

Quellenbuch zur Privatrechtsgeschichte

(von der Antike bis zu den Kodifikationen)

ausgewählt und übersetzt

von

Bruno Huwiler

Professor an den Universitäten Bern und Basel

Band I

10. erweiterte und überarbeitete Auflage

2011

Vorwort

Der vorliegende Quellenband ist aus dem bisherigen "Textbuch zum Römischen Privatrecht" hervorgegangen. Er trägt der heutigen Gestaltung des romanistischen Unterrichtes Rechnung, nicht ausschliesslich die antiken Wurzeln unserer Privatrechtsordnung freizulegen und zu bearbeiten, sondern ebenso die daran anschliessende Entwicklung und Entfaltung der von der römischen Jurisprudenz herausgearbeiteten Rechtsfiguren bis zu deren einstweiligen Verfestigung in den Kodifikationen des 20. Jahrhunderts miteinzubeziehen. Die beigegebenen Ausschnitte der höchstrichterlichen Rechtsprechung sollen die Auslegung der überkommenen Grundsätze wie auch die Weiterentwicklung der zwei Jahrtausende lang gewachsenen Dogmatik belegen. Insoweit versucht der Band einer hermeneutischen Methode innerhalb der Privatrechtswissenschaft an die Hand zu gehen und damit mitzuhelfen, eine dieser nicht entsprechende, unhistorische Arbeitsweise abzuwehren. Dies gestützt auf die Einsicht, dass -- eine Feststellung A. Rortys aufnehmend -- die Wandlungen eines Begriffes dessen Geschichte sind, so dass das Verstehen eines Begriffes das Begreifen seiner Geschichte voraussetzt. Eine diese nicht mitreflektierende, auslegend wertende Arbeit müsste also unweigerlich den Inhalt des konkreten Begriffes verfehlen, wäre mithin unvernünftig oder -- was dasselbe meint -- irrational.

Für tatkräftige und wirksame Mitarbeit habe ich meinen früheren Mitarbeiterinnen am Romanistischen Institut der Universität Bern zu danken. Die vorliegende, noch einmal erweiterte und überarbeitete Fassung, wurde von Herrn *lic. phil. et lic. iur. Ronald Kunz* betreut. Auch ihm gebührt für seine wertvolle Mitarbeit grosser Dank.

Basel, im September 2011

Bruno Huwiler

Inhaltsverzeichnis und Systematik

Inhaltsverzeichnis und Systematik	I
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII
Zeittafel	XXX
Zur Einführung	
§ 1 Rechtsgrundsatz und Lehre von den Rechtsquellen	1
1. Allgemeiner Rechtsgrundsatz	1
2. Beispiel einer Konkretisierung: <i>lex Aquilia</i>	7
3. Zur Rechtsanwendung: Die Gesetzesauslegung	9
3.1 Allgemeine Regeln	9
3.2 Lückenfüllende Analogie	11
4. Zur Lehre von den Rechtsquellen	17
4.1 Erkenntnisquellen des Rechts	17
4.1.1 Arten: <i>ius civile, ius gentium, ius naturale</i>	17
4.1.2 Konkretisierungen: zivilrechtliche und natürliche Verwandtschaft	18
4.2 Geltungsgrund des Rechts	20
4.2.1 Die Quellen	20
4.2.1.1 <i>ius civile</i> (und die <i>aequitas</i>)	20
4.2.1.2 <i>ius honorarium</i>	23
4.2.2 Konkretisierungen	23
4.2.2.1 <i>ius civile</i>	23
A. Aktivlegitimation zur <i>actio legis Aquiliae</i>	24
B. Zum Tatbestand der <i>actio legis Aquiliae</i>	24
a) Schaden (<i>damnum</i>)	24
α) Der Schadensumfang	24
β) Die Art des Schadensersatzes: Der Grundsatz der Naturalrestitution	27

b) Widerrechtlichkeit (<i>iniuria</i>)	30
α) Begriff	30
β) Ausschluss der Widerrechtlichkeit	35
c) Verschulden (<i>culpa</i>)	38
α) Zur Bestimmung der <i>culpa</i>	39
β) Culpakompensation	41
γ) Exkurs: Kausalhaftung	41
d) Kausalzusammenhang	41
C. Formel der <i>actio legis Aquiliae (directa)</i>	42
4.2.2.2 <i>ius honorarium: actiones utiles</i> (Analogieklagen)	42
A. <i>actio in factum</i>	43
B. <i>actio ficticia</i>	45
4.2.3 Exkurs: Klagenkonkurrenz	46
4.2.4 <i>actio</i> (Klage) und Anspruch	46
4.2.4.1 Von der <i>actio</i> zum Anspruch	46
4.2.4.2 Rechtswirkung und Arten der <i>actio</i>	52
4.2.4.3 Dingliche und obligatorische Klagen	52
A. Die beiden Arten	52
B. Die <i>actio in personam</i>	58
C. Die <i>actio in rem</i>	59
a) Antikes Recht	59
b) Rechtsphilosophie	59
c) Pandektenlehre	62
d) Moderne Dogmatik	66
4.2.4.4 <i>actio in ius concepta</i> und <i>actio in factum concepta</i>	67
A. <i>actio in ius concepta</i>	67
B. <i>actio in factum concepta</i>	68
4.2.5 <i>exceptio</i> (Einrede)	68
4.2.5.1 <i>exceptio</i> und <i>replicatio</i>	68
4.2.5.2 Arten	72
A. Die <i>exceptio doli</i> : Begriff und Formel	72
B. Die <i>exceptio pacti conventi</i>	75

	C. Die <i>exceptio non numeratae pecuniae, bzw. mercis non traditae</i>	76
	D. Das Verhältnis der <i>exceptiones</i> zueinander; die Einreden- konkurrenz	77
4.2.5.3	<i>actio</i> sowie <i>exceptio</i> und das subjektive Recht	78
	A. <i>actio</i> und <i>obligatio</i>	78
	B. <i>exceptio</i> und subjektives Recht	78
	C. Die Verjährung der <i>actiones</i> im nachklassischen Recht; Verjährung als Einredetatbestand	78
	D. Unverjährbarkeit der Einrede	79
	E. Das Verbot der Einrede aus fremdem Recht (<i>exceptio ex iure tertii</i>)	79
4.2.5.4	Einrede und Einwendung	80
4.2.5.5	Beweisregeln	84
§ 2	Zum Personenrecht; Rechts- und Handlungsfähigkeit	87
1.	Grundlagen: Freie und Sklaven	87
2.	Rechtsfähigkeit	92
2.1	Der <i>status</i>	92
2.2	Fehlen der Rechtsfähigkeit: Sklaverei	93
3.	Handlungsfähigkeit: Geschäfts- und Deliktsfähigkeit	94
3.1	Mündigkeit	94
3.1.1	Geschäftsfähigkeit	94
3.1.1.1	Die Zustimmung des Vormundes zu den Geschäften Unmündiger	94
	A. Grundlagen	94
	B. Begriff der Zustimmung	95
	C. Zustimmungsbedürftige und ohne Zustimmung gültige Rechtsgeschäfte Unmündiger; das hinkende Rechtsgeschäft	95
3.1.1.2	Exkurs: Die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit	97
3.1.2	Deliktsfähigkeit	98

3.2	Die <i>viginti quinque anni minores</i> (Die unter 25jährigen Mündigen)	99
3.3	Gewaltunterworfenen: Grundsatz	100
§ 3	Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Guter Glaube	101
1.	Treu und Glauben	101
2.	Rechtsmissbrauch	102
2.1	Grundsatz	102
2.2	Einschränkung	103
2.2.1	Schikaneverbot, <i>civiliter uti</i>	103
2.2.2	<i>venire contra factum proprium</i>	104
2.2.3	<i>dolus facit qui petit quod redditurus est</i>	105
2.2.4	Die Einreden der Arglist: <i>exceptio doli</i> und <i>exceptio rei venditae et traditae</i>	105
2.2.5	Die Inhaerenz des Arglistverbotes in den <i>actiones bonae fidei</i>	106
3.	Guter Glaube	110
§ 4	Begriff des Vermögens und die Lehre von den Rechtsgeschäften	115
1.	Zum Vermögensbegriff	115
1.1.	Das Vermögen als juristischer Begriff	115
1.2.	Das Vermögen als wirtschaftlicher Begriff	115
2.	Zur Lehre von den Rechtsgeschäften	117
2.1	Vorbemerkungen: Rechtsverhältnis, juristische Tatsache und Rechtsgeschäft	117
2.1.1	Das Rechtsgeschäft im antiken Recht	120
2.1.2	Neuzeitliche Entwicklungen: Der Begriff des Rechtsgeschäftes	121
2.2	Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte	131
2.2.1	Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften	131
2.2.2	Die Verfügung im antiken Recht	133
2.2.3	Der Begriff der Verfügung im neuzeitlichen Recht	134

2.2.4	Verfügungsgeschäfte; deren Abstraktheit und Kausalität	139
2.2.4.1	<i>mancipatio</i>	139
2.2.4.2	<i>in iure cessio</i>	141
2.2.4.3	<i>traditio</i> ; Kausalität der Verfügung als Grundsatz des klassischen Rechts	142
	A. Das Traditionsprinzip	142
	B. Das Vertragsprinzip	144
	C. Der Verfügungsvertrag, insbesondere der dingliche Vertrag; Kausalität bzw. Abstraktheit: der begriffsgeschichtliche Entwicklungsgang	146
	a) Antikes Recht	146
	b) Mittelalterliches Recht	149
	c) Neuzeitliches Recht: Humanismus und Usus modernus pandectarum	150
	d) Vernunftrecht	156
	e) Territorialkodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts	158
	f) Historische Rechtsschule und Pandektistik	160
	g) Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	164
	D. Die Entwicklung im schweizerischen Recht	170
2.2.5	Voraussetzungen und Wirkungen der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, besonders hinsichtlich der Rechts- zuständigkeit	178
2.2.5.1	Verpflichtungsgeschäfte	178
	A. Prinzip der Vertragsfreiheit	178
	B. Verpflichtung hinsichtlich einer fremden Sache	179
	C. Kauf vom Nichtberechtigten	179
2.2.5.2	Verfügungsgeschäfte	180
	A. Grundsatz der Verfügungsmacht	180
	B. Singularsukzession	182
	C. Vorausverfügung	182
3.	Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte	183
3.1	Rechtswidrigkeit, Sittenwidrigkeit und Unmöglichkeit	183

3.1.1	Das rechts- oder sittenwidrige Rechtsgeschäft	183
3.1.1.1	Grundsatz	183
3.1.1.2	Rechtswirkung	186
	A. Bei den <i>negotia stricti iuris</i>	186
	a) Anfechtbarkeit	186
	b) Nichtigkeit	187
	c) Das Verhältnis von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	189
	B. Bei den <i>negotia bonae fidei</i>	193
3.1.1.3	Die Generalisierung der Lehre von der Widerrechtlichkeit in der Nachklassik	195
3.1.2	Die Gesetzesumgehung	196
3.1.3	Die ursprüngliche Unmöglichkeit	196
3.1.3.1	Objektive Unmöglichkeit	196
3.1.3.2	Subjektive Unmöglichkeit	199
3.2	Zur Lehre von den Willensmängeln	199
3.2.1	Der Irrtum beim Vertragsschluss (<i>error</i>)	199
3.2.1.1	Der Vertragsschluss	199
3.2.1.2	Das Willensprinzip	200
3.2.1.3	Anfechtungs- versus Ungültigkeitstheorie	205
	A. Die Gesetzgebung	205
	B. Wissenschaftlicher Meinungsstand	228
3.2.1.4	Kategorien von Irrtumstatbeständen	229
	A. Irrtum über die Identität der Sache (<i>error in corpore</i>)	229
	B. Irrtum über Eigenschaften der Sache (<i>error in substantia</i>)	230
	C. Die Unerheblichkeit der falschen Bezeichnung einer Sache (<i>error in nomine</i>)	235
	D. Die Teilanfechtung infolge eines wesentlichen Irrtums	236
3.2.2	Furchterregung und Täuschung: Grundsatz	236
3.2.2.1	Die Furchterregung (<i>metus</i>)	236
	A. Der Begriff der Furchterregung	236
	B. Rechtswirkung: Anfechtbarkeit	237
	C. Die Rechtsmittel	238

a) Die <i>in integrum restitutio</i> (Wiedereinsetzung in den früheren Stand)	238
b) Die <i>exceptio metus</i>	239
3.2.2.2 Täuschung und Arglist (<i>dolus</i>)	239
A. Begriff der Arglist und der Täuschung	239
B. Anwendungsfall einer Täuschung	240
C. Anwendungsfall arglistigen Verhaltens	240
D. Die Rechtsmittel	241
3.3 Die Simulation	243
3.4 Rückabwicklung fehlgeschlagener (nichtiger) Rechtsgeschäfte	245
4. Vermögen, Sondervermögen und rechtsgeschäftliches Handeln Gewaltunterworfenener	246
4.1 Zum Begriff des Vermögens	246
4.2 Das Sondervermögen	246
4.2.1 Beispiel: das <i>peculium</i>	246
4.2.2 Rechtsgeschäftliches Handeln des Pekulieninhabers	248
4.2.3 Haftung des Gewalthabers (adjektivische Haftung)	248
4.2.3.1 Grundsatz	248
4.2.3.2 Pekuliarhaftung	248
4.2.3.3 Haftung für <i>versio in rem</i>	249
4.2.3.4 Haftung im Falle des <i>iussum</i>	250
4.2.4 Die Surrogation bei Sondervermögen	252
4.2.4.1 Surrogation und Offenkundigkeitsprinzip	252
4.2.4.2 Beim <i>peculium</i>	252
4.2.4.3 Bei der <i>dos</i> (Mitgift)	252
A. Begriff der Mitgift als Sondervermögen	252
B. Surrogation	253
4.3 Die Haftung des Geschäftsherrn für seinen <i>institor</i>	255
5. Die Stellvertretung	257
5.1 Allgemeines und Abgrenzungen	257
5.1.1 Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis	257
5.1.2 Direkte und indirekte Stellvertretung	258
5.1.3 Die Organschaft	259

5.1.4	Der Grundsatz der Stellvertretungsfeindlichkeit bei Rechtsgeschäften	260
5.2	Zugelassene Stellvertretungstatbestände, insbesondere der <i>procurator</i>	261
5.2.1	Der <i>procurator</i> (Vermögensverwalter)	261
5.2.2	Direkte Stellvertretung beim Rechtserwerb	262
5.2.2.1	Besitz und Eigentum	262
5.2.2.2	Erwerb einer Forderung	263
5.2.3	Direkte Stellvertretung bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften	264
5.2.3.1	Bei Verpflichtungsgeschäften	264
5.2.3.2	Bei Verfügungsgeschäften: Die Einwilligung zur Verfügung über eine fremde Sache	265
	A. Vorgängige und nachträgliche Einwilligung: Ermächtigung und Genehmigung	265
	B. Eigentumsübertragung	266
	C. Die Erfüllung	267
	D. Der Erlassvertrag	268
	E. Die Erfüllungsannahme	268
	F. Exkurs: Ein Fall der Anscheinsvollmacht	269
5.2.3.3	Zur Entwicklung der direkten Stellvertretung im 19. Jahrhundert	270
5.3	Selbstkontrahieren	284
6.	Die Bedingung (<i>condicio</i>)	285
6.1	Der Begriff der gewillkürten Bedingung	285
6.2	Arten der Bedingung	287
6.2.1	Kasuelle und Potestativbedingungen	287
6.2.2	Suspensiv- und Resolutivbedingungen	288
6.3	Die Rechtswirkungen der Bedingungen	289
6.3.1	Suspensivbedingungen	289
6.3.1.1	Bedingte Verpflichtungsgeschäfte: Die Anwartschaft	289
6.3.1.2	Bedingte Verfügungsgeschäfte	290
6.3.2	Resolutivbedingungen	291
6.3.2.1	Bei <i>negotia bonae fidei</i>	291

6.3.2.2	Bei <i>negotia stricti iuris</i>	292
6.3.2.3	Eigentumserwerb	293
	A. Grundsatz	293
	B. Ausnahmen	293
6.3.3	Der Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung	294
6.4	Die Fiktion des Bedingungseintritts bei doloser Vereitelung der Bedingung	294
6.5	Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte	295
6.6	Rechts- und sittenwidrige Bedingungen	295
6.7	Die Rechtsbedingung (<i>condicio iuris</i>)	295
7.	Die Rechtsnachfolge	296
7.1	Die Universalsukzession	296
7.2	Die Singularsukzession	297
§ 5	Sachenrecht	299
1.	Sachen	299
1.1	Grundlagen: Vermögensgegenstände	299
1.2	Sachen des göttlichen und menschlichen Rechts (<i>res divini iuris</i> und <i>res humani iuris</i>)	299
1.3	Öffentliche und private Sachen (<i>res publicae, res privatae</i>)	299
1.4	Körperliche und unkörperliche Sachen (<i>res corporales</i> und <i>res</i> <i>incorporales</i>)	300
1.5	<i>res Mancipi</i> und <i>res nec Mancipi</i>	301
1.6	Speziessachen und vertretbare Sachen	302
1.7	Hauptsache und Nebensache	302
	1.7.1 Bestandteile	302
	1.7.2 Zugehör (<i>instrumentum</i>)	305
1.8	Früchte	307
	1.8.1 Natürliche Früchte	307
	1.8.2 Zivile Früchte	308
	1.8.3 Fruchterwerb	309
2.	Eigentum	310
2.1	Definition	310

2.2	Quiritisches und bonitarisches Eigentum (= Eigentum nach <i>ius civile</i> bzw. <i>ius honorarium</i>)	325
2.3	Allein- und gemeinschaftliches Eigentum: Das Miteigentum	326
3.	Eigentumserwerb	328
3.1	Abgeleiteter (derivativer) Eigentumserwerb	328
3.1.1	Erwerb des quiritischen Eigentums	328
3.1.1.1	<i>mancipatio</i>	328
3.1.1.2	<i>in iure cessio</i>	329
3.1.1.3	<i>traditio</i> (Besitzesübertragung)	329
	A. Besitzesübergabe	329
	B. Sog. „ <i>quasi-traditio</i> “	330
3.1.1.4	Weitere Arten des derivativen Eigentumserwerbes	331
	A. Herstellung der tatsächlichen Gewalt	331
	B. Traditionssurrogate	333
	a) <i>longa manu traditio</i>	333
	b) <i>brevi manu traditio</i>	334
	c) <i>constitutum possessorium</i>	335
	d) Die Rezeption in das Schweizerische Zivilgesetzbuch	336
3.1.1.5	Die Rechtsmittel des quiritischen Eigentümers	338
	A. <i>rei vindicatio</i>	338
	a) Formel der <i>rei vindicatio</i>	339
	b) Der fehlende Einlassungszwang	340
	c) Zum Inhalt der <i>rei vindicatio</i>	341
	α) Umfang der Herausgabepflicht (<i>restituere</i>)	341
	αα) Antikes Recht	341
	ββ) Neuzeitliche Entwicklung	343
	β) Gut- und bösgläubiger Besitz	347
	γ) Aufwendungen und Früchte	351
	αα) Aufwendungen (<i>impensae</i>)	351
	ββ) Früchte (<i>fructus</i>)	352

δ) Der indirekte Zwang zur Naturalrestitution	354
B. <i>exceptio iusti domini</i> : Einrede des quiritischen Eigentums	356
C. Der Anspruch auf Vorlegung der vindizierten Sache: <i>actio ad exhibendum</i>	357
3.1.2 Erwerb des praetorischen Eigentums (=honorarrechtliches Eigentum oder bonitarisches Eigentum)	358
3.1.2.1 Grundsatz	358
3.1.2.2 Die Rechtsmittel des bonitarischen Eigentümers	358
A. <i>actio Publiciana</i>	358
B. <i>exceptio rei venditae et traditae</i> (Einrede der verkauften und übergebenen Sache)	360
a) Formel der <i>exceptio rei venditae et traditae</i>	360
b) Anwendungsfälle	361
3.1.3 Eigentumserwerbsarten und ihre erkenntnismässigen Rechtsquellen	361
3.2 Ursprünglicher (originärer) Eigentumserwerb	362
3.2.1 Ersitzung und Erwerb vom Nichteigentümer	362
3.2.1.1 Ersitzung (<i>usucapio</i>)	362
3.2.1.2 Erwerb vom Nichteigentümer	366
A. Antikes Recht: Erwerb kraft Ersitzung	366
B. Die Entwicklung des Tatbestandes eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten	370
3.2.2 Dereliktion und Aneignung (<i>occupatio</i>)	386
3.2.3 Verbindung (<i>accessio</i>)	388
3.2.3.1 Verbindung beweglicher Sachen	388
A. Akkzessionsprinzip	388
3.2.3.2 Verbindung mit Grundstücken (" <i>superficies solo cedit</i> ")	389
B. <i>Ius tollendi</i> (Wegnahmerecht)	392
3.2.4 Vermischung (Vermengung)	393
3.2.4.1 Vermischung beweglicher Sachen	393
3.2.4.2 Vermischung bei Geld	393
3.2.5 Verarbeitung (<i>specificatio</i>)	396

4. Besitz (<i>possessio</i>)	398
4.1 Allgemeines	398
4.2 Erwerb, Erhaltung und Verlust des Besitzes	401
4.2.1 Unmittelbarer Besitz	401
4.2.1.1 Erwerb	401
A. An Fahrnis	401
B. An Liegenschaften	402
4.2.1.2 Erhaltung	402
4.2.1.3 Verlust	403
4.2.2 Mittelbarer Besitz und Besitzdienerschaft	404
4.3 Arten des Besitzes	407
4.3.1 Nach <i>ius civile</i>	407
4.3.2 Nach <i>ius praetorium</i> (= <i>ius honorarium</i>): Besitzerschutz durch Interdikte	407
4.3.2.1 <i>interdictum uti possidetis</i>	408
4.3.2.2 <i>interdictum utrobi</i>	408
4.3.3 Objektivität des Besitztatbestandes	409
4.3.4 Gleichwertigkeit des Besitzestitels mehrerer Personen	409
4.3.5 Besitz als äussere Erscheinung des dinglichen Rechts: die Gewere als Modell der sachenrechtlichen Rechtszuständigkeit	409
5. Beschränkte dingliche Rechte	411
5.1 Dienstbarkeiten (Servitute)	411
5.1.1 Grunddienstbarkeiten	411
5.1.1.1 Begriff	411
5.1.1.2 Ausübung der Dienstbarkeiten	412
5.1.1.3 Der Rechtsschutz	413
5.1.2 Persönliche Dienstbarkeiten: Nutzniessung und Gebrauchsrecht (<i>ususfructus</i> und <i>usus</i>)	414
5.1.2.1 Nutzniessung (<i>ususfructus</i>)	414
5.1.2.2 Gebrauchsrecht (<i>usus</i>)	417
5.2 Pfandrecht	417
5.2.1 Begriff und Arten des Pfandrechts	417
5.2.1.1 Kreditsicherungszweck	417

5.2.1.2	<i>fiducia, pignus</i> und <i>hypotheca</i> (Faustpfand und besitzloses Pfand)	417
	A. <i>fiducia</i>	417
	B. <i>pignus</i> und <i>hypotheca</i>	418
	C. Das Faustpfandprinzip des ZGB	421
5.2.1.3	Das Prinzip der Akzessorietät	422
5.2.2	Gegenstände des Pfandrechtes	423
5.2.2.1	Grundsatz und Ausnahme	423
5.2.2.2	Das Pfandrecht an Forderungen	424
5.2.2.3	Die Generalverpfändung	425
5.2.3	Bestellung und Untergang des Pfandrechtes	426
5.2.3.1	Begründung des Pfandrechtes	426
	A. Gesetzliche Pfandrechte	426
	B. Rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrechte	426
5.2.3.2	Der Rang der Pfandrechte	428
5.2.3.3	Untergang des Pfandrechtes und die Rückforderung der Pfandsache	429
	A. Die Beendigung des Pfandrechtes	429
	B. <i>actio pigneraticia in personam directa</i>	430
	a) Der Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache	430
	b) Der Anspruch auf das <i>superfluum</i>	431
5.2.4	Inhalt und Ausübung des Pfandrechtes	432
5.2.4.1	Die Ausübung des beschränkten dinglichen Rechts	432
5.2.4.2	Der Pfandverfall	432
	A. Der Grundsatz	432
	B. Die Abreden	433
	a) Die Verkaufsabrede (<i>pactum de vendendo</i>)	433
	b) Die Wegbedingung der Rechtsgewährleistung (<i>pactum de non praestanda evictione</i>)	436
	C. Die Früchte der Pfandsache	437
5.2.5	Weitere Ansprüche des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers	437
5.2.5.1	Seitens des Pfandschuldners	437

5.2.5.2	Seitens des Pfandgläubigers	437
5.2.6	Die Formeln der pfandrechtlichen Aktionen	438
5.2.6.1	<i>actio fiduciae</i>	438
5.2.6.2	<i>actio Serviana</i>	438
5.2.6.3	<i>actio pignoratitia (in personam)</i>	439
A.	<i>formula in factum concepta</i>	439
B.	<i>formula in ius concepta</i>	439
5.3	Das Retentionsrecht	439
§ 6	Obligationenrecht	441
1.	Entstehung der Obligationen	441
1.1	Antikes Recht	441
1.2	Der naturrechtliche Haftungsgrundsatz	443
2.	Begriff und Inhalt der Obligation	443
2.1	Gläubiger und Schuldner (Das Schuldverhältnis i.e.S.)	443
2.2	Wesen und Inhalt der Obligation; das Problem von Schuld und Haftung	444
2.2.1	Das Leistungsprogramm	445
2.2.1.1	Grundsätze	445
2.2.1.2	<i>lex contractus</i>	449
2.2.2	<i>Obligationes stricti iuris</i> und <i>bonae fidei</i>	450
2.2.3	Das Schuldverhältnis i.w. S.	455
2.2.3.1	Vorvertragliche Pflichtenlage	455
A.	Grundsatz	455
B.	Die sog. <i>culpa in contrahendo</i>	457
a)	Antikes Recht	457
b)	Neuzeitliche Entwicklungen: Vernunftrecht	459
c)	Die Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert und die Vertrauenshaftung	460
α)	Die Absorptionstheorie vs. der Lehre vom einheitlichen Schuldverhältnis	466
β)	Exkurs: Die Ableitung der Vertrauenshaftung aus der <i>culpa in contrahendo</i>	469

d) Die Verjährung der Ansprüche aus <i>culpa in contrahendo</i> sowie aufgrund der Vertrauenshaftung	475
2.2.3.2 Vertragliche Pflichtenlage	477
2.2.3.3 Nachvertragliche Verpflichtungslage	480
3. Erfüllung der Obligationen	481
3.1 Gehörige Erfüllung (<i>solutio</i>)	481
3.1.1 Grundsätze der Leistungserbringung: Beteiligte Personen und Leistungsinhalt (sowie die <i>datio in solutum</i>)	481
3.1.2 Erfüllung beim Zug-um-Zug-Geschäft	484
3.2 Leistungsstörungen: Haftung aus Vertrag	486
3.2.1 Verschulden vs. Zufall: Die Haftungsmassstäbe	486
3.2.1.1 Bei strengrechtlichen Klagen (<i>actiones stricti iuris</i>): Begriff der Zurechenbarkeit	488
3.2.1.2 Bei Klagen mit <i>bona fides</i> (<i>actiones bonae fidei</i>)	490
A. <i>dolus</i> und <i>culpa</i> (Vorsatz und Fahrlässigkeit): Utilitätsprinzip	490
B. Begriff des <i>dolus</i> bei der Vertragshaftung aus Klagen mit <i>bona fides</i>	491
3.2.1.3 Haftung für <i>custodia</i> (Haftung für das Abhandenkommen einer Sache)	494
3.2.2 Die Beweislast für das Verschulden (<i>culpa i.w.S.</i>)	495
3.2.3 Haftung für Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen)	499
3.2.4 Drittschadensliquidation	502
3.2.5 Nicht- oder Schlechterfüllung	506
3.2.5.1 Nichterfüllung; Haftung und Schadenersatz bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit	506
A. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit bei Stück- und Gattungsschulden (Spezies- und Genusschulden)	506
a) Gattungsschulden	506
b) Speziessschulden	512
B. Grundsatz: Zurechenbarer bzw. nicht zurechenbarer Untergang der geschuldeten Sache (= zu vertretender bzw. nicht zu vertretender Untergang)	513
C. Strengrechtliche Klagen	513

a) Bei nicht zurechenbarem Untergangsgrund der geschuldeten Sache	513
b) Bei zurechenbarem Untergangsgrund: Voraussetzung für die sekundäre Leistung: <i>perpetuatio obligationis</i> (Fiktion des Weiterbestehens des Leistungsgegenstandes)	515
c) Wesen und Umfang der sekundären Leistung	516
D. Klagen mit <i>bona fides</i>	517
a) Bei fehlendem Verschulden	517
α) Wirkung: Die Befreiung des Schuldners	517
β) Das sog. stellvertretende commodum	521
b) Im Falle verschuldeter Nichterfüllung: Haftung für das positive Interesse (Erfüllungsinteresse)	529
α) Zum Begriff ‘interesse’: Positives (Erfüllungs-) Interesse vs. negatives (Vertrauens-) Interesse	529
αα) Interesse als Differenzbegriff	529
ββ) Negatives (Vertrauens-) Interesse	530
γγ) Positives (Erfüllungs-) Interesse	532
δδ) Berechnung des Interessenersatzes	532
εε) Abgrenzung: Sachwert vs. Vermögensersatz	533
β) Schadenersatz (<i>damnum emergens</i>) und Ersatz des entgangenen Gewinnes (<i>lucrum cessans</i>): Haftung auf das positive Interesse (Erfüllungsinteresse)	533
αα) Unterschied zwischen <i>damnum</i> <i>emergens</i> und <i>lucrum cessans</i>	533
ββ) Zusammenfassung von <i>damnum</i> <i>emergens</i> und <i>lucrum cessans</i> im ‘ <i>id quod interest</i> ‘	534
γ) Inhalt der Haftung auf das (positive) Interesse	536
αα) Abstrakte und konkrete Berechnungsweise	536

ββ)	Bestimmung des Interesses	537
δ)	Stellvertretendes commodum im Falle nachträglicher zu vertretender Unmöglichkeit	568
ε)	Die Entwicklungen in der neueren Dogmengeschichte	569
αα)	Zur Entwicklung in Frankreich: Theorie und Code civil français (1804)	569
ββ)	Vernunftrechtliche Ansätze	572
γγ)	Der Übergang vom Vernunftrecht zur historischen Schule und zur Pandektistik	573
ααα)	Die Umwandlung der Pflicht zur Primärleistung in eine Geldleistung (Sekundärleistung)	573
βββ)	Die Leistungspflicht auf das Interesse	578
δδ)	Zur Kodifikationsgeschichte im Deutschen Reich und in der Schweiz	586
ζ)	Abgrenzung des positiven vom negativen Interesse	594
η)	Exkurs: Die Möglichkeit des Rücktritts im Falle nachträglicher verschuldeter Leistungsunmöglichkeit	595
3.2.5.2	Subjektive Unmöglichkeit	596
A.	Bei strengrechtlichen Klagen	596
B.	Bei <i>actiones bonae fidei</i>	597
3.2.5.3	Nicht gehörige Erfüllung	598
A.	Grundlagen	598
a)	Antikes Recht	598
b)	Die Entwicklung im 19. Jahrhundert	600
B.	Strengrechtliche Klagen	605
C.	Klagen mit bona fides: Nicht gehörige Erfüllung und die sog. positive Vertragsverletzung	606
a)	Haftung für nicht gehörige Erfüllung	606

b) Die sog. positive Vertragsverletzung	611
D. Unmöglichkeit wegen Zweckfortfalls	614
3.2.6 Schuldnerverzug (<i>mora debitoris</i>)	614
3.2.6.1 Wesen	614
3.2.6.2 Der Tatbestand des Schuldnerverzuges	616
A. Mahnung	616
B. Verschulden	617
3.2.6.3 Wirkungen des Schuldnerverzuges	618
α) Verspätungsschaden	618
β) Verzugszins	619
γ) Haftung für Zufall	620
δ) Neuzeitliche Entwicklungen: Das Rücktrittsrecht	622
3.2.6.4 Beendigung des Schuldnerverzuges	626
3.2.7 Konventionalstrafe (<i>stipulatio poenae</i>)	626
3.2.8 Leistung des Schadenersatzes durch den Schuldner im Verhältnis zur vertraglichen Gegenleistung des Gläubigers: Differenztheorie	628
3.3 Exkurs: Gläubigerverzug (<i>mora creditoris</i>)	634
4. Kontrakte nach <i>ius civile</i>	634
4.1 Realkontrakte am Beispiel des Darlehens	635
4.1.1 Das Darlehen (<i>mutuum</i>)	635
4.1.2 Die Leihe (<i>commodatum</i>)	637
4.1.3 Der Hinterlegungsvertrag (<i>depositum</i>)	638
4.2 Verbalobligationen: <i>sponsio</i> und <i>stipulatio</i>	639
4.2.1 Zur alten Wortmagie	639
4.2.2 Allgemeines zum Verbalkontrakt	640
4.2.3 Stipulation eines <i>certum</i>	643
4.2.4 Stipulation eines <i>incertum</i>	644
4.2.5 Abstrakte und kausale Stipulation und deren Weiterentwicklung	644
4.2.6 Exkurs: Die Vermächtnisobligation (<i>legatum per damnationem</i>)	648
4.3 Der Litteralkontrakt	650
4.4 Konsensualkontrakte	651

4.4.1	Allgemeines: Form (Konsens) und Leistungsinhalt	651
4.4.1.1	Konsens als Verpflichtungsgrund	651
4.4.1.2	Konsensualkontrakte als <i>negotia bonae fidei</i>	653
4.4.2	Der Kauf (<i>emptio venditio</i>)	657
4.4.2.1	Zustandekommen	657
4.4.2.2	Gegenseitige Verpflichtungen	659
	A. Grundsatz	659
	a) Verpflichtung des Verkäufers	660
	aa) Grundsatz: Keine Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers	660
	bb) Lockerung des Grundsatzes	661
	cc) Die Eigentumsverschaffungspflicht des OR	662
	dd) Weitere Inhalte der Verkäuferverpflichtung	662
	b) Verpflichtung des Käufers	664
	B. Inhalt der Verpflichtungen und Rechtsmittel bei Nicht- und Schlechterfüllung	665
	a) Anspruchsinhalt	665
	b) Schlechterfüllung (und Abgrenzung von der Gewährleistung)	666
4.4.2.3	Kauf einer erhofften Sache (<i>emptio rei speratae</i>) und Hoffnungskauf (<i>emptio spei</i>)	667
4.4.2.4	Gewährleistung für Mängel	668
	A. Rechtsgewährleistung	668
	a) Grundsatz	668
	b) Bei Kauf mit Übereignung mittels <i>mancipatio: actio auctoritatis</i>	669
	c) Bei Kauf mit formfreier Übergabe: <i>stipulatio duplae</i>	669
	α) Die Ansprüche aus der <i>stipulatio duplae</i>	669
	β) Die <i>actio empti</i>	672
	αα) Auf Abschluss der <i>stipulatio duplae</i>	672
	ββ) Auf Wertausgleich	673

αα) Grundsätze	673
ββ) Ohne Verschulden des Verkäufers: Einfaches Interesse	675
γγ) Bei Verschulden des Verkäufers: Positives Interesse (Erfüllungsinteresse)	677
B. Sachgewährleistung	678
a) <i>ius honorarium</i> : Gewährleistung aufgrund des aedilizischen Edikts	678
α) Gegenstände der aedilizischen Gewährleistung	678
β) Voraussetzungen der aedilizischen Gewährleistung	679
γ) Inhalt und Rechtswirkung der aedilizischen Gewährleistung: <i>actio</i> <i>redhibitoria</i> und <i>actio quanti minoris</i> (Wandelung und Minderung)	680
αα) Minderung	680
ββ) Wandelung	682
γγ) Fristen für Wandelung und Minderung	684
b) <i>ius civile</i> : Gewährleistung aufgrund der <i>actio empti</i>	685
α) Grundsatz: Haftung für Zusicherungen und Arglist	685
αα) Haftung für Mängel und Mangelfolgeschäden	685
ββ) Abgrenzung zur allgemeinen Vertragshaftung	687
β) Erweiterung der Gewährleistung aufgrund der <i>actio empti</i> auf den unwissenden Verkäufer	688
4.4.2.5 Nutzen und Gefahr: Die Gefahrtragung beim Kauf	695
a) Antikes Recht	695
b) Pandektistik	698
c) Die Regelung der Gefahrtragung im OR	699

4.4.2.6	Einseitige Vertragsaufhebung: Rücktritt und Kündigung	704
	a) Rücktritt	704
	b) Kündigung	713
4.4.2.7	Die Formeln der <i>actio empti</i> und <i>actio venditi</i>	714
	A. <i>actio empti</i>	714
	B. <i>actio venditi</i>	714
	C. <i>actio empti/venditi</i> und <i>exceptiones</i>	715
4.4.3	<i>locatio conductio</i>	715
	4.4.3.1 Miet-, Pacht-, Arbeits- und Werkvertrag	715
	4.4.3.2 Der sogenannte Werklieferungsvertrag	719
4.4.4	Der Auftrag (<i>mandatum</i>)	720
4.4.5	<i>societas</i>	723
4.5	Innominatkontrakte und gemischte Verträge	724
	4.5.1 Beispiel eines gemischten Vertrages: Werklieferungsvertrag	724
	4.5.2 Der Innominat(real)kontrakt	725
	4.5.3 Anwendungsfälle	728
	4.5.3.1 Der Tausch (<i>permutatio</i>)	728
	4.5.3.2 Der Trödelvertrag (<i>contractus aestimatorius</i>)	730
4.6	Exkurs: Das <i>pactum</i>	731
	4.6.1 Begriff	731
	4.6.2 Die <i>exceptio pacti conventi</i>	732
	4.6.3 Das sog. <i>pactum adiectum</i>	732
	4.6.4 Zur Entwicklung des <i>pactum (nudum)</i> zum klagbaren Vertrag	734
	4.6.4.1 Die Lehre des Hugo Grotius	734
	4.6.4.2 Die Entwicklung im gemeinen und im kanonischen Recht	735
4.7	Schenkung (<i>donatio</i>)	738
5.	Ungerechtfertigte Bereicherung	740
	5.1 Grundlagen	740
	5.1.1 Die <i>ratio legis</i>	740
	5.1.2 Wertbewegung und Rechtsgrund (<i>causa</i>); Zuwendung	743

5.1.2.1	Die Güterzuordnung	743
5.1.2.2	Die causa	745
5.1.3	Die datio	745
5.1.4	Die <i>condictio</i> als subsidiärer Rechtsfortwirkungsanspruch	746
5.1.4.1	Fortwirkung der Vermögenszuordnung	746
5.1.4.2	Zur Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs	749
5.1.4.3	Die <i>condictio</i> als Trägerin einer Speziesobligation	752
5.2	Leistungs- und Eingriffskondiktion	754
5.2.1	Leistungskondiktion	754
5.2.1.1	<i>condictio indebiti</i>	754
5.2.1.2	<i>condictio ob turpem vel iniustam causam</i> : Kondiktion wegen eines unsittlichen Zwecks	757
5.2.1.3	<i>condictio ob causam</i> (= <i>causa data causa non secuta</i>): Kondiktion wegen Zweckverfehlung	760
5.2.1.4	<i>condictio ob causam finitam</i> (Kondiktion wegen eines nachträglich weggefallenen Grundes)	764
5.2.1.5	Der Auffangtatbestand der <i>condictio sine causa</i>	765
5.2.2	Die Eingriffskondiktionen	766
5.2.2.1	Einzelne Anwendungsfälle	766
5.2.2.2	Die <i>condictio (ex causa) furtiva</i>	768
5.3	Die Formeln der <i>condictiones</i>	769
5.3.1	Formel der <i>actio certae creditae pecuniae</i> (= <i>condictio certae pecuniae</i>)	769
5.3.2	Formel der <i>condictio certae rei</i>	769
5.3.3	Formel der <i>condictio incerti</i>	769
5.4	Inhalt und Umfang der <i>condictiones</i>	770
5.4.1	Inhalt	770
5.4.2	Die Einwendung der Entreicherung	771
5.5	Die Folgerungen für das schweizerische Obligationenrecht	773
6.	Die Geschäftsführung ohne Auftrag (<i>negotiorum gestio</i>)	779
6.1	Der Ediktstext	779
6.2	Wesen und Inhalt der Geschäftsführung ohne Auftrag als unvollkommen zweiseitig verpflichtende Obligation	779
6.2.1	Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Obligation	779

6.2.2	Die Geschäftsführung ohne Auftrag als unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verbindlichkeit	780
6.2.2.1	Echte Geschäftsführung ohne Auftrag	780
6.2.2.2	Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	781
6.2.3	Inhalt der <i>actio negotiorum gestorum</i>	785
6.3	Die Wirkung der Genehmigung durch den Geschäftsherrn	785
6.4	Die Klageformulare	786
6.4.1	<i>actio in ius concepta</i>	786
6.4.2	<i>actio in factum concepta</i>	786
7.	Ausservertragliche Schädigung	786
8.	Die unvollkommene Obligation (<i>obligatio naturalis</i>)	787
9.	Beendigungsgründe der Obligation	788
9.1	Grundsatz	788
9.2	Erfüllung (<i>solutio</i>)	789
9.2.1	Begriff der Erfüllung	789
9.2.2	Leistung an Erfüllungsstatt (<i>datio in solutum</i>)	791
9.3	Neuerung/Novation (<i>novatio</i>)	792
9.3.1	Die rechtsgeschäftliche Novation (<i>novatio voluntaria</i>)	792
9.3.2	Die Prozessnovation (<i>novatio necessaria</i>)	794
9.4	Delegation (<i>delegatio</i> ; Anweisung)	794
9.4.1	Zahlungsanweisung (<i>delegatio solvendi</i>)	794
9.4.1.1	Allgemeines	794
9.4.1.2	Sog. celsinische Durchgangstheorie	795
9.4.2	Verpflichtungsanweisung: Aktiv- und Passivdelegation (<i>delegatio obligandi</i>)	796
	Exkurs: Die Schuldübernahme	796
9.5	Erlassvertrag	799
9.5.1	<i>solutio per aes et libram</i>	799
9.5.2	<i>acceptilatio</i>	799
9.5.3	Die Konversion der ungültigen Akzeptilation in ein <i>pactum de non petendo</i>	801
9.5.4	Die <i>stipulatio Aquiliana</i>	802
9.6	Verrechnung (<i>compensatio</i>)	803

9.7	<i>contrarius actus</i> und <i>contrarius consensus</i>	804
9.8	Folgen der Beendigung: Die Rückabwicklung von Verträgen (<i>restitutio</i>)	805
9.9	Vereinigung (<i>confusio</i>)	806
10.	Beziehung zu dritten Personen: Der Vertrag zugunsten Dritter	806
10.1	Echter Vertrag zugunsten Dritter	806
10.2	Unechter Vertrag zugunsten Dritter	808
10.3	Exkurs: Unmöglichkeit des Vertrages zulasten Dritter	809
11.	Subjektsmehrheit bei den Obligationen: Bürgschaft	810
12.	Besondere Obligationen: Die Wahlobligation	810
12.1	Zum Begriff der Wahlobligation	810
12.2	Das Wahlrecht	811
12.3	Haftung und Gefahrtragung bei der Wahlobligation	811
12.4	Der Inhalt des Anspruchs des Gläubigers	812
13.	Die Abtretung von Forderungen (Zession)	813
13.1	Romanistische Tradition	813
13.2	Neuzeitliche Entwicklungen	814
14.	Die Deliktsobligationen	821
14.1	Das <i>furtum</i>	821
14.1.1	Begriff	821
14.1.2	Die Ansprüche des Geschädigten: Die <i>actio furti</i> und die <i>condictio furtiva</i>	824
14.1.2.1	Die <i>actio furti</i>	824
14.1.2.2	Die <i>condictio furtiva</i>	825
14.1.3	Anwendungsfall hinsichtlich eines <i>furtums</i>	827
14.1.4	Formel der <i>actio furti</i>	827
14.2	Die <i>actio legis Aquiliae</i>	828
14.3	Die <i>actio iniuriarum</i>	828
15.	Die Obligation auf Zinsen	829

§ 7 Formelaufbau, <i>actio/exceptio</i> und subjektives Recht sowie prozessuale Grundsätze	830
1. Der Formelaufbau	830
1.1 <i>formula in ius concepta</i> beim Hinterlegungsvertrag (<i>depositum</i>); nach Gai 4,47	830
1.2 <i>formula in factum concepta</i> beim Hinterlegungsvertrag; nach Gai 4,47	831
2. Prozessuale Grundsätze	831
2.1 Das zivil- und amtsrechtliche Verfahren	831
2.1.1 Das zivilrechtliche Verfahren: <i>iudicium legitimum</i>	832
2.1.2 Das auf dem Amtsrecht beruhende Verfahren: <i>iudicium imperio continens</i>	832
2.1.3 Der Ausschluss eines neuen Verfahrens aufgrund eines früheren	833
2.1.3.1 <i>denegatio actionis</i> (= Verweigerung der Klage) oder <i>exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae</i> (= Einrede der abgeurteilten Sache beziehungsweise der Rechtshängigkeit)	833
2.1.3.2 Die Formel der <i>exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae</i>	834
2.2 Die <i>pluris petitio</i>	834
2.2.1 Begriff	834
2.2.2 Arten	835
2.3 Die <i>litis contestatio</i> (Streitbefestigung)	835
2.3.1 Die Tatbestandselemente der <i>litis contestatio</i>	835
2.3.1.1 Das Begehren des Klägers: <i>edere iudicium</i>	835
2.3.1.2 Die Einlassung des Beklagten: <i>accipere iudicium</i>	836
2.3.1.3 Die Mitwirkung des Praetors	837
2.3.2 Der Abschluss der <i>litis contestatio</i>	837
2.3.3 Die Rechtswirkung der <i>litis contestatio</i>	838
2.4 Prozessstellvertretung (<i>procurator, cognitor</i>)	838
2.5 Zur Vollstreckung	839
2.5.1 Der Grundsatz der Geldverurteilung (<i>condemnatio pecuniaria</i>)	839
2.5.2 Die Durchsetzung (<i>missio in bona</i>)	841

Anhang A: Quellenregister	847
Anhang B: Artikel des ZGB und OR	871
Anhang C: Stichwortverzeichnis	877
Anhang D: Register der Bundesgerichtsentscheide	903
Anhang E: Materialien	909
Anhang F: Gesetzestexte und Entwürfe	911
Anhang G: Literatur	917

Abkürzungsverzeichnis

a) Römisches Recht

A ^s A ^s	<i>Aulus Agerius</i> (Blankettname für den Kläger in den Klagformeln des Edikts)
C	<i>Codex Iustinianus</i> (<i>Corpus iuris civilis</i> , vol. II, ed. Paul KRÜGER, 11. Aufl., Berlin 1954)
Coll	Mosaicarum et Romanarum legum collatio (= FIRA II 543 ff.)
D	<i>Digesta</i> (<i>Corpus iuris civilis</i> , vol. I, edd. Th. MOMMSEN-Paul KRÜGER, 16. Aufl., Berlin 1954)
FIRA	<i>Fontes iuris Romani anteiustiniani</i> , 2. Aufl., II (<i>Auctores</i> , edd. I. BAVIERA et I. FURLANI, 1940, Neudr. 1964), III (<i>Negotia</i> , ed. V. ARANGIO-RUIZ, 1943, Neuaufl. mit Appendix 1968; alle Florenz)
Gai	<i>Gai institutionum comm.</i> IV ed. M. DAVID, 2. Aufl., Leiden 1964
GE	<i>Gai institutionum epitome</i> (FIRA II 229 ff.)
HEUMANN-SECKEL	HEUMANN'S Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, in 9. Aufl. neu bearb. von EMIL SECKEL (Jena 1926; unveränd. 10. Aufl., Graz 1958)
Inst	<i>Institutiones</i> (<i>Corpus iuris civilis</i> , vol. I, ed. Paul KRÜGER, 16. Aufl., Berlin 1954)
KASER,	
Kurzlehrbuch	Max KASER, Römisches Privatrecht, 16. Aufl., München 1992
LENEL, EP ³	Otto LENEL, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl., Leipzig 1927, Neudr. Aalen 1956
N ^s N ^s	Numerius Negidius (Blankettname für den Beklagten in den Klagformeln des Edikts)
PS	<i>Pauli sententiae receptae</i> (FIRA II 317 ff.)
pr.	<i>Principium</i> (Anfangsteil eines Institutionentitels, Digestenfragmentes oder einer Codexkonstitution)
SAVIGNY, System I	Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840
SC	<i>Senatusconsultum</i>
UE	<i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> (FIRA II 259 ff.)

vat *Fragmenta Vaticana* (FIRA II 461 ff.)

b) Schweizerisches Zivilrecht

BGE Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.

BGer (Schweizerisches) Bundesgericht

Botschaft ZGB Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (1904)

Botschaft OR Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (1905)

Erläuterungen II Eugen HUBER, in: Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf, Band II (2. Aufl., 1914)

Pra Die Praxis (Zeitschrift)

StenBull Amtliches Stenographisches Bülletin (sic) der schweizerischen Bundesversammlung

Hinweis In der vorliegenden Wiedergabe der Gesetzesmaterialien wurde die seinerzeitige Artikelzählung, basierend auf den jeweiligen Entwürfen, durch diejenige der endgültigen Fassungen des ZGB sowie des OR ersetzt und durch eckige Klammern < > gekennzeichnet

Zeittafel

I. Frühzeit und Republik

753 v. Chr.	Gründung Roms	Priesterliche Rechtskunde
451 v. Chr.		Zwölftafelgesetz
367 v. Chr.		Einführung der Praetur
348 v. Chr.	2. Handelsvertrag mit Karthago	
um 300 v. Chr.		<i>ius Flavianum</i> (Cn. Flavius)
286 v. Chr.		<i>lex Aquilia</i>
ab 264 v. Chr.	1. Punischer Krieg Beginn der Expansionspolitik Einsetzen der Hellenisierung	
242 v. Chr.		<i>Praetor peregrinus</i> Gegen Ende des 3. Jhd.v. Chr. (204 v. Chr. (?) <i>lex Silia de legis actione</i> ; unbestimmte, aber wohl kurze Zeit später die <i>lex Calpurnia de legis actione</i>)
243-149 v. Chr.	Cato der Zensor	
161 v. Chr.	Senatsbeschluss betreffend Ausweisung griechischer Philosophen aus Rom	

155 v. Chr.	Auftreten des Karneades in Rom	
185-129 v. Chr.	P.C. Scipio Africanum minor; Scipionenkreis (u.a. Panaitios)	
89/88 v. Chr.		Bürgerrechtsverleihung an ganz Italien
67 v. Chr.		<i>lex Cornelia de edictis</i>
66 v. Chr.		Cicero und Aquilius Gallus Praetoren
63 v. Chr.	*Augustus	
48-44 v. Chr.	Diktatur Caesars	
 II. Die Zeit der Klassik (Prinzipatszeit)		
10/11 n. Chr.		+Labeo
14 n. Chr.	+Augustus	
22 n. Chr.		+Capito
98-117 n. Chr.	Trajan	Iavolenus (+ nach 106 n. Chr.)
117-138 n. Chr.	Hadrian	um 130 n. Chr. abschliessende Redaktion des <i>edictum praetoris</i> durch Salvius Iulianus Celsus (+ unter Hadrian)

138-161 n. Chr.	Antonius Pius	Iulianus (+ nach 169 n. Chr.) Pomponius (+ nach 161 n. Chr.)
169-177 n. Chr.	Mark Aurel	Gaius (+ nach 178 n. Chr.)
193-211 n. Chr.	Septimius Severus	Cervidius Scaevola (+ nach 193 n. Chr.)
211-217 n. Chr.	Caracalla	212 n. Chr. Allgemeine Bürgerrechtsverleihung (<i>Constitutio Antoniana</i>) Papinian (+ 212)
218-222 n. Chr.	Elagabal	
222-235 n. Chr.	Alexander Severus	Paulus (+ nach 222) Ulpian (+ 223) Modestinus (+ um 244)

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

zwischen 235-284 n. Chr. (=Frühnach- klassik)		Pauli sententiae; epitome Ulpiani
284-305 n. Chr.	Diokletian und Maximian	unter Diokletian wirkt Hermogenian
307-337 n. Chr.	Konstantin	

313 n. Chr.	Mailänder Toleranzedikt
381 n. Chr.	Christentum wird Staatsreligion
395 n. Chr.	Reichsteilung in West- und Ostrom
527-565 n. Chr.	Iustinian
ab 528 n. Chr.	Herstellung des Corpus Iuris Civilis unter der Leitung von Tribonian
533 n. Chr.	Institutionen und Digesten
534 n. Chr.	Codex
ab 535-582 n. Chr.	Novellen

IV. Byzantinisches Mittelalter

867-886	Herstellung der Basiliken (Kaiserrecht) - einer Digesten- paraphrase -, veranlasst von Basilios II. unter Leo VI. (886-911).
um 1345	Die Hexabiblos, eine Kompi- lation des Richters Konstantin Harmenopoulos (bis 1945 in Griechenland als Gesetzestext in Geltung).

1453 Eroberung Konstantinopels
durch die Türken

V. Abendländische Rechtsentwicklung

Um 1050 Wiederentdeckung der Digesten

Ende des 11. bis zum 13. Jahrhundert Entstehung der europäischen Rechtswissenschaft in Italien (Bologna, Pavia, u. a.).
Die Schule der Glossatoren: IRNERIUS (+ nach 1125); AZO (+1230); ACCURSIUS (+ um 1260).

13. – 15. Jahrh. Postglossatoren (Kommentatoren, Konsiliatoren): BARTOLUS (1314-57); BALDUS (1327-1400); sog. '*mos italicus*'

bis ins 18. Jahrhundert Rezeption des römischen Rechts (*ius commune*) in weiten Teilen Europas

1495 Errichtung des Reichskammergerichtes

15./16. Jahrhundert Humanistische Jurisprudenz ('*mos gallicus*'), sog. 'elegante Jurisprudenz': ALCIATUS (1492-1553); CUIACIUS (1522-90); DONELLUS (1527-91). Hauptsächlich in Frankreich, aber auch wichtige Einflüsse nach Deutschland und insbesondere in die Niederlande.

17. Jahrhundert bis ins 18. Jhd. '*Usus modernus pandectarum*'; Verbindung des einheimischen Rechtes sowie der Rechtspraxis mit dem Römischen Recht: W. A. LAUTERBACH (1618-78); G. A. STRUVIUS (1619-92); J. H. BOEHMER (1674-1749); J. G. HEINECCIUS (1681-1741). – Der *usus modernus* öffnet sich auch den Einflüssen des Natur- bzw. Vernunftrechts (S. v. PUFENDORFF (1632-94); Chr. THOMASIUS (1655-1728); Chr. WOLFF (1679-1754); die Anfänge des *ius naturae* reichen aber bis in den ausgehenden Humanismus

zurück, vorab zu H. GROTIUS (1583-1645)).

18. Jahrhundert

Der späte usus modernus pandectarum entwickelt ein auf römisch-rechtlicher Grundlage, jedoch stark mit einem aus dem Naturrecht gewonnenen systematischen Ansatz gestaltetes gemeines Recht, welches auch die nunmehr in Angriff genommenen Kodifikationen beeinflusst: J. G. DARIES (1714-91); D. NETTELBLADT (1719-91), beide Schüler Chr. WOLFFs; auch Autoren wie BOEHMER oder HEINECCIUS veröffentlichen Systeme des '*ius naturae*'.

Beginn des Kodifikationszeitalters hinsichtlich des Zivil- und Prozessrechts:

1756

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (Redaktor W. A. V. KREITTMAYR (1704-1707))

1794

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR); (Redaktor C.G. SUAREZ (1746-96), Schüler von Darjes).

19. Jahrhundert

(a) Wissenschaft

1. Hälfte des 19. Jahrhunderts

Historische Rechtsschule: G. HUGO (1764-1844); F. C. v. SAVIGNY (1779-1844) als Vertreter des romanistischen Zweiges, K. F. EICHORN (1781-1854) als Begründer des sog. germanistischen Zweiges.

2. Hälfte des 19. Jahrhunderts

Pandektenschule ('Pandektistik'): G. F. PUCHTA (1798-1846); K. A. v. VANGEROW (1808-70); B. WINDSCHEID (1817-92); A. v. BRINZ (1820-87); E. I. BEKKER und F. REGELSBERGER (beide 1827-1916); H. DERNBURG (1829-1907). – Anfänge einer Interessenbewertung auf der Grundlage einer Zweckjurisprudenz bereits bei R. v. JHERING (1818-92). – Die Begriffs- und Systemansätze der Pandektistik werden durch O. v. GIERKE (1841-1921)

auch in die germanistische Privatrechtsmethode übernommen.

(b) Kodifikationen

- 1804** Code civil français (*'Code Napoléon'*); starker Einfluss eines französischen Vertreters des usus modernus: J. POTHIER (1699-1772).
- 1811** Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB); Redaktor: F. von ZEILLER (1753-1828), dessen Rechtstheorie stark von Kant beeinflusst ist.
(Das ABGB liegt den kantonalen Gesetzbüchern von Bern, Luzern, Solothurn und des Aargau zugrunde).
- 1853-55** Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB); Redaktor J. C. BLUNTSCHLI (1808-81)
- 1861** Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
- 1861/63** Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen; Redaktor E. SIEBENHAAR
- 1866** Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, sog. Dresdner Entwurf
- 1864** Schweizerisches Handelsrecht. Entwurf; Redaktor W. MUNZINGER (1830-73)
- 1871** Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf; Redaktor W. MUNZINGER
Die weiteren Entwürfe wurden nach dem Tode M.s. im Jahre 1873 von H. FICK redaktionell betreut.

- 1881/83** Bundesgesetz über das Obligationenrecht (sog. 'altes OR'; aOR)
- Zur selben Zeit Vorarbeiten zu einem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB):
- 1888** Entwurf der ersten Kommission
- 1896** Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (BGB); in Kraft gesetzt auf den 1.1.1900
- Ab 1893** Eugen HUBER (1849-1922) bereitet einen Entwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) vor.
- 1900** Vorentwurf mit Erläuterungen
- 1907** Verabschiedung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) durch die eidgenössischen Räte; zusammen mit dem revidierten OR wird die gesamte schweizerische Zivilrechtskodifikation auf den 1.1. 1912 in Kraft gesetzt.

Zur Einführung

„Die Römer waren ja die Starken und Vornehmen, wie sie stärker und vornehmer bisher auf Erden nie dagewesen, selbst niemals geträumt worden sind; jeder Ueberrest von ihnen, jede Inschrift entzückt, gesetzt dass man errät, *was* da schreibt.“

Friedrich Nietzsche, Zur Genealogie der Moral (1887) I, 16.

Inhaltsverzeichnis und Systematik

Inhaltsverzeichnis und Systematik	I
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII
Zeittafel	XXX
Zur Einführung	
§ 1 Rechtsgrundsatz und Lehre von den Rechtsquellen	1
1. Allgemeiner Rechtsgrundsatz	1
2. Beispiel einer Konkretisierung: <i>lex Aquilia</i>	7
3. Zur Rechtsanwendung: Die Gesetzesauslegung	9
3.1 Allgemeine Regeln	9
3.2 Lückenfüllende Analogie	11
4. Zur Lehre von den Rechtsquellen	17
4.1 Erkenntnisquellen des Rechts	17
4.1.1 Arten: <i>ius civile, ius gentium, ius naturale</i>	17
4.1.2 Konkretisierungen: zivilrechtliche und natürliche Verwandtschaft	18
4.2 Geltungsgrund des Rechts	20
4.2.1 Die Quellen	20
4.2.1.1 <i>ius civile</i> (und die <i>aequitas</i>)	20
4.2.1.2 <i>ius honorarium</i>	23
4.2.2 Konkretisierungen	23
4.2.2.1 <i>ius civile</i>	23
A. Aktivlegitimation zur <i>actio legis Aquiliae</i>	24
B. Zum Tatbestand der <i>actio legis Aquiliae</i>	24
a) Schaden (<i>damnum</i>)	24
α) Der Schadensumfang	24
β) Die Art des Schadensersatzes: Der Grundsatz der Naturalrestitution	27

b) Widerrechtlichkeit (<i>iniuria</i>)	30
α) Begriff	30
β) Ausschluss der Widerrechtlichkeit	35
c) Verschulden (<i>culpa</i>)	38
α) Zur Bestimmung der <i>culpa</i>	39
β) Culpakompensation	41
γ) Exkurs: Kausalhaftung	41
d) Kausalzusammenhang	41
C. Formel der <i>actio legis Aquiliae (directa)</i>	42
4.2.2.2 <i>ius honorarium: actiones utiles</i> (Analogieklagen)	42
A. <i>actio in factum</i>	43
B. <i>actio ficticia</i>	45
4.2.3 Exkurs: Klagenkonkurrenz	46
4.2.4 <i>actio</i> (Klage) und Anspruch	46
4.2.4.1 Von der <i>actio</i> zum Anspruch	46
4.2.4.2 Rechtswirkung und Arten der <i>actio</i>	52
4.2.4.3 Dingliche und obligatorische Klagen	52
A. Die beiden Arten	52
B. Die <i>actio in personam</i>	58
C. Die <i>actio in rem</i>	59
a) Antikes Recht	59
b) Rechtsphilosophie	59
c) Pandektenlehre	62
d) Moderne Dogmatik	66
4.2.4.4 <i>actio in ius concepta</i> und <i>actio in factum concepta</i>	67
A. <i>actio in ius concepta</i>	67
B. <i>actio in factum concepta</i>	68
4.2.5 <i>exceptio</i> (Einrede)	68
4.2.5.1 <i>exceptio</i> und <i>replicatio</i>	68
4.2.5.2 Arten	72
A. Die <i>exceptio doli</i> : Begriff und Formel	72
B. Die <i>exceptio pacti conventi</i>	75

	C. Die <i>exceptio non numeratae pecuniae, bzw. mercis non traditae</i>	76
	D. Das Verhältnis der <i>exceptiones</i> zueinander; die Einreden- konkurrenz	77
4.2.5.3	<i>actio</i> sowie <i>exceptio</i> und das subjektive Recht	78
	A. <i>actio</i> und <i>obligatio</i>	78
	B. <i>exceptio</i> und subjektives Recht	78
	C. Die Verjährung der <i>actiones</i> im nachklassischen Recht; Verjährung als Einredetatbestand	78
	D. Unverjährbarkeit der Einrede	79
	E. Das Verbot der Einrede aus fremdem Recht (<i>exceptio ex iure tertii</i>)	79
4.2.5.4	Einrede und Einwendung	80
4.2.5.5	Beweisregeln	84
§ 2	Zum Personenrecht; Rechts- und Handlungsfähigkeit	87
1.	Grundlagen: Freie und Sklaven	87
2.	Rechtsfähigkeit	92
2.1	Der <i>status</i>	92
2.2	Fehlen der Rechtsfähigkeit: Sklaverei	93
3.	Handlungsfähigkeit: Geschäfts- und Deliktsfähigkeit	94
3.1	Mündigkeit	94
3.1.1	Geschäftsfähigkeit	94
3.1.1.1	Die Zustimmung des Vormundes zu den Geschäften Unmündiger	94
	A. Grundlagen	94
	B. Begriff der Zustimmung	95
	C. Zustimmungsbedürftige und ohne Zustimmung gültige Rechtsgeschäfte Unmündiger; das hinkende Rechtsgeschäft	95
3.1.1.2	Exkurs: Die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit	97
3.1.2	Deliktsfähigkeit	98

3.2	Die <i>viginti quinque anni minores</i> (Die unter 25jährigen Mündigen)	99
3.3	Gewaltunterworfenen: Grundsatz	100
§ 3	Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Guter Glaube	101
1.	Treu und Glauben	101
2.	Rechtsmissbrauch	102
2.1	Grundsatz	102
2.2	Einschränkung	103
2.2.1	Schikaneverbot, <i>civiliter uti</i>	103
2.2.2	<i>venire contra factum proprium</i>	104
2.2.3	<i>dolus facit qui petit quod redditurus est</i>	105
2.2.4	Die Einreden der Arglist: <i>exceptio doli</i> und <i>exceptio rei venditae et traditae</i>	105
2.2.5	Die Inhaerenz des Arglistverbotes in den <i>actiones bonae fidei</i>	106
3.	Guter Glaube	110
§ 4	Begriff des Vermögens und die Lehre von den Rechtsgeschäften	115
1.	Zum Vermögensbegriff	115
1.1.	Das Vermögen als juristischer Begriff	115
1.2.	Das Vermögen als wirtschaftlicher Begriff	115
2.	Zur Lehre von den Rechtsgeschäften	117
2.1	Vorbemerkungen: Rechtsverhältnis, juristische Tatsache und Rechtsgeschäft	117
2.1.1	Das Rechtsgeschäft im antiken Recht	120
2.1.2	Neuzeitliche Entwicklungen: Der Begriff des Rechtsgeschäftes	121
2.2	Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte	131
2.2.1	Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften	131
2.2.2	Die Verfügung im antiken Recht	133
2.2.3	Der Begriff der Verfügung im neuzeitlichen Recht	134

2.2.4	Verfügungsgeschäfte; deren Abstraktheit und Kausalität	139
2.2.4.1	<i>mancipatio</i>	139
2.2.4.2	<i>in iure cessio</i>	141
2.2.4.3	<i>traditio</i> ; Kausalität der Verfügung als Grundsatz des klassischen Rechts	142
	A. Das Traditionsprinzip	142
	B. Das Vertragsprinzip	144
	C. Der Verfügungsvertrag, insbesondere der dingliche Vertrag; Kausalität bzw. Abstraktheit: der begriffsgeschichtliche Entwicklungsgang	146
	a) Antikes Recht	146
	b) Mittelalterliches Recht	149
	c) Neuzeitliches Recht: Humanismus und Usus modernus pandectarum	150
	d) Vernunftrecht	156
	e) Territorialkodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts	158
	f) Historische Rechtsschule und Pandektistik	160
	g) Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	164
	D. Die Entwicklung im schweizerischen Recht	170
2.2.5	Voraussetzungen und Wirkungen der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, besonders hinsichtlich der Rechts- zuständigkeit	178
2.2.5.1	Verpflichtungsgeschäfte	178
	A. Prinzip der Vertragsfreiheit	178
	B. Verpflichtung hinsichtlich einer fremden Sache	179
	C. Kauf vom Nichtberechtigten	179
2.2.5.2	Verfügungsgeschäfte	180
	A. Grundsatz der Verfügungsmacht	180
	B. Singularsukzession	182
	C. Vorausverfügung	182
3.	Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte	183
3.1	Rechtswidrigkeit, Sittenwidrigkeit und Unmöglichkeit	183

3.1.1	Das rechts- oder sittenwidrige Rechtsgeschäft	183
3.1.1.1	Grundsatz	183
3.1.1.2	Rechtswirkung	186
	A. Bei den <i>negotia stricti iuris</i>	186
	a) Anfechtbarkeit	186
	b) Nichtigkeit	187
	c) Das Verhältnis von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	189
	B. Bei den <i>negotia bonae fidei</i>	193
3.1.1.3	Die Generalisierung der Lehre von der Widerrechtlichkeit in der Nachklassik	195
3.1.2	Die Gesetzesumgehung	196
3.1.3	Die ursprüngliche Unmöglichkeit	196
3.1.3.1	Objektive Unmöglichkeit	196
3.1.3.2	Subjektive Unmöglichkeit	199
3.2	Zur Lehre von den Willensmängeln	199
3.2.1	Der Irrtum beim Vertragsschluss (<i>error</i>)	199
3.2.1.1	Der Vertragsschluss	199
3.2.1.2	Das Willensprinzip	200
3.2.1.3	Anfechtungs- versus Ungültigkeitstheorie	205
	A. Die Gesetzgebung	205
	B. Wissenschaftlicher Meinungsstand	228
3.2.1.4	Kategorien von Irrtumstatbeständen	229
	A. Irrtum über die Identität der Sache (<i>error in corpore</i>)	229
	B. Irrtum über Eigenschaften der Sache (<i>error in substantia</i>)	230
	C. Die Unerheblichkeit der falschen Bezeichnung einer Sache (<i>error in nomine</i>)	235
	D. Die Teilanfechtung infolge eines wesentlichen Irrtums	236
3.2.2	Furchterregung und Täuschung: Grundsatz	236
3.2.2.1	Die Furchterregung (<i>metus</i>)	236
	A. Der Begriff der Furchterregung	236
	B. Rechtswirkung: Anfechtbarkeit	237
	C. Die Rechtsmittel	238

a) Die <i>in integrum restitutio</i> (Wiedereinsetzung in den früheren Stand)	238
b) Die <i>exceptio metus</i>	239
3.2.2.2 Täuschung und Arglist (<i>dolus</i>)	239
A. Begriff der Arglist und der Täuschung	239
B. Anwendungsfall einer Täuschung	240
C. Anwendungsfall arglistigen Verhaltens	240
D. Die Rechtsmittel	241
3.3 Die Simulation	243
3.4 Rückabwicklung fehlgeschlagener (nichtiger) Rechtsgeschäfte	245
4. Vermögen, Sondervermögen und rechtsgeschäftliches Handeln Gewaltunterworfenener	246
4.1 Zum Begriff des Vermögens	246
4.2 Das Sondervermögen	246
4.2.1 Beispiel: das <i>peculium</i>	246
4.2.2 Rechtsgeschäftliches Handeln des Pekulieninhabers	248
4.2.3 Haftung des Gewalthabers (adjektivische Haftung)	248
4.2.3.1 Grundsatz	248
4.2.3.2 Pekuliarhaftung	248
4.2.3.3 Haftung für <i>versio in rem</i>	249
4.2.3.4 Haftung im Falle des <i>iussum</i>	250
4.2.4 Die Surrogation bei Sondervermögen	252
4.2.4.1 Surrogation und Offenkundigkeitsprinzip	252
4.2.4.2 Beim <i>peculium</i>	252
4.2.4.3 Bei der <i>dos</i> (Mitgift)	252
A. Begriff der Mitgift als Sondervermögen	252
B. Surrogation	253
4.3 Die Haftung des Geschäftsherrn für seinen <i>institor</i>	255
5. Die Stellvertretung	257
5.1 Allgemeines und Abgrenzungen	257
5.1.1 Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis	257
5.1.2 Direkte und indirekte Stellvertretung	258
5.1.3 Die Organschaft	259

5.1.4	Der Grundsatz der Stellvertretungsfeindlichkeit bei Rechtsgeschäften	260
5.2	Zugelassene Stellvertretungstatbestände, insbesondere der <i>procurator</i>	261
5.2.1	Der <i>procurator</i> (Vermögensverwalter)	261
5.2.2	Direkte Stellvertretung beim Rechtserwerb	262
5.2.2.1	Besitz und Eigentum	262
5.2.2.2	Erwerb einer Forderung	263
5.2.3	Direkte Stellvertretung bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften	264
5.2.3.1	Bei Verpflichtungsgeschäften	264
5.2.3.2	Bei Verfügungsgeschäften: Die Einwilligung zur Verfügung über eine fremde Sache	265
	A. Vorgängige und nachträgliche Einwilligung: Ermächtigung und Genehmigung	265
	B. Eigentumsübertragung	266
	C. Die Erfüllung	267
	D. Der Erlassvertrag	268
	E. Die Erfüllungsannahme	268
	F. Exkurs: Ein Fall der Anscheinsvollmacht	269
5.2.3.3	Zur Entwicklung der direkten Stellvertretung im 19. Jahrhundert	270
5.3	Selbstkontrahieren	284
6.	Die Bedingung (<i>condicio</i>)	285
6.1	Der Begriff der gewillkürten Bedingung	285
6.2	Arten der Bedingung	287
6.2.1	Kasuelle und Potestativbedingungen	287
6.2.2	Suspensiv- und Resolutivbedingungen	288
6.3	Die Rechtswirkungen der Bedingungen	289
6.3.1	Suspensivbedingungen	289
6.3.1.1	Bedingte Verpflichtungsgeschäfte: Die Anwartschaft	289
6.3.1.2	Bedingte Verfügungsgeschäfte	290
6.3.2	Resolutivbedingungen	291
6.3.2.1	Bei <i>negotia bonae fidei</i>	291

6.3.2.2	Bei <i>negotia stricti iuris</i>	292
6.3.2.3	Eigentumserwerb	293
	A. Grundsatz	293
	B. Ausnahmen	293
6.3.3	Der Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung	294
6.4	Die Fiktion des Bedingungseintritts bei doloser Vereitelung der Bedingung	294
6.5	Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte	295
6.6	Rechts- und sittenwidrige Bedingungen	295
6.7	Die Rechtsbedingung (<i>condicio iuris</i>)	295
7.	Die Rechtsnachfolge	296
7.1	Die Universalsukzession	296
7.2	Die Singularsukzession	297
§ 5	Sachenrecht	299
1.	Sachen	299
1.1	Grundlagen: Vermögensgegenstände	299
1.2	Sachen des göttlichen und menschlichen Rechts (<i>res divini iuris</i> und <i>res humani iuris</i>)	299
1.3	Öffentliche und private Sachen (<i>res publicae, res privatae</i>)	299
1.4	Körperliche und unkörperliche Sachen (<i>res corporales</i> und <i>res</i> <i>incorporales</i>)	300
1.5	<i>res mancipi</i> und <i>res nec mancipi</i>	301
1.6	Speziessachen und vertretbare Sachen	302
1.7	Hauptsache und Nebensache	302
	1.7.1 Bestandteile	302
	1.7.2 Zugehör (<i>instrumentum</i>)	305
1.8	Früchte	307
	1.8.1 Natürliche Früchte	307
	1.8.2 Zivile Früchte	308
	1.8.3 Fruchterwerb	309
2.	Eigentum	310
2.1	Definition	310

2.2	Quiritisches und bonitarisches Eigentum (= Eigentum nach <i>ius civile</i> bzw. <i>ius honorarium</i>)	325
2.3	Allein- und gemeinschaftliches Eigentum: Das Miteigentum	326
3.	Eigentumserwerb	328
3.1	Abgeleiteter (derivativer) Eigentumserwerb	328
3.1.1	Erwerb des quiritischen Eigentums	328
3.1.1.1	<i>mancipatio</i>	328
3.1.1.2	<i>in iure cessio</i>	329
3.1.1.3	<i>traditio</i> (Besitzesübertragung)	329
	A. Besitzesübergabe	329
	B. Sog. „ <i>quasi-traditio</i> “	330
3.1.1.4	Weitere Arten des derivativen Eigentumserwerbes	331
	A. Herstellung der tatsächlichen Gewalt	331
	B. Traditionssurrogate	333
	a) <i>longa manu traditio</i>	333
	b) <i>brevi manu traditio</i>	334
	c) <i>constitutum possessorium</i>	335
	d) Die Rezeption in das Schweizerische Zivilgesetzbuch	336
3.1.1.5	Die Rechtsmittel des quiritischen Eigentümers	338
	A. <i>rei vindicatio</i>	338
	a) Formel der <i>rei vindicatio</i>	339
	b) Der fehlende Einlassungszwang	340
	c) Zum Inhalt der <i>rei vindicatio</i>	341
	α) Umfang der Herausgabepflicht (<i>restituere</i>)	341
	αα) Antikes Recht	341
	ββ) Neuzeitliche Entwicklung	343
	β) Gut- und bösgläubiger Besitz	347
	γ) Aufwendungen und Früchte	351
	αα) Aufwendungen (<i>impensae</i>)	351
	ββ) Früchte (<i>fructus</i>)	352

δ) Der indirekte Zwang zur Naturalrestitution	354
B. <i>exceptio iusti domini</i> : Einrede des quiritischen Eigentums	356
C. Der Anspruch auf Vorlegung der vindizierten Sache: <i>actio ad exhibendum</i>	357
3.1.2 Erwerb des praetorischen Eigentums (=honorarrechtliches Eigentum oder bonitarisches Eigentum)	358
3.1.2.1 Grundsatz	358
3.1.2.2 Die Rechtsmittel des bonitarischen Eigentümers	358
A. <i>actio Publiciana</i>	358
B. <i>exceptio rei venditae et traditae</i> (Einrede der verkauften und übergebenen Sache)	360
a) Formel der <i>exceptio rei venditae et traditae</i>	360
b) Anwendungsfälle	361
3.1.3 Eigentumserwerbsarten und ihre erkenntnismässigen Rechtsquellen	361
3.2 Ursprünglicher (originärer) Eigentumserwerb	362
3.2.1 Ersitzung und Erwerb vom Nichteigentümer	362
3.2.1.1 Ersitzung (<i>usucapio</i>)	362
3.2.1.2 Erwerb vom Nichteigentümer	366
A. Antikes Recht: Erwerb kraft Ersitzung	366
B. Die Entwicklung des Tatbestandes eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten	370
3.2.2 Dereliktion und Aneignung (<i>occupatio</i>)	386
3.2.3 Verbindung (<i>accessio</i>)	388
3.2.3.1 Verbindung beweglicher Sachen	388
A. Akkzessionsprinzip	388
3.2.3.2 Verbindung mit Grundstücken (" <i>superficies solo cedit</i> ")	389
B. <i>Ius tollendi</i> (Wegnahmerecht)	392
3.2.4 Vermischung (Vermengung)	393
3.2.4.1 Vermischung beweglicher Sachen	393
3.2.4.2 Vermischung bei Geld	393
3.2.5 Verarbeitung (<i>specificatio</i>)	396

4. Besitz (<i>possessio</i>)	398
4.1 Allgemeines	398
4.2 Erwerb, Erhaltung und Verlust des Besitzes	401
4.2.1 Unmittelbarer Besitz	401
4.2.1.1 Erwerb	401
A. An Fahrnis	401
B. An Liegenschaften	402
4.2.1.2 Erhaltung	402
4.2.1.3 Verlust	403
4.2.2 Mittelbarer Besitz und Besitzdienerschaft	404
4.3 Arten des Besitzes	407
4.3.1 Nach <i>ius civile</i>	407
4.3.2 Nach <i>ius praetorium</i> (= <i>ius honorarium</i>): Besitzerschutz durch Interdikte	407
4.3.2.1 <i>interdictum uti possidetis</i>	408
4.3.2.2 <i>interdictum utrobi</i>	408
4.3.3 Objektivität des Besitztatbestandes	409
4.3.4 Gleichwertigkeit des Besitzestitels mehrerer Personen	409
4.3.5 Besitz als äussere Erscheinung des dinglichen Rechts: die Gewere als Modell der sachenrechtlichen Rechtszuständigkeit	409
5. Beschränkte dingliche Rechte	411
5.1 Dienstbarkeiten (Servitute)	411
5.1.1 Grunddienstbarkeiten	411
5.1.1.1 Begriff	411
5.1.1.2 Ausübung der Dienstbarkeiten	412
5.1.1.3 Der Rechtsschutz	413
5.1.2 Persönliche Dienstbarkeiten: Nutzniessung und Gebrauchsrecht (<i>ususfructus</i> und <i>usus</i>)	414
5.1.2.1 Nutzniessung (<i>ususfructus</i>)	414
5.1.2.2 Gebrauchsrecht (<i>usus</i>)	417
5.2 Pfandrecht	417
5.2.1 Begriff und Arten des Pfandrechts	417
5.2.1.1 Kreditsicherungszweck	417

5.2.1.2	<i>fiducia, pignus</i> und <i>hypotheca</i> (Faustpfand und besitzloses Pfand)	417
	A. <i>fiducia</i>	417
	B. <i>pignus</i> und <i>hypotheca</i>	418
	C. Das Faustpfandprinzip des ZGB	421
5.2.1.3	Das Prinzip der Akzessorietät	422
5.2.2	Gegenstände des Pfandrechtes	423
5.2.2.1	Grundsatz und Ausnahme	423
5.2.2.2	Das Pfandrecht an Forderungen	424
5.2.2.3	Die Generalverpfändung	425
5.2.3	Bestellung und Untergang des Pfandrechtes	426
5.2.3.1	Begründung des Pfandrechtes	426
	A. Gesetzliche Pfandrechte	426
	B. Rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrechte	426
5.2.3.2	Der Rang der Pfandrechte	428
5.2.3.3	Untergang des Pfandrechtes und die Rückforderung der Pfandsache	429
	A. Die Beendigung des Pfandrechtes	429
	B. <i>actio pigneraticia in personam directa</i>	430
	a) Der Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache	430
	b) Der Anspruch auf das <i>superfluum</i>	431
5.2.4	Inhalt und Ausübung des Pfandrechtes	432
5.2.4.1	Die Ausübung des beschränkten dinglichen Rechts	432
5.2.4.2	Der Pfandverfall	432
	A. Der Grundsatz	432
	B. Die Abreden	433
	a) Die Verkaufsabrede (<i>pactum de vendendo</i>)	433
	b) Die Wegbedingung der Rechtsgewährleistung (<i>pactum de non praestanda evictione</i>)	436
	C. Die Früchte der Pfandsache	437
5.2.5	Weitere Ansprüche des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers	437
5.2.5.1	Seitens des Pfandschuldners	437

5.2.5.2	Seitens des Pfandgläubigers	437
5.2.6	Die Formeln der pfandrechtlichen Aktionen	438
5.2.6.1	<i>actio fiduciae</i>	438
5.2.6.2	<i>actio Serviana</i>	438
5.2.6.3	<i>actio pignoratitia (in personam)</i>	439
A.	<i>formula in factum concepta</i>	439
B.	<i>formula in ius concepta</i>	439
5.3	Das Retentionsrecht	439
§ 6	Obligationenrecht	441
1.	Entstehung der Obligationen	441
1.1	Antikes Recht	441
1.2	Der naturrechtliche Haftungsgrundsatz	443
2.	Begriff und Inhalt der Obligation	443
2.1	Gläubiger und Schuldner (Das Schuldverhältnis i.e.S.)	443
2.2	Wesen und Inhalt der Obligation; das Problem von Schuld und Haftung	444
2.2.1	Das Leistungsprogramm	445
2.2.1.1	Grundsätze	445
2.2.1.2	<i>lex contractus</i>	449
2.2.2	<i>Obligationes stricti iuris</i> und <i>bonae fidei</i>	450
2.2.3	Das Schuldverhältnis i.w. S.	455
2.2.3.1	Vorvertragliche Pflichtenlage	455
A.	Grundsatz	455
B.	Die sog. <i>culpa in contrahendo</i>	457
a)	Antikes Recht	457
b)	Neuzeitliche Entwicklungen: Vernunftrecht	459
c)	Die Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert und die Vertrauenshaftung	460
α)	Die Absorptionstheorie vs. der Lehre vom einheitlichen Schuldverhältnis	466
β)	Exkurs: Die Ableitung der Vertrauenshaftung aus der <i>culpa in contrahendo</i>	469

d) Die Verjährung der Ansprüche aus <i>culpa in contrahendo</i> sowie aufgrund der Vertrauenshaftung	475
2.2.3.2 Vertragliche Pflichtenlage	477
2.2.3.3 Nachvertragliche Verpflichtungslage	480
3. Erfüllung der Obligationen	481
3.1 Gehörige Erfüllung (<i>solutio</i>)	481
3.1.1 Grundsätze der Leistungserbringung: Beteiligte Personen und Leistungsinhalt (sowie die <i>datio in solutum</i>)	481
3.1.2 Erfüllung beim Zug-um-Zug-Geschäft	484
3.2 Leistungsstörungen: Haftung aus Vertrag	486
3.2.1 Verschulden vs. Zufall: Die Haftungsmassstäbe	486
3.2.1.1 Bei strengrechtlichen Klagen (<i>actiones stricti iuris</i>): Begriff der Zurechenbarkeit	488
3.2.1.2 Bei Klagen mit <i>bona fides</i> (<i>actiones bonae fidei</i>)	490
A. <i>dolus</i> und <i>culpa</i> (Vorsatz und Fahrlässigkeit): Utilitätsprinzip	490
B. Begriff des <i>dolus</i> bei der Vertragshaftung aus Klagen mit <i>bona fides</i>	491
3.2.1.3 Haftung für <i>custodia</i> (Haftung für das Abhandenkommen einer Sache)	494
3.2.2 Die Beweislast für das Verschulden (<i>culpa i.w.S.</i>)	495
3.2.3 Haftung für Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen)	499
3.2.4 Drittschadensliquidation	502
3.2.5 Nicht- oder Schlechterfüllung	506
3.2.5.1 Nichterfüllung; Haftung und Schadenersatz bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit	506
A. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit bei Stück- und Gattungsschulden (Spezies- und Genusschulden)	506
a) Gattungsschulden	506
b) Speziesschulden	512
B. Grundsatz: Zurechenbarer bzw. nicht zurechenbarer Untergang der geschuldeten Sache (= zu vertretender bzw. nicht zu vertretender Untergang)	513
C. Strengrechtliche Klagen	513

a) Bei nicht zurechenbarem Untergangsgrund der geschuldeten Sache	513
b) Bei zurechenbarem Untergangsgrund: Voraussetzung für die sekundäre Leistung: <i>perpetuatio obligationis</i> (Fiktion des Weiterbestehens des Leistungsgegenstandes)	515
c) Wesen und Umfang der sekundären Leistung	516
D. Klagen mit <i>bona fides</i>	517
a) Bei fehlendem Verschulden	517
α) Wirkung: Die Befreiung des Schuldners	517
β) Das sog. stellvertretende commodum	521
b) Im Falle verschuldeter Nichterfüllung: Haftung für das positive Interesse (Erfüllungsinteresse)	529
α) Zum Begriff ‘interesse’: Positives (Erfüllungs-) Interesse vs. negatives (Vertrauens-) Interesse	529
αα) Interesse als Differenzbegriff	529
ββ) Negatives (Vertrauens-) Interesse	530
γγ) Positives (Erfüllungs-) Interesse	532
δδ) Berechnung des Interessenersatzes	532
εε) Abgrenzung: Sachwert vs. Vermögensersatz	533
β) Schadenersatz (<i>damnum emergens</i>) und Ersatz des entgangenen Gewinnes (<i>lucrum cessans</i>): Haftung auf das positive Interesse (Erfüllungsinteresse)	533
αα) Unterschied zwischen <i>damnum</i> <i>emergens</i> und <i>lucrum cessans</i>	533
ββ) Zusammenfassung von <i>damnum</i> <i>emergens</i> und <i>lucrum cessans</i> im ‘ <i>id quod interest</i> ‘	534
γ) Inhalt der Haftung auf das (positive) Interesse	536
αα) Abstrakte und konkrete Berechnungsweise	536

ββ)	Bestimmung des Interesses	537
δ)	Stellvertretendes commodum im Falle nachträglicher zu vertretender Unmöglichkeit	568
ε)	Die Entwicklungen in der neueren Dogmengeschichte	569
αα)	Zur Entwicklung in Frankreich: Theorie und Code civil français (1804)	569
ββ)	Vernunftrechtliche Ansätze	572
γγ)	Der Übergang vom Vernunftrecht zur historischen Schule und zur Pandektistik	573
ααα)	Die Umwandlung der Pflicht zur Primärleistung in eine Geldleistung (Sekundärleistung)	573
βββ)	Die Leistungspflicht auf das Interesse	578
δδ)	Zur Kodifikationsgeschichte im Deutschen Reich und in der Schweiz	586
ζ)	Abgrenzung des positiven vom negativen Interesse	594
η)	Exkurs: Die Möglichkeit des Rücktritts im Falle nachträglicher verschuldeter Leistungsunmöglichkeit	595
3.2.5.2	Subjektive Unmöglichkeit	596
A.	Bei strengrechtlichen Klagen	596
B.	Bei <i>actiones bonae fidei</i>	597
3.2.5.3	Nicht gehörige Erfüllung	598
A.	Grundlagen	598
a)	Antikes Recht	598
b)	Die Entwicklung im 19. Jahrhundert	600
B.	Strengrechtliche Klagen	605
C.	Klagen mit bona fides: Nicht gehörige Erfüllung und die sog. positive Vertragsverletzung	606
a)	Haftung für nicht gehörige Erfüllung	606

b) Die sog. positive Vertragsverletzung	611
D. Unmöglichkeit wegen Zweckfortfalls	614
3.2.6 Schuldnerverzug (<i>mora debitoris</i>)	614
3.2.6.1 Wesen	614
3.2.6.2 Der Tatbestand des Schuldnerverzuges	616
A. Mahnung	616
B. Verschulden	617
3.2.6.3 Wirkungen des Schuldnerverzuges	618
α) Verspätungsschaden	618
β) Verzugszins	619
γ) Haftung für Zufall	620
δ) Neuzeitliche Entwicklungen: Das Rücktrittsrecht	622
3.2.6.4 Beendigung des Schuldnerverzuges	626
3.2.7 Konventionalstrafe (<i>stipulatio poenae</i>)	626
3.2.8 Leistung des Schadenersatzes durch den Schuldner im Verhältnis zur vertraglichen Gegenleistung des Gläubigers: Differenztheorie	628
3.3 Exkurs: Gläubigerverzug (<i>mora creditoris</i>)	634
4. Kontrakte nach <i>ius civile</i>	634
4.1 Realkontrakte am Beispiel des Darlehens	635
4.1.1 Das Darlehen (<i>mutuum</i>)	635
4.1.2 Die Leihe (<i>commodatum</i>)	637
4.1.3 Der Hinterlegungsvertrag (<i>depositum</i>)	638
4.2 Verbalobligationen: <i>sponsio</i> und <i>stipulatio</i>	639
4.2.1 Zur alten Wortmagie	639
4.2.2 Allgemeines zum Verbalkontrakt	640
4.2.3 Stipulation eines <i>certum</i>	643
4.2.4 Stipulation eines <i>incertum</i>	644
4.2.5 Abstrakte und kausale Stipulation und deren Weiterentwicklung	644
4.2.6 Exkurs: Die Vermächtnisobligation (<i>legatum per damnationem</i>)	648
4.3 Der Litteralkontrakt	650
4.4 Konsensualkontrakte	651

4.4.1	Allgemeines: Form (Konsens) und Leistungsinhalt	651
4.4.1.1	Konsens als Verpflichtungsgrund	651
4.4.1.2	Konsensualkontrakte als <i>negotia bonae fidei</i>	653
4.4.2	Der Kauf (<i>emptio venditio</i>)	657
4.4.2.1	Zustandekommen	657
4.4.2.2	Gegenseitige Verpflichtungen	659
	A. Grundsatz	659
	a) Verpflichtung des Verkäufers	660
	aa) Grundsatz: Keine Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers	660
	bb) Lockerung des Grundsatzes	661
	cc) Die Eigentumsverschaffungspflicht des OR	662
	dd) Weitere Inhalte der Verkäuferverpflichtung	662
	b) Verpflichtung des Käufers	664
	B. Inhalt der Verpflichtungen und Rechtsmittel bei Nicht- und Schlechterfüllung	665
	a) Anspruchsinhalt	665
	b) Schlechterfüllung (und Abgrenzung von der Gewährleistung)	666
4.4.2.3	Kauf einer erhofften Sache (<i>emptio rei speratae</i>) und Hoffnungskauf (<i>emptio spei</i>)	667
4.4.2.4	Gewährleistung für Mängel	668
	A. Rechtsgewährleistung	668
	a) Grundsatz	668
	b) Bei Kauf mit Übereignung mittels <i>mancipatio: actio auctoritatis</i>	669
	c) Bei Kauf mit formfreier Übergabe: <i>stipulatio duplae</i>	669
	α) Die Ansprüche aus der <i>stipulatio duplae</i>	669
	β) Die <i>actio empti</i>	672
	αα) Auf Abschluss der <i>stipulatio duplae</i>	672
	ββ) Auf Wertausgleich	673

αα) Grundsätze	673
ββ) Ohne Verschulden des Verkäufers: Einfaches Interesse	675
γγ) Bei Verschulden des Verkäufers: Positives Interesse (Erfüllungsinteresse)	677
B. Sachgewährleistung	678
a) <i>ius honorarium</i> : Gewährleistung aufgrund des aedilizischen Edikts	678
α) Gegenstände der aedilizischen Gewährleistung	678
β) Voraussetzungen der aedilizischen Gewährleistung	679
γ) Inhalt und Rechtswirkung der aedilizischen Gewährleistung: <i>actio</i> <i>redhibitoria</i> und <i>actio quanti minoris</i> (Wandelung und Minderung)	680
αα) Minderung	680
ββ) Wandelung	682
γγ) Fristen für Wandelung und Minderung	684
b) <i>ius civile</i> : Gewährleistung aufgrund der <i>actio empti</i>	685
α) Grundsatz: Haftung für Zusicherungen und Arglist	685
αα) Haftung für Mängel und Mangelfolgeschäden	685
ββ) Abgrenzung zur allgemeinen Vertragshaftung	687
β) Erweiterung der Gewährleistung aufgrund der <i>actio empti</i> auf den unwissenden Verkäufer	688
4.4.2.5 Nutzen und Gefahr: Die Gefahrtragung beim Kauf	695
a) Antikes Recht	695
b) Pandektistik	698
c) Die Regelung der Gefahrtragung im OR	699

4.4.2.6	Einseitige Vertragsaufhebung: Rücktritt und Kündigung	704
	a) Rücktritt	704
	b) Kündigung	713
4.4.2.7	Die Formeln der <i>actio empti</i> und <i>actio venditi</i>	714
	A. <i>actio empti</i>	714
	B. <i>actio venditi</i>	714
	C. <i>actio empti/venditi</i> und <i>exceptiones</i>	715
4.4.3	<i>locatio conductio</i>	715
4.4.3.1	Miet-, Pacht-, Arbeits- und Werkvertrag	715
4.4.3.2	Der sogenannte Werklieferungsvertrag	719
4.4.4	Der Auftrag (<i>mandatum</i>)	720
4.4.5	<i>societas</i>	723
4.5	Innominatkontrakte und gemischte Verträge	724
4.5.1	Beispiel eines gemischten Vertrages: Werklieferungsvertrag	724
4.5.2	Der Innominat(real)kontrakt	725
4.5.3	Anwendungsfälle	728
4.5.3.1	Der Tausch (<i>permutatio</i>)	728
4.5.3.2	Der Trödelvertrag (<i>contractus aestimatorius</i>)	730
4.6	Exkurs: Das <i>pactum</i>	731
4.6.1	Begriff	731
4.6.2	Die <i>exceptio pacti conventi</i>	732
4.6.3	Das sog. <i>pactum adiectum</i>	732
4.6.4	Zur Entwicklung des <i>pactum (nudum)</i> zum klagbaren Vertrag	734
4.6.4.1	Die Lehre des Hugo Grotius	734
4.6.4.2	Die Entwicklung im gemeinen und im kanonischen Recht	735
4.7	Schenkung (<i>donatio</i>)	738
5.	Ungerechtfertigte Bereicherung	740
5.1	Grundlagen	740
5.1.1	Die <i>ratio legis</i>	740
5.1.2	Wertbewegung und Rechtsgrund (<i>causa</i>); Zuwendung	743

5.1.2.1	Die Güterzuordnung	743
5.1.2.2	Die causa	745
5.1.3	Die datio	745
5.1.4	Die <i>condictio</i> als subsidiärer Rechtsfortwirkungsanspruch	746
5.1.4.1	Fortwirkung der Vermögenszuordnung	746
5.1.4.2	Zur Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs	749
5.1.4.3	Die <i>condictio</i> als Trägerin einer Speziesobligation	752
5.2	Leistungs- und Eingriffskondiktion	754
5.2.1	Leistungskondiktion	754
5.2.1.1	<i>condictio indebiti</i>	754
5.2.1.2	<i>condictio ob turpem vel iniustam causam</i> : Kondiktion wegen eines unsittlichen Zwecks	757
5.2.1.3	<i>condictio ob causam</i> (= <i>causa data causa non secuta</i>): Kondiktion wegen Zweckverfehlung	760
5.2.1.4	<i>condictio ob causam finitam</i> (Kondiktion wegen eines nachträglich weggefallenen Grundes)	764
5.2.1.5	Der Auffangtatbestand der <i>condictio sine causa</i>	765
5.2.2	Die Eingriffskondiktionen	766
5.2.2.1	Einzelne Anwendungsfälle	766
5.2.2.2	Die <i>condictio (ex causa) furtiva</i>	768
5.3	Die Formeln der <i>condictiones</i>	769
5.3.1	Formel der <i>actio certae creditae pecuniae</i> (= <i>condictio certae pecuniae</i>)	769
5.3.2	Formel der <i>condictio certae rei</i>	769
5.3.3	Formel der <i>condictio incerti</i>	769
5.4	Inhalt und Umfang der <i>condictiones</i>	770
5.4.1	Inhalt	770
5.4.2	Die Einwendung der Entreicherung	771
5.5	Die Folgerungen für das schweizerische Obligationenrecht	773
6.	Die Geschäftsführung ohne Auftrag (<i>negotiorum gestio</i>)	779
6.1	Der Ediktstext	779
6.2	Wesen und Inhalt der Geschäftsführung ohne Auftrag als unvollkommen zweiseitig verpflichtende Obligation	779
6.2.1	Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Obligation	779

6.2.2	Die Geschäftsführung ohne Auftrag als unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verbindlichkeit	780
6.2.2.1	Echte Geschäftsführung ohne Auftrag	780
6.2.2.2	Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	781
6.2.3	Inhalt der <i>actio negotiorum gestorum</i>	785
6.3	Die Wirkung der Genehmigung durch den Geschäftsherrn	785
6.4	Die Klageformulare	786
6.4.1	<i>actio in ius concepta</i>	786
6.4.2	<i>actio in factum concepta</i>	786
7.	Ausservertragliche Schädigung	786
8.	Die unvollkommene Obligation (<i>obligatio naturalis</i>)	787
9.	Beendigungsgründe der Obligation	788
9.1	Grundsatz	788
9.2	Erfüllung (<i>solutio</i>)	789
9.2.1	Begriff der Erfüllung	789
9.2.2	Leistung an Erfüllungsstatt (<i>datio in solutum</i>)	791
9.3	Neuerung/Novation (<i>novatio</i>)	792
9.3.1	Die rechtsgeschäftliche Novation (<i>novatio voluntaria</i>)	792
9.3.2	Die Prozessnovation (<i>novatio necessaria</i>)	794
9.4	Delegation (<i>delegatio</i> ; Anweisung)	794
9.4.1	Zahlungsanweisung (<i>delegatio solvendi</i>)	794
9.4.1.1	Allgemeines	794
9.4.1.2	Sog. celsinische Durchgangstheorie	795
9.4.2	Verpflichtungsanweisung: Aktiv- und Passivdelegation (<i>delegatio obligandi</i>)	796
	Exkurs: Die Schuldübernahme	796
9.5	Erlassvertrag	799
9.5.1	<i>solutio per aes et libram</i>	799
9.5.2	<i>acceptilatio</i>	799
9.5.3	Die Konversion der ungültigen Akzeptilation in ein <i>pactum de non petendo</i>	801
9.5.4	Die <i>stipulatio Aquiliana</i>	802
9.6	Verrechnung (<i>compensatio</i>)	803

9.7	<i>contrarius actus</i> und <i>contrarius consensus</i>	804
9.8	Folgen der Beendigung: Die Rückabwicklung von Verträgen (<i>restitutio</i>)	805
9.9	Vereinigung (<i>confusio</i>)	806
10.	Beziehung zu dritten Personen: Der Vertrag zugunsten Dritter	806
10.1	Echter Vertrag zugunsten Dritter	806
10.2	Unechter Vertrag zugunsten Dritter	808
10.3	Exkurs: Unmöglichkeit des Vertrages zulasten Dritter	809
11.	Subjektsmehrheit bei den Obligationen: Bürgschaft	810
12.	Besondere Obligationen: Die Wahlobligation	810
12.1	Zum Begriff der Wahlobligation	810
12.2	Das Wahlrecht	811
12.3	Haftung und Gefahrtragung bei der Wahlobligation	811
12.4	Der Inhalt des Anspruchs des Gläubigers	812
13.	Die Abtretung von Forderungen (Zession)	813
13.1	Romanistische Tradition	813
13.2	Neuzeitliche Entwicklungen	814
14.	Die Deliktsobligationen	821
14.1	Das <i>furtum</i>	821
14.1.1	Begriff	821
14.1.2	Die Ansprüche des Geschädigten: Die <i>actio furti</i> und die <i>condictio furtiva</i>	824
14.1.2.1	Die <i>actio furti</i>	824
14.1.2.2	Die <i>condictio furtiva</i>	825
14.1.3	Anwendungsfall hinsichtlich eines <i>furtums</i>	827
14.1.4	Formel der <i>actio furti</i>	827
14.2	Die <i>actio legis Aquiliae</i>	828
14.3	Die <i>actio iniuriarum</i>	828
15.	Die Obligation auf Zinsen	829

§ 7 Formelaufbau, <i>actio/exceptio</i> und subjektives Recht sowie prozessuale Grundsätze	830
1. Der Formelaufbau	830
1.1 <i>formula in ius concepta</i> beim Hinterlegungsvertrag (<i>depositum</i>); nach Gai 4,47	830
1.2 <i>formula in factum concepta</i> beim Hinterlegungsvertrag; nach Gai 4,47	831
2. Prozessuale Grundsätze	831
2.1 Das zivil- und amtsrechtliche Verfahren	831
2.1.1 Das zivilrechtliche Verfahren: <i>iudicium legitimum</i>	832
2.1.2 Das auf dem Amtsrecht beruhende Verfahren: <i>iudicium imperio continens</i>	832
2.1.3 Der Ausschluss eines neuen Verfahrens aufgrund eines früheren	833
2.1.3.1 <i>denegatio actionis</i> (= Verweigerung der Klage) oder <i>exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae</i> (= Einrede der abgeurteilten Sache beziehungsweise der Rechtshängigkeit)	833
2.1.3.2 Die Formel der <i>exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae</i>	834
2.2 Die <i>pluris petitio</i>	834
2.2.1 Begriff	834
2.2.2 Arten	835
2.3 Die <i>litis contestatio</i> (Streitbefestigung)	835
2.3.1 Die Tatbestandselemente der <i>litis contestatio</i>	835
2.3.1.1 Das Begehren des Klägers: <i>edere iudicium</i>	835
2.3.1.2 Die Einlassung des Beklagten: <i>accipere iudicium</i>	836
2.3.1.3 Die Mitwirkung des Praetors	837
2.3.2 Der Abschluss der <i>litis contestatio</i>	837
2.3.3 Die Rechtswirkung der <i>litis contestatio</i>	838
2.4 Prozessstellvertretung (<i>procurator, cognitor</i>)	838
2.5 Zur Vollstreckung	839
2.5.1 Der Grundsatz der Geldverurteilung (<i>condemnatio pecuniaria</i>)	839
2.5.2 Die Durchsetzung (<i>missio in bona</i>)	841

Anhang A: Quellenregister	847
Anhang B: Artikel des ZGB und OR	871
Anhang C: Stichwortverzeichnis	877
Anhang D: Register der Bundesgerichtsentscheide	903
Anhang E: Materialien	909
Anhang F: Gesetzestexte und Entwürfe	911
Anhang G: Literatur	917

§ 1 Rechtsgrundsatz und Lehre von den Rechtsquellen

1. Allgemeiner Rechtsgrundsatz

1 D 1,1,10 pr./1 (Ulpian 1 reg)

Die Gerechtigkeit ist der unbeugsame und immerwährende Wille, jedermann das ihm zustehende Recht zu gewähren. (1) Die Rechtsgebote sind die folgenden: Rechtschaffen zu leben, den anderen nicht zu schädigen, jedermann das Seine zu gewähren.

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. (1) Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

2 D 1,1,1 pr. (Ulpian 1 inst)

Wer sich dem Rechtsstudium zuwenden will, muss wissen, woher der Begriff „Recht“ <ius> sich herleitet. Er erklärt sich indes aus der Gerechtigkeit <iustitia>: Denn, wie Celsus treffend umschreibt, ist das Recht die Wissenschaft <ars = τέχνη > des Werthhaften und des Angemessenen.

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

Cfr. Rdn 28 a ff.

3 CICERO de legibus 1,5,17

ATTICUS: Du vertrittst also die Ansicht, die Einsicht in das Wesen des Rechts sei nicht, wie das die herrschende Meinung heute tut, aus dem Edikt des Praetors oder, wie es die Vorfahren taten, aus dem Zwölftafelgesetz zu gewinnen, sondern sie sei aus dem Zentrum der philosophischen Einsicht herzuleiten?

MARCUS: [...] <Ja, denn> wir haben das Wesen des Rechtes zu erklären, und dieses ist aus der Natur des Menschen zu entwickeln, ausserdem haben wir über die Gesetze nachzudenken, auf deren Grundlage die Staaten geleitet werden müssen; ferner sind die beschlossenen und niedergeschriebenen Satzungen und Volksbeschlüsse zu reflektieren, unter welchen sich auch diejenigen unseres Volkes finden, welche wir das *ius civile* nennen. [...] (1,6,18) Aus diesem Grunde erschien es den grössten Denkern als zutreffend - ich bin mir nicht sicher, ob völlig zu Recht - vom Gesetz auszugehen, freilich unter der definitionsgemässen Annahme, dass das Gesetz die höchste Stufe der

Vernunft verkörpern, eingelassen in die Natur, und alles anordnen, was zu tun ist sowie Zuwiderhandlungen untersagen. Und dieselbe Vernunft ist das Gesetz, wenn sie im menschlichen Geist verankert ist und angewendet wird.

ATTICUS: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?

MARCUS: [...] natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges, quibus civitates regi debeant; tum haec tractanda, quae composita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt, quae vocantur iura civilia. [...] (18) Igitur doctissimis viris proficisci placuit a lege, haud scio an recte, si modo, ut idem definiunt, lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est.

3 a CICERO de legibus 2,10

(10) Denn der göttliche Geist kann nämlich ohne Vernunft (*ratio*) nicht sein, und der göttlichen Vernunft wohnt selbstverständlich jene Macht inne, das Richtige wie das Falsche zu bestimmen [...]. Und schliesslich war die Vernunft seit jeher da, hervorgegangen aus der Natur der Dinge, zu richtigem Handeln auffordernd, von abwegigem Tun abhaltend und sie begann nicht erst ein Gesetz zu sein als sie schriftlich festgehalten wurde, sondern gleichzeitig mit ihrer Entstehung. Entstanden ist sie freilich zusammen mit dem göttlichen Geist. Aus diesem Grunde ist das wahre und oberste Gesetz (*lex vera atque princeps*) - als solches berufen zu gebieten und zu verbieten - die ursprüngliche Vernunft (*recta ratio*) Jupiters, der höchsten Gottheit.

Neque enim esse mens divina sine ratione potest, nec ratio divina non hanc vim in rectis pravisque sancendis habet, [...]. Erat enim ratio, profecta a rerum natura, et ad recte faciendum impellens et a delicto avocans, quae non tum denique incipit lex esse, quom scripta est, sed tum quom orta est. Orta autem est simul cum mente divina. Quam ob rem lex vera atque princeps, apta ad iubendum et ad vetandum, ratio est recta summi Iovis.

3 b CICERO de legibus 1,23

Deshalb, weil nichts über der Vernunft steht und diese Mensch und Gott innewohnt, findet sich auf der Grundlage der Vernunft (*ratio*) die ursprüngliche Gemeinschaft zwischen Mensch und Gottheit. Diejenigen, welchen die Vernunft gemeinsam ist, haben auch an der rechten Vernunft (*recta ratio*) teil. Weil diese aber das Gesetz (*lex*) ist, folgt daraus, dass die Menschen auch das Gesetz mit den Göttern teilen. Hieraus ergibt sich, dass die Gemeinschaft des Gesetzes auch die Rechtsgemein-

schaft stiftet. Diejenigen schliesslich, denen alldies gemeinsam ist, haben als Angehörige derselben Bürgerschaft (*civitas*) zu gelten. Und dies besonders, wenn sie auch noch denselben (göttlichen) Mächten und Amtsgewalten (*potestates*) sich unterwerfen.

Est igitur, quoniam nihil est ratione melius eaque <est> et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas. Inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quae cum sit lex, lege quoque consociati homines cum dis putandi sumus. Inter quos porto est communio legis, inter eos communio iuris est; quibus autem haec sunt inter eos communia, ei civitatis eiusdem habendi sunt. Si vero isdem imperiis et potestatibus parent, multo etiam magis; [...].

3 c CICERO de legibus 1,33

Wer nämlich von Natur aus mit Vernunft (*ratio*) ausgestattet ist, dem wurde auch die richtige Vernunft (*recta ratio*) vermittelt, also auch das Gesetz (*lex*), welches die richtige Vernunft im Befehlen und Verbieten verkörpert: wofern dies vom Gesetz gilt, so auch vom Recht. Wenn also alle mit Vernunft ausgestattet worden sind, haben folglich auch alle an der Rechtsordnung (*ius*) teil.

... Quibus enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est, ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando; si lex, ius quoque: at omnibus ratio; ius igitur datum est omnibus

4 D 50,17,1 (Paulus 16 Plaut)

Unter einer Regel versteht man, was dasjenige, welches sich vorfindet, gerafft beschreibt. Nicht aber aus einer Regel wird das Recht gewonnen, sondern die Regel entsteht aus dem Recht, das vorbesteht.[...]

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. [...]

HUBER, Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. Bd. 4: Geschichte des Sch.' P.'s (1893)

(233) In anderer Richtung liegt die Entwicklung, welche wir als Verfeinerung oder geistige Durchdringung des Privatrechts bezeichnen, und welche mit der Arbeit von Generationen dazu gelangte, einen logischen Aufbau aus dem Wirrwar einzelner Regeln herauszugestalten, den die Wissenschaft mehr zu erkennen als mitzubauen berufen ist. In den Anfängen des Privatrechts liegt schon die Idee der Einheit der Rechtsordnung. Auf diese Einheit greift schon der Schöffe des frühen Mittelalters zurück, wenn er auf das göttliche Recht und Gebot verweist, um bei der Lücke der ihm bekannten Rechtsregeln gegebenen Falls die Entscheidung zu finden. Aus der Einheit leitet sich die Folge ab, dass die vorhandenen Regeln unter sich harmonieren und höhern Grundsätzen entfliessen müssen. Diesen Grundsätzen forscht die steigende

Rechtskultur nach und leitet aus den gefundenen Prinzipien wieder andere Regeln ab, die zu analoger Entscheidung verwandten Streitfälle Verwendung finden können. Als Grundprinzip finden wir dabei stets den Gedanken, es habe eine unparteiliche Rechtsanwendung stattzufinden, die eben, wenn sie diese Eigenschaft haben soll, jener Einheit entsprechen und also durch logische Operation muss gefunden werden können. Dabei gelangt der Ausbau des Rechts einerseits zur strikten Anwendung des formulierten Rechts und andererseits zur Berücksichtigung der Billigkeit, in allen Instituten aber zu jener wissenschaftlichen Durchdringung des Rechtsstoffes, die wir als das Kennzeichen der modernen (234) Gesetzgebung und Rechtspflege bereits oben hervorgehoben haben.

4 a KANT, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre

Einleitung in die Rechtslehre

(= WW 4 (ed. Weischedel) 33 ff; AB 33, 34, 35, 36)

§ B Was ist Recht

(33) Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d.i. der moralische Begriff derselben), betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander (unmittelbar oder mittelbar) Einfluß haben können. Aber zweitens bedeutet er nicht das Verhältnis der Willkür auf den Wunsch (folglich auch auf das bloße Bedürfnis) des anderen, wie etwa in den Handlungen der Wohltätigkeit oder Hartherzigkeit, sondern lediglich auf die Willkür des anderen. Drittens in diesem wechselseitigen Verhältnis der Willkür kommt auch gar nicht die Materie der Willkür, d.i. der Zweck, den ein jeder mit dem Objekt, was er will, zur Absicht hat, in Betrachtung, z.B. es wird nicht gefragt, ob jemand bei der Ware, die er zu seinem eigenen Handel von mir kauft, auch seinen Vorteil finden möge, oder nicht, sondern nur nach der Form im Verhältnis der beiderseitigen Willkür, sofern sie bloß als frei betrachtet wird, und ob durch die Handlung eines von beiden sich mit der Freiheit des andern nach einem allgemeinen Gesetze zusammen vereinigen lasse. Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.

§ C Allgemeines Prinzip des Rechts

„Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann etc.“ Wenn also meine Handlung, oder überhaupt mein Zustand, mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, so tut der mir Unrecht, der mich daran hindert; denn dieses Hindernis (dieser Widerstand) kann mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen nicht bestehen.

(338) Es folgt hieraus auch: dass nicht verlangt werden kann, dass dieses Prinzip aller Maximen selbst wiederum meine Maxime sei, d.i. dass ich es mir zur Maxime meiner Handlung mache; denn ein jeder kann frei sein, obgleich seine Freiheit mir gänzlich indifferent wäre, oder ich im Herzen derselben gerne Abbruch tun möchte, wenn ich nur durch meine äussere Handlung ihr nicht Eintrag tue. Das Rechtshandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut.

Also ist das allgemeine Rechtsgesetz: handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne, zwar ein Gesetz, welches mir eine Verbindlichkeit auferlegt, aber ganz und gar nicht erwartet, noch weniger fordert, daß ich, ganz um dieser Verbindlichkeit willen, meine Freiheit auf jene Bedingungen selbst einschränken solle, sondern die Vernunft sagt nur, dass sie in ihrer Idee darauf eingeschränkt sei und von andern auch tätlich eingeschränkt werden dürfe; und dieses sagt sie als ein Postulat, welches gar keines Beweises weiter fähig ist.- Wenn die Absicht nicht ist, Tugend zu lehren, sondern nur was recht sei vorzutragen, so darf und soll man selbst nicht jenes Rechtsgesetz als Triebfeder der Handlung vorstellig machen.

§ D. Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden

Der Widerstand, der dem Hindernisse eine Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen. Nun ist alles, was Unrecht ist, ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen; der Zwang aber ist ein Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht. Folglich: wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d.i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Ge(339)setzen zusammen stimmend, d.i. recht: mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft.

4 b SAVIGNY, F.C von, System des heutigen Römischen Rechts (Erster Band, 1840)

(331) Der Mensch steht inmitten der äusseren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen nebeneinander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirk(332)samkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit

gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert. Sein Daseyn aber ist ein selbständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird. [...]

(333) Von dem nunmehr gewonnen Standpunkt aus erscheint uns jedes einzelne Rechtsverhältnis als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt. Diese Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, dass dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.

Vgl. Rdn 65 a und 576 a.

4 c HUBER, Eugen, Das Absolute im Recht (1922)

(13) Im Zusammenleben schaffen die Menschen das Recht und erleben es als ein Gebot, es zu wollen und sich darnach zu richten. In ihrem Bewusstsein liegt die Idee des Rechts und verlangt ohne Vorbehalt und notwendig nach Anerkennung. Die Idee des Rechts besteht dabei als eine Form des Bewusstseins, die dem Menschen allgemein und absolut gegeben ist und die konkret in seinen Willenshandlungen zum Ausdruck zu kommen verlangt. Der einzelne unterwirft sich diesem absoluten Gesetz, das ein Gesetz des menschlichen Wollens ist und dem vernünftigen Bewusstsein mit Notwendigkeit entspringt. Die Rechtsidee bestimmt den Willen der Menschen nach dem Recht, und der Wille zum Recht bestimmt die Form und den Inhalt der Ordnung nach der Rechtsidee und schafft aus dem Willensinhalt erst das, was wir das Recht nennen.

Die Idee des Rechts umschliesst dergestalt genau besehen, zwei Gedanken, von denen der erstere unzweifelhaft absoluten Charakter hat: Das Recht verbindet die an dem Verhältnis beteiligten Personen notwendig, mit der Wirkung, dass sie unter sich verbunden, sei es berechtigt, sei es verpflichtet sind, und es verbindet sie zu einer Ordnung, die richtig sein soll. Das Verhältnis wird also mit rechtlichem Inhalt ausgestaltet, der dem richtigen Recht entspricht. Die Idee verlangt beides. Das richtige Recht selbst hat keinen absoluten Charakter.

4 d HUBER, Eugen, Recht und Rechtsverwirklichung (2. unv. Aufl. 1925)

(58) Damit verbindet sich nun aber eine letzte Erwägung, auf die in Kürze hingewiesen werden mag. Das Recht lebt in der Gemeinschaft der Menschen, und da vom Recht die Gleichheit postuliert wird, muss dasselbe Postulat, Gleichheit in der Ordnung des Rechts, wie in dessen Anwendung, auch in der Gemeinschaft zum Ausdruck kommen. Im

Gemeinschaftsleben äussert sich nun aber diese Gleichheit nicht nur als logisches Moment, sondern auch als Postulat des Ethos. Die Logik verbürgt nur die formale Gleichheit, sie schafft aber nicht die ethische Gleichheit, [...]durch die formale Logik (wird) doch nur ein formales Recht geschaffen, (59) während das ethische Fundament erst den hohen Bau zu tragen vermag, den die Menschheit materiell als das Recht aufzurichten hat. Logisch an sich könnte auch dasjenige sein, was wir nicht als Recht anerkennen können. [...]

Man kann von dieser Betrachtung aus sich auch wohl an das Problem der Billigkeit heranwagen. Dass unter „billig“ sehr verschiedenartiges verstanden wird, kann niemandem entgehen. Wir ersehen das am besten daraus, dass der Gegensatz zur Billigkeit höchst mannigfaltige Bezeichnungen erfährt. Das Sprichwort. „Was dem einen recht ist, ist dem andern billig“, verweist auf die Gleichheit. Allein mit ebensolchem Gewicht wird auch der Abstraktheit und dem Formalismus gegenüber postuliert, dass Billigkeit geübt werde. Dass die Exekutionsgewalt der Gläubiger vor den „Kompetenzstücken“ des Schuldners halt macht, ist billig. Man wird also sagen dürfen, Billigkeit sei wohl Gleichbehandlung, aber nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt, nämlich in Betrachtung der (60) Stellung des Individuums in der Gemeinschaft nach kollektivistischem Bewusstseinsinhalt gegenüber dem individualistischen. Der Gegensatz zwischen Recht und Billigkeit darf darnach nicht demjenigen von Jus civile und honorarium, oder von Volksrecht und Amtsrecht, oder gar von common law und equity gleichgedacht werden, sondern er ist im Grunde anderer Art. Die Billigkeit berichtigt das Recht, sie meistert das Recht nach einem alten Sprichwort, indem sie es nicht um seiner Existenz als formulierten Rechtssatzes willen anwendet, sondern seines Zweckes wegen. Es darf durch die Folgerung aus dem Recht nichts Individuelles vernichtet werden, weil kollektivistisch gedacht alle im Recht sollen leben können, die des Rechts teilhaftig sind.

2. Beispiel einer Konkretisierung: *lex Aquilia*

5 tab 8,2

Wer jemandem einen Körperteil verstümmelt hat, soll das Gleiche erleiden, falls er sich <mit dem Verletzten> nicht gütlich geeinigt hat.

Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto.

6 D 9,2,1,1 (Ulpian 18 ed)

Die *lex Aquilia* ist ein Volksbeschluss, da der Volkstribun Aquilius das Gesetz der Volksversammlung vorschlug.

Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.

7 D 9,2,2 pr. (Gaius 7 ed prov)

In der *lex Aquilia* wird im ersten Kapitel festgelegt, dass jemand, der einen fremden Sklaven, eine fremde Sklavin oder aber Zug- oder Herdentiere widerrechtlich getötet hat, dem Eigentümer auf soviel verurteilt werden soll, als deren Höchstwert in jenem Jahr je betragen hat.

Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.'

8 D 9,2,27,5 (Ulpian 18 ed)

Im dritten Kapitel stellt dieselbe *lex Aquilia* schliesslich fest: „Wenn einer an anderen Sachen – abgesehen von der Tötung von Sklaven und Vieh – jemandem einen Schaden zugefügt hat, indem er etwas widerrechtlich verbrannt, zerbrochen oder zerstört hat, so soll er verurteilt werden, dem Eigentümer soviel zu vergüten, als der Gegenstand in den nächsten dreissig Tagen maximal wert gewesen wäre.“

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.'

8 a Inst 4,3,13

[...] Freilich wäre in allen diesen Fällen bereits der Begriff “beschädigt” (*ruptum*) ausreichend. Unter “beschädigt” versteht man nämlich, was auf irgend eine Weise verschlechtert (*corruptum*) wurde. Deshalb wird diesem Begriff nicht allein subsumiert, was verbrannt oder zerbrochen, sondern auch was zerrissen, zerschlagen, ausgegossen oder sonstwie zerstört oder beeinträchtigt wurde. Folgerichtig ist entschieden worden, dass gestützt auf dieses gesetzliche Tatbestandselement hafte, wer in fremden Wein oder in fremdes Oel etwas giesst, wodurch deren ursprüngliche Qualität verschlechtert wird.

[...] Quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. unde non sola usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur: denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit,

quo naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri.

3. Zur Rechtsanwendung: Die Gesetzesauslegung

3.1 Allgemeine Regeln

9 D 1,3,17 (Celsus 26 dig)

Die Rechtsquellen zu verstehen meint nicht, deren Wortlaut zu kennen, sondern vielmehr deren Regelungswillen und Bedeutung.

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

BGE 111 Ia 297: „Entscheidend ist [...] nicht der vordergründige klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist“. - Einige Zeilen vorher umschreibt das Bundesgericht die Regeln der Interpretation einer Norm als einen Vorgang unter Anwendung „der allgemeinen hermeneutischen Auslegungsgrundsätze“ (aaO).

9 a tab 8,11 (Plinius n.h. 17, 1, 7)

Die Zwölftafeln sehen vor, dass wer widerrechtlich fremde Bäume gefällt hat, für jeden einzelnen je 25 Asse zu leisten habe.

cautum ... est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas <arbores>, lueret in singulas aeris XXV

9 b Gai 4,11

Die Klagen, die bei den Alten in Gebrauch waren, hiessen ‚gesetzliche (Spruchformel-) Klagen‘, entweder deshalb, weil sie in Gesetzen überliefert waren (damals waren ja die Edikte des Praetors, durch welche die meisten Klagen eingeführt wurden, noch nicht in Gebrauch), oder deshalb, weil sie genau den Worten der Gesetze angepasst worden waren und daher ebenso unveränderbar wie die Gesetze angewandt wurden. Daher wurde bei einem, der wegen abgeschnittener Weinreben in der Weise geklagt hatte, dass er die Weinreben in der Klage ausdrücklich als solche bezeichnet hatte, ein Gutachten erteilt, er habe den Anspruch verloren, da er <das Wort> ‚Bäume‘ hätte ausdrücklich nennen müssen, weil das Zwölftafelgesetz, aus dem die Klage wegen abgeschnittener Weinreben zustehe, nur allgemein von abgeschnittenen Bäumen spreche.

Actiones, quas in usu veteres habuerunt, ‚legis actiones‘ appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus

- 13 D 1,3,21 (Neraz 6 memb)
 Und deshalb darf gar nicht nach den Motiven dessen, was verordnet wurde, gesucht werden: Ansonsten würde vieles, was <heute> gesicherter Rechtsbestand ist, ausser Kraft gesetzt.
Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.
- 14 D 1,3,10 (Julian 59 dig)
 Weder Gesetze noch Senatsbeschlüsse können so formuliert werden, dass alle Sachverhalte, die sich irgendwann ereignen könnten, subsumierbar sind. Es genügt indessen, dass die häufigen Fallkonstellationen unterstellt werden können.
Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.
- 14 a D 50,17,80 (Papinian 33 quaest)
 Im gesamten Bereich des Rechts wird das Allgemeine <genus> durch das Besondere <species> ausser Kraft gesetzt, und man hält für massgebend, was für den besonderen Fall angeordnet wurde.
In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.
- 14 b D 1,3,14 (Paulus 54 ed)
 Was freilich im Widerspruch zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen anerkannt worden ist, darf nicht auf entsprechende Sachverhalte <analog> ausgedehnt werden.
Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.
- 3.2 Lückenfüllende Analogie**
- 14 c tab 8,6 (Ulp D 9, 1, 1 pr.)
 Wenn darauf erkannt wurde, dass ein vierfüssiges Tier einen Schaden verursacht hatte, sah das Zwölftafelgesetz entweder die Herausgabe des schädigenden Tieres oder die Schadenersatzzahlung vor.
Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, ... lex (XII tabularum) voluit aut dari id quod nocuit ... aut aestimationem noxiae offerri.

14 d actio de pauperie

Wenn es sich erweist, dass ein vierfüßiges Tier einen Schaden verursacht hatte, um welche Angelegenheit es sich hier handelt, aus welchem <Rechts-> Grund Numerius Negidius nach ius civile verpflichtet ist, dem Aulus Agerius entweder den Schaden zu ersetzen oder das schädigende Tier herauszugeben: verurteile Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius auf diejenige Summe, wieviel die Sache wert ist oder auf die Herausgabe des schädigenden Tieres, falls es sich nicht erweist, sprich frei.

S. p. quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem N^m N^m A^o A^o aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Formel nach LENEL, EP³ § 75

14 e D 9,1,4 (Paulus 22 ed)

Diese actio <Klage> wird als analoge gewährt, wenn nicht ein vierfüßiges, sondern ein anderes Tier den Schaden verursacht hat.

Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

14 f D 10,4,7 pr. (Ulp 24 ed)

Unter dem Wort “Balken” (*tignum*) versteht man im Zwölftafelgesetz nach verbreiteter richtiger Ansicht sämtliches Baumaterial.

Tigni appellatione omnem materiam in lege duodecim tabularum accipimus, ut quibusdam recte videtur.

Cfr. etwa tab 6,7: TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS VINEA <E> VE <ET CONCAPIT> NE SOLVITO. (Balken, welche mit Gebäuden oder einem Weinberg fest verbunden sind und diese stützen, darf er <sc. der ursprüngliche Eigentümer> nicht ausbauen.)

15 D 1,3,12 (Julian 15 dig)

Nicht alle Lebenssachverhalte können von den Gesetzen und Senatsbeschlüssen einzelfallbezogen erfasst werden: Wenn aber für irgendeine Streitlage die Absicht <des Gesetzes> erkennbar ist, hat der Rechtsanwender analog vorzugehen und in diesem Sinne zu entscheiden.

Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

15 a Dazu K. A. VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten Bd. I (7. Aufl., 1863), § 25, Anm., N 1, p. 55: „[...] der Richter solle die ausgelassenen Fälle so entscheiden, wie sie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte.“ – Eugen Huber nahm auf dem Titelblatt seines Exemplares des Vorentwurfs zum ZGB von 1900 handschriftlich und in wörtlicher Übernahme mit Zitat jenes Textes Bezug auf diese Lehre Vangerows. Sie scheint eine Formulierungshilfe für den nachmaligen Art. 1 ZGB gewesen zu sein, wiewohl dessen Norminhalt weit über Julians Anweisung zu analoger Rechtsanwendung hinausgeht.

15 b [Eugen HUBER] ERLÄUTERUNGEN I:

(36) „Nach unserer Auffassung des Staates und seines Gesetzgebungsrechtes kann es neben der Bundesgesetzgebung keine andere konkurrierende Quelle positiven Bundesgesetzesrechtes geben. Keine lokalen Kreise im Bunde können anstatt des Bundesgesetzgebers Bundesgesetze erlassen. Es gibt keinen andern Ursprung von Bundesgesetzen, als die gesetzgebende Gewalt des Bundes. Anders dagegen, wenn die Frage so gestellt wird, ob es nicht, neben dem Bundesrecht in Gestalt der Gesetzgebung, ein anderes, ein Gewohnheitsrecht als Bundesrecht geben könne. Ausschliesslichkeit der Gesetzgebungshoheit ist durchaus nicht gleichbedeutend mit Ausschliesslichkeit des Gesetzesrechtes, und vollends will das kodifizierte Recht niemals in dem Sinne alles Recht umfassen, dass es neben ihm kein weiteres Recht geben könnte. Das ersehen wie ja schon aus dem Bestande von Spezialgesetzen. Das System der Kodifikation ist nur in dem Sinne vollständig, als es alles gesetzte Recht aufnehmen kann, nicht aber, dass jedes andere Recht dadurch ausgeschlossen werden soll. Wenn auf Grund älterer Theorien die Auffassung entwickelt wird, die Kodifikation schaffe lückenloses Recht und enthalte für alles die notwendigen Bestimmungen nach ihrem Sinn und Geist, so ist die Kodifikation mit der Rechtsordnung überhaupt verwechselt worden. Lückenlos ist allerdings nach unserer Idee die Rechtsordnung an sich. Kein Richter darf das Urteil verweigern, indem er sich auf eine Lücke in der Rechtsordnung beruft. Allein die Kodifikation kann sehr wohl Lücken, wird solche sogar regelmässig in grosser Zahl aufweisen. Wer diesen Unterschied beachtet, kann darüber nicht zweifelhaft bleiben, dass neben dem kodifizierten Rechte noch andere Rechtsquellen Bestand nicht nur haben können, sondern eigentlich haben müssen, insofern tatsächlich die Kodifikation der Ergänzung bedarf, die doch von irgendwo hergenommen werden muss.

Sonach gelangen wir zu dem Resultate, dass in erster Linie das gesetzte Recht zur Anwendung gebracht werden muss. Und zwar nicht nur soweit sein Wortlaut unmittelbar reicht, sondern auch soweit es in irgend einer

Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann. Darauf verweist zunächst Abs.1 des Art. 1. Wo aber das gesetzte Recht mangelt, da darf im Rahmen der staatlichen Gesetzgebungshoheit, also im Rechtsgebiet des gesetzten Rechtes, das tatsächlich geübte Recht nicht ignoriert werden. Hat die Gesetzgebung es tatsächlich, durch Aufstellung eigener Regeln, nicht ausgeschlossen, hat also die Staatshoheit es unterlassen, objektives Recht zu setzen in Fragen, die tatsächlich der objektiven Ordnung bedürftig und teilhaftig sind, so würde sie sich in Widerspruch mit sich selber setzen, wenn sie diesem geübten Rechte die Anerkennung verweigern wollte. Sie vermöchte die Verweigerung auch nicht anders auszusprechen, als dadurch, dass sie gesetztes Recht an die Stelle des tatsächlich geübten stellte. Diesem in der Natur der Sache liegenden Verhältnis gibt sie Ausdruck, indem sie es anerkennt, dass, soweit das gesetzte Recht nicht reicht, das geübte treten soll, Abs. 2 des Art. 1. Was dabei als Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei, hat die Gesetzgebung nicht zu umschreiben. Das ist Sache der Wissenschaft und der Praxis, sie sollen dafür sorgen, dass diese Umschreibung mit der erforderlichen Klarheit gewonnen werden könne.[...]

Nun kann aber ferner der Fall eintreten, dass bei einer Lücke des gesetzten Rechtes auch kein Gewohnheitsrecht vorhanden ist. Wo nimmt dann der Richter den Rechtssatz her, nach dem er sein Urteil sprechen soll? Seine vernünftige Einsicht, sein Gewissen, sein Charakter, seine Bildung und Erfahrung müssen ihn hier leiten, damit er das Recht nicht nach seiner Willkür, sondern in einem Verfahren finde, das einer sorgfältigen Ausübung seines Amtes entspricht. Darnach ist in erster Linie erforderlich, dass er sich nach dem umsehe, was für ähnliche Fälle andere schon gesagt oder entschieden haben. Er muss dafür eine sorgfältige, seines Amtes würdige Prüfung treffen. Er soll sich an die bewährte Lehre und Überlieferung halten, wie Abs. 2 von Art. 1 es formuliert. Findet er aber auch hierin keine Anhaltspunkte, so wird er nur noch seiner eigenen, individuellen Überzeugung folgen können, und was hierfür ihm an Anweisung gegeben werden kann, besteht einzig darin, dass ihm gesagt wird, er habe nicht den Fall zu entscheiden nach Willkür, nach dem Eindruck der augenblicklichen Umstände, nach Mitleid, Entrüstung oder persönlicher Neigung, sondern so, als würde er gleich dem Gesetzgeber den Satz formulieren, um ihn dann auf den Fall anzuwenden, der seines Urteils harret. In diesem Sinne ist Abs. 3 zu verstehen. Er bedeutet das gleiche, was in der Doktrin schon in die Worte gekleidet worden ist: Der Richter soll in solchen Fällen so entscheiden, wie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte.“

- 15 c Eugen HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung* (2. Aufl., 1925), p. 353
 „Versuchen wir demgegenüber uns die richterliche Tätigkeit im Falle von Lücken im Gesetze klar zu machen, (254) so ist als Ausgangspunkt

dieser Tätigkeit die Konstatierung selbst, dass eine solche Lücke im Gesetze bestehe, zu bezeichnen. Die Lücke liegt vor, wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte. Darüber entscheidet der Richter ganz auf dem gleichen Wege, wie er das Gesetz interpretiert, wovon wir unten zu sprechen haben werden. [...]

(355) Vor allem ist im Gedanken festzuhalten, dass der Richter formell nur Recht und stets Recht anzuwenden hat. Des weitern entscheidet der Richter immer nur für die bestimmte Rechtslage und begründet durch seinen Spruch für die Beteiligten subjektive Rechte und Pflichten. Er vermag demgemäss keinen Satz des objektiven Rechts zu erlassen. [...] Was der Richter in solchem Sinne für den einzelnen Fall aufstellt, bindet nicht einmal sein eigenes Ich. Denn so bedenklich eine von Fall zu Fall wechselnde Rechtsauffassung des Richters sein mag, so kann ein solches Schwanken doch nicht als begriffswidrig bezeichnet werden. Ist es doch nicht ausgeschlossen, dass der Richter in der Zwischenzeit eines bessern belehrt worden sei.

Der Richter wendet in solchen Fällen immer einen Rechtssatz an, die Rechtsanwendung setzt einen solchen begrifflich voraus, sodass seine Tätigkeit formell sich auch in diesen Fällen nicht von derjenigen unterscheidet, wo er unbestritten formulierte Rechtssätze zur Anwendung bringt. Den Rechtssatz aber, den der Richter formell beim Fehlen anderer Sätze des objektiven Rechts zur Anwendung bringt, bildet er nach den gleichen Regeln, wie der Gesetzgeber den Rechtssatz zu formulieren berufen ist. Der Richter stützt sich dabei auf seine Kenntnis aller (356) massgebenden Tatsachen. Dahin gehören Gesetzgebungskunde in weitestem Sinne, ferner Kenntnis von den Lehren der Wissenschaft, weiter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung, sowohl seiner eigenen als der anderer Gerichte. Des ferneren wird er die Interessen zu prüfen haben, um deren Schutz es sich handelt, die Tragweite der divergierenden Auffassungen der Beteiligten, die Möglichkeit, sie zu vereinigen und auszusöhnen, oder das bessere Interesse dem geringeren vorzuziehen. Dann aber hat er vor allem sich zu vergegenwärtigen, dass er einen abstrakten Satz zur Anwendung bringen soll, den er auf andere entsprechende Tatbestände (recte: Sachverhalte; d. Hrsg.) in gleicher Weise anwenden dürfte. Der von ihm gefundene Satz muss allgemein lauten, obgleich er nur auf den gerade jetzt zu entscheidenden Fall zur Anwendung kommt und, wie es oben heisst, auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden darf. Aus allen diesen Momenten bildet sich der Richter gegebenen Falles seine Überzeugung, und gewinnt daraus den Rechtssatz, dem er den zu beurteilenden Tatbestand zu unterstellen hat.

[...] Die Rechtsanwendung durch den Richter besteht in der Urteilsfällung, und eine solche liegt immer vor, wenn der Richter einen konkreten Tatbestand unter einen Rechtssatz subsumiert und daraus seinen Schluss zieht.

Wir sagen, es handle sich bei jeder Rechtsanwendung um das Zusammenbringen eines Obersatzes und (357) eines Untersatzes zum Zwecke des logischen Schlusses. Den Obersatz bestimmt die rechtsverbindliche Anordnung, um deren Anwendung es sich handelt, den Untersatz aber der Tatbestand (recte: Sachverhalt; d. Hrsg.), die species facti, deren Beurteilung in Frage steht, und beim logischen Schluss handelt es sich um eine Vernunftsoperation. [...]

(358) Diese Tätigkeit des Richters fällt mit der Art und Weise, wie überhaupt die Logik im Rechte zu funktionieren berufen ist, zusammen. Sie bildet einen Fall des juristischen Denkens.“

Vgl. im weiteren HUBER, a.a.O., p. 381-395.

16 D 1,3,13 (Ulpian 1 ed aed cur)

Denn, wie Pedius sagt, besteht, sobald das eine oder das andere durch ein Gesetz eingeführt worden ist, eine gute Gelegenheit, auch das Übrige, das denselben Zweck verfolgt, durch Auslegung und gewiss auch durch die Rechtsprechung zu ergänzen.

Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel altarum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.

17 D 1,3,32 pr./1 (Julian 84 dig)

(pr.) In Fällen, für welche uns geschriebene Rechtsquellen <lex scripta> nicht zur Verfügung stehen, muss angewendet werden, was durch (Verkehrs-) Sitte und Gewohnheit in Geltung gelangt ist: Wenn freilich derlei hinsichtlich des konkreten Sachverhaltes nicht erkennbar ist, dann <gilt>, was dem Fall am nächsten steht und durch Analogie anwendbar ist. [...] (1) Die langdauernde Übung wird zu Recht als Rechtsquelle befolgt, und es handelt sich um objektives Recht, was als durch Gewohnheit begründet begriffen wird. [...]

(pr.) De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: [...] (1) Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. [...]

Vgl. Art. 1 ZGB.

18 D 1,3,38 (Callistratus 1 quaest)

Denn Kaiser Severus hat den Bescheid erteilt, dass im Falle von Unklarheiten, die sich aus den Rechtsquellen ergeben, Gewohnheit oder

die rechtsbildende Wirkung stets ähnlich entscheidender Fälle Gesetzeskraft erhalten sollen.

Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.

Vgl. Art. 1 ZGB.

4. Zur Lehre von den Rechtsquellen

4.1 Erkenntnisquellen des Rechts

4.1.1 Arten: *ius civile, ius gentium, ius naturale*

19 Gai 1,1

Alle Völkerschaften, die von Recht und Sitte beherrscht sind, wenden zum Teil ihr eigenes, teilweise aber das der ganzen Menschheit gemeinsame Recht an; denn was jedes Volk sich selbst als Recht setzt, ist das ihm eigene Recht und wird als *ius civile*¹⁾ bezeichnet, als das spezifische Recht dieser Bürgerschaft; was hingegen die natürliche Vernunft für alle Menschen festlegte, dies wird auch bei allen Völkern gleichermaßen befolgt und wird *ius gentium*²⁾ genannt, als dasjenige Recht, welches alle Völkerschaften anwenden. Und so lebt auch das römische Volk teils nach seinem nationalen, teils nach dem allen Menschen eigenen Recht. Welche einzelnen Rechtsinstitute zu welchem Rechtskreis gehören, werden wir jeweils an seinem Ort darlegen.

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus.

¹⁾ *ius civile*: wörtl. bürgerliches Recht

²⁾ *ius gentium*: wörtl. Recht der Völker (beachte: *nicht* Völkerrecht)

20 D 1,1,1,3 (Ulpian 1 inst)

Als *ius naturale*¹⁾ bezeichnet man, was die Natur alle Lebewesen lehrt; denn diese Norm ist kein Spezifikum der Menschheit, sondern ist allen Geschöpfen gemeinsam, die auf der Erde, im Wasser oder in der Luft leben. Von ihr leitet sich auch die Verbindung von Mann und Frau ab,

die wir Ehe nennen, von ihr die Erzeugung von Kindern, von ihr deren Pflege und Erziehung; und wir erkennen, dass auch die übrige Kreatur, selbst wildlebende Tiere, sich dieser Verhaltensweise gemäss verhält.

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.

¹⁾ *ius naturale*: wörtlich natürliches Recht; freilich nicht Naturrecht im Sinne der Rechtsphilosophie

4.1.2 Konkretisierungen: zivilrechtliche und natürliche Verwandtschaft

21 D 1,1,6 pr. (Ulpian 1 inst)

Unter *ius civile* versteht man jene Rechtsschicht, die zwar nicht gänzlich vom *ius naturale* beziehungsweise vom *ius gentium* abweicht, aber sich auch nicht durchwegs nach diesen ausrichtet: somit schaffen wir, indem wir dem übergreifenden Recht etwas hinzufügen oder wegnehmen, unser eigenes Recht, will sagen das *ius civile*.

Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei(s) servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.

22 D 38,10,4,2 (Modestin 12 pand)

Der Begriff der Verwandtschaft wird in Rom zweifach definiert: denn gewisse Verwandtschaftsverhältnisse werden durch das *ius civile*, andere durch das *ius naturale* begründet. Nicht selten wird die Verwandtschaft durch die Parallelität beider Rechte, des *ius naturale* und *civile* gestiftet. Indessen wird als Blutsverwandtschaft für sich allein, ohne zivilrechtliches Element, diejenige definiert, die durch die Frau vermittelt ist, indem sie ausserhalb der Ehe ein Kind zur Welt gebracht hat. Demgegenüber besteht die Verwandtschaft nach *ius civile*, die auch die gesetzliche genannt wird, für sich allein, ohne Blutsverwandtschaft, im Falle der *Adoption*. Nach beiden Rechten besteht die Verwandtschaft schliesslich, wenn sie durch eine rechtmässig eingegangene Ehe begründet wird. Die natürliche, die Blutsverwandtschaft, ist mit der Bezeichnung „Kognition“ versehen; die rechtliche hingegen – wiewohl sie, auch für sich allein genommen, durch diesen Ausdruck vollständig umschrieben wäre – wird im technischen Sinne als „Agnation“ bezeichnet, als jene Verwandtschaftsform nämlich, die durch die Männer vermittelt wird.

Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur per feminas descendit, quae volgo liberos peperit. civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. utroque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit.

23 D 50,17,8 (Pomponius 4 Sab)

Die rechtlichen Verhältnisse, die sich aus der Blutsverwandtschaft ergeben, können durch keinerlei *ius civile* aufgehoben werden.

Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt.

24 Gai 1,59

Zwischen Personen, die im Eltern-Kindesverhältnis zueinander stehen, kann keine Ehe geschlossen werden; zwischen ihnen ist ein *conubium* nicht möglich, so beispielsweise zwischen Vater und Tochter, zwischen Mutter und Sohn, zwischen Grossvater und Enkelin oder zwischen Grossmutter und Enkel. Wenn solche Personen sich ehelich verbinden, sind sie nach allgemeiner Auffassung eine frevelhafte und inzestuöse Ehe eingegangen. Dieses Verbot reicht so weit, dass, selbst wenn das Eltern-Kindesverhältnis durch Adoption zustande gekommen ist, eine Ehe unter den Beteiligten nicht geschlossen werden kann, und das Verbot bleibt sogar bestehen, auch nachdem das Adoptionsverhältnis wieder gelöst worden ist. Daher kann ich eine Frau, die durch Adoption meine Tochter oder Enkelin geworden ist, nicht heiraten, selbst dann nicht, wenn ich sie aus der *patria potestas* entlassen hätte.

Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem vel inter aviam et nepotem. et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae aut neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim.

25 D 23,2,68 (Paulus lib sing SC Turpillianum)

Nach *ius gentium* begeht derjenige Blutschande <*incestum*>, der eine Frau heiratet, die in gerader Linie zu seinen Vorfahren <= Aszendenten> oder Nachkommen <= Deszendenten> gehört.

Iure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit.

26 D 1,5,24 (Ulpian 27 Sab)

Gemäss eines Naturgesetzes folgt ein Kind ausserhalb einer rechtmässigen Ehe <der Rechtsstellung> seiner Mutter, wenn nicht ein Sondergesetz etwas anderes anordnet.

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

4.2 Geltungsgrund des Rechts

4.2.1 Die Quellen

4.2.1.1 *ius civile* (und die *aequitas*)

27 D 1,1,7 pr. (Papinian 2 def)

Unter *ius civile* versteht man, was seinen Geltungsgrund aus Gesetzen, Plebisziten, Senatsbeschlüssen, Dekreten des Princeps oder aber aus der Auslegung der Rechtsgelehrten herleitet.

Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.

28 D 1,2,2,12 (Pomp lib sing ench)

In unserem Gemeinwesen wird daher entweder nach dem <geschriebenen> Recht entschieden, das heisst gemäss dem Gesetzesrecht, oder es gilt das eigentliche Zivilrecht, welches als ungeschriebenes Recht einzig auf der Auslegung der Rechtsgelehrten beruht, oder man bedient sich der (Legis-) Aktionen, welche die Klageformeln enthalten. Oder es gelten die Plebiszite, die ohne Zustimmung des Senats beschlossen werden. Oder man wendet die Edikte der Magistrate, aus denen das Amtsrecht entsteht, oder die Senatsbeschlüsse, die allein durch Entscheidung des Senats ohne einen Beschluss der Volksversammlung herbeigeführt werden, an oder die kaiserlichen Konstitutionen; dies bedeutet, dass das, was der Kaiser selbst bestimmt, wie ein Gesetz behandelt wird.

Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.

28 a LIVIUS ab urbe condita 2,3,4

Gesetze sind eine taube und unverrückbare Einrichtung, dem Schwachen günstiger und geneigter als dem Mächtigen, ohne Spielraum und Nachsicht, wenn man deren Richtmass überschritten hat.

Leges rem surdam, inexorabilem esse, salubriorem melioremque inopi quam potenti, nihil laxamenti nec veniae habere si modum excesseris.

28 b D 50,17,90 (Paul 15 quaest)

Gewiss ist in jeder Hinsicht, ganz besonders aber bei Rechtsverhältnissen der Angemessenheit (*aequitas*) Beachtung zu schenken.

In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.

Cfr. Rdn 569 a

28 bb CICERO topica 9

Das Zivilrecht (*ius civile*) ist die für die Angehörigen derselben Bürgerschaft zur Handhabung der ihnen vorbehaltenen rechtlichen Angelegenheiten in die Gesetze eingelassene Angemessenheit (*aequitas*). Somit ist das Verstehen dieser Angemessenheit fruchtbar; nutzbringend ist folglich auch die Wissenschaft (*scientia*) des Zivilrechts (*ius civile*).

Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia.

Cfr. Rdn 2

28 c CICERO rhetorica ad Herennium 2,20

Das Recht (*ius*) stimmt mit dem Angemessenen (*aequitas*) und dem Rechtsbewusstsein überein (*constat*), weil es offensichtlich der Unparteilichkeit und dem Staatswohl dient, [...].

Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere, [...].

28 d CICERO partitiones oratoriae 130

Die Tragweite der Angemessenheit (*aequitas*) ist eine doppelte: Einerseits wird damit geradewegs die Beachtung des Richtigen (*verum*) und Rechtmässigen (*iustum*), oder wie man auch sagt, des Angemessenen (*aequum*) und Rechtlichen (*bonum*) abgesichert, andererseits zielt sie auf den Grundsatz, Gleiches mit Gleichem aufzuwiegen.

Aequitatis vis est duplex: cuius altera directa veri et iusti et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur.

28 e CICERO partitiones oratoriae 100

Was also die Gewährung der actiones, die Anhebung des Prozesses, beziehungsweise die darauf bezügliche Einlassung, die Ausklammerung (*excipere*) einer Unangemessenheit des Klageformulars (*iniquitas actionis*), die Herstellung der Rechtsgleichheit (*aequitas*) angeht, und weil darin der Ausgangspunkt liegt, erscheint es, obschon alldies vielfach auch zum Streitgegenstand des eigentlichen Prozesses wird, gleichwohl als geboten, vor der Eröffnung des Verfahrens darüber sich auseinanderzusetzen, <ein Vorgang> den ich vom eigentlichen Prozessverfahren vorläufig trenne, und zwar mehr rücksichtlich des Zeitpunktes der Durchführung als wegen einer Wesensverschiedenheit. Denn alles was auf der Grundlage des ius civile und der Angemessenheit (*aequitas*) in Streit steht, fällt in jenen Verfahrensabschnitt, in welchem darüber gestritten wird, wie etwas rechtlich sich verhalte, und welcher sich in erster Linie an der Angemessenheit (*aequitas*) und am ius civile ausrichtet, worüber noch gesprochen werden soll.

Quarum causarum genus est positum in iure civili, quod est in privatarum et publicarum rerum lege aut more positum; cuius scientia neglecta ab oratoribus plerisque nobis ad dicendum necessaria videtur. quare de constituendis actionibus, de capiendis subeundisve iudiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda aequitate, quod ea fere generis eius sunt, ut quamquam in ipsum iudicium saepe delabuntur, tamen ante iudicium tractanda videantur, paulum ea separo a iudiciis tempore magis agendi quam dissimilitudine generis. nam omnia, quae de iure civili aut de aequo et bono discepanitur, cadunt in eam formam causarum, in qua, quale quid sit, ambigitur, de qua dicturi sumus, quae in aequitate et in iure maxime consistit.

4.2.1.2 *ius honorarium*

29 D 1,1,7,1 (Papinian 2 def)

Unter praetorischem Recht <= Honorar- oder Amtsrecht> versteht man diejenigen Rechtsinstitute, welche die Praetoren einführten, um das *ius civile* zu bestätigen, zu ergänzen oder aber abzuändern, und zwar im öffentlichen Interesse. Dass diese Rechtsmasse auch als *ius honorarium* bezeichnet wird, geschah wegen des *honor* <= Würde> der Praetoren.

Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

29 a CICERO de leg 3,8

Massgebend in der Rechtspflege soll der Praetor sein, welcher im Privatrecht entscheidet oder aber zu entscheiden anordnet (*iubeat*). Er hat der Sachwalter des Zivilrechts (*iuris civilis*) zu sein. Ihm sollen mit gleicher Amtsgewalt (*potestate*) so viele Kollegen beigegeben werden, als der Senat vorgesehen oder das Volk beschlossen hat.

Iuris disceptator, qui privata iudicet iudicative iubeat, praetor esto: is iuris civilis custos esto: huic potestate pari quotcumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt.

29 b D 1,2,2,32 (Pomp lib sing ench)

[...] So sind innerhalb des Staates achtzehn Praetoren in der Rechtspflege tätig.

[...] Ita decem et octo praetores in civitate ius dicunt.

30 D 44,7,25,2 (Ulpian reg)

Ferner werden alle *actiones* entweder als zivilrechtliche <gemäss *ius civile*> oder aber als honorarrechtliche definiert.

Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae.

4.2.2 Konkretisierungen

4.2.2.1 *ius civile*

Beispiel: die *lex Aquilia* und gestützt darauf die *actio legis Aquiliae*; vgl. oben Rdn 5 - 8.

A. Aktivlegitimation zur *actio legis Aquiliae*

31 D 9,2,11,6 (Ulpian 18 ed)

Die *actio* aus der *lex Aquilia* steht dem Herrn, d.h. dem Eigentümer <sc. des Sklaven> zu.

Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.

B. Zum Tatbestand der *actio legis Aquiliae*

a) Schaden (*damnum*)

α) Der Schadensumfang

32 D 9,2,33 pr. (Paulus 2 Plaut)

Wenn du meinen Sklaven getötet hast, so darf meiner Ansicht nach ein Affektionswert bei der Schadensbemessung nicht in Rechnung gestellt werden, wie wenn z.B. jemand deinen natürlichen Sohn tödlich verwundet hätte, den du für einen hohen Preis freikaufen wolltest; vielmehr ist derjenige Wert massgebend, den er für jedermann darstellte. Auch Sextus Pedius vertritt die Ansicht, dass bei der Berechnung des Geldersatzes für die <beschädigten> Sachen weder eine besondere Vorliebe für sie noch eine spezifische Nützlichkeit für Einzelne, sondern allein der objektive Wert in Anschlag gebracht werden dürfe. [...] Denn aufgrund der *lex Aquilia* steht uns der Ausgleich erlittenen (Vermögens-) Schadens zu, und zwar ist eine Einbusse entsprechend dem Betrage anzunehmen, den man für die <intakte> Sache hätte lösen können, beziehungsweise jetzt <für Wiederherstellung oder Ersatz> aufzuwenden gezwungen ist.

Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. [...] in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.

32 a D 9,2,21 pr. (Ulpian 18 ed)

Das Gesetz (sc. die *lex Aquilia*) sieht vor: „Wieviel dieser Sklave in diesem Jahre maximal wert gewesen ist“. Diese Anordnung regelt die Schätzung des zugefügten Schadens.

Ait lex: ‚quanti is homo in eo anno plurimi fuisset‘. quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.

32 b D 9,2,21,2 (Ulpian 18 ed)

Setzen wir im Schätzungsvorgang nur gerade den unmittelbar seinen Körper betreffenden Wert im Zeitpunkt der Tötung fest, oder aber unser Interesse daran, dass er nicht zu Tode gekommen wäre? Nach dem geltenden Recht wird auf dieses Interesse geschätzt.

Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.

32 c D 9,2,22 pr. (Paulus 22 ed)

Falls du einen Sklaven getötet hast, dessen Übereignung ich mittels Stipulation und unter einer Konventionalstrafe versprochen habe, wird diese im Verfahren gleichfalls als Schaden geltend gemacht werden können.

Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.

32 d BGE 104 II 199 E. 1-a)

Schaden ist ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 97 II 176, 90 II 424; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. I S. 53 ff.; VON TUHR/PETER, OR S. 84/5; GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 83 und 85).–

Bestätigt in BGE 115 II 481 E.a. und BGE 116 II 444, E. 3a), aa).

32 e BGE 116 II 444 E. 3-a/aa)

Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 104 II 199 mit Hinweisen). Der Differenzbestimmung unterworfen ist das vom schädigenden Ereignis betroffene Rechtsgut.

32 f BGE 115 II 481 E. 3-a)

Einen immateriellen Schadensbegriff hat das Bundesgericht in BGE 87 II 290 ff. abgelehnt. Die herrschende Lehre und die überwiegende kantonale Rechtsprechung sind ihm in dieser Auffassung gefolgt (GAUCH, SJZ 79/1983 S. 276; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Band II/1 S. 7 Anm. 19 und S. 508 Anm. 148 mit weiteren Hinweisen; JdT 1985 I 430 Nr. 48).

32 g BGE 129 III 331 ff. (322)

E. 2.1 Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 128 III 22 E. 2e/aa; 104 II 198 S. 199; 90 II 417 E. 3 S. 424, je mit Hinweisen).

32 gg BGer 4C.329/2002, Urteil vom 19.2.2003, 1. Ziv. Abt.

E. 2.3 Schaden im Rechtssinne ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er kann in einer Verminderung der Aktiven oder in einer Vermehrung der Passiven bestehen (BGE 127 III 73 E. 4a). Die Vermehrung der Passiven sodann tritt bereits mit der Entstehung einer Verbindlichkeit, nicht erst mit deren Erfüllung ein (BGE 116 II 441 E. 3a/aa; NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999, Rz. 145).

32 h BGE 64 II 137 ff. (138)

E 3. – c) Da hier der Begriff des Schadens in Frage steht, handelt es sich um eine Rechtsfrage, zu deren Überprüfung das Bundesgericht befugt ist. Die Auffassung der Vorinstanz ist irrtümlich. Ein Schaden ist dann entstanden, wenn das gegenwärtige Vermögen des Geschädigten geringer ist, als es vor Eintritt des schädigenden Ereignisses war. Bei Zerstörung oder Beschädigung einer Sache ist zur Bestimmung des Wertverhältnisses auszugehen vom objektiven oder gemeinen Wert. Das ist der Tauschwert, d. h. die Summe, für welche der Eigentümer die Sache hätte verkaufen können (v. TUHR, OR S. 69, S. 97). Der Schaden ist also nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte die Sache verkauft und dabei die entsprechende Einbusse erleidet; es steht ihm selbstverständlich auch frei, die minderwertige Sache zu behalten und den Ausgleich zu beanspruchen. Mit der Festsetzung der Experten, dass der Tauschwert des klägerischen Autos nach den Unfallreparaturen um Fr. 400.- geringer (139) war als vorher und dass diese Minderung ihre Ursache ausschliesslich im Unfallereignis hatte, ist dargetan, dass der Minderwert nicht nur ein ideeller ist, wie die Vorinstanz annimmt, sondern ein höchst reeller.

32 hh BGE 122 III 53 ff.

E. 4 -a) (54) Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes und wird als Schadenszins bezeichnet (BGE 33 II 124 E. 7 S. 133, BGE 118 II 363; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Aufl. 1995, S. 256 f. Rz. 23 ff.; BREHM, Berner Kommentar, N. 97 ff. zu Art. 41 OR, je mit Hinweisen). Dieser Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage der unerlaubten Handlung bzw. für deren wirtschaftliche Auswirkungen befriedigt worden wäre (BGE 81 II 512 E. 6). Vom Verzugszins unterscheidet er sich vor allem dadurch, dass er den Verzug, namentlich eine Mahnung des Gläubigers nach Art. 102 Abs. 1 OR, nicht voraussetzt. Funktional erfüllt er jedoch denselben Zweck wie der Verzugszins und kann daher nicht kumulativ beansprucht werden (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 257 Fn. 35; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N. 37 zu Art. 73 OR). Geschuldet ist er sowohl bei deliktischer wie bei vertraglicher Haftpflicht (BGE 103 II 330 E. 5 S. 338; MERZ, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1, S. 177; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 5. Aufl. 1991, S. 128 f. Rz. 2791).

β) Die Art des Schadenersatzes: Der Grundsatz der Naturalrestitution

32 i VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd. (3. Aufl. 1979), p. 114 f.

(114) I. Schadenersatz ist eine Leistung des Schuldners, durch welche eine im Vermögen des Gläubigers entstandene Verminderung ausgeglichen wird. Diese Ausgleichung kann durch verschiedene Mittel erfolgen: durch Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (*Naturalrestitution*), z. B. durch Ausbesserung der beschädigten Sache; oder durch Zahlung einer Geldsumme, welche den Wert des geschädigten Vermögens auf die Höhe bringt, die es ohne das schädigende Ereignis hätte (*Geldersatz*), z. B. durch Vergütung der Summe, um welche der Wert des beschädigten Gegenstandes gemindert ist. Während das römische und gemeine Recht nur den Geldersatz kannte, hat das BGB in den §§ 249 ff. die Naturalrestitution zum Grundsatz erhoben, jedoch weitgehende Ausnahmen zugunsten des Geldersatzes zugelassen. Nach Art. 43 OR wird die Art des Schadenersatzes (wenn die Parteien sich nicht darüber einigen) durch den Richter bestimmt. Er hat dabei die Umstände zu erwägen, d. h. dasjenige (115) Mittel des Ersatzes zu wählen, welches nach der Beschaffenheit des Schadens und den Verhältnissen der Parteien sich als das zweckmässigste und am besten durchführbare erweist. Unter mehreren gleichwertigen Mitteln des Ersatzes wird der Richter in der Regel das wählen, welches dem Wunsch des Geschädigten entspricht, es

sei denn, dass damit eine zu weit gehende Belastung des Gegners verbunden ist.

Nach diesen Gesichtspunkten kann sich oft ergeben, dass Naturalrestitution am Platze ist, z. B. wenn der Geschädigte Reparatur der Sache wünscht (und die Reparatur nicht unverhältnismässige Kosten erfordert), oder die Wiederverschaffung oder Entlastung einer Sache, welche der Gegner unerlaubterweise veräussert oder verpfändet hat; oder die Lieferung einer Sache, welche der Beauftragte pflichtwidrig für sich selbst, statt für den Auftraggeber gekauft hat. [...] In gewissen Fällen wird der Richter statt des vom Kläger gewünschten Geldersatzes Naturalrestitution bewilligen, z. B. wenn der Gegner an Stelle eines beschädigten Buches ein anderes Exemplar desselben Buches liefern will, oder wenn der Vermieter an Stelle eines unbewohnbaren Zimmers ein anderes, in jeder Beziehung gleichwertiges Zimmer anbietet⁶⁾.

Meistens wird der Schadenersatz in einer Geldzahlung bestehen⁷⁾. Denn abgesehen von den zahlreichen Fällen, in denen die Herstellung des früheren Zustandes unmöglich ist, empfiehlt sich der Geldersatz durch die Einfachheit der Vollstreckung und dadurch, dass die weiteren Streitigkeiten, welche sich aus der Naturalrestitution ergeben können, bei Geldzahlung ausgeschlossen sind.

⁶⁾ Als Ergänzung der Naturalrestitution ist dem Geschädigten Geldersatz zu gewähren für den Schaden, den er bis zur Herstellung erleidet (vgl. unten N. 8), bei der Reparatur einer beschädigten Sache ausserdem für den bleibenden Minderwert der reparierten Sache, BGE 64 II 138 f. <=Rdn 32 h>; OFTINGER, Haftpflichtrecht I S. 227.

⁷⁾ Hat aber der Täter, bevor der Geschädigte einen Anspruch erhebt, den Schaden *in natura* völlig beseitigt, so ist ein Anspruch auf Geldersatz ausgeschlossen.

32 j **BGB § 249 Art und Umfang des Schadenersatzes.** (1) Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

(2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadenersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schliesst der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

BGB § 250 Schadenersatz in Geld nach Fristsetzung. Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger den Ersatz

in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen.

BGB § 251 Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung. (1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

(2) Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismässig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.

Cfr. Art. 43 Abs. 1 OR

32 k MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II (1888)

(20) Das die Verpflichtung zur Naturalrestitution in erster Linie in sich schliessende Prinzip der Wiederherstellungspflicht hat die Natur der Sache für sich und entspricht der Rechtslogik. Eine dasselbe verleugnende allgemeine Regel wäre ungerecht bald gegen den Gläubiger, bald gegen den Schuldner. Das gegen das Prinzip allenfalls geltend zu machende Bedenken, dass, weil die Wiederherstellungspflicht ein den Schuldner zu einer Handlung verpflichtendes Schuldverhältniss erbeuge, der Gläubiger in eine schlimme Lage gerathen könne in den zahlreichen Fällen, in welchen die Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes zweifelhaft sei oder wenn der Schuldner sich renitent erweise, verliert Angesichts der Vorschrift des § 243 <= § 250 BGB> in wichtigen und zahlreichen Fällen an Bedeutung, indem hierdurch dem Beschädigten die Möglichkeit eröffnet ist, gerade den erwähnten Schwierigkeiten auf sicherem Wege zu begegnen. Die Ausführung des Prinzipes der Verpflichtung zur Naturalrestitution für die einzelnen denkbaren Fälle ist überflüssig und wäre nicht unbedenklich. Selbstverständlich kommt diese Verpflichtung überall da in Wegfall, wo die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach dem Gesetze nicht zulässig oder ausgeschlossen ist. Der Grundsatz, dass zum Zwecke des Schadensersatzes zunächst Naturalrestitution zu leisten und der Gläubiger auch letztere, soweit sie möglich, anzunehmen verpflichtet ist, leidet nur scheinbar eine Ausnahme in den Fällen, in denen dem Gläubiger wegen theilweiser Unmöglichkeit der Leistung oder wegen Verzuges des Schuldners das Recht zusteht, unter Ablehnung des möglich gebliebenen Theiles der Leistung oder der verspäteten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, bezw. von dem Vertrage zurückzutreten (§§ 242, 243, 247, 369, 377 Abs. 2). In der That ist in diesen Fällen die Herstellung des dem Schuldverhältnisse zunächst entsprechenden Zustandes nicht möglich und vom höheren

Gesichtspunkte seines Interesses ist dem Gläubiger gestattet, Schadensersatz in Geld wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, gleich als ob diese aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande eingetreten wäre, zu fordern oder durch Rücktritt von dem Vertrage den Zustand herzustellen, wie wenn der Vertrag gar nicht geschlossen worden wäre.

b) Widerrechtlichkeit (*iniuria*)

α) Begriff

33 D 9,2,5,1 (Ulpian 18 ed)

Iniuria ist hier aber nicht gleich zu definieren wie etwa bei der *actio iniuriarum*, als irgendeine Form persönlicher Verletzung, sondern sie meint jedes mit dem objektiven Recht unvereinbare Tun, das mithin eine Negation des Rechts darstellt. [...]

Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, [...]

33 a Gai 3,211

Als widerrechtlich (*iniuria*) wird freilich jemandes Tötungshandlung erachtet, wenn sie mit dessen Vorsatz (*dolus*) oder fahrlässig (*culpa*) begangen wurde, und auch durch kein anderes Gesetz wird ein Schaden, welcher nicht widerrechtlich (*iniuria*) zugefügt worden war, zugerechnet; daher bleibt haftungsfrei, wer ohne Fahrlässigkeit (*culpa*) und Vorsatz (*dolus malus*), infolge irgend eines Zufalls (*casus*) einen Schaden verursacht hat.

Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

34 D 47,10,1 pr. (Ulpian 56 ed)

Als „*iniuria*“ <Widerrechtlichkeit> wird bezeichnet, was ohne Rechtsgrundlage geschieht. Denn alles, was nicht rechtens ist, wird als zu Unrecht geschehen bezeichnet; dies gilt im allgemeinen. Im besonderen meint „*iniuria*“ auch „Beleidigung“ <Injurie>. Und bisweilen versteht man darunter auch einen widerrechtlich zugefügten Schaden, wie wir im Rahmen der *lex Aquilia* zu formulieren pflegen. Manchmal nennen wir auch eine Unbilligkeit „*iniuria*“, denn wenn jemand in unrechtmässiger oder ungerechter Weise ein Urteil gefällt hat,

wird daher von *iniuria* gesprochen, weil es Recht und Gerechtigkeit entbehrt - gleichsam als „*non-iuria*“ <Nicht-Recht>, [...].

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, [...].

- 34 a MOTIVE zum 1. Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II: Schuldrecht (1888), p. 726

Widerrechtlich aber ist vor Allem das Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz. Doch kommen hierbei nicht bloß solche Gesetze in Betracht, welche unmittelbar ein Verbot zum Gegenstande haben, vielmehr auch diejenigen, welche mittelbar, insbesondere in der Form einer Strafandrohung, ein Verbot enthalten. Bei solchen Verböten giebt die Strafandrohung durch die bestimmten Voraussetzungen der Strafbarkeit die Grenzen des Verbötes. Wird nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, so kann die nur fahrlässige Handlung auf Grund des in dem Strafgesetze enthaltenen Verbötes nicht als widerrechtlich angesehen werden, unbeschadet der Bedeutung anderer Umstände.

Ebenso zweifellos widerrechtlich ist die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechtes. Es liegt in dem Begriffe eines solchen subjektiven Rechtes, dass jeder Dritte dasselbe achten muss und nicht verletzen darf. Doch ist die Verletzung nur eine Rechtswidrigkeit gegenüber dem Berechtigten, während das gesetzliche absolute Verbot einem Jeden zum Schutze dient. Durch ein dem Handelnden zustehendes eigenes Recht, die Handlung oder Unterlassung vorzunehmen, wird die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen, weil das Recht eines Anderen stets als Beschränkung des eigenen Rechtes zu verstehen ist; und auch abgesehen von einem dem Handelnden zustehenden subjektiven Rechte, die Handlung vorzunehmen, gestattet das Gesetz unter Umständen die Verletzung des absoluten Rechtes eines Anderen, so dass die Widerrechtlichkeit der Verletzung ausgeschlossen wird.

- 34 b Vgl. dazu zum geltenden schweizerischen Haftpflichtrecht Karl OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, § 4 II, p. 128

Widerrechtlichkeit bedeutet, allgemein aufgefasst, Unrecht, also die Negation des Rechtes. <Hervorh. v. Hg.> [...] Im Schadenersatzrecht geht es um einen weniger weiten Begriff. Hier will die Rechtsordnung auf Schädigungen reagieren, also ist Widerrechtlichkeit der Verstoss gegen Normen, die direkt oder

indirekt Schädigungen untersagen, m.a.W. dem Rechtsgenossen ein, Schädigungen vermeidendes, Verhalten vorschreiben.

(Vgl. jetzt auch OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, I. Band, 5. Auflage, 1995, § 4.)

34 c BGE 108 II 311 E. 2-b)

Art. 41 Abs. 1 OR kommt hier als Grundlage für eine Schadenersatzpflicht schon deshalb nicht in Frage, weil es an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Beklagten fehlt. Die Beklagte hat nicht gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstossen und insbesondere kein absolutes Recht der Kläger wie das Eigentum oder das Persönlichkeitsrecht verletzt, wenn sie beim Abschluss und bei der Abwicklung des Generalunternehmervertrages mit der Horta nicht besser dafür sorgte, dass die Forderungen der Kläger von der Horta auch wirklich bezahlt würden. Als Rechtsnorm, aus der sich eine besondere Schutzpflicht der Beklagten ergeben haben soll, wird in der Berufung einzig Art. 2 ZGB genannt. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben knüpft jedoch, wie sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB ergibt, an bereits bestehende Rechte und Pflichten einer Person an: ‚Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.‘ Wo jemand weder nach Vertrag noch nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, kann eine solche Pflicht höchstens in eng umgrenzten Ausnahmefällen selbständig aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden.

34 d BGE 115 II 18 f. E. 3-a)

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt der Blankettnorm nach Art. 41 Abs. 1 OR die sogenannte objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde (BGE 113 Ib 423 E. 3 mit Hinweis; 108 II 311 f. E. b; aus der jüngeren Literatur zur objektiven Widerrechtlichkeit namentlich BREHM, N. 33 ff. zu Art. 41 OR; KELLER/GABI, Haftpflichtrecht, S. 1145 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/ 1, S. 17 Rz 43 bei Fn 64 und S. 35 f. Rz. 101; HEINZ RASCHEIN, Thesen zum System des schweizerischen Haftpflichtrechts, recht 1988 S. 83 ff.). Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Die Widerrechtlichkeit liegt im objektiven Normverstoss und entfällt bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes.

Demgegenüber knüpft die sogenannte subjektive Theorie an den Begriff der Befugnis an und erachtet grundsätzlich jede Drittschädigung als widerrechtlich, es sei denn, sie erfolge befugtermassen mit subjektiver Rechtfertigung (zum Theorienstreit einlässlich BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR; Diss. Freiburg 1987, S. 212 ff.). Sie hat sich in der Schweiz bisher nicht durchzusetzen vermocht (Nachweise bei GABRIEL, a.a.O., S. 81 ff.).

Der Theorienstreit bleibt ohne Auswirkungen auf die Ersatzpflicht für Schäden, die aus der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter resultieren, oder deren Widerrechtlichkeit von vornherein aus gegebenem Rechtfertigungsgrund entfällt (GABRIEL, a.a.O., S. 108 f. Rz. 368). Dagegen erlangt sie Bedeutung im Bereiche der reinen Vermögensschäden ohne objektiven Schutznormverstoss. Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass die praktische Bedeutung der unterschiedlichen Betrachtungsweise Gefahr läuft, überschätzt zu werden, da einerseits die Vertreter der objektiven Theorie zunehmend geneigt sind, den Begriff der haftpflichtrechtlichen Schutznorm auszudehnen, diejenigen der subjektiven Theorie andererseits gezwungen sind, nach immer neuen Rechtfertigungsgründen zu suchen, soll die allgemeine Deliktshaftung nicht uferlos auswuchern (RASCHEIN, a.a.O., S. 88 unter b).

34 e BGE 118 Ib 476 f. E. 2-b)

Widerrechtlichkeit setzt die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten [...] Rechtsgutes voraus, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht), sei es, dass eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). [...] Da das Vermögen als solches nicht wie ein absolutes Recht geschützt ist, kann eine Vermögensschädigung durch [...] Handeln - oder Unterlassen - eine Haftung [...] nur auslösen, wenn dieses Handeln Verhaltensunrecht darstellt. Grundsätzlich wäre daher zunächst zu untersuchen, ob sich im von der Klägerin geltend gemachten Zusammenhang eine Norm findet, die sie vor Vermögensschädigung schützt.

34 ee BGE 118 II 176 ff.

E. 4-b) (179) Sachschaden entsteht infolge Zerstörung, Beschädigung oder Verlusts einer Sache (OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1975, S. 61; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, Bern 1982, S. 48, Rz. 20; BREHM, Berner Kommentar, N 77 zu Art. 41 OR; vgl. auch BGE 116 II 490 f. E. 4). Dabei stellen die Zerstörung, die Beschädigung und der Verlust nicht selber den Schaden dar, sondern sind die Ursache eines solchen (OFTINGER, S. 61 Anm. 40). Der Schaden ist die daraus resultierende Vermögenseinbusse. Reiner Vermögensschaden liegt demgegenüber vor, wenn eine Vermögenseinbusse eintritt, ohne dass eine Person verletzt oder getötet oder eine Sache beschädigt oder zerstört worden, beziehungsweise verlorengegangen ist (OFTINGER, S. 61).

34 eee BGE 115 II 19

E. 3-b) [...] Wer eine Handlung unterlässt, zu der er von der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen kann daher nur entstehen, wenn das Gesetz ein Handeln verlangt, eine Unterlassung ausdrücklich ahndet (BREHM, N. 56 zu Art. 41 OR). [...] Widerrecht-

liche Unterlassung setzt damit eine Garantenstellung für den Geschädigten voraus (GABRIEL, a.a.O., S. 99, Rz. 339 mit Hinweisen in Fn. 88).

34 f Art. 239 StGB

Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen

1. Wer vorsätzlich den Betrieb einer öffentlichen Verkehrsanstalt, namentlich den Eisenbahn-, Post-, Telegraf- oder Telefonbetrieb hindert, stört oder gefährdet,

wer vorsätzlich den Betrieb einer zur allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage hindert, stört oder gefährdet,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

34 g BGE 102 II 85 ff. (= Pra 65 (1976) S. 364 f.)

4. – b) Die Beklagte bestreitet auch, dass die Klägerinnen sich auf StGB 239 berufen können, da ihre privaten Interessen nur durch die Bestimmungen über die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen (StGB 137 ff.) geschützt seien, StGB 239 finde sich dagegen im 9. Titel unter den Verbrechen oder Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr, er bezwecke nicht, die Interessen der Privaten zu schützen, sondern im Interesse der Allgemeinheit das gute Funktionieren der öffentlichen Dienste zu gewährleisten.

Diese Auslegung ist irrtümlich. StGB 239 1 II und 2 bedrohen mit Strafe die Handlungen, die den Betrieb einer zur allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage vorsätzlich oder fahrlässig hindern, stören oder gefährden. Die Bestimmung bezweckt neben dem Schutz der Interessen dieser Unternehmen auch jenen der Abnehmer, die gerade zu dem Publikum gehören, das die Gesetzesvorschrift im Auge hat (BGE 101 Ib 256 = Pr 65 Nr. 272). Wer den Bruch einer Wasserleitung, eines elektrischen Kabels, einer Gasleitung oder eines Fernheizungskanals verursacht und dadurch den Betrieb des Verteilungsdienstes unterbricht, beeinträchtigt nicht nur die Interessen des Unternehmens, dem dieser Dienst obliegt, sondern auch die Interessen der Abonnenten, die dieser Betrieb mit Wasser, Strom, Gas oder Wärme versorgt. Der persönliche Anspruch des Abonnenten auf diese Versorgung, der auf dem Vertrag mit dem Verteilungsunternehmen beruht, wird durch das von StGB 239 1 II und 2 unter Strafe gestellte Vergehen unmittelbar verletzt, gleich wie der persönliche Anspruch des Mieters auf den Gebrauch der Mietsache durch die in StGB 145 genannten Handlungen verletzt wird (BGE 74 IV 7 = Pr 37 Nr. 75). Im vorliegenden Fall ist der persönliche Anspruch der Klägerinnen, mit elektrischem Strom versorgt zu werden, durch den Unterbruch des Verteilungsbetriebes verletzt worden.

5. Nach der Rechtsprechung besteht die unerlaubte Handlung nicht notwendigerweise in der Verletzung eines subjektiven Rechts, OR 41 I verpflichtet denjenigen, der durch sein Verschulden ein Gebot der

Rechtsordnung verletzt, den dadurch einem andern zugefügten Schaden auch dann zu ersetzen, wenn von einem subjektiven Recht des Geschädigten nicht die Rede sein kann; es genügt, dass die missachtete Vorschrift bezweckt, den Verletzten in den durch die Verletzungshandlung betroffenen Rechten zu schützen (BGE 30 II 571, 41 II 685, 75 II 212 E.3, 90 II 279 E.4, 101 Ib 255 E.2c u. d = Pr 5 Nr. 1, 38 Nr. 174, 54 Nr. 14, 64 Nr. 272). Wer ein privates Interesse verletzt, das durch eine im allgemeinen Interesse erlassene Strafnorm implizite geschützt wird, begeht daher eine unerlaubte Handlung (DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, S. 73 2.1.2; DESCHENAUX, *Norme et causalité en responsabilité civile*, in *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du TF suisse*, S. 418-420).

StGB 239 1 u. 2 bezwecken auch, wie dargelegt wurde, den Schutz der Interessen der Abonnenten gegen die Beeinträchtigungen, die ihnen durch die unter die genannten Bestimmungen fallenden Handlungen zugefügt werden. Wer den Betrieb einer Anstalt oder Anlage zur Verteilung von Wasser, Licht, Kraft oder Wärme an das Publikum hindert, stört oder gefährdet, begeht eine unerlaubte Handlung gegenüber den Abonnenten, die durch diese Handlung von der Versorgung abgeschnitten werden und dadurch einen Schaden erleiden. Die Unterbrechung des Kabels, das die Klägerinnen mit elektrischer Energie versorgt, stellt daher eine unerlaubte Handlung dar.

β) **Ausschluss der Widerrechtlichkeit**

- 35 D 47,10,1,5 (Ulpian 56 ed)
 [...] weil dies keine Widerrechtlichkeit darstellt, was gegenüber jemandem geschieht, der damit einverstanden ist.
[...] quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.
- Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR.
- 36 D 50,17,203 (Pomponius 8 ad Quint Muc)
 Der Schaden, den jemand aus eigenem Verschulden erleidet, wird als nicht erlitten aufgefasst.
Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.
- 36 a D 9,2,45,4 (Paul 10 Sab)
 Wer schuldhaft Schaden zufügt, weil er auf andere Weise sich nicht zu schützen vermag, handelt nicht unrechtmässig. Denn alle Gesetze und Rechtsgrundsätze gestatten, Gewalt mittels Gewalt abwehren zu dürfen. Werfe ich freilich um mich zu verteidigen einen Stein auf meinen Gegner, treffe aber nicht ihn, sondern einen Vorübergehenden, hafte ich <diesem> gestützt auf die lex Aquilia. Denn es ist lediglich erlaubt den gewaltsam Angreifenden zu verletzen und dies einzig zum Zwecke der Verteidigung und nicht etwa aus Gründen der Rache.

Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

36 b D 47,9,3,7 (Ulp 56 ed)

[...] Wer schädigt, um Schaden von sich abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich (*iniuria*), falls dies auf andere Weise nicht möglich war. So schreibt Celsus.

[...] Nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit.

36 c D 43,16,1,27 (Ulp 69 ed)

Cassius schreibt, Gewalt mit Gewalt zu begegnen sei erlaubt und dieses Recht wird durch die Natur begründet. Daraus folge offenkundig, so lehrt er, dass Waffengewalt mittels Waffengewalt abgewehrt werden dürfe

Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparabitur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.

37 D 9,2,5 pr. (Ulpian 18 ed)

So hat offensichtlich auch derjenige nicht widerrechtlich getötet, welcher jemanden umbrachte, der ihn mit der Waffe in der Hand angegriffen hatte; ebenso wird derjenige aus der *lex Aquilia* zweifellos nicht haftbar, welcher, um sein Leben fürchtend, einen Einbrecher tödlich verletzt hat. [...]

Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. [...]

Vgl. dazu auch Art. 52 Abs. 1 OR.

37 a D 9,2,29,3 (Ulp 18 ed)

Ferner schreibt Labeo, dass wenn ein Schiff durch einen Sturm auf die Ankertaue eines anderen getrieben worden war und die Besatzung diese Taue gekappt hatte, dürfe einer Klage gestützt auf die *lex Aquilia* nicht stattgegeben werden, falls das Schiff auf keine andere Weise als durch die Kappung der Taue wieder flott gemacht werden konnte. Dasselbe haben Labeo und Proculus auch bezüglich Fischernetzen angenommen, in

welchen ein Fischerboot sich verstrickt hatte. Ist das Schiff freilich durch Verschulden der Seeleute festgelaufen, kann gestützt auf die *lex Aquilia* geklagt werden. [...]

Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsas in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. [...]

37 b D 9,2,49,1 (Ulp 9 disp)

Wenn gelehrt wird, die *lex Aquilia* gleiche den widerrechtlich zugefügten Schaden (*damnum iniuria datum*) aus, ist dies so zu verstehen, dass ein Schaden dann als widerrechtlich (*iniuria*) gilt, wenn er aufgrund eines (objektiven und subjektiven) Unrechts entstand: Anders wenn die Schadenszufügung in Abwehr einer sonst unabwendbaren Bedrohung geschah, wie Celsus hinsichtlich jemandes schreibt, der um eine Feuerfront fernzuhalten, benachbarte Gebäude abgerissen hatte. Denn er hält in einem solchen Fall dafür, dass dem Anspruch aus der *lex Aquilia* (*actio legis Aquiliae*) nicht stattzugeben sei. Denn jener hatte offensichtlich in der berechtigten Furcht, das Feuer könnte sein Grundstück erreichen, die Nachbargebäude geschleift. Und Celsus meint, die aquilischen Ansprüche entfielen, ob nun das Feuer seine Liegenschaft erreicht hat oder aber vorher gelöscht worden war.

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia <m> persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damnum iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iustu enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.

37 c D 43, 24,7,4 (Ulp 71 ed)

Es gibt (vorliegendenfalls) noch eine andere Einrede (*exceptio*), deren Wirksamkeit Celsus nicht bezweifelt: Wenn ich beispielsweise um das Vordringen einer Feuersbrunst aufzuhalten, Gebäude meines Nachbarn einreisse [...] und wegen widerrechtlich zugefügter Schädigung (*damnum iniuria datum*) gegen mich geklagt wird. Gallus freilich zweifelt, ob diesfalls die Einrede (*exceptio*) „falls nicht gehandelt wurde, um gegen eine Feuersbrunst anzugehen“ zustehen würde. [...]

*Est et alia exceptio, de qua Celsus <non> *) dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aede intercidi et quod [...] mecum agatur [...] damni iniuria. Gallus enim dubitat an excipi oporteret: 'quod incendi defendendi causa factum non sit'. [...]*

*) Cfr. D 9,2,49,1 (Rdn 37 b) sowie LENEL Pal I Celsus Nr. 210 Anm. 1.

c) Verschulden (*culpa*)

37 d tab 8,24a

Wenn ein Wurfspiess <jemandem> eher der Hand entwich, als dass er ihn geworfen hat, soll ein Widder zum Ausgleich gegeben werden.

Si telum manum fugit magis quam iecit, aries subicitur.

37 e Gai 3,211

Als widerrechtlich (*iniuria*) wird freilich jemandes Tötungshandlung erachtet, wenn sie mit dessen Vorsatz (*dolus*) oder fahrlässig (*culpa*) begangen wurde, und auch durch kein anderes Gesetz wird ein Schaden, welcher nicht widerrechtlich (*iniuria*) zugefügt worden war, zugerechnet; daher bleibt haftungsfrei, wer ohne Fahrlässigkeit (*culpa*) und Vorsatz (*dolus malus*), infolge irgend eines Zufalls (*casus*) einen Schaden verursacht hat.

Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

38 D 9,2,5,1 (Ulpian 18 ed) (vgl. bereits oben Rdn 33)

(*Iniuria* ist hier aber nicht gleich zu definieren wie etwa bei der *actio iniuriarum*, als irgendeine Form persönlicher Verletzung, sondern sie meint jedes mit dem objektiven Recht unvereinbare Tun, welches mithin eine Negation des Rechts darstellt:) Dies ist gegeben, wenn jemand mit Verschulden einen anderen tötet. [...] Folglich bestimmt man hier den widerrechtlich zugefügten als den schuldhaft verursachten Schaden, und zwar auch durch jemanden, der einen Vorsatz dazu gar nicht hatte.

(Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius,) id est si culpa quis occiderit: [...] igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

38 a D 9,1,1,2/3 (Ulp 18 ed)

(2) Diese Klage (sc. die *actio de pauperie*) ist für alle vierfüssigen Tiere zuständig. (3) Der Praetor ordnet an, “dass es einen Tierschaden (*pauperies*) verursacht hat”. Ein Tierschaden ist ein ohne Verschulden (*iniuria*) des Verursachers zugefügter Schaden. Denn ein Tier kann nicht schuldhaft (*iniuria*) gehandelt haben, weil es nicht urteilsfähig ist.

(2) *Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet.* (3) *Ait praetor 'pauperiem fecisse'. pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

Zur actio de pauperie (Tierhalterhaftung) cfr. Rdn 14 c f.
Cfr. Art. 56 OR

39 D 9,2,5,2 (Ulpian 18 ed)

Und daher stellt sich nun die Frage, ob eine Haftung aus der *lex Aquilia* auch dann zu bejahen sei, wenn ein Geisteskranker <widerrechtlich> einen Schaden verursacht hat. Pegasus hat dies verneint, denn wie sollte bei jemandem ein Verschulden anzunehmen sein, der sich nicht im Besitze seines Verstandes befindet? Und diese Ansicht überzeugt. Folglich wird die *actio legis Aquiliae* in einem solchen Fall nicht zustehen. [...]

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur Aquiliae actio. [...]

Vgl. dazu Art. 54 Abs. 1 OR.

α) Zur Bestimmung der *culpa*

39 a Inst 4,3,14

Folgendes ist unstrittig: So wie man aufgrund des ersten Kapitels nur dann haftet, wenn man den Sklaven oder das vierfüßige Tier arglistig (*dolo*) oder fahrlässig (*culpa*) getötet hat, entsprechend haftet man auch gestützt auf dieses Kapitel (sc. das dritte) für die anderen Schadenszufügungen nur im Falle von Arglist oder Fahrlässigkeit. [...]

Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. [...]

40 D 50,16,226 (Paulus 1 manual)

Eine grobe Nachlässigkeit <*neglegentia*> ist Fahrlässigkeit <*culpa*>, grobe Fahrlässigkeit ist Arglist <*dolus*>.

Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.

Cfr. Rdn 588

40 a D 9,2,31 (Paul 10 Sab)

[...] Verschulden (*culpa*) liegt nämlich vor, wenn etwas, was für eine sorgfältige Person vorhersehbar war, nicht vorausgesehen worden ist [...].

[...] culpam autem esse, quod cum a diligente provideri potuit, non esset provisum [...].

41 D 50,16,213,2 (Ulpian 1 reg)

Unter grober Fahrlässigkeit <*culpa lata*> versteht man eine zu weit gehende Nachlässigkeit: dies bedeutet, etwas nicht zu bedenken, was jedermann erkennbar ist.

'Lata culpa' est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.

42 D 9,2,44 pr. (Ulpian 42 Sab)

Für den Tatbestand der *lex Aquilia* fällt bereits ein leichtes Verschulden <*culpa levis[sima]*> in Betracht.

In lege Aquilia et levis[sima] culpa venit.

Auch das geltende Recht unterscheidet je nach Grad der Sorgfaltsverletzung leichte und grobe Fahrlässigkeit. Während die grobe Fahrlässigkeit (*culpa lata*) nach bundesgerichtlicher Praxis und gemäss einhelliger Lehre eine Verletzung elementarster Vorsichtsregeln ist, indem nicht bedacht worden war, „was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen“, lässt sich die leichte Fahrlässigkeit (*culpa levis*) nur negativ definieren. Leichte Fahrlässigkeit ist demnach jede Sorgfaltsverletzung, welche objektiv nicht als grobe Missachtung der Sorgfaltspflicht erscheint.

So: Karl OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, § 5 I B c), χ ; vgl. jetzt im selben Sinne OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, I. Band, 5. Auflage, 1995, § 5 Rdn 105 ff.

42 a D 22,3,18,1 (Ulp 6 disp)

Wer behauptet – sei es auch mittels einer Einrede (*exceptio*) – irgendein Verhalten sei arglistig (*dolo*) gewesen, hat zu beweisen, dass arglistig gehandelt wurde.

Qui dolum dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.

Cfr. Rdn 106 b sowie 590 a ff.

ß) Culpakompensation

43 D 9,2,9,4 (Ulpian 18 ed)

Kommt ein Sklave zu Tode, weil andere sich mit Speerwerfen vergnügen, so wird dadurch die Haftung aus der *lex Aquilia* begründet. Wenn nun aber eine Gruppe auf einem Übungsfeld mit Speeren warf und der Sklave just dieses Feld durchquert hatte, dann entfällt eine aquilische Haftung, weil jener keinesfalls zu solcher Unzeit seinen Weg mitten durch das Feld der Speerwerfer nehmen durfte. [...]

Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. [...]

44 Gl 'quia non debuit' ad D 9,2,9,4 (Johannes Bassianus, um 1200 n. Chr.)

Daraus folgt, dass das eine Verschulden mit dem anderen verrechnet und damit aufgehoben wird.

Ergo culpae culpa compensata dissolvitur.

γ) Exkurs: Kausalhaftung

44 a D 9 3,1pr. (Ulpian 23 ed)

Der Praetor erklärt betreffend derjenigen, die etwas aus <aus einem Gebäude> geworfen oder gegossen haben: ‚Gegen denjenigen, der dort, von wo etwas auf eine Stelle welche üblicherweise begangen wird oder auf welcher man sich aufhält hinaus geworfen oder ausgegossen wurde, wohnt, werde ich eine Klage auf das Doppelte des dadurch unmittelbar zugefügten oder sonst verursachten Schadens gewähren (...)‘.

Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: ‚Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo (...)‘.

Cfr. Art. 58 OR

d) Kausalzusammenhang

Siehe unten Rdn 49 ff.

C. Formel der *actio legis Aquiliae (directa)*

Die Formel ist in ihrem Wortlaut nicht überliefert, lässt sich aber aus anderen Quellen erschliessen. Die hier wiedergegebene Fassung ist dem einschlägigen Standardwerk: Otto LENEL, Das Edictum perpetuum (3. Aufl.), Reprint 1956, p. 201, entnommen.

45 Formel:

Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius¹⁾ jenes Vermessungsgerät²⁾ widerrechtlich zerbrochen/zerstört hat, und welche Summe Numerius Negidius infolgedessen dem Aulus Agerius³⁾, gestützt auf die *lex Aquilia* nach *ius civile* zu geben verpflichtet ist: auf doppelt soviel soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Si paret N^mN^m illam goram iniuria fregisse, quantam pecuniam ob eam rem N^mN^m A^oA^o dare oportet ex lege Aquilia, tantam pecuniam duplam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

¹⁾ Blankettname für den Beklagten; im folgenden NN

²⁾ Gora: Vermessungsgerät der römischen Agrimensoren (Feldmesser)

³⁾ Blankettname für den Kläger; im folgenden AA

Cfr. Rdn 53 und 55

4.2.2.2 *ius honorarium: actiones utiles (Analogieklagen)*

46 D 19,5,21 (Ulpian 2 disp)

Immer dann, wenn eine *actio* oder *exceptio* nicht vorgesehen ist, wird eine *actio* oder *exceptio utilis* gewährt.

Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

47 D 19,5,11 (Pomponius 39 Quint Muc)

Weil der Anwendungsbereich der *actiones* nicht umfassend war, werden meist *actiones in factum* erforderlich. Und selbst jene *actiones*, welche sich auf Gesetze stützen – falls der Gesetzeserlass richtig und notwendig ist – erweitert der Praetor hinsichtlich dessen, was im Tatbestand des Gesetzes fehlt. Und dies tut er bei der *lex Aquilia*, indem er analog zur *lex Aquilia* gebildete *actiones in factum* gewährt, wenn der Zweck des Gesetzes dies erfordert.

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo <plerumque> actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod

facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

48 D 3,5,46,1 (Paulus 1 sent)

Es kommt nicht darauf an, ob jemand mit einer *actio directa* oder einer *actio utilis* klagt oder beklagt wird, [...] insbesondere weil beide Klagen dieselbe Funktion und dieselbe Rechtswirkung haben.

Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, [...] maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.

A. *actio in factum*

49 Gai 3,219

Im übrigen ist es herrschende Lehre, dass eine *actio* aus diesem Gesetz nur dann gegeben wird, wenn jemand den Schaden durch ein unmittelbares körperliches Tun bewirkt hat. Daher werden, falls die Schädigung auf eine andere Weise geschehen war, *actiones utiles* gewährt, z.B. wenn einer einen fremden Sklaven oder fremdes Vieh eingeschlossen hat und verhungern liess oder Zugtiere derart stark angetrieben hat, dass sie Schaden nahmen; ebenso wenn jemand einen fremden Sklaven überredete, dass er auf einen Baum kletterte oder in einen Brunnen hinunterstieg und im Hinauf- oder Hinabsteigen fiel und dabei den Tod fand oder an irgendeinem Körperteil verletzt wurde. Anders verhält es sich, wenn jemand einen fremden Sklaven von einer Brücke oder vom Ufer in einen Fluss gestossen hat und dieser ertrunken ist; denn hier ist unschwer einzusehen, dass er durch unmittelbare körperliche Einwirkung den Schaden bewirkt hat, indem er jenen hinunterstiess.

Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur: veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is si ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et si suffocatus fuerit, hic quoque corpore suo damnum dedisse eo, quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest.

50 D 9,2,7,1 (Ulpian 18 ed)

Der Begriff *occisum* <= Tötung> ist zuständig, ob nun jemand mit einem Schwert, einem Knüppel, einer anderen Waffe oder aber mit blossen Händen – wenn er beispielsweise würgte – oder schliesslich durch

Fusstritte oder Stösse mit dem Kopf oder auf vergleichbare Weise den anderen angefallen hat.

Occisum autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit eum) vel calce petiit vel capite vel qualiter qualiter.

51 D 9,2,49 pr. (Ulpian 9 disp)

Falls jemand fremde Bienen verjagte oder gar vernichtete, indem er Rauch entfacht hatte, so setzte er damit wohl eher die Ursache für deren Eingehen, als dass man von einem *occidere* sprechen kann. Daher wird er aus der *actio in factum* haftbar.

Si quis fumo facto apes alienas fugaverit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur quam occidisse, et ideo in factum actione tenebitur.

52 D 9,2,53 (Neraz 1 memb)

Du hast fremde Rinder in die Enge getrieben und dadurch verursacht, dass sie abgestürzt sind. Gegen dich wird die *actio ad exemplum legis Aquiliae* gegeben.

Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.

52 a BGE 119 Ib 342 f. = Pra 83 (1994) Nr. 74 E. 3c:

Es ist zudem erforderlich, dass der Kausalzusammenhang auch adäquat ist: die Ursache des Schadens muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt des Erfolges als durch die fragliche Ursache begünstigt erscheint.

52 b BGE 123 III 110 ff.

E. 3 -a) (112) Bundesgericht und Eidgenössisches Versicherungsgericht gehen von derselben Umschreibung der Adäquanz aus. Danach hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 122 V 415 E. 2a; BGE 121 V 45 E. 3a S. 49; BGE 121 III 358 E. 5 S. 363, je mit Hinweisen; BGE 113 II 174 E. 2 S. 178; BGE 107 II 238 E. 5a S. 243). Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist sowohl im Sozialversicherungs- als auch im Haftpflichtrecht eine Begrenzung der Haftung (BGE 117 V 369 E. 4a S. 382; BGE 115 V 133 E. 7 S. 142; BGE 96 II 392 E. 2 S. 397; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, Rz. 21, S. 114; BREHM, Berner Kommentar, Bern 1990, N.

161 zu Art. 41 OR; ALFRED KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 66; ALFRED MAURER, *Schweizerisches Unfallversicherungsrecht*, Bern 1985, S. 460). Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein (BGE 107 II 269 E. 3 S. 276; BGE 122 V 415 E. 2c).

Beim adäquaten Kausalzusammenhang im Sinne der genannten Umschreibung handelt es sich um eine Generalklausel, die im Einzelfall durch das Gericht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit konkretisiert werden muss. Die Beantwortung der Adäquanzfrage beruht somit auf einem Werturteil. Es muss entschieden werden, ob eine unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden darf (BGE 109 II 4 E. 3 S. 7; BGE 96 II 392 E. 2 S. 397; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 113; BREHM, a.a.O., N. 162 zu Art. 41 OR; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 1995, Rz. 528).

52 c D 9,2,17 (Ulpian 18 ed)

Wenn der Eigentümer seinen eigenen Sklaven getötet hat, haftet er einem gutgläubigen Besitzer oder einem Pfandgläubiger mittels einer auf die bestimmte Tatsache (*factum*) gestützte Klage (*actio in factum*).

Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.

53 Formel einer *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*

Wenn Numerius Negidius die Zerstörung jenes Vermessungsgerätes des Aulus Agerius zu vertreten hat: aufgrund dieses Sachverhaltes < soll rechtens sein >, wieviel das Gerät in den letzten 30 Tagen maximal wert gewesen ist; auf den doppelten Betrag soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Quod N^sN^s causam fracturae illius gorae AⁱAⁱ praestare debet quam ob rem quanti ea gora erit in diebus triginti proximis, tantam pecuniam duplam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

(Rekonstruktion nach LENEL, EP³, p. 203)

B. *actio ficticia*

54 Gai 4,37

Ebenso wird das römische Bürgerrecht für einen Peregrinen fingiert, wenn er wegen etwas klagt oder beklagt wird, wofür gemäss unserem Recht <= *ius civile*> eine *actio* vorgesehen ist, falls es angemessen erscheint, dass diese *actio* auf einen Peregrinen ausgedehnt wird. [...] Falls ein Peregrine wegen eines widerrechtlich erlittenen Schadens aus

der *lex Aquilia* klagt oder gegen ihn geklagt wird, so wird unter *Fiktion* des römischen Bürgerrechts die *actio* gegeben.

Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi. [...] si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.

55 Formel einer *actio utilis ficticiae legis Aquiliae*

Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius jenes Vermessungsgerät widerrechtlich zerstört hatte und welche Summe Numerius Negidius – falls er römischer Bürger wäre – infolgedessen dem Aulus Agerius, gestützt auf die *lex Aquilia*, nach *ius civile* zu geben verpflichtet wäre: auf doppelt soviel soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Si paret N^mN^m illam goram iniuria fregisse, quantam pecuniam ob eam rem N^mN^m – si civis Romanus esset – A^oA^o dare oporteret ex lege Aquilia, tantam pecuniam duplam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

4.2.3 Exkurs: Klagenkonkurrenz

56 D 9,2,7,8 (Ulpian 18 ed)

Wenn ein Arzt an einem Sklaven einen chirurgischen Eingriff nicht kunstgerecht vorgenommen hat, dann stehen nach der Ansicht des Proculus wahlweise die *actio locati* oder eine *actio* aus der *lex Aquilia* zur Verfügung.

Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

4.2.4 *actio* (Klage) und Anspruch

4.2.4.1 Von der *actio* zum Anspruch

57 D 44,7,51 (Celsus 30 dig)

Die *actio* ist nichts anderes als das subjektive Recht, dasjenige, was einem geschuldet wird, durch ein Gerichtsverfahren zu verfolgen.

Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

JHERING, Der Kampf ums Recht (1872, Neuauflage 1967), p. 7: „Der Ausdruck *Recht* wird bekanntlich in doppeltem Sinn gebraucht, in

objektivem und in subjektivem. Recht im objektiven Sinn ist der Inbegriff der durch den Staat gehandhabten Rechtsgrundsätze, die gesetzliche Ordnung des Lebens, Recht im subjektiven Sinn die konkrete Ausmündung der abstrakten Regel in eine konkrete Berechtigung der Person.“

Cfr. Rdn 65 b

57 a C 2,57(58),1 (Impp. Constantinus et Constans AA. Marcellino praesidi Phoenice; a.342)

Die prozessualen Formeln, welche aufgrund ihrer Silbenstecherei für jeden Prozessführenden gefährlich sein können, werden gänzlich abgeschafft.

Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.

58 Inst 4,6 pr.

[...] Die *actio* ist nämlich nichts anderes, als das subjektive Recht, durch ein Gerichtsverfahren das zu verfolgen, was einem geschuldet ist.

Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.

VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (1979), § 2, VI, p. 15: „Dieses Recht <sc. der Anspruch> ist der Kern der Forderung, die wichtigste Befugnis, welche für den Gläubiger aus der Forderung erwächst.“

BGE 110 II 354 E. 1 b): „Lehre und Rechtsprechung gehen vom heute unangefochtenen Grundsatz aus, dass das materielle Recht auch für den für seine Durchsetzung erforderlichen Rechtsschutz garantiert.“

59 Gl (‘*actio autem*’) ad Inst 4,6 pr.k) (Accursius¹⁾)

Azo²⁾ lehrt freilich (und dies trifft auch zu), dass die Ursache <*causa*>³⁾ und die *actio* etwas je Verschiedenes seien. Denn die Obligation ist die Ursache und die Mutter der *actio*. Somit ist die Obligation auch nicht identisch mit der *actio*, und folglich ist die Ursache etwas anderes als die *actio*. Und ebenso ist der Umstand, dass ich verkauft habe, eine Tatsache <*factum*>, während die *actio* ein subjektives Recht ist.

Sed Azo dicit (quod et verum est) aliud esse causam et aliud actionem. nam obligatio est causa et mater actionis ff de procur. L licet § ea obligatio⁴⁾. sicut ergo aliud est obligatio et aliud est actio: sic aliud est causa et aliud actio. item quia vendidi est factum, sed actio est ius.

1) † um 1220

2) * um 1185 † 1263

3) *Causa* meint hier *causa petendi*, d.h. Konsens und allfällige Form des Kontraktes, wodurch seine Verbindlichkeit begründet wird, im Gegensatz zum *pactum nudum* (vgl. Rdn 768).

4) Bei der verwiesenen Stelle handelt es sich um D 3,3,42,2 (Rdn 60).

60 D 3,3,42,2 (Paulus 8 ed)

Jene Obligation, die normalerweise zwischen Geschäftsherrn und Verwalter <*procurator*> besteht, erzeugt die *actio mandati* [= Klage aus Auftrag]. [...]

Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. [...]

61 Gl ('*quam ius*') ad Inst 4,6 pr. m) (Accursius)

Beachte, dass die *actio* das subjektive Recht ist, mittels welchem wir gerichtlich vorgehen, demgegenüber ist die Obligation das subjektive Recht, dessentwegen wir gerichtlich vorgehen.

Nota quod actio est ius, quo persequimur, sed obligatio est ius, propter quod persequimur.

62 Inst 3,13 pr.

[...] Die Forderung ist eine rechtliche Fessel, durch welche wir unter Zwang verpflichtet werden, irgendetwas zu leisten gemäss den Rechtsregeln unseres Gemeinwesens.

[...] Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

63 AZO, Summa in Inst ad tit. de obl (3,13) Rub.

[...] aber weil die *actiones* aus den Obligationen hervorgehen, und wir zunächst die Obligationen gleichsam als Mütter der Aktionen bezeichnen.

[...] sed quia actiones nascuntur ex obligationibus, et de obligationibus tamquam de matribus earum primo loquamur.

64 Gl ad Inst 3,13 pr. (Accursius)

Jetzt ist von den Aktionen zu handeln, weil die Obligation die Mutter der *actio* ist.

Nunc de actionibus debet dicere, quia obligatio est mater actionis.

64 a DONELLUS, Hugo, Commentaria de iure civili (1589) I, 3, 3

Auf eine dritte Weise, indem der Oberbegriff von der Gattung in die Art entfaltet wurde, wird das Recht, obschon nicht alles umfassend und nicht abschliessend als dasjenige definiert, was jedermann rechtmässig zugehört; im engen Sinne aber als die von der Rechtsordnung verliehene Befugnis und Macht [...].

Tertio modo significatione superiore à genere ad speciem traducta, ius dicitur non generaliter & indefinitè, quod cuiusque est iure; sed specialiter facultas & potestas iure tributa [...].

65 DONELLUS, De iure civili 2,7

(§ 4) [...] Allgemein gilt nach der Natur der Sache, dass etwas zuerst uns gehören muss, damit dessen Durchsetzung angehoben werden kann. [...] Was nämlich uns gehört, betrifft sowohl die Person wie auch Dinge ausser ihr: das Mittel zur Durchsetzung sind die *actiones*, will sagen die gerichtlichen Verfahren, mit deren Hilfe wir unser Recht verfolgen. Denn unter dem Begriff der *actio* ist diese Art der Rechtsdurchsetzung zu verstehen und nicht allein eine menschliche Handlung, wie Connanus ihn zu deuten versucht. [...] (§ 5) [...] Dann aber sind diese Rechtsmittel Bestandteil der Rechtssphäre jedermanns, indem sie daraus nicht ohne deren Beeinträchtigung wegzudenken sind. Denn sie sichern jene zugrundeliegende Rechtslage, die wir als die jemandem zugeordnete Rechtssphäre beschrieben haben, und halten diese zusammen, so dass ohne diese Rechtsmittel unsere Rechtsposition nicht zu bestehen vermöchte: Und schliesslich sind ebendiese Rechtsmittel die *actiones*, welche für jedermann vorgesehen sind, um die uns rechtlich zugehörenden Güter wieder zu erlangen, oder, falls sie untergegangen sein sollten, den Nachteil oder einen widerrechtlich erlittenen Schaden ersetzt zu erhalten. Die *actio* aber, soweit wir diesen Begriff als das Recht und die Möglichkeit zu klagen definieren, steht nicht weniger im Vermögen jemandes als jene Rechtsgüter selbst, deretwegen die *actiones* entwickelt worden sind.

(§ 4) [...] Prius est enim natura omnino, ut sit aliquid nostrum, quam ut de eo obtinendo laboretur. [...] Quod enim nostrum est, consistit in persona cuiusque & rebus extra personam positis: obtinendi autem eius ratio est in actionibus, id est, in iudiciis, quibus nostrum consequimur. Nam actionum verbo hoc genus persecutionum intellegi, non autem hominum actus, ut Connanus interpretari tentat. [...] (§5) [...] Tum autem haec eadem remedia iuris nostri cuiusque pars sunt, ut plane hic praetermitti sine vitio non possint. Nam & ius illud primum, quod cuiusque esse dicimus, stabiliunt, ac retinent, ut sine his ius nostrum stare non possit: & praeterea remedia ipsa sunt actiones, quae cuique proponuntur ad res iuris nostri recuperandas, aut illis amissis ad damnum aut injuriam, quae illata est, persequendam. Actio autem, quatenus actionis verbo ius & facultatem ita agendi intellegimus, non

minus est in bonis cuiusque, quam illa ipsa, quorum actiones sunt constitutae.

65 a SAVIGNY, F.C.v. System des heutigen Römischen Rechts, Bd I (1840)

(7) Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn. [...]

65 aa SAVIGNY, F.C.v. System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V (1841)

(1) Bisher wurden die Rechte an sich betrachtet, als die nothwendigen Bedingungen des Zusammenlebens freyer Wesen (§ 52). In dem durch die Rechtsregeln beherrschten Leben besteht die Rechtsordnung, welche mithin durch Freyheit hervorgebracht und erhalten wird. Indem wir aber das Wesen derselben in die Freyheit setzen, müssen wir zugleich die Möglichkeit einer freyen Gegenwirkung hinzu denken, also einer Rechtsverletzung, welche die Störung jener Rechtsordnung ist. [...]

(2) Indem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt, im Zustand der Vertheidigung. Theils die Verletzung, theils die zur Bekämpfung derselben bestimmten Anstalten, äussern eine Rückwirkung auf den Inhalt und das Daseyn des Rechts selbst, und die Reihe von Veränderungen, die auf diese Weise in ihm entsteht, fasse ich zusammen unter dem Namen des Actionenrechts. [...]

(4) Die besondere Gestalt, welche jedes Recht in Folge einer Verletzung annimmt, zeigt sich zunächst in folgender Weise. Unsere Rechte überhaupt beziehen sich theils auf alle uns gegenüber stehende Menschen, theils auf bestimmte (5) Individuen, und diesen letzten Character tragen am Entschiedensten die Obligationen an sich. Die Verletzung unsrer Rechte aber ist nur denkbar als Thätigkeit eines bestimmten Verletzers, zu welchem wir dadurch in ein eigenes, neues Rechtsverhältniss treten; der Inhalt dieses Verhältnisses lässt sich im Allgemeinen dahin bestimmen, dass wir von diesem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern. Dieser Anspruch gegen eine bestimmte Person und auf eine bestimmte Handlung hat demnach eine den Obligationen ähnliche Natur; der Verletzte und der Verletzer, oder der Kläger und der Beklagte, stehen einander gegenüber wie ein Gläubiger und ein Schuldner. So lange jedoch dieses neue Verhältniss in den Gränzen einer blossen Möglichkeit bleibt, und noch nicht zu einer bestimmten Thätigkeit des Verletzten geführt hat, können wir es nicht als eine wahre, vollendete Obligation ansehen; es ist vielmehr erst der Keim

einer solchen, der jedoch auf dem Wege natürlicher Entwicklung in eine wahre Obligation übergeht.

Das hier beschriebene, aus der Rechtsverletzung entspringende Verhältniss heisst Klage recht oder auch Klage, [...].

(6) Von diesem allgemeinen Standpunkt aus lassen sich zwey Bedingungen angeben, die bey jeder Klage vorausgesetzt werden: ein Recht an sich, und eine Verletzung desselben. Fehlt das erste, so ist eine Rechtsverletzung undenkbar; fehlt die zweyte, so kann das Recht nicht die besondere Gestalt einer Klage annehmen: es ist nicht *actio nata*, nach dem von neueren Juristen eingeführten, richtig bezeichnenden Ausdruck.

Vgl. Rdn 4 b und 576 a

65 b WINDSCHEID, Bernhard, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856)

(5) Aber die Actio beschränkt sich nicht auf die Obligatio. Wenn Jemand von dem Anderen verlangt, dass er ihn als Eigenthümer, oder dass er die Existenz irgend eines anderen rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses anerkenne, so verlangt er immerhin etwas von ihm, und insofern ihm für das, was er verlangt, gerichtliche Hülfe gewährt wird, wird ihm Actio zugeschrieben. Actio ist also der Ausdruck für dasjenige, was man von einem Andern verlangen kann; suchen wir dafür nach einer kurzen Bezeichnung, so werden wir passend sagen können: Actio ist der Ausdruck für den Anspruch. Daraus erklärt sich auch ein Wort in der oben erwähnten quellenmässigen Definition der Actio, an welchem man Anstoss genommen hat. Es ist dies das Wort *debetur*. Man hat gesagt, das passe nur auf die *actio in personam*, und hat daher die Behauptung aufgestellt, Celsus habe hier von *actio* in dem engern Sinn von *actio in personam* gesprochen¹⁾. Keineswegs. Der Ausdruck *deberi* ist hier in dem weiteren Sinne genommen, wo er nicht bloss bezeichnet, was Einem verschuldet wird, sondern überhaupt, was Einem gebührt. Es gebührt mir aber ebenso sehr, dass Jemand mein Eigenthum anerkenne, welches er mit Unrecht bestreitet, als dass er mir die Hundert zurückerstatte, die ich ihm zum Darlehn gegeben habe.

Die Actio ist also anstatt des Anspruches. Jemand hat eine Actio, heisst, in die Sprache unserer Rechtsanschauung, für welche die gerichtliche Verfolgbarkeit erst die Consequenz des Rechtes ist, übersetzt: Jemand hat einen rechtlich anerkannten Anspruch. Oder geradezu: Jemand hat einen Anspruch. Denn unser Sprachgebrauch zeigt hier dieselbe Erscheinung, wie der römische in Betreff des Wortes *actio*, dass er die Thatsache nennt statt des Rechtes auf dieselbe.

¹⁾ Cfr. Rdn 57

65 c REGELSBERGER, Ferdinand, Pandekten (1893)

(216) Aus den absoluten Rechten geht ein Anspruch regelmässig erst dadurch hervor, dass ein Dritter den Berechtigten in rechtswidriger Weise in der Ausübung des Rechts beeinträchtigt. Erst dadurch wird ein Gegner geschaffen und ein Zustand der Unbefriedigtheit erzeugt.

Zum Schweizerischen Recht cfr. ad Rdn 58

4.2.4.2 Rechtswirkung und Arten der *actio*

66 Inst 4,13,5

Ebenso gilt, wenn mit dir der Streit befestigt worden ist, sei es aufgrund eines dinglichen oder eines obligatorischen Anspruchs, dass das Schuldverhältnis trotzdem fortbesteht. [...]

Item si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilo minus obligatio durat. [...]

Beachte: Im justinianischen Prozessrecht führt die *litis contestatio* nicht mehr zur Klagenkonsumtion (Max KASER, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, § 90, IV, 2, p. 483), wie dies im klassischen Recht der Fall ist (vgl. Rdn 906).

67 D 44,7,37 pr. (Ulpian 4 ed praet)

Vom Begriff *actio* werden dingliche, persönliche, direkte und analoge Klagen sowie Feststellungsklagen erfasst, wie Pomponius sagt.[...]

Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius:[...]

4.2.4.3 Dingliche und obligatorische Klagen

A. Die beiden Arten

68 Gai 4,1

Wenn wir die Frage nach der Anzahl der Gattungen¹⁾ von Aktionen aufwerfen, scheint es zutreffender, zwei zu bilden, nämlich die *actio in rem* sowie die *actio in personam*. [...] <= dingliche und obligatorische Klage>.

[...] et si quaeramus quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam; [...]

¹⁾ Gattung (*genus*) meint in der stoischen Logik die zusammenfassende Kategorie einer Gruppe von Aktionen aufgrund ihrer Gemeinsamkeiten

hinsichtlich wesentlicher Eigenschaften; in unwesentlichen Eigenschaften können die zusammengefassten *actiones* durchaus differieren. Die im *genus* zusammengefassten *actiones* bilden dann die einzelnen Arten (= *species*).

68 a D 50,17,190 (Cels 24 dig)

Was entwehrt wird (*evincitur*), befindet sich nicht im Vermögen des Beklagten.

Quod evincitur, in bonis non est.

69 D 44,7,25 pr. (Ulpian lib sing reg)

Es gibt zwei Gattungen von Aktionen, die *actio in rem*, welche *vindicatio* genannt wird und die *actio in personam*, als *condictio* bezeichnet. Die *actio in rem* ist diejenige Klage, mittels welcher wir die in unserem Eigentum stehende Sache, die sich im Besitze eines anderen befindet, herausverlangen: Sie richtet sich stets gegen den <jeweiligen> Besitzer. Die *actio in personam* ist jene Klage, mittels welcher wir denjenigen belangen, der uns zu einem Tun oder zu einer Übergabe verpflichtet ist: Und sie steht ausnahmslos gegen diesen zu.

Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet.

Cfr. Rdn 391 e ff.

69 a APEL, Johannes (1486-1536) – Isagoge per dialogum in quatuor libros institutionum divi Iustiniani Imperatoris (1550)

(23) Als Abschluss bildeten der Rechtsgelehrte Gaius beziehungsweise die Verfasser der Institutionen einen dritten Abschnitt, das dritte Hauptstück (*caput*) die ACTIONEN betreffend, und dies in doppelter Hinsicht nicht ganz einwandfrei. Denn wenn das Eigentum (*dominium*) den einen Teil des gesamten (Zivil-) Rechts ausmacht, folgt daraus, dass nicht die *actio*, sondern die *obligatio* den anderen bildet. [...] Daher stehen Eigentum und Obligation zunächst in keiner anderen Beziehung als der Baumeister zum Kalkbrenner: Klarerweise zwei verschiedene Handwerker und je zwei wirkende Ursachen. Ebenso verhalten sich die dingliche Klage (*actio realis*) das heisst die rei vindicatio und die schuldrechtliche Klage (*actio personalis*) nicht anders zu einander als das Gebäude zum Kalk, fraglos zweierlei Produkte mit zweierlei Bestimmungen. So wie nämlich die schuldrechtliche Klage aus der Obligation hervorgeht, (24) entsprechend folgt die rei vindicatio aus dem

Eigentum. Nunmehr erkennst du wie ich meine, dass das andere Hauptstück der gesamten Rechtsordnung, mithin der Rechtswissenschaft, offensichtlich die OBLIGATION ist. Somit bin ich der Ansicht, dass die zwei Hauptstücke der gesamten Rechtswissenschaft das Eigentum und die Obligation seien. [...] Und auf diese beiden führen sich alle übrigen rechtlich geregelten Verhältnisse zurück.

Das (posthum erschienene) Werk ist unpaginiert; die eingefügte Paginierung ergibt sich aus der Seitenzählung des Textes der Isagoge aufgrund der vorliegenden Ausgabe.

(23) Postremo fecit sive Caius iurisconsultus sive hi autores institutionum tertiam partem, tertium caput ACTIONEM, atque id pariter non satis exacte. Nam cum dominium sit una iuris universi pars, consequitur, ut non actio, sed obligatio sit altera. [...] Proinde conferuntur primum dominium & obligatio non aliter quam architectus & calcearius: nimirum duo artifices & duae causae efficientes. Deinde actio realis sive rei vindicatio, & actio personalis, non aliter quam domus & calceus, nimirum duo effectus & duo officia. Quemadmodum enim actio personalis fluit ex obligatione, (24) rei vindicatio fluit ex dominio. Iam vides opinor, alterum iuris universi, hoc est iurisprudenticae caput, videlicet OBLIGATIONEM. Sic puto, sunt ergo duo universae iurisprudenticae capita Dominium & Obligatio. [...] Et ad haec duo, reliqua omnia, quae sunt in legibus referuntur.

69 b DONELLUS, Hugo, De iure civili 2,8

(§ 1) Was jedem von uns gehört, kann auf zweifache Weise zugeordnet sein. Erst handelt es sich nämlich um das, was gegenständlich und ausschliesslich uns gehört; dann aber auch um dasjenige, was uns geschuldet wird. Als ausschliesslich uns gehörend bezeichne ich, was auf eine Weise in unser Vermögen eingetreten ist, dass es auch nicht teilweise noch in fremder Herrschaft steht und dass, damit es umfassend uns gehört, es keiner Tätigkeit oder Übertragungshandlung eines anderen bedarf. Dieser Art sind zum Beispiel diejenigen Gegenstände, welche in unserem Eigentum stehen, ebenso die den Liegenschaften bereits auferlegten beziehungsweise erworbenen Dienstbarkeiten. Geschuldet wird uns das, zu dessen Leistung uns jemand verpflichtet ist. Zunächst ist dies vom Schuldner zu leisten, weil nämlich eine zivilrechtliche Verpflichtung auf die Übertragung dessen besteht, was noch nicht gegenständlich uns gehört; indessen ist der Schuldner Eigentümer, so dass wir einen Anspruch darauf haben, dass er uns überträgt. Freilich scheint die Sache aufgrund dieses Rechtsverhältnisses dennoch in gewisser Weise bereits uns zu gehören, weil uns ja ein Anspruch auf deren Erwerb zusteht. [...] Und schliesslich wird das <so Geschuldete> auch von bewährten und von zeitgenössischen Autoren als das uns

Gehörende definiert. Aus alledem folgt, dass der Schuldinhalt unserem Vermögen zugerechnet, für dieses eingefordert und für dieses erworben wird. [...] Somit umfasst unser Recht auf das Unsere, mit anderen Worten auf unser Vermögen zwei Kategorien, nämlich das, was ausschliesslich <=eigentumsrechtlich> uns zusteht gegenüber demjenigen, das uns aufgrund einer Schuldverbindlichkeit rechtswirksam erworben ist. [...] (§ 2) Was ausschliesslich uns zusteht, hat entweder die eigene Person oder aber Sachen ausser uns zum Gegenstand. Darauf beruhen jene zwei Rechtsprinzipien, einen anderen nicht zu schädigen wie auch jedem das ihm Zustehende zu gewähren. Das erste der beiden Prinzipien bezieht sich auf diejenigen Rechte, welche aus der eigenen Person abgeleitet werden, das zweite auf jene oben beschriebenen Vermögensrechte jedermanns, indem es die absoluten und die Forderungsrechte zusammenfasst. Was die eigene Person angeht, gehört zu unserer Rechtssphäre, was jedermann dergestalt zugebilligt wird, sodass er es in sich selbst trägt, selbst wenn ihm äussere Werte ansonsten fehlen. Diese von Natur aus jedermann zuerkannten Güter sind die folgenden vier: das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die Ehre. [...]

(§ 1) Id quod nostrum cuiusque est, duplex est. Est enim, quod vere & proprie nostrum sit: est etiam, quod nobis debeatur. Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius, & ut nostrum amplius fiat, alterius factum aut traditionem ullam non desiderat. Cuiusmodi sunt, exempli gratia, quae domini nostri sunt, item iura praediorum ipsis praediis iam imposita & quaesita. Debetur nobis id, ad quod praestandum nobis alius obligatus est. Id priusquam nobis a debitore praestetur, si quidem dare oportet, nondum re vera nostrum est; sed debitor est dominus, & ut in nos transferat, petimus. Verumtamen effectum iuris quodammodo nostrum videtur, quia ad id consequendum actionem habemus, [...]. Et quidem hoc quoque a probatis auctoribus, & nostris nostrum dicitur. Unde illa, ad suum pervenire, suum recipere, suum consequi, de eo quod nobis debetur. [...] Ita ius nostrum cuiusque, seu quod nostrum est, duabus his rebus continetur, eo quod proprie nostrum est, & obligatione nobis recte quaesita. [...] (§ 2) Quod proprie nostrum est, id consistit aut in persona cuiusque, aut in rebus externis. Ex quo sunt praecepta illa duo iuris distincta, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Quorum prius ad ea, quae sunt personae, posterius ad res cuiusque pertinere supra diximus, ita ut nostras simul & nobis debitas complectatur. In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est, quod cuique ita tribuitur, ut is id habeat in sese, etiamsi desint res ceterae externae. Haec a natura cuique tributa sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. [...]

Cfr. Rdn 65

70 ZACHARIÄ, Karl Salomo, Anfangsgründe des philosophischen Privatrechtes (1804)

(119) Ein persönliches Recht ist das Vermögen, eine bestimmte Person zu einer gewissen Leistung zu verpflichten. Ein dingliches Recht ist das Vermögen, einen jeden Andern zu verpflichten, einen gewissen Gegenstand (seiner Substanz und seinen Accidenzen nach,) nicht ohne meine Einwilligung zu gebrauchen.

Ein dingliches Recht kann aber (in Beziehung auf seine Form) in so fern mehrere besondere Arten (*species juris in re*, oder richtiger, *species juris realis*,) unter sich enthalten, als durch ein solches Recht Andern entweder die Verbindlichkeit auferlegt wird, sich eines jeden, oder sich nur eines bestimmten Gebrauches einer gewissen Sache zu enthalten. Im ersten Falle wird das Recht Eigenthum genannt (*dominium*); im letztern ist es wie(120)derum entweder eine Dienstbarkeit (*servitus*), oder ein Pfandrecht (*pignus*).

70 a SAVIGNY, System I (1840), p. 369/370

Eine noch ausser dem Eigenthum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreye Natur ist nicht denkbar; wohl aber lässt sich eine mannichfaltig begränzte Herrschaft innerhalb des Eigenthums denken, woraus dann, je nach den Bestimmungen jedes positiven Rechts, mehrere einzelne *jura in re*, als besondere Rechtsinstitute, gebildet werden können. Alle mögliche Rechte an Sachen - Eigenthum und *jura in re* - fassen wir unter dem gemeinsamen Namen der dinglichen Rechte zusammen.

Das Obligationenrecht hat zum Stoff die partielle Herrschaft über fremde Handlungen, wodurch dasjenige bedingt ist und gebildet wird, was wir, im Ganzen zusammen fassend, als den Verkehr bezeichnen. Jedoch eignen sich nicht alle Handlungen zu Gegenständen von Obligationen, sondern nur diejenigen, welche durch (370) ihre materielle Natur als aus der Person heraustretend und den Sachen ähnlich betrachtet werden können.

70 b BGE 52 II 375 f. E. 2

Relative Rechte [...] sind [...] Rechte, die dem Gläubiger nur gegenüber einer bestimmten Person: dem zu einem bestimmten Verhalten verpflichteten Schuldner, zustehen. Drittpersonen können solche Rechte, - eben weil sie die entsprechende obligatorische Verpflichtung nicht eingegangen sind, - nicht verletzen und brauchen sie deshalb grundsätzlich nicht zu beachten (vgl. OSER, N. III 3,b zu Art. 41 OR; BGE 25 II 852). [...] Die Nichterfüllung einer Forderung [...] bedeutet eine Vertragsverletzung, aus welcher der Schuldner allfällig nach Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig wird.

Im Gegensatz hiezu wirken die sog. absoluten Rechte (wie Persönlichkeits- und dingliche Rechte) ihrem Inhalte nach gegen

jedermann, d.h. sie begründen für jedermann die Verpflichtung, sich störender Einwirkungen auf sie zu enthalten.

70 c BGE 114 II 97 E. 4.a

aa) Die subjektiven Rechte lassen sich nach dem Kreis ihrer Adressaten in absolute und relative scheiden; Zwischenstufen sind nach geltendem Recht nicht mehr anzunehmen. Absolute Rechte richten sich gegen jedermann, relative gegen eine oder mehrere Personen, die bestimmt oder bestimmbar sind. Die Forderung aus einem Schuldverhältnis, auch aus einem vertraglichen, ist das typische Beispiel eines relativen Rechts, weil sie auf einer Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen beruht und nur dem Schuldner, nicht aber einem unbeteiligten Dritten entgegengehalten werden kann. Das Bundesgericht hat es deshalb seit Jahrzehnten abgelehnt, in der Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zu erblicken (BGE 52 II 376, 53 II 333, 63 II 21 f.); es hat daran auch in der neueren Rechtsprechung festgehalten (BGE 108 II 312 E. 2c und 102 II 340), und die herrschende Lehre ist ihm gefolgt (BECKER, N. 39 zu Art. 41 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 15 ff. zu Art. 41 OR; VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I S. 410; GUHL/MERZ/KUMMER, OR 6. Aufl. S. 10; OFTINGER I, 4. Aufl. S. 64 f. und 132 f.).

Dass ein Dritter neben dem Schuldner, der den Vertrag unmittelbar verletzt, zu Schadenersatz verpflichtet werden kann, wenn ihm die vertragliche Bindung bekannt ist, wird nur vereinzelt angenommen, in Anlehnung an Common Law und französisches Recht insbesondere von GROSSEN (La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, in Festgabe Schönenberger S. 121 ff.). Diese Auffassung vermochte sich indes nicht durchzusetzen; sie stiess vielmehr auf berechtigte Kritik, weil sie der Rechtsentwicklung zuwiderläuft (KRAMER, OR Allg. Einl. N. 56) und dazu führen würde, zwischen absoluten und relativen Rechten wieder eine Zwischenstufe anzunehmen (MERZ, Obligationenrecht, in Schweiz. Privatrecht [SPR] VI/1 S. 58).

Nach der angeführten Rechtsprechung kann dagegen in der Verleitung zum Vertragsbruch und in der Ausbeutung einer Vertragsverletzung ein sittenwidriges Verhalten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR erblickt werden und eine Schadenersatzpflicht des Dritten deshalb als begründet erscheinen. Dies setzt aber besondere Umstände voraus, welche die Ausdehnung der Haftung rechtfertigen, was z.B. anzunehmen ist, wenn der Vertrag mit Wissen des Dritten in Schädigungsabsicht verletzt wird (BGE 108 II 312 E. 2c, 53 II 332/33 und 52 II 376 f.). Auch diese Grundsätze werden von der Lehre gebilligt, die jedoch mit Recht hervorhebt, dass die Ausdehnung der Haftung als Ausnahme zu verstehen und davon nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist (vgl. nebst der hiervoor zitierten Lehre insbes. BREHM, N. 255 zu Art. 41 OR; GAUCH/SCHLUEP, OR Allg. Teil I 4. Aufl. Rz 509; MERZ, a.a.O. S. 59). Darauf zurückzukommen, besteht daher kein Anlass.

70 d BGE 114 II 332 E. 2-a)

Als obligatorisches Rechtsgeschäft entfaltet sie (sc. die schuldrechtliche Verpflichtung) dagegen nur relative Bindungen, verpflichtet und berechtigt bloss die Parteien, nicht aber einen Dritten, der diese

Bindungen missachtet. Auf dessen guten oder bösen Glauben kommt jedenfalls solange nichts an, als sein Verhalten nicht gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR verstösst und eine Schadenersatzpflicht deshalb als begründet erscheinen lässt (BGE 114 II 97/98; MEIER-HAYOZ, N. 10 zu Art. 655 ZGB; KRAMER, OR Allg. Einleitung, N. 49).

Vgl. Rdn 169 a und b sowie 194 a

B. Die *actio in personam*

71 Gai 4,17b - 19

(17b) [...] *Condicere* bedeutet in alter Ausdrucksweise nichts weiteres als *ankündigen*. (18) Diese *actio* wurde nämlich *condictio* genannt, weil der Kläger jeweils der Gegenpartei ankündigte, sie habe am dreissigsten Tage <sc. von heute gerechnet> zur Richtereinsetzung anwesend zu sein. Heute nennen wir sie *actio in personam*, mittels welcher wir den Anspruch erheben, dass uns gegeben werden muss gemäss *ius civile*, freilich nicht mehr in diesem ursprünglichen Sinne eine *condictio*, denn heutzutage geschieht in dieser Sache keine Ankündigung mehr. (19) Diese *actio* <sc. die *condictio*> wurde durch die *lex Silia* und die *lex Calpurnia* eingeführt, durch die *lex Silia* die *condictio* auf eine bestimmte Geldsumme, durch die *lex Calpurnia* diejenige auf eine beliebige, bestimmte Sache.

(17b) [...] *Condicere autem denuntiare est prisca lingua. (18) Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur; nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset. nunc vero non proprie conditionem dicimus actionem in personam, qua intendimus dari nobis oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. (19) Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.*

Cfr. Rdn 548

72 Gai 4,2

Die *actio in personam* ist die Klage, mit der wir gegen jemanden vorgehen, der uns entweder aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung verpflichtet ist. Dies bedeutet, dass wir einen Anspruch geltend machen, aufgrund dessen jemand uns übertragen, etwas tun oder leisten muss.

In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.

Cfr. Rdn 548.

C. Die *actio in rem*

a) Antikes Recht

73 Gai 4,3

Die *actio in rem* ist die Klage, mit welcher wir entweder eine körperliche Sache als die unsere oder aber ein subjektives Recht als uns zustehend beanspruchen: so beispielsweise das Recht auf den Gebrauch, auf die Nutzniessung einer Sache, ein Wegrecht, ein Recht auf den Viehtrieb oder ein Durchleitungsrecht, oder schliesslich ein Höherbaurecht oder eine Aussichtsdiensbarkeit. Die Klage, die dagegen vom Prozessgegner angebracht wird, ist <dinglicher> negatorischer Art.

In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa.

b) Rechtsphilosophie

73 a KANT, in: Lose Blätter aus Kants Nachlass (hg. v. R. REICKE), Zweites Heft (1895), E 15

(64) Alle Rechtsbegriffe sind gänzlich intellectuel und betreffen ein Verhältnis Vernünftiger Wesen als solcher unter einander welches ohne alle empirische Bedingungen bloß als Beziehung der freyen Willkühr zu einander muss gedacht und darnach was Rechtens ist bestimmt werden können. - Diese Bestimmung hängt also nicht von Raum- und Zeitbedingungen ab sondern müssen ihre Grundsätze a priori in der blossen Idee freyhandelnder Wesen und ihren Verhältnissen haben so fern sie im äusseren Gebrauche ihrer Vermögen mit der Freyheit von jedermann nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmen. Die Handlungen selbst die diesen Gesetzen gemäs geschehen sind nur als Erscheinungen derjenigen Willensbestimmungen anzusehen die im reinen Verstande a priori liegen unter welchen die letztere vermittelst des Schema der Urtheilskraft subsumirt werden können.

Alles Mein und Dein muss also gänzlich was das Princip desselben betrifft unter reinen intellectuellen Rechtsbegriffen stehen mithin auch ein bloß-rechtlicher Besitz durch einen eben solchen Begriff gedacht werden welcher Besitz also bloß als Verknüpfung des Objects des (Mein und Dein) mit der Willkühr (es zu gebrauchen) gedacht werden muss ohne Raumes- und Zeitbedingungen darauf einfließen zu lassen. Nun kan zwar eine solche Verknüpfung (dass sie sey) ohne jene sinnliche Bedingungen für sich allein gar nicht erkannt werden aber in dem Falle der sinnlich-bestimmten Handlung oder des Zustandes des Subjectes (in

Ansehung des Besitzes des Objects) muss ich doch von den letzteren abstrahiren um den Bestimmungsgrund des Mein und Dein im reinen intellectuellen Begriffe eines Besitzes zu suchen; denn ohne diesen könnte keine Läsion aus der Hindernis des andern mich eines äusseren Gegenstandes zu bedienen statt finden.

(Es handelt sich vermutlich um eine Vorarbeit Kants zu seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre; so: REICKE, a.a.O., p. 37).

73 b KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), p. 80 ff.:

§ 11 Was ist ein Sachenrecht?

Die gewöhnliche Erklärung des Rechts in einer Sache (*ius reale, ius in re*), 'es sei das Recht gegen jeden Besitzer derselben', ist eine richtige Nominaldefinition. - Aber, was ist das, was da macht, dass ich mich wegen eines äusseren Gegenstandes an jeden Inhaber desselben halten, und ihn (*per vindicationem*) nötigen kann, mich wieder in Besitz desselben zu setzen? Ist dieses äussere rechtliche Verhältnis meiner Willkür etwa ein unmittelbares Verhältnis zu einem körperlichen Dinge? So müsste derjenige, welcher sein Recht nicht unmittelbar auf Personen, sondern auf Sachen bezogen denkt, es sich freilich (obzwar nur auf dunkle Art) vorstellen: nämlich, weil dem Recht auf einer Seite eine Pflicht auf der andern korrespondiert, dass die äussere Sache, ob sie zwar dem ersten Besitzer abhandengekommen, diesem doch immer verpflichtet bleibe, d.i. sich jedem anmasslichen anderen Besitzer weigere, weil sie jenem schon verbindlich ist, und so mein Recht, gleich einem die Sache begleitenden und vor allem fremden Angriffe bewahrenden Genius, den fremden Besitzer immer an mich weise. Es ist also ungereimt, sich Verbindlichkeit einer Person gegen Sachen und umgekehrt zu denken, wenn es gleich allenfalls erlaubt werden mag, das rechtliche Verhältnis durch ein solches Bild zu versinnlichen, und sich so auszudrücken.

73 c KELSEN, *Reine Rechtslehre* (2. A., 1960)

(135) Unter dem Einfluss der altrömischen Jurisprudenz pflegt man zwischen dem Recht an einer Sache (*jus in rem*) und dem Recht gegenüber einer Person (*jus in personam*) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist irreführend. Auch das Recht an einer Sache ist ein Recht gegenüber Personen. Wenn man, um die Unterscheidung zwischen Sachenrecht und Personenrecht aufrechtzuerhalten, jenes als das Recht eines Individuums definiert, über eine bestimmte Sache in irgendeiner Weise zu verfügen, so übersieht man, dass dieses Recht nur darin besteht, dass die anderen Individuen rechtlich verpflichtet sind, diese Verfügung zu dulden, das heisst: nicht zu hindern oder sonstwie zu beeinträchtigen; dass also das *jus in rem* zumindest auch ein *jus in*

personam ist. Von primärer Bedeutung ist die Beziehung zwischen Menschen, die auch im Falle des sogenannten Sachenrechtes in der Pflicht zu einem bestimmten Verhalten gegenüber einem bestimmten anderen Menschen besteht. Die Beziehung zur Sache ist von sekundärer Bedeutung, da sie nur der näheren Bestimmung der primären Beziehung dient. Es handelt sich um das Verhalten eines Individuums in bezug auf eine bestimmte Sache, ein Verhalten, das zu dulden alle anderen Individuen dem ersteren gegenüber verpflichtet sind.

Das subjektive Sachenrecht par excellence, auf das die ganze Unterscheidung zugeschnitten ist, ist das Eigentum. Es wird von der traditionellen Jurisprudenz als ausschliessliche Herrschaft einer Person über eine Sache definiert und eben dadurch von den nur persönliche Rechtsverhältnisse begründenden Forderungsrechten abgeschieden. Diese für die Systematik des bürgerlichen Rechts wichtige Unterscheidung hat einen ausgesprochen ideologischen Charakter.

Da das Recht als Gesellschaftsordnung das Verhalten von Menschen in ihrer - unmittelbaren oder mittelbaren - Beziehung zu anderen Menschen (136) regelt, kann auch das Eigentum rechtlich nur in einem bestimmten Verhältnis eines Menschen zu anderen Menschen bestehen, nämlich in deren Pflicht, jenen in seiner Verfügung über eine bestimmte Sache nicht zu hindern und diese Verfügung auch sonstwie nicht zu beeinträchtigen. Was man als ausschliessliche Herrschaft einer Person über eine Sache bezeichnet, ist der durch die Rechtsordnung statuierte Ausschluss aller anderen von der Verfügung über die Sache. Die 'Herrschaft' des einen ist rechtlich nur der Reflex des Ausschlusses der anderen. Es ist eine Beziehung zwischen den anderen und dem einen, in der üblichen Terminologie: eine Beziehung zwischen Personen also; und nur sekundär eine Beziehung zu einer Sache; und zwar eine Beziehung der anderen zu der Sache, durch die ihre Beziehung zu dem einen vermittelt wird. Wenn man trotzdem an der traditionellen Definition des Eigentums als ausschliesslicher Herrschaft einer Person über eine Sache festhält und dabei die rechtlich wesentliche Beziehung ignoriert, so offenbar darum, weil die Bestimmung des Eigentums als Verhältnis zwischen Person und Sache dessen sozialökonomisch entscheidende Funktion verhüllt: eine Funktion, die - sofern es sich um Eigentum an Produktionsmitteln handelt - von der sozialistischen Theorie - ob mit Recht oder Unrecht, bleibe hier dahingestellt - als 'Ausbeutung' bezeichnet wird, eine Funktion, die jedenfalls gerade in der Beziehung des Eigentümers zu allen anderen Subjekten besteht, die vom Zugriff auf seine Sache ausgeschlossen, vom objektiven Recht zur Respektierung der ausschliesslichen Verfügungsgewalt des Eigentümers verpflichtet sind. Allein dagegen wehrt sich die traditionelle Rechtslehre auf das entschiedenste, das subjektive Recht, das ist die Berechtigung des einen, nur als Reflex der Rechtspflicht der anderen gelten zu lassen, da sie, auch nur aus ideologischen Gründen, den primären Charakter der Berechtigung betonen zu sollen glaubt.“

73 d BURCKHARDT, W., Methode und System des Rechts (1936)

(157) Nicht anders verhält es sich mit dem **dinglichen Recht**: das Eigentum an einer Sache verpflichtet die Nichteigentümer zu einem passiven Verhalten gegenüber dem Eigentümer; die Normen, welche den Inhalt des Eigentums umschreiben, verpflichten sie, den Eigentümer in der rechtmässigen Ausübung seines Rechtes nicht zu stören. Wie stellt sich aber der Eigentümer zu dieser Pflicht und zu den Verpflichteten? Er entscheidet darüber, soweit es sein Recht ist, ob sie ihre Pflicht zu erfüllen haben oder nicht; er kann darauf bestehen oder nicht bestehen; und so weit er darüber entscheidet, ist es auch sein Recht. Der Eigentümer eines Waldes kann dem Nichteigentümer verwehren, einen Baum zu fällen; er kann es ihm auch gestatten; und ebensoweit ist das Eigentum sein Recht. Ist es aber ein Schutzwald und das Fällen der Bäume überhaupt verboten, so dass auch der Eigentümer es nicht gestatten kann, so ist es auch nicht mehr sein Recht; ein Wald, an dem er nichts mehr zu gestatten hätte, wäre überhaupt nicht mehr sein Wald. Das gehört wesentlich zum Begriff des Eigentums; es ist die Befugnis (158) über die Erfüllung einer bestehenden Pflicht durch den Verpflichteten zu entscheiden, also offenbar wieder eine Art Kompetenz. Was mit der Veräusserung der Sache übertragen wird, ist diese kompetenzartige Befugnis.

c) **Pandektenlehre**

73 e KIERULFF, J. F., Theorie des Gemeinen Civilrechts, Erster Band (1839) p. 159 ff.

§ 10, A, 1) (159) Das dingliche Recht verpflichtet allgemein Jeden, aber auch Jeden nur allgemein, bindet auch nicht aus einem besonderen, sondern dem allgemeinen Grunde seiner gesetzmässigen Existenz. Die dingliche Pflicht ist negativ, denn sie schliesst das Subject von jeglicher Einwirkung aus, wodurch dem dinglichen Recht sein specieller factischer Inhalt geschmälert oder entzogen werden würde. Dieses Recht geht nicht auf eine bestimmte Leistung, sondern fordert eine generelle Anerkennung, welche darin besteht, dass der Verpflichtete jede dem Recht entsprechende Einwirkung des Berechtigten auf das factische Object leide, und selbst jede Handlung unterlasse, wodurch er in die Sphäre des Rechts eingreifen würde. Das dingliche Recht entzieht sein factisches Object juristisch allen übrigen Menschen im Staat: ihm steht die negative Verbindlichkeit Aller gegenüber, es nicht zu verletzen. Die Pflicht ist hier nicht die Folge eines speciell auf das Subject des Verpflichteten bezogenen obligirenden Grundes, sondern das erworbene Recht selbst ist der einzige Grund der generellen Pflicht. Zwar wendet sich die Kraft des verletzten dinglichen Rechts gegen den einzelnen Lädenten <= Verletzenden>, aber nicht anders, als sie in gleichem Fall

gegen jeden Anderen sich geäußert haben würde. Das dingliche Recht, weil es nicht auf ein bestimmtes Leisten (160) eines bestimmten Subjects geht, kann auch nicht durch Anerkennung vernichtet werden. Sein Zweck ist nicht Auflösung, sondern Erhaltung seiner selbst, Erhaltung des von ihm geschützten factischen Zustandes. Darum liegen die Aufhebungsgründe des dinglichen Rechts regelmässig nicht in seiner Natur,^{*)} sondern sind ihm äusserlich und zufällig. Wie die dingliche Pflicht und ihr Subject, so ist auch das Subject des dinglichen Rechts unbestimmt, für das Bestehen dieses Rechts regelmässig unwesentlich und gleichgültig. Darum liegt es in seiner Natur, auf Andere übergehen zu können, ohne dass es selbst und die ihm gegenüberstehende allgemeine Pflicht dadurch verändert wird. Die Pflicht dient hier dem Recht, nicht dem Subject. Das dingliche Recht, obwohl juristisch allgemeiner Natur, haftet doch an einem speciell bestimmten factischen Object, macht, wenn es verletzt ist, zunächst immer die specielle Erhaltung oder Herstellung des dem unverletzten Recht entsprechenden Zustandes geltend, und kann nach heutigem Recht ein auf specielle Restitution direct gerichtetes Urtheil und Execution erwirken. Aber die Verletzung bringt zugleich ein persönliches Obligationsverhältniss zwischen Verletzer und Verletztem hervor, welches darin seine Wirksamkeit äussert, dass bei einer Unmöglichkeit individueller Restitution ein Aequivalent an die Stelle tritt, welches dem Verletzten den Unterschied (id quod interest), welchen er in seinem Vermögenszustand durch die Verletzung erlitten, auszugleichen, den Schaden zu ersetzen fähig ist.

^{*)} Z.B. Dereliction, Veräusserung vernichten das Recht für den bisherigen Inhaber, aber diese Vernichtung ist nicht Tendenz des Rechts selbst, sondern Folge eines hinzukommenden Willens des Subjects. Der Untergang des factischen Objects zerstört das Recht überhaupt, aber diese Zerstörung ist nicht bezweckt, ist zufällig.

73 f UNGER, Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd. (4. Aufl., 1876 ex 1857). 514 ff.

Da der dingliche Berechtigte in einem unmittel(515)baren Verhältniss zur Sache selbst steht, kraft dessen die Sache seiner rechtlichen Herrschaft unterworfen ist, so folgt daraus, dass sein Recht unabhängig ist von der intervenirenden Leistung irgend einer Person. (516) [...]

Es liegt somit allen dritten Personen die Pflicht ob, das dingliche Recht anzuerkennen und den Berechtigten in der Ausübung desselben nicht zu stören. In dieser Beziehung zu dritten Personen macht sich der Charakter des Rechts geltend, da alles Recht in der Ordnung der Beziehungen von Personen zu einander besteht* .

[...] Dieses Verhältniss der dritten Personen ist ein rein negatives; diese dem dinglichen Rechte correspondirende Verbindlichkeit, welche eine Folge desselben ist und nicht bloss einer bestimmten Person obliegt,

kann niemals in positiven Handlungen bestehen und (517) es ergibt sich hieraus der wichtige allgemeine Grundsatz, dass einem dinglichen Recht als solchem die Verpflichtung einer bestimmten Person zu positiven Handlungen nicht entsprechen könne.

Die negative Verbindlichkeit das dingliche Recht anzuerkennen und den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes nicht zu stören, ist in der Regel eine allgemeine. Wer immer unser dingliches Recht dadurch verletzt, dass er unsere rechtliche Herrschaft über die Sache nicht anerkennt und uns in der Ausübung derselben hindert, kann in der Regel zur Anerkennung unseres Rechts auf gerichtlichem Weg genöthigt werden. Das dingliche Recht ist daher in der Regel ein absolutes d.h. es kann gegen jeden Dritten geltend gemacht werden.

* Das dingliche Recht besteht somit unmittelbar an der Sache selbst, es ist aber nicht gegen die Sache gerichtet und wirksam, sondern gegen jeden Dritten der mit der Sache auf eine Weise in Berührung tritt, wodurch eine gänzliche oder theilweise Störung der Herrschaft herbeigeführt wird.

73 g VON WÄCHTER, Carl Georg, Pandekten (hgg. v. O.v. WÄCHTER), I. Theil (1880) p. 178 f.

§ 36, II. Die Natur der dinglichen Rechte. Das Wesen der dinglichen oder Sachenrechte liegt eben darin, dass sie lediglich in einer unmittelbaren rechtlichen Herrschaft über eine Sache (unmittelbaren Unterwerfung der Sache unter unsern Willen) bestehen. Desshalb werden sie auch bezeichnet durch diese unmittelbare Beziehung des Berechtigten zur Sache, z.B. das Eigenthum durch *res mea est*, die Servitut durch *res mihi servit*, das Pfandrecht durch *res mihi obligata est*, d.h. die Sache ist mir verpfändet. – Die Natur der dinglichen Rechte ergibt sich rein aus einer Analyse der rechtlichen Herrschaft. [...] (179)

2) Da das dingliche Recht eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache giebt, so kann der Berechtigte schlechthin vermöge seines dinglichen Rechts und lediglich weil er es an der Sache erworben hat, verlangen, dass Niemand ihn in der Herrschaft störe oder ihm den Gegenstand seiner Herrschaft vorenthalte. Die dinglichen Rechte sind daher in der Regel absolute Rechte*. Es entspricht ihnen bloss eine negative Verbindlichkeit Aller, den Berechtigten in seiner rechtlichen Herrschaft nicht zu stören. Darin haben sie eine Ähnlichkeit mit den Personenrechten.

* Das heisst: man kann sie gegen jeden Dritten, der uns unsere Herrschaft verkümmern will oder den Gegenstand unseres Rechts in Händen hat und uns vorenthält, geltend machen.

- 73 gg BRUNS/ECK/MITTEIS, Das Pandektenrecht (1904), in: Encyklopädie der Rechtswissenschaft, begr. von F. v. HOLTZENDORFF, hgg. v. J. KOHLER, 1. Bd., 6. Aufl. 1904, S. 311

Die Vermögensrechte gehen auf die äussere, willkürliche und zufällige Macht des Menschen, also seine Herrschaft über die Natur, d. h. die einzelnen Sachen, und über andere Menschen. Man unterscheidet beide als Sachen- und Forderungsrechte oder als dingliche und persönliche Rechte.

a. Das Wesen der Sachenrechte besteht in der unmittelbaren rechtlichen Unterwerfung der Sachen unter den Willen des Berechtigten, der unmittelbaren Macht des Berechtigten über sie, die von jedermann anerkannt werden muss und nicht verletzt werden darf. Dem Rechte entspricht die allgemeine, aber nur negative Pflicht der Nichtverletzung von allen anderen Menschen. Nur in dieser Beziehung auf andere Menschen liegt der Charakter des Sachenrechts als Rechts. Man kann nicht, wie Windscheid früher (bis zur dritten Auflage) in seinem Lehrbuch § 43, sagen, das Sachenrecht habe zum unmittelbaren Inhalte nur die Herrschaft über die Sache; die Befugnis, von anderen etwas zu verlangen, sei erst eine Konsequenz davon. Das Sachenrecht ist, wie jedes andere, nur durch die entsprechende Pflicht ein Recht und besteht daher als solches wesentlich nur in der Beziehung von Person zu Person; zwischen Person und Sache ist überhaupt kein Recht, sondern nur ein Faktum möglich^{*)}.

^{*)} Diesen Gedanken führt E. FUCHS, Das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889, dahin durch, dass das dingliche Recht überhaupt die Sache nicht ergreife, sondern nichts anderes sei als ein absolutes, d. h. gegen eine unbestimmte Vielheit von Personen gerichtetes Recht.

- 73 h WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I⁹ (1906), § 38

(166) Dingliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten massgebend ist für eine Sache. Das ist nicht so zu verstehen, als ob es die Sache sei, welcher die Rechtsordnung in der Verleihung eines dinglichen Rechts Unterwerfung gebietet. Das hätte keinen Sinn. Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Sondern es soll damit gesagt sein, dass der Wille des dinglich Berechtigten massgebend ist für das Verhalten in betreff der Sache, d.h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten Dieses oder Jenen. Der Inhalt der das dingliche Recht ausmachenden Willensmacht aber ist ein negativer: die dem Berechtigten Gegenüberstehenden sollen sich der Einwirkung auf die Sache – aller oder einer bestimmten – enthalten, und sie sollen durch ihr Verhalten zur Sache die Einwirkung des Berechtigten auf die Sache – eine beliebige oder eine bestimmte – nicht verhindern³⁾.

Anm. 3: Das dingliche Recht enthält nur Verbote. Dies wird lebhaft bestritten. Es wird behauptet, das dingliche Recht enthalte auch ein Dürfen: der Eigentümer darf mit der Sache machen, was er will, der Dienstbarkeitsberechtigte darf über die Sache gehen, Wasser leiten usw. Aber welches ist der Sinn eines solchen von der Rechtsordnung verliehenen Dürfens? Gewiss nicht, dass der Berechtigte durch seine Einwirkung auf die Sache der Sache kein Unrecht tue. Ebenso wenig, dass der Berechtigte durch solche Einwirkung nicht gegen das objektive Recht verstosse, etwa straffällig werde. Ist aber das Dürfen des dinglich Berechtigten kein Dürfen der Sache gegenüber, auch nicht ein Dürfen dem objektiven Recht gegenüber, so muss es ein Dürfen den anderen Personen gegenüber sein, d. h. eben ein dem Berechtigten gegen die anderen Personen erteilter Rechtsbefehl auf Nichtverhinderung. [...]

73 i REGELSBERGER, Ferdinand, Pandekten (1893), p. 205

I. Absolute und relative Privatrechte. – Ein Teil der Privatrechte wirkt gegen alle Personen, legt allen Personen ausser dem Berechtigten eine Verpflichtung oder Beschränkung auf: das Recht der Persönlichkeit und seine Ausflüsse (die Individualrechte), die meisten dinglichen Rechte, die familienrechtlichen Gewalten, das Recht auf den Erwerb und aus dem Erwerb einer Erbschaft, die Immaterialgüterrechte. Diese Privatrechte heissen absolut.

Andere begründen eine Verpflichtung nur für eine bestimmte Person oder für einzelne bestimmte Personen und haben eine Beziehung nur auf diese Personen. Sie heissen darum relativ (persönlich bezogen). Den Hauptbestandteil bilden die Forderungsrechte und zwar die positiven wie die negativen.

Eine Verletzung ist bei den absoluten Rechten durch jeden Dritten möglich, bei den relativen nur durch die im Rechtsverhältnis bestimmten Personen.

d) **Moderne Dogmatik**

73 j Eugen HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht (1914), p. 34 f.

Man ist heute im Grunde allgemein darüber einverstanden, dass ein Rechtsverhältnis nur unter Rechtssubjekten bestehen kann und Subjekt in Recht und Pflicht nur Personen sein können. Also ist das Verhältnis zu (35) einer Sache niemals so zu verstehen, als ob die Sache berechtigt oder verpflichtet wäre.

Vgl. Rdn 368 j.

- 73 k Heinrich LEHMANN, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (14. Aufl. 1963)

(80) Man kennzeichnet die Sachenrechte oder dinglichen Rechte meist als Rechte, die sich unmittelbar auf eine Sache beziehen, an der Sache bestehen. Dagegen ist nichts einzuwenden, wenn man sich klar macht, dass die Sache nicht selbst der unmittelbare Gegenstand der Gebundenheit sein kann, die wir Rechtspflicht nennen. In diesem Sinne kommt als Objekt der Macht, die im subjektiven Recht steckt, nur der beherrschte Wille anderer Rechtsgenossen in Betracht. Wo aber die unbestimmte Vielheit (jedermann) zugunsten des einen gebunden ist, damit dieser einen Gegenstand allein beherrschen kann, liegt es nahe, dieses mittelbare Objekt der rechtlichen Herrschaft vor die Verpflichteten zu rücken und sich das Recht jedermann gegenüber in bezug auf die Sache plastisch zu denken: als Recht an der Sache jedermann gegenüber. Gleiches gilt für die sonstigen absoluten Rechte, z.B. an unkörperlichen Gütern, wie am Namen, an der Erfindung.

Als Sachenrechte sind vom BGB (ebenso vom ZGB; d. Hrsg.) anerkannt: Eigentum, Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Reallasten und der Besitz. (Besitz ist zweierlei: ein tatsächlicher Zustand und ein Recht; denn das tatsächliche Haben genießt absoluten vorläufigen Rechtsschutz).

4.2.4.4 *actio in ius concepta und actio in factum concepta*

A. *actio in ius concepta*

- 74 Gai 4,41

Die *intentio* ist jener Teil des Klageformulars, in welchem der Kläger sein Rechtsbegehren stellt, wie z.B. durch diesen Teil der Formel: „Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius dem Aulus Agerius 10'000 Sesterzen gemäss *ius civile* zu geben verpflichtet ist.“ Oder: „Was immer sich erweist, dass Numerius Negidius dem Aulus Agerius nach *ius civile* zu geben oder zu leisten verpflichtet ist.“ Oder: „Wenn es sich erweist, dass dieser Sklave im quiritischen Eigentum des Aulus Agerius steht.“

Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: si paret numerium negidium aulo agerio sestertium x milia dare oportere; item haec: quidquid paret numerium negidium aulo agerio dare facere <oportere>; item haec: si paret hominem ex iure quiritorium auli agerii esse.

- 75 D 6,1,80 (Furius Anthianus 1 ed)

Niemand ist gezwungen, sich auf eine dingliche Klage einzulassen, weil jedermann behaupten darf, er besitze nicht. [...]

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere. [...]

Cfr. Rdn 392: im Formular der rei vindicatio fehlt das ‘oportere’; actio ad exhibendum Rdn 415 f.

76 Gai 4,45

Aber jene Klageformulare, in welchen der Anspruch gestützt auf das *ius civile* behandelt wird, nennen wir *formulae in ius conceptae*; dies sind solche, mit denen wir die Rechtsbehauptung aufstellen, „dass etwas, gestützt auf das quiritische Recht, mir gehöre“ oder „dass gemäss quiritischem Recht uns etwas übertragen werden müsse“ oder „dass der Dieb den Schaden wieder gutmachen müsse“; es gibt aber noch mehr Klageformulare, deren *intentio* auf das *ius civile* gestützt ist.

Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus NOSTRUM ESSE ALIQUID EX IURE QUIRITIUM aut NOBIS DARI OPORTERE aut PRO FURE DAMNUM DECIDI OPORTERE; sunt et aliae, in quibus iuris civilis intentio est.

B. actio in factum concepta

77 Gai 4,46

Die anderen Klagen definieren wir als *formulae in factum conceptae*, was bedeutet, dass sie keine aufs *ius civile* gestützte *intentio* kennen. Vielmehr ist am Kopf der Formel der Sachverhalt umschrieben, das was sich tatsächlich zugetragen hat, und es werden jene Worte hinzugefügt, mit denen dem Richter die Amtsbefugnis erteilt wird, zu verurteilen oder freizusprechen. [...]

Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur. [...]

4.2.5 exceptio (Einrede)

4.2.5.1 exceptio und replicatio

78 D 44,1,2 pr. (Ulpian 74 ed)

Die *exceptio* <= Einrede > wird definiert als das förmliche Ausschlussrecht, welches einer *actio* beliebigen Inhalts entgegengesetzt zu werden pflegt, um das zu hemmen, was in die *intentio*

beziehungsweise in die *condemnatio* zur gerichtlichen Durchsetzung eingebracht wurde.

Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

79 D 44,1,1 (Ulpian 4 ed)

Ein subjektives Recht macht offenkundig auch derjenige geltend, der eine *exceptio* einbringt; denn mit Bezug auf die Einrede übernimmt der Beklagte die Rolle des Klägers.

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.

79 a D 50,17,156,1 (Ulp 70 ed)

Wem eine Klage (*actio*) gewährt wird, dem wird man umso mehr auch eine Einrede (*exceptio*) zubilligen.

Cui damus actione[s]<m>, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

Cfr. Art. 67 Abs. 2 OR

80 Gai 4,116

Die Einreden <*exceptiones*> sind zur prozessualen Verteidigung derer entwickelt worden, gegen welche ein Anspruch klageweise erhoben wird. Oft liegen die Dinge nämlich so, dass jemand, gestützt auf das *ius civile*, zwar behaftet werden müsste, es aber als unbillig erscheint, ihn durch Urteil entsprechend verbindlich zu machen. Z.B. wenn ich mir von dir im gleichen Zuge die (Rück-) Erstattung einer Summe habe stipulieren lassen, wie ich mich verpflichtete, dir diese Summe als Darlehen zu übergeben, die Zahlung aber unterlasse. Denn dass die mir versprochene Summe gefordert werden könne, steht ausser Zweifel. Du bist also nach *ius civile* verpflichtet, mir das Geschuldete einzuhändigen, weil du aus der Stipulation haftest. Aber weil es unannehmbar <= unbillig> ist, dass du aus diesem Schuldverhältnis verurteilt wirst, steht es dir unbestrittenermassen zu, dich mittels der *exceptio doli* <= Einrede wegen Arglist> gegen die Durchsetzung des Anspruchs zur Wehr zu setzen. Ebenso ist zu verfahren, wenn ich mit dir formfrei vereinbart habe <= *pacisci; pactus*>, dass ich die mir geschuldete Summe von dir nicht einfordern werde; denn ich könnte genau diese Summe trotzdem von dir herausverlangen, weil die Obligation durch das abgeschlossene *pactum* nicht aufgehoben worden ist. Aber auch in diesem Fall gilt unbestritten, dass ich - falls ich klagen sollte - mit der *exceptio pacti*

conventi <= Einrede wegen getroffener Übereinkunft> abgewiesen würde.

Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum DARI MIHI OPORTERE, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli.

Zum pactum cfr. Rdn 767 ff.

81 D 44,1,22 pr. (Paulus lib sing var lect)

Die *exceptio* ist eine Bedingung, die den Beklagten bald vor Verurteilung schützt, bald die Verurteilung mildert.

Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

82 Gai 4,119

[...] weil ja jede *exceptio* vom Beklagten <der *actio* gegenüber> eingebracht werden muss, und zwar wird sie der Formel so eingefügt, dass sie die *condemnatio* von einer Bedingung abhängig macht, das heisst, dass der Richter den Beklagten nur dann verurteilen kann, wenn in der vorliegenden Sache vom Kläger nichts auf arglistige Weise vorgekehrt worden ist; ebenfalls darf der Richter nur verurteilen, wenn durch kein *pactum* vereinbart worden ist, dass die geschuldete Summe nicht eingefordert werden soll.

[...] quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum fuerit.

Cfr. Art. 142 OR

82 a BGE 123 III 16 ff. E. 2b

(19) [...] Es obliegt dem Schuldner, die Einrede zu erheben (BGE 111 II 463 E. 3 S. 466). Wird die Einrede nicht erhoben, bildet somit die Gegenleistung nicht Streitgegenstand und wird im Urteil auch dann nicht

rechtskräftig über sie entschieden, wenn sie nach dem Vertrag in Vorleistung oder Zug um Zug zu erbringen ist (vgl. SJ 1986, S. 382). Erhebt der Schuldner dagegen die Einrede, zwingt er den Gläubiger zur Beweisführung über die (20) Erfüllung oder das gehörige Angebot der Gegenleistung (WEBER, a.a.O., N. 216 zu Art. 82 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 198 zu Art. 82 OR; LEU, a.a.O., N. 13 zu Art. 82 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 64). Insofern wird diesfalls die Gegenleistung zum Streitgegenstand. Das Gericht hat die Gegenleistung dabei jedoch nur insoweit inhaltlich zu beurteilen, als der Nachweis ihrer Erfüllung oder ihres Angebots Voraussetzung für die Gutheissung der Klage des Gläubigers ist. Das Urteil steht daher einem neuen Prozess über die Gegenleistung nur entgegen, soweit darin deren tatsächliche Erfüllung als bewiesen oder das Angebot der Erfüllung als vertragskonform erkannt wird.

83 Gai 4,120/121/122

(120) Die *exceptiones* werden definiert als *peremptorische* <dauernde> oder als *dilatorische* <aufschiebende>. (121) Die peremptorischen sind Einreden, die immerwährend wirksam sind und nicht umgangen werden können, wie etwa in den Fällen, in denen etwas durch Furchterregung, durch Arglist oder Verstoss gegen ein Gesetz oder einen Senatsbeschluss geschehen ist oder aber weil eine Angelegenheit bereits rechtskräftig abgeurteilt oder zumindest bereits rechtshängig ist, und schliesslich verhält es sich ebenso, falls die Einrede aufgrund einer formfreien Vereinbarung zusteht, weil verabredet worden ist, dass die Schuld überhaupt nicht eingefordert werden soll. (122) Die dilatorischen sind Einreden, die auf Zeit wirksam sind, wie etwa aufgrund jener formfreien Abrede, dass innert fünf Jahren die Schuld nicht gefordert werden würde; ist diese Zeitspanne jedoch abgelaufen, ist die Einrede nicht mehr anzubringen. [...]

(120) Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae. (121) Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent nec evitari possunt, veluti quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi quod factum est, ne omnino pecunia peteretur. (122) Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. [...]

84 D 50,17,112 (Paulus 8 ed)

Es macht keinen Unterschied, ob jemandem unmittelbar nach *ius civile* eine *actio* nicht zur Verfügung steht oder diese mittels einer Einrede gehemmt wird.

Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

- 84 a D 50,17,115,1 (Paul 10 ed)
 Offensichtlich kann nicht erworben haben, wer als Versprechensempfänger durch eine Einrede (*exceptio*) (an der Durchsetzung seines Anspruchs) gehemmt werden kann.
Non potest videri accepisse, qui stipulatus potest exceptione summoverti.
 Cfr. Rdn 156 b, 792.
- 85 D 44,1,22,1 (Paulus lib sing de var lect)
 Die *replicatio* ist die gegenläufige Einrede, als die Einrede einer Einrede gegenüber.
Replicatio est contratria exceptio, quasi exceptionis exceptio.
- 86 C 8,35,10 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aquilinae; a. 294)
 Die Kläger verteidigen ihren Anspruch <wörtl. ihre *intentio*> nicht mittels Exzeptionen, durch welche den Beklagten aus bestimmten Gründen durch Hemmung des Anspruchs Rechtsschutz gewährt wird, sondern mit einer *replicatio*, falls ihnen ein Einredegrund zusteht.
Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habent, muniunt.

4.2.5.2 Arten

A. Die *exceptio doli*: Begriff und Formel

- 87 CICERO de off. 3,14,60 und 15,61
 (Kurz die Vorgeschichte: Ein gewisser Canius suchte in Sizilien nach einer eigenen Sommerresidenz. Der angesehene Bankier Pythius lud ihn darauf in seine Villa am Meer bei Syrakus ein und hatte veranlasst, dass in der Bucht eine grosse Zahl von Fischern auffuhr, welche auf dem Gute des Pythius ständig ihre reichlichen Fänge ablieferten. Dies alles beeindruckte Canius dermassen, dass er von Pythius das Grundstück zu einem solchen Umständen angemessenen, aber sehr hohen Preis, ankaufte. Anderntags waren keine Fischer mehr zu sehen: Diese Bucht war – wie ein Anwohner dem Canius eröffnete – überhaupt kein Fischgrund, und dieser Nachbar fuhr fort:)
 (60) „Daher wunderte ich mich gestern darüber, was geschehen war.“ Canius war verärgert, aber was hätte er tun sollen? Denn Gaius Aquilius¹⁾, mein Kollege und Freund, hatte die Formeln betreffend arglistigen Verhaltens <*dolus malus*> noch nicht veröffentlicht. Gefragt, was darin unter *dolus malus* fallen solle, pflegte er zu antworten: Wenn

ein bestimmter Anschein geweckt, aber anders gehandelt worden ist. Dies ist offensichtlich sehr klar umschrieben, von einem Meister der Definition [...]. (61) Wenn diese Begriffsbestimmung des Aquilius zutrifft, dann können Täuschung und Verstellung aus der Lebenswelt ausgeschaltet werden [...].

(60) „*Itaque heri mirabar, quid accidisset. Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. [...].(61) Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est [...].*

¹⁾ C. Aquilius Gallus, Schüler des Qu. Mucius Scaevola – einer der bedeutendsten Juristen der späteren Republik (cos. 95 v. Chr.) – war im Jahre 66 v. Chr. zusammen mit Cicero Praetor. Er war auch der Schöpfer der sog. „*stipulatio Aquiliana*“ (vgl. Rdn 857).

88 CICERO de nat deorum 3,74

[...] Daher finden denn auch soviele Prozesse wegen Arglist statt: in Vormundschaftssachen, im Rahmen eines Auftrages, eines Gesellschaftsvertrages, eines Treuhandverhältnisses und in weiteren Angelegenheiten, wenn bei Kauf und Verkauf oder bei Miete, Pacht, Arbeits- oder Werkvertrag gegen Treu und Glauben gehandelt wird. Daher auch das öffentliche Verfahren über private Streitigkeiten im Anwendungsbereich der *lex Laetoria*, daher auch das Auffangnetz aller arglistigen Handlungsweisen, der prozessuale Tatbestand der Arglist <*dolus malus*>, welchen Gaius Aquilius, mein Freund, <im Edikt> veröffentlicht hat. Derselbe Aquilius lehrt übrigens, als *dolus* werde der Sachverhalt geahndet, dass ein Anschein geweckt, jedoch anders gehandelt worden ist.

[...] *inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria, inde everriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit, quem dolum idem Aquilius tum teneri putat cum aliud sit simulatum aliud actum.*

89 D 44,4,1,1 (Paulus 71 ed)

Der Praetor hat nun diese Einrede <sc. die *exceptio doli generalis*> dem Edikt zu dem Zwecke eingefügt, damit nicht aufgrund der innerhalb des *ius civile* sich bietenden Möglichkeit, im Widerspruch zur Natur der Sache, jemandem seine eigene Arglist zum Vorteil gereiche.

Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

90 D 44,4,2,5 (Ulpian 76 ed)

Es ist allgemein anerkannt, dass die *exceptio doli* aufgrund aller *exceptiones in factum* entsteht, weil jedermann arglistig handelt, der etwas einklagt, was mit irgendeiner *exceptio* verweigert werden kann. Wenngleich er anfänglich nichts arglistig vorgekehrt hat, handelt er dennoch im gegenwärtigen Zeitpunkt durch seine Klageanhebung dolos, ausser wenn seine Unkenntnis so beschaffen war, dass eine Arglist fehlt.

Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

91 D 44,4,2,3 (Ulpian 76 ed)

Hinsichtlich des in erster Linie in Rede stehenden Tatbestandes aus der Gruppe der Fälle, bei welchen diese Einrede *<exceptio>* Anwendung findet, soll das Folgende angemerkt werden: Wenn jemand ohne Rechtsgrund *<sine causa>* von einem anderen sich etwas durch Stipulation hat versprechen lassen und späterhin aus dieser Stipulation klagen sollte, wird ihm die Einrede der Arglist *<exceptio doli mali>* entgegenstehen. Denn auch wenn im Zeitpunkt des Zustandekommens der Stipulation keinerlei Arglist vorgelegen hat, ist trotzdem davon auszugehen, dass jemand durch die Streiteinsetzung *<litis contestatio>* eine arglistige Handlung vollzieht, indem er an der Durchsetzung des Anspruchs aus dieser Stipulation festhält, und dies selbst dann, wenn er sich zur Zeit des Abschlusses der Stipulation auf einen zureichenden Rechtsgrund *<iusta causa>* berufen konnte, gegenwärtig sich jedoch offenkundig auf keine taugliche *causa* stützen kann. Folglich, wenn er sich als Darlehensgeber die Valuta *<zur Rückzahlung>* bereits hat stipulieren lassen und selbst nichts ausbezahlt hat, wird man entscheiden müssen, dass ihm die Einrede entgegensteht, obschon der Rechtsgrund der Stipulation zwar festgelegt war, sich aber nicht verwirklicht hat oder weggefallen ist.

Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt, si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa

fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.

92 D 45,1,36 (Ulpian 58 Sab)

Wenn jemand einvernehmlich sich in einer anderen Weise <durch Stipulation> verpflichten wollte, als er durch eine Täuschung in Wirklichkeit verbindlich geworden ist, entsteht aufgrund des strengen Rechts gegen ihn der Anspruch auf Erfüllung, aber er kann die Einrede der Arglist <*exceptio doli*> erheben, denn weil er durch Arglist auf eine Leistung verpflichtet worden ist, steht ihm diese Einrede zu. Dasselbe gilt, wenn seitens des Versprechensempfängers keine Täuschung im Spiele war, jedoch dem Leistungsinhalt an sich ein Moment von Interessenverletzung innewohnt. Denn wer diesfalls aus der Stipulation klagt, handelt arglistig, indem er klagt.

Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.

93 D 50,17,177,1 (Paulus 14 Plaut)

Offensichtlich handelt nicht arglistig, wer den Grund nicht kennt, weshalb er nicht klagen dürfte.

Nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere.

94 Formel der *exceptio doli*

– wenn in dieser Angelegenheit infolge Arglist des Aulus Agerius weder etwas geschehen ist noch jetzt geschieht –

– *si in ea re nihil dolo malo AⁱAⁱ factum sit neque fiat* –

Vgl. Gai 4,119 und KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 83, II, Rdn. 26.

B. Die *exceptio pacti conventi*

95 Inst 4,13,3

Ferner bleibt der Schuldner, welcher sich mit dem Gläubiger formfrei geeinigt hat, dass <die Leistung> von ihm nicht gefordert werde, dennoch verpflichtet, weil Schuldverpflichtungen durch eine formfreie Vereinbarung nicht in jeder Hinsicht ausser Kraft gesetzt werden. Aus

diesem Grunde bleibt die *actio* gegen ihn durchsetzungsfähig, mittels welcher der Kläger geltend macht: „Falls es sich erweist, dass er gemäss *ius civile* zu geben verpflichtet ist“. Weil es aber unangemessen wäre, ihn entgegen der <formfreien> Vereinbarung zu verurteilen, wird er mittels der Einrede der getroffenen Übereinkunft <vor der Kondemnation> geschützt.

Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit 'si paret eum dare oportere'. sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

- 96 – wenn zwischen Aulus Agerius und Numerius Negidius nicht vereinbart worden ist, dass diese Summe nicht gefordert werde –
 – *si inter A^mA^m et N^mN^m non convenit, ne ea pecunia peteretur* –

Vgl. Gai 4,119 und LENEL, EP³, § 269, 1), p. 501.

C. Die *exceptio non numeratae pecuniae*, bzw. *mercis non traditae*

- 97 C 4,30,7 (Imp. Alexander Iuliano et Ammoniano; a. 223)

Wenn ihr als Empfänger eines Gelddarlehens, welches nie ausbezahlt worden war, der Gegenpartei in Stipulationsform die Rückzahlung versprochen habt, steht euch die Rückforderung der Gläubigerobligation offen, auch wenn der Gläubiger nichts einfordern sollte; klagt er aber, steht die Einrede des nicht ausbezahlten Geldes <*exceptio non numeratae pecuniae*> zur Verfügung.

Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.

- 97 a Die Einrede der nicht übereigneten (Kauf-) Sache (*exceptio mercis non traditae*)

-- falls die Geldsumme, um welche es hier geht, nicht für jenen Gegenstand gefordert wird, welcher verkauft/<mittels Stipulation versprochen> und nicht übereignet worden ist.

-- *sie a pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit/<promissa est> neque tradita est.*

Vgl. zur Formel Julian in D 19,1,25

97 b C 4,30,4 (Imp. Antonius A. Basso; um 215)

Nachdem du die Richtigkeit der Schuldurkunde anerkannt und zudem die Zahlung eines Teiles der Schuldsomme beziehungsweise der Zinsen geleistet hast, muss dir klar sein, dass es beträchtlich zu spät ist, dir die (Anfechtungs-) Klage wegen nicht ausbezahlten Geldes (*querela de non numerata pecunia*) zu gewähren.

Cum fides cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intellegis de non numerata pecunia nimium tarde querel[l]am te deferre.

D. Das Verhältnis der *exceptiones* zueinander; die Einredenkonkurrenz

98 D 2,14,10,2 (Ulpian 4 ed)

Wir pflegen meistens zu sagen, die *exceptio doli* sei ein subsidiärer Behelf gegenüber der *exceptio pacti conventi*. Dass zum Beispiel diejenigen, welche die *exceptio pacti conventi* nicht geltend machen können, die *exceptio doli* <mit Erfolg> erheben, schreibt auch Julian, und viele pflichten ihm bei. Beispielsweise wird, wenn mein Verwalter eine Vereinbarung trifft, mir die Einrede der Arglist helfen, so wie es schon Trebatius für richtig hält, der meint, ebenso wie eine Vereinbarung des Verwalters mir schade, sei sie mir auch von Nutzen.

Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse.

98 a D 2,14,11 (Paulus 3 ed)

weil ja auch ihm geleistet werden kann.

quia et solvi ei potest.

99 D 44,1,5 (Paulus 18 ed)

Wer behauptet, einen Eid abgelegt zu haben, kann sich in Verbindung mit allfälligen weiteren Einreden derjenigen des geleisteten Eides oder aber lediglich einer einzelnen *exceptio* allein bedienen: Denn es ist zulässig, <gleichzeitig> mehrere Rechtsbehelfe zur Klageabwehr einzusetzen.

Is, qui dicit se iurasse, potest et aliis exceptionibus uti cum exceptione iurisiurandi vel aliis solis: pluribus enim defensionibus uti permittitur.

4.2.5.3 *actio* sowie *exceptio* und das subjektive Recht

A. *actio* und *obligatio*

100 D 3,3,42,2 (Paulus 8 ed)

Jene *Obligatio*, die normalerweise zwischen Geschäftsherrn und Verwalter <*procurator*> besteht, erzeugt die *actio mandati* [= Klage aus Auftrag]. [...]

Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. [...]

B. *exceptio* und subjektives Recht

101 D 44,1,1 (Ulpian 4 ed)

Ein subjektives Recht macht offenkundig auch derjenige geltend, der eine *exceptio* einbringt; denn mit Bezug auf die Einrede übernimmt der Beklagte die Rolle des Klägers.

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.

C. Die Verjährung der *actiones* im nachklassischen Recht; Verjährung als Einredetatbestand

102 C 7,39,3 pr./1 (Imp. Honorius et Theodosius AA. Asclepiodoto pp.; a. 424)

(pr.) So wie die auf eine einzelne Sache gerichteten *actiones in rem*, sollen auch die Klagen auf eine Sachgesamtheit sowie die *actiones in personam* nicht über einen Zeitraum von dreissig Jahren hinaus gewährt werden. Wenn eine bestimmte Sache oder irgendein dingliches Recht eingeklagt werden oder wenn eine Person mittels einer *actio* oder einer *persecutio* belangt wird, so muss der Kläger auf alle Fälle die dreissigjährige Verjährung <*praescriptio*> befürchten. [...] (1) Wenn also diese *actiones* vorher nie erhoben worden sind, so haben sie nach einem ununterbrochenen dreissigjährigen Stillschweigen vom Zeitpunkt an, von welchem an sie aufgrund objektiven Rechts zustanden, weiterhin keine Durchsetzungsmöglichkeit mehr. [...]

(pr.) *Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda. [...] (1) Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta*

annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. [...]

103 C 7,39,8,4 (Imp. Iustinianus A. Menae pp. II.; a. 528)

Wir ordnen an, dass die Frist der (Verjährungs-) Einrede von 30 oder 40 Jahren bei jenen Schuldverträgen, bei denen Zinsen versprochen sind, im Moment zu laufen beginnt, in welchem der Schuldner den Zins nicht <mehr> bezahlt.

Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.

Vgl. Art. 142 OR.

D. Unverjährbarkeit der Einrede

104 D 44,4,5,6 (Paulus 71 ed)

Anders als die *actio de dolo*, die nach einer bestimmten Zeit verwirkt, wird die *exceptio doli* nicht nur während dieser Frist gewährt: Denn sie steht unbegrenzt zu, indem es im Belieben des Klägers steht, inwieweit er von seinem Recht Gebrauch machen will, während es nicht in der Macht des Beklagten liegt, sich verklagen zu lassen, wann es ihm beliebt.

Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur.

Vgl. etwa Art. 533 ZGB insbes. Abs. 3 und Art. 67 Abs. 2 OR

E. Das Verbot der Einrede aus fremdem Recht (*exceptio ex iure tertii*)

104 a BALDUS de Ubaldis (um 1320-1400) in sextum Codicis librum commentaria 6,1,6, n 5 & 6

(5) Allein ich widerspreche der Glosse, weil niemand eine Einrede zu erheben (*excipere*) vermag, welche nicht auf einer eigenen Berechtigung beruht, wie D 8,5,4,7 belegt. Denn niemand kann ein fremdes Recht ausüben und auch nicht im Prozess geltend machen, ohne dazu vom Berechtigten ermächtigt worden zu sein. (6) Ebenso wird, wer eine Einrede erhebt, als Kläger (*agens*) erachtet, aber weil ein Kläger kein

Recht eines Dritten ausüben kann [...], <kann es> folglich auch derjenige nicht, der eine Einrede erhebt.

(5) sed contra glossam oppono, quod de non suo iure nemo potest excipere ut D 8,5,4,7 competit. nam ius tertii nemo potest intentare, nec in iudicium deducere sine mandato. (6) item excipiens dicitur agens, sed agens non potest intentare ius tertii [...], ergo nec excipiens.

Cfr. Rdn 101

4.2.5.4 Einrede und Einwendung

105 C 8,35,11 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Neoni)

Nach herrschender Lehre werden Einwendungen <defensiones> und Einreden <exceptiones>, durch welche der Hauptschuldner bei bestehender und gleichbleibender Rechtslage geschützt ist, auch den Bürgen gewährt.

Defensiones sive exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat.

105 a DERNBURG Heinrich, Pandekten, Bd. I (5. Aufl.= letzte v. Dernburg selbst bearbeitete Aufl.; 1896), S. 321 ff.

Drittes Kapitel.

Die Exceptionen.

§ 137. Begriff der Exceptionen und Repliken.

1. Exceptionen sind Gegenrechte behufs Abwehr eines Klagerechtes.

(322) Sie bilden Vertheidigungsmittel besonderer Art, denn sie bestreiten nicht das Klagerecht als solches, sie rufen vielmehr ein gegenüberstehendes Recht an, welches die Wirkung des Klagerechtes vernichtet oder hemmt. Das der Exception zu Grunde liegende Recht kann ein bloß negatives sein, welches einzig die Bestimmung hat, die Wirkung eines entgegenstehenden positiven Rechtes zu brechen, z.B. das Rückhaltungsrecht wegen Verwendungen gegenüber der Vindikation des Eigenthümers. Es kann aber auch ein positives Recht bilden, das aber nach der besonderen prozessualischen Lage negativ als Exception wirkt, z.B. eine zur Aufrechnung auf die Klageforderung benutzte Gegenforderung.

Die Exceptionen gewannen Form und Namen im römischen Formularprozeß durch den Prätor und bildeten eines der wichtigsten Mittel der Ausbildung des prätorischen Rechtes.

Der Prätor fügte nämlich die Exception als negative Kondemnationsbedingung in die Klageformel ein und wies so den Richter an, den Beklagten nur zu verurtheilen, wenn die Exception unbegründet war, also wenn sich die Klagebehauptung selbst bewahrheitete, dagegen freizusprechen, wenn entweder das Klagerecht nicht bestand, oder die Exception richtig stand.

Damit vermochte der Prätor veraltetes und unbilliges Recht außer Kraft zu setzen.

Ist um deswillen die Exception ein Rechtsbehelf, welcher bloß im Gegensatz des prätorischen und civilen Rechtes seine Existenzberechtigung hatte, so daß er mit dessen Ausgleichung hätte verschwinden müssen? – Das behaupten viele Neuere. Nur das, meinen sie, könne für die heutige Dogmatik die Frage sein, ob ein Recht wirksam sei, dann existire es, oder ob dies nicht der Fall sei, dann existire es nicht. Ein an sich existirendes, aber durch Exception entkräftbares – s.g. exceptionsmäßiges – Recht sei daher eine *contradictio in adjecto*.

Dieser Angriff dringt nicht in die Tiefe. Er verkennt, daß in der römischen Exception ein allgemeingültiges Element liegt. Die Frage, ob ein Klagerecht fehlt oder ob es nur durch Exception überwindbar ist, hat auch heute volle Realität.

2. Weiter als die Exception ist die Einrede des heutigen Rechtes, welche aus der Gestaltung des neueren Prozesses hervorging.

Einreden bilden Thatssachen zur Entkräftung der Klagehatsachen, welche der Beklagte seinerseits regelmäßig anzuführen und zu beweisen hat.

Sie sind rechtsverneinende, wenn sie das Bestehen des eingeklagten Rechtes in Abrede stellen, sei es, daß Thatssachen behauptet werden, welche dessen Entstehung hinderten z.B. Geisteskrankheit des sich Verpflichtenden, oder solche, aus welchen dessen Tilgung hervorgeht z.B. die Einrede der Zahlung.

Bloß rechtsentkräftende sind sie, wenn sie das Wesen der römischen Exception haben.

3. Das Wesen beider Arten ist wesentlich verschieden:

a) Thatssachen, welche den rechtsverneinenden Einreden zu Grunde liegen, heben das Klagerecht schlechthin auf, der Richter hat sie zu berücksichtigen, auch wenn sie nicht besonders vom Beklagten vorgeschützt würden. Ergiebt sich also aus dem Klagevorbringen, daß die eingeklagte Forderung bezahlt ist, so ist Kläger abzuweisen, auch wenn der Beklagte nicht erscheint, also sich nicht vertheidigt.

b) Exceptionen dagegen sind nur zu berücksichtigen, wenn sich der Beklagte dieses Rechtsbehelfes bedient.

(324) Ergiebt sich z.B. auch aus dem Klagevortrage, daß die eingeklagte Forderung verjährt ist, so darf der Richter doch deswegen die Klage

nicht abweisen. Denn der Einwand der Verjährung ist eine Exception; das Klagerecht als solches ist nicht in Frage gestellt. Dies hat gute Gründe. Denn mancher Schuldner will seine Befreiung der Verjährung nicht verdanken.

4. Der Exception kann ein Replik entgentreten. Replik ist das Recht der Abwehr einer Exception. Durch die Replik erhält das Klagerecht wieder ungehemmte Wirksamkeit. Die Replik führt (325) nur dann zum Siege, wenn das Klagerecht begründet ist; sie entfernt die Exception, giebt aber der Klage keine neue Grundlage.

5. Entsprechend kann eine Duplik die Replik beseitigen und der Exception ihre Wirksamkeit zurückgeben.

105 b TUHR, Andreas, von, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband (1924), S. 22 ff.

(22) IV. Eine den aufhebenden Gestaltungsrechten nahestehende Art von Rechten sind die Einreden. Das Wort Einrede hat im Zivilprozeß eine andere Bedeutung als in der modernen Dogmatik des Zivilrechts. Zum Verständnis dieses Unterschiedes muß man sich vergegenwärtigen, welcher Mittel sich der Beklagte zu seiner Verteidigung bedienen kann:

1. er kann die vom Kläger zur Begründung seines Rechts vorgebrachten Tatsachen (das sog. Klagfundament) bestreiten,

2. er kann neue Tatsachen vorbringen, aus denen sich ergeben soll, daß das Recht des Klägers trotz der von ihm angeführten Tatsachen nicht existiert. Diese vom Beklagten vorgebrachten und von ihm zu beweisenden Tatsachen können sein:

a) rechtshindernd, wenn sich aus ihnen ergibt, daß das Recht des Klägers nicht entstanden ist, z.B. Fehlen der Handlungsfähigkeit oder Verstoß gegen die guten Sitten. (23)

b) rechtsaufhebend, wenn sich aus der Tatsache ergibt, daß das Recht des Klägers erloschen ist, z.B. durch Erfüllung, Erlaß, Unmöglichwerden der Leistung, Wegfall der Bereicherung, Art. 64.

Das Vorbringen solcher, dem Recht des Klägers entgegenstehender, Tatsachen wird in der neueren Doktrin des Zivilrechts und im BGB mit dem Wort Einwendung bezeichnet. Dem stehen gegenüber die Einreden im zivilrechtlichen Sinn und im Sprachgebrauch des BGB. Die **Einrede**¹⁾ ist nicht wie die Einwendung eine zugunsten des Beklagten wirkende Tatsache, sondern ein ihm zustehendes Recht, die geschuldete Leistung aus besonderem Grunde zu verweigern. Die Erhebung einer Einwendung ist Vorbringen einer Tatsache, die Erhebung einer Einrede ist Ausübung eines Rechts durch Willenserklärung.

Dem älteren Sprachgebrauch folgend verwendet das OR in allen Fällen das Wort Einrede und versteht darunter sowohl die vom Beklagten angeführten Tatsachen, als auch das Recht zur Verweigerung einer

geschuldeten Leistung. Trotzdem sind auch im OR beide Begriffe zu unterscheiden. [...]

(24) Einreden im technischen Sinn sind: die Einrede des nichterfüllten Vertrags, Art. 82; die Einrede der Wandelung oder Minderung, Art. 210; die Einrede des Schenkungsschuldners aus Art. 250; die Einrede der Vorausklage, Art. 495; und vor allem die Einrede der Verjährung, Art. 142. Auch das Retentionsrecht, ZGB Art. 895, OR Art. 57, 272, ist gegen den Eigentumsanspruch durch Einrede geschützt: der Retentionsberechtigte darf die Herausgabe der Sache, zu welcher er nach ZGB Art. 641 grundsätzlich verpflichtet ist, solange verweigern, bis er für seine Forderung befriedigt ist. [...]

Die Ausübung der Einrede besteht im Verweigern der geschuldeten Leistung und erfolgt, wenn der Anspruch auf diese Leistung außergerichtlich erhoben wird, durch Erklärung an den Gegner, wenn der Anspruch eingeklagt ist, durch Erklärung vor Gericht. Das Vorbringen der Einrede ist nur in dem Stadium des Prozesses zulässig, in welchem Erklärungen des Beklagten entgegengenommen werden. Versäumt der Beklagte die letzte Gelegenheit, seine Leistung im Prozeß zu verweigern, so ist die Einrede präkludiert.

Aus dem Wesen der Einrede als eines Rechtes ergeben sich charakteristische Unterschiede gegenüber den übrigen "Einreden" des OR, welche im Vorbringen von Tatsachen bestehen und im neueren Sprachgebrauch des deutschen Rechts als **Einwendungen**¹⁾ bezeichnet werden.

Einwendungstatsachen werden zwar in der Regel, wie Einreden, vom Beklagten vorgebracht und sind, wenn bestritten, von ihm zu beweisen, aber sie werden vom Richter auch dann berücksichtigt, wenn sie ausnahmsweise auf anderem Wege, durch Vorbringen des Klägers, zu seiner amtlichen Kenntnis kommen. Ergibt sich z.B. aus dem Vortrag eines Klägers, daß der Beklagte geschäftsunfähig war oder daß die Forderung erfüllt ist, so sind diese Tatsachen zu beachten, auch wenn der (25) Beklagte sich nicht auf sie berufen hat. Dagegen kommen Einreden nur dann in Betracht, wenn sie vom Beklagten erhoben werden d.h. wenn er zu erkennen gibt, daß er auf Grund der Einredetatsache, z.B. auf Grund der Verjährung, die Leistung verweigert. Die Erhebung einer Einrede ist Ausübung eines Rechts und beruht daher auf Willen des Beklagten. Diesem Willen kann der Richter nicht vorgreifen. Daher können bei Versäumnis des Beklagten Einredetatsachen keine Berücksichtigung finden.

¹⁾ Hervorhebung vom Hrsg.

Cfr. Rdn 82 a

105 c BGE 63 II 138 f. E. 2

Das OR behandelt die Verrechnung als Einrede: so fällt dieselbe unzweifelhaft unter den Begriff der Einrede im Sinne von Art. 145 Abs. 1. Das ist nach VON TUHR, Allg. Teil des schweiz. OR, I S. 23 und 24, II S. 595 und 596, auf den ältern Sprachgebrauch zurückzuführen, der unter Einrede sowohl eine zugunsten des Beklagten wirkende Tatsache als auch das Recht, die geschuldete Leistung aus besonderem Grunde zu verweigern, verstanden habe. Im neuern, technischen Sinne bezeichne man als Einreden nur die letztgenannte Art, während für eine dem Recht des Klägers entgegenstehende Tatsache das Wort Einwendung gebraucht werde. Mit einer solchen Einwendung habe man es bei der Verrechnung zu tun. Es werde nicht, wie z.B. bei der Retention nach Art. 895 ZGB, aus besonderem Rechtsgrunde eine an sich geschuldete Leistung verweigert, sondern eine das Recht des Gläubigers aufhebende Tatsache geltend gemacht; wer sich auf Verrechnung berufe, behaupte, dass er infolge einer früher oder jetzt abgegebenen Willenserklärung nicht mehr Schuldner des Klägers sei.

4.2.5.5 Beweisregeln

106 D 22,3,2 (Paulus 69 ed)

Die Beweislast fällt demjenigen zu, der etwas behauptet, und nicht demjenigen, der etwas bestreitet.

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

Vgl. auch Art. 8 ZGB.

106 a D 31,22

Die Beweislast für den geänderten Willen des Erblassers obliegt nämlich demjenigen, der sich weigert das Fideikommiss^{*)} auszurichten.

[...] onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.

^{*)} Das fideicommissum ist die formfreie Bitte des Erblassers an den Beschwerten, in dessen Treue er die Erfüllung einer Zuwendung von Todes wegen stellt.

106 b D 22,3,9 (Cels 1 dig)

Es trifft zu, dass wer eine Einrede (*exceptio*) erhebt, die Einredetatsachen zu beweisen hat [...].

[...] verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur [...].

- 107 D 22,3,19 pr. (Ulpian 7 disp)
 In bezug auf die Einreden ist zu sagen, dass der Beklagte die Rolle des Klägers zu übernehmen hat und dass er selbst die Einrede wie eine *intentio* zu beweisen hat. Wenn er zum Beispiel von der *exceptio pacti conventi* Gebrauch machen sollte, so muss er dartun, dass dieses *pactum* abgeschlossen worden ist.
In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.
- 108 C 2,1,4 (Imp. Antoninus A. Epaphrodito; a. 212)
 [...] Wenn der Kläger keine Beweise vorgelegt hat, obsiegt der Beklagte, auch wenn er selbst nichts dartat.
[...] actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestarit, obtineat.
- 109 D 50,17,114 (Paulus 9 ed)
 In Zweifelsfällen wird gewöhnlich in Anschlag gebracht, was wahrscheinlicher ist oder was sich meistens zu ereignen pflegt.
In obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.
- 109 a C 8,42,25 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antelliano; a. 294)
 Wer Erfüllung behauptet, trägt dafür die Beweislast. Zu diesem Behufe kann er den Schuldschein kondizieren.
Solutionem adseveranti probationis onus incumbit: quo facto chirographum condicere potest.
 Vgl. Art. 88 und 170 Abs. 2 OR.
- 109 aa D 12,2,1 (Gai 5 ed prov)
 Als sehr hilfreiches Mittel zur Erledigung von Streitlagen hat man sich die gottesfürchtige Scheu vor dem Eid zunutze gemacht, durch dessen Leistung -- entweder aufgrund einer Vereinbarung der Parteien oder gestützt auf die Anordnung des Richters -- die Streitfragen entschieden werden.
Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iusiurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae.

109 b D 12,2,31 (Gai 30 ed prov)

[...] Die Richterschaften pflegen nämlich im Falle nicht schlüssiger Beweislagen, nachdem einer Partei der Eid zugeschoben worden ist, nach Massgabe dieses Eides zu entscheiden. [...]

[...] *Solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit.* [...]

109 c BGE 125 III 78 f. = Pra 88 (1999) Nr. 191

E. 3b [...] Art. 8 ZGB regelt für alle vom Bundesprivatrecht geregelten Verhältnisse (BGE 115 II 300 E. 3 = Pra 79 Nr. 45) die Verteilung der Beweislast und damit die Folgen des Fehlens jeglichen Beweises. Er bestimmt, dass, wo das Gesetz keine andere Regelung enthält, wer aus einem von ihm behaupteten Sachverhalt ein Recht ableiten will, den Beweis dafür leisten muss, ansonsten er den Prozess verliert. Im vorliegend zu prüfenden Fall obliegt es mithin dem Arbeitnehmer, das Vorhandensein des behaupteten Lohnanspruches nachzuweisen, während der Arbeitgeber die erfolgte Bezahlung oder, zumindest, das Erlöschen der Schuld zu beweisen hat (ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 35 zu Art. 322 OR). Andererseits kann vom Arbeitnehmer nicht verlangt werden, die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beweisen (BSK-SCHMID, N 43 zu Art. 8 ZGB).

Es ist in der Tat nötig, sich den Grundsatz zu vergegenwärtigen, nach welchem der Gläubiger – vorliegend der Arbeitnehmer – die Sachumstände nachzuweisen hat, die geeignet sind, seine Forderung zu begründen, während der Schuldner – vorliegend der Arbeitgeber – jene beweisen muss, die geeignet sind, sie zu neutralisieren (BK-KUMMER, N 146 f. zu Art. 8 ZGB; BSK-SCHMID, N 42 f. zu Art. 8 ZGB). Mit anderen Worten muss der Gläubiger das Vorliegen des seiner Forderung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses beweisen, während der Schuldner dessen Untergang nachzuweisen hat (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht. 3. Aufl., S. 325; BK-KUMMER, N 160 zu Art 8 ZGB). Mit Bezug auf den sich aus einem Arbeitsverhältnis ergebenden Anspruch auf Lohn bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer die tatsächlichen Umstände anführen muss, die für den Nachweis eines – mittels einer ausdrücklichen Willenserklärung der Parteien oder von Gesetzes wegen (Art. 320 Abs. 2 OR) – erfolgten Abschluss eines Arbeitsvertrages sowie der Höhe des vereinbarten oder üblichen (Art. 322 Abs. 1 OR) Lohnes nötig sind. Der Arbeitgeber, der sich der weiteren Bezahlung des Lohnes widersetzt, muss seinerseits den Untergang des Arbeitsvertrages beweisen. Diese Obliegenheit besteht unabhängig vom Grund des Unterganges: [...].

§ 2 Zum Personenrecht; Rechts- und Handlungsfähigkeit

1. Grundlagen: Freie und Sklaven

110 Gai 1,9

Nach der obersten Einteilung des Personenrechts sind alle Menschen entweder Freie oder aber Sklaven.

Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

Vgl. dagegen Art. 11 ZGB.

110 a D 28,1,20,7

Auch kann ein Sklave aus gutem Grunde nicht zu den Förmlichkeiten (der Testamentserrichtung) hinzugezogen werden, weil er am ius civile schlechterdings nicht teilhat, so wenig wie am Recht des praetorischen Ediktes.

Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.

Vgl. auch Rdn 116

110 b D 50,17,22 pr. (Ulp 28 Sab)

Keine Obligation vermag einen Sklaven als Partner zu betreffen.

In personam servilem nulla cadit obligatio.

110 c D 45,3,1,4 (Iul 52 dig)

Ein im Miteigentum stehender Sklave tritt in der Rolle zweier Sklaven auf. [...]

Communis servus duorum servorum personam sustinet. [...]

110 d KANT, Metaphysik der Sitten (WW (ed. Weischedel) Bd. 7, 345 (AB 45)

B. Allgemeine Einteilung der Rechte

1) Der Rechte, als systematischer Lehren, in das Naturrecht, das auf lauter Prinzipien a priori beruht, und das positive (statutarische) Recht, was aus dem Willen eines Gesetzgebers hervorgeht.

- 2) Der Rechte, als (moralischer) Vermögen, andere zu verpflichten, d.i. als einen gesetzlichen Grund zu den letzteren (titulum), von denen die Obereinteilung die in das angeborne und erworbene Recht ist, deren ersteres dasjenige Recht ist, welches, unabhängig von allem rechtlichen Akt, jedermann von Natur zukommt; das zweite das, wozu ein solcher Akt erfordert wird.

Das angeborne Mein und Dein kann auch das innere (meum vel tuum internum) genannt werden; denn das äussere muss jederzeit erworben werden.

Das angeborne Recht ist nur ein einziges

Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht. – Die angeborne Gleichheit, d.i. die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; mithin die Qualität des Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein [...].

(329) Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anders, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (die psychologische aber bloss das Vermögen, sich seiner selbst in den verschiedenen Zuständen, der Identität seines Daseins bewusst zu werden), woraus dann folgt, dass eine Person keinen and(330)ren Gesetzen, als denen, die sie (entweder allein, oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbst gibt, unterworfen ist.

Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist. Ein jedes Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt, heisst daher Sache (res corporalis). (AB 22/23)

- 110 e KANT, Die praktische Vernunft (WW (ed. Weischedel) Bd. 4. S. 210 (A 156)

In der ganzen Schöpfung kann alles, was man will, und worüber man etwas vermag, auch bloss als Mittel gebraucht werden; nur der Mensch, und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf, ist Zweck an sich selbst. Er ist nämlich das Subjekt des moralischen Gesetzes, welches heilig ist, vermöge der Autonomie seiner Freiheit. Eben um dieser willen ist jeder Wille, selbst jeder Person ihr eigener, auf sie selbst gerichteter Wille, auf die Bedingung der Einstimmung mit der Autonomie des vernünftigen Wesens eingeschränkt, es nämlich keiner Absicht zu unterwerfen, die nicht nach einem Gesetze, welches aus dem Willen des leidenden Subjekts selbst entspringen könnte, möglich ist; also dieses niemals bloss als Mittel, sondern zugleich selbst als Zweck zu gebrauchen. Diese Bedingung legen wir mit Recht sogar dem göttlichen

Willen, in Ansehung der vernünftigen Wesen in der Welt, als seiner Geschöpfe, bei, indem sie auf der Persönlichkeit derselben beruht, dadurch allein sie Zwecke an sich selbst sind.

110 f HEGEL, G.W.F. Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)

Erster Teil.

Das abstrakte Recht.

§ 34.

Der an und für sich freie Wille, wie er in seinem abstrakten Begriffe ist, ist in der Bestimmtheit der Unmittelbarkeit. Nach dieser ist er seine gegen die Realität negative, nur sich abstrakt auf sich beziehende Wirklichkeit, – in sich einzelner Wille eines Subjektes. [...]

§ 35.

Die Allgemeinheit dieses für sich freien Willens ist die formelle, die selbstbewusste sonst inhaltslose einfache Beziehung auf sich in seiner Einzelheit, -- das Subjekt ist insofern Person. [...]

Die Persönlichkeit fängt erst da an, insofern das Subjekt nicht bloss ein Selbstbewusstsein überhaupt von sich hat als konkretem auf irgendeine Weise bestimmtem, sondern vielmehr ein Selbstbewusstsein von sich als vollkommen abstraktem Ich, in welchem alle konkrete Beschränktheit und Gültigkeit negiert und ungültig ist. In der Persönlichkeit ist daher das Wissen seiner als Gegenstandes, aber als durch das Denken in die einfache Unendlichkeit erhobenen und dadurch mit sich rein-identischen Gegenstandes. [...]

§ 36.

Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechtes aus. Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.

§ 38.

In Beziehung auf die konkrete Handlung und moralische und sittliche Verhältnisse ist gegen deren weiteren Inhalt das abstrakte Recht nur eine Möglichkeit, die rechtliche Bestimmung daher nur eine Erlaubnis oder Befugnis. Die Notwendigkeit dieses Rechts beschränkt sich aus demselben Grunde seiner Abstraktion auf das Negative, die Persönlichkeit und das daraus Folgende nicht zu verletzen. Es gibt daher nur Rechtsverbote, und die positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde liegen.

§ 39.

Die beschliessende und unmittelbare Einzelheit der Person verhält sich zu einer vorgefundenen Natur, welcher hiermit die Persönlichkeit

des Willens als ein Subjektives gegenübersteht, aber dieser, als in sich unendlich und allgemein, ist die Beschränkung, nur subjektiv zu sein, widersprechend und nichtig. Sie ist das Tätige, sie auszuheben und sich Realität zu geben, oder, was dasselbe ist, jenes Dasein als das ihrige zu setzen.

§ 40.

Das Recht ist zuerst das unmittelbare Dasein, welches sich die Freiheit auf unmittelbare Weise gibt,

a) Besitz, welcher Eigentum ist; - die Freiheit ist hier die des abstrakten Willens überhaupt, oder eben damit einer einzelnen sich nur zu sich verhaltenden Person.

b) Die Person, sich von sich unterscheidend, verhält sich zu einer andern Person und zwar haben beide nur als Eigentümer für einander Dasein. Ihre an sich seiende Identität erhält Existenz durch das Übergehen des Eigentums des einen in das des anderen mit gemeinsamen Willen und Erhaltung ihres Rechts, - im Vertrag.

Hier erhellt schon so viel, dass nur die Persönlichkeit ein Recht an Sachen gibt und daher das persönliche Recht wesentlich Sachenrecht ist, - Sache im allgemeinen Sinne als das der Freiheit überhaupt Äusserliche, wozu auch mein Körper, mein Leben gehört. Dies Sachenrecht ist das Recht der Persönlichkeit als solcher. Was aber das im römischen Rechte sogenannte Personenrecht betrifft, so soll der Mensch erst, mit einem gewissen *status* betrachtet, eine Person sein; im römischen Rechte ist hiermit sogar die Persönlichkeit selbst, als gegenüber der Sklaverei, nur ein Stand, Zustand. [...] Das römische Personenrecht ist daher nicht das Recht der Person als solcher, sondern wenigstens der besonderen Person; [...].

110 g SAVIGNY, F.C., von, System des heutigen Römischen Rechts (Erster Band)

(7) Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehenden Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn. [...]

DERS., aaO. (Zweyter Band, 1840)

(1) Jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer andern Person. Der erste Bestandteil desselben, der einer genaueren Betrachtung bedarf, ist die Natur der Personen, deren gegenseitige Beziehung jenes Verhältnis zu bilden fähig ist. Hier ist also die Frage zu beantworten: Wer kann Träger oder Subjekt eines Rechtsverhältnisses seyn? Diese Frage betrifft das mögliche Haben der Rechte, oder die

Rechtsfähigkeit, nicht das mögliche Erwerben derselben, oder die Handlungsfähigkeit, welche erst in einem folgenden Abschnitt betrachtet werden wird. [...].

(2) Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjektes zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.

110 h RORTY, A., Ein literarisches Postscriptum: Charaktere, Personen, Selbste, Individuen. In: L. Siep (Hrsg.): Identität der Person. Aufsätze aus der nordamerikanischen Gegenwartsphilosophie (Basel 1983).

(148 f.) Der Begriff der Person beginnt in der philosophischen Analyse und im gesellschaftlichen Leben beherrschend zu werden – und der Begriff der Individualität tritt zurück -, gerade deswegen, weil diese Aspekte unserer Geschichte sich widerstreiten und weil wir in unserer Zerrissenheit Ausschau nach diesem Begriff halten, der Entscheidungsprinzipien stützt und verankert. Und es ist immer der Begriff der Person gewesen, der der Handlung Einheit gegeben hat, bei dem es um Entscheidung ging. Philosophen würden völlig zu Recht fragen, ob es in diesen verschiedenen Strängen der Handlung und der Identität, die ich so grob umrissen habe, keinen zugrundeliegenden Begriff gibt, keinen Begriff, der diese Wandlungen zu Wandlungen *eines* Begriffs macht. Schliesslich könnte man behaupten, dass dies die Geschichte *des* Begriffes der Person sei und dass sie unausdrückliche Richtlinien für die Einschliessung oder Ausschliessung besitzt.

Man könnte vielleicht eine pseudo-Hegelsche Form suchen, die alle diese Verschiebungen charakterisierte – das Muster einer Dialektik. Hegel aber wusste, dass eine solche Form eine blosser Abstraktion ist. Eigentlich gesprochen, ist der Begriff nicht die Form der Dialektik, sondern seine ganze Geschichte: nicht mehr, nicht weniger. Also hat unser Einwand tatsächlich einen Sinn: Es gibt den Begriff der Person – es gibt unseren gegenwärtigen Begriff der Person, und dieser besteht (besser und vollständiger erzählt) in seiner Geschichte. *Den* Begriff der Person verstehen, heisst also, die Geschichte verstehen, genauso wie das Verstehen eines besonderen Individuums heisst, *seine* Geschichte zu verstehen.

(149) Wenn der Einwand verlangt, dass wir eine Erklärung der inneren Einheit dieser Geschichte geben, eine Erklärung der Bedingungen, die jede Theorie der Person erfüllen muss, oder der Gründe, warum der Begriff der Person sich in der Weise geändert hat, wie es der Fall war, dann wenden wir uns in der Tat dem *regionalen* Begriff einer Person zu. Der Begriff der Person wurde schliesslich genau dazu erfunden: Wenn wir eine *Einheit* der Rollen oder einen einzigen Ursprung der

Veränderungen suchen, ist der Begriff der Person der gesuchte Begriff. Es wäre aber ein Irrtum anzunehmen, dass wir, nachdem der Begriff der *Person* analysiert worden ist, den Begriff entdeckt haben, aus dem die anderen – Charakter, Selbst, Individuum – in irgendeinem Sinne abgeleitet oder entfaltet werden können. Wir haben den Begriff da gefunden, wo eine Konstruktion erforderlich war, eine Ortsbestimmung für die Einheit von Prinzipien der Entscheidung und Prinzipien der Handlung. [...] Wir sollten den Begriff der Person da verwenden, wo er hingehört, im Bereich der Lokalisierung der Einheit von Entscheidungen.

2. Rechtsfähigkeit

2.1 Der *status*

111 Gai 1,159

Die *capitis deminutio* ist aber eine Veränderung des bisherigen *status* <= Rechtsstellung>

Est autem capitis deminutio prioris status permutatio [...]

112 D 4,5,11 (Paulus 2 Sab)

Es gibt drei Arten der *capitis deminutio*: die *capitis deminutio maxima*, *media* und *minima*¹⁾. Wir besitzen drei Rechtsstellungen: die Freiheit, das Bürgerrecht und die Familie. Daher entspricht es der herrschenden Lehre, dass, wenn wir all dies verlieren – das heisst Freiheit, Bürgerschaft und Familie zusammen – eine *capitis deminutio maxima* vorliegt; verlieren wir nur das Bürgerrecht, behalten aber unsere Freiheit, handelt es sich demnach um eine *capitis deminutio media*; wechselt man aber nur die Familienzugehörigkeit, so wäre dies demzufolge eine *capitis deminutio minima*.

Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam. igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

¹⁾ *maxima*: die grösste; *media*: die mittlere; *minima*: die kleinste

- 113 D 1,5,4 pr. (Florentinus 9 inst)
 Die Freiheit ist die natürliche Fähigkeit, das zu tun, was jedem beliebt, soweit man nicht durch die Umstände oder das Recht daran gehindert wird.
Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.

2.2 Fehlen der Rechtsfähigkeit: Sklaverei

- 114 D 1,5,4,1 (Florentinus 9 inst)
 Sklaverei ist eine Rechtseinrichtung des *ius gentium*, durch die jemand entgegen der natürlichen Gegebenheiten einem fremden Eigentum unterworfen ist.
Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.
- 115 Gai 1,52
 Somit befinden sich die Sklaven unter der Herrschaft ihrer Herren. Und diese Herrschaftsgewalt ist eine Einrichtung des *ius gentium*. Und wir können bei allen Völkern gleichermassen feststellen, dass die Herren die Herrschaft über Leben und Tod ihrer Sklaven besitzen, und was durch die Sklaven erworben wird, das wird dem Herrn erworben.
In potestate itaque sunt servi dominorum. quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.
- 116 D 50,17,32 (Ulpian 43 Sab)
 Gemäss *ius civile* gelten die Sklaven nicht als Personen; wohl aber gestützt auf das *ius naturale*, weil gemäss *ius naturale* alle Menschen gleich sind.
Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.
- 117 D 38,10,10,5 (Paulus lib sing grad et adf)
 Wir wenden diese Bezeichnungen – nämlich der Blutsverwandtschaft – auch auf die Sklaven an; deshalb sprechen wir auch bei den Sklaven von Eltern, Kindern und Geschwistern. Aber unter die Gesetze fallen diese Verwandtschaftsverhältnisse der Sklaven nicht.

Non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus: sed ad leges serviles cognationes non pertinent.

3. Handlungsfähigkeit: Geschäfts- und Deliktsfähigkeit

3.1 Mündigkeit

3.1.1 Geschäftsfähigkeit

118 Inst 1,22 pr.

Wenn die männlichen und weiblichen Unmündigen die Mündigkeit erlangen, werden sie von ihrer bisherigen Vormundschaft frei. [...] Zu diesem Zweck haben Wir¹⁾ in einer veröffentlichten kaiserlichen Konstitution angeordnet, dass beim männlichen Geschlecht mit der Vollendung des 14. Altersjahres die Mündigkeit umgehend eintrete, während wir es bei der bewährten Vorschrift des überkommenen Rechts belassen, wonach weibliche Personen mit der Vollendung ihres 12. Altersjahres als erwachsen <= mündig> gelten sollen.

Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. [...] et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

¹⁾ *Pluralis maiestatis* für Kaiser Justinian.

3.1.1.1 Die Zustimmung des Vormundes zu den Geschäften Unmündiger

A. Grundlagen

119 D 50,16,239 pr. (Pomponius 1 ench)

Mündel ist, wer als Unmündiger aufhört, unter der väterlichen Gewalt zu sein, sei es durch den Tod <des Vaters>, sei es durch Emanzipation.

‘Pupillus’ est, qui, cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte aut emancipatione.

B. Begriff der Zustimmung

120 D 26,8,3 (Paulus 8 Sab)

Auch der zum Geschäft nicht befragte Vormund kann dieses genehmigen, denn seine Genehmigung ist rechtswirksam, wenn er erklärt, dass er die getroffenen Vereinbarungen billige: gerade dies meint ja der Begriff der Zustimmung.

Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas eius, cum se probare dicit id quod agitur: hoc est enim auctorem fieri.

Wie bereits im römischen bedürfen auch nach modernem Recht die Geschäfte der beschränkt Handlungsunfähigen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters: des Inhabers der elterlichen Gewalt oder eines Vormundes (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 410 ZGB). Diese Zustimmung nennt man Einwilligung, wenn sie vor oder beim Abschluss des Geschäftes erteilt wird. Wird sie erst nach Abschluss des Geschäftes erklärt, so spricht man von Genehmigung. Die Genehmigung wirkt dann auf den Zeitpunkt des Abschlusses des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäftes zurück.

(Vgl. auch etwa VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I [3. Aufl., 1979], § 27 sowie § 43, I, 4.)

C. Zustimmungsbefürftige und ohne Zustimmung gültige Rechtsgeschäfte Unmündiger; das hinkende Rechtsgeschäft

121 C 8,38,1 (Imp. Antonius A. Paulino; a. 215)

Aus einer Stipulation, welche du als Unmündiger ohne Einwilligung deines Vormundes abgeschlossen hast, wirst du nicht verpflichtet.

Ex stipulatione, in qua impubes sine tutore auctore spondisti, non es obligatus.

122 Inst 1,21 pr.

Die Zustimmung des Vormundes ist für die Unmündigen in gewissen Fällen notwendig, in anderen aber nicht. Nicht nötig ist sie, wenn jene sich beispielsweise stipulieren lassen, dass ihnen etwas ins Eigentum übergeben werde; wenn aber die Unmündigen anderen etwas zu leisten versprechen, bedarf es der Zustimmung des Vormundes. Denn es ist herrschende Lehre, dass es ihnen gestattet sei, auch ohne Zutun des Vormundes ihre Rechtslage zu verbessern; verschlechtern können sie diese freilich nur mit seiner Mitwirkung. Daraus folgt, dass bei denjenigen Rechtsgeschäften, aus welchen gegenseitige Verpflichtungen entstehen: beim Kauf, bei Miete und Pacht, beim Arbeits- und

Werkvertrag, beim Auftrag und beim Hinterlegungsvertrag, dann wenn die Zustimmung des Vormundes nicht vorliegt, zwar diejenigen verpflichtet werden, welche mit dem Unmündigen kontrahiert haben, nicht aber die Unmündigen selbst.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriore non aliter quam tutore auctore. unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

123 D 19,1,13,29 (Ulpian 32 ed)

Wenn jemand von einem Unmündigen ohne Mitwirkung des Vormundes gekauft hat, besteht der Vertrag nur auf einer Seite: Denn wer kauft, ist dem Unmündigen verpflichtet; der Unmündige verpflichtet sich nicht.

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

Vgl. dazu Art. 19 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 410 ZGB.

124 D 41,1,11 (Marcian 3 inst)

Hinsichtlich der <blossen> Erwerbsgeschäfte benötigt der Unmündige die Zustimmung des Vormundes nicht. Veräußern hingegen kann er nichts ohne die Zustimmung des anwesenden Vormundes; er kann nicht einmal den Besitz, der auf dem tatsächlichen Gewahrsam beruht, gültig aufgeben, wie die Sabinianer meinten. Diese Ansicht ist richtig.

Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.

125 D 26,8,9 pr. (Gaius 12 ed prov)

Ein Unmündiger kann ohne Mitwirkung des Vormundes nicht aus jedem Vertrag verpflichtet¹⁾ werden. Erwerben kann er freilich durch Stipulation oder Annahme einer Sachübergabe auch ohne die Mitwirkung des Vormundes. Durch die Bestellung eines Darlehens hingegen kann er sich niemandem verpflichten, da er ja ohne die Einwilligung des Tutors nicht veräußern kann.

Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest.

¹⁾ Wörtl. in ein Schuldverhältnis eingebunden

Vgl. Art. 19 ZGB.

126 D 46,4,2 (Ulpian 24 Sab)

Es ist herrschende Lehre, dass der Unmündige durch *acceptilatio* auch ohne die Mitwirkung seines Tutors befreit werden kann.

Pupillum per acceptilationem etiam sine tutoris auctoritate liberari posse placet.

Vgl. Art. 19 Abs. 2 ZGB.

127 D 26,8,9,1 (Gaius 12 ed prov)

Daraus aber, dass der Unmündige nichts ohne die Mitwirkung des Vormundes veräußern kann, ergibt sich, dass er auch nicht freilassen kann ohne dessen Mitwirkung. Und auch wenn er unter Mitwirkung freilassen sollte, so muss er doch gemäss der *lex Aelia Sentia* vor der Ratsversammlung seine Gründe dafür darlegen.

Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse. hoc amplius licet tutoris auctoritate manumittat, debet e lege Aelia Sentia apud consilium causam probare.

3.1.1.2 Exkurs: Die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit

128 Inst 3,19,10

Was wir jetzt für den Unmündigen festgestellt haben, trifft lediglich für diejenigen zu, die bereits einigen Verstand besitzen; denn kleine Kinder und diejenigen, die der Kindheit noch sehr nahe stehen, unterscheiden sich nicht viel von den Geisteskranken, da die Unmündigen dieser Altersstufe noch keinen Verstand besitzen. [...]

Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: [...]

Vgl. dazu Art. 16 ZGB.

129 D 50,17,5 (Paulus 2 Sab)

Was den Abschluss von Rechtsgeschäften betrifft, ist die Rechtsstellung der Geisteskranken anders beurteilt worden als hinsichtlich derer, die sprechen können, das Geschäft in seiner Funktion aber nicht erkennen. Denn ein Geisteskranker kann kein Rechtsgeschäft abschliessen, während ein Unmündiger jede rechtsgeschäftliche Handlung vornehmen kann, sofern sein Vormund mitwirkt.

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellegerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.

Vgl. Art. 19 Abs. 1 ZGB.

3.1.2 Deliktsfähigkeit

130 D 50,17,111 pr. (Gaius 2 ed prov)

Ein Unmündiger, der nahe dem Mündigkeitsalter steht, ist fähig, sowohl einen Diebstahl als auch eine vorsätzliche Verletzung fremder Persönlichkeit zu begehen.

Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et iniuriae faciendae.

Vgl. Art. 19 Abs. 3 ZGB.

131 D 47,2,23 (Ulpian 41 Sab)

Ein Unmündiger kann einen Diebstahl begehen, wenn er bereits fähig ist, einen Vorsatz zu fassen. So schrieb Julian im 22. Buch seiner Digesten, es sei möglich, gegen einen Unmündigen aus der *lex Aquilia* zu klagen, da ja von ihm auch ein Diebstahl begangen werden könne. Aber er schränkte ein, das Gesagte sei mit Mass anzuwenden: auf Kinder treffe es nicht zu. Auch ich bin der Meinung, dass gegen einen verschuldensfähigen Unmündigen aus der *lex Aquilia* geklagt werden kann. [...]

Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit. Iulianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit: item posse cum impubere damni iniuria agi, quia id (et) furtum ab impubere fit. sed modum esse adhibendum ait: nam in infantes id non cadere. nos putamus cum impubere culpa capace Aquilia agi posse. [...]

3.2 Die *viginti quinque anni minores* (Die unter 25jährigen Mündigen)

- 132 D 4,4,1,1 (Ulpian 11 ed)
 Der Praetor sieht in seinem Edikt folgendes vor: „Falls geltend gemacht wird, ein Rechtsgeschäft sei mit einer weniger als fünfundzwanzig Jahre alten Person abgeschlossen worden, werde ich je nach den Umständen dieses konkreten Falles eingreifen“.
Praetor edicit: ‘Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam’.
- 133 D 4,4,1,3 (Ulpian 11 ed)
 Infolgedessen werden auch heutzutage die jungen Leute bis zu diesem Alter durch den Beistand eines Kurators geführt, und es darf ihnen die Verwaltung ihres Vermögens keinesfalls vorzeitig überlassen werden, auch wenn sie in der Lage sind, ihre sonstigen Angelegenheiten bereits verständig zu besorgen.
Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.
- 134 D 4,4,1 pr. (Ulpian 11 ed)
 Diese Rechtsschutzverheissung fügte der Praetor, der natürlichen Billigkeit folgend, dem Edikt ein und nahm sich dadurch des Schutzes der Minderjährigen an. Denn wie jedermann weiss, ist in diesem Lebensalter die Willensbildung noch leicht beeinflussbar und ungefesigt, mithin also mancherlei Übervorteilungsversuchen ausgeliefert und den Machenschaften vieler preisgegeben; so hat der Praetor ihnen <= den Minderjährigen> in diesem Ediktssatz seine Unterstützung und auch Rechtsschutz¹⁾ gegen nachteilige Betrugsfolgen zugesichert.
Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.
- ¹⁾ Wörtl.: Abhilfe
- 135 D 4,4,6 (Ulpian 10 ed)
 Den noch nicht 25jährigen Personen wird durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand <= *in integrum restitutio*> nicht nur dann geholfen,

wenn sich ihr Vermögen <durch das abgeschlossene Geschäft> irgendwie vermindert hat, sondern auch dann, wenn es in ihrem Interesse läge, dass sie nicht durch Prozesse und deren Kosten belastet werden.

Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

Zur *restitutio in integrum* siehe hinten bei Rdn 236 - 238.

136 D 4,4,44 (Ulpian 5 opin)

Nicht alle Rechtsgeschäfte, welche die noch nicht fünfundzwanzigjährigen Personen abschliessen, sind nichtig, sondern nur jene, bei denen sich nach der Prüfung des Sachverhaltes ergibt, dass die Minderjährigen -- seien sie von anderen übervorteilt, seien sie durch eigene Leichtgläubigkeit betrogen worden -- entweder gegenüber ihrem jetzigen Vermögensstand eine Einbusse erlitten haben, oder dass sie einen ihnen möglichen Gewinn sich haben entgehen lassen, oder dass sie sich zu einer Verbindlichkeit verpflichtet haben, deren Eingehung ihnen nicht gestattet war.

Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserint, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverint.

3.3 Gewaltunterworfenene: Grundsatz

137 Gai 2,87

Was unsere Kinder, die wir in der väterlichen Gewalt haben, desgleichen was unsere Sklaven durch *mancipatio* oder durch *traditio* zugewendet erhalten oder was sie sich durch *stipulatio* versprechen lassen oder uns aus einem anderen, irgendwie gearteten Rechtsgrund erwerben, all dies wird uns erworben; denn derjenige, der sich in unserer Gewalt befindet, kann selbst nichts zu Eigentum haben.[...]

Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex alia qualibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. [...]

§ 3 Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Guter Glaube

1. Treu und Glauben

138 CICERO de off. 2,33

Auf zweierlei Weise kann das Vertrauen anderer Menschen gewonnen werden: Wenn man uns glaubt, dass wir Klugheit, verbunden mit Gerechtigkeit, erreicht haben. [...] Diesen gerechten und verlässlichen Menschen, d.h. den rechtschaffenen Männern, schenken wir Vertrauen, weil kein Verdacht auf Betrug oder Unredlichkeit gegen diese besteht. Deshalb glauben wir, diesen unser Wohl, unser Vermögen und unsere Kinder anvertrauen zu können.

Fides autem ut habeatur duabus rebus effici potest, si existimabimur adepti coniunctam cum iustitia prudentiam. [Nam et iis fidem habemus, quos plus intellegere quam nos arbitramur quosque et futura prospicere credimus et, cum res agatur in discrimenque ventum sit, expedire rem et consilium ex tempore capere posse; hanc enim utilem homines existimant veramque prudentiam]. Iustis autem (et fidis) hominibus, id est bonis viris, ita fides habetur, ut nulla sit in iis fraudis iniuriaque suspicio. Itaque his salutem nostram, his fortunas, his liberos rectissime committi arbitramur.

139 D 17,2,3,3 (Paulus 32 ed)

Wenn eine Gesellschaft aus Arglist oder zum Zweck des Betrugs eingegangen wurde, so entfaltet sie von Rechts wegen keinerlei (Rechts-) Wirkung, weil Treu und Glauben mit Betrug und Arglist nicht zu vereinbaren sind.

Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

140 D 19,2,21 (Javolen 11 epistol)

[...] Er hat das Gutachten erteilt: Treu und Glauben erfordern, dass das geleistet werde, was vereinbart worden war. [...]

[...] respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: [...]

141 D 50,17,34 (Ulpian 45 Sab)

Bei Stipulationen und den anderen Schuldverträgen berücksichtigen wir immer das, was vereinbart worden ist. Wenn jedoch nicht erkennbar ist,

was vereinbart wurde, wird es folgerichtig sein, dass wir das beachten, was an diesem Ort allgemein üblich ist¹⁾. [...]

Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. [...]

¹⁾ Vgl. BUCHER, OR AT (2. Aufl., 1988), § 12/VI, p. 189.

142 D 21,1,31,20 (Ulpian 1 ed aed cur)

Da die *stipulatio duplae* immer wieder vorkommt, kann nach unbestrittener Auffassung auch dann aus dem Kauf geklagt werden, wenn der Verkäufer einer *res mancipi* die Stipulation auf das Doppelte nicht geleistet hat. Denn die (Verkehrs-) Sitte und die Gewohnheit müssen bei den von Treu und Glauben beherrschten Verfahren mitberücksichtigt werden.

Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

143 D 19,1,1,1 (Ulpian 28 Sab)

Wenn ein Verkäufer die Dienstbarkeit verschwiegen hat, obschon er wusste, dass eine Belastung bestand, so entzieht er sich der *actio empti* nicht, wenn der Käufer diese Tatsache nicht gekannt hat. Denn bei der *actio empti* wird alles in Betracht gezogen, was Treu und Glauben widerspricht. [...]

Venditor si, cum sciret deberi, servitutem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. [...]

2. Rechtsmissbrauch

2.1 Grundsatz

144 D 50,17,55 (Gaius 2 test ed)

Es handelt offensichtlich niemand arglistig, der ein ihm zustehendes subjektives Recht ausübt.

Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.

2.2 Einschränkung

145 Gai 1,53

[...] es ist uns nämlich nicht erlaubt, unsere subjektiven Rechte zweckwidrig auszuüben [...]

[...] *male enim nostro iure uti non debemus [...]*

2.2.1 Schikaneverbot, *civiliter uti*

146 D 47,10,44 (Javolen 9 ex post Labeonis)

Wenn der Eigentümer des tiefer gelegenen überbauten Grundstücks Rauch zu entfachen pflegte in der Absicht, den weiter oben wohnenden Nachbarn einzunehmen, oder wenn dieser obere Nachbar auf die weiter unten gelegenen Anwesen etwas herabgeworfen oder herabgegossen hat, so bestreitet Labeo, dass aus der *actio iniuriarum* geklagt werden könne, was ich für falsch halte, zumindest wenn dies um der Beeinträchtigung willen geschieht.

Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa inmittitur.

147 D 6,1,38 (Celsus 3 dig)

Du hast auf einem fremden Grundstück, das du gutgläubig gekauft hast, gebaut oder gesät. Daraufhin wird es dir entwehrt. [...] Wir haben aber den Rechtsgrundsatz entwickelt, dass, wenn der Eigentümer bereit ist, soviel zu bezahlen, wieviel der Besitzer haben würde, falls diese <investierten> Sachen wieder entfernt und somit wohl wieder anderweitig verwendbar wären, sollte ihm diese Möglichkeit offenstehen. Ferner sind auch Arglistigkeiten nicht hinzunehmen, wie etwa wenn du Stukkaturen bzw. Fresken, die du angebracht hast, zu keinem anderen Zweck wegmeisseln wolltest, als um <dem Eigentümer> etwas zuleide zu tun. [...]

In fundo alieno, quem imprudens emeris, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: [...] constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. [...]

2.2.2 *venire contra factum proprium*

148 D 8,3,11 (Celsus 27 dig)

Das Recht, über ein Grundstück, das mehreren gehört, zu gehen und zu fahren, kann mir von jedem einzeln eingeräumt werden. Also erwerbe ich das Recht bei genauer Überlegung nicht anders, als wenn alle mir das Recht bestellen, aber erst durch die letzte Übertragung werden alle vorhergehenden genehmigt. Und doch ist es angemessener, zu sagen, dass, auch bevor der letzte übertragen hat, jene die Ausübung des bestellten Rechts nicht verbieten können, die es bereits eingeräumt haben.

Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.

149 C 8,44,27 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Theophilo; a. 294)

Wenn Athenocles wissentlich ein fremdes oder verpfändetes Grundstück gekauft hat und hinsichtlich der Entwehrung nichts vereinbart worden ist, so fordert er <den Kaufpreis>, den er dafür bezahlt hat, im Widerspruch zu einem Grundprinzip des Zivilrechts zurück. War er aber unwissend, so steht die Rechtsregel deinem Wunsch, nicht zu erstatten, entgegen.

Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles nec quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur.

149 a BGE 110 II 498 E. 4)

Widersprüchliches Verhalten liegt dann vor, wenn durch das frühere Verhalten bei einem Partner schutzwürdiges Vertrauen begründet worden ist, das diesen zu Handlungen veranlasst hat, die ihm angesichts der neuen Situation nunmehr zum Schaden gereichen.

149 b Bestätigt in BGE 121 III 350 ff. (= Pra 85/1996 Nr. 168 S. 615)

E. 5-b) Nach der Rechtsprechung schützt das Gesetz das widersprüchliche Verhalten dann nicht ('venire contra proprium factum'), wenn das frühere Verhalten einer Partei bei der anderen Partei ein berechtigtes Vertrauen entstehen liess, das diese zu Handlungen veranlasste, die ihr nunmehr, angesichts der neuen Situation, zum Schaden gereichen (BGE 116 II 702 E. 3b, 115 II 338 E. 5a, 110 II 498 E. 4, 106 II 320 E. 3a = Pr 81 Nr. 10, 79 Nr. 195, 74 Nr. 102, 70 Nr. 77).

149 c BGE 115 II 338

Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. [...] Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Interesse begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde.

2.2.3 *dolus facit qui petit quod redditurus est*

150 D 44,4,8 pr. (Paulus 6 Plaut)

Arglistig handelt, wer herausverlangt, was er umgehend wieder zurückerstatten muss.

Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

151 D 46,3,25 (Pomponius 31 Sab)

Wenn der auf einen Teil eingesetzte Erbe die zehn, welche der Verstorbene mittels Stipulation versprochen hatte, in vollem Umfang bezahlt hat, so wird er zwar für den Teil, in welchem Umfang er Erbe ist, befreit werden. Für den übrigen Teil hingegen wird er kondizieren können. Wenn ihm aber, bevor er kondizierte, der restliche Teil der Erbschaft angewachsen ist, dann wird er auch für diesen Teil verpflichtet sein, und deshalb bin ich der Ansicht, dass der Kondiktion wegen Bezahlung einer Nichtschuld die Einrede der Arglist entgegensteht.

Ex parte heres institutus si decem, quae defunctus promiserat, tota solvit, pro parte quidem qua heres est liberabitur, pro parte autem reliqua ea condicet. sed si antequam condicat, ei adcreverit reliqua pars hereditatis, etiam pro ea parte erit obligatus et ideo condicenti indebitum doli mali exceptionem obstare existimo.

2.2.4 **Die Einreden der Arglist: *exceptio doli* und *exceptio rei venditae et traditae***

152 D 44,4,1,1 (Paulus 71 ed)

Der Praetor hat nun diese Einrede <sc. die *exceptio doli generalis*> dem Edikt zu dem Zwecke eingefügt, damit nicht aufgrund der innerhalb des *ius civile* sich bietenden Möglichkeit, im Widerspruch zur Natur der Sache, jemandem seine eigene Arglist zum Vorteil gereiche.

Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

153 **Die *exceptio doli***

[...] wenn in dieser Angelegenheit infolge Arglist des Aulus Agerius weder etwas geschehen ist noch jetzt geschieht [...]

[...] *si in ea re nihil dolo malo AⁱAⁱ factum sit neque fiat* [...]

Vgl. Gai 4,119 und KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 83, II, Rdn. 26.

154 – falls nicht Aulus Agerius den Sklaven, um den es hier geht, dem Numerius Negidius verkauft und tradiert hat –

– *nisi A^sA^s servum quo de agitur N^oN^o vendidit et tradidit* –

Cfr. Rdn 423

2.2.5 Die Inhaerenz des Arglistverbotes in den *actiones bonae fidei*

155 D 18,5,3 (Paulus 33 ed)

[...] Julian vertrat die Meinung, aus dem Kaufvertrag könne gewiss nicht mehr geklagt werden, weil in den *actiones bonae fidei* die *exceptiones pacti <conventi>* <= Einreden gestützt auf formfreie Abreden> im Klageformular bereits mitenthaltend seien.[...]

[...] *Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio.* [...]

156 D 24,3,21 (Ulpian 3 disp)

[...] Weil nämlich die *exceptio doli* [...] bei den *actiones bonae fidei* im Klageformular bereits mitenthaltend ist. [...]

[...] *cum enim doli exceptio insit* [...] *in ceteris bonae fidei iudiciis.* [...]

156 a D 30,84,5 (Iul 33 dig)

Wer einen testamentarisch ihm vermachten Sklaven ohne davon zu wissen vom Erben kauft und nachdem er vom Legat Kenntnis erhalten hatte kraft des Anspruchs aus dem Vermächtnis (*actio ex testamento*) den Sklaven übereignet erhalten hatte, kann aufgrund des (Preis-) Anspruchs des Verkäufers nicht verurteilt (*absolvi*) werden, weil es sich dabei um eine Klage gemäss Treu und Glauben handelt, welcher die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) innewohnt. [...]

Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. [...]

156 b D 46,3,34,11 (Iul 54 dig)

Wer sich mittels einer peremptorischen Einrede (*perpetua exceptio*) zu verteidigen vermag, fordert (allenfalls bereits Geleistetes) zurück und wird demzufolge (durch jene) nicht von der Leistungspflicht befreit [...].

Qui perpetua exceptio se tueri potest, solutum repetit et ideo non liberatur [...].

Cfr. Rdn 792

157 D 21,1,59 pr. (Ulpian 74 ed)

Wenn ein Sklave in einem derartigen Zustand verkauft worden ist, dass gewandelt werden muss, ist es unangemessen, den Verkäufer den Preis für die zurückzugebende Sache einfordern zu lassen.

Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est venditorem pretium redhibendae rei consequi.

Vgl. OR 210 Abs. 2

157 a Entsprechend ist der Rechtsmissbrauch auch im schweizerischen Recht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes von Amtes wegen (*ex officio iudicis*) zu berücksichtigen. Exemplarisch BGE 95 II 115 E. 4: „Art. 2 ZGB ist in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten“. Mithin handelt es sich bei der Geltendmachung eines Rechtsmissbrauchs nicht um eine Einrede (*exceptio*), sondern um eine Einwendung.

Dies entspricht der Auffassung des Gesetzesredaktors Eugen Huber, welcher davon ausging, dass das subjektive Recht seinem Begriffe gemäss eine sozial gebundene Zuordnungsfunktion wahrnehme. Dieses „soziale Ideal“ ist mithin Inhalt der das subjektive Recht begründenden (objektivrechtlichen) Norm. Folglich entbehrt der in Übereinstimmung mit dem Wortlaut, aber in Verletzung des der Norm inhaerenten sozialen Zwecks gestellte Anspruch seiner notwendigen materiellrechtlichen Grundlage und ist folgerichtig von Amtes wegen, als *ipso iure* nicht existent festzustellen und damit abzuweisen.

- 157 b Vgl. dazu Eugen HUBER als Kommissionsreferent deutscher Sprache im Nationalrat (StenBull Jgg. XVI [1906] Nationalrat, p. 1037)

„Nach dieser ersten Regelung der Grundlagen der Rechtsanwendung finden Sie sodann einige Bestimmungen über den Inhalt der Rechtsverhältnisse und zwar zunächst über die Interpretation des Inhaltes der Rechtsverhältnisse, wo in <Art. 2, Abs. 1 ZGB>, der ja selbstverständliche, aber doch immer nicht genug zu betonende Satz aufgestellt wird, dass nach Recht und Pflicht, nach der Stellung des Schuldners und des Gläubigers im Rechtsverhältnis, die vorhandenen Beziehungen nach Treu und Glauben ausgelegt werden müssen. An diesen Grundsatz, der Treu und Glauben gesetzgeberisch sanktionieren will, fügt dann Abs. 2 des <Art. 2 ZGB> noch eine Konsequenz, wonach der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz finden kann, wie der Wortlaut dieses Alineas nach der Vorlage Ihrer Kommission lautet. Dieses Verbot des Missbrauches von subjektiven Rechten ist angefochten worden, allein mit Argumenten, die deutlich zeigen, dass auch unsere Gegner, und zwar, je tiefer sie die Sache auffassen, um so deutlicher, doch mit uns einverstanden sind. Sie sagen, es bedarf eines solchen Satzes nicht, weil der Missbrauch eines Rechtes überhaupt kein Recht mehr ist, und das ist ja richtig. Allein wir wollen dies ausdrücklich sanktionieren. Missbrauch eines Rechtes ist eben die Ueberschreitung eines Rechtes, das bei rein äusserlicher Betrachtung vorhanden wäre, aber doch bei tieferer Erfassung der subjektiven Berechtigung materiell nur in dem Sinne der Überschreitung vorhanden ist, und es ist dringend wünschenswert, dass das gesagt werde, weil eben ein förmliches Recht immer und immer wieder einer Person in Fällen an die Hand gegeben sein kann, wo in Wirklichkeit, nach dem eigentlichen Zweck des Rechtes ein subjektives Recht gar nicht mehr vorhanden ist, die Inanspruchnahme des Rechtes also sich als Missbrauch des Rechtes darstellt. So ist also die Ausschliessung des Missbrauches, dieser Satz, dass der Missbrauch keinen Rechtsschutz finden solle, allerdings bei tieferer Erfassung der Berechtigung selbstverständlich, allein er verdient es in seiner hohen Bedeutung, im Gesetzbuche Aufnahme zu finden. Es geschieht das in Absatz 2 des <Art. 2 ZGB>, nachdem schon frühere Entwürfe für das Sachenrecht im gleichen Sinne das Verbot des sog. Neidbaus aufgestellt hatten und im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch das sog. Chikaneverbot ausgesprochen worden ist.“

- 157 c In jenem Zusammenhang hatte Eugen HUBER ausgeführt (ERLÄUTERUNGEN II – der Text entspricht wörtlich demjenigen der ersten Auflage aus dem Jahre 1901 –, p. 34 f.):

„Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers schliesst verschiedene Möglichkeiten in sich. Sie gibt das Recht, die Sache zu besitzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, diese also auch von jedem Unberechtigten herauszuverlangen. Sie verleiht das Recht, die Sache zu gebrauchen und zu verbrauchen, so lange damit nicht in fremde

Rechte eingegriffen wird. Dass aber dabei nicht nur die Rechtssphäre der Anderen gewahrt, sondern auch der befugte Gebrauch sich in den Schranken der durch die gute Treue gebotenen Schonung der Interessen der Andern halten soll, entspringt einer alt überlieferten Auffassung, die auf eine allgemeine Anerkennung durch das einheitliche Recht rechnen darf. Man sprach diesfalls früher, mit Bezug auf eine bestimmte Schranke dieses Charakters, von dem Verbot des Neidbaues, man bezeichnete diesen als unzulässig. Der Entwurf untersagt allgemein den Gebrauch des Eigentums, der offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, Andern Schaden zuzufügen. Allerdings wird man dieser Bestimmung (Art. 644, Abs. 2) ¹⁾ die Regel entgegenhalten, dass wer nur sein Recht ausübt, einen Andern überhaupt nicht schädigen könne, was vom Eigentümer, der nur von seinem Eigentum einen ihm gerade beliebigen Gebrauch mache, ganz besonders gelte. Allein das Eigentum darf trotz der begrifflich vollkommenen Herrschaft, die es verschafft, doch nicht als losgelöst von der gesamten Rechtsordnung aufgefasst werden. Es steht nicht über der Rechtsordnung, sondern in derselben. Es darf also auch durch die Erwägung eingeschränkt werden, dass eben die Rechtsinstitute nicht dazu da sind, einander zu schädigen, sondern einem jeden sein Recht zuzusichern, und ein Recht in einem der Rechtsordnung feindlichen Interesse gibt es überhaupt nicht, ein solches anzuerkennen, würde das Recht in das Gegenteil von dem verwandeln, was es sein will, eine Sicherung und ein Schutz für die einer solchen Sorge und Pflege für würdig erachteten Güter. Auch daran darf man kein Bedenken nehmen, dass der Eigentümer es sich unter Umständen bei der erwähnten Vorschrift des Entwurfes gefallen lassen muss, dass eine Untersuchung darüber vorgenommen werde, ob er von seinem Rechte den erlaubten Gebrauch gemacht habe oder nicht. Denn den Schutz seines Rechtes kann doch jedermann nur dann verlangen, wenn er damit etwas rechtlich Erlaubtes beansprucht, die Gewährung der Möglichkeit aber, den Richter auch da anzurufen, wo das durch die Rechtsordnung gewollte Moment, das rechtliche Interesse, gar nicht vorhanden ist, das geht über den Schutz eines jeden Rechtes und also auch des Eigentums hinaus.“

¹⁾ *Die Bestimmung findet sich im Gesetz in der allgemeinen Vorschrift des Art. 2, Abs. 2.*

157 d Und schliesslich – zusammenfassend und gleichsam überleitend – in der ebenfalls von HUBER verfassten Botschaft ZGB, p. 13 f:

„In <Art. 2 ZGB> wird ein Schikaneverbot aufgestellt, das schon im Entwurf von 1900 enthalten war, dort aber speziell mit Hinsicht auf den Missbrauch des Eigentumsrechtes (Art. 644; später gestrichen), während die vorliegende Regel allgemein gefasst ist. Die Bedürfnisse der Praxis sind geeignet, der allgemeineren Fassung das Wort zu sprechen. Die Bestimmung soll für die Fälle als eine Art von Notausgang dienen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenes Unrecht

geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde.“

157 e BGE 88 II 23

E 4) Die Klägerin macht geltend, die Klage dürfe schon deshalb nicht in Anwendung der Bestimmung über Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB) abgewiesen werden, weil der Beklagte sich nicht auf solchen berufen habe. Diese Auffassung hält nicht stand (BGE 78 II 227, BGE 86 II 232, 401). Art. 2 ZGB enthält objektives Recht. Dieses ist vom Richter von Amtes wegen anzuwenden, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen wurden und feststehen. Einer besonderen Einrede bedarf es nicht. Wo das Gesetz gewisse Bestimmungen nicht von Amtes wegen berücksichtigt wissen will, sagt es das ausdrücklich (Art. 142 OR).

3. Guter Glaube

158 D 50,16,109 (Modestin 5 pand)

Ein gutgläubiger Käufer ist offenkundig derjenige, welcher nicht gewusst hat, dass diese Sache nicht dem Verkäufer gehörte, oder der geglaubt hat, dass derjenige, der verkauft hat, das Recht habe zu verkaufen, dass dieser also z.B. Prokurator oder Tutor sei.

‘Bonae fidei emptor’ esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Vgl. Art. 3 ZGB.

158 a WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd. (7. Aufl. = letzte von Windscheid selbst besorgte Ausgabe, 1891), § 176, p. 532 f.:

„Unter gutem Glauben ist zu verstehen die redliche Überzeugung, dass man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe. [...] Wenn man vom Falle des Rechtsirrhums absieht, so lässt sich der gute Glaube auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde. Unter diesen Umständen ist von besonderer Wichtigkeit das Eigentum bez. Nichteigentum des Rechtsurhebers; daher die Quellen den guten Glauben auch geradezu bezeichnen als Glauben an das Eigentum oder als Nichtwissen von dem Nichteigentum des Rechtsurhebers.“

Vgl. Gai 2,43 (Rdn 433).

158 aa Gl “qui bona fide” ad Inst. 2,6 pr. (Accursius)

„Wer gutgläubig ist“, was vermutet wird, wenn jemand darauf vertraut, vom Eigentümer zu kaufen, oder weil er glaubt, der Verkäufer sei zum Verkauf ermächtigt (*habere ius vendendi*); der diesbezügliche gute Glaube wird stets vermutet. Guter Glaube wird bei einem Verkaufsgeschäft zeitlich in zwei Phasen gefordert: nämlich beim Zustandekommen des Kaufkontraktes sowie im Zeitpunkt der Besitzesübertragung (*traditio*).

„Qui bona fide“, quod praesumitur si a domino credat se emere, vel quia putat vendentem habere ius vendendi, quae bona fides praesumitur semper. Exigitur autem in venditione duobus temporibus bona fides: scilicet tempore contractus, & tempore traditionis. [...]

158 b Zur Vermutung (Praesumption) der *bona fides* (Art. 3 Abs. 1 ZGB):

JHERING, Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode (1889), p. 160 ff.: „Bei den meisten Präsumtionen ist das statistische Verhältniss der Deckungs- zu den Ausfallsfällen ein unverhältnissmässig viel höheres, als hier angenommen ist. Bei dem Darlehen fällt auf viele Millionen von Fällen, in denen der Darleiher Eigenthümer ist, vielleicht kaum ein einziger, wo er es nicht ist. Hier wäre es geradezu widersinnig, den Beweis des Eigenthums zu verlangen, die Präsumtion trifft mit der Wirklichkeit so gut wie zusammen, sie lässt sich als die processualische Asymptote der Wirklichkeit bezeichnen. [...] Nicht anders verhält es sich mit der angeblichen Präsumtion der *bona fides* bei der Ersitzung. Unter Millionen Fällen, in denen der Käufer sich in gutem Glauben befindet, dürfte kaum einer vorkommen, in denen er (161) es nicht ist, während der Beweis der *bona fides*, wenn er, wie ja vorausgesetzt wird, strict genommen werden soll, kaum je gelingen dürfte. [...]

Nicht also die blosse Schwierigkeit oder gänzliche Unmöglichkeit der Erbringung des Beweises ist es gewesen, welche dem Recht zu den [...] Beweiserleichterungen den Anlass geboten hat, sondern der Zweck, durch den es sich überall leiten lässt: möglichste Deckung zwischen dem Zustand, den es erstrebt, und der Wirklichkeit, und die dadurch implicirte Berücksichtigung des numerischen Verhältnisses der Deckungs- zu den Ausfallsfällen, der Procentsatz des Mancos, das das Gesetz bei allen seinen Bestimmungen stets in den Kauf nehmen muss. Die Statistik ist die Basis, welche der Gesetzgeber bei seiner Verwirklichung des Gesichtspunktes der Praktikabilität (162) stets zur Unterlage nehmen muss und in Wirklichkeit, mag er sich dessen bewusst gewesen sein oder nicht, stets genommen hat.“

- 158 c Carl Georg v. WÄCHTER, Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums (1871), § 12, p. 44:

„Die Redlichkeit wird vom Rechte bis zum Beweise des Gegentheils stets vorausgesetzt und bedarf nicht erst eines besonderen Rechtfertigungsgrundes. Soweit daher guter Glaube die Grundlage und Bedingung eines Rechtserwerbs ist, hat derjenige, welcher das Recht geltend macht, ihn nicht besonders anzuführen und zu beweisen; vielmehr ist, wenn der Gegner durch Behauptung der mala fides das betreffende Recht läugnet, dieses eine [...] Replik, welche er zu beweisen hat. Es ist dies ein für die rechtlichen Lebensverhältnisse nothwendiger Grundsatz; auch war die herrschende Ansicht von der Glosse an stets für ihn. Zwar ist er von unsren geschriebenen Quellen nicht direct ausgesprochen; auch wird er von einzelnen Civilisten bestritten. Aber jedenfalls wurde und wird er in der Rechtsprechung so allgemein und nachhaltig anerkannt, dass er als gewohnheitsrechtlich feststehend betrachtet werden muss.“

- 158 d Zum Begriff des guten Glaubens im schweizerischen Zivilrecht vor dem ZGB vgl. die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 205 aOR.

Art. 205 a OR: *„Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigenthumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war. [...]“*.

BGE 14 (1888), 100: *„Der gute Glaube des Erwerbers, wie ihn Art. 205 des Obligationenrechtes zum Eigenthumserwerbe bei Übertragung seitens eines Nichteigenthümers erfordert, ist aufzufassen als die redliche Überzeugung, durch die Aneignung der Sache kein fremdes Recht zu verletzen; er ist ausgeschlossen nicht nur wenn der Erwerber um das seinem Erwerbe entgegenstehende Hinderniss (das Nichteigenthum seines Vormannes) positiv weiss, sondern auch dann, wenn derselbe den Umständen nach gemäss den Regeln redlichen Verkehrs bei gehöriger Aufmerksamkeit vermuthen muss, es entspreche sein Erwerb dem materiellen Rechte nicht; wenn also die Erwerbshandlung auf Bethätigung grober, unentschuldbarer Fahrlässigkeit, sei es auffallender Sorglosigkeit und Unachtsamkeit, sei es leichtfertiger Unbekümmertheit um fremdes Recht beruht.“*

Das Vorhandensein des guten Glaubens wird vermutet: BGE 20 (1894), 442 E. 6 a.E.: *„Da indessen der gute Glaube zu präsumieren ist“, fällt die Beweislast für dessen Fehlen demjenigen zu, der dies behauptet, ihm obliegt „der Beweis für die mala fides“.*

- 158 e Daran schloss der Gesetzgeber die Formulierung des Art. 3 ZGB an; vgl. Eugen HUBER in StenBull NR XVI (1906), p. 1037:

„Weiter wird in bezug auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse darauf verwiesen, dass der gute Glaube, soweit auf denselben bei der Ordnung der Rechtsinstitute bezug genommen wird, vermutet werden soll. Es wird also dem Gegner, der den guten Glauben bestreitet, zur Pflicht gemacht, dass er demjenigen, den er angreifen will, den bösen Glauben nachweist. Er weist das nach, indem er dartut, dass nach den vorliegenden Verhältnissen der betreffende Beklagte nicht in gutem Glauben gewesen sei oder bei schuldiger Aufmerksamkeit nicht habe in gutem Glauben sein können. Es entspricht diese Verteilung der Beweislast und der Umschreibung des Beweisthemas demjenigen, was bereits in der Praxis des O.R., namentlich zu Art. 205 dieses Gesetzes, Anerkennung gefunden hat. Wir sanktionieren mithin auch in Art. 3 etwas, was der Hauptsache nach bereits geltendes Recht ist.“

- 159 D 50,17,136 (Paulus 18 ed)

Der gute Glaube verschafft dem Besitzer allemal gleichviel, wie es die wahre Sachlage bewirkte, falls nicht ein Gesetz dem entgegensteht.

Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

JÄGGI, Berner Kommentar: Einleitungsband (Art. 1-10 ZGB), Art. 3 ZGB N 74: „Der gute Glaube heilt den Rechtsmangel (für den Gutgläubigen) völlig, sogleich und von Gesetzes wegen, ohne dass sich der Gutgläubige darauf berufen müsste. Das Gesetz hält es so, wie wenn der Tatbestand mängelfrei wäre.“

- 160 D 46,3,51 (Paulus 9 ed)

Einem Kassierer, dem ohne Wissen des Schuldners die Geschäftsführung entzogen worden ist, wird rechtswirksam bezahlt, denn ihm wird mit Willen des Geschäftsherrn geleistet; und wenn derjenige, der bezahlt, vom geänderten Willen keine Kenntnis hat, wird er befreit.

Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur: ex voluntate enim domini ei solvitur, quam si nescit mutatam qui solvit, liberatur.

- 161 D 10,1,4,2 (Paulus 23 ed)

Nach der *litis contestatio* werden freilich auch die Früchte als Gegenstand des Verfahrens in Anschlag gebracht. Denn von diesem Zeitpunkt an wird für Fahrlässigkeit und Vorsatz gehaftet. Die vor dem Prozess vereinnahmten Früchte werden jedoch nicht in jedem Fall Streitgegenstand: denn entweder hat man von ihnen gutgläubig Besitz

ergriffen – dann muss, falls sie verbraucht sind, gemäss Zivilrecht deren Wert <dem Besitzer> verbleiben –, oder aber bösgläubig, und somit wird nach *ius civile* ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung greifen müssen.

Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur: sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.

§ 4 Begriff des Vermögens und die Lehre von den Rechtsgeschäften

1. Zum Vermögensbegriff

1.1. Das Vermögen als juristischer Begriff

162 D 50,16,49 (Ulpian 59 ed)

[...] Zum Vermögen wird auch gerechnet, was durch irgendeinen gerichtlichen Anspruch verfolgbar ist: denn dies alles gehört offensichtlich zum Vermögen.

[...] aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

162 a D 50,16,21 (Paulus 11 ed)

Wenn der Kaiser ein Vermögen (*bona*) konzidiert, sind offenkundig auch Forderungsrechte (*obligationes*) mitbewilligt.

Princeps 'bona' concedendo videtur etiam obligationes concedere.

163 D 50,16,91 (Paulus 2 Fideicomm)

Es ist herrschende Lehre, dass in den Begriffen „das Meinige“ und „das Deinige“ auch die *actiones* enthalten sind.

'Meorum' et 'tuorum' appellatione actiones quoque contineri dicendum est.

1.2. Das Vermögen als wirtschaftlicher Begriff

163 a D 35,3,1,12 (Ulp 79 ed)

Bei gewissen Testamenten <Soldatentestamenten> greift die lex Falcidia nicht, aber es wird trotzdem so verfahren, dass auch wenn der Erbe den Viertel nicht einbehalten kann, die Vermächtnisse nur insoweit geschuldet sind, als die Mittel des Vermögens (*patrimonium*; hier Nachlass) ausreichen, freilich nach Abzug der Schulden und auch abzüglich des Wertes derjenigen <Sklassen>, welche im Testament fideikommissarisch oder unmittelbar freigelassen worden sind.

In quibusdam autem testamentis Falcidia quidem locum non habet, verumtamen ita observatur, ut, licet quadrantem heres non retineat, tamen hactenus legata debeantur, quatenus patrimonii vires sufficiunt, utique deducto aere alieno, item deductis pretiis eorum, qui libertatem in testamento vel directam vel fideicommissariam acceperunt.

163 b D 50,16,39,1 (Paulus 53 ed)

Als jemandes Vermögen (*bona*) versteht man, was nach Abzug der Schulden (*aere alieno*) übrigbleibt.

'Bona' intellegentur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

164 D 50,17,204 (Pomponius 28 ad Quint Muc)

Der Anspruch vermittelt weniger als die Rechtszuständigkeit an der <geschuldeten> Sache selbst.

Minus est actionem habere quam rem.

164 a SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), p. 339 f.

(339) Wollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältniss denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freyheit, besteht, so dass es dem Eigenthum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muss die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freyheit des Handelnden ausgeschieden, und unserm Willen unterworfen gedacht. Ein solches Verhältniss der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir Obligation. Diese hat mit dem Eigenthum nicht bloß darin eine ähnliche Natur, dass in beiden eine erweiterte Herrschaft unsers Willens über ein Stück der äusseren Welt enthalten ist, sondern sie hat zu demselben auch noch speciellere Beziehungen: erstlich durch die mögliche Schätzung der Obligationen in Geld, welche nichts Anderes ist, als Verwandlung in Geldeigenthum; zweytens dadurch, dass die meisten und wichtigsten Obligationen keinen anderen Zweck haben, als zum Erwerb von Eigenthum, oder zum vorübergehenden Genuss desselben, zu führen. – Durch beide Arten der Rechte also, das Eigenthum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach aussen, über die natürlichen Gränzen ihres Wesens hin, erweitert. Die Gesammtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesammtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht (b).

(b) Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Rechtsbegriffs ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Daseyn jener Rechte uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen. Weniger das Wesen treffend ist der Römische Ausdruck *bona*, der in die neueren romanischen Sprachen übergegangen ist, und der zunächst einen Nebenbegriff bezeichnet,

nämlich das durch jene Macht begründete Wohlseyn, oder die Beglückung, die sie uns gewährt.“

Vgl. Rdn 551 c

2. Zur Lehre von den Rechtsgeschäften

2.1 Vorbemerkungen: Rechtsverhältnis, juristische Tatsache und Rechtsgeschäft

164 b SAVIGNY, Friedrich Carl, von, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band (1840)

(7) Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniss: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn. Ein solches Recht erscheint vorzugsweise in sichtbarer Gestalt, wenn es bezweifelt oder bestritten, und nun das Daseyn und der Umfang desselben durch ein richterliches Urtheil anerkannt wird. Allein die genauere Betrachtung überzeugt uns, dass diese logische Form eines Urtheils nur durch das zufällige Bedürfniss hervorgerufen ist, und dass sie das Wesen der Sache nicht erschöpft, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedarf. Diese nun finden wir in dem Rechtsverhältniss, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so dass selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältniss aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in (8) der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens. Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem blossen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen.

Vgl. Rdn 4 b, 65 a und 576 a

- 164 c SAVIGNY, Friedrich Carl, vom System des heutigen Römischen Rechts. Dritter Band (1840)

Drittes Kapitel.

Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse.

§ 104

Einleitung

(1) Es ist schon oben bemerkt worden (§ 52), dass unsre Wissenschaft keine anderen Gegenstände hat, als erworbene Rechte. Dieses hat den Sinn, dass die Rechtsverhältnisse, deren Wesen wir zu erforschen haben, nicht schon in der menschlichen Natur als solcher gegründet, sondern als ihr von aussenher kommende Zusätze zu betrachten sind. [...]

(2) Die erworbenen Rechte können [...] allerdings auch angeborene seyn.

Jedes einzelne Rechtsverhältniss nun hat seine besonderen Regeln, nach welchen es in Beziehung auf eine bestimmte Person entsteht und wiederum aufhört. Diese Regeln sind von solcher Wichtigkeit, dass sie bey manchen Rechtsverhältnissen beynahe den einzigen Gegenstand genauerer Forschung und Darstellung ausmachen (b). Jedoch (3) giebt es in diesen, die einzelnen Rechte betreffenden, Regeln viele und wichtige gemeinschaftliche Bestimmungen, die gerade nur indem man sie als solche auffasst und zusammenstellt, richtig verstanden werden können. Diese Bestimmungen gehören dem allgemeinen Theil des Rechtssystems an [...].

Ich nenne die Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, juristische Thatsachen. Alle juristischen Thatsachen also kommen darin mit einander überein, dass durch sie an den Rechtsverhältnissen bestimmter Personen irgend eine Veränderung in der Zeit hervorgebracht wird. Innerhalb dieser ihnen gemeinsamen Natur aber zeigen sich in ihnen grosse Verschiedenheiten. Zunächst sind nun die wichtigsten Verschiedenheiten, die in denselben wahrgenommen werden, übersichtlich zusammen zu stellen, und es sind dabey diejenigen Momente besonders hervorzuheben, deren Wichtigkeit sodann eine abgesonderte genauere Darstellung nöthig machen wird.

1) Die juristischen Thatsachen sind theils positiv, theils negativ, indem entweder etwas geschehen, oder etwas unterbleiben muss, damit irgend ein Recht entstehe oder aufhöre. Unter diesen beiden Klassen aber ist die erste bey weitem die häufigste und wichtigste.

(4) 2) Wir giengen davon aus, als Wirkung der juristischen Thatsachen entweder die Entstehung oder den Untergang der Rechtsverhältnisse zu bezeichnen. Es giebt jedoch viele und wichtige unter diesen Thatsachen, deren Wirkung weder dem einen noch dem andern jener Momente rein zugerechnet werden kann, indem sie vielmehr als gemischt aus beiden erscheint. Eine solche gemischte Wirkung juristischer Thatsachen ist die

Umwandlung oder Metamorphose der Rechtsverhältnisse. In diesem Fall wird durch die juristische Thatsache zwar die frühere Gestalt des Rechtsverhältnisses zerstört, zugleich aber eine neue Gestalt desselben erzeugt.

Die Umwandlung selbst aber kann auf zweyerley Weise gedacht werden:

A. Subjectiv, in Beziehung auf die Personen, indem dasselbe Rechtsverhältniss auf andere Personen übertragen, folglich durch neu eintretende Subjecte fortgesetzt wird. Dieser wichtige Rechtsbegriff führt den Namen Succession, und von der allgemeinen Natur derselben wird nachher besonders gehandelt werden.

B. Objectiv, in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses, indem dasselbe Rechtsverhältniss mit verändertem Inhalt als fortdauernd betrachtet wird. Diese objective Umwandlung hat ihre vollständige und genaue Ausbildung im Obligationenrecht erhalten (c). [...]

(5) 3) Die juristischen Thatsachen können bestehen:

A. In freyen Handlungen des Betheiligten, das heisst derjenigen Person, von deren Erwerb und Verlust die Rede ist.

B. In zufälligen Umständen, unter welche auch die Handlungen Anderer als des Betheiligten, imgleichen auch Unterlassungen gehören.

In den freyen Handlungen ferner kann der Wille des Handelnden auf eine zwiefache Weise thätig seyn:

a) Als unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses, wengleich diese viel(6)leicht nur das Mittel für andere, auch nichtjuristische Zwecke seyn mag (f). Diese Thatsachen heissen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte. [...]

Die Willenserklärungen endlich erscheinen wieder auf zweyerley Weise:

1) Als einseitiger Wille des Betheiligten, wohin als wichtigster Fall der letzte Wille gehört, der jedoch nur im besonderen Theile des Rechtssystems, nämlich im Erbrecht, seine rechte Stelle findet.

2) Als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit (7) dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, das heisst als Vertrag (i).

Diese allgemeinen Rechtsbegriffe erscheinen in individueller Gestalt bey allen Arten der Rechtsinstitute, bey dem Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, den Obligationen, dem Erbrecht, den Familienverhältnissen: diese ihre concrete Gestalten gehören der Darstellung eben jener Institute, also dem speciellen Rechtssystem, an.

(b) Diese Wichtigkeit ist anerkannt und selbst zu einseitig und ausschliessend dargestellt von Ulpian in L. 41 de leg. (1. 3.). „*Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cujusque fiat: aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet: aut quomodo alienet aut amittat.*“ Hier wird noch ein neues Moment in die Mitte jener beiden

gestellt, das conservare. Nimmt man dieses im eigentlichen Sinn, für die Bewirkung der Fortdauer des Rechts selbst, so fällt es mit dem dritten zusammen, indem es dann als die Negation des dritten (oder umgekehrt) aufgefasst werden kann; dann sagt aber auch das *totum jus consistit* viel zu viel. Ist dagegen das conservare als Erhaltung der Ausübung, oder als Rechtsverfolgung, gedacht, so umfassen allerdings jene drey Momente den grössten Theil aller Rechtsregeln überhaupt: dann aber sind die drey Momente nicht so gleichartig, dass diese Zusammenstellung derselben gerechtfertigt werden könnte.

(c) Nämlich in der Lehre von Dolus, Culpa, Casus und Interesse.

(f) Wer ein Haus kauft, tritt mit Bewusstseyn in ein Rechtsverhältniss ein, welches ihm sowohl Rechte als Verbindlichkeiten giebt, aber dieses Verhältniss soll ihm doch nur als Mittel dienen, um das Haus sicher und nach Gutdünken bewohnen zu können, oder durch Vermiethung, vielleicht auch durch neuen Verkauf, Geld zu gewinnen.

(i) Der Vertrag also, der in Beziehung auf Jeden der Theilnehmer Rechte und Verpflichtungen erzeugt, ist zugleich in Beziehung auf Jeden derselben eine freye Handlung, und zwar insbesondere ein Rechtsgeschäft.

2.1.1 Das Rechtsgeschäft im antiken Recht

165 D 1,3,41 (Ulpian 2 inst)

Das ganze (Vermögens-) Recht besteht eigentlich aus Erwerbungs-, Erhaltungs- oder Verminderungstatbeständen; es geht nämlich darum, wie etwas in jemandes Vermögen gelangt, wie man sich seine Sache oder sein subjektives Recht erhält oder wie man es schliesslich veräussert oder sonstwie verliert.

Totum autem ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.

166 D 20,1,4 (Gaius lib sing form hyp)

[...] Es werden allerdings darüber <sc. über Pfandbestellungen> schriftliche Urkunden errichtet, damit man mit ihrer Hilfe leichter beweisen kann, was vereinbart worden ist. Aber auch ohne diese Urkunden ist das Rechtsgeschäft wirksam. [...]

[...] fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est. [...]

Vgl. Rdn 508.

167 D 2,14,39 (Papinian 5 quaest)

Von den alten Juristen ist anerkannt, dass eine unklare und mehrdeutige Vereinbarung zum Nachteil des Verkäufers und derjenigen ausgelegt wird, die vermietet, verpachtet oder ein Werk bestellt haben, weil es in ihrer Macht lag, die Vertragsbestimmung eindeutiger abzufassen.

Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

168 D 45,1,80 (Ulpian 74 ed)

Immer wenn bei Stipulationen ein mehrdeutiger Ausdruck verwendet wurde, ist es sachgerechter, so auszulegen, damit die Angelegenheit, um die es geht, nicht gefährdet wird.

Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.

2.1.2 Neuzeitliche Entwicklungen: Der Begriff des Rechtsgeschäftes

GROTIUS, Hugo, De iure belli ac pacis (1625);

168 a 2,11,4,1

Der dritte Schritt besteht darin, als zur näheren Bestimmung des Willens ein Hinweis hinzutritt, dass man das eigene Recht auf einen anderen übertragen wolle. Dies ist das vollendete Versprechen, welchem eine der Veräußerung des Eigentums analoge Wirkung eigen ist. Und dies ist auch der Weg entweder zur Uebereignung einer Sache oder zur Veräußerung eines bestimmten Ausschnittes unserer Freiheit. Dorthin gehören die Versprechen, etwas zu übertragen, hierhin diejenigen, etwas zu tun. Einen unabweisbaren Beleg dessen, was wir darlegten, bieten die göttlichen Verheissungen, welche uns lehren, Gott selber, der durch keinerlei positiven Gesetze gebunden werden kann, gegen sein eigenes Wesen handeln würde, falls er gegebene Versprechen nicht einhielte. Nehem. IX, 8; Hebr. VI, 18, & X, 23. I Cor. 1, 19; X, 13. I Thess. V, 24. II Thess. III, 3. II Tim II, 13. Daraus folgt, dass der Begriff des Versprechens als aus einer unverrückbaren Natur der Gerechtigkeit herstammend zu begreifen ist, welche Gott und allen vernünftigen Wesen nach demselben Massstab gemeinsam ist. [...] Und diese Einsicht bringt Ovid im zweiten Buch seiner Metamorphosen entsprechend zum Ausdruck, wo der Versprechende dem Versprechensempfänger sagt: Mein Wort ist dein Eigentum geworden.

Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis.

Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa feciendi. Ejus quod dicimus insigne nobis argumentum praebent divina oracula, quae nos docent. Deum ipsum, qui nulla constituta lege obstringi potest, contra naturam suam facturum nisi promissa praestaret. Nehem. IX, 8; Hebr. VI, 18, & X, 23. I Cor. 1, 19; X, 13. I Thess. V, 24. II Thess. III, 3. II Tim II, 13. Unde sequitur, ut promissa putentur venire ex natura immutabilis justitiae, quae Deo & omnibus his qui ratione utuntur, suo modo communis est. [...] Quem sensum non male secundo Metamorphoseon expressit Ovidius, ubi promissor ei cui promiserat ait: Vox mea facta tua est.

168 b 2,11,4,2

[...] Bekanntlich gründen die Lehren der römischen Juristen hinsichtlich der *pacta nuda* auf den Bestimmungen, die das römische Zivilrecht entwickelt hatte, indem es als unbestreitbares Kennzeichen eines Willensentschlusses die Stipulation einsetzte. Und wir stellen nicht in Abrede, dass auch in anderen Völkerschaften ähnliche Regeln gelten. [...]

Nam Jurisconsultorum dicta de pactis nudis respiciunt id quod Romanis legibus erat introductum, quae deliberati animi signum certum constituerunt stipulationem. Neque negamus similes esse in aliis populis leges. [...]

168 c 2,11,4,3

Naturrechtlich können allerdings andere Erscheinungsweisen eines Willensentschlusses, neben der Stipulation beziehungsweise einer entsprechenden, vom Zivilrecht für die Entstehung einer *actio* verlangten Form, auftreten. Was freilich aufgrund eines noch missverständlichen Willens geschieht, vermag auch nach unserer Meinung die Wirkung der Verbindlichkeit nicht hervorzurufen; [...].

Possunt autem naturaliter deliberati animi alia esse signa praeter stipulationem, aut si quid ei simile ad actionem pariendam lex civilis postulat. Quod autem fit animo non delibarato, id nos quoque ad vim obligandi non credimus pertinere; [...].

Vgl. Rdn 775 a ff.

168 d NETTELBLADT, Daniel, *Systema elementare universae Iurisprudentiae naturalis* (1. ed., 1794)

Tomus I

§ 105

Als Rechtsgeschäft wird (der Tatbestand) definiert, welcher über die subjektiven Rechte und die Obligationen entscheidet, und unerlaubt ist, falls er gegen verbietende Normen verstösst, erlaubt aber, falls nicht und wirksam ist, wenn er subjektive Rechte und Obligationen hervorbringt, unwirksam aber, falls nicht.

Actus iuridicus dicitur qui iura & obligationes concernit, estque illicitus si est, licitus si non est, contra leges prohibitivas, validus si producit, invalidus si non producit, iura & obligationes.

§ 108

Es hängt vom Willen jeder beliebigen Person ab, ob sie sich durch ein Rechtsgeschäft binden will, und falls sie den Willen sich zu verpflichten hat, hängt es von deren Willen ab, auf welche Art sie sich binden will.

A cuiuslibet hominis voluntate dependet an per actum iuridicum se obligare velit, sique se obligare vult ab eius voluntate dependet quo modo se velit obligare.

§ 111

Die Entscheidung (über das Vermögen) ist die Erklärung des Willens, wonach jemand will, dass etwas geschehe, beziehungsweise nicht geschehe, und das Versprechen ist die Entscheidung, welche die Übertragung eines entstandenen Rechtes auf einen anderen zum Inhalt hat, die Annahme aber bedeutet die Entscheidung, welche die Annahme des aufgrund des Versprechens übertragenen Rechtes in sich schliesst. Wer das Versprechen abgibt ist der Versprechende, derjenige welchem versprochen wurde ist der Versprechensempfänger und wird, falls er angenommen hat, Erwerber genannt.

Dispositio est declaratio voluntatis quid fieri vel non fieri quis velit, & promissio est dispositio translationem iuris perfecti in alterum continens, acceptatio vero est dispositio receptionem iuris per promissionem translati continens. Promittens promissor, is cui promittitur promissarius, qui si accepit acceptans, dicitur.

§ 312

Das Leistungsversprechen ist die rechtsgenügende Willenserklärung, dass wir einem anderen etwas leisten wollen.

Assertio praestandi est sufficiens declaratio voluntatis nos alteri aliquid praestare velle.

Tomus II

§ 315

Der Konsens ist das Rechtsgeschäft, mittels welchem zwei oder mehrere Personen, denselben Entschluss fassen und er ist entweder sofort erfolgt, wenn der eine dem anderen seinen Willen erklärt, oder aber er ist erst nach vorangegangenen Verhandlungen zustandegekommen [...].

Conventio est actus quo duo vel plures idem decernunt, eaque vel statim adest si unus alteri voluntatem suam declarat, vel post praevios tractatus demum oritur [...].

- 168 e NETTELBLADT, Daniel, *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii Romano Germanici*. (1749)

Tomus I

§ 65

Auch wenn ein Rechtsgeschäft unerlaubt wäre, kann es trotzdem wirksam sein.

Etsi actus iuridicus sit illicitus tamen potest esse validus.

§ 66

Die Rechtsnatur des unwirksamen Rechtsgeschäftes wird als Ungültigkeit definiert, welche als heilbar gilt, wenn sie behoben werden kann, als unheilbar, wenn eine Behebung nicht möglich ist.

Affectio actus iuridici quod sit invalidus dicitur Nullitas, quae sanabilis audit, si tolli, insanabilis si non tolli, potest.

§ 68

Als Essentialia eines Rechtsgeschäftes werden diejenigen (Tatbestands-) Elemente definiert, welche nicht ausfallen können, soll das Geschäft wirksam sein; Elemente aber, welche ohne Beeinträchtigung des Geschäftes fehlen können werden, soweit sie tatbestandsmässig sind, Naturalia, falls im Tatbestand nicht enthalten, Accidentalialia genannt.

Substantialia actuum iuridicorum dicuntur quae salvo actu abesse nequeunt; quae vero salvo actu abesse possunt, si ordinarie adsunt naturalia, si vero ordinarie absunt accidentalia appellantur.

§ 69

Als Form der Rechtsgeschäfte werden die (aktgestaltenden) Bestimmungen verstanden, welche die Gesetze für deren Wirksamkeit festlegen.

Forma actuum iuridicorum dicuntur determinationes, quae leges ad validitatem eorum requirunt.

§ 70

Ein Rechtsgeschäft dessen Form nicht erfüllt ist, bleibt unwirksam.

Actus iudicis forma sua destitutus est invalidus.

Tomus II

§ 338

Nach germanischem Recht entfällt jene Unterscheidung der Verträge, wonach die einen eine zivilrechtliche Obligation hervorbringen, die anderen aber nicht, und darüber hinaus stimmen, was die Obligation angeht welche durch die formfreien Verträge hervorgebracht wird, das Naturrecht und das germanische Recht überein. [...]

Secundum Ius Germanicum cessat ea pactorum differentia, quod alia producant obligationem civilem, alia non, & potius quoad obligationem quae pacta producant ius naturae & ius Germ. conveniunt. [...]

168 f BÜRGERLICHES GESETZBUCH FÜR DAS KÖNIGREICH SACHSEN (1863)

III Rechtsgeschäfte.

Begriffe und Erfordernisse.

§ 88

Geht bei einer Handlung der Wille darauf, in Uebereinstimmung mit den Gesetzen ein Rechtsverhältniss zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, so ist die Handlung ein Rechtsgeschäft.

§ 89

Rechtsgeschäfte, die von Personen vorgenommen werden, welchen die erforderliche Handlungsfähigkeit abgeht, sind nichtig. (§ 786.)

§ 90

Rechtsgeschäfte, welche unverständlich oder rücksichtlich ihres Gegenstandes so unbestimmt sind, dass sich derselbe nicht erkennen lässt, ingleichen welche dem Verkehre entzogene Sachen, unmögliche, den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlungen zum Gegenstande haben, sind nichtig. (§§ 801, 1667, 2492.)

- 168 g HUGO, Gustav, Lehrbuch eines civilistischen Cursus. Vierter Band: Das heutige Römische Recht (Institutionen oder Pandecten). 1. Aufl. 1789; hier zit. die 5. Aufl. 1816)

(36) III. Arten von Handlungen

§ 46.

Handlungen überhaupt.

Ein Handlung (*actio* in einem gewissen Sinne, wo es weder KlagRecht noch Wirkung heisst, oder auch *actus*, auch wieder in einem gewissen Sinne) ist eine von Menschen bewirkte Begebenheit, und natürlich in juristischer Rücksicht nur eine solche, die an RechtsVerhältnissen Etwas bestimmt, d.h. sie hervorbringt, oder aufhebt, oder verändert. Auch die Handlungen sind entweder zugleich physische, die auch vermöge ihres Einflusses auf die KörperWelt betrachtet werden, oder blos juristische, die nur als Zeichen von innern Veränderungen vorkommen (wahrscheinlich *actus legitimi*, s.g. *negotia*, Rechtsgeschäfte). Das Römische Recht trägt von ihnen noch weniger eine allgemeine Lehre vor, als von Personen und Sachen.

(41) B. Juristische Handlungen

§ 52.

Mannichfaltigkeit derselben.

Juristische Handlungen sind diejenigen, welche nur an Rechtsverhältnissen, also vermöge einer darauf sich beziehenden juristischen Beurtheilung, Etwas bestimmen, blosse Aeusserungen Dessen, was im ErkenntnissVermögen oder im BegehruungsVermögen Statt findet. Man kann es versuchen, die metaphysische Eintheilung in einseitige, vielseitige und allseitige auf sie anzuwenden. Zu erstern gehören dann besonders die letzten Willen, die bey der Lehre von den Sachen vorkommen; zu den zweyten die Verträge, die bey den Quellen

der Foderungen abgehandelt werden, und zu den dritten die obrigkeitlichen Befehle, besonders die beym gerichtlichen Verfahren zu erörternden, mit dem schon hier zu erwähnenden Grundsatz: *res judicata facit jus inter partes*, wie die Neuern ihn ausdrücken.

168 h SAVIGNY, Friedrich Carl, von, System des heutigen Römischen Rechts (3. Bd., 1840)

(5) 3) Die juristischen Thatsachen können bestehen:

A. In freyen Handlungen des Betheiligten, das heisst derjenigen Person, von deren Erwerb und Verlust die Rede ist. [...]

In den freyen Handlungen ferner kann der Wille des Handelnden auf eine zwiefache Weise thätig seyn:

a) Als unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses, wengleich diese viel(6)leicht nur das Mittel für andere, auch nichtjuristische Zwecke seyn mag (f). Diese Thatsachen heissen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte.

b) Oder als unmittelbar gerichtet auf andere, nichtjuristische Zwecke, so dass die juristische Wirkung entweder als untergeordnet im Bewusstseyn zurücktritt (g), oder entschieden nicht gewollt wird (h).

Die Willenserklärungen endlich erscheinen wieder auf zweyerley Weise:

1) Als einseitiger Wille des Betheiligten, wohin als wichtigster Fall der letzte Wille gehört, der jedoch nur im besonderen Theile des Rechtssystems, nämlich im Erbrecht, seine rechte Stelle findet.

2) Als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit (7) dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, das heißt als Vertrag (i).

Diese allgemeinen Rechtsbegriffe erscheinen in individueller Gestalt bey allen Arten der Rechtsinstitute, bey dem Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, den Obligationen, dem Erbrecht, den Familienverhältnissen: diese ihre concrete Gestalten gehören der Darstellung eben jener Institute, also dem speciellen Rechtssystem, an. [...]

(f) Wer ein Haus kauft tritt mit Bewusstseyn in ein Rechtsverhältnis ein, welches ihm sowohl Rechts als Verbindlichkeiten giebt, aber dieses Verhältnis soll ihm doch nur als Mittel dienen, um das Haus sicher und nach Gutdünken bewohnen zu können, oder durch Vermiethung, vielleicht auch durch neuen Verkauf, Geld zu gewinnen.

(g) Wer auf der Jagd ein Wild erlegt, der will das Vergnügen der Jagd geniessen, daneben auch das Wild verzehren oder verkaufen; des Eigenthumserwerbs durch Occupation wird er sich dabey weniger bewußt werden. - Wer das baufällige Haus eines abwesenden Freundes durch schleunige Anstalten gegen Einsturz sichert, der will Schaden abwenden, ohne dabey besonders an den Quasicontract *negotiorum*

gestio zu denken, oder den fünften Titels des dritten Buchs der Digesten nachzuschlagen.

(h) Wer mich bestiehlt, hat gewiß nicht die Absicht mein Schuldner *ex delicto* zu werden. Darum wird diese Thatsache, die in Beziehung auf mich zufällig (Note e), in Beziehung auf ihn eine freye Handlung ist, dennoch auch in dieser letzten Beziehung nicht ein Rechtsgeschäft genannt.

(i) Der Vertrag also, der in Beziehung auf Jeden der Theilnehmer Rechte und Verpflichtungen erzeugt, ist zugleich in Beziehung auf Jeden derselben eine freye Handlung, und zwar insbesondere ein Rechtsgeschäft.

Vgl. Rdn 551 c

168 i TUHR, Andreas, von, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband (1924)

§ 20. Das Rechtsgeschäft

(121) I. Der Vertrag ist von der neueren Dogmatik unter den allgemeineren Begriff des Rechtsgeschäfts gestellt worden, welchen das OR in Art. 33/4, 654, 698 als bekannt voraussetzt. Man versteht unter Rechtsgeschäft <eine Rechtshandlung, in deren Zentrum> eine auf rechtliche Wirkung (Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäußerung einer oder mehrerer Privatpersonen <steht>, welche man mit einem aus dem Zivilprozess stammenden Ausdruck als Parteien zu bezeichnen pflegt. Indem das Gesetz Rechtsgeschäfte zulässt und die von den Parteien als gewollt bezeichnete Rechtswirkung (innerhalb gewisser Schranken) sanktioniert, verleiht es den Rechtssubjekten die Möglichkeit, ihre Lebensverhältnisse selbst zu ordnen. Aus dieser Befugnis, die man Privatautonomie nennen kann, beruht unsere, trotz weitgehender Sozialisierung immer noch in ihrem Kern individualistische Wirtschafts- und Rechtsordnung. Ein Rechtsgeschäft kann nur subjektive Rechte oder Rechtsverhältnisse begründen oder modifizieren, nicht objektives Recht schaffen. [...]

<-> Hinzufügungen des Hrsg.

168 j TUHR, Andreas, von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte (1914)

(147) II. Das Rechtsgeschäft muss stets eine Willenserklärung enthalten. Aber nur in Ausnahmefällen beschränkt sich der Tatbestand auf eine Willenserklärung²¹. Meistens ist der Tatbestand mehrgliedrig: zusammengesetzt aus einer oder mehreren Willenserklärungen und sonstigen Tatsachen. Der Kern des Rechts(148)geschäfts sind die

Willenserklärungen, aus denen sich der spezifische Inhalt des Rechtsgeschäftes, die gewollte Rechtswirkung, ergibt; man kann sie Haupterklärungen nennen. Sie gehen von der Partei resp. den Parteien des Rechtsgeschäftes aus. Die sonstigen Stücke des Tatbestandes sind zwar ebenso unentbehrlich zur Herbeiführung der Rechtswirkung, sind aber für den rechtlichen Inhalt des Geschäftes nicht bestimmend; sie erscheinen daher neben der Haupterklärung, in welcher man das ausschlaggebende Moment des Rechtsgeschäftes sieht, als Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes (z. B. die für alle Rechtsgeschäfte und die meisten Rechtshandlungen in gleicher Weise erforderliche Geschäftsfähigkeit und Verfügungsmacht der Parteien) oder als ergänzende Tatsachen. Solche zu der Haupterklärung hinzutretende Tatsachen nennt man, wenn ihre Erheblichkeit für das Rechtsgeschäft auf gesetzlicher Vorschrift beruht, Rechtsbedingungen: *condiciones juris*. [...]

²¹ Darum darf man Rechtsgeschäft nicht mit Willenserklärung identifizieren, wie das in Mot. I 126 geschieht.

168 k TUHR, Andreas, von, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband (1924)

(122) II. Man kann die Rechtsgeschäfte nach verschiedenen Gesichtspunkten einteilen. Die wichtigste Unterscheidung ergibt sich aus der Zahl der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen. Genügt die Willensäußerung einer Partei zur Herbeiführung der Rechtswirkung, so ist das Rechtsgeschäft einseitig. Müssen mehrere Parteien zusammenwirken, so ist das Geschäft zweiseitig (oder mehrseitig). Die zweiseitigen Geschäfte zerfallen in Verträge und Beschlüsse. Der Vertrag erfordert Einigung durch Austausch einander entsprechender Willensäußerungen und ist das normale Mittel, durch welches Rechtsbeziehungen unter den Partien begründet, geändert oder aufgehoben werden. Die Beschlüsse dienen dazu, eine einheitliche Entscheidung in einer gemeinsamen Angelegenheit zu treffen; sie sind nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig, z.B. Vereinsbeschlüsse, ZGB Art. 66, Verwaltungsbeschlüsse der Miteigentümer, ZGB Art. 647, Gesellschaftsbeschlüsse, OR Art. 534 [...].

(133) 1. Die wesentlichen Stücke der Verabredung (*essentialia negotii*) sind das Minimum dessen, was verabredet werden muss, um den Bestand des Vertrages zu ermöglichen. Das ist z.B. beim Kauf Sache und Preis, bei der Miete Sache und Zins. Aus diesen Verabredungen ergibt sich der Typus des Vertrags.

2. *Naturalia negotii* nennt man die oft vorkommenden Verabredungen von Rechtsfolgen, welche nach ergänzendem Recht auch ohne Verabredung eintreten würden; so z. B. wenn der Gläubiger sich Verzugszinsen ausbedingt, oder Schadensersatz bei Verschulden des

Schuldners. Diese Teile eines Vertrages sind ohne rechtliche Bedeutung; eine Rechtsfolge, die kraft Gesetzes eintritt, braucht und kann nicht verabredet zu werden.

3. *Accidentalialia negotii* sind Verabredungen, welche die Rechtsfolgen des Vertrages abweichend vom ergänzenden Recht regeln, z. B. Erhöhung oder Abschwächung der Haftung des Schuldners, Einräumung eines Rücktrittrechts, und insbesondere Befristungen und Bedingungen.

(135) I. Der Kern des Rechtsgeschäftes ist die Willensäußerung der Parteien: Das einseitige Geschäft besteht aus einer, der Vertrag aus zwei Willensäußerungen. Die im Rechtsgeschäft enthaltene rechtsgestaltende Macht ist vom Gesetz nicht dem inneren Willen des Menschen beigelegt, sondern der Äusserung des Willens, weil der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist, sondern nur aus dem äusseren Verhalten des Menschen mit grösserer oder geringerer Sicherheit erschlossen werden kann. [...]

1. Der Wille kann zum Ausdruck kommen durch eine Handlung, welche zu dem Zweck vorgenommen wird, einen Vorgang des Seelenlebens zur Kenntnis der Mitwelt zu bringen. Solche Äusserungen kann man in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch Willenserklärungen nennen. Als Mittel der Erklärung dient in erster Linie das gesprochene oder geschriebene Wort; aber auch andere durch Verkehrssitte oder Verabredung festgesetzte Zeichen, z. B. Nicken oder Schütteln des Kopfes, Aufstehen oder Handaufheben bei Abstimmungen, Signale usw. Bei der Erklärung kann man zwei Elemente unterscheiden:

a) Inhalt der Erklärung ist das, was sich nach dem Sinn der Erklärungsmittel als vom Erklärenden gewollt ergibt: sog. Geschäftswille oder Erfolgswille,

b) Erklärungswille ist der Entschluss, die Handlung vorzunehmen, durch welche der Geschäftswille zur Kenntnis anderer Menschen gelangen soll.

Geschäftswille und Erklärungswille treten besonders deutlich auseinander bei der schriftlichen Erklärung. Der Geschäftswille wird in der vom Erklärenden (oder einem Dritten) aufgesetzten Urkunde festgelegt; der Erklärungswille kommt zum Ausdruck frühestens durch Unterschrift, meistens erst durch Uebergabe oder Zusendung der Urkunde.

Beim Gebrauch der zur Erklärung gewählten Mittel kann der Erklärende sich vergreifen; solche Erklärungen sind unrichtig, weil sie nicht den vom Erklärenden gewollten Sinn haben, und daher nach Art. 23 f. für ihn unverbindlich, können aber durch Versäumung rechtzeitiger Anfechtung gültig werden.

168 l BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, IV. Bd (2. Aufl. hgg. v. LOTMAR, 1892)
§ 522

(6) Nicht irgend eine Absicht oder der Wille des Handelnden, sondern wie schon der Name andeutet, der Wille des (7) Rechtes gibt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäftes. Nicht Handlungen, welche erst vom Handelnden, sondern Handlungen, welche schon vom Rechte aus und generell zur Gründung und Aufhebung von Rechten bestimmt werden, - Geschäfte des Rechtes, seine Geschäfte, sind Rechtsgeschäfte. Bei all den Handlungen, welche man mit dem Namen (8) Rechtsgeschäfte benennt, trifft es zu, dass sie wie z. B. das Testament, ihrer Wirkung, ihrem wesentlichen Inhalte, ihrer Form und Gestalt nach, nicht erst durch den Handelnden, sondern durch das Recht und zwar *iure publico* da sind, (9) mithin in diesem ihrem wesentlichen Bestand auch eingehalten werden müssen, ihnen nicht derogiert werden kann. Da kann denn der ursprüngliche und richtige Sinn des Wortes nicht wohl ein anderer als der sein, dass dies vom Recht geschaffene, oder zu seinen Zwecken angenommene Geschäfte seien¹²⁾.

¹²⁾ [Danach muss, wie „nullum crimen sine lege“, so auch „nullum negotium (i. S. von Rechtsgeschäft) sine lege“ gelten.]
(Die Anm. 12 wurde vom Hrsg. LOTMAR eingefügt).

168 m Art. 513 Abs 1 OR

A. Credito senza azione.

Pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa non si accorda azione veruna.

2.2 Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte

2.2.1 Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften

168 n C 3,32,15 pr. (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Proculino; a. 293)

Jedesmal wenn ein Grundstück an zwei Personen jeweils zu vollem Eigentum rechtswirksam verkauft wurde, ist die Rechtslage offensichtlich so, dass derjenige, welchem zuerst übereignet worden ist, im Verfahren um die Eigentümerstellung vorgeht.

Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potioem.

169 C 4,39,6 (Imp. Alexander A. Pomponio militi; a. 230)

Derjenige, welcher dir eine Erbschaft verkauft hat, ist Eigentümer an den Erbschaftssachen geblieben, bevor er sie dir nicht übereignet hat. Daher konnte er, indem er sie anderen veräusserte, Eigentum übertragen. Doch weil er nun eine vertragliche Verpflichtung verletzt hat, wird er, falls er mit der *actio empti* belangt wird, auf dein Interesse verbindlich.

Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur.

169 a BGE 102 II 340 E. 2)

Nach der Rechtsprechung und Lehre ist indessen eine Vereinbarung, die gegen vertragliche Rechte Dritter verstösst, nicht schlechthin rechts- oder sittenwidrig. Es müssen noch weitere Umstände hinzukommen, welche die Pflichtverletzung als besonders anstössig erscheinen lassen (vgl. BGE 74 II 166, 34 II 686, 26 II 142; VON TUHR/SIEGWART, OR I, S. 236 und 240; BECKER, N. 50 zu Art. 19 OR).

Cfr. Rdn 194 a, 201 a ff.

169 b BGer 4C.273/2002, Urteil vom 28.11.2002, 1. Ziv. Abt.

E.3.2 Der Anspruch auf Erfüllung eines Vertrages ist ein relatives Recht, das grundsätzlich nur gegenüber der verpflichteten Partei geltend gemacht werden kann. Als obligatorisches Rechtsgeschäft verpflichtet und berechtigt der Vertrag nur die Parteien, nicht aber einen Dritten, der diese Bindung missachtet (im Allgemeinen: BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97 m.w.H.; im Speziellen in Bezug auf Verträge über Grundstücke: BGE 114 II 329 E. 2a S. 332, 85 II 565 E. 2, S. 570 f., m.w.H.). Ausnahmsweise wird der Dritte indessen dann haftbar, wenn er die vertragliche Bindung der Parteien in einer Art und Weise verletzt, die gegen die guten Sitten im Sinn von Art. 41 Abs. 2 OR verstösst. Eine solche Ausdehnung der Haftung auf einen Dritten setzt aber besondere Umstände voraus. Dies ist dann der Fall, wenn eine Partei in sittenwidriger Weise zum Vertragsbruch verleitet wird oder wenn ein Vertragsbruch von einem Dritten in sittenwidriger Weise ausgebeutet wird (im Allgemeinen: BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 98 m.w.H.; im Speziellen in Bezug auf Verträge über Grundstücke: BGE 114 II 329 E. 2a S. 332 m.w.H.). Die Haftung des Dritten besteht in einer Schadenersatzpflicht wegen Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR). Denkbar ist aber auch ein Anspruch gegen den Dritten auf Realerfüllung [...]. Insbesondere beim Doppelverkauf kann dem geschädigten Erstkäufer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegenüber dem Zweitkäufer und Erwerber eingeräumt werden, wenn dieser sittenwidrig gehandelt hat (BGE 114 II 229 E. 2a S. 333 m.w.H.).

E. 3.3 Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht in tatsächlicher Hinsicht verbindlich festgehalten, dass die Beklagten den Vertrag vom 6. Januar 1997 mit dem gemeinsamen Zweck abgeschlossen hätten, die Erfül-

lung des Kaufrechtsvertrages bzw. die Übertragung des Eigentums an die Kläger zu vereiteln und die Liegenschaften für sich selbst zu behalten. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz den Doppelverkauf in rechtlicher Hinsicht zutreffend als sittenwidrigen Vertragsbruch qualifiziert. Da es den Beklagten mit ihrem planmässigen Vorgehen ausschliesslich - oder wenigstens in erster Linie - darum gegangen war, die an sich geschuldete Eigentumsübertragung der Grundstücke auf die Kläger zu hintertreiben und die Grundstücke für sich selbst zu behalten, liegen besondere Umstände vor, die es rechtfertigen, den zwischen den Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag als sittenwidrig zu qualifizieren.

170 D 50,16,67 pr. (Ulpian 76 ed)

Als „veräussert“ im technischen Sinne kann das nicht bezeichnet werden, was noch im Eigentum des Verkäufers steht; wohl aber wird es zu Recht als „verkauft“ qualifiziert.

‘Alienatum’ non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: ‘venditum’ tamen recte dicitur.

Vgl. Art. 410 Abs. 1 ZGB: „*Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben.*“

<Ab 1.1.2013 = Art. 19 Abs. 1>

2.2.2 Die Verfügung im antiken Recht

170 a C 5,23,1 (Impp. Severus et Antoninus AA Didae a. 213)

[...] Unter Veräusserung (*alienatio*) versteht man jedes Rechtsgeschäft, mittels welchem Eigentum übertragen wird.

[...] Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur.

170 aa D 50,17,119 (Ulp 13 ed)

Wer lediglich den Besitz aufgibt veräussert (*alienat*) nicht.

Non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem.

170 b Gai 2,84

Wenn somit der Schuldner dem beschränkt Handlungsunfähigen das (geschuldete) Geld bezahlt, verschafft er diesem zwar das Eigentum an den Geldstücken, wird aber seinerseits von der Schuldverpflichtung nicht befreit, da ein beschränkt Handlungsunfähiger ohne Einwilligung des Vormundes keine Forderung zum Untergang zu bringen vermag, weil jenem für die Veräusserung irgend eines Gegenstandes ohne Einwilligung des Vormundes die Berechtigung fehlt. Aber er wird

dennoch, falls er um diese Summe bereichert wurde und trotzdem auf Erfüllung klagen sollte, mittels der *exceptio doli* abgewiesen werden.

Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutore auctore concessa est. sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest.

170 c D 46,3,15 (Paul 6 Sab)

Einem beschränkt Handlungsunfähigen kann ohne Einwilligung des Vormundes nicht (wirksam) geleistet werden, und jener vermag auch nicht anzuweisen, weil er keinerlei Gegenstand veräußern kann. Wenn der Schuldner ihm trotzdem bezahlt hat und die Geldstücke bei ihm vorhanden sind, wird der beschränkt Handlungsunfähige, falls er klagt, mittels der *exceptio doli* abgewiesen.

Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest. si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.

Cfr. Rdn 786

171 D 50,16,28 pr. (Paulus 21 ed)

Das Wort „Veräußerung“ schliesst auch die Ersitzung mit ein. Es verhält sich nämlich schwerlich so, dass derjenige nicht zu veräußern scheint, der die Ersitzung duldet. Auch von einem, der Dienstbarkeiten dadurch verloren hat, dass er sie nicht in Anspruch genommen hatte, sagt man, er veräußere. Wer <hingegen> eine Gelegenheit zu erwerben nicht ausnützt, der veräußert nicht: Wer z.B. eine Erbschaft nicht antritt oder wer eine Option nicht ausübt.

‘Alienationis’ verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. qui occasione acquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.

2.2.3 Der Begriff der Verfügung im neuzeitlichen Recht

171 a HOBBS, Thomas (1588-1679) De cive 2,5

Zur Uebertragung eines Rechtes bedarf es aber nicht allein des Willens des Uebertragenden, sondern auch desjenigen des Erwerbers. Fehlt der entsprechende Wille auf einer der beiden Seiten, verbleibt das Recht <bei seinem Inhaber>. Wenn ich das mir Zustehende jemandem übereignen

wollte, der die Annahme verweigerte, habe ich deswegen zweifellos nicht einfach auf mein Recht verzichtet oder es an eine beliebige Person übertragen; denn der Rechtsgrund (*causa*), weswegen ich dem einen übertragen wollte, wirkt nur für diesen und nicht auch für andere.

Requiritur autem ad iuris translationem voluntas, non modo transferentis, sed etiam acceptantis. Si utraque absit, ius manet. Non enim si quod meum est accipere recusanti dare voluerim, propterea simpliciter iuri meo renunciavi, sive ad quemlibet transtuli; nam causa propter quam uni dare volui, in eo uno est, in caeteris non item.

171 b WÄCHTER, Carl Georg, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. II. Bd.: Allgemeine Lehren (1842) S. 638 ff.

(638) Bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden sind, als von allgemeinerer Bedeutung, noch besonders herauszuheben Diejenigen, welche eine Veräußerung (und einen Verzicht) enthalten (Veräußerungsgeschäfte) ¹⁴. Veräußerung (nach dem Sprachgebrauche unsres Landrechts Veränderung) ist jede durch die Mitwirkung des Willens des Berechtigten bedingte und bewirkte (also durch ein Rechtsgeschäft geschehene Herbeiführung (639) des gänzlichen oder theilweisen Verlusts meines Rechts ¹⁶; auf Sachen (S. 205) bezogen (Sachveräußerung im weiteren Sinne) nicht bloß das durch ein Rechtsgeschäft geschehene Aufgeben oder Weggeben der Sache selbst (des Eigenthums, Sachveräußerung im engeren Sinne), sondern auch das Aufgeben eines an die Sache geknüpften Rechts (z. B. einer Realservitut) und jede dingliche Belastung der Sache (Minderung oder Beschränkung des Eigenthums). Hiernach gehört zum Begriff der Veräußerung eines Vermögensrechts: 1) es muss durch die Handlung des Berechtigten sein Vermögen wirklich verringert, ein bereits erworbenes Recht aufgegeben werden. Es ist daher namentlich keine Veräußerung (eines Vermögensrechts) a. das Ausschlagen eines bloß bevorstehenden oder angebotenen Erwerbs, z.B. einer angefallenen Erbschaft, eines angebotenen Geschenks. [...]

(640) 2. Der Verlust des Rechts muss durch den Willen des Berechtigten bedingt und vermittelt werden. Zwar kann eine Veräußerungsabsicht auch in Fällen vorhanden seyn, in welchen der Verlust des Rechts durch den Willen des Verleihenden nicht bedingt ist. Es gibt nämlich Erlöschungsarten von Rechten, bei welchen der Wille des Berechtigten an und für sich indifferent ist (so dass sie den Rechtsverlust herbeiführen, wenn auch der Wille des Berechtigten (641) nicht mitwirkte) deren Wirkung aber durch eine Handlung des Berechtigten hätte gehemmt und abgewendet werden können ²². Wenn in solchen Fällen der Berechtigte diese Handlung absichtlich unterlässt, um das Recht zu verlieren: so ist hier subjectiv d. h. in Beziehung auf ihn und seine Absicht eine Veräußerung vorhanden, was in gewissen Rechtsverhältnissen von besonderen Folgen seyn kann; allein der Dritte,

welcher etwa dabei gewinnt, erwirbt nicht durch eine Veräusserung, sondern durch die anderweite selbstständig und unabhängig von der Absicht des Verleihenden wirkende juristische Thatsache. [...]

(642) Eine Veräusserung kann geschehen, ohne dadurch eine Rechtsnachfolge oder einen Uebergang des veräusserten Rechts auf einen Anderen zu bezwecken und zu bewirken, also um eigentliche Er(643)löschung des Rechts herbeizuführen²⁸; in den meisten Fällen aber wird durch die Veräusserung bloß eine subjective Endigung des Rechts (S. 631), eine Rechtsnachfolge bezweckt und begründet d. h. der Veräussernde überträgt sein Recht als Solches auf einen Anderen (Veräusserung an einen Anderen). [...]

In jeder Veräusserung eines Rechts liegt ein Verzicht d. h. ein Aufgeben des Rechts. Im engeren und eigentlichen juristischen Sinne aber versteht man unter Verzicht (Entsagung, renunciatio) bloß den Fall der Veräusserung, wenn man ein Recht schlechthin aufgeben will, so, dass es nunmehr erlöschen und nicht als ein besonderes von uns übertragenes Recht in der Person eines Nachfolgers fort dauern soll. Bei diesem Verzichte entsteht die wichtige Frage, ob man sich eines an sich verzichtbaren Rechts durch eine bloß einseitige Willenserklärung³¹ (644) so entäussern kann, dass das Recht sofort durch die einseitige Handlung verlohren geht und der Verzichtende diese Wirkung nicht mehr ungeschehen machen kann. Bei manchen Rechten ist diess allerdings der Fall. So erlischt das Eigenthum an einer Sache, auf das man verzichten will, durch eine in dieser Absicht vorgenommene einseitige Besitzentäusserung³³; die Befugnis, eine angefallene Erbschaft zu erwerben und das Recht auf ein durch den Anfall sofort erworbenes Vermächtniss erlischt durch einseitiges Ausschlagen (645) d. h. durch die einseitige Erklärung des Verzichts auf die Erbschaft oder das Vermächtniss [...].

Allein Regel ist es bei Rechten, welchen ein bestimmter Dritter als Gegner, Verpflichteter oder Beschränkter gegenüber steht, dass sie durch einseitig ausgesprochenen Verzicht nicht sofort verlohren gehen, dass daher der Berechtigte an eine solche einseitige Erklärung, sollte sie auch dem Betheiligten gemacht seyn, nicht gebunden ist, somit sie, so lange sie vom Betheiligten nicht angenommen ist, wieder zurücknehmen und das Recht als das Seinige in Anspruch nehmen kann, dass das Recht vielmehr erst durch Annahme des Verzichts von seiten Dessen, der verpflichtet ist oder durch das Recht beschränkt wird, erlischt. Steht mir z. B. eine Forderung an Jemanden zu und ich erkläre, sey es auch unmittelbar gegen ihn, dass ich auf die Forderung verzichte: so ist dieselbe für mich erst dann verlohren, wenn er den Verzicht annimmt; so lange er ihn nicht (646) angenommen hat, kann ich den Verzicht wieder zurücknehmen⁴⁰. [...]

Häufig kommt es vor, dass Jemand auf ein Recht "zu Gunsten" einer bestimmten Person "verzichtet." Hier kommt es zunächst ganz darauf an, in welchem Sinne der Verzichtende diese Erklärung gab. Er kann den

Ausdruck Verzicht im eigentlichen Sinne genommen haben, so dass die Erwähnung des Dritten bloß das Motiv des Verzichtes bildet ⁴⁴. Er kann aber auch unter einem solchen (647) Verzicht die Uebertragung seines Rechts oder dessen Ausübung auf den Dritten als seinen Rechtsnachfolger verstanden haben; hier hängt dann die Wirksamkeit der Handlung davon ab, ob das Recht ein übertragbares ist und ob die besonderen Bedingungen, unter denen es an den Anderen veräußert werden kann, im concreten Falle vorhanden sind ⁴⁵.

(648) Was im Uebrigen von den Rechtsgeschäften im Allgemeinen gilt, gilt auch von denjenigen, welche einen Verzicht oder eine Veräußerung enthalten. Hiernach kann namentlich ein Verzicht nicht bloß durch ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch concludente Handlungen gültig ausgesprochen werden. Nur darf daraus, dass man ein Recht im einzelnen Falle nicht ausübt oder fremden Eingriffen nicht widerspricht, in der Regel und im Zweifel noch keineswegs angenommen werden, dass man auf das Recht überhaupt habe verzichten wollen ⁴⁸.

¹⁴) Veräußerung und Verzicht sind nur durch Rechtsgeschäft möglich.

¹⁶) Also auch Nachlassen und Abtretung einer Forderung.

²²) Z. B. die Ersitzung. Es ist bei ihr an sich indifferent, ob der Wille des Verleihenden mitwirkte oder nicht; der Ersitzende erwirbt durch die in seiner Person vereinigten Bedingungen der Ersitzung, mag jener Wille mitgewirkt haben oder nicht. Aber allerdings konnte jener Wille mitwirken, wenn der Verleihende die Verfolgung seines Rechts absichtlich, damit sein Gegner die Sache ersitze, unterliess. Ebenso ist es bei der erlöschenden Verjährung, ferner beim Verluste von Einrederechten, weil man nicht zu gehöriger Zeit von ihnen Gebrauch machte etc.

²⁸) Z. B. wenn ich meine Sache derelinquire: so veräußere ich mein Eigenthum; occupirt nun ein Dritter die Sache: so wird er zwar Eigenthümer, allein nicht durch meine Veräußerung (mein Recht wird nicht auf ihn übertragen, er wird nicht mein Rechtsnachfolger), sondern lediglich durch die Occupation, durch welche in seiner Person neues Eigenthum entsteht.

³¹) D. h. eine solche, welcher die Annahme und Zustimmung von Seiten des betreffenden Betheiligten fehlt.

³³) Die Sache wird dadurch herrenlos D.XLI, 7 pro derel. l. 1-3.

⁴⁰) Namentlich dadurch, dass ich den Schuldner belange. Der häufig aufgestellte Satz: ad renunciata non datur regressus gilt daher in der Regel keineswegs vom einseitigen, sondern in der Regel nur vom acceptirten Verzicht.

⁴⁴) Z. B. eine Erbschaft fällt mir an; ich verzichte aber auf sie zu Gunsten meiner Miterben oder meines Substituten oder des nach mir berufenen Intestaterben, also eines Solchen, welchem sobald ich wegfaße, die Erbschaft vermöge seines Rechts zufallen würde. Hier will ich allerdings diesem die Erbschaft zuwenden, aber im Zweifel nicht als meinem Rechtsnachfolger (d. h. ich trete nicht die Erbschaft an, um sie dann als mein Recht auf ihn zu übertragen), sondern ich gebe mein Recht der Erwerbung schlechthin auf, um das Hinderniß, das seiner Erwerbung entgegensteht, wegzuräumen; er kann nun vermöge

eigenen Rechts Erbe werden und hat dann die Erbschaft nicht von mir und als mein Rechtsnachfolger. [...]

45) Namentlich ist zu beachten, dass 1. bei einer solchen Absicht zur Wirksamkeit des Verzichts in der Regel nicht die Annahme Dessen nöthig ist, der durch unser Recht beschränkt oder verpflichtet wird, sondern Dessen, zu dessen Gunsten man verzichtet. Z. B. wenn ich auf eine Forderung zu Gunsten eines Dritten verzichte: so ist diess im Zweifel nicht so auszulegen, dass ich sie dem Schuldner nachlasse, sondern dass ich sie dem Dritten abtreten wolle; aber dazu gehört seine Annahme. [...]

48) Denn darin, dass ich mein Recht eine Zeit lang gar nicht ausübe oder Eingriffen nicht widerspreche, liegt gar nicht nothwendig die Absicht, auf das Recht sofort zu verzichten; ich kann Jenes aus Bequemlichkeit, zeitiger Nachsicht oder um einen mir gelegenen Zeitpunkt der Ausübung abzuwarten etc. thun; nur kann man, wenn man zu lange zögert, das Recht durch Verjährung verlieren oder, wenn man es im rechten Zeitpunkt nicht ausübt, es verwirken [...].

- 171 c VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/1 (1910), § 54, p. 238, Anm. 1

„Verfügung ist eine Erweiterung des gemeinrechtlichen Begriffs der Veräußerung.“

- 171 d MOTIVE zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Motive zum allgemeinen Theile des BGB (1888), p. 213 (= Mugdan (Hg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band [1899], p. 470)

„Der Begriff der Veräußerung umfasst im Allgemeinen nicht bloß das Aufgeben der Substanz eines Rechtes (Übertragung und Aufhebung des Rechtes), sondern auch die Belastung eines Rechtes oder einer Sache.“

- 171 e FLUME Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft (3. Aufl., 1979) § 11, 5, a), S.140 f.

Der Begriff der Verfügung ist eine Abstraktion. Unter dieser Abstraktion begreift man diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Verfügungen sind die Rechtsgeschäfte, durch welche über ein Recht verfügt wird. Der Verfügungsbegriff betrifft dabei nur die eine Seite des Rechtsgeschäfts, durch welches ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Nur die Änderung der Rechtsstellung des bisherigen Inhabers des Rechts, welche durch die Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung des Rechts eintritt, ist Verfügung. Die Eigentumsübertragung z.B. ist eine Verfügung nur hinsichtlich der Übertragung, nicht aber hinsichtlich des Erwerbs des (141) Eigentums, und nur der Übertragende und nicht der Erwerber trifft mit der Eigentumsübertragung eine Verfügung.

Der Begriff des Verfügungsgeschäfts wird im allgemeinen in Gegensatz gebracht zu dem Begriff des Verpflichtungsgeschäfts. Das Verpflichtungsgeschäft begründet in der Regel nur Rechtsbeziehungen von Person zu Person, bewirkt aber nicht unmittelbar eine Veränderung betreffs bestehender Rechte. Wenn allerdings durch einen Schuldvertrag ein bestehendes Schuldverhältnis verändert wird, ist dieser Schuldvertrag soweit er das Recht des Gläubigers – abgesehen von dem Fall einer Erweiterung des Rechts – verändert, für den Gläubiger eine “Verfügung”.

Vgl. Art. 19 Abs. 1 ZGB (= 410 Abs. 1 ZGB a. F.)

2.2.4 Verfügungsgeschäfte; deren Abstraktheit und Kausalität

2.2.4.1 *mancipatio*

172 UE 19,3 (Ulp epit)

Die *mancipatio* ist die zuständige Form für die Veräußerung von *res Mancipi*; sie wird durch eine bestimmte Spruchformel unter Anwesenheit eines Waagehalters und fünf Zeugen vollzogen.

Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipi; eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus.

173 Gai 1,119

Die *mancipatio* ist, wie oben bereits bemerkt, im Grunde ein fiktiver Verkauf und gehört zum besonderen Recht der römischen Bürger. Das besagte Geschäft wird so abgewickelt: Nachdem nicht weniger als fünf Zeugen – mündige römische Bürger – zugezogen werden und dazu noch ein weiterer Mann derselben Rechtsstellung, welcher die metallene Waage hält und ‘Waagehalter’ genannt wird, spricht derjenige, welcher etwas ins Eigentum übernimmt, eine Münze haltend, folgende Formel: „Ich erkläre, dass dieser Sklave gemäss *ius civile* mir gehört, und erkläre weiter, dass er mir gekauft ist, und zwar aufgrund dieser Münze und dieser metallenen Waage.“ Darauf schlägt er mit der Münze an die Waage und übergibt dieses Geldstück anstelle eines Kaufpreises demjenigen, von dem er zu Eigentum übernimmt.

Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui Mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA;

deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.

173 a Gai 1, 121

Die Manzipation von Grundstücken unterscheidet sich von derjenigen hinsichtlich der übrigen Gegenstände nur darin, dass Sklaven und freie Personen, ebenso wie die manzipierbaren Tiere, wenn sie nicht anwesend sind, nicht manzipiert werden können; so dass sogar derjenige, welcher mittels Manzipation erwirbt, die Sache selbst ergreifen muss. Daher wird schliesslich von <mancipatio> gesprochen, weil die Sache mit der Hand (manu) ergriffen wird. Demgegenüber werden Grundstücke üblicherweise nicht an Ort manzipiert.

In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, <qui> mancipio accipit, adprehendere id ipsum quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur; praedia uero absentia solent mancipari.

173 b UE 19,6

Bewegliche Sachen können nur wenn sie zugegen sind manzipiert werden und nicht mehr an der Zahl, als mit einer Hand ergriffen werden können. Demgegenüber können unbewegliche Sachen, auch mehrere und an verschiedenen Orten gelegene, gemeinsam manzipiert werden.

Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt. Immobiles autem etiam plures simul et quae diversis locis sunt mancipari possunt.

174 tab 6,1

Wenn jemand eine förmliche Darlehensverpflichtung oder durch Manzipation ein Kaufgeschäft vornimmt, so soll das rechtsverbindlich sein, was er mündlich ausbedungen hat.

Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

175 tab 6,2 (Cicero de off. 3, 16, 65)

Da es nach dem Zwölftafelgesetz Recht ist, das zu leisten, was mündlich zugesichert wurde, und derjenige, welcher die Zusicherung leugnet, die Strafe doppelten Wertersatzes erdulden muss, wurde von den Rechtsgelehrten auch die Strafe für ein Verschweigen festgesetzt.

Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.

2.2.4.2 *in iure cessio*

176 Gai 2,24

Die *in iure cessio* geschieht auf folgende Weise: Vor einem Magistraten des römischen Volkes, nämlich dem Praetor, erklärt derjenige, dem *in iure* übereignet werden soll, indem er die Sache berührt, folgendes: „Ich erkläre, dass dieser Sklave gemäss *ius civile* mir gehört.“ Nachdem dieser vindiziert hat, fragt dann der Praetor den andern, der abtreten will, ob er die Kontra-Vindikation anstrengen möchte. Wenn dieser nun verneint oder schweigt, dann spricht der Praetor dem Vindizierenden die Sache zu. Und dies nennt man eine *legis actio*. Dieses Rechtsgeschäft kann auch in den Provinzen vor dem zuständigen Statthalter abgeschlossen werden.

In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

177 UE 19,9 (Ulp epit)

Auch mittels *in iure cessio* können sowohl *res Mancipi* als auch *res nec Mancipi* veräussert werden; sie geschieht durch Mitwirkung dreier Personen: desjenigen, der *in iure* zediert, desjenigen, der vindiziert, und desjenigen, der zuspricht.

In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi; quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis.

178 Gai 2,25

Meistens oder eigentlich fast immer wenden wir die *Mancipatio* an. Was wir nämlich selbst, unter uns mit einigen anwesenden Freunden, abwickeln können, muss nicht notwendigerweise, mit einiger Schwierigkeit verbunden, vor dem Praetor, beziehungsweise vor dem Provinzstatthalter vollzogen werden.

Plerumque tamen et fere semper Mancipationibus utimur. quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum

maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.

2.2.4.3 *traditio*; Kausalität der Verfügung als Grundsatz des klassischen Rechts

A. Das Traditionsprinzip

179 UE 19,7 (Ulp epit)

Die *traditio*¹⁾ ist eigentlich die Veräußerung der *res nec mancipi*. Wir erlangen das Eigentum an diesen Sachen durch²⁾ die *traditio* selbst, nämlich wenn sie uns aufgrund einer *iusta causa*²⁾ übergeben worden sind.

Traditio propria est alienatio rerum nec mancipii. harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.

¹⁾ *traditio* = Übergabe einer körperlichen Sache

²⁾ *iusta causa* = gültiger Rechtsgrund

Cfr. auch Rdn 183.

179 a D 41,1,31 pr. (Paulus 31 ed)

Niemals überträgt die bloße *traditio* das Eigentum, sondern nur dann, wenn ein Kauf oder eine andere *iusta causa* vorangegangen ist, aufgrund welcher dann die *traditio* erfolgte.

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

179 b C 2,3,20 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Martiali; a. 293)

Die Eigentumsrechte an Sachen werden durch die Besitzesübergaben (*traditiones*) sowie durch Ersitzungstatbestände verschafft, und nicht durch bloße <formlose> Verträge übertragen.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur.

179 c D 20,6,10,1 (Paul 3 quaest)

Auch wenn der (Pfand-) Gläubiger den Pfandgegenstand verkauft hatte und dann der Kaufkontrakt aufgehoben oder der verpfändete Sklave gewandelt wurde, fällt das Eigentum an den (Pfand-) Schuldner zurück.

Entsprechend verhält es sich bei allen (Personen), welche ermächtigt sind, eine fremde Sache zu verkaufen. Sie erhalten, obwohl sie das Eigentum übertragen haben, dieses Recht vom Käufer nicht zurück; vielmehr fällt dieses nach der Auflösung des Kaufvertrages in die frühere Lage zurück.

Creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore ius recipiunt: sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.

179 d D 41,2,5 (Paulus 67 ed)

Wenn ich dir aufgrund einer Stipulation den Stichus schulde und nicht übergebe, du dir aber den Besitz trotzdem verschafft hast, bist du ein unberechtigter Besitzer. Gleichermassen würdest du, falls ich eine Sache verkauft aber nicht tradiert hätte und du den Besitz ohne meinen (Übergabe-) Willen erlangt hättest, diese nicht als Käufer besitzen, sondern du wärest ein rechtsgrundloser Besitzer.

Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es. aequè si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es.

179 e Vgl. Art. 657 Abs. 1 ZGB für den derivativen Eigentumserwerb an Grundeigentum und Art. 714 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit BGE 55 II 302 ff. für den abgeleiteten Eigentumserwerb an Fahrnis.

Eugen HUBER, ERLÄUTERUNGEN II, p. 376: „Wer auf Grund eines Veräusserungsgeschäftes eine bewegliche Sache zu *Eigentum übertragen erhält, der gewinnt gemäss <Art. 714 ZGB> das Eigentum.*“

179 f BGE 119 II 328

2 c) Aufgrund des Kausalitätsprinzips hängt vom obligatorischen Verpflichtungsgeschäft die Gültigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes ab; zugleich umschreibt es im Rahmen des Schuldverhältnisses auch die Grenzen der Verfügungsmacht (OFTINGER/BÄR, a.a.O., N. 241 und 242; ZOBL, N. 1358, 1374).

Cfr. Rdn 184 a ff.

B. Das Vertragsprinzip

GROTIUS, Hugo, De iure belli ac pacis (1625)

180 2,6,1

(1) Durch den abgeleiteten Erwerb wird etwas unser Eigentum aufgrund menschlichen Tuns oder kraft Gesetzes. Dass die Rechtssubjekte als Eigentümer der Gegenstände das Eigentumsrecht umfassend oder zum Teil übertragen können, ist seit dessen Anerkennung naturrechtlicher Grundsatz. Denn dieser ist im Wesen des Eigentums, als Vollrecht gedacht, mitenthalten. Daher lehrt Aristoteles, die Begriffsbestimmung des Eigentums vermittele das Recht zur Veräußerung, soweit die Sache uns zusteht. Zweierlei ist freilich dennoch anzumerken, sowohl den Überträger wie den Erwerber betreffend. Für den Übertragenden genügt der innere Willensentschluss nicht, sondern es bedarf einer Willenserklärung oder anderer nach aussen gerichteter Zeichen, weil der lediglich innere Wille, wie anderswo erwähnt, mit <den Anforderungen> des menschlichen Gemeinschaftslebens sich nicht deckt. (2) Dass aber auch eine Besitzesübergabe (*traditio*) erforderlich sei, gilt gestützt auf die zivilrechtliche Gesetzeslage, welche, da sie von zahlreichen Völkerschaften übernommen worden ist, nur im uneigentlichen Sinne dem Recht der Völker (*ius gentium*) zugerechnet werden kann. [...]

(1) Acquisitione derivativa nostrum fit aliquid facto hominis aut legis. Homines rerum domini, ut dominium, aut totum, aut ex parte transferre possint, juris est naturalis post introductum dominium: inest enim hoc in ipsa domini, pleni scilicet, natura. Itaque Aristoteles: proprietatis definitio est, ubi penes nos est jus alienandi. Duo tamen notanda sunt, alterum in dante, alterum in eo, cui datur. In dante, non sufficere actum internum voluntatis, sed simul requiri aut verba, aut alia signa externa: quia actus internus, ut alibi diximus, non est congruens naturae societatis humanae. (2) Ut vero traditio etiam requiratur, ex lege est civili, quae, quia a multis gentibus recepta est, jus gentium improprie dicitur.

180 a 2,8,25

Die letzte <zu besprechende>, dem Recht der Völker (*ius gentium*) zugerechnete (Eigentums-) Erwerbsart ist diejenige, mittels Besitzesübergabe (*traditio*). Und wie wir bereits vorne (2,6,1) dargelegt haben, ist die Besitzesübergabe nach Naturrecht für die Eigentumsübertragung nicht erforderlich. [...]

Ultimus acquirendi modus qui juris gentium dicitur, est per traditionem. Atque supra diximus, ad domini translationem naturaliter traditionem non requiri; [...]

180 b 2,12,15

Zum Kaufvertrag bleibt anzumerken, dass auch ohne Besitzesübergabe (*traditio*), allein aufgrund der Wirkung des Schuldvertrages das Eigentum übertragen werden kann, und dies erscheint auch als völlig ungezwungen. [...]

(1) De venditione & emtione notandum, etiam sine traditione, ipso contractus momento transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum: [...]

181 CODE CIVIL FRANÇAIS (1804)

art. 711. La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

Das Eigentum an Gütern wird erworben und übertragen durch Erbgang, durch Schenkung unter Lebenden oder kraft Testamentes sowie aufgrund der Rechtswirkung der Obligationen.

art. 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Die Obligation, eine Sache zu leisten, kommt zustande durch den blossen Konsens der Vertragsparteien.

Sie macht den Gläubiger zum Eigentümer und lässt auch im Zeitpunkt, in welchem die Sache übergeben werden sollte, die Gefahr auf ihn übergehen, selbst wenn die Uebergabe noch nicht geschehen ist, es sei denn, der Schuldner befinde sich mit der Uebereignung im Verzuge; diesfalls steht die Sache weiterhin auf seine Gefahr.

art. 1583. Elle <sc. la vente> est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Er <sc. der Kaufvertrag> ist zwischen den Parteien zustande gekommen und das Eigentum ist vom Käufer dem Verkäufer gegenüber von Rechtswegen erworben, sobald man sich über den Kaufgegenstand und den Preis geeinigt hat, auch wenn die Sache noch nicht übergeben und der Preis noch nicht bezahlt worden ist.

C. Der Verfügungsvertrag, insbesondere der dingliche Vertrag; Kausalität bzw. Abstraktheit: der begriffsgeschichtliche Entwicklungsgang

a) Antikes Recht

182 D 44,7,55 (Javolen 12 ep)

Bei allen Rechtsgeschäften welche Eigentum übertragen bedarf es hierfür nach ius civile der gleichgerichteten beiderseitigen Absicht der Vertragsparteien. [...] Denn ohne diese Willenseinigung beider kann, was <mittels Obligation> vorbereitet wurde, nicht zur angestrebten Wirksamkeit vollendet werden.

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: [...] nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

[...] nachklassischer Zusatz; vgl. KASER, Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt (2. Auflage., 1975) 283 und Anm. 71

182 a D 41,1,36 (Julian 13 dig)

Falls wir hinsichtlich <der Identität> der körperlichen Sache, welche tradiert wird, Willensübereinstimmung erzielt haben, betreffend des Rechtsgrundes (*causa*) aber Dissens vorliegt, kann ich nicht erkennen, weshalb die Tradition unwirksam sein sollte, wenn ich etwa davon ausgehe, dir die Übertragung einer Liegenschaft aufgrund eines Vermächnisses zu schulden, du aber glaubtest, dir werde aus einer Stipulation geschuldet. Denn auch wenn ich dir bares Geld übergebe um zu schenken, du dieses aber als Darlehen annimmst, ist zweifelsohne das Eigentum <derivativ> auf dich übergegangen, und dies wird nicht dadurch verhindert, dass wir uns hinsichtlich des Rechtsgrundes (*causa*) der Übergabe und des Erwerbes im Dissens befinden.

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Zur Antinomie zwischen Julian und Ulpian KASER Römisches Privatrecht I² § 100, IV, 2 bei Anm. 41 p. 417

182 b D 12,1,18 pr. (Ulpian 7 disp)

Zu dem Fall, dass ich dir Geld als Geschenk übergebe, du es aber als Darlehen annimmst, schreibt Julian, eine Schenkung komme nicht zustande. Zu erwägen bleibt, ob ein Darlehen vorliege. Ich meine nun, dass auch kein Darlehen zustande gekommen sei und die Geldstücke nach richtiger Ansicht nicht ins Eigentum des Erwerbers übertragen worden seien, weil er sie mit einem auf ein anderes Geschäft gerichteten Willen entgegengenommen habe. Folglich steht ihm, sollte er nach dem Verbrauch des Geldes mittels einer *condictio* auf Rückerstattung eingeklagt worden sein, die *exceptio doli* zur Verfügung, weil die einzelnen Geldstücke mit dem Willen des Übertragenden verbraucht worden sind.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

182 c D 18,1,15,2 (Paul 5 Sab)

Wenn du mir, ohne dass ich dies erkenne, eine Sache meines Eigentums verkaufst und diese mit meiner Ermächtigung einem anderen übereignest nimmt Pomponius nicht an, dass mein Eigentumsrecht übertragen werde, weil dies nicht meiner Absicht entsprochen habe, sondern dass es als dein Eigentum auf ihn übergehe. Daher ist dasselbe zu sagen, wenn du eine mir gehörige Sache mir schenken willst und sie mit meiner Ermächtigung einem anderen übereignest.

Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.

Cfr. Rdn 303

182 d D 41,3,44,1 (Pap 23 quaest)

Wenn du mir, der ich dies weiss, eine fremde Sache verkaufst, sie aber erst im Zeitpunkt der Genehmigung durch den Eigentümer übergibst, ist nach feststehender Lehre auf den Moment der Übergabe (*traditio*) abzustellen und die Kaufsache wird mein Eigentum.

Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum remque meam fieri.

Cfr. Rdn 885 e ff.

183 D 12,4,3,8 (Ulp 26 ed)

[...] Und ich bin der Ansicht, wenn er sie <sc. die Münzen> in dieser Annahme <sc. er sei nicht deren Eigentümer> übergeben hat, werden sie nicht dessen <des Empfängers> Eigentum. Denn auch wenn ich dir Münzen meines Eigentums in der Meinung übergebe, sie gehörten <bereits> dir, verschaffe ich dir <derivativ-translativ> kein Eigentum. [...]

[...] *Et puto, si hoc animo dedit (sc. se non esse dominum), non fieri ipsius: nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos. [...]*

Cfr. zum originären Erwerb durch Vermischung Rdn 448

183 a D 41,1,9,3 (Gaius 2 rer cott)

Auch diejenigen Sachen, welche mittels Tradition in unser Eigentum gelangen, werden uns gestützt auf das *ius gentium* erworben. Denn nichts entspricht der natürlichen Rechtsordnung (*aequitas*) so sehr, wie den Willen des Eigentümers, der seine Sache einem anderen zu übereignen wünscht, als wirksam anzuerkennen.

Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

Vgl. Rdn 379

183 aa Inst 2,1,40

Auch durch eine Tradition erwerben wir gestützt auf das natürliche Rechtsprinzip das Eigentum an Sachen. Denn nichts entspricht so sehr dem natürlichen Rechtsgedanken, als den Willen des Eigentümers, der seine Sache jemandem übereignen will, als wirksam anzuerkennen. Folglich kann eine körperliche Sache, gleichgültig welcher Beschaffenheit, übertragen und durch die Tradition seitens ihres Eigentümers veräußert werden. [...]

Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur. [...]

b) Mittelalterliches Recht

183 aaa Bas 23,1,18,3 schol (ad D 12,1,18) (Nicaeus)

[...] Aus jener (D 41,1,36 = Rdn 182 a) und der vorliegenden Stelle (D 12,1,18 pr. = Rdn 182b) folgt freilich, dass das Eigentum zweifellos übergeht, weil beide Parteien betreffend der übergebenen Sache einig sind und beider Willen hinsichtlich des Eigentumsüberganges übereinstimmen. Wenn nämlich der Schenkungswillige die Absicht geäußert hatte, aus seinem Vermögen das Eigentum zu übertragen und der Darlehensempfänger erworben hat, um Eigentümer des Dargeliehenen zu werden, so dass beide in dieser Hinsicht übereinstimmten, wird das Eigentum vermittlems der Besitzesübergabe (*traditio*) übertragen. Dies entspricht nämlich der (Rechts-) Natur der Tradition.

[...] sed ex illo et praesente capite colligitur, dominum haud dubie transferri, quoniam utrique circa corpus traditum consentiunt, et amborum voluntates concurrunt ad dominium transferendum. cum enim donaturus propositum habet dominium a se transferendi, et qui mutuum sumit, ideo sumit, ut dominus datorum fiat, et denique cum in idem ambo consentiunt, dominium per traditionem transfertur. haec enim natura est traditionis.

183 aaaa Gl ad D 41,1,31 pr. (=Rdn 180)

Sowohl aufgrund eines wirksamen als aber auch eines nur vermeintlichen <obligatorischen> Rechtsgrundes (*causa putativa*) wird Eigentum übertragen.

Iusta causa vera vel putativa causa dominium transfertur.

183 b BALDUS de Ubaldis (um 1320-1400) commentaria in Codicem ad C 4,50,6 n 32

Eigentum kann freilich aufgrund eines putativen Kontraktes übergehen, denn es wird im eigentlichen Sinne gar nicht durch den Schuldvertrag an sich, sondern mittels des diesem innewohnenden Konsenses übertragen, so dass der unmittelbare Grund (*causa immediata*) – d.h. der Konsens hinsichtlich der Übertragung des Eigentums – zureicht, um das Eigentum übergehen zu lassen. Und dies wird auch nicht verhindert, falls der mittelbare Grund (*causa remota* = obligatorischer Grund) ebendieser Eigentumslage ungültig oder gar nicht entstanden wäre.

Dominum autem potest transferri ex contractu putativo nam proprie loquendo non transferetur ex contractu: sed ex consensu propter contractum: ita quod causa immediata id est consensus in translatione dominii est sufficiens ad dominium transferendum. Non obstat quod causa remota ipsius dominii sit invalida, vel nulla.

c) **Neuzeitliches Recht: Humanismus und Usus modernus pandectarum**

183 bb APEL, Johannes (1486-1536) – *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentium adcommodata* (1535)

(81) Wer einen in Wahrheit unwirksamen Schuldvertrag (*contractus*) abschliesst, will <gleichwohl>, dass dasjenige, was beabsichtigt worden ist, sich verwirkliche, obgleich die Rechtsgültigkeit fehlt. Demnach wird, soll dies sachgerecht erörtert werden, das Eigentum nicht vermittels des Schuldvertrages, insbesondere wenn dieser unwirksam ist, übertragen, sondern durch die Tradition selbst, welcher der Konsens, dass übereignet werden soll, zugrunde liegt. Und dieser Konsens fehlt im Falle der Hinterlegung, der Leihe und des Pfandverhältnisses. Demnach entfällt mit der untauglichen Begründung der Fallentscheidung in D 41,1,31 pr. auch der hieraus folgende Wirkungszusammenhang, wonach die Tradition einen einschlägigen und jeweils entsprechenden Rechtsgrund (*causa*) erfordere; sondern das Eigentum wird, auch wenn dieser unwirksam sein sollte, auf den Erwerber übertragen.

Das Werk ist unpaginiert; die eingefügte Paginierung ergibt sich aus der Seitenzählung des Textes der *Methodica* aufgrund der vorliegenden Ausgabe.

(De causa M ii; 81) [...] Qui vero inutiliter contrahunt, volunt id quod agitur valere, utcumque ex omni parte non valeat. Transferuntur itaque, si modo libet proprie loqui, dominium non ex contractu, praesertim cum sit inutilis: sed ex ipsa traditione, quae consensum habet ut transferatur. Qui consensus in deposito, commodato & pignore non est. Proinde cessante ratione decidendi, l. numquam nuda^{)}, cessat quoque eius effectus, nempe ut requirat specifica & peculiaris causa: sed ea etiam inutili transferatur in accipientem dominium.*

^{*)} = D 41,1,31 pr. (Rdn 179 a).

183 c DONELLUS, Hugo, (1527-1591) *De iure civili* 4,16

(7) Zweitens gilt hinsichtlich des Übertragungswillens, dass diesem, falls man von seinem Eigentum an der Sache weiss, irgend eine vorausgehende *iusta causa* vorgegeben ist, aufgrund welcher jeweils das Eigentum übertragen wird. Denn niemals wird jemand seine Sache einzig um der Übertragung als solcher willen übereignen, sondern nur, wenn irgendeine *causa* ihn dazu bestimmt, dies zu tun. Freilich sind nicht alle *causae* der Besitzübergabe (*causae tradendi*) so beschaffen, dass durch die darauf gestützte Übergabe das Eigentum übertragen würde.[...]

Es gibt einige *causae* auf deren Grundlage die Sache lediglich in den Besitz oder in die bloße Innehabung (*detentio*) übertragen wird, auf keinen Fall aber ins Eigentum. [...]

Keine dieser *causae* verändert die Eigentumslage oder überträgt dieses auf den Empfänger; weder der Hinterlegungsvertrag, noch die Leihe, noch die Bittleihe noch die Miete oder Pacht und auch nicht der Pfandvertrag. Deshalb nämlich, weil nach Massgabe dieser *causae* solches gar nicht angestrebt wird. Denn dies steht aufgrund des Zwecks jeder einzelnen *causa* fest. Wir fragen demzufolge nach derart angelegten *iustae causae*, dass gestützt auf sie Eigentum übertragen wird. Und dabei handelt es sich um alle übrigen, nicht in einer der vorstehend aufgeführten *causa* enthaltenen. Hauptsächlich geht es um den Kauf- bzw. den Tauschvertrag, die Mitgiftbestellung, die Erfüllung, den Schenkungsvertrag, Vermächtnis [...]

(8) Nun werden aber in Inst 2,1,40 für die Eigentumsübertragung lediglich zwei Tatbestandselemente vorausgesetzt, eine Tradition (Besitzesübergabe) sowie der Wille des Eigentümers, und es wird hinzugefügt, nichts sei derart sachgerecht, wie den Eigentümerwillen, seine Sache auf einen anderen zu übertragen als wirksam anzuerkennen. Worum handelt es sich also (bei diesem weiteren Element), das wir hier als Drittes postulieren, nämlich bei der vorangestellten *iusta causa*, aufgrund welcher dann die Tradition erfolgt? Es ist einzuräumen, dass zweifellos eine Unvereinbarkeit vorläge, wenn es sich nicht so verhielte, wie ich eingangs bereits hervorgehoben hatte, dass die der Tradition vorgeschaltete *causa* deshalb unverzichtbar sei, weil wir in erster Linie den Übertragungswillen verlangen müssen. Und ohne eine vorangehende *causa* kann schliesslich der Wille zur Übertragung gar nicht vorhanden sein. Daraus folgt, dass wer eine vorausgehende *causa* verlangt, nichts Drittes ausserhalb jener Zweiheit der Tradition und des Willens fordert. Vielmehr bestätigt und verankert er den erforderlichen Willen; und er weist auf, woraus dieser abgeleitet werde. Und aus alledem folgt, für wie geeignet und unverzichtbar diese *causa* gerade für die Deutung dieses (rechtsgeschäftlichen) Willens von uns gehalten wird.

(9) Und gerade diese Gedankenfolge lehrt uns, dass der Satz, wonach eine *iusta causa*, aufgrund welcher die Eigentumsübertragung erfolgt, voranzugehen habe, so zu verstehen ist, dass kein Unterschied eintrete, ob sie wirklich oder nur in der Vorstellung des Übertragenden vorhanden sei. Denn wenn die vorgeschaltete *causa* lediglich zum Zwecke gefordert wird, um daraus den Übertragungswillen deutlich werden zu lassen, kann man folgern, es könne auch auf irgendeine andere Weise feststellbar sein, ob jemand einen Gegenstand übereignen will, selbst wenn eine *causa* in rechtswirksamer Weise nicht zugrunde gelegen hatte: Wenn übereignet worden ist, wurde das Recht trotzdem übertragen. Denn stets hat der (Übertragungs-) Wille Bestand, welcher als rechtswirksam anerkannt werden muss. Weil somit die *causa* lediglich für dessen Beweis erfordert wird, ist entschieden worden (Gai D 20,1,4 u.a.), dass es für die

Rechtslage wie auch hinsichtlich der dafür üblichen Beweismittel belanglos sei, auf welche Weise der Nachweis geführt werde. Sonach ergibt sich, dass einen Übertragungswillen auch erklärt, wer glaubt, aufgrund einer causa zu wollen und dies zu schulden*), ganz entsprechend demjenigen, welcher tatsächlich sich auf eine causa zu berufen vermag. Aus diesem Grunde ist angenommen worden, dass auch jener mit gleicher Wirkung übertrage [...].

*) sog. Putativtitel

(7) *Secundum est ad voluntatem transferendi, ut qui rem suam esse sciet, huic iusta aliqua causa praecedens constituta sit, ex qua dominium transferri solet. Neque enim unquam quisquam traderet rem suam transferendi causa, nisi aliqua causa eum moveret, ut id faceret: neque vero omnes caussae tradendi sunt eiusmodi, quibus id agatur, ut transferatur dominium. [...]*

Certae caussae sunt, ex quibus res traditur ad possessionem dumtaxat, & nudam detentionem; proprietas nullo modo. [...]

Nulla harum caussarum dominium mutat, aut transferet in accipientem. Non depositum, non commodatum, non precarium, non locatio, non pignus. Nempe ideo, quia ex his caussis id non agitur. Idque ex fine cuiusque caussae constat. Quaerimus igitur iustas causas ad hoc comparatas, ut ex his dominium transferatur. Hae sunt ceterae omnes, quae in superiore aliqua causa non habentur. Sunt autem hae maxime, emptio & venditio, permutatio, dos, solutio, donatio, legatum [...]

(8) *Atqui in §. per traditionem. Inst. de rer. divis. duo tantum desiderantur ad dominium transferendum, traditio, & domini voluntas; & adiicitur, nihil tam aequum esse, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Quid est igitur, quod hic tertium exigimus, nempe iustam causam praecedentem, propter quam traditio sequatur? Et necesse est videri, in his esse aliquid repugnans, nisi id ipsum esset, quod initio posui, ideo causam requiri, quae praecedat traditionem, quia prius voluntatem desideremus ad transferendum: sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas transferendi. Quo fit, ut qui causam praecedentem exigit, nihil exigit tertium praeter illa duo, traditionem, & voluntatem: sed voluntatem, quae requirebatur, confirmet, & statuatur; ostendatque, unde illa intelligatur. Ex quo eodem potest intellegi, quam recte, quamque necessario haec ipsa causa ad huius voluntatis significationem a nobis referatur.*

(9) *Haec ipsa ratio nos admonet, quod dicitur, iustam causam praecedere debere ex qua traditio domini sequatur, sic accipiendum esse: ut nihil intersit, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit,*

voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vere causa non subesset: si tradiderit, nihilominus transtulisse. Semper enim manet voluntas, quam ratam haberi oportet. Et, si causa ad probationem tantum exigitur: quo alio modo probetur voluntas, ad rem nihil pertinet, ut de instrumentis, quibus res probari solent, responsum est. L. 4. D. de pignor. L. 4. D. de fid. inst. L. cum res, C. de prob. Tam autem accidit, ut velit transferre, qui se causam habere putat, cur velit, & debeat: quam qui causam habet re vera. Quam ob rem & illum placuit pariter transferre. [...]

- 183 cc CUIACIUS, Jacobs (1522-1590), Recitationes sollemnes ad Iulii Pauli libros LXXVIII ad edictum; ad § empt (1604; Opera omnia (Prati 1830 ff.) Vol. V 1043)

Die Tradition beendet nämlich die Verpflichtung (*obligatio*), weil sie an der verkauften Sache dem Käufer das Eigentum (*dominium*) oder die Möglichkeit zur Ersitzung verschafft: Dies ist die letztlich <angestrebte> Erfüllung und Vollendung des Schuldvertrages.

Traditio autem exequatur obligationem quia rei venditae dominium aut usucapionis occasionem praebet emptori: haec est suprema perfectio et contractus consumatio.

- 183 d LAUTERBACH, Wolfgang Adam, Collegium theoretico-practicum, Tom. III (1765)

ad D 41, 1, 53 ff.

(53) [...] Die Tradition an sich erfordert freilich den Willen und die (rechtliche) Befugnis, den Willen wechselseitig beim Uebertragenden wie beim Erwerbenden, denn weil die im Eigentum des einen stehende Sache an einen anderen weitervermittelt wird, kann ohne Willen des Tradenten auf den anderen nicht übertragen werden [...]. Daraus folgt, dass wenn gegen den Willen des Schuldners der Gläubiger den Besitz ergriffen hat, er nicht zum Eigentümer, sondern zum Dieb wird [...]. Demgemäss wird einem Geistesschwachen oder einem Kind eine Sache mit gleicher Wirkung übergeben, wie wenn sie einem Schlafenden in die Hand gedrückt würde, da sie (alle) über den Willen auf Innehabung nicht verfügen [...]. (54) Weil es hinsichtlich dieses Willens des Eigentümers dabei zu bleiben hat, ist ein rechtsgenügender eigentumsübertragender Rechtsgrund (*iustus titulus derivativus*) unerlässlich. Niemandem kann nämlich unterstellt werden, ohne Rechtsgrund (*iusta causa*) Eigentum übertragen zu wollen, weshalb in D 41, 1, 31 pr. steht: Niemals überträgt die blosse Tradition das Eigentum. In diesem Zusammenhang wird nun aber der Rechtstitel (*iustus titulus*) beziehungsweise der Rechtsgrund (*iusta causa*) eingeführt, in dessen Bereich zwischen den Parteien die der Eigentumsübertragung zugrundeliegende Absicht ausgehandelt wird. Solche Rechtsgründe (*causae*) sind entweder Innominatverträge, wozu der Tausch gehört, oder Nominatverträge, zweiseitig verpflichtende, aus

welchen bekanntlich eine Sache im Austausch zu einer Gegenleistung übergeht, und zwar dergestalt, dass auch der Erwerber verpflichtet ist, etwas zu leisten, wie beim Kaufvertrag. [...] (55) Dennoch wird hinsichtlich des Rechtstitels die wechselseitige Übereinstimmung, des Übertragenden wie des Erwerbenden nicht gefordert.[...] Und es ist unerheblich, wieweit der Rechtstitel der Eigentumsübertragung ein wirklicher oder ein putativer sei. Aus der grossen Zahl der Fälle soviel: Wenn man in der Annahme, man handle aufgrund einer Stipulation, während man aus Darlehen schuldet, geleistet hat, macht man den Erwerber zum Eigentümer. Es genügt nämlich, dass der Übertragende davon ausgegangen war, er sei (zur Leistung) verpflichtet, damit die besagte Regel greift. [...] Dasselbe wird durch die Rechtsnatur der *condictio indebiti* bestätigt, welche bekanntlich zwecks Rückerstattung von Sachen gewährt wird, an welchen Eigentum übertragen wurde. Anderes gilt, falls der Irrtum, abweichend vom soeben Gesagten, nicht den Rechtsgrund der Veräusserung, sondern das Veräusserungsgeschäft selber beschlägt. [...] (56) Aus dem Vorgetragenen geht insoweit hervor, dass sich die Rechtsgründe (*causae*) und die Erwerbsarten (*modi*) innerhalb der Eigentumsübertragung voneinander unterscheiden. Der Rechtsgrund geht nämlich voraus, als die weniger tiefgreifende und bewirkende Ursache, aus welcher das Recht auf die Sache (*ius ad rem*) und ein obligatorischer Anspruch (*actio*) auf Vornahme der Tradition hervorgehen. Der Erwerbsakt (*modus*) ist das Mittel und die Durchführung, damit das dingliche Recht selber, das Eigentum nämlich, erworben wird. [...] Somit ist der Verkauf der Rechtsgrund (*causa*), aufgrund dessen das Eigentum übertragen wird; [...].

(53) [...] *Ipsa autem Traditio requirit & voluntatem & facultatem; Voluntatem tam Tradentis, quam Accipientis mutuam; quia enim res in alterius dominio existens in alium derivatur, absque tradentis voluntate in alium transferri non potest. Hinc si, debitore invito, creditor adprehenderit possessionem, non sit dominus, sed praedo, [...]. Sic Furioso & Pupillo res non aliter traditur, ac si dormienti in manus ponatur, quia affectionem tenendi non habent. [...].*

(54) *Quoniam de hac Domini voluntate constare debet, justus titulus domini translativus est necessarius. Nemo enim sine justa causa Dominium transferre velle praesumitur, unde in l. 31 pr. nunquam nuda traditio dominium transfert. ff. h. t. Justus autem titulus seu justa causa hic dicitur, in qua agitur inter contrahentes de dominio transferendo. Talis enim causa praecedere debet, propter quam traditio sequeretur. Tales sunt causae vel innominatae, inter quas pertinet Permutatio; l. i. §. 2. ff de rer. perm. l. 5. ff de P. V vel nominatae, onerosae scil. ex quibus res transit cum onere, ita, ut etiam accipiens aliquid praestare teneatur; ut: Emtio, Venditio.*

(55) *Non tamen in utroque, tradente & accipiente, tituli identitas requiritur. [...] Nec interest quoad domini translationem, titulus verus sit, num putativus; e. gr. si credens rem se habere ex stipulatione, quam*

debet ex mutuo, solverit, accipientem facit dominum; Sufficit enim tradentem credidisse, se esse obligatum ut locum habeat dicta regula. Idem probatur ex natura conditionis indebiti, quae scil. datur ad res repetendas, quarum dominium est translatum. Aliud vero est, si Error non sit, uti modo dictum, in causa alienationis, sed in ipsa alienatione.[...]

(56) Ex hactenus dictis adparet, Causas & Modos, dominium transferendi, invicem differre. Causa enim praecedit, ut efficiens minus principalis & impulsiva, per quam jus ad rem & Personalis actio ad faciendam traditionem oritur. Modus est instrumentum & effectus, ut ipsum jus in re, dominium nempe, acquiratur. [...] Sic venditio est causa, propter quaqm dominium transfertur; [...].

- 183 dd LEIBNIZ, Definitionum juris specimen (1676) [G.W. LEIBNIZ, Sämtliche Schriften und Briefe (hgg. von der Akademie der Wissenschaften der DDR) 6. Reihe (Philosophische Schriften), 3. Bd. (1672-1676)] Berlin 1980, p. 617 bei Anm. 88

Der dingliche Vertrag ist derjenige, welcher irgend eine Übertragung eines Sachenrechtes zum Inhalt hat [...].

Contractus realis est qui quandam juris realis translationem continet [...].

- 183 e BÖHMER, Iustus H., Introductio in ius digestorum ad fora Germaniae accomodatam, pars II (1780)

(33) Schliesslich (sc. neben den originären Eigentumserwerbsarten) verbleibt noch die Tradition, diejenige Rechtshandlung, mittels welcher ein zur Übertragung Berechtigter rechtmäßig und wissentlich dem Erwerber übereignet.

(34) Der Übertragende muss folglich berechtigt sein, eine Sache einem anderen zu übereignen. Daher muss er Eigentümer und ausserdem im Besitze der freien Entscheidungsfähigkeit sein. [...]

(35) Zudem benötigt er auch den Willen zur Übertragung, wobei dieser ausreicht, selbst wenn etwa ein die Rechtstitel betreffender Irrtum vorläge. Jener musste lediglich Kenntnis davon gehabt haben, dass die Sache welche er übergibt, sein Eigentum war, ansonsten brachte nämlich der Übertragende hinsichtlich der Veräusserung offenkundig keinen Konsens zustande.

(33) Denique superest TRADITIO quae est *actus, quo res ab aliquo, qui ius illam transferendi habet, in alterum acceptantem legitime & scienter transfertur.*

(34) Tradens ergo (I) *habere debet potestatem transferendi rem in alterum*. Proinde debet esse *dominus*, & praeterea habere *liberum disponendi arbitrium*.[...].

(35) (II) *Praeterea etiam animum transferendi habere debet*, & A. quod sufficit, licet forsitan in *titulis* error adsit: modo sciuerit, rem esse suam, quam tradit; alioquin enim non videtur tradens consensisse in alienationem.

183 f HEINECCIUS, Iohannes G., *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (1728)

§ 380

Die Tradition ist die Art und Weise (modus) des abgeleiteten Rechtserwerbes, wodurch der Eigentümer, welcher Berechtigung und Willen zur Veräußerung hat, eine körperliche Sache gestützt auf den Rechtsgrund (*iusta causa*) auf den Erwerber überträgt.

TRADITIO est modus acquirendi derivativus, quo dominus, qui ius & animum alienandi habet, rem corporalem ex iusta causa in accipientem transfert.

§ 381

Und aus dieser Definition folgen die Grundsätze: I. Der Übergabe zugänglich sind körperliche Sachen: II. Sie sind von einem Eigentümer zu übergeben, dem das Recht zur Veräußerung zusteht. III. Das Eigentum wird nicht übertragen, wenn die Tradition nicht gestützt auf den Veräußerungswillen geschieht. IV. Eigentum wird durch jene nicht erworben, wenn nicht ein für die Eigentumsübertragung zureichender Rechtsgrund (*causa*) vorausgeht.

Et qua definitione fluunt axiomata: I. Tradi posse res corporales. II. Tradi eas debere a domino, ius alienandi habente. III. Non transferri dominium, nisi traditio fiat animo alienandi. IV. Nec ea adquiri dominium, nisi causa ad transferendum dominium habilis praecedat.

d) Vernunftrecht

183 g WOLFF, Christian, *Jus naturae, Pars prima* (1740)

§ 112

Die Art und Weise des Erwerbs ist die Tat, durch welche wir eines (subjektiven) Rechts teilhaftig werden.

Modus acquirendi est factum, quo juris reddimur participes.

§ 113

Der (Rechts-) Titel (titulus) ist der rechtliche Grund, durch welchen es statthaft ist, dass irgend eine Tatsache (factum) ein so beschaffenes (subjektives) Recht hervorbringen kann.

Titulus est ratio legalis per quam patet quoddam tale jus parere posse.

183 h WOLFF, op. cit., Pars tertia (1743)

§ 1034

Der Rechtstitel (titulus iustus) ist, was die blosse Möglichkeit eines erworbenen Rechtes, z.B. des Eigentums, einbringt, nicht aber dessen eigentlichen, wirklichen Erwerb. Daher hat offensichtlich derjenige Besitzer einen Rechtstitel, welcher seinen Besitz erworben hat mittels eines Tuns solcherart, dass, wie die Rechtsregel erklärt, auf dessen Grundlage Eigentum vom Eigentümer übertragen werden kann.

Titulus justus est, qui infert nudam possibilitatem juris acquisti, velut dominii, non vero ipsam eius actualem acquisitionem. Unde titulum justum habere dicitur possessor, qui possessionem acquisivit istiusmodi facto, quo dominium a domino transferri posse lex declarat.

183 i NETTELBLADT, Daniel, Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum, Tom. I (5. Aufl., 1785)

§ 253

Hinsichtlich des Rechtserwerbes, besonders der dinglichen Rechte, ist zu unterscheiden zwischen der Erwerbsart (modus acquirendi) und dem Rechtstitel (titulus). Die Erwerbsart ist eine Tat, mittels welcher der Rechtserwerb sich vollzieht und dieser wird originär genannt, falls der Gegenstand des Erwerbs sich vorher in niemandes Eigentum befand; derivativ aber, wenn es sich umgekehrt verhält. Demgegenüber ist der Rechtserwerbstitel (titulus iuris acquisitivus) die objektivrechtliche Anordnung, aus welcher zu folgern ist, dass das (subjektive) Recht, welches wir als das uns zustehende in Anspruch nehmen, (wirklich) uns gehört, indem der Erwerbstitel den Rechtserwerb rechtfertigt.

In acquisitione iuris, praesertim iuris in re, distinguendum est inter modus acquirendi et titulum. Modus acquirendi est factum quo mediante iuris acquisitio fit, isque dicitur originarius, si ius quod acquiritur non est ius alterius, derivativus vero si tale est. Titulus iuris acquisitivus vero est dispositio legis ex qua intelligi potest, ius quod nobis competere defendimus, nostrum esse, sicque titulus iustificat acquisitionem iuris.

e) **Territorialkodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts**

183 j ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN (1794)

I. Von der mittelbaren Erwerbung überhaupt.

§. 1. Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, ausser dem dazu nothigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben. (Tit. VII. §. 58. Tit. IX. §. 2-6).

§. 2. Der Titel zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums kann durch Willenserklärung, Gesetze, und rechtliche Erkenntniss begründet werden.

§. 3. Auch der mit einem solchen Titel versehene neue Besitzer erlangt das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe, der Regel nach nur alsdann, wenn der vorige, von welchem der Besitz auf ihn erledigt worden, selbst Eigenthümer gewesen ist. (Tit. XV. §. 42. Sqq.)

183 k Erklärung der Römischen Institutionen nach dem Leitfaden des HEINECCIUS und dem Geiste der öffentlichen Vorlesungen an der Wiener hohen Schule (1796).

§ 339

Wenn ich ein dingliches Recht erwerben will, sind zwey Stücke notwendig: 1. Ein rechtmässiger Titel (*justus titulus*), und 2. eine Erwerbungsart (*modus acquirendi*).

Der rechtmässige Titel ist ein rechtlicher Grund, der es mir möglich macht, ein dingliches Recht zu erwerben. Die Erwerbungsart ist eine körperliche Handlung, wodurch das dingliche Recht wirklich an mich übertragen wird. Z.B. ich kaufe eine Uhr, und lasse mir sie übergeben, so bin ich Eigenthümer von derselben, und habe also ein dingliches Recht darauf, der Rechtstitel ist hier der Kauf, denn dieser macht mir es möglich, Eigenthümer zu werden; Die Erwerbungsart aber ist die Uebergabe, welche die Möglichkeit, eine Sache zu erwerben, in Wirklichkeit verwandelt, und mich zum wirklichen Eigenthümer macht. Wenn ich einen kostbaren Stein finde, der niemanden gehöret, und denselben zu mir nehme, so bin ich Eigenthümer, der Titel meines Eigenthumes ist das Occupationsrecht; die Erwerbungsart die wirkliche Ergreifung des Steines.

Der rechtmässigen Titel gibt es sehr viele im Römischen Rechte; denn die Möglichkeit ein Sache zu erwerben, kann daher entstehen, weil ich sie gekauft habe, weil sie mir vermacht, geschenkt, von der Ehefrau zum Heiratsgute gegeben worden ist, weil jemand sie verlassen, oder mir durch einen Tausch übertragen, oder in einem Vergleiche abgetreten, oder, weil der Richter mir sie zugesprochen hat (*L.41. tit.4 sequ. ff. L. 17. ff. de usucap. et usurp.*). Der Regel nach wirkt der Rechtstitel nur ein

persönliches Recht; wer ein dingliches Recht erwerben will, muss einen Titel, und eine Erwerbungsart haben. - [...]

1831 ALLGEMEINES BÜRGERLICHES GESETZBUCH für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (1811) – Commentar über das AbGB von Franz Edlen von ZEILLER (1812)

§. 423.

Sachen, die schon einen Eigenthümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Andern übergehen.

§. 424.

Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder, in der Anordnung des Gesetzes.

§. 425.

Der blosse Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.

1) Der Titel, als eine bloss rechtliche Möglichkeit, zu erwerben, gedacht, gibt noch kein wirkliches Eigenthum; es muss auch ein Act der wirklichen Erlangung vorhanden seyn, eine Erwerbshandlung, Erwerbungsart. Indessen kann sowohl nach der Natur der Sache, als vermöge des Gesetzes eine Handlung zugleich Art und Titel der Erwerbung seyn. Nach dem ausserbürgerlichen Privat-Rechte würde man durch einen Vertrag über eine völlig bestimmte Sache (z.B. das Pferd A) sogleich das Recht, frey darüber zu verfügen, mithin das Eigenthum desselben, erlangen. Nur wenn die Sache unbestimmt (z.B. ein Pferd überhaupt versprochen worden) ist, muss erst die Uebergabe, oder eine nähere Bestimmung, welches Individuum der Versprecher mir überlassen wolle, hinzukommen; und so kann auch der Gesetzgeber bestimmen, dass eine Handlung oder Verfügung zugleich die Art und den Titel der Erwerbung ausmachen soll.

2) Der Paragraph stellt die Regel auf, dass man mittelbar das Eigenthum einer (unbestimmten oder bestimmten) Sache nicht durch blossen Titel, sondern erst durch die hinzukommende Uebergabe und Uebernahme erlange. Wenn z.B. jemand mir sein Haus verkauft, so erlange ich durch den Vertrag als Erwerbstitel nur ein persönliches Recht wider ihn, auf die Uebergabe des Hauses zu dringen; ich bin aber noch nicht Eigenthümer geworden. [...]

Der Grund der Regel ist in der Sicherheit des Eigenthums und bürgerlichen Verkehrs aufzusuchen. [...] Also nicht der blosse Titel, erst die Uebergabe und Uebernahme, oder der Besitz soll das allgemein geltende äussere Merkmal, der entscheidende Charakter, oder die Erwerbungsart des Eigenthumsrechtes seyn.

f) Historische Rechtsschule und Pandektistik

183 m SAVIGNY, Friedrich Carl, von, Pandektenvorlesung 1824/25 (Hgg. Von Horst Hammen, 1993)

Buch II. Dingliche Rechte, Cap. II. Vom Eigenthum

(106) Die wahre Bedingung der Eigenthumsübertragung ist die: die Traditio überträgt nur dann Eigenthum, wenn der Tradens diese Absicht hat./animus domini transferendi

§ 40 Inst de div: rerum. 2,1

Dort ist von justa causa nicht die Rede, wohl aber von animus domini transferendi, und dies ist die justa causa, aber nicht ganz

cf L 9, § 3 de acq rer dominio 41,1. <D.>

Jeder der die Absicht hat Eigenthum zu übertragen, kann dies wollen in Beziehung auf eine schon bestehende Obligation, überhaupt in Beziehung auf ein Rechtsverhältniss, was als Zweck der Traditio zu denken ist, und dies Rechtsverhältniss ist die justa causa.

Justa causa ist der entferntere juristische Zweck, wodurch motivirt wird die Eigenthumsübertragung.

L 31 pr cit [...].

183 mm SAVIGNY, Friedrich Carl, von, System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Bd (1841)

[...] (309) Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. – Dieser Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren, oben dargestellten Begriffs der Willenserklärung. Er unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen, anstatt dass die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Person ausgehen kann. [...]

Es fragt sich nämlich, ob Rechtsverhältnisse aller Art, oder etwa nur eine einzelne Art derselben, Gegenstand des Vertrages seyn können. Von dieser Seite nun müssen wir für den angegebenen Begriff die ausgedehnteste Anwendbarkeit in An(310)spruch nehmen. Es sind also Verträge möglich im Völkerrecht, im Staatsrecht, im Privatrecht: in diesem ferner bey allen Arten der ihm angehörenden Rechtsinstitute. [...]

(312) Die privatrechtlichen Verträge aber sind unter allen die mannigfaltigsten und häufigsten, und sie allein haben die gegenwärtige Betrachtung veranlasst. Hier nun kommt der Vertrag bey allen Arten der Rechtsinstitute vor, und überall als eine der wichtigsten Rechtsformen. So zuerst bey den Obligationen und zwar vor Allem zur Begründung derselben, welche Verträge man vorzugsweise die obligatorischen nennt: eben so aber auch zur Auflösung der Obligationen. – Ferner im Sachenrecht, und zwar gleichfalls in der ausgedehntesten Anwendung. So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; dass diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äussere Handlung, hinzutreten muss, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf. [...] (313) - In diesen häufigen und wichtigen Fällen wird die Vertragsnatur der Handlung meist übersehen, weil man sie nicht gehörig von dem obligatorischen Vertrag unterscheidet, welcher jene Handlung gewöhnlich vorbereitet und begleitet. [...] Man könnte, zur schärferen Unterscheidung alle diese Fälle als dingliche Verträge bezeichnen.

183 n SAVIGNY, Friedrich Carl, von, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band (1853)

(256) Die wahre Bedeutung der *justa causa* ist vielmehr folgende. Man kann eine Tradition vornehmen zu sehr verschiedenen Zwecken: es kann geschehen, indem man eine Sache vermietet, zur Aufbewahrung hingiebt, oder als Pfand, und in diesen Fällen geht gewiss kein Eigenthum (257) über; es kann aber auch geschehen in Folge eines Verkaufs, eines Tausches, oder in den [...] Fällen eines Geschenks oder eines Darlehens, und in allen diesen Fällen geht Eigenthum über. Worin liegt nun der wahre Unterschied zwischen diesen beiden Classen von Fällen? Lediglich darin, dass in den letzten Fällen der bisherige Eigenthümer das Eigenthum übertragen will, in den ersten dagegen nicht will. Daraus folgt, dass die Tradition das Eigenthum überträgt durch den übereinstimmenden Willen beider handelnden Personen, ohne diesen Willen aber nicht.

(259) Hieraus wird nun auch klar, warum das Erfordernis einer *justa causa* nur neben der Tradition erwähnt wird (260), nicht neben der Mancipation. Bei der Tradition wird sie gefordert, weil bei dieser die auf das Eigenthum gerichtete Absicht nicht wörtlich ausgedrückt zu werden pflegt. Bei der Mancipation dagegen war der bestimmteste Ausdruck gerade dieser Absicht ein wesentlicher Theil der Formel. Der neue Erwerber musste sagen: diese Sache ist von jetzt an in meinem Eigenthum indem ich sie für das gegenwärtige Geldstück gekauft habe;

das Geldstück händigte er nun dem bisherigen Eigenthümer ein, womit der symbolische Kauf vollzogen war. Darum wäre hier die Erwähnung der *justa causa*, aus welcher die auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Absicht hätte geschlossen werden können, höchst überflüssig gewesen. [...]

(261) Wenn das Eigenthum auf eine, an sich gültige Weise freiwillig übertragen wird (durch Mancipation, Tradition (u.s.w.)), der vorige Eigenthümer aber zu dieser Uebertragung bestimmt wird durch mangelhafte Beweggründe, insbesondere durch Irrthum, so ist die Uebertragung an sich gültig und wirksam, sie kann aber hinterher angefochten und entkräftet werden durch eine Reihe sorgfältig ausgebildeter Conditionen (*condictio indebiti; sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa*): Zur Ausbildung dieser, (262) praktisch sehr wichtigen, Lehre gehörte es, dass man nicht bei dem Fall der Veräußerung des Eigenthums stehen blieb, sondern auch alle anderen Erweiterungen eines fremden Vermögens, namentlich durch Obligationen, mit aufnahm, und so zu dem abstracten Begriff einer Vermögenszuwendung oder Bereicherung gelangte. [...]

183nn JHERING, Rudolf von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Theil 3/1 (3. Aufl. 1877)

(205) Das juristische Wesen beider Geschäfte (sc. Mancipatio und in iure cessio) lässt sich mit dem Begriff der abstracten Eigenthumsübertragung wiedergeben – einer Eigenthumsübertragung, die von ihrem Causalmoment sich frei gemacht, abstrahiert hat. Das Causalmoment hat eine grosse Aehnlichkeit mit dem Motiv, unterscheidet sich aber wesentlich von demselben. Das Motiv ist etwas für die juristische Charakteristik des Geschäftes völlig Unwesentliches. Ob jemand kauft, weil er die Sache nöthig hat, oder weil er dem Verkäufer einen Verdienst zuwenden will, ob er schenkt aus Eitelkeit oder aus Wohlwollen, ist völlig gleichgültig, der Kaufcontract, die Schenkung als solche ist eine juristisch völlig verständliche Thatsache, welche die Frage nach dem Warum in einem Juristen gar nicht hervorruft. Ganz anders bei der Eigenthumsübertragung. Der Zweck oder Grund, dessentwegen sie erfolgt, ist nicht blosses Motiv, etwas in der subjectiven Innerlichkeit beschlossenes, was jede Parthei für sich behaupten kann, sondern es ist ein Element des Geschäfts selbst, über das beide Partheien einverstanden sind, eine gemeinsame Vor(206)aussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen specifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe u.s.w. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Akts völlig unentbehrliches Merkmal. Wird dieses Moment uns vorenthalten oder richtiger einer separaten Untersuchung überwiesen, so fehlt uns etwas zum vollen Verständnis des Akts; auf die Frage: Warum? Gibt er uns keine Antwort, unser Urtheil über ihn kann daher nur ein einseitiges sein. Eben diese Einseitigkeit ist

aber der Zweck dieser ganzen Manipulation, die Eigenthumsübertragung soll lediglich darnach beurtheilt werden, ob ganz abgesehen von all dem andern, was die Partheien sonst noch wollten, eine Eigenthumsübertragung beabsichtigt war, m.a.W. es soll lediglich der abstracte Eigenthumsübertragungswille ermittelt werden. Jene beiden Akte stellen uns demnach den Eigenthumswillen dar in seiner absoluten Isolierung, seiner auf dem Wege der juristischen Analyse beschafften Reinigung von allem obligatorischen Beiwerk - um dieselbe zu beurtheilen, braucht man Nichts vom Obligationenrecht zu verstehen! – sie sind Vorgänge, die sich ausschliesslich auf dem Gebiete der Eigenthumstheorie bewegen: reine Eigenthumserwerbungsarten [...] (208) Dieser Mechanismus, den das spätere Recht im Wesentlichen auch für die Eigenthumsübertragung durch Tradition beibehalten hat, ist vielleicht einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigenthums.

183 o WINDSCHEID, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band (7. Aufl., 1891)

B. Eigenthumsübertragung durch den Willen des bisherigen Eigenthümers.

§ 171

(508) Der Eigenthümer kann sein Eigenthum einem Andern übertragen entweder durch Willenserklärung unter Lebenden oder durch (509) Willenserklärung von Todeswegen. Hier ist nur von dem ersten Fall zu reden; die Betrachtung des zweiten gehört in das Erbrecht.

Die Willenserklärung unter Lebenden, dass Eigenthum auf einen Andern übergehen solle, reicht als solche nicht aus, um den Uebergang des Eigenthums zu bewirken. Es muss

1) zu ihr hinzu kommen die Erklärung des Willens von Seiten dieses Andern, dass er das ihm übertragene Eigenthum erwerben wolle; mit anderen Worten, der Eigenthumsübergang setzt voraus einen Eigenthumsübertragungsvertrag³. Dieser Vertrag sodann bedarf

2) einer gewissen Form. Diese Form ist die Uebergabe (Tradition) der Sache. Der auf das Geben und Nehmen des Rechts (510) an der Sache gerichtete Wille muss seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache. Auf Grund hiervon (511) wird die Besitzübergabe (Tradition) geradezu als Eigenthumserwerbsart bezeichnet, indem das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechts hinzugedacht wird.

³ [...] Die Tradition ist hier als Form des Vertrags bezeichnet worden. Vgl. EXNER S. 8 fg. A. M. LEIST Civ. Studien III S. 189 fg. Mancipation und Eigenthumstradition S. 230. 231. 265, KARLOWA Rechtsgeschäft S. 217 (vgl. S. 181), ZITELMANN Irrthum S. 273, BRINZ 2. Aufl. I § 150

Note 40, BEKKER Besitz S. 86 fg. Diese Schriftsteller leugnen, dass die Tradition als Form des Eigenthumsübertragungsvertrages bezeichnet werden dürfe. Ich will über den Ausdruck nicht streiten, obgleich ich ihn für zutreffend halte. Das Wesentliche ist, dass erkannt werde, dass die Tradition, d.h. das willentliche Herbeiführen eines thatsächlichen (körperlichen) Verhältnisses, nicht etwas zu dem Eigenthumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Vollendendes, sondern der nothwendige Ausdruck desselben ist. Sie ist der Eigenthumsübertragungsvertrag; auch wenn der Eigenthumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt, und der nicht in der Tradition ausgedrückte Eigenthumsübertragungsvertrag ist ohne alle rechtliche Bedeutung, oder hat höchstens obligatorische Wirkung. Daraus folgt freilich (BEKKER S. 89), dass Handlungsfähigkeit und Veräußerungsfähigkeit des Gebers nicht bloss in dem Augenblick der Uebertragungserklärung, sondern auch in dem Augenblick des Nehmens des Erwerbers vorhanden sein müssen. [...]

g) **Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**

183 oo § 929 BGB (1. Satz).

[Einigung und Übergabe] Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. [...].

183 p MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III: Sachenrecht (1888)

IV. Die Rechtsgeschäfte des Sachenrechtes, insbesondere der dingliche Vertrag.

(6) 1- Aus der selbständigen Stellung, welche das Sachenrecht in dem Systeme des Privatrechtes einnimmt, folgt mit Nothwendigkeit, dass die Gesetzgebung auch die Rechtsgeschäfte, welche den sachenrechtlichen Verkehr vermitteln, unabhängig von den Rechtsgeschäften anderer Theile des Systemes auffassen und gestalten muss. Diese Unabhängigkeit hat überdies eine geschichtliche Grundlage: Bei den Römern zeigte sie sich in der mancipatio und der in jure cessio, später in der traditio, bei den Deutschen vornehmlich in dem Institute der Auflassung. Die gemeinrechtliche Doktrin des vorigen Jahrhunderts und die unter ihrem Einflusse entstandenen Gesetze wichen indessen vom dem richtigen Standpunkte ab, indem sie, wie bereits hervorgehoben wurde, für die Erwerbung der dinglichen Rechte einen besonderen Titel (Erwerbstitel, Rechtstitel, Rechtsgrund) neben der Erwerbungsart (modus acquirendi) als Erforderniss aufstellten. Wäre dieser Weg der richtige, so müsste er dahin führen, dass die Ungültigkeit des Titels die dingliche Rechtsänderung verhinderte, dem Veräußerer daher zur Wiedererlangung des dem Erwerber Zugewendeten die dingliche Klage zustände. In Wirklichkeit jedoch hat man in dem

gesetzten Falle, wenn nur der Wille der Beteiligten auf die Veräußerung und bezw. die Erwerbung gerichtet und gehörig erklärt worden ist, nur eine persönliche Klage (*condictio*) zugelassen, mithin anerkannt, dass die dingliche Wirkung des (7) Geschäftes unabhängig von dem Titel eintritt. Ist aber das Erforderniss des Titels für den rechtsgeschäftlichen Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte bedeutungslos, so muss die Gesetzgebung es fallen lassen, wenn sie nicht Gefahr laufen will, das Wesen der Rechtsverhältnisse zu verdunkeln und dadurch die Sicherheit im Rechtsverkehre zu gefährden.

Die sachenrechtlichen Geschäfte sind demnach in dem Entwurfe lediglich nach ihren eigenen Zwecken geordnet. Der Zweck eines solchen Geschäftes kann sein: Begründung, Belastung, Uebertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes. An den Inhalt des einzelnen Geschäftes ist daher nur die Anforderung zu stellen, dass der auf den Zweck des Geschäftes gerichtete Wille der Beteiligten erklärt wird. Die sachenrechtlichen Geschäfte sind nothwendig abstrakter Natur. Sie unterliegen den die Rechtsgeschäfte regelnden Vorschriften des Allgemeinen Theiles, soweit nicht das Sachenrecht etwas Besonderes festsetzt, den Vorschriften des Obligationenrechtes dagegen nur insoweit, als das Gesetz zu erkennen giebt, dass die Anwendung derselben von ihm gewollt ist. Die hauptsächlichste Besonderheit liegt darin, dass für die meisten dinglichen Rechtsgeschäfte das Prinzip der Formfreiheit nicht gilt, die erforderliche Willenserklärung vielmehr in einer bestimmten Form abgegeben oder doch von einem formalen Elemente begleitet sein muss, um die beabsichtigte sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen. Dieses Element ist für die beweglichen Sachen die Uebergabe (*Tradition*), für die unbeweglichen die Eintragung in das Grundbuch, bezw. die Uebergabe des Hypotheken- oder des Grundschuldbriefes an den Erwerber.

Der dingliche Vertrag.

2. Das wichtigste Rechtsgeschäft ist der Vertrag, und zwar nicht minder für das Sachenrecht als für das Recht der Schuldverhältnisse.

Ein Vertrag ist vor Allem die *Tradition* des gemeinen Rechtes, insonderheit das zur Uebertragung des Eigenthumes erforderliche Rechtsgeschäft. Die Ansicht, dass das Vertragsmoment nicht sowohl in der Uebergabe der Sache als vielmehr in dem derselben regelmässig vorhergehenden obligatorischen Verträge liege, lässt sich auf die missverständliche Auffassung einer *Digesten*stelle (= D 41,1,31 pr. [d. Hrsg.]) zurückführen. Für den Entwurf erledigt sie sich mit der Abweisung der Theorie vom *titulus* und *modus acquirendi*. Zwar ist auch die Meinung vertreten, dass die in der *Tradition* sich vollziehenden Willenserklärungen des Veräußerers und des Erwerbers von einander unabhängig und folglich als einseitige Erklärungen anzusehen sein. Allein der natürlichen Betrachtung des Verhältnisses entspricht dies nicht. Wer seine Sache einem Anderen in der Absicht der Eigenthumsübertragung übergiebt, thut es nur, weil und sofern der

Andere das Eigenthum erwerben will, und dieser wieder eignet sich die Sache nur an, weil und sofern jener den Uebertragungswillen hat. Es bekundet sich also in der Tradition nicht bloß eine äusserliche Uebereinstimmung des Willens beider in der Richtung auf den nämlichen rechtlichen Erfolg, sondern eine wirkliche Willenseinigung über denselben. In der Rechtswissenschaft wird denn auch die Vertragsnatur der Tradition nur noch vereinzelt bestritten. Wenn in der Praxis die richtige Erkenntniss noch nicht überall zum Durchbruche gelangt (8) ist, so wird man die Erklärung hierfür vornehmlich darin suchen müssen, dass die Gesetzgebungen bisher gezögert haben, das in der Uebergabe sich vollziehende Rechtsgeschäft als Vertrag zu bezeichnen. Der Entwurf lässt in dieser Hinsicht keinen Zweifel über den Standpunkt, welchen er einnimmt. Indem er ausdrücklich ausspricht, dass jenes Geschäft ein Vertrag ist, beugt er weiteren Unklarheiten und irrigem Auffassungen vor. Daneben ergiebt sich der Vortheil, dass den Vertragsvorschriften des Allgemeinen Theiles die Anwendung auf die Veräußerung gesichert, hierdurch aber eine nicht zu unterschätzende Knappheit in den aufzustellenden Bestimmungen ermöglicht wird.

Dass das, was hier von der Vertragsnatur der Eigenthumsübertragung gesagt ist, auch von den übrigen durch Tradition sich vollziehenden Rechtsgeschäften gelten muss, wird einer allgemeinen Rechtfertigung nicht bedürfen. Ein dinglicher Vertrag ist aus den angeführten Gründen in allen Fällen erforderlich, in welchen Jemand mittels Rechtsgeschäftes eine Sache oder ein Recht an einer solchen von einem Anderen erwerben soll, also namentlich auch dann, wenn die Erwerbung nicht davon abhängt, dass der Besitz oder die Inhabung der Sache dem Erwerber eingeräumt und von demselben ergriffen wird, d. i. nach den Vorschriften des Entwurfes in denjenigen Fällen, in welchen ein Grundstück den Gegenstand des Geschäftes bildet, bezw. die Eintragung in das Grundbuch das die Rechtsänderung vollendende formelle Moment ist.

Dass der dingliche Vertrag ein verschiedenes Gepräge annimmt, je nachdem zur Erreichung seines Zweckes die Eintragung oder die Tradition erforderlich ist, wird sich aus der Begründung der vorgeschlagenen Bestimmungen ergeben. Hier ist nur auf die gemeinsamen Grundsätze aufmerksam zu machen, welchen die verschiedenen Fälle unterliegen. Diese Grundsätze sind nach den bisherigen Erörterungen, kurz zusammengefasst, folgende:

Grundsätze des dinglichen Vertrages.

- a) Für den dinglichen Vertrag gelten die Normen des allgemeinen Theiles über Rechtsgeschäfte, insonderheit diejenigen über den Vertrag, sofern nicht ihre Unanwendbarkeit aus den Vorschriften des Sachenrechtes sich ergiebt.
- b) Der dingliche Vertrag ist seinem Begriffe nach ein abstraktes Geschäft.

c) Er bezweckt nicht, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen, sondern ein Recht an der Sache zu begründen oder ein begründetes Recht zu ändern, zu belasten oder zu übertragen. Zur Aufhebung eines Rechtes bedarf es in der Regel keines Vertrages.

(9) d) Der Zweck des Geschäftes bringt es mit sich, dass dasselbe gültig nur errichtet werden kann, wenn demjenigen, welcher über die Sache oder das Recht zu Gunsten des anderen Vertragschliessenden verfügt, die Sache gehört oder das Recht zusteht. Diese Regel erleidet indessen aus Rücksicht auf das praktische Bedürfniss verschiedene Ausnahmen.

e) Das Verhältniss des dinglichen Vertrages zu dem obligatorischen Geschäft ist das der Leistung zu dem rechtlichen Motive derselben. Der Vertrag besteht, wenn auch das Motiv fehlt oder wegfällt. Der Verletzte kann die Leistung nur kondiziren.

(336) Die Uebergabe als Form des Vertrages.

7. Ob der konsensuale Besitzwechsel als eine durch das Gesetz vorgeschriebene besondere Form des Rechtsgeschäftes (§ 91) anzusehen sei, wird im Entwurfe nicht entschieden und ist eine theoretische, der Erörterung in der Wissenschaft zu überlassende Frage. Die Uebergabe wird als ein nothwendig präsent Moment des dinglichen Vertrages und nicht etwa als eine Bedingung der Wirksamkeit desselben bestimmt, welche sich auch nachträglich erfüllen kann. Vor der Uebergabe liegt deshalb ein bindender dinglicher Vertrag nicht vor. Wenn auch die Uebergabe in vielen Beziehungen der Eintragung in das Grundbuch zu vergleichen ist, so beruht doch das Stadium der Bindung, welches nach § 828 der Eintragung vorausgeht, darauf, dass die Parteien die Eintragung nicht selbst unmittelbar bewirken können, ihre Thätigkeit vielmehr mit der Annehmung des Grundbuchamtes sich abschliesst, während die Bewirkung der Uebergabe Sache der Betheiligten bleibt.

183 pp PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III: Sachenrecht (1899)

(195) Im Uebrigen betrachtete man die Abweichungen der Anträge vom Entw. und unter einander als wesentlich redaktionell. [...] Um der Red.Komm. die Feststellung der Fassung des § 874 (= § 929 BGB) zu erleichtern, wurde schliesslich über einige Punkte ein Beschluss der Komm. herbeigeführt [...], in dem § 874 (196) nicht hervorzuheben, dass zum Uebergange des Eigenthums neben dem obligatorischen Rechtsgeschäft und der Uebergabe der Sache ein besonderer (dinglicher) Vertrag nothwendig sei. Eine gegentheilige Meinung wurde nicht vertreten. Man erachtet es ferner für zweckmässig, dass nicht von einem Rechtsgeschäfte zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber sondern zwischen dem Eigenthümer und dem Erwerber gesprochen werde. Prinzipiell handele es sich um die Uebertragung eines bei dem Veräusserer bereits bestehenden Eigenthums auf den Erwerber. [...]

Einverständnis bestand darüber, dass eine Willenseinigung zwischen dem Eigenthümer und dem Erwerber über den Uebergang des Eigenthums erfordert werden müsse, dass dagegen diese Willenseinigung nicht nothwendig ausdrücklich zu erklären sei, dass namentlich eine solche Erklärung nicht nothwendig bei der Uebergabe abgegeben zu werden brauche. Anlangend endlich das Verhältnis der Uebergabe zu der Willenseinigung, so beschloss man zum Ausdruck zu bringen, dass die Uebergabe zu der Vereinbarung hinzukommen müsse; die Uebergabe stelle nicht die Form dar, in welcher die Vereinbarung zu Tage trete, sondern sie sei ein selbständiges Erfordernis für den Eigenthumsübergang.

Im Uebrigen glaubt man, die Entscheidung in Betreff der Fassung der Red. Komm. überlassen zu sollen.

183 q GIERKE, Otto, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht (veränderte Aufl., 1889)

(335) Im dritten Titel wird der „Erwerb des Eigentumes an beweglichen Sachen“ geregelt.

Die „Übertragung durch Rechtsgeschäft“ erfordert bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen einen abstrakten dinglichen Vertrag, „welcher die Willenserklärung der Vertragschliessenden enthält, dass das Eigentum auf den Erwerber übergeben soll“. Dieser Vertrag ist im Gegensatze zur Auflassung an sich formlos, bedarf jedoch zu seiner Wirksamkeit einer ihn versinnlichenden „Übergabe“, die indes durch „Einräumung der Inhabung und Ergreifung des Besitzes“ ersetzt werden kann (vgl. oben S. 33-34) und ohne Ersatz wegfällt, „wenn der Erwerber sich bei Schliessung des Vertrages bereits im Besitze der Sache befindet“ (§ 874) [...] Im (336) allgemeinen sind wir damit einverstanden, dass der Entwurf nicht das französischrechtliche System der Eigentumsübertragung durch blossen Vertrag, sondern das im übrigen Deutschland geltende „Traditionssystem“ aufnehmen will. Hätte er demselben nur eine natürlichere und den deutschen Rechtsanschauungen minder widersprechende Gestalt verliehen! Die verzwickte Form dieser Vorschriften haben wir schon gerügt. Auch inhaltlich aber ist es doch eine doktrinäre Vergewaltigung des Lebens, wenn der Entwurf durch lehrbuchartige Sätze uns zwingt, die einfachste Veräußerung einer beweglichen Sache in mindestens drei voneinander rechtlich ganz unabhängige juristische Vorgänge zu zerlegen. Wer in einen Laden geht und ein Paar Handschuhe kauft, die er sofort bezahlt und mitnimmt, muss fortan sich stets vor Augen halten, dass dreierlei geschehen ist: 1. es ist ein obligationenrechtlicher Vertrag geschlossen und das aus ihm entstandene Schuldverhältnis durch Erfüllung getilgt; 2. es ist ein von diesem Rechtsgrunde völlig losgelöster dinglicher Vertrag hinsichtlich der Übertragung des Eigentums geschlossen; 3. es ist ausser diesen zwei Rechtsgeschäften eine Übergabe vorgenommen, die „zwar eine

Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft“ ist. Sind das nicht bare Fiktionen? Indem nun aber zwei gegeneinander selbständige Verträge erdichtet werden, wo es sich in Wahrheit nur um zwei verschiedene Betrachtungsformen eines einheitlichen Rechtsgeschäftes handelt, wird nicht nur der wirkliche Hergang auf den Kopf gestellt, sondern auch das materielle Recht durch Überspannung eines formalen Gedankens geschädigt. Es fehlt nur, dass in Fällen, in denen sowohl der Kaufvertrag als der Vollzug der Übergabe beurkundet ist, der Stempelfiskus einen doppelten Vertragsstempel erhebt! Und nicht minder nachteilig wirkt die Isolierung der „Übergabe“ als eines aus dem rechtsgeschäftlichen Zusammenhange herausgerissenen und lediglich an sich selbst zu messenden Aktes. Denn indem nun die oben schon besprochenen verkünstelten und engherzigen Bestimmungen über „konsensualen Besitzwechsel“ zur Anwendung gelangen, artet das Traditionssystem in ein Gewebe scholastischer Rechtssätze aus, die bald zur Verkehrsfessel und bald zum Fallstrick werden.

183 r GIERKE, Otto, Deutsches Privatrecht, 2. Bd.: Sachenrecht (1905)

(546) Das B.G.B. fordert zur Übertragung des Fahrniseigentums grundsätzlich Willenseinigung und Übergabe, kennt aber Ersatzmittel für die Übergabe, bei denen zum Teil ein Besitzwechsel überhaupt nicht stattzufinden braucht.

II. Willenseinigung. Unerlässlich für die Übertragung des Eigentums ist eine auf den Übergang des Eigentums gerichtete Willenseinigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber. Diese Willenseinigung ist ein Vertrag und unterliegt daher den allgemeinen Vorschriften über Verträge. An eine Form ist sie nicht gebunden, kann daher auch stillschweigend zustande kommen.

Inhaltlich ist die Willenseinigung ein dinglicher Vertrag, der von dem obligationenrechtlichen Veräußerungsvertrage begrifflich gelöst und juristisch unabhängig ist. Der Übereignungsvertrag ist daher an sich abstrakt; die nackte Übereinstimmung über den Eigentumswechsel genügt zur Herbeiführung des sachenrechtlichen Erfolges, mag auch ein Rechtsgrund fehlen oder der vorausgesetzte Rechtsgrund hinfällig sein oder von jedem Teil ein anderer Rechtsgrund angenommen werden. Allein da der Fahrnisübereignungs(547)vertrag im Gegensatz zur Auflassung Bedingungen verträgt, ist er nicht notwendig abstrakt, kann vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend von der Gültigkeit oder der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts abhängig gemacht werden.

III. Übergabe. Die Willenseinigung bedarf regelmässig, um den Eigentumsübergang zustande zu bringen, der Ergänzung durch Übergabe der Sache. Erforderlich ist hierfür ein Realakt, durch den Eigenbesitz vom Veräußerer auf den Erwerber übertragen wird. Ein besonderer zweiter Vertragsschluss ist in der leiblichen Übergabe nicht enthalten.

183 s TUHR, Andreas, von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte (1914)

(149) Es gibt Rechtsgeschäfte, zu deren Tatbestand ausser der zum Wesen des Rechtsgeschäfts unentbehrlichen Willenserklärung ein realer Vorgang gehört: Verschiebung des Besitzes, des Eigentums oder des Vermögensstandes. Man kann solche Geschäfte Realgeschäfte nennen. Dazu gehört vor allem die Übertragung des Eigentums, § 929¹⁾, und die Bestellung dinglicher Rechte an Mobilien; erforderlich ist ausser der Einigung die Übergabe der Sache oder sonstige Verschaffung des Besitzes.

¹⁾ Entspricht dem Art. 714 Abs. 1 ZGB (D. Hg.)

D. Die Entwicklung im schweizerischen Recht

183 t PRIVATRECHTLICHES GESETZBUCH FÜR DEN KANTON ZÜRICH. - Drittes Buch: Sachenrecht (1854) – Mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redaktor des Gesetzes

§ 646.

Das Eigentum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des Besitzes in Folge eines auf Uebergang des Eigenthums gerichteten Rechtsgeschäftes, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung.

Die Besitzesübergabe (*traditio*) ist nach römischem und deutschem Recht die regelmässige Form für die Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen, und sie ist auch die naturgemässe Form, weil der Verkehr mit beweglichen Sachen nicht wie der mit Grundstücken der stäten Kontrolle der öffentlichen Bücher sich fügt und das Eigentum an jenen sich näher als bei diesen an den Besitz anschliesst und in diesem sich bewährt. Vergl. BLUNTSCHLI deutsches Privatr. § 70,2. Dabei wird aber vorausgesetzt, dass der Uebertragende selbst Eigentum habe und übertragen wolle, und ebenso, dass der Empfänger das Eigentum erwerben wolle.

§ 647.

Der Vertrag für sich allein bewirkt keinen Uebergang des Eigenthums. Vielmehr muss die Uebergabe und Uebernahme des Besitzes hinzukommen.

Vergl. preuss. Landr. I. 10, § 1; österr. G. § 424. Anders das französische Recht, das aber in diesem Punkt auf einen Irrweg gerathen ist. (..)

183 tt BGer vom 3. Juli 1903 i. S. Scheiz C. Genossenschaft Panoptikum [in ZBJV 39 (1903) S. 734]

Das Eigentumsübertragungsgeschäft, der Traditionsvertrag, stellt sich dem Grund- oder Veräußerungsgeschäft, der causa der Eigentumsübertragung, als selbständiges Rechtsgeschäft, als Erfüllungsgeschäft zur Seite; sind dessen Voraussetzungen: der Wille, das Eigentum zu übertragen, bezw. zu erwerben, Handlungs-, spez. Übertragungs- und Erwerbsfähigkeit der Vertragsparteien, Möglichkeit und Zulässigkeit der Tradition, tatsächlich erfolgte Tradition - gegeben, so geht das Eigentum auch wirksam über ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des obligatorischen Veräußerungsgeschäftes. Ein Irrtum über die Gültigkeit des letztern bildet nur einen Irrtum im Beweggrund und kann, den Fall des Betrug (wobei der Übertragungswille selbst affiziert wird) ausgenommen, nicht zur Ungültigerklärung des Übertragungsgeschäftes führen. Dem Übertragenden steht daher nur die Kondiktionsklage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu.

183 u aOR (1883) – Erläuterungen von H. HAFNER (2. Aufl. 1905)

Art. 199

Soll infolge eines Vertrages¹⁾ Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe⁴⁾ erforderlich.

¹⁾ Durch welchen die eine Vertragspartei sich zur Abtretung des Eigentums einer Sache an die andere verpflichtet, wie Kauf (Art. 229), Tausch (Art. 272), Darlehen (Art. 329), Gesellschaft (Art. 526, 528, 555, 594). Die Besitzübergabe ist das Erfüllungsgeschäft, durch welches auf Grund eines vorangegangenen Vertrages das Eigentumsrecht dem Andern wirklich übertragen wird. Der Vertrag braucht der Besitzübergabe nicht notwendig voranzugehen, sondern kann mit derselben zusammenfallen, z.B. beim Barkauf. --

⁴⁾ [...] Wie bei der Cession zwischen Grundgeschäft und Cessionsakt unterschieden werden muss (Art. 184 N. 1), so ist bei der Übertragung beweglicher Sachen zu Eigentum zwischen dem Rechtsgrund derselben, dem obligatorischen Veräußerungsvertrag (s. oben N. 1), welcher der Besitzübergabe zu Grunde liegt, und dem Veräußerungs- oder Traditions-Akt als dinglichen Vertrag zu unterscheiden. Zur Gültigkeit des Veräußerungsaktes, der Tradition, und daher zum Eigentumsübergang ist die Gültigkeit des oblig. Veräußerungsvertrages nicht erforderlich; sondern die Erfordernisse des Eigentumsübergangs sind: a) die persönliche Fähigkeit beider Parteien zur Übertragung bezw. Erwerbung von Besitz und Eigentum, vgl. Art. 29 f.; -- b) Willensübereinstimmung der Parteien, resp. bei willens- oder handlungsunfähigen Parteien ihrer gesetzlichen Vertreter (Art. 1, 32, 38), Eigentum an der betr. Sache zu übertragen und zu übernehmen, B. E. XV. 54. Erw. 5. Dieser Wille ergibt sich aus dem der Tradition zu Grunde liegenden obligat. Veräußerungsvertrag, welcher namentlich auch über Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit der

Eigentumsübertragung Aufschluss gibt und die oblig. Beziehungen zwischen den Parteien regelt. Ein wesentlicher Irrtum, welcher den Übertragungs- und Erwerbwillen betrifft, hat die gewöhnlichen Wirkungen, Art. 18 ff.; --. [...] Ist bloss der oblig. Veräußerungsvertrag ungültig, z. B. wegen wesentlichen Irrtums, mangelnder Form (bei Schenkungen), der Veräußerer übergibt aber die Sache, in der Meinung, der Vertrag sei gültig und daher eine Pflicht zur Leistung vorhanden, so geht Eigentum doch über und hat der Übergeber nur eine persönliche Klage, die *condictio indebiti* (Art. 72) gegen den Empfänger und dessen Erben auf Rückgabe bezw. Herausgabe der Bereicherung (Art. 73). [...]

183 uu STENBULL XVI (1906) NR, p. 1014: HUBER, deutscher Berichterstatter der Kommission:

Die Wirkung des Besitzes wird mit der Inhabung verbunden, so dass auf Grund der tatsächlichen Gewalt über die Sache ohne Rücksicht auf das Recht, das sich mit dieser Gewalt verbindet, und ohne Rücksicht auf die Willensrichtung, die der Besitzer in seinem Besitz überhaupt betätigt, ein rechtlich-relevantes Verhältnis anerkannt ist. In Art. 960 ff. <= Art 714 ff ZGB> wird die Uebertragung des Besitzes geordnet, und zwar im wesentlichen übereinstimmend mit dem, was bereits im Obligationenrecht Art. 199 ff. gesagt ist.

183 v HUBER, Eugen, Zum schweizerischen Sachenrecht (1914)

[...] (120) Veräußerung und Erwerb des Fahrniseigentums geschieht unter den Parteien selbst und nur unter ihnen, ohne jede amtliche Mitwirkung. Hier treten die beiden Momente, das obligatorische Veräußerungsgeschäft und die dingliche Übereignung, klar getrennt uns entgegen, und wir haben neben der rein persönlichen Bindung im ersteren den dinglichen Vertrag in der letzteren. Erstere ist regelmässig konkret, letzterer notwendig abstrakt, notwendig, weil das obligatorische Geschäft nur das Motiv bildet, aus dem heraus die abstrakte Übertragung durchgeführt wird.

183 w OFTINGER, Karl, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis (1933)

§ 4 Die übrigen juristischen Tatsachen der Eigentumsübertragung.

B. Der dingliche Vertrag.

a. Allgemeine Grundsätze.

(56) Wird der Besitz an einer Sache tradiert, so haben wir nichts anderes als einen tatsächlichen Vorgang vor uns, der durchaus noch der rechtlichen Deutung bedarf. Es steht (57) bloss eines fest, dass die körperliche Herrschaft von jetzt an jemand anderem zustehe, nicht aber, welche rechtliche Bedeutung sie haben solle. Denn Besitz kann tradiert werden bei Anlass einer Miete oder Hinterlegung oder Pfandbestellung

usw. Soll die Tradition den Sinn der Perfektion eines obligatorischen Vertrages auf Verschaffung von *Eigentum* haben, so muss das ausdrücklich festgestellt werden. Wer darüber einzig etwas aussagen kann, sind die Parteien; da ihre Willensäußerungen sich decken müssen, liegen wiederum die Elemente eines Vertrages vor. Der Veräusserer hat den *animus transferendi dominii* und der Erwerber den *animus accipiendi dominii*. Beider Konsens stellt den *dinglichen Vertrag* vor. Diese Willenseinigung fällt häufig mit dem tatsächlichen Vorgang der Tradition zusammen, kann ihm aber auch zeitlich vorangehen. [...]

(60) Der *Abschluss* des dinglichen Vertrages ist stets *als stillschweigend* erfolgt zu vermuten; es darf nicht vergessen werden, dass es sich hier um Juristenrecht handelt, um eine Konstruktion, die dem Laien durchaus nicht verständlich ist. Wenn die Hingabe und die Annahme der Sache anstandslos (61) erfolgt ist, so muss der dingliche Vertrag als zustande gekommen betrachtet werden. In der Tat spricht auch das ZGB nirgends davon, zum Unterschied vom BGB, das ihn in seinem § 929 ausdrücklich erwähnt. Die logische Notwendigkeit des dinglichen Vertrages lässt sich indessen auch für unser Recht begründen.

Auf den dinglichen Vertrag sind die allgemeinen Regeln des OR, soweit sie der Natur der Sache angepasst sind, anzuwenden, so die Vorschriften über die Entstehung und die Stellvertretung. [...]

183 x SIMONIUS, August, „Lex facit regem“ (Basel 1933)

Bekanntlich hat unser Z.G.B. die Frage offen gelassen, ob die Tradition von Mobilien kausal sei oder abstrakt. Es blieb hier deshalb Raum für ergänzendes, ungeschriebenes Recht. Während längerer Zeit hat das Bundesgericht, gestützt vor allem auf die Autorität Eugen Hubers, Abstraktheit der Tradition angenommen. In den letzten Jahren haben jedoch mit wenigen Ausnahmen alle schweizerischen Schriftsteller die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Wohl mit Recht: denn die Tradition ist ein Rechtsgeschäft, dessen Wirkung in erster Linie vom Willen der Vertragschliessenden abhängig sein muss. Die Abstraktheit führt aber zu Ergebnissen, die über diesen Willen hinausgehen. Dazu bedarf es einer besondern Rechtfertigung. Die historische Rechtsschule erblickte sie im Schutze des Dritterwerbers; deshalb wurde die Lehre von der abstrakten Tradition damals ausgebaut. Seitdem aber der allgemeine Gutgläubensschutz eingeführt ist, entbehrt die Abstraktheit der Tradition jeder Rechtfertigung. Ein Urteil des Bundesgerichts im Jahre 1929 brachte dann eine Aenderung der Praxis, indem es die Abhängigkeit der Tradition vom Kausalgeschäft anerkannte. Nach dieser Entscheidung wird man die Kausalität als bei uns geltendes Recht ansehen dürfen; denn es ist gegenwärtig mit grosser Sicherheit zu erwarten, dass sich die Rechtsprechung diesem Urteil allgemein anschliessen wird, da es mit den Anschauungen der Wissenschaft sowohl wie mit dem Volksempfinden übereinstimmt.

183 y ZK - WIELAND Art. 713/714 ZGB (1909)

N 3. Weitere Erfordernisse des Eigentumserwerbs. Rechtsgrund, guter Glaube, Veräusserungsverbote. Damit das Eigentum übergehe, müssen zum Besitzerwerb noch folgende Erfordernisse hinzutreten:

a) Die Besitzübergabe muss mit dem Willen der Eigentumsübertragung erfolgen (dinglicher Vertrag). Der Wille, Eigentum zu übertragen und zu empfangen, erhellt zumeist aus dem der Eigentumsübertragung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, Kauf etc.. BE. 13 R. 39; 20 R. 93; 25₂ S. 838 Erw. 3; 28₂ S. 76.

b) Rechtsgrund. Der Rechtsgrund (Erwerbsgrund, Titel), d. h. das auf Eigentumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäft, Kauf, Tausch etc., muss rechtswirksam sein. Art. 974 Abs. 2. Auf einem anderen Boden steht das deutsche BGB. Darnach genügt Wirksamkeit des sog. abstrakten dinglichen Vertrages, d. h. es genügt, dass der Wille, Eigentum zu übertragen, von einem geschäftsfähigen Veräusserer und unter Beobachtung der für Rechtsgeschäfte überhaupt aufgestellten Erfordernisse erklärt worden ist. Auf die Wirksamkeit des zu Grunde liegenden obligatorischen Uebertragungsgeschäftes kommt nichts an. BGB. § 929, dazu PLANCK Bem. 3. Dieser Auffassung hat sich das Bundesgericht für den Eigentumserwerb an Mobilien gemäss OR. Art. 199 angeschlossen, unter Berufung auf deutsche Autoren, insbes. DERNBURG. S. Blätter f. Zürch. Rechtspr. II 322; Z. bern. Jurv. 39, 734; HAFNER, OR. Art. 199 Anm. 4; hiergegen mit Recht ROSSEL S. 289; ESCHER, Beiträge zur Kenntn. d. zürch. Grundpfandrechtes S. 30 ff.; SCHNEIDER, Zürch. PG. Bem. zu § 118; WIELAND, Z. schweiz. R. N. F. 21 S. 342 ff. Das ZGB. hat mit Art. 974 Abs. 2 („Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist“) die Frage allseitig entschieden. Allerdings spricht Art. 974 nur von der Bedeutung des Rechtsgrundes für den Erwerb von Grundstücken, während für Fahrnis hierüber nichts bestimmt ist. Im Zweifel müssen indes die für Grundstücke geltenden Vorschriften auch auf Fahrnis zur Anwendung gebracht werden, insbesondere was die vorliegende Frage anbetrifft; denn die Trennung zwischen Rechtsgrund und dinglichem Vertrag liesse sich bei Uebertragung von Grundstücken vermöge der solennen Formen der Beurkundung und der Buchung noch eher durchführen als bei Fahrnis. S. die zutreffenden Ausführungen von STROHAL a.a.O. S. 341, 392. Gegen die Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag sprechen noch folgende Erwägungen: Zunächst die geschichtliche Entwicklung. Die Lehre vom dinglichen Vertrag ist unseren schweizerischen Rechten ebenso wie dem altgermanischen und dem französischen Rechte fremd. Vielmehr bewirkt Unwirksamkeit der *causa* Unwirksamkeit des Eigentumserwerbes. S. die Nachweise bei STROHAL S. 428, Code civil Art. 1304, CROME, Franz. Zivilrecht I S. 346. Der abstrakte dingliche Vertrag ist gemeinrechtlichen Ursprungs. Hier erklärt er sich durch die unbeschränkte

Vindikationsbefugnis, ein Grund, der mit dem in unserem Rechte anerkannten Schutze des gutgläubigen Erwerbers weggefallen ist. S. STROHAL S. 336 ff. Sie ist ferner erkünstelt und tut dem Parteiwillen Zwang an. Niemand überträgt Eigentum um seiner selbst willen, sondern um eines bestimmten Zweckes willen, um zu verkaufen, zu vertauschen etc.. Eine verständige Rechtsordnung wird den Eigentumsübergang nur schützen, wenn jener Zweck erreicht, d. h. das Grundgeschäft in Ordnung ist. Auch einsichtige deutsche Schriftsteller anerkennen diese wirtschaftliche und rechtliche Abhängigkeit von Eigentumsübergang und Rechtsgrund, indem sie lehren, häufig sei die Abhängigkeit des dinglichen Erfolges vom Rechtsgrund ausdrücklich oder stillschweigend (!) bedingt. DERNBURG S. 338, COSACK S. 119. Endlich kompliziert die deutsche Auffassung die Sache, statt sie zu vereinfachen. Wenn z. B. der Veräußerer durch Betrug, Drohung etc. zur Uebergabe veranlasst worden ist, so ist schwer zu bestimmen, ob dies auf den dinglichen Vertrag Einfluss hat oder nicht. [...]

183 z SIMONIUS, August, in ZK - HAAB/SCHERRER/SIMONIUS/ZOBL, Art. 714 ZGB N 41

Andererseits ist der echte, aus dem Kausalverhältnis abzuleitende consensus de dominio transferendo bei Grundstücken selbstverständlich ebenso notwendig wie bei Fahrnis. Allerdings vollzieht sich die Verfügung über das Eigentum nicht durch ein Rechtsgeschäft, das von dem die Verpflichtung begründenden Vertrag vollkommen getrennt ist. Der Kausalvertrag schafft die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung oder stellt sonst ihre Voraussetzungen fest, er bereitet aber gleichzeitig die Verfügung über das Eigentum vor, die durch Besitzübergabe vollendet wird; [...].

184 BGE 43 II 619 ff (1917)

E. 2. – In der Sache selbst ist die Klage, im Gegensatz zur Vorinstanz, schon deshalb abzuweisen, weil der Kläger gar nicht mehr Eigentümer der von ihm herausverlangten Uhrenschalen ist, sondern das Eigentum daran Schcupak übertragen hat. Was zunächst den Willen des Klägers und des Schcupak anbelangt, Eigentum zu übertragen und zu empfangen, so erhellt er deutlich aus dem der Eigentumsübertragung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft. Darnach hatte der Kläger für Schcupak Uhrenschalen anzufertigen und sie nachher der Beklagten zu übergeben, welche die dazu gehörigen Werke und Gläser liefern sollte; es handelte sich dabei also um ein auf Eigentumsübertragung gehendes Geschäft, das seiner Natur nach einzig durch definitive Aushändigung der Ware an die Beklagte als Erfüllungsadresse des Erwerbers und nicht durch Übergabe zu blosser temporärer Verwahrung erfüllt werden konnte. Wenn daher auch der Kläger die Uhrenschalen ohne irgendwelche weitere Erklärung an die Beklagte abgeliefert hätte, so wäre sein Wille, dem Schcupak dadurch das Eigentum an den Gehäusen zu verschaffen, zur Genüge schon aus dem vom Kläger mit Schcupak abgeschlossenen Vertrag

hervorgegangen; denn dass sich der Kläger etwa das Eigentum daran in rechtsgültiger Form vorbehalten hätte, behauptet er selber nicht. Der Kläger hat nun aber bei der Übergabe der Schalen an die Beklagte sogar ausdrücklich erklärt, dass die Ablieferung aus Weisung und für den Schcupak erfolge. Dadurch hat er mit aller wünschenswerten Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass er die Ware weder zur Aufbewahrung für ihn, noch in dem Sinne an die Beklagte abliefern wollte, dass diese sie nach Erstellung der Werke und Gläser wieder an ihn zurücksenden sollte, sondern dass die Beklagte die Schalen für Schcupak entgegen zu nehmen und sie daher dem Kläger auch nicht mehr zurückzugeben hatte. [...]

E. 3. – Es ist aber auch das zweite Erfordernis des Eigentumsüberganges, der Besitz des Schcupak, gegeben. Da die Beklagte die Gehäuse nicht entgegennahm, um sie als Eigentümerin zu behalten, sondern sie kraft des zwischen ihr und Schcupak bestehenden Rechtsverhältnisses dem Schcupak herauszugeben hatte, erwarb sie den Besitz an den Uhrenschalen nur als Stellvertreterin des Schcupak, der selber mittelbarer Besitzer wurde. [...]

E. 4. – Steht somit nicht nur der Traditionswille des Klägers bei Übergabe der Schalen an die Beklagte, sondern auch der Besitz des Schcupak fest, so ist der Kläger nicht mehr Eigentümer der Schalen. Er kann sie daher auch nicht mehr von der Beklagten herausverlangen, so dass die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen ist.

184 a BGE 55 II 302

Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen setzt voraus: 1. (gleichzeitiges) Einigsein der Kontrahenten über den Eigentumsübergang (Erw. 1), 2. ein gültiges Rechtsgrundgeschäft (Erw.2).

(305) 1. – [...] Somit war weder im massgebenden Zeitpunkt, noch je vorher der übereinstimmende gegenseitige Wille der Kontrahenten auf Eigentumsübertragung an den Warenvorräten vorhanden, und infolgedessen hat, ungeachtet der Übertragung des Besitzes, die Übertragung des Eigentums überhaupt nie stattgefunden. [...] (306)

2. – Allein selbst wenn die Kontrahenten im massgebenden Zeitpunkt über den Eigentumsübergang einig gewesen wären, so könnte doch wegen des Fehlens eines gültigen Rechtsgrundgeschäftes dem Kläger nicht zugestanden werden, dass er Eigentümer der streitigen Sachen geworden sei. Freilich hat sich das Bundesgericht unter der Herrschaft des aOR im Anschluss an das Gemeine Recht gegen die Abhängigkeit der Gültigkeit der Übertragung des Eigentums an Mobilien von der Gültigkeit des Kausalgeschäftes ausgesprochen (vgl. namentlich Urteil vom 3. Juni 1903, abgedruckt in den Blättern für zürcherische Rechtsprechung 2 S. 321 und der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 39 S. 734, sowie BGE 34 II S. 812). Nachdem nun aber das ZGB durch Art. 974 die Frage für Grundstücke positiv anders geordnet, dagegen für bewegliche Sachen neuerdings offen gelassen hat, drängt sich eine neue Prüfung auf, und diese muss zur Aufgabe der früheren Rechtsprechung führen. Grundlage der früheren Rechtsprechung war ein Dogma des Gemeinen Rechts, das sich zwar in seiner Allgemeinheit nicht auf eindeutige Quellen zu stützen vermochte [...]. (307) Indessen konnte an dem ursprünglich (in den Motiven zum BGB) ausgesprochenen Satz, der dingliche Vertrag sei notwendig, dem Begriffe

nach abstrakt, nicht festgehalten werden. [...] Vielfach wird denn überhaupt die Abstraktion des dinglichen Geschäftes von der Kausalvereinbarung als eine künstliche Konstruktion bezeichnet (OSTERTAG, Note 7 zu Art. 922 ZGB; KRIEGSMANN, a. a. O. S. 111; HEDEMANN im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von STIER-SOMLO und ELSTER II S. 170; «verschrobene Denkweise»). [...] Nichts zwingt dazu, ihr auf das schweizerische Mobiliarsachenrecht noch einen Einfluss zuzugestehen, zumal nachdem das Immobiliarsachenrecht sich ihr (308) entzogen hat. [...] Lässt sich aber im Liegenschaftsrecht die abstrakte Natur jener einseitigen dinglichen Verfügung verneinen, wie es eben durch Art. 974 ZGB geschehen ist, so ist dies bei beweglichen Sachen für den dinglichen Vertrag nicht weniger möglich. [...] Endlich wird die Annahme der Konstruktion von der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages über bewegliche Sachen auch nicht durch dringende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs gefordert, ganz abgesehen davon, dass bezweifelt werden kann, ob sie sich nicht gerade überall dort als unbefriedigend erweise, wo sie überhaupt praktisch wird (STROHAL, Gültigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung S. 7) [...].

184 aa BGE 64 III 191 ff., 189

Le Tribunal fédéral a en effet jugé, contrairement à la jurisprudence ancienne, que la tradition était un acte causal, c'est-à-dire que le contrat d'aliénation dépendait du contrat générateur d'obligations (RO 55 II 306).

(Übersetzungsvorschlag: Das Bundesgericht hat in der Tat im Gegensatz zur früheren Rechtslehre entschieden, dass die Tradition ein kausaler Rechtsakt sei, will sagen, dass (die Wirksamkeit) des Verfügungsvertrages (*le contrat d'aliénation*) vom zugrundeliegenden Schuldvertrag abhängt (BGE 55 II 306)).

184 b BGE 84 III 154

Die Auffassung der Vorinstanz, dass es für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen wie gemäss Art. 974 ZGB für die Übertragung von Grundeigentum eines gültigen Rechtsgrundes bedürfe, entspricht jedoch der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 55 II 306, 65 II 65, 67 II 161, 78 II 210), an der festzuhalten ist. Für die Übertragung einer im Gesamteigentum befindlichen Sache in das Alleineigentum eines der Gesamteigentümer ist von dieser Regel keine Ausnahme zu machen.

184 c BGE 114 II 45 ff.

(49) La Cour civile s'est attachée, dans son jugement, à examiner uniquement le mode du transfert. Pour que le transfert de meubles, comme sont les documents en cause, emporte le transfert de la propriété, il faut encore qu'il soit fondé sur un titre valable (HAAB-SIMONIUS-SCHERRER-ZOBL, n. 13, 33 ad art. 714 CC; ATF 93 II 375 consid. 1b et références, notamment ATF 84 III 154; HOMBERGER ET MARTI, FJS 670, p. 2; concernant particulièrement les papiers-valeurs, JÄGGI, n. 162 ad

art. 967 CO; concernant les titres à ordre, CARRY, in FJS 445, p. 3). [...] (51) Comme on l'a vu ci-dessus, le transfert de la propriété nécessite non seulement un mode valable (transfert de la possession [...], mais encore un titre valable, savoir une cause juridique valable et l'accord des parties sur le transfert de la propriété (ATF 113 III 31; HAAB-SIMONIUS-SCHERRER-ZOBL, n. 13ss. ad art. 714 CC et les autres références de doctrine et de jurisprudence sous lettre c plus haut).

(= Pr 77 (1988) Nr. 203): (755) Die Vi begnügt sich in ihrem Urt. damit, die Besitzübertragung zu überprüfen. Die Übertragung des Eigentums an Fahrnis - bei den Dokumenten handelt es sich um Fahrnis - setzt ausser der Übertragung des Besitzes aber auch einen gültigen Rechtsgrund voraus (HAAB-SIMONIUS-SCHERRER-ZOBL, N. 13 und 33 ad ZGB 714; BGE 93 II 375 E. 1 b = Pr 57 Nr. 62 und Hinw. insbes. BGE 84 III 154; HOMBERGER UND MARTI, SJK 670, S. 2; zur Übertragung von Wertpapieren: JÄGGI, N. 28 ff. zu OR 967; hins. Orderpapieren: CARRY, SJK 445, S. 3). [...] (757) Wie bereits oben ausgeführt, setzt die Übertragung des Eigentums nicht nur eine formell richtige Besitzesübertragung [...] voraus, sondern erfordert einen gültigen Rechtsgrund und die Willenseinigung der Parteien über die Eigentumsübertragung (BGE 113 III 31; HAAB-SIMONIUS-SCHERRER-ZOBL, N. 13 ff. zu ZGB 714 und weitere Zit. unter lit. c).

2.2.5 Voraussetzungen und Wirkungen der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, besonders hinsichtlich der Rechtszuständigkeit

2.2.5.1 Verpflichtungsgeschäfte

A. Prinzip der Vertragsfreiheit

184 d C 4,10,5 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Camerino et Marciano; a. 293)

Wie es seit Beginn <sc. der Handlungsfähigkeit> in jedermanns Belieben steht, Verträge abzuschliessen oder nicht, so kann niemand eine einmal eingegangene Obligation wieder aufheben ohne Zustimmung seines Vertragspartners. Deshalb müsst ihr einsehen, dass ihr durch eine freiwillig eingegangene Verpflichtung gebunden seid und von dieser ohne die Zustimmung der anderen Partei, die ihr in eurer Bittschrift erwähnt, auf keinen Fall zurücktreten könnt.

Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.

B. Verpflichtung hinsichtlich einer fremden Sache

185 D 18,1,28 (Ulpian 41 Sab)

Es besteht gar kein Zweifel, dass man eine fremde Sache verkaufen kann: denn der Kaufvertrag ist gültig. Freilich kann die Sache dem Käufer entwehrt werden.

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.

Cfr. Rdn 168 n, 169 sowie 194

185 a D 13,6,15/16 (Paul 29 ed / Marcellus 5 dig)

(15) Auch eine fremde Sache, die sich in unserem Besitz befindet, können wir wirksam verleihen, selbst dann, wenn wir sie wissentlich als eine fremde innehaben, (16) so dass sogar einem Dieb oder einem Räuber, der die Sache verliehen hatte, der Anspruch aus dem Leihkontrakt (*actio commodati*) zusteht.

(15) Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus, (16) ita ut si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem.

185 b D 16,3,1,39 (Ulp 30 ed)

Falls ein Räuber oder ein Dieb hinterlegt hat, werden auch sie, wie Marcellus im 6. Buch seiner Digesten annimmt, erfolgreich aus dem Hinterlegungskontrakt klagen können (*depositi agere*); denn sie haben ein Interesse daran, weil sie <für die entwendete Sache> haften.

Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur.

C. Kauf vom Nichtberechtigten

186 D 19,1,46 (Paulus 24 quaest)

Wenn jemand eine fremde Sache verkauft und in der Zwischenzeit deren Eigentümer beerbt hat, wird er zur Erfüllung des Kaufvertrages gezwungen.

Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem.

187 D 19,1,31,2 (Neraz 3 memb)

Wir haben beide dieselbe Sache vom Nichteigentümer gekauft, wobei der Vertragsschluss ohne Arglist geschah und die Sache übergeben wurde. Sei es dass wir sie beide von demselben oder aber jeder von einem anderen erworben haben: es ist derjenige von uns zu schützen, der das Recht daran zuerst erworben hat, d.h. wem sie <die Sache> zuerst übergeben worden ist. Wenn der eine von uns vom Eigentümer gekauft hatte, ist er auf jeden Fall zu schützen.

Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

188 D 6,2,9,4 (Ulpian 16 ed)

Wenn jemand zwei Käufern unabhängig von einander in gutem Glauben <dieselbe Sache> verkauft hat, so haben wir zu erwägen, welcher von beiden eher die *Publiciana* anstrengen könne, ob derjenige, dem die Sache zuerst übergeben worden ist, oder der, welcher lediglich gekauft hat. Julian schreibt im 7. Buch seiner *Digesten*, dass, wenn beide vom selben Nichteigentümer gekauft haben, derjenige Vorrang habe, welchem die Sache zuerst übergeben worden ist. Wenn sie aber von verschiedenen Nichteigentümern erworben haben, sei der Besizende besser gestellt als der Kläger. Und diese Meinung trifft zu.

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

2.2.5.2 Verfügungsgeschäfte

A. Grundsatz der Verfügungsmacht

189 D 50,17,54 (Ulpian 46 ed)

Niemand kann mehr an Rechten auf einen anderen übertragen, als er selber hatte.

Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet.

Cfr. Rdn 379 und 496

- 189 a D 50,17,165 (Ulp 53 ed)
 Wenn jemand berechtigt ist zu veräußern (*alienare*), steht es ihm auch zu, in die Veräußerung (*alienatio*) einzuwilligen. [...]
Cum quis possit alienare, poterit et consentire alienationi. [...]
- 190 D 41,1,20 pr. (Ulpian 29 Sab)
 Die *traditio* darf und kann nichts weiter auf den Empfangenden übertragen, als was schon beim Übertragenden vorhanden war. Wenn folglich jemand Eigentum an einem Grundstück hatte, dann überträgt er es durch Übergabe; hatte er aber kein Eigentum, dann überträgt er dem Empfänger nichts.
Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.
- 190 a D 50,17,175,1 (Paul II Plaut)
 Ich darf nicht in einer besseren Rechtslage mich befinden als mein Rechtsvorgänger, von welchem das (subjektive) Recht auf mich übergegangen ist.
Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.
- 191 D 50,17,11 (Pomponius 5 Sab)
 Was sich in unserem Eigentum befindet, kann ohne unser Zutun nicht auf einen anderen übertragen werden.
Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.
- 191 a C 6,2,6 (Imp. Alexander A. Pythodoro; a. 223)
 Wenn jemand ohne Ermächtigung seitens des Eigentümers einen fremden Sklaven verkauft, verschenkt oder auf eine andere Weise veräußert hat (*alienavit*), vermag dadurch dem Eigentümer nichts zu entziehen und er begeht einen Diebstahl (*furtum*), wenn er den Sklaven an sich nimmt oder zurückhält.
Alienum servum sine voluntate domini qui sciens vendidit seu donavit vel alio modo alienavit, nihil domino diminuere potest: et si contr[a] <e>ctet vel apud se detinuerit, furtum facit.

191 b BGE 57 II 262 E. 2

Und dabei gilt, wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, der Grundsatz [...], <der> allerdings im ZGB nicht ausdrücklich ausgesprochen <ist>; allein er muss anerkannt werden als Ausfluss aus dem allgemein gültigen Satz, *dass man von seinem Auktor nicht mehr Rechte erwerben kann, als dieser selbst (noch) hat* – einem Satz, den das ZGB nur zu Gunsten des gutgläubigen Dritten eingeschränkt hat [...].

Einfügungen vom Herausgeber

Cfr. Rdn 438 a ff.

B. Singularsukzession

192 D 41,1,20,1 (Ulpian 29 Sab)

So oft auch immer Eigentum übertragen wird, wird es dem Empfangenden so vermittelt, wie es beim Übertragenden beschaffen war. Wenn also das Grundstück mit einem Servitut belastet war, so geht belastetes Eigentum über; wenn es unbelastet war, dann geht es in diesem Zustand über. Auch wenn schliesslich dem veräusserten Grundstück Servitutsberechtigungen zustanden, so wird es mit diesen Berechtigungen übertragen. Wenn somit der Verkäufer anlässlich der Übergabe behauptete, das Grundstück sei unbelastet, so mindert er das bestehende Servitut in keiner Weise; dennoch aber ist er aus dem Vertrag verpflichtet und haftet auf das, was er versprochen hatte.

Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutium debitarum transfertur. si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri<s> servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debeatque praestare quod dixit.

C. Vorausverfügung

192 a D 2,14,7,17 (Ulp 4 ed)

Wenn jemand <scil. der Erbe> vor dem Erbschaftsantritt mit den Nachlassgläubigern vereinbart, dass nur ein Teil <der Erblässerschulden> zu begleichen sei, wird diese Vereinbarung (*pactum*) wirksam werden.

Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est.

3. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte

3.1 Rechtswidrigkeit, Sittenwidrigkeit und Unmöglichkeit

3.1.1 Das rechts- oder sittenwidrige Rechtsgeschäft

3.1.1.1 Grundsatz

193 PS 1,1,4/4a (Pauli sententiae)

(4) Wir können keine Verträge schliessen, die gegen Gesetze oder gegen die guten Sitten verstossen. (4a) Ein *pactum*, welches im Widerspruch zum Gesetzesrecht, zu Kaiserkonstitutionen oder zu Senatsbeschlüssen abgeschlossen wurde, ist nichtig.

(4) *Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus.*
(4a) *Pactum contra ius aut constitutiones aut senatus consulta interpositum nihil momenti habet.*

194 C 2,3,6 (Imp. Antoninus A. Iuliae Basilae; a. 213)

Es ist ein unbestrittener Rechtsgrundsatz, dass *pacta*, welche gegen Gesetze und andere Erlasse sowie gegen die guten Sitten verstossen, keinerlei Rechtswirksamkeit besitzen.

Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.

Vgl. Art. 20 OR.

194 a BGE 115 II 235 E. 4

a) Sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR sind Verträge, die gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, Nr. 518; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 255 f.). Ein solcher Verstoss kann einerseits in der vereinbarten Leistung oder in dem damit angestrebten mittelbaren Zweck oder Erfolg liegen, sich andererseits aber auch daraus ergeben, dass eine notwendig unentgeltliche Leistung mit einer geldwerten Gegenleistung verknüpft wird.

Cfr. 169 a, 201 a f.

194 b BGE 134 III 438 ff. (442)

2.2 Widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR ist ein Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn sein Gegenstand, sein Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives schweizerisches Recht verstösst. Voraussetzung der Nichtigkeit ist dabei stets, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54; 129 III 209 E. 2.2 S. 213; 123 III 60 E. 3b S. 62). Das Kartellrecht bezweckt, den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG); Vertragsabreden, die den Wettbewerb unzulässig beschränken, sollen nicht durchgesetzt werden können (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 854 ff.). Es ergibt sich aus diesem Zweck, dass rechtswidrige vertragliche Abreden insoweit nichtig sind, als das vertragsgemässe Verhalten den wirksamen Wettbewerb unzulässig beschränkt (Zäch, a.a.O., Rz. 862 f.; Reymond, Commentaire Romand, N. 45 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 12 - 17 KG sowie N. 24 zu Art 13 KG). Wenn die Verpflichtungen nach dem Konsortialvertrag vom 19. Mai 2003 als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren sein sollten, wären sie widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR nichtig.

194 c Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

¹ Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.

² Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

³ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

¹ Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Art. 12 Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung

¹ Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf:

- a. Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung;
- b. Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts;
- c. Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

² Als Wettbewerbsbehinderung fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen in Betracht.

³ Die in Absatz 1 genannten Ansprüche hat auch, wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist.

3.1.1.2 Rechtswirkung

A. Bei den *negotia stricti iuris*

a) Anfechtbarkeit

195 D 45,1,134 pr. (Paulus 15 resp)

Titia, die aus früherer Ehe einen Sohn hatte, ist eine neue Ehe eingegangen mit Gaius Seius, der seinerseits bereits eine Tochter hatte. Während ihrer Ehe kamen sie überein, dass die Tochter des Gaius Seius mit dem Sohn der Titia verlobt werde, errichteten darüber eine Urkunde und stipulierten zusätzlich eine <Konventional-> Strafe für den Fall, dass einer von ihnen dem Eheschluss Hindernisse in den Weg legen sollte; später, noch während bestehender Ehe starb Gaius Seius, und seine Tochter lehnte die geplante Heirat ab. Ich frage nun, ob die Erben des Gaius Seius aus der Stipulation behaftet werden können. Und er <sc. Paulus> hat das Gutachten erstellt, dem Kläger aus der vorliegenden Stipulation würde, da sie nicht in Übereinstimmung mit den guten Sitten abgeschlossen wurde, die *exceptio doli* entgegenstehen, weil es als unsittlich gilt, dass Ehen – künftige oder bestehende – durch die Fessel einer Konventionalstrafe verpflichtend werden.

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seius habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

Vgl. auch Art. 91 Abs. 2 ZGB sowie Art. 157 und 160 ff. OR.

BGE 122 III 422: „2.-a) Als Konventionalstrafe wird eine Leistung bezeichnet, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld (Hauptverpflichtung) nicht oder nicht richtig erfüllt (GAUCH/SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 6. Aufl., S. 361 Rz. 3909; BECKER, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 160 OR; EHRAT, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N 1 zu Art. 160 OR*). Zweck der Konventionalstrafe ist die Verbesserung der Gläubigerstellung durch Befreiung vom Schadensnachweis (BGE 109 II 462 E. 4a S. 468 mit Hinweisen).

b) Gemäss dispositivem Gesetzesrecht (Art. 160 Abs. 1 OR) tritt die Konventionalstrafe alternativ neben die Erfüllung oder den für Nichterfüllung geschuldeten Schadenersatz (VON TUHR/ESCHER,

Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, S. 281).“

196 D 12,5,8 (Paulus 3 quaest)

Wenn du dem Titius aufgrund eines unsittlichen Zwecks etwas mittels Stipulation versprochen hast, so kannst du – obschon du seinen Anspruch, falls er ihn einklagt, durch die *exceptio doli* hemmen wirst –, [...]

Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali <vel in factum> summovere eum possis, [...]

Die Stelle ist insgesamt sicher von Nachklassikern bearbeitet worden, im Kern aber doch ein Beleg für die klassische Lehre. So jetzt Max KASER, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München 1971, p. 251, Anm. 62 und p. 598, Anm. 47/48 sowie KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 9, II, 2, Rdn 10 und § 48, II, 2d, Rdn 17.

b) Nichtigkeit

197 D 45,1,35,1 (Paulus 12 Sab)

Ebenso kommt eine Schuldverbindlichkeit nicht zustande, wenn Gesetze – bei Vorliegen eines dauernden Grundes – deren Inhalt untersagen; so etwa wenn einer sich etwas hätte stipulieren lassen, für den Fall, dass seine Schwester ihn heiraten würde; selbst wenn kein dauernder Grund gegeben ist – wie dies für eine Adoptivschwester zutrifft –, ist dasselbe zu sagen, weil man in diesem Fall gegen die guten Sitten verstösst.

Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit.

Vgl. Rdn 25, 26.

198 D 45,1,26/eod. 27 pr. (Ulpian 42 Sab/Pomponius 22 Sab)

(26) Es ist bekannt, dass sittenwidrige Stipulationen gemeinhin nichtig sind, (27 pr.) beispielsweise wenn einer stipuliert, er werde einen Mord oder eine Tempelschändung begehen. Es liegt freilich auch in der Kompetenz des Praetors, aus Obligationen solcher Art die Gewährung einer *actio* zu verweigern <= *actionem denegare*>.

(26) *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti: (27 pr.) veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed*

et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.

199 D 45,1,61 (Iul 2 Urs Fer)

Eine so lautende *stipulatio*: „Wenn du mich nicht zum Erben einsetzest, versprichst du, mir so und soviel zu geben?“ ist nichtig, weil eine solche *stipulatio* gegen die guten Sitten verstösst.

Stipulatio hoc modo concepta: ‘si heredem me non feceris, tantum dare spondes?’ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

200 D 45,1,123 (Papinian 1 def)

Wenn eine Stipulation auf ein zu begehendes oder schon begangenes Verbrechen abgeschlossen worden ist, so ist diese von allem Anfang an wirkungslos.

Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

201 D 50,17,29 (Paulus 8 Sab)

Was von allem Anfang an unwirksam ist, kann nicht durch Zeitablauf rechtswirksam werden.

Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

201 a BGE 117 II 287 4.a)

Ein Vertrag ist im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, falls entweder sein Gegenstand oder der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder der mittelbare Vertragszweck gegen objektives Recht verstösst. Keine Widerrechtlichkeit des Vertragsinhalts liegt jedoch im allgemeinen dann vor, wenn sich die verletzte Norm nur gegen die persönliche Beteiligung einer der Parteien am Vertrag richtet (KRAMER, N. 136 ff. zu Art. 19-20 OR; BGE 114 II 280 E. 2a mit Hinweisen). Ein gegen eine bestimmte Gesetzesnorm verstossender Vertrag ist zudem nach ständiger Praxis des Bundesgerichts nur dann nichtig, wenn dies ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 115 II 364 mit Hinweisen, 117 II 48 E. 2a). Das gilt auch für den Fall, wo sich das Verbot gegen die Beteiligung bestimmter Personen an einem Vertrag richtet. Festzuhalten ist schliesslich, dass nicht nur der Verstoss gegen Bundesrecht, sondern auch gegen kantonale Vorschriften den Vertrag nichtig machen kann (BGE 114 II 281 E. 2a, 80 II 329 E. 2). [Bestätigt in 119 II 224 Erw. 2]

201 aa BGE 134 III 54 E.1.1

Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, nichtig. Widerrechtlich im Sinne dieser Bestimmung ist ein Vertrag

nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann, wenn sein Gegenstand, der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein gemeinsamer mittelbarer Zweck gegen objektives Recht verstösst. Dabei kann es sich um privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Normen, namentlich solche des Strafrechts handeln (BGE 114 II 279 E. 2a S. 281). Voraussetzung der Nichtigkeit ist jedoch, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 123 III 292 E. 2e/aa S. 299; 119 II 222 E. 2 S. 224; 117 II 47 E. 2a S. 48, 286 E. 4a S. 287; 102 II 401 E. 2b S. 404 und E. 3b S. 406, je mit Hinweisen). Nach diesen Grundsätzen behandelt das Bundesgericht auch den Fall, dass sich das Verbot nicht auf den Vertragsinhalt, sondern auf die subjektive Beteiligung einer Partei am Vertrag bezieht (BGE 121 IV 365 E. 9a S. 371; 117 II 286 E. 4a S. 287, je mit Hinweisen).

Vgl. dazu etwa Art. 100 Abs. 1 OR; Art. 267 Abs. 2 OR – Art. 34 Abs. 2 OR; Art. 129 OR; Art. 894 ZGB, schliesslich Art. 464 OR.

Cfr. Rdn 194 a

201 aaa BGE 134 III 438 ff. (442 f.)

2.3 Der nichtige Vertrag entfaltet keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen, d.h. er vermag keine vertragliche Rechtsgrundlage für die (443) eingeklagten Ansprüche abzugeben (Kramer, Berner Kommentar, N. 309 zu Art. 19 - 20 OR; Huguenin, Basler Kommentar, N. 53 f. zu Art. 19/20 OR; Guillod/Steffen, Commentaire Romand, N. 90 ff. zu Art. 19 und 20 OR). Diese Rechtsfolge setzt immerhin voraus, dass der Schutzzweck der Norm die Ungültigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts verlangt. Denn nach dem allgemeinen Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion soll die Nichtigkeit nur so weit reichen, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt (BGE 131 III 467 E. 1.3 S. 470; 123 III 292 E. 2e/aa S. 298 f.).

Vgl. dazu etwa Art. 100 Abs. 1 OR usw.

c) **Das Verhältnis von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit**

201 b SAVIGNY, F.C.v., System des heutigen Römischen Rechts IV. Bd (1841) (536) Vollständig nenne ich diejenige Ungültigkeit, welche in einer reinen Verneinung der Wirksamkeit besteht, also an Kraft und Umfang der Thatsache selbst, worauf sie sich verneinend bezieht, völlig gleich steht. Der anerkannte Kunstausdruck für diesen Fall ist Nichtigkeit. Was zur genaueren Bestimmung dieses Rechtsbegriffs zu sagen ist, wird erst bey dem folgenden Gegensatz deutlich gemacht werden können. [...] Anstatt dass die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses in der blossen Verneinung desselben bestand, müssen wir in der (538) Anfechtbarkeit stets ein eigenes, neues, entgegenwirkendes Recht einer andern Person erkennen. Dieses entgegenwirkende Recht hat eine

selbstständige Natur, und kann daher auch wieder von besonderen Schicksalen betroffen werden; es kann ganz oder theilweise entkräftet werden, wodurch dann wieder das ursprüngliche Recht, von dieser Hemmung befreit, seine volle Wirksamkeit behauptet, welches im Falle der Nichtigkeit niemals vorkommen kann.

Die Römischen Juristen pflegen den Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit grosser Sicherheit zu behandeln, und es werden selten Fälle vorkommen, worin die Anwendung des einen oder des andern Begriffs zweifelhaft bleiben möchte; selbst ihre Kunstausrücke sind in den wichtigsten Anwendungen bestimmt und unzweydeutig, obgleich es auch nicht an einzelnen Fällen eines schwankenden Sprachgebrauchs fehlt.

201 c MOTIVE zu den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd I : Allgemeiner Theil (1888)

Siebenter Titel.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Anordnung des Stoffes

Der Entwurf begreift unter Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte sowohl die Nichtigkeit (§ 108) als die Anfechtbarkeit (§ 112). Der Ausdruck Unwirksamkeit wird nicht im Gegensatz zu Ungültigkeit gebraucht, sondern seinem Wortverstande gemäss im Allgemeinen zur Bezeichnung des Falles, in welchem das Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ist, mögen diese von vornherein überhaupt wegen Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ausgeschlossen sein oder infolge einer vorgesehenen Eventualität, wie bei dem Ausfalle der aufschiebenden Bedingung, dem Willen der Parteien gemäss, ausbleiben.

§§ 108-110.

Begriff der Nichtigkeit nach dem Entwurfe

Mit dem Ausdrücke Nichtigkeit wird in der Wissenschaft und Gesetzgebung ein bestimmter Begriff nicht so allgemein verbunden, dass der Begriffsinhalt als gegeben vorausgesetzt werden könnte. Nichtig im sinne des Entwurfes ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre (§108). Die Sprachweise steht der Hauptsache nach im Einklang mit dem sächs. G. B. § 103, dem bayr. Entw. Th. I Art. 80 Abs. 1 und dem dresd. Entw. Art. 136. Zur Vermeidung jedes Missverständnisses ist besonders betont, dass bezüglich der gewollten rechtlichen Wirkungen das Rechtsgeschäft als nicht vorgenommen gelte. Eine nähere Betrachtung lehrt zwar schon an sich, dass anderweite unbeabsichtigte Wirkungen, welche an ein nichtiges Rechtsgeschäft sich knüpfen, nicht durch das Rechtsgeschäft,

sondern durch einen in dem äusseren Akte sich findenden besonderen Thatbestand – *culpa in contrahendo* (§97 Abs. 3, § 99 Abs. 2) u.s.w. – erzeugt werden. Immerhin wird der Vorwurf unnöthiger Deutlichkeit nicht erhoben werden können. Von einem Hinweise darauf, dass zur Herbeiführung der Folgen der Nichtigkeit es einer Nichtigkeitserklärung durch Richterspruch nicht bedarf (sächs. G. B. § 849, dresd. Entw. Art. 136), ist als entbehrlich abgesehen. [...]

Das nichtige Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, dass die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen.

Das nichtige Rechtsgeschäft wird nach dem Entwurfe nicht dadurch gültig, dass die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen (§ 109); vergl. sächs. G. B. § 104, bayr. Entw. Th. I Art. 81 Abs.1, dresd. Entw. Art. 138 Satz 1. Den gesetzlichen Erfordernissen muss bei der Vornahme des äusseren Aktes genügt sein. Soweit in den sog. Konvaleszenzfällen ein Nachlass von dem Vorhandensein des Thatbestandes zur Zeit der Vornahme des äusseren Aktes zugestanden ist, wird zur Wahrung jenes Grundsatzes das Rechtsgeschäft, dem es an dem nachholbaren Erfordernisse gebricht, nicht als nichtig, sondern als unwirksam behandelt; verg. § 310 (§ 312), § 830 (§§ 834, 841, 1087, 1091 Abs. 3, § 1106 Abs. 2, § 1107 Abs. 2, §§ 1134, 1124 Abs. 2, §§ 1144, 1196), § 876 (§ 983 Abs. 2, §1147 Abs.2).

Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes

Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von dem Urheber nachträglich bestätigt, so ist das durch eine solche Redeweise gesetzte Ziel ein unerreichbares; die mangelnde Anerkennung seitens der Rechtsordnung kann nicht durch einen Privatwillensakt ersetzt werden. Die Bestätigung hat nur rechtliche Bedeutung, wenn und soweit sie sich als erneute, allen Erfordernissen gerecht werdende Errichtung eines Rechtsgeschäftes von gleichem Inhalte darstellt (§ 110 Abs.1); vergl. preuss. A. L. R. I, 3 §§ 43, 44, I, 5 §§ 37, 38, 192, code civil Art. 1339, sächs. G. B. § 848, bayr. Entw. Th. I Art. 81, Abs. 2, dresd. Entw. Art. 138.

201 d WINDSCHEID / KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd I (9. A. 1906)

C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

1. Begriff und Arten.

§ 82

Der Begriff der Ungültigkeit ist im allgemeinen bereits angegeben worden. Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches, weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt, d. h. welchem das Recht die Kraft nicht zugesteht, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen. Der Begriff der Ungültigkeit ist daher enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann

unwirksam sein, auch ohne dass durch seine Mangelhaftigkeit sein Können gelähmt ist.

(424) In dem Begriff der Ungültigkeit gibt es Gegensätze.

Der bei weitem wichtigste dieser Gegensätze ist der ebenfalls im allgemeinen bereits oben erörterte Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, dass es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebensowenig, als wäre es nie abgeschlossen worden; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft. (425) Oder ein Rechtsgeschäft ist ungültig in der Weise, dass es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar erzeugt, dieselbe sich aber als unfähig erweist, den ihr entsprechenden tatsächlichen Zustand herbeizuführen oder zu erhalten. [...]

(426) Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaktion gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschliessen, während eine solche Reaktion bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte nicht nur nicht nötig, sondern nicht einmal denkbar ist. Und diese Reaktion muss von bestimmten Personen ausgehen, während auf die Nichtigkeit sich jedermann berufen kann. Aus dem letzteren Grunde nennt man die Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, auch relative Ungültigkeit (die Nichtigkeit selbst absolute). Gebräuchlicher ist heutzutage die bereits angegebene Bezeichnung Anfechtbarkeit.

201 e v. TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts Bd I (1979)

(224) Ein Rechtsgeschäft ist unwirksam (oder ungültig)², wenn es die von den Parteien als gewollt bezeichnete Rechtswirkung nicht herbeiführt. Innerhalb der Unwirksamkeit kann man unterscheiden:

I. Ein Geschäft ist *unvollendet* (oder unfertig), wenn seine Wirkung nicht eingetreten ist, aber noch eintreten kann, sobald ein fehlendes Stück des Tatbestandes nachgeholt wird. Unfertig ist z. B. die Eigentumsübertragung, solange die Eintragung im Grundbuch bzw. die Übergabe der Sache noch aussteht; das bedingte Geschäft vor Eintritt der Bedingung; ein Geschäft, welches der Genehmigung bedarf, solange sie nicht vorliegt; das Testament bei Lebzeiten des Erblassers.

II. Geschäfte, welche unwirksam sind und nicht wirksam werden können, sind *nichtig*. Die Gründe der Nichtigkeit sind mannigfaltig. Das Gesetz bezeichnet als nichtige Rechtsgeschäfte, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen, Art. 20, 157, 218 *ter*, 357 II OR. Nichtig sind ferner, ohne dass das Gesetz diesen Ausdruck gebraucht: Handlungen urteilsunfähiger Personen (Art. 18 ZGB); Scheingeschäfte; Rechtsgeschäfte, welche der vorgeschriebenen Form ermangeln (Art. 11 und 16 OR); bedingungsfeindliche Geschäfte, wenn sie trotzdem unter einer

Bedingung vorgenommen werden; Gestaltungsgeschäfte, wenn die Voraussetzungen ihrer Gültigkeit fehlt; endlich die in Ziff. I erwähnten unfertigen Geschäfte, wenn die Möglichkeit ihrer Vollendung dahingefallen ist; Geschäfte, deren Wirksamkeit durch Anfechtung aufgehoben ist.

Da das nichtige Geschäft keine Wirkung erzeugt, ist die Nichtigkeit, sobald ihr Grund zur amtlichen Kenntnis des Richters kommt, von Amtes wegen zu beachten; es bedarf keiner Einwendung des Beklagten und noch weniger einer Einrede. Durch nichtige Verfügung kann keine Rechtsverschiebung eintreten, durch nichtigen Schuldvertrag keine Verpflichtung entstehen. Daher kann bei nichtiger Eigentumsübertragung die Sache vindiziert werden (gegen einen weiteren Erwerber nur soweit, als er nicht durch guten Glauben geschützt (226) ist); bei nichtigem Schuldvertrag kann die Leistung nach Art. 62 ff. zurückverlangt oder bei kausaler Eigentumsübertragung vindiziert werden. Neben oder an Stelle der Rückforderung kann auf Feststellung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts geklagt werden. Dagegen ist eine Nichtigkeitsklage im Sinne einer Gestaltungsklage zur Geltendmachung der Nichtigkeit weder erforderlich noch logisch möglich; denn die nicht existierende Wirkung eines nichtigen Geschäfts brauchen nicht aufgehoben zu werden und können es auch nicht.

Die Nichtigkeit ist *absolut*. Sie kann jedem entgegen gehalten werden, der aus dem nichtigen Geschäft ein Recht ableitet; daher nicht nur dem ersten Erwerber, sondern auch seinem Nachfolger, sofern er nicht durch guten Glauben geschützt ist. Ebenso kann die Nichtigkeit von jedermann vorgebracht werden, nicht nur von den Parteien des Rechtsgeschäfts und ihren Rechtsnachfolgern, sondern auch von Dritten, deren Rechtsstellung durch die Nichtigkeit des Geschäfts beeinflusst wird. [...]

(231) III. Von der Nichtigkeit unterschied man schon im gemeinen Recht die *Anfechtbarkeit*. Als anfechtbar bezeichnet man ein Rechtsgeschäft, dessen Ungültigkeit vom Entschluss eines Kontrahenten oder eines Dritten abhängt. Das Anfechtungsrecht (die Befugnis, über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts zu entscheiden) gehört zu den oben § 3 II besprochenen Gestaltungsrechten.

² Unwirksamkeit und Ungültigkeit sind weder im schweizerischen Recht noch im BGB technische Ausdrücke.

B. Bei den *negotia bonae fidei*

202 D 22,1,5 (Papinian 28 quaest)

Man ist sich einig, es allgemein so zu halten, dass eine Klage, deren Formular auf der *bona fides* basiert, keinen Anspruch auf die Leistung dessen verkörpert, was gegen die guten Sitten gefordert wird.

Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.

203 Gai 3,157

Es ist unstrittig, dass keine Obligation zustandekommt, wenn jemand einen Auftrag zu etwas erteilt, was gegen die guten Sitten verstösst, z.B. wenn ich dich beauftragen würde, den Titius zu bestehlen oder in seiner Persönlichkeit zu verletzen.

Illud constat, si quis de ea re mandat, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.

204 D 19,2,22,3 (Paulus 34 ed)

Wie es bei Kauf und Verkauf nach der Natur der Sache erlaubt ist, was mehr wert wäre zu einem geringeren Preise zu kaufen und was weniger wert ist zu einem höheren Preise zu verkaufen und sich auf diese Weise gegenseitig zu übervorteilen, ebenso ist solches bei der *locatio conductio* rechtens.

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

Cfr. Rdn 671 a

205 D 19,2,23 (Hermogenian 2 iur epit)

Und daher kann von einer zustandekommenen Vermietung, Verpachtung, Arbeits- oder Werkverdingung, wenn keine Arglist des Vertragsgegners nachweisbar ist, nicht unter dem Vorwand einer zu geringen Geldleistung zurückgetreten werden.

et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

206 D 18,1,35,2 (Gaius 10 ed prov)

Manche sind der Ansicht, Gift könne nicht Gegenstand eines Kaufvertrages sein, da ja eine Gesellschaft oder ein Auftrag mit einem verbrecherischen Zweck keinerlei Rechtswirkungen entfalte. Diese Meinung wird jedenfalls hinsichtlich derjenigen Gifte zutreffen, die auf keine Art und Weise durch Beimischung eines anderen Stoffes jemandem von Nutzen sein können. Hinsichtlich solcher Gifte freilich, die ihre schädliche Natur durch Beimischung anderer Stoffe in dem

Masse verlieren, dass aus ihnen Gegengifte und andere Arzneimittel hergestellt werden können, kann man das Gegenteil annehmen.

Veneri mali quidam putant non contrahi emptionem, quia nec societas aut mandatum flagitiosae rei ullas vires habet: quae sententia potest sane vera videri de his quae nullo modo adiectione alterius materiae usu nobis esse possunt: de his vero quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti et alia quaedam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.

207 D 17,2,57 (Ulpian 30 Sab)

Wie Pomponius sagt, darf auch nicht übersehen werden, dass dies nur dann zutrefte, wenn die Gesellschaft zu einem ehrbaren und rechtlich erlaubten Zweck eingegangen worden sei. Ist die Gesellschaft hingegen für rechtswidrige Absichten gegründet worden, so steht fest, dass sie wirkungslos bleibt; denn es wird gemeinhin gelehrt, dass eine Gesellschaft mit einem sittenwidrigen Zweck nichtig ist.

Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.

3.1.1.3 Die Generalisierung der Lehre von der Widerrechtlichkeit in der Nachklassik

208 C 1,14,5 pr./1 (Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp.; a. 439)

(pr.) [...] Wir ordnen an, dass kein *pactum*, keine Vereinbarung und kein Kontrakt als zustandegekommen gilt zwischen Parteien, welche einen Vertrag eingehen, trotz eines Gesetzes, welches dieses Geschäft untersagt. (1) Wir verordnen ferner, dass dies auf die Auslegung der Gesetze in einem umfassenden Sinne – auf alte wie auf neue – anzuwenden ist, womit es – was den Willen des Gesetzgebers angeht – ausreicht, dass dieser lediglich <sc. ohne Sanktion> das verboten hatte, von dem er nicht wollte, dass es geschehe; anderes mag freilich aus dem Geist des Gesetzes erschlossen werden, wie wenn es ausdrücklich so bestimmt wäre. All dies bedeutet, dass alles, was in einem gesetzlichen Erlass verboten ist, wenn es trotzdem geschehen ist, nicht nur als ungültig <=inutilis> sondern als niemals zustandegekommen zu beurteilen ist. [...]

(pr.) [...] nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. (1) Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis latori, quod fieri

non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur. [...]

3.1.2 Die Gesetzesumgehung

208 a D 1,3,29 (Paulus ad leg Cinciam)

Gegen das Gesetz verstösst, wer tut, was dieses untersagt, Gesetzesumgehung aber begeht, wer in Übereinstimmung mit dem Wortlaut den Normzweck unterläuft.

Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis sententiam eius circumvenit.

3.1.3 Die ursprüngliche Unmöglichkeit

3.1.3.1 Objektive Unmöglichkeit

209 D 50,17,185 (Celsus 8 dig)

Für unmögliche Leistungen gibt es keine gültige Verpflichtung.

Impossibilium nulla obligatio est.

Cfr. Rdn 583 g und h; 596 d

209 a D 18,1,15 pr. (Paulus 5 Sab)

Auch wenn hinsichtlich eines körperlichen Gegenstandes Einigkeit bestanden hat, dieser aber vor dem Zustandekommen des Kaufvertrages aus natürlichen Gründen untergegangen war, ist der Kauf nichtig.

Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.

209 b D 50,17,31 (Ulp 42 Sab)

Es trifft zu, dass weder durch eine formfreie Vereinbarung noch durch eine Stipulation eine Tatsache aus der Welt geschafft werden kann. Was nun also unmöglich ist, kann weder zum Inhalt eines formfreien Vertrages noch einer Stipulation werden, um einen durchsetzbaren Anspruch (*actio*) oder eine <juristische> Tatsache zu erzeugen.

Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

210 Gai 3,97

Wenn das, was wir mittels Stipulation zu übereignen versprochen haben, so beschaffen ist, dass es überhaupt nicht geleistet werden kann, ist die Stipulation nichtig, beispielsweise wenn jemand sich die Übergabe eines freien Menschen, den er für einen Sklaven hielt oder einen bereits verstorbenen Sklaven, den er am Leben glaubte oder schliesslich einen heiligen Ort oder eine Grabstätte, die er für Objekte des menschlichen Rechts erachtete, sich hat versprechen lassen.

Si id quod dari stipulamur tale sit ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse dari stipuletur.

211 D 44,7,1,9 (Gaius 2 aur)

Wenn der Gegenstand, den wir zu übereignen versprochen haben, so beschaffen ist, dass er gar nicht übergeben werden kann, entspricht es offenkundig der Natur der Sache, dass die Stipulation unwirksam ist; beispielsweise wenn über einen freien Menschen, über einen bereits toten Sklaven oder über ein abgebranntes Haus eine Stipulation abgeschlossen worden wäre, und zwar von Personen, welchen nicht bekannt war, dass der Mensch frei, der Sklave bereits verstorben oder das Haus schon abgebrannt ist. Dasselbe gilt, wenn sich jemand einen den Göttern geweihten Ort oder eine Grabstätte hat stipulieren lassen.

Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero vel iam mortuo vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum esse vel mortuum esse vel aedes deustas esse. idem iuris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.

212 D 18,1,70 (Licinnius Rufinus 8 reg)

Nach herrschender Lehre kann über einen freien Menschen ein Kaufverhältnis begründet werden, soweit es in diesbezüglicher Unkenntnis abgeschlossen wird. Ebenso verhält es sich, wenn zwar der Verkäufer, nicht aber der Käufer davon weiss. Hat aber der Käufer wissentlich einen Freien gekauft, so ist der Kaufvertrag nicht zustandegekommen.

Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur.

Vgl. Art. 20 Abs. 1 OR.

213 D 18,1,62,1 (Modestinus 5 reg.)

Wer ohne es zu wissen den Göttern geweihte Orte, Grabstätten oder öffentliche Plätze als private Grundstücke gekauft hat, kann, obwohl das Kaufgeschäft an sich nichtig ist, trotzdem gegen den Verkäufer mittels der Kaufklage auf Ersatz des Interesses klagen, nicht enttäuscht worden zu sein.

Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

213 a MOMMSEN Friedrich, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse (1853)

(106) Zunächst fassen wir die Obligationen aus Verträgen in's Auge. Um die angegebene Regel in ihrer Beziehung auf diese Obligationen zu begründen, müssen wir auf den Willen der Contrahenten eingehen, indem dieser das besonders in Betracht kommende Moment bildet. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Contrahenten die Unmöglichkeit der bedungenen Leistung genannt haben oder nicht.

Wussten sie, dass die Leistung unmöglich sei, so liegt die Annahme am nächsten, dass es überhaupt an dem ernstlichen Willen, eine Obligation auf diese Leistung zu begründen, gefehlt hat, und schon aus diesem Grunde ist in dem gedachten Fall die Entstehung einer wirksamen Obligation zu läugnen. Dies trifft allerdings nicht zu, wenn den Contrahenten die Unmöglichkeit der Leistung unbekannt war. Hier kann der ernstliche Wille, ein obligatorisches Verhältniss zu begründen, nicht in Zweifel gezogen werden. Auf der anderen Seite ist es aber ebenso unzweifelhaft, dass die Contrahenten, wenn ihnen die Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen wäre, eine Obligation auf diese Leistung nicht abgeschlossen hätten. Ob sie dann eine andere Leistung, und welche Leistung etwa, zum Gegenstande ihrer Obligation gemacht hätten, lässt sich nicht bestimmen.

Die Rücksicht auf den Willen der Contrahenten führt also in ihrer consequenten Verfolgung zu der von Celsus aufgestellten Regel: **impossibilium nulla obligatio**; zugleich erklärt sich aus dem zur Begründung der Regel Angeführten, dass bei gegenseitigen Obligationen auch die Verpflichtung zur Gegenleistung wegfallen muss.

Die Nichtigkeit der Obligation schliesst jedoch nicht aus, dass die eine Partei der anderen, namentlich der Schuldner dem Gläubiger, (107) unter Umständen zu einer Entschädigung verpflichtet ist.

213 b BGE 102 II 341 E. 3)

Unmöglichkeit nach Art. 20 OR ist nur anzunehmen, wenn sie von Anfang an bestanden hat; die versprochene Leistung muss aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen überhaupt nicht erbracht werden können (BGE 95 II 554, 96 II 21).

3.1.3.2 Subjektive Unmöglichkeit

213 c D 45,1,137,5 (Venuleius 1 stip)

Wenn ich mir von jemandem etwas stipulieren lasse, der <die Leistung> nicht bewirken kann, während sie einem anderen möglich wäre, so ist, wie Sabinus schreibt, die Obligation rechtswirksam entstanden.

Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.

Cfr. Rdn 209 ff.

213d BGE 88 II 203

E. 5) [...] Wann ein Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung dahinfällt, bestimmt Art. 119 OR. Die Unmöglichkeit muss auf Umständen beruhen, die der Schuldner nicht zu verantworten hat. [...] Wer eine Leistung verspricht, obschon er weiss, dass er sie möglicherweise nicht werde erbringen können, nimmt die Gefahr auf sich und hat die Nichterfüllung zu verantworten (BGE 25 II 66 f., BGE 29 II 516, BGE 36 II 396, BGE 42 II 372, BGE 43 II 177 f., BGE 48 II 217 ff.). Es trifft ihn ein Verschulden, das ihn verpflichtet, dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 Abs. 1 OR).

3.2 Zur Lehre von den Willensmängeln

3.2.1 Der Irrtum beim Vertragsschluss (*error*)

3.2.1.1 Der Vertragsschluss

214 D 2,14,1,3 (Ulpian 4 ed)

Das Wort *conventio* <= Vertrag> ist ein übergreifender Terminus, alles in sich aufnehmend, worüber diejenigen, welche miteinander verhandeln, sich einigen, um ein Rechtsgeschäft oder einen Vergleich zustande zu bringen; denn so wie man hinsichtlich derjenigen, die von verschiedenen Orten her an einem Punkt sich versammeln und einfinden, von „zusammenkommen“ <= *convenire*> spricht, ebenso <tut man es> bei denjenigen, welche, von entgegengesetzten Willensbildungen herkommend, an einem Punkt zusammenkommen, d.h. zu einer übereinstimmenden Willensbildung gelangen. Der Terminus *conventio*

ist in einem Grade allgemein, dass Pedius sehr fein formuliert, dass kein Kontrakt und keine Obligation existierten, welche nicht einen Vertrag in sich trügen, gleichgültig ob sie als Real- oder Verbalkontrakt zustandekommen; denn auch die Stipulation, welche durch Wortformeln zustandekommt, ist ungültig, wenn sie nicht auf einer gegenseitigen Willensübereinstimmung basierte.

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. 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.

Cfr. Rdn 225, 647 b, 652 c, 669 f

215 D 2,14,2 pr. (Paul 3 ed)

Labeo lehrt, man könne die Übereinstimmung des gegenseitigen Willens unter Anwesenden oder aber mittels Briefes beziehungsweise eines Boten auch unter Abwesenden herstellen. Ferner kann dies gemäss herrschender Lehre auch konkludent geschehen [...].

Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. sed etiam tacite consensu convenire intellegitur: [...].

3.2.1.2 Das Willensprinzip

216 D 39,3,20 (Pomponius 34 Sab)

[...] Der Wille des sich Irrenden ist auf jeden Fall nichtig.

[...] *Nulla enim voluntas errantis est.*

217 D 44,7,57 (Pomponius 36 Quint Muc)

Bei allen Rechtsgeschäften, die man abschliesst – gleichgültig ob sie der *bona fides* unterstehen oder nicht –, ist der Abschluss unwirksam, falls ein Irrtum einer Partei vorliegt, indem jemand, der beispielsweise kauft, mietet oder pachtet, sich dabei etwas Bestimmtes vorstellt, sein Kontraktspartner jedoch etwas anderes. [...]

In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. [...]

- 218 D 50,17,116,2 (Ulpian 11 ed)
Diejenigen, die irren, erzielen offensichtlich keine Willensübereinstimmung.
Non videntur qui errant consentire.
- 219 D 2,1,15 (Ulpian 2 de om trib)
[...] Denn wie Julian schreibt, haben diejenigen keinen Konsens zustandegebracht, welche sich in einem Irrtum befanden; denn was ist schliesslich mit einer Willensübereinstimmung derart unvereinbar wie der Irrtum, welcher eine Fehleinschätzung offenlegt?
[...] cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?
- 220 D 34,5,3 (Paulus 14 quaest)
Bei einem zweideutigen Ausdruck äussert man nicht beide Bedeutungen, sondern nur diejenige, die man meint. Wer also etwas anderes sagt, als er meint, erklärt weder das, was die Äusserung ausdrückt, weil er dies nicht meint, noch das, was er meint, weil er dies nicht erklärt.
In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.
- 221 D 50,17,34 (Ulpian 45 Sab)
Bei Stipulationen und den anderen Schuldverträgen berücksichtigen wir immer das, was vereinbart worden ist. Wenn jedoch nicht erkennbar ist, was vereinbart wurde, wird es folgerichtig sein, dass wir das beachten, was an diesem Ort allgemein üblich ist¹⁾. [...]
Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. [...]
- ¹⁾ Vgl. BUCHER, OR AT (2. Aufl., 1988), § 12/VI, p. 189.
- 222 D 50,17,64 (Julian 29 dig)
Was selten sich ereignet, darf beim Abschluss von Rechtsgeschäften nicht leichthin in Anschlag gebracht werden.
Ea, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur.

223 D 50,16,219 (Papinian 2 resp)

Es hat sich die Meinung durchgesetzt, dass beim Abschluss von Verträgen der Wille der Vertragsparteien stärker zu berücksichtigen sei als der Wortlaut der Erklärungen. [...]

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. [...]

223 a Im römischen Recht galt für das Zustandekommen des Vertrages das sog. *Willensprinzip*. Dieses geht davon aus, dass für das Zustandekommen des Vertrages „*der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden*“ müsse (so SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III [1840], p. 258), und noch deutlicher: „*Die Grundlage jeder Willenserklärung ist das Daseyn des Wollens*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 237). Gleichzeitig lehrt Savigny, der „*Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 309). Daraus folgt für den Vertragsschluss, dass nicht eine Einigung im Willen, sondern in den Erklärungen stattfinden muss, denn der Wille ist ein „*inneres, unsichtbares Ereignis*“, so dass es „*eines Zeichens*“ bedarf, „*wodurch sich der Wille offenbart*“, und dies „*ist eben die Erklärung*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 258). Auf diese Weise tritt „*das innere Ereigniss des Wollens in die sichtbare Welt als Erscheinung*“ ein. Daher hat man zunächst „*die Erklärung des Willens zu betrachten*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 237). Für die Bedeutung des als Erklärung in die Aussenwelt getretenen Willens kommt es auf die „*Auslegung*“ an (SAVIGNY, a.a.O., p. 304), deren die Willenserklärungen „*oft bedürftig*“ sind (SAVIGNY, a.a.O., p. 244). Ergibt nun die Auslegung – entsprechend der von den römischen Juristen freilich erst „*unzureichend*“ herausgearbeiteten „*allgemeinen Regeln*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 245), vgl. oben Rdn 219 ff. –, dass die Erklärung mit dem dahinterstehenden Willen nicht übereinstimmt, fallen Wille und Erklärung auseinander. Die „*Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung*“ wäre nun freilich „*ihr naturgemässes Verhältniss*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 258), so dass durch die Störung „*dieses natürlichen Verhältnisses*“ ein „*Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung*“ entsteht. Mithin liegt nur „*der falsche Schein des Willens*“ vor, das heisst eine „*Erklärung ohne Willen*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 258). Der Wille, das zentrale Moment des Rechtsgeschäftes, ist also niemals „*in die sichtbare Welt als Erscheinung*“ eingetreten (SAVIGNY, a.a.O., p. 237) und konnte somit auf der Ebene des Rechtes keinerlei Wirkungen entfalten. Wenn aber der Wille als „*das einzig Wichtige und Wirksame*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 258) keine rechtliche Existenz erreicht hat, ist das entsprechende Geschäft mangels einer Willenserklärung niemals zustande gekommen, es ist somit nichtig. Dies ist die Bedeutung des Satzes „*Nullam enim voluntas errantis est*“ (Rdn 216).

Für Savigny handelt es sich freilich bei diesem im geltenden Recht als Erklärungsirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 - 3 OR) qualifizierten Willensmangel im Grunde nicht um einen Tatbestand des Irrtums, er spricht denn auch von einem „*unächten Irrthum*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 264, 440 f. u.ö.). Denn obzwar der Erklärende „*ein gültiges Rechtsgeschäft einzugehen glaubt*“, fehlt es von vornherein am „*Daseyn des Willens*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 237), das heisst am Willen, ein Geschäft mit dem erklärten Inhalt abzuschliessen zu wollen. Der Irrtum besteht also lediglich in der unzutreffenden Annahme eines wirksamen Vertrages, dieser aber kann gar nicht zustande kommen mangels des Geschäftswillens. Also ist nicht der Irrtum „*der positive Grund*“ des Nichtzustandekommens des Vertrags, „*sondern dieser Grund ist ganz negativ, die blosse Abwesenheit des Willens*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 263). Folglich ist die Irrtumsdogmatik bei Savigny und in den römischen Quellen primär gar keine Frage des Konsenses, sondern eine Folge der begrifflichen Unmöglichkeit der Existenz einer Willenserklärung, falls Wille und (ausgelegter) Erklärungsinhalt nicht übereinstimmen.

Demgegenüber entscheidet das geltende Recht die Frage, ob ein Vertrag unter Willensmangel zustande gekommen sei, nicht mehr gestützt auf das Willens-, sondern auf das sog. *Vertrauensprinzip*. Der Konsens (Art. 1 OR i. Verb. m. Art. 2 ZGB) ist demnach nicht die Übereinstimmung im gegenseitigen Willensinhalt, sondern liegt in der Übereinstimmung der gegenseitigen Willenserklärungen. Was die Parteien erklärt haben, beurteilt sich aber nicht subjektiv nach deren Intentionen, sondern objektiviert: eine Willenserklärung hat somit den Inhalt, den ihr der Empfänger „*als vernünftiger und korrekter Mann in guten Treuen*“ unter Würdigung der konkreten Umstände beilegen musste und durfte (statt vieler: VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I [1979], p. 287 f.). – Trotz subjektiv abweichender Willensrichtung einer Partei kann somit aufgrund objektiver Auslegung der Erklärung durchaus ein Vertrag zustande gekommen sein; die moderne Lehre spricht hier von einem „*normativen Konsens*“. Ein solcher zwar zustande gekommener, jedoch unter Willensmangel stehender Vertrag ist dann vom Irrenden anzufechten (Art. 31 OR) und fällt in der Folge mit Wirkung *ex tunc* dahin. Unterbleibt die Anfechtung, konvalesziert dieser mangelhafte Vertrag zu einem voll rechtswirksamen (Art. 31 OR). Anders das römische Recht, nach welchem aufgrund des Willensprinzips der unter Willensmangel geschlossene Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist, folglich also ein Dissens vorliegt. Somit wäre – in moderner dogmatischer Terminologie – das Rechtsgeschäft nicht anzufechten, sondern dessen Nichtigkeit festzustellen.

Eine Haftung des fahrlässigerweise irrtümlich sich Erklärenden findet nach römischem Recht nicht statt, denn Fahrlässigkeit (*culpa*) „*ist gar nicht allgemein eine causa obligationis, wie es der Betrug (dolus) allerdings ist*“ (SAVIGNY, a.a.O., p. 295 Anm. d). Diesem haftungslosen

Zustand ist Rudolf von Jhering aufgrund dessen „*Unbilligkeit und praktischen Trostlosigkeit*“ durch die Konstruktion der sog. „*culpa in contrahendo*“ entgegengetreten (JHERING, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. IV [1860], p. 1 ff.), indem er den fahrlässig Irrenden wegen Verletzung einer vorvertraglichen (Sorgfalts-) Pflicht bis zur Höhe des negativen Interesses des geschädigten Partners eintreten lässt. Das schweizerische OR hat diese Haftung ausdrücklich normiert in Art. 26 OR.

223 b BGE 69 II 321 f

(321) Auszugehen ist davon, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, mit denen die Vertragsparteien ihre Beziehungen regeln, eine ihrem Inhalt entsprechende Rechtswirkung zu erzeugen bestimmt sind. Auf die Ermittlung dieser rechtlichen Wirksamkeit des Vertragswortlautes, in dem die rechtsgeschäftlichen Erklärungen zusammengefasst sind, ist die Auslegung gerichtet. Da Erklärungsinhalt und Rechtsfolge eine untrennbare Einheit bilden, (322) umfasst die Auslegung gleichzeitig die Feststellung sowohl des Inhalts als auch der Rechtsfolge desselben. Diese Ermittlung besteht darin, dass die Bedeutung festgestellt wird, die angesichts der konkreten Umstände im Lichte allgemeiner Lebenserfahrung dem Wortlaut und Wortsinn der Erklärung zukommt. Hierauf nämlich, und nicht auf den hinter der Erklärung stehenden sogenannten inneren Willen einer Partei kommt es an, da nach der Vertrauenslehre, die im schweizerischen Rechtsbereich gilt, eine Vertragspartei sich ihre Willenserklärung so entgegenhalten lassen muss, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenpartei aufgefasst werden durfte; der Erklärende ist nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte.

Die Feststellung des Sinnes und Inhalts einer Willenserklärung an Hand der allgemeinen Lebenserfahrung aber geschieht unter Zuhilfenahme von Erfahrungssätzen, und zu deren Überprüfung ist das Bundesgericht befugt (BGE 69 II 204).

223 c BGE 111 II 279 Erw. 2.-b)

Seule l'interprétation du contrat permet de définir la nature de cette obligation. A défaut d'une volonté interne commune aux parties, différent de leur volonté exprimée (art. 18 CO), on doit s'en tenir aux déclarations des parties, en les interprétant selon la théorie de la confiance, soit selon le sens que leur destinataire devait raisonnablement leur attribuer, les expressions inexactes dont elles ont pu se servir n'étant pas déterminantes (art. 18 CO).

223 d BGE 116 II 696 Erw. 2.-a

Vertragliche Bindungen setzt einen tatsächlichen oder normativen Konsens voraus, auf seiten des Verpflichteten einen ausdrücklich oder vertrauenslehretheoretisch erklärten Rechtsfolgewillen. Fehlt es an einer solchen Willenskundgabe, tritt keine rechtliche Verpflichtung im Sinne

eines obligatorischen Schuldverhältnisses ein (KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht; N 62; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, S. 4ff. Rz 4 ff.). Ob ein Rechtsfolgewille oder Geschäftswille tatsächlich geäußert und vom Erklärungsempfänger übereinstimmend mit dem Erklärenden verstanden wurde, ist Tatfrage, welche vom kantonalen Sachrichter grundsätzlich abschliessend zu beurteilen ist. Rechtsfrage ist dagegen, wie die Geschäftspartner die gegenseitigen Willensäußerungen nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten (BGE 113 II 50).

3.2.1.3 Anfechtungs- versus Ungültigkeitstheorie

A. Die Gesetzgebung

223 e CODE CIVIL FRANÇAIS (1804)

Art. 1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Art. 1110. Der Irrtum ist nur dann ein Grund für die Nichtigkeit der Vereinbarung, wenn er das Wesen (die Substanz) der Sache betrifft, die Vertragsgegenstand ist.

Art. 1117. La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section 7 du chapitre 5 du présent titre.

Art. 1117. Eine infolge Irrtum, Zwang oder Täuschung getroffene Vereinbarung ist nicht ohne weiteres nichtig; sie gibt nur die Befugnis zur Erhebung einer Nichtigkeits- oder Wiederaufhebungsklage in den Fällen und in der Weise, wie im siebenten Abschnitt des fünften Kapitels dieses Titels ausgeführt ist.

223 f PRIVATRECHTLICHES GESETZBUCH für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen hgg. v. J. C. BLUNTSCHLI Redaktor des Gesetzes 1854 ff

§ 926

Ein wesentlicher Irrthum eines oder beider Kontrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrags.

Ist der Irrthum ein wesentlicher, so fehlt es an der nöthigen Willensübereinstimmung. Deshalb ist ein derartiger (Schein-)Vertrag in sich selbst nichtig. Er ist gar nicht zu Stande gekommen. Die Wirkung des wesentlichen Irrthums ist also stärker als die der Drohung § 922 und des Betrugs § 925, indem jener das Zustandekommen des Vertrags selbst hindert, während diese nur dem Verletzten ein Recht geben, den zunächst entstandenen Vertragsabschluss in seiner Wirkung zu hemmen.

§ 932.

Die Klage auf Nichtigklärung, beziehungsweise auf Schadensersatz oder Rückerstattung der gemachten Leistungen, welche sich auf den wegen Zwang, Drohung, Betrug, Irrthum, Trunkenheit oder Leidenschaft fehlerhaften Vertragswillen gründet, verjährt nach Jahresfrist.

Die Verträge, welche aus den genannten Gründen wegen innerer Mängel des Willens angefochten werden, erscheinen, wenn man nur auf die äussere Fassung sieht, zunächst als wahre Willensübereinstimmung, und je länger diese Form unangefochten besteht, um so eher verdient sie Glauben, um so bedenklicher wird eine spätere Anfechtung. Deshalb ist für die letztere eine kurze Verjährungsfrist angesetzt worden.

223 g (DRESDENER) ENTWURF eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (1866)

cc. Irrthum, Betrug und Furcht.

Art. 59.

Ist der Wille des einen Vertragschliessenden auf einen Vertrag anderer Art gerichtet, als der Wille des anderen, so ist der Vertrag nichtig.

Art. 60.

Der Vertrag ist nichtig, soweit der Wille der Vertragschliessenden nicht auf denselben Gegenstand gerichtet ist.

Art. 61.

Im Falle des Irrthums über die Menge oder Summe ist der Vertrag nur dann nichtig, wenn bei einem zweiseitigen Verträge der eine Vertragschliessende annimmt, dass ihm für seine Leistung eine grössere Gegenleistung versprochen worden sei, als der Fall ist. In allen anderen Fällen ist der Vertrag gültig, ohne Unterschied, ob er einseitiger oder zweiseitiger ist, jedoch nur in Ansehung der geringeren Menge oder Summe.

Art. 62.

Irren sich von den Vertragschliessenden einer oder beide über die Identität des Anderen, so ist der Vertrag nichtig, wenn der Irrende nur mit der Person, für welche er den Anderen hielt, den Vertrag schliessen wollte.

Art. 64.

Der Vertrag ist nichtig, wenn sich einer der Vertragschliessenden über solche persönliche Eigenschaften des Anderen irrt, ohne welche die vertragsmässige Leistung unmöglich ist. Eine Gleiches gilt, wenn ein Vertragschliessender eine solche Eigenschaft des Gegenstandes irrig unterstellte, vermöge welcher der letztere gemäss den darüber im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer anderen Gattung oder Art von Gegenständen zu zählen wäre, als wozu er gehört.

Art. 67.

Ist der eine Vertragschliessende durch Betrug des Anderen zur Schliessung des Vertrages vermocht worden, so kann er den Vertrag, wenn dieser nicht schon nach Massgabe der Vorschriften der Art. 59 bis 62 und des Art. 64 nichtig ist, anfechten. Der Betrug eines Dritten giebt dem Betrogenen nur dann ein Recht zur Anfechtung, wenn der andere Vertragschliessende zur Zeit der Schliessung des Vertrages um den Betrug des Dritten gewusst hat.

4. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verträge.

Art. 136.

Ein nichtiger Vertrag ist so anzusehen, als ob er nicht geschlossen worden wäre, ohne daß es der Erwirkung einer Nichtigkeitserklärung bedarf.

Art. 138.

Ein nichtiger Vertrag wird nicht dadurch gültig, daß die Gründe seiner Nichtigkeit wegfallen. Wird derselbe, sobald alle zu seiner Gültigkeit gehörigen Erfordernisse vorhanden sind, von den Vertragschließenden bestätigt oder genehmigt, so gilt dies als Schließung eines neuen Vertrages.

Art. 139.

Ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von dem hierzu Berechtigten angefochten wird.

Der Vertrag bleibt gültig, wenn das Anfechtungsrecht aus irgend einem Grunde, insbesondere wegen Verzichtes oder Verjährung oder Genehmigung des Vertrages, wegfällt.

223 h PROTOCOLLE der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes CCLX – CCCXXIV (1866)

(249) Endlich sei dabei auch der Kern der Sache nicht verfehlt, indem dieser in dem Mangel der Willensübereinstimmung liege, gleichwohl aber von einem Irrthum geredet werde, obschon dieser so wenig als das Mißverständniß das Vernichtende sei, vielmehr, wie bemerkt, das Vernichtende in dem durch den Irrthum, resp. durch das Mißverständniß, bewirkten und verdeckten Mangel des Consenses unter den Contrahenten bestehe. [...]

(375) Das absolut nichtige Geschäft sei als von Anfang an nicht geschlossen zu betrachten und könne daher durch Genehmigung weder *ex tunc* noch *ex nunc* convallesciren. Der nur anfechtbare Vertrag bilde den geraden Gegensatz zu dem nichtigen; er bestehe, bis er angefochten werde, zu Recht, und werde daher nur *ex nunc* aufgehoben oder convallescire durch Genehmigung mit Rückwirkung auf den Abschluß desselben. In der Mitte stünden die Fälle der sogenannten heilbaren und jene der bedingten (noch schwebenden) Nichtigkeit. [...]

In diesen Fällen der heilbaren Nichtigkeit werde der Vertrag mit Rückwirkung auf den Abschluß *ex tunc* aufgehoben, so, als wenn von Anfang an kein Vertrag bestanden hätte und durch die Genehmigung convallescire der Vertrag so, als wäre er von Anfang an gültig gewesen. In letzter Beziehung also hinsichtlich der Convallescenz trafen diese Fälle mit denen der reinen Anfechtbarkeit zusammen.

Das gegenwärtige Gesetz habe nun die Fälle der heilbaren Nichtigkeit in Ansehung der Zulässigkeit ihrer Convallescenz in (376) die Kategorie der anfechtbaren Verträge gestellt, die anomalen Wirkungen jedoch, welche darin bestünden, daß hier die Anfechtung so wirke, als wäre von Anfang an gar kein Vertrag geschlossen, an den einschlägigen Orten hervorgehoben. [...]

Dagegen trete die regelmäßige Wirkung der bloßen Anfechtbarkeit – nämlich die Rescission *ex nunc* und im Falle der Genehmigung Convallescenz mit Rückwirkung – in dem Falle eines wegen Betrug oder wegen Furcht anfechtbaren Vertrages ein. [...]

Die Rechtsgeschäfte seien nach gemeinem Rechte theils solche, welche an sich weder wirken könnten noch sollten, theils solche, welche zwar wirken könnten, jedoch nicht wirkten, wenn sie nicht wirken sollten, theils solche, welche nur wirken könnten und wirkten, wenn sie wirken sollten. Die erstgenannten Rechtsgeschäfte bezeichne man gewöhnlich als die absolut nichtigen (unheilbar nichtigen), die zweiten als die anfechtbaren, und die dritten als die relativ (heilbar) nichtigen. Die anfechtbaren und heilbar nichtigen Geschäfte hätten nun aber das mit einander gemein, daß sie wirkten, wenn sie wirken sollten, d.h. wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht angefochten werde, respective wenn zu dem heilbar nichtigen ein, seine Gültigkeit herstellender, heilender Act hinzukomme. Das anfechtbar gewesene Rechtsgeschäft wirke dann, wie

ein unanfechtbares, fort. Das heilbar nichtig gewesene Rechtsgeschäft (sogenannt *negotium claudicans*) werde dann so behandelt, als ob es schon von Anfang an gültig abgeschlossen worden sei. Daher stelle der Entwurf das anfechtbare Rechtsgeschäft und das sogenannte *negotium claudicans* auf Eine Linie. [...]

(382) Hier unterliege es nun aber keinem Zweifel, daß sowohl der rein anfechtbare wie der sogenannte relativ nichtige Vertrag – wenn auch nicht gemeinrechtlich, wohl aber nach den diesfälligen Commissionsbeschlüssen – gelte und bestehe. Während der Zeit, innerhalb deren der Anfechtungsberechtigte von seinem Rechte, den Vertrag umzustößen, noch nicht Gebrauch gemacht habe, sei mithin ein Vertrag vorhanden, und nur seine Wirksamkeit sei beschränkt, bis die Ungewißheit entweder durch einen Verzicht auf die Anfechtung oder durch eine Genehmigung des Vertrages oder durch Verjährung des Anfechtungsrechtes zum Austrage komme, und das Geschäft wirksam werde.

Da man also auch bei den *negotiis claudicantibus* die gemeinrechtliche Theorie, daß die(383)selben von Anfang an ungiltig seien und erst durch Genehmigung *convalesciren*, verlassen, und die Zweitheilung, welche auch v. Wächter vom gesetzgeberischen Standpunkte aus für gerechtfertigt erkläre, nämlich die bloße Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Verträgen angenommen habe, so gelte der in dem Artikel¹⁾ aufgestellte Satz ausnahmslos auch für die *negotia claudicantia*.

¹⁾ Anm.: Art. 139 DresdE

(3923) Auch würde die Fassung „(sc. der Irrthum) macht den Vertrag nichtig“ mit dem Princip, auf welchem der Entwurf stehe, in directen Widerspruch treten, da nicht der Irrthum den Vertrag nichtig mache, sondern der Vertrag wegen mangelnden *Consensus* nichtig sei und der Irrthum nur insoweit in Betracht komme, als er den Mangel der Willensübereinstimmung offenbar mache.

223 i SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT. Entwurf 1871 [Entwurf W. MUNZINGER]

Fünfter Abschnitt.

Einwilligung zum Vertrag.

Art. 33.

Ein Vertrag kann von dem Kontrahenten, der sich in einem wesentlichen Irrthume befunden hat, angefochten werden, der Irrthum sei entschuldbar oder nicht.

Nichtig ist der Vertrag nur dann, wenn auch eine übereinstimmende Erklärung des Kontrahenten fehlt.

Art. 34.

Der Irrthum ist ein wesentlicher, wenn der Wille des einen Kontrahenten auf einen Vertrag anderer Art gerichtet ist, als der Wille des Andern.

Art. 35.

Es ist ein wesentlicher Irrthum, wenn der Wille des Irrenden auf einen bestimmten andern Gegenstand oder auf eine ganz andere Gattung von Sachen gerichtet war, als der Wille des andern Kontrahenten.

Neunter Abschnitt.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verträge.

Art. 84.

Ein nichtiger Vertrag ist so anzusehen, als wenn er nicht geschlossen worden wäre, ohne dass es der Erwirkung einer Nichtigkeitserklärung bedarf.

Art. 85.

Die Nichtigkeit einer einzelnen Vertragsbestimmung zieht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nur dann nach sich, wenn die übrigen Bestimmungen ohne die nichtige nicht bestehen können, oder nach der Absicht der Kontrahenten nicht bestehen sollen.

Art. 86.

Ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von den hiezu Berechtigten angefochten wird.

Der Vertrag bleibt gültig, wenn das Recht zur Anfechtung aus einem rechtlichen Grunde, insbesondere wegen Verzichts oder wegen Verjährung oder wegen Genehmigung des Vertrages wegfällt.

Art. 87.

Sind in Folge eines nichtigen oder eines durch Anfechtung aufgehobenen Vertrages Sachen geleistet worden, so hat der Empfänger dieselben sammt Zuwachs und Früchten wieder zu erstatten, oder, wenn diess nicht möglich ist, den Werth zu ersetzen.

Ist jedoch dem Empfänger kein Verschulden beizumessen, so reicht die Haftung desselben nur so weit, als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist.

223 j P.F. v. WYSS, Bemerkungen zum Commissionalentwurfe erster Lesung (Juli 1877)

(61) Mit dieser Bemerkung sind wir zu der gemeinsamen Grundlage gelangt, auf welcher der Entwurf seine Sätze über die sogenannten Willensmängel aufbaut. Die Abnormitäten in der (62) Bildung und Aeusserung des contractlichen Willens modifiziren die rechtliche Wirksamkeit des letztern nach römischem Recht bekanntlich in sehr verschiedener Weise, je nachdem sie – gemäss der römischen Anschauung – den geäusserten Willensentschluss als überall nicht vorhanden, oder bloss als mangelhaft und deshalb widerruflich erscheinen lassen. Dort sehen wir als Resultat die gänzliche, allseitige Nichtigkeit des Vertrages, hier dagegen die einseitige sogen. Anfechtbarkeit. Mit Recht ist aber in neuester Zeit darauf hingewiesen worden, wie dieser Gegensatz des röm. R. weniger in einer principiellen, psychologisch gerechtfertigten Verschiedenartigkeit des Willensmomentes seinen Grund hat, als vielmehr in dem positiven Gegenüberstehen von formalem und materiellem, oder richtiger von civilem und praetorischem Recht. Jenes kennt nur gänzliche Nichtigkeit (da wo seiner Ansicht nach der geäusserte Wille überhaupt fehlt, z.B. beim wesentlichen Irrthum) oder allseitige Gültigkeit; dieses gestattet gegenüber der civilen (sog. ipso-iure-) Gültigkeit in Fällen, wo die Willenserklärung in mangelhafter Weise zu Stande gekommen (z.B. unter dem Einflusse von Betrug und Zwang) dem verletzten Theile die Anfechtung oder Restitution.

Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bei fehlerhafter Willenserklärung hat also mit Wegfall der positiven Besonderheiten des römischen Rechtes seine allgemeine Bedeutung verloren. Je nachdem die zum Contrahiren erforderliche Willenserklärung als wahrhaft vorhanden anzusehen ist oder nicht, werden wir ihr – und zwar durchweg im nämlichen Maasse – rechtliche Wirkung zuschreiben oder nicht. Demgemäss wird auch überall nur eine

Form nöthig sein, um den Mängeln der Willenserklärung ihren gebührenden Einfluss zu sichern. [...]

(63) In Folge dieser – durch die Natur der Sache gegebenen und sachlich, wenn auch nicht den Ausdrücken nach, vorhandenen – Einstimmigkeit war dem Entwurf sein Weg vorgezeichnet. Er lässt die fehlerhafte Willenserklärung mit Recht nur für denjenigen Contrahenten, in dessen Person der Mangel wirksam ist, unverbindlich sein. Wenn er nun diese einseitige Unverbindlichkeit „Anfechtungsrecht“ tituliert, so wollen wir nicht zu scharf darum rechten. Der Sache nach ist es einseitige (sogen. relative) Nichtigkeit, hinkendes Geschäft, da es sich nicht um die Zerstörung eines an sich, ipso jure, vollgültigen Geschäftes handelt. Es ist sachlich (64) genau dasselbe Verhältniss wie beim Verträge des Handlungsunfähigen, welchem schon das römische Civilrecht diese Wirkung gab. In Art. 6 hat, wie wir oben sahen, der neue Entwurf die „Anfechtung“ des früheren Entwurfes fallen gelassen. Er hätte dies mit demselben Rechte, um konsequent zu sein, auch in unserm 4. Abschnitte thun können. Es hätte genügt, die Unverbindlichkeit auszusprechen. [...]

Seine (sc. des Entwurfs) sogenannte Anfechtbarkeit ist sachlich durchaus nichts anderes als einseitige Nichtigkeit. Der nicht gebundene Contrahent kann sich auf rein passives Zuwarten beschränken und mit Berufung auf den betreffenden Willensmangel seine Schuld(65)pflcht ablehnen, die Klage bestreiten*) sofern er nur gemäss Art. 199 gegen den Verdacht einer stillschweigenden Ratihabition sich sicher gestellt hat. [...]

*) Eine exceptio im römischen Sinne ist dies eben nicht, sondern Bestreitung des Klagefundamentes, i.e. des verbindlichen Vertrags.

Wir schlagen daher vor, die unnütze und verwirrende Terminologie der „Anfechtung“ zu beseitigen.

Wenn wir uns nun von dem allgemeinen Einflusse der Willensmängel zu diesen selbst wenden, so halten wir uns an die Reihenfolge des Entwurfes:

Art. 30-38 Irrthum. – Bereits deuteten wir die beiden Richtungen an, in welchen der Irrthum für den Vertragsschluss fatal sein kann. Fassen wir zuerst die eine derselben näher in's Auge. Unbewusster Weise entspricht die Willensäußerung des einen Contrahenten (das Angebot), welche dem andern zur Kenntniss kommt und auf welche hin dieser sein Jawort gibt, dem wirklichen Willensentschlusse des erstern nicht: er selbst oder sein Bote oder sein Stellvertreter hat sich aus Versehen („Irrthum“) schriftlich oder mündlich falsch ausgedrückt. Hier trifft also die Annahme nicht mit dem wirklich gewollten Angebote zusammen und es besteht, wenn auch die Aeusserungen beiderseits übereinstimmen, doch keine Uebereinstimmung des Willens. Das nämliche Missverhältniss kann auch von Seite der Annahmerklärung eintreten. In solchen Fällen fehlt also das, was zum Verträge in erster Linie nöthig ist: der Consens.

Der Irrthum verhüllt diesen Mangel, beseitigt ihn aber nicht. Die Existenz eines gültigen Vertrages können wir also konsequenter Weise nicht annehmen, sofern wenigstens der Dissens sich auf wesentliche Vertragspunkte erstreckt.

Diese seit Savigny herrschende Theorie vom sogenannten unächten Irrthum ist zwar neuerdings in Theorie und Praxis vielfach angefochten worden. Man bemüht sich, der Erklärung (66) des Willens ein gewisses Uebergewicht über den letztern zu geben und die formelle Uebereinstimmung der Willensäußerungen für ausreichend zu erklären zur Gültigkeit des Vertrages. Während Savigny darauf hinwies, dass die Verschuldung des Versehens in solchen Fällen nichts an der Unverbindlichkeit ändern könne, da ja nicht der subjektive Irrthum als solcher (daher „unächter Irrthum“), sondern der objektive Dissens die Ursache der Nicht-Existenz des Vertrages sei, so hat man seither wenigstens das irgendwie verschuldete Versehen für irrelevant erklären wollen. Ja Bähr stellt jedes Versehen in diese Linie, davon ausgehend, dass jeder Contrahent eine unbedingte Verantwortlichkeit für seine Willensäußerung trage und daher rechtlich bei derselben zu behaften sei, sobald nicht der Gegner Ursache hatte, den Fehler in der gegnerischen Willensäußerung zu erkennen.

Dieses absolute Uebergewicht der Form über den Willen wünscht nun Vogt (S. 100 ff.) im Entwurf sanktioniert zu sehen, der sich in unsrer Frage an Savigny hält. Wir können dieses Postulat, dessen nähere Ausführung Vogt wolweislich unterlässt, nicht theilen. Man würde damit den Formalkontrakt zum allgemeinen Prinzip erheben und den Willen seiner naturgemässen Funktion als rechtserzeugenden Elementes entheben. Dies mag bei einzelnen vom Verkehre ausgezeichneten und mit allen möglichen rechtlichen Garantien versehenen Formen (Wechsel, Fertigungen u. dgl.) angehen, aber als allgemeine Norm würde ein derartiger Satz das natürliche Verhältniss auf den Kopf stellen und schon deshalb unhaltbar sein. [...]

(67) Nun fällt aber der Irrthum noch in einer andern Richtung in Betracht. Der subjective Willensentschluss des einen oder andern Contrahenten an sich kann auf irrthümlich Weise, d.h. als Resultat falscher Vorstellungen zu Stande gekommen sein. Dieser seit Savigny sogenannte „ächte Irrthum“ wird in der Regel als sogenannter Irrthum in den Beweggründen schlechthin für unerheblich erklärt, so dass die rechtliche Verbindlichkeit des Willensentschlusses darunter nicht leiden soll, sofern der gegnerische Wille damit übereinstimmt. [...] (68) Der Irrthum in den Vorstellungen, um erheblich zu sein, darf sich nicht bloss beziehen auf subjective, ausserhalb der Vertragselemente gelegene Verhältnisse (was die herrschende Theorie „Motive“ nennt), sondern die falschen Vorstellungen müssen sich beziehen auf die thatsächliche Beschaffenheit der wesentlichen Vertragselemente selbst, d.h. der Person des Mitcontrahenten, oder der eigenen oder der Gegenleistung. Auch genügt nicht jeder Irrthum über deren thatsächliche Beschaffenheit,

sondern bloss ein so erheblicher, dass nach objectiv billigem Ermessen anzunehmen ist, die richtige Vorstellung hätte den betreffenden Willensentschluss nicht aufkommen lassen. Auf subjectives Verschulden kommt es hier grundsätzlich eben so wenig an wie im Falle des Dissenses, die Schadenersatzpflicht vorbehalten.

Wir sind also zu dem Resultate gelangt: *sowol das Versehen in der Willensäußerung, das den Consens hindert, als falsche Vorstellungen, die den Einzelwillen beeinflussen, können die normale Rechtswirkung der vertraglichen Willenserklärung stören.* Um diesen Einfluss zu haben, muss sich aber der „Irrthum“ beiderlei Wesens beziehen auf wesentliche Vertragselemente. Wir können also den erheblichen oder „wesentlichen“ Irrthum schlechthin abgrenzen nach Seite seines Gegenstandes, wie der Entwurf es thut, dürfen aber dabei nicht vergessen, dass wir zwei grundsätzlich verschiedene Verhältnisse zugleich im Auge haben: den Mangel des Consenses und den auf falschen Vorstellungen ruhenden Einzelwillen.

Wenn wir nun – mit dem Entwurf – in *beiden* Fällen bloss *einseitige* Unverbindlichkeit statuieren, so wissen wir wol, dass wir die gemeinrechtliche Theorie gegen uns haben. Wie soll denn einseitige Gebundenheit bestehen da, wo der Consens mangelt, diese *conditio sine qua non* aller Vertragswirkung?

(69) In der That ist dies ein den Römern unbekannter Satz. Das *negotium claudicans* kennen sie nur beim Contracte des Handlungsunfähigen, der, wenn auch ohne rechtliche Verbindlichkeit, immerhin faktisch consentirt. Allein zur analogen Verwendung dieser Rechtsfigur berechtigt uns, abgesehen von dem Vorgange neuerer Gesetzgebungen (s. oben), das praktische Interesse der Aufrechterhaltung eines äusserlich perfect gewordenen Geschäftes. Der nicht irrende Contrahent, der seinen Consens richtig erklärt hat, soll nicht wegen des gegnerischen Irrthums sich aus der Sache ziehen können, wenn der Gegner das Geschäft halten will. Es wird also der einseitigen Willenserklärung, um ihrer Aeusserung willen, eine selbstständige Verpflichtungskraft beigemessen, immer jedoch unter der Voraussetzung, dass ihr eine gegnerische, wenn auch irrthümliche und deshalb an sich kraftlose, Aeusserung entspreche.

Nach dieser breiten Erörterung der Grundlagen können wir uns über die einzelnen Artikel kurz fassen:

Art. 33. Für Satz 1 schlagen wir, die „Anfechtung“ beseitigend, folgende Fassung vor, welche beiden entwickelten Bedeutungen des Begriffs „Irrthum“ Rechnung trägt und den (definitiven) „Vertrag“ nicht erwähnt:

„Die übereinstimmende (vertragliche) Willenserklärung, *) welche durch wesentlichen Irrthum des einen oder andern Contrahenten zu Stande gekommen, ist für diesen unverbindlich.“

*) Franz. „le consentement“, d.h. die äussere Erscheinung desselben.

- 223 k SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONEN- UND HANDELSRECHT. Entwurf des eidgenöss. Justiz- und Polizei- Departementes, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission. Juli 1879

Abschnitt IV.

Mängel des Vertragsschlusses.

Art. 22.

Der Vertrag ist für denjenigen Kontrahenten unverbindlich, welcher durch wesentlichen Irrthum zur Eingehung desselben bestimmt wurde.

Art. 22.

Le contrat n'oblige pas la partie qui l'a conclu sous l'empire d'une erreur essentielle.

Art. 30.

Ist der eine Kontrahent durch betrügerische Handlungsweise des anderen zu dem Vertragsschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für jenen auch dann nicht verbindlich, wenn kein wesentlicher Irrthum vorhanden war.

Art. 30.

La partie qui a été amenée à conclure le contrat par le dol de l'autre partie, n'est pas obligée par le contrat, même lorsqu'il n'y a pas eu erreur essentielle.

Art. 32.

Ist ein Kontrahent von dem anderen Kontrahenten oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für jenen nicht verbindlich.

Art. 32.

Le contrat n'oblige pas celui qui l'a conclu sous l'empire d'une crainte fondée, inspirée par le fait illicite de l'autre partie ou d'un tiers.

Art. 35.

Ein wegen Irrthums, Betruges oder Furcht unverbindlicher Vertrag kann von demjenigen Kontrahenten, für welchen er nicht verbindlich ist, genehmigt werden. Der Vertrag gilt als genehmigt, wenn der nicht gebundene Kontrahent innerhalb Jahresfrist weder dem anderen Kontrahenten seinen Entschluss, ihn nicht zu halten, gerichtlich oder aussergerichtlich zu erkennen gibt, noch die geschehene Leistung zurückfordert. Die Jahresfrist beginnt in den Fällen des Irrthums und Betruges mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit der Beseitigung derselben.

Art. 35.

Le contrat vicié par erreur, dol ou crainte, peut être ratifié par la partie non obligée. Il est tenu pour ratifié, lorsque celle-ci n'a pas, dans le délai d'un an, fait connaître à l'autre partie, judiciairement ou extrajudiciairement, sa volonté de ne pas maintenir le contrat, ni répété ce qu'elle a payé.

Le délai d'un an court, dans le cas d'erreur ou de dol, à partir de la découverte de l'erreur ou du dol, et, dans le cas de crainte, à partir du moment où la crainte a cessé.

223 1 ENTWURF eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung (1888)

Fünfter Titel.**Willensmängel.**

§. 98.

Beruhet der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, dass der Urheber bei Kenntniss der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde.

§. 100.

Fehlt bei der Schliessung eines Vertrages in Ansehung eines Theiles des Vertrages die Uebereinstimmung des Willens der Vertragschliessenden,

so ist der ganze Vertrag nichtig, sofern nicht erhellt, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über jenen Theil geschlossen sein würde.

§. 101.

Die Vorschriften der §§. 98 bis 100 finden entsprechende Anwendung, wenn der Urheber der Willenserklärung zur Uebermittlung derselben an den Empfänger sich einer Mittelsperson bedient hat, durch welche der Wille unrichtig mitgetheilt ist.

§. 102.

Ein Irrthum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ohne Einfluss.

§. 103

Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich, durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten.

Ist bei einer Willenserklärung, deren Wirksamkeit davon abhängt, dass sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird, der Betrug von einem Dritten verübt, so ist die Willenserklärung nur dann anfechtbar, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Betrug kannte oder kennen musste.

Siebenter Titel.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 108.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre.

§. 109.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, dass die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen.

§. 110.

Wird das nichtige Rechtsgeschäft von dem Urheber bestätigt, so ist die Bestätigung als eine erneute Vornahme des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen.

Wird ein nichtiger Vertrag bestätigt, so sind die Vertragschliessenden im Zweifel unter einander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre.

§. 112.

Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird im Falle der Anfechtung in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre, es sei denn, dass durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtung vorgeschrieben sind.

§. 113.

Die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes erfolgt durch eine von dem Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner abzugebende Willenserklärung.

Anfechtungsgegner ist bei einem Verträge der andere Vertragschliessende, bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, dessen Wirksamkeit davon abhängt, dass es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird, der Beteiligte, bei einem anderen einseitigen Rechtsgeschäfte ein Jeder, welcher aus dem Rechtsgeschäfte ein Recht in Anspruch nimmt, dessen Aufhebung durch die Anfechtung bezweckt wird.

Durch die Genehmigung des Anfechtungsberechtigten wird das Rechtsgeschäft unanfechtbar.

223 m MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I: Allgemeiner Theil (1888).

§99

Die Nichtigkeit der Willenserklärung infolge beachtlichen Irrthumes ist nur die Regel.

(200) Die auf einem wesentlichen Irrthume beruhende Willenserklärung ist an sich nichtig, mag der Irrthum ein thatsächlicher oder ein Rechtsirrthum, mag er entschuldbar oder unentschuldbar sein; nicht der Irrthum, sondern der durch denselben hervorgerufene Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen ist der Grund der Nichtigkeit. [...] (202)

§ 100

Dissens im engeren und weiteren Sinne.

Bei der Schliessung eines Vertrages kann es an einer Uebereinstimmung des beiderseitigen Willens der Parteien aus einem zwiefachen Grunde fehlen. Möglich ist, dass die Willenserklärungen der Vertragschliessenden zwar übereinstimmen, aber auf Seiten eines der Vertragschliessenden Willen und Erklärung sich nicht decken, die Willenserklärung dieses Vertragschliessenden infolge dessen (§§ 95, 97-99) nichtig ist und demgemäss es an einer Uebereinstimmung des Willens der Vertragschliessenden gebricht. Denkbar ist aber auch, dass Wille und Erklärung auf Seiten eines jeden der Vertragschliessenden übereinstimmen, die beiderseitigen Willenserklärungen aber infolge eines Missverständnisses sich nicht decken, ohne dass die Vertragschliessenden sich dessen bewusst geworden sind (sog. Dissens im engeren Sinne). Beide Fälle, von denen der erstere sich als ein Unterfall des § 114 erweist, werden angemessen der gleichen Rechtsregel unterstellt.

Der Vertrag ist nichtig, es sei denn, dass der betr. Punkt unwesentlich ist.

Der Mangel der Uebereinstimmung des beiderseitigen Willens entzieht dem Vertrage die Gültigkeit, sofern der Mangel einen Punkt betrifft, der im Sinne der Parteien oder auch nur einer Partei ein wesentlicher ist. (...)

§ 103

(204) [...] Wer widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, kann die Willenserklärung mit der Wirkung anfechten, dass sie so angesehen wird, als ob die nicht abgegeben (205) worden wäre (Abs. 1; § 112). Der psychologische Akt der Willensbildung – *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* – ist für sich allein nicht entscheidend. Theoretisch mag derselbe nahelegen, die Willenserklärung als solche gelten zu lassen und dem Beeinflussten lediglich mit einem im Wege der Klage oder Einrede verfolgbaren Ausgleichungsansprüche zu Hülfe zu kommen. Rechtspolitisch empfiehlt sich eine solche Gestaltung nicht. Die bindende Kraft der durch eine widerrechtliche Drohung oder durch Betrug hervorgerufenen Willenserklärung ist nicht etwas natürlich Gegebenes, ein Uebelstand, der thunlichst zu beseitigen ist, sondern die bindende Kraft beruht, wenn sie einer solchen Erklärung zu Teil wird, allein auf der Bewilligung der Rechtsordnung. Diese Bewilligung darf aber im Interesse des Bedrohten bzw. Betrogenen nur beschränkt erfolgen. [...]

Siebenter Titel.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Anordnung des Stoffes.

(216) Der Entwurf begreift unter Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte sowohl die Nichtigkeit (§108) als die Anfechtbarkeit (§112). Der Ausdruck Unwirksamkeit wird nicht im Gegensatze zu Ungültigkeit gebraucht, sondern seinem Wortverstande gemäss im Allgemeinen zur Bezeichnung des Falles, in welchem das Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ist, mögen diese von vornherein überhaupt wegen Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ausgeschlossen sein oder infolge einer vorgesehenen Eventualität, wie bei dem Ausfalle der aufschiebenden Bedingung, dem Willen der Parteien gemäss, ausbleiben.

§§ 108-110.

Begriff der Nichtigkeit nach dem Entwurfe.

(217) Mit dem Ausdrucke Nichtigkeit wird in der Wissenschaft und Gesetzgebung ein bestimmter Begriff nicht so allgemein verbunden, dass der Begriffsinhalt als gegeben vorausgesetzt werden könnte. Nichtig im Sinne des Entwurfes ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre (§108). [...] Zur Vermeidung jedes Missverständnisses ist besonders betont, dass bezüglich der gewollten rechtlichen Wirkungen das Rechtsgeschäft als nicht vorgenommen gelte. Eine nähere Betrachtung lehrt zwar schon an sich, dass anderweite unbeabsichtigte Wirkungen, welche an ein nichtiges Rechtsgeschäft sich knüpfen, nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern durch einen in dem äusseren Akte sich findenden besonderen Thatbestand – *culpa in contrahendo* (§ 97 Abs. 3, § 99 Abs. 2) u.s.w. - erzeugt werden [...] Von einem Hinweise darauf, dass zur Herbeiführung der Folgen der Nichtigkeit es einer Nichtigkeitserklärung durch Richterspruch nicht bedarf (sächs. G. B. § 849, dresd. Entw. Art. 136), ist als entbehrlich abgesehen. [...]

Das nichtige Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, dass die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen.

Das nichtige Rechtsgeschäft wird nach dem Entwurfe nicht dadurch gültig, dass die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen (§ 109); vergl. sächs. G. B. § 104, bayr. Entw. Th. I Art. 81 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 138 Satz 1. Den gesetzlichen Erfordernissen muss bei der Vornahme des äusseren Aktes genügt sein. [...]

Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes.

Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von dem Urheber nachträglich bestätigt, so ist das durch eine solche Redeweise gesetzte Ziel ein unerreichbares; die mangelnde Anerkennung seitens der Rechtsordnung kann nicht durch einen Privatwillensakt ersetzt werden. Die Bestätigung hat nur rechtliche Bedeutung, wenn und soweit sie sich als erneute, allen Erfordernissen gerecht werdende Errichtung eines Rechtsgeschäftes von gleichem Inhalte darstellt (§ 110 Abs. 1); vergl. preuss. A. L. R. I, 3 §§ 43, 44, I, 5 §§ 37, 38, 192, code civil Art. 1339, sächs. G. B. § 848, bayr. Entw. Th. I Art. 81 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 138. [...] (218)

§ 112

Begriff der Anfechtbarkeit nach dem Entwurfe.

Die Vorschrift hat die Aufgabe, den Sinn klarzustellen, welcher mit dem Ausdrucke Anfechtbarkeit verbunden wird, wenn derselbe in Ansehung eines Rechtsgeschäftes ohne nähere Bestimmung im Entwurfe gebraucht ist; vergl. § 103 (§§ 1478, 1600, 1630, 2040 Abs. 2, §§ 2041, 2094 Abs. 5), §§ 1780-1783, 1948, 2040 Abs. 1. [...] (219)

Die Anfechtung wirkt rückwärts auch gegen Dritte.

Unter Anfechtbarkeit wird diejenige Ungültigkeit verstanden, kraft deren einem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann – dann aber auch rückwärts - entzogen wird, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung von dem hierzu Berechtigten abgegeben wird. Das anfechtbare Rechtsgeschäft steht unter einer auflösenden Gesetzesbedingung, deren Eintritt besonderer Bestimmung zufolge rückwirkende Kraft hat. So lange nicht angefochten ist, besteht das Rechtsgeschäft. Erfolgt die Anfechtung, so wird das Rechtsgeschäft hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. Der frühere Zustand wird alsdann unter den Parteien von Rechtswegen wieder hergestellt. Ist Eigentum an einer beweglichen Sache anfechtbar übertragen, so fällt dasselbe mit der Anfechtung zurück, ohne dass es der Rückübertragung bedarf. Handelt es sich um ein Grundstück, so wird der Inhalt des Grundbuchs unrichtig und es kann die Berichtigung desselben verlangt werden (§ 843). Abgetretene Forderungen fallen von selbst zurück; erlassene Forderungen leben wieder auf. Die Anfechtung wirkt in solcher Weise nicht nur unter den Parteien, sondern auch gegen Dritte, welche in der Zeit zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäftes und der Anfechtung den auf Grund des anfechtbaren Rechtsgeschäftes übertragenen Gegenstand erworben bzw. Rechte an demselben erlangt oder sonst mit der einen oder anderen Partei anlässlich der durch das anfechtbare Rechtsgeschäft geschaffenen Rechtslage in Geschäfte sich eingelassen haben, - vorbehaltlich der Sonderbestimmungen [...].

223 n DEUTSCHES BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB) von 1896

§ 119 [Anfechtbarkeit wegen Irrtums] (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

(2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

§ 141 [Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts] (1) Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen.

§ 142 [Wirkung der Anfechtung] (1) Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

(2) Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.

§ 143 [Anfechtungserklärung] (1) Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

(2) Anfechtungsgegner ist bei einem Verträge der andere Teil, im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat.

(3) ¹ Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, ist der andere der Anfechtungsgegner. ² Das gleiche gilt bei einem Rechtsgeschäfte, das einem anderen oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen war, auch dann, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist.

(4) ¹ Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft anderer Art ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. ² Die Anfechtung kann jedoch, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben war, durch Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen; die Behörde soll die Anfechtung demjenigen mitteilen, welcher durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist.

§ 144 [Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts] (1) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird.

(2) Die Bestätigung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

- 223 o PROTOKOLLE DER KOMMISSION für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschnitt I, Abschnitt II, Theil I. (1897)

Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit.

(105) Die Komm. liess vorläufig noch dahingestellt, wie ein beachtlicher Irrthum beschaffen sein müsse, und schritt zunächst zur Erörterung der Frage, in welcher Weise die Folgen eines beachtlichen Irrthums zu gestalten seien, ob regelmässig, wie nach dem Entw., Nichtigkeit, oder ob, wie nach den Anträgen 1, 2, 4, 5, Anfechtbarkeit eintreten, oder ob ein beachtlicher Irrthum die Willenserklärung „unverbindlich“ machen solle wie dies in dem Antrage 3 vorgeschlagen ist. Die Diskussion wandte sich zunächst dem letzterwähnten Antrage zu. Der Antragsteller bezweckte mit demselben, dem Irrenden einen ausgiebigeren Schutz zu gewähren, als ihm bei der Anfechtung nach dem Antrag 1 zu Theil werde. Er führte aus, dieser Zweck lasse sich am einfachsten dadurch erreichen, dass man dem Irrenden eine ähnliche Stellung einräume wie dem Minderjährigen, welcher ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Es sei eine unbillige Zumuthung, wenn man von dem Irrenden verlange, in der Form der Anfechtung dem anderen gegenüber zu erklären, dass er das Geschäft nicht gelten lasse. Das Erfordernis der Anfechtung bringe den Irrenden auch in eine ungünstige Beweislage, da derselbe nicht nur zu beweisen habe, dass er geirrt, sondern auch, dass und wann er angefochten und wie er die Anfechtung dem Gegner zu erkennen gegeben habe. Gegen den Antrag wurde von einer Seite geltend gemacht, dass derselbe neben der dem Entw. bekannten Nichtigkeit und Anfechtbarkeit noch die Unverbindlichkeit als eine dritte Art der Ungültigkeit einführen wolle. Von anderer Seite wurde das Hauptgewicht auf das praktische Bedenken gelegt, dass der Antrag zu einer ungerechten Behandlung des anderen Theiles führe, weil der Irrende, der den Irrthum in Erfahrung gebracht habe, so lange auf Kosten des anderen Theiles spekuliren könne, bis dieser auch seinerseits von dem Irrthume Kenntnis und dadurch die Möglichkeit erlangt habe, dem Irrenden die Frist für die Geltendmachung der Unverbindlichkeit zu setzen. Der Antragsteller zog hierauf den Antrag 3 zurück, jedoch unter dem Vorbehalte, dass die Gestaltung der Anfechtung eine dem Irrenden günstigere werden müsse, als dies nach dem Antrag 1 der Fall sei, dass insbesondere das Verlangen „unverzüglicher“ Anfechtung fallen gelassen werde.

Anfechtbarkeit

Die Komm. einigte sich dahin, dass an Stelle der vom Entw. vorgeschrieben Nichtigkeit als Folge des wesentlichen Irrthums nur Anfechtbarkeit eintreten solle.

Erwogen war:

Die Anfechtbarkeit entspreche dem in den grossen Rechtsgebieten des preuss. A.L.R. und des code civil geltenden Rechte. Dieselbe sei nicht nur vielfach von (106) Seiten der Kritik, sondern auch von den Bundesregierungen an Stelle der Nichtigkeit befürwortet worden. Die Regelung auf der Grundlage der Anfechtung entspreche am Besten der Sachlage. Der Urheber der unter einem wesentlichen Irrthum abgegebenen Willenserklärung erfahre keine unbillige Behandlung, wenn die Willenserklärung einstweilen als gültig betrachtet und ihm nur freigestellt werde, dieselbe durch einen besonderen Willensakt hinfällig zu machen. Dem anderen Theile aber geschehe kein Unrecht, wenn die Willenserklärung, welche er ja für wirksam gehalten habe, bei unterlassener Geltendmachung des Irrthums seitens des Irrenden wirksam bleibe; es lasse sich nicht absehen, weshalb auch der Andere oder gar jeder unbetheiligte Dritte auf unbeschränkte Zeit hinaus die Ungültigkeit sollte geltend machen dürfen, und zwar selbst in solchen Fällen, in denen der Irrende trotz des Irrthums mit der Aufrechterhaltung der Willenserklärung vollkommen einverstanden sein würde. Eine andere Frage sei, wie der auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertrauende Dritte im Falle der Anfechtung zu schützen sei. (...)

Dagegen soll nach dem Antrag 1 (vergl. auch Antrag 3) der Schutz des anderen Theiles darin bestehen, dass der Anfechtende demselben zum Schadensersatz nach Massgabe des §. 97 Abs. 2 verpflichtet sein soll, d.h. unter der Voraussetzung, dass der andere Theil den Irrthum weder kannte noch kennen musste und nur insoweit, als der andere Theil dadurch geschädigt ist, dass er auf die Verbindlichkeit der Erklärung vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches er an jener Verbindlichkeit hatte. Von dem Entw. weicht dieser Antrag insbesondere insofern ab, als die Schadensersatzpflicht eintreten soll, ohne Rücksicht darauf, ob dem Irrenden ein Verschulden an dem Irrthume zur Last fällt oder nicht.

223 p SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT. Entwurf 1905

F. Mängel des Vertragsabschlusses.

Irrtum.

1. Wirkung.

1038 (18).

Der Vertrag ist für Denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.

3. Unwesentlicher Irrtum.

1041 (21).

Der nicht wesentliche Irrtum macht den Vertrag nicht unverbindlich.

223 q SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT. Expertenkommission.

2. Sitzung

Dienstag den 5. Mai 1908

(8) BEGUELIN appuie la suppression des exemples au 2me. alinéa. Quant aux effets des vices du consentement, il estime qu'il serait préférable de le fixer d'une façon plus simple en remplaçant le système de la "einseitige Unverbindlichkeit" par celui de l'annulabilité, les question de détail restant réservés à la commission de rédaction.

VORSITZENDER konstatiert, dass sich dieser Antrag sowohl auf 1038 als auch auf 1041 beziehen würde, was Béguelin bestätigt.

(9) JAEGER ist mit dieser von Béguelin vorgeschlagenen Aenderung des Systems (Anfechtbarkeit statt "einseitige Unverbindlichkeit") einverstanden.

(10) II. Der Antrag Béguelin (Unverbindlichkeit durch Anfechtbarkeit zu ersetzen) wird gegenüber dem System des Entwurfes mit Mehrheit gegen 4 Stimmen verworfen.

223 r BGE 114 II 142 f E.-3b

In der Lehre werden über die Wirkungen eines Vertrages, bei dessen Abschluss sich eine Partei in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, verschiedene Auffassungen vertreten. Nach der Ungültigkeitstheorie ist der Vertrag von Anfang an ungültig, entfaltet folglich überhaupt keine Wirkungen; solche entstehen nur, wenn das Rechtsgeschäft nachträglich vom Irrenden ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten genehmigt wird (GAUCH/SCHLUEP, N. 673 ff. mit Hinweisen; ENGEL, S. 232/33). Der Vertrag ist somit suspensiv bedingt. Nach der Anfechtungstheorie gilt er hingegen vorerst als gültig, kann aber vom Irrenden durch Berufung auf den Willensmangel aufgelöst werden, weshalb er als resolutiv bedingt erscheint. Diese Auffassung soll zur Zeit

in der schweizerischen Lehre vorherrschen (GAUCH/SCHLUEP, N. 681 mit Hinweisen). Nach einer dritten Theorie schliesslich, die von einer geteilten Ungültigkeit ausgeht, ist der Vertrag für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere dagegen gültig, für jene also suspensiv, für diese resolutiv bedingt (VON TUHR/PETER, S. 338, insbesondere unter Anm. 37a). Unterschiedlich wird nach diesen Theorien auch der Bereicherungsanspruch qualifiziert, der sich ergibt, wenn der Irrende den Vertrag mit Erfolg anfechtet. Nach der Ungültigkeitstheorie betrifft der Anspruch eine Nichtschuld, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt; nach der Anfechtungstheorie dagegen erweist er sich als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund mit Beginn der absoluten Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anfechtung, während er nach der geteilten Ungültigkeitstheorie für den Irrenden als Leistung einer Nichtschuld, für den Vertragspartner aber als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund erscheint (GAUCH/SCHLUEP, N. 1106; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 12 zu Art. 62 OR; BUCHER, S. 693 Anm. 162; VON TUHR/PETER, S. 338 Anm. 37a).

Den Grundgedanken und den Zielen, die sich aus der Entstehung des Gesetzes ergeben, entspricht indes nur die Ungültigkeit des Vertrages, sei diese Wirkung nun als ein- oder zweiseitig anzusehen, bevor der Irrende sich auf den Mangel beruft. Dies hat namentlich GAUCH in einer rechtshistorischen Studie (Vertrag und Parteiwille, in 100 Jahre OR S. 343 ff.) überzeugend dargetan. Der Versuch, die einseitige Unverbindlichkeit durch eine eigentliche Anfechtbarkeit ("annulabilité") des Vertrages zu ersetzen, wurde in den Vorarbeiten ausdrücklich abgelehnt. Das schweizerische Recht sollte sich dadurch nicht nur klar vom deutschen unterscheiden, das auf dem Grundsatz der Anfechtbarkeit beruht, sondern Ungewissheiten einer verwirrenden Terminologie vorbeugen und die Anwendung des Gesetzes erleichtern (GAUCH/SCHLUEP, N. 682; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 1 ff. zu Art. 31 OR; VON TUHR, ZSR NF 17/1898 S. 44 ff.). Die an diesem historischen Verständnis insbesondere von PIOTET (in ZBJV 121/1985 S. 148 ff.) geübte Kritik vermag demgegenüber nicht zu überzeugen.

223 s BGE 128 III 75 E. 2

Mit der Erklärung, einen Vertrag wegen Grundlagenirrtums oder Täuschung nicht halten zu wollen, wird im Rahmen eines Gestaltungsgeschäftes ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ausgeübt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, Rz. 129 und 151). Durch ein solches Gestaltungsrecht wird ein Rechtsverhältnis inhaltlich aufgehoben, ohne dass es dazu der Zustimmung der Gegenpartei bedarf. Der einseitigen Gestaltungsmacht des Berechtigten entspricht auf der Seite des Erklärungsgegners eine Gebundenheit, diese Gestaltung und den in ihr liegenden Einbruch in den eigenen Rechtskreis hinzunehmen und gegen sich gelten zu lassen. Da dem Berechtigten durch das Gestaltungsrecht eine einseitige Gestaltungsmacht eingeräumt ist, müssen Sicherungen im Interesse der Gegenpartei vorgesehen werden, damit der Eingriff in die Rechtssphäre für diesen überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird (LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997, S. 311). Aus diesem Schutzbedürfnis der Gegenpartei, ihrem Interesse an klaren

Verhältnissen, folgt der Grundsatz, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 154 ff.; BGE 119 II 147 E. 3c).

223 t BGE 129 III 320 ff.

(326) 6.2 Fehlerhafte Willensbildung verhindert den Konsens nicht, sondern gibt der davon betroffenen Partei allenfalls ein Recht, den Vertrag anzufechten. Umgekehrt setzt diese Anfechtung notwendigerweise einen Konsens voraus (BGE 105 II 23 E. 2b). Wirksamer Dissens und Willensmangel schliessen sich gegenseitig aus. Konsens wird durch tatsächlich übereinstimmend verstandene oder nach dem Vertrauensprinzip übereinstimmend zu verstehende Willenserklärungen bewirkt. Inwiefern diese Voraussetzungen bei Abschluss des Klärschlammvertrags nicht gegeben waren, ist weder den Feststellungen der Vorinstanz noch den Darlegungen der Beklagten zu entnehmen. Die Rüge, der Vertragstatbestand habe sich nicht verwirklicht, ist unbegründet.

(327) 7. Zu beurteilen bleiben damit allein noch die Folgen der Vertragsanfechtung.

7.1

7.1.1 Der Vertrag ist für den Irrenden unverbindlich (Art. 23 OR). Unabhängig davon, ob der so genannten Anfechtungs- oder der so genannten Ungültigkeitstheorie gefolgt wird (BGE 114 II 131 E. 3b; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 115 ff. zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 8 ff. zu Art. 23 OR), ist Rechtsfolge der begründeten Geltendmachung des Willensmangels grundsätzlich das Dahinfallen des Vertrags ex tunc (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 123 zu Art. 23/24 OR und N. 14 zu Art. 31 OR; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 31 OR). Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten. Dabei sind nach herkömmlicher Ansicht die Grundsätze der Vindikation einerseits und der ungerechtfertigten Bereicherung andererseits anwendbar (BGE 114 II 131 E. 3; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, (328) N. 86 ff. zu Art. 31 OR; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 31 OR).

223 tt BGE 135 III 537 ff. (= Pra 99 [2010] Nr. 40, 293 ff.)

E. 2.1 (296) Obwohl die Bestimmungen über die Willensmängel keine zu den in Art. 20 Abs. 2 OR aufgeführten analoge Regeln enthalten, hat die Rechtsprechung bejaht, dass eine Teilanfechtung möglich ist, wenn die mit dem Mangel behaftete Leistung teilbar ist und angenommen werden kann, beide Parteien hätten den Vertrag mit einer angepassten Leistung abgeschlossen, um diesem Mangel Rechnung zu tragen (BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 mit Hinweisen).

B. Wissenschaftlicher Meinungsstand

223 u F.C.v.SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts. 4. Bd. (1841)

§. 202.

Ungültigkeit der juristischen Thatsachen.

[...] (536) 1) Vollständig nenne ich diejenige Ungültigkeit, welche in einer reinen Verneinung der Wirksamkeit besteht, also an Kraft und Umfang der Thatsache selbst, worauf sie sich verneinend bezieht, völlig gleich steht. Der anerkannte (537) Kunstausdruck für diesen Fall ist Nichtigkeit. Was zur genaueren Bestimmung dieses Rechtsbegriffs zu sagen ist, wird erst bey dem folgenden Gegensatz deutlich gemacht werden können.

Die unvollständige Ungültigkeit ist ihrer Natur nach höchst mannichfaltig, da sie in den verschiedensten Arten und Graden der Gegenwirkung gegen eine juristische Thatsache denkbar ist. Sie kommt vor in Gestalt einer Klage (a), einer Exception (b), einer Obligation auf neue juristische Handlung von einem, der früheren Thatsache entgegengesetzten, Erfolg (c); ferner durch den Antrag auf Restitution, oder auf *Bonorum possessio contra tabulas*. Ich bezeichne diese höchst mannichfaltigen Fälle mit dem gemeinsamen Namen der Anfechtbarkeit eines Rechtsverhältnisses.

Anstatt dass die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses in der blossen Verneinung desselben bestand, müssen wir in der Anfechtbarkeit stets ein eigenes, neues, entgegenwirkendes Recht einer anderen Person erkennen. Dieses entgegenwirkende Recht hat eine selbstständige Natur, und kann daher auch wieder von besonderen Schicksalen betroffen werden; es kann ganz oder theilweise entkräftet werden, wodurch dann wieder das ursprüngliche Recht, von dieser Hemmung befreyt, seine volle Wirksamkeit behauptet, welches im Fall der Nichtigkeit niemals vorkommen kann.

(a) So z.B. die *actio quod metus causa*, *Pauliana*, u.s.w.

(b) Besonders ausgebildet erscheint dieses bey den Obligationen, welche bald *ipso jure* ungültig (nichtig) sind, bald *per exceptionem*; doch findet sich die Exception als Entkräftigungsmittel auch bey anderen Rechten als Obligationen. Die umfassendste und wichtigste Exception dieser Art ist die *doli exceptio*.

(c) [...] wenn ein früherer Verkäufer das *pactum de retrovendendo* geltend machen will. L. 2 C. de pactis inter emt. (4. 54.).

223 v O. GRADENWITZ, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887)

(320) Was die zweite Möglichkeit betrifft: unbedingtes (321) Rechtsgeschäft ist gewollt, resolutiv bedingte Wirkung tritt ein, so

scheint mir diese da realirt, wo von Anfechtbarkeit die Rede ist. Denn: geht man dem Worte „Anfechtbarkeit“ nach, so muss man als anfechtbar diejenigen Rechtsgeschäfte bezeichnen, bei welchen die gewollte Wirkung zwar eintritt, aber im Widerspruch mit der Abmachung aufhört, sobald ein bestimmtes Ereigniss, nämlich die Anfechtung, eintritt. Eben dies ist aber auch der Begriff der Resolutivbedingung, nur dass bei der letzteren die Aufhebung nicht im Widerspruch mit der Abmachung, sondern vielmehr kraft der Abmachung eintritt. Anfechtbarkeit scheint mir daher der angemessene Ausdruck für diejenigen Rechtsgeschäfte zu sein, welche insofern ungültig sind, als eine unbedingte Wirkung beabsichtigt war, zur Existenz jedoch bloß eine resolutiv bedingte gelangte. Hiernach ist die Anfechtbarkeit freilich, was die bloße Wirkung betrifft, keine neue Kategorie; der Wirkung nach ist es in der That dasselbe, ob ein Rechtsgeschäft durch Eintritt der Resolutivbedingung, oder durch Anfechtung, oder durch Rückveräußerung etc. aufhört, Geltung zu haben; der Unterschied der Anfechtbarkeit von den übrigen Fällen und damit die Bedeutsamkeit der Kategorie für das System liegt aber m. E. darin, dass in allen übrigen Fällen diese Vernichtung der Geschäfte auf Grund der Verabredung (so bei der Resolutivbedingung), oder doch nicht im Widerspruch mit der Verabredung (so bei der Rückveräußerung) eintritt, während die Anfechtung im geraden Gegensatz zur Verabredung eintritt. Darin liegt einmal die Rechtfertigung der Kategorie Anfechtbarkeit, und sodann ergibt sich daraus auch, (322) warum die anfechtbaren Rechtsgeschäfte unter die ungültigen gehören; weil unbedingte Wirkung beabsichtigt war, während bloß resolutivbedingte eintritt, weil weniger erreicht als gewollt wird, darum gehören die anfechtbaren Rechtsgeschäfte unter die ungültigen; darum auch sind anfechtbare Rechtsgeschäfte etwas ganz anderes, als Rechtsgeschäfte, deren Wirkung nach der Ansicht der Paciscenten oder in Folge eines späteren Rechtsgeschäftes derselben aufhört¹⁾.

¹⁾ Im Einzelnen kehren bei der Anfechtbarkeit die Fragen wieder, die bei der Resolutivbedingung auftreten: Ist Wirkung der Anfechtung ex tunc oder ex nunc, ist zur Anfechtung jeder der beiden Contrahenten berechtigt?

3.2.1.4 Kategorien von Irrtumstatbeständen

A. Irrtum über die Identität der Sache (*error in corpore*)

224 D 18,1,9 pr. (Ulpian 28 Sab)

Ganz offenkundig muss bei den Kaufkontrakten Konsens gegeben sein; wenn aber die Parteien in bezug auf das Kaufgeschäft selbst oder hinsichtlich des Preises oder in einem anderen Punkt keine

Willensübereinstimmung erzielen <= *dissentire*>, ist ein Kaufkontrakt nicht zustande gekommen. Wenn ich also meinte, das cornelianische Grundstück zu erwerben, du jedoch geglaubt hast, mir das sempronianische zu verkaufen, ist der Kaufkontrakt nicht zustande gekommen, weil hinsichtlich des Kaufgegenstandes ein Dissens vorgelegen hat. [...]

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. [...]

225 D 45,1,137,1 (Venuleius 1 stip)

Wenn ich mir einen Sklaven durch Stipulation versprechen liesse und dabei einen ganz bestimmten im Sinne habe, du aber einen anderen, so wird kein gültiges Rechtsgeschäft abgeschlossen werden; denn eine Stipulation wird gestützt auf die Willensübereinstimmung der beiden Parteien zustande gebracht.

Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.

Vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR sowie Rdn 214.

B. Irrtum über Eigenschaften der Sache (*error in substantia*)

226 D 18,1,9,2 (Ulpian 28 Sab)

Hierauf stellt sich die Frage, ob der Kaufkontrakt zustande gekommen sei, wenn in bezug auf die Identität des Kaufgegenstandes kein Irrtum vorliegt, wohl aber hinsichtlich dessen Beschaffenheit <= *substantia*>, beispielsweise wenn Essig anstelle von Wein, Bronze für Gold, Blei oder etwas anderes Silberähnliches anstelle von echtem Silber verkauft würden. Marcellus hat im 6. Buch seiner Digesten geschrieben, der Kaufvertrag sei gültig, weil ja hinsichtlich der Identität der Kaufsache <= *corpus*> Konsens vorliege, auch wenn betreffend ihrer Beschaffenheit <= *materia*> ein Irrtum vorgelegen habe. In bezug auf den Wein stimme ich dem bei, weil es sich nahezu um dieselbe Substanz <= *οὐσία*¹⁾> handelt, wenn Wein in Essig umschlägt; wenn allerdings der Wein nicht sauer geworden, sondern von Anfang an Essig vorhanden gewesen ist – wie zum Beispiel *embamma*²⁾ –, ist dafür zu halten, dass etwas anstelle eines anderen verkauft worden ist. Für die übrigen Sachverhalte <sc. ausser dem Fall des umgeschlagenen Weines> vertrete ich freilich die Ansicht, dass der Kaufkontrakt ungültig sei, wenn ein Irrtum über die Beschaffenheit <= *materia*> der Sache vorliegt.

Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

1) ἡ οὐσία = Wesen, Substanz, Dasein

2) τὸ ἐμβάμμα = eine speziell zubereitete Essigbrühe, welche als Sauce, vornehmlich zum Eintunken der Speisen, verwendet wurde.

Ulpian geht von der Fragestellung aus, ob der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Kaufsache dem Irrtum über die Identität der Sache gleichzustellen sei. In dieser offenbar umstrittenen Frage – man vergleiche nur etwa das in der Stelle referierte Marcellus-Zitat – zieht Ulpian Distinktionen der stoischen Schulphilosophie heran, um Kriterien zu erhalten für die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Eigenschaften einer Sache. Wesentliche Eigenschaften liegen nach der spätstoischen Lehre dann vor, wenn sie die Substanz (οὐσία) des Objektes betreffen; unwesentlich sind sie, wenn sie die Substanz des Dinges unberührt lassen. Auf den vorliegenden Fall übertragen, ergibt sich, dass die geschmacklichen Eigenschaften des Weines an seiner Substanz nichts verändern, denn süßer Wein bleibt in seinem Wesen genausogut Wein, wie dies von herbem oder gar saurem gilt. Mithin ist der Geschmack des Weines eine unwesentliche Eigenschaft, und der zu Essig, das heißt sauer gewordene Wein ist von derselben Substanz wie vorher, als er seinen Geschmack noch nicht verändert hatte, so dass der Umschlag zu Essig die Sache substantiell in ihrer Identität beließ. Anders freilich verhält es sich beim hergestellten Essig: hier liegt von allem Anfang an eine andere Substanz vor, so dass der Unterschied zum Wein ein substantieller ist. Wein und hergestellter Essig (z.B. *embamma*) unterscheiden sich also in wesentlichen Eigenschaften, Wein und Weinessig dagegen nicht. – So: Ernst RABEL, Grundzüge des römischen Privatrechts (2. Aufl., 1955), § 110, p. f., mit Belegen.

227 D 18,1,41,1 (Julian 3 Urs Fer)

Du hast mir versehentlich einen versilberten Tisch als massiv silbernen verkauft, ohne dass ich dies erkannte. Der Kaufvertrag ist nichtig und der aus diesem Grunde geleistete Preis kann kondiziert werden.

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

228 D 45,1,22 (Paulus 9 Sab)

Wenn ich meinte, ein Gegenstand sei aus Gold, während er aber aus Bronze bestanden hatte, und diesen mir von dir mittels Stipulation habe versprechen lassen, so wirst du mir zwar nur auf diesen Bronzegegenstand verpflichtet, da wir ja in bezug auf die Identität der Kaufsache Konsens erzielt haben; ich werde allerdings aufgrund der *clausula doli* gegen dich klagen können, falls du mich wissentlich getäuscht hättest.

Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.

- 228 a Vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR. – Der *error in substantia* ist kein Fall der Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung, denn hier wird der von der Partei gebildete Wille erklärt, freilich war dieser aufgrund objektiv unzutreffender Wahrnehmungen entstanden. Bereits Savigny hatte aber erkannt, dass nicht jede mit der Wirklichkeit nicht ganz deckungsgleiche Vorstellung einen relevanten Irrtumstatbestand darstellen könne, denn sonst „würde damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs völlig vernichtet seyn“ (Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III [1840], p. 277). Also kann nur der wesentliche Substanz- (Eigenschafts-) irrtum beachtlich sein, das heisst, derjenige, der von einem Vertragsinhalt ausgeht, der in Wirklichkeit völlig anders gestaltet ist, mithin ein aliud darstellt („aliud pro alio“, vgl. Rdn 226). So lehrte Savigny, „der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört“ (Savigny, a.a.O., p. 283). Diesfalls verfehlt der Wille den Vertragsgegenstand, dieser ist etwas anderes „als dasjenige woran der Käufer denkt“ (Savigny, a.a.O., p. 283 Anm. 1), was Savigny in die Lage setzt – in Übereinstimmung mit den römischen Quellen –, diesen „ächtigen Irrthum“ dem Auseinanderfallen von Wille und Erklärung („unächtigen Irrthum“) gleichzustellen (vgl. dazu vorne nach Rdn 223).

- 228 b Savignys Lehre fand ihren Niederschlag in Art. 19 Ziff. 3 aOR:

„Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher:

[...]

3. wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, dass dieselbe, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehre zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von Gütern gerechnet wird;“

- 228 c Diese Norm wurde anlässlich der Revision des Obligationenrechts gestrichen und durch den heutigen Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (sog. Grundlagenirrtum) ersetzt. Die Meinung des Gesetzgebers (*ratio legis*) war die folgende (Eugen HUBER als Berichterstatter der Kommission in: StenBull XIX [1909] Nationalrat, p. 475):

„Anders in betreff der Ziff. 3 des alten Art. 19 hinsichtlich des Irrtums, der die Eigenschaften einer Sache beschlägt. Dieser Irrtum über die Eigenschaften der Sache hat von jeher einen der schwierigsten Punkte der Irrtumslehre und in der praktischen Anwendung der Irrtumsvorschriften gebildet, und zwar namentlich deshalb, weil die Bestimmung des Art. 19 mit den Vorschriften, die in bezug auf die Mängelrüge beim Kauf gegeben sind, in Kollision geraten musste. In einzelnen Fällen war man immer im Zweifel, ob das Wandelungsrecht des Kaufes gemäss <Art. 197 OR> zur Anwendung kommen sollte, oder die Irrtumsvorschrift Ziff. 3 des Art. 19. Es war stets schwer von vornherein zu entscheiden, ob der Mangel, der an einer Sache, die man zum Gegenstand des Vertrages gemacht hat, zutage trat, und den man nicht kannte, in bezug auf welchen man sich also im Irrtum befand, unter die Vorschrift des <Art. 197 OR> bezogen werden könne, oder aber unter die Umschreibung der Ziff. 3 des Art. 19, indem in beiden Artikeln die Umschreibung des Mangels eben so weit und so allgemein gefasst ist, dass häufig die eine wie die andere zuzutreffen schien. Diesen Schwierigkeiten entgehen wir, wenn wir die Ziff. 3 überhaupt streichen. Wir haben sie nicht nötig. Wir können diesen dritten Fall des geltenden Rechtes füglich entbehren. Dann wird Ziff. 4 zu Ziff. 3 und eine Ziff. 4 <= Art. 24 Abs. 1 OR> wird angefügt, die die entstandene Lücke wieder ausfüllt. Diese neue Ziffer geht dahin, dass der Irrtum auch dann wesentlich sein soll, wenn er eine bestimmte Lage betraf, die vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Dahin gehören nun die Eigenschaften, soweit sie für den Irrtum in Betracht fallen dürfen, beispielsweise über die Echtheit einer Antiquität oder in bezug auf die Unbescholtenheit einer angestellten Person, sobald nur diese Eigenschaften der Person oder Sache als Grundlage der Vertragsschliessung gedacht werden können. Wir brauchen dann auch keine besondern Bestimmungen über den Irrtum in den Eigenschaften der Person, sondern soweit dieser Irrtum überhaupt Relevanz besitzen soll, soweit er als wesentlich anerkannt werden darf, ist er gedeckt durch die Formel, dass der Irrtum eine bestimmte Lage betraf, die von Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.“

- 228 cc BGE 132 III 737 ff., 740

1.3 Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 51; 121 III 397 E. 2c S.

404 f., je mit Hinweisen). Als Vertrag des Privatrechts untersteht grundsätzlich auch der gerichtliche Vergleich den Irrtumsregeln (BGE 110 II 44 E. 4 S. 46; 105 II 273 E. 3a S. 277, je mit Hinweisen). Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sach(741)verhalte kommen Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 52; 117 II 218 E. 4b S. 226; 82 II 371 E. 2 S. 375 f.). Die Berufung auf Grundlagenirrtum kann zudem nur erfolgreich sein, wenn der Anfechtende sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für ihn notwendige Vertragsgrundlage bildete und der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als gegeben vorausgesetzt werden durfte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; BGE 132 II 161 E. 4.1 S. 165 f.; 123 III 200 E. 2 S. 202; 118 II 58 E. 3b S. 62, 297 E. 2 S. 299 ff.). Objektiv wesentlich ist danach eine falsche Vorstellung, die notwendigerweise beiden Parteien bewusst oder unbewusst gemeinsam und bei objektiver Betrachtung eine unerlässliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages gewesen ist (BGE 113 II 25 E. 1 S. 27 mit Hinweis; vgl. auch BGE 118 II 297 E. 2b S. 300). Irrtum über Eigenschaften des Vertragspartners vermögen unter Umständen einen Grundlagenirrtum zu begründen (SCHWENZER, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 25 zu Art. 24 OR; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 200, insbes. Fn. 24). Abzustellen ist auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Anfechtbarkeit darf nicht im Sinne einer Abwägung der im Zeitpunkt der Berufung auf den Irrtum bestehenden Vertragsinteressen der Parteien davon abhängig gemacht werden, ob die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages als unverhältnismässige Rechtsfolge erscheint. Die Geltendmachung des Irrtums verstösst vielmehr nur dann gegen Treu und Glauben, wenn es sich um unnütze Rechtsausübung handelt oder ein krasses Missverhältnis der Interessen besteht (BGE 123 III 200 E. 2a und b S. 203 f.). (742)

2.3 [...] Nach dem Gesagten (E. 1.3 hiervor) ist für die Beantwortung der Frage, ob der Irrtum der Kläger auch objektiv wesentlich ist, entscheidend, ob die falsche Vorstellung notwendigerweise beiden Parteien gemeinsam und bei objektiver Betrachtung eine unerlässliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages gewesen ist (BGE 113 II 25 E. 1 S. 27 mit Hinweis). Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Denn wäre die wahre Sachlage bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung bekannt geworden, wäre ohne Zweifel die Nichtigkeit der Kündigung festgestellt und das Verfahren dadurch erledigt worden. Zu einem Vorschlag, einen Vergleich wie den nunmehr angefochtenen abzuschliessen, wäre es gar nicht gekommen. [...] (473)

3.

3.1 Zu beachten ist indessen, dass die Berufung auf Irrtum nach Art. 25 Abs. 1 OR unstatthaft ist, wenn sie Treu und Glauben widerspricht. Ob dies zutrifft, ist durch eine Abwägung des Interesses des Irrenden an der Anfechtung gegen jenes des Vertragspartners an der Aufrechterhaltung des Vertrages zu ermitteln. Massgebend sind die Interessen beider Parteien, wie sie sich im Zeitpunkt der Geltendmachung des Irrtums darstellen. Zeigt sich, dass die Berufung auf Irrtum dem Irrenden kaum Vorteile, dem Anfechtungsgegner aber schwere Nachteile bringt,

verstösst sie gegen Treu und Glauben und ist unzulässig (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 7 und 8 zu Art. 25 OR, mit Hinweisen).

228 ccc BGE 135 III 537 ff. (= Pra 99 [2010] Nr. 40, 293 ff.)

E. 2.2 (296) Es ist daher über die Frage zu befinden, ob ein Irrtum betreffend einen Sachverhalt vorliegt, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu betrachten ist.

Damit dieser Fall des Grundlagenirrtums gegeben ist, ist zunächst erforderlich, dass der Vertragspartner sich darüber klar werden kann, dass der Irrtum (297) der anderen Partei einen Sachverhalt betrifft, der objektiv derart war, dass er die Partei dazu bestimmt hat, den Vertrag überhaupt abzuschliessen oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen; darüber hinaus ist es aus dem Gesichtswinkel der Partei, die sich im Irrtum befand, erforderlich, dass subjektiv angenommen werden kann, ihr Irrtum habe sie tatsächlich dazu veranlasst, den Vertrag überhaupt abzuschliessen oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen (BGE 132 III 737 E. 1.3 S. 741; 129 III 363 E. 5.3 S. 365 = Pra 2004 Nr. 10).

C. Die Unerheblichkeit der falschen Bezeichnung einer Sache (*error in nomine*)

229 D 18,1,9,1 (Ulpian 28 Sab)

Selbstverständlich besteht kein Zweifel, dass der Kaufkontrakt gültig ist, wenn wir zwar in der Bezeichnung des Kaufgegenstandes irren, über die Identität der Sache jedoch Einigkeit besteht: denn eine irrtümliche Bezeichnung ist unschädlich, wenn über den Kaufgegenstand Klarheit herrscht.

Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constat, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.

230 D 45,1,32 (Ulpian 47 Sab)

Wenn in bezug auf den Namen des Sklaven, dessen Übergabe wir uns durch Stipulation haben versprechen lassen, ein Irrtum vorlag, während über seine Person Einigkeit bestand, so ist die Stipulation nach allgemeiner Auffassung gültig.

Si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet stipulationem valere.

Vgl. Art. 18 Abs. 1 OR.

D. Die Teilanfechtung infolge eines wesentlichen Irrtums

230 a BGE 135 III 537 ff. (= Pra 2010, Nr. 40)

E. 2.1) [...] (296) Obwohl die Bestimmungen über die Willensmängel keine zu den in Art. 20 Abs. 2 OR aufgeführten analoge Regeln enthalten, hat die Rechtsprechung bejaht, dass eine Teilanfechtung möglich ist, wenn die mit dem Mangel behaftete Leistung teilbar ist und angenommen werden kann, beide Parteien hätten den Vertrag mit einer angepassten Leistung abgeschlossen, um diesem Mangel Rechnung zu tragen (BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 mit Hinweisen).

3.2.2 Furchterregung und Täuschung: Grundsatz

231 C 8,38,5 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aquilinae; a. 293)

Wenn beim Abschluss einer Stipulation arglistige Täuschung oder Furchterregung angewendet worden waren, ist der Erfüllungsanspruch *<actio>* zwar entstanden, aber dieser kann nunmehr durch die Einrede der Arglist *<exceptio doli>* oder die Einrede der Furchterregung *<exceptio quod metus causa>* in seiner Durchsetzbarkeit gehemmt werden.

Dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit, per doli tamen vel metus exceptionem submoveri petitio debet.

3.2.2.1 Die Furchterregung (*metus*)

A. Der Begriff der Furchterregung

232 D 4,2,1 (Ulpian 11 ed)

Der Praetor sagt: „Rechtsgeschäfte, die unter Furchterregung zustandegekommen sind, werde ich nicht als gültig anerkennen.“ Früher stand im Edikt: „Was infolge von Gewalt und Furchterregung etc.“; die Gewalt *<= vis>* wurde nämlich erwähnt wegen der Zwangslage, in die jemand gegen seinen Willen gebracht wurde; Furcht aber ist die Verwirrung der Urteilskraft aufgrund einer gegenwärtig oder zukünftig drohenden Gefahr. Später ist allerdings die Erwähnung der Gewalt deswegen unterblieben, weil alles, was infolge einer Gewaltanwendung geschieht, offensichtlich auch aus Furcht geschieht.

Ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habebō'. olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.

233 D 4,2,3 pr. (Ulpian 11 ed)

Dieser Ediktssatz schliesst Gewaltanwendung und Furchterregung gleichermassen ein, so dass einer, der gewaltsam dazu gebracht worden war, in irgendeiner Weise gehandelt hat, aufgrund dieses Ediktes wieder in den früheren Stand gesetzt wird <= *in integrum restitutio*>.

Continet igitur haec clausula et vim et metum, et si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur.

Vgl. Art. 29 Abs. 1 und Art. 30 OR.

234 C 4,44,1 (Imp. Alexander A. Aurelio Maroni; a. 222)

Wenn dein Vater, durch Gewalt gezwungen, das Haus verkauft hat, ist der Vertrag nicht für gültig zu halten, weil er nicht entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben abgeschlossen wurde; ein treuwidrig zustandegekommener Kaufvertrag ist nämlich ungültig. [...]

Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: mala fide enim emptio irrita est. [...]

B. Rechtswirkung: Anfechtbarkeit

235 D 4,2,21,5 (Paulus 11 ed)

Wenn ich, durch Furchterregung gedrängt, eine Erbschaft angetreten habe, bin ich meiner Meinung nach tatsächlich Erbe geworden, weil ich eben – obschon ich bei freier Entscheidung nicht hätte antreten wollen – doch gewollt habe, wenn auch unter Zwang stehend. Freilich hat mich der Praetor wieder in die frühere Rechtslage zu setzen, damit mir die Befugnis zur Ausschlagung wieder entsteht.

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

Vgl. dazu die Rechtsparömie: *'coactus voluit, sed voluit'* (= „Er hat zwar unter Zwang gewollt, aber eben doch gewollt“).

Vgl. Art. 31 Abs. 1 OR.

C. Die Rechtsmittel

a) Die *in integrum restitutio* (Wiedereinsetzung in den früheren Stand)

236 D 4,2,9,7 (Ulpian 11 ed)

Aufgrund dieses Edikts ist die Wiedereinsetzung in den vorherigen Rechtszustand vom Richter von Amtes wegen so zu gewähren, dass eine Sache rückübereignet wird, falls sie unter Gewaltandrohung tradiert worden ist und dass zudem, wie bereits erwähnt, Sicherheit dafür stipuliert wird, es liege keine Arglist vor in bezug darauf, dass sich die Sache vielleicht verschlechtert habe. Ebenfalls wenn durch <erzwungene> Akzeptilation die Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit eingetreten ist, wird die Obligation in den vorherigen Zustand wieder hergestellt werden müssen; [...] Aber auch wenn ich infolge der Drohung des Versprechensempfängers stipuliert hätte, wird diese Obligation als durch förmlichen Erlass bereits untergegangen zu fingieren sein. Und auch wenn auf Nutzniessungen oder Dienstbarkeiten verzichtet worden ist, werden diese wieder hergestellt werden müssen.

Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, [...] sed et si per vim stipulanti promisero, stipulatio accepto facienda erit. sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt.

237 PS 1,7,1 (Pauli sententiae)

Die Wiedereinsetzung in den früheren Zustand ist die auf Wiederherstellung der vorherigen Sach- und Rechtslage gerichtete Prozesshandlung.

Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio.

238 D 4,2,9,8 (Ulpian 11 ed)

Weil aber diese Klage eine *actio in rem scripta* ist und nicht nur diejenige Person ins Recht fasst, von der die Gewaltandrohung ausging, sondern gegenüber jedermann die Rückgängigmachung dessen verlangt, was aufgrund der Furchterregung geschehen ist, [...]

Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: [...]

Vgl. Art. 29 Abs. 2 OR.

b) Die *exceptio metus*

239 D 44,4,4,33 (Ulpian 76 ed)

Cassius hatte die *exceptio metus* noch nicht vorgeschlagen; ihn befriedigte die *exceptio doli*, welche ja umfassend <= *generalis*> ist; doch scheint es sachgerechter, auch der Furchterregung mit einer eigenen Einrede zu begegnen. Denn diese unterscheidet sich doch etwas von der *exceptio doli*, indem diese an die Person dessen gebunden ist, der den *dolus* begangen hat, wogegen die *exceptio metus* eine *exceptio in rem scripta* ist <lautend>: „Wenn in dieser Angelegenheit nichts infolge Furchterregung geschehen ist.“ Somit stellen wir nicht darauf ab, ob der Kläger selbst irgend etwas zur Einschüchterung unternommen hat, sondern ob in dieser Sache überhaupt infolge Furchterregung, ausgehend von irgend jemandem, nicht bloss von Seiten des Klägers, gehandelt worden ist. [...]

Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. [...]

240 Die Formel der *exceptio metus*

[...] wenn in dieser Angelegenheit nichts infolge Furchterregung geschehen ist [...]

[...] *si in ea re nihil metus causa factum est* [...]

Nach LENEL, EP³, § 277, p. 512.

3.2.2.2 Täuschung und Arglist (*dolus*)

A. Begriff der Arglist und der Täuschung

241 D 4,3,1,1 (Ulpian 11 ed)

Der Wortlaut des Edikts ist nun der folgende: „Wenn behauptet wird, etwas sei unter dem Einfluss von Arglist geschehen, falls diesbezüglich keine andere Klagemöglichkeit vorgesehen ist und wenn mir die Angelegenheit zureichend begründet erscheint, so werde ich in dieser Sache ein Verfahren gewähren.“

Verba autem edicti talia sunt: 'Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo'.

242 D 4,3,1,2 (Ulpian 11 ed)

[...] In der Folge definiert er <sc. Labeo> den *dolus malus* <= Arglist> als jedwelche Anwendung von List, Irreführung oder Kunstgriffen zum Zwecke der Hintergehung, des Betrugs oder der Täuschung eines anderen. Und Labeos Definition trifft zu.

[...] Itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

Vgl. Art. 28 OR.

243 PS 1,8,1 (Pauli sententiae)

Dolus liegt vor, wenn etwas anderes vorgekehrt als vorgegeben wird.

Dolus est, cum aliud agitur, aliud simulatur.

Cfr. Rdn 93

B. Anwendungsfall einer Täuschung

244 D 4,3,37 (Ulpian 44 Sab)

Wenn der Verkäufer etwas gesagt hat, um seine Ware anzupreisen, ist dies so zu bewerten, wie wenn er nichts zugesichert und versprochen hat; wenn er es aber gesagt hat, um den Käufer zu täuschen, so ist der Fall wiederum so zu beurteilen, dass keine *actio* wegen zugesicherter und versprochener Eigenschaften <der Kaufsache>, wohl aber eine *actio de dolo* entsteht.

Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est. si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aequè sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.

C. Anwendungsfall arglistigen Verhaltens

245 D 4,3,34 (Ulpian 42 Sab)

Wenn ich, nachdem du mir gestattet hattest, Steine aus deinem Grundstück zu holen oder dort Kreide oder Sand zu gewinnen, für diese Unternehmung Aufwendungen getätigt habe und du nun mir nicht

erlaubst, das Wegnahmerecht auszuüben, wird keine andere *actio* als die *actio de dolo* in Frage kommen.

Si, cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

Cfr. auch Rdn 381

D. Die Rechtsmittel

246 Die Formel der *actio de dolo*

Wenn es sich erweist, dass es infolge der Arglist des Numerius Negidius geschehen ist, dass der Sklave Stichus, um den es hier geht, dem Aulus Agerius nicht übereignet wurde, und wenn nicht mehr als ein Jahr vergangen ist, seitdem die Klagemöglichkeit bestanden hat und der Streitgegenstand nicht auf Aufforderung des Richters hin geleistet wurde, wieviel diese Angelegenheit wert sein wird <sc. im Moment der Urteilsfällung>, auf diese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Si paret dolo malo NⁱNⁱ factum esse, quo minus Stichus servus quo de agitur A^oA^o daretur, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

Vgl. LENEL, EP³, § 40, p. 115.

246 a BGE 108 II 305 (312)

E. 2 -c) Einen weiteren Anwendungsbereich als Art. 41 Abs. 1 OR weist Abs. 2 dieser Bestimmung insoweit auf, als die Ersatzpflicht bereits durch ein gegen die guten Sitten verstossendes Verhalten ausgelöst wird. [...] Art. 41 Abs. 2 OR erlaubt die Ausdehnung der sich aus Abs. 1 ergebenden Schadenersatzpflicht auf Fälle, wo zwar keine Widerrechtlichkeit vorliegt, das Rechtsgefühl aber dennoch eine Ersatzpflicht verlangt, so z.B. bei der Verleitung zum Vertragsbruch unter besonders stossenden Bedingungen, bei der Schädigung durch unterlassene Warnung vor einer Gefahr oder bei der unaufgeforderten Erteilung eines falschen Rates (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I. Bd., S. 416 f.; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, S. 76/77). Ob ein Fall wie der vorliegende diese Voraussetzung erfüllen würde, kann offen bleiben, da die Ersatzpflicht nach Art. 41 Abs. 2 OR nur bei absichtlicher Schädigung eintritt.

Zur Sittenwidrigkeit vgl. Rdn 194 a.

246 b BGE 124 III 297 ff.

E. 5. -e) (302) Fehlgang geht auch der Vorwurf, das Handelsgericht habe zu Unrecht nicht geprüft, ob eine absichtliche sittenwidrige Schädigung im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR vorliege. Dieser Haftungsgrund ist nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen (BGE 95 III 83 E. 6a S. 92). Die Sittenwidrigkeit darf nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen. Wenn das Gesetz den Verstoss gegen die «guten Sitten» mit (303) Schädigungsabsicht zum Haftungstatbestand erhebt, bedeutet dies nicht, dass es eine allgemeine Verpflichtung der Rechtsgenossen auf eine hohe Ethik anstreben würde. Das Recht will nur ein ethisches Minimum gewährleisten. Art. 41 Abs. 2 OR erfasst in erster Linie die Schikane: Gegen die guten Sitten verstösst im Sinne dieser Bestimmung ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen (HONSELL, a.a.O., S. 64; SCHNYDER, a.a.O., N. 43 zu Art. 41 OR).

247 D 4,3,1,4 (Ulpian 11 ed)

Der Praetor sagt: 'Wenn in dieser Sache keine andere Klage vorgesehen ist'. Zu Recht stellt der Praetor diese Klage nur dann in Aussicht, wenn keine andere gegeben ist, weil eine Klage, die Ehrlosigkeit nach sich zieht, vom Praetor nicht ohne Not erteilt werden darf, falls eine zivilrechtliche oder amtsrechtliche Klage möglich ist, mittels der man klagen kann. Dies geht, wie auch Pedius im 8. Buch <zum Edikt> ausführt, so weit, dass dieses Edikt schon dann keine Anwendung findet, auch wenn ein Interdikt gegeben ist, mit dem jemand vorgehen, oder eine Einrede, mit der man sich verteidigen kann. Dasselbe schreibt auch Pomponius im 28. Buch <zum Edikt> und fügt hinzu: Auch wenn jemand aufgrund einer Stipulation geschützt ist, kann ihm die Klage wegen Arglist nicht gewährt werden, zum Beispiel wenn Sicherheit für den Fall von Arglist versprochen worden ist.

Ait praetor: 'si de his rebus alia actio non erit'. merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiamsi interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.

Cfr. auch Rdn 624

248 D 4,3,18 pr. (Paulus 11 ed)

Auch bei dieser Klage ist die Möglichkeit eröffnet, <während des Prozesses> gemäss richterlicher Anordnung Erstattung in Natur zu leisten. Und wenn ein solcher nicht geleistet wird, erfolgt die

Verurteilung auf den Geldbetrag, der den Streitgegenstand repräsentiert. Und deshalb wird weder in diesem Falle noch bei der Klage „Aufgrund von Furcht“ <*actio quod metus causa*> ein bestimmter Betrag angegeben, damit der Beklagte bei Ungehorsam jeweils auf so viel verurteilt werden kann, wie der Kläger in bezug auf den Streitgegenstand eidlich schätzt. Aber bei beiden Klagen ist kraft der Amtsbefugnis des Richters der Schätzungseid durch die Festsetzung einer Obergrenze zu beschränken.

Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari.

249 **Die exceptio doli**

[...] wenn in dieser Angelegenheit infolge Arglist des Aulus Agerius weder etwas geschehen ist noch jetzt geschieht [...]

[...] si in ea re nihil dolo malo AiAi factum sit neque fiat [...]

Vgl. Gai 4,119 und KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 83 II, Rdn 11.

3.3 Die Simulation

249 a C 4,38,3 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Valeriae Viacrae)

Wenn zum Zwecke einer Schenkung dem Scheine nach ein Kaufvertrag abgeschlossen wurde, fehlt es an dem für den Kaufkontrakt wesentlichen Erklärungswillen [...].

Si donationis causa venditionis simulatus est, emptio sui deficit substantia [...].

Vgl. Art. 18 Abs. 1 OR

249 b BGE 72 II 154 ff

(155) E. 2) - Ein Rechtsgeschäft ist simuliert, wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die Rechtswirkungen, die dem objektiven Sinn ihrer Erklärungen entsprechen, nicht eintreten sollen, wenn sie also nur den Schein eines Geschäftes begründen wollen. In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass solche Geschäfte im allgemeinen gemäss dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR) rechtlich unwirksam, nichtig (156) sind. Dass ein

Rechtsgeschäft wegen Simulation unverbindlich sei, kann also auf dem Wege der (Feststellungs-) Klage oder Einrede jederzeit geltend gemacht werden. Dies gilt auch für formbedürftige Geschäfte (BGE 52 II 67).

249 c BGE 97 II 207 E. 5

Un acte est simulé au sens de l'art. 18 CO lorsque les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens objectif de leur déclaration ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (RO 71 II 99/100, 72 II 155, 281/282; cf. 79 II 82 consid. 2). Juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties, l'acte simulé est nul (RO 71 II 100, 72 II 155/156). Le juge doit relever d'office la simulation (RO 78 II 226 consid. 2).

249 d BGE 112 II 343 E. 4 a und b

Solche Einwände scheitern schon am Begriff eines simulierten Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 18 OR. Ein solches Geschäft liegt vor, wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen (BGE 97 II 207 E. 5 mit Hinweisen; VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I S. 293/94; GUHL/MERZ/KUMMER, OR 7. Aufl. S. 113/14). [...]

b) Dass die Simulationsabrede keiner besonderen Form bedarf und sich aus konkludentem Verhalten der Beteiligten ergeben kann, z.B. wenn der Versteigerer von der Simulationsabsicht eines Bieters Kenntnis hat und dessen Angebot widerspruchslos "annimmt" (JÄGGI/GAUCH, N. 103 zu Art. 18 OR), ändert daran nichts.

249 dd BGer 4A.64/2008, Urteil vom 27.5.2008, 1. Ziv. Abt.

E. 1.3 Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinn von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen. Wer eine Simulation behauptet, ist dafür beweispflichtig; mit diesem Beweis ist es streng zu nehmen (BGE 112 II 337 E. 4a S. 342 f. mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer zu beweisen, dass die Parteien bei Unterzeichnung des mit "Kaufvertrag" überschriebenen Schriftstücks einen übereinstimmenden, vom Wortlaut der Erklärung abweichenden Willen hatten. Dabei müssen sich die Parteien tatsächlich einig gewesen sein; ein normativer Konsens über eine Simulation ist nicht denkbar. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, die das Bundesgericht als Rechtsfrage überprüfen könnte (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 118 II 365 E. 1 S. 366, je mit Hinweisen), fällt damit ausser Betracht.

3.4 Rückabwicklung fehlgeschlagener (nichtiger) Rechtsgeschäfte

249 e D 12,6,53 (Proc 7 epist)

[...] Falls die Geldstücke im Eigentum des Berechtigten verbleiben, wird dieser sie nicht kondizieren, sondern mittels eines dinglichen Anspruchs (sc. der rei vindicatio) herausverlangen müssen, falls sie aber mein Eigentum geworden sind, kann er sie mit der *condictio* zurückfordern. [...]

[...] si [...] manent nummi domini eosque non per conductionem, sed in rem actione petere debet, si autem [...] facti sunt mei eosque [...] per conductionem petere potest. [...]

249 f BGE 134 II 438 f. (443 f.)

2.4 Leidet ein Vertrag an einem Mangel der Entstehung, sind bereits erbrachte Leistungen grundsätzlich nach den Regeln der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten (BGE 129 III 320 E. 7.1.1 S. 327 mit Hinweisen; 132 III 242 E. 4 S. 244 f.; vgl. auch Stephan Hartmann, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern 2005, Rz. 12 und 26). Die Rückabwicklung stösst jedoch an Grenzen, wenn in vollständiger oder teilweiser Erfüllung des Vertrages Dienste erbracht oder Unterlassungen beachtet worden sind, die in natura nicht zurückerstattet werden können (BGE 129 III 320 E. 7.1.2 S. 328). Denkbar wäre hier zwar, den entsprechenden Wert der Bereicherung (objektiv) zu schätzen, die in einer Vermehrung der Aktiven, einer Abnahme der Passiven oder einer Ersparnis bestehen kann (BGE 133 V 205 E. 4.7 S. 212 f.; vgl. Hartmann, a.a.O., Rz. 86 sowie 243 ff., vgl. auch Rz. 342 ff.). Nach der Rechtsprechung werden ganz oder teilweise erfüllte Dauerschuldverhältnisse jedoch insbesondere bei Anfechtung wegen Willensmängeln jedenfalls dann nach der privatautonomen Vereinbarung abgewickelt, wenn der Mangel das Synallagma nicht betrifft (vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.2 ff. S. 328 ff.; vgl. auch Hubert Stöckli, Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil. Freiburg 2008, Rz. 563 ff.). Unter dieser Voraussetzung rechtfertigt es sich auch im Fall der inhaltlichen Vertragsnichtigkeit gemäss Art. 20 OR, die Rückabwicklung nach der subjektiven Bewertung der Parteien vorzunehmen. Denn wenn der Mangel das wechselseitige Vergütungsinteresse der Parteien nicht berührt, erscheint es gerechtfertigt, die (444) privatautonome Bewertung auch für die Rückleistung von Dienstleistungen und Unterlassungen zu anerkennen, die regelmässig keinen oder jedenfalls keinen einfach zu bestimmenden Marktwert haben. Die Parteien haben vorliegend die von der Beschwerdegegnerin unbestritten tatsächlich erbrachten Leistungen vertraglich so bewertet, dass die Beschwerdeführerin diese bei Gültigkeit des Vertrages mit Fr. 310'562.25 zu entschädigen verpflichtet wäre. Diese privatautonome vorgenommene Bewertung der Leistungen der Beschwerdegegnerin zugunsten der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegt und es besteht kein Anlass, davon abzuweichen.

4. Vermögen, Sondervermögen und rechtsgeschäftliches Handeln Gewaltunterwerfener

4.1 Zum Begriff des Vermögens

250 D 50,16,49 (Ulpian 59 ed)

[...] Zum Vermögen wird auch gerechnet, was durch irgendeinen gerichtlichen Anspruch verfolgbar ist: denn dies alles gehört offensichtlich zum Vermögen.

[...] aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

251 D 50,16,91 (Paulus 2 fideicomm)

Es ist herrschende Lehre, dass in den Begriffen „das Meinige“ und „das Deinige“ auch die *actiones* enthalten sind.

‘Meorum’ et ‘tuorum’ appellatione actiones quoque contineri dicendum est.

252 D 50,16,182 (Ulpian 27 ed)

Ein freier Hausvater kann kein *Pekulium* haben, ebensowenig wie ein Sklave ein „Vermögen“ (*bona*).

Pater familias liber ‘peculium’ non potest habere, quemadmodum nec servus ‘bona’.

4.2 Das Sondervermögen

4.2.1 Beispiel: das *peculium*

253 D 15,1,5,3/4 (Ulpian 29 ed)

(3) „*Peculium*“ wird gleichgesetzt mit „geringer Summe“ beziehungsweise „kleinem Vermögen“. (4) Demgegenüber hat Tubero jedoch, wie Celsus im 6. Buch seiner *Digesten* überliefert, das *Pekulium* als jenes Vermögen *definiert*, welches der Sklave mit Einwilligung seines Herrn getrennt von dessen Buchhaltung innehat, und zwar abzüglich derjenigen Werte, die dem Herrn geschuldet werden.

(3) Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. (4) Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.

- 254 D 15,1,7,4 (Ulpian 29 ed)
 Inhalt des Pekuliums können freilich alle Arten von Sachen sein: Mobilien wie Liegenschaften; es kann aber auch die Untersklaven <= *vicarii*> sowie deren Pekulium umfassen, ebenso die Schuldforderungen.
In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli: vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium: hoc amplius et nomina debitorum.
- 255 D 50,16,4 (Paulus 1 ed)
 Nach der Ansicht des Proculus ist mit dem Terminus *nomen* <= Forderung> ein Rechtsobjekt gemeint.
'Nominis' appellatione rem significari Proculus ait.
- 256 D 15,1,7,6 (Ulpian 29 ed)
 Aber auch das, was der Herr ihm schuldet, wird er <der Sklave> im Pekulium haben, wenn er beispielsweise zugunsten des <buchhalterisch erfassten> Vermögens des Herrn Zuwendungen vollzogen hat und der Herr ihm Schuldner bleiben wollte, oder wenn der Herr den Schuldner des Sklaven belangt hat. Wenn daher der Herr, etwa aufgrund eines Kaufvertrages des Sklaven, wegen Entwehrung das Doppelte <der Kaufsumme> eingetrieben hat, wird dies ins Pekulium des Sklaven umgelegt, sofern der Herr sich nicht erkennbar dagegen gewandt hat, dass jene Summe ins Pekulium des Sklaven gelange.
Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit. quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi.
- 257 Inst 4,6,10
 Die Klagen wegen des Sondergutes gegen den Hausvater beziehungsweise den Eigentümer des Sklaven führte der Praetor deshalb ein, weil es – obschon jene aus einem Schuldvertrag ihrer Söhne und Sklaven nach *ius civile* nicht haften würden – angemessener erschien, sie bis zum Aktivbestand des *peculiums* verurteilen zu können, welches ja gleichsam das Vermögen der Haussöhne und Töchter beziehungsweise der Sklaven darstellt.
Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit praetor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso iure non teneantur, aequum tamen esset peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum condemnari eos.

4.2.2 Rechtsgeschäftliches Handeln des Pekulieninhabers

258 D 15,1,1,4 (Ulpian 29 ed)

Wenn mit einem <unmündigen> Haussohn oder mit einem Sklaven ein Vertrag abgeschlossen worden ist, so wird gegen den Vater oder den Herrn des Sklaven die *actio de peculio* gegeben, [...]

Si cum <impubere> filio familias vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem de peculio, [...]

4.2.3 Haftung des Gewalthabers (adjektivische Haftung)

4.2.3.1 Grundsatz

259 Gai 4,73

Wenn aber festgestellt wird, wieviel sich im Sondergut befindet, ist vorweg in Abzug zu bringen, was dem Hausvater beziehungsweise dem Eigentümer und denjenigen, welche in deren Hausgewalt stehen, vom Haussohn beziehungsweise vom Sklaven geschuldet wird und was per Saldo verbleibt: dies allein bildet nach herrschender Lehre den Pekulieninhalt. [...]

Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate sit a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur. [...]

260 D 15,1,1,2 (Ulpian 29 ed)

Der Wortlaut des Edikts ist folgender: „Wenn mit jemandem, der sich unter der Gewalt eines anderen befindet, ein Geschäft abgeschlossen worden ist.“

Verba autem edicti talia sunt: ‘Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit’.

4.2.3.2 Pekuliarhaftung

261 Die Formel der *actio de peculio vel de in rem verso*

Wenn Aulus Agerius von Stichus, der sich im Eigentum des Numerius Negidius befindet, einen schwarzen Kappadozierhengst, um den es hier geht, gekauft hat, wieviel in diesem Fall Stichus – falls er ein Freier wäre – dem Aulus Agerius nach *ius civile* und unter Berücksichtigung der *bona fides* zu geben und zu leisten verpflichtet wäre, auf soviel soll der Richter den Numerius Negidius verurteilen; und zwar <soll er

verurteilen> bis zum Nettowert des Pekuliums, oder bis auf jenen Betrag, um welchen Numerius Negidius dolos das Pekulium verringert hat, oder bis zu jenem Betrag, welchen Stichus <zu Lasten des Pekuliums> zugunsten des Vermögens des Numerius Negidius verwendet hat. Falls es nicht zutrifft, soll der Richter freisprechen.

Quod A^sA^s de Sticho, qui in NⁱNⁱ potestate est, equum Cappadocem nigrum emit qua de re agitur, quidquid ob eam rem Stichum si liber esset ex iure Quiritium A^oA^o dare facere oporteret ex fide bona eius iudex N^mN^m A^oA^o dumtaxat de peculio et si quid dolo malo NⁱNⁱ factum est quominus peculii esset, vel si quid in rem NⁱNⁱ inde versum est condemnato si non paret absolvito.

Nach Lenel, EP³, p. 282.

Fall der sogenannten Subjektsinversion: In der *intentio* erscheint der Gewaltunterworfenen (Sklave oder Haussohn), in der *condemnatio* dagegen wird der Eigentümer des Sklaven bzw. der Gewalthaber genannt und demnach auch verurteilt.

4.2.3.3 Haftung für *versio in rem*

262 D 15,3,1 pr. (Ulpian 29 ed)

Wenn diejenigen, die sich unter fremder Gewalt befinden, ein Pekulium mit dem Werte Null innehaben oder aber nicht Aktiven in der ganzen Höhe der bestehenden Schuld besitzen, dann haften ihre Gewalthaber, falls die zu Lasten des Pekuliums vereinnahmten Werte in deren Vermögen verwendet worden sind, gewissermassen als sei der Vertrag eher mit ihnen selbst abgeschlossen worden.

Si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.

263 PS 2,9,1 (Pauli sententiae)

Wenn ein Sklave oder Haussohn empfangenes Geld zum Vorteil des Herrn oder Hausvaters verwendet hat, wenn er zum Beispiel das Feld angesät, ein Haus verstrebt, Sklaven eingekleidet, Waren angekauft, einen Gläubiger befriedigt oder dergleichen unternommen hat: dann verpflichtet er den Hausvater oder Herrn aufs Ganze aus der *versio in rem* <= Verwendung ins Vermögen (des Herrn bzw. des Hausvaters)>; dies jedoch nur dann, wenn die Geldsumme für das entsprechende Geschäft zugewendet worden ist.

Servus vel filius familias si acceptam pecuniam in rem patris vel domini verterit, hoc modo: agrum puta colendo, domum fulciendo, mancipia vestiendo, mercando vel creditori solvendo vel quid tale faciendo, de in rem verso in solidum vel patrem vel dominum obligat: si tamen ob hanc causam pecunia data sit.

264 D 15,3,7,3 (Ulpian 29 ed)

Es trifft fraglos zu, was Labeo geschrieben hat: dass offensichtlich eine Verwendung ins Vermögen des Herrn vorliege, wenn der Sklave Räucherwerk und Salben gekauft hatte für eine Leichenfeier, welche Sache seines Herrn gewesen war.

Illud plane verum est, quod Labeo scribit, si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.

4.2.3.4 Haftung im Falle des *iussum*

265 D 15,4,1 pr. (Ulpian 29 ed)

Zu Recht wird im Falle einer vom Herrn erteilten Ermächtigung eine Klage aufs Ganze gegen ihn gewährt; denn in gewisser Weise wird ein Vertrag mit demjenigen eingegangen, welcher dazu ermächtigt.

Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet.

Adressat der Ermächtigung ist nicht etwa der Gewaltunterworfenene, sondern der Dritte. Ihm gegenüber erklärt der Gewalthaber, dass er ein Geschäft mit einem seiner Sklaven oder mit einem Hauskind als ein ihm selbst betreffendes anerkennen werde. (Vgl. KASER/KNÜTEL¹⁹, Römisches Privatrecht, § 49, II, 2, Rdn 11).

266 D 15,4,1,1 (Ulpian 29 ed)

Eine Ermächtigung ist anzunehmen, ob sie nun jemand in einem Testament, schriftlich oder mündlich oder durch einen Boten, ob er sie nur für einen bestimmten Vertrag oder aber generell für Rechtsgeschäfte erteilt hat: infolgedessen hat offensichtlich zu allen Rechtsgeschäften ermächtigt – soweit nicht eine besondere Bestimmung dies untersagt –, wer nachweislich folgendes erklärt hat: „Welches Geschäft immer du mit meinem Sklaven Stichus auf meine Verantwortung abschliessen willst.“

Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: ‘Quod voles cum Stichoservo meo negotium gere<re> periculo meo’, videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.

- 267 D 15,4,1,6 (Ulpian 29 ed)
 Wenn jemand genehmigt hat, wozu sein Sklave oder sein Haussohn sich rechtsgeschäftlich verpflichtet haben, so wird die *actio quod iussu* erteilt.
Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio <in eos> datur.
- 268 Gai 4,70
 Und so hat der Praetor zunächst für den Fall, dass ein Rechtsgeschäft mit Ermächtigung des Hausvaters beziehungsweise des Herrn abgeschlossen worden ist, eine *actio* gegen den Vater oder den Herrn auf den gesamten Umfang der Verpflichtung entwickelt; und dies zurecht, weil einer, der auf diese Weise ein Geschäft eingeht, sich in stärkerem Masse vom Vertrauen in den Vater oder in den Herrn als in den Sohn oder in den Sklaven leiten lässt.
In primis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.
- 269 Die Formel der *actio quod iussu*
 Wenn Aulus Agerius aufgrund der Ermächtigung des Hausvaters Numerius Negidius dem Gaius, als dieser sich unter der väterlichen Gewalt des Numerius Negidius befand, eine Toga verkaufte, um die es hier geht, wieviel in diesem Fall der Haussohn Gaius dem Aulus Agerius nach *ius civile* und unter Berücksichtigung der *bona fides* zu leisten verpflichtet wäre, auf soviel soll der Richter den Vater Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es nicht zutrifft, soll er freisprechen.
Quod iussu NⁱNⁱ patris A^sA^s Gaio NⁱNⁱ filiofamilias togam vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Gaium filium A^oA^o dare facere oportet ex fide bona, eius N^mN^m patrem A^oA^o condemnato si non paret absolvito.

Nach LENEL, EP³, p. 278.

4.2.4 Die Surrogation bei Sondervermögen

4.2.4.1 Surrogation und Offenkundigkeitsprinzip

270 PS 2,17,14 (Pauli sententiae)

Als Eigentümer eines Grundstückes wird derjenige angesehen, in dessen Namen erworben, und nicht derjenige, von dem der Preis bezahlt wurde; jedenfalls dann, wenn dem Käufer die Liegenschaft übereignet worden ist.

Fundus eius esse videtur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerata est, si tamen fundus comparatori sit traditus.

4.2.4.2 Beim *peculium*

271 C 12,36,1,1/4 (Imp. Alexander A. Prisciano; a. 223)

(1) Unter das *peculium castrense* fallen aber bewegliche Sachen, die einem in den Militärdienst Einrückenden von Vater, Mutter oder anderen Verwandten oder von Freunden geschenkt worden sind, ebenso jene, die im Felde während des Kriegsdienstes erworben werden.

(4) Es ist herrschende Lehre, dass demgegenüber ein geschenktes Grundstück nicht ins *peculium castrense* fällt, obschon die aus den Mitteln des *peculium castrense* gekauften Liegenschaften dessen rechtlicher (Sonder-) Regelung unterstellt werden.

(1) Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, quae eunti in militiam a patre vel a matre aliisve propinquis vel amicis donatae sunt, item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur.

(4) In castrensi vero peculio praedium donatum non esse constat, quamvis empta ex castrensi peculio praedia eius condicionis efficiantur.

Vgl. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 und 198 Ziff. 4 ZGB.

4.2.4.3 Bei der *dos* (Mitgift)

A. Begriff der Mitgift als Sondervermögen

272 D 23,3,56,1 (Paulus 6 Plaut)

Die Mitgift soll jener Person zustehen, die auch die ehelichen Lasten trägt.

Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.

273 D 23,3,7 pr. (Ulpian 31 Sab)

Dass die Früchte der Mitgift ins Eigentum des Ehemannes fallen müssen, legt schon die Billigkeit nahe: da er ja die ehelichen Lasten zu übernehmen hat, ist es angemessen, dass er auch die Früchte für sich vereinnahmen kann.

Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere.

274 UE 6,6 (Ulp epit)

Nach der Scheidung ist die Ehefrau, falls sie gewaltfrei ist, selbst aktivlegitimiert zur Erhebung der *actio rei uxoriae*, das heisst zur Rückforderung der Mitgift. Befindet sie sich aber noch unter väterlicher Gewalt, dann steht die *actio rei uxoriae* dem Vater, allerdings nur mit Zustimmung der Tochter, zu; dabei ist es unerheblich, ob es sich um eine *dos adventicia*¹⁾ oder um eine *dos profecticia*²⁾ handelt.

Divortio facto, si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem. quod si in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae: nec interest, adventicia sit dos an profecticia.

¹⁾ Eine von dritter Seite bestellte Mitgift

²⁾ Eine vom Vater oder einem Vorfahren im Mannesstamm bestellte Mitgift

275 D 33,4,1,4 (Ulpian 19 Sab)

Aufwendungen aber vermindern die *dos* von Rechts wegen *<ipso iure>*. Diese Feststellung, wonach infolge der Aufwendungen die *dos ipso iure* vermindert werde, muss aber auf das gesamte Vermögen und nicht auf die je einzelnen Gegenstände bezogen werden.

Impensae autem ipso iure dotem minuunt. sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum.

B. Surrogation

276 D 23,3,54 (Gaius ed praet tit praed)

Dinge, die aus Mitteln der Mitgift gekauft sind, gehören offenkundig zur Mitgift.

Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotaless esse videntur.

Vgl. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 und 198 Ziff. 4 ZGB.

276 a BGE 71 II 93 E. 4)

Art 934 ZGB weiss nichts von einer dinglichen Surrogation bei Weiterveräusserung der Sache. Wenn dem Besitzer, dem die Sache wider seinen Willen abhanden gekommen ist, das Recht zuerkannt wird, sie binnen fünf (94) Jahren jedem Empfänger abzufordern, so heisst das, er habe sich an den gegenwärtigen Besitzer zu halten. Dass er statt dessen nach seiner Wahl von einem Zwischenbesitzer den von diesem bezogenen Preis verlangen könne, ist nicht vorgesehen. Es folgt dies auch nicht aus der Natur des Verfolgungsrechts. Dieses soll dem wider Willen entwehrten Besitzer den Besitz wieder verschaffen. Das Verfolgungsrecht bedeutet nicht Anspruch auf Vermögensausgleich, sondern einfach Zugriff auf die Sache.

Dieser Zugriff ist allerdings unter Umständen, so nach Erw. 2 hievon auch hier, an die Bedingung eines Lösegeldes geknüpft, entsprechend dem vom gegenwärtigen Besitzer ausgelegten Preis. Solchenfalls hat der Verfolgungsberechtigte ein Interesse, eben diesen Preis von einem Zwischenbesitzer ersetzt zu erhalten. Aber eine Haftung des gutgläubigen Zwischenbesitzers in solchem Sinne ist zu verneinen.

Das ZGB kennt kein allgemeines Surrogationsprinzip zugunsten eines nach Art. 934 Verfolgungsberechtigten. [...] Es gibt nur einzelne, bestimmt umschriebene Surrogationsfälle. Keiner derselben liegt hier vor. Nach Art. 721 Abs. 3 ZGB tritt der Erlös einer versteigerten Fundsache an deren Stelle. Damit ist der rechtlichen Stellung des Finders Rechnung getragen. Dieser ist nicht gutgläubiger Eigentümererwerber. Er hat nur eine Anwartschaft. Solange der Verlierer die Sache nicht vergessen hat, soll ihm auch der Steigerungserlös haften. [...]

(95) Keine Bedeutung kommt für die vorliegende Klage dem ziemlich allgemein anerkannten Surrogationsprinzip für Sondervermögen (Gesamtvermögen) zu, in dem Sinne, "dass alles was durch ein Opfer von Bestandteilen eines Sondervermögens erworben ist, in dieses Vermögen fällt" (GIERKE, Privatrecht II 60). Diese Ersatzregel wird namentlich im ehelichen Güterrecht und bei der Erbschaftsklage, sei es als eigentlicher Rechtssatz oder als Willensvermutung, beachtet (vgl. TUOR, zu Art. 599 ZGB, N 14 ff.; ferner WENGLER, Artikel "Surrogation" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, herausgegeben von Schlegelberger, 6. Band). Das gemeine Recht prägte, mit deutlicher (96) Beschränkung auf Sondervermögen im Gegensatz zu einzelnen Sachen, folgenden Satz: „In universalibus pretium succedit in locum rei; secus in particularibus". Stünde hier anstelle des Beklagten eine Erbengemeinschaft, so möchte diese Ersatzregel dazu führen, den für die als Erbschaftsgut verkaufte Ware bezogenen Preis auch seinerseits dem Erbschaftsgut zuzuzählen. Das wäre aber kein Forderungstitel für den Kläger. Die erwähnte Ersatzregel betrifft nur den Bestand des Sondervermögens und die darin eintretenden Veränderungen. Dritten kommt sie nur insoweit zugute, als ihnen Ansprüche auf das betreffenden Sondervermögen zustehen. Vgl. etwa Art. 750 Abs. 3 ZGB.-Demgegenüber : Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB und Art. 198 Ziff. 4 ZGB.

4.3 Die Haftung des Geschäftsherrn für seinen *institor*

277 Gai 4,71

[...] Die Formel der *actio institoria* ist aber dann anwendbar, wenn jemand in einem Verkaufsladen oder einem beliebigen anderen Handelsbetrieb einen Haussohn, einen Sklaven oder irgendeinen hausfremden Dritten als Geschäftsführer eingesetzt hat und wenn mit diesem nun innerhalb des Zuständigkeitsbereiches, mit dem er betraut wurde, ein Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. Sie wird deswegen *actio institoria* genannt, weil der Geschäftsführer eines Betriebes als *institor* bezeichnet wird. Und diese Formel ist ebenfalls auf den vollen Betrag der eingegangenen Verpflichtung gerichtet.

[...] *Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeponit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit. ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur institor appellatur. quae et ipsa formula in solidum est.*

278 D 14,3,1 pr. (Ulpian 28 ed)

Es erschien dem Praetor sachgerecht, dass, wenn wir Vorteile aus den Rechtsgeschäften der Institoren ziehen, wir dann auch verbindlich werden aus deren Verträgen und behaftet werden können. [...]

Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. [...]

279 PS 2,8,1 (Pauli sententiae)

Wie wir aus der Tätigkeit des Institors die Vorteile genießen, so müssen wir auch die Nachteile auf uns nehmen. Denn wer einen Sklaven, einen Haussohn, eine Haustochter oder Sklavin einem Gewerbebetrieb vorgesetzt oder mit dem Verkauf von Waren betraut hat, wird für die von jenen eingegangenen Verbindlichkeiten aufs Ganze <*in solidum*> in Anspruch genommen.

Sicut commoda sentimus ex actu praepositi institoris, ita et incommoda sentire debemus. et ideo <in eum> qui servum sive filium filiamve familias sive ancillam praeponit negotio, vel mercibus exercendis, eorum nomine in solidum convenitur.

280 PS 2,8,2 (Pauli sententiae)

Wenn jemand mit der Verleihung verzinslicher Darlehen, mit der Bestellung eines Ackers, mit der Ernte oder mit dem Verkauf der Früchte betraut worden ist, haftet für die zu diesem Zweck abgeschlossenen

Verträge der Eigentümer des Grundstücks auf das Ganze *<in solidum>*. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich *<beim Ermächtigten>* um einen Sklaven oder um einen Freien handelt.

Si quis pecuniae fenerandae agroque colendo, condendis vendendisque frugibus praepositus est, ex eo nomine, quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligatur: nec interest, servus an liber sit.

281 D 14,3,11,2/3 (Ulpian 28 ed)

(2) Wenn öffentlich angeschlagen war, dass mit einer gewissen Person keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden dürfen, dann kann der Betreffende keinesfalls für einen *<ermächtigten>* Geschäftsführer gehalten werden: denn es ist nicht zwingend, dass mit einem Institor stets auch kontrahiert werden kann; vielmehr ist es demjenigen, der nicht will, dass mit seinem Institor Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, überlassen, solches zu verbieten. Andernfalls wird derjenige, welcher jemanden einem Betrieb vorsetzt, gerade durch diese Einsetzung Dritten gegenüber *<aus Geschäften des Institors>* verbindlich. (3) Unter 'öffentlich angeschlagen' ist eine deutliche Schrift zu verstehen, so dass sie von ebener Erde aus gut lesbar ist, selbstverständlich vor dem Laden angebracht beziehungsweise vor dem Lokal, in welchem die Geschäfte abgewickelt werden, und zwar nicht an einer verborgenen Stelle, sondern ohne weiteres sichtbar. Hat dies in lateinischer oder griechischer Sprache zu geschehen? Ich meine, dies hänge von den örtlichen Gegebenheiten ab, so dass niemand Sprachkenntnis vorschützen kann. Wenn aber einer vorbringen sollte, er sei überhaupt der Schrift nicht mächtig oder er habe die Bekanntmachung gar nicht beachtet, so wird er damit nicht gehört werden, wenn bereits viele die Schrift gelesen hatten und diese *<wirklich>* öffentlich angeschlagen war.

(2) De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, si praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. (3) Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.

282 D 14,3,5,12 (Ulpian 28 ed)

Daher bin ich, falls ich jemanden zum Verkauf von Waren eingesetzt habe, aufgrund dieses Tatbestandes *<nur>* durch die Ansprüche der Käuferschaften belangbar; ebenso wenn ich beispielsweise jemanden zum Ankauf von Gütern eingestellt hätte: dann wäre ich lediglich den

Verkäuferansprüchen ausgesetzt; dagegen wird man nicht behaftet, weder wenn man jemanden zum Einkauf einsetzt und dieser dann Verkäufe tätigt noch wenn jemand zum Verkauf angestellt ist, dann aber auch einkauft. Und dieser Ansicht ist auch Cassius.

Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposuero, tenebor dumtaxat ex vendito: sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri, idque Cassius probat.

283 Formel der *actio institoria*

Wenn Aulus Agerius von Lucius Titius, da dieser von Numerius Negidius einem Verkaufsgeschäft vorgesetzt worden war, aufgrund dieses Tatbestandes zehn Pfund Olivenöl gekauft hat, um welche Angelegenheit es hier geht, wieviel aus diesem Grund Lucius Titius dem Aulus Agerius unter Berücksichtigung der *bona fides* nach *ius civile* zu geben und zu leisten verpflichtet ist, auf soviel soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Quod A^sA^s de Lucio Titio, cum is a N^oN^o tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Lucium Titium A^oA^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^mN^m A^oA^o condemnato si non paret absolvito.

Nach LENEL, EP³, § 102, p. 263.

5. Die Stellvertretung

5.1 Allgemeines und Abgrenzungen

5.1.1 Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis

283 a D 3,3,63 (Mod 6 diff)

Ein Geschäftsführer über das gesamte Vermögen, der mit der Verwaltung (*administratio*) der Vermögenswerte beauftragt ist, kann über Sachen des Geschäftsherrn, bewegliche, unbewegliche wie auch Sklaven ohne einen gesonderten Auftrag des Eigentümers nicht verfügen, abgesehen von den Früchten sowie anderen leicht verderblichen Gütern.

Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.

283 b D 21,3,1,3 (Ulpian 76 ed)

Celsus lehrt, wenn jemand meine Sache um weniger verkauft habe, als ich ihm dies aufgetragen habe, sei das Verfügungsgeschäft offensichtlich wirkungslos, und falls ich die (Sache) herausverlangen sollte, stehe mir diese Einrede (*sc. die exceptio rei venditae et traditae*) nicht entgegen; und dies trifft zu.

Celsus ait: si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.

5.1.2 Direkte und indirekte Stellvertretung

284 D 16,3,1,11 (Ulpian 30 ed)

Für den Fall, dass ich dich gebeten habe, meine Sache zu Titius zu tragen, damit dieser sie aufbewahre, wird bei Pomponius erörtert, mit welcher Klage ich gegen dich vorgehen kann. Und er meint, gegen dich mit der Klage aus Auftrag, gegen jenen aber, der die Sache in Empfang genommen hat, mittels der Klage aus Hinterlegungsvertrag. Wenn er aber die Sache auf deinen Namen entgegengenommen hat, haftest du mir aus dem Auftrag, jener <*sc. der Verwahrer*> aber *dir* aus dem Hinterlegungsvertrag, welchen Anspruch du mir abtreten wirst, wenn du in einem Verfahren aufgrund des Auftrags belangt worden bist.

Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.

284 a C 4,35,12 (Impp. Diocletian et Maximianus AA. et CC. Firmo; a. 293)

Da du vorträgst, der Geschäftsführungsauftrag habe eine klare Vertragsbestimmung enthalten, ist diese gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben in vollem Umfange einzuhalten. Wenn nun dein Prokurator im Widerspruch zum Inhalt des Auftrages das dir gehörende Grundstück verkauft hat und du in der Folge den Verkauf niemals genehmigt hast, kann das Eigentum dir nicht entzogen worden sein.

Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres, eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. unde si contra mandati tenorem procurator tuus ad te pertinentem fundum vendidit nec venditionem postea ratam habuisti, dominium tibi auferre non potuit.

- 284 b 4,51,6 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Rufo)

Niemand vermochte durch den Verkauf von in deinem Eigentum stehenden und ihm nicht verpfändeten Gegenständen, zu deren Veräußerung er auch nicht von Amtes wegen berechtigt war, dir irgendeinen Rechtsnachteil zuzufügen.

Nemo res ad te pertinentes non obligatas sibi nec ex officio vendendi potestatem habens distrahendo quicquam tibi nocere potuit.

- 284 c C 4,5,9,1 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Gratianae; a. 294)

Wenn jemand ohne Auftrag eine fremde Sache verkauft hatte, und der Eigentümer wegen Entwehrung beziehungsweise wegen eines bereits vor dem Verkauf vorhandenen Sachmangels den Käufer befriedigt hat, kann er keinesfalls Zahlung einer Nichtschuld vorschützen, da er durch sein vorangegangenes Verhalten beweist, dass er den Kaufvertrag genehmigte und also offensichtlich eine (bestehende) Schuld erfüllt hat.

Citra mandatum autem ab alio re distracta dominus evicta re vel ob praecedens vitium satis emptori faciens non indebitum praetendere, sed per eiusmodi factum ratum contractum habuisse probans a se debitum ostendit solutum.

5.1.3 Die Organschaft

- 285 Gai 2,87

Was unsere Kinder, die wir in der väterlichen Gewalt haben, desgleichen was unsere Sklaven durch *mancipatio* oder durch *traditio* zugewendet erhalten oder was sie sich durch *stipulatio* versprechen lassen oder uns aus einem anderen, irgendwie gearteten Rechtsgrund erwerben: alldies wird uns erworben; denn derjenige, der sich in unserer Gewalt befindet, kann selbst nichts zu Eigentum haben. Daher kann er, falls er als Erbe eingesetzt wäre, ausser mit unserer Ermächtigung die Erbschaft nicht antreten. [...]

Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest. [...]

- 286 Gai 2,90

Aber durch jene Personen freilich, die wir unter unserer Herrschaft beziehungsweise im Manzipium haben, wird uns das Eigentum aus allen

Rechtsgründen erworben, sowie auch durch diejenigen, die in unserer Hausgewalt stehen. Ob allerdings auch der Besitz erworben wird, ist umstritten, weil wir ja diese <Personen> selbst nicht besitzen.

Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietates quidem adquiruntur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

5.1.4 Der Grundsatz der Stellvertretungsfeindlichkeit bei Rechtsgeschäften

287 Gai 2,95

[...] Und damit ist gemeint, was gemeinhin so formuliert wird: Durch hausfremde Personen kann uns nicht erworben werden. Lediglich hinsichtlich des Besitzes wird erwogen, ob er uns durch hausfremde Personen erworben werden kann.

[...] Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. tantum de possessione quaeritur, an per extraneam personam nobis adquiratur.

Vgl. Art. 923 ZGB.

288 D 50,17,73,4 (Quintus Mucius Scaevola lib sing hor)

Einem anderen kann weder durch einen Vertrag¹⁾ noch durch eine einzelne Vertragsklausel noch durch eine Stipulation etwas verschafft werden.

Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

¹⁾ *paciscendo* ist hier wohl allgemein als Vertrag zu verstehen, nicht im engen Sinne als *pactum* im Gegensatz zum *contractus*.

Anders das moderne Recht, vgl. Art. 32 ff. OR.

289 D 44,7,11 (Paulus 12 Sab)

Alle unsere Unternehmungen, sofern sie ihren Ursprung in einem von uns abgeschlossenen Schuldvertrag haben, bewirken die Unwirksamkeit des jeweiligen Rechtsgeschäftes, wenn der Ansatz der eingegangenen Verbindlichkeit nicht in unserer Person liegt: folglich können wir weder uns stipulieren lassen noch kaufen, verkaufen oder sonstwie einen Vertrag schliessen, so dass ein anderer direkt in seinem eigenen Namen klagen könnte.

Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

5.2 Zugelassene Stellvertretungstatbestände, insbesondere der *procurator*

5.2.1 Der *procurator* (Vermögensverwalter)

290 D 3,3,1 pr./1 (Ulpian 9 ed)

(pr.) Ein Prokurator ist jemand, der im Auftrage des Geschäftsherrn fremde Geschäfte führt. (1) Ein Prokurator kann für sämtliche Angelegenheiten im Zusammenhang mit einem Vermögen oder lediglich für ein einzelnes Geschäft, und zwar unter Anwesenden, durch einen Boten oder schriftlich ermächtigt werden, obgleich – wie Pomponius im 24. Buch <seines Ediktskommentars¹⁾> schreibt – einzelne Autoren verneinen, dass es sich bei einem nur für ein einziges Geschäft Beauftragten um einen Prokurator handle, so wie auch derjenige nicht Prokurator im eigentlichen Sinne ist, der es übernommen hat, eine Sache, einen Brief oder eine Erklärung zu überbringen. Doch ist es wohl zutreffender, dass auch jemand Prokurator sei, der nur für ein einziges Geschäft bestellt worden ist.

Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. (1) Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.

¹⁾ Vgl. LENEL, Palingenesia iuris civilis, Bd. II (1889, Neudruck 1960), Pomponius, No. 25, Sp. 18.

Vgl. Art. 458 OR (Prokura).

291 C 4,35,9 (Impm. Diocletianus et Maximianus AA. Marcello)

Da du vorträgst, dass dir von deinem Prokurator in deinen Vermögensangelegenheiten ein Schaden zugefügt worden sei, steht dir gegen ihn die *actio mandati* zu.

Cum per procuratorem causam tuam laesam esse dicas, mandati actio adversus eum tibi competit.

292 C 2,12,1 (Imp. Pius Severo; a. 150)

Die Stellung einer Sicherheit für die Genehmigung wird vom *procurator* dann verlangt, wenn es ungewiss bleibt, ob ihm das Geschäft aufgetragen worden ist.

Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quotiens incertum est, an ei negotium mandatum est.

5.2.2 Direkte Stellvertretung beim Rechtserwerb

5.2.2.1 Besitz und Eigentum

293 D 41,1,13 pr./1 (Neraz 6 reg)

(pr.) Wenn der Prokurator mir eine Sache auftragsgemäss gekauft hat und sie ihm in meinem Namen tradiert worden ist, dann erwirbt er mir, ohne dass ich es weiss, das Eigentum daran. (1) Auch der Vormund eines oder einer Unmündigen erwirbt – analog dem Prokurator –, wenn er im Namen des oder der Unmündigen etwas kauft, diesen auch ohne deren Wissen das Eigentum.

(pr.) Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur etiam ignoranti. (1) Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus.

Vgl. Art. 923 ZGB.

294 D 41,2,42,1 (Ulpian 4 reg)

Wenn nämlich der Prokurator im Auftrag des Geschäftsherrn eine Sache gekauft hat, erwirbt er diesem unmittelbar auch den Besitz; dies trifft nicht zu, falls er aus eigenem Entschluss gekauft hat, ausser der Herr hätte den Kauf genehmigt.

Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.

295 PS 5,2,2 (Pauli sententiae)

Durch Freie, die nicht in unserer Gewalt stehen, kann uns nichts erworben werden. Aber durch einen *procurator* kann uns nach durchgedrungener Ansicht aus Zweckmässigkeitsgründen der Besitz erworben werden. [...]

Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. [...]

296 D 41,1,20,2 (Ulpian 29 Sab)

Wenn Titius und ich zusammen eine Sache gekauft haben und diese dem Titius für ihn und in seiner Eigenschaft als mein Prokurator tradiert worden ist, so halte ich dafür, dass auch mir das Eigentum erworben worden ist, weil nach herrschender Lehre durch eine freie Person der Besitz an allen Sachen erworben werden kann und durch Besitzerwerb auch das Eigentum.

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

297 D 41,3,47 (Paulus 3 Ner)

Wenn der Prokurator eine für mich gekaufte Sache ohne mein Wissen in meinem Namen entgegennimmt, so kann ich sie - obgleich ich sie besitze - nicht ersitzen, weil nur bei Pekuliarsachen zugelassen wird, dass wir sie auch ohne unser Wissen ersitzen.

Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantibus usuceptum est, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

5.2.2.2 Erwerb einer Forderung

298 D 45,1,38,17 (Ulpian 49 Sab)

Für einen anderen kann niemand sich durch Stipulation etwas versprechen lassen, ausgenommen der Sklave liesse sich für seinen Herrn oder der Haussohn für seinen *pater familias* stipulieren; denn die Obligationen dieser Art sind zum Zwecke entwickelt worden, dass jeder für sich erwerbe, was in seinem Interesse liegt; dass aber einem anderen etwas zugewendet werde, liegt nicht in meinem Interesse. Falls ich dies freilich doch veranlassen wollte, so wäre es sachgemäss, sich eine Konventionalstrafe stipulieren zu lassen, damit im Falle, dass nicht ausgeführt wird, was der Strafstipulation zugrunde liegt, die Vertragsstrafe demjenigen verfällt, der zunächst gar kein eigenes Interesse hatte. Denn wenn jemand sich eine Strafe stipulieren lässt, wird nicht berücksichtigt, welches sein Interesse, sondern einzig was Inhalt und Wirksamkeitsvoraussetzung der Stipulation ist.

Alteri <dari> stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

299 D 45,1,62 (Julian 2 Minicio)

Wenn sich ein Sklave trotz Verbotes seitens des Herrn von jemandem hat Geld stipulieren lassen, so verpflichtet er den Versprechenden trotzdem gegenüber seinem Herrn.

Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilo minus obligat domino promissorem.

300 D 12,1,9,8 (Ulpian 26 ed)

Wenn ich in deiner Abwesenheit und ohne dein Wissen jemandem Geldstücke meines Eigentums in deinem Namen als die deinigen <als Darlehen> übergebe, erlangst du nach der Meinung des Aristo die *condictio*. Auch Julian – in dieser Sache angefragt – schreibt im 10. Buch <seiner Digesten>, die Meinung Aristos treffe zu und es sei nicht zu bezweifeln, dass du die Forderung <auf Rückgabe> erwirbst, wenn ich mein Geld in deinem Namen und mit deinem Willen übergebe, weil wir tagtäglich mit dem Willen, ein Darlehen zu gewähren, einen anderen dazu verhalten, als Gläubiger in unserem Namen unserem künftigen Schuldner Geld auszubezahlen.

Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conductionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

5.2.3 Direkte Stellvertretung bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften

5.2.3.1 Bei Verpflichtungsgeschäften

Vgl. die Stellen zur adjektivischen Haftung, vorne Rdn 259 ff.

301 D 14,3,19 pr. (Papinian 3 resp)

Gegen denjenigen, welcher seinem Kontor für Kreditaufnahmen¹⁾ einen Prokurator vorgesetzt hat, wird die *actio ad exemplum institoriae* gegeben; und diese ist ebenfalls zu gewähren, wenn der Prokurator, der dem Stipulationsgläubiger die <Rückzahlung> der Darlehensvaluta versprochen hat, selbst zahlungsfähig wäre.

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aequae faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

¹⁾ Zu denken ist bei den *mutuis accipiendis pecuniis* wohl an eine Art Depositengeschäft, vgl. E. RABEL, Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sogenannte *actio quasi institoria* (1913); jetzt in: RABEL, Gesammelte Aufsätze, Bd. IV (1971), p. 285 f.

302 D 19,1,13,25 (Ulpian 32 ed)

Wenn ein Prokurator verkauft und dem Käufer Sicherheit geleistet hat, so stellt sich die Frage, ob dem Geschäftsherrn beziehungsweise auch gegen ihn eine *actio* gegeben werden sollte. Und Papinian nimmt im 3. Buch seiner Responsen an, dass gegen den Geschäftsherrn aus dem Kauf mittels einer *actio utilis ad exemplum actionis institoriae* geklagt werden könne, falls jener den Verkaufsauftrag erteilt hat. Daher ist auch für den umgekehrten Fall zu entscheiden, dass dem Geschäftsherrn eine *actio utilis* aus dem Kauf zusteht.

Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.

5.2.3.2 Bei Verfügungsgeschäften: Die Einwilligung zur Verfügung über eine fremde Sache

A. Vorgängige und nachträgliche Einwilligung: Ermächtigung und Genehmigung

302 a D 46,8,12,1 (Ulp 80 ed)

Genehmigung (*ratam haberi/ratihabitio*) bedeutet, in das von einem vollmachtlosen Vertreter (*falsus procurator*) geführte <Geschäft> einzuwilligen und es anzuerkennen.

Rem haber[i] <e> ratam hoc est comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore.

302 b D 43,16,1,14 (Ulpian 69 ed)

[...] Gemäss der Meinung des Sabinus und Cassius, welche die Genehmigung dem Auftrag gleichsetzen [...]. Und dies ist richtig.

[...] *secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant [...]. et hoc verum est.*

Vgl. auch Rdn 310 und Art. 19 Abs. 1 ZGB (= 410 Abs. 1 ZGB a. F.)

B. Eigentumsübertragung

303 D 41,1,9,4 (Gaius 2 rer cott)

Es ist aber unerheblich, ob der Eigentümer selbst jemandem eine Sache tradiert oder ein anderer mit seiner Einwilligung dies tut. Und aus diesem Grund verschafft jemand dem Empfänger Eigentum an einer Sache, falls ihm von einem, der ins Ausland abgereist ist, die freie Verwaltungsbefugnis an seinem Vermögen verliehen worden ist und er dann im Rahmen dieser Geschäftsführung eine Sache verkauft und übergeben hat.

Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis. qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre profiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

304 D 6,1,41,1 (Ulpian 17 ed)

Wenn ein Sklave oder ein Haussohn – je mit freier Verwaltungsbefugnis über das Pekulium – mir ein Grundstück verkauft und tradiert hat, so werde ich die *actio in rem* anstrengen können. Aber auch wenn er mit dessen Zustimmung eine Sache aus dem Vermögen des Herrn <beziehungsweise des Hausvaters> tradiert hätte, so wäre dasselbe zu sagen; und wenn der Prokurator mit dem Willen des Geschäftsherrn verkauft und tradiert hat, wird er mir ebenso die *actio in rem* verschaffen.

Si servus mihi vel filius familias fundum vendidit et tradidit habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero. sed et si domini <vel patris> voluntate domini <vel patris> rem tradat, idem erit dicendum; quemadmodum, cum procurator voluntate domini vendidit vel tradidit, in rem actionem mihi praestabit.

305 C 3,32,3 pr./1 (Imp. Alexander A. Dominae; a. 222)

(pr.) Deine Mutter oder dein Ehemann waren ohne deinen Willen oder deine Kenntnis nicht in der Lage, dein Grundstück rechtswirksam zu

veräußern, vielmehr wirst du deine Sache auch ohne Rückgabeangebot des Kaufpreises vom Besitzer vindizieren können. (1) Wenn du aber nachträglich den Verkauf genehmigst oder auf andere Art und Weise das Eigentum <am Grundstück> verlierst, so steht dir zwar keine Klage gegen den Käufer zu, doch wirst du nicht daran gehindert, gegen den Verkäufer den Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag auf Herausgabe des Preises zu erheben.

(pr.) Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere iure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. (1) Sin autem postea de ea venditione consensisti vel alio modo proprietatem eius amisisti, adversus emptorem quidem nullam habes actionem, adversus venditricem vero de pretio negotiorum gestorum exercere non prohiberis.

C. Die Erfüllung

306 D 46,3,12 pr. (Ulpian 30 Sab)

Einem ermächtigten *procurator* wird rechtswirksam geleistet. Als ermächtigt haben wir aber denjenigen anzuerkennen, dem entweder für ein einzelnes Geschäft oder aber für die Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten Vollmacht <*mandatum*> erteilt worden ist.

Vero procuratori recte solvitur. verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.

307 D 46,3,87 (Celsus 20 dig)

Ich kann eine von meinem Prokurator bezahlte Schuld nicht zurückfordern. Denn wenn jemand einen Prokurator mit Zuständigkeit für sein gesamtes Vermögen einsetzt, so hat er diesen offenkundig auch ermächtigt, seinen Gläubigern gegenüber Geldzahlungen vorzunehmen, und so braucht man nachher nicht darauf zu warten, dass die Genehmigung erteilt werde.

Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam, cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat neque post ea expectandum est, ut ratum habeat.

D. Der Erlassvertrag

308 D 46,4,3 (Paulus 4 Sab)

Durch einen Prokurator ohne <entsprechende> Ermächtigung kann man mittels einer Akzeptilation weder wirksam befreit werden noch kann er wirksam befreien.

Per procuratorem nec liberari nec liberare quisquam acceptilatione sine mandato potest.

E. Die Erfüllungsannahme

309 D 12,6,6,2 (Paulus 3 Sab)

Celsus vertritt die Ansicht, dass derjenige, welcher einem Prokurator eine geschuldete Summe bezahle, sofort <von seiner Verbindlichkeit> befreit werde und eine Genehmigung gar nicht zur Debatte stehe; wenn jedoch dieser <sc. der Prokurator> eine nicht geschuldete Leistung annehme, dann sei die Genehmigung erforderlich, weil davon ausgegangen werden müsse, dass hinsichtlich der Einforderung von Nichtschulden kein Auftrag erteilt worden sei. Wenn also der Geschäftsherr nicht genehmigen sollte, ist die Summe zurückzufordern.

Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

310 D 46,3,12,4 (Ulpian 30 Sab)

Aber auch wenn ich an einen nicht ermächtigten *procurator* leiste, der Geschäftsherr die Leistung aber genehmigen sollte, erfolgt Befreiung von der Verbindlichkeit; denn die Genehmigung wird der Ermächtigung gleichgestellt.

Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.

Vgl. Art. 38 Abs. 1 OR und Rdn 302 a.

311 D 41,2,49,2 (Papinian 2 def)

Auch wenn der Besitz durch einen Prokurator sogar demjenigen erworben wird, der davon nichts weiss, die Ersitzung hingegen nur demjenigen möglich ist, der darum weiss, so wird dennoch die Klage aus der Entwehrung dem Geschäftsherrn gegen den Verkäufer wider den

Willen des Prokurators nicht gewährt; dieser kann freilich mittels der *actio mandati* zu deren Abtretung gezwungen werden.

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.

F. Exkurs: Ein Fall der Anscheinsvollmacht

312 D 46,3,51 (Paulus 9 ed)

Einem Kassierer, dem ohne Wissen des Schuldners die Geschäftsführung entzogen worden ist, wird rechtswirksam bezahlt, denn ihm wird mit Willen des Geschäftsherrn geleistet; und wenn derjenige, der bezahlt, vom geänderten Willen keine Kenntnis hat, wird er befreit.

Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur: ex voluntate enim domini ei solvitur, quam si nescit mutatam qui solvit, liberatur.

Vgl. Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR.

313 D 46,3,34,3 (Julian 54 dig)

Wenn ich Titius allen meinen Geschäftszweigen vorgesetzt, ihm aber nachher ohne Kenntnis meiner Schuldner verboten habe, meine Geschäfte zu führen, werden die Schuldner dadurch, dass sie an ihn leisten, befreit; denn wer allen seinen Geschäften jemanden vorsetzt, von dem nimmt man an, dass er auch seine Schuldner ermächtigt, dem *procurator* zu leisten.

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

314 D 50,17,60 (Ulpian 10 disp)

Es wird angenommen, derjenige erteile einen Auftrag, der nicht verhindere, dass ein anderer für ihn auftritt. Aus der *actio mandati* wird aber auch verpflichtet, wer eine vollzogene Rechtshandlung genehmigt.

Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.

5.2.3.3 Zur Entwicklung der direkten Stellvertretung im 19. Jahrhundert

314 a SAVIGNY, F.C. V., Das Obligationenrecht, zweiter Band (1853)

(55) Zu diesen formlosen Verträgen nun gehören zunächst die *Consensualcontracte*; ferner die *Realcontracte*, da das bei diesen hinzutretende ursprüngliche Hingeben durchaus nicht eine Form der Willenserklärung ist; dann das *Constitutum*; endlich auch das blosse *Pactum*, das überhaupt keine Klage, obgleich wichtige andere Wirkungen, erzeugt.

Für alle diese Verträge gilt die gemeinsame Regel, dass die Thatsache des erklärten übereinstimmenden Willens allein entscheidet, so dass die Form der Erklärung dieses Willens völlig gleichgültig ist. Diese Regel hängt zusammen mit dem Umstand, dass fast alle diese Verträge *bonae fidei* sind, woraus von selbst folgt, dass sie nur (56) nach dem Sinn und der Absicht der Parteien, unabhängig von civilen Formen, beurtheilt werden dürfen. Daher können diese Verträge geschlossen werden sowohl in Gegenwart der Parteien, als in Abwesenheit derselben; und in diesem letzten Fall kann es geschehen, sowohl durch einen Brief, als durch einen Boten, der einem lebendigen Brief zu vergleichen ist. Wird nun diese letzte Form gewählt, so ist der Bote (*nuncius*) der blosse Träger eines fremden Willens. Man kann nicht sagen, dass er den Vertrag schliesst, welcher auf eine dritte Person zurückwirken soll, sondern die Parteien selbst schliessen den Vertrag, und der Bote ist blos das Werkzeug der Willenserklärung.

Dieses Alles ist in unseren Rechtsquellen so deutlich und vielfach anerkannt, dass es nicht bezweifelt werden konnte. (57) Auch wird es von den oben (§ 56) erwähnten Gegnern meiner Meinung ausdrücklich anerkannt. Wenn nun Diese dennoch die Möglichkeit einer Stellvertretung mit directer Wirkung auf den Vertretenen verneinen, so beruht augenscheinlich der ganze Streit der Meinungen auf der Unterscheidung des Boten (*nuncius*) vom Stellvertreter oder Bevollmächtigten (*procurator*), und wir müssen auf den wahren Sinn dieser Unterscheidung im wirklichen Leben eingehen, um eine scharfe Gränze zu finden, worauf hier Alles ankommt.

Die Benennung des Boten (*nuncius*), und die stets wiederkehrende Zusammenstellung desselben mit dem Briefe, führt leicht zu einer sehr beschränkten Auffassung dieses Begriffs. Der Brief ist ein bewusstloses und willenloses Werkzeug, und das kann unstreitig der Bote auch sein. Wenn ich ein Pferd kaufen will, der Verkäufer fordert Hundert, ich kann mich dazu nicht entschliessen, wir gehen ohne Vertrag auseinander, ich sende aber nachher einen Boten mit der Erklärung, dass ich in die Forderung meines Gegners eingehe, so überbringt der Bote mein Ja-Wort, ohne zu wissen, wovon die Rede ist; er ist also ein bewusstloses und willenloses Werkzeug, völlig wie ein Brief.

(58) Es ist aber gar kein Grund vorhanden, bei diesem höchst beschränkten Fall stehen zu bleiben. Wenn ich dem Boten sage, wovon die Rede ist, so dass er nicht das blosse Ja-Wort, sondern den vollständigen Inhalt meiner Willenserklärung überbringt, so ist derselbe nicht mehr ein bewusstloses Werkzeug (wie der Brief), wohl aber noch immer willenlos. Niemand wird zweifeln, dass dieser Vertrag noch immer als von mir selbst geschlossen gelten muss. Gesetzt aber, ich trage dem Boten auf, den Preis wo möglich auf Neunzig herunter zu handeln, im Nothfall jedoch auf Hundert einzuwilligen, so ist der Bote schon nicht mehr völlig willenlos, da ihm eine gewisse Freiheit der Wahl eingeräumt ist. Dieser Fall nun steht, wenn auf Hundert abgeschlossen wird, völlig auf gleicher Linie mit dem vorhergehenden Fall; bei dem Abschluss auf Neunzig ist eine gewisse Selbstthätigkeit des Vertreters sichtbar; dennoch wird schwerlich Jemand einen Unterschied beider Fälle zu behaupten versuchen, so dass in dem ersten Fall der Vertreter als blosser Bote erschiene, mit directer Einwirkung auf den Vertretenen, im zweiten Fall aber als Bevollmächtigter, mit der Begründung von *utiles actiones* für und wider den Vertretenen .

Wir wollen nun noch einen Schritt weiter gehen. Gesetzt, ich habe bei einem Pferdehändler mehrere Pferde gesehen, deren Jedes besondere Vortheile und Bedenken zu haben scheint. Ich gebe nun einem Bekannten, der mehr von Pferden versteht als ich, den Auftrag, für mich dasjenige Pferd (59) auszusuchen, das er für das passendste hält, und es in meinem Namen zu kaufen, wobei ich ihm auch mehr oder weniger Freiheit in der Bestimmung des Preises überlasse. Hier hat der Vertreter einen sehr freien Spielraum für sein Urtheil und seinen Willen. Schliesst er nun für mich den Vertrag ab, so muss er dennoch unbedenklich eben so angesehen und beurtheilt werden, wie der blosse Bote in den vorigen Fällen, welchen Namen wir ihm übrigens beilegen mögen. Denn mein, auf manichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer mein Wille, und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fällen, der anderen Partei gegenüber, als der blosse **Träger meines Willens**.

Die Vergleichung dieser verschiedenen Fälle führt zu der Ueberzeugung, dass sie alle, juristisch betrachtet, eine ganz gleich Natur haben. Es ist gleichgültig, ob der Stellvertreter der anderen Partei meinen einfachen Entschluss überbringt, oder vielmehr einen unter mehreren, von mir gefassten, Entschlüssen, nach seiner eigenen, freien Auswahl. Es ist also gleichgültig, ob der Stellvertreter in dem Geschäft mehr oder weniger selbstthätig erscheint. Eine scharfe Gränze zwischen diesen höchst mannichfaltigen Fällen zu ziehen, ist ganz unmöglich, und es ist auch kein innerer Grund für den Einfluss einer solchen Gränze vorhanden. Denn in eben diesen Fällen wird der Vertrag von mir, durch meinen Willen, geschlossen, und der Stellvertreter ist blos der Träger dieses meines Willens. Daher entstehen für ihn aus (60) dem Vertrag weder Rechte noch Verpflichtungen (e), wohl aber entstehen dieselben

unmittelbar für mich; und zwar ist Dieses ganz die Lehre des Römischen Rechts. Wenn also meine Gegner in diesem Sinn einen Unterschied zwischen dem Boten und dem Bevollmächtigten machen wollen, so muss ich ihre Lehre entschieden verwerfen.

Dagegen muss allerdings von anderer Seite ein wichtiger Unterschied in den Fällen der Stellvertretung anerkannt werden, und die Verwechslung der beiden hier vorliegenden Gegensätze erscheint mir als der wahre Grund der in dieser Lehre wahrnehmbare Verschiedenheit der Meinungen.

Wenn ich überhaupt mit Hülfe eines Stellvertreters einen Vertrag abschliessen will, so ist Dieses auf zweierlei Art möglich.

(61) Es kann geschehen erstlich in der Art, dass der Vertreter in meinem Namen auftritt, unterhandelt und abschliesst. Das ist der bisher von mir vorausgesetzte Fall, wobei es ganz gleichgültig ist, ob ich dem Vertreter mehr oder weniger Freiheit und Selbstthätigkeit überlasse. – Dann entstehen gegenseitige Klagen unmittelbar zwischen mir und der Gegenpartei, so dass diese Gegenpartei mit dem Stellvertreter in gar kein Rechtsverhältniss kommt (g). Der Grund liegt darin, dass die Gegenpartei nur mich als ihren Contrahenten ansieht, den Stellvertreter nicht.

Es kann aber auch geschehen zweitens in der Art, dass der Stellvertreter in seinem eigenen Namen unterhandeln und abschliessen soll, so dass, unserer Absicht nach, erst die späteren Folgen des Vertrags auf mich übergehen sollen. (62) Hier entstehen gegenseitige Klagen nur zwischen dem Dritten und dem Vertreter, nicht zwischen dem Dritten und mir, weil der Dritte gar nicht an mich dachte, nicht mit mir ein Geschäft eingehen wollte. Der Vertreter hat dann das eingekaufte Pferd an mich zu übertragen, das Kaufgeld von mir zu empfangen u.s.w.

Dennoch können auch in diesem zweiten Fall indirecte Klagen zwischen mir und dem Dritten entstehen. Ich klage gegen den Dritten mit der Contractsklage, die mir mein Stellvertreter cedirt und cediren muss; daher auch ohne wirkliche Cession mit einer *utilis actio*. – Der Dritte klagt gegen mich mit einer *utilis actio*, nach der Analogie der institorischen Klage; der Grund liegt darin, dass er mit seiner Contractsklage den Stellvertreter hätte zwingen können, ihm seine Regressklage gegen mich (die *actio mandati contraria*) zu cediren. –

Will man den Gegensatz dieser beiden Fälle durch die Ausdrücke *nunci* und *procurator* bezeichnen, so wäre dagegen an sich Nichts einzuwenden, nur ist damit nicht viel gewonnen, da diese Ausdrücke schwankend sind, und schwerlich eine allgemeine Anerkennung in diesem Sinn finden werden.

(e) Ich frage: aus dem Vertrag, so dass also die andere Partei den Stellvertreter weder verklagen, noch von ihm verklagt werden kann.

Denn mir haftet allerdings der Stellvertreter aus dem Mandat, welches er redlich und mit gehöriger Vorsicht zu vollziehen hat.

(g) Es wird vorausgesetzt, dass sich der Vertreter in den Grenzen des ihm gegebenen Auftrags hält. Nach diesen Grenzen hat die Gegenpartei, wenn sie sicher gehen will, sich zu erkundigen, ganz wie bei den Verträgen mit einem *magister* oder *institor*.

314 aa PRIVATRECHTLICHES GESETZBUCH für den Kanton Zürich. Dritter Band: Forderungen und Schulden (mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redaktor des Gesetzes, 1855)

§ 949

Wer dazu ermächtigt ist, kann auch für einen Andern einen Vertrag abschliessen, so dass, wenn er als Stellvertreter sich zu erkennen gegeben hat, nicht der Vertreter, sondern der Vertretene zum Gläubiger oder Schuldner wird.

Die Ermächtigung kann entweder für das einzelne Geschäft besonders, oder im Allgemeinen für eine Reihe von Geschäften, wie z. B. für den Geschäftsführer oder Faktor einer Kaufhandlung, ertheilt worden sein, oder aus den Verhältnissen, wie z. B. für den Vater mit Bezug auf die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder, sich ergeben.

1. Die Ausbildung des freien Verkehrs in neuer Zeit hat zu einer umfassenden Anerkennung des Grundsatzes freier Stellvertretung **auch** für den obligatorischen Vertrag geführt, eines Grundsatzes, der dem römischen Obligationenrecht fremd ist. Wenn B mit Vollmacht des A mit C im Namen des A einen Vertrag abschliesst, so wird nicht etwa zunächst, wie die Römer das ansahen, der handelnde B mit C verbunden, sondern in erster Linie A, sei es dass für A eine Forderung erworben, sei es dass A zum Schuldner des C wird. Wenn aber B, ohne zu sagen, dass er für seinen Vollmachtgeber A handle, mit C, also in eigenem Namen einen Vertrag abschliesst, dann allerdings wird B auch nach heutigem Rechte dem C zunächst verbunden. C will ja in diesem Fall nicht mit A, sondern mit B kontrahiren. (Die Auszeichnung in fetter Schrift v. Hrsg.)
 2. Für das einzelne Geschäft. Z.B. A gibt dem B Vollmacht, mit C einen Vergleich über ein Streitiges Rechtsverhältniss, in welchem er zu B steht, abzuschliessen, und B thut das im Namen des A.
 3. Im Allgemeinen für eine Reihe von Geschäften. Ueber die gewählten Beispiele vergl. näher die §§ 1277 und 1287 ff.
 4. Aus den Verhältnissen sich ergeben. Der Vormund ist so durch sein rechtliches Amt befugt, als Stellvertreter des Bevormundeten für diesen Forderungen zu erwerben und Schuldverhältnisse einzugehen.
- § 379

§ 950

Wenn dagegen Jemand ohne Ermächtigung zu Gunsten eines Dritten eine Forderung durch Vertrag begründen will, so erwirbt dieser die Forderung nur, insofern jener als Geschäftsführer desselben gehandelt und dieser die Geschäftsführung gutgeheissen hat, oder wenn ihm die zunächst von jenem selbst erworbene Forderung übertragen worden ist.

1. Als Geschäftsführer. Z.B. B, der Freund von A, weiss, dass A ein bestimmtes Instrument haben möchte, und ohne Auftrag von A zu haben, aber im Vertrauen auf die Genehmigung des A benutzt er eine günstige Gelegenheit, um den C zu bestimmen, dass er dem A das Instrument schenke oder zum Gebrauch leihe. Wenn nun A, davon unterrichtet, das Geschäft gutheisst, so wird angenommen, A habe die Forderung erworben, gleich als hätte B mit Vollmacht des A gehandelt.
2. Forderung übertragen. Z.B. B schliesst, ohne sich als ermächtigter Geschäftsführer des A zu benehmen, mit C einen Vertrag ab, in welchem C verspricht, an A eine Leistung von Arbeit zu machen, oder eine Summe zu bezahlen. Hier wird zunächst doch B selbst Gläubiger des C, und seine Forderung besteht eben darin, dass C die versprochene Leistung erfülle. Daher kann auch B, ohne dass A ihn daran zu hindern vermag, dem C die Schuld wieder erlassen, oder durch neuen Vertrag die frühere Verabredung abändern. A und C sind unter sich vorläufig gar nicht verbunden. Wenn aber die Forderung übertragbar ist, und das ist die Regel, so kann B seine Forderung an C auf A übertragen; und von dann an ist dieser, nicht mehr jener der Gläubiger des C.

Vierter Abschnitt.

Von den Forderungen auf Geschäftsbesorgung.

Erstes Kapitel.

Auftrag (Mandat).

A Begriff.

§ 1165

Der Auftrag (das Mandat) erzeugt die Verpflichtung des Beauftragten (des Mandatars), welcher denselben angenommen hat, ohne Lohn ein Geschäft nach dem Willen des Auftraggebers (des Mandanten) zu besorgen.

1. Auftrag. Das preussische Landrecht nennt ihn tautologisch Vollmächtauftrag, das österreichische Gesetzbuch Bevollmächtigungsvertrag. Der Auftrag ist ein wesentlich einseitiges Geschäft, in welchem der Auftraggeber (Vollmachtgeber) als der eigentliche Gläubiger, der Beauftragte als der eigentliche Schuldner

erscheint. Die Hauptklage geht auf Erfüllung des Auftrags (*actio mandati directa*).

2. Ohne Lohn. Wird ein Lohn verabredet, so hat der Vertrag die Natur eines gegenseitigen Geschäfts. Vergleich darüber den neunten Abschnitt.

§ 1158

Die Annahme des Auftrags setzt nicht nothwendig eine Annahmeerklärung des Beauftragten voraus. Sie kann auch aus dem Verhalten desselben, insbesondere aus der begonnenen Ausführung gefolgert werden.

Berner Satzung 785: „Die Annahme einer schriftlichen Vollmacht von Seite des Bevollmächtigten ist als Einwilligung in die Annahme des darin enthaltenen Auftrages auszulegen.“

314 bb ENTWURF eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Nebst Motiven. 1857

Art. 41.

Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Faktor auf Grund seines Auftrags im Namen des Prinzipals schliesst, wird der Prinzipal dem Dritten gegenüber ebenso verpflichtet, als wenn er das Geschäft selbst geschlossen hätte. Zwischen dem Faktor und dem Dritten erzeugt das Geschäft keine Rechte und Verbindlichkeiten.

Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der Faktor, dessen Eigenschaft dem Dritten bekannt war, das Geschäft zwar nicht ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen hat, gleichwohl aber die Umstände ergeben, dass es für das Handelsgewerbe des letzteren geschlossen wurde.

Zum Art. 41.

Das Allg. Landrecht (Th. II. Zit. 8. §§. 541. ff. hat aus dem gemeinen Rechte den Satz übernommen, dass diejenigen, welche mit dem Faktor innerhalb der Grenzen seiner Prokura Rechtsgeschäfte schliessen, die Wahl haben, ob sie den Prinzipal oder den Faktor daraus in Anspruch nehmen wollen, letzteren jedoch nur, so lange die Prokura dauert, und nur bis auf Höhe des in seinen Händen befindlichen Handlungsfonds.

Nach dem Entwurfe wird durch die von dem Faktor auf Grund seines Auftrages und im Namen seines Machtgebers eingegangenen Rechtsgeschäfte der Prinzipal allein berechtigt und verpflichtet. Es entspricht dies der neuern Rechtsanschauung, welche abweichend vom ältern römischen Rechte dahin geht, dass der Stellvertreter, der auf den Namen seines Machtgebers kontrahirt, von allen Beteiligten nicht als Partei, sondern als Träger eines fremden Willens angesehen wird, so dass aus einem solchen Geschäfte für den Stellvertreter gar keine, für den

Machtgeber dagegen unmittelbare und direkte Rechte und Verbindlichkeiten entspringen (vergl. v. Savigny Obligationen II. §§. 53. ff.). Ueberdies beseitigt die Vorschrift des Entwurfs manche Zweifel, welche bei der landrechtlichen Theorie aufgeworfen werden können, namentlich, ob und inwiefern der beklagte Faktor dem Anspruche des Gläubigers Einreden aus seiner Person entgegensetzen darf, ob aus dem gegen ihn ergangenen Urtheile die Exekution ohne Weiteres gegen den Prinzipal zulässig ist, und ob ein späterer Faktor aus Rechtshandlungen seines Vorgängers belangt werden kann. Die praktischen Vortheile, welche das landrechtliche System zu gewähren scheint, werden in ausreichender Weise durch die Vorschriften über den Gerichtsstand des Vertrages erreicht (vergl. auch spanisches H.G.B. Art. 176.; ff. Würtemberger Entwurf Art. 67. ff.).

Streng genommen gelten diese Grundsätze für den Fall, dass der Faktor ausdrücklich im Namen oder unter der Firma seines Prinzipals kontrahirt. Aber auch dann, wenn dies nicht geschieht, jedoch die Eigenschaft des Faktors als solchen seinem Mitkontrahenten bekannt ist und die Umstände ergeben, dass er das Geschäft für das Handelsgewerbe des Prinzipals schliesst, kann die Absicht beider Kontrahenten nur dahin gehen, ein unmittelbares Rechtsverhältniss zwischen dem Prinzipale und dem Dritten hervorzubringen. Es rechtfertigt sich daher, dass unter den erwähnten Voraussetzungen der Entwurf denselben Erfolg eintreten lässt, als wenn ausdrücklich im Namen des Prinzipals kontrahirt worden wäre.

314 cc ALLGEMEINES DEUTSCHES HANDELSGESETZBUCH (1861)

Art. 52.

Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte.

Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.

Art. 55.

Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schliesst, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluss eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht

verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadenersatz oder Erfüllung belangen.

Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.

Art. 297

Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht.

Art. 298

Bei einer Vollmacht zu Handelsgeschäften kommen in Betreff des Verhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber, dem Bevollmächtigten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers das Geschäft schliesst, dieselben Bestimmungen zur Anwendung, welche im Art. 52 in Beziehung auf die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten gegeben sind. Ingleichen gilt die Bestimmung des Art. 55 in Beziehung auf denjenigen, welcher ein Handelsgeschäft als Bevollmächtigter schliesst, ohne Vollmacht dazu erhalten zu haben, oder welcher bei dem Abschlusse des Handelsgeschäfts seine Vollmacht überschreitet.

314 dd (DRESDENER) ENTWURF eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866

Art. 84

Willenserklärungen eines Stellvertreters, welcher sich als solcher zu erkennen gegeben hat, gelten, sofern er innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehandelt, so, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben worden wären. Ebenso gelten Willenserklärungen, welche von Anderen dem Stellvertreter als solchem gegenüber abgegeben worden sind, so, als ob sie dem Vertretenen gegenüber abgegeben worden wären. Aus einem Verträge, welcher durch solche Willenserklärungen geschlossen wird, entsteht ein unmittelbares Schuldverhältniss zwischen dem Vertretenen und dem andern Vertragsschliessenden. Dies gilt, ohne Unterschied, ob der Stellvertreter sich ausdrücklich als solcher zu erkennen gegeben hat, oder ob aus den Umständen erhellt, dass der Vertrag nach dem Willen der Vertragsschliessenden für den Vertretenen geschlossen werden sollte.

314 ee LABAND, Paul, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch (Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 10 (1866).

(203) Nichts ist für den wahren Begriff der Stellvertretung und die juristische Durchbildung dieses Instituts nachtheiliger gewesen, als die Zusammenwerfung der Stellvertretung mit dem Mandat, zu welcher das Röm. Recht den Anlass gab. Ueberall wo Jemand kraft einer Vollmacht anstatt eines Andern handelt, wird ein Mandat angenommen; der Vertretene wird Mandant, der Vertreter Mandatar genannt; Auftrag, Mandat, Vollmachtsvertrag werden von den Juristen als Synonym gebraucht. Diejenigen, welche genauer unterscheiden, beziehen das Wort Auftrag auf das Verhältniss zwischen Mandanten und Mandatar, Vollmacht auf das Verhältniss des Mandanten zum Dritten; Auftrag bezeichne die innere, Vollmacht die äussere Seite des Verhältnisses⁴¹).

Richtig ist allerdings, dass Auftrag und Vollmacht zusammenfallen können; in dem Auftrage, den ich Jemandem ertheile, ein Rechtsgeschäft für meine Rechnung abzuschliessen, wird sehr häufig die Vollmacht liegen, es in meinem Namen abzuschliessen. Ja man wird vielleicht die Behauptung rechtfertigen können, dass dies im bürgerlichen Verkehr zu präsumiren sei, dass jeder Mandatar, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich vorgeschrieben oder in der Natur der Verhältnisse begründet ist, ermächtigt sei, als Stellvertreter des Mandanten zu handeln. Allein man muss sich darüber klar werden, dass Auftrag und Vollmacht nur zufällig, nicht nothwendig zusammentreffen; dass sie keineswegs als die innere und äussere Seite desselben Verhältnisses aufzufassen sind, sondern dass sie zwei an sich verschiedene Verhältnisse sind, die nur thatsächlich in vielen Fällen sich decken. (...)

(206) Die Vollmacht gewährt die Möglichkeit, durch die eigenen im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen Andern zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel ob dieser Andere den Abschluss dieses bestimmten Vertrags angeordnet, ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten freien Spielraum gewährt oder ob er endlich den Abschluss dieses Vertrages geradezu untersagt hat; der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant. Die Vollmacht wird in andern Formen ertheilt als der Auftrag und muss in andern Formen entzogen werden. So wenig die Ertheilung oder der Widerruf gewisser Aufträge einen Einfluss auf die Vertretungsbefugnis dieser Personen ausübt, ebensowenig hat die Ausschliessung oder Modificirung der Vollmacht an und für sich und mit Nothwendigkeit einen Einfluss auf die Aufträge, deren Erledigung der Procurist oder der Gesellschafter u.s.w. übernommen hat. (...)

(207) Sowie in der Ertheilung eines Auftrages zugleich eine Vollmacht enthalten sein kann, so kann auch häufig die Ertheilung einer Vollmacht, namentlich einer speciellen, zugleich einen Auftrag involviren. Die Vollmacht, die ich Jemandem ertheile, bei einer Auction für eine Sache einen gewissen Preis zu bieten, wird zugleich den Auftrag

erhalten, die Sache für mich innerhalb des gesetzten Preises zu erstehen.
(...)

Der Bevollmächtigungsvertrag ist ein (vom Mandat verschiedener) Consensual-Vertrag, durch welchen die Contrahenten sich gegenseitig verpflichten, dass Rechtsgeschäfte, welche der eine Contrahent (der Bevollmächtigte) Namens des Andern (des Vollmachtgebers) abschliessen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst abgeschlossen.

⁴¹⁾ WINDSCHEID, Pandecten I. §. 74 Note 1 sagt: „Auftrag“ bezeichnet die Seite des Verhältnisses, dass Einer für einen Andern etwas thun muss; „Vollmacht“ die Seite, dass Einer für einen Andern etwas thun darf. Allerdings liegt in dem Auftrage auch eine Vollmacht, wer für mich handeln muss, darf auch für mich handeln.“ Dass dies nicht richtig ist ergibt sich aus den Ausführungen im Texte.

314 ff MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (1888)

§§ 309, 310.

Abtretung fremder Forderungen:

a) Einwilligung

(138) Dem § 309 entsprechen die den §§ 830 Satz 1, 876 Abs. 1 für den Fall der Verfügung über Sachen durch den Nichtberechtigten enthaltenen Vorschriften. Wenn Jemand einwilligt (§ 127), dass ein Anderer über sein, des Einwilligenden, Gut in eigenem Namen rechtlich verfügt, so liegt hierin zugleich die Ermächtigung zu solcher Verfügung. Es muss also die rechtliche Disposition des Anderen, der dingliche Vertrag, um welchen es sich hier allein (139) handelt (vergl. § 348 Abs. 1), wirksam sein, gleich als ob dieser Andere über sein eigenes Recht verfügt hätte. Es liegt kein Grund vor, dieses aus der Einwilligung des Berechtigten in die Verfügung über sein Recht sich ergebende Verhältniss nicht auch für die Abtretung von Forderungen anzuerkennen (Windscheid I § 81 Nr. 3 Note 5, II § 338 Note 6). Auf die Einwilligung finden die allgemeinen Vorschriften des § 127 Abs. 1-3 Anwendung.

b) Genehmigung und c) Beerbung des Dritten

Der Satz, dass die von einem Dritten in eigenem Namen über das Recht eines Anderen getroffene Verfügung (das dingliche Rechtsgeschäft) konvaleszirt, wenn die Verfügung von dem Berechtigten nachträglich genehmigt wird (§ 127), oder wenn der Verfügende das betreffende Recht erwirbt oder von demjenigen beerbt wird, welchem das Recht zusteht (§ 310), ist keineswegs selbstverständlich, müsste vielmehr nach strenger Rechtslogik verneint werden, da an sich Niemand über fremdes Gut wirksam verfügen kann. Es ist auch im bestehenden Rechte nicht

allgemein oder ausnahmslos anerkannt. Im gemeinen Rechte z.B. tritt zwar die Konvaleszenz (mit rückwirkender Kraft) ein im Falle der Genehmigung der Verfügung über die Rechtssphäre eines Anderen durch diesen, nicht aber in den bezeichneten anderen Fällen; hier ist vielmehr der Dritte, zu dessen Gunsten der Nichtberechtigte verfügt hat, gegen den dinglichen Anspruch des Verfügenden, welcher das betreffende Recht erworben hat, bezw. des Berechtigten, welcher den Verfügenden beerbt hat, im Wesentlichen auf die sog. *exceptio rei venditae et traditae* beschränkt. Durch die Anerkennung der Konvaleszenz, wonach den bezeichneten Umständen absolute Wirkung gegen alle Beteiligten beigelegt ist, geschieht jedoch in allen drei Fällen, und zwar allgemein ohne Rücksicht darauf, ob derjenige, zu dessen Gunsten verfügt worden, gewusst hat, dass der Verfügende nicht der Berechtigte sei und ob eine Verpflichtung zu der Verfügung vorlag oder nicht, nur den Anforderungen der Rechtsordnung Genüge.

Konvaleszenzprinzip

Der Entwurf spricht den Grundsatz in §§ 310, 830, 876 Abs. 2 gleichmässig mit der Massgabe aus, dass als weitere Voraussetzung des Eintrittes der Konvaleszenz im Falle der Beerbung des Verfügenden durch den Berechtigten der Verlust des Inventarrechtes dieses Erben gesetzt ist. Die Entscheidung über die Konvaleszenz ist hiernach allgemein und für alle Beteiligten davon abhängig gemacht, ob das Inventarrecht dem Erben noch zusteht oder erloschen ist. Hierdurch wird einerseits einfaches und klares Recht geschaffen; andererseits ist die Bestimmung insofern innerlich wohl begründet, als, so lange das Inventarrecht noch besteht, zwar formell aber nicht materiell eine volle Verschmelzung des Erbenvermögens und des Nachlasses eingetreten ist.

Allgemeinheit des Konvaleszenzprinzipes

Aus der Wiederholung der Vorschrift ist den §§ 312, 834, 841, 983, 1087, 1091, 1106, 1107, 1134, 1142, 1144, 1147, 1196 ergibt sich, dass der Grundsatz der Konvaleszenz die sämtlichen Verfügungen (unter Lebenden) über das Recht eines Anderen beherrscht. Es ergibt sich hieraus ein Prinzip, welches eine analoge Anwendung (bezw. *p. argumentum a majori ad minus*) in anderen geeigneten Fällen rechtfertigt. Für die Konvaleszenz ist selbstverständlich kein Raum, wenn die Beteiligten, im Falle des § 310 der Zedent und der Zessionar, die Verfügung (Abtretung) rückgängig gemacht haben.

Auch diese Vorschriften haben nur das dingliche Rechtsgeschäft, hier den Abtretungsvertrag im Auge. Die diesem Rechtsgeschäfte zu Grunde liegende (140) materielle causa, insbesondere der hierzu verpflichtende obligatorische Vertrag (§§ 348, 298, 370 ff., § 443), fällt in Ansehung ihrer Gültigkeit und Wirkung nicht in den Bereich der Vorschrift. Das dingliche Rechtsgeschäft aber ist trotz des mangelnden Rechtes des Verfügenden nicht nichtig (§§ 108-110, 127), jedoch in seiner Wirksamkeit von dem Eintritte einer der in der Vorschrift bezeichneten

Umstände abhängig. Der Verfügende insbesondere ist an das Rechtsgeschäft gebunden. Mit dem Eintritte der Konvaleszenz erlangt das Rechtsgeschäft die volle beabsichtigte Wirksamkeit gegen Alle, woraus folgt, dass nunmehr der Berechtigte gegen den Dritten, zu dessen Gunsten der Nichtberechtigte verfügt hatte, nicht mehr vorgehen kann.

Genehmigung. Rückwirkung.

Auf die Genehmigung finden die Vorschriften des § 127 Anwendung. Sie wirkt hiernach insbesondere auf die Zeit zurück, in welcher die Abtretung erfolgt ist, jedoch unbeschadet der von Dritten in der Zwischenzeit durch Verfügungen des Genehmigenden an der Forderung erworbenen Rechte (§ 127 Abs. 4). In den beiden anderen Fällen der Konvaleszenz tritt diese ohne Rückwirkung in dem Zeitpunkte ein, in welchem der Erwerb oder die Beerbung stattfindet. Eine Bestimmung über den Vorzug ist für den zweiten und dritten Fall des § 310 zur Beseitigung von Zweifeln kaum zu entbehren; es unterliegt keinem Anstande, der früheren Abtretung den Vorzug einzuräumen (§ 310 Satz 2, § 876 Abs. 2 Satz 2). Im Falle der Konvaleszenz durch Genehmigung des Berechtigten sind ähnliche Zweifel nicht denkbar; wirksam wird diejenige Abtretung, welche von dem Gläubiger genehmigt wird; hat er genehmigt, so ist er nicht mehr Gläubiger.

314 gg PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I (1897)

(360) § 127a (II 153, B. 181, R. 181, G. 185).

Beantragt wurde, als § 127a aufzunehmen:

„Verfügt ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand, so ist die Verfügung wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

Fehlt es an dieser Einwilligung, so wird die Verfügung wirksam, wenn sie von dem Berechtigten (361) genehmigt wird; ebenso wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt sowie wenn der Verfügende von dem Berechtigten beerbt wird und das Inventarrecht erloschen ist.

Ist vor Erwerb des Gegenstandes durch den Verfügenden oder vor Beerbung des Verfügenden durch den Berechtigten über den Gegenstand mehrfach verfügt, so wird nur die frühere Verfügung wirksam“.

Die Kom. nahm den beantragten § 127a vorbehaltlich der Fassung an. Den (...) behandelten Konvaleszenzfällen liege ein allgemeines Prinzip zu Grunde, das auch auf andere Fälle, für welche die Konvaleszenz nicht ausdrücklich bestimmt sei, Anwendung zu finden habe. Es empfehle sich, dieses Prinzip durch eine allgemeine Vorschrift auszusprechen.

314 b BGB (1900)

§ 185 [Verfügung eines Nichtberechtigten]

- (1) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.
- (2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam.

314 c § 164 Abs. 1 BGB [**Wirkung der Vertretererklärung**] (1) Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.

314 d SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT von 1883 (= aOR)

Vertragsschliessung durch Stellvertreter -- Des contrats conclus par représentants -- Contratti conclusi per mezzo di rappresentante

Art. 36.

Wenn Jemand, der zur Vertretung eines Andern ermächtigt ist, im Namen desselben einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet.

Lorsqu'un contrat est fait au nom d'une autre personne par un représentant dûment autorisé, c'est le représenté et non le représentant qui devient créancier ou débiteur.

Quando il contratto sia stipulato a nome d'una terza persona, che lo stipulante è autorizzato a rappresentare, non è il rappresentante, ma il rappresentato che diventa creditore o debitore.

Art. 38

Soweit die Ermächtigung, im Namen eines Andern Verträge abzuschliessen, aus familien- oder erbrechtlichen Beziehungen oder aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgeht, ist sie nach dem kantonalen Rechte oder der bezüglichen eidgenössischen Gesetzgebung zu beurtheilen.

Le pouvoir de contracter pour autrui, en tant qu'il découle soit de relations de famille ou de succession, soit du droit public, est réglé par le droit cantonal ou par les dispositions spéciales du droit fédéral.

La facoltà di contrattare a nome di un terzo, in quanto dipende da relazioni di famiglia o di successione o da rapporti di diritto pubblico, è regolata dalle disposizioni speciali del diritto cantonale o federale.

314 e SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT (von 1912): OR

Art. 32

1) Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet.

2) Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse.

3) Ist dies nicht der Fall, so bedarf es einer Abtretung der Forderung oder einer Schuldübernahme nach den hiefür geltenden Grundsätzen.

1) Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté.

2) Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation, ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre.

3) Dans les autres cas, une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes.

1) Quando il contratto sia stipulato a nome di una terza persona che lo stipulante è autorizzato a rappresentare, non è il rappresentante, ma il rappresentato che diventa creditore o debitore.

2) Se al momento della conclusione del contratto il rappresentante non si è fatto conoscere come tale, il rappresentato diventa direttamente creditore o debitore nel solo caso in cui l'altro contraente dovesse inferire dalle circostanze la sussistenza di un rapporto di rappresentanza o gli fosse indifferente la persona con cui stipulava.

3) Diversamente occorre una cessione del credito od un'assunzione del debito secondo i principi che reggono questi atti.

Art. 33

- 1) Soweit die Ermächtigung, im Namen eines andern Rechtshandlungen vorzunehmen, aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgeht, ist sie nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes des Bundes und der Kantone zu beurteilen.
- 2) Ist die Ermächtigung durch Rechtsgeschäft eingeräumt, so beurteilt sich ihr Umfang nach dessen Inhalt.
- 3) Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt, so beurteilt sich ihr Umfang diesem gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung.

- 1) Le pouvoir d'accomplir des actes juridiques pour autrui, en tant qu'il se fonde sur des rapports de droit public, est réglé par le droit public de la Confédération ou des cantons.
- 2) Lorsque les pouvoirs découlent d'un acte juridique, l'étendue en est déterminée par cet acte même.
- 3) Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite.

- 1) La facoltà di compiere atti giuridici a nome di un terzo, in quanto dipenda da rapporti di diritto pubblico, è regolata dalle disposizioni del diritto pubblico della confederazione e dei cantoni.
- 2) Ove la facoltà sia conferita da un negozio giuridico, la sua estensione è determinata dal contenuto dello stesso.
- 3) Se il rappresentato comunica la facoltà ad un terzo, la sua estensione in confronto di quest'ultimo è giudicata a norma dell'avvenuta comunicazione.

Art. 38

Hat jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein, als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen, so wird der Vertretene nur dann Gläubiger oder Schuldner, wenn er den Vertrag genehmigt.

5.3 Selbstkontrahieren

315 D 18,1,78,1 (Labeo 4 Pithan a Iavoleno epitom)

Du hast von demjenigen ein Landgut gekauft, dessen Sohnes Vormund du später geworden bist, ohne dass du den Besitz erlangt hast. Hier habe ich die Meinung vertreten, dass du dir den Besitz auf diese Weise selbst

übergeben könntest, dass dein Mündel und alle sonst zum Landgut gehörenden Personen dieses verlassen und du sodann den Besitz antrittst.

Fundum ab eo emisti, cuius filii postea tutelam administras, nec vacuum accepisti possessionem. dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

315 a Vgl. 95 II 621 E. 2: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Vertragschliessen des Stellvertreters mit sich selbst unzulässig und macht das Rechtsgeschäft ungültig, wenn nicht dessen Natur die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst oder dieser den Vertreter zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt oder ihn nachträglich genehmigt hat. Das gleiche gilt, wenn jemand ein Rechtsgeschäft als Organ oder Stellvertreter beider Parteien abschliesst (vgl. 89 II 321, 93 II 481, 95 II 453).“

315 b Zur Bestimmung der Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes:

BGE 82 II 393 E 4: „Certo, una vendita stipulata in queste circostanze (sc. durch Selbstkontrahieren abgeschlossen) non è senz'altro nulla e di nessun effetto [...]. Affinchè il contratto spieghi i suoi effetti, occorrerà però in ogni modo che il mandante lo ratifichi, analogamente a quanto l'art. 38 CO prevede per il contratto concluso da un rappresentante non autorizzato (RU 63 II 175).“

NOTA: Es ging hier um das Selbstkontrahieren eines Beauftragten bei Konflikt seiner eigenen Interessen mit denjenigen des Auftraggebers.

[Übersetzungsvorschlag: Ein durch Selbstkontrahieren abgeschlossener Kaufvertrag ist gewiss nicht ohne weiteres nichtig und rechtlich wirkungslos [...]. Damit aber der Vertrag seine Wirkungen entfalten kann, ist es aber jedenfalls unerlässlich, dass der Auftraggeber diesen genehmigt, analog dazu, was Art. 38 OR für den durch einen vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrag vorsieht (BGE 63 II 175).]

6. Die Bedingung (*condicio*)

6.1 Der Begriff der gewillkürten Bedingung

316 D 12,1,39 (Papinian 1 def)

Daher erhält ein Sachverhalt, dessen Verwirklichung auf die Zukunft gestellt wird, dann auch die Rechtswirkung der Bedingung.

Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur.

317 Inst 3,15,4

Eine Stipulation ist unter einer Bedingung abgeschlossen worden, wenn die Entstehung der Verbindlichkeit bis zum Eintritt irgendeines Ereignisses aufgeschoben worden ist, so dass, wenn etwas geschehen oder nicht geschehen sein wird, der Tatbestand der Stipulation sich vollenden wird, wie im folgenden Beispiel: „Versprichst du mir, fünf Goldstücke zu geben, wenn Titius Konsul geworden ist?“ Wenn einer sich aber wie folgt stipulieren liesse: „Versprichst du mir zu geben, wenn ich nicht aufs Kapitol steigen werde?“ wird dasselbe gelten, wie wenn er sich hätte versprechen lassen, dass ihm bei seinem Tode geleistet werde. [...]

Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti 'si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?' si quis ita stipuletur 'si in Capitolium non ascendero, dare spondes?' perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. [...]

Vgl. Art. 151 Abs. 1 OR.

317 a BGE 135 III 433 ff.

E. 3.1 (436) Bedingt ist ein Vertrag, wenn seine Wirksamkeit oder einzelne seiner Wirkungen von einem nach den Vorstellungen der Parteien ungewissen zukünftigen Ereignis abhängen, wenn die Verpflichtung des Schuldners im Grundsatz und nicht bloss hinsichtlich des Erfüllungszeitpunkts noch ungewiss ist (Art. 151 Abs. 1 OR; vgl. BGE 122 III 10 E. 4b S. 15 f.). Zum Gegenstand der Bedingung können sowohl (437) vom Willen der Parteien unabhängige als auch davon abhängige Ereignisse gemacht werden. Im ersten Fall spricht man von kasuellen Bedingungen, im letzteren von Potestativbedingungen (statt aller HEINRICH HONSELL, in: OR, Art. 1-529, Kurzkommentar; *ders.* [Hrsg.], 2008, N. 2 zu Art. 151 OR). Weist die Bedingung sowohl potestative als auch kasuelle Elemente auf, ist sie gemischt ("condition mixte"; BGE 41 II 132 E. 2 S. 135).

Auch das vertragsgemässe Verhalten kann als willensabhängiges Ereignis zum Gegenstand einer Potestativbedingung gemacht werden. Vertragsgemässes Verhalten heisst Unterlassen vertragswidrigen Verhaltens. Ist das Leistungsversprechen des Schuldners aber vom Eintritt der ungewissen Tatsache abhängig, dass dieser die Hauptleistung nicht, schlecht oder spät erbringt, handelt es sich dabei um eine Konventionalstrafe (vgl. BGE 122 III 420 E. 2a S. 422; BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 2008, Rz. 1779). Die Funktion eines solchermassen bedingten Leistungsversprechens besteht primär darin, das Interesse der Gläubigerin an der Vertragsdurchführung zu sichern (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 81 Rz. 15; MICHEL MOOSER, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2003, N. 2 zu Art. 160 OR; PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 3. Aufl. 2004, Rz. 1255; vgl. auch Art. 1226 des französischen Code civil: "La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en

cas d'inexécution"). Der Schuldner soll mithin in verstärktem Masse zur Vertragstreue angehalten werden (BERNHARD BERGER, a.a.O., Rz. 1780). Zudem verbessert die Konventionalstrafe die Rechtsstellung der Gläubigerin insofern, als sie vom Schadensnachweis befreit wird. Denn die Konventionalstrafe ist ohne gegenteilige Abrede auch dann verfallen, wenn der Gläubigerin kein Schaden entstanden ist (vgl. Art. 161 Abs. 1 OR; BGE 122 III 420 E. 2a S. 422).

6.2 Arten der Bedingung

6.2.1 Kasuelle und Potestativbedingungen

318 C 6,51,7 (Imp. Iustinianus A. senatui urbis Constantinopolitanae et urbis Romae; a. 534)

Wenn aber etwas legiert wurde, entweder unter einer kasuellen, einer potestativen oder einer gemischten Bedingung – deren Eintritt also vom Zufall, vom Willen der bedachten Person oder von beidem abhängt – oder aber auf einen unbestimmten Termin gestellt wurde, dann muss das Ereignis im Ablauf des die letztwillige Verfügung bedingenden Geschehnisses beziehungsweise der Termin abgewartet werden, damit dann, wenn die Bedingung erfüllt oder der Termin eingetreten ist, das Vermächtnis erworben wird. [...]

Sin autem aliquid sub condicione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat, vel sub incerta die, expectare oportet condicionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, cum vel condicio impleatur vel dies incertus extiterit. [...]

319 D 18,3,1 (Ulpian 28 Sab)

Ist ein Grundstück mit der Klausel, dass der Verkäufer bei nicht rechtzeitiger Bezahlung des Kaufpreises zurücktreten könne <= *lex commissoria*>, verkauft worden, so ist eher anzunehmen, dass der Kaufvertrag unter einer Bedingung aufgelöst werde als unter einer Bedingung zustandekommen soll.

Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.

Cfr. Rdn 735 ff.

6.2.2 Suspensiv- und Resolutivbedingungen

320 D 18,2,2 pr. (Ulpian 28 Sab)

Wenn ein Grundstück unter dem Vorbehalt eines Bessergebotes¹⁾ verkauft wird, stellt sich die Frage, ob ein Kaufvertrag ohne Bedingung vorliege, ob er bei Eintritt einer Bedingung wieder aufgelöst wird oder schliesslich, ob er nur unter einer Bedingung zustandekomme. Meiner Meinung nach²⁾ ist es sachgerechter, zu berücksichtigen, was die Parteien ausgehandelt haben. Wenn man sich nämlich geeinigt hat, dass der Verkäufer, wenn ihm eine günstigere Offerte unterbreitet worden ist, vom Vertrag zurücktreten könne, wird ein unbedingt geschlossener Kaufkontrakt vorliegen, der dann bei Eintritt einer Bedingung wieder aufgelöst wird; wenn aber verabredet worden ist, der Vertrag solle zustandekommen, falls nicht ein besseres Angebot unterbreitet werden würde, dann ist der Kaufvertrag bedingt abgeschlossen worden.

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.

1) Bessergebot = *in diem addictio*; Rücktrittsrecht aufgrund einer Nebenabrede, falls binnen einer bestimmten Frist dem Verkäufer eine günstigere Offerte unterbreitet wird.

2) Vgl. zur Bestrittenheit, aber auch zur Entwicklung des Meinungsstandes in dieser Frage die folgenden Stellen.

321 D 41,4,2,4 (Paulus 54 ed)

Im Falle der Bessergebotsabrede <d.h. falls nicht jemand ein besseres Angebot unterbreitet hat> nahm Julian an, der Kauf sei zustandegekommen, die Früchte <der Kaufsache> gehörten dem Käufer und dessen Ersitzungszeit laufe; andere traten für einen <suspensiv> bedingt abgeschlossenen Vertrag ein, Julian dagegen meinte, dieser werde nicht <bedingt> geschlossen, sondern werde wieder aufgelöst, und dies trifft zu.

Si in diem addictio facta sit, <id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit>, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.

- 322 C 4,54,3 (Imp. Alexander A. Felici militi; s.a. aber um 220)

Demjenigen, der ein Grundstück unter der Bedingung verkauft hat, dass dieses an ihn zurückfalle, wenn die Restkaufsumme nicht binnen einer bestimmten Frist beglichen werde, steht, falls er nicht prekaristischen Besitz eingeräumt hat, nicht die Vindikation zu, wohl aber die *actio venditi*.

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Vgl. aber den Entwicklungsgang in Rdn 608 a.

6.3 Die Rechtswirkungen der Bedingungen

6.3.1 Suspensivbedingungen

6.3.1.1 Bedingte Verpflichtungsgeschäfte: Die Anwartschaft

- 322 a D 18,1,7 (Ulp 28 Sab)

[...] Bedingt zustandegekommene Kaufkontrakte werden erst dann wirksam (*perficiuntur*), wenn die Bedingung erfüllt ist. [...]

[...] conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. [...]

- 323 D 50,16,54 (Ulpian 62 ed)

„Bedingte Gläubiger“ werden jene genannt, denen noch keine *actio* zusteht, in Zukunft aber eine zustehen wird, oder anders gesagt, welche eine Anwartschaft auf die *actio* besitzen.

‘Conditionales creditores’ dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat.

- 324 Inst 3,15,4 (2. Teil)

[...] Aus einer bedingten Stipulation entsteht erst eine Anwartschaft <=*spes*> auf die künftige Schuldverbindlichkeit, und diese Anwartschaft hinterlassen wir auch unseren Erben, falls der Tod uns ereilt, bevor die Bedingung erfüllt ist.

[...] Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

325 D 18,4,17 (Ulpian 43 ed)

Forderungen denen gegenüber, welche unter einer Bedingung oder auf einen bestimmten Zeitpunkt hin schulden, pflegen wir sowohl zu verkaufen als auch zu kaufen. Denn es handelt sich dabei um eine Sache, die gekauft und verkauft werden kann.

Nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.

326 D 35,2,73,1 (Gaius 18 ed prov)

Es herrschten beträchtliche Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit jener Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit vom Zeitpunkt des Todes abhängt. Es ging um die Frage, ob das, was unter dieser Bedingung geschuldet wird, dem Vermögen des Versprechensempfängers zugerechnet und vom Vermögen des Versprechenden abgezogen werde. Freilich ist <nunmehr> herrschende Lehre, dass der Betrag, für den sich die Anwartschaft auf die Forderung verkaufen liesse, als dem Vermögen des Versprechensempfängers zugewendet und entsprechend demjenigen des Versprechenden als abgerechnet erscheint. [...]

Magna dubitatio fuit de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere. [...]

326 a BGE 122 III 15 f. E. 4.b)

Bedingt ist ein Vertrag, wenn seine Wirksamkeit oder einzelne seiner Wirkungen von einer nach den Vorstellungen der Parteien ungewissen Tatsache abhängen, wenn die Verpflichtung des Schuldners im Grundsatz und nicht bloss hinsichtlich des Erfüllungszeitpunkts noch ungewiss ist. [...] Steht dagegen die Vertragswirkung fest und ist bloss der Zeitpunkt noch ungewiss, in welchem die Leistung zu bewirken ist, liegt keine Bedingung vor.

6.3.1.2 Bedingte Verfügungsgeschäfte

327 D 30,69,1 (Gaius 2 leg ed praet)

Wenn der Erbe einen unter einer Bedingung legierten Sklaven veräussert hat, in der Folge aber die Bedingung eintritt, so kann der Sklave vom Legatar nichtsdestoweniger vindiziert werden, beziehungsweise das Legat erlischt nicht.

Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.

328 D 8,6,11,1 (Marcellus 4 dig)

Nachdem das Grundstück unter einer Bedingung vermacht worden war, hat der Erbe zu dessen Lasten Dienstbarkeiten errichtet; diese gehen unter, wenn die Bedingung eintritt. Es ist zu erwägen, ob die zugunsten des Grundstücks errichteten Servituten auch ins Eigentum des Vermächtnisnehmers übergehen werden, und dies ist eher anzunehmen.

Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur.

6.3.2 Resolutivbedingungen

6.3.2.1 Bei *negotia bonae fidei*

329 D 18,1,3 (Ulpian 28 Sab)

Wenn eine Sache mit der Abrede verkauft worden ist, dass sie bei Nichtgefallen¹⁾ als nicht gekauft gelten soll, dann steht fest, dass nicht unter einer Bedingung verkauft worden ist; sondern der Kauf kann bei Eintritt der Bedingung aufgelöst werden.

Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.

¹⁾ Kauf auf Probe (= *pactum displicentiae*); Abrede zugunsten des Käufers, dass er im Falle, dass ihm die Sache nicht zusagen sollte, diese innert einer bestimmten Frist zurückgeben dürfe.

329 a C 4,54,6 (Impp. Carus Carinus et Numerianus A.A. Olybrio Romulo, a. 283 oder 284)

Wenn du dartust, dein Grundstück unter Rücksichtnahme auf eine zwischen euch bestehende bestimmte Übereinkunft zu einem bescheidenen Preis übereignet zu haben, wird dir in dieser Angelegenheit kein Nachteil erwachsen, wenn man übereingekommen ist, dass im Falle der Verletzung jenes Übereinkommens dein (ehemaliges) Eigentumsrecht wiederum in seine vormalige Rechtslage zurückfallen soll. Und daher wird der angerufene zuständige Richter kraft seiner Amtsbefugnis darauf erkennen, dass das von dir benannte Grundstück, einschliesslich aller Früchte und ohne jede Verzögerung dir zurückzugeben sei, insbesondere weil die gegnerische Partei nach der

Rückerstattung des Kaufpreises ersichtlich keinerlei Rechtsnachteil erlitten haben kann.

Cum te fundum tuum certae rei contemplatione inter vos habita exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit ea res tibi non esse fraudi, quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. et ideo aditus competens iudex fundum cuius mentionem facis restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione sua auctoritate perficiet, praecipue cum diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam.

329 b D 6,1,41 pr. (Ulp 17 ed)

Wenn jemand unter der Bedingung (*lex contractus*) gekauft hat, dass – falls ein Dritter <dem Verkäufer> eine für diesen günstigere Offerte unterbreite – der Kaufvertrag aufgelöst sei, kann er <der Käufer>, nachdem ein solches Angebot zugegangen ist, bereits nicht mehr den dinglichen Anspruch (*actio in rem*) anstrengen. Aber auch wenn ein Grundstück unter der befristeten Klausel einer allfälligen höheren Kaufofferte veräußert worden ist, kann der Käufer bevor dieses Bessergebot unterbreitet wurde mittels dinglichen Anspruchs vorgehen, nachher nicht mehr.

Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.

Vgl. auch Rdn 735 ff. (Rücktritt)

6.3.2.2 Bei *negotia stricti iuris*

330 D 44,7,44,1 (Paulus 74 ed praet)

[...] Aber es ist herrschende Lehre, dass eine zeitlich befristete Obligation nicht begründet werden kann, so wenig wie ein Legat; denn Schuldverbindlichkeiten, die man jemandem gegenüber eingegangen ist, kann man nur auf ganz bestimmte Arten wieder aufheben. Freilich kann der Stipulationsgläubiger nach Ablauf der Frist durch die *exceptio pacti conventi* oder *doli mali* an der Durchsetzung des Anspruchs gehemmt werden. [...]

[...] placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoverti poterit. [...]

Vgl. – im Grundsatz anders – Art. 154 Abs. 1 OR.

6.3.2.3 Eigentumserwerb

A. Grundsatz

- 331 Vat 283 (Divi Diocletianus et Maximianus Aurelio Carrenoni; a. 286)

Wenn du das Eigentum an grundsteuerpflichtigen Liegenschaften als Geschenk mit der Abrede übereignet hast, dass nach dem Tod des Empfängers das Eigentum wieder an dich zurückfallen soll, so ist die Schenkung ungültig, weil Eigentum nicht mit einer zeitlichen Befristung übertragen werden kann. [...]

Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accipit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit. [...]

B. Ausnahmen

- 332 C 4,54,4 (Imp. Alexander A. Claudio Iuliano et Proculiano; um 220 n. Chr.)

Auf die Verwirkungsabrede¹⁾ beim Verkauf einer Sache kann sich derjenige nicht berufen, welcher nach dem für die Zahlung des Kaufpreises bestimmten Termin es vorgezogen hat, nicht die *rei vindicatio* anzustrengen, sondern mit der Klage auf die Verzugszinsen des Kaufpreises vorzugehen.

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

¹⁾ Es handelt sich um die sog. *lex commissoria*, welche das Recht des Käufers an der Sache verwirken lässt, wenn er nicht rechtzeitig bezahlt, und dem Verkäufer das Recht zum Rücktritt verschafft.

- 333 D 20,6,3 (Ulpian 8 disp)

Wenn eine Sache mit der Abrede, dass <dem Verkäufer> nicht bis zu einem bestimmten Tag ein besseres Angebot unterbreitet werde, verkauft und dann übergeben wurde und der Käufer diese Sache anschliessend etwa als Pfand gab, bevor sich diese bessere Gelegenheit bot, dann - sagt Marcellus im fünften Buch seiner Digesten – gehe das Pfandrecht unter, sobald sich die günstigere Gelegenheit geboten habe. Allerdings nimmt Marcellus an, dass das Pfandrecht nicht untergehe, wenn die Sache unter der Bedingung verkauft wurde, dass sie dem Käufer nicht missfallen würde.

Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.

Cfr. Rdn 329

6.3.3 Der Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung

334 D 18,2,2,1 (Ulpian 28 Sab)

Wo also gemäss unserer Unterscheidung¹⁾ ein unbedingter Kaufkontrakt vorliegt, kann – wie Julian schreibt – derjenige, welchem eine Sache unter dem Vorbehalt eines besseren Angebotes verkauft worden ist, diese sowohl ersitzen als auch die Früchte und den übrigen Zuwachs vereinnahmen, trägt aber die Gefahr, wenn die Sache untergegangen ist.

Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.

¹⁾ Vgl. oben D 18,2,2 pr. (Rdn 320).

Vgl. Art. 154 Abs. 2 OR.

6.4 Die Fiktion des Bedingungseintritts bei doloser Vereitelung der Bedingung

335 D 35,1,24 (Julian 55 dig)

Ins *ius civile* hat der Grundsatz Eingang gefunden, dass, wenn durch denjenigen, der am Nichteintritt der Bedingung ein Interesse hat, deren Erfüllung vereitelt würde, die Rechtslage so beurteilt wird, als ob die Bedingung bereits eingetreten wäre. [...]

Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset. [...]

336 D 18,1,50 (Ulpian 11 ed)

Labeo schreibt: Wenn du mir eine Büchersammlung unter der Bedingung verkauft hast, dass die Mitglieder des Rates von Campanien mir einen Ort verkaufen würden, wo ich jene aufstellen könnte, und es nun an mir liegt, dass ich diese Liegenschaft von den Campanern nicht erlange, so

kann zweifellos mittels der *actio praescriptis verbis* geklagt werden. Ich glaube, dass auch aus dem Kauf geklagt werden kann, wie wenn die Bedingung eingetreten wäre, weil es am Käufer liegt, dass sie sich nicht verwirklicht hat.

Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.

Art. 156 OR.

6.5 Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte

337 D 50,17,77 (Papinian 28 quaest)

Zivilrechtliche Rechtsgeschäfte, die eine Befristung oder eine Bedingung nicht in sich aufnehmen – wie zum Beispiel die Manzipation, die Akzeptilation, der Erbschaftsantritt, das Wahlvermächtnis eines Sklaven oder die Vormundbestellung –, werden durch Verabredung einer Befristung oder einer Bedingung vollständig nichtig. [...]

Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti <e> mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. [...]

6.6 Rechts- und sittenwidrige Bedingungen

338 PS 3,4,2 (Pauli sententiae)

Bedingungen, welche gegen Gesetze, Kaisererlasse oder gegen die Guten Sitten vereinbart wurden, sind nichtig.

Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti.

Vgl. Art. 157 OR.

6.7 Die Rechtsbedingung (*condicio iuris*)

338 a D 21,1,43,10 (Paul 1 ed)

Bisweilen befindet sich die Wirksamkeit eines Kaufkontraktes, obwohl das Geschäft unbedingt zustandengekommen war, in der Schwebe wegen des Vorliegens einer Rechtsbedingung (*condicio iuris*); beispielsweise wenn ein Sklave, der in des einen Nutzniessung und in eines anderen Eigentum steht, etwas gekauft hat. Denn solange ungewiss bleibt, aus

wessen Vermögen er den Kaufpreis bezahlt, bleibt in der Schwebe, wem das Eigentum erworben worden ist und daher steht keinem der beiden die Wandelungsklage (*actio redhibitoria*) zu.

Interdum etiamsi pura sit venditio, propter iuris condicionem in suspenso est, veluti si servus, in quo alterius usus fructus, alterius proprietas est, aliquid emerit: nam dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum, et ideo neutri eorum redhibitoria competit.

7. Die Rechtsnachfolge

7.1 Die Universalsukzession

339 D 50,17,62 (Julian 6 dig)

Erbschaft ist nichts anderes als die Nachfolge in die gesamte Rechtslage, in welcher der Verstorbene gestanden hat.

Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.

340 D 29,2,37 (Pomponius 5 Sab)

Der Erbe rückt in die gesamte Rechtsstellung des Verstorbenen und nicht bloss in die Eigentümerstellung an den einzelnen Sachen ein, denn auf den Erben gehen auch Forderungen und Schulden über.

Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

Vgl. Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB.

341 D 50,17,120 (Paulus 12 ed)

Niemand hinterlässt seinem Erben mehr an Rechten, als er selber hatte.

Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit.

342 Gai 4,112

Nicht alle Aktionen, die gegen jemanden nach *ius civile* zustehen oder vom Praetor geschaffen worden sind, stehen auch ohne weiteres gegen den Erben zu oder werden dem Erben gewährt; es gilt nämlich das unbestrittene Rechtsprinzip, nach welchem Bussklagen aus Delikt gegen den Erben nicht zustehen und auch vom Praetor nicht erteilt werden, wie etwa die *actiones furti, vi raptorum, iniuriarum, damni iniuriae*. Doch stehen den Erben des Klägers Aktionen solcher Art zu und werden ihnen

nicht denegiert, mit Ausnahme freilich der *actio iniuriarum* und einer allenfalls vergleichbaren Klage.

Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent: est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus actoris huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.

7.2 Die Singularsukzession

343 D 41,1,20,1 (Ulpian 29 Sab)

So oft auch immer Eigentum übertragen wird, wird es dem Empfangenden so vermittelt, wie es beim Übertragenden beschaffen war. Wenn also das Grundstück mit einem Servitut belastet war, so geht belastetes Eigentum über; wenn es unbelastet war, dann geht es in diesem Zustand über. Auch wenn schliesslich dem veräusserten Grundstück Servitutsberechtigungen zustanden, so wird es mit diesen Berechtigungen übertragen. Wenn somit der Verkäufer anlässlich der Übergabe behauptete, das Grundstück sei unbelastet, so mindert er das bestehende Servitut in keiner Weise; dennoch aber ist er aus dem Vertrag verpflichtet und haftet auf das, was er versprochen hatte.

Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutum debitarum transfertur. si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri<s> servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debebitque praestare quod dixit.

344 D 18,1,67 (Pomponius 39 Quint Muc)

Wenn eine Veräusserung stattfindet, übertragen wir das Eigentum auf den anderen in seiner gesamten rechtlichen Ausformung, die es auch in Zukunft haben würde, wenn die Sache bei uns verblieben wäre. Und so verhält es sich im ganzen Zivilrecht, ausser wenn etwas <anderes> ausdrücklich vereinbart worden sein sollte.

Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum.

345 D 18,1,76,1 (Paulus 6 resp)

Wer in das Recht des Käufers nachgefolgt ist, kann von denselben Rechtsbehelfen Gebrauch machen, derer sich auch der Verkäufer hätte bedienen können. Er kann aber auch die Ersitzung geltend machen, wenn der Besitz beider die in den Konstitutionen vorgeschriebene Zeit erreicht.

Eum, qui in locum emptoris successit, isdem defensionibus uti posse, quibus venditor eius uti potuisset, sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta.

346 D 31,6 (Paulus lib sing leg Falc)

Von einer als Legat gegebenen Herde können nicht gewisse Stücke ausgeschlagen, andere gefordert werden, da es sich ja nicht um mehrere, sondern um ein einziges Legat handelt. Und dasselbe wird man von einem vermachten Sondergut, von Kleidern oder von Silberzeug und ähnlichen Dingen sagen müssen.

Grege autem legato non potest quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. idemque dicemus peculio legato aut veste aut argento et similibus.

§ 5 Sachenrecht

1. Sachen

1.1 Grundlagen: Vermögensgegenstände

347 D 1,5,1 (Gaius 1 inst = Gai 1,8)

Alles Recht, das wir anwenden, bezieht sich entweder auf Personen oder auf Vermögensgegenstände oder aber auf die Klagemöglichkeiten.

Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.

1.2 Sachen des göttlichen und menschlichen Rechts (*res divini iuris und res humani iuris*)

348 Gai 2,2

Als oberste Einteilung der Sachen wird in zwei Gattungen unterschieden, denn die einen sind die Sachen des göttlichen, die anderen des menschlichen Rechts.

Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.

Vgl. zu den *res divini iuris*: KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 18 I 2a, Rdn 5.

349 Gai 2,9

Was freilich in den Bereich des göttlichen Rechts gehört, befindet sich in niemandes Vermögen; was aber dem menschlichen Recht unterstellt ist, ist gewöhnlich auch Teil des Vermögens irgendeines Rechtssubjektes. [...]

Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est. [...]

1.3 Öffentliche und private Sachen (*res publicae, res privatae*)

350 Gai 2,10

Ferner sind jene Rechtsobjekte, die dem menschlichen Rechtskreis zugehören, entweder öffentliche oder private Sachen.

Hae autem, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.

351 Gai 2,11

Diejenigen Sachen, welche öffentlich sind, stehen juristisch betrachtet nicht im Vermögen eines einzelnen; man nimmt vielmehr an, dass sie unmittelbar der Allgemeinheit zugehören. Private Sachen sind jene, die den einzelnen Personen zustehen.

Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt, quae singulorum hominum sunt.

352 D 18,1,32 (Ulpian 44 Sab)

Wer Wechselstuben oder andere Läden verkauft, die auf öffentlichem Grund und Boden stehen, verkauft nicht den Boden, sondern das Recht, falls es sich bei diesen Läden um öffentliches Eigentum handelt, deren Benutzung aber Privaten zusteht.

Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.

1.4 Körperliche und unkörperliche Sachen (*res corporales* und *res incorporales*)

353 Gai 2,13

Körperliche Sachen sind jene, die angefasst werden können, wie etwa ein Grundstück, ein Sklave, ein Kleid, Gold oder Silber und ungezählte andere Gegenstände.

Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.

354 Gai 2,14

Unkörperlich sind jene Dinge, die nicht berührt werden können; das sind die, welche ein nur rechtliches Dasein haben, wie beispielsweise die Erbschaft, die Nutzniessung oder die Obligationen, auf welche Weise immer sie begründet wurden. [...]

Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. [...]

355 D 50,16,4 (Paulus 1 ed)

Nach der Ansicht des Proculus ist mit dem Terminus *nomen* <= Forderung> ein Rechtsobjekt gemeint.

'Nominis' appellatione rem significari Proculus ait.

1.5 *res Mancipi und res nec Mancipi*

356 Gai 2,14a

Es gibt schliesslich noch eine andere Einteilung; denn die Sachen sind entweder *res Mancipi* oder *res nec Mancipi*. Zu den *res Mancipi* gehören die Grundstücke und die entsprechenden Gebäude auf italischem Boden, ebenso die Sklaven und jene Tiere, die gewöhnlich zum Ziehen oder Tragen verwendet werden, wie z.B. Ochsen, Pferde, Maultiere oder Esel. Ferner gehören auch die Feldservituten dazu, während die Servituten an städtischen Grundstücken den *res nec Mancipi* beigezählt werden. [...]

Est etiam alia rerum divisio: nam aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi sunt velut fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, velut boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum. nam servitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt. [...]

357 UE 19,1 (Ulp epit)

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

Omnes res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini; ceterae res nec Mancipi sunt. elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.

1.6 Speziessachen und vertretbare Sachen

358 Gai 3,90

Durch reale Übergabe kommt ein Schuldvertrag, beispielsweise aufgrund einer Darlehenshingabe zustande, welche im technischen Sinne nur hinsichtlich derjenigen Sachen stattfindet, die nach Gewicht, Zahl oder Mass bestimmt werden, wie etwa bares Geld, Wein, Öl, Getreide, Kupfer, Silber, Gold. Derartige Sachen übereignet man durch Zuzählen, Zumessen oder Zuwägen zum Zwecke, dass sie Eigentum des Erwerbers werden und hinterher nicht diese Gegenstände selbst, sondern andere gleicher Beschaffenheit zurückerstattet werden. Und daher wird <das Geschäft> denn auch „*mutuum*“ genannt, weil das von mir auf diese Weise Übereignete „*ex meo tuum fiat*“ <sc. „aus meinem Eigentum das deinige wird“>.

Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. <mutui autem datio> proprie in his <fere> rebus contingit, quae <res> pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum es argentum aurum. quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fiat.

1.7 Hauptsache und Nebensache

1.7.1 Bestandteile

358 a D 19,1,17 pr. (Ulp 32 ed)

Zu einem Grundstück gehört nichts, ausser was mit dem Erdboden fest verbunden ist. Demgegenüber darf aber nicht verkannt werden, dass zu einem Gebäude vieles gehört, was mit dem Bau nicht fest verbunden ist, wie zum Beispiel Verschlussbalken, Schlüssel oder Riegel. [...]

Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet: aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras claves claustra. (...)

Vgl. Art. 642 Abs. 2 ZGB (Bestandteil; partie intégrante; parte constitutiva) i. Gs zu Art. 644 ZGB (Zugehör; accessoire; accessori).

358 b D 6,1,44 (Gai 29 ed prov)

Die hängenden Früchte werden für einen Bestandteil des Grundstückes gehalten.

Fructus pendentes pars fundi videntur.

358 c BGE 131 III 217 ff. (= Pra 95 [2006] Nr. 6, 43 ff.)

E. 4.1 (46) Der Mais gehört als Getreide zu den natürlichen Früchten und noch spezifischer, zu den zeitlich wiederkehrenden Erträgen der Sache (vgl. Art. 643 Abs. 2 ZGB; STEINAUER, *Les droits réels*, Bd. I, 3. Aufl., Bern 1997, N 1073; BSK ZGB II-WIEGAND, N 6 zu Art. 643). Nach dem Akzessionsprinzip (vgl. Art. 643 Abs. 1 ZGB) gelten die natürlichen Früchte, die mit einer Sache verbunden sind, bis zur Trennung als deren Bestandteil. Sie folgen also dem rechtlichen Schicksal der Stammsache, mit der sie verbunden sind (vgl. STEINAUER, a.a.O., N 1061 und 1077). Nach der Trennung hingegen werden die Früchte zu selbständigen beweglichen Sachen, welche Objekt besonderer dinglicher Rechte sein können. Hat ein Dritter ein Nutzniessungsrecht an der Sache, erwirbt er das Eigentum an den Früchten grundsätzlich ab der Trennung (BSK ZGB II-WIEGAND, N 10 f. zu Art. 643); es liegt ein originärer Eigentumserwerb vor (STEINAUER, a.a.O., N 1079). Das Eigentum an den Früchten kann auch übertragen werden, da es sich aber um eine bewegliche Sache handelt, bedarf es zur Übertragung des Überganges des Besitzes (Art. 714 Abs. 1 ZGB; STEINAUER, *Les droits réels*, Band II, 3. Aufl., Bern 2002, N 2008).

Aus diesen Grundsätzen folgt, dass eine Kultur auf dem Halm, vorliegend Mais, welche noch nicht geerntet worden ist, noch dem Eigentümer des Grundstückes gehört, auf welchem sie angebaut ist und dass am Mais keine besonderen dinglichen Rechte bestehen können unabhängig vom Boden. B. konnte demnach der Klägerin weder das Eigentum am Mais abtreten, da dieser noch angepflanzt war, noch dieser ein anderes dingliches Recht am Mais übertragen. Nach der Ernte ist der Mais zu einer beweglichen Sache geworden. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin weder Nutzniesserin des Grundstückes, noch wurde ihr der Besitz am Mais übertragen. Unter diesen Umständen ist sie nicht Eigentümerin vom Mais geworden und verfügt über kein dingliches Recht, welches sie erga omnes geltend machen könnte, namentlich nicht gegenüber dem Beklagten.

359 D 50,16,211 (Florentinus 8 inst)

Vom Begriff des Grundstückes <*fundus*> wird jedes Gebäude sowie jeder <angebauter> Acker mitumfasst. [...]

'Fundi' appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. [...]

360 D 33,7,12,23 (Ulpian 20 Sab)

Papinian lehrt im siebenten Buch seiner Rechtsgutachten ebenfalls, Reliefs und fest verbundene Statuen seien nicht Zugehör, sondern vielmehr Bestandteile des Hauses selbst. Er meint, auch die nicht fest verankerten Sachen seien nicht Zugehör, sondern Hausrat, ausgenommen freilich die metallene, nicht fest verankerte Sonnenuhr. Denn seiner Meinung nach bildet eine solche Zugehör des Hauses, so wie auch der aus Stoff gefertigte Vorhang der Haustüre.

Papinianus quoque libro septimo responsorum ait: sigilla et statuæ adfixæ instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt: quæ vero non sunt adfixa, instrumento non continentur, inquit: suppellectili enim adnumerantur, excepto horologio aereo, quod non est adfixum: nam et hoc instrumento domus putat contineri, sicut prothirum domus, si velamen est, inquit, instrumento domus continentur.

361 D 34,2,19,13/14 (Ulpian 20 Sab)

(13) Wenden wir uns jetzt den in Silber oder Gold gefassten Edelsteinen zu. In diesem Zusammenhang lehrt Sabinus, diese folgten dem <Eigentum am> Gold oder Silber: Weil nämlich <das Unbedeutendere> stets dem das Wesen des Ganzen bestimmenden Teil folgt. Und diese Meinung vertritt er zurecht, denn jedesmal wenn wir ermitteln, was nun wem folge, heben wir darauf ab, was an einer Sache zu deren Verzierung angebracht wurde, sodass es nun als Nebensache der Hauptsache folgt. Deshalb sind die in Tassen und Schüsseln eingelassenen Edelsteine Bestandteile des Goldes beziehungsweise des Silbers <aus welchem jene hergestellt sind>. (14) Auch die in die Bronzebeschläge von Tischen eingearbeiteten Edelsteine folgen den Beschlägen und diese wiederum den Tischen.

(13) Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. et ait Sabinus auro argentove cedere: ei enim cedit, cuius maior est species. quod recte expressit: sempter enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandæ causa adhibetur, ut accessio cedat principali. cedent igitur gemmæ, fialis vel lancibus inclusæ, auro argentove. (14) Sed et in coronis mensarum gemmæ coronis cedent et hæc mensis.

Vgl. Art. 642 ZGB. – ERLÄUTERUNGEN II, p. 62: „Drei Momente werden für den Bestandteil hervorgehoben: Das Zugehören zum Bestande der Sache, d.h. das Fehlen einer eigenen Existenz als Rechtsgut, so dass der Bestandteil nach seiner Natur keine andere Bedeutung hat, als eben die, Bestandteil einer anderen Sache auszumachen, wie z.B. Baumaterialien. Dann, dieses erste Moment ergänzend, das Verhältnis einer engen körperlichen Beziehung, wonach ohne Zerstörung oder Beschädigung oder auch nur relevante Veränderung der Hauptsache der Teil von dieser nicht abgetrennt werden kann. Drittens, zur Erläuterung der beiden angeführten Momente, ein Massstab, nach dem jene Bestandesqualität und diese Beschädigung oder Veränderung gemessen werden kann, und diesen Massstab findet der Entwurf in der üblichen Auffassung. Dieses dritte Requisite stellt auf einen wechselnden Faktor ab, allein es ist gerade so unentbehrlich. Denn die Auffassungen sind diesfalls in den einzelnen Landes- und Kulturkreisen ganz verschieden. Der gleiche Ofen, der z.B. in Tessin nur Zugehör ist, kann in Appenzell als Bestandteil gelten. Zu dem zweiten Moment sei noch besonders bemerkt, dass die Veränderung, die hier gemeint ist, für die Sache nicht von wesentlicher Bedeutung zu sein braucht, es genügt, dass sie für den Bestand des speziellen Gegenstandes überhaupt von irgend einer relevanten Bedeutung sei. Der Gegenstand mag also bleiben, was er ist,

so wie etwa das Haus auch ohne den Ofen immer noch als Wohnhaus gilt. Einen etwas anderen Massstab wird man dagegen bei den Sachverbindungen oder -vermischungen anlegen dürfen: Hier ist die Untrennbarkeit und damit eine Beeinflussung der Eigentumsrechte doch nur da gerechtfertigt, wo eine Abtrennung ohne wesentliche Beschädigung oder Veränderung nicht als tunlich erscheint.“

361 a D 6,1,59 (Iul 6 ex Min)

Ein Bewohner setzte in das <ihm> fremde Gebäude Fenster und Türen ein, welche der Gebäudeeigentümer nach einem Jahr wieder entfernte. Meine Frage lautet, ob derjenige, welcher jene eingebaut hatte, sie nunmehr vindizieren könne. Er (sc. Minicius) erteilte das Gutachten, er sei dazu berechtigt, denn alles was mit fremden Gebäuden fest verbunden gewesen war, sei deren Bestandteil nur solange als die Verbindung gedauert hatte. Sobald aber die Trennung geschehen sei, falle alldies umgehend wieder in die vorherige Rechtslage zurück.

Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaro, is qui imposuerat possetne ea vindicare. respondit posse: nam quae alienis aedificiis conexas essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti.

1.7.2 Zugehör (*instrumentum*)

362 D 33,7,8 pr. (Ulpian 20 Sab)

Sabinus hat in seinen Schriften zu Vitellius in treffender Weise alles, was zur Erzeugung, zur Ernte und zur Lagerung der Früchte dient, als Zugehör <*instrumentum*> bezeichnet. Für die Erzeugung <von Früchten> lassen sich aufzählen etwa die Sklaven, welche die Felder bebauen sowie diejenigen, welche jene anleiten beziehungsweise ihnen vorgesetzt sind, worunter die Gutsverwaltersklaven und die Aufsehersklaven fallen; ferner die Zugochsen und dasjenige Vieh, welches zur Düngererzeugung gehalten wird, die zum Anbau notwendigen Gerätschaften wie beispielsweise Pflüge, Unkraut- und Feldhacken, Baummesser, Gabeln und solcherart ähnliche Gegenstände; schliesslich für die Ernte etwa Weinpressen, Körbe, Sicheln, Sensen sowie jene Tragkörbe für die Weinlese, in welche die Trauben geerntet werden. Für die Lagerung <sind es die> Fässer, auch wenn sie nicht in die Erde eingelassen sind, sowie Tonnen.

In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat. quaerendi veluti homines qui agrum colunt, et qui eos exercent praepositive sunt iis, quorum in numero sunt vilici et monitores: praeterea boves domiti, et pecora stercorandi causa parata, vasaque utilia culturae, quae sunt aratra ligones sarculi falces putatoriae

bidentes et si qua similia dici possunt. cogendi, quemadmodum torcularia corbes falcesque messoriae falces fenariae quali vindemiatorii exceptoriique, in quibus uvae comportantur. concervandi quasi dolia, licet defossa non sint, et cuppae.

363 D 33,7,12 pr. (Ulpian 20 Sab)

[...] Denn die Zugehör ist eine Ausstattung für längere Zeit mit Geräten, ohne welche aus dem Besitz kein Ertrag gezogen werden könnte. [...]

[...] *Quippe instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio. [...]*

364 D 33,7,12,30 (Ulpian 20 Sab)

Ferner schreibt Celsus im neunzehnten Buch seiner Digesten, dass Früchte, welche dort eingelagert seien, um verkauft oder einem anderen als dem Landgut dienenden Zweck zugeführt zu werden, von der Umschreibung 'Landgut samt Zugehör' nicht mitumfasst seien.

Celsus quoque libro nono decimo digestorum scribit fructus ibi repositos, ut venirent vel in alium usum quam fundi converterentur, instructo fundo non contineri.

364 a Vgl. Art. 644 ZGB. - ERLÄUTERUNGEN II, p. 65: „Nach beiden Richtungen sind es auch hier drei Momente, mit denen der Begriff <der Zugehör> umschrieben wird: Erstens Bestimmung durch den Eigentümer (oder eines andern, dessen Verfügungen als solche des Eigentümers gelten können) zur dauernden Verwendung für die Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung der Hauptsache. Man denke betreffend diese Begriffe an Rebstickel, Fensterladen, Futterale. Zweitens Herstellung einer äussern Beziehung zur Hauptsache, die der Bestimmung entspricht. Und drittens vor allem Bestimmung für die Hauptsache in der angegebenen Weise nach der üblichen Auffassung, die hier nicht kumulativ, sondern alternativ neben das erste Moment tritt, während das zweite sich den beiden andern zugesellen muss, um aus einer Sache die Zugehör einer andern zu machen. [...]

(66) Die rechtliche Bedeutung der Zugehörqualität liegt in dem Satze, dass die Verfügung über die Hauptsache sich auch auf die Zugehör beziehen soll, falls keine Ausnahme gemacht wird. Dies geht unzweifelhaft auf die dinglichen Rechte, allein es erschöpft sich nicht mit diesen, so dass es nicht genügen würde, etwa zu sagen, die an der Hauptsache bestehenden dinglichen Rechte erfassen auch die Zugehör. Denn nicht nur das dingliche Recht, (67) auch die Verpflichtung zur Begründung eines solchen ergreift die Zugehör wie die Hauptsache, gilt für jene wie für diese.“

364 b BGE 45 II 184 f.

Voraussetzung der Zugehöreigenschaft einer Sache ist nach der den Art. 644, 645, 805 und 946 ZGB in den Urteilen in Sachen Bommer gegen Lattmann und Schweiz. Volksbank gegen Konkursmasse Ineichen (AS 42 II S. 112 ff., 43 II S. 592 ff.) gegebenen Auslegung: einmal ihre wirtschaftliche Zweckbeziehung zu einer anderen, der Hauptsache (im Sinne der dauernden Bestimmung für die Benützung, Bewirtschaftung oder Verwahrung derselben), sodann ein dieser Beziehung entsprechender räumlicher Zusammenhang zwischen beiden, endlich dass auch der Ortsgebrauch, die im Rechtsverkehr an dem betr. Orte geltende Uebung die Sache rechtlich als Zugehör d.h. in den Schicksalen der Hauptsache inbegriffen betrachtet (185) oder der Eigentümer der letzteren dem Willen, dass dem so sein solle, in klarer Weise zum Ausdruck gegeben hat.

1.8 Früchte**1.8.1 Natürliche Früchte**

365 D 22,1,28 pr. (Gaius 2 rer cott)

Unter den Begriff der Frucht eines (Mutter-) Tieres fällt ebenso das Junge wie auch die Milch, die Haare und die Wolle. [...]

In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana. [...]

366 D 21,2,43 (Julian 58 dig)

[...] Denn wenn wir sagen, das Kalb sei eine Frucht der Kuh, meinen wir nicht ein subjektives Recht <sc. an der Frucht>, sondern die Sache selbst, so wie man zutreffenderweise das Getreide und den Wein als Früchte der Grundstücke bezeichnet und indem feststeht, dass beides zu unrecht als Nutzniessung beschrieben würde.

[...] Nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus, cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari.

366 a D 24,3,7,13 (Ulpian 31 Sab)

Wenn ein Ehemann auf dem Grundstück seiner Frau Marmorbrüche gefunden und <dadurch> das Grundstück einträglicher gemacht hat, so gehört der Marmor, der gebrochen, aber nicht weggebracht worden ist, dem Mann, und die Aufwendungen sind ihm nicht zu ersetzen, da der Marmor nicht zu den Früchten gehört, sofern er nicht von der Beschaffenheit ist, dass er nachwächst, welche Eigenschaften <die Felsen> in Gallien und auch in Asien aufweisen.

Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.

Vgl. Art. 643 ZGB. - ERLÄUTERUNGEN II, p. 63: „Unter den **Früchten** werden in diesem Zusammenhange <sc. bei der Bestimmung des Umfangs des Eigentums> selbstverständlich nur die natürlichen verstanden. Die zivilen Früchte, d.h. der Gewinn aus der rechtlichen Benutzung einer Sache, gehören nicht zum Umfang des Eigentums. Man kann aber auch in dem erstern, beschränkten Umfange den Begriff der Frucht verschieden auffassen. Entweder begreift er alles in sich, was aus der Sache sich organisch entwickelt, also auch die Bäume, die in einer nicht der Baumzucht gewidmeten Bodenanlage emporwachsen. Oder es fallen unter den Begriff nur die Erzeugnisse oder organischen Vermehrungen, die nach der Bestimmung der Hauptsache aus ihr gewonnen werden. Man beachte nun für diesen Unterschied den Grund, aus dem man überhaupt dazu gelangt, neben den Bestandteilen einer Sache noch besonders von deren Früchten zu sprechen. Eine Frucht kann man sich gar nicht anders in eigentlichem Sinne denken, als unter wirtschaftlichem Gesichtspunkte. In allen andern Beziehungen ist der Begriff uneigentlich verwendet. In dem genannten Rahmen aber sind alsdann zwei Arten von Früchten zu unterscheiden: Solche, die periodisch von der Hauptsache erzeugt werden (die Früchte der Fruchtbäume, der Felder etc.) und solche, die schlechtweg ein Erträgnis der Hauptsache sind, deren Gewinnung der Bestimmung der Hauptsache entspricht (Junge von Tieren, Torf aus Torfstichen etc.). Für die letztern muss zur Abgrenzung der gleiche Massstab gegeben sein, wie wir ihn betr. die Bestandteile hervorgehoben haben, nämlich die übliche Auffassung, auf die deshalb auch hier der Entwurf verwiesen hat.

Wesentlich ist die Bestimmung des Umfanges des Eigentums in bezug auf die Frucht zum Zweck der Abgrenzung der Rechte des Eigentümers, resp. des Fruchtberechtigten. Das Eigentum ergreift auch die Frucht, so lange sie nicht getrennt ist.“

366 b D 7,4,13 (Paul 3 Sab)

[...] Julian lehrt, der Nutzniesser erwerbe Eigentum an den Früchten dann, wenn er an ihnen Besitz begründe (Perzeption), ein gutgläubiger Besitzer aber sobald sie vom Boden getrennt sind (Separation).

[...] Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

1.8.2 Zivile Früchte

367 D 5,3,29 (Ulpian 15 ed)

Die von den Pächtern eingenommenen Zinsen stehen offensichtlich in Analogie zu den Früchten. Dieselbe Rechtsnatur wie jene Zahlungen

weisen auch die Dienstleistungen der Sklaven und die Frachtgebühren für Schiffe und Lasttiere auf.

Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et iumentorum.

Vgl. zu den zivilen Früchten hinten die Rdn 407 ff.

1.8.3 Fruchterwerb

367 a D 7,4,13 (Paul 3 Sab)

[...] Labeo meint, eine noch mit dem Boden verbundene Aehre <=Getreide auf dem Halm> stehe im Eigentum des Grundeigentümers und eine Frucht sei vereinnahmt, sobald das Getreide oder Gras geschnitten, die Traube gelesen beziehungsweise die Olive geschüttelt worden ist, auch wenn die Aehren noch nicht gedroschen, das Oel noch nicht produziert oder die Weinlese noch nicht gepresst ist. So wie es zutrifft, was er <Labeo> zur geschüttelten Olive geschrieben hat, ist freilich die Olive, welche von selbst abgefallen ist - wie Julian lehrt - <rechtlich> anders zu behandeln. Diesfalls begründet ein Nutzungsberechtigter das Eigentum an den Früchten indem er sie einsammelt (*perceptio*), der gutgläubig Besitzer dagegen, sowie sie vom Boden getrennt sind (*separatio*).

[...] Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque percipi spica aut faeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Julianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

367 b D 41,1,48 pr. (Paul 7 Plaut)

Ein gutgläubiger Käufer begründet durch die Vereinnahmung (*perceptio*) der Früchte, auch solcher einer fremden Muttersache, zweifellos Eigentum und zwar nicht allein an denjenigen, welche vermittlels seiner Mühewaltung und Tätigkeit erzeugt wurden, sondern an allen, weil ein gutgläubiger Besitzer was die Früchte angeht gleichsam an die Stelle eines Eigentümers tritt. Demzufolge werden sie, bevor er sie in Besitz genommen hat, sogleich mit der Trennung (*separatio*) vom Grundstück Eigentum des gutgläubigen Besitzers. Und es ist unerheblich, ob die Sache, welche ich gutgläubig gekauft habe, auch ersessen werden könnte oder nicht [...].

Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos [interim] facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, [longo tempore] <usu> capi possit nec ne, [...].

367 c D 22,1,25,2 (Iul 7 dig)

Ein gutgläubiger Käufer hat gesät und ehe er die Früchte zog erfuhr er, dass das Grundstück in fremdem Eigentum sich befinde. Ich habe das Gutachten erteilt, ein Käufer guten Glaubens habe hinsichtlich des Fruchterwerbes solange als ein solcher zu gelten, als das Grundstück nicht evinziert worden ist [...].

Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi: bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: [...].

Cfr. Rdn 674

2. Eigentum

2.1 Definition

367 d D 6,1,49,1 (Cels 18 dig)

Mein Eigentum ist, was meinem Vermögen zugehörend <körperlich> sich vorfindet, und hinsichtlich dessen mir das Recht zusteht, zu vindizieren.

Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.

367 e BARTOLUS de Sassoferato (1314 - 1357) (N 4 zu D 41,2,17)

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

Dominium [...] est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur.

Vgl. Art. 641 Abs. 1, Art. 713 und Art. 655 ZGB, sowie Rdn 73 a ff.

- 368 BALDUS de Ubaldis (um 1320-1400) commentaria in Codicem ad C 5,9,3
Unbestrittenermassen wird Eigentum (*dominium*) uneingeschränkt als umfassende Herrschaftszuordnung (*proprietas*) einschliesslich der Möglichkeit zur Veräusserung definiert.

Certe dominium absolute dictum est plena proprietas cum alienandi potentia.

- 368 a Dagegen die vernunftrechtliche Tradition: Immanuel KANT, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (WW 7, Ed. Weischedel)

(354) § 2. Rechtliches Postulat der praktischen Vernunft

Es ist möglich, einen jeden äussern Gegenstand meiner Willkür als das Meine zu haben; d. i.: eine Maxime, nach welcher, wenn sie Gesetz würde, ein Gegenstand der Willkür an sich (objektiv) herrenlos (*res nullius*) werden müsste, ist rechtswidrig. [...] Ein Gegenstand meiner Willkür aber ist das, wovon beliebigen Gebrauch zu machen ich das physische Vermögen habe, dessen Gebrauch in meiner Macht (*potentia*) steht: wovon noch unterschieden werden muss, denselben Gegenstand in meiner Gewalt (*in potestatem meam redactum*) zu haben, welches nicht bloss ein Vermögen, sondern auch einen Akt der Willkür voraus setzt. Um aber etwas bloss als Gegenstand meiner Willkür zu denken, ist hinreichend, mir bewusst zu sein, dass ich ihn in meiner Macht habe. - Also ist es eine Voraussetzung a priori der praktischen Vernunft, einen jeden (355) Gegenstand meiner Willkür als objektiv-mögliches Mein oder Dein anzusehen und zu behandeln. [...]

§ 4. Exposition des Begriffs vom äusseren Mein und Dein

Der äusseren Gegenstände meiner Willkür können nur drei sein: 1) eine (körperliche) Sache ausser mir; 2) die Willkür eines anderen zu einer bestimmten Tat (*praestatio*); 3) der Zustand eines anderen im Verhältnis auf mich; nach den Kategorien der Substanz, Kausalität, und Gemeinschaft zwischen mir und äusseren Gegenständen nach Freiheitsgesetzen.

a) Ich kann einen Gegenstand im Raume (eine körperliche Sache) nicht mein nennen, ausser wenn, obgleich ich nicht im physischen Besitz desselben bin, ich dennoch (356) in einem anderen wirklichen (also nicht physischen) Besitz desselben zu sein behaupten darf. [...]

b) Ich kann die Leistung von etwas durch die Willkür des andern nicht mein nennen, wenn ich bloss sagen kann, sie sei mit meinem Versprechen zugleich (*pactum re initum*) in meinen Besitz gekommen, sondern nur, wenn ich behaupten darf, ich bin im Besitz der Willkür des andern (diesen zur Leistung zu bestimmen), obgleich die Zeit der Leistung noch erst kommen soll; das Versprechen des letzteren gehört demnach zur Habe und Gut (*obligatio activa*) und ich kann sie zu dem

Meinen rechnen, aber nicht bloss, wenn ich das Versprochene (wie im ersten Falle) schon in meinem Besitz habe, sondern auch, ob ich dieses gleich noch nicht besitze. Also muss ich mich, als von dem auf Zeitbedingung eingeschränkten, mithin vom empirischen Besitze unabhängig, doch im Besitz dieses Gegenstandes zu sein denken können. (.../357)

§ 5. Definition des Begriffs des äusseren Mein und Dein

Die Namenerklärung, d. i. diejenige, welche bloss zur Unterscheidung des Objekts von allen andern zureicht und aus einer vollständigen und bestimmten Exposition des Begriffs hervorgeht, würde sein: Das äussere Meine ist dasjenige ausser mir, an dessen mir beliebigen Gebrauch mich zu hindern Läsion (*Unrecht*) sein würde. - Die Sacherklärung dieses Begriffs aber, d. i. die, welche auch zur Deduktion desselben (der Erkenntnis der Möglichkeit des Gegenstandes) zureicht, lautet nun so: Das äussere Meine ist dasjenige, in dessen Gebrauch mich zu stören Läsion sein würde, ob ich gleich nicht im Besitz desselben (nicht Inhaber des Gegenstandes) bin.

- 368 b ALLGEMEINES BÜRGERLICHES GESETZBUCH für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB) von 1811; mit: Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von Franz von Zeiller, Bd. II/1 (1812)

Zweyter Theil des bürgerlichen Gesetzbuches

Von dem Sachenrechte.

Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.

(1) Auf das im ersten Theile abgehandelte Personen-Recht (§. 15) folgt nun im zweyten Theile das Sachenrecht, welches über die, von Personen unterschiedenen, äusseren Gegenstände, d. i. über Sachen, ausgeübt wird. Das Sachenrecht zerfällt, weil die darunter begriffenen Rechte theils dingliche, theils persönliche sind, in zwey Hauptabtheilungen. [...]

§. 285.

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

Die vernunftlosen Wesen sind durch Ordnung der Natur zu beliebigen Zwecken der vernünftigen Wesen (Personen) bestimmt, und werden, zum Unterschiede von Personen, Sachen genannt. Der Mensch kann, ob er gleich dazu einstimmt, zu einem blossen Mittel, zu einer Sache nicht abgewürdigt werden (§. 16); er kann jedoch seine körperlichen oder geistigen Kräfte anderen zu erlaubten Zwecken zusagen. In die Classe von Sachen gehören also a) leblose Gegenstände; b) lebende, aber vernunftlose, wie die Thiere; c) selbst die Kraftäusserungen vernünftiger

Wesen; somit d) auch die ausschliessenden Rechte, von andern Kraftäusserungen oder Handlungen, und Unterlassungen zu fordern (§. 303).

§. 353.

Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heissen sein Eigenthum.

§. 354.

Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniss, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Andern davon auszuschliessen.

1) Das zweyte dingliche Recht, nächst dem Besitzrechte (§§. 309-352.), ist das Eigenthumsrecht, dessen Begriff darin besteht, dass man über eine Sache sowohl in Rücksicht der Substanz, als auch ordentlicher Weise in Rücksicht der Nutzungen (§. 357.), mit Ausschluss aller Uebrigen, nach Belieben verfügen kann. Man nennt es auch das Eigenthum im subjectiven Sinne; wenn und in so fern man also über eine Sache frey verfügen kann, ist man Eigenthümer derselben.

2) Im objectiven Verstande heisst Eigenthum der Gegenstand, welcher uns eigenthümlich gehört, oder den wir zu unsern beliebigen Zwecken verwenden können. Es wird kein Unterschied gemacht, ob die Sache eine körperliche oder unkörperliche sey; ja es wird vielmehr ausdrücklich gesagt, dass auch unkörperliche Sachen, nämlich Rechte, und zwar ohne Unterschied der dinglichen und persönlichen, einen Gegenstand des Eigenthumsrechtes ausmachen.

3) Diese Erweiterung des Begriffes scheint von dem Römischen Rechte abzuweichen, welches sagt, dass unkörperliche Sachen weder ein eigentlicher Gegenstand des Besitzes, noch der Uebergabe oder des Eigenthumes seyn, und bey selben nur ein analoger Besitz, eine analoge Uebergabe, ein analoges Eigenthum Statt finde. Doch schon diese Worte, so wie auch ausdrückliche Gesetzstellen, worin von einem Eigenthume des Servituts-, Pfand-, Erb-, und Besitzrechtes, und von einer Vindication der Rechte geredet wird, deuten auf einen Wortstreit hin, den die Ausleger, wie gewöhnlich, durch den Unterschied zwischen engerer und weiterer Bedeutung des Wortes auszugleichen suchen.

4) Die Subtilität und der Wortstreit verschwindet, wenn man den unmittelbaren Gegenstand eines Eigenthumsrechtes in das Auge fasst. Bin ich Eigenthümer einer körperlichen Sache, z. B. einer Uhr, so kann ich sie veräussern, gebrauchen, verschlimmern, oder ganz zu Grunde richten. Steht mir aber auf die körperliche Sache nur ein Recht, wie das Gebrauchs-, Pfand-, Besitz-, oder Forderungsrecht zu, so kommen mir unmittelbar über diese körperliche Sache bey weitem nicht alle jene Verfügungen, wie dem Eigenthümer der Uhr, zu. Der Unterschied liegt aber nur in der Verschiedenheit des Gegenstandes. In dem letzteren Falle gehört mir nicht die Uhr, sondern das Besitz-, Gebrauchs-, oder Pfandrechte eigenthümlich zu. Ueber diese Rechte kann ich, in so weit es ihre Beschaffenheit zulässt, so wie auch der Gläubiger über das geborgte Capital, frey alle Verfügungen ausschliessend treffen; ich kann

mein Recht ganz oder zum Theile gebrauchen, oder nicht gebrauchen; ich kann es auf einen andern übertragen, oder unbedingt aufgeben; ich kann es (possessorisch oder petitorisch) verfolgen. Es finden sich also auch hier die wesentlichen Merkmale des Eigenthums; die Verschiedenheit der Anwendung, welche auch zwischen lebenden oder leblosen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen Statt findet, hebt den Begriff nicht auf. Der Begriff des Eigenthums ist also auch auf unkörperliche Sachen, oder Rechte auszudehnen.

368 c CIVIL-GESETZBUCH FÜR DEN CANTON BERN von 1827

[Die Texte werden zitiert nach der Ausgabe von 1837 mit Anmerkungen von S. L. Schnell]

Civil-Gesetzbuch

Zweiter Theil

Sachenrecht

(1) Nachdem in dem ersten Theile des Civil-Gesetzbuches die Eigenschaften, welche die Rechtsfähigkeit begründen und modificiren, und die rechtlichen Verhältnisse bestimmt worden, die zusammengenommen das Familienrecht ausmachen, sind nun in dem zweiten Theile die möglichen Gegenstände der Willkühr, die man Sachen im weitern Sinne des Wortes, veräusserliches Mein und Dein, oder Rechtsgegenstände nennt, zu berücksichtigen, zu denen sowohl die körperlichen Sachen, als die Rechte gehören, welche uns auf den Sachen Anderer zustehen, oder die wir haben Andere zu Handlungen zu zwingen, die uns vortheilhaft sind, und die Rechte zu bestimmen, welche den Personen auf die Sachen zustehen, so wie die verschiedenen Weisen anzugeben, wie diese Rechte entstehen und wie sie wieder verloren gehen.

Die Bestimmungen, welche in dem ersten Theile des Gesetzbuches enthalten sind, machen das (2) Personenrecht, und die, welche dieser zweite Theil enthält, das Sachenrecht aus.

Sachen, als willenlose Wesen, können in keinen Verpflichtungen stehen. Die Verpflichtung, welche einem Sachenrecht entspricht, haftet auf Personen. Je nachdem diese unbestimmte, wie die ganze bürgerliche Gesellschaft, oder bestimmte Personen, wie Cajus und Sempronius sind, heisst das Sachenrecht ein dingliches oder ein persönliches Sachenrecht. Das Eigenthumsrecht ist ein dingliches Sachenrecht, weil jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft verpflichtet ist den Eigenthümer seines Rechts theilhaftig werden zu lassen. Der Eigenthümer handelt nicht unrecht, wenn er den, welcher ihn auf irgend eine Weise an der Theilhaftigkeit seines Rechtsgegenstandes verhindert, durch Zwang anhält von der Verhinderung abzulassen: sein Recht ist demnach ein Recht gegen jeden Besitzer seiner Sache, jus contra quemlibet hujus rei possessorem. Eine Schuldforderung ist ein persönliches Sachenrecht, der Berechtigte kann sein Recht nur gegen denjenigen geltend machen, der sich gegen ihn verpflichtet hat. [...]

(3) Ein dingliches Sachenrecht, welches die Substanz einer körperlichen Sache zum Gegenstande hat, heisst Eigenthumsrecht: hat es aber bloss Nutzungen oder andere Vortheile zum Gegenstande, welche Sachen gewähren können, die sich in dem Eigenthume Anderer befinden, so kann es ein Dienstbarkeitsrecht oder ein Pfandrecht sein; und es ist ein Erbrecht, wenn es in der ausschliessenden Befugniss besteht in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen einzutreten.

Die persönlichen Sachenrechte beziehen sich auf die Handlungen, die Andere zu unserm Vortheile vornehmen oder unterlassen sollen, mithin auf unkörperliche Sachen. Jedem persönlichen Rechte entspricht eine auf einer oder mehreren bestimmten Personen haftende Verbindlichkeit. Dergleichen Rechte werden durch einseitige oder zweiseitige verpflichtende Handlungen erworben.

332. Satzung.

Jeder Gegenstand eines Rechts, der nicht selbst rechtsfähig ist, heisst Sache.

So wie in der Satzung 8. der Begriff Person rechtlich bestimmt worden, hebt dieser Titel mit der Bestimmung desjenigen von Sache an. Die wesentliche Eigenschaft der erstern ist die Rechtsfähigkeit, und die der letztern die Brauchbarkeit als blosses Mittel. Die Person ist das Subjekt, die Sachen sind die Gegenstände (Objekte) der Rechte. In dieser Allgemeinheit fallen nicht allein leblose körperliche Dinge, sondern auch blosser Gedankendinge, wie z. B. eine Dienstbarkeit, ein Erbrecht, lebendige willenlose Wesen, wie Thiere, ja, selbst Handlungen von Menschen unter diesen Begriff; weil ein Mensch, ohne auf seine Rechtsfähigkeit Verzicht zu leisten, Andern Rechte auf seine körperlichen oder geistigen Kräfte einräumen, und sich gegen sie verpflichten kann, Etwas zu ihrem Vortheile zu thun, oder ihnen Etwas zu gestatten, woran er sie verhindern, oder Etwas zu unterlassen, was er thun dürfte.

377. Satzung.

Das Eigenthumsrecht besteht in der Befugniss, unter den gesetzlichen Bedingungen über die Substanz und die Nutzungen einer Sache willkürlich und ausschliessend zu verfügen.

Wenn man von dem Eigenthumsrechte einer Dienstbarkeit, einer Forderung etc. redet; so nimmt man diesen Begriff in einem sehr weiten und unbestimmten Sinne: im engern und eigentlichen Sinne bezieht sich derselbe nur auf körperliche Sachen, und bezeichnet das Recht ausschliessend und willkürlich über eine solche zu verfügen.

368 d BÜRGERLICHES GESETZBUCH FÜR DEN KANTON LUZERN (1831-1839)

[Die Texte werden zitiert nach: Erläuterungen des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern von Kasimir Pfyffer (Redaktor des Gesetzes)]

Zweiter Theil (1838)**(3) Bürgerliches Gesetzbuch: Zweiter Theil****Von dem Sachenrechte.**

Auf das im ersten Theile abgehandelte Personenrecht folgt nun im zweiten Theile das Sachenrecht, welches über die von Personen unterschiedenen äussern Gegenstände, d. i. über Sachen ausgeübt wird.

Das Sachenrecht zerfällt in zwei Hauptabtheilungen, in dingliche und in persönliche Rechte.

Ein dingliches Recht ist ein Recht, welches in Ansehung einer Sache gegen alle Menschen (unbestimmte Personen) Gültigkeit hat. Ein persönliches Recht aber ist ein Recht, welches nur gegen eine bestimmte Person Statt findet. So ist z. B. das Eigenthumsrecht ein dingliches Sachenrecht, weil der Berechtigte sein Recht (unbestimmt) gegen jeden Besitzer der ihm eigenthümlichen Sache verfolgen kann. Eine Schuldforderung hingegen ist ein persönliches Sachenrecht; der Berechtigte kann sein Recht nur gegen denjenigen geltend machen, der sich gegen ihn verpflichtet hat.

Vorerst müssen wir uns mit dem Begriffe von Sachen überhaupt und denjenigen Hauptarten derselben bekannt machen, welche besondern Vorschriften unterliegen, und daher in rechtlicher Hinsicht wichtig sind. Diese, beiden Hauptabtheilungen gemeinschaftlichen, Vorkenntnisse werden in Gestalt einer Einleitung vorausgeschickt.

§. 200.

Jeder Gegenstand eines Rechts, der nicht selbst rechtsfähig ist, heisst Sache.

(4) So wie in dem §. 8 der Begriff Person rechtlich bestimmt worden, hebt dieser Titel mit der Bestimmung desjenigen von Sache an. Die wesentliche Eigenschaft der erstern ist die Rechtsfähigkeit, und die der letztern die Brauchbarkeit als blosses Mittel. Die Person ist das Subjekt, die Sachen sind die Gegenstände (Objekte), der Rechte. In dieser Allgemeinheit fallen nicht allein leblose körperliche Dinge, sondern auch blosser Gedankendinge, wie z. B. eine Dienstbarkeit, ein Erbrecht, ferner lebendige willenlose Wesen, wie Thiere, ja, selbst Handlungen von Menschen unter diesen Begriff; weil ein Mensch, ohne auf seine Rechtsfähigkeit Verzicht zu leisten, Andern Rechte auf seine körperlichen oder geistigen Kräfte einräumen, und sich gegen sie verpflichten kann, Etwas zu ihrem Vortheile zu thun, oder ihnen Etwas

zu gestatten, worin er sie verhindern, oder Etwas zu unterlassen, was er thun dürfte.

§. 240.

Das Eigenthumsrecht besteht in der Befugniss, über die Substanz und die Nutzungen einer Sache willkürlich und ausschliessend zu schalten und zu walten, so lange man nur keine durch Gesetze untersagte Verfügung darüber trifft.

(50) Wenn man von dem Eigenthumsrechte einer Dienstbarkeit, einer Forderung etc. redet, so nimmt man diesen Begriff in einem sehr weiten und unbestimmten Sinne; im engern und eigentlichen Sinne bezieht sich derselbe nur auf körperliche Sachen, und bezeichnet das Recht, ausschliesslich und willkürlich über eine solche zu verfügen.

368 e ROUSSEAU, Jean-Jacques, Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen (1755). Zit. nach J.-J. R. ' Schriften (hgg. von H. Ritter) Bd. I (1978)

(230) Der erste, welcher ein Stück Landes umzäunte, sich in den Sinn kommen liess zu sagen: *dieses ist mein*, und einfältige Leute antraf, die es ihm glaubten, der war der wahre Stifter der bürgerlichen Gesellschaft. Wieviel Laster, wieviel Krieg, wieviel Mord, Elend und Greuel hätte einer nicht verhüten können, der die Pfähle ausgerissen, den Graben verschüttet und seinen Mitmenschen zugerufen hätte: „Glaubt diesem Betrüger nicht; ihr seid verloren, wenn ihr vergesst, dass die Früchte euch allen, der Boden aber niemandem gehört.“ Allein, allem Ansehen nach muss es damals schon so weit gekommen gewesen sein, dass es nicht mehr auf dem alten Fusse hat bleiben können. Der Begriff des Eigentums hat nicht auf einmal in dem menschlichen Verstande entstehen können, denn er hängt von vielen vorhergehenden Begriffen ab, die sich alle erst nach und nach entwickelt haben müssen. Fleiss und Einsicht müssen erst sehr zugenommen, von Alter zu Alter mitgeteilt und fortgepflanzt worden sein, bevor der Stand der Natur dergestalt seinen letzten Zeitpunkt erreicht hat. Wir wollen also noch früher anfangen und die langsame Folge von Begebenheiten und Einsichten in ihrer natürlichen Ordnung unter einen einzigen Gesichtspunkt versammeln.

(241) Aus dem Ackerbau entsprang die Notwendigkeit, die Erde aufzuteilen, und das einmal festgesetzte Eigentum leitete auf die ersten Regeln der Gerechtigkeit. Denn soll man einem jeden das Seinige lassen, so muss erst jeder etwas besitzen können. Ja, es konnte niemand auf die Gedanken kommen, einem andern unbilligerweise etwas wegzunehmen, ohne von ihm eine Vergeltung zu befürchten, weil sie alle für das Künftige besorgt zu werden anfangen und ein jeder etwas besass, das ihm genommen werden konnte. Dieser Ursprung des Eigentums ist sehr natürlich: man kann nicht einsehen, wie der Begriff davon hat entstehen

können, wenn nicht die Handarbeit dazu Anlass gegeben haben soll. Was konnte der Mensch anders tun, um sich das Eigentum über ein Ding anzumassen, das er nicht gemacht hat, als daran zu arbeiten? Die Arbeit gab dem Ackersmann ein Recht auf die Früchte eines Feldstückes, das er bestellt hat, und folglich, wenigstens bis zur Ernte, auch auf den Grund selbst, und ununterbrochener Besitz von Jahr zu Jahr verwandelte sich in ein Eigentum. Als die Alten, sagt Grotius, durch den Titel der Gesetzgeberin, den sie der Ceres beilegten, und durch den Namen Thesmophorien, den sie einem Feste gaben, das ihr zu Ehren gefeiert wurde, zu verstehen gegeben haben, dass die Aufteilung des Bodens ein neues Recht aufgebracht hat, nämlich das Eigentumsrecht, das von allen Rechten, die aus dem natürlichen Gesetze entspringen, weit unterschieden ist.⁰⁾

⁰⁾ Von Natur hat jeder Mensch ein Recht auf alles, was er notwendig braucht (Rousseau, *Du contrat social* (1762) 1. Buch 9. Kapitel.)

Wären die Talente gleich gewesen, das heisst, hätten zum Beispiel die Nutzenanwendung des Eisens und der Verzehr der Lebensmittel einander die Waage gehalten, so hätte alles auf diesem Fusse bleiben können. Allein, das gehörige Verhältnis wurde durch nichts unterstützt und musste daher bald aufgehoben werden (242). Der Stärkere konnte mehr verfertigen, der Geschicktere aus seiner Arbeit mehr Nutzen ziehen und der Sinnreichere vieles mit weniger ausrichten. Der Ackersmann hatte oft mehr Eisen oder der Schmied mehr Getreide nötig, und wenn beide gleich viel arbeiteten, verdiente dieser sehr viel und jener hatte kaum zu leben. So entwickelte sich die natürliche Ungleichheit unvermerkt mit derjenigen, die hinzugekommen ist, und die Verschiedenheit der Menschen, die sich in den verschiedenen Umständen, in welchen sie sich befanden, entwickelt hat, wird merklicher und anhaltender in ihren Wirkungen, bis sie endlich auf das Schicksal eines jeden einen grossen Einfluss erlangt.

- 368 f ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Der Gesellschaftsvertrag* (*Du contrat social*, 1762) (hgg. v. H. Weinstock, 1958) 1. Buch, 9. Kapitel: Vom Gemeingut (50) Jedes Glied des Gemeinwesens übergibt sich demselben in dem Augenblicke seines Entstehens, so wie es sich gerade vorfindet, sich und alle seine Kräfte, von denen die Güter, die es besitzt, einen Teil bilden. Dadurch, dass der Besitz hierbei in andere Hände übergeht, ändert er zwar nicht seine Natur und wird nicht Eigentum des Staatsoberhauptes; da jedoch die Kräfte des Gemeinwesens weit grösser sind als die jedes einzelnen, so ist der Staatsbesitz in der Tat auch fester und gesicherter, ohne dadurch, wenigstens den Fremden gegenüber, rechtmässiger zu sein; denn in bezug auf seine Glieder ist der Staat durch den Gesellschaftsvertrag, der im Staate als Grundlage aller Rechte dient, Herr über alle ihre Güter; was aber die übrigen Mächte anlangt, so ist er es

ihnen gegenüber nur durch das ihm von den einzelnen übertragene Recht des ersten Besitzergreifers.

Obleich das Recht des ersten Besitzergreifers berechtigter ist als das Recht des Stärkeren, so wird es doch erst nach Einführung des Eigentumsrechtes ein wirkliches Recht. Von Natur hat jeder Mensch ein Recht auf alles, was er notwendig braucht; aber gerade der Vertrag, der ihn zum Eigentümer irgendeines Gutes macht, schliesst ihn von allem übrigen aus. Nach Festsetzung seines Anteils muss er sich auf ihn beschränken und hat kein Anrecht mehr auf das Gemeingut. Deshalb ist das im Naturzustande so schwache Recht des ersten Besitzergreifers jedem Staatsbürger so achtungswert. Man achtet in diesem Rechte nicht sowohl das Eigentum eines anderen als das, was einem selbst nicht gehört.

Um das Recht des ersten Besitzergreifers auf irgendein Stück Land zu begründen, bedarf es im allgemeinen (51) folgender Bedingungen: erstens, dass dieses Stück Land noch von niemandem bewohnt werde; zweitens, dass man davon nur soviel in Anspruch nehme, wie man zum Unterhalte nötig hat; drittens endlich, dass man davon nicht durch eine leere Förmlichkeit Besitz ergreife, sondern durch Arbeit und Anbau, das einzige Zeichen des Eigentums, das in Ermangelung gesetzlicher Rechtsansprüche von anderen geachtet werden muss.

- 368 g Arthur SCHOPENHAUER, Studienhefte 1811-1818: Rechtslehre. Zu Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2. Aufl., (Königsberg 1798) in: Sch., *Der handschriftliche Nachlass in fünf Bänden* (hgg. v. A. Hübscher) Bd. II (Nachdruck 1985) S. 261 f.

(p 67) *Meine Ableitung des Eigenthums-Rechts.*

Jeder Mensch ist dem Andern als Mensch gleich. Daher Jeder vom Andern unabhängig d. i. frey.

Was ich durch meine Arbeit hervorbringe ist mein: weil ein Anderer, der es nehmen wollte, auch meine daran gewandte Arbeit, d. i. meine Kraft, folglich einen Theil meiner Person, also mich, meine Freyheit nehmen würde. -

Daher gründet sich aller Besitz allein auf angewandte Mühe. Der Apfel den ich halte ist mein, weil ich ihn gefasst habe (NB wenn kein Anderer durch frühere Mühe früheres Recht auf ihn hat): mein Land, weil ich es gebaut habe. In einem Lande wo die Erde ohne alle Wartung trüge, könnte es kein Grundeigenthum rechtlich (wiewohl durch Faustrecht, i. e. Unrecht) geben, jeder hätte nur was er hielte. Besiznahme entdeckter Länder ist daher Faustrecht.

Das Land was ich gebaut habe ist von dem an mein, weil sein Zustand mein Werk ist.

Ist ein Mal auf diese Weise ein Eigenthums-Recht begründet, so folgt als abgeleitet daraus alles durch Schenkung, Erbschaft, Kauf (d. i. durch Uebertragung) u.s.w. erlangte Recht.

Die persönliche Freyheit aber worauf sich alles stützt, die ursprüngliche *habeas corpus*-Akte, folgt aus dem Gebot des kategorischen Imperativs: „Schade nicht!“ Denn ich schade dem Andern, greife ihn feindlich an, sobald ich ihn zum Werkzeug meines Willens machen will, oder will, dass er die Mühe, ich den Genuss habe.

Dass K[ant] die Inhabung, oder das in meiner Gewalt seyn, als Princip des Eigenthums-Rechts setzt, ist grundfalsch: dies ist das Princip des Faustrechts. - Nichts ist mein als was ich durch meine Mühe erlange; weil ursprünglich nur ich mit meiner Kraft mir gehöre.

Aber auch die kleinste Mühe macht einen herrenlosen Gegenstand (d. i. ein Geschenk der Natur) zu meinem: nicht nur die wildgewachsne Frucht ist mein sobald ich sie pflücke, sondern auch die Handvoll Goldstaubs, die der herrenlose Fluss auswirft, sobald ich sie fasse: meine Mühe dabey ist das Hingehn und das Fassen. Den Besiz des Flusses aber mit diesem Staub kann einer nur erlangen entweder durch Faustrecht (i. e. Unrecht), oder durch eine freywillige Abtretung aller Anwohner desselben zur Belohnung für Verdienste um sie alle (dem König).

(262) p 55, § 1. Gleich beym ersten Satz „womit ich so verbunden bin“ - müsste gefragt werden: Wodurch werd' ich so verbunden? - Es ist ja die Frage was es sey, das ethisch mir ein Recht giebt, dem Andern eine Pflicht dies Recht zu schonen: nicht aber wird gefragt auf welche Weise wohl das erste Eigenthum entstanden sey; denn das ist wohl das Faustrecht gewesen. Unter Besiz im eigentlichen Sinn scheint K[ant] das Daraufsizen zu verstehn. p 56.

p 58. Bisher hat er blos dargethan, dass der kategorische Imperativ (ich kann das Wort praktische Vernunft nicht leiden) nicht verbietet dass einer ein ausschliessliches Recht auf ein Ding habe. Nun aber sollte er sagen, wodurch er das Recht erlangt. Das thut er nicht. [...]

Aus p 67 u. 68, besonders aus dem seynsollenden rechtlichen Postulat der pr[aktischen] Vernunft, p 67 und p 72 oben folgt eigentlich, dass der Begriff des Eigenthums-Rechts ein angeborner sey und nicht abzuleiten. - Ich glaube ihn oben abgeleitet zu haben.

p 69 sagt K[ant] „der Acker ist mein, so fern ich ihn in meiner Gewalt habe“: - und dies nennt er *possessio noumenon*, Besiz, nach Verstandesbegriffen, die die pr[aktische] Vernunft postulirt, gedacht. (Als Grund solches Besizes führt er an dass mein zu seinem Gebrauch sich bestimmender Wille dem Geseze der äussern Freyheit nicht widerstreitet: - nun kann aber jeder Andre dasselbe sagen, hat also dasselbe Recht.) Ich sage: das ist Faustrecht.

Vielmehr ist der Acker mein, wenn sein Zustand mein Werk ist. –

p 72. Aus § 8 folgt: dass alles Eigenthums-Recht konventionell ist, und hieraus: dass, wenn es mir, weil [14] ich kein Eigenthum habe, beliebt, die Konvention nicht einzugehn, ich moralisch befugt bin zu stehlen.

p 84. Wie falsch K[ant]s Princip des Eigenthums (die Bemächtigung) (263) sey, das er hier auseinandersetzt, und dass, wie ich gesagt, nur auf ein Ding verwandte Mühe mir ein Recht (kein Un- oder Faust-Recht) darauf giebt, zeige ein Beyspiel: Ein Englisches Schiff wird auf eine unbewohnte Insel voll Brodfruchtbäume und Palmen verschlagen und zertrümmert. Die 10 Geretteten theilen die kleine Insel in 10 gleiche Theile: jeder soll die Bäume seines Theils geniessen. Folgendes Tags scheitert ein Spanisches Schiff eben da, mit 10 Geretteten. Die Engländer sagen: unser ist das Land und alles darauf: wollt ihr unsre Sklaven seyn so mögt ihr bleiben. - Wer fühlt nicht wie schlecht dies Recht durch die „Priorität der Zeit begründet ist“; dass man wohl conventionell zweifelhaften Besiz durch Priorität festsetzen [14a] könne, dass aber die bloße Priorität nach dem Naturrecht (d. i. dem Recht) kein Besizthum giebt; dass diese Spanier recht thun werden, wenn sie den Engländern die Hälfte der Insel entreissen: dass aber es ganz anders wäre wenn die Engländer die Insel angepflanzt und kultivirt hätten, wo sie von der Hälfte zu vertreiben das grösste Unrecht wäre! –

- 368 h SCHOPENHAUER, Arthur, Vorlesung über die gesammte Philosophie d.i. Die Lehre vom Wesen der Welt und von dem menschlichen Geiste. In vier Theilen. Vierter Theil. Metaphysik der Sitten 1820 (aus dem handschriftlichen Nachlass hgg. v. V. Spierling 1985)

Ableitung des Eigenthums.

(153) Eigentliches *Eigenthum*, d.h. solches, welches, *ohne Unrecht*, dem Menschen nicht genommen, hingegen *ohne Unrecht* aufs Aeusserste von ihm vertheidigt werden kann, das kann, unsrer Ableitung des Unrechts zufolge, nur dasjenige seyn, *was durch seine Kräfte bearbeitet ist*, durch Entziehung dessen man daher die darauf verwendeten Kräfte seines Leibes, dem in diesem Leibe sich objektivirenden Willen entzieht, um solche Kräfte dem in einem andern Leibe objektivirten Willen dienen zu lassen. Denn nur so bricht der Ausüßer des Unrechts, durch einen Angriff der nicht auf den fremden Leib, sondern auf eine leblose und von diesem ganz verschiedene Sache gerichtet ist, doch in die Sphäre der fremden Willensbejahung ein, weil mit dieser Sache die Kräfte, die Arbeit des fremden Leibes gleichsam verwachsen und identifizirt sind. Hieraus folgt, dass sich alles ächte, d.h. ethische (nicht willkürlich angenommene) *Eigenthumsrecht* ursprünglich einzig und allein gründet auf *Bearbeitung*: vor Kant nahm man dies auch ziemlich allgemein an. Schon das älteste aller Gesetzbücher, das des Menu sagt schön und deutlich: „Weise, welche die Vorzeit kennen, erklären, dass ein bebautes Feld dessen Eigenthum ist, welcher das Holz ausrottete, es reinigte und

pflügte; wie eine Antelope dem ersten Jäger gehört, welcher sie tödtlich verwundete.“ [Mànava - Dharmasàstra, IX, 44] - Kant hat diesen natürlichen und einfachen Begriff des Eigenthumsrechts verrückt, und will es begründen durch *Besitzergreifung* und *Erklärung* derselben. Wie soll doch die blosser Erklärung meines *Willens*, Andre vom Gebrauch einer Sache auszuschliessen, auch sofort mir ein *Recht* hiezu geben? Offenbar *bedarf* solche Erklärung selbst erst eines *Rechtsgrundes* ihrer Gültigkeit; statt dass Kant annimmt, sie *sei* einer. Und wie sollte doch derjenige, an sich, d.h. ethisch, Unrecht handeln, der jene Ansprüche auf den Alleinbesitz einer Sache, die sich auf nichts gründen als eben auf ihre eigne Erklärung, nicht achtete? Wie sollte sein Gewissen ihn darüber beunruhigen? es ist vielmehr ganz klar und leicht einzusehn, dass es ganz und gar keine *rechtliche Besitzergreifung* geben kann, sondern ganz allein eine rechtliche *Aneignung*, *Besitzerwerbung* einer Sache, *durch Verwendung* (154) *ursprünglich eigener Kräfte auf sie*. Wo nämlich eine Sache durch irgend eine fremde Mühe bearbeitet, verbessert, vor Unfällen geschützt, bewahrt ist; da entzieht der Angreifer solcher Sache offenbar dem Andern den Erfolg seiner darauf verwendeten Kraft, lässt also den Leib jenes Andern, statt dem eignen Willen desselben, *seinem Willen* dienen; er *verneint* also den im fremden Leibe erscheinenden Willen, indem er seinen eignen Willen über dessen Erscheinung, seinen Leib und dessen Kräfte, *hinaus bejaht*: d.h. thut *Unrecht*. Dieses gilt, *so klein auch* die Mühe seyn mag, welche der Andre an die Sache gewendet hat, sogar wenn es das blosser Abpflücken oder vom Boden aufheben einer wildgewachsenen Frucht ist.

[...] (155) - Das ethisch begründete Eigenthumsrecht, wie ich es abgeleitet habe, giebt seiner Natur nach, dem Besitzer eine eben so *uneingeschränkte Macht* über die Sache, als die ist, welche er über seinen eignen Leib hat: daraus folgt, dass er durch *Tausch* oder *Schenkung*, sein Eigenthum Andern *übertragen* kann, welche alsdann mit demselben ethischen Recht als er, die Sache besitzen. (Erb-Recht?) Und offenbar kann Einer, sobald er ein solches vollkommnes Eigenthumsrecht an eine Sache hat, die als die Frucht seiner Arbeit betrachtet wird, sie auch einem Andern unter *jeder* Bedingung schenken, auch unter der Bedingung dass er selbst nicht mehr lebte; eben weil sein Recht unbeschränkt ist: woraus das *Recht* des *Vermächtnisses* hervorgeht. Dass die Kinder erben, geschieht weil man eine solche Schenkung stillschweigend voraussetzt.

Ich habe also gezeigt was *Eigenthum* sei: diese Erörterung gehörte zur Erläuterung der fünften Rubrik von Unrecht die in Verletzung des Eigenthums besteht. Also haben wir jetzt gesehn was Unrecht *sei*. [...]

- 368 i JHERING, Rudolf, von, Der Kampf ums Recht (1872, Neuausgabe 1967)
 (19)Die geschichtliche Quelle und der sittliche Rechtfertigungsgrund des Eigenthums ist die Arbeit, ich meine nicht bloss die der Hände und Arme,

sondern auch die des Geistes und Talentes, und ich erkenne nicht bloss dem Arbeiter selber, sondern auch seinen Erben ein Recht auf das Arbeitsprodukt zu, d.h. ich finde in dem Erbrecht eine notwendige Konsequenz des Arbeitsprinzips, denn ich halte dafür, dass man dem Arbeiter nicht verwehren darf, den Genuss sich selber zu versagen und wie bei seinen Lebzeiten so auch nach seinem Tode auf andere Personen zu übertragen. Nur durch die dauernde Verbindung mit der Arbeit kann sich das Eigentum frisch und gesund erhalten, nur an dieser seiner Quelle, aus der es unausgesetzt sich von neuem erzeugt und erfrischt, zeigt es sich klar und durchsichtig bis auf den Grund als das, was es dem Menschen ist. Aber je weiter der Strom sich von dieser Quelle entfernt und abwärts in die Regionen des leichten oder gar mühelosen Erwerbs gelangt, desto trüber wird er, bis er endlich im Schlamm des Börsenspiels und des betrügerischen Aktienschwindels jede Spur von dem, was er ursprünglich war, verliert. An dieser Stelle, wo jeder Rest der sittlichen Idee des Eigentums abhanden gekommen ist, kann freilich von einem Gefühl der sittlichen Verpflichtung der Verteidigung desselben nicht mehr die Rede sein; für den Eigentumssinn, wie er in jedem lebt, der sein Brot im Schweisse seines Angesichts verdienen muss, fehlt es hier an jeglichem Verständnis.

368 j ERLÄUTERUNGEN II

(34)Eine Sache sein eigen nennen, heisst in der Rechtsordnung, über sie von Rechts wegen nach Belieben verfügen können, insoweit dadurch nicht in die Rechte anderer oder die öffentliche Ordnung eingegriffen wird. [...] Kein anderes Recht an der Sache bildet diesen begrifflich abgerundeten Herrschaftskreis, alle andern, auch wenn sie ohne besondere Verpflichtung allen gegenüber Geltung haben und mithin dinglichen Charakter besitzen, stellen nur ein bestimmtes, durch ihren Begriff gegebenes Stück der Herrschaft dar. Der Begriff des Eigentums allein geht auf die volle Verfügungsbefugnis. Dies gilt für bewegliche und unbewegliche Sachen, wogegen allerdings die möglichen Beschränkungen für die beiden Gebiete sehr verschieden gestaltet sind.

Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers schliesst verschiedene Möglichkeiten in sich. Sie gibt das Recht, die Sache zu besitzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, diese also auch von jedem Unberechtigten herauszuverlangen. Sie verleiht das Recht, die Sache zu gebrauchen und zu verbrauchen, so lange damit nicht in fremde Rechte eingegriffen wird.“

(50)Bei den **Mobilien** kommt dem Eigentümer ein Recht zu, das er zunächst, wenn keine andern, besondern Voraussetzungen gegeben sind, jedermann gegenüber, auch ohne Besitzer zu sein, geltend machen kann. Er verfolgt seine Sache in der Hand des Dritten, er kann sie, wenn sie verloren ist, zurückverlangen.

(58) Der Inhalt des Eigentums, Art. 641. Die allgemeinen Vorschriften begnügen sich mit einer Umschreibung des Inhaltes des Eigentums, die zugleich eine Definition in sich schliesst. [...] (59) Zuerst wird das materielle Verfügungsrecht festgelegt: Die Verfügung über die Sache steht dem Eigentümer nach seinem Belieben zu. Sie umschliesst den körperlichen Gebrauch und Verbrauch mit Inbegriff jeder Veränderung. Sie umfasst aber auch die rechtliche Verfügungsmacht in der Veräusserungsbefugnis, die wiederum die Möglichkeit rechtlicher Belastung in sich schliesst. Die Schranken der Rechtsordnung werden dabei in dem gleichen Sinne angefügt, wie dies bei der Rechtsfähigkeit in Art. 11 geschehen ist: Die Bestimmungen des Zivilgesetzes selbst, sowie öffentlich-rechtliche Vorschriften bezeichnen ihren Inhalt.“- Eine weitere Seite des Inhaltes des Eigentums (60) „betrifft die Rechtsstellung des Eigentümers zu andern Personen, die eine Einwirkung auf den Eigentumsgegenstand beanspruchen oder tatsächlich ausüben. Diesen gegenüber besteht eine doppelte Berechtigung des Eigentümers: Einerseits das Verfolgungsrecht, die Eigentumsklage als Recht, die Sache von jedermann heraus zu verlangen. Sie gehört zum Inhalt des Eigentums. [...] Andererseits aber das Recht der Abwehr unberechtigter Eingriffe, die Negatorienklage, deren Inhalt sich aus ihrer Grundlage mit genügender Deutlichkeit ergibt und denn auch im geltenden Recht, wenn sie überhaupt nur besondere Erwähnung erfährt, nirgends ausführlicher, als es in Abs. 3 geschehen ist, festgestellt wird.

368 k BGE 119 Ia 398 E. 5-c/bb)

Die (neuere) Spezialliteratur hat sich insbesondere auch mit dem den Art. 667 Abs. 1 ZGB bestimmenden Interesse auseinandergesetzt und dieses in ein positives, auf die Ausübung gerichtetes sog. Ausübungsinteresse (Beherrschungsinteresse) oder in ein negatives, auf die Abwehr bezogenes sog. Abwehrinteresse unterteilt, ohne bei dieser Differenzierung davon abzurücken, dass das Interesse den Gegenstand, also das Grundeigentum körperlich begrenzt (vgl. dazu: VIKTOR SCHEIWILER, a.a.O., S. 53 ff.; JUSTIN THORENS, L'étendue en profondeur de la propriété foncière, in: ZSR 89/1970 I S. 262 ff.; PAUL TSCHÜMPERLIN, Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht, Diss. Freiburg 1984, S. 30 ff.; BLAISE KNAPP, L'urbanisme du sous-sol, in: Baurecht [BR] 1987, S. 28 ff.; 30; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Berne 1990, Rz. 1616 ff.)

368 l Nur zum Teil zutreffend: BGE 132 III 155 ff. (164)

6.2.3 Das Eigentum als dingliches Recht zeichnet sich – neben der unmittelbaren Herrschaft über die Sache – durch die absolute Ausschlusswirkung gegenüber Dritten aus (ARTHUR MEYER-HAYOZ, Berner Kommentar, 1981, N. 1 zu Art. 641 ZGB; HEINZ REY, a.a.O., N. 208). Die äussere Erscheinungsform dieser Ausschlusswirkung ist die Vindikationsklage, also das Recht von jedem Dritten sein Eigentum herauszuverlangen. Die Vindikation ist vollständig abhängig vom Bestand des dinglichen Rechts. Geht das Eigentum unter, fällt auch der

Vindikationsanspruch dahin. Eigentum und Vindikation sind damit eine untrennbare Einheit.

2.2 Quiritisches und bonitarisches Eigentum (= Eigentum nach *ius civile* bzw. *ius honorarium*)

369 Gai 2,40

Wir müssen nunmehr darauf hinweisen, dass es bei den Peregrinen nur eine Art von Eigentum gibt; denn entweder ist einer Eigentümer oder er ist es eben nicht. Und so handhabten einst auch die Römer das Recht des Eigentums: jeder war nämlich entweder Eigentümer nach *ius Quiritium* <= *ius civile*> oder er wurde nicht als Eigentümer anerkannt. Später aber vollzog sich eine Teilung des Eigentums, so dass einer Eigentümer nach quiritischem Recht sein kann, ein anderer dieselbe Sache *in bonis* hat.

Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

370 D 41,1,52 (Modestin 7 reg)

Wir betrachten eine Sache immer dann als in unserem honorarrechtlichen Eigentum <= *in bonis*> stehend, wenn wir für die Wahrung des Besitzes eine *exceptio*, für die Wiedererlangung des Besitzes eine *actio* haben.

Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus.

371 Gai 1,54

Weil jedoch bei den römischen Bürgern Eigentum eine doppelte Ausformung erfährt – denn nach der Lehre kann ein Sklave jemandem gemäss bonitarischem oder quiritischem oder aber gemäss beiden Eigentumsarten gehören –, wird anzunehmen sein, dass ein Sklave bereits der Gewalt eines Herrn unterworfen ist, wenn er in dessen bonitarischem Eigentum steht, selbst wenn er nicht zugleich dessen quiritisches Eigentum sein sollte. Denn wer nur das leere quiritische Eigentum am Sklaven hat, besitzt offensichtlich die Gewalt über ihn nicht.

Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui

nudum ius quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.

- 372 C 2,3,20 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Martiali; a. 293)

Das Eigentum an Sachen wird durch Übergabe und Ersitzung erworben, nicht durch einen blossen Vertrag übertragen.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Zur Ersitzung vgl. Rdn 428 ff.

2.3 Allein- und gemeinschaftliches Eigentum: Das Miteigentum

- 373 D 13,6,5,15 (Ulpian 28 ed)

[...] Und er <sc. Celsus filius> lehrt, es sei gar nicht möglich, dass Eigentum oder Besitz zwei Personen aufs Ganze zustehe und es sei auch keiner der beiden Eigentümer eines Teils der körperlichen Sache, sondern jedem stehe Eigentum anteilmässig am ganzen unteilbaren Sachkörper zu. [...]

[...] et ait <sc. Celsus filius> duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. [...]

Vgl. Art. 646 ZGB.

ERLÄUTERUNGEN II, p. 69: „Miteigentum liegt vor, wenn mehrere Subjekte eine Sache dergestalt in ihrem Eigentum haben, dass das Recht eines jeden nicht auf einen körperlichen Teil, sondern auf einen rechtlichen Anteil an der ganzen Sache, also auf eine ideelle Quote geht. Gesamteigentum dagegen muss als vorhanden angenommen werden, wo die mehreren Eigentümer ein Recht auf die ganze Sache haben, ohne jede quotenmässige Beteiligung an der Sache.

Daraus ergeben sich drei ganz verschiedene Konsequenzen des gemeinschaftlichen Eigentums:

Erstens kann ein jeder der mehreren Miteigentümer über die Quote, zu der die Sache ihm gehört, verfügen, als wäre er Alleineigentümer. Er kann diese verkaufen, belasten, verpfänden, sie kann von seinen Gläubigern gepfändet werden, ohne dass die übrigen Miteigentümer sich dessen zu erwehren vermögen. Jeder hat in bezug auf seine Quote die gleichen Rechte, das Recht eines jeden ist von dem der andern unabhängig. Dagegen können die Gesamteigentümer über die Sache nicht anders verfügen, als entweder einstimmig oder durch einen für sie irgendwie gegebenen Vertreter.“

374 D 10,3,3 pr. (Ulpian 30 Sab)

In das Verfahren aufgrund der *actio communi dividundo* kann nichts eingebracht werden, ausser was die Teilung der im Miteigentum stehenden Sachen selbst angeht, sowie die diesen Sachen zugefügten oder an ihnen verursachten Schäden oder der Verlust, den einer der Miteigentümer aus diesem Verhältnis erlitten hat beziehungsweise der Gewinn, der ihm aus dem Miteigentum entstanden ist.

In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.

375 D 10,3,4,2 (Ulpian 19 ed)

Dieser Anspruch ist in seinem Tatbestand auf Treu und Glauben gestellt: [...]

Hoc iudicium bonae fidei est: [...]

375 a D 6,1,3,2 (Ulp 16 ed)

Pomponius schreibt, wenn gleichartige Stoffe derart verschmolzen beziehungsweise vermischt wurden, dass sie weder herausgelöst noch getrennt werden können, kann nicht mehr auf das Ganze, sondern nurmehr entsprechend des Eigentumsanteils vindiziert werden. Ist beispielsweise mein Silber mit deinem Silber zu einer Masse verschmolzen, steht uns an dieser Miteigentum zu und jeder von uns wird entsprechend seines Gewichtsanteils an der Masse vindizieren, [...].

Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, [...].

375 b D 6,1,35,3 (Paul 21 ed)

Es ist herrschende Lehre, dass von Sachen, welche man nicht trennen kann ohne sie zu zerstören, auch ein Teil vindiziert werden kann.

Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere constat.

375 c D 6,1,76 pr. (Gai 7 ed prov)

Was zur rei vindicatio einer ganzen Sache ausgeführt wurde, ist auch für die Vindikation lediglich eines Teiles anzunehmen, und es gehört zur Amtspflicht des Richters (*iudex*) anzuordnen, dass anteilmässig auch erstattet wird, was zusammen mit dem Sachteil selbst herauszugeben ist.

Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intellegenda sunt, officioque iudicis continetur pro modo partis ea quoque restitui iubere, quae simul cum ipsa parte restitui debent.

3. Eigentumserwerb

3.1 Abgeleiteter (derivativer) Eigentumserwerb

3.1.1 Erwerb des quiritischen Eigentums

3.1.1.1 *mancipatio*

376 Gai 1,119

Die *mancipatio* ist, wie oben bereits bemerkt, im Grunde ein fiktiver Verkauf. Und sie gehört zum besonderen Recht der römischen Bürger. Das besagte Geschäft wird so abgewickelt: Nachdem nicht weniger als fünf Zeugen – mündige römische Bürger – zugezogen werden und dazu noch ein weiterer Mann derselben Rechtsstellung, welcher die metallene Waage hält und „Waagehalter“ genannt wird, spricht derjenige, welcher etwas ins Eigentum übernimmt, eine Münze haltend, folgende Formel: „Ich erkläre, dass dieser Sklave gemäss *ius civile* mir gehört, und erkläre weiter, dass er mir gekauft ist, und zwar aufgrund dieser Münze und dieser metallenen Waage.“ Darauf schlägt er mit der Münze an die Waage und übergibt dieses Geldstück anstelle eines Kaufpreises demjenigen, von dem er zu Eigentum übernimmt.

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.

3.1.1.2 *in iure cessio*

377 Gai 2,24

Die *in iure cessio* geschieht auf folgende Weise: Vor einem Magistraten des römischen Volkes, nämlich dem Praetor, erklärt derjenige, dem *in iure* übereignet werden soll, indem er die Sache berührt, folgendes: „Ich erkläre, dass dieser Sklave gemäss *ius civile* mir gehört.“ Nachdem dieser vindiziert hat, fragt dann der Praetor den andern, der abtreten will, ob er die Kontra-Vindikation anstrengen möchte. Wenn dieser nun verneint oder schweigt, dann spricht der Praetor dem Vindizierenden die Sache zu. Und dies nennt man eine *legis actio*. Dieses Rechtsgeschäft kann auch in den Provinzen vor dem zuständigen Statthalter abgeschlossen werden.

In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

3.1.1.3 *traditio* (Besitzesübertragung)

A. Besitzesübergabe

378 UE 19,7 (Ulp epit)

Die *traditio*¹⁾ ist eigentlich die Veräußerung der *res nec Mancipi*. Wir erlangen das Eigentum an diesen Sachen durch die *traditio* selbst, nämlich wenn sie uns aufgrund einer *iusta causa*²⁾ übergeben worden sind.

Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipii. harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.

¹⁾ *traditio* = Übergabe einer körperlichen Sache

²⁾ *iusta causa* = rechtfertigender (Rechts-)Grund

Cfr. Rdn 182 f.

379 Gai 2,20

Wenn ich dir ein Kleidungsstück oder ein Stück Gold oder Silber übergeben habe, sei es auf Grund eines Verkaufs oder einer Schenkung

oder aus einem anderen Rechtsgrund, wird die Sache sofort die deine, sofern ich nur deren Eigentümer gewesen bin.

[...] si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Cfr. Rdn 189

380 D 41,1,31 pr. (Paulus 31 ed)

Niemals überträgt die bloße *traditio* das Eigentum, sondern nur dann, wenn ein Kauf oder eine andere *iusta causa* vorangegangen ist, aufgrund welcher dann die *traditio* erfolgte.

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Vgl. Art. 657 Abs. 1 ZGB für den derivativen Eigentumserwerb an Grundeigentum und Art. 714 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit BGE 55 II 302 ff. für den abgeleiteten Eigentumserwerb an Fahrnis. Das Bundesgericht hat dort entschieden (Regeste): „Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen setzt voraus: 1. (gleichzeitiges) Einigsein der Kontrahenten über den Eigentumsübergang (Erw. 1), 2. ein gültiges Rechtsgrundgeschäft (Erw.2).“

Vgl. BGE 121 III 347 f. (unten Rdn 457).

B. Sog. „quasi-traditio“

381 D 39,5,6 (Ulpian 42 Sab)

Wenn jemand mir in Schenkungsabsicht erlaubt hat, einen Stein aus seinem Grundeigentum herauszubringen, so wird dieser Brocken, sowie er herausgelöst ist, mein Eigentum, und <der Schenker> bewirkt dadurch, dass er den Abtransport verhindert, keinesfalls, dass der Stein aufhört mein Eigentum zu sein, weil er gleichsam durch eine Tradition in mein Eigentum gelangt ist. [...] Es hat nämlich offenkundig eine Analogie zur Tradition stattgefunden, als mit dem Willen des (Grund-) Eigentümers der Stein herausgebrochen wurde. Was hinsichtlich eines Felsbrockens gilt, wird auch gelten, falls es sich um einen gefällten oder wegtransportierten Baum handelt.

Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est: [...] quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam in arbore caesa vel dempta acciderit.

Vgl. Art. 922 Abs. 2 ZGB – cfr. auch Rdn 245

381 a D 18,6,15,1 (Paul 3 epit Alfeni)

Für den Fall, dass verkauftes Bauholz infolge eines Diebstahls verloren gegangen war hat er (=Alfenus) entschieden, dass der Käufer das Risiko (des Verlustes) trage, nachdem der Besitz ihm übergeben worden war, vorher aber trifft die (Preis-)Gefahr den Verkäufer. Freilich gelten diejenigen Balken als bereits tradiert, welche der Käufer mit seinem Zeichen versehen hatte.

Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Vgl. Rdn 729 ff.

3.1.1.4 Weitere Arten des derivativen Eigentumserwerbes

A. Herstellung der tatsächlichen Gewalt

382 Gai 2,19

Denn die *res nec Mancipi* werden bereits durch die *traditio* selbst ins volle Recht des anderen übertragen, falls es sich um körperliche Dinge handelt, die somit einer Übertragung fähig sind.

Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.

Vgl. Art. 922 Abs. 2 ZGB.

383 D 18,1,74 (Papinian 1 def)

Offenkundig wird durch die Übergabe der Schlüssel der Besitz an den in Speichern aufbewahrten Waren übertragen, wenn die Schlüssel vor den Speichern übergeben werden. Durch diesen Akt erwirbt der Käufer sogleich Eigentum und Besitz, auch wenn er die Speicher nicht geöffnet haben sollte. Doch wenn die Waren nicht dem Verkäufer gehört haben sollten, so wird sogleich die Zeit der Ersitzung beginnen.

Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur.

Vgl. Art. 922 Abs. 1 ZGB.

384 D 41,1,9,6 (Gaius 2 rer cott)

Dasselbe gilt, falls jemand in einem Speicher gelagerte Sachen verkauft hat; denn wenn er die Schlüssel zur Scheune dem Käufer übergeben hat, überträgt er ihm zugleich auch das Eigentum an der Ware.

Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

Vgl. Art. 922 Abs. 1 ZGB. – Dazu Eugen HUBER, ERLÄUTERUNGEN II, p. 386: <Die Übertragung findet statt durch> „die körperliche Übergabe von Hand zu Hand. Der Empfänger muss entweder die Sache selbst in seine Gewalt bekommen oder solche Mittel, die ihm diese Gewalt verschaffen, wie die Schlüssel zu dem Behälter, in dem die Sache sich befindet. Gemeint kann aber auch sein, dass der Empfänger nur einen Mitbesitz an der Sache erhält. Es braucht also seine Gewalt über die Sache keine absolute oder ausschliessliche zu sein.“

385 D 41,1,10,2 (Gaius 2 inst)

Wir erwerben aber nicht nur das Eigentum, sondern auch den Besitz durch diejenigen, die sich in unserer Gewalt befinden. Denn an welchem Gegenstand sie auch immer den Besitz erlangt haben, stets wird angenommen, dass wir die Sache besitzen. Und daher wird uns auch durch die von jenen vollendete Ersitzung Eigentum erworben.

Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio: cuiuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur. unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.

385 a Vgl. Art. 923 ZGB. – Eugen HUBER in: ERLÄUTERUNGEN II, p. 386 f.

„Unter Abwesenden wird es ein Bote oder Stellvertreter sein, der gibt oder empfängt. Gewiss kann dieser im Auftrage des Gebers oder des Empfängers handeln. Das Verkehrsbedürfnis macht es aber wünschenswert, dass der Frachtführer und der Bote als Vertreter des Gebers aufgefasst werden, solange nichts anderes feststeht. Es geschieht in Übereinstimmung mit der Auffassung, die im Verkehr vorherrscht, wenn der Entwurf in Art. 965, Abs. 2, diese Bestimmung aufstellt.“

Vgl. auch oben Rdn 294.

B. Traditionssurrogate**a) *longa manu traditio***

386 D 46,3,79 (Javolen 10 epist)

Wenn du das mir geschuldete Geld oder eine andere Sache meiner Anordnung entsprechend in meinem Gesichtskreis abzuliefern hast, wirst du umgehend von deiner Verbindlichkeit befreit, und die Sache wird sofort mein Eigentum. Denn diesfalls ist, weil die Sache in niemandes körperlichem Gewahrsam sich befindet, die Rechtslage so zu denken, dass sie mir erworben wurde, indem sie gleichsam mit langer Hand übergeben worden ist.

Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat. nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, acquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est.

Vgl. Art. 922 Abs. 2 ZGB.

Vgl. auch zum schweizerischen Recht: Botschaft ZGB, p. 68: „Das Eigentum wird ganz allgemein durch Übertragung erworben (<Art. 714 ZGB>). Was unter der Übertragung zu verstehen sei, ist beim Besitz geordnet (<Art. 922 ZGB>). Allein es muss doch ein Erwerb ohne Besitzesübertragung anerkannt werden, [...]“

387 D 41,2,18,2 (Celsus 23 dig)

Wenn ich den Verkäufer angewiesen habe, die Kaufsache in meinem Hause abzuliefern, steht ausser Frage, dass ich die Sache besitze, wiewohl sie bislang noch niemand berührt hat; desgleichen besitze ich nicht minder, als wenn ich das Grundstück betreten hätte, wenn der Verkäufer die benachbarte Liegenschaft, die ich gekauft habe, mir von meinem Turm aus beschreibt und erklärt, dass er mir den von ihm aufgegebenen Besitz übertrage.

Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

387 a D 19,1,48 (Scaev 2 resp)

Lucius Titius hat als Erbe des Sempronius dem Septicius ein Landgut folgendermassen verkauft: ‘Das sempronianische Landgut soll dir mit allen Rechten, welche dem Sempronius daran zustanden für so und soviel verkauft sein‘ und er hat den von Drittrechten freien Besitz (*vacua*

possessio) am Grundstück übertragen, ohne freilich dessen Grenzen zu beschreiben. Es stellte sich nun die Frage, ob er mittels des Anspruchs aus dem Kaufvertrag dazu gezwungen werden könne, anhand der Nachlassdokumente offenzulegen, welche Rechte dem Erblasser zugestanden hatten und auch die Grenzen zu bezeichnen. Ich erstattete das Gutachten, dass in Würdigung der Vertragsurkunde zu leisten sei, was die Parteien erkennbar gewollt hatten. Wenn freilich nichts erschliessbar wäre, schulde der Verkäufer sowohl die Einsicht in die Dokumente als auch die Darstellung des Grenzverlaufes; denn dies entspricht einem von Treu und Glauben beherrschten Schuldvertrag.

Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: "fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis" vacuam que possessionem tradidit neque fines eius demonstravit: quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere. respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur: quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat.

387 b BGE 132 III 155 ff (159 f)

5.1 Nach Art. 922 Abs. 2 ZGB ist die Übergabe der Sache vollzogen, sobald sich der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben. Charakteristisch an dieser *longa manu traditio* (Übertragung der offenen Besitzlage; Besitzvertrag) ist die offene Besitzlage: Der Erwerber muss die Möglichkeit haben, ohne weiteres Zugriff auf die Sache (160) zu nehmen und die tatsächliche Gewalt über sie auszuüben. In der Lehre wird als Beispiel für eine offene Besitzlage regelmässig der im Wald gelegene Ster Holz angeführt (EMIL W. STARK, a.a.O., N. 37 zu Art. 922 ZGB; A. HOMBERGER, a.a.O., N. 13 zu Art. 922 ZGB; PAUL-HENRI STEINAUER, a.a.O., N. 268). Zudem muss der Veräusserer unmittelbaren Besitz an der Sache haben, damit er diesen an den Erwerber übertragen kann (EMIL W. STARK, a.a.O., N. 49 f. zu Art. 922 ZGB; A. HOMBERGER, a.a.O., N. 12 zu Art. 922 ZGB; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl. 2000, N. 1721).

b) *brevi manu traditio*

388 D 6,2,9,1 (Ulpian 16 ed)

Wenn jemand eine Sache gekauft hat, die bei ihm hinterlegt, ihm ausgeliehen oder ihm als Pfand übergeben worden war, so gilt sie als ihm tradiert, wenn sie nach Abschluss des Kaufvertrages weiterhin bei ihm verbleibt.

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

389 D 41,1,9,5 (Gaius 2 rer cott sive aur)

Bisweilen reicht auch ohne Übergabe der bloße Wille des Eigentümers für die Übertragung einer Sache aus, z.B. wenn ich den Gegenstand, den ich dir geliehen oder vermietet oder bei dir hinterlegt habe, dir verkaufe. Denn obwohl ich ihn dir nicht aus diesem <letzteren> Rechtsgrund übergeben habe, so bewirke ich doch dadurch, dass ich die Sache aufgrund des Kaufes bei dir belasse, deinen Eigentumserwerb.

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

390 D 12,1,9,9 (Ulpian 26 ed)

Ich habe bei dir zehn <Goldstücke> hinterlegt, später habe ich dir gestattet, diese für dich zu verwenden. Nerva und Proculus lehrten, dass ich schon bevor du die Münzen an dich genommen hattest, die Summe als Darlehen mittels der *condictio* hätte zurückfordern können. Dies trifft - gleicher Meinung ist auch Marcellus - zu. Denn er <sc. du> begann bereits aufgrund seines Willens zu besitzen. Folglich geht die Gefahr auf denjenigen über, der sich das Darlehen erbeten hat, und gegen ihn steht die *condictio* zu.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur. animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

c) *constitutum possessorium*

391 D 6,1,77 (Ulpian 17 ed)

Eine Ehefrau schenkte mit brieflicher Mitteilung jemandem, der nicht ihr Ehemann ist, ein Grundstück und pachtete es sogleich von diesem; dazu lässt sich die Ansicht vertreten, dass dem Beschenkten die *actio in rem* zustehe, indem er durch die Schenkerin selbst, in deren Eigenschaft als Pächterin, den Besitz erworben habe. [...]

Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. [...]

Vgl. Art. 924 ZGB und hinten Rdn 464.

d) Die Rezeption in das Schweizerische Zivilgesetzbuch

391 a SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT von 1883 (aOR)

Art. 201

Befindet sich die Sache in Händen eines Dritten, so erfolgt die Besitzübertragung auch dadurch, dass der Dritte von dem Veräusserer beauftragt wird, die Sache fortan für den neuen Erwerber in Gewahrsam zu halten.

Art. 202

Ausnahmsweise kann der Veräusserer auch an einer Sache, welche er in Händen behält, den Besitz auf den Erwerber übertragen, wenn dieselbe infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Miethvertrages, noch in seinem Gewahrsam zurückbleiben soll.

Eine solche Besitzübertragung ist Dritten gegenüber unwirksam, falls eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wurde; der Richter entscheidet hierüber nach freiem Ermessen in Würdigung der Umstände.

391 b E. HUBER zur *brevi manu traditio* im ZGB: ERLÄUTERUNGEN II, p. 387

„Der Empfänger des Besitzes kann die Sache schon in seiner Gewalt haben (*brevi manu traditio*). Die Regel ist selbstverständlich. Deshalb wurde eine anfänglich in den Entwurf aufgenommene Bestimmung: ‘Befindet sich die Sache bereits in der tatsächlichen Gewalt des Empfängers, so erfolgt die Übergabe durch die Verabredung zwischen Geber und Nehmer, dass dieser nunmehr den Besitz des ersteren haben soll’, weggelassen.“

391 c STENBULL XVI (1906) NR p. 565: HUBER, deutscher Berichterstatter der Kommission:

Wir haben zunächst beim Erwerb des Fahrniseigentums als Ausgangspunkt schon in unserm geltenden Rechte und dann auch nach den Anträgen des Entwurfes den Satz, dass das Eigentum an der Fahrnis mit der Besitzesübertragung erworben werde. Es ist das der Grundsatz des Art. 199 O. R. und die Regel, die in Art. 701 Abs. 1, <= Art. 714 Abs. 1 ZGB> aufgestellt wird. [...] Soll dieser Satz <sc. dass Eigentum eine Besitzesübertragung erfordert>, ausnahmslos gelten, so dass also überall nur durch Besitzesübertragung das Eigentum an Fahrnis begründet werden kann, also, negativ ausgedrückt, dass ohne Besitzesübertragung kein Fahrniseigentum erworben werden kann? Das wird nun sowohl nach dem geltenden O. R. als auch nach unsern Vorschlägen in dem Sinne beantwortet, dass Ausnahmen zugelassen

werden. So liegt der Fall vor, dass jemand bereits die Fahrnis, die er kauft, im Besitze hat. Dann muss man sie ihm nicht noch einmal übertragen. Ferner ist es möglich, dass ein Dritter die Sache im Besitze hat. Dann braucht man sie ihm nicht noch einmal zu übertragen, sondern man weist den Dritten an, künftig nicht mehr für den Veräusserer, sondern für den Erwerber zu besitzen.

[...] Ferner wird eine Ausnahme ebenfalls schon im geltenden Rechte zugelassen für den Fall, dass jemand eine Sache an einen andern veräussert, sie aber nicht ihm überträgt, sondern auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses in der Hand behält. Er verkauft die Sache, behält sie aber beispielsweise als Mieter in seinem Besitze, er verkauft sie, behält sie aber in Depot oder dergl. Das O. R. hat in Art. 202 solche Eigentumsübertragungen anerkannt, und zwar wird diese Uebertragungsart als eine genügende, der Eigentumserwerb als begründet bezeichnet, sobald nicht etwa durch solche Abreden die Rechte Dritter verletzt oder die Bestimmungen über das Faustpfandrecht umgangen werden wollen. [...] Sie sehen also, die Regel ist, der Besitz ist die Form, in welcher das Eigentum übertragen wird. Nur ausnahmsweise kann ohne Besitzesübertragung Eigentum auf einen andern übertragen werden.

Cfr. Rdn 434 c, 455 a, 472 b

391 d BGE 132 III 155 ff (158 f)

4.1 Nach Art. 924 Abs. 1 ZGB kann ohne Übergabe der Besitz an einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt. Voraussetzung einer solchen Besitzanweisung ist gestufter Besitz: Ein selbstständiger mittelbarer Besitzer (z.B. Vermieter) hat die Sache dem Gewahrsam eines Dritten (z.B. Mieter) überlassen, der unselbstständigen unmittelbaren Besitz daran hat. Der Besitz an der Sache geht über, sobald dies zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber vereinbart worden ist. Die Benachrichtigung des Dritten ist für den Übergang der Sache auf den Erwerber als neuer selbstständiger mittelbarer Besitzer nicht nötig (BGE 109 II 144 E. 3d S. 150; 112 II 406 E. 5c S. 420).

Hingegen ist erforderlich, dass der Dritte (unselbstständiger unmittelbarer Besitzer) die Herrschaft des Veräusserers anerkennt.

(159) Er muss für diesen besitzen. Ist diese Voraussetzung nicht (mehr) gegeben, geht der Besitz des mittelbar Besitzenden unter - ungeachtet der Rechtmässigkeit des Handelns des Dritten (BGE 54 II 244 E. 2 S. 246; Emil W. Stark, Berner Kommentar, 2001, N. 20 zu Art. 920 ZGB; A. Homberger, Zürcher Kommentar, 1938, N. 7 zu Art. 920 ZGB; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Bd. I, 3. Aufl. 1997, N. 224). Er kann ihn damit auch nicht (mehr) durch Besitzanweisung übertragen.

So besitzt beispielsweise ein Dieb nicht für den Bestohlenen; er anerkennt dessen Herrschaft nicht. Der Bestohlene verliert damit den Besitz an der gestohlenen Sache und kann sie deshalb nicht mittels Besitzanweisung übertragen (Emil W. Stark, a.a.O., N. 8 f. zu Art. 924

ZGB; A. Homberger, a.a.O., N. 4 zu Art. 924 ZGB; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl. 2003, N. 166; Paul-Henri Steinauer, a.a.O., N. 273a).

3.1.1.5 Die Rechtsmittel des quiritischen Eigentümers

A. *rei vindicatio*

391 e D 6,1,23 pr. (Paul 21 ed)

Die dingliche Klage <sc. die *rei vindicatio*> steht demjenigen zu, der gestützt auf das *ius gentium* oder auf das *ius civile* Eigentum erworben hat.

In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit.

Cfr. Rdn 69

391 f D 6,1,27,1 (Paul 21 ed)

Der Beklagte muss aber auf alle Fälle sowohl bei der Prozessbegründung (*litis contestatio*) als auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung sich im Besitze befinden. Wenn nun aber jemand bei der Prozessbegründung besass, im Moment der Urteilsfällung den Besitz jedoch ohne Arglist verloren hat, ist er als <gewesener> Besitzer freizusprechen. Entsprechend ist, falls jemand zur Zeit der Prozessbegründung zwar nicht, dann aber bei der Urteilsfällung Besitz hat der Meinung des Proculus beizupflichten, dass er auf alle Fälle zu verurteilen sei: Somit wird er auch auf die seit der Besitzesbegründung gezogenen Früchte verurteilt.

Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.

391 g D 6,1,9 (Ulp 16 ed)

Die richterliche Untersuchungspflicht besteht bei dieser Klage darin, dass der Richter sich vergewissert, ob der Beklagte sich im Besitz der Sache befinde. Aus welchem Rechtsgrund er besitzt, ist für diesen Streitgegenstand unerheblich. Sobald ich also bewiesen habe, dass die Sache in meinem Eigentum steht, ist der Besitzer verpflichtet diese zurück zu gewähren (*restituere*), falls er nicht eine Einrede (*exceptio*)

eingebraucht hat. [...] Ich halte nämlich dafür, dass eine Sache von jedermann vindiziert werden kann, der sie innehat und dem <somit> deren Rückgewähr möglich ist.

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. [...] puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

391 h D 50,17,131 (Paul 22 ed)

Wer arglistig den Besitz aufgegeben hat, wird verurteilt als ob er noch besäße, weil die Arglist (*dolus*) für den Besitz steht.

Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.

391 i D 6,1,17 pr. (Ulp 16 ed)

Julian schreibt im 6. Buch seiner Digesten: Wenn ich einen Sklaven, der im Eigentum des Maevius steht, von Titius kaufe und ihn dann, nachdem Maevius gegen mich die Vindikation angehoben hat, weiterverkaufe worauf ihn der Käufer umbringt, sei es angemessen (*aequum*), dass ich dem Maevius den Kaufpreis zu erstatten (*restituere*) habe.

Iulianus libro sexto digestorum scribit, si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse me pretium Maevio restituere.

a) Formel der *rei vindicatio*

392 Wenn es sich erweist, dass diese Sache, um die es hier geht, nach quiritischem Recht Eigentum des Aulus Agerius ist und diese Sache – nachdem du sie geschätzt hast auf richterliche Aufforderung hin <vor der Urteilsfällung> – nicht zurückgegeben <*restituere*> worden ist: Wieviel diese Sache wert sein wird, auf ebendiese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Si paret ea res qua de agitur ex iure Quiritium AⁱAⁱ esse, neque ea res (arbitrio tuo) A^oA^o restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

Cfr. Rdn 73 ff., bes. 75 – Zur Vindikationszession cfr. Rdn 607 e

b) Der fehlende Einlassungszwang

392 a D 6,1,80 (Furius Anthianus 1 ed)

Niemand ist gezwungen, sich auf eine dingliche Klage einzulassen, weil jedermann behaupten darf, er besitze nicht. [...]

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere. [...]

Cfr. die actio ad exhibendum Rdn 415 f.

392 b D 50,17,156 pr. (Ulp 70 ed)

Gegen seinen Willen wird niemand gezwungen, die <herausverlangte> Sache <in einem Prozess> zu verteidigen.

Invitus nemo rem cogitur defendere.

Cfr. auch Rdn 75

392 c D 2,3,1 (Ulp 1 ed)

Dem Gerichtsmagistraten unterwirft sich offensichtlich nicht, wer der im Rahmen der Verfahrenseinsetzung am Ende ergangenen Anordnung nicht Folge leistet. Wenn also jemand sich auf ein Vindikationsverfahren über eine bewegliche Sache nicht eingelassen hat, wohl aber duldet, dass die Sache <gestützt auf die Ermächtigung (*iussum*) des Praetors vom Kläger> weggeführt beziehungsweise weggetragen wurde (*duci vel ferri*), hat er sich unterworfen. Demgegenüber, falls er auch dieser <aus der Nichteinlassung> folgenden Anordnung sich widersetzte, hat er sich augenscheinlich nicht unterworfen.

Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci vel ferri passus est <obtemperasse>: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.

c) **Zum Inhalt der *rei vindicatio***

α) **Umfang der Herausgabepflicht (*restituere*)**

αα) **Antikes Recht**

393 C 3,32,28 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sopatro)

Wer fremde Sachen, ohne einen entsprechenden Rechtsgrund dafür vorweisen zu können, besitzt, wird zur Herausgabe nur gezwungen, wenn <der Kläger> seinen Anspruch beweist.

Res alienas possidens, licet iustam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

ZGB 642 Abs. 2

393 a C 4,19,4 (Imp. Alexander A. Avito; a. 222)

Das Herrschaftsrecht des Eigentums kann nicht allein durch eine Kaufurkunde, sondern durch beliebige andere rechtsgenügende Beweismittel dargetan werden.

Proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed ex quibuscumque aliis legitimis probationibus ostenditur.

394 D 50,16,35 (Paulus 24 ed)

Das „*restituere*“ vollzieht offensichtlich auch, wer dem Kläger zugleich <mit der Sache> alle Nutzungen und Vorteile erstattet, welche dieser besäße, wenn ihm im Zeitpunkt der Einlassung auf die Klage die Sache umgehend zurückgegeben worden wäre, zum Beispiel die Ersitzungslage und die Früchte.

'Restituere' autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum.

Cfr. Rdn 551

395 D 6,1,13 (Ulpian 16 ed)

Der Richter hat nicht allein in Betracht zu ziehen, ob die Sache selbst zurückerstattet worden ist, sondern auch, ob sie Schaden genommen hat. [...] Auf alle Fälle berücksichtigt er, um wieviel die Sache an Wert eingebüsst hat, obschon der Besitzer auch mittels eines Anspruchs gestützt auf die *lex Aquilia* in die Haftung gezogen werden könnte. [...]

Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet. [...] utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit. [...]

395 a D 50,16,75 Paulus 50 ed

Offenkundig 'restituiert', wer das erstattet, was der Kläger hätte, falls der Streit ihm gar nie aufgenötigt worden wäre.

'Restituere' is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

395 b D 50,16,81 Paulus 10 Plaut

Wenn der Praetor anordnet, 'dass das geschuldete Werk wiederherzustellen (*restituere*) sei', muss der Kläger auch den erlittenen Schaden fordern können. Denn durch den Begriff der '*restitutio*' wird das gesamte Interesse des Klägers erfasst.

Cum praetor dicat 'ut opus factum restituatur' etiam damnum datum actor consequi debet: nam verbo 'restitutionis' omnis utilitas actoris continetur.

396 D 6,1,20 (Gaius 7 ed prov)

Überdies muss der Besitzer auch das herausgeben, was er nach der Streitbefestigung <= *litis contestatio*> durch ihn <sc. den Sklaven> – freilich nicht aus seinem eigenen Vermögen – erworben hat. Dazu gehören auch Erbschaften und Legate, die ihm durch den Sklaven zugefallen sind. Denn es genügt nicht, ihn selbst auszuliefern, sondern es müssen auch jeder Nutzen und alle Vorteile, die mit der Sache verbunden sind, herausgegeben werden, d.h. der Kläger muss alles erhalten, was er hätte, wäre ihm der Sklave zu jener Zeit, als man den Streit befestigte, ausgeliefert worden. [...]

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenierunt, continentur. nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. [...]

396 a D 6,1,64 (Pap 20 quaest)

Wenn auf die Herausgabe einer Sache geklagt wird, sind nach feststehender Lehre auch diejenigen Gewinne zu erstatten (*restituere*), welche als Gebrauchsvorteile und nicht als Früchte angefallen sind.

Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est.

397 D 6,1,10 (Paul 21 ed)

Wenn eine Fahrnissache vindiziert wird: Wo ist sie zurück zu gewähren, wenn sie nicht im Prozess vorgelegen hat? Es erscheint als angemessen, dass die Rückgewähr, wenn der Beklagte ein gutgläubiger Besitzer war, entweder am Ort der gelegenen Sache oder am Prozessort stattzufinden habe, letzternfalls – abgesehen von den Unterhaltskosten – zulasten des Klägers, falls Aufwendungen für einen Land- oder Seetransport anfallen.

Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet praesens non sit? et non malum est, si bonae fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit: aut ubi agitur, sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt.

Vgl. Art. 74, Abs. 1, Ziff. 2 OR

397 a D 6,1,15,3 (Ulp 16 ed)

Wenn während des Vindikationsverfahrens ein Sklave beziehungsweise ein anderes Lebewesen ohne Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit des (beklagten) Besitzers verstorben ist, nehmen viele an, Wertersatz sei nicht zu leisten. Demgegenüber erscheint es als zutreffender, dass ein solcher doch geschuldet wird, wenn beispielsweise der Kläger nach der Wiederherstellung des Besitzes verkauft haben würde und einen Schuldnerverzug hinzunehmen hatte. Wäre ihm also der Besitz (rechtzeitig) wieder verschafft worden, hätte er veräußert und den Kaufpreis vereinnahmt.

Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

ββ) Neuzeitliche Entwicklung

397 b Hugo GROTIUS, de iure belli ac pacis (1625)

Kapitel 10: Die Obligation, welche aus dem Eigentum entsteht

1,2 Bei vorhandenen Sachen entsteht diejenige Obligation, aufgrund welcher der Besitzer unserer Sache innerhalb seiner Möglichkeiten zu bewirken hat, dass sie in unseren Gewahrsam gelangt. Ich betone, soweit es ihm möglich ist, denn niemand ist zu Unmöglichem verpflichtet sowenig wie zur Rückgabe auf eigene Kosten. Aber er ist verpflichtet

anzubieten, damit der andere sein Eigentum wiederum in Besitz nehmen kann. [...]

1,5 Denn für die Rechtsnatur des Eigentums kommt nichts darauf an, ob es aus dem *ius gentium* oder aus dem *ius civile* sich herleitet. Stets nämlich trägt es die ihm wesentlichen Rechtsinhalte in sich, darunter die Obligation jedes Besitzers, die Sache dem Eigentümer herauszugeben. [...].

Caput X: De obligatione quae ex dominio oritur

1,2 *E rebus exstantibus obligatio haec nascitur, qua tenetur is qui rem nostram habet in sua potestate, efficere quantum in se est, ut in nostram potestatem veniat. Quantum in se est dico; neque enim obligatur ad impossibile, neque ad reddendam rem suis impensis: sed indicare tenetur, ut alter recipere suum possit.*

1,5 *Nam ad dominii naturam nihil refert ex gentium an ex civili jure oriatur: semper enim secum habet quae sibi sunt naturalia, inter quae est obligatio cujusvis possessoris ad rem domino restituendam. [...]*

397 c JHERING, Rudolph, von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung: Dritter Theil, erste Abtheilung, 3. Aufl. (1877) II,1,III, A§ 54

(185) [...] In der Reinheit ihrer Idee bildet die *reivind.* den schärfsten Gegensatz zur *actio in personam* und zur Obligation, „*non personam obligat, sed rem persequitur*“, [= „Sie bindet nicht eine Person, sondern verfolgt die Sache“ (d. Hrsg.)] wie es noch in späterer Zeit von ihr heisst, wo freilich diese Bezeichnung ihre Wahrheit bereits zum grössten Theil eingebüsst hatte, d.h. sie verfolgt lediglich die Sache (*agitur in rem*), sie folgt ihr, wohin sie gelangt, und begehrt Nichts von ihr, als was sie selber ohne vermittelnde Thätigkeit des Beklagten zu gewähren vermag. Die Sache haftet, die Sache leistet, die Person des Beklagten hat nur die Bedeutung, dass sie zwischen dem Kläger und dem Object seines Anspruches in der Mitte steht und darum durch den Process erst hinweggeschoben werden muss.

Diese ursprüngliche Idee der *reivind.* ist freilich im neuern Recht bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Die moderne *reivind.* ist durch und durch mit obligatorischen Elementen versetzt, ja man könnte sagen: sie ist eine persönliche Klage geworden, die nur, was sie ja mit manchen *actiones in personam* (s.g. *in rem scriptae*) theilt, passiv durch den Besitz bestimmt wird. Ihr obligatorischer Charakter bethätigt sich nach drei Seiten: sie umfasst obligatorische Ansprüche aus der Zeit vor Beginn des Processes, aus der Zeit während des Processes und solche, die erst mit Beendigung des Processes entstehen. In der ersten Richtung kann sie für den Kläger zwei, für den Beklagten einen Anspruch verfolgen, (186) für jenen nämlich den wegen *dolus praeteritus* und den wegen der Früchte, für diesen den wegen der Impensen. Will man sie in Richtung

auf den erstgenannten klägerischen Anspruch beim rechten Namen nennen, so muss man sagen: sie übt hier die Function einer Pönalklage, einer etwas modificierten *act. de dolo* aus. In Richtung auf den zweiten Anspruch des Klägers hält sie sich innerhalb der reinen Vindicationsidee nur da, wo sie die von einem *malae fidei possessor* gezogenen und bei ihm noch vorhandenen Früchte verfolgt, - denn an ihnen hat der Kläger das Eigenthum -, in den beiden andern möglichen Fällen dagegen, wenn nämlich diese Früchte nicht mehr vorhanden, oder wenn der Beklagte *bonae fidei possessor* ist, schlägt sie in eine *condictio* um, denn hier hat sie nicht Eigenthum in der Person des Klägers, sondern Bereicherung aus dessen Vermögen in der Person des Beklagten, also ein obligatorisches Motiv, zu ihrem Fundamente. Für den Anspruch des Beklagten auf Ersatz der Impensen bedarf die obige Behauptung keiner Bemerkung, er stützt sich ebenfalls auf Bereicherung.

Während des Processes äussert sich die obligatorische Kraft der *reivind.* darin, dass sie den Beklagten zur *dilligentia* und in gewissem Grade zur Præstition des Zufalls verpflichtet, am Ende desselben darin, dass auch sie, ganz wie die *act. in perso*(187)*nam*, mit einer Geldcondemnation also einer Verpflichtung endet.

Von allem dem kennt die *reivind.* in ihrer ursprünglichen Gestalt Nichts. [...] (184) Soll unser Grundsatz wahr sein, so muss das ältere Recht entweder bei jenen Verhältnissen die Beihülfe der obligatorischen Principien völlig verschmäht haben – und dies war unmöglich und ist nicht der Fall gewesen, wenn gleich das Mass, in dem es sich derselben bedient, ungleich geringer war, als im spätern Recht-; oder aber es muss dieser Stoff in die ihm adäquate Form der Obligation gebracht, d.h. als neben dem Verhältniss, um dessen obligatorischen Ausbau es sich handelte, besondere, ihrem Zweck nach um letzteres als um ihren Mittelpunkt gravitierende, juristisch aber völlig selbständige Obligationen geschaffen haben. Und so verhält es sich in der That. Wo das alte Recht in irgend einem Verhältniss, sei es in , sei es ausser dem Process der Verpflichtung zu einem Thun bedarf, da bringt es dieselbe regelmässig in die Form einer eigenen durch einen besonderen Akt zwischen beiden Partheien ins Leben gerufenen Obligation; unsere moderne Idee, dass das Verhältniss als solches eine obligatorische Kraft in sich schliesse, ist ihm völlig fremd, selbst für den Process: [...]

397 d MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III: Sachenrecht (1888)

(398) b) Inhalt des Anspruchs

III. Der Inhalt der Rechtsnorm geht dahin, dass dem Eigenthümer der Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Inhaber oder den Besitzer zusteht. Wollte man den rein dinglichen Anspruch, wie in der römisch-rechtlichen Doktrin vielfach geschieht, lediglich auf ein Unterlassen – des ferneren Besitzes oder der ferneren Inhabung – gehen lassen , so

würde man den Inhalt des Anspruches zu eng fassen; denn mit der blossen Unterlassung ist dem Eigenthümer noch nicht ein sicherer Weg zur Herstellung des seinem Recht entsprechenden Zustandes eröffnet. [...] Schon hieraus erhellt, dass der Herausgabepflichtige zu einer gewissen positiven Thätigkeit verbunden ist. Eine Pflicht zu einer noch weiter gehenden positiven Thätigkeit ergibt sich bei beweglichen Sachen daraus, dass dieselben in den Bereich der unmittelbaren Wahrnehmung und der möglichen Apprehension gebracht werden müssen. Es würde nur ein Umweg sein, wenn man diese in Ansehung der zu restituierenden beweglichen Sachen bestehende Pflicht als ein Pflicht zur Exhibition auffassen wollte, zu welcher dann noch die Räumungserklärung hinzutreten müsste.

Mit der Herausgabe der Sache wollen die Beteiligten eine Veränderung im Rechte an der Sache nicht hervorbringen; die Herausgabe wird deshalb nicht als Rechtsgeschäft sondern nur als Rechtshandlung aufzufassen sein. Gegenstand der Leistung ist nicht ein Recht, sondern die Verschaffung des Besitzes oder der Inhabung, also ein an der fremden Sache zu leistender Dienst. In ihrem wesentlichen Inhalte ist diese Leistungspflicht, welche dem Besitzer oder Inhaber gegenüber dem Eigenthümer als solchem obliegt, von der Herausgabepflicht, welche auf obligatorischer Grundlage beruht, insbesondere von der Herausgabepflicht des Miethers, Mandatars, Depositors nicht verschieden. Die in einem Rechte an der Sache sich gründenden Ansprüche, welche auf Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes gehen, werden zwar immer von den Forderungsrechten, bei welchen die Personen des Gläubigers und des Schuldners von vornherein gegeben sind, sich unterscheiden; aber, sofern die dinglichen Ansprüche gegen eine bestimmte Person sich richten und von dieser eine Leistung verlangen, nehmen sie einen obligationsähnlichen Charakter an. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt die Anwendung der (399) allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes auf die gegen eine bestimmte Person sich richtenden dinglichen Ansprüche. Der Entwurf geht von der inneren Berechtigung dieser analogen Anwendung aus, ohne welche eine fühlbare Lücke sich ergeben werde. Dabei erschien die Aufnahme einer Bestimmung über die entsprechende Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes nicht angemessen, da es sich mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Wissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit als um einen positiven Rechtssatz handelt. Von besonderer Wichtigkeit ist die analoge Anwendung der Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung der Obligation. [...].

397 dd DULCKEIT, Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951)

(8) Dingliche Rechte hingegen genießen wie alle sonstigen absoluten Rechte nichtvermögensrechtlicher Art naturgemäß Schutz gegenüber jedem Rechtsgenossen; sie sind infolgedessen nicht nur tatsächlich,

sondern auch rechtlich durch jeden verletzbar. Kraft dieser ihrer Allwirksamkeit zwingt jede Verletzung – unter Umständen schon jede objektive Beeinträchtigung – den Rechtsverletzer in ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Verletzten, und auf Grund dieses Schuldverhältnisses erhält der Beeinträchtigte wiederum ein relatives Recht: einen Anspruch auf Wiederherstellung der gestörten Rechtslage und gegebenenfalls auch auf Schadenersatz. Obwohl nun dieser wie jeder andere Anspruch seiner begrifflichen Voraussetzung nach rein obligatorischer Art ist, pflegt man ihn mit einer offenkundigen *contradictio in adiecto* nicht eben glücklich als “dinglich” zu bezeichnen. Das sollte natürlich nur besagen, daß einem solchen Anspruch – im Unterschied zu den ihrem Entstehungsgrund nach schuldrechtlichen, personenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüchen – die Beeinträchtigung eines dinglichen Rechts zugrundeliegt.

397 e BGE 116 II 677 ff.

E. 3. – Als Realobligation werden Schuldverhältnisse bezeichnet, die eine positive Leistung zum Gegenstand haben und bei denen der Schuldner, oft auch der Gläubiger, durch die dingliche Berechtigung oder den Besitz an einer Sache bestimmt werden (Kommentar MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N 271; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl., S. 688; dazu auch BGE 105 Ia 25 mit weiteren Hinweisen).

ß) Gut- und bösgläubiger Besitz

398 C 3,32,22 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diodoto; a. 294)

Es ist unstreitig, dass bösgläubige Besitzer mit der Sache selbst stets auch alle Früchte herauszugeben haben, gutgläubige hingegen nur die noch vorhandenen, nach der Litiskontestation jedoch alle.

Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos.

398 a D 41,4,2,1 (Paulus 54 ed)

Der Rechtsgrund (*causa*) des Besitzes ist von demjenigen der Ersitzung verschieden. Denn es ist davon auszugehen dass jemand, obwohl bösgläubig, wirksam gekauft hat. Wer aber beispielsweise wissentlich eine fremde Sache kauft, besitzt in seiner Eigenschaft als Käufer, obgleich er nicht zu ersitzen vermag.

Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.

399 Inst 2,1,35

Wenn jemand von einem Nichteigentümer, den er für den Eigentümer hielt, gutgläubig ein Grundstück gekauft hat oder - ebenfalls gutgläubig - durch Schenkung oder aus irgendeinem anderen Rechtsgrund ein Grundstück erworben hat, dann hat sich kraft natürlicher Vernunft die Meinung gebildet, dass die Früchte, die er gezogen hat, ihm gehören, da er das Grundstück bearbeitet und gepflegt hat. Und daher kann der Eigentümer, wenn er später plötzlich erscheint und das Grundstück vindiziert, wegen der vom Besitzer verbrauchten Früchte keine Klage anstrengen. Demjenigen freilich, der wissentlich ein fremdes Grundstück besessen hat, ist nicht dasselbe zugebilligt worden. Deswegen hat er zusammen mit dem Grundstück auch die Früchte, und seien sie auch bereits verbraucht, zurückzuerstatten.

Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

Vgl. Art. 938/940 ZGB.

400 D 5,3,20,21 (Ulpian 15 ed)

Der Besitzer hat aber deren Wert zurückzuerstatten, auch wenn die Sachen untergegangen oder beschädigt worden sind. Haben nun aber der gut- wie der bösgläubige Besitzer auf diese Weise einzustehen? Jedenfalls wenn die Sachen beim Käufer vorhanden sind und nichts beschädigt wurde, so ist der bösgläubige Besitzer zweifellos verpflichtet, diese Sachen selbst zu gewähren, oder wenn er sie in keiner Weise vom Käufer wiedererlangen kann, hat er soviel zu leisten, als der Kläger durch den Schätzeid zur Streitsumme erhoben hat. [...]

Restituere autem pretia debet possessor, etsi deperditae sunt res vel deminutae. sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? et si quidem res apud emptorem exstant nec deperditae ne deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum. [...]

401 D 6,1,48 (Papinian 2 resp)

Aufwendungen für ein Grundstück, von dem es sich erwiesen hat, dass es einem anderen gehört, können von einem gutgläubigen Besitzer weder

seitens eines Schenkers noch eines Eigentümers zurückgefordert werden. Aufgrund der *exceptio doli*, die aus Billigkeitsgründen von Amtes wegen gewährt wird, werden sie allerdings ersetzt, soweit sie den ganzen Wert der vor der Streitbefestigung gezogenen Früchte übersteigen; denn nach durchgeführter Verrechnung wird, weil das Grundstück Verbesserungen erfahren hat, dessen Eigentümer gezwungen, den darüber hinaus <getätigten> Wert der Aufwendungen zurückzuerstatten.

Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Vgl. Art. 939 Abs. 1 und 3 ZGB.

402 C 3,32,5 pr. (Imp. Gordianus A. Herasiano; a. 239)

Der Provinzstatthalter wird anordnen, dass das Haus, von dem du beweisen kannst, dass es dir infolge Beerbung deiner Mutter gehört und dass es von der Gegenpartei widerrechtlich <= bösgläubig> in Besitz gehalten wird, <dir> zurückgegeben werde mitsamt den Mieterträgen, welche <die Gegenpartei> eingenommen hat oder hätte vereinnahmen können, und dem Ersatz allen zugefügten Schadens.

Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui iubebit.

403 D 6,1,36,1 (Gaius 7 ed prov)

Wer mittels einer *actio in rem* eingeklagt ist, wird auch für fahrlässige <Beschädigung des Streitgegenstandes> verurteilt. Dem Besitzer wird aber Fahrlässigkeit vorgeworfen, [...] wenn er ein von ihm <im Prozess> herausverlangtes Schiff trotz ungünstiger Witterungsverhältnisse auslaufen lässt und dieses wegen Schiffbruches untergeht.

Qui in rem convenitur, etiam culpa nomine condemnatur. culpa autem reus est possessor, [...] qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est.

Vgl. Art. 940 Abs. 1 ZGB.

Dazu Eugen HUBER, ERLÄUTERUNGEN II, p. 393 f.: „Es muss gleichfalls noch als eine Folge der Verbindung des Rechtes selbst mit seiner Form, dem Besitz, aufgefasst werden, wenn im allgemeinen der Besitzer als berechtigt bezeichnet werden kann, die Sache ungestraft seinem in gutem

Glauben beanspruchten Rechte gemäss zu benutzen. Was er dabei verbraucht, aufbraucht, aufgehen lässt, mit Einschluss der Fruchtziehung, dafür hat er, soweit ihn sein guter Glaube und sein vermeintliches Recht decken, niemandem Rechenschaft abzulegen. Nur insofern, als er seinem vermeintlichen Rechte gemäss etwas als Entgelt schuldet, wie z.B. als Pächter, muss er sich dabei auch zugunsten des vermeintlichen Berechtigten im Verhältnis zur Rückleistungspflicht behaften lassen. Veräussert er in gutem Glauben Sachen, so tritt der Erlös an deren Stelle, auch hier aber einzig mit der Rückleistungspflicht, die seiner geschilderten Stellung entspricht. Mit dieser Grundlage lässt sich dann auch die Ersatzforderung für Verwendungen leicht verbinden. Der Entwurf konnte sich diesfalls an Art. 74 und 472 des <a>OR <= Art. 65 und 422 OR> anlehnen.

Anders nun aber bei bösem Glauben des Besitzers. Hier rechtfertigt sich eine unbeschränkte Verrechnungs- und Ersatzpflicht. Verwendungen werden auch hier, wie im OR, nur unter besondern Voraussetzungen berücksichtigt.

Ist der Besitzer eine Zeitlang in gutem und später in bösem Glauben, so wird eine zeitlich verschiedene Berücksichtigung des Verhältnisses keine Schwierigkeiten bereiten. Ist der Besitzer zwar in bösem Glauben, aber noch nicht sicher, an wen er restituieren soll, so hat er billigerweise nur für sein Verschulden zu haften (<Art. 940 Abs. 3>).

Endlich war in Frage, ob nicht auch der Fall berücksichtigt werden sollte, wo gegen den bishin gutgläubigen Besitzer eine Klage erhoben wird, gegen die er sich verteidigt, der gegenüber er aber doch nicht mehr ganz unbefangen und in gutem Glauben wird verharren können. Allein eine Gleichstellung mit dem Besitzer bösen Glaubens wäre doch auch bei solchen Umständen nur in den Fällen gerechtfertigt, da der Besitzer sich der Klage nicht in gutem Glauben zu widersetzen vermocht hat, und darnach erscheint es dann überhaupt nicht als notwendig, für diese Fälle eine besondere Vorschrift aufzustellen.“

404 D 6,1,15,3 (Ulpian 16 ed)

Ist ein Sklave, der vindiziert wird, oder ein anderes Lebewesen ohne Vorsatz und Fahrlässigkeit des Besitzers gestorben, dann ist nach überwiegender Ansicht kein Wertersatz zu leisten. Es ist aber zutreffender, dass Wertersatz doch geschuldet wird, falls der Kläger <den Sklaven> nach Rückerhalt verkauft hätte, jedoch einen Verzug hinnehmen musste. Denn wenn der Besitzer ihm <den Sklaven rechtzeitig> zurückerstattet hätte, dann hätte er <sc. der Eigentümer> ihn verkauft und seinen Wert erworben.

Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

γ) **Aufwendungen und Früchte**

αα) **Aufwendungen (*impensae*)**

404 a D 6,1,27,5 (Paul 21 ed)

Wenn der Besitzer vor der Prozessbegründung (*litis contestatio*) zugunsten der herausverlangten Sache Aufwendungen getätigt hat, sind diese vermöge der Einrede der Arglist (*exceptio doli*) zu berücksichtigen, falls der Kläger darauf beharrt, seine Sache ohne Vergütung dieser Aufwendungen zu beanspruchen. [...]

In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum habere debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. [...]

404 b D 6,1,42 (Paul 26 ed)

Wurde eine dingliche Klage (sc. die *rei vindicatio*) gegen einen inzwischen verstorbenen Besitzer erhoben, wird der Erbe, falls er nicht besitzt, <was die Rückgabe der Sache angeht> freigesprochen, trotzdem aber wird er auf alle Fälle zum Ersatz verurteilt, falls der Verstorbene die Sache beschädigt hatte.

Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non <possideat absolvatur, tamen si quid ex>) persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem venit.*

*) ins. MOMMSEN/KRÜGER Anm. 8

405 D 50,16,79 (Paulus 6 Plaut)

(pr.) Notwendige Aufwendungen sind jene, ohne welche die Sache entweder zugrunde gehen oder schlechter werden würde. (1) Nützliche Aufwendungen nannte Fulcinius jene, welche die Mitgift verbessern, nicht aber jene, die nur eine Verschlechterung verhindern, also jene, durch die der Ehefrau ein Vermögensvorteil erworben wird. [...] (2) Aufwendungen zur Befriedigung von Luxusbedürfnissen sind solche, die nur das Äussere der Form zieren, nicht auch den Ertrag erhöhen, wie z.B. Gartengewächse und Springbrunnen, Marmorvertäfelungen, Überzug mit Tüchwerk und Fresken.

(pr.) '*Impensae necessariae*' sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. (1) '*Utiles impensas*' esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriore esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur. [...] (2) '*Voluptariae*' sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sunt viridia et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.

Vgl. Art. 939 ZGB.

ββ) Früchte (*fructus*)

- 406 C 4,9,3 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Galatae; a. 294)

Der bösgläubige Besitzer, der im Eigentumsprozess unterlegen ist, wird mit der *vindicatio* verurteilt, die noch vorhandenen Früchte herauszugeben, mit der *condictio* aber auf Erstattung der verzehrten Früchte verpflichtet.

Mala fide possidens de proprietate victus extantibus fructibus vindicatione, consumptis vero conductione conventus horum restitutioni parere compellitur.

- 407 D 22,1,34 (Ulpian 15 ed)

Zinsen stehen den Früchten gleich und sollen richtigerweise nicht gesondert vom Recht an den Früchten behandelt werden. Und so wird bei den Legaten und Fideikommissen, bei der Vormundschaftsklage und den übrigen *bonae fidei iudicia* verfahren. Dasselbe werden wir auch für die übrigen Einkünfte aus dem Ertrag einer Sache sagen können.

Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.

- 408 D 22,1,36 (Ulpian 61 ed)

Die Mieterträge aus städtischen Liegenschaften werden als Früchte aufgefasst.

Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.

- 409 D 5,3,29 (Ulpian 15 ed)

Die von den Pächtern eingenommenen Zinsen stehen offensichtlich in Analogie zu den Früchten. Dieselbe Rechtsnatur wie jene Zahlungen weisen auch die Dienstleistungen der Sklaven und die Frachtgebühren für Schiffe und Lasttiere auf.

Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et iumentorum.

410 D 6,1,33 (Paulus 21 ed)

Nicht allein die wirklich gezogenen Früchte sind nach ihrem Schätzwert zu bestimmen, sondern auch diejenigen, die auf redliche Art und Weise hätten gewonnen werden können. Ist also die herausverlangte Sache infolge von Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Besitzers untergegangen, so hält Pomponius die Ansicht des Trebatius für zutreffender, welcher meint, über die Nutzungen sei für diejenige Zeit abzurechnen, solange der Besitzer die Sache innegehabt hätte, wenn sie nicht untergegangen wäre, das heisst bis zum Zeitpunkt des Urteils; und dieser Ansicht ist auch Julian. Nach diesem Grundsatz muss, falls der Inhaber des formalen Eigentums klagt und der Niessbrauch in der Zwischenzeit untergeht, von dem Zeitpunkt an, in welchem jener ins Eigentum zurückfällt, über die Nutzungen abgerechnet werden.

Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt: et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis eo usque fructuum rationem habendam, quo usque haberetur, si non perisset, id est ad rei iudicandae tempus: quod et Iuliano placet. hac ratione si nudae proprietatis dominus petierit et inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habetur.

411 D 50,16,121 (Pomponius 6 Quint Muc)

Die Geldzinsen, die wir erhalten, zählen nicht zu den Früchten, da wir sie nicht aus der Sache selbst erhalten, sondern aus einem anderen Rechtsgrund, das heisst einer neuen Obligation.

Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

412 D 24,3,7,13 (Ulpian 31 Sab)

Wenn ein Ehemann auf dem Grundstück seiner Frau Marmorbrüche gefunden und <dadurch> das Grundstück einträglicher gemacht hat, so gehört der Marmor, der gebrochen, aber nicht weggebracht worden ist, dem Mann, und die Aufwendungen sind ihm nicht zu ersetzen, da der Marmor nicht zu den Früchten gehört, sofern er nicht von der Beschaffenheit ist, dass er nachwächst, welche Eigenschaften <die Felsen> in Gallien und auch in Asien aufweisen.

Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiore fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.

δ) Der indirekte Zwang zur Naturalrestitution

412 a D 12,3,5,3 (Marcian 4 reg)

Aber in allen diesen Fällen findet die beeidete Schätzung lediglich im Falle vorsätzlichen Handelns <des Beklagten> statt und nicht bei bloss fahrlässigem Verhalten. Diesfalls nämlich nimmt der Richter die Schätzung selber vor.

Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: haec enim iudex aestimat.

412 b D 6,1,68 (Ulpian 51 ed)

[...] Er <sc. der Beklagte> ist in denjenigen Betrag zu verurteilen, welchen der Prozessgegner im Verfahren ohne jede Einschränkung in unbegrenzter Höhe durch Eid festgesetzt hat. [...]

[...] quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit damnandus est. [...]

412 bb D 6,1,70 (Pomp 29 Sab)

[...] Damit es nicht in jedermanns Belieben steht, mittels einer Entwendung gegen den Willen des Eigentümers eine Sache zu einem wertentsprechenden Preis erwerben zu können.

[...] ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito pretio comparare.

412 c D 12,3,5,1 (Marcian 4 reg)

Aber der Richter kann vorweg eine bestimmte Höchstsumme ansetzen, bis zu welcher eidlich geschätzt werden kann. Denn ihm war es schliesslich von Anfang an anheimgestellt, den Eid gar nicht zuzuschieben.

Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre.

412 d D 12,3,5,2 (Marcian 4 reg)

Aber auch wenn die beeidete Schätzung stattgefunden hat, ist es dem Richter gestattet freizusprechen oder auf eine geringere Summe zu verurteilen.

Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare.

412 dd D 6,1,46 (Paul 10 Sab)

An einer Sache, welche mittels einer dinglichen Klage (sc. der *rei vindicatio*) herausverlangt und auf soviel geschätzt worden ist, als der Kläger im Prozess eidlich festgelegt hat, geht das Eigentum sofort auf den <beklagten> Besitzer über. [...].

Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: [...].

412 e D 6,2,7,1 (Ulpian 16 ed)

Wenn die in Streit stehenden Sachen in Geld geschätzt worden sind, liegt eine Analogie zu einem Kauf vor. Und Julian vertritt im 22. Buch seiner Digesten die Meinung, dem Beklagten stehe, nachdem er für die streitige Sache deren Schätzwert geleistet habe, die *actio Publiciana* zu.

Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Iulianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.

412 f D 6,1,68 (itp.*) (Ulpian 51 ed)

Wer der Anordnung <*iussum*>, die Sache herauszugeben, dem Richter nicht Folge leistet, indem er vorschützt, dazu gar nicht in der Lage zu sein, aus dessen Gewahrsam - falls er die Sache innehat - wird der Besitz auf richterliche Verfügung hin mit staatlicher Gewalt zurückübertragen und eine Verurteilung <*condemnatio*> erfolgt nurmehr betreffend der Nutzungen und des ganzen übrigen Rechtsverhältnisses. [...]

Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat causae nomine condemnatio fit. [...]

Erst in der ausgehenden Antike wird im justinianischen Recht die Vollstreckung unmittelbar auf die Sache selbst im Falle unberechtigten Besitzes zugelassen.

*) Dieses Fragment liegt nach unbestrittener Ansicht in einer durch die justinianischen Herausgeber der Digesten der zeitgenössischen Rechtslage angepassten, überarbeiteten Fassung vor (Vgl. statt aller Max KASER, Das Römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen (München 1975) § 256 Anm. 11 und bereits § 245 Anm. 20). Solche spätere, dem veränderten Rechtszustand Rechnung tragende Textanpassungen durch Eingriffe in den klassischen Text nennt man Interpolationen (Abk.: Itp., itp. = Interpolation, interpoliert).

412 g Inst 4,17,2

Wenn also ein dinglicher Anspruch eingeklagt worden ist, muss er <sc. der Richter>, falls er gegen den Kläger erkannt hat, den Besitzer freisprechen, falls er aber gegen den Besitzer entschieden hat, hat er diesem aufzuerlegen, die Sache selbst samt den Früchten zu erstatten. [...] Auch wenn ein Nachlass herausverlangt wird, gilt hinsichtlich der Früchte dasselbe, was wir für die Singularklage feststellten. Die Früchte jedoch, welche der Besitzer schuldhaft nicht gezogen hatte, werden bei beiden Klagen nach den nahezu gleichen Regeln behandelt, wenn er ein bösgläubiger Besitzer gewesen war. Wenn er aber ein gutgläubiger Besitzer gewesen ist, werden die bereits verbrauchten Früchte nicht veranschlagt, sowenig wie die nicht gezogenen. Nach der Streiteinsetzung freilich werden auch diejenigen Früchte eingerechnet, die der Besitzer schuldhaft nicht gezogen oder aber gezogen und verbraucht hat.

Et si in rem actum sit, sive contra petitozem iudicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. [...] et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene fit, si praedo fuerit. si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt.

Cfr. Rdn 412 f.

B. *exceptio iusti dominii*: Einrede des quiritischen Eigentums

413 D 6,2,16 (Papinian 10 quaest)

Die Einrede des quiritischen Eigentums kann der publizianischen Klage entgegengesetzt werden.

Exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est.

414 – falls nicht die Sache, um die es hier geht, im quiritischen Eigentum des Numerius Negidius steht –

– *nisi res qua de agitur dominium ex iure Quiritium NⁱNⁱ sit* –

oder kurz:

– *si ea res NⁱNⁱ non sit* –

**C. Der Anspruch auf Vorlegung der vindizierten Sache:
*actio ad exhibendum***

415 Wenn Aulus Agerius den Sklaven Stichus von Numerius Negidius vindizieren will, in welchem Rahmen aus diesem Grunde Numerius Negidius dem Aulus Agerius zur Vorführung/Vorlegung nach *ius civile* verpflichtet ist, wenn Numerius Negidius besitzt oder es aufgrund seiner Arglist geschehen ist, dass er nicht mehr besass, falls er auf richterliche Aufforderung hin nicht vorgeführt/vorgelegt hat, wieviel diese Sache wert sein wird, auf diese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen, falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Quod A^sA^s Stichum hominem a N^oN^o vindicare vult, quidquid ob eam rem N^mN^m A^oA^o exhibere oportet, quod N^sN^s possidet dolove malo eius factum est quo minus possideret, nisi arbitrio iudicis exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

Formel nach LENEL, EP³, 220 ff., bes. 223.

415 a D 10,4,1 (Ulp 24 ed)

Diese Klage (*actio ad exhibendum*) ist unentbehrlich, ihre Wirksamkeit erweist sich täglich in der Praxis und sie wurde insbesondere im Hinblick auf die Vindikationen <von Fahrnissachen> eingeführt.

Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta est.

416 D 10,4,3,3 (Ulpian 24 ed)

Diese Klage ist allerdings eine persönliche <= *actio in personam*> und steht demjenigen zu, der irgendeine *actio in rem* anzustrengen beabsichtigt, so auch die servianische Pfandklage oder die Hypothekenklage, welche den Pfandgläubigern zustehen.

Est autem personalis haec actio et ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pignoratitia Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt.

3.1.2 Erwerb des praetorischen Eigentums (=honorarrechtliches Eigentum oder bonitarisches Eigentum)

3.1.2.1 Grundsatz

417 Gai 2,41

Denn wenn ich dir eine *res Mancipi* weder manzipiert noch *in iure* zediert, sondern lediglich tradiert habe, so wird dir die Sache ins *bonitarische Eigentum* übertragen, während sie nach *ius civile* mir verbleiben wird, bis du sie durch deinen Besitz ersessen hast. [...]

Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in iure cesserō, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias. [...]

3.1.2.2 Die Rechtsmittel des bonitarischen Eigentümers

A. *actio Publiciana*

418 D 6,2,7,16 (Ulpian 16 ed)

Damit also die *actio Publiciana* zusteht, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen: der Erwerber hat gutgläubig <*bona fide*> gekauft und die gekaufte Sache wurde ihm aufgrund dieses Rechtsgeschäftes übertragen. Im übrigen kann vor der *traditio*, wiewohl der Käufer guten Glaubens war, die *actio Publiciana* nicht angestrengt werden.

Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.

419 D 6,2,7,8 und 11/15 (Ulpian 16 ed)

(8) Für die publizianische Klage gelten alle Regeln in der Weise, wie wir dies auch für die Vindikation ausgeführt haben. (11) Der Praetor sagt: „Wer gutgläubig gekauft hat“. Es nützt folglich nicht jeder Kauf, sondern nur einer in gutem Glauben. Daher genügt es, dass ich ein gutgläubiger Käufer war, obwohl ich von einem Nichteigentümer gekauft habe. [...]

(12) Bei dieser Klage schadet es mir nicht, wenn ich Erbe bin und arglistig gehandelt habe, falls derjenige, an dessen Stelle ich trete, gutgläubig gekauft hat. Auch nützt es nichts, dass ich von Arglist frei bin, wenn der Käufer, dessen Erbe ich bin, arglistig gehandelt hat. (13) Aber natürlich ist dann, wenn mein Sklave gekauft hat, dessen Arglist zu berücksichtigen, nicht meine, oder umgekehrt. (14) Für die

publizianische Klage ist der Zeitpunkt des Kaufs massgeblich. Und daher wird nach Ansicht des Pomponius von dieser Klage weder erfasst, was vor dem Kauf, noch was danach in arglistiger Weise geschehen ist. (15) Bei ihr kommt es aber allein auf den guten Glauben des Käufers an.

In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus. (11) Praetor ait: 'qui bona fide emit'. non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, [...] (12) In hac actione non oberit mihi, si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide emisset: nec proderit si dolo careo, cum emptor, cui successi, dolo fecisset. (13) Sed enim si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus, vel contra. (14) Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur. (15) bonam autem fidem solius emptoris continet.

419 a Gai 4, 36

Und zwar wird diese actio demjenigen gewährt, der eine Sache, welche ihm aufgrund eines wirksamen (Verpflichtungs-) Geschäftes (*iusta causa*) übergeben worden ist, noch nicht ersessen hat und sie, weil ihm der Besitz verloren ging, zurückverlangt. Weil er aber in der Klagebegründung nicht vorbringen kann, DASS DIE SACHE NACH QUIRITISCHEM RECHT (SEIN) EIGENTUM SEI, wird fingiert, dass er die Ersitzung bereits vollendet habe, und somit stellt er das Rechtsbegehren, als ob er bereits Eigentümer gemäss ius civile geworden wäre [...].

Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest EAM EX IURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit [...].

419 b D 6,2,3,1 / 6,2,4 (Ulp 16 ed / Paul 19 ed)

Der Praetor verheisst: „Wer das ihm aus einem wirksamen Rechtsgrund Übereignete herausverlangt“. Wer also einen rechtswirksamen Grund für die an ihn erfolgte Übereignung namhaft machen kann, bedient sich der publizianischen Klage. Und nicht allein dem gutgläubigen Käufer einer fremden Sache steht die publizianische Klage zur Verfügung, sondern auch anderen Erwerbem, beispielsweise, vor der Ersitzung, jemandem dem eine Sache als Mitgift übereignet worden ist, [...] Dasselbe gilt, wenn eine Sache aufgrund eines Urteils übergeben worden ist (eod. 4) oder zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Ait praetor: 'ex iusta causa petit'. qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est

necdum usucapata [...]: item si res ex causa iudicati sit tradita (eod. 4) vel solvendi causa.

420 D 6,2,9,5 (Ulpian 16 ed)

Im Falle unersitzbarer Sachen, zum Beispiel bei gestohlenen Gegenständen oder bei einem entflohenen Sklaven, dringt diese Klage nicht durch.

Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.

421 D 6,2,7,6 (Ulpian 16 ed)

Die *actio Publiciana* versteht sich in Analogie zum Eigentum und nicht zum Besitz.

Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

422 Formel der *actio Publiciana*

Wenn Aulus Agerius den Sklaven, den er gutgläubig gekauft hat und der ihm tradiert worden ist, ein Jahr lang im Besitz gehabt hätte, wenn dann dieser Sklave sein quiritisches Eigentum hätte sein müssen, und falls schliesslich diese Sache – nachdem du sie auf richterliche Aufforderung hin geschätzt hattest – nicht zurückgegeben wurde: Wieviel dieser Sklave wert ist, auf ebendiese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Si quem hominem A^sA^s bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem quo de agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret, nisi ea res arbitrio tuo restituetur, quanti ea res est tantam pecuniam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

B. *exceptio rei venditae et traditae* (Einrede der verkauften und übergebenen Sache)

a) Formel der *exceptio rei venditae et traditae*

423 – falls nicht Aulus Agerius den Sklaven, um den es hier geht, dem Numerius Negidius verkauft und tradiert hat –

– *nisi A^sA^s servum quo de agitur N^oN^o vendidit et tradidit* –

Cfr. Rdn 152 ff.

b) Anwendungsfälle

424 D 21,3,2 (Pomponius 2 Plaut)

Wenn du von Titius ein Grundstück gekauft hast, das dem Sempronius gehörte, und dieses wurde dir tradiert, und nachdem der Kaufpreis bezahlt wurde, ist Titius Erbe des Sempronius geworden und verkaufte und tradierte dasselbe Grundstück dem Maevius: Julian sagt, es sei billiger, dich als den früheren Käufer zu schützen, da ja auch Titius selbst, wenn er das Grundstück von dir fordern sollte, durch eine *exceptio* gehemmt würde. Und wenn Titius selbst jenes noch besässe, würdest du mit der *<actio> Publiciana* klagen.

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summo veretur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.

Cfr. Rdn 510

425 D 21,3,3 pr./1 (Hermogenian 6 iuris epit)

Die *exceptio rei venditae et traditae* wird nicht nur demjenigen nützen, dem die Sache übergeben worden ist, sondern auch dessen Nachfolgern und dem zweiten Käufer, obschon diesem die Sache nicht durch den quiritischen Eigentümer übertragen worden ist. Es liegt nämlich im Interesse des ersten Käufers, dass dem zweiten die Sache nicht entwehrt werde. (1) Aus dem gleichen Grund wird sie *<die exceptio>* auch den Nachfolgern des Verkäufers entgegenstehen, seien sie Nachfolger in alle seine Rechte oder auch nur in das Recht an einer Sache.

Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci. (1) Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.

3.1.3 Eigentumserwerbsarten und ihre erkenntnismässigen Rechtsquellen

426 Gai 2,65

Daher ergibt sich aus dem Gesagten, dass die einen Dinge aufgrund des *ius naturale* veräussert werden, nämlich diejenigen, die durch *translatio* übertragen werden; die andern aufgrund des *ius civile*, denn die

Rechtsinstitute der *mancipatio*, der *in iure cessio* sowie der *usucapio* gehören zum nationalen Recht der römischen Bürger.

Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

427 D 41,9,3 (Scaevola 25 dig)

Sachen freilich, die durch bloße Übergabe in unser Eigentum eintreten, werden nach den Grundsätzen des *ius gentium* erworben. Denn nichts ist der natürlichen Rechtsüberzeugung so entsprechend, als dass dem Willen des Eigentümers, der seine Sache einem anderen übertragen will, Wirkung verliehen wird.

Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

3.2 Ursprünglicher (originärer) Eigentumserwerb

3.2.1 Ersitzung und Erwerb vom Nichteigentümer

3.2.1.1 Ersitzung (*usucapio*)

428 UE 19,8 (Ulp epit)

Eigentum durch Ersitzung können wir sowohl an *res Mancipi* als auch an *res nec Mancipi* erwerben. *Usucapio* <Ersitzung> ist ein Eigentumserwerb durch ununterbrochenen Besitz während eines oder zweier Jahre: bei Fahrnis ein Jahr, bei Grundstücken zwei Jahre.

Usucapione dominia adipiscimur tam Mancipi rerum, uam nec Mancipi. usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.

429 Gai 2,42

Die Ersitzung beweglicher Sachen vollendet sich in einem Jahr, diejenige der Grundstücke und Gebäude in zwei Jahren; dies ist bereits im Zwölftafelgesetz so festgelegt.

Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est.

Vgl. Art. 728, Art. 661 ZGB.

429 a Inst 2,6,13

Die Besitzdauer beim Verkäufer wird mit derjenigen beim Käufer aufgrund eines Reskripts der vergöttlichten (Septimius) Severus und Antoninus (Caracalla) zusammengerechnet.

Inter venditorem quoque et emptorem coniungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Vgl. auch Art. 941 ZGB

430 Gai 2,44

Und dies scheint deshalb festgelegt worden zu sein, damit die Eigentumsverhältnisse der Objekte nicht länger ungewiss blieben, und weil dem Eigentümer zur Suche seiner Sache die Spanne eines Jahres oder zweier Jahre genügt, welche Zeit ja dem Besitzer zur Ersitzung auferlegt ist.

Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

430 a D 41,4,2 pr. (Paul 54 ed)

Als Käufer besitzt, wer rechtswirksam gekauft hat, denn es reicht nicht, lediglich der Meinung zu sein, man habe die Sache als deren Käufer im Besitz, sondern diesem muss eine wirksame causa emptionis zugrundeliegen. [...]

Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putat se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. [...]

Anders Art. 728 und 661 ZGB.

430 b D 41,8,1 (Ulp 6 disp)

Aufgrund eines Legates besitzt offenkundig, wem eine Sache vermacht worden ist. Denn Besitz und Ersitzung gestützt auf ein Legat stehen niemand anderem zu als dem Vermächtnisnehmer.

Legatorum nomine is videtur possidere cui legatum est: pro legato enim possessio et usucapio nulli alii quam cui legatum est competit.

430 c D 41,8,4 (Paulus 54 ed)

Aufgrund eines Legates ist Ersitzung möglich, wenn eine fremde Sache vermacht wurde oder zwar eine eigene des Erblassers, wobei aber

unentdeckt blieb, dass er sie in einem Kodizill wieder entzogen hatte: In seiner (sc. des Ersitzenden) Rechtssphäre hat sich eine zur Ersitzung ausreichende *iusta causa* verwirklicht. Gleiches kann angenommen werden, wenn Unklarheit betreffend der Identität (des Vermächtnisnehmers) besteht, zum Beispiel wenn dem Titius vermacht wurde und zwei Personen dieses Namens existieren, wobei der eine von beiden annimmt, er sei der Bedachte.

Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur: in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. idem potest dici et si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, et alter eorum de se cogitatum existimaverit.

431 D 41,10,3 (Pomponius 22 ad Sab)

Du hast mir einen Sklaven tradiert, von dem du fälschlicherweise glaubtest, ihn mir aus einer Stipulation zu schulden. Wenn ich gewusst hätte, dass du mir nichts schuldest, so könnte ich ihn nicht ersitzen. Wenn ich es aber nicht weiss, so ist es richtiger, dass ich ersitze, weil der Übergabeakt, gestützt auf einen Grund, den ich für gegeben halte, dazu hinreicht, um dasjenige, was mir übergeben worden ist, als das Meinige zu besitzen. So hat Neraz geschrieben, und ich halte dies für zutreffend.

Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam. et ita Nertius scripsit idque veram puto.

432 D 41,3,32,1 (Pomponius 32 Sab)

Wenn jemand glaubt, dass er dasjenige, was er besitzt, aufgrund einzelner Gesetze nicht ersitzen könne, dann gilt, dass für ihn die Ersitzungsfrist – auch wenn er sich allenfalls irrt – nicht läuft, weil er ja entweder offenkundig nicht in gutem Glauben besitzt oder aber weil die Ersitzung für denjenigen sich nicht vollendet, der sich in einem Rechtsirrtum befindet.

Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in iure erranti non procedat usucapio.

432 a D 41,3,10 pr. (Ulp 16 ed)

Wird eine fremde Sache gutgläubig gekauft, stellt sich für den Beginn der Ersitzung die Frage, ob der gute Glaube beim Abschluss des

Kaufvertrages oder im Moment der Tradition erforderlich sei. Diesbezüglich hat sich die Meinung des Sabinus und des Cassius durchgesetzt, dass der Zeitpunkt der Tradition massgebend sei.

Sie aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.

432 b D 41,3,15,3 (Paul 15 Plaut)

Wenn ein gutgläubiger Besitzer, nachdem er vor Vollendung der Ersitzungsfrist der Sache verlustig ging, erkannt hat, dass diese im Eigentum eines andern steht und darauf den Besitz erneut begründete, kann er nicht ersitzen, weil die zweite Besitzeslage mangelhaft entstanden war.

Si quis bona fide possidens ante usucapionem amissa possessione cognoverit esse rem alienam et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est.

432 c CICan c.5 X de praescriptionibus 2,26 (Innozenz III. a. 1216; Romae)

Weil alles, was nicht auf der Redlichkeit beruht, eine Sünde bedeutet, legen Wir in einem synodalen Beschluss fest, dass ohne guten Glauben jede Ersitzung, die kanonisch- wie die zivilrechtliche, wirkungslos sei. Denn es gilt ganz allgemein, dass jede gesetzte und gewohnheitsrechtliche Regel ausser Kraft zu setzen ist, welche ohne schwere Sünde nicht befolgt werden kann. Folglich ist es unabdingbar, dass der Ersitzende zu keiner Zeit Kenntnis von der Fremdheit der Sache haben darf.

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est; synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Ebenso das schweizerische Zivilgesetzbuch: Art. 728 Abs. 1 ZGB

432 d Inst 2,6,2

Schliesslich können gestohlene oder geraubte Sachen nicht ersessen werden, auch wenn sie während der vorerwähnten Frist gutgläubig besessen worden sind. Denn die Ersitzung gestohlener Sachen verbieten das Zwölftafelgesetz und die lex Atinia, diejenige geraubter Sachen die lex Iulia et Plautia.

Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessorum lex Iulia et Plautia.

Vgl. auch Rdn 435

3.2.1.2 Erwerb vom Nichteigentümer

A. Antikes Recht: Erwerb kraft Ersitzung

433 Gai 2,43

Im übrigen steht uns die Ersitzung auch hinsichtlich derjenigen Dinge offen, die uns vom Nichteigentümer übereignet worden sind, seien dies *res Mancipi* oder *res nec Mancipi*, wenn wir sie nur gutgläubig erworben haben, indem wir nämlich darauf vertrauten, dass der Übertragende Eigentümer gewesen sei.

Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.

Anders im ZGB, nämlich unmittelbarer Eigentumserwerb des gutgläubigen Erwerbers einer dem Nichteigentümer anvertrauten Sache: vgl. Art. 714 Abs. 2/933 ZGB. - ERLÄUTERUNGEN II, p. 376: „Man hat dabei die Frage aufgeworfen, ob denn der Erwerber in gutem Glauben wirklich das Eigentum oder nur den rechtlich geschützten Besitz erwerbe. Die Antwort kann keine Schwierigkeiten bereiten. Wer auf Grund eines Veräußerungsgeschäftes <scil. Verpflichtungsgeschäft> eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, der gewinnt gemäss <Art. 714 Abs. 2> das Eigentum.“

Cfr. Rdn 438 q.

434 Gl ad C 4,19,12

[...] Desgleichen sagte Placentinus¹⁾: „Durch das Faktum selbst, dass einer besitzt oder im Besitz gewesen ist, wird er als Eigentümer der Sache vermutet.“

[...] item dixit Placentinus hic quod eo ipso quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur.

¹⁾ Placentinus (+1192), Glossator, lehrte zuletzt in Südfrankreich und gründete die Juristenfakultät von Montpellier.

Vgl. Art. 930 Abs. 1 ZGB.

434 a ERLÄUTERUNGEN II, p. 20

„Wer eine Sache in der Hand hält, oder wer sich als Herr eines Grundstückes gebärdet, der erscheint in dem Verkehr als der Berechtigte und geniesst demzufolge den ganzen Vorteil, den das Besitztum nach seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Seite zu verschaffen vermag. Steht aber das wirkliche Verhältnis mit diesem Anschein von Recht in Widerspruch - und es muss dann doch im Rechtsverkehr dem wahren vor dem scheinbaren Verhältnis der Vorzug gegeben werden -, so entsteht daraus eine Unsicherheit, unter der auch derjenige zu leiden hat, der mit dem Schein zugleich das wirkliche Bestehen seines Rechtes geltend zu machen vermöchte. Diese gefährliche Unsicherheit soll die Rechtsordnung beseitigen, und sie löst diese Aufgabe, indem sie Formen schafft, die das äussere Verhältnis mit dem inneren für den Verkehr in Einklang setzen, oder die das Rechtsverhältnis für jeden, der in gutem Glauben an ein solches herantritt, äusserlich wahrnehmbar und rechtlich zuverlässig machen.

[...] Im Mobiliarverkehr darf man es unternehmen, einfach die äussere Herrschaft über die Sache, den Besitz, zur sachenrechtlichen Form zu erheben. Wer Besitzer ist, der stellt sich als Herr der Sache dar, und als solcher soll er sich demzufolge auch gegenüber jedem gutgläubigen Dritten gebärden können, ohne dass diesem Dritten das materielle Verhältnis zu seinem Schaden entgegengehalten werden kann. Der Besitz genügt zur Legitimation über die Sache, er ist die Form des dinglichen Rechtes an der Fahrnis.“

434 b ERLÄUTERUNGEN II, p. 389 ff.

In unseren Überlieferungen und nach den Anschauungen des modernen Verkehrslebens dagegen ist er <der Besitz> die äussere Darstellung des dinglichen Rechtes, indem, der Natur des Verhältnisses entsprechend, mit dem Besitz das Recht verbunden zu sein pflegt. Grundlegend für diese Formfunktion muss notwendig die Vermutung sein, dass dem Besitz dasjenige entspreche, was gemeiniglich in erster Linie durch ihn Ausdruck erhält, nämlich das Eigentum (<Art. 930 Abs. 1>). [...]

(391) Diese ganze Wirkung kommt aber nur den beweglichen Sachen zu gute. Die Immobilien stehen unter einem andern formalen Rechte, sobald sie in das Grundbuch aufgenommen sind. Hier ist es die Grundbucheintragung und nicht der Besitz, was die fragliche Vermutung schafft. Vgl. <Art. 937> und <Art. 973>.

- 434 c STENBULL XVI (1906) NR p. 1014; HUBER, deutscher Berichterstatter der Kommission:

(1014) Weit wichtiger [...] ist die Anerkennung einer Relevanz des Besitzes für die Berechtigung an der Sache selbst. Wir haben eine solche Relevanz des Besitzes bei dem Fahrniseigentum und beim Faustpfand bereits angetroffen. Es zeigte sich dort, dass der Besitz eine Form ist, in welcher regelmässig die Bestellung eines Rechtes an einer beweglichen Sache stattfindet. Neben dieser Form für die Begründung dinglicher (1015) Rechte muss nun aber noch eine weitere Wirkung mit dem Besitze schon nach dem geltenden Recht, namentlich nach den Vorschriften des Obligationenrechts, wie nach dem Entwurfe, anerkannt werden. So darf der Besitzer schon nach dem geltenden Recht die Rechtsvermutung für sich geltend machen, dass er das von ihm behauptete Recht habe. Er versetzt sich damit in die Beklagtenrolle, man muss ihm beweisen, dass er zu Unrecht die Sache besitze, wenn man ihn daraus vertreiben will. Sodann wird die Verfügung über den Besitz als eine Verfügung über das Recht an der Sache anerkannt, und zwar in dem Sinne, dass auch derjenige, der kein Recht an der Sache selber hat, sobald er den Besitz an einen andern, der im guten Glauben den Besitz erwirbt, überträgt, diesem auch das Recht an der Sache verschaffen kann, eine Bestimmung, die ebenfalls bereits im Obligationenrecht enthalten ist. Ich verweise auf Art. 205 ff. des Obligationenrechts und Art. 968 ff. des Entwurfes. Doch beziehen sich diese Ordnungen nur auf bewegliche Sachen.

Cfr. Rdn 391 c, 455 a, 472 b

- 435 Gai 2,45

Aber wenn jemand gegebenenfalls auch noch so gutgläubig eine fremde Sache besitzen sollte, so wird ihm die Ersitzungszeit dennoch nichts helfen, wenn er nämlich eine gestohlene oder eine geraubte Sache besitzt; denn die Ersitzung der gestohlenen Dinge verbieten die Zwölftafeln, die der geraubten die *lex Iulia et Plautia*.

Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat: nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia.

Vgl. auch Rdn 607

- 436 Gai 2,50

Daher wird es nicht leicht geschehen, dass dem gutgläubigen Besitzer die Ersitzung offen steht, da ja derjenige, welcher eine fremde Sache verkauft und übereignet, einen Diebstahl begeht; dasselbe gilt, wenn aus

einem anderen Grund übereignet würde. Zuweilen freilich verhält es sich anders: denn wenn ein Erbe eine Sache, die dem Verstorbenen geliehen, vermietet oder bei diesem hinterlegt worden war, im guten Glauben, es handle sich um Erbschaftsgut, verkauft oder verschenkt, begeht er keinen Diebstahl. [...] Ein Diebstahl kann nämlich ohne Entwendungsvorsatz nicht begangen werden. [...]

Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur. sed tamen hoc aliquando aliter se habet: nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit. [...] furtum enim sine affectu furandi non committitur. [...]

Vgl. Rdn 885 d und 607 c

436 a C 7,26,7 (Impp. Diocletianus et Maximilianus AA. et CC. Pecudi; a. 294)

Wer wissentlich einen fremden Sklaven gegen den Willen des Eigentümers veräußert, begeht ein furtum und diese der Sache anhaftende (negative) Eigenschaft (= *res furtiva*) erlaubt, bevor die Sache wieder in den Besitz ihres Eigentümers zurückgefunden hat, keine Ersitzung, mag auch gutgläubig besessen werden.

Sciens servum alienum citra domini voluntatem venundans furtum committit. quod rei vitium, priusquam ad dominum eius revertatur possessio, non permittit usucapionem fieri, licet bona fide possideatur.

437 Gai 2,51

Ohne Gewaltanwendung kann man auch an einem fremden Grundstück Besitz begründen, wenn solcher entweder aus Nachlässigkeit des Eigentümers nicht ausgeübt wird oder weil der Eigentümer ohne Rechtsnachfolger gestorben ist oder weil er seit langer Zeit abwesend ist. Wenn er ihn einem Dritten, der ihn gutgläubig empfängt, übertragen hat, kann der Besitzer ersitzen. Und obgleich derjenige, welcher den freien Besitz erlangt hat, weiss, dass das Grundstück im Eigentum eines anderen steht, schadet dies dem Besitzer hinsichtlich seines guten Glaubens trotzdem nicht für die Ersitzung, weil die Meinung derer abgelehnt wurde, welche lehrten, dass an einer Liegenschaft ein *furtum* möglich sei.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor. et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum,

tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, <cum> inprobata sit eorum sententia, qui putaverint fundi furtum fieri posse.

Vgl. Rdn 888

438 D 50,17,136 (Paulus 18 ed)

Der gute Glaube verschafft dem Besitzer allemal gleichviel, wie es die wahre Sachlage bewirkte, falls dem nicht ein Gesetz entgegensteht.

Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

B. Die Entwicklung des Tatbestandes eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten

438 a Inst 2,6,14

In einem Erlass des vergöttlichten Kaisers Mark Aurel wird angeordnet, dass derjenige, wer vom Fiskus eine fremde Sache angekauft hat nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Verkauf, den Anspruch des Eigentümers mittels einer Einrede (exceptio) zu hemmen vermag. Indessen hat eine Verordnung des Kaisers Zenon^{*)} seligen Angedenkens sich derjenigen wirksam angenommen, welche vom Fiskus aufgrund eines Kaufes, einer Schenkung oder eines anderen Titels erworben haben, indem sie sofort gegenüber Ansprüchen gesichert sind beziehungsweise mit ihren Klagen durchdringen. Gegen die kaiserliche Staatskasse können aber innerhalb von vier Jahren diejenigen regressieren, welche meinen, ihnen ständen an den veräußerten Sachen aus Eigentum oder Pfandrecht Ansprüche zu. [...]

Edicto divi Marci cavetur eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. constitutio autem divinae memoriae Zenonis bene prospexit his, qui a fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant, sive convenientur sive experiantur: adversus sacratissimum autem aerarium usque ad quadriennium liceat intendere his, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. [...]

^{*)} Imperator 474/75 dann 476 – 491 n. Chr.

438 b LÜBECKER STADTRECHT (1586)

III, 2, Art.1:

Was ein Mann dem anderen lehnet, das soll er ihme unverdorben wiedergeben, oder bezahlen nach seiner Würde, wann es verlohren wäre. Verkauft, vergäbe, versetzte oder alienirte er aber das gelehnete Gut, es sey welcher Hand es wolle, so hat der Commodans oder Ausleiher keine Ansprache wider diejenigen, welchen es verkauft, vergeben oder versetzt worden, sondern muss bey seinem Manne dem Commodatario, dem *er es* gelehnet, oder bey seinem Erben auff den Todesfall bleiben, denn Hand muss Hand wahren.

III, 2, Art.2:

Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das seine ausleihe und vertraue. Dann würde es sich zutragen, dass derjenige, dem es gelehnet oder vertrauet, dasselbe verkaufte, versetzte, oder sonst alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgelehnet Gut per contractum gebracht, so muss er es selbst lösen, sonst bleibt der es gekauft, oder an sich gebracht, naher dabey dann derjenige, welcher das Gut ausgelehnet. Dann da jemand seinen Glauben gelassen, da er ihn wiederum suchen.

III, 4, Art. 9:

Besitzt jemand ein Gut, es sey ihme geschenckt, verpfändet oder verkauft, so kan er das auff seinen Eid wider alle Anspruch wohl behalten. Es were dann gestohlen oder geraubet Gut.

438 c MEVIUS, David, Commentarii in Ius Lubecense libri quinque ad explicationem ejusdem [3. Auf., Frankfurt a.M. 1679]

Ad 3, 2, 1

(22 f.) [...] **Hand muss Hand wahren**. Mit diesen Worten wird ein Grundsatz unseres eigenen Rechts zum Ausdruck gebracht und er betrifft jene Regeln, worüber im folgenden Artikel ausführlicher gehandelt wird. Dort wird sich erweisen, dass diese Satzung geboten ist für die allgemeinen Zweckmässigkeiten der handelsmässigen Verkehrssicherheit [...].

[...] *Hand muss Hand wahren* Quibus continetur axioma juris nostri proprium, & ad ejus principia pertinens de quo ad artic. sequent. fusius dicetur. Inde constabit exigi hanc constitutionem pro communibus commodis commerciorum securitae [...].

(28) Ferner zeigt die herangezogene ratio legis dieses Artikels betreffend der Worte „**dann Hand muss Hand wahren**“ auf, dass nicht die Übertragung des Eigentums den Rechtsgrund beziehungsweise die Rechtfertigung der vorliegenden Anordnung darstellt, sondern das entgegengebrachte Vertrauen, so dass wenn jemand dieses einmal bildet,

er fortan sich darauf verlassen dürfe. Somit bleiben die übrigen Grundsätze des Zivilrechts im vorliegenden sowie in anderen ähnlichen Fällen in Geltung, ausser in diesem einzigen Punkt, indem die rei vindicatio gegen jedwelchen Besitzer nicht durchgesetzt werden kann.

*Quinimo adjecta ratio hujus artic. in verb. **dann Hand muss Hand wahren** clare demonstrat, quod non translatio dominii sit causa vel ratio hujus statuti, sed habita fides, ut quis eam semel recipit, fidem semper sequatur. Caetera igitur juris civilis axiomata in hac aliisque similibus speciebus durant praeter hoc solum, quod rei vindicatione non licet experiri contra quemvis possessorem.*

Ad 3, 2, 2

(1 f.) [...] **Do jemand seinen Glauben gelassen, da muss er ihn wider suchen**, oder wie im vorhergehenden Artikel am Schluss dasselbe in anderen Worten ausgedrückt wird: **Hand muss Hand wahren**. Dieser Grundsatz ist dem gemeinen Recht gänzlich fremd, auf dessen Grundlage der Eigentümer gegen jedwelchen Besitzer mittels rei vindicatio auf Rückgabe klagen kann und dieser auf Restitution haftet, ob er gut- oder bösgläubig besitzt und ohne dass vom Vindizierenden die Kaufsumme verlangt wurde, welche (der Besitzer) dem Verkäufer möglicherweise bezahlt hat.

(4) Nach unserem Recht kann nicht belangt werden, wer von einem anderen Besitz an einer vom Eigentümer empfangenen Sache erlangt hat, sondern wer von diesem aufgrund irgend eines Schuldvertrages, für dessen Abschluss das Vertrauen zu jemandem entscheidend war, erworben hatte, selbst wenn er nicht mehr länger im Besitze verbleiben möchte. (5) Und dies entbehrt nicht des guten Grundes, was auch nicht wenigen Autoren so geschienen hat. Denn in dieser Angelegenheit wurde Vorsorge zum Wohle und zur Sicherheit des Handelsverkehrs getroffen. (6) Wäre nämlich gegenüber einem beliebigen Erwerber stets die rei vindicatio möglich geblieben, würde der Erwerb der Ware stets zögernd und unsicher sein, die Nachforschung betreffend der Herkunft der Sachen bereitete mancherlei Schwierigkeiten, sowohl wegen der Abklärung des Erwerbstitels des Vormannes wie auch als Anlass zu Prozessen in grosser Zahl, und damit verglichen steht der Verlässlichkeit der Handelsgeschäfte nichts in noch höherem Masse entgegen. Damit nun aber ein jeder gutgläubige Erwerber seines Besitzes umso sicherer sein kann, ist in bestimmten Fällen, aufgrund der Angemessenheit zugelassen, die actio (= rei vindicatio) verweigert worden. (7) Somit ist den Eigentümern der Rechtsgrund zur Klage entzogen. Wenn nämlich jemand willentlich einen andern als Schuldner angenommen hat, muss er sich mit diesem abfinden, weil er ihn durch die Einlassung für gut befunden hat. (8) Wenn sein Vertrauen getäuscht wurde, hat er dies seinem Leichtsinne zuzuschreiben, dass er sich nicht einen vertrauenswürdigeren ausgesucht hat [...].

(29) Rechtslogik und Angemessenheit gebieten, dass der Dritte auf keine andere Weise unanfechtbarer Besitzer werde, als aufgrund eines Erwerbsgeschäftes guten Glaubens und kraft eines rechtsgenügenden, auf Eigentumsübertragung gerichteten Titels, ohne Kenntnis von der Fremdheit der Sache, sondern in der Meinung, der Veräußerer sei Eigentümer, weil es unannehmbar (*iniquum*) wäre, dass jemand arglistig oder bösgläubig sich einen Vermögensvorteil verschaffen könnte. (30) Der gute Glaube wird aber in diesem Falle durch einen Eid bewiesen.

(1 f.)[...]Do jemand seinen Glauben gelassen, da muss er ihn wider suchen, seu ut in articulo praecedenti in fin. id aliis verbis exprimitur: Hand muss Hand wahren. Alienum hoc est a jure communi, quo dominus rei vindicatione experitur contra quemvis possessorem ad restitutionem, hicque restituere tenetur, sive bona, sive mala fide possideat, non recepto a vindicante pretio, quod forte venditori solvit. [c 3, 32, 23].

(4) Nostro non qui possidet ab alio acceptum a domino conveniri debet, sed qui ab hoc ex aliquo contractu, in quo fides alicujus eligitur, receperat, etsi non amplius possideat. (5) Non caret hoc ratione, ut non nullis visum est. Prospectum enim hac in re est commerciorum utilitati et securitati... (6) Si enim adversus quoscumque superesset rei vindicatio, timida et incerta semper foret mercium acceptio, et inquisitio originis multas pareret difficultates et examen domini anterioris causa et occasio foret multarum litium, quibus nihil magis obstat vigori commerciorum. Ut autem unusquisque accipiens bona fide eo magis certus esset possessionis, in certis casibus permittente aequitate negata est actio. (7) Nec dominis justa querendi causa superest. Quem enim sua voluntate quis accepit debitorem, eo contentus esse debet, ... quia eum admittendo approbavit. (8) Si fides fallitur, suae facilitati imputare debet, quod meliorem non elegerit...

(29) [...] ratio & aequitas jubet non aliter tertium possessorem tutum esse, quam si bona fide & justo titulo domini translativo, nesciens rem alienam, sed putans alienantis esse acceperit, cum iniquum sit, aliquem ex dolo aut mala fide lucrari. (30) Bona fides autem hic probatur juramento.

438 d CODE CIVIL FRANÇAIS (1804)

2279. En fait de meubles, la possession vaut titre. – Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

2280. Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut

se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

2279. Bei Mobilien gilt der Besitz als Titel. – Gleichwohl kann der, welcher eine Sache verloren hat, oder dem sie entwendet worden ist, während dreier Jahre von dem Tage des Verlustes oder der Entwendung an gerechnet, dieselbe gegen denjenigen, in dessen Händen er sie findet, vindicieren, vorbehaltlich des diesem zustehenden Rückgriffes gegen den, von welchem er die Sache hat.

2280. Hat der gegenwärtige Besitzer der entwendeten oder verlorenen Sache dieselbe auf einer Messe, einem Markte oder bei einem öffentlichen Verkaufe, oder von einem Kaufmanne, der mit dergleichen Sachen handelt, gekauft, so kann der ursprüngliche Eigenthümer dieselbe nur gegen Erstattung des Preises, welchen sie dem Besitzer gekostet hat, zurückfordern.

438 e ALR I, 15, §§ 24 ff

(Vindication) gegen einen redlichen Besitzer.

§. 24. Wer die entfremdete Sache zwar redlicher Weise, aber unentgeltlich an sich gebracht hat, muss sie gleichergestalt unentgeltlich dem rechtmässigen Eigenthümer oder Besitzer verabfolgen.

§. 25. Wer die dem rechtmässigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person, durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muss dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben;

§. 26. Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern.

Was für Sachen nicht vindicirt werden können.

§. 42. Sachen, die von dem Fisco, oder bei öffentlichen Versteigerungen erkaufte worden, sind keiner Vindication unterworfen.

§. 43. Ein Gleiches gilt von Sachen, die in den Läden solcher Kaufleute, welche die Gilde gewonnen haben, erkaufte worden.

§. 44. Wer ausserdem eine Sache auf Messen und Märkten, oder sonst von Leuten, welche Sachen dieser Art unter obrigkeitlicher Erlaubnis öffentlich feil haben, erkaufte hat, dem kommen, wegen der nur gegen Ersatz zu leistenden Rückgabe, die Rechte eines redlichen Besitzers zu.

438 f SVAREZ, Carl Gottlieb, Amtliche Vorträge bei der Schluss-Revision des Allgemeinen Landrechts (Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Bd. 41 (1833), ex 1793/94)

(84) Anlage E.

ad Part. I. Tit. XV.

Von Verfolgung des Eigenthums.

Um die in diesem Titel vorkommenden Abweichungen von der Theorie des Römischen Rechts, so wie selbige in unsern Foris recipirt ist, richtig zu beurtheilen, müssen folgende Bemerkungen vorangeschickt werden.

Nach Römischen Rechten ist der wahre Eigenthümer berechtigt, seine Sache von einem jeden Besitzer zurückzufordern, und dieser muss sie unentgeltlich herausgeben, ohne Unterschied: ob er redlicher oder unredlicher Weise, ob er titulo oneroso oder gratuito zum Besitze gelangt sei, da der Unterschied, ob der bisherige Besitzer in bona vel mala fide gewesen, sich erst dann, wenn von den Fructibus, meliorationibus ec. die Rede ist, wirksam beweist.

Nach den älteren deutschen Rechten, welche in dem Iure Lubecensi et Culmensi aufbehalten sind, und in vielen Städten Nieder-Deutschlands noch heute gelten, muss Hand Hand wahren, d.h. der Eigenthümer, welcher seine Sache einem andern geliehen, vermietet, in Verwahrung gegeben, oder aus irgend einem andern Titel anvertraut hat, muss, wenn von diesem die Sache an einen Dritten veräussert worden, sich lediglich an seinen Kontrahenten halten, und kann seine Sache a tertio bone fidei possessore nicht vindiciren.

Beiderlei Theorien scheinen, nach richtigen Grundsätzen der Legislation verschiedenen Bedenklichkeiten unterworfen zu sein. Die Römische Theorie begünstigt ausnehmend die Sicherheit des Eigenthums, als einen Hauptzweck jeder bürgerlichen Vereinigung. Sie beschränkt aber zu sehr die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs, der in einem Staate, wo nicht bloss Ackerbau und die gewöhnlichen mechanischen Gewerbe, sondern auch Handlung, Fabriken und andere Zweige der Industrie im Gange sind, ebenfalls alle Aufmerksamkeit der Gesetzgebung verdient. Wenn in einem solchen Staate ein jeder, der etwas mit Sicherheit kaufen oder aus einem andern titulo dominii translativo an sich bringen will, sich erst das Domini(85)nium des Auctoris seines Veräusserers nachweisen lassen soll, so muss daraus nothwendig eine Langsamkeit und Stockung im bürgerlichen Verkehr entstehen, die für den Staat selbst die nachtheiligsten Folgen haben kann.

Dagegen begünstigt zwar die Theorie des deutschen Rechts die Freiheit und Lebhaftigkeit diese Verkehrs ausnehmend; aus welchem Grunde sie wohl auch vornämlich in den Statuten der grossen deutschen Handelsstädte aufgenommen worden. Dagegen scheint sie wiederum auf die heutigen Rechte des Eigenthums zu wenig Rücksicht zu nehmen, und dieselben der Gefahr von Collisionen zwischen dem Commodatorio, Conductore, Depositario, Commissionair ec. Und einem Dritten, der seinen bei der Sache subversirenden malam fidem leicht künstlich verbergen kann, allzusehr auszusetzen.

Durch diese Betrachtungen ist man bewogen worden, über die Vindikation eine neue Theorie zu bilden, welche zwischen der

Römischen und Altdeutschen den Mittelweg hält, und auf folgenden Grundsätzen beruhet.

I. Gewisse Sachen können gar nicht vindicirt werden, nämlich:

1) die vom Fisco oder in einer öffentlichen Versteigerung erkaufte worden (§. 42.). Diese Bestimmung hat schon das Ius Romanum.

2) Sachen, die in dem Laden solcher Kaufleute, welche die Gilde gewonnen haben, erkaufte worden (§. 43.). Dies gründet sich auf die Nothwendigkeit der Aufrechthaltung des kaufmännischen Verkehrs, welcher nicht würde bestehen können, wenn der Kaufmann jedem Käufer erst nachweisen müsste, wie er zu dem Eigenthume der Sachen, die er in seinem Laden feil hat, gelangt sei.

3) Baares Geld und Geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende Papiere (§. 43-45.). Vid. die Deklaration vom 23. Mai 1785.

II. Ausser diesen Fällen ist die Theorie des Römischen Rechts beibehalten, dass nämlich der wahre Eigenthümer seine Sache von einem jeden Besitzer zurückfordern kann.

III. Der unredliche Besitzer muss die Sache allemal unentgeltlich zurückgeben (§. 17.).

IV. Auch der redliche Besitzer ist zur unentgeltlichen Rückgabe verpflichtet:

1) wenn er die Sache unentgeltlich (§. 24.) oder

2) von einer verdächtigen Person an sich gebracht hat (§. 18-23.). (86)

V. Derjenige hingegen, welcher die Sache redlicher Weise, und von einer unverdächtigen Person, durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, kann gegen Zurückgabe derselben von dem Eigenthümer die Vergütung dessen, was er selbst dafür gegeben oder geleistet hat, fordern (§. 25. 26.).

Dieser letztere Satz ist es also eigentlich, welcher eine Abweichung von der bisher recipirten Theorie enthält. Es liesse sich bezweifeln: ob selbst diese Theorie den Vorschriften des Römischen Rechts gemäss sei. Denn die Gesetze, welche zu deren Unterstützung angeführt werden, nämlich I. 23. C. de R. V. und I. 2. C. de Furt. Reden beide von Sachen, die dem Eigenthümer gestohlen und von dem Diebe verkauft worden; und scheinen folglich auf den Fall, wenn Jemand etwas von einer unverdächtigen Person bona Fide gekauft hat, nicht recht anwendbar zu sein. Aber auch dies bei Seite gesetzt, scheint die neue Theorie schon durch die oben bemerkte Nothwendigkeit der Aufrechthaltung der Zuverlässigkeit und Lebhaftigkeit des bürgerlichen Verkehrs eben so sehr, als durch die natürliche Billigkeit gerechtfertigt zu werden. In der Regel verdient der Eigenthümer, dessen Gewahrsam eine Sache vielleicht durch seine eigene Nachlässigkeit, oder Unvorsichtigkeit, durch das zu weit getriebene Vertrauen in die Person dessen, dem er sie selbst zur Verwahrung, zum Gebrauch ec. gegeben hat, entkommen ist,

weniger Rücksicht, als der redliche Besitzer, der eine solche Sache im öffentlichen gemeinen Verkehr von einem unverdächtigen Inhaber bona fide gekauft hat. Für den Eigenthümer ist dadurch genugsam gesorgt, dass derselbe seine Sache gegen Erstattung dessen, was der Besitzer dafür gegeben hat, zurücknehmen kann, und also das profitirt, was etwa die Sache mehr werth ist. Hierin liegt auch zugleich die Hebung des etwanigen Einwandes; dass es so schwer sei, einen Besitzer der Unredlichkeit zu überführen. Da derjenige, welcher auch nur zweifelt, ob die Sache, die er kauft, seinem Verkäufer wirklich gehöre, gewiss nicht den wahren Werth dafür bezahlen wird; so hat der Eigenthümer, wenn er auch in einem oder dem anderen Falle mit dem Beweise der mala fidei nicht aufkommen könnte, doch immer noch den Vortheil, dass er wenigstens seine Sache mit einem verhältnissmässigen geringen Verluste zurückerhält. [...]

438 g ABGB (1811) §. 367.

Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, dass er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.

438 h ZEILLER, Franz, von, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie Bd. II 1 (1812) [zu § 367]

(133) 1) Auch dieser Paragraph enthält eine Ausnahme von der Regel, dass die Eigenthumsklage jedem Eigenthümer gegen jeden Besitzer seiner Sache gebühre. Für diese Ausnahme streitet theils die der bürgerlichen Gesellschaft höchst wichtige Sicherheit des Verkehrs, theils von der ei(134)nen Seite die schuld bare Unvorsichtigkeit oder Sorglosigkeit des Eigenthümers, und von der andern Seite das schuldlose, offene, oder auf öffentliche Anstalten vertrauende Benehmen des Uebernehmers oder Besitzer, folglich der Grundsatz, dass der Schuldige den Schaden vor dem Schuldlosen, und den zufälligen Schaden der Eigenthümer tragen soll; Gründe, welche sowohl die ältern als die neuern Gesetzgeber bewogen haben, diese Ausnahme, wenigstens zum Theile, oder wohl noch in grösserem Umfange, anzunehmen.

438 i Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. (1861)

Artikel 306. Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war.

Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht werden.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionairs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.

438 j PROTOKOLLE der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches (Protokoll DXLVIII-DXLXXXIX; Nürnberg 1861)

(4608) Diesen Ausführungen gegenüber wurde von anderen Seiten bemerkt: Dass ein Bedürfniss für die Aufnahme von Bestimmungen im Sinne der vorliegenden Anträge vorhanden sei, könne man schon daraus ersehen, dass überall, wo der Handel sich in grösseren Verhältnissen entwickelt habe, das römische Recht mit seinem Vindikationssysteme nicht durchgedrungen sei, sondern die entsprechenden Rechtssätze des germanischen Rechts Geltung behalten hätten und auch wieder in die Gesetzgebungen der neueren Zeit übergegangen seien. Eine nähere Erwägung der Verhältnisse ergebe, dass es im Handelsverkehr auch gar nicht anders sein könne, als nunmehr zu bestimmen vorgeschlagen werde. Kein Kaufmann würde ruhig sein können, wenn das römischrechtliche Vindikationssystem eine grössere praktische Anerkennung gefunden hätte. Nur der Umstand, dass dieses System so wenig in das Verkehrsleben eingedrungen sei, dass Vindikationsprozesse äusserst selten erhoben würden, und der Handelsstand im Allgemeinen kaum eine Ahnung davon habe, wie gefährlich seine Stellung nach diesem Recht sei, lasse es begreiflich erscheinen, wenn in manchen Ländern keine Anträge auf Ergänzung des Handelsgesetzbuches im Sinne der vorliegenden Vorschläge gestellt worden seien.

438 k BÜRGERLICHES GESETZBUCH FÜR DAS KÖNIGREICH SACHSEN (1863)

§ 254

Die Eigenthumserwerbung durch Uebergabe setzt voraus, dass der Uebergebende handlungsfähig ist, dass er das Eigenthum der Sache hat oder später erwirbt oder sonst aus einem Rechtsgrunde zu der Veräußerung befugt ist, ferner, dass der Besitz in der Absicht, Eigenthum zu übertragen und zu erlangen, übergeben und empfangen wird, oder ein der Uebergabe gleichstehender Fall vorliegt. Erwirbt der Uebergebende erst nach der Uebergabe das Eigenthum, so geht dasselbe vom Zeitpunkte dieser Erwerbung an den Empfänger über.

438 l DEUTSCHES BGB (1900)

§ 932 [**Gutgläubiger Erwerb**] (1) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 29 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

(2) Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

§ 935 [**Kein gutgläubiger Erwerb von abhanden gekommenen Sachen**] (1) Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

(2) Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

438 m MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. III: Sachenrecht (1888)

(341) Erwerb in gutem Glauben.

§§ 877-880.

Vorbemerkungen.

In Ansehung der Frage, ob zu der Erwerbung des Eigenthumes an einer beweglichen Sache mittels Rechtsgeschäftes Eigenthum des Veräußerers erforderlich sei, stehen zwei Prinzipien einander gegenüber. Nach dem einen Prinzipie ist das Eigenthum des Veräußerers zum Eintritte der beabsichtigten rechtlichen Wirkungen des Uebertragungsvertrages erforderlich; nach dem anderen Prinzipie findet dieses Erforderniss nicht

statt, und folgt das Eigenthum dem Besitze. Beide Prinzipien erleiden im geltenden Rechte Modifikationen und Ausnahmen, welche die sich ergebenden praktischen Resultate einander näher bringen.

1. Im gemeinen Rechte gilt auch für die hier in Rede stehende Veräußerung der Satz *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. [...] (342)

2. Das entgegengesetzte Prinzip geht dahin, dass, wenn nur alle übrigen Erfordernisse des Eigenthumsübertragungsvertrages, also insbesondere das Traditionserfordernis erfüllt werden, der Rechtsmangel in der Person des Veräußerers der Regel nach ausser Betracht bleibt. Für den Fall des unredlichen Erwerbes wird wohl allgemein – nur das franz. Recht könnte Zweifel bieten – eine Ausnahme gemacht. Eine weitere Ausnahme wird ziemlich allgemein für den Fall gemacht, dass die veräußerte Sache dem Eigenthümer derselben ohne dessen Willen entzogen ist, also ein Fall der deutschrechtlichen Regel: „Hand wahre Hand“ nicht vorliegt. Die hiernach sich ergebende Rechtsgestaltung ist von der römischen Rechtsgestaltung im Resultate nicht zu sehr verschieden. Wenn man in der letzteren das Erfordernis der Vollendung der Usukapion streicht und die Ausschliessung der Usukapion bei der *res furtiva* berücksichtigt, so kommt man im Grossen und Ganzen zu derjenigen Rechtsgestaltung, welche als die deutschrechtliche bezeichnet zu werden pflegt. In Ansehung der Konstruktion und in Ansehung der Einzelheiten finden viele Verschiedenheiten statt. Die deutschen Statutarrechte, welche nur noch in geringen Gebietstheilen Geltung haben, betreffen zunächst die Vindizirbarkeit der beweglichen Sachen und bringen das Prinzip „Hand wahre Hand“ mehr oder weniger zur Geltung. [...]

(344) Die Vorschriften des Entwurfes.

I. Der Entwurf hat im Wesentlichen an das letztgedachte Prinzip sich angeschlossen. Folgende Erwägungen waren hierbei massgebend:

Für den Verkehr mit beweglichen Sachen ist es von der grössten Bedeutung, dem gutgläubigen Erwerber in der Regel Sicherheit seines Erwerbes zu gewährleisten. Dem gleichen Bedürfnisse wird in dem Immobilienrechte durch den gesetzlichen Schutz des Vertrauens auf die *publica fides* des Grundbuches entsprochen. Bei beweglichen Sachen bildet an Stelle des Grundbuches die Inhabung und der Besitz des Veräußerers, welche denselben befähigen, den Erfordernissen des dinglichen Vertrages in der Uebergabe zu genügen, die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens. Gegen die Veräußerung der Sache durch einen Nichtberechtigten kann der Eigenthümer, abgesehen von den Fällen der Entziehung der Sache, sich genügend dadurch schützen, dass er die Inhabung nicht aus der Hand gibt und dadurch dritten Personen gegenüber den Schein ausschliesst, dass die Sache einem Anderen gehöre. Der Erwerber ist hingegen nicht in der Lage, über das Recht seines Veräußerers sich die erforderliche Gewissheit zu verschaffen. An dem Irrthume des Erwerbers über das Eigenthum des Veräußerers trägt

deshalb in der Regel der Eigenthümer in höherem Grade Schuld als der Erwerber; deshalb ist es der Billigkeit mehr entsprechend, den Nachtheil von dem Ersteren tragen zu lassen. Dabei steht der in dem einen oder anderen Falle einen einzelnen Eigenthümer treffende Verlust in keinem Verhältnisse zu dem allen Eigenthümern aus der Befähigung zu einem den Erwerber sicherstellenden Veräußerungsakte erwachsenden Vortheile. Eine Beschränkung des Erwerbers auf den Lösungsanspruch gewährt in der Regel keinen ausreichenden Schutz und ist deshalb nur als Ausnahme zuzulassen. Auf die Uebereinstimmung mit den Vorschriften des H.G.B. ist der grösste Werth zu legen. An eine Aenderung der Vorschriften im Sinne des preuss. Rechtes ist nicht zu denken. Ein Auseinandergehen des bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes würde zu der Unzuträglichkeit führen, dass die Entscheidung der Frage des Eigenthumserwerbes in vielen Fällen von der schwierigen Feststellung abhängen würde, ob die bewegliche Sache von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräussert und übergeben worden ist.

Der Entwurf lässt nur den Mangel des Eigenthumes des Veräußerers durch die bona fides des Erwerbers gedeckt werden. Ein Irrthum des Erwerbers in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse, wie Vertretungsmacht, Geschäftsfähigkeit und dergl., verdient nicht eine ähnliche Begünstigung; es würde unbillig sein, wenn man die schädlichen Folgen eines solchen Irrthumes von dem Irrenden auf einen Dritten, den Eigenthümer der Sache abwälzen wollte [...].

(348) Dagegen wird es sehr häufig vorkommen, dass ein Inhaber, welcher nicht Eigenthümer ist, sich in der Lage befindet, tradiren zu können. Der Regelfall ist, dass dem Inhaber die Inhabung vom Eigenthümer überlassen ist. Für diesen Regelfall rechtfertigt es sich, dem Prinzipale „Hand muss Hand wahren“ zu folgen und den Eigenthümer gegenüber einem gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer unrechtmässigen Verfügung des Inhabers tragen zu lassen. Dagegen überwiegen die Gründe, anders zu entscheiden, wenn dem Eigenthümer oder dessen Vertreter ohne deren Willen die Inhabung der Sache entzogen ist. Im Immobilienrechte vollzieht sich eine unrichtige Buchung stets ohne den Willen des durch dieselbe Benachtheiligten. Dazu kommt, dass man seine Eintragung nicht durch eigene Vorsicht im Grundbuche festzuhalten im Stande ist, während man die Inhabung der Sache sich weit eher sichern kann. Ferner kommt in Betracht, dass die Gefahr des Verlustes der Eintragung im Grundbuche eine sehr geringe, die Gefahr des Verlustes der Inhabung einer beweglichen Sache dagegen eine sehr nahe liegende ist und dass das moderne Recht nicht geneigt ist, dem Eigenthümer die Verfolgung der ihm abhanden gekommenen Sache zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers gänzlich abzuschneiden. Der Entwurf hat sich deshalb dafür entschieden, bei abhanden gekommenen Sachen den gutgläubigen Rechtserwerb auszuschliessen, [...].

438 n HUBER, Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4. Bd (1893)

(750) Nach vielen Schwankungen innerhalb der einzelnen Orte und ebenso häufigen als mühsamen Verhandlungen unter den Kantonen⁴¹⁾ haben diese Tendenzen und Anschauungen schliesslich in der schweizerischen Gesetzgebung unseres Jahrhunderts sich zu folgenden drei Gruppen konsolidiert. Die eine Gruppe von Rechten hielt daran fest, dass der Eigentümer (751) sein Eigentum überall, wo er es finde, zurückverlangen könne, und huldigte also dem gemeinen Rechte und seiner unbeschränkten Vindikation.⁴²⁾ Die zweite Gruppe beschränkte die Vindikation in dem Sinne, dass die Auslösung der gutgläubig erworbenen Sache bei anvertrautem Gut nur gegen Entgelt des gezahlten Preises gestattet sein sollte.⁴³⁾ Endlich die dritte Gruppe schützte principiell den bona fide-Erwerb, gestattete aber die Vindikation von gestohlenen oder verlorenen Sachen entweder allgemein ohne jeden Entgelt, oder gab wenigstens nur denjenigen Erwerbern einen Anspruch auf Vergütung des bezahlten Preises, welche solche Sachen von einem Kaufmann oder auf einem Markte gekauft hatten.⁴⁴⁾ Das schweizerische Obligationen-Recht hat sich alsdann im wesentlichen dieser dritten Ordnung angeschlossen.

⁴¹⁾ S. besonders die eidgenössischen Abschiede von 1565, 1566, 1567, 1684, EA III b. S. 302, 304, 313, IV c S. 540, 669, 708, 735, 748, 758, IV 1 e S. 80 (woselbst der vorübergehende Beschluss, dass das gestohlene Gut nach Hälften unter Käufer und Bestohlene geteilt werden soll 1558), 279, wobei insbesondere Bern sich lange sträubte, dem Konkordat beizutreten. Ibid. V 1 S. 93 (1588) wird entschieden, dass was bei Auflauf und Sturm entwendet worden, nicht zurückgefordert werden könne, ausser wenn einer das Seine finden würde; VI 2 S. 2019 (1699) u. VII 1 S. 634 werden die früheren Abreden bestätigt, die alsdann in das Konkordat von 1809 aufgenommen, Art. 21, und in gleichem Sinne durch das Bundesgesetz vom 24. Juli 1852 ersetzt worden sind, vgl. BLUMER-MOREL, Handb. I (3. Aufl.) S. 305. Die ältern Beschlüsse hatten wesentlich die Beseitigung der Konfiskation des bei den Verbrechern gefundenen entwendeten Guts im Auge, wie sie wenigstens zur Deckung der Kosten bis in neuere Zeit vielfach versucht worden ist.

⁴²⁾ S. Baselstadt nach der Stadtgerichtsordn. Bis 1864, Basellandschaft, Tessin; Bern CG S. 409 mit einer Ausnahme im Gesetz über Aktiengesellschaften von 1860, wonach die Vindikation solcher Papiere nur gegenüber dem bösgläubigen Entzieher, der zugleich Besitzer ist, gestattet sein soll; ferner Aargau BG § 455, wogegen Freiburg CC Art. 539 und Graubünden PR § 218 dem Käufer einer gestohlenen Sache, sobald er sie auf dem Markt oder von einem Kaufmann u. dgl. erhandelt hat, einen Anspruch auf Vergütung des von ihm bezahlten Preises verleihen.

⁴³⁾ Zürich PG §§ 651 ff., Schaffhausen PG § 600, Zug PG § 209, Glarus BG § 70, St. Gallen, Thurgau, Appenzell A.-Rh. Ges. v. 1860 § 3.

⁴⁴⁾ Ersteres war die Ordnung von Luzern CG § 256, von Baselstadt nach dem Gesetz von 1864, mit Ausnahme der Versagung der Vindikation gutgläubig erworbener Inhaberpapiere, und sodann nach der

herrschenden Meinung von Uri, Schwyz, Unterwalden, Appenzell I.-Rh., deren Landbücher sich über die Frage nicht aussprechen, vgl. BLUMER RG II 2 S. 73. Letzteres dagegen, verbunden mit einer Befristung der Vindikation gestohlener und verlorener Sachen auf 3 Jahre, findet sich vorbildlich im C. c. fr. Art. 2279 u. 2280 entwickelt und ging von hier in die Gesetzbücher von Waadt, Wallis und Neuenburg über.

- 438 o Schweizerisches Obligationenrecht (1883; sog. aOR) [mit Anmerkungen von Bundesrichter H. Hafner, 2.A. 1905]

Art. 205. Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte Dritter⁶⁾ an der Sache.

6) Der gutgläubige Erwerber erwirbt also nicht bloss Eigentum, sondern von jeder dinglichen Belastung oder Beschränkung freies Eigentum.

Art. 206. Gestohlene oder verlorene Sachen können binnen fünf Jahren, vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet, jedem Inhaber abverlangt⁴⁾ werden. Ist eine solche Sache an öffentlicher Steigerung, auf einem Markte oder von einem Kaufmanne, welcher mit derartigen Waren handelt, gutgläubig erworben worden, so muss sie nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herausgegeben werden.

4) Welches Recht erlangt aber der gutgläubige Erwerber nach Ablauf der fünf Jahre? Ist er nur gegen die Vindikation des ursprünglichen Eigentümers geschützt oder wird er selbst Eigentümer? Die Frage ist namentlich wegen der Anwendbarkeit des Art. 207 nicht ohne praktische Bedeutung, indem, wenn der gutgläubige Inhaber nach Ablauf der 5 Jahre Eigentum erwirbt, das Eigentumsrecht des Verlierers oder Bestohlenen erlöscht und daher jede Vindikation der Sache durch denselben ausgeschlossen ist. Vgl. Art. 207 N.1. Die Frage wird allgemein im letztern Sinne beantwortet, dass, wenn die Sache mit Ablauf der 5 Jahre oder später sich in den Händen eines gutgläubigen Erwerbers befindet, derselbe Eigentum daran erwirbt.

207. Der bösgläubige Erwerber muss die Sache stets herausgeben oder, wenn er sich derselben entäussert hat, ihren Wert ersetzen und auch für jede durch seine Schuld herbeigeführte Wertverminderung haften; weitergehende Ansprüche auf Schadenersatz gegen ihn bleiben vorbehalten.

- 438 p BOTSCHAFT des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht. (vom 27. November 1879).

(53) Aber auch der gutgläubige Erwerber der beweglichen Sache dem sie auf Grund eines Veräusserungsvertrages thatsächlich übergeben wurde, ist nach dem römischen Systeme Gefahren ausgesetzt, die für ihn als eine

unbillige Härte erscheinen können, und überdies mit den Bedürfnissen des Verkehres im grössten Widerspruche stehen.

Er erwirbt nämlich durch die Besizesübergabe ohne alles Weitere Eigenthum nur dann, wenn der Veräusserer selbst Eigenthümer war.

War der Veräusserer selbst nicht Eigenthümer, so kann , abgesehen von dem besondern Falle, wenn der Fiskus veräussert hatte (vgl. Windscheid, Pandekten § 165, Note 6), oder wenn fremde Geldstücke mit den eigenen des Erwerbers vermischt worden sind (Windscheid, § 189, Note 8), der wahre Eigenthümer die Sache dem gutgläubigen Besizer gegenüber vindiziren, ohne ihm den dafür gezahlten Kauf- oder Tauschpreis zu ersetzen.

[...] Nach dem französischen System verhält sich dieses Alles ganz anders. [...] (54) Gutgläubiger Besizerwerb einer beweglichen Sache aus der Hand eines Nichteigenthümers gilt ohne Weiteres, ohne dass dazu der Ablauf einer Ersitzungsfrist erforderlich ist, als Eigenthumserwerb. Dieses ist der Sinn von Art. 2279: „ En fait de meubles la possession vaut titre. ”

Dieses Prinzip wird aber nicht konsequent durchgeführt, indem verlorene oder gestohlene Sachen drei Jahre lang, vom Momente des Verlustes oder Diebstahles an gerechnet, vom Verlierer oder Bestohlenen aus der Hand eines gutgläubigen Besitzerwerbers vindiziert werden können. Dabei hat der Vindikant dem gutgläubigen Erwerber im Allgemeinen den Gegenwerth, den dieser für den Erwerb der Sache gegeben hat, nicht zu ersetzen. Einzig und allein, wenn der gutgläubige Erwerber die verlorene oder gestohlene Sache auf einer Messe, einem Markt oder bei einem öffentlichen Verkaufe oder bei einem Kaufmanne, der mit dergleichen Sachen handelt, gekauft hatte, kann er vom Vindikanten Ersatz des Preises verlangen.

In sämtlichen früheren Entwürfen (1871, 1875 und 1877) hatte man das römische System vollständig verworfen und sich in allen Punkten an das französische System angeschlossen. Man hatte aber das Prinzip, dass gutgläubiger Besizerwerb als Eigenthum gelten solle, in seiner vollen Konsequenz durchgeführt; man hatte die Ausnahme bezüglich verlorener und gestohlener Sachen einfach gestrichen. [...]

(55) Zur Annahme des französischen Prinzips betreffend den Eigenthumserwerb durch gutgläubigen Besitzerwerb einer beweglichen Sache ohne das Erforderniss einer ergänzenden Ersizung von 3 oder 30 Jahren, und zur Beseitigung der speziellen Ausnahmen betreffend verlorene oder gestohlene Sachen waren die früheren Entwürfe durch folgende Betrachtungen gelangt.

Man ging von der Ansicht aus, dass die Bedürfnisse des modernen Verkehrslebens eine Beschränkung des Vindikationsprinzips des römischen Rechtes bei beweglichen Sachen wenigstens in dem Masse erforderlich machen, wie es das französische System mit sich bringt.

Man glaubte aber den weiteren Schritt thun zu sollen, auch bei gestohlenen und verlorenen Sachen dem gutgläubigen Besitzerwerber denselben Schutz zu gewähren, der ihm bei bloss unterschlagenen nach dem Code civil unbedingt, und auch nach deutschem Handelsgesetzbuche, Art. 306, wenigstens unter der Bedingung gewährt wird, dass die Sache von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräussert und übergeben worden ist. [...]

(57) Hinsichtlich der Vindikationslehre hat man das französische System völlig unverändert mit seiner Zulassung der Vindikation verlorener und gestohlener Sachen, Art. 221 bis 224 (=Art. 205/206 aOR 1881), rezipirt.

Heute geltendes Recht: Art. 714 Abs. 2 ZGB/Art. 933 ZGB

438 q BGE 65 II 65

Die Beklagte kann sich daher nicht auch ihrerseits auf die Art. 714 und 933 ZGB berufen. Nach diesen Bestimmungen wird Eigentum (und Pfandrecht) an Fahrnis nicht schon durch gutgläubigen Besitz allein erworben (solange nicht Ersitzung eintritt), sondern nur durch Vollzug eines auf solche Rechtsbegründung gerichteten Rechtsgeschäftes bei gutem Glauben des Erwerbers an das Verfügungsrecht des Veräusserers.

438 r BGE 100 II 13 f., E. 2c und 3

[...] wenn es sich ergibt, dass die Beklagte jedenfalls nachträglich das Eigentum an den ihr verkauften Münzen erworben hat. Dies ist dann der Fall, wenn die Münzen Vogelsang anvertraut waren und wenn die Beklagte bei deren Erwerb gutgläubig war (Art. 714 Abs. 2 und 933 ZGB).

3.- Im Sinne von Art. 933 ZGB ist eine Sache dann anvertraut, wenn sie mit Willen des wahren Berechtigten in den Besitz des Verfügenden gelangt ist, z.B. auf Grund eines Miet-, Pacht-, Werk-, Pfand- oder eines ähnlichen Vertrages (STARK, N. 24 und HOMBERGER, N. 12 ff. zu Art. 933 ZGB; HAAB/SIMONIUS, N. 56 zu Art. 714 ZGB; OFTINGER, N. 335 ff. zu Art. 884 ZGB). [...] (14) Sie hat den falschen Rechtsschein veranlasst (zum Veranlassungsprinzip vgl. STARK, N. 29 ff. der Vorbem. zu den Art. 930-937 ZGB und N. 22 zu Art. 933 ZGB; HAAB/SIMONIUS, N. 62 zu Art. 714 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 31 des System. Teils zu Art. 641 ff. ZGB), und es erscheint daher als gerechtfertigt, dass sie die Folgen der unrechtmässigen Handlungen Vogelsangs zu tragen hat, sofern die Beklagte gutgläubig war. Im übrigen sind nach der Lehre auch aus Irrtum übertragene Sachen als anvertraut zu betrachten (STARK, N. 29 ff., HOMBERGER, N. 15, und OSTERTAG, N. 7 zu Art. 933 ZGB; HUBER, Erläuterungen, II, S. 392; vgl. auch die deutsche Rechtsprechung, BGHZ 4 S. 33 ff.).

438 s BGE 107 II 455 E. 5

Da es für den guten Glauben auf den Zeitpunkt des Rechtserwerbs ankommt, kann spätere Bösgläubigkeit, sei es nun eine solche des gutgläubigen Erwerbers oder eines Rechtsnachfolgers, in der Tat nicht

dazu führen, dass ein einmal gültig erworbenes Recht nachträglich wieder untergeht. In der Literatur wird die Endgültigkeit der heilenden Wirkung eines gutgläubigen Rechtserwerbs insbesondere auf dem Gebiet des Grundbuch- und Grundpfandrechts, aber auch auf jenem des Mobiliarsachenrechts allgemein anerkannt (HOMBERGER, N. 14 und 22 zu Art. 973 ZGB sowie N. 32 zu Art. 933 ZGB; LEEMANN, N. 15/16 zu Art. 865 und 866 ZGB sowie N. 52 zu Art. 714 ZGB; WIELAND, N. 3c zu Art. 866 ZGB und N. 7 f. zu Art. 973/974 ZGB; OSTERTAG, N. 11 zu Art. 973 ZGB; STARK, N. 72 zu Art. 933 ZGB; OFTINGER, N. 358 zu Art. 884 ZGB; JÄGGI, N. 135 zu Art. 3 ZGB).

"Mala fides superveniens non nocet" hinsichtlich eines abgeschlossenen Tatbestandes. Vgl. demgegenüber Art. 728 ZGB ("ununterbrochen", d.h. "mala fides superveniens nocet").

Cfr. Rdn 191 a

3.2.2 Dereliktion und Aneignung (*occupatio*)

439 Gai 2,66

Dennoch erwerben wir nicht nur das, was gemäss dem *ius naturale* durch *traditio* unser wird, sondern auch jene Dinge, die wir deswegen durch *occupatio* erwerben, weil sie vorher *res nullius* <herrenlos> waren; und dies gilt für alles, was auf der Erde, im Meer, in der Luft gejagt und gefangen wird.

Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquirentur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur.

Vgl. Art. 718 ZGB.

439 a D 41,7,2 pr./1 (Paul 54 ed)

(pr.) Wenn man weiss, dass eine Sache von ihrem Eigentümer für aufgegeben gehalten wird, kann man sie erwerben.(1) Proculus hielt jedoch dafür, sie scheide nicht eher aus dem Eigentum aus, als sie von jemand anderem in Besitz genommen werde; nach Julians Meinung scheidet die Sache zwar aus dem Eigentum des sie Aufgebenden aus, wird aber erst Eigentum eines anderen, wenn an ihr Besitz begründet wird, und dies trifft zu.

(pr.) Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere. sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte. (1)

440 Inst 2,1,47

Aus diesem Grund erscheint es zutreffender, dass jemand sofort Eigentümer wird, wenn er sich eine Sache aneignet, die der Eigentümer als aufgegeben betrachtet. Als aufgegeben wird dasjenige beurteilt, dessen sich der Eigentümer in der Absicht entledigt hat, dass es nicht mehr in seinem Vermögen stehe; und deshalb hört er sofort auf, Eigentümer zu sein.

Qua ratione verius esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

Cfr. Art. 729 ZGB sowie Art. 666, 964 ZGB

440 a BGE 115 IV 104 ff (106) E. 1-a)

Gemäss Art. 137 Ziff. 1 StGB begeht einen Diebstahl, wer jemandem eine fremde, bewegliche Sache wegnimmt, um sich oder einen anderen damit unrechtmässig zu bereichern. Es steht ausser Zweifel, dass es sich bei den Altpapierbündeln um bewegliche Sachen handelt und dass der Beschwerdeführer in Bereicherungsabsicht gehandelt hat. Fraglich können nur die Tatbestandsmerkmale der Fremdheit der Sache und der Wegnahme sein.

b) Der Beschwerdeführer macht denn auch sinngemäss geltend, davon ausgegangen zu sein, die Papierbündel seien keine "fremden Sachen" im Sinne des Gesetzes, da die ursprünglichen Inhaber ihr Eigentum daran aufgegeben hätten. Eine Sache ist dann "fremd", wenn sie im Eigentum eines anderen als des Täters steht. Kein Eigentum und folglich auch kein fremdes Eigentum besteht an herrenlosen Sachen. Dazu zählen derelinquierte Sachen, d. h. solche, an denen der frühere Eigentümer den Besitz aufgegeben hat in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten. Beispiele dafür sind die liegengelassene Zeitung sowie weggeworfene oder für die Müllabfuhr bereitgestellte Gegenstände (LIVER, Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht V/I, Basel, 1977, S. 344, 399). Wer demgegenüber zugunsten einer bestimmten Person oder Organisation auf das Eigentum an einer Sache verzichtet, derelinquierte nicht; in der Literatur wird diesbezüglich gerade auch die Bereitstellung von Altstoffen zur gutscheinenden Verwertung durch die abholende Person oder Organisation genannt (ZOBL, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. Zürich 1977, N. 13a zu Art. 718/719 ZGB und N. 10 zu Art. 729 ZGB). Folglich handelte es sich bei dem vom Beschwerdeführer behändigten Altpapier um eine fremde Sache.

441 D 41,7,1 (Ulpian 12 ed)

Wenn eine Sache als derelinquierte erscheint, so hört sie sogleich auf, uns zu gehören und fällt unmittelbar ins Eigentum dessen, der sie in Besitz nimmt, weil ja Sachen auf dieselbe Art und Weise aufhören uns zu gehören, wie sie erworben werden.

Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

442 D 41,2,1,1 (Paulus 54 ed)

Nach der Ansicht des jüngeren Nerva hat das Sacheigentum seinen Ursprung im natürlichen Besitz <*possessio naturalis*>, und eine letzte Spur davon hat sich noch in der juristischen Beurteilung dessen erhalten, was auf der Erde, im Wasser oder in der Luft erjagt wird; denn diese Beute wird sogleich Eigentum derjenigen, die sie zuerst in Besitz genommen haben. [...]

Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit. [...]

3.2.3 Verbindung (*accessio*)

3.2.3.1 Verbindung beweglicher Sachen

442 a D 6,1,23,2 (Paulus 21 ed)

Wenn jemand seiner eigenen Sache einen fremden Gegenstand auf eine Weise hinzugefügt hat, dass er deren Bestandteil geworden ist, wie etwa seiner Statue einen fremden Arm oder Fuss, einem Becher einen Henkel oder Boden, einem Kerzenständer eine Miniatur, einem Tisch einen Fuss, erlangt er Eigentum an der gesamten Sache und wird, wie die meisten <Juristen> lehren, die Statue sowie den Becher mit Recht als sein Eigentum beanspruchen.

Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt.

A. Akkzessionsprinzip

442 b D 6,1,23,3 (Paulus 21 ed)

Aber auch dasjenige, was auf meinen Papyrus geschrieben oder auf meine (Holz-)Tafel gemalt wird, ist sofort mein Eigentum. Dies, obgleich einige <Rechtsgelehrte> hinsichtlich des Gemäldes aufgrund dessen Wertes anderer Ansicht waren. Aber es folgt notwendigerweise

dasjenige dem Recht hinsichtlich einer Sache, was ohne diese nicht existieren kann.

Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

442 c D 6,1,23,4 (Paulus 21 ed)

In allen diesen Fällen nun, in welchen meine Sache aufgrund ihres Überwiegens eine fremde an sich zieht und in mein Eigentum überführt, werde ich im Falle der Vindikation mittels der *exceptio doli* gezwungen, den Wert des Hinzugefügten zu erstatten.

In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.

3.2.3.2 Verbindung mit Grundstücken ("*superficies solo cedit*")

442 d Gai 2,73

Ausserdem wird, was von einem anderen in unseren Grund und Boden eingebaut worden ist, obschon jener den Bau für sich errichtet hat, aufgrund eines natürlichen Rechtsgrundsatzes unser Eigentum, weil das Bauwerk dem Grund und Boden <hinsichtlich seiner rechtlichen Zuordnung> folgt.

Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.

443 D 41,1,7,10 (Gaius 2 rer cott)

Wenn jemand auf eigenem Boden fremdes Material verbaut hat, wird er offensichtlich Eigentümer des <ganzen> Gebäudes, weil alles, was <fest> eingebaut worden ist, vom Grundeigentum mitumfasst wird. [...]

Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. [...]

444 C 3,32,2,1 (Impp. Severus et Antoninus A.A. Aristaeneto; a. 213)

Aber auch dasjenige, was auf deinem Grundstück erbaut worden ist, steht - solange es in dieser Lage verbleibt - nach den Grundsätzen des Zivilrechts in deinem Eigentum. Wenn freilich abgerissen würde, fällt das Baumaterial jenes <Gebäudes> wiederum in das frühere Eigentum zurück, gleichgültig, ob das Bauwerk gut- oder bösgläubig errichtet

wurde, falls die Gebäudeteile nicht aufgrund einer Schenkungsabsicht auf dem fremden Boden eingebaut worden sind.

Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona fide sive mala fide aedificium extractum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.

444 a Inst. 2,1,29

Wenn jemand mit fremdem Material auf eigenem Grund und Boden gebaut hat, wird er als Eigentümer auch des Gebäudes anerkannt, weil alles, was man auf einem Grundstück einbaut, Bestandteil des Bodens wird (*solo cedit*). Und dennoch hört der vormalige Eigentümer des Materials nicht auf, dessen Eigentümer zu sein. Freilich kann er es vorderhand weder vindizieren noch auf dessen Vorlegung klagen (*ad exhibendum agere*) wegen eines Satzes des Zwölftafelgesetzes,^{*)} welcher anordnet, wer einen fremden Balken (*tignum*) in seine Baute eingefügt habe, nicht gezwungen werden könne, diesen wiederum auszubauen, sondern dafür aufgrund einer *actio* – der so genannten Klage wegen des eingebauten Balkens (*actio de tigno iuncto*) – dessen doppelten Wert zu leisten hat (wobei unter “Balken” sämtliches Baumaterial verstanden wird). Dies ist deswegen so geregelt worden, damit Gebäude nicht abgerissen werden müssen. Wenn aber die Baute aus irgend einem Grunde zerstört wurde, kann der Eigentümer des Materials, falls er nicht bereits den doppelten Wert erstritten hat, jenes vindizieren und auf Vorlegung klagen.

Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem quae vocatur de tigno iuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt): quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere.

^{*)} Cfr. Rdn 14 f.

445 D 41,1,7,12 (Gaius 2 rer cott sive aur)

Wenn jemand umgekehrt auf fremdem Boden mit seinem Material gebaut hat, so wird das Gebäude ins Eigentum desjenigen fallen, dem auch der Boden gehört, und wenn er <sc. der Bauende> weiss, dass der Boden jemand anderem gehört, so wird angenommen, dass er willentlich das Eigentum am Material verloren hat, und deshalb kann er dieses nicht

einmal dann mittels der Vindikation zurückfordern, wenn das Gebäude niedergerissen worden ist. Freilich kann er, wenn der Eigentümer des Bodens das Gebäude fordert, ohne die Kosten des Baumaterials und die Entlohnung der Handwerker zu vergüten, den Anspruch mittels der *exceptio doli* hemmen, allerdings nur, wenn der Bauende nicht gewusst hat, dass der Boden jemandem anderen gehört und somit in gutem Glauben war, es handle sich um sein Grundstück. Denn hat er <um die Eigentumsverhältnisse> gewusst, so kann ihm Verschulden insoweit vorgeworfen werden, als er mutwillig auf einem Boden gebaut habe, dessen Fremdheit ihm bekannt war.

Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est, et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum.

445 a D 6,1,39 pr. (Ulp 17 ed)

Bauunternehmer, welche eigene Steine verbauen überführen diese sofort ins Eigentum derjenigen, auf deren Boden sie das Bauwerk aufführen.

Redemptores, qui suis cementis aedificant, statim cementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant.

446 D 19,1,40 (Pomponius 31 Quint Muc)

Quintus Mucius schreibt: Der Eigentümer eines Landgutes hatte die Bäume eines Grundstückes auf dem Stamm verkauft, das Geld dafür in Empfang genommen und wollte sie nun nicht übergeben. Der Käufer erkundigte sich, was er tun solle und befürchtete, dass man diese Bäume nicht als sein Eigentum betrachten könnte. POMPONIUS: Bäume, die auf einem Grundstück stehen, sind keine vom Grundstück getrennte Sache, und deshalb kann der Käufer die Bäume nicht gesondert vindizieren, sondern ihm steht der Anspruch aus dem Kauf zu.

Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae. POMPONIUS: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem.

447 D 41,1,7,13 (Gaius 2 rer cott sive aur)

Wenn ich eine fremde Pflanze in meinen Boden setze, fällt sie in mein Eigentum. Wenn ich umgekehrt meine Pflanze in fremden Boden setze, gehört sie jenem <sc. dem Eigentümer des Bodens>. In beiden Fällen gilt dies jedoch nur dann, wenn sie Wurzeln geschlagen hat, denn bevor dies geschehen ist, verbleibt sie demjenigen, dem sie <ursprünglich> gehörte. [...]

Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam planta in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. [...]

447 a D 6,1,5,3 (Ulpian 16 ed)

Betreffend eines Baumes, welcher in ein fremdes Grundstück versetzt, dort einwuchs und Wurzeln trieb, erteilten Alfenus Varus und Nerva die dingliche Klage <sc. die *rei vindicatio*> als *actio utilis*. Solange jener <Baum> freilich noch nicht fest verwurzelt ist, verbleibt er in meinem Eigentum.

De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

Vgl. Art. 726 ZGB.

B. Ius tollendi (Wegnahmerecht)

447 aa D 6,1,38 (Cels 30 dig)

Du hast auf einem fremden Grundstück, das du gutgläubig gekauft hast, gebaut oder gesät. Daraufhin wird es dir entwehrt. Diesfalls wird ein verständiger Richter in Würdigung der jeweiligen persönlichen Verhältnisse sowie der Sachlage unterschiedlich entscheiden. Angenommen, der Grundeigentümer hätte dasselbe (zu bauen oder zu säen) beabsichtigt: Dann soll er um den Besitz am Grundstück wieder zu erlangen, die Aufwendungen (*impensae*) vergüten, freilich nur soweit, als die Liegenschaft dadurch an Wert gewonnen hat und nur bis zur Höhe der Aufwendungen, selbst wenn das Grundstück darüber hinaus wertvoller geworden wäre. Gehen wir aber von einem nicht begüterten Grundeigentümer aus, der im Falle der Verpflichtung zum Aufwendungsersatz die väterlichen Hausgötter und die Grabstätten seiner Vorfahren verlassen müsste: Diesfalls genügt es dir zu erlauben, von jenen (eingebauten beziehungsweise eingesäten) Sachen soviel du kannst wegzunehmen (*tollere*), solange das Grundstück dadurch nicht weniger wert sein würde, als wenn es gar nie bebaut worden wäre. Wir (= Justinian) haben nun aber in einer Konstitution angeordnet, dass im

Falle der Bereitschaft des Grundeigentümers, dem Besitzer soviel zu vergüten, als dieser (aus der Verwertung der) entfernten Gegenstände eingenommen hätte, ihm das Recht zustehe (die Wegnahme zu verweigern).[...]

In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: [...]

Cfr. Rdn 147 und 401, 404 a, 405

3.2.4 Vermischung (Vermengung)

3.2.4.1 Vermischung beweglicher Sachen

447 b D 6,1,5 pr. (Ulpian 16 ed)

Derselbe Pomponius schreibt, wenn Getreide zweier Eigentümer ohne beider Willen vermischt worden sei, stehe jedem eine *actio in rem* <sc. eine *vindicatio pro parte*> auf soviel zu, wieviel sich als Anteil eines jeden an der gesamten Menge erweist. Fall das Getreide aber mit dem Willen der Beiden vermengt worden war, nimmt man Miteigentum an, und diesfalls wird die Teilungsklage <*actio communi dividundo*> zur Verfügung stehen.

Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio.

3.2.4.2 Vermischung bei Geld

448 D 46,3,78 (Javolen 11 ex Cassio)

Wenn fremde Geldstücke wider Wissen oder Willen des Eigentümers bezahlt worden sind, so bleiben sie im Eigentum dessen, dem sie gehört haben. Sollten sie <jedoch> so <mit dem Geld des Empfängers> vermischt worden sein, dass sie nicht mehr individualisiert werden können, so werden sie Eigentum des Empfängers, wie in den Büchern des Gaius¹⁾ geschrieben steht. In diesem Fall würde dem <früheren>

Eigentümer die *actio furti* zustehen gegen den, der das Geld gegeben hatte.

Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.

¹⁾ Gaius Cassius Longinus, Schulhaupt der Sabinianer (starb während der Regierungszeit des Vespasian)

- 448 a ERLÄUTERUNGEN II, p. 126: „Nicht besonders erwähnt ist der Fall, wo jemand als Verarbeiter seines eigenen Stoffes Eigentümer der neu geschaffenen Sache wird. Es erscheint diese Rechtsfolge als selbstverständlich.

Verbindung und Vermischung werden gleichgestellt. Ihr Kriterium ist nicht die absolute Unmöglichkeit der Ausscheidung der Bestandteile, sondern die Ausschliessung der Trennung aus praktischen Erwägungen, sei es wegen dabei nicht zu vermeidender Beschädigung der Sachen oder wegen unverhältnismässiger Kosten. Miteigentum ist hier für die Eigentümer der Bestandteile die einzig richtige Lösung, wobei auf den bösen oder guten Glauben nur in bezug auf den Anspruch gesehen wird, der auf Schadenersatz und aus Bereicherung vorbehalten ist (Abs. 3 von <Art. 727>). Aus dem Miteigentum ergibt sich dann ein Liquidationsanspruch gemäss <Art. 650 f.>. Anders stellt sich die Sache dar, wenn die Verbindung so geschehen ist, dass die eine Sache als Hauptsache, die andere als nebensächlicher Bestandteil erscheint, wie z.B. bei Anstrich eines Gegenstandes mit fremder Farbe. Hier rechtfertigt sich die Zuweisung des Eigentums an den Eigentümer der Hauptsache, wiederum unter Vorbehalt der Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche.

Bei Vermischung von Geld ist das Verhältnis ein ganz anderes. Die Summe gemischten Geldes ist keine neue Sache [...]. Vermischung und Verbindung in wirklichem Sinne kann nur vorliegen, wenn Gegenstände gemengt worden sind, die in ihrer Vereinigung etwas anderes ausmachen, als jeder Gegenstand für sich genommen, wie bei Vermengung verschiedener Arten von Mehl, von Flüssigkeiten u. dgl. Indem der Entwurf sich nur auf solche Fälle bezieht, überlässt er die Ordnung betreffend die Vermengung gleichartiger Sachen stillschweigend den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.“

- 448 b Vgl. Art. 727 ZGB; Art. 484 Abs. 2 OR. Dazu BGE 47 II 267 ff.: (Sachverhalt nach Pra 10 [1921], Nr. 147):

Bei der Verhaftung eines Beamten der eidgen. Verwaltung der Befestigungsbauten von St. Maurice wurde diesem ein Geldbetrag

abgenommen, den er im Amtslokale in dem zu seiner persönlichen Verfügung stehenden Schreibpultfache aufbewahrt hatte. Dieses Geld vindiziert die Klägerin von der Gerichtsschreiberei, bei der es deponiert war, während diese ihn zur Deckung von Strafprozess und sonstigen Kosten verwenden will. Die Klage wird abgewiesen.“) BGE 47 II 270 f. E. 2: *„La première condition pour qu’une action en revendication puisse aboutir est que le demandeur établisse sa qualité de possesseur antérieur de l’objet revendiqué. Il faut par conséquent que cet objet puisse être reconnaissable et qu’un signe quelconque permette de l’individualiser parmi d’autres objets semblables, ou enfin que les circonstances autorisent à conclure qu’il s’agit bien de la chose réclamée et non pas d’une autre pareille. A part de rares exceptions, il n’est pas possible d’individualiser les pièces d’or et d’argent qui dès lors ne peuvent être revendiquées, même contre l’acquéreur de mauvaise foi. [...] Physiquement, la séparation des objets réunis est facile, mais il est impossible d’établir le droit de propriété sur tel ou tel d’entre eux. On ne peut y appliquer par analogie à cette réunion de pièces de monnaie les dispositions de l’art. 727 CCS sur l’adjonction et le mélange et considérer la Confédération suisse¹⁾ et Rouge²⁾, soit la masse en faillite, comme copropriétaires, puisqu’il ne s’agit pas d’une chose nouvelle dont le partage serait impossible ou simplement dommageable. Il ne peut être question non plus de considérer une partie des pièces comme l’accessoire de l’autre. Il faut dès lors admettre que, conformément au droit commun, celui qui, même de mauvaise foi, mélange l’argent d’autrui avec le sien, devient propriétaire du tout et que seule une action personnelle peut être dirigée contre lui (cf. WIELAND, ad art. 727 n. 6 et art. 481 CO).“*

¹⁾ Confédération suisse = Klägerin

²⁾ Masse Maurice Rouge et l’Etat du Valais = Beklagte

(Übersetzungsvorschlag) – Die erste Voraussetzung für eine erfolgreiche Vindikation liegt im Nachweis des Klägers, Vorbesitzer der vindizierten Sache gewesen zu sein. Dieser Gegenstand muss folglich identifiziert werden können, indem irgendein Merkmal es zulässt, ihn unter anderen ähnlichen Objekten auszumachen oder indem schliesslich die Umstände zur Annahme berechtigen, dass es sich tatsächlich um die jetzt herausverlangte Sache und nicht um eine andere, gleichartige handelt. Ausser einiger weniger Ausnahmefälle ist es nicht möglich, Gold- und Geldstücke zu individualisieren, welche mithin nicht herausverlangt werden können, auch nicht gegenüber einem schlechtgläubigen Erwerber. [...] Rein tatsächlich ist die Trennung der vermischten Gegenstände leicht möglich, aber es ist ausgeschlossen, unter all diesen Objekten an diesem oder an jenem das bestehende Eigentum festzustellen. Auf die Vermischung von Geldstücken lassen sich die Bestimmungen des Art. 727 ZGB betreffend der Verbindung und Vermischung nicht per analogiam anwenden und die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie M. Rouge bzw. dessen Konkursmasse können nicht als Miteigentümer betrachtet werden, weil es sich bei der vermischten Summe nicht um eine neue Sache, deren Aufteilung unmöglich oder zu aufwendig wäre, handelt. Es kann aber auch nicht in Frage kommen, einen Teil der Geldstücke als Zugehör der übrigen zu bewerten. Man hat somit davon auszugehen, dass in Übereinstimmung mit dem römisch-gemeinen Recht derjenige, welcher – selbst bösgläubig

- fremdes Geld mit seinem eigenen vermischt, Eigentümer der Gesamtsumme wird, und gegen ihn lediglich ein obligatorischer Anspruch erhoben werden kann.

Beachte auch Art. 935 ZGB.

3.2.5 Verarbeitung (*specificatio*)

449 D 41,1,7,7 (Gaius 2 rer cott)

Wenn jemand aus einem fremden Werkstoff irgend einen Gegenstand für sich hergestellt hat, nehmen Nerva und Proculus an, der Verarbeiter werde Eigentümer, weil das Ergebnis seiner Arbeit vordem in niemandes Eigentum gestanden habe. Sabinus und Cassius halten es demgegenüber für sachgerecht, dass der Stoffeigentümer auch Eigentümer des daraus gefertigten Gegenstandes sei, weil ohne Werkstoff kein Produkt hätte hergestellt werden können: Wenn ich beispielsweise aus deinem Gold, Silber oder Kupfer irgendein Gefäß hergestellt, oder aus dir gehörenden Brettern ein Schiff, einen Schrank oder einen Sessel gefertigt hätte, oder deine Wolle zu einem Kleidungsstück, deinen Wein und Honig zu Honigwein, dir gehörende Heilmittel zu einem Pflaster oder einer Salbe oder deine Trauben, Oliven oder Ähren zu Wein, Öl beziehungsweise Getreide verarbeitet hätte. Es besteht aber auch eine Mittelmeinung derer, die dafür halten, die Lehre des Sabinus und des Cassius sei angemessener, wenn das Fabrikat wieder in seinen Urzustand zurückgeführt werden könne; falls es aber nicht mehr rückführbar sei, treffe die Meinung des Nerva und des Proculus zu. [...]

Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere <tuo> vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. [...]

450 Inst 2,1,25

[...] Nach einigen Schulenstreitigkeiten der Prokulianer und der Sabinianer setzte sich die Mittelmeinung derjenigen durch, welche lehrten, der Stoffeigentümer verbleibe im Eigentum, falls sich das

Produkt in den ursprünglichen Zustand zurückführen lasse, sei dies aber nicht mehr zu bewerkstelligen, sprächen die besseren Gründe für das Eigentum des Herstellers. [...]

[...] Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit. [...]

Art. 726 ZGB.

450 a Gai 2,79

[...] Einige <Rechtsgelehrte> vertreten die Meinung, es sei auf das Material und auf die Substanz Bedacht zu nehmen, mit dem Ergebnis, dass dem Stoffeigentümer dann offensichtlich auch das Fabrikat gehört. Dies lehrten insbesondere Sabinus und Cassius. Einige nehmen demgegenüber an, die Sache stehe im Eigentum des Herstellers. Dies hielten in erster Linie die Gelehrten der anderen Rechtsschule für zutreffend, wie auch, dass dem vormaligen Material- und Substanzeigentümer demjenigen gegenüber, der ihm die Sache entwendet hat, die Diebstahlsklage zustehe und um nichts weniger auch die *condictio*, weil ja die umgestalteten Sachen nicht mehr vindiziert, wohl aber von Dieben wie von bestimmten anderen Besitzern kondiziert werden können.

[...] Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse; idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero eius rem esse putant, qui fecerit; idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, fuerit adversus eum, qui subriperit, habere actionem; nec minus adversus eundem conductionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

451 D 19,2,39 (Ulpian 2 ed)

Ein Miet-, Pacht- oder Werkvertrag verändert grundsätzlich nichts an der Eigentumslage.

Non solet locatio dominium mutare.

4. Besitz (*possessio*)

4.1 Allgemeines

452 D 41,2,12,1 (Ulpian 70 ed)

Eigentum und Besitz haben keine Gemeinsamkeiten; daher wird demjenigen das *interdictum uti possidetis* nicht verweigert, der bereits das Vindikationsverfahren eingeleitet hat; denn wer seine Sache vindiziert, hat offenkundig nicht auf den Besitz verzichtet.

Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

452 a D 43,17,1,2 (Ulp 69 ed)

Grundlage dieses Interdiktes war, dass der Besitz vom Eigentum <begrifflich> unterschieden werden muss. Es kann nämlich sein, dass der eine Besitz aber kein Eigentum hat, ein anderer zwar Eigentümer, jedoch nicht Besitzer ist. Freilich kann der Besitzer zugleich auch Eigentümer sein.

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, uter alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

452 b HUBER. Eugen, Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts (als Manuskript vervielfältigt, 1911)

(195) Endlich mag auch als besondere Form, als Art der Form angefügt werden der Besitz. Zwar nicht der Besitz bei Immobilien, für die Immobilien hat der Besitz nur die Bedeutung, dass er einen Schutz erfährt gegen gewisse eigenmächtige Handlungen, sonst werden das Immobile und die daran bestehenden Rechtsverhältnisse geschützt durch das Grundbuch. Dagegen in bezug auf den Mobilienverkehr können wir den Besitz geradezu die Form des dinglichen Rechtes nennen. Gerade so wie der Grundbucheintrag bei den dinglichen Rechten an Grundstücken wirkt, so wirkt im grossen und ganzen der Besitz bei den Mobilien, so dass aus diesem Grunde das ZGB. durchaus berechtigt war, aus Besitz und Grundbuch einen eigenen, geschlossenen Abschnitt zu bilden. Das eine erklärt das andere. [...]

453 D 41,2,49,1 (Papinian 2 def)

Diejenigen, welche sich unter fremder *potestas* befinden, können zwar einen Pekuliargegenstand faktisch innehaben; ein Haben im Rechtssinne,

ein Besitzen, ist ihnen jedoch nicht möglich, da der Besitz nicht nur ein tatsächlicher, sondern auch ein Rechtsbegriff ist.

Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.

Entspricht D 43,17,1,2 (Ulp 69 ed)

454 D 41,1,48 pr. (Paulus 7 Plaut)

[...] Es spielt dabei <sc. für den Besitzestatbestand> keine Rolle, ob die Sache, die ich in gutem Glauben gekauft habe, durch Zeitablauf ersessen werden kann oder nicht, wie z.B. wenn sie einem Unmündigen gehört oder gewaltsam in Besitz genommen wurde oder einem Provinzialstatthalter unter Verstoss gegen das Verbot der Bestechung geschenkt und von diesem einem gutgläubigen Käufer weiterveräussert wurde.

[...] nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.

455 D 45,1,38,9 (Ulpian 49 Sab)

Der Terminus „haben“ <= *habere*> wird in doppeltem Sinne verstanden: Denn man sagt, dass jemand eine Sache „hat“, der ihr Eigentümer ist, sowie wenn er zwar nicht deren Eigentümer ist, wohl aber die Sache für sich innehat; schliesslich pflegen wir sogar vom „Haben“ der bei uns in Verwahrung liegenden Sache zu sprechen.

'Habere' dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem apud nos depositam solemus dicere.

Vgl. Art. 919 ZGB.

455 a Dazu die Bemerkungen E. HUBERS in: ERLÄUTERUNGEN II, p. 373 ff.:

„Der **Mobiliarbesitz** erfährt seine Anerkennung für den Rechtsschutz nach drei Richtungen.

Erstens wird das Recht beim Besitzer in der Weise vermutet, dass der Ansprecher, um gegen ihn durchdringen zu können, die Hinfälligkeit der Vermutung erst beweisen muss. Der Besitzer ist Beklagter im Rechtsstreit mit der Folge, dass er für das von ihm behauptete dingliche Recht gar keinen Beweis zu erbringen hat. Man hat die für ihn streitende Rechtsvermutung zu brechen, bevor man ihm etwas anhaben kann.

Zweitens kann sich derjenige, der Besitzer ist, gegenüber dem Verlust, der wider seinen Willen eingetreten ist, für die Wiedererlangung der Sache einfach auf seinen Besitz berufen. Ohne sein Recht beweisen zu müssen, geht er dem jetzigen Besitzer vor und erlangt von ihm die Rückleistung. Sein Recht an der Sache wird auch hier ohne weiteres vermutet. Er hat mit dem Besitz zunächst auch das von ihm behauptete Recht an der Sache bewiesen. Alle die Schwierigkeiten, die mit dem Nachweise seiner eigenen Berechtigung für den Vindikanten verbunden sind, fallen hiermit dahin.

Drittens vermag der Besitzer die Rechtsvermutung auch auf einen Nachfolger im Besitz zu übertragen, so dass dieser geschützt ist, sobald er nur in gutem Glauben erworben hat und es sich nicht um unfreiwilligen Verlust des Besitzes bei einem Vorbesitzer handelt. [...]

Zunächst findet mit der Umschreibung des Besitzes rein nach der tatsächlichen Beziehung der Herrschaft über die Sache und ohne jede Heranziehung eines Willens der Person selbst, der über den Willen zur Betätigung der Gewalt über die Sache hinausginge, eine Erweiterung des Besitzesbegriffes statt, die geeignet ist, die Bedeutung des Besitzes für den Rechtsverkehr in einfacher und klarer Weise zu fixieren. [...] (374) Der hierin sich manifestierende Gedanke erhält aber erst konsequente Anerkennung, wenn überhaupt die Absicht des Gewalthabers, weil im Verkehrsleben nicht erkennbar, als für den Besitzesbegriff irrelevant bezeichnet wird. Es kann dieses Moment für die Beteiligten, d.h. für die Beziehung unter ihnen selbst je nach Umständen von grosser Bedeutung sein. Für die Wirkung des Besitzes in der Rechtsordnung ist es unwesentlich. Hier (sc. für die Wirkung des Besitzes in der Rechtsordnung) hat man nur mit der äusserlich wahrnehmbaren Gewalt über die Sache zu rechnen. Damit fallen, und dies ist ein praktisch eminenter Vorteil dieser Ordnung, alle die Schwierigkeiten in der Feststellung des 'animus possidendi' dahin. [...] Hat jemand eine Sache inne, ohne daran auch nur das mindeste Recht zu beanspruchen, so liegt ja schon in dieser Voraussetzung, dass er es zu keinem irgendwie die Rechtsordnung berührenden Konflikt wird kommen lassen. Sobald er aber ein Recht daran behauptet, die Sache also in irgend einer Weise zu behalten beansprucht, so liegt ein Verhältnis vor, das als Besitz anerkannt werden und zu besondern Rechtsfolgen führen muss. Was für die Rechtsordnung Bedeutung erhält, ist stets der Besitz, und zwar ohne jede weitere als die äusserliche Charakterisierung. Was dagegen rechtlich gar nicht anerkannt sein will, hat für die Rechtsordnung keine Bedeutung, und was auf die innere Absicht der Beteiligten abstellt, gehört vor ein Forum, das nicht auf dem Gebiete der Besitzesordnung liegt. [...] (380) In jedem einzelnen Falle hat man auf das Verhältnis der tatsächlichen Gewalt zurückzugreifen, und gelangt dabei, wenn der Besitzer seine tatsächliche Gewalt nicht mehr mit eigenen Händen, sondern durch die Hände eines andern ausübt, unbestrittenermassen und ohne Schwierigkeit zu dem einen Ergebnis, dass er auch in solchem Falle

Besitzer ist. Ob aber der die Gewalt unmittelbar Ausübende Besitzer, und zwar unselbständiger, sei, das hängt von den Tatbestandsmomenten des gegebenen Verhältnisses ab.“

Cfr. Rdn 391 c, 434 b, 472 b

4.2 Erwerb, Erhaltung und Verlust des Besitzes

4.2.1 Unmittelbarer Besitz

4.2.1.1 Erwerb

A. An Fahrnis

456 D 41,2,3,1 (Paulus 54 ed)

Wir erwerben den Besitz durch tatsächliche *und* willentliche Aneignung, nicht aber aufgrund bloss tatsächlichen Ergreifens oder des Willens allein. [...]

Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. [...]

457 PS 5,2,1 (Pauli sententiae)

Den Besitz erlangen wir durch willentliche und faktische Aneignung, voluntativ durch unseren eigenen Willen, körperlich durch unsere oder fremde faktische Herrschaft. [...]

Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. [...]

457 a Vgl. Art. 919 ZGB. – Dazu die Bemerkungen Eugen HUBERS in: ERLÄUTERUNGEN II, p. 385:

„Mit der Gewalt verbindet sich ja, wie schon oben hervorgehoben worden ist, immer der Wille, sie zu betätigen. Fehlt dieser, so besteht auch die Gewalt nicht.“

Vgl. insbes. auch Rdn 455 a.

457 b BGE 121 III 347 f. E. 2a

Im Unterschied zum Eigentumserwerb, der nach dem Kausalitätsprinzip ein gültiges Grundgeschäft voraussetzt (BGE 55 II 302 E. 2), ist der Übergang des Besitzes ein tatsächlicher Vorgang, der nach einhelliger Auffassung nicht von der Gültigkeit des zugrundeliegenden

Rechtsgeschäftes abhängt (HINDERLING, a.a.O., S. 429 f.; LIVER, Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 325 f.; STARK, Berner Kommentar, N 32 zu Art. 933 ZGB; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar, N 64 zu Art. 714 ZGB). Da die Unverbindlichkeit des Grundgeschäftes keinen Einfluss auf die Besitzübertragung als Realakt hat, erweist sich ein Willensmangel in bezug auf dieses Rechtsgeschäft auch als unerheblich dafür, ob eine Sache mit dem Willen des Erstbesitzers dem neuen Besitzer anvertraut wurde oder ihm ohne seinen Willen abhandengekommen ist.

B. An Liegenschaften

457 c D 41,2,3,1 (Paul 54 ed)

[...]^{*)} Wenn wir aber lehrten, dass der Besitzerwerb die tatsächliche und willentliche Aneignung erfordere, ist dies freilich nicht so aufzufassen, dass wer an einem Grundstück Besitz begründen will, das ganze Grundstück zu umschreiten habe, sondern es reicht aus, irgend einen Teil der Liegenschaft zu betreten, soweit dies im Bewusstsein und mit der Absicht geschieht, das gesamte Grundstück innerhalb seiner Grenzen besitzen zu wollen.

[...] *Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

^{*)} Rdn 456

Cfr. auch Rdn 387

4.2.1.2 Erhaltung

458 PS 5,2,1 (Pauli sententiae)

[...] Nur gestützt auf den Willen können wir freilich den Besitz nicht erwerben; ihn <sc. den Besitz> uns aber zu erhalten, sind wir durch den blossen Willen in der Lage, wie es sich bei Winter- beziehungsweise Sommerweiden tatsächlich ereignet.

[...] *sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.*

459 D 41,2,3,11 (Paulus 54 ed)

Winter- beziehungsweise Sommerweiden behalten wir aufgrund unseres Willens im Besitz, obschon wir sie zu bestimmten Zeiten verlassen.

Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

Vgl. Art. 921 ZGB.

4.2.1.3 Verlust

- 460 D 41,2,3,9 (Paulus 54 ed)
 Wenn ich die Sache einem anderen übereignet habe, verliere ich den Besitz. Denn es ist gesicherte Lehre, dass wir besitzen, bis wir willentlich den Besitz aufgeben oder aber gewaltsam daraus verdrängt werden.
Et si alii tradiderim, amitto possessionem. nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiectioni fuerimus.
- 460 a D 41,2,18 (Cels 23 dig)
 [...] Es ist nämlich lächerlich zu lehren, dass man den Besitz ausschliesslich durch den Uebergabevorgang als solchen aufgeben wolle. Vielmehr will derjenige ihn aufgeben, der sich entscheidet, dass er übertrage.
[...] Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quis existimat se transferre.
- 461 D 41,2,3,6 (Paulus 54 ed)
 Auch beim Besitzesverlust ist auf den Willen des Besitzers abzustellen. Wenn du dich also auf einem Grundstück befindest und dieses trotzdem nicht mehr besitzen willst, verlierst du sogleich den Besitz. Daher kann der Besitz allein durch eine Willensbetätigung <solo animo> verloren werden, obgleich er <auf diese Weise> nicht erworben werden kann.
In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.
- 462 D 41,2,25 pr. (Pomponius 23 Quint Muc)
 Wenn wir das, was wir besitzen, so verloren haben, dass wir nicht mehr wissen, wo die Sache sich befindet, dann hören wir auf, zu besitzen.
Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

- 462 a Anders beim Verlust des Eigentums (Art. 729 ZGB). - ERLÄUTERUNGEN II, p. 128 f.: „Man kann Fahrniseigentümer sein, auch ohne unmittelbar Besitzer zu sein. Erst die Aufgabe des Rechtes oder die Erwerbung des Eigentums durch einen andern führen den Verlust herbei. Freilich kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht gewisse Umstände den Verlust zur Folge haben sollten, ohne dass die Ersitzung oder die für den Fund aufgestellte Frist abgewartet werden müsse. So ist es selbstverständlich, wenn es auch beim Fahrniseigentum nicht, wie beim Grundeigentum <Art. 666> , besonders gesagt zu werden braucht, dass der Untergang des Eigentums durch Untergang des Eigentumsgegenstandes herbeigeführt wird. Kann nun, so darf man fragen, nicht der Verlust jeder Möglichkeit, die Sache wieder zu erlangen, Besitzesverlust also in Verbindung mit dem Verlust der Wiedererlangungsmöglichkeit, dem körperlichen Untergange gleich (129) gehalten werden? Allein da hilft, wie uns scheint, die Regel die bereits in anderem Zusammenhang von uns vorausgesetzt werden musste, dass eben das Eigentum überhaupt nur an solchen Gegenständen möglich ist, die der rechtlichen Herrschaft zugänglich sind. Wird also bei einem derartigen Verlust die Sache zu einer solchen, die nicht mehr der rechtlichen Herrschaft unterwerfbar ist, so vermag sie auch nicht mehr Eigentum zu ertragen, und dieses geht unter. Man denke an die Verflüchtigung eines flüssigen Gases, an die Versenkung eines Geldstückes in ein weites, tiefes Gewässer usw.“

4.2.2 Mittelbarer Besitz und Besitzdienerschaft

- 463 Gai 4,153

Nach herrschender Lehre besitzen wir nicht nur, falls wir selbst den Besitz ausüben, sondern auch dann, wenn sich ein anderer in unserem Namen im Besitz befindet, auch wenn dies jemand ist, der uns nicht gewaltunterworfen ist, beispielsweise der Pächter oder Mieter. Aber wir besitzen offensichtlich auch durch diejenigen, bei denen wir etwas hinterlegt, denen wir etwas geliehen oder ein kostenloses Wohnrecht eingeräumt haben. Und dieser Tatbestand wird gewöhnlich so umschrieben, dass wir uns den Besitz erhalten durch jedermann, der in unserem Namen sich im Besitz befindet. [...]

Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iure subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. [...]

Vgl. Art. 920 ZGB.

463 a ERLÄUTERUNGEN II, p. 378/379: „(378) Nun kann aber die tatsächliche Gewalt in sehr verschiedenem Sinne gegeben sein, und man würde der Natur der Umstände nicht gerecht, wenn man nur die tatsächliche Innehaltung der Sache als Besitz gelten lassen wollte. Wir denken an die Fälle, wo jemand die Sache einer Person übergibt, die unter einer rechtlichen oder auch bloss tatsächlichen Gewalt des Besitzers sich befindet. Die Gewalt über die Sache wird in solchen Fällen mittelbar, d.h. durch die zweite, die Sache unmittelbar in ihrer Gewalt habende Person ausgeübt. Darnach wird man dann allerdings zwei Fälle des Besitzes unterscheiden müssen, den direkten und den indirekten Besitz. Allein diese Bezeichnung weckt die Vorstellung, als ob die Person, die unmittelbar die Sache in der Gewalt hat, sich in der dominierenden Stellung befinde, während das Verhältnis (379) regelmässig gerade das umgekehrte ist. Richtiger würde es daher wohl sein, wenn man denjenigen Besitz, der ohne jede Abhängigkeit von einem Anderen ausgeübt wird, den selbständigen, denjenigen aber, der sich in einer solchen Abhängigkeit befindet, den unselbständigen nennen würde, eine Terminologie, die der Entwurf in das Marginale zu Art. 920 aufgenommen hat. Mit dieser Unterscheidung gewinnen wir in jedem Falle das Resultat, dass auch derjenige den Besitz hat, der die Sache nur dadurch beherrscht, dass er sie jemand anderem übergibt, der in seiner Abhängigkeit steht und tatsächlich auch sie nicht für sich besitzen will. Der mittelbare Besitz des deutschen BGB, oder der selbständige Besitz nach dem Entwurf ist ihm gewahrt, solange dieser Gewalt gemäss tatsächlich verfahren wird. Der Pferdeeigentümer behält also den Besitz an dem Pferde, auch wenn er es einem andern zur Miete überlässt, solange dieser es als Mieter in seiner Gewalt hat. Er hört aber allerdings auf, Besitzer zu sein, sobald der tatsächliche Besitzer nicht mehr Mieter, sondern Eigentümer der Sache zu sein behauptet. In diesem Falle hat die Gewalt über die Sache, auch als mittelbare, für jenen ein Ende genommen, und es bleibt ihm unter Umständen nur eine Klage aus dem früheren Besitze oder aus dem Eigentum.

Ebenso muss aber auch der zweite, der die Sache in seiner körperlichen Gewalt hat, als Besitzer gelten; er ist der unselbständige Besitzer, sobald er die Sache zu einem dinglichen oder persönlichen Rechte innehat. Also sind der Nutzniesser und der Faustpfandgläubiger Besitzer, ebenso aber auch der Mieter, der Pächter, der Depositar, der Kommodotar. Denn sie alle haben über die Sache eine Gewalt, eben die, die ihnen von dem selbständigen Besitzer eingeräumt worden ist.“

463 b BGE 109 II 205 E. 3

Dagegen wird vom Gesetz nicht nur derjenige als Besitzer anerkannt, der eine direkte Sachherrschaft ausübt, sondern auch jener, der gestützt auf ein dingliches oder obligatorisches Recht nur mittelbar für sich oder einen andern die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausüben lässt (Art. 920 Abs. 1 ZGB).

464 D 41,2,18 pr. (Celsus 23 dig)

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

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Cfr. Rdn 391

464 a Eugen HUBER in ERLÄUTERUNGEN II, p. 381:

„2. Wenn der selbständige Besitzer die Sache zwar nicht in seiner eigenen Gewalt hat, sie aber so in die Gewalt eines andern gibt, dass er seine beliebige Verfügung daran behält und nur auf freies Zusehen hin dem Beauftragten die Gewalt belässt, so liegt der Fall offenbar insofern anders, als man schwerlich wird sagen können, der Beauftragte habe ein Recht an der Sache oder auf deren Besitz. Er kann sie dem selbständigen Besitzer aus keinem Rechtsgrund vorenthalten, weder aus persönlichem noch aus dinglichem Recht. Die Gewalt aber, die der selbständige Besitzer über die Sache ausübt, kann gegenüber dem sie tatsächlich in der körperlichen Gewalt habenden in verschiedenem Sinne gegeben sein. Es kann eine rein prekaristische Übergabe sein, wie z.B. wenn jemand einem andern in seiner Gegenwart ein Buch oder Bild zum Beschauen überreicht. Dann hat der Empfänger auf Grund des Verhältnisses zu jenem keine körperliche Gewalt über die Sache, die irgend eine rechtlich relevante Gestalt angenommen hätte, und er ist nicht Besitzer, auch nicht unselbständiger. Oder die Sache kann sich in den Räumen und im allgemeinen Gewahrsam des selbständigen Besitzers befinden, ohne dass seine Gewalt daran körperlich in jedem Augenblick und für jedermann sofort in die Augen spränge. Der Beauftragte hat wohl die allgemeine Möglichkeit, diese Sachen anzugreifen und an sich zu ziehen, aber sein Auftrag geht nicht dahin, wie bei den Dienstboten und Arbeitsleuten im allgemeinen. Auch da wird man an der einzelnen Sache dem so allgemein Beauftragten keinen Besitz, auch nicht unselbständigen, zuschreiben dürfen. In den beiden Erscheinungsformen dieser zweiten Möglichkeit würde also nur einer als Besitzer, und zwar als selbständiger Besitzer zu betrachten sein.“

465 D 41,3,16 (Javolen 4 Plaut)

Hinsichtlich eines Sklaven, der als Pfand gegeben worden ist, muss die *actio ad exhibendum* <= Klage auf Vorlegung der Streitsache vor Gericht> nicht gegen den Schuldner, sondern gegen den Gläubiger angestrengt werden, weil derjenige, welcher eine Sache zu Pfand übergibt, nur den Besitz behält, soweit er die Ersitzung betrifft; was alle anderen rechtlichen Belange angeht, besitzt der Pfandnehmer. [...]

Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet. [...]

4.3 Arten des Besitzes

4.3.1 Nach *ius civile*

466 FESTUS De verborum significatione, s.v. possessio (260)

Der Besitz ist, wie Aelius Gallus definiert, die Ausübung des Gebrauchs an einem Feld oder Gebäude und nicht das Grundstück oder das Feld selbst; der Besitz gehört offensichtlich nicht zu denjenigen Sachen, die berührt werden können; auch kann derjenige, welcher erklärt, dass er besitze, damit nicht anzeigen, die Sache sei die seine. [...]

Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii non ipse fundus aut ager; non enim possessio est e rebus quae tangi possunt neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. [...]

467 tab 6,3 (Cicero top 4,23)

Die Besitzgewährschaft beträgt bei einem Grundstück zwei Jahre, bei übrigen Gegenständen ein Jahr.

Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.

4.3.2 Nach *ius praetorium* (= *ius honorarium*): **Besitzschutz durch Interdikte**

468 D 6,1,24 (Gaius 7 ed)

Wer sich entschlossen hat, eine Sache herauszuverlangen, sollte sich vergewissern, ob er den Besitz mittels irgendeines Interdiktes wiederherstellen könne, weil es bei weitem einfacher ist, selbst zu besitzen und dem Prozessgegner die Beweislast des Klägers

aufzuzwingen als dem anderen gegenüber, der sich im Besitze befindet, eine Klage anzustrengen.

Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere.

469 D 41,2,35 (Ulpian 5 omn trib)

Der Ausgang des Besitzschutzverfahrens führt lediglich dazu, dass der Richter anordnet, welchem der beiden der Besitz zustehen soll. Daraus folgt, dass der im Besitzesstreit Unterlegene in der Klägerrolle aufzutreten hat und dass dann über die Eigentümerstellung verhandelt wird.

Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet iudex, uter possideat: ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur et tunc de dominio quaeratur.

4.3.2.1 *interdictum uti possidetis*

470 Wie ihr das Haus, um das es hier geht, jetzt besitzt, und zwar so, dass der eine den Besitz vom anderen weder durch Gewalt noch heimlich noch durch Bittleihe erlangt hat, so <sollt ihr auch weiterhin besitzen, und> ich verbiete < euch beiden >, Gewalt anzuwenden <mit dem Ziel>, dass ihr nicht mehr so besitzt.

Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

(Übersetzung in Anlehnung an KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 21, II, 1a, Rdn 7.)

4.3.2.2 *interdictum utrubi*

471 Bei welchem von euch dieser Sklave, um den es hier geht, den grösseren Teil dieses Jahr gewesen ist, und zwar so, dass der eine den Besitz vom andern weder durch Gewalt noch heimlich noch durch Bittleihe erlangt hat: <bei dem soll der Besitz von nun an sein; und> dagegen, dass dieser <der Teil, der den längeren fehlerfreien Besitz gehabt hat> ihn <den Sklaven> wegführe, verbiete ich, Gewalt anzuwenden.

Utrubi vestrum hic homo quo de agitur maiore parte huius anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.

(Übersetzung in Anlehnung an KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 21, II, 1b, Rdn 9.)

471 a BGE 94 II 353 E. 3

Die Besitzesschutzklagen bezwecken grundsätzlich nur die Wiederherstellung und Erhaltung eines früheren tatsächlichen Zustandes. Sie führen (unter Vorbehalt von Art. 927 Abs. 2 ZGB, der hier nicht in Frage steht) nicht zu einer Entscheidung über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes, auch wenn sich die Besitzesfrage nicht immer ganz von der Rechtsfrage trennen lässt, sondern gewähren dem Kläger nur einen provisorischen Schutz (HOMBERGER N. 13 zu Art. 927 ZGB). Daran ändert nichts, dass über die Wiederherstellung des früheren Zustands als solche endgültig entschieden wird; denn ein Prozess über die materielle Rechtslage kann die Wirkungen des im Besitzesschutzverfahren erstrittenen Urteils beseitigen.“ Bestätigt in BGE 113 II 243 f. E. 1.

4.3.3 Objektivität des Besitztatbestandes

472 D 41,5,2,1 (Julian 44 dig)

Wenn allgemein die Regel vertreten wird, dass sich niemand den Grund des Besitzes ändern könne, so ist dies so zu verstehen, dass der Besitz eben nicht nur als zivilrechtlicher, sondern auch als natürlicher begriffen wird. [...]

Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. [...]

4.3.4 Gleichwertigkeit des Besitztitels mehrerer Personen

472 a D 50,17,128 pr. (Paul 19 ed)

Bei gleichem Rechtsgrund ist die Stellung des Besitzers für die stärkere zu halten.

In pari causa possessor potior haberi debet.

4.3.5 Besitz als äussere Erscheinung des dinglichen Rechts: die Gewere als Modell der sachenrechtlichen Rechtszuständigkeit

472 aa D 7,6,5 pr. (Ulp 17 ed)

[...] Sollte freilich dem Kläger das Eigentumsrecht nicht zustehen, obsiegt allerdings der die Nutzung Ausübende und zwar kraft des Rechtsgrundsatzes, wonach Besitzende in der stärkeren Rechtsstellung

sich befinden, selbst wenn sie ein Recht zum Besitz nicht aufweisen sollten.

[...] Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

472 b HUBER, Eugen, Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht (Bern 1894) p. 19 ff.

Wer die Gewere an einer Sache oder eine Sache in seiner Gewere hat, kann über sie dergestalt verfügen, dass er das (20) Recht an der Sache, wie es sich in der Gewere darstellt, mit dieser auf andere überträgt. Seine Verfügung erfolgt über die Gewere, betrifft aber nach der Meinung der Handelnden nicht den Besitz und das bloss thatsächliche Haben, sondern das Recht selbst. Seine Verfügung ist dinglicher Wirkung in der Gestalt der Gewere, das dingliche Recht aber verknüpft sich dabei für bewegliche und unbewegliche Sachen dergestalt mit der Gewere, dass diese als Voraussetzung der Verfügungsbefugnis und die Befugnis als Folge der Gewere erscheint. Diese allgemeine Beobachtung kann man nach zwei Richtungen näher verfolgen.

Negativ nämlich bedeutet die Einwirkung auf die Verfügungsbefugnis, dass nur derjenige ein dingliches Recht an der Sache auf einen andern übertragen kann, der die Gewere an der Sache hat. Ohne Gewere giebt es also keine Translationsmöglichkeit. So gilt dies für den Mobilienverkehr nach dem allgemeinen deutschrechtlichen Grundsatz, dass Eigentum, Pfandrecht u. s. w. nur durch Übergabe des Mobile rechtskräftig konstituiert werden könne. Es hat aber auch seine Geltung für das Immobiliarsachenrecht [...]. (21)

Positiv sodann liegt in dieser Wirkung der Gewere, dass, wer die Gewere hat, mit ihr auch das dingliche Recht übertragen und vererben kann. Allerdings bedarf der Übertragende zur Konstituierung der Gewere nicht bloss des thatsächlichen Besitzes, sondern auch der Behauptung objektiv erworbenen Rechtes, hat also die Gewere ohne diese Rechtsbehauptung nicht zu beanspruchen. Wenn er nun aber auf einen andern die Sache überträgt, so genügt für diesen zum Erwerb der Gewere, dass in seiner Person Besitz und Rechtsbehauptung vereinigt seien. Jedermann also, der äusserlich im Verkehr als Inhaber der Gewere auftritt, kann die Gewere auch auf andere übertragen, und diesen verschafft die Gewere das dingliche Recht, solange sie nicht von anderer Seite vermöge der Offensivwirkung früherer Verhältnisse gebrochen wird.

Die Gewere giebt also ihrem Inhaber bei Mobilien und Immobilien die Legitimation, das dingliche Recht in Gestalt der Gewere auf andere zu übertragen, und nur die Gewere giebt diese Möglichkeit, eine Funktion, die wir als die Translativwirkung der Gewere bezeichnen können.

Allen den drei Wirkungen, die wir damit unterschieden haben, der Defensiv-, Offensiv- und Translativwirkung, liegt die gleiche Eigenschaft der Gewere zu Grunde, wonach diese (22) sich darstellt als die Gestalt, unter welcher das dingliche Recht verteidigt, erobert und übertragen wird. Vom dinglichen Recht wird nicht gesprochen, obgleich es überall gemeint ist und den realen Kern aller der mit der Gewere verbundenen Rechtshandlungen bildet. Nicht nur giebt es kein dingliches Recht, das nicht in einer Gewere darstellbar wäre, wie *Heusler* zutreffend sagt, sondern es wird auch jedes dingliche Recht nur unter der Gestalt einer gegenwärtigen, früheren oder erst zu erlangenden Gewere im Rechtsleben anerkannt. Das dingliche Recht kleidet sich in die Gewere, um des Rechtsverkehrs teilhaftig zu werden.

II

Nach den Aussprüchen der Quellen besteht die Gewere stets aus zwei Elementen, die in jedem Falle vereinigt sein müssen, um das dingliche Recht mit den besprochenen Wirkungen zur Darstellung zu bringen: aus der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache und aus der Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache. Das dingliche Recht ist mithin stets wenigstens der Behauptung nach bei der Gewere vorausgesetzt. Was die Gestalt einer Gewere angenommen hat, muss ein dingliches Recht bedeuten, und was nicht in einer Gewere thatsächlichen Ausdruck finden kann, ist kein dingliches Recht. Thatsächliche Herrschaft ohne Behauptung eines dinglichen Rechtes giebt keine Gewere, wie dies aus der Rechtsstellung des Verwalters ersichtlich ist. Dingliches Recht ohne thatsächliche Herrschaft vermag eine gegenwärtige Gewere niemals darzustellen, [...].

Cfr. Rdn 391 c, 434 b, 455 a

5. Beschränkte dingliche Rechte

5.1 Dienstbarkeiten (Servitute)

5.1.1 Grunddienstbarkeiten

5.1.1.1 Begriff

473 D 8,1,1 (Marcian 3 reg)

Die Dienstbarkeiten bestehen entweder zugunsten von Personen, wie z.B. das Gebrauchsrecht oder die Nutzniessung, oder sie stehen einer Sache zu, nämlich die Servitute zu Lasten ländlicher oder städtischer Grundstücke.

Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

474 D 8,1,15,1 (Pomponius 33 Sab)

Das Wesen der Servitute besteht nicht darin, jemanden zu einem Tun zu verpflichten: dass einer etwa Gestrüpp zu entfernen hätte, um mir einen angenehmen Ausblick zu verschaffen, oder dass er auf seinem Grundstück Malereien anzubringen hätte; wesentlich ist der Dienstbarkeit vielmehr, dass jemand etwas dulden muss oder nicht tun darf.

Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, <a>ut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat.

Vgl. die Regel des gemeinen Rechts: *Servitus in faciendo consistere nequit*. (Die Dienstbarkeit kann nicht in einem Tun bestehen.) - Ausnahme: *Servitus oneris ferendi*.

Vgl. Art. 730 ZGB.

5.1.1.2 Ausübung der Dienstbarkeiten

475 D 8,1,9 (Celsus 5 dig)

Wenn jemandem ohne nähere Umschreibung ein Wegrecht über ein fremdes Grundstück eingeräumt oder vermacht worden ist, so darf er uneingeschränkt, d.h. über jeden beliebigen Teil dieses Grundstückes gehen beziehungsweise Vieh treiben, dies freilich in schonender Weise; denn bei mündlichen Vereinbarungen werden gewisse Dinge stillschweigend ausbedungen. So ist es beispielsweise nicht zulässig, durch die Gutsgebäude selbst oder mitten durch die Weinberge zu gehen oder Vieh zu führen, wenn man dies ebenso bequem und mit kleinerer Belastung des dienenden Grundstückes über einen andern Teil des Gutes tun kann. Ferner gilt die Rechtsregel: Wo er zuerst seinen Weg wählte, nur dort hat er fernerhin das Wegrecht und den Viehtrieb, und ihm fehlt die Befugnis, diesen Durchgang weiterhin zu verändern. Und dasselbe wurde auch von Sabinus angenommen, welcher in diesem Zusammenhang mit dem Beispiel des Flusslaufes argumentierte, den man <im Falle des Durchleitungsrechtes> anfänglich nach Belieben zu führen berechtigt war; nachdem der Wasserlauf aber einmal gelegt worden ist, wäre eine Verlegung nicht mehr gestattet. Und es trifft zu, dass dies hinsichtlich eines Wegrechtes ebenfalls rechtens ist.

Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam

ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequè commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. verum consistit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.

5.1.1.3 Der Rechtsschutz

476 Formel der *actio confessoria* (*vindicatio servitutis*)

Wenn es zutrifft, dass dem Aulus Agerius das Recht zusteht, das Grundstück, um das es hier geht, zu gebrauchen und zu nutzen, und wenn dieses Grundstück nicht auf richterliche Aufforderung hin dem Aulus Agerius wieder zur Verfügung gestellt worden ist, wieviel diese Angelegenheit wert sein wird <im Zeitpunkt der Urteilsfällung>, auf diese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Si paret A^oA^o ius esse de fundo quo de agitur uti frui neque ea res arbitrio iudicis A^oA^o restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam eius iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

Vgl. LENEL, EP³, § 72, p. 190.

477 Formel der *actio negatoria*

Wenn es zutrifft, dass dem Numerius Negidius nicht das Recht zusteht, das Grundstück, um das es hier geht, gegen den Willen des Aulus Agerius zu gebrauchen und zu nutzen, und wenn diese Sache auf richterliche Aufforderung hin dem Aulus Agerius nicht wieder unbelastet zurückgegeben wurde, wieviel diese Angelegenheit wert sein wird <im Zeitpunkt der Urteilsfällung>, auf diese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Si paret N^oN^o ius non esse eo fundo quo de agitur uti frui invito A^oA^o neque ea res arbitrio iudicis A^oA^o restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam eius iudex N^mN^m A^oA^o condemnato si non paret absolvito.

Vgl. LENEL, EP³, § 72, p. 190.

477 a 132 III 651 ff., 654

7. Wer Eigentümer einer Sache ist, hat nach Art. 641 Abs. 2 ZGB das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Ungerechtfertigt ist eine Einwirkung dann, wenn keine auf öffentlichem oder privatem

Recht gründende Pflicht zur Duldung der Einwirkung besteht. Als Einwirkung gilt jeder störende körperliche oder immaterielle Eingriff in das Eigentum. Dagegen wird nicht vorausgesetzt, dass der Eingriff schädigend sei (vgl. BGE 131 III 505 E. 5.1 S. 508; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N. 99 und 104 zu Art. 641 ZGB sowie N. 40 zu Art. 678/688 ZGB). Daran ändert die von den Beklagten angerufene vom Bundesgericht unlängst vorgenommene Präzisierung zum Kapprecht nichts (BGE 131 III 505). Art. 687 Abs. 1 ZGB räumt als nachbarrechtliche Spezialvorschrift das Kapprecht ausdrücklich nur bei Eintreten eines Schadens ein, während die allgemeine Norm von Art. 641 Abs. 2 ZGB keine solche Bedingung setzt. In BGE 131 III 505 E. 5.5 hat das Bundesgericht lediglich erkannt, die *actio negatoria*, die anstelle des Kapprechts ergriffen wird, sei im Lichte von Art. 687 ZGB auszulegen und das Erfordernis der Eigentumsschädigung zu berücksichtigen. Das heisst jedoch offensichtlich nicht, dass generell - auch wenn es nicht um übergreifende Pflanzen geht - ein Anspruch auf Beseitigung des störenden Zustands nur bestünde, falls eine Schädigung vorliegt.

5.1.2 Persönliche Dienstbarkeiten: Nutzniessung und Gebrauchsrecht (*ususfructus* und *usus*)

5.1.2.1 Nutzniessung (*ususfructus*)

478 D 7,1,1 (Paulus 3 Vitellius)

Die Nutzniessung ist die Berechtigung, fremde Sachen zu gebrauchen und deren Früchte zu ziehen, wobei aber die Substanz dieser Sachen nicht angetastet werden darf.

Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Vgl. Art. 745 ZGB.

479 Gai 2,30

Die Nutzniessung wird durch *in iure cessio* bestellt. Denn der Eigentümer kann sie einem anderen *in iure* übertragen, so dass dieser die Nutzniessung hat und jener das blosse Eigentum (zurück-) behält. Wenn der Usufruktuar hinwiederum dem (Sach-) Eigentümer die Nutzniessung *in iure* zediert, bewirkt er, dass sie bei ihm unter- und <wieder> in dessen Eigentum aufgeht. Trotz *in iure cessio* an einen anderen behält er sein (Nutzniessungs-) Recht; denn nach herrschender Ansicht wird durch eine solche Abtretung keine Rechtswirkung erzielt.

Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur

in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.

480 Gai 2,33

Wir haben nicht ohne Grund gesagt, dass die Nutzniessung nur durch *in iure cessio* begründet werden kann, obgleich sie auch durch *mancipatio* bestellt werden könnte, nämlich dergestalt, dass sie vom manzipierten Eigentum abgespalten werden kann. In diesem Fall wird nämlich nicht die Nutzniessung als solche manzipiert, sondern bei der *mancipatio* des Eigentums zurückbehalten, wodurch bewirkt wird, dass beim einen die Nutzniessung und beim anderen das Eigentum steht.

Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.

481 Vat 47 (Paulus 1 manual)

Die Nutzniessung kann bei der Veräußerung vorbehalten, jedoch nicht mittels *mancipatio* übertragen werden. Durch Vindikationslegat und durch *in iure cessio* kann sie sowohl vorbehalten als auch übertragen werden.

Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri. Per do lego legatum et per in iure cessionem et deduci et dari potest.

482 D 7,1,7 pr. (Ulpian 17 Sab)

Wenn eine Nutzniessung vermacht worden ist, dann steht das ganze Fruchtziehungsrecht an der Sache dem Nutzniesser zu. Eine Nutzniessung kann sowohl an Grundstücken wie an beweglichen Sachen vermacht werden.

Usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. et aut rei soli aut rei mobilis usus fructus legatur.

Vgl. Art. 756/757 ZGB.

483 D 7,1,12,2 (Ulpian 17 Sab)

Der Usufruktuar kann die Nutzniessungssache entweder selbst nutzen, die Fruchtziehung aber auch einem andern einräumen, verpachten oder verkaufen; denn sowohl derjenige, welcher verpachtet, zieht einen Nutzen, als auch der, welcher verkauft. Ebenso wenn er die Fruchtziehung als *precarium* gewährt oder verschenkt, so bin ich der

Ansicht, dass er sein Benutzungsrecht ausübt und sich folglich die Nutzniessung erhält. Diese Meinung haben auch Cassius und Pegasus vertreten, sowie Pomponius, der im 5. Buch seiner Auszüge aus Sabinus dieser Auffassung zustimmt. [...]

Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retinere usum fructum, et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat. [...]

Vgl. Art. 758 ZGB.

484 PS 3,6,33 (Pauli sententiae)

Die Nutzniessung wird durch Tod oder durch Zeitablauf beendet; durch Tod, wenn der Nutzniesser stirbt; durch Zeitablauf, wenn die Nutzniessung für eine bestimmte Zeit vermacht wurde, z.B. für zwei oder drei Jahre.

Finitur ususfructus aut morte aut tempore: morte, cum usufructuarius moritur; tempore, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio.

485 PS 3,6,28 (Pauli sententiae)

Die erloschene Nutzniessung verschmilzt wieder mit dem Eigentum an der Sache. Beendet wird sie auf fünf Arten: durch *capitis deminutio*, durch völlige Veränderung der Sache, durch Nichtausübung, durch *in iure cessio* <an den Eigentümer der Sache>, durch Erwerb des Eigentums an der Sache.

Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. amittitur autem quinque modis: capitis minutione, rei permutatione, non utendo, in iure cessione, dominii comparatione.

Dies ist die sogenannte „Elastizität des Eigentums“. – Dazu BK-MEIER-HAYOZ, Syst. Teil vor Art. 641 ZGB, N. 346 f.; ZK-LIVER, Einleitung vor Art. 730 N. 8; RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte (1986), § 3 N. 7.

486 PS 3,6,30 (Pauli sententiae)

Durch *non usus* erlischt die Nutzniessung, wenn der Nutzniesser den Besitz am Grundstück während zweier Jahre nicht ausübt, bei Fahrnis genügt ein Jahr.

Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno.

5.1.2.2 Gebrauchsrecht (*usus*)

487 D 7,8,2 pr. (Ulpian 17 Sab)

Wem das Gebrauchsrecht vermacht ist, der darf die Sache benützen, kann jedoch nicht die Früchte ziehen. [...]

Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. [...]

5.2 Pfandrecht

5.2.1 Begriff und Arten des Pfandrechts

5.2.1.1 Kreditsicherungszweck

488 D 50,17,25 (Pomponius 11 Sab)

Eine Sache bietet grössere Sicherheit als eine Person.

Plus cautionis in re est quam in persona.

5.2.1.2 *fiducia, pignus* und *hypotheca* (Faustpfand und besitzloses Pfand)

A. *fiducia*

489 Formula Baetica¹⁾ (FIRA III 92 = CIL II, 5042)

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

Eine vertragliche Vereinbarung wurde zwischen Dama, dem Sklaven des L. Titius, und L. Baianus abgeschlossen, wonach für diejenige Geldsumme, welche L. Titius dem L. Baianus jetzt oder künftig übergeben, dargeliehen oder zur Last geschrieben, oder für die er jetzt oder künftig Sicherheit geleistet, die er als Schuld übernommen oder verbürgt hat, dieses Grundstück und diese Sklaven <sic> Treugut sein sollten bis zur gehörigen Tilgung der ganzen Summe das heisst des Kredites des L. Titius und bis zur Lösung und Entlassung aus der Verpflichtung; sollte am entsprechenden Tag L. Titius oder seinem Erben nicht bezahlt und geleistet worden sein, so gilt, dass er jenes

Grundstück und die genannten Sklaven <sic>, beziehungsweise diejenigen von ihnen, für welche L. Titius oder sein Erbe sich entscheiden, wo und wann es ihm beliebt gegen Barzahlung verkaufen soll. [...]

Dama L. Titii servus fundum Baianum, qui est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusque esset, sesterio nummo uno et hominem Midam sestertio nummo uno fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baiano, libripende antestato. Adfines fundo dixit L. Baianus L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titii servum et L. Baianum uti quam pecuniam L. Titius L. Baiano dedit dederit, credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, spopondit spoponderit, fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo si fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titii soluta liberataque esset; si pecunia sua quaque die L. Titio heredive eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is L. Titius heresve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet; [...]

¹⁾ Bei der ‘formula Baetica’ handelt es sich wohl um ein Muster für die Beurkundung von fiduziarischen Geschäften (KUNKEL/MAYER-MALY, Römisches Recht, [4. Aufl., 1987], § 79, Anm. 8), niedergeschrieben auf einer Metalltafel, welche im Jahre 1867 in Spanien aufgefunden worden ist.

Die Textfassung stammt aus dem 1. oder 2. nachchristlichen Jahrhundert und formuliert also klassisches Recht. – Für die vorliegende Wiedergabe wurde, dem didaktischen Zwecke entsprechend, der rekonstruierte Urtext (FIRA III, 92) in den Details etwas geglättet; ähnlich bereits KRELLER, Ausgewählte Quellenstellen zum Römischen Recht (o.O.,o.J., aber Wien 1946), 54 f. (Nr. 74).

B. *pignus* und *hypotheca*

490 D 50,16,238,2 (Gaius 6 leg XII tab)

Das Wort *pignus* <Faustpfand> wird von *pugnus* <Faust> hergeleitet, da die Sachen, die als Pfand gegeben werden, von Hand <zu Hand> übertragen werden. Daher erscheint es offenbar als zutreffend, was einige annehmen, dass nämlich das Faustpfand vorzugsweise an beweglichen Sachen bestellt wird.

‘Pignus’ appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

Vgl. Art. 884 ZGB, insbes. auch die Marginalie.

491 ISIDORUS (Origines, 5,25,22)¹⁾

Der Begriff *pignus* <= Faustpfand> meint den Gegenstand, der für eine Forderung haftbar wird, wobei allein der Besitz daran dem Gläubiger auf Zeit zusteht; das Eigentum freilich verbleibt dem Schuldner.

Pignus [...] est quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor: ceterum dominium penes debitorem est.

¹⁾ Isidorus (um 570 - 636 n. Chr.), Bischof von Hispalis (Sevilla). Die 'Origines' oder 'Etymologiae' bilden auf der Grundlage von Worterklärungen eine Enzyklopädie des gesamten damaligen Wissens.

492 D 13,7,9,2 (Ulpian 28 ed)

Als *pignus* im technischen Sinne bezeichnen wir dasjenige, welches in den Besitz des (Pfand-) Gläubigers übergeht; von *hypotheca* sprechen wir, wenn der Besitz <an der Pfandsache> nicht auf den Gläubiger übergeht.

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

Vgl. Art. 884 ZGB.

493 Inst 4,6,7

[...] Zwischen *pignus* und *hypotheca* besteht im Hinblick auf die *actio hypothecaria*¹⁾ kein Unterschied; denn die Sache, welche aufgrund der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner für eine Schuld haften soll, ist mit jedem der beiden Termini gemeint. Freilich besteht in anderer Hinsicht ein Unterschied; denn mit dem Ausdruck *pignus* ist im technischen Sinne jene Sache angesprochen, die <beim Vertragsschluss> zugleich auch dem Gläubiger übergeben wird, besonders wenn es sich um eine Mobilie handelt; demgegenüber wird jenes Objekt, welches ohne Besitzübertragung aufgrund blosser Vereinbarung verpfändet wird, in unserer Terminologie technisch als *hypotheca* bezeichnet.

[...] Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventionem tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

¹⁾ *actio hypothecaria* ist eine der Bezeichnungen für die seit der Hochklassik jedem Pfandgläubiger zwecks Verschaffung oder Wiedererlangung des Besitzes an der Pfandsache offen stehende *actio Serviana*. Weitere Benennungen der Klage: *actio pignoratitia (in rem)*, *actio quasi Serviana*.

So: KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht¹⁹, § 31, III, 6c, Rdn 39 f.

494 D 20,1,5,1/2 (Marcian lib sing form hyp)

(1) *Pignus* und *hypotheca* unterscheiden sich nur im Wortlaut der Bezeichnung. (2) Eine *hypotheca* kann man sowohl für eine eigene als auch für eine fremde Schuld bestellen.

(1) *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* (2) *Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.*

Dagegen geht das schweizerische ZGB streng vom Faustpfandprinzip aus (Art. 884 Abs. 1 ZGB). - Dazu ERLÄUTERUNGEN II, p. 323 f.: „Das Faustpfand stellt die regelmässige Ordnung des Fahrnispfandes dar, so dass eine andere Verpfändungsart nur in den Fällen als (324) zulässig betrachtet werden kann, wo das Gesetz sie vorsieht. Der Entwurf fordert, wie das geltende Recht, zu dessen Begründung die Übertragung der Sache. Doch ist die Vorschrift hier strenger, als bei den Besitzesvorschriften überhaupt. Nicht jede Besitzesübertragung soll zur Begründung des Faustpfandes ausreichen, so namentlich nicht die Übertragung, bei der dem Geber die Sache als dem Stellvertreter des Empfängers in Besitz verbleibt, so dass die Anwendbarkeit des <Art. 924> zum Teil hier nicht Platz greift. Die tatsächliche Gewalt entscheidet in allen Fällen, und es ist die Übertragung des Besitzes nicht vollzogen, so lange der Geber in der ausschliesslichen tatsächlichen Gewalt über die Sache bleibt. Vgl. Abs. 3 von <Art. 884>. Das sogenannte *constitutum* erscheint also für die Begründung des Faustpfandes als ausgeschlossen. [...]

Fraglich war, in welcher Weise der Mitbesitz des Pfandeigentümers neben dem Pfandgläubiger zu berücksichtigen sei. Jedenfalls geht es nicht an, die Verpfändung ganz auszuschliessen, so lange der Geber an der Sache einen Mitbesitz hat. Richtiger erscheint die Aufstellung der negativen Regel, wonach dann das Pfandrecht nicht errichtet ist, wenn die Sache in der ausschliesslichen Gewalt des Eigentümers bleibt. Ob es aber in den Fällen begründet werde, wo ein Mitbesitz desselben neben dem Pfandgläubiger vorliegt, kann der Würdigung des einzelnen Falles überlassen werden.“

495 D 20,1,17 (Ulpian 15 ed)

Zur gerichtlichen Verfolgung der Pfandsache entsteht dem Gläubiger eine dingliche Klage =< *actio in rem*>.

Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.

Vgl. unten Rdn 495 und 534.

496 D 13,7,18,2 (Paulus 29 ed)

Wenn ein verpfändetes Grundstück verkauft wird, bleibt das Pfandverhältnis bestehen, weil die Liegenschaft mit ihrer Belastung übergeht. [...]

Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat. [...]

Cfr. Rdn 189 ff.

496 a D 47,2,19,6 (Ulpian 40 Sab)

Offensichtlich aber begeht der Eigentümer an der verpfändeten Sache nicht allein dann einen Diebstahl, wenn er diese dem besitzenden, beziehungsweise den Gewahrsam ausübenden (Pfand-) Gläubiger entzieht, sondern auch dann, wenn er sich ihrer zu einer Zeit bediente, während der jener sie nicht innehatte, beispielsweise wenn er eine bereits verpfändete Sache verkaufte. Auch diesfalls begeht er nach herrschender Lehre einen Diebstahl. Und dasselbe hat auch Julian geschrieben.

Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit. nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit.

C. Das Faustpfandprinzip des ZGB

496 b BGer 5A.315/2009, Urteil vom 13.8.2009 (= Pra 99 [2010] Nr. 51, 370 ff.)

E. 5.1 (374) Die Verpfändung setzt eine qualifizierte Übertragung des Besitzes voraus (BGE 89 II 192 E. 2 S. 200 = Pra 52 Nr. 155). Entscheidend ist nicht, dass der Pfandgläubiger die ausschliessliche Herrschaft über die Sache erlangt, sondern vielmehr, dass der Verpfänder diese ausschliessliche Herrschaft verliert. Die direkte Herrschaft über die Sache kann einem Dritten anvertraut werden oder durch den Verpfänder und dem Gläubiger gemeinsam ausgeübt werden. Neben der Sicherstellung der für jede Begründung eines dinglichen Rechts erforderlichen Publizität ist nämlich Ziel der Regelung zu verhindern, dass der Verpfänder die belastete Sache zum Nachteil des ersten Pfandgläubigers ein zweites Mal verpfänden kann. Dieses Ziel erfordert indessen nicht, dass die Begründung des Pfandrechts in allen Fällen für Dritte erkennbar ist (BGE 102 Ia 229 E. 2 d mit Hinweisen; 55 II 298, 301 f. = Pra 19 Nr. 54; PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Bd. III, 2003, N. 3099; BSK ZGB II-HONSELL/BAUER, N. 7 und 57 zu Art. 884 ZGB).

In der Regel erfolgt die Übertragung des Besitzes durch die Aushändigung der Sache an den Pfandgläubiger oder durch die Aushändigung der

Mittel, die es erlauben, die Herrschaft über die Sache auszuüben (zum Beispiel der Schlüssel zum Raum, in dem die verpfändeten Sachen hinterlegt sind). Die Verpfändung ist indessen nur gültig, wenn der Verpfänder nicht auch selber die Mittel zur Ausübung der Herrschaft über die Sache, zum Beispiel mittels eines zweiten Schlüssels, behält, ohne dass er heimlich oder zwangsweise vorgehen muss, und wenn der Pfandgläubiger frei in den Raum gelangen kann, in dem sich die verpfändeten Sachen befinden (BGE 89 II 192 E. 2 S. 200 = Pra 55 Nr. 155; BGE 80 II 235 = Pra 44 Nr. 7; BGE 58 III 121 E. 2 = Pra 21 Nr. 114; STEINAUER, a.a.O., N. 3100 f.).

Der Vertreter des Pfandgläubigers kann nicht gleichzeitig der Vertreter des Verpfänders sein, weil die tatsächliche Herrschaft unteilbar ist und nur durch einen der beiden Besitzer ausgeübt werden kann. Die Aushändigung der Sache an eine Person, die beide Parteien vertritt, würde eine unzulässige verworrene Lage schaffen (BGE 43 II 15 E. 1 S. 23 = Pra 6 Nr. 62), so dass auch der Vertreter selber den Besitz an der Sache auf eine Art und Weise erlangen muss, dass der Verpfänder nicht mehr in der Lage ist, direkt eine Herrschaft auszuüben (BGE 58 III 121 = Pra 21 Nr. 114). Dass der Verpfänder neben dem Pfandgläubiger Mitbesitzer bleibt, steht demgegenüber nicht entgegen, allerdings unter der Bedingung, dass der Gläubiger ebenfalls über die Sache verfügen und nötigenfalls eine Verfügungshandlung des Verpfänders verhindern kann (BGE 102 Ia 229 E. 2 d; 55 II 298, 300 = Pra 19 Nr. 54; HOMBERG/MARTI, Gage mobilier, SJK 672 S. 3).

5.2.1.3 Das Prinzip der Akzessorietät

497 D 20,1,13,2 (Marcian lib sing form hyp)

[...] Nachdem der Eigentümer die <geschuldete> Summe bezahlt hat, geht auch das Pfandverhältnis unter. [...]

[...] *Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur.* [...]

Vgl. Art. 889 Abs. 1 ZGB in Verb. mit Art. 114 Abs. 1 OR.

498 D 20,1,5 pr. (Marcian lib sing form hyp)

Bekanntlich kann eine Sache für jede beliebige Obligation verpfändet werden, gleichgültig ob ein Darlehen gewährt oder eine Mitgift bestellt wird, ein Kauf, eine Miete, eine Pacht oder ein Auftrag abgeschlossen werden, ob die Obligation ohne jeden Vorbehalt oder aber befristet beziehungsweise bedingt ist, oder ob sie gleichzeitig mit der Pfandvereinbarung entsteht oder aber dieser vorangeht; und schliesslich kann ein Pfand auch für eine erst künftige Forderung bestellt werden, und zwar nicht nur für die gesamte geschuldete Summe, sondern auch nur für einen Teil davon; und dies sowohl für zivil- wie honorarrechtliche Forderungen wie auch für Naturalobligationen. Bei bedingten Obligationen entfaltet das Pfandverhältnis seine Rechtswirkungen nicht vor dem Bedingungseintritt.

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

5.2.2 Gegenstände des Pfandrechtes

5.2.2.1 Grundsatz und Ausnahme

- 499 D 20,1,9,1 (Gaius 9 ed prov)
 Alles was als Gegenstand eines Kaufvertrages möglich ist, kann auch Objekt einer Verpfändung sein.
Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.
- 500 D 20,1,11,3 (Marcian lib sing form hyp)
 Beschränkte dingliche Rechte an städtischen Grundstücken können nicht verpfändet werden; also kann auch nicht vereinbart werden, dass sie als besitzlose Pfänder bestellt sein sollen.
Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.
- 501 D 20,1,15 pr. (Gaius lib sing form hyp)
 Sachen, die noch nicht, wohl aber künftig existieren werden, können als besitzlose Pfänder bestellt werden, so dass dann hängende Früchte, Kinder von Sklavinnen, Tierjunge und alles übrige, was entstehen wird, verpfändet sind. Und, wie Julian schreibt, läuft es stets auf dasselbe hinaus, ob der Eigentümer des Landgutes beziehungsweise der Nutzniessungsberechtigte die „Nutzniessung“ oder „alles was entstehen wird“ verpfändet.
Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usu fructu aut de his quae nascuntur sive is, qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

5.2.2.2 Das Pfandrecht an Forderungen

502 C 8,16,4 (Imp. Alexander; a. 225)

Dass auch eine dem Schuldner zustehende Forderung als General- oder Spezialhypothek verpfändet werden kann, ist längst anerkannt. Wenn also derjenige Schuldner A, dem du kreditiert hast, nicht geleistet hat, dann wird jener Schuldner D, dessen Schuldposten dir als Pfand gegeben worden ist, aufgrund einer *actio utilis* dir zu leisten haben bis zum Betrag, den du als dir von dessen Gläubiger geschuldet nachweisen kannst, höchstens aber bis zur Höhe seiner eigenen Schuld, dies falls er nicht seinem eigenen Gläubiger geleistet hat, als er noch nicht von dir in Kenntnis gesetzt war über deine Gläubigerstellung.

Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

Vgl. Artt. 899 ff. ZGB.

502 a D 13,7,18 pr. (Paul 28 ed)

Wenn vereinbart wurde, dass dir eine Forderung (*nomen*) gegen meinen Schuldner verpfändet sein soll, hat der Praetor dieser Vereinbarung Rechtsschutz zu gewähren, indem er sowohl dir für die Durchsetzung der Schuldsomme als auch dem Schuldner mir gegenüber Rechtsmittel gewährt, wenn ich gegen ihn vorgehe. Folglich hast du im Falle eines auf Geld gerichteten Anspruchs die eingeklagte Summe mit deiner eigenen Forderung zu verrechnen, im Falle einer Sachforderung erwirbst du den Gegenstand wie ein Pfand (*pignoris loco*).

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco

Cfr. Art. 906 ZGB

5.2.2.3 Die Generalverpfändung

503 D 20,1,1 pr. (Papinian 11 resp)

Eine generelle Vereinbarung auf Verpfändung ganzer Vermögenskomplexe und erst später hinzuerworbener Werte und ist zulässig; im besonderen Fall freilich, wenn der Pfandvertrag über eine fremde Sache abgeschlossen worden ist, als diese dem Pfandschuldner noch nicht einmal geschuldet wurde, in der Folge aber in dessen Eigentum gelangte, ist es nicht vertretbar, dem Pfandgläubiger, welcher um die Fremdheit dieser Sache wusste, die *actio* <Serviana> *utilis* zu gewähren; doch wird er, falls er die Sache bereits besitzt, unbedenklich das Zurückbehaltungsrecht daran ausüben können.

Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio.

504 D 20,1,6/7 (Ulpian 73 ed / Paulus 68 ed)

(6) Durch einen Generalverpfändungsvertrag über alle Vermögensobjekte, die jemandem gehören und künftig gehören werden, sind jene Gegenstände nicht eingeschlossen, von denen wahrscheinlich ist, dass der Schuldner sie nicht einzeln verpfändet haben würde. So etwa Hausrat und Bekleidung sind dem Schuldner zu belassen und von den Sklaven diejenigen, die er in einer Weise gebraucht, dass er sie mit Sicherheit nicht als Pfand bestellt hätte. Für jene Sklaven, deren er dringend bedarf, denen seine besondere Zuneigung gilt (7) oder die zu seiner täglichen Bedienung gehören, steht die *actio Serviana* somit nicht zu.

(6) Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligatum non fuisse. ut puta supellex, item vestis relinquenda est debitori, et ex mancipiis quae in eo usu habebit, ut certum sit eum pignori daturum non fuisse. proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis vel quae ad affectionem eius pertineant, (7) vel quae in usum cottidianum habentur Serviana non competit.

5.2.3 Bestellung und Untergang des Pfandrechtes

5.2.3.1 Begründung des Pfandrechtes

A. Gesetzliche Pfandrechte

505 D 20,2,4 pr. (Neraz 1 memb)

Es ist feststehende Praxis, dass die in städtische Liegenschaften eingebrachten Sachen als verpfändet gelten, wie wenn dies stillschweigend vereinbart worden wäre; hinsichtlich der ländlichen Liegenschaften gilt gerade das Gegenteil.

Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

B. Rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrechte

506 Inst 4,6,7
(= oben Rdn 493)

507 D 13,7,1 pr. (Ulpian 40 Sab)

Ein Pfand wird nicht allein durch die Übergabe der Sache bestellt, sondern bereits durch die bloße Übereinkunft der Parteien, auch wenn die <Pfandsache> noch nicht übergeben worden ist.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

508 D 20,1,4 (Gaius lib sing form hyp)

Der Vertrag über ein besitzloses Pfand kommt durch formfreie Vereinbarung zustande; wenn also jemand einem andern verspricht, dass eine in seinem Vermögen befindliche Sache für irgendeine Forderung als besitzloses Pfand haften soll; es tut nichts zur Sache, mit welchen Worten dies geschehen ist; es verhält sich gleich wie bei jenen Obligationen, die durch blossen Konsens der Parteien zustandekommen; woraus folgt, dass, falls die Einigung über die Verpfändung stattgefunden hat und auch beweisbar ist, diejenige Sache, welche Vertragsinhalt war, auch ohne Schriftform als Pfand haften wird. [...]

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. et ideo et sine scriptura si

convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. [...]

509 CATO¹⁾ (De agri cultura, 149,4/5 ¹⁾)

[...] Bis er <sc. der Pächter einer Winterweide> für den Zins Sicherheit geleistet oder ihn überwiesen hat, sollen Vieh und Sklaven, die sich dort <auf der gepachteten Weide> aufhalten, dem Verpächter verpfändet sein. (5) Sollten in dieser Angelegenheit Streitigkeiten entstehen, soll der Prozess darüber in Rom stattfinden.

[...] Donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pignori sunt. (5) Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.

Es handelt sich hier um Empfehlungen Catos, wie ein Pachtvertrag über eine Winterweide (*lex pabulo*) abgeschlossen werden soll. Cato weist auf viele, dem Verpächter günstige Vertragsklauseln hin, unter anderem auch auf die vertragliche Verpfändung der *illata et invecata* zur Sicherheit des Verpächters. Die auf ein ländliches Grundstück eingebrachten Sachen waren, wie Neraz uns lehrt (vgl. oben Rdn 505), nicht *ipso iure* dem Verpächter verpfändet; dazu bedurfte es einer vertraglichen Pfandbestellung.

¹⁾ M. Porcius Cato (234-149 v. Chr.), der Zensor, der aufgrund seiner Skepsis dem eindringenden Hellenismus gegenüber auf altrömischer Kargheit und Sittenstrenge beharrte. Aus diesem Geist heraus verfasste er *De agri cultura*, ein Lehrbuch der Landwirtschaft. Cato war auch der sprichwörtlich gewordene Gegner Karthagos, der hartnäckig auf die Zerstörung der Stadt drang.

510 C 8,15,5 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Eutycho; a. 286)

Wenn eine Sache, welche noch nicht im quiritischen oder bonitarischen Eigentum des Schuldners sich befindet, von diesem bereits verpfändet wurde, später dann sein Eigentum wird, steht offensichtlich die ordentliche Pfandklage nicht zu, die Sachgerechtigkeit fordert freilich, dass ohne weiteres ein der Pfandklage analoges Rechtsmittel gewährt wird.

Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae daretur.

Cfr.. Rdn 424

5.2.3.2 Der Rang der Pfandrechte

511 D 20,4,11 pr. (Gaius lib sing form hyp)

Wer zeitlich früher den Kredit gewährte und das Pfand bestellt erhielt, dessen pfandrechtliche Position ist stärker, obgleich der Pfandschuldner bereits vorher mit einem anderen vereinbart hatte, die Sache sei ihm verpfändet, sobald er von ihm einen Kredit empfangen habe, und mag er inzwischen den Kredit auch erhalten haben. Er hatte nämlich trotz der vorherigen Einigung keinen Rechtsanspruch, den Kredit tatsächlich zu erlangen.

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

512 D 20,4,12 pr. (Marcian lib sing form hyp)

Der zeitlich frühere Pfandgläubiger bringt, wenn er die Sache besitzt und ein anderer mittels der *actio Serviana* seinen Anspruch darauf erhebt, mit Erfolg die *exceptio* ein: „Falls mir die Sache nicht bereits vorher als Faustpfand oder als besitzloses Pfand bestellt worden ist.“ [...]

Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est ‘si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata’. [...]

Vgl. Art. 893 ZGB.

513 D 20,1,10 (Ulpian 73 ed)

Wenn ein Schuldner sein Vermögen zwei Gläubigern zur gleichen Zeit so verpfändet hat, dass es beiden insgesamt verpfändet sein soll, dann können die beiden gegen Aussenstehende die *actio Serviana* je aufs Ganze anstrengen; unter ihnen gilt aber, falls ein Verfahren darüber angehoben werden sollte, dass die Rechtsstellung des im Besitz sich Befindlichen die stärkere ist. Dem Besitzer wird nämlich die Einrede gewährt: „Falls nicht vereinbart ist, dass dieselbe Sache auch mir verpfändet worden war.“ [...]

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: ‘Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset’. [...]

Es ist jedoch zu beachten, dass hier nicht allein der Umstand der Verpfändung desselben Objektes an mehrere, sondern auch die

Gleichzeitigkeit der Entstehung der Pfandrechte erforderlich ist. Hätte der Kläger ein älteres Recht, stünde ihm gegen die von Ulpian genannte *exceptio rei sibi quoque pigneratae* die *replicatio rei sibi ante pigneratae* zu.

5.2.3.3 Untergang des Pfandrechtes und die Rückforderung der Pfandsache

A. Die Beendigung des Pfandrechtes

514 D 20,6,6 pr. (Ulpian 73 ed)

Ebenso wird die Pfandsache wieder frei, wenn die <durch sie gesicherte> Forderung getilgt oder an deren Stelle anderweitig Befriedigung erfolgt ist. Dasselbe ist zu sagen, wenn das Pfand nur für eine bestimmte Zeit bestellt oder wenn der Pfandvertrag aus einem andern Grund beendet worden ist.

Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si <alia> ratione obligatio eius finita est.

Zum Begriff des *satisfactum* vgl. unten D 13,7,9,3 (Rdn 518).

515 C 8,27,1 (Imp. Alexander A. Pacatae; a. 223)

Nachdem der Gläubiger durch die Fruchtziehung aus dem ihm verpfändeten Grundstück für seine Forderung Befriedigung erlangt hat, kann er die Pfandsache keinesfalls mehr verkaufen, weil dadurch das Pfand ohne weiteres aus der Haftung gelöst ist.

Fundum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum persecutus est, cum ipso iure pignus obligatione liberatum sit, distrahere minime potest.

516 D 20,6,8 pr. (Marcian lib sing form hyp)

Wie infolge Untergangs einer körperlichen Sache die Nutzniessung daran erloschen ist, ebenso enden auch Faustpfand und besitzloses Pfand.

Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

Vgl. Art. 888 ZGB.

B. **actio pigneraticia in personam directa**

a) **Der Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache**

517 D 44,7,1,6 (Gaius 2 aur)

Auch der Gläubiger, der eine Sache als Pfand annimmt, wird durch deren Übergabe aus Vertrag verbindlich; und zwar wird er zur Rückgabe derselben Sache, die er empfangen hat, verpflichtet.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.

518 D 13,7,9,3 (Ulpian 28 ed)

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

Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio. satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventionem nascitur pigneraticia actio. et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

Vgl. Art. 889 ZGB.

519 D 13,7,13,1 (Ulpian 28 ed)

Im Tatbestand dieser *actio <sc. pigneraticia in personam>* wird für Vorsatz und Fahrlässigkeit wie bei der Leihe gehaftet. Man hat auch für *custodia*, nicht aber für *vis maior* einzustehen.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.

b) Der Anspruch auf das superfluum

519 a C 8,27,20 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sabino; a. 294)

In korrekter Auslegung des Pfandvertrages, falls keinerlei Besonderheiten vereinbart worden sind, steht – wenn die Pfandsache vom Gläubiger zu einem die Schuldsomme übersteigenden Preis verkauft worden ist – auf die Erstattung dieses Mehrerlöses <= *superfluum*> nicht eine *actio in rem*, sondern eine *actio in personam* zur Verfügung, nämlich die *actio pignericia*, obgleich aus dem *superfluum* ein Grundstück angekauft worden ist.

Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore maiore quam ei debebatur pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est pignericia, de superfluo competit actio.

519 b D 13,7,13 pr. (Ulpian 38 ed)

Wenn anlässlich des Verkaufs des Pfandgegenstandes durch den Pfandgläubiger zwischen ihm und dem Käufer vereinbart wurde, dem Pfandschuldner solle das Recht entstehen, die Sache zurückzuerhalten, sobald er dem Käufer den Kaufpreis erstattet habe, so hat Julian geschrieben und gleichermassen wurde auch vom Kaiser entschieden, dass gestützt auf jene Abrede der Pfandgläubiger mittels der Pfandklagen darauf behaftet werden könne, dem Pfandschuldner die *actio venditi* gegen den Pfandkäufer zu übertragen. Der Schuldner kann aber auch unmittelbar die Sache vindizieren oder gestützt auf eine *actio in factum* gegen den Pfandkäufer vorgehen.

Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignericia actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.

Vgl. Rdn 322 und 329 f

5.2.4 Inhalt und Ausübung des Pfandrechtes

5.2.4.1 Die Ausübung des beschränkten dinglichen Rechts

- 520 C 8,13,18 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Euodio; a. 293)

Die Klage auf den Besitz eines Faust- oder besitzlosen Pfandes ist ein dinglicher Anspruch.

Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est.

Cfr. Rdn 495

- 521 C 8,13,15 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Basilidae; a. 293)

Es ist unstreitig, dass der Schuldner, weder durch Verkauf noch durch Schenkung noch durch Vermächtnis oder Fideikommiss letztwillig verfügend, die Rechtslage des Gläubigers beeinträchtigen kann. Wenn du dir zutraust beweisen zu können, dass dir eine Sache verpfändet worden ist, kannst du die Pfandsache herausverlangen.

Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris condicionem certissimum est. unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.

5.2.4.2 Der Pfandverfall

A. Der Grundsatz

- 522 D 47,2,74 (Javolen 15 Cass)

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

Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.

- 523 D 20,1,16,9 (Marcian lib sing form hyp)

Die Bestellung eines Faustpfandes oder eines besitzlosen Pfandes kann mit der Abrede erfolgen, dass der Gläubiger, falls die geschuldete Summe nicht innert bestimmter Frist geleistet wird, die Pfandsache als

deren Käufer besitzen soll, wobei dann der angemessene Preis geschätzt werden soll. In diesem Fall erscheint der Kauf gewissermassen als bedingt. Und ebenso haben auch die verewigten Kaiser Severus und Antoninus in einem Reskript entschieden.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

524 D 20,5,12 pr. (Tryphonin 8 disp)

Ein unter Papinians Kanzleivorsteherschaft verfasstes kaiserliches Reskript hält fest, dass der Gläubiger die Pfandsache vom Schuldner kaufen könne, weil sie im Eigentum des Schuldners verbleibt.

Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

Vgl. Art. 894 ZGB.

B. Die Abreden

a) Die Verkaufsabrede (*pactum de vendendo*)

525 Gai 2,64

[...] Ebenso kann der Gläubiger aufgrund einer Vereinbarung die Pfandsache veräussern, obgleich diese gar nicht in seinem Eigentum steht. Diese Lehre ist möglicherweise deshalb entwickelt worden, weil die Veräusserung der Pfandsache offenkundig dem Willen des Schuldners entspricht, welcher ja seinerzeit einwilligte, dass es dem Gläubiger gestattet sein soll, die verpfändete Sache zu verkaufen, falls die geschuldete Summe nicht bezahlt werde.

[...] alienare potest [...] item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

526 D 13,7,4 (Ulpian 41 Sab)

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

trotzdem zulässig; es sei denn, die Unzulässigkeit sei eigens verabredet worden. [...]

Si convenit de distrahendo pignore [sive ab initio sive postea], non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. [...]

Eine (ausdrückliche) Verkaufsabrede ist mit dem Tatbestand des Art. 894 ZGB vereinbar.

527 PS 2,5,1 (Pauli sententiae)

Wenn ein Gläubiger das bei ihm liegende Faustpfand korrekterweise veräussern will, muss er zuerst seinen Schuldner dreimal auffordern, das Pfand einzulösen, damit es nicht verkauft werde.

Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

528 **Zur Pfandverwertung im schweizerischen Recht: SchKG (=Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (1997))**

Dritter Titel: Betreibung auf Pfändung

2. Versteigerung

a. Vorbereitung

Art. 125 Abs. 1

Die Verwertung geschieht auf dem Wege der öffentlichen Steigerung. Ort, Tag und Stunde derselben werden vorher öffentlich bekanntgemacht.

3. Freihandverkauf

Art. 130 Ziff. 1 und 2

An die Stelle der Versteigerung kann der freihändige Verkauf treten:

1. wenn alle Beteiligten ausdrücklich damit einverstanden sind;
2. wenn Wertpapiere oder andere Gegenstände, die einen Markt oder Börsenpreis haben, zu verwerten²⁰⁹ sind und der angebotene Preis dem Tageskurse gleichkommt;

Vierter Titel: Betreibung auf Pfandverwertung

A. Betreibungsbegehren

Art. 151 Wer für eine durch Pfand (Art. 37) gesicherte Forderung Betreibung einleitet, hat im Betreibungsbegehren zusätzlich zu den in Artikel 67 aufgezählten Angaben den Pfandgegenstand zu bezeichnen. Ferner sind im Begehren anzugeben:

a. der Name des Dritten, der das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat;

b. die allfällige Verwendung des verpfändeten Grundstücks als Familienwohnung des Schuldners oder des Dritten (Art. 169 ZGB).

Betreibt ein Gläubiger aufgrund eines Faustpfandes, an dem ein Dritter ein nachgehendes Pfandrecht hat (Art. 886 ZGB), so muss er diesen von der Einleitung der Betreibung benachrichtigen.

Art. 156 Für die Verwertung gelten die Artikel 122-143b. Die Steigerungsbedingungen (Art. 135) bestimmen jedoch, dass der Anteil am Zuschlagspreis, der dem betreibenden Pfandgläubiger zukommt, in Geld zu bezahlen ist, wenn die Beteiligten nichts anderes vereinbaren. Sie bestimmen ferner, dass die Belastung des Grundstücks, die zugunsten des Betreibenden bestand, im Grundbuch gelöscht wird.

Art. 157 Aus dem Pfanderlös werden vorweg die Kosten für die Verwaltung, die Verwertung und die Verteilung bezahlt.

Der Reinerlös wird den Pfandgläubigern bis zur Höhe ihrer Forderungen einschliesslich des Zinses bis zum Zeitpunkt der letzten Verwertung und der Betreibungskosten ausgerichtet.

Sechster Titel: Konkursrecht

I. Wirkungen des Konkurses auf das Vermögen des Schuldners

A. Konkursmasse

Art. 197 Sämtliches pfändbare Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, bildet, gleichviel wo es sich befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse), die zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dient.

Vermögen, das dem Schuldner vor Schluss des Konkursverfahrens anfällt, gehört gleichfalls zur Konkursmasse.

Art. 198 Vermögensstücke, an denen Pfandrechte haften, werden, unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes, zur Konkursmasse gezogen.

H. Rangordnung der Gläubiger

Art. 219 Die pfandgesicherten Forderungen werden aus dem Ergebnisse der Verwertung der Pfänder vorweg bezahlt.

Hafteten mehrere Pfänder für die nämliche Forderung, so werden die daraus erlösten Beträge im Verhältnisse ihrer Höhe zur Deckung der Forderung verwendet.

Der Rang der Grundpfandgläubiger und der Umfang der pfandrechtlichen Sicherung für Zinse und andere Nebenforderungen bestimmt sich nach den Vorschriften über das Grundpfand.

Die nicht pfandgesicherten Forderungen sowie der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen werden in folgender Rangordnung aus dem Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse gedeckt: (vgl. nach Rdn 923)

3. Faustpfänder

Art. 324 Abs. 1

Die Pfandgläubiger mit Faustpfandrechten sind nicht verpflichtet, ihr Pfand an die Liquidatoren abzuliefern. Sie sind, soweit keine im Nachlassvertrag enthaltene Stundung entgegensteht, berechtigt, die Faustpfänder in dem ihnen gut scheinenden Zeitpunkt durch Betreibung auf Pfandverwertung zu liquidieren oder, wenn sie dazu durch den Pfandvertrag berechtigt waren, freihändig oder börsenmässig zu verwerten.

b) Die Wegbedingung der Rechtsgewährleistung (*pactum de non praestanda evictione*)

529 D 21,2,68 pr. (Papinian 11 resp)

Wenn eine Pfandsache unter der Bedingung verkauft wird, dass der (Pfand-) Gläubiger auch nach geschehener Entwehrung <für Rechtsmängel> nicht hafte, steht dem (Pfand-) Käufer, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt, sondern dem Verkäufer dafür Sicherheit geleistet hat, keine Einrede zur Verfügung, um den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung zu hemmen.

Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quimvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat.

Vgl. auch D 50,17,23 (Rdn 553).

C. Die Früchte der Pfandsache

530 D 20,2,7 pr. (Pomponius 13 var lect)

Bei ländlichen Grundstücken werden die dort erzeugten Früchte aufgrund einer stillschweigenden Vereinbarung dem Eigentümer des verpachteten Landgutes als verpfändet zuerkannt, auch wenn dies ausdrücklich nicht verabredet worden ist.

In praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.

5.2.5 Weitere Ansprüche des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers

5.2.5.1 Seitens des Pfandschuldners

531 C 4,24,3 (Imp. Alexander A. Victori; a. 222)

Der Gläubiger, der ein ihm als Pfand haftendes Grundstück im Besitz gehabt hat, muss die Früchte, die er gezogen hat oder hätte ziehen müssen, zur Verminderung der Schuld in Anrechnung bringen; und wenn er das Grundstück verschlechtert hat, so haftet er auch deswegen aus der *actio pigneraticia*.

Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et, si agrum deteriolem constituit, eo quoque nomine pigneraticia actione obligatur.

Vgl. Art. 890 Abs. 1 ZGB.

5.2.5.2 Seitens des Pfandgläubigers

532 D 13,7,8 pr. (Pomponius 35 Sab)

Wenn ich für einen Sklaven oder für ein Grundstück, die ich als Pfand erhalten hatte, notwendige Aufwendungen getätigt haben sollte, dann wird mir nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht, sondern auch die *actio pigneraticia contraria* zustehen. Man nehme etwa an, dass ich Ärzte bezahlt hatte, weil der Sklave erkrankte, aber dann verstorben war, oder aber dass ich eine Mietskaserne neu verstreben oder sonstwie ausbessern lassen musste und diese nachher abgebrannt war, so dass ich nichts hätte, was ich retinieren könnte.

Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret

servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.

Vgl. Art. 939 ZGB.

5.2.6 Die Formeln der pfandrechtlichen Aktionen

5.2.6.1 *actio fiduciae*

533 Wenn es zutrifft, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius das Grundstück, um das es hier geht, treuhänderisch durch Manzipation übertragen hat und das Rechtsgeschäft nicht so geführt worden ist, wie es nach Treu und Glauben geführt werden muss, wieviel diese Sache wert sein wird, auf diese Summe soll der Richter verurteilen, wenn es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Si paret A^mA^m N^oN^o fundum quo de agitur fiduciae causa mancipio dedisse negotiumque ita actum non esse ut bona fide agi oportet, quanti ea res erit tantam pecuniam eius iudex condemnato, si non paret absolvito.

(Formelrekonstruktion nach KASER, Studien zum römischen Pfandrecht (1982) 107 <= Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 47 [1979], p. 327>).

5.2.6.2 *actio Serviana*

534 Wenn es zutrifft, dass zwischen Aulus Agerius und Lucius Titius vertraglich vereinbart worden war, dass die Sache, um die es hier geht, dem Aulus Agerius verpfändet sein sollte für eine Schuldforderung, und wenn diese Sache, damals als die Vereinbarung getroffen wurde, sich im Vermögen des Lucius Titius befunden hatte und wenn die Schuldforderung weder bezahlt noch anderweitig dafür Erfüllung geleistet worden ist und wenn Aulus Agerius es nicht zu vertreten hat, dass noch nicht erfüllt worden ist, dann soll, ausser die Sache sei auf Aufforderung des Richters hin zurückerstattet worden, der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius auf diejenige Summe verurteilen, wieviel diese Sache wert sein wird; falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Si paret inter A^mA^m et L. Titium convenisse, ut ea res qua de agitur A^oA^o pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^mA^m stare quominus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

(Rekonstruktion nach LENEL, EP³, p. 494 f.)

5.2.6.3 *actio pigneraticia (in personam)*

A. *formula in factum concepta*

535 Wenn es zutrifft, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius die Sache, um die es hier geht, für eine Schuldforderung verpfändet hatte, und wenn diese Forderung bezahlt oder dafür anderweitig Erfüllung geleistet ist, oder wenn Numerius Negidius verursacht hat, dass nicht erfüllt wurde, und wenn die Sache dem Aulus Agerius nicht zurückgegeben worden ist, wieviel die Sache wert sein wird, auf ebendiese Summe soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Si paret A^mA^m N^oN^o rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N^mN^m stetisse, quominus solveretur, eamque rem A^oA^o redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^mN^m A^oA^o condemnato, si non paret absolvito.

(Rekonstruktion nach LENEL, EP³, p. 255)

B. *formula in ius concepta*

536 Wenn Aulus Agerius dem/von Numerius Negidius die Sache, um die es hier geht, für eine Geldschuld als Pfand übertragen/erhalten hat, was immer aus diesem Rechtsgrund Numerius Negidius dem Aulus Agerius gemäss *ius civile* nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu geben und zu leisten verpflichtet ist, <auf die entsprechende Summe> soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen.

Quod A^sA^s N^oN^o rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedit, quidquid ob eam rem N^mN^m A^oA^o dare facere oportet ex fide bona eius iudex condemnato, si non paret absolvito.

5.3 Das Retentionsrecht

537 D 10,3,14,1 (Paulus 3 Plaut)

Es ist freilich zu erwägen, ob ich wegen derjenigen Aufwendungen, die ich im Glauben, es handle sich um mein Alleineigentum, in ein Grundstück investiert habe und um deretwegen ich ohne weiteres – falls mein Miteigentumsanteil vindiziert würde – mittels der *exceptio doli* retinieren könnte, wegen identischen Interessenschutzes des Anspruchs auch dann ein Retentionsrecht hätte, wenn die Teilungsklage gegen mich angestrengt würde. Und das scheint mir weit zutreffender, weil ja die

actio communi dividundo ein *iudicium bonae fidei* ist: dies freilich unter der Voraussetzung, dass gegen mich geklagt wird. [...]

Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est. quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo: sed hoc ita, si mecum agatur. [...]

538 D 19,1,13,8 (Ulpian 32 ed)

Wenn der Käufer aus dem Kaufvertrag auf Erfüllung klagt, hat er seinerseits den Kaufpreis anzubieten, daher ist sein Anspruch, falls er nur einen Teil der Preissumme anbieten würde, noch nicht durchsetzbar, weil nämlich der Verkäufer den Kaufgegenstand analog einem Faustpfand zurückbehalten kann.

Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit.

Vgl. Art. 985 ff. ZGB