

Springer-Lehrbuch

## Römisches Recht

Bearbeitet von  
Heinrich Honsell

8. Auflage 2015. Buch. XXII, 222 S. Kartoniert

ISBN 978 3 662 45869 3

Format (B x L): 15,5 x 23,5 cm

Gewicht: 375 g

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen > Rechtsgeschichte](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Allgemeine Lehren

## § 4 Begriff des Rechts und des Privatrechts

### I. *Ius – iustitia*

*Ius* (Recht) bezeichnet ursprünglich vielleicht den Gerichtsplatz (*in iure* daher das Verfahren vor dem Prätor auf dem Forum, wo sich die Gerichtsstätte befand). Der lateinische Begriff *ius* wird wie das deutsche Wort Recht sowohl im objektiven als auch im subjektiven Sinn verwendet. Im objektiven Sinn bezeichnet *ius* die Gesamtheit der Rechtsnormen; im subjektiven das einer bestimmten Person zustehende Recht. Im Englischen wird das eine mit law, das andere mit right bezeichnet. Eine abstrakte Definition des Begriffs *ius* ist uns nicht überliefert, lediglich das eleganter dictum des Celsus<sup>1</sup>: *ius est ars boni et aequi* (Recht ist die Kunst des Guten und Billigen). Das ist indes keine Definition, sondern die Bezeichnung des Gerechtigkeitsideals nach griechischem Vorbild (das Schöne und Gute: Καλοκαγαθία – Kalokagathia, aus καλὸν καὶ ἀγαθόν – kalòn kaì agathón). Oberstes Prinzip des Rechts ist die Gerechtigkeit, *iustitia*, die von Ulpian folgendermaßen umschrieben wird:

Ulp. D. 1, 1, 10 pr. – 1: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Gerechtigkeit ist der beständige und dauerhafte Wille, jedem das Seine zuzuteilen. Die Gebote des Rechts sind diese: ehrenhaft leben, den anderen nicht verletzen, jedem das Seine geben.

Auch diese Definition ist von der griechischen Philosophie beeinflusst. Die Unterscheidung zwischen verteilerender und korrigierender Gerechtigkeit – *iustitia distributiva* und *iustitia correctiva* geht auf Aristoteles zurück<sup>2</sup>. Die verteilernde Gerechtigkeit ist proportional und betrifft das öffentliche Recht. Der Staat erhebt z. B. die direkte Einkommenssteuer mit einem progressiven Tarif nach Leistungsfähigkeit; Sozialhilfe wird nach Bedürftigkeit verteilt (das gleiche Kindergeld für alle ist eine

---

<sup>1</sup> D. 1, 1, 1 pr.

<sup>2</sup> Näher Honsell, 2. FS Mayer/Maly (2002) 287 ff. mwNw.

populistische Fehlentwicklung). Die *iustitia correctiva* ist eine Beschränkung der Privatautonomie durch den Richter, der nur bei krassen Abweichungen von der rechten Mitte (Mesotes) eingreift. Beispiele sind das Deliktsrecht oder zwingende Normen zum Schutz einer Vertragspartei.

Die Maxime „jedem das Seine“ ist abstrakt und deshalb inhaltsleer, weil sie nicht sagt, was das „Seine“ ist. Die Formel ist daher auch gegen zynische Perversion nicht geschützt: So haben die Nationalsozialisten den Satz über das Tor des Konzentrationslagers Buchenwald geschrieben.

## II. *Ius privatum – ius publicum*

Wir unterscheiden heute zwei große Gebiete des Rechts: das Privatrecht und das öffentliche Recht. Diese Unterscheidung findet sich schon im römischen Recht: *ius privatum – ius publicum*.

Ulp. D. 1, 1, 2 grenzt beide Rechtsgebiete folgendermaßen voneinander ab:

publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.

Öffentliches Recht ist dasjenige, was den Status des römischen Staatswesens, Privatrecht dasjenige, was die Interessen einzelner betrifft.

Noch heute dient die sog. Interessentheorie (neben anderen Definitionsversuchen) der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht. Ein anderes Einteilungskriterium stellt darauf ab, dass Normen, die das öffentliche Interesse betreffen, zwingend sind (*ius cogens*), Privatrecht hingegen in der Regel dispositiv, d. h. von den Parteien abänderbar: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>3</sup>. – Öffentliches Recht kann durch Verträge zwischen Privaten nicht geändert werden.

## III. *Ius civile – ius gentium*

Das *ius civile* galt nur für römische Bürger. Es bestand aus dem Gewohnheitsrecht, den *leges* und den gesetzesebenen Rechtsquellen. Römischen Bürgern vorbehaltenen Geschäfte des *ius civile* waren z. B. die Manzipation oder das *nexum*<sup>4</sup>.

In der Gerichtsbarkeit des Fremdenprätors, der für die Rechtsprechung über Streitigkeiten zwischen Fremden bzw. Fremden und Römern zuständig war, entwickelte sich ein Recht, das vom Bürgerrecht unabhängig war und das nach römischer Vorstellung bei allen Völkern galt, das *ius gentium*<sup>5</sup>. Dieses nicht auf positiver Satzung, sondern auf natürlicher Betrachtung (*ius naturale*) beruhende Recht zeichnete sich vor allem dadurch aus, dass es formfreie Rechtsgeschäfte anerkannte, die lediglich auf der *fides* (Treue, Pflicht zum Worthalten) beruhten. Das *ius gentium*

<sup>3</sup> Pap. D. 2, 14, 38.

<sup>4</sup> Unten § 9 I.

<sup>5</sup> Dazu eingehend Kaser, *Ius gentium* (1993).

ist nicht mit dem heutigen Völkerrecht und nicht mit internationalem Recht zu verwechseln. Vielmehr war es römisches Recht, das, in freier Rechtsfortbildung vom Prätor entwickelt, die Hemmnisse des alten Formalismus überwunden hatte.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich *ius gentium* und *ius honorarium* teilweise decken.

#### **IV. *Ius civile – ius honorarium***

Im Gegensatz zum *ius civile* wurde das *ius honorarium* durch die prätorische Rechtsfortbildung geschaffen (vgl. oben § 2 IV).

#### **V. *Ius naturale***

Im Unterschied zur menschlichen Satzung galt das Naturrecht als ewig und unveränderlich:

Justinian I. 1, 2, 11: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*

Die natürlichen Rechtsgrundsätze, die von allen Völkern beachtet werden und gewissermaßen durch göttliche Vorsehung begründet sind, bleiben immer gültig und unabänderlich; diejenigen aber, die sich eine Bürgerschaft selbst gibt, pflegen oft geändert zu werden, sei es durch stillschweigenden Konsens des Volkes, sei es durch ein späteres Gesetz.

Mit dem Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht hat sich zuerst die griechische Philosophie beschäftigt. Pythagoras hat gelehrt, dass die Gerechtigkeit nicht auf dem Nomos (Gesetz) beruht, sondern auf der Physis (Natur)<sup>6</sup>. Antiphon hat die erstaunliche Handlungsmaxime vertreten, man solle vor Zeugen die Gesetze des Menschen befolgen, ohne Zeugen hingegen die Gesetze der Natur.

Der Konflikt zwischen Naturrecht und Gesetz ist auch das Thema in Sophokles' Antigone. Entgegen dem Verbot des Kreon, der die Staatsräson repräsentiert, bestattet Antigone ihren toten Bruder, weil das göttliche Gesetz und das Naturrecht dies verlangen.

Die Grenzen des Gesetzesgehorsams wurden viel diskutiert. Der zum Tode verurteilte Sokrates lehnte vor seiner Hinrichtung die schon vorbereitete Flucht ab, weil er der Jugend kein (schlechtes?) Beispiel geben wollte für Ungehorsam gegen das Gesetz (Platon, Kriton). Dies darf man aber nicht ohne weiteres als Fall eines bedingungslosen Gesetzesgehorsams werten. Sokrates war im Prozess gerade vorgeworfen worden, er verführe die Jugend zum Ungehorsam gegenüber dem Gesetz. Da will es die Geschichte, dass er seine Verfolger durch ein Musterbeispiel von Gesetzestreue beschämte.

<sup>6</sup> S. dazu Honsell, Nomos und Physis bei den Sophisten, *Mél. Wubbe* (1993) 179 ff.; ders., Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte, *FS Koppensteiner* (2001) 593 ff.

Die römische Geschichte liefert viele Beispiele für rücksichtslose Härte, die sich auf ein Gesetz berufen kann und meist mit der Staatsräson, der *utilitas publica*, gerechtfertigt wird. Die antiken Machtmenschen hielten indes eine gesetzliche Legitimierung von Härten nicht für notwendig. Cicero<sup>7</sup> sagt über die magistratische Gewalt, sie habe etwas Schlechtes an sich, das man aber um des Guten willen in Kauf nehmen müsse: *fateor in ipsa ista potestate inesse quiddam mali, sed bonorum quod est quaesitum in ea sine isto malo non haberemus*.

Massenhinrichtungen aus generalpräventiven Erwägungen waren in Rom an der Tagesordnung. Zum Beispiel hat Crassus nach der Niederschlagung des Spartacus-Aufstands sechstausend Sklaven entlang der via Appia von Rom bis Capua kreuzigen lassen. Die Kreuzigung war eine besonders grausame und barbarische Tötungsart, da die Delinquenten zuvor gezeißelt wurden und mit ihren blutenden Wunden den Insekten und Schmeißfliegen in der prallen Sonnenhitze ausgesetzt eines qualvollen Todes starben. Ein anderes Beispiel ist die Praxis des Dezimierens (Hinrichtung jedes zehnten Soldaten) als Strafe für Feigheit vor dem Feind. Nur selten tritt in Gestalt des Gesetzes menschliche Brutalität so demaskiert hervor wie beim *senatus consultum Silanianum*, dessen Anwendung das Schulhaupt der Sabinianer, C. Cassius Longinus, mit Nachdruck gefordert hat. Die Hinrichtung der vierhundert Sklaven des Stadtpräfekten Pedanius Secundus, auch der Frauen und Kinder, wird mit dem Satz gerechtfertigt: *habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*<sup>8</sup>. – Jedes große Exempel, das im öffentlichen Interesse an Einzelnen statuiert wird, hat etwas Unbilliges.

Gegen den Protest des über den Tod so vieler Unschuldiger entsetzten Volkes hat man die Hinrichtung vollzogen.

Bei Livius<sup>9</sup> finden wir die Vorstellung vom tauben und unerbittlichen, vom gnaden- und schonungslosen Gesetz:

legem rem surdam et inexorabilem esse ... nihil laxamenti nec veniae habere.

Das Gesetz sei eine taube und unerbittliche Sache ... es kenne weder Schonung noch Gnade.

Von Ulpian, dem ein hervorragender Gerechtigkeitssinn bescheinigt wird<sup>10</sup>, stammt die Parömie

quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est<sup>11</sup>.

Zwar ist das manchmal hart, aber es ist das Gesetz.

Es ist schwer begreiflich, dass das „Volk des Rechts“ (*Fritz Schulz*) zugleich eine grausame „Sklavenhaltergesellschaft“ (*Karl Marx*) war. Ein beunruhigendes anthropologisches Phänomen, das sich in der Geschichte der Menschheit immer wieder beobachten lässt, ist es, dass abstrakt angeordnete Grausamkeiten unter Hinweis auf

<sup>7</sup> De legibus 3, 23.

<sup>8</sup> Tacitus annales 14, 43.

<sup>9</sup> Ab urbe condita 2, 3, 3 ff.

<sup>10</sup> Scriptorum Historiae Augustae, Alexander Severus 31, 2.

<sup>11</sup> D. 40, 9, 12, 1; dazu Wieacker SZ 94 (1977) 9 FN. 32.

die Staatsräson vollzogen werden. Die Berufung auf die Gerechtigkeit, die man in diesem Kontext häufig findet, mutet zynisch an: *fiat iustitia, pereat mundus* – es soll Gerechtigkeit geschehen, und wenn darüber die Welt zugrunde geht.

Die allegorische Figur der Iustitia hat verbundene Augen. Dies soll die Gleichheit vor dem Gesetz symbolisieren. In den Händen hält sie eine Waage und ein Schwert. Es ist ein Bild, das nichts ahnen lässt von der schicksalhaften Grenze zwischen *rigor iuris* (strengem Recht) und *misericordia* (Barmherzigkeit).

Wenn abstrakte Definitionen der Gerechtigkeit auch mehr oder weniger inhaltsleer sind, so weiß man doch im Einzelfall gerade gegenüber konkretem Unrecht stets, was gerecht ist und was nicht. In diesem Sinne kann man von der „Natur der Sache“, von „natürlicher Billigkeit“ (*aequitas naturalis*)<sup>12</sup> oder von Naturrecht reden. Gemeint sind damit nicht kausale Naturgesetze, die es im Recht natürlich nicht gibt, sondern soziale Regeln von allgemeiner Akzeptanz, wie z. B. die „goldene Regel“: „Was Du nicht willst, dass man dir tu“, das füg’ auch keinem andern zu“<sup>13</sup> oder der Satz, dass Notwehr zulässig ist; so sagt Gaius D. 9, 2, 4 pr., dass es die *natürliche Vernunft* erlaubt, sich gegen eine Gefahr zu verteidigen: *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*<sup>14</sup>.

Der Gegensatz von Naturrecht und positivem Recht ist ein zeitloses Thema, das in Deutschland zuletzt nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Terrorregimes lebhaft diskutiert worden ist.

## § 5 Rechtsfähigkeit

### I. Natürliche Personen

#### 1. Person

Person im rechtlichen Sinne, d. h. Träger von Rechten und Pflichten, ist vor allem der Mensch. Dass alle Menschen frei und darum Rechtssubjekte seien, ist ein Postulat des Naturrechts, das erst in der Neuzeit volle rechtliche Anerkennung gefunden hat (vgl. z. B. § 16 ABGB). Das römische Recht des Altertums unterschied Freie (*homines liberi*) und Sklaven (*servi*)<sup>15</sup>.

Der Sklave war rechtsunfähig. Er stand als Sache im Eigentum seines Herrn. Auf ihn fanden die Grundsätze des Sachenrechts Anwendung. Die soziale und

<sup>12</sup> Dazu Wesener, FS Mayer-Maly (1996) 81 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu etwa Hruschka JZ 1987, 941 ff., der auf die Verwandtschaft mit dem kategorischen Imperativ von Kant hinweist; ferner Mayer-Maly, Rechtsgeschichtliche Bibelkunde (2003) 26 ff.

<sup>14</sup> Ähnlich Paulus D. 9, 2, 45, 4: *vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt* – alle Gesetze und alle Rechte erlauben, sich gegen Gewalt mit Gewalt zu verteidigen.

<sup>15</sup> Zur Rechtsstellung der Kinder und der gewaltunterworfenen Frau (*uxor in manu*) s. unten § 63 und § 65, 2.

rechtliche Stellung der Sklaven ist eine der bedrückendsten Seiten der römischen Rechtskultur.

Entstehungsgründe der Sklaverei waren in erster Linie Geburt von einer Sklavin und Kriegsgefangenschaft.

Beendet wurde die Sklaverei regelmäßig nur durch Freilassung seitens des Herrn (*manumissio*). Der Freigelassene (*libertus*) hatte ein besonderes Pflichten- und Treueverhältnis gegenüber seinem Patron und konnte anlässlich der Freilassung auch zur Leistung von Diensten (*operae*<sup>16</sup>) verpflichtet werden.

## 2. Familie

Der Begriff *familia* umfasste die freien und unfreien Personen, die der Hausgewalt des *paterfamilias* unterworfen sind; er erstreckte sich also auf die Kinder, die im Gegensatz zu den Sklaven *liberi* (Freie) hießen, und die Sklaven (*servi*); ferner auf die Frau, sofern sie nicht in gewaltfreier Ehe lebte.

In einer anderen Bedeutung bezeichnet *familia* auch die Sklavenschaft oder das Vermögen schlechthin.

## 3. Agnation

Die römische Familie war zugleich Ausgangspunkt für das Verwandtschaftssystem des ältesten Rechts, die sog. Agnation. Agnatisch verwandt waren alle Personen, die unter der gleichen Herrschaftsgewalt standen oder gestanden hätten, wenn der gemeinsame *paterfamilias* noch lebte. Agnatische Verwandtschaft wurde also nur durch den Mannesstamm vermittelt. Agnatisch verwandt war auch die gewaltunterworfenen Ehefrau mit ihren Kindern und Enkeln. Die Gesamtheit aller agnatischen Verwandten bildete die *gens*.

## 4. Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft

Mit dem Zerfall der *gentes* trat die Blutsverwandtschaft (*cognatio*) mehr und mehr in den Vordergrund. Kognaten waren alle Personen, die durch Geburt und Zeugung verbunden waren. Der in der Hausgewalt des Vaters stehende Sohn war also mit den Verwandten der Mutter zwar nicht agnatisch, wohl aber kognatisch verwandt. Man unterschied geradlinige Verwandtschaft in auf- oder absteigender Linie, Vorfahren (*ascendentes*) und Nachkommen (*descendentes*). Daneben gab es die Verwandtschaft in der Seitenlinie, wenn es sich um zwei Personen handelte, die beide von einer Dritten abstammten (Geschwister, Onkel, Tante, Nefte, Nichte, Cousin und Cousine). Der Grad der Verwandtschaft bestimmte sich nach der Zahl der sie vermittelnden Zeugungen, bzw. Geburten (*tot gradus quot generationes*). Das ist noch heute so. Vgl. § 1789 S. 3 BGB, Art. 20 ZGB. Geschwister sind danach Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie.

Nicht verwandt, sondern verschwägert (*adfines*) waren Ehegatten untereinander und mit den Kognaten des anderen Teils.

<sup>16</sup> Dazu Waldstein, *Operae libertorum* (1986).

## II. Juristische Personen

Nicht nur der einzelne Mensch, sondern auch politische und gesellschaftliche Organisationen können Träger von Rechten und Pflichten sein. Im Gegensatz zur „natürlichen“ Person, dem Menschen, spricht man hier von „juristischer“ Person.

Die Römer kannten weder den Begriff der juristischen Person, noch die dazugehörigen Theorien. Anerkannt war indes die juristische Person im Sinne einer eigenständigen Rechtsperson. Hierzu zählten neben dem Staat, die Körperschaften (*universitates*) und Vereine (*collegia, sodalitates*). Die Vereine spielten in der Antike eine große Rolle. Es gab eine große Zahl von Handwerkszünften, geselligen und kultischen Vereinen, Begräbnisvereinen (*collegia funeraticia*). Die Vereinsfreiheit war schon in der Antike ein Politikum. Bereits die Zwölf Tafeln gewährleisteten Vereinsautonomie. Der Verein konnte sich jede Satzung geben, die nicht gesetzwidrig war<sup>17</sup>. Aus den Digesten stammt der Satz, dass mindestens drei Personen nötig sind, um einen Verein zu gründen: *tres faciunt collegium*<sup>18</sup>. Für die römischen Vereine und Körperschaften waren drei Merkmale wesentlich, die noch heute für die juristische Person entscheidend sind: Der Verein war selbst rechtsfähig, konnte also Eigentum haben, Gläubiger und Schuldner sein. Er war unabhängig vom wechselnden Bestand der Mitglieder. Schließlich hafteten für Schulden nicht die Mitglieder, sondern lediglich der Verein<sup>19</sup>. Die Haftung war also auf das Vereinsvermögen beschränkt. Kapitalzusammenschlüsse wie unsere heutigen Aktiengesellschaften mit handelbaren Aktien lassen sich in der Antike entgegen früheren Annahmen nicht nachweisen<sup>20</sup>.

Im 19. Jahrhundert entstand Streit über das Wesen der juristischen Person. Savigny begründete die Fiktionstheorie, welche annahm, es werde mit der juristischen Person quasi eine natürliche fingiert. Dagegen vertrat O.v.Gierke die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit, eine Ansicht, die der sozialen Realität besser Rechnung trägt. Den Römern lag ein solcher Streit über das Wesen einer juristischen Figur fern. Heute ist immerhin anerkannt, dass mit dem Wesen nicht argumentiert werden soll. Keine einzige Streitfrage aus dem Recht der juristischen Person lässt sich nach derartigen Theorien lösen. Eine Überspitzung dieser Argumentation begegnet uns in der scholastischen Frage nach dem Wesen des Wesens (*quid est quidditas quidditatis?*)<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Vgl. Gai. D. 47, 22, 4.: *his autem potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse.* – Das Gesetz gibt ihnen (den Mitgliedern) die Macht, sich die Satzung zu geben, die sie wollen, solange sie dadurch nicht gegen ein öffentliches Gesetz verstoßen; es scheint diese Vorschrift aus dem Gesetz des Solon übernommen zu sein.

<sup>18</sup> D. 50, 16, 85.

<sup>19</sup> Ulp. D. 3, 4, 7: *si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.* – Was der Körperschaft geschuldet wird, wird nicht den Einzelnen geschuldet; was die Körperschaft schuldet, schulden die Einzelnen nicht.

<sup>20</sup> Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen – Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaften (2010).

<sup>21</sup> Vgl. hierzu den lesenswerten Aufsatz von Scheuerle AcP 163 (1964) 429, 430.

## § 6 Begriff und Auslegung des Rechtsgeschäfts

### I. Begriff

Das Rechtsgeschäft besteht nach moderner Vorstellung aus zwei Tatbestandselementen: einem subjektiven, dem Willen, und einem objektiven, der Erklärung. Zur Bezeichnung dessen, was wir Rechtsgeschäft oder Vertrag nennen, hatten die Römer eine ganze Reihe mehr oder weniger untechnischer Begriffe: *negotium* (eigentlich Unmüsse, Beschäftigung, Geschäft), *contractus*<sup>22</sup> (Vertrag); daneben finden wir die Begriffe *conventio* und *pactum*, die alle Arten von Vereinbarungen bezeichnen können, aber ebenfalls keine technische Bedeutung haben.

### II. Auslegung

Nicht immer kommt der Parteiwille in dem äußeren Tatbestand zu einem klaren und unmissverständlichen Ausdruck. Nicht anders als beim Gesetz ist deshalb auch beim Rechtsgeschäft oft eine Auslegung notwendig. Je nachdem, ob das Schwergewicht auf der Erklärung oder auf dem Willen liegt, spricht man von objektiver oder subjektiver Auslegung. Die Römer hatten für beide Fälle einen topos; in den Digesten ist uns die berühmte sens-clair-Regel überliefert, Paul. D. 32, 25, 1: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* – wenn in den Worten keine Doppeldeutigkeit liegt, dann wird die Frage nach dem Willen nicht zugelassen; aber auch deren Gegenstück, die Maxime, dass man keine Buchstabenauslegung betreiben, sondern auf den Willen achten soll: Pap. D. 50, 16, 219: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* – bei den (formlosen) Vereinbarungen der Parteien ist mehr auf den Willen als auf die Worte zu achten. Ganz ähnlich formuliert noch heute § 133 BGB: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften“; ebenso § 914 ABGB: „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht“. Ähnliche Vorschriften enthalten Art. 18 OR, Art. 1156 CC und 1362 CC it.

Im älteren römischen Recht hingegen herrschte eine ängstliche Wortinterpretation, die – wie dargelegt – von der Pontifikaljurisprudenz mit ihren Formalakten den Ausgang nahm<sup>23</sup>. Erst gegen Ende der Republik setzte sich eine freiere Auslegung durch, wobei der Einfluss der griechischen Rhetorik eine Rolle gespielt hat. In der griechischen Rhetorik war die Frage von herausragender Bedeutung, ob ein Gesetz oder Rechtsgeschäft nach dem Wortlaut (*secundum verba*) oder nach dem

<sup>22</sup> Dazu Wunner, *Contractus* (1964).

<sup>23</sup> Oben § 3 I.

Willen (*secundum voluntatem*) auszulegen sei<sup>24</sup>. In der *causa Curiana*, einem berühmten Erbschaftsstreit im 1. Jh. v. Chr., hat die Auslegung nach dem Willen über das formale Wortlautargument den Sieg davongetragen<sup>25</sup>.

Bei Vertragsklauseln konnte schon das römische Recht die noch heute gebräuchliche Unklarheitenregel (vgl. z. B. Art. 5 S. 2 EWG RL 93/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; § 305c Abs. 2 BGB), wonach unklare Klauseln im Zweifel zulasten des Verwenders auszulegen sind<sup>26</sup>.

Cels. D. 34, 5, 26: cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.

Wenn bei einer Stipulation die Frage streitig ist, was gemeint war, so geht die Unklarheit zulasten des Erklärenden (*stipulator*).

Paul. D. 18, 1, 21: Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.

Labeo schreibt, dass die Unklarheit eines Vertrages eher dem Verkäufer zum Nachteil gereicht, der ihn formuliert hat, als dem Käufer, weil ja der Verkäufer sich deutlicher hätte ausdrücken können.

In den Digesten begegnen uns auch Fälle, die wir heute unter dem Aspekt der ergänzenden Vertragsauslegung diskutieren würden:

Proc. D. 18, 1, 69: Rutilia Polla emit lacum Sabatenem Angularium et ca. eum lacum pedes decem: quaero numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Polae iuris sint. Proculus respondit: ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus fuit, et ca. eum decem pedes qui tunc fuerunt, nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet quam emit.

Rutilia Polla hat den Seewinkel<sup>27</sup> des Sabatener Sees gekauft und dazu einen Landstreifen von zehn Fuß. Ich frage, wenn diese zehn Fuß Land, die damals dazu gehörten, nun im Wasser liegen, weil der Wasserspiegel des Sees gestiegen ist, ob jetzt die nächsten zehn Fuß Land, vom Wasser weg gerechnet der Rutilia Polla gehören. Proculus hat gegutachtet: Ich glaube, dass der See, den Rutilia Polla gekauft hat, nur in jenem Umfang verkauft wurde, den er damals hatte, und rund um ihn nur diejenigen zehn Fuß Land, die damals vorhanden waren. Denn wegen des Umstandes, dass der Wasserspiegel nachher gestiegen ist, kann sie jetzt nicht mehr besitzen, als sie damals gekauft hat.

Der Wasserspiegel des lacus Sabatenis, des heutigen Lago di Bracciano in Südetrurien, war offenbar dauerhaft gestiegen, so dass die 10 Fuß (drei Meter) Uferstreifen der Käuferin im Wasser verschwunden waren. Die Käuferin fragt an, ob sie Anspruch auf drei weitere Meter hat. Die Frage war offenbar streitig und die ablehnende Antwort des Proculus ist eher formalistisch. Heute würde man mit ergänzender Vertragsauslegung helfen oder mit der *clausula rebus sic stantibus* (Geschäftsgrundlage), denn ohne einen Zugang zum See und einen Uferstreifen, z. B. um Fischerboote dort zu lagern, konnte Rutilia Polla ihr Eigentum nicht nutzen.

<sup>24</sup> Zum *verba – voluntas* – Problem s. Stroux, *Summum ius, summa iniuria* (1926, Nachdruck 1949); Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* 622 ff.; Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen* (1967); Honsell, *FS Coing I* (1982) 129 ff., 138 ff.

<sup>25</sup> Unten § 71 III.

<sup>26</sup> Dazu Honsell, *Ambiguitas contra stipulatorem*, 2. *FS Kaser* (1986) 73 ff.

<sup>27</sup> *Angularium* kann man vielleicht mit *Seewinkel* übersetzen. Andere bringen es mit *anguila* (Aal) in Verbindung, s. z. B. Mayer-Maly, *Rutlias Lake Israel Law Review* 29 (1995) 151 ff.

## § 7 Bedingung und Befristung

### I. Begriff

Die Wirkung eines Rechtsgeschäfts kann durch Parteiwillen vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig gemacht werden. Ist dieses Ereignis ungewiss (*incertus an*), so sprechen wir von einer Bedingung (*condicio*). Die Bedingung ist danach eine Zusatzbestimmung zu einem Rechtsgeschäft, welche die rechtliche Wirkung desselben von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht. Dabei kann der Zeitpunkt des Bedingungseintritts bestimmt oder unbestimmt sein (*certus quando, incertus quando*).

Von einer Befristung (*dies*, Termin) sprechen wir hingegen, wenn der Eintritt des Ereignisses gewiss ist (*certus an*), wobei der Zeitpunkt wiederum bestimmt oder unbestimmt sein kann (*certus* oder *incertus quando*).

Der Tod einer Person, der im Erbrecht eine Rolle spielt, ist keine Bedingung, sondern eine Befristung (*certus an, incertus quando*); vgl. auch das alte *memento mori: mors certa, hora incerta* – der Tod ist gewiss, nur die Stunde ist ungewiss (und nicht, wie angeblich mal jemand übersetzt hat: todsicher geht die Uhr falsch).

### II. Arten der Bedingung

Die Lehre von der Bedingung war bis ins Kleinste ausgefeilt.

Man unterschied Suspensivbedingung und Resolutivbedingung<sup>28</sup>. Bei der Ersteren trat die Rechtsfolge erst mit dem Ereignis ein, bei der Letzteren entstand sie sogleich, fiel aber mit dem Ereignis wieder weg. Keine echte Bedingung war es, wenn das Ereignis in der Vergangenheit oder Gegenwart lag (*condicio in praesens vel in praeteritum collata*), z. B. die Wette: *si rex Parthorum vivit*<sup>29</sup> (wenn der König der Parther lebt), denn hier stand bei Vertragsschluss bereits fest, ob die Bedingung eingetreten war oder nicht, nur die Parteien wussten es noch nicht. Es fehlte der für die Bedingung wesentliche Schwebezustand. Das Geschäft ist, sofern die Bedingung eingetreten ist, sogleich gültig. Unmögliche Bedingungen<sup>30</sup> machen das Geschäft nichtig. Dasselbe gilt für verbotene oder sittenwidrige Bedingungen (z. B. *si larvali habitu processeris*<sup>31</sup> – wenn du öffentlich als Gespenst auftrittst). Dies galt aber nur für die *bonae fidei iudicia* und die titulierte Stipulation. Bei der abstrakten Stipulation mit sittenwidrigem Motiv, z. B. Versprechen eines Mordlohnes (*homicidium fieri*<sup>32</sup>) half der Prätor mit *denegatio actionis* oder mit der *exceptio*

<sup>28</sup> Manche Autoren leugnen, dass das röm. Recht die Resolutivbedingung gekannt hat; vgl. z. B. Flume, I. FS Kaser (1976) 309 ff.

<sup>29</sup> Pap. D. 12, 1, 37.

<sup>30</sup> Z. B. Gai. 3, 68: *si digito caelum attigerit* – wenn er mit dem Finger den Himmel berührt hat.

<sup>31</sup> Paul. sent. 3, 4b, 2.

<sup>32</sup> Pomp. D. 45, 1, 27 pr.

*doli*<sup>33</sup>. Beim Testament hat sich die Meinung durchgesetzt, dass nur die sittenwidrige Bedingung entfällt und die Verfügung gültig ist<sup>34</sup>.

Der Eintritt der Bedingung kann auch vom Belieben des Berechtigten abhängen (Potestativbedingung). Dies ist z. B. der Fall beim Kauf auf Probe<sup>35</sup>.

Während der Schwebezeit bis zum Eintritt der Bedingung (*pendente condicione*) traten die Rechtsfolgen des Geschäfts bei der aufschiebenden Bedingung nicht ein. Die bisherige Rechtslage blieb unverändert. Wer Eigentum übertragen hatte, blieb Eigentümer<sup>36</sup>; wer sich bedingt verpflichtet hatte, wurde nicht Schuldner<sup>37</sup>. Erst mit dem Eintritt der Bedingung trat das Geschäft in Kraft. Streitig ist, ob der Bedingung Rückwirkung zukam, d. h. die Wirkung des Geschäfts auf den Zeitpunkt des Abschlusses zurückbezogen wurde. Dies wird man jedenfalls für Kauf und Stipulation annehmen dürfen<sup>38</sup>. Der bedingt Berechtigte war vor Eintritt der Bedingung nicht ohne Schutz. Seine künftigen Rechte wurden schon *pendente condicione* durch Vorwirkungen geschützt, die den Gegner in erheblichem Maße einschränkten. So wurden Zwischenverfügungen bei Bedingungseintritt unwirksam, wenn sie das bedingte Recht beeinträchtigten<sup>39</sup>. Hatte der Gegner den Eintritt der Bedingung treuwidrig vereitelt, so wurde ihr Eintritt fingiert<sup>40</sup>:

Ulp. D. 50, 17, 161: in iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset.

Im Zivilrecht ist es anerkannt, dass die Bedingung als eingetreten gilt, wenn derjenige, der ein Interesse an ihrem Nichteintritt hat, darauf hinwirkt, dass sie nicht eintritt.

Das wird spiegelbildlich auch für die treuwidrige Herbeiführung des Bedingungseintritts gegolten haben.

Insgesamt lässt sich sagen, dass bereits vor Bedingungseintritt eine rechtlich geschützte Anwartschaft bestand, und es ist nur folgerichtig, dass diese Anwartschaft auch vererblich war<sup>41</sup>.

Die Dogmatik der römischen Bedingungslehre ist in ihrer nuancenreichen Ausgestaltung bis heute erhalten geblieben; vgl. §§ 158 ff. BGB; §§ 695 ff. ABGB; Art. 151 ff. OR; Art. 1168 CC; Art. 1353 ff. CC it.

<sup>33</sup> Z. B. Pap. D. 35, 1, 71.

<sup>34</sup> I. 3, 19, 1; ursprünglich war die Frage Gegenstand eines Schulenstreits, die Sabinianer waren für Streichung der Bedingung, die Prokulianer für Ungültigkeit der Verfügung; vgl. Gai 3, 98.

<sup>35</sup> § 47 I 3.

<sup>36</sup> Ulp. D. 24, 1, 11 pr.

<sup>37</sup> Ulp. D. 50, 16, 54.

<sup>38</sup> Vgl. etwa Gai. D. 20, 4, 11, 1 i. f.: *cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est.* – Wenn die Bedingung einmal eingetreten ist, ist es so anzusehen, wie wenn die Stipulation ohne Bedingung abgeschlossen worden wäre. Dies ist auch besser. – Die Frage war offenbar kontrovers. Nach heutiger Auffassung wirkt die Bedingung ex nunc.

<sup>39</sup> Z. B. Freilassung des durch Vindikationslegat vermachten Sklaven: Iav. D. 33, 5, 14.

<sup>40</sup> Vgl. zu dieser Erfüllungsfiktion etwa Knütel öJBl 1976, 613 ff.

<sup>41</sup> Auch diese Frage war allerdings kontrovers, vgl. Iul. D. 39, 5, 2, 5 einerseits und Ulp. D. 23, 3, 9, 1 andererseits.



<http://www.springer.com/978-3-662-45869-3>

Römisches Recht

Honsell, H.

2015, XXII, 222 S. 2 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-662-45869-3