgeht, obwohl auch der Enkel und die Enkelin, die von ihm abstammen, in derselben Hausgewalt sind. Aber wenn mein Sohn vor mir stirbt oder aus irgendeinem anderen Grund aus meiner Hausgewalt ausscheidet, so rücken in diesem Zeitpunkt der Enkel oder die Enkelin an seine Stelle nach und erlangen auf diese Weise die Rechte von Hauserben sozusagen durch Hinzugeburt.

294 D. 28.3.13 (Gaius)

[...] Damit er mein Testament nicht dadurch umstösst, muss ich folglich, so wie ich den Sohn selbst entweder als Erben einsetzen oder ausdrücklich enterben muss, um eine nicht rechtmässige Testamentserrichtung zu vermeiden, auch den von diesem Sohn abstammenden Enkel oder die Enkelin entweder als Erben einsetzen oder enterben. Und das deshalb, damit der Enkel oder die Enkelin das Testament nicht umstossen, indem sie gewissermassen wie durch Hinzugeburt an die Stelle meines Sohnes nachrücken, wenn er zu meinen Lebzeiten stirbt. Und das ist in der *lex Iunia Vellea* bestimmt.

2. Die Modifikationen des *ius praetorium (bonorum possessio contra tabulas)*

295 Gai. Inst. 2.135

Emanzipierte Kinder braucht man nach *ius civile* weder als Erben einzusetzen noch zu enterben, weil sie ja keine Hauserben sind. Aber der Prätor befiehlt, dass alle – weiblichen wie männlichen Geschlechts –, wenn sie nicht als Erben eingesetzt werden, zu enterben sind, die männlichen Geschlechts namentlich, die weiblichen entweder namentlich oder „mit anderen“. Aber wenn sie weder als Erben eingesetzt worden sind, noch, wie wir oben gesagt haben, so enterbt sind, verspricht ihnen der Prätor die *bonorum possessio contra tabulas*.

296 Gai. Inst. 2.125

[...] Obwohl diese Personen nach dem, was wir schon gesagt haben, den im Testament eingesetzten Erben nur die Hälfte wegnehmen, verspricht ihnen der Prätor

dennoch den Nachlassbesitz gegen das Testament; nach diesem Prinzip werden die hausfremden Erben aus der gesamten Erbschaft verdrängt [...].

297 Gai. Inst. 2.125

[...] Aber kürzlich hat Kaiser Antoninus in einem Reskript klargestellt, dass Frauen durch den Nachlassbesitz nicht mehr erlangen, als was sie nach Anwachsungsrecht erlangen würden. Das muss man auch in den Fällen von emanzipierten Frauen beachten, dass auch diese genau nur das durch den Nachlassbesitz haben, was sie durch das Anwachsungsrecht gehabt hätten, wenn sie in der Hausgewalt gestanden hätten.

298 D. 37.4.1pr. (Ulpian)

Mit Blick auf den Nachlassbesitz gegen das Testament müssen wir Kinder (*liberi*), sowohl die leiblichen als auch die adoptierten, zulassen, wenn sie weder als Erben eingesetzt noch enterbt worden sind.

299 D. 37.4.3.11 (Ulpian)

Wenn eines der Kinder als Erbe eingesetzt ist, darf es nicht zur *bonorum possessio contra tabulas* berufen werden. Weil es nämlich die *bonorum possessio secundum tabulas* haben kann, wofür wäre es gut, ihm die *bonorum possessio contra tabulas* zu erteilen? [...]

VII. Pflichtteilsrecht der Kaiserzeit (Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments)

300 D. 5.2.3 (Marcellus)

„Ein Testament pflichtwidrig nennen“ heisst vortragen, weshalb man nicht enterbt oder übergangen werden durfte. Das geschieht meistens, wenn Eltern, durch einen falschen Verdacht gereizt, ihre Kinder enterben oder übergehen.

301 D. 5.2.2 (Marcian)

Man klagt wegen pflichtwidrigen Testaments mit dem Argument, der Erblasser sei anscheinend nicht bei klarem Verstand gewesen, als er das Testament errichtete. Und damit ist nicht gesagt, er habe wirklich als Geisteskranker oder Geistesgestörter testiert; vielmehr hat er das Testament rechtswirksam errichtet, aber seine Pflicht gegenüber der Familie nicht erfüllt. [...]

302 D. 5.2.17.1 (Paulus)

Wenn gegen das Testament entschieden wird, es sei pflichtwidrig, wird angenommen, der Verstorbene habe keine Testierfähigkeit gehabt. [...]

303 D. 5.2.6.1 (Ulpian)

Wenn jemand von denjenigen Personen, welche zur Intestaterbfolge nicht zugelassen sind, wegen pflichtwidrigen Testaments klagt (niemand hindert ihn nämlich daran) und zufällig gewinnt, wird ihm dieser Sieg nichts nützen, wohl aber denjenigen, denen das Intestaterbrecht zusteht: Der Hausvater wird nämlich zum Testamentslosen.

304 D. 5.2.8.16 (Ulpian)

Wenn der Richter in der Sache eines pflichtwidrigen Testaments ermittelt und gegen das Testament entscheidet und wenn keine Berufung eingelegt wird, ist es nach *ius civile* ungültig. Und der, zu dessen Gunsten entschieden ist, wird Hauserbe und, wenn er das für sich beansprucht, Nachlassbesitzer. [...]

10. Kapitel: Vermächtnisrecht

BABUSIAUX, Kap. 8; HONSELL, §§ 74f.;
KASER/KNÜTEL, §§ 76-78

305 D. 30.116pr. (Florentinus)

Das Vermächtnis ist eine Verringerung der Erbschaft, mit welcher der Testator von dem, was als Ganzes dem Erben gehören würde, jemand anderem etwas zugewendet wissen will.

306 Gai. Inst. 2.229

Das Legat vor der Erbeinsetzung ist unwirksam, weil ja die Testamente ihre Kraft aus der Erbeinsetzung erhalten, und deshalb wird die Einsetzung eines Erben als Hauptsache und Grundlage des gesamten Testaments angesehen.

I. Legatsarten

307 Gai. Inst. 2.192

Es gibt nun vier Arten von Vermächtnissen; denn man vermacht entweder durch Vindikationslegat oder durch Damnationslegat oder so, dass eine Duldungspflicht begründet wird, oder durch Präzeptionslegat.

308 Gai. Inst. 2.194

Daher aber wird es als Vindikationslegat bezeichnet, weil die Sache sofort nach dem Antritt der Erbschaft nach *ius Quiritium* dem Legatar gehört; und wenn der Vermächtnisnehmer diese Sache entweder vom Erben oder von irgendeinem anderen, der sie besitzt, verlangt, muss er die Vindikation (Herausgabeklage) erheben, das heißt begehren, dass die Sache nach *ius Quiritium* seine sei.

309 Gai. Inst. 2.193

Mittels Vindikationslegat (*per vindicationem*) vermachen wir auf diese Weise: „Dem Titius gebe und vermache ich den Sklaven Stichus“; aber auch wenn nur eines der beiden Worte verwendet wird, wie zum Beispiel nur „ich gebe“ oder „ich vermache“, ist gleichfalls durch Vindikationslegat vermacht. [...]

310 Gai. Inst. 2.196

Und zwar werden nur diejenigen Sachen wirksam mit dinglicher Wirkung vermacht, welche nach *ius civile* dem Erblasser selbst gehören. [...]

311 Gai. Inst. 2.201

Durch Damnationslegat vermachen wir auf diese Weise: „Mein Erbe soll verpflichtet sein, meinen Sklaven Stichus zu geben“; aber auch wenn geschrieben wurde „soll geben“, handelt es sich um ein Damnationslegat.

312 *actio ex testamento*:

Du sollst Richter sein. Wenn es sich erweist, dass der Numerius Negidius verpflichtet ist, dem Aulus Agerius 10'000 Sesterzen aus dem Testament zu geben, was Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ist, sollst du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius in so viel Geld und so viel anderes verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

313 Gai. Inst. 2.202

Mit dieser Art von Legat kann auch eine fremde Sache vermacht werden, so dass der Erbe gezwungen ist, die Sache zu erwerben und zu leisten oder ihren Schätzwert zu geben.

314 Gai. Inst. 2.209

Mittels Duldungslegat vermachen wir auf diese Weise: „Mein Erbe soll verpflichtet sein, zuzulassen, dass Lucius Titius den Sklaven Stichus ergreift und für sich behält“.

Gai. Inst. 2.210

Diese Art von Vermächtnis umfasst zwar mehr als das Vindikationslegat, aber weniger als das Vermächtnis mit verpflichtender Wirkung, denn auf diese Weise kann der Erblasser nicht nur seine eigene Sache wirksam vermachen, sondern auch die seines Erben, während er sonst mit Vindikationslegat nur seine eigene Sache, mit Damnationslegat aber die Sache jedes beliebigen Aussenstehenden vermachen kann.

315 D. 34.3.16 (Paulus)

Demjenigen, dem ich ein Grundstück auf fünf Jahre verpachtet habe, habe ich alles, was er mir aus der Pacht schulden würde, vermacht, so dass mein Erbe dulden muss, dass der Pächter es behält. Nerva und Atilicinus sagen, dass der Erbe, wenn er ihm [dem Pächter und Legatar] verweigere, die Nutzungen zu ziehen, aus dem Pachtvertrag hafte, aber wenn er sich etwas aus dem Pachtverhältnis vorbehalte, werde er

aus dem Testament verpflichtet, weil es nicht darauf ankomme, ob er verlange oder zurückbehalte, denn es sei das gesamte Pachtverhältnis als vermacht angesehen.

316 Gai. Inst. 2.216

Durch Präzeptionslegat vermachen wir auf diese Weise: „Lucius Titius soll den Sklaven Stichus vorwegnehmen“.

317 Gai. Inst. 2.217

Aber unsere Lehrer meinen, auf diese Weise könne nur jemandem vermacht werden, der zu einem Teil als Erbe eingesetzt worden sei. „Vorwegnehmen“ sei nämlich „das Besondere (über den normalen Anteil) hinaus zu nehmen“, was nur im Falle dessen möglich sei, der schon zu irgendeinem Teil als Erbe eingesetzt sei, weil dieser das vorweg zustehende Vermächtnis ausserhalb des Erbteils habe.

318 Gai. Inst. 2.221

Doch meinen die Vertreter der anderen Schule, man könne auch einem Nichterben durch Präzeptionslegat zuwenden, ebenso wie wenn geschrieben würde: „Titius soll den Sklaven Stichus vorwegnehmen“, indem nämlich die Vorsilbe vorweg nur überflüssigerweise hinzugefügt sei; und deshalb sei eine solche Sache ersichtlich mit dinglicher Wirkung vermacht worden. [...]

319 Gai. Inst. 2.197

[...] Später aber ist auf Veranlassung des Kaisers Nero ein Senatsbeschluss ergangen, in welchem bestimmt worden ist, dass dann, wenn jemand eine solche Sache vermacht hat, die ihm niemals gehört hat, das Vermächtnis ebenso wirksam ist, wie wenn sie in der besten Rechtsform hinterlassen worden ist. Und so bildet die beste Rechtsform diejenige des Damnationslegats; durch diese Art kann auch eine fremde Sache vermacht werden [...].

320 Gai. Inst. 2.218

Und deshalb ist das [Präzeptions-]Legat unwirksam, wenn einem Nichterben vermacht worden ist; das geht so weit, dass Sabinus der Ansicht war, dass es nicht einmal nach dem *senatusconsultum Nero-nianum* wirksam werden könne; „denn durch diesen Senatsbeschluss werden“, wie er sagt, „nur solche Vermächtnis-

se wirksam gemacht, die aufgrund eines fehlerhaften Gebrauchs der nach *ius civile* erforderlichen Worte nicht gelten, nicht aber solche, die aus einem in der Person des Vermächtnisnehmers liegenden Grund nicht geschuldet sind“. Aber Julian und Sextus (Africanus) waren der Ansicht, dass auch in einem solchen Fall das Vermächtnis durch den Senatsbeschluss Wirksamkeit erlange; denn auch in diesem Fall komme es aufgrund des Wortgebrauchs vor, dass das Vermächtnis nach *ius civile* unwirksam sei, weswegen jeder wisse, dass derselben Person durch Gebrauch anderer Worte wirksam vermacht werden könne, zum Beispiel durch Vindikations-, Damnations- oder Duldungslegat. [...]

II. Nebenbestimmungen zum Legat

321 D. 32.19 (Valens)

Ist dir ein Vermächtnis [...] mit der Auflage hinterlassen worden, dass du etwas tust (auch wenn der Erbe kein Interesse daran hat, dass das getan wird), muss dir die Klage verweigert werden, wenn du dem Erben keine Sicherheit für die Erfüllung der Auflage leistest. Diese Meinung haben Nerva und Atilicinus zu Recht vertreten.

322 D. 35.1.1.1 – 3 (Pomponius)

(1) Wenn ein bestimmter Termin [für die Erfüllung eines Legats] hinzugefügt ist, kann, auch wenn der Termin noch nicht gekommen ist, dennoch erfüllt werden, weil ja sicher ist, dass es fällig werden wird.

(2) Ein Termin ist unbestimmt, wenn so geschrieben worden ist „wenn mein Erbe verstirbt, soll er zehn geben“, denn der Termin seines [des Erben] Todes ist unbestimmt. Und deshalb, wenn der Legatar vorher verstorben ist, geht das Legat nicht auf dessen Erben über, weil es ja nicht zu Lebzeiten auf ihn übergeht, obwohl sicher ist, dass der Erbe versterben wird.

(3) Im Legat ist aber eine Bedingung enthalten, wenn wir zum Beispiel so vermachen: „Was von [der Sklavin] Arescusa geboren sein wird, soll der Erbe geben“ oder „Früchte, welche aus dem Grundstück gezogen sein werden, soll der Erbe geben“ oder „den Sklaven, wel-

chen ich keinem anderen vermacht habe, soll er dem Seius geben“.

323 D. 36.2.5.5 (Ulpian)

[...] wenn es eine Bedingung gibt, deren Nichterfüllung nicht vom Legatar abhängt, sondern vom Erben oder von einer Person, der die Erfüllung befohlen worden ist, [wird] die Bedingung dann als eingetreten angesehen und der *dies cedens* des Legats tritt ein. Wie z.B., wenn ich befohlen habe, meinem Erben zehn zu geben und jener nicht annehmen will.

324 D. 35.1.7pr. (Ulpian)

Der Nutzen der *cautio Muciana* besteht hinsichtlich der Bedingungen, welche auf ein Unterlassen angelegt sind, wie zum Beispiel „wenn er das Kapitol nicht bestiegen hat“ [oder] „wenn er den Stichus nicht freigelassen hat“ etc. Derselben Meinung sind Aristo und Neratius und Julian. [...]

III. Legatsauslegung (*falsa demonstratio non nocet*)

325 D. 30.36pr. (Pomponius)

„Ich vermache Titia alle meine Weber ausser denen, welche ich in diesem Testament einem anderen vermacht habe. Plotia vermache ich alle meine im Hause Geborenen ausser denen, die ich einem anderen vermacht habe“. Da einige im Haus des Erblassers geborene Sklaven zugleich Weber waren, sagt Labeo, weil ja die Weber, die er Titia nicht vermacht hat, erst bestimmt werden können, wenn man weiss, welche von ihnen er Plotia vermacht hat, und ebenso die im Haus Geborenen, die er Plotia nicht vermacht hat, erst bestimmt werden können, wenn man weiss, welche von ihnen er Titia vermacht hat, seien die in Frage stehenden Sklaven aus dem Vermächtnis für keine von beiden Legatarinnen ausgenommen und deshalb gehörten sie beiden gemeinsam. Das ist nämlich auch dann rechtens, wenn zu keinem der beiden Vermächtnisse eine Ausnahme vorgesehen worden wäre.

326 D. 35.1.17pr. (Gaius)

Die Bezeichnung der Sache ist falsch, wenn zum Beispiel geschrieben steht: „der Sklave Stichus, den ich von Titius gekauft habe“ oder „das Tuskulanische Grundstück, das ich von Seius geschenkt erhalten ha-

be“. Wenn nämlich feststeht, an welchen Sklaven oder welches Grundstück der Testator dachte, kommt es nicht darauf an, wenn jener, den er angibt, von ihm gekauft zu haben, geschenkt hat oder wenn er von demjenigen, den er als Schenker bezeichnet, gekauft hat.

327 D. 35.1.17.1 (Gaius)

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

328 D. 35.1.17.2 (Gaius)

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

IV. Unwirksamkeit des Legats nach *ius civile*

329 Gai. Inst. 2.235

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

330 Gai. Inst. 2.238

Das Legat zugunsten einer unbestimmten Person ist unwirksam. Und zwar nimmt man an, dass die Person unbestimmt ist, die der Erblasser nur mit einer unbe-

stimmten Vorstellung im Sinn hat, z.B. [...]: „Wer als erster zu meiner Beerdigung kommt, dem soll mein Erbe 10'000 zahlen.“ [...] Aber man vermacht einer nicht genau bestimmten Person dann wirksam, wenn man sie auf genau bestimmte Art und Weise bezeichnet, z.B.: „Demjenigen meiner jetzt lebenden Blutsverwandten, der als erster zu meiner Beerdigung kommt, soll mein Erbe 10'000 zahlen“.

331 D. 34.7.1pr. (Celsus)

Die Regel des Cato legt Folgendes fest: Ein Vermächtnis, das unwirksam gewesen wäre, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gestorben wäre, ist unwirksam, wann immer der Erblasser verstirbt. Diese Festlegung ist in einigen Fällen falsch.

332 D. 34.7.1.1 (Celsus)

Was nämlich soll gelten, wenn jemand das folgende Vermächtnis ausgesetzt hat: „Wenn ich nach dem Monatsersten sterbe, soll an Titius geleistet werden“? Haben wir Bedenken? Denn bei dieser Klausel ist, wenn er sofort stirbt, die Annahme richtiger, das Vermächtnis sei nicht angeordnet worden, als die Annahme, die Anordnung sei unwirksam.

V. Legatsbeschränkungen, *lex Falcidia*

333 Gai. Inst. 2.224

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

334 Gai. Inst. 2.225

Deshalb wurde die *lex Furia* erlassen, durch welche allen mit Ausnahme bestimmter Personen verboten wurde, mehr als 1'000 As als Vermächtnis oder sonst von Todes wegen zu erwerben. Aber auch dieses Gesetz

hat nicht zustande gebracht, was es wollte; wer nämlich zum Beispiel ein Vermögen von 5'000 As hatte, konnte das gesamte Vermögen erschöpfen, indem er fünf Personen jeweils 1'000 As vermachte.

335 Gai. Inst. 2.226

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

336 D. 35.2.1pr. (Paulus)

Die *lex Falcidia* ist erlassen worden, welche in ihrem ersten Kapitel die Befugnis erteilt hat, bis zu drei Vierteln frei zu vermachen mit diesem Wortlaut: „Wer römischer Bürger ist, und nach dem Zustandekommen dieses Gesetzes ein Testament errichten wollen wird, der soll berechtigt und befugt sein, das Vermögen und die Sachen, wem er will, durch Legat zuzuwenden, wie es in der folgenden Gesetzesbestimmung gestattet sein wird.“ Im zweiten Kapitel bestimmte es das Mass der Legate mit den folgenden Worten: „Jeder römische Bürger, der nach dem Zustandekommen dieses Gesetzes ein Testament errichten wird, soll unabhängig davon, wie viel Vermögen er einem beliebigen römischen Bürger nach *ius publicum* als Legat zuwenden wollen wird, dazu berechtigt und befugt sein. Er soll aber das Vermächtnis so aussetzen, dass die Erben aufgrund des Testaments nicht weniger als ein Viertel der Erbschaft erwerben. Es soll ihnen, welchen etwas so zugewandt oder vermacht sein wird, erlaubt sein, diesen Vorteil ohne Einschränkung für sich zu erwerben; und der Erbe, der dieses Vermögen zu geben geheissen und verpflichtet sein wird, soll diesen Vorteil geben, zu welchem er verpflichtet worden ist.“

337 D. 35.2.73.5 (Gaius)

Also ist es mithin das Beste, dass sofort von vornherein der Erblasser die Legate so verteilt, dass sie drei

Viertel nicht übersteigen. Wenn nun jemand über die drei Viertel hinausgeht, werden [die Legate] durch das Gesetz von Rechts wegen verhältnismässig gekürzt. Zum Beispiel wenn jemand, der 400 im Vermögen hatte, genau diese 400 verteilt hat, wird den Legataren ein Viertel entzogen. Wenn er 350 vermacht hat, ein Achtel. [...]

338 D. 35.2.73.5 (Gaius)

[...] Aber wenn er 500 vermacht hat, obwohl er 400 hatte, muss zuerst der fünfte, dann sogleich der vierte Teil abgezogen werden. Vorher nämlich ist abzuziehen, was ausserhalb der Vermögensmasse ist, sodann, was aus den Gütern beim Erben zurückbleiben muss.

VI. Formlose Vermächtnisse (Fideikommiss)

339 Inst. 2.23.1

Man muss nun wissen, dass alle Fideikommiss anfangs unverbindlich waren, weil niemand [...] gezwungen wurde, etwas zu leisten, um das er lediglich gebeten worden war. Denn wenn man Personen etwas zuwenden wollte, denen man Erbschaften oder Vermächtnisse nicht zuwenden konnte, vertraute man sich der Gewissenhaftigkeit (*fidei committere*) derer an, die aus einem Testament erwerben konnten, und man sprach deshalb von Fideikommissen, weil sie sich nicht auf eine rechtliche Pflicht, sondern allein auf das Anstandsgefühl derer stützten, die gebeten worden waren. Später hat als erster der vergöttlichte Kaiser Augustus einmal, und dann wiederholt, [...] den Konsuln befohlen, ihre Amtsgewalt einzusetzen. Weil dies gerecht erschien und allgemein Anklang fand, wurde daraus allmählich eine ständige Gerichtsbarkeit, und die Fideikommiss wurden so beliebt, dass mit der Zeit sogar ein eigener Prätor für die Rechtsprechung über Fideikommiss eingesetzt wurde, den man den fideikommissarischen Prätor (*praetor fideicommissarius*) nannte.

1. Formlosigkeit des Fideikommisses

340 Gai. Inst. 2.249

Und zwar nimmt man an, dass folgende Worte für Fideikommiss brauchbar und auch meist üblich sind:

„Ich verlange, bitte, will, vertraue der Treue an“, welche einzeln ebenso wirksam sind, wie wenn sie alle in einem Ausdruck zusammengefasst worden sind.

341 Gai. Inst. 2.281

In gleicher Weise sind Legate auf Griechisch nicht wirksam, Fideikommisse aber wirksam.

342 D. 32.1.1

Hinterlässt aber ein Haussohn oder ein Sklave ein Fideikommiss, so ist es unwirksam. [...]

343 Gai. Inst. 2.285

So konnten zum Beispiel Nicht Römer Fideikommisse erwerben, und dies war ungefähr auch der Ursprung der Fideikommisse. [...]

344 Gai. Inst. 2.286-286a

(286) Auch die Unverheirateten (*caelibes*), die durch die *lex Iulia* am Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen gehindert wurden, konnten in alter Zeit, wie man annahm, Fideikommisse erwerben.

(286a) Ebenso konnten die Kinderlosen (*orbi*), die durch die *lex Papia* deshalb, weil sie keine Hauskinder haben, die Hälfte von Erbschaften und Vermächtnissen verlieren, in alter Zeit, wie man annahm, Fideikommisse ungekürzt erwerben. [...]

345 Gai. Inst. 2.287

Ferner konnte man in alter Zeit nicht genau bestimmten Personen [...] ein Fideikommiss hinterlassen, obwohl sie weder als Erben eingesetzt werden können noch ihnen vermacht werden kann. [...]

346 Gai. Inst. 2.288

Ferner zweifelt niemand mehr daran, dass man nicht einmal durch ein Fideikommiss etwas zur Strafe hinterlassen kann.

347 Gai. Inst. 2.270

Ferner kann jemand, der ohne Testament sterben wird, jemandem ein Fideikommiss zu Lasten dessen hinterlassen, dem sein Nachlass zukommt, während andererseits zu dessen Lasten kein Vermächtnis gemacht werden kann.

348 D. 29.7.8.1 (Paulus)

Aber deshalb können Fideikomnisse auch den Intestaterben auferlegt werden, weil ja angenommen wird, der *pater familias* habe ihnen freiwillig die Intestaterbschaft auferlegt.

349 D. 30.114.2 (Marcian)

Wer ohne Testament verstorben ist und weiss, dass seine Güter als erbenloser Nachlass an den Fiskus fallen werden, kann dem Fiskus Fideikomnisse auferlegen.

350 Gai. Inst. 2.277

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

2. Erbschaftsfideikommiss**351 Gai. Inst. 2.250**

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

352 D. 36.1.61 (Paulus)

Paulus antwortete, dass mit den folgenden Worten: „Sempronius, ich habe dich nicht zum Erben eingesetzt, da ich durch Schwäche übereilt war. Ich will daher, dass ihm so viel gegeben werden solle, wie ein Zwölftel des Nachlasses beträgt“, zwar mehr eine bestimmte Quantität als ein Erbanteil hinterlassen worden sei, es aber dennoch so zu verstehen sei, als habe er die Herausgabe von 1/12 gemeint.

353 D. 22.1.3.3 (Papinian)

Als Pollidius von einer seiner Verwandten als Erbe eingesetzt worden war und gebeten worden war, der Tochter der Frau, „was auch immer aus ihrem Vermögen an ihn gelange, der Tochter, sobald sie ein gewisses Alter erreicht habe, herauszugeben“, hatte die Mutter zudem in ihr Testament aufgenommen, dass sie diese Gestaltung gewählt habe, damit die Erbschaft nicht den Tutoren der Tochter, sondern eher einem Verwandten anvertraut sei, [...].

354 D. 36.1.80.5 (Scaevola)

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

3. Familienfideikommiss**355 D. 30.114.15 (Marcian)**

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

356 D. 30.114.14 (Marcian)

Die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla haben durch Reskript entschieden, die testamentarischen Verfügungen derer, die in ihrem Testament die Veräußerung einer Sache verbieten, ohne den Grund anzugeben, weshalb sie es so wollen,

seien ohne jede Bedeutung, wenn nicht eine Person erkennbar sei, zu deren Begünstigung dies vom Erblasser bestimmt wurde, da der Erblasser damit eine nackte Verpflichtung angeordnet hätte; denn eine verbindliche Bestimmung solcher Art könne er in sein Testament nicht aufnehmen. Hätte er aber aus Fürsorge für ihre Kinder, weitere Nachkommen [...], die Erben oder einige andere Personen einen derartigen Willen bekundet, so sei dieser zu befolgen; doch gereiche dies weder den Gläubigern noch dem Fiskus zum Nachteil. [...]

357 D. 31.32.6 (Modestin)

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

Glossar

<i>ab intestato</i>	ohne Testament, nach Intestaterbfolge
<i>acceptilatio</i>	wortförmlicher Erlass
<i>actio</i>	Klage
<i>actio de dolo</i>	Klage wegen Arglist
<i>actio depensi</i>	Klage für das Geleistete (des Bürgen)
<i>actio in factum</i>	vom Prätor neu geschaffene Klage
<i>actio in personam</i>	persönliche Klage
<i>actio in rem</i>	dingliche Klage
<i>actio pignoratitia</i>	Pfandklage
<i>actio Publiciana</i>	Publizianische Klage
<i>actio Serviana</i>	Servianische Klage
<i>actio utilis</i>	vom Prätor im Wortlaut abgewandelte Klage
<i>agnatio</i>	Verwandschaft auf männlicher Linie
<i>ars boni et aequi</i>	die Kunst des Guten und Billigen
<i>Aulus Agerius</i>	Blankettnamen für Kläger
<i>bonae fidei iudicia</i>	Die Klagen nach Treu und Glauben
<i>bonorum possessio</i>	Nachlassbesitz
<i>bonorum possessio contra tabulas</i>	Nachlassbesitz gegen das Testament
<i>bonorum possessio secundum tabulas</i>	Nachlassbesitz gemäss dem Testament
<i>cognati</i>	Blutsverwandte
<i>cognatio</i>	Verwandschaft
<i>commodatum</i>	Leihe
<i>consensu</i>	durch Willensübereinstimmung
<i>contractus</i>	Vertrag
<i>datio</i>	Hingabe
<i>delegare</i>	anweisen
<i>delictum</i>	Untat
<i>depositum</i>	Hinterlegung
<i>dolo</i>	mit Arglist
<i>dolus</i>	Arglist
<i>emptio venditio</i>	Obligationen beim Kauf
<i>emptor</i>	Käufer
<i>ercto non cito</i>	ohne das Eigentum zu teilen
<i>ex bono et aequo</i>	nach Recht und Billigkeit
<i>ex fide bona</i>	nach Treu und Glauben
<i>ex testamento</i>	aufgrund eines Testaments
<i>exceptio / exceptiones</i>	die Einrede / die Einreden
<i>exceptio doli</i>	Einrede der Arglist
<i>exceptio quod metus causa</i>	Einrede der Furcht
<i>exceptiones dilatoriae</i>	„aufschiebende“ Einreden
<i>exceptiones peremptoriae</i>	„aufhebende“ Einreden

<i>fideipromissor</i>	Fideipromissionsbürge
<i>fideiussor</i>	Fidejussionsbürge
<i>fiducia</i>	Sicherungsübertragung
<i>furtum</i>	Diebstahl
<i>heres / heredes</i>	der Erbe / die Erben
<i>hypotheca</i>	Hypothek (besitzloses Pfand)
<i>impossibile nulla est obligatio</i>	Unmögliches wird nicht geschuldet
<i>impuber</i>	Unmündiger
<i>institutio heredis</i>	Erbeinsetzung
<i>iudex</i>	Richter
<i>ius</i>	Recht
<i>ius civile</i>	Zivilrecht, bürgerliches Recht
<i>ius gentium</i>	Völkergemeinrecht
<i>ius honorarium</i>	Honorarrecht
<i>ius naturale</i>	Naturrecht
<i>ius praetorium</i>	prätorisches Recht
<i>ius privatum</i>	Privatrecht
<i>ius publicum</i>	Öffentliches Recht
<i>iustitia</i>	Gerechtigkeit
<i>legatum</i>	Vermächtnis
<i>legatum per damnationem</i>	Vermächtnis mit schuldrechtlicher Wirkung
<i>legatum per vindicationem</i>	Vermächtnis mit dinglicher Wirkung
<i>lex commissoria</i>	Pfandverfallsabrede
<i>litis contestatio</i>	Streitbefestigung
<i>litteris</i>	durch Schriftstück
<i>locatio conductio</i>	Dienst-/ Miet-/ Pacht-/ Werkvertrag
<i>loco</i>	hinsichtlich des Ortes
<i>mancipatio</i>	Manzipation
<i>mandatum</i>	Auftrag
<i>mutuum</i>	Darlehen
<i>nominatim</i>	ausdrücklich, namentlich
<i>novatio</i>	Novation
<i>Numerius Negidius</i>	Blanketname für Beklagten
<i>obligatio / obligationes</i>	die Verpflichtung / die Verpflichtungen, Schuldverhältnis
<i>pacta adiecta</i>	formlose Nebenabreden
<i>pactum (conventum)</i>	formlose Vereinbarung
<i>pactum de non petendo</i>	Vereinbarung, dass nicht geklagt wird
<i>pax</i>	Frieden
<i>penus legata</i>	Vermächtnis eines Lebensmittelvorrates
<i>per aes et libram</i>	durch Kupfer und Waage
<i>permutatio</i>	Tausch von Sachen
<i>pignus</i>	(Faust-) Pfand
<i>potestas</i>	Hausgewalt

<i>praelegatum</i>	Vorausvermächtnis
<i>pro emptore</i>	als Käufer
<i>puber</i>	Mündiger
<i>quarta Falcidia</i>	Regelungskomplex der <i>lex Falcidia</i> , wonach dem Erben ein Pflichtteil von $\frac{1}{4}$ zusteht.
<i>quod metus causa</i>	mit Drohung
<i>re</i>	durch Sachübergabe
<i>rei vindicatio</i>	Herausgabeklage
<i>replicatio doli</i>	Replik auf Arglist
<i>res</i>	Sache
<i>res furtiva</i>	gestohlene Sache
<i>res mancipi</i>	manzipierbare Sache
<i>res nec mancipi</i>	nicht manzipierbare Sache
<i>societas</i>	Gesellschaft(-svertrag)
<i>spondeo</i>	„Ich gelobe“
<i>spondesne?</i>	„Gelobst du?“
<i>sponsor</i>	Sponsionsbürge
<i>stipulatio</i>	Stipulation
<i>stipulator</i>	Versprechensempfänger
<i>superfluum</i>	Mehrerlös
<i>suus heres / sui heredes</i>	der Hauserbe / die Hauserben
<i>synallagma</i>	gegenseitige Verpflichtung
<i>tempore</i>	Hinsichtlich der Zeit
<i>testamentum per aes et libram</i>	Manzipationstestament
<i>traditio</i>	Besitzübergabe
<i>universitas</i>	Gesamtrechtsnachfolge
<i>usucapio</i>	Ersitzung
<i>verbis</i>	durch Wortformeln

Zeittafel

	Zeit	Ereignisse	Epoche	Juristen		Quellen	Prozessuale Verfahren
Frühzeit und Republik	753 v. Chr.	Gründung Roms					
	509 v. Chr.	Ende des Königtums					
	451 v. Chr.	Zwölftafelgesetz					
	367 v. Chr.	Einführung der Prätur					
	242 v. Chr.	Einführung der Fremdenprätur					
			Vorklassik (2./1. Jh. v. Chr.)	Q. Mucius Scaevola Gallus Treatius Servius Ofilius			
	48 – 44 v. Chr.	Caesar					
30 v. Chr.	Ägypten wird römisch						
Prinzipat	27 v. Chr. – 14 n. Chr.	Augustus	Frühklassik (1. Jh. n. Chr.)	„Sabinianer“:	„Proculianer“:		Formularverfahren
				Sabinus Cassius	Labeo <i>filii</i> Nerva <i>pater</i> Proculus		
	117 – 138 n. Chr.	Hadrian	Hochklassik (2. Jh. n. Chr.)	Iavolenus Iulianus Gaius Africanus	Neratius Celsus <i>filii</i>	<i>Institutionen des Gaius</i>	Kognitionsverfahren
	um 130 n. Chr.	<i>Edictum perpetuum</i>					
				Pomponius Scaevola Q. Cervidius Marcellus			

	211 – 217 n. Chr.	Caracalla	Spätklassik (3. Jh. n. Chr., 1. Hälfte)	Papinianus Ulpianus Paulus Florentinus Macer Marcianus Modestinus		
	212 n. Chr.	<i>Constitutio Antoniniana</i>				
Dominat	284 – 305 n. Chr.	Diokletian	Nachklassik	Hermogenian	<i>Pauli sententiae</i> <i>Epitome Ulpiani</i>	
	307 – 337 n. Chr.	Konstantin der Grosse				
	408 – 450 n. Chr.	Theodosios II.				
	438 n. Chr.	<i>Codex Theodosianus</i>				
	527 – 565 n. Chr.	Justinian			<i>Corpus Iuris Civilis:</i> I. Institutionen (533 n. Chr.) D. Digesten (533 n. Chr.) C. Codex (534 n. Chr.) N. Novellen (535 – 582 n. Chr.)	
	330/395 – 1453 n. Chr.	Byzantinisches Reich: Römisches Recht in griechischer Sprache				
	11. Jh. n. Chr.	Entdeckung der Digesten in Italien				
	12./13. Jh. n. Chr.	Glossatoren				
	14./15. Jh. n. Chr.	Kommentatoren				