

**Prof. Dr. Thomas Rüfner**

# **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**

Vorlesung im Sommersemester 2011

Quellen und Erläuterungen

## Inhalt

Kapitel 1: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren <b>Die accursische Glosse zur Haftung für Unterlassen</b> .....	3
Kapitel 2: Wissenschaft und Praxis bei den Postglossatoren <b>Bartolus von Saxoferrato zur Form der Bestellung eines Pflegers</b> .....	10
Kapitel 3: Rechtspraxis in England <b>Ein Grundstücksstreit vor dem Court of Common Pleas</b> .....	15
Kapitel 4: Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland <b>Regelungen des Vormundschaftsrechts in der kurtrierischen Untergerichtsordnung</b> ...	21
Kapitel 5: Humanistische Rechtswissenschaft <b>Jacques Cujas zur testamentarischen Einsetzung eines Pflegers</b> .....	26
Kapitel 6: Römische und deutsche Rechtsquellen im <i>Usus modernus</i> <b>Samuel Stryk über die Regel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“</b> .....	31
Kapitel 7: Das Vernunftrecht <b>Die Übereignung von Sachen nach Christian Wolff</b> .....	39
Kapitel 8: Die vernunftrechtlichen Kodifikationen <b>ALR, Code civil und ABGB zum Recht der Willensmängel</b> .....	47
Kapitel 9: Das 19. Jahrhundert <b>Savignys Lehre von der Auflage (<i>modus</i>)</b> .....	58
Kapitel 10: Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches <b>Materialien zu § 545 BGB</b> .....	69
Kapitel 11: Die Perversion des Rechts in der NS-Zeit <b>Das Landgericht Berlin zur Kündigung gegenüber Mietern jüdischer Abstammung</b> ....	86
Kapitel 12: Privatrecht im SED-Staat <b>Eine Alkoholfahrt vor dem obersten Gerichtshof der DDR</b> .....	91

## **Kapitel 1: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren**

### **Die accursische Glosse zur Haftung für Unterlassen**

#### **Einleitung**

Die nachfolgenden Texte sollen einen Eindruck von der Arbeitsweise der mittelalterlichen Juristen geben. Abgedruckt ist ein kurzer Abschnitt aus den justinianischen Digesten mit den zugehörigen mittelalterlichen Erläuterungen. Letztere bestehen aus der *Glossa ordinaria* des Accursius und der kurzen Inhaltsgabe (dem sogenannten *Casus*) von dessen Sohn Franciscus Accursii. Wie in den alten Druckausgaben des glossierten Digestentextes ist der *Casus* vor den Einzelerläuterungen in den Glossen wiedergegeben.

Der Digestentext behandelt die Frage, der Haftung des Schuldners für die verschuldete Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung (vgl. §§ 283, 280 Abs. 1 und 3 BGB). Diese wird jedoch nicht abstrakt erörtert, sondern für eine konkrete Fallkonstellation, die so im modernen Recht nicht vorkommen kann:

Der geschuldete „Gegenstand“ ist ein Sklave namens Stichus. – Sklaven wurden im antiken römischen Recht ohne weiteres als Sachen angesehen, die Objekt von Kaufverträgen und anderen Schuldverhältnissen sein konnten und wie andere Sachen übereignet werden konnten. Die Sklaverei existierte auch noch im Mittelalter. In Frankreich und Deutschland starb sie bis zum Ende des Mittelalters allmählich ab. Hingegen nahm die Sklaverei in den Anrainerländern des Mittelmeeres im hohen und späten Mittelalter sogar einen neuen Aufschwung. Für die Juristen, die sich bemühten, die Digestentexte zu verstehen, spielte es freilich ohnehin zunächst keine Rolle, ob die Fälle der römischen Juristen in der Praxis noch vorkommen konnten. Die römischen Texte, welche die Sklaverei voraussetzen, wurden von den mittelalterlichen Juristen unbefangen verwendet, um die zugrunde liegenden Rechtsprinzipien zu analysieren.

Die Schuld beruht auf einer *stipulatio*. Die *stipulatio* ist ein einseitiges Schuldversprechen (vgl. § 780 BGB), dessen Wirksamkeit davon abhängt, dass die Parteien bei der Erteilung des Versprechens eine besondere Wortform beachten, d.h. bestimmte genau vorgeschriebene Worte benutzen, um ihre vertragliche Einigung auszudrücken. Wurde diese Form eingehalten, so entstand aus der *stipulatio* ein vertraglicher Anspruch des Versprechensempfängers (*stipulator*) gegen den Versprechenden (*promissor*).

Im antiken Text wird die Frage behandelt, ob ein Verschulden des Schuldners (*culpa*) außer in der Tötung des geschuldeten Sklaven durch aktives Tun auch in einem Unterlassen liegen kann – etwa darin, dass ein kranker Sklave nicht gepflegt wird und deshalb stirbt. Im Rahmen der Diskussion Frage wird auf die Haftung des unberechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer einer Sache

verwiesen (vgl. §§ 985 ff. BGB). Für diese ist gesichert, dass ein Verschulden auch in einem Unterlassen bestehen kann. Aus heutiger Sicht (und ebenso schon für die mittelalterlichen Interpreten der Stelle) liegt es näher, auch bei einem vertraglichen Anspruch ein Unterlassen als Verschulden anzuerkennen: Nach dem BGB würde ein Schuldner sowohl dann ein Verschulden im Sinne der §§ 280 Abs. 1 S. 2 und 276 BGB zur Last gelegt, wenn er die geschuldete Sache durch positives Tun zerstört als auch dann, wenn ihr Untergang auf der Versäumung erforderliche Maßnahmen zu ihrer Erhaltung beruht.

Ob die römischen Juristen genauso entschieden wie das BGB, ist nach dem überlieferten Text unklar. Eher scheint es, dass sie bei bloßem Nichthandeln des *promissor* dessen Haftung verneinten. Die Beseitigung dieser Unklarheit ist das Ziel der Auslegungsbemühungen der mittelalterlichen Juristen. Durch Vergleich mit anderen Texten des Corpus Iuris gelangt Accursius in der langen Glosse *In non faciendo* (s.u.) zu dem Ergebnis, dass entgegen dem ersten Anschein auch bloßes Unterlassen den Tatbestand des haftungsbegründenden Verschuldens erfüllen kann.

Wie in den alten Druckausgaben sind die Bezugspunkte der einzelnen Glossen im Digestentext mit Buchstaben a–g markiert. Erläuterungen zum Digestentext und zu den Glossen stehen in Fußnoten, die mit arabischen Ziffern 1-28 bezeichnet sind.

### Antiker Digestentext (D. 45, 1, 91pr.)

*PAULUS LIBRO SEPTIMO DECIMO AD PLAUTIUM<sup>1</sup>. Si servum\* Stichum<sup>2</sup> stipulatus fuero et nulla mora intercedente<sup>3</sup> servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est<sup>a</sup>. sin autem negligat infirmum<sup>b</sup>, an teneri debeat promissor, considerandum est: Utrum,*

PAULUS IM 17. BUCH ZU PLAUTIUS<sup>1</sup>. Wenn ich mir den Sklaven\* Stichus<sup>2</sup> habe versprechen lassen und der Sklave stirbt, ohne dass sich der Schuldner im Verzug befand<sup>3</sup>, dann ist es klar<sup>a</sup>, sofern der Schuldner ihn getötet hat. Wenn er ihn aber vernachlässigt hat, während er krank war<sup>b</sup>, dann muss überlegt werden, ob der Schuldner haftet. – Ob er, wie der Besitzer<sup>d</sup> bei der Vindikation<sup>4</sup> eines Skla-

<sup>1</sup> Am Anfang jedes in die Digesten aufgenommenen Exzerpts ist dessen Herkunft in einer sogenannten Inskription angegeben. Die in Kapitälchen gesetzte Inskription zu D. 45, 1, 91 pr. gibt an, dass es sich um einen Text des römischen Juristen Iulius Paulus handelt, der um 200 nach Christus lebte. Der Text ist aus einer Schrift des Iulius Paulus entnommen, in der dieser das Werk eines früheren Rechtsgelehrten namens Plautius kommentiert.

<sup>2</sup> Der Digestentext ist in der Form wiedergegeben, in der er in den im mittelalterlichen Universitätsunterricht und in der Rechtspraxis benutzten Handschriften stand (sogenannte *Vulgata*). Der Text moderner wissenschaftlicher Ausgaben, der auf der Florentiner Digestenhandschrift beruht, weicht von der Version der *Vulgata* etwas ab. Es fehlt die Angabe des Namens Stichus für den geschuldeten Sklaven. Außerdem heißt es statt *considerandum est*] *considerantibus*.

<sup>3</sup> Die Klarstellung, dass der Schuldner sich zum Zeitpunkt des Todes des Sklaven nicht im Verzug befand, ist wichtig, weil er bei Verzug verschuldensunabhängig haften würde (vgl. heute § 287 S. 2 BGB).

*quemadmodum in vindicatione<sup>4</sup> hominis, si neglectus fuerit a possessore<sup>c</sup>, culpa<sup>e</sup> huius nomine tenetur possessor<sup>d</sup>, ita et cum dari promisit<sup>e</sup>. An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo<sup>f</sup> quidem accipienda sit, non in non faciendo<sup>g</sup>? Quod magis probandum est, quia qui dare promisit, ad dandum, non ad faciendum tenetur.*

ven, wenn dieser vom Besitzer<sup>c</sup> vernachlässigt wurde, wegen Verschuldens haftet, so auch dann, wenn jemand versprochen hat<sup>e</sup>, einen Sklaven zu übereignen. Oder ob das Verschulden, was das Schuldversprechen angeht, nur als positives Tun<sup>f</sup> zu verstehen ist, nicht als Nichttun<sup>g</sup>. Dies ist eher zu billigen, weil der, der zu übereignen versprochen hat, zur Übereignung nicht zu einem bestimmten Tun verpflichtet ist.

### Mittelalterlicher Kommentar

*\* Si servum. Casus<sup>5</sup>. Promisit Titius mihi Stichum servum, qui non interveniente mora mortuus est. An promissor teneatur? Distinguitur: quia si non fuit causa mortis suae, non tenetur. Si vero eum occidit, non liberatur. Quid autem erit? Promissor servum istum non occidit, sed, cum infirmus esset, eum neglexit. An teneatur? Respondetur, quod sic. Vide glossam super verbo In non faciendo. Et ponit textus argumenta pro et contra, quae satis clara sunt. ... Franciscus*

\* Wenn ich mir den Sklaven. Fall<sup>5</sup>. Titius hat mir den Sklaven Stichus versprochen, der gestorben ist, ohne dass Verzug gegeben gewesen wäre. Haftet der Schuldner? Es wird unterschieden: Denn wenn Titius nicht der Grund für den Tod war, haftet er nicht. Wenn er ihn aber getötet hat, wird er nicht frei. Wie aber wird [in folgendem Fall] zu entscheiden sein? Der Schuldner hat den Sklaven nicht getötet, aber er hat ihn vernachlässigt als er krank war. Haftet er? Es wird entschieden, dass ja. Siehe die Glosse zu den Worten *In non faciendo*. Deren Text bringt Pro- und Contra-Argumente, die hinreichend klar sind. ... *Franciscus*

*a Expedi<sup>6</sup> est. Ut teneatur<sup>6</sup>: ut infra § Sequitur<sup>7</sup>. primo responso et supra eodem lege Ex legati in fine<sup>8</sup>.*

a Ist es klar. Dass er haftet<sup>6</sup>: vgl. D. 45, 1, 91, 3<sup>7</sup>, erste Entscheidung und D. 45, 1, 23<sup>8</sup> am Ende. *Accursius<sup>9</sup>*.

<sup>4</sup> *Rei vindicatio* – Vindikation ist der römisch-rechtliche Ausdruck für den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen einen unberechtigten Besitzer (vgl. heute § 985 BGB). Zur Klärung der Frage nach dem Verschuldensmaßstab für die Haftung des *promissor* wird also auf den Haftungsmaßstab im Eigentümer- Besitzer-Verhältnis (vgl. die heutigen §§ 989, 990 BGB) verwiesen.

<sup>5</sup> Die *casus* sind eigentlich Beispielfälle zu den einzelnen Digestentexten, die deren juristischen Gehalt veranschaulichen sollen. Der vorliegende Digestentext geht allerdings (was nicht selten) ist, selbst von einem Fallbeispiel aus. Daher hat der *casus*, der wie am Ende vermerkt ist, von Franciscus Accursii, dem Sohn des Glossators Accursius, stammt, mehr die Funktion einer kurzen Inhaltsangabe zum Digestentext (und zu den zugehörigen Glossen).

<sup>6</sup> Diese Glosse ist vor allem eine Verständnishilfe. Der Digestentext sagt nur bei einer Tötung des Sklaven durch positives Tun des Schuldners sei der Fall klar (*expeditum est*), spricht aber nicht aus, was in diesem Fall gilt. Um jedes Missverständnis auszuschließen, ergänzt die Glosse *ut teneatur*: Es ist klar, dass in diesem Fall der Schuldner haftet. Um die Richtigkeit dieser Ergänzung zu beweisen, werden noch zwei andere Textstellen zitiert, aus denen sich die Haftung des Schuldners in dem Fall, dass er seine Leistungsunfähigkeit selbst aktiv herbeiführt, ergibt.

<sup>7</sup> Die Digesten gliedern sich in Bücher und Titel. Jeder Titel enthält eine große Zahl von Einzeltexten (Fragmenten). Jedes Fragment gliedert sich in mehrere Paragraphen, wobei die Besonderheit besteht, dass der erste Abschnitt als *principium* bezeichnet wird. Erst der zweite Abschnitt ist § 1.

## Kapitel 1: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren

Accursius<sup>9</sup>.

b *Infirmum. Ideoque mortuus est.*  
Accursius.<sup>10</sup>

| b Während er krank war. Und dadurch gestorben  
ist<sup>10</sup>.  
Accursius.

c *A possessore. Bonae fidei*<sup>11</sup>.

| c Vom Besitzer. Der guten Glaubens ist<sup>11</sup>. Ac-

---

Heute werden einzelne Abschnitte in den Digesten mit numerischen Angaben zitiert: Die Angabe D. 45, 1 pr. verweist auf den ersten Abschnitt (das *principum*) des 91. Fragments im ersten Titel des 45. Buches der Digesten. – Im Mittelalter zitierte man durch Angabe der Überschrift des jeweiligen Digestentitels und der Anfangsworte des jeweiligen Fragments (das die mittelalterlichen Juristen als *lex* (Gesetz) bezeichneten) und Paragraphen. Hier sind nur die Anfangsworte des Paragraphen angegeben. Daraus folgt, dass ein Paragraph des Fragments gemeint ist, aus dem auch der glossierte Text stammt, D. 45, 1, 91. Die Angabe § *Sequitur* verweist auf D. 45, 1, 91, 3. In der deutschen Übersetzung sind hier und im Folgenden die Angaben nach der modernen Zitierweise an die Stelle der Anfangsworte im lateinischen Text gesetzt. – D. 45, 1, 91, 3 besagt, der Schuldner hafte dann, wenn er selbst seine Leistungsunfähigkeit herbeigeführt habe oder wenn er sich zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit im Verzug befunden habe.

<sup>8</sup> Dieses Zitat nennt die Anfangsworte eines Fragments (einer *lex*), aber keinen Titel. Also steht die zitierte *lex* in demselben Titel wie D. 45, 1, 91: Der Verweis zielt auf D. 45, 1, 23. Diese Stelle enthält die Aussage, dass der Schuldner eine Sklaven bei dessen Tod dann haftet, wenn der Tod entweder nach Mahnung (also während des Schuldnerverzuges) eintritt oder der Schuldner den Sklaven selbst getötet hat.

<sup>9</sup> In Handschriften, die Glossen verschiedener Autoren enthalten, ist der Autor jeder einzelnen Anmerkung durch eine abgekürzte Namensangabe (Sigle) angegeben. Die *Glossa ordinaria* stellt eine Glossensammlung des Accursius dar. Deshalb ist es an sich überflüssig, bei jeder einzelnen Glosse zu vermerken, dass sie von Accursius geschrieben wurde. Jedoch enthält die Glosse des Accursius auch Glossen anderer Autoren, die Accursius mit Nennung des Autors übernommen hat. Zur Abgrenzung von diesen übernommenen Glossen tragen manche der von Accursius selbst verfassten Glossen in den gedruckten Ausgaben die Sigle des Accursius. – Auch diese Glossen enthalten freilich nicht selten Gedanken und Formulierungen, die von älteren Mitgliedern der Glossatorenschule übernommen wurden.

<sup>10</sup> Auch diese Glosse dient vor allem der Klarstellung: Die mangelnde Fürsorge für den kranken Sklaven ist juristisch nur insofern relevant als sie zu dessen Tod geführt hat. Wäre der Sklave gleichwohl gesund geworden, ergäbe sich aus der mangelnden Fürsorge des Schuldners keine Haftung.

<sup>11</sup> Diese und die folgende Glosse dienen der Erklärung der Bezugnahme auf die Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Nach der Aussage des Digestentextes haftet der Besitzer dem Eigentümer für schuldhaftes Beeinträchtigen der Sache, die er ohne Berechtigung besitzt. Wie die mittelalterlichen Juristen aus anderen Quellen folgerten, galt diese Regel jedoch im römischen Recht nicht ausnahmslos. Die Haftung auf Schadensersatz für vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigungen galt nur dann, wenn der Besitzer entweder wusste, dass er nicht zum Besitz berechtigt war, also bösgläubig war (vgl. heute § 990 Abs. 1 BGB), oder wenn die Herausgabeklage gegen ihn bereits rechtshängig war (vgl. heute § 989 BGB). Der Digestentext gibt nicht zu erkennen, an welche dieser beiden Konstellationen gedacht ist. Man könnte einen Widerspruch zwischen diesem Text und den Quellen annehmen, aus denen sich die Beschränkung der Verschuldenshaftung auf die beiden genannten Fälle ergibt. Das Anliegen der Glosse ist es jedoch, Widersprüche innerhalb der Digesten durch harmonisierende Auslegung aufzulösen. Die Glossen *A possessore* und *Possessor* ergänzen

## Kapitel 1: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren

<i>Accursius.</i>	<i>cursius.</i>
<i>d Possessor. Etiam bonae fidei post litem contestatam. ut supra De rei vindicatione lege Qui petitorio § Qui in rem<sup>12</sup> et lege Si vero custodiendus<sup>13</sup> et lege Si homo<sup>14</sup>. Accursius.</i>	<i>d Besitzer.</i> Auch der gutgläubige Besitzer nach Rechtshängigkeit. Vgl. D. 6, 1, 36, 1 <sup>12</sup> und D. 6, 1, 21 (in der Mitte) <sup>13</sup> und D. 6, 1, 45 <sup>14</sup> .
<i>e Promisit. Nomine culpa teneatur: scilicet negligentiae nomine<sup>15</sup>. Accursius.</i>	<i>e Versprochen hat.</i> Er haftet wegen Verschuldens. Und zwar wegen seiner Nachlässigkeit <sup>15</sup> . Accursius.
<i>f In faciendo. Scilicet, si occiderit, vel causam mortis praebeat. Accursius.</i>	<i>f Als positives Tun.</i> Das heißt, wenn er getötet hat oder eine Ursache für den Tod gesetzt hat. Accursius.
<i>g In non faciendo. Puta in non curando, id est non medicando: in quo culpam non esse accipiendam probat cum subiungit: quia qui dare promisit etc. Et sic accipe quod magis etc.: Scilicet quod culpa non sit in non faciendo tantum, sed in faciendo, scilicet occidendo<sup>16</sup>. Et pro hoc: supra De hereditate vel actione vendita lege Venditor II § At cum versiculo quemadmodum<sup>17</sup>. Vel dic<sup>18</sup> secundum</i>	<i>g Als Nichttun.</i> Zum Beispiel, wenn man jemanden nicht pflegt, das heißt, ihn nicht ärztlich versorgt. Dass der Jurist darin kein Verschulden sieht, beweist er, indem er fortfährt: „Weil der, der zu übereignen versprochen hat“ usw. Und so ist der Satz „Dies ist eher zu billigen“ zu verstehen: Im bloßen Nichtstun liegt kein Verschulden, sondern nur in einem positiven Tun, das heißt in der Tötung <sup>16</sup> . Vgl. dafür D. 18, 4, 21 in der Mitte <sup>17</sup> . Oder sage <sup>18</sup> mit Johannes <sup>19</sup> , dass es eher zu billigen ist, dass in der Vernachlässigung ein Verschulden liegt

zen daher den Sachverhalt, indem sie unterstellen, dass es um den Fall eines gutgläubigen, aber verklagten Besitzers geht.

<sup>12</sup> D. 6, 1, 36, 1 ist ein Beleg für die Verschuldenshaftung des verklagten Besitzers eines Sklaven.

<sup>13</sup> D. 6, 1, 21 behandelt u. a. die Haftung des Besitzers für die mangelhafte Bewachung eines Sklaven. Die Stelle belegt also das Bestehen einer vom Verschulden des Besitzers abhängigen Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Jedoch ergibt sich aus der Stelle nicht deutlich, dass es sich um einen gutgläubigen, verklagten Besitzer handelt. Insofern trägt das Zitat die Aussage, für die es herangezogen wird, nicht.

<sup>14</sup> In D. 6, 1, 45 ist die Haftung des gutgläubigen, aber verklagten Besitzers (heute: § 989 BGB) deutlich ausgesprochen.

<sup>15</sup> Auch diese Glosse dient der Klarstellung, indem sie einen im Digestentext als selbstverständlich vorausgesetzten Gedankenschritt explizit ausspricht: Im Digestentext wird nicht gesagt, worin die Parallele zwischen dem unberechtigten Besitzer und dem *promissor* eines Sklaven besteht. Die Glosse stellt klar, dass es um die Haftung für Verschulden bei bloßem Nichthandeln (Vernachlässigung / *negligentia*) geht.

<sup>16</sup> Die Glosse enthält die eigentliche Entscheidung der Frage, ob bloßes Nichthandeln des Schuldners den Verschuldensvorwurf begründen kann. Dabei stellt die Glosse nacheinander die beiden Deutungsmöglichkeiten vor und bietet Argumente für beide Seiten. Zunächst wird die nach dem Text näherliegende Auffassung vorgestellt, dass bloßes Nichthandeln keine *culpa* darstellen kann.

<sup>17</sup> In D. 18, 4, 21 geht es um den Verkäufer eines Grundstücks: Hat er (vor der Übergabe) Früchte geerntet, so muss er sie an den Käufer herausgeben (anders im heutigen Recht, vgl. § 446 S. 2

*Ioannem*<sup>19</sup> *quod magis sit probandum ut in negligendo culpa admissa sit et sic teneatur. Et pro hoc: supra De aedilicio edicto lege Quod si nolit § Si mancipium ibi culpam etc.*<sup>20</sup> *et supra De usuris lege Videamus in principio*<sup>21</sup> *et supra De hereditatis petitione lege Ei qui § Cum praedia*<sup>22</sup> *et De constituta pecunia lege Qui autem § Si quis*<sup>23</sup>.  
*Item pro hoc quod dicitur de legato alias*<sup>24</sup>: *nam circa legata consideratur*

und er daher haftet. Vgl. dafür D. 21, 1, 31, 12<sup>20</sup> und 22, 1, 19 pr.<sup>21</sup> und D. 5, 3, 54, 2<sup>22</sup> und D. 13, 5, 14, 1<sup>23</sup>.

Dafür spricht auch, was andernorts über das Vermächtnis gesagt wird<sup>24</sup>. Denn bei Vermächtnissen

---

BGB). Hat er aber, weil er das Grundstück bereits verkauft war, die Ernte vernachlässigt, so haftet er nicht allein deshalb auf Ersatz für die durch seine Unterlassung nicht geernteten Früchte. Diese Stelle wird als Stütze für eine Deutung von D. 45, 1, 91 pr. in dem Sinne angeführt, dass bloße Passivität keine Haftung wegen schuldhafter Zerstörung des Schuldobjekts begründen kann.

<sup>18</sup> Wie häufig in der Glosse, wird der Student persönlich angesprochen und ihm eine Argumentation angeraten.

<sup>19</sup> Gemeint ist Johannes Bassianus, ein älterer Vertreter der Glossatorenschule. Johannes Bassianus war der Lehrer von Azo, der seinerseits Accursius unterrichtete. Accursius zitiert also gewissermaßen seinen akademischen Großvater.

<sup>20</sup> Diese Stelle handelt von der Haftung des Käufers, der im Rahmen der Wandlung eines Kaufvertrages (entspricht im heutigen Recht dem Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB) die gekaufte Sache zurückzugeben hat. Der Käufer haftet in diesem Fall für die schuldhafte Zerstörung der zurück zu gewährenden Sache (vgl. heute § 346 Abs. 4 iVm § 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach D. 21, 1, 31, 12 stellt es ein Verschulden dar, wenn für einen kranken Sklaven (der an den Verkäufer zurückgegeben werden muss) kein Arzt gerufen wird. Die Stelle stützt also die Auffassung, dass auch die Verschuldenshaftung des *promissor* im Fall der unterlassenen Pflege des kranken Sklaven eingreift.

<sup>21</sup> In D. 22, 1, 19 pr. geht es um die Haftung für Nutzungen im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Accursius nennt die Stelle wohl deshalb, weil sie auch die Haftung für Nutzungen anspricht, die der Besitzer nicht gezogen hat (vgl. § 987 Abs. 2 BGB). Für Accursius besteht eine Parallele, weil die Haftung auf nicht gezogene Nutzungen als eine Haftung wegen Unterlassens angesehen werden kann.

<sup>22</sup> In D. 5, 3, 54, 2 geht es um die Haftung des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem Erben, an den er die Erbschaft herauszugeben hat (vgl. § 2018 BGB). In der Stelle wird gesagt, dass der Erbschaftsbesitzer zum Ersatz verpflichtet ist, wenn er zur Erbschaft gehörige Grundstücke hat verwahrlosen lassen, so dass sie an Wert verloren haben. Die Stelle ist daher ein weiterer Beleg für eine Haftung wegen Unterlassens.

<sup>23</sup> D. 13, 5, 14, 1 behandelt die Haftung eines Schuldners, der sich vertraglich zur Hingabe eines Pfandes verpflichtet hat, bei Entwertung des Pfandgegenstandes. Accursius scheint anzunehmen, dass die Entwertung wiederum auf Vernachlässigung der Sache durch den Schuldner, also auf passivem Verhalten beruht. Dies ist dem Digestentext jedoch nicht zu entnehmen.

<sup>24</sup> Nachdem bereits zahlreiche Parallelstellen aus unterschiedlichen Rechtsbereichen angeführt wurden, geht Accursius nun noch besonders auf die Haftung des Erben gegenüber einem Vermächtnisnehmer ein (vgl. § 2174 BGB). Auch insoweit gilt die Regel, dass der Erbe als Schuldner des Vermächtnisanspruches auch für Beschädigungen des vermachten Gegenstandes Ersatz zu leisten hat, die er durch passives Verhalten verschuldet hat.

*heredis culpa in praetermittendo et diligentia in faciendo ea, quae diligens faceret; et propter utrumque tenetur: ut supra De legatis I lege Cum res § penultima<sup>25</sup> et lege Quid ergo § Si heres<sup>26</sup>. Item pro hoc supra Ad Silanianum lege tertia § secunda<sup>27</sup>. Quae omnia sunt argumenta contraria primae positioni et quod subiicit Quia etc. est ratio quare erat dubitandum non quare hoc sit probandum<sup>28</sup>.*

wird sowohl ein Verschulden des Erben durch Unterlassungen als auch seine Sorgfalt bei Ausführung dessen, was er sorgfältig tun muss erwogen. Und er haftet wegen beidem. Vgl. dafür D. 30, 1, 47, 5<sup>25</sup> und D. 30, 53, 3<sup>26</sup>. Vgl. dafür ebenso D. 29, 5, 3, 2<sup>27</sup>. Alle diese Argumente sprechen gegen die erstgenannte Auffassung. Und dass er anfügt „Weil der, der zu übereignen versprochen hat“ usw. gibt den Grund an, warum ein Zweifel bestand, nicht einen Grund dafür, dass diese Auffassung zu billigen wäre<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> In D. 30, 47, 5 wird nur gesagt, dass der Schuldner dann haftet, wenn er es an Sorgfalt (*diligentia*) fehlen lässt. Accursius setzt mangelnde Sorgfalt mit passivem Verhalten gleich und sieht daher in der Stelle einen Beleg dafür, dass Untätigkeit *culpa* sein kann.

<sup>26</sup> D. 30, 1, 53, 3 behandelt den Fall, dass ein Erbe den vermachten Sklaven tötet. Wenn die Tötung eine verdiente Strafe für ein Verbrechen des Sklaven darstellt und daher gerechtfertigt ist, haftet der Erbe nicht. Die Stelle belegt also eine Ausnahme von der Regel, dass der Schuldner jedenfalls für die aktive (und vorsätzliche) Zerstörung des geschuldeten Gegenstandes haftet. Zur Frage der Haftung für passives Verhalten enthält die Stelle nichts, ihre Zitierung ist – genau genommen – fehl am Platz.

<sup>27</sup> In D. 29, 5, 3, 2 geht es um die Bestrafung von Sklaven für die Tötung ihres Herrn. Die Sklaven werden nicht nur bestraft, wenn sie den Herrn selbst getötet haben, sondern auch wenn sie gehört haben, dass der Herr von seiner Ehefrau getötet wurde und ihm nicht zu Hilfe geeilt sind. Da die Strafe an ein Unterlassen anknüpft, zieht Accursius die Stelle als weiteren Beleg heran.

<sup>28</sup> Nachdem er durch die vielen zitierten Parallelstellen die Richtigkeit der Auffassung für erwiesen hält, dass auch passives Verhalten eine Verschuldenshaftung begründen kann, sucht Accursius, dieses Ergebnis mit dem Wortlaut des Digestentextes in Einklang zu bringen.

## **Kapitel 2: Wissenschaft und Praxis bei den Postglossatoren**

### **Bartolus von Saxoferrato zur Form der Bestellung eines Pflegers**

#### **Einleitung**

Der folgende Text ist ein Rechtsgutachten des berühmten Juristen Bartolus de Saxoferrato. Bartolus gehört zur Gruppe der Postglossatoren. So bezeichnet man die Juristen, die im 14. und 15. Jahrhundert und damit nach der Zeit der Glossatoren tätig waren. Die Postglossatoren arbeiteten methodisch anders als die Glossatoren. Sie gingen bei der Erläuterung der antiken Rechtsquellen von Erklärungen, die an einzelne Wörter des Ausgangstextes anknüpften (Glossen) zur Kommentierung längerer Passage im Zusammenhang über und wurden daher auch Kommentatoren genannt.

Charakteristisch für die Postglossatoren ist auch ihre Hinwendung zur Praxis. Zur Zeit der Postglossatoren war das römische Recht in Italien und über Italien hinaus wieder Grundlage der Rechtspraxis geworden. Es stellte sich daher nicht nur die Frage, wie die antiken Quellen zu verstehen waren, mit der sich die Glossatoren vor allem beschäftigt hatten, sondern auch die Frage, wie die Bestimmungen des antiken Rechts unter den veränderten Verhältnissen des späten Mittelalters anzuwenden waren. Dieser Frage widmeten sich die Postglossatoren nicht zuletzt in zahlreichen Rechtsgutachten (*consilia*), die sie für Gerichte und private Auftraggeber erstatteten. Wegen dieser Gutachtertätigkeit bezeichnet man die Juristen dieser Zeit auch als Konsiliatoren.

Im Gutachten des Bartolus geht es um eine Frage der Versöhnung der römischen Rechtsquellen mit den Bräuchen der Zeit. Ein Richter in Assisi hat einen Pfleger für einen Geisteskranken bestellt. Dies entspricht etwa der Bestellung eines Betreuers durch das Vormundschaftsgericht im modernen Recht, vgl. §§ 1896 ff. BGB. Dabei hat der Richter die Formvorschriften des justinianischen Rechts nicht beachtet. Nun stellt sich die Frage, ob diese Formvorschriften in allen Einzelheiten zu beachten sind, oder ob sie – wenigstens teilweise – obsolet und unbeachtlich geworden sind.

#### **Bartolus de Saxoferrato, Consilium CXLIV**

<i>Iudex communis de Assisi dedit curatorem cuidam furioso, non servata forma legis de creationibus. C. de episcopali audientia et legis ultimae C. de curatore furiosi. Quari-</i>	Der Richter der Stadtgemeinde von Assisi bestellte für einen Geisteskranken einen Pfleger, ohne die durch C. 1, 4, 27 und C. 5, 70, 7 vorgeschriebene Form <sup>1</sup> zu beachten. Es wird angefragt, ob diese Be-
---	--

<sup>1</sup> Die beiden Gesetze aus dem Codex Iustiniani stammen aus dem Jahr 530. Justinian bestimmt darin, dass über die Bestellung eines Pflegers eine Niederschrift gefertigt werden muss und dass der Pfleger auf die Heiligen Schriften schwören muss, die Interessen des Geisteskranken, für den er bestellt ist, getreulich wahrzunehmen. Ferner muss der Pfleger sein gesamtes Vermögen für etwaige Ersatzansprüche des Pfleglings wegen schlechter Verwaltung von dessen Vermögen verpfänden und – falls sein Privatvermögen als unzureichend angesehen wird – gegebenenfalls zusätzlich Bürgen stellen, um diese Ansprüche zu sichern. Es wird also auf eine umfassende Absicherung des

*tur, an dicta datio valeat? Et dico, quod solemnitas dictarum legum debeat servari ab omnibus, praeterquam in eo quod dicitur in eis de praesentia episcopi, et trium primatum. Ista enim solemnitas, ut puto, de necessitate servari non debet. Primo, quia consuetudo sic se habet, et usus illas observantias non approbavit: ergo omissum non vitiat: ut lege j. in fine de ventre inspiciendo et [de leg.] de quibus. in fine ff. de legibus quod notatur extra de treuga et pace capite j. Praeterea, posito quod de consuetudine non appareat: hoc probo per §. furiosi Instit. de curatoribus [fur.] ubi soli*

stellung wirksam ist? Und ich sage, dass die von den genannten Gesetzen vorgesehene Form von allen zu beachten ist, abgesehen von der Vorschrift über die Gegenwart des Bischofs und dreier vornehmer Bürger<sup>2</sup>. Denn diese Formvorschrift muss, so meine ich, nicht zwingend beachtet werden. Zum ersten, weil dies unserer Gewohnheit entspricht und sich diese Vorschriften im Gerichtsgebrauch nicht durchgesetzt haben. Daher ist die Nichtbeachtung unschädlich, entsprechend D. 25, 4, 1 am Ende<sup>3</sup> und D. 1, 3, 32 am Ende<sup>4</sup>. Darauf wird hingewiesen bei X 1, 34, 1<sup>5</sup>. Angenommen, dass sich keine Rechtsgewohnheit erkennen lässt, stütze ich meine Aussage auf Inst. 1, 23, 2, wo dies allein dem Provinz-

---

Geisteskranken in dem Fall wert gelegt, dass der Pfleger dessen Vermögen nicht ordnungsgemäß verwaltet oder sich gar zu bereichern sucht. Außerdem wird verlangt, dass die Bestellung in Gegenwart des Provinzstatthalters sowie des Bischofs und dreier führender Bürger der jeweiligen Gemeinde vorgenommen wird. Insbesondere auf dieses Erfordernis geht Bartolus im Weiteren ein.

<sup>2</sup> Offenbar geht Bartolus davon aus, dass der Richter der Stadtgemeinde von Assisi in seiner Funktion dem römischen Provinzstatthalter (der in seiner Provinz auch die Funktion des Richters wahrnahm) entspricht. Daher ist dem Erfordernis der Mitwirkung des Statthalters Genüge getan. Hingegen wurden der Bischof und die Vertreter der Bürgerschaft nicht beteiligt.

<sup>3</sup> In D. 25, 4, 1, 15 geht es um die Wahrung der Rechte eines ungeborenen Kindes (vgl. heute § 1912 BGB). Kleinere Formverstöße, die dem Pfleger eines ungeborenen Kindes bei der Wahrung der Rechte des Ungeborenen unterlaufen (gedacht ist vor allem an Formverstöße bei der Sicherung einer Erbanwartschaft für das Ungeborene), sollen dem Ungeborenen nicht schaden, also dem Erwerb der Erbschaft nach der Geburt nicht entgegenstehen. Dabei sollen jedoch die Gebräuche der Gegend beachtet werden: Bartolus zitiert die Stelle als Beleg dafür, dass gesetzliche Bestimmungen unbeachtlich sein sollen, wenn sie gewohnheitsrechtlich nicht angewendet werden.

<sup>4</sup> In D. 1, 3, 32, 1 wird gesagt, dass Gesetz nicht nur durch andere Gesetz, sondern auch durch Nicht Anwendung im stillschweigenden allgemeinen Einvernehmen außer Kraft treten können. Die Stelle belegt also in der Tat, dass nach römischem Recht neu entstandenes Gewohnheitsrecht ein älteres Gesetz außer Kraft setzen kann.

<sup>5</sup> Wie bei den Juristen des mittelalterlichen Ius Commune üblich, bezieht Bartolus auch die Vorschriften und die Literatur des Kirchenrechts mit in seine Argumentation ein. Das Zitat bezieht sich auf die Glosse des Bernhard von Parma zum Liber Extra (abgekürzt X) Papst Gregors IX. Der Liber Extra war eine Sammlung von päpstlichen Gesetzen, die Papst Gregor IX. zusammenstellen ließ und 1234 veröffentlichte. Die Erläuterungen des Bernhard von Parma wurden als Glossa ordinaria zum Liber Extra angesehen wie die Glosse des Accursius zu den Digesten. X 1, 34, 1 ist ein auf dem dritten Laterankonzil von 1179 verkündetes Gesetz Papst Alexanders III. In dem Gesetz wird die Einhaltung eines Gottesfriedens (*treuga Dei*) in jeder Woche von Mittwochabend bis Montagmorgen und in der Zeit vom ersten Advent bis eine Woche nach dem Dreikönigsfest und vom Beginn der Vorfastenzeit (drei Wochen vor dem ersten Fastensonntag) bis eine Woche nach Ostern angeordnet. Alle Bischöfe werden angewiesen, Personen, die diesen Frieden nicht halten, mit Exkommunikation zu bestrafen. Tun sie es nicht, sollen sie selbst ihr Amt verlieren. Der Glossator Bernhard stellt fest, die Bestimmungen über den Gottesfrieden hätten sich in der Praxis nicht durchgesetzt (*non fuit moribus utentium approbatum*). Daher seien die Strafdrohungen gegen Bischöfe, die den Gottesfrieden nicht durchsetzen, nicht mehr in Geltung (gl. frangere ad X 1, 34, 1).

*praesidi hoc permittitur. Et sic per illam legem non requiritur praesentia episcopi. Et constat, quod liber Institutionum fuit factus post Codicem: ut apparet ex prooemio Institutionum ergo illi tanquam posteriori stabimus: ut lex sed et posteriores. de legibus. Nec obstat si tu diceres, quod in Codice fuerunt positae quinquaginta decisiones, postquam liber Institutionum fuit compositus: quia ego dico, quod illae leges, scilicet lex de creationibus. et lex finalis de curatore furiosi non sunt de illis quinquaginta. Et si tu dicis contra, debes probare: et si non probas succumbis: argumento eius quod notatur per glo. ff. de negotiis gestis lege eum actum. circa finem et ff. de operis novi nunciatione lege non*

statthalter gestattet wird<sup>6</sup>. Und also ist nach dieser Vorschrift die Mitwirkung des Bischofs nicht erforderlich. Und es steht fest, dass die Institutionen nach dem Codex erstellt wurden. Dies ergibt sich aus dem Vorwort der Institutionen<sup>7</sup>. Daher halten wir uns an jene Vorschrift als die spätere, wie es D. 1, 3, 28 bestimmt<sup>8</sup>. Und es steht nicht entgegen, wenn du einwenden solltest, dass in den Codex die fünfzig Entscheidungen<sup>9</sup> eingefügt wurden, nachdem die Institutionen zusammengestellt worden waren<sup>10</sup>. Denn ich sage, dass diese Gesetze, also C. 1, 4, 27 und C. 5, 50, 7 nicht zu jenen fünfzig Entscheidungen gehören. Und wenn du das Gegenteil behauptest, musst du es beweisen. Und wenn du es nicht beweist, unterliegst du aufgrund dessen, was durch die Glosse angemerkt wird zu D. 3, 5, 16 gegen Ende und D. 39, 1, 8, 5<sup>11</sup>. Stünde aber fest, dass sie zu

<sup>6</sup> Inst. 1, 23, 2 spricht in der Tat davon, dass die Einsetzung von Pflegern für Geisteskranke in Rom Sache des Prätors oder des Stadtpräfecten, in den Provinzen hingegen des Statthalters sei. Allerdings wird – anders als in den beiden von Bartolus zitierten Gesetzen aus dem Codex nichts näheres zur Form der Einsetzung von Pflegern bestimmt, so dass es aus heutiger Sicht nahe läge, die ausführlichen Vorschriften im Codex als speziellere Normen zu behandeln und ihnen den Vorrang einzuräumen.

<sup>7</sup> Mit dem Vorwort der Institutionen ist die Einführungskonstitution *Imperatoriam* gemeint, in der Justinian über die Beweggründe für die Erstellung der Institutionen berichtet. Dort wird in § 2 berichtet, dass zunächst (im Jahr 529) die Kaiserkonstitutionen im Codex gesammelt wurden, bevor dann die Digesten (§ 3) und schließlich die Institutionen (§ 4) in Angriff genommen wurden. Beide wurden 533 fertig gestellt

<sup>8</sup> In D. 1, 3, 28 wird bestimmt, dass spätere Gesetze im Lichte der früher geltenden Bestimmungen auszulegen sind, sofern sie diesen nicht entgegenstehen. Daraus schließt Bartolus, dass im Fall eines Widerspruchs die neuere Gesetzgebung Vorrang genießt.

<sup>9</sup> Der Codex wurde zunächst 529 erlassen. Eine zweite Auflage wurde 534 verkündet. In der Einleitungskonstitution *Cordi*, die dieser Neuausgabe vorangestellt ist, berichtet Justinian, dass er nach Fertigstellung der ersten Fassung unter anderem fünfzig Gesetze erlassen hat, in der alte Streitfragen durch gesetzgeberische Entscheidung geklärt wurden. Nicht zuletzt um diese fünfzig Entscheidungen (*quinquaginta decisiones*) aufnehmen zu können, sei die Neuauflage des Codex erforderlich gewesen.

<sup>10</sup> Bartolus muss sich nun mit dem möglichen Einwand auseinandersetzen, dass im Jahr 534 nach der Veröffentlichung der Institutionen eine neue Auflage des justinianischen Codex veröffentlicht wurde, so dass letztlich doch der Codex das jüngere der beiden Gesetzbücher ist.

<sup>11</sup> Die von Bartolus zitierten Passagen aus der (accursischen) Glosse non potest zu den Digesten (gl. ad D. 3, 5, 16 und gl. considerantur ad D. 39, 1, 8, 5) befassen sich mit Fragen der Beweislast. Bartolus geht davon aus, dass nicht zu klären ist, ob die beiden für sein Gutachten relevanten Konstitutionen (Kaisergesetze) zu den Quinquaginta Decisiones gehören. Er legt daher dar, dass die Beweislast bei demjenigen liege, der sich darauf berufe, die beiden Konstitutionen gehörten gerade zu den wenigen Texten, die zweite Auflage des Codex neu eingefügt wurden und seien daher im Verhältnis zu Inst. 1, 23, 2 als späteres (und folglich vorrangiges) Gesetz anzusehen.

*solum. §. sed ut probari. Sed si constaret illas esse de quinquaginta decisionibus: nec appareret de contraria consuetudine, dicerem vitiari, nisi ipsorum praesentia intercesserit: ut in Auth. hoc ius porrectum. C. de sacros. eccl. et ff. de exer. l. j. §. sed si plures. et l. denique §. si qui eo. aliae vero sollemnitates illarum legum si essent omissae, puto quod vitiaretur: ff. de tutoribus et curatoribus dandis ab his l. tutor si fuerit petitus, etc.*

den fünfzig Entscheidungen gehören und wäre keine entgegenstehende Gewohnheit ersichtlich, so würde ich sagen, dass die Ernennung des Pflegers fehlerhaft war, sofern die fraglichen Personen nicht anwesend waren, wie nach der Authentica Hoc ius porrectum zu C. 1, 2<sup>12</sup> und nach D. 14, 1, 1, 13 (?) und D. ?????<sup>13</sup>. Wenn aber andere Förmlichkeiten nicht beachtet wurden, dann nehme ich an, dass dies zur Unwirksamkeit führt, vgl. D. 26, 5 10<sup>14</sup>.

---

Insgesamt befindet sich Bartolus aus heutiger Sicht in schwierigem Fahrwasser. § 1 der Einleitungskonstitution *Cordi* besagt, dass nicht nur die Quinquaginta Decisiones, sondern auch weitere neue Konstitutionen in die Neuausgabe des Codex Eingang fanden. Die beiden Konstitutionen, um die es geht, lassen sich (durch die Angabe der Konsuln) in das Jahr 530 datieren. Sie gehören zwar wohl nicht zu den Quinquaginta Decisiones (da es sich nicht um die Entscheidung alter Streitfragen handelt), aber mit Sicherheit zu den Konstitutionen, die erst in die zweite Auflage des Codex Eingang fanden, da sie erst nach Erscheinen der ersten Version erlassen wurden.

Leichter täte sich Bartolus, wenn er statt auf das Datum der Verkündung des Codex auf das Datum der ursprünglichen Verkündung der beiden Konstitutionen (530) abstellte. Denn dieses liegt jedenfalls vor der Verkündung der Institutionen (533). Diese Möglichkeit zieht Bartolus jedoch nicht in Betracht.

<sup>12</sup> Im Mittelalter wurden Bestimmungen Justinians (und zuweilen auch neuere Gesetze, wie das Privileg des Kaisers Friedrich Barbarossa zugunsten der Universität Bologna), die nach der zweiten Auflage des Codex erlassen wurden, als so genannte Authenticae am passenden Ort in den Codex eingefügt. Die Authentica *Hoc ius porrectum*, die Bartolus hier zitiert, ist ein Auszug aus Nov. 120, 6 und 7 (von 544). In dem Gesetz geht es um Formvorschriften, die bei der Veräußerung von kirchlichem Eigentum zu beachten sind. Bartolus zitiert das Gesetz wohl, um zu belegen, dass die Missachtung von Formvorschriften im allgemeinen die Nichtigkeit des fraglichen Rechtsaktes zur Folge hat. – Aus heutiger Sicht ist dieser Satz für private Rechtsgeschäfte richtig (vgl. § 125 BGB), nicht aber ohne weiteres für Akte der öffentlichen Gewalt, wie die Bestellung eines Pflegers.

<sup>13</sup> Die beiden Zitate sind durch Druckfehler entstellt. Das erste Zitat könnte sich auf D. 14, 1, 1, 13 beziehen. Der Sinn der Bezugnahme ist nicht klar, doch dürfte es darum gehen, dass ein Akt, der von mehreren vollzogen werden muss, nichtig ist, wenn nicht alle mitwirken.

<sup>14</sup> In D. 26, 5, 10 wird gesagt, dass die Bestellung eines Tutors für eine Person, die bereits einen *tutor* (Vormund) hat, unwirksam ist und generell, dass Irrtümer über die Tatsachengrundlage stets zur Unwirksamkeit der Bestellung führen. Daraus schließt Bartolus (etwas kühn) dass bei der Bestellung eines Pflegers Formfehler aller Art zur Nichtigkeit führen.



## **Kapitel 3: Rechtspraxis in England**

### **Ein Grundstücksstreit vor dem Court of Common Pleas**

#### **Einleitung**

Der folgende Text ist ein Auszug aus einem Yearbook. Die Yearbooks enthalten die Berichte über die Rechtsprechung der englischen Gerichte zwischen 1291 und 1535 und stellen daher eine wichtige Quelle für die frühe Entwicklung des englischen Common Law dar.

In England kam es nicht zu einer Rezeption des römischen Rechts. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass schon im Hochmittelalter ein straff organisiertes und gut funktionierendes Rechts- und Gerichtssystem existierte. Im Mittelpunkt dieses Systems standen die drei zentralen Gerichtshöfe in London (Exchequer of Pleas, Court of Common Pleas, Court of King's Bench). Das englische Recht wurde vor allem von der Praxis dieser drei Gerichte geprägt.

Die an den königlichen Gerichten tätigen Anwälte und Richter bildeten den englischen Juristenstand. Für ihre Tätigkeit war ein Studium des Rechts an einer Universität nicht Voraussetzung. Stattdessen entwickelten sich die Inns of Court, die aus Wohnstätten für die in London tätigen Rechtspraktiker hervorgegangen waren, im späten Mittelalter zu Ausbildungsstätten, an denen das Common Law gelehrt wurde. Nach einer langjährigen Ausbildung an den Inns of Court konnte ein Rechtspraktiker den Grad eines serjeant-at-law erlangen, der zum Auftreten am wichtigsten der königlichen Gerichte, dem Court of Common Pleas berechtigte. Die Richter an den königlichen Gerichtshöfen wurden ausschließlich aus dem Kreis der serjeants gewählt.

Ähnlich wie das römische Recht der Antike war das englische Common Law aktionenrechtlich geprägt: Von zentraler Bedeutung für den Erfolg oder Misserfolg einer gerichtlichen Klage war die Auswahl des richtigen Rechtsbehelfs. Der gewählte Rechtsbehelf bestimmte zugleich die Form des Verfahrens wie die materiellen Anspruchsvoraussetzungen. Der Rechtsbehelf wurde dadurch ausgewählt, dass sich der Kläger in der Kanzlei des Königs einen Brief (*writ*) ausstellen ließ. Die Formulierung des *writ* bestimmte das weitere Verfahren.

In dem Fall, der in der Quelle behandelt wird, liegt die Klage *Cessavit per biennium* (wörtlich: „Er hat es für zwei Jahre unterlassen ...“) zugrunde. Der Kläger macht geltend, der Beklagte habe ein Grundstück des Klägers im Besitz und seit zwei Jahren würden die als Gegenleistung für die Nutzung des Grundstücks geschuldeten Dienste und Zahlungen nicht geleistet. Es geht also um einen Streit zwischen dem Grundstückseigentümer und demjenigen, der das Grundstück gegen Erbringung bestimmter Leistungen nutzen darf. Das Verhältnis zwischen dem Nutzer des Grundstücks und demjenigen, der es ihm zur Nutzung überlassen hat, wird – unabhängig davon, ob das Nutzungsrecht nur wenige Jahre umfasst oder womöglich auf Lebenszeit besteht oder sogar vererblich

### Kapitel 3: Rechtspraxis in England

ist – als Lehnverhältnis zwischen einem Vasallen und seinem Lehnsherren verstanden. An dieser Betrachtungsweise hielt das englische Recht noch jahrhundertlang fest, obgleich sich die für das Lehnrecht charakteristische Treuebindung zwischen Herr und Vasall in England sich schon im hohen Mittelalter lockerte und die Dienstleistungen, die der Vasall schuldete, durch Geldzahlungen abgelöst wurden. Vermutlich ist das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem in dem Fall, um den es geht, wirtschaftlich eher als Pacht- (oder Erbpacht-) Verhältnis einzuordnen, denn als Lehnverhältnis. Daher wird das Wort *tenant* mit Pächter und nicht mit Vasall übersetzt.

Die *Cessavit*-Klage wurde durch Gesetze des Parlaments aus den Jahren 1278 und 1285 eingeführt. Wahrscheinlich handelt es sich um einen der (relativ) wenigen Fälle, in denen das englische Recht vom kontinentaleuropäischen Recht beeinflusst wurde. Denn schon im römischen und Recht war die Regel bekannt, dass ein Erbpächter (lateinisch: *emphyteuta*), der zwei Jahre lang den geschuldeten Erbpachtzins nicht zahlt, sein Erbpachtrecht verliert und das gepachtete Grundstück an den Verpächter herauszugeben hat. Allerdings galt diese Regel nach einem Gesetz Kaiser Justinians I. aus dem Jahr 535 speziell für den Fall, dass Verpächter des Grundstücks die Kirche war (Nov. 7, 3, 2; s. a. Nov. 120, 8 von 544). Diese Regel wurde im kanonischen Recht wiederholt (Liber Extra 3, 18, 4).

Der für die *Cessavit*-Klage einschlägige Königbrief (*writ*) hatte die Form einer Anweisung des Königs an den zuständigen königlichen Verwaltungsbeamten, den Sheriff: Dem Sheriff wurde befohlen, dafür zu sorgen, dass der Beklagte entweder das Grundstück, um das es ging, an den Kläger herausgab oder vor dem Court of Common Pleas erschien, um dort zu erklären, warum er das Grundstück nicht herausgeben wollte. Wenn der Beklagte (mit dem Kläger) vor den Richtern in London erschien, war es Aufgabe der Richter und eventuell einer von ihnen einzusetzenden Geschworenenbank (*jury*), festzustellen, ob die im Königsbrief genannte Begründung dafür, dass der Beklagte das Grundstück herauszugeben hatte, zutraf oder ob der Beklagte sich dem Befehl zur Herausgabe zurecht widersetzt hatte.

Das System des Rechtsschutzes mit Hilfe der Königsbriefe war stark formalisiert: Nur bestimmte *writs* waren zulässig. Hatte sich der Kläger von der königlichen Kanzlei einen für den Sachverhalt nicht passenden oder nicht der zulässigen Form entsprechenden *writ* ausstellen lassen, so konnte die Klage scheitern.

Die Yearbooks geben die Diskussionen zwischen Richtern und Anwälte bei der Verhandlung des Falles wieder. Anders als im modernen englischen Rechtssystem, wird kein Wert auf die Wiedergabe der Entscheidung des Gerichts und deren tragende Gründe gelegt. Vielmehr wird das Rechtsgespräch im Vorfeld der Entscheidung geschildert, mit dem die Beteiligten zu klären suchen, ob der Fall einer Jury zu unterbreiten ist und über welche Frage (*issue*) die Jury zu entscheiden hat.

Äußerungen der Richter und der Parteianwälte (*serjeants*) werden gleichermaßen wiedergegeben, da auch die Anwälte als Kenner des Common Law größtes Ansehen genießen.

Die Verhandlung wird in Law French wiedergegeben. Diese Sprache beruht auf dem französischen Dialekt, den die normannischen Eroberer nach 1066 nach England brachten. Dieser französische Dialekt blieb für viele Jahrhunderte die Sprache der Gerichte und der Juristen. Dabei wurde er vereinfacht und entfernte sich immer mehr von der in Frankreich gesprochenen Sprache. Im 14. Jahrhundert wurde vermutlich vor Gericht tatsächlich auf Französisch geführt. Später verhandelte man auf Englisch, die Diskussionen und Entscheidungen wurden aber weiterhin in Law French festgehalten. Erst im 18. Jahrhundert wurde der Gebrauch des Law French endgültig abgeschafft.

**Y.B. (1347) Mich. 21 Edw. III fo. 44, pl. 59<sup>1</sup>**

*Cessavit fuit porte vers un B. et le brief suppose que un C. tyent les tenementes del demandant, et que les tenementes al demandant devoyent reverter pur ceo que B. per ii. ans avoit cesse. ¶Grene, iugement de briefe, car il suppose que un C. tient de luy, et que nous avomous cesse, en quel cas il avera brief dentre sur cessavit. ¶Willoughby, il avera brief dentre lou le cesser fuit devant lentre et nient aillors. Et ovesque ceo ieo*

Die Klage Cessavit wurde gegen B. erhoben und der Königsbrief (*writ*) gibt an, dass C. die Besitzungen des Klägers im Besitz hat und dass diese Besitzungen deshalb an den Kläger zurückfallen müssen, weil B. seit zwei Jahren aufgehört hat, die [dem Kläger das Geschuldeten] zu leisten. ¶Grene, Ich beantrage, den Königsbrief durch Urteil zu verwerfen, weil er angibt, C. besitze sein Lehensgut und wir hätten aufgehört [die geschuldete Gegenleistung zu erbringen]<sup>2</sup>; in diesem Fall hätte der Kläger die Klage *Entré sur cessavit*<sup>3</sup>. ¶Willoughby<sup>4</sup>, Die Klage *Entré* hätte er, wenn die Leistungen schon vor der Inbesitznahme durch einen Dritten eingestellt worden wären. Und deshalb, angenom-

<sup>1</sup> Zitiert nach der Ausgabe *Le second part de les Reports del cases en Ley, que fuerunt argue in le temps de le tres haute et puissant Prince, Roy Edvard le tierce*, London 1619. Die Quellenangabe bedeutet: Der Fall wurde im Michaelmas Term des 21. Regierungsjahres von König Edward III. verhandelt. Der Michaelmas Term eines der vier Trimester, in die sich die Sitzungsperioden der englischen Gerichte bis heute gliedern.. Michaelmas Term beginnt nach dem Fest des Erzengels Michael (29. September). Demnach ist der Fall auf den Herbst des Jahres 1347 zu datieren. Im Yearbook für diesen Term befindet sich der Fall auf Bl. 44 unter Nummer 59.

<sup>2</sup> Nach der kurzen Widergabe des Sachverhalts ergreift zunächst der Anwalt des Beklagten (Grene) das Wort. Er hält die Form des *writ* für unzulässig, weil dort gesagt wird, dass B. (der Beklagte) die Leistungen eingestellt habe, Besitzer des Grundstücks aber ein gewisser C. sei. Nach Auffassung Grene's ist die *Cessavit*-Klage nur einschlägig, wenn der Besitzer des Grundstücks zugleich die Person ist, der vorgeworfen wird, die geschuldeten Leistungen nicht erbracht zu haben. – Wie es dazu kommt, dass B. mit der Klage belangt und als derjenige behandelt wird, der zur Erbringung der Leistungen verpflichtet ist, obgleich er das streitbefangene Grundstück nicht mehr selbst besitzt. Bleibt unklar.

<sup>3</sup> Nach Auffassung Grene's hätte der Kläger eine andere Klage (*Entry sur Cessavit*) erheben müssen. Diese Klage steht dem Lehnsherrn/Verpächter gegen den Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger eines Vasallen/Pächters zu, der die Leistungen eingestellt hat.

<sup>4</sup> Es handelt sich vermutlich um den Richter des Court of Common Pleas Sir Richard de Willoughby.

*pose, vous usses disseisy B. que fuit son vray tenant, ieo die que son brief ne sera autre que il nest ore, si vous usses cesse puis le disseisin, car il ne purra pas suppose que vous fuisses entre per son tenant lou vous luy disseisites, et uncore si vous devias-tes vostre heir deins age, per cause de cel tenancy vous averes la garde, et auxient averoit il cel terre per voy deschete, per que il semble que le brief est assetz bon. ¶Gaine, Lestatute per quel brief de Cessavit est done, ne la dona pas forsque vers cesty que cessa, suppose luy estre son tenant, ou autrement brief dentre sur Cessavit, et cy nest lun ne lautre que etc. ¶Stouford, Auxi come Gaine ad parle, brief dentre nest pas done per lestatute forsque lou laccion commensa devant lentre: et ieo pose que mon vray tenant lessa a un autre terres pur terme de vie ou en fee taylor, le quel cesse per deux ans, ieo*

men, Sie hätten B vertrieben, welcher der wirkliche Pächter war, so sage ich, dass die Klage für den Verpächter kein anderer wäre als jetzt, wenn Sie nach der Vertreibung [des B.] die [geschuldeten Leistungen] eingestellt hätten, denn man könnte nicht annehmen, dass Sie das Gut durch den Pächter in Besitz genommen haben, wenn sie diesen vertrieben haben<sup>5</sup>. Und auch wenn Sie stürben, hätte der Verpächter über Ihren minderjährigen Erben, im Hinblick auf dieses Lehnsverhältnis die Vormundschaft; und der Verpächter erhielte das Land auch [wenn Sie ohne Erben versterben] im Weg des Rückfalls<sup>6</sup> und daher scheint es, dass die Klage durchaus richtig ist. ¶Gaine<sup>7</sup>, Das Gesetz, durch das die Klage Cessavit eingeführt wurde, gewährte diese Klage nicht nur gegen den, der [die Leistungen] einstellte, vorausgesetzt, der Beklagte ist Pächter des Klägers, und andernfalls gewährte das Gesetz die Klage *Entré sur Cessavit*, und beides ist nichts anderes als usw.<sup>8</sup> ¶Stouford<sup>9</sup>, Wie auch Gaine gesagt hat, wird die Klage Cessavit nach dem Gesetz nicht nur dann gewährt, wenn die Klage vor der Besitzergreifung [durch einen Dritten] begann. Und gesetzt den Fall, dass mein eigentlicher Pächter einem anderen die Ländereien auf Lebenszeit überlassen hat oder ihm und seinen Erben im Mannesstamm, und dieser dann zwei Jahre lang nicht leistet, dann sage ich, dass ich keine andere

<sup>5</sup> Willoughby weist den Einwand des Beklagtenvertreters zurück, indem er ausführt, die Klage *Entry sur Cessavit* sei nur einschlägig, wenn der Pächter bereits seine Leistungen (für zwei Jahre) eingestellt habe, bevor ein Dritter in den Besitz des Grundstücks gelangt. Offenbar hat der Beklagte B. seine Leistungen erst eingestellt, nachdem bereits C. den Besitz übernommen hatte. Willoughby bringt als Beispiel den Fall eines Besitzers, der den ursprünglichen Pächter mit Gewalt vertrieben hat. Da ein solcher Besitzer sein Besitzrecht nicht von dem bisherigen Pächter herleitet, ist die Klage *Entry sur Cessavit* nicht einschlägig. Vielmehr ist gegen den neuen Besitzer selbst mit der *Cessavit*-Klage vorzugehen.

<sup>6</sup> Der letzte Teil der Argumentation ist nicht leicht zu verstehen und vermutlich durch Druckfehler entstellt. Die Übersetzung geht davon aus, dass es im Original heißen muss „*il averoit la garde*“ statt „*vous averes la garde*“. Das Argument wäre dann folgendes: Ein neuer Besitzer, der den ursprünglichen Pächter von Grundstück vertrieben hat, wird selbst insofern wie ein Lehnsnehmer behandelt als der Lehnsherr/Verpächter dieselben ihm gegenüber dieselben lehnsrechtlichen Vorrechte besitzt wie gegenüber dem ursprünglichen Pächter/Vasall. Dazu gehört insbesondere das Recht der Vormundschaft über einen unmündigen Erben des Vasallen und das Recht, das Grundstück wieder in Besitz zu nehmen, wenn der Besitzer ohne Erben stirbt. Diese Überlegungen bestätigen die schon zuvor formulierte Schlussfolgerung, dass gegen den neuen Besitzer, wenn er nicht die dem Lehnsherrn/Verpächter geschuldete Leistung erbringt, die *Cessavit*-Klage und nicht die für das Vorgehen gegen Rechtsnachfolger einschlägige Klage *Entry sur Cessavit* zulässig ist.

<sup>7</sup> Gaine ist vermutlich der Anwalt des Klägers.

<sup>8</sup> Gaine verteidigt (natürlich) ebenfalls die Richtigkeit der vom Kläger getroffenen Wahl. Seine nur verkürzt wiedergegebene Argumentation ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar.

<sup>9</sup> John Stouford ist ein weiterer Richter des Court of Common Pleas.

*die que iavera nul brief forsque tiel, per que respondre.* | Klage habe als diese<sup>10</sup>. Daher müssen Sie antworten.

---

<sup>10</sup> Stouford präzisiert noch einmal die Voraussetzungen der Klage *Entry sur Cessavit*. Sie ist zwar einschlägig, wenn der Kläger gegen einen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Pächters vorgehen will, jedoch nur dann, wenn schon der ursprüngliche Pächter die Leistungen eingestellt hatte. Andernfalls ist die *Cessavit*-Klage einschlägig. Daher muss der Beklagte sich zur Sache einlassen. Und dringt mit seinem Einwand, der Kläger habe den falschen Rechtsbehelf gewählt, nicht durch.



## **Kapitel 4: Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland**

### **Regelungen des Vormundschaftsrechts in der kurtrierischen Untergerichtsordnung**

#### **Einleitung**

Der nachfolgende Text stammt aus der Untergerichtsordnung, die der Trierer Kurfürst Johann von Metzhausen (1531–1540) im Jahr 1537 erließ. Die Untergerichtsordnung ist – wie ihr Name sagt – eine Verfahrensordnung für die erstinstanzlichen Gerichte im Herrschaftsgebiet des Trierer Kurfürsten. Sie enthält jedoch neben Regelungen zum (Zivil-)Prozess auch privatrechtliche Vorschriften.

Die abgedruckten Bestimmungen betreffen das Vormundschaftsrecht (vgl. heute §§ 1773 ff. BGB). Das Institut der Vormundschaft existierte zwar schon vor der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (vgl. Sachsenspiegel I, 42). Eine Betrachtung der trierischen Regelungen zeigt jedoch, dass sie in allen Einzelheiten dem Modell des römischen Rechts folgen. Die Untergerichtsordnung dokumentiert damit die Rezeption des römischen Rechts in Kurtrier:

Nach römischem Recht erhielten Kinder, wenn ihr Vater (der *paterfamilias*) starb, einen *tutor* (Vormund). Der *tutor* hatte insbesondere die Aufgabe, das Vermögen seines Mündels zu verwalten (vgl. § 1793 ff. BGB). Sein Amt endete mit Eintritt der Geschlechtsreife des Mündels. Diese wurde für Mädchen mit zwölf, für Jungen mit vierzehn Jahren angenommen. Für die Zeit nach Eintritt der Geschlechtsreife war eine vormundschaftliche Betreuung nicht zwingend vorgeschrieben. Jedoch konnte einem geschlechtsreifen Jugendlichen auf eigenen Antrag ein *curator* (Pfleger) beigeordnet werden, dessen Stellung derjenigen des *tutor* ähnelte (vgl. zu heutigen Anwendungsfällen §§ 1909 ff. BGB). Die Tätigkeit eines solchen Pflegers endete mit Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres. Ohne eigenen Antrag konnte dem geschlechtsreifen Minderjährigen ein *curator* nur im Rahmen eines Prozesses beigeordnet werden, an dem der Minderjährige als Kläger oder Beklagter beteiligt war.

Der Text ist entnommen aus: *Romeo Maurenbrecher* (Hg.), *Die Rheinpreußischen Landrechte*, Bd. 2, Bonn 1831. Die uneinheitliche Orthographie und Zeichensetzung des Originals wurde beibehalten.

### Aus der kurtrierischen Untergerichtsordnung von 1537

#### *Von Tutorn und Fürmündern*<sup>1</sup>

Eyn knäblein under viertzeh jaren, und eyn Meygdleyn under zwölf jaren, können ihrer jugend halb, sich selbst oder ihre gütter, nit verwalden oder versehen, sonder müssen darzu haben Fürmünder, die zu Latein *Tutores* genent werden<sup>2</sup>.

Die selbigen *Tutores* seind dreyerley geschlecht<sup>3</sup>, Eyne werden genant *Testamentarii*<sup>4</sup>, das seynd diejhenigen so der Vatter, Mutter, Ahnherr oder Ahnfraw, mit unterscheidt nach außweisung der Recht<sup>5</sup>, inn dem Testament ihren nachgelassenen kinden, enckeln oder Vrenckelen<sup>6</sup> gesetzt und gegeben haben, und die selbigen Testamentarien<sup>7</sup> gehen allen anderen Tutoren, für.

Wann aber imm Testament keyne *Tutores* gegeben seyn, werden die jhenigen, so den kinderen bluts halb am nechsten, von Maßpersonen gesipt und verwandt und darzu tüglich unnd sonder argkwon seynd, zu der Tutel oder Fürmünderschaft zulassen. Die selbigen werden genant *Legitimi*, das seynd *Tutores* oder Fürmünder, die auß dem Gesetz beruffen werden<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Das Gesetz gebraucht die Wörter *tutor* und Fürmund synonym. Der Titel ist also genau genommen redundant.

<sup>2</sup> Die Altersgrenzen für die Tätigkeit des *tutor* entsprechen denen des römischen Rechts; vgl. die Anordnung des Kaisers Justinian aus dem Jahr 529 im Codex (C.) 5, 60, 3 und die Institutionen Justinians (IJ) 1, 22 pr.

<sup>3</sup> D.h. „Es gibt drei Arten von Tutoren“.

<sup>4</sup> Die Bezeichnung der *Tutores* als *testamentarii*, *legitimi* und *dativi* stammt aus den römischen Rechtsquellen, vgl. die Überschriften C. 5, 28 (*De tutela testamentaria*) und C. 5, 28 (*De legitima tutela*) sowie C. 5, 30, 5, 2 (*dativi ... tutores*). Der *tutor testamentarius* existiert auch im modernen Recht noch, vgl. § 1776 BGB.

<sup>5</sup> „[M]it unterscheidt nach außweisung der Recht“ bedeutet etwa: „entsprechend den durch das allgemeine (römische) Recht für die genannten Personen vorgesehenen besonderen Bestimmungen“ und verweist wohl darauf, dass Frauen („Mutter“ und „Ahnfraw“), nach römischen Recht bei der Einsetzung eines Vormundes durch Testament besonderen Beschränkungen unterlagen (vgl. C. 5, 27, 4 und C. 5, 28, 1).

<sup>6</sup> D.h.: Urenkeln.

<sup>7</sup> „Testamentarien“ = *tutores testamentarii*, testamentarisch eingesetzte Tutoren.

<sup>8</sup> Die Vorschrift, dass nur Verwandte im Mannesstamm als *tutores legitimi* in Betracht kommen, hat wohl gleichfalls ihr Vorbild im römischen Recht: IJ 1, 15pr.-1: *Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. (1) Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruus filius neposve ex eo. at qui per femini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati.* – „Für diejenigen, denen nicht durch Testament ein Vormund gegeben worden ist, sind nach dem Zwölftafelgesetz die Adgnaten (Verwandten im Mannesstamm) Vormünder. Diese werden gesetzliche

Und so keyn verwandte freundt vorhanden oder darzu geschickt seind, als dann von Oberkeyt<sup>9</sup> wegen, andere fromm Erbar unnd geschickt leut, zu Fürmündern geben. Unnd die selbigen werden genant *Dativi*, das ist, gegebne Fürmünder, welche mit sambt den *Testamentariis* zu keyner satisdation<sup>10</sup>, bürgschafft oder versicherung der oberkeyt, von wegen der minderjährigen zuthun verpflichtet, auß ursachen, das dise von dem Testirer für gnugsam angenommen erkandt und geglaubet, unnd jhene von der Oberkeyt, als tüglich und geschickt, darzu berufen unnd erwelet seyndt<sup>11</sup>.

Aber die *Legitimi* oder gesetzliche Tutores und fürmünder, sollen bürgschafft und versicherung thun, und alle ihre güter verpflichten, ehe sie angenommen oder zugelassen werden, *Rem pupilli salvam fore*<sup>12</sup>, das ist, das sie dem oder den minderjährigen treulich für sein, und alle dieselbigen hab und gütter verwaren sollen und wöllen, nach außweisung folgenden eydts<sup>13</sup>, den eyn jeglicher *Tutor* oder Fürmünder schweren soll.

---

Vormünder (*tutores legitimi*) genannt. (1) Adgnati sind aber die, die uns durch Verwandtschaft über das männliche Geschlecht verbunden sind, gleichsam Verwandte durch den Vater. Dazu gehören etwa der Bruder, der von demselben Vater geboren ist, der Sohn des Bruders oder ein von diesem abstammender Enkel, ebenso ein Onkel, der Sohn eines Onkels und der von diesem abstammende Enkel. Diejenige die uns durch Verwandtschaft mit Personen weiblichen Geschlechts verbunden sind, sind keine Adgnaten sondern auf andere Weise nach Naturrecht verwandt.“ – Allerdings war auch nach dem Sachsenspiegel ein Verwandter im Mannesstamm (I, 23, 1 der „eldeste ebenbortige swertmag“) kraft Gesetzes zur Vormundschaft berufen. Insofern dürfte diese Bestimmung des römischen Rechts auch den einheimischen Rechtsgewohnheiten entsprochen haben.

<sup>9</sup> Auch die behördliche Einsetzung des Vormundes ist im römischen Recht vorgesehen, IJ 1, 20.

<sup>10</sup> *Satisdatio* ist das Fachwort des römischen Rechts für die Leistung einer Sicherheit. Eine solche Sicherheit (durch Stellung eines Bürgen) mussten *tutores* unter bestimmten Voraussetzungen (s. dazu Fn. 11) nach römischem Recht bei Antritt ihres Amtes leisten. Der Bürge haftete für etwaige Ansprüche des Mündels wegen unsorgfältiger Vermögensverwaltung durch den *tutor*. Eine Sicherheitsleistung des Vormundes war auch dem deutschen Recht vor der Rezeption nicht unbekannt (vgl. Sachsenspiegel I, 23, 2), doch ist die Regelung der Untergerichtsordnung in allen Details bis hin zur Übernahme des römischen Ausdrucks *rem pupilli salvam fore* (s.u. Fn. 12) am römischen Recht orientiert.

<sup>11</sup> Die Begründung für die Befreiung der *tutores testamentarii* und *dativi* ist aus den justinianischen Institutionen übernommen. Vgl. IJ 1, 24 pr.: ... *tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est: item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.* – „Tutoren, die durch Testament eingesetzt sind, werden nicht zur Sicherheitsleistung gezwungen, weil ihre Treue und Sorgsamkeit vom Erblasser selbst gebilligt worden ist. Auch die nach amtlicher Untersuchung eingesetzten Tutoren und Curatoren werden mit der Sicherheitsleistung nicht belastet, weil sie als geeignet ausgewählt wurden.“

<sup>12</sup> Die zu leistende Sicherheit heißt in den römischen Rechtsquellen *cautio rem pupilli salvam fore* – „Sicherheit dafür, dass das Vermögen des Mündels unversehrt sein wird“.

<sup>13</sup> Noch heute wird der Vormund „mittels Handschlags an Eides statt“ zu „treuer und gewissenhafter Führung“ seines Amtes verpflichtet, vgl. § 1789 BGB. Im römischen Recht war ein Eid des Vormundes nicht allgemein vorgeschrieben. In C. 5, 70, 7, 5 wird eine Eidesleistung für den Pfle-

### Eydt der Fürmünder

Ich N.<sup>14</sup> soll und will R., dem ich zu Fürmünder geordent bin, person, hab unn gütern getrwelich für sein, versehen unn verwaren, die gütter inn meinen nutz nit keren oder wenden, Auch darüber eyn rechtmeßig *Inventarium*<sup>15</sup> machen lassen. Sie inn und ausserhalb Rechtens verthedingen<sup>16</sup> verwantwurten und beschirmen, Wes nützlich ist, volnbringen, wes schedlich ist, underlassen. Von dem allem zu gebürlicher zeit notturftig<sup>17</sup> rechenschafft thun<sup>18</sup>, umb meine verwaltung red und antwort geben, und alles das handeln, thun und lassen, das eynem getreuwen Fürmünder von Recht eygendt zu stehet und gebürt, als mir Gott helff und die heyligen Evangelia.

### Von Curatorn

Vermög der Recht<sup>19</sup>, so nimpt die Tutel oder Furmünderschafft, davon imm nächsten<sup>20</sup> Titel gesagt ist, eyn endtt, bey dem meytlin wann es zwölf, und bey dem knäblein, so er viertzehen jar alt ist. Aber gleich wol können die beid als minderjährigen noch nit in und iren güttern nützlich für sein, Darumb werden ihnen auff ihr ansuchen<sup>21</sup> von der oberkeyt gegeben andere fürseher oder sorgtrager, genant *Curatores*. die selbigen *Curatores* sollen allermaßen, wie oben bei den Tutoren gesetzt

---

ger eines Geisteskranken (*curator furiosi*) vorgesehen. Dazu bemerkt die accursische Glosse: *Idem faciunt hodie omnes curatores et tutores*. – „Dasselbe tun (d.h. denselben Eid leisten) heutzutage alle Curatoren und Tutoren.“

<sup>14</sup> N und R sind Blankettbezeichnungen für den Vormund und sein Mündel.

<sup>15</sup> Das *Inventarium* ist ein Vermögensverzeichnis. Die Anlegung eines solchen Verzeichnisses war nach römischem Recht vorgeschrieben, vgl. D. 26, 7, 7pr. Siehe. heute § 1802 BGB.

<sup>16</sup> D.H.: „gerichtlich und außergerichtlich“.

<sup>17</sup> „notturftig“ = im notwendigen Umfang.

<sup>18</sup> Das römische Recht enthielt umfangreiche Bestimmung zur Rechnungslegung durch den Tutor, vgl. etwa D. 26, 7, 5. Zum heutigen Recht vgl. § 1840 BGB.

<sup>19</sup> Der Ausdruck „die Recht[e]“ verweist wohl auf die römischen Rechtsquellen, aus denen der kurtrierische Gesetzgeber die Bestimmung über das Ende der Vormundschaft mit Erreichen des zwölf-ten bzw. vierzehnten Lebensjahres entnommen hat.

<sup>20</sup> Mit dem nächsten Titel ist ein benachbarter Titel gemeint. Es wird nicht (wie im heutigen Sprachgebrauch) auf den folgenden, sondern der vorhergehenden Titel („Von Tutorn und Fürmündern“) verwiesen.

<sup>21</sup> Entsprechend dem römischen Recht (IJ 1, 22, 2: ... *inviti adolescentes curatores non accipiunt praeterquam ad litem*. – „Gegen ihren Willen erhalten Jugendliche keinen Pfleger, außer einem Prozesspfleger“) ist die Fortdauer der Fürsorge nach Eintritt der Geschlechtsreife davon abhängig, dass die Minderjährigen selbst sie beantragen. Dieser unbefriedigende Rechtszustand wurde wenig später durch ein Reichsgesetz generell abgeschafft (Reichspolizeiordnung von 1548) und eine Curatel bis zum fünfundzwanzigsten Jahr zwingend vorgeschrieben.

#### Kapitel 4: Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland

ist, schweren, und ihre minderjährigen inn und ausser halb Rechtens, sampt ihren hab und güttern schirmen und verthedingen.

Gleicherweiß sollen auch *Curatores* gesetzt unnd gegeben werden, denen die Synnloß<sup>22</sup> etc. Item, verschwender irer Güter zu Latein *Prodigi* genant.

Item, die Stomm und Taub seind und anderen so diesen imm Rechten vergleicht werden<sup>23</sup>.

*Von Curatorn oder pflegern zum krieg, zu Latein Ad litem genant*

So eyn junger under fünff und zwanzwig jaren seines alters<sup>24</sup>, gar keynen Fürmünder, und imm Rechten zu handeln hett, es were zu klagen oder zu antwurten, dem soll auf sein selbst oder der widerparthei beger<sup>25</sup> *Curator ad litem*, das ist, eyn pfleger oder sorgtrager zum krieg, von dem gericht gegeben werden, nichtigkeyt des Proceß, und andere geverligkeyten zu vermeiden. ...<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> „Synnloß“ = sinnlos, d.h. geisteskrank.

<sup>23</sup> Die Bestellung von Curatoren für Geistesranke, Verschwender und Taubstumme findet sich in IJ 1, 22, 3 f.

<sup>24</sup> Nur aus dieser Bestimmung ergibt sich indirekt, dass die Pflugschaft entsprechend der römisch-rechtlichen Regel endet, wenn der Pflegling das fünfundzwanzigste Lebensjahr erreicht.

<sup>25</sup> beger = „Begehren“. Der *curator ad litem* wird also auf Antrag des Minderjährigen oder des Prozessgegners eingesetzt. Wie nach IJ 1, 22, 2 ist die Prozesspflugschaft als einziger Fall vorgesehen, in dem ein geschlechtsreifer Jugendlicher gegen seinen Willen einen Curator erhält. Zur Prozesspflugschaft im modernen Recht vgl. § 57 ZPO.

<sup>26</sup> Es folgen der Text des vom *curator ad litem* zu leistenden Eides und nähere Bestimmungen zu dessen Amtsführung.

## Kapitel 5: Humanistische Rechtswissenschaft

### Jacques Cujas zur testamentarischen Einsetzung eines Pflegers

#### Einleitung

Der folgende Text stammt aus den *Observationes* des französischen Juristen Jacques Cujas (1520–1590, lat. Iacobus Cuiacius, deutsch Cujaz). Die *Observationes* sind eine Sammlung von kurzen Abhandlungen zu den verschiedensten Problemen des römischen Rechts. Der abgedruckte Abschnitt gibt ein gutes Beispiel für die Arbeitsweise des Cujaz und für die Eigenheiten der französischen humanistischen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts (auch *mos gallicus* – französische Methode – genannt.): Im Mittelpunkt des Interesses von Cujaz steht weniger die Anwendung der römischen Rechtstexte in der Gerichtspraxis seiner Zeit als ihre ursprüngliche Bedeutung. Um diese zu ermitteln, vergleicht er die in den Digesten überlieferten Aussagen der römischen Juristen mit Informationen aus anderen, nichtjuristischen Quellen. Dabei zieht er nicht nur lateinische, sondern auch griechische Autoren heran. Die Juristen der Glossatoren- und Kommentatoren-schule hatten sich auf die Auslegung des Corpus Iuris beschränkt. Wie die mittelalterliche Wissenschaft generell arbeiteten sie nach der *Maxime Graeca non leguntur* – „Griechisches wird nicht gelesen“ -und hätten deshalb griechische Texte keinesfalls berücksichtigt.

In dem abgedruckten Text geht es um die Frage, ob ein Pfleger (*curator*, vgl. dazu auch den Quellentext im vorigen Kapitel) durch Testament eingesetzt werden kann. *Curator* ist im Römischen Recht die Bezeichnung für den rechtlichen Betreuer eines Minderjährigen, der die Geschlechtsreife (*pubertas*) erreicht hat. Bis zum Erreichen der *pubertas* werden Kinder durch einen *tutor* als Vormund vertreten, wenn ihr Vater nicht mehr lebt. Der Vormund kann von dem verstorbenen Vater durch testamentarische Anordnung eingesetzt worden sein. Ist eine solche Anordnung unterblieben, wird ein naher Verwandter Vormund. Notfalls wird ein geeigneter Dritter behördlich zum Vormund ernannt. Cujaz untersucht nun, ob auch ein *curator* für geschlechtsreife Volljährige durch Testament des Vaters ernannt werden kann. Während die Quellen des Corpus Iuris von vornherein dafür sprechen, dass eine testamentarische Bestellung eines *curator* nicht möglich war, berichten historische Quellen von Fällen, in denen dies geschehen sein soll.

#### **Iacobi Cuiacii Observationum Liber Septimus. Caput VI.**

(aus: *Iacobus Cuiacius, Opera priora, Tomus III, Lutetiae Parisiorum 1658, Sp. 184.*)

*Curatorem testamento non dari*

| **Pfleger können nicht durch Testament be-**

*Curatorem testamento non dari constat lege I. D. de confirmando tutore<sup>1</sup>. quia lex XII tabularum<sup>2</sup> de tutela loquitur non de cura. Super pecunia, inquit, tutelave suae rei<sup>3</sup>. Tutoris autem, vel curatoris datio iuris est, non patriae potestatis vel iurisdictionis<sup>4</sup>. eademque ratione ventri<sup>5</sup> tutor dari non potest. quia scilicet de curatore lex loquitur, non de tutore, lege ventri D. de tutoribus et curatoribus datis<sup>6</sup>.*

#### stimmt werden

Dass Pfleger nicht durch Testament bestimmt werden, steht gemäß D. 26, 3, 1<sup>1</sup> fest [Dies ist deshalb so], weil das Zwölftafelgesetz<sup>2</sup> nur von der Vormundschaft, nicht von der Pflugschaft spricht. „Über sein Vermögen“, sagt das Gesetz, oder „über die Vormundschaft über seine Angelegenheiten“<sup>3</sup>. Die Einsetzung eines Vormundes oder eines Pflegers ist eine Sache des Rechts, nicht der väterlichen Gewalt oder der Rechtsprechung<sup>4</sup>. Aus demselben Grund kann auch ein Vormund für ein ungeborenes Kind<sup>5</sup> nicht eingesetzt werden, weil nämlich das Gesetz von einem Pfleger spricht, nicht von einem Vormund, D. 26, 5, 20<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cujaz benutzt in der Regel – wie die mittelalterlichen Juristen – die Zitierweise nach den Anfangsworte der Abschnitte und Unterabschnitten der Digesten. Wie im Quellentext zur ersten Vorlesungsstunde ist in der deutschen Übersetzung jeweils die moderne numerische Zitierweise verwendet. – D. 26, 3, 1 ist ein griechischer Text innerhalb der Digesten Justinians. Er wurde daher von der mittelalterlichen Rechtswissenschaft nach dem Grundsatz *Graeca non leguntur* nicht gesehen. Daher konnte auch die in D. 26, 3, 1, 3 enthaltene ausdrückliche Feststellung, dass nur ein *tutor*, nicht aber ein *curator* durch Testament eingesetzt werden kann, den mittelalterlichen Juristen nicht bekannt sein. Das Anliegen des Cujaz ist der Nachweis, dass infolge der Nichtbeachtung des griechischen Textes der Inhalt des römischen Rechtes bislang verkannt wurde.

<sup>2</sup> Das Zwölftafelgesetz wurde 449 v. Chr. erlassen und gehört zu den ältesten Zeugnissen des römischen Rechts. Das Gesetz hat seinen Namen daher, dass es der Überlieferung nach auf zwölf Tafeln aufgezeichnet war. Sein Inhalt ist nur in Bruchstücken überliefert.

<sup>3</sup> Zu den bekannten Vorschriften des Zwölftafelgesetzes gehört der Satz: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.* – „So, wie jemand über sein Vermögen oder über die Vormundschaft über seine Angelegenheiten letztwillig verfügt hat, so soll es Recht sein“ (XII tab. V, 3). Diesen Satz zitiert Cujaz in abgekürzter Form. Die Tatsache, dass im Zwölftafelgesetz nur von testamentarischen Verfügungen hinsichtlich der *tutela* (Vormundschaft) gesprochen wird, ist für Cujaz der historische Grund, warum auch im späteren römischen Recht nur die Einsetzung eines *tutor* und nicht auch eines *curator* durch Testament möglich war.

<sup>4</sup> Der Sinn dieser etwas unklaren Bemerkung ist wohl folgender: Die Einsetzung des Vormundes oder Pflegers gehört nicht zu den selbstverständlichen Befugnissen des Vaters oder auch des Richters. Insofern ist sie weder ein Gegenstand der väterlichen Gewalt (*patria potestas*) noch der Rechtsprechungsgewalt (*iurisdictio*). Sie ist vielmehr Sache des Rechts, das heißt, sie bedarf einer besonderen gesetzlichen Grundlage. Da nun eine solche besondere gesetzliche Grundlage (in Gestalt der in Fn. 3 genannten Bestimmung aus dem Zwölftafelgesetz) für die testamentarische Einsetzung nur hinsichtlich des Vormundes, aber nicht hinsichtlich des Pflegers besteht, kann ein Pfleger nicht durch Testament eingesetzt werden.

<sup>5</sup> In der Terminologie des römischen Rechts ist der Pfleger nicht Pfleger des ungeborenen Kindes, sondern *curator ventris* – „Pfleger des Bauches“ (der Schwangeren). Zum modernen Recht vgl. § 1912 BGB.

<sup>6</sup> Die von Cujaz zitierte Digestenstelle enthält (eben diesen) Hinweis, dass ein ungeborenes Kind nur einen Pfleger erhalten darf, weil die einschlägige (quasi-)gesetzliche Vorschrift,

*Atquin testamento Caesaris<sup>8</sup> Dio<sup>7</sup> scribit Decimum Brutum<sup>9</sup> et percussorum alios quosdam C. Octavio<sup>10</sup> ἐπιτρόπους dados, quo nomine curatores significantur. nam et tutores dari non poterant Octavio firmata iam et plena pubertate<sup>11</sup>. Ideoque eosdem non in secundum, sed in primum casum Octavio substitutos refert, si ad ipsum non perveniret hereditas<sup>12</sup>. – quo genere primis*

Aber Dio<sup>7</sup> schreibt, dass durch das Testament Caesars<sup>8</sup> Decimus Brutus<sup>9</sup> und andere von den Mördern als epitropoi (Aufseher) für Caius Octavius<sup>10</sup> eingesetzt. Mit diesem Wort werden Pfleger bezeichnet. Denn auch die Bestimmung von Vormündern war unmöglich, da Octavius bestätigtermaßen bereits vollständig die Geschlechtsreife erreicht hatte<sup>11</sup>. Deshalb berichtet Dio auch, dass die Caesarmörder für den ersten, nicht den zweiten der [beiden gesetzlich vorgesehenen] Fälle zum Ersatzerben für Octavius eingesetzt hatte, wenn nämlich die Erbschaft nicht an jenen gelangen würde<sup>12</sup>.

nämlich eine Regelung im Edikt des Prätors, nur von einem *curator*, nicht von einem *tutor* spricht.

<sup>7</sup> Gemeint ist der Historiker Cassius Dio (ca. 164–nach 229 n.Chr.), der eine römische Geschichte in griechischer Sprache verfasste.

<sup>8</sup> Gemeint ist (natürlich) der Diktator Caius Iulius Caesar (100–44 v. Chr.), der an den Iden des März von einer Verschwörergruppe unter Führung des Marcus Iunius Brutus und des Caius Cassius Longinus ermordet wurde, welche die republikanische Verfassung wiederherstellen wollte.

<sup>9</sup> Decimus Iunius Brutus Albinus war ein entfernter Verwandter des Marcus Iunius Brutus (s. Fn. 8) und gehörte gleichfalls zur Gruppe der Caesarmörder. Bevor er sich den Verschwörern anschloss, war er ein enger Vertrauter Caesars.

<sup>10</sup> Caesars Adoptivsohn Octavianus, der später Augustus, hieß vor der Adoption durch Caesar Caius Octavius Thurinus.

<sup>11</sup> Das Wort griechische *epitropoi* wird oft als Übersetzung von *tutor* gebraucht, kann aber auch einen *curator* bezeichnen. Hätte Caesar den Brutus als *tutor* eingesetzt, wäre der Widerspruch zu den Rechtsquellen aufgelöst. Nach Cujaz Argumentation ist dies aber nicht denkbar, weil ein *tutor* nur für Kinder vor der *pubertas* bestimmt werden konnte, Octavius aber bei Abfassung des Testaments (das sich auf das Jahr 45 v. Chr. datieren lässt), schon geschlechtsreif war.

<sup>12</sup> Die Einsetzung eines Ersatzerben (*substitutio*) war nach römischem Recht in zwei Formen möglich. Zunächst konnte der Erblasser im Testament einen Ersatzerben für den Fall bestimmen, dass der primär eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht erhalten konnte, insbesondere weil er bereits vor dem Erblasser starb (sog. *substitutio vulgaris*, eingedeutscht Vulgarsubstitution). Zum anderen war es möglich, einen Ersatzerben zu bestimmen, der das Erbe nach dem Tod des ersten Erben erhalten sollte (sog. *substitutio pupillaris*, eingedeutscht Pupillarsubstitution). Dies war aber nur in dem Sonderfall möglich, dass der erste Erbe nicht die Möglichkeit hatte, selbst einen Erben für sich in einem eigenen Testament einzusetzen. Dies war der Fall, wenn und solange der erste Erbe nicht geschlechtsreif war. Denn die *pubertas* begründete die Testierfähigkeit. – Die Argumentation des Cujaz erklärt sich durch die Überlegung, dass es, wäre Octavius zur Zeit der Abfassung des Testaments nicht geschlechtsreif gewesen, für beide Fälle möglich und naheliegend gewesen wäre, Ersatzerben einzusetzen. Dass die Ersatzerben nach dem Bericht des Cassius nur für den ersten Fall eingesetzt wurden, also nur eine *substitutio vulgaris* angeordnet wurde, zeigt, dass Octavius bereits geschlechtsreif war. Dann kam eine *substitutio pupillaris* eben so wenig in Betracht wie die Ernennung eines *tutor*

*heredibus adscribi alios in more Populi Romani positum scribit Appianus<sup>13</sup> iis verbis, ἔθος ῥωμαίοις παραγράφειν τοῖς κληρόνομοις ἑτέρους εἰ μὴ κληρονομοῖεν οἱ πρότεροι. Constat tamen ex lege XII tabularum vulgarem substitutionem introductam, pupillarem moribus tantum<sup>14</sup>.*

– Auf welche Weise es bei den Römern Sitte war, den ersten Erben andere beizufügen, beschreibt Appianus<sup>13</sup> mit folgenden Worten: „Die Römer haben den Brauch, [im Testament] neben die Erben andere für den Fall zu schreiben, dass die ersten nicht erben“. Es steht jedoch fest, dass die Vulgarsubstitution durch das Zwölftafelgesetz eingeführt wurde, die Pupillarsubstitution hingegen nur durch Brauch<sup>14</sup>.

*Verum, ne aberremus a proposito, sive tutores, sive curatores Octavio datos Dio scribat: id quia iure fieri non potuit, vix etiam factum crediderim: et Suetonio<sup>15</sup> potius accesserim, qui non Octavio, sed postumis a Caesare tutores datos refert. Dedit igitur exhereditatis aut certe in rumpendi periculum testamentum deduxit<sup>16</sup>, aut male uterque recitant testamentum. – Illud notandum censeo quod Appianus scribit Brutum in secundis heredibus scriptum et filium nominatum fuisse.*

Doch wollen wir nicht von unserem Thema abschweifen: Gleich ob Dio meint, dass dem Octavius Vormünder gegeben wurden oder, dass für ihn Pfleger ernannt wurden, da beides von Rechts wegen nicht möglich war, glaube ich auch kaum, dass es geschehen ist und möchte eher Suetonius<sup>15</sup> beipflichten, der berichtet, dass Vormünder von Caesar nicht für Octavius, sondern für (etwaige noch) nach seinem Tod geborene Nachkommen einsetzte. Demnach hat er entweder Vormünder eingesetzt und zugleich die Enterbung der noch ungeborenen Nachkommen angeordnet oder das Testament in Gefahr gebracht, hinfällig zu werden<sup>16</sup>,

---

für Octavius. – Das BGB regelt die Einsetzung von Ersatzerben in § 2096. Die Regelung betrifft nur den Fall, dass ein Erbe wegfällt und das Erbe nicht antreten kann oder will, entspricht also der *substitutio vulgaris*. Die *substitutio pupillaris* kennt das BGB nicht, ihr entspricht am ehesten das Institut der Nacherbfolge (§§ 2100 ff.).

<sup>13</sup> Der aus Alexandria in Ägypten stammende griechische Historiker Appianos schrieb in der Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. eine römische Geschichte, in welcher er über die Ermordung Caesars und in diesem Zusammenhang über dessen Testament und den römischen Brauch der Einsetzung von Ersatzerben berichtet. Das griechische Zitat enthält aber nichts, was die Leser des Cujaz nicht auch in den ihnen besser zugänglichen Rechtsquellen hätten nachlesen können: Die Einsetzung von Ersatzerben ist z.B. ausführlich in den Institutionen Justinians behandelt (IJ 2, 15 und 16). Insofern hat die Erwähnung des Appianos hauptsächlich die Funktion, ein weiteres Mal die umfassende philologische und historische Bildung des Cujaz zu demonstrieren.

<sup>14</sup> Die Behauptung, dass die Vulgarsubstitution (zur Bedeutung des Wortes siehe Fn. 12) auf das Zwölftafelgesetz zurückgeht lässt sich nicht belegen. Zeugnisse für dieses Rechtsinstitut gibt es erst aus viel späterer Zeit. Dass die Pupillarsubstitution durch Rechtgebrauch entstanden (*moribus introductum*) ist, steht in den Digesten (D. 28, 6, 2 pr.).

<sup>15</sup> Der römische Schriftsteller Caius Suetonius Tranquillus schrieb in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts n.Chr. u.a. eine Biographie Caesars.

<sup>16</sup> Ein Testament war nach Römischem Recht hinfällig, wenn eheliche Abkömmlinge des Erblassers darin nicht entweder bedacht oder ausdrücklich enterbt waren. Diese Regel sollte die Abkömmlinge davor schützen, vom Erblasser vergessen oder leichtfertig enterbt zu werden. Diese Regel galt zur Zeit Caesars auch für Kinder, die beim Tod des Erblassers schon gezeugt, aber noch nicht geboren waren. (Auch das BGB schützt solche Kinder besonders, vgl.

*Qua re, quantum opinor, in ferientem  
vocem illam emisit: καὶ σὺ τέκνον*<sup>17</sup>.

oder beide [Dio und Suetonius] geben das Testament falsch wieder. – Für bemerkenswert halte ich noch die Tatsache, dass Appianus schreibt, Brutus sei als einer der Zweiterben eingesetzt und als Sohn bezeichnet worden. Deshalb, so meine ich, rief Caesar als Brutus auf ihn einstach aus: „Auch du, mein Sohn“<sup>17</sup>.

---

§ 1923 Abs. 2.). Wenn Caesar also für die nachgeborenen Kinder in seinem Testament Vormünder einsetzte, also mit der Geburt solcher Kinder rechnete, dann musste er sie zugleich entweder als Erben einsetzen oder ausdrücklich enterben, Andererseits wäre das Testament, wenn wirklich noch Abkömmlinge geboren worden wären (einschließlich der Bestellung er Vormünder) hinfällig geworden. Da Caesar Octavius als Alleinerben eingesetzt hatte, kam nur eine Enterbung der nachgeborenen Kinder in Betracht. – Der Hinweis auf diesen Umstand erscheint etwas spitzfindig, denn die von Cujaz zitierten Historiker hatten wenig Anlass, auf ein Detail wie die Enterbungsklausel in Caesars Testament ausdrücklich hinzuweisen.

<sup>17</sup> Cujaz gibt Caesars berühmte letzte Worte auf Griechisch wieder. Dies entspricht dem Bericht bei Cassius Dio und dem des Suetonius (der lateinisch geschrieben hat).

## **Kapitel 6: Römische und deutsche Rechtsquellen im *Usus modernus* Samuel Stryk über die Regel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“**

### **Einleitung**

Ab 1690 erschien das Werk *Specimen usus modernus pandectarum* („Beispiel einer modernen Anwendung der Pandekten“) von Samuel Stryk (1640–1710). Das Buch ist charakteristisch für eine rechtswissenschaftliche Richtung, die schon vor Stryk begonnen hatte. Im 17. und 18. Jahrhundert gewann das traditionelle deutsche Gewohnheitsrecht in Praxis und Rechtslehre gegenüber dem rezipierten römischen Recht an Bedeutung. Diese Entwicklung wurde gefördert durch den von Hermann Conring (1606–1681) erbrachten Nachweis, dass die angebliche Inkraftsetzung des Corpus Iuris in Deutschland durch ein Reichsgesetz Kaiser Lothars III. im Jahr 1135 in Wahrheit nicht stattgefunden hatte, das römische Recht vielmehr allmählich in den deutschen Gerichtsgebrauch eingedrungen war. Die Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts hatten ein freieres Verhältnis zu den römischen Rechtsquellen als ihre Vorgänger während der Rezeptionszeit. Sie akzeptierten die Möglichkeit, dass einzelne Sätze des römischen Rechts durch deutsches Gewohnheitsrecht verdrängt wurden, selbst wenn dieses Gewohnheitsrecht nicht schriftlich fixiert war.

Stryk's Werk lässt die neue Offenheit der deutschen Rechtswissenschaft und –praxis gut erkennen. Sein Werk ist zwar gegliedert nach den Büchern und Titeln der Digesten, doch erörtert er für jedes Thema die Abweichungen der deutschen Rechtspraxis von den Regeln des gemeinen Rechts und zitiert dazu aus mittelalterlichen und neuzeitlichen Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts. Im Mittelpunkt seines Interesses steht dabei das auf dem Sachsenspiegel (vgl. Fn. 23) beruhende sog. Gemeine Sachsenrecht, das nicht nur im Kurfürstentum Sachsen, sondern auch in Teilen von Niedersachsen, Thüringen und Anhalt und in der Mark Brandenburg galt. Stryk's akademische Wirkungsstätten Frankfurt an der Oder, Wittenberg und vor allem die Universität Halle, an deren Neugründung im Jahr 1694 Stryk selbst beteiligt war, lagen sämtlich im Geltungsbereich des Sachsenrechts. Überdies hatte sich das Sachsenrecht in der Rezeption besonders gut gegen das römische Recht behauptet und war schon seit langem Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung (vgl. Fn. 26).

In dem abgedruckten Text geht es um die Aufteilung des Erbes unter mehreren erbenden Geschwistern. Nach römisch-gemeinem Recht bildeten alle Erben zunächst eine Gemeinschaft, der die Vermögensrechte des Erblassers gemeinsam zustanden (vgl. für das heutige Recht §§ 2032 ff. BGB). Zur Aufteilung der Erbmasse auf die einzelnen Erben kam es – sofern diese sich nicht außergerichtlich einigten –, dadurch, dass einer der Erben die *actio familiae*

*erciscundae* (Erbteilungsklage) erhob. Diese Klage führte dazu, dass der Richter aus den einzelnen Vermögensgegenständen Erbteile bildete, die in ihrem Wert den Erbquote jedes Erben entsprachen und jedem Erben das Alleineigentum an den Gegenstände, die zu seinem Erbteil gehörten, durch Gestaltungsurteil zuwies. Eine Regel dazu, wie die Erbteile zu bilden und welche konkreten Gegenstände welchem Erben zugewiesen werden sollten, bestand nicht. Dagegen bestand im sächsischen Recht die Regel, dass die Aufteilung (zunächst) Sache der Erben selbst war. Ungerechtigkeiten wurden dabei durch die Regel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“ vermieden (vgl. zu den – weder dem Modell des römischen Rechts noch dem des Sachsenspiegels .entsprechenden – Modalitäten der Erbauseinandersetzung im heutigen Recht § 2042 und §§ 749 Abs. 2, Abs. 3, 750–758 BGB).

Stryk erörtert die Fortgeltung der sächsischen Teilungsregel im Rahmen der gemeinrechtlichen *actio familiae erciscundae*. Er zitiert dabei sowohl Texte aus dem *Corpus Iuris* als auch den Sachsenspiegel und die kursächsischen Konstitutionen, die Kurfürst August im Jahr 1572 erlassen hatte, und kommt überdies auf einen Text des kanonischen Rechts aus dem *Liber Extra* des Papstes Gregor IX. von 1234 zu sprechen. Unter den juristischen Autoren, auf die Stryk sich stützt, befinden sich viele sächsische Juristen, aber auch Gelehrte aus anderen Teilen Europas. Die Darstellung ist typisch für jene pragmatische Verbindung von römischem und einheimischem Rechtsstoff bei den Juristen des *Usus modernus*.

**Samuel Stryk, Specimen usus moderni pandectarum ad libros quinque priores, Halae Magdeburgicae 1717.**

Liber 10, Titulus 2

Familiae Herciscundae

Buch 10, Titel 2

Erbteilung

§ 1

*Si de hereditate dividenda occurat quaestio in foris Germaniae, ad regulas Juris Civilis recurritur, adeo ut vix articulus juris nostri<sup>1</sup> in hac materia supersit, qui non in foro usum praebeat. In hoc vero discessum est a Jure Romano per mores hodiernos, quod, cum illic inter fratres nemo praelatione gaudeat, sive in*

§ 1

Wenn in den Gerichten Deutschlands eine Frage hinsichtlich der Aufteilung einer Erbschaft auftritt, greift man auf die Regeln des [römischen] Zivilrechts zurück, so dass es kaum eine Bestimmung unseres Rechts<sup>1</sup> gibt, die nicht bei Gericht angewendet wird. Allerdings weicht man nach den heutigen Sitten insoweit vom römischen Recht ab, als dort unter [mehreren] Brüdern [die gemeinsam Erben sind] sowohl hinsichtlich der Zusammenstel-

<sup>1</sup> Nach dem Zusammenhang muss sich der Ausdruck „unser Recht“ (*ius nostrum*) auf das römisch-gemeine Recht beziehen. Stryk als akademischer Rechtslehrer sieht sich demnach als Vertreter dieses römischen Rechts und bezeichnet nicht etwa das einheimische sächsische Recht als *ius nostrum*.

*constituendis portionibus, sive in eligendo primam portionem, Tiraquell<sup>2</sup>. de Jur. Primogenitur. q. 6 n. 10, Simoncell<sup>3</sup>. Tr. de Decret. in alienat. minor. lib. 2 tit. 4 n. 36. sed res haec omnis vel ex pacto vel sorte dependeat, argumento l. 3. C. Communia de Legatis<sup>4</sup>, solo hoc casu excepto, quod in disceptatione, penes quem ex heredeibus instrumenta<sup>5</sup> communia sint deponenda, senior praeferatur iuniori, dignior inferiori, et mas feminae, l. finali ff. De fide instrumentorum.*

lung der Erbteile als auch bei der Auswahl des ersten Erbteils niemand sich einer Bevorzugung erfreut (vgl. Tiraquell.<sup>2</sup> de Jur. Primogenitur. q. 6 n. 10, Simoncell.<sup>3</sup> Tr. de Decret. in alienat. minor. lib. 2 tit. 4 n. 36), sondern diese ganze Angelegenheit entweder von einer Vereinbarung oder vom Los abhängt (vgl. C. 6, 43, 3<sup>4</sup>), mit der einzigen Ausnahme, dass bei der Entscheidung darüber, bei welchem von den Erben die allen gemeinsam gehörenden Urkunden<sup>5</sup> aufbewahrt werden sollen, ein Älter einem Jüngeren, ein Höherstehender einem niedriger Stehenden und ein männlicher Erbe einer Erbin vorgezogen wird, D. 22, 4, 6.

*Moribus vero nostris<sup>6</sup> receptum inter fratres, ut major dividat, seu portiones constituat, et minor eligat. Praesumptio enim pro fratre majore est, quod meliorem rerum hereditariarum notitiam habiturus sit, hinc quoque aequalitatem in portionibus constituendis eo accuratius observare poterit. Imo ob hanc causam filio majore ante patrem denato, hujus liberi dividere non tenentur<sup>7</sup>; licet dici possit,*

Nach unseren Sitten<sup>6</sup> hingegen ist es [bei der Aufteilung] unter Brüdern anerkannt, dass der Ältere teilt oder die Erbteile zusammenstellt und der Jüngere wählt. Denn die Vermutung spricht dafür, dass der ältere Bruder eine bessere Kenntnis von den zur Erbschaft gehörenden Gegenständen hat und daher auch die Gleichheit bei der Zusammenstellung der Erbteile umso genauer beobachten kann. Aus eben diesem Grund müssen, wenn der ältere Sohn vor dem Vater gestorben ist, nicht dessen Kinder teilen<sup>7</sup>; man könnte geradezu sagen, dass dadurch der

<sup>2</sup> Andreas Tiraquellus (André Tiraqueau, 1488–1558) war ein französischer Jurist der humanistischen Richtung, jedoch mit starkem Interesse an der Rechtspraxis. Er war zunächst Richter am Parlement de Bordeaux, ab 1541 am Parlement de Paris. In seinem juristischen Werk behandelte er sowohl das römische Recht als auch das einheimische Gewohnheitsrecht. Das Zitat ist wahrscheinlich ungenau und meint das Buch *Commentarii De Nobilitate et Jure Primigenitorum*, das zuerst 1549 erschien.

<sup>3</sup> Der italienische Jurist Octavius Simoncellus (Ottavio Simoncello, gestorben 1620) ist weit weniger bekannt als der zuvor genannte Tiraquellus (Fn. 2). Der korrekte Titel des zitierten Werkes dürfte lauten: *De decretis ceterisque solennitatibus in contractibus minorum, aliorumve his similibus adhibendis* (Erstdruck wohl 1574).

<sup>4</sup> Das von Stryk zitierte Gesetz des Kaisers Justinian aus dem Jahr 531 enthält keine allgemeine Vorschrift zur Erbteilung, sondern bestimmt in seinem ersten Teil (C. 5, 43, 3pr.-1) lediglich, dass für eine bestimmte Form des testamentarischen Vermächtnisses durch Los über die Verteilung entschieden werden soll.

<sup>5</sup> Aus der zitierten Digestenstelle ergibt sich, dass das Testament des Erblassers gemeint ist.

<sup>6</sup> An dieser Stelle bezieht sich das Wort „unsere Sitten“ (*mores nostri*) auf das einheimische Recht.

<sup>7</sup> Da die Nachkommen des vorverstorbenen Bruders an dessen Stelle Erben des Vaters werden (Erbfolge nach Stämmen, vgl. im heutigen Recht § 1924 Abs. 2, Abs. 3 BGB), liegt an sich die Überlegung nahe, dass auf diese Nachkommen auch das Wahlrecht übergeht. Dieser Schlussfolgerung, die in Kursachsen durch Gesetz ausgeschlossen war (vgl. Fn. 24), widerspricht Stryk.

<p><i>fratrem juniorem ita majorem fieri. Capz.<sup>8</sup> P. 3 c. 15 d. 16. E contrario<sup>9</sup> minori electio indulgetur, quam portionem praecipere velit, quod non tantum praxi Saxonica confirmatum, Carpz. P. 3 c. 15 d. 2. Coler.<sup>10</sup> P. 1 Dec. 54 n. 2. Wesemb.<sup>11</sup> h.t. n. 6. Rauchbar<sup>12</sup>. Part. 1 qu. 40, n. 3. sed et in plerisque locis aliis receptum, teste Gail.<sup>13</sup> l. 2 obs. 116 n. 12 Myns.<sup>14</sup> Cent. 4 obs. 37 n. 14 Tiraquell. d.c. 60, n. 40 et seqq. Gratian.<sup>15</sup> Discept. Forens. c. 160 n. 18 et seqq.</i></p>	<p>jüngere Bruder zum älteren geworden ist (vgl. Capz.<sup>8</sup> P. 3 c. 15 d. 16). – Andererseits<sup>9</sup> wird dem jüngeren Bruder die Wahl überlassen, welchen Erbteil er nehmen will. Dies wird nicht nur durch die sächsische Praxis bestätigt, vgl. Carpz. P. 3 c. 15 d. 2. Coler.<sup>10</sup> P. 1 Dec. 54 n. 2. Wesemb.<sup>11</sup> h.t. n. 6. Rauchbar<sup>12</sup>. Part. 1 qu. 40, n. 3, sondern ist auch an den meisten anderen Orten anerkannt nach dem Zeugnis von Gail.<sup>13</sup> l. 2 obs. 116 n. 12 Myns.<sup>14</sup> Cent. 4 obs. 37 n. 14 Tiraquell. d.c. 60, n. 40 et seqq. Gratian.<sup>15</sup> Discept. Forens. c. 160 n. 18 et seqq.</p>
---	---

<sup>8</sup> Benedikt Carpzow (1595–1666) war zugleich Professor an der Universität Leipzig, Richter am Appellationsgericht des sächsischen Kurfürsten und Beisitzer am Leipziger Schöffenstein. Er gilt als einer der einflußreichsten Juristen seiner Zeit. Das Zitat bezieht sich auf die Schrift *Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica* von 1638, in der er die von Kurfürst August 1572 erlassenen kursächsischen Konstitutionen (Fn. 24) anhand von Entscheidungen des Leipziger Schöffenstein kommentierte.

<sup>9</sup> An dieser Stelle behandelt Stryk nicht länger den Sonderfall, dass der ältere Bruder vor dem Vater verstorben ist, sondern kehrt zur Erörterung der Teilungsregel im allgemeinen zurück.

<sup>10</sup> Matthias Coler (1530–1587) war Professor in Jena, also gleichfalls im Geltungsbereich des Sachsenrechts tätig. Das zitierte Werk sind seine *Decisiones Germaniae* (posthum 1603 veröffentlicht), ein Werk, in welchem verschiedene Rechtsfragen anhand richterlicher Entscheidungen – vor allem des Leipziger Schöffenstein – erörtert wurden.

<sup>11</sup> Matthaeus Wesenbeck (1531–1586) stammte aus Antwerpen. Aus religiösen Gründen kam er nach Deutschland, wo er in Jena und Wittenberg unterrichtete. Wesenbeck bemühte sich, in seinem Werk die Erkenntnisse und Methoden der französischen humanistischen Juristen mit einer stärker praktischen Ausrichtung zu verbinden.

<sup>12</sup> Andreas von Rauchbar (1559–1603) war Professor des Rechts in Wittenberg. Das Zitat bezieht sich wohl auf sein Werk *Quinquaginta Decisiones Insignes* von 1599 (?).

<sup>13</sup> Andreas Gaill (1526–1587) war Assessor am Reichskammergericht und veröffentlichte unter dem Titel *Practicae observationes* im Jahr 1574 eine einflußreiche Sammlung von Entscheidungen des Reichskammergerichts. Auf diese Schrift bezieht sich das Zitat.

<sup>14</sup> Joachim Mynsinger von Frundeck (1514–1599) war ein Schüler des humanistischen Juristen Udalricus Zasius und wirkte zuerst als Professor in Freiburg, dann als Beisitzer am Reichskammergericht. Er war noch vor Andreas Gaill (vgl. Fn. 13) der erste, der in seiner Schrift *Singularium obervationum iudicii imperialis camerae centuriae quattuor* von 1563 Entscheidungen des Reichskammergerichts berichtete und kommentierte. Dadurch wurde er zum Begründer der Kameralistik genannte, an der Rechtsprechung des Reichskammergerichts orientierten Richtung der deutschen Rechtswissenschaft. Stryk zitiert die genannte Entscheidungssammlung.

<sup>15</sup> Gemeint ist der italienische Jurist Stephanus Gratianus (Stefano Graziani, gestorben 1625) und sein Werk *Disceptationes Forenses*, in welchem Gratianus über die Rechtsprechung der Rota Romana, das päpstliche Gericht in Rom, berichtete.

§ 2

*Originem hujus praxeos ex jure Canonico deducunt, et quidem ex c. 1 X. De Paroch.<sup>16</sup> ubi statutum, ut inter diversos Episcopos ille dividat, qui ampliori tempore in Episcopatu fuit, et minor eligat; quae dividendi ratio jam olim patribus laudata fuit: Ita enim Divus Ambrosius<sup>17</sup> lib. 1 de Abrahamo c. 3 'Firmior dividat, infirmior eligat, ne habeat quod conqueratur; electionis enim suae partem non poterit calumniari: non residet occasio resiliendi, cui datur optio eligend'i. Imo de recepta dividendi consuetudine jam suo tempore testatus est Divus Augustinus<sup>18</sup> lib. 16. de Civit. Dei c. 20 quando ita loquitur: 'Hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, ut, quando terrenorum aliquod partiendum est, major eligat, minor eligat'. Imo hunc morem quoque probat Senec.<sup>19</sup> lib. 6 Declam. 3. ibi:*

§ 2

Den Ursprung dieser Praxis leitet man aus dem kanonischen Recht her und zwar aus X 3, 29, 1<sup>16</sup>, wo festgesetzt ist, dass unter verschiedenen Bischöfen der teilen soll, der für längere Zeit im Bischofsamt war, und der (dienst-) jüngere wählen soll. Diese Art zu teilen wurde einst schon von den Kirchenvätern gelobt. So schreibt nämlich der Heilige Ambrosius<sup>17</sup> in *De Abrahamo* Lib. 1, c. 3: „Der Stärkere soll teilen, der Schwächere wählen, damit er keinen Grund hat, sich zu beklagen. Denn den selbstgewählten Anteil wird er nicht bemäkeln können. Es bleibt kein Anlass zum Abstandnehmen für den, dem die Möglichkeit des Wählens gegeben wird.“ Ja sogar der Heilige Augustinus<sup>18</sup> hat bezeugt, dass dieser Brauch beim Teilen schon zu seiner Zeit bestand in *De civitate Dei*, Lib. 16, c. 20, wo er wie folgt spricht: „Daher stammt vielleicht die friedfertige Gewohnheit unter den Menschen, dass, wenn ein Landgut geteilt werden muss, der Ältere teilt und der Jüngere wählt“. Und selbst Seneca<sup>19</sup> billigt diese Sitte in Lib. 6, Declam. 3 dort [, wo es heißt]: „Der Ältere soll teilen, der jüngere soll wählen“. Es

<sup>16</sup> Der kirchenrechtliche Text gibt einen Beschluss eines in Karthago im Jahr 418 abgehaltenen Konzils (regionale Bischofsversammlung für die Kirche in Nordafrika) im Zusammenhang mit dem Donatistenstreit des 4./5. Jahrhunderts wieder, der in den *Liber Extra* (von 1234, abgekürzt X) des *Corpus Iuris Canonici* gelangt ist. Es geht um die Frage, wie die bischöflichen Befugnisse verteilt werden sollen, wenn ein zu den Donatisten abgefallener Bischof zur katholischen Kirche zurückkehrt, in der Zwischenzeit jedoch ein neuer katholischer Bischof für die Diözese des Abgefallenen ernannt ist. Die Lösung besteht darin, dass das Diözesangebiet nach der angegebenen Regel („Der Dienstältere teilt, der Jüngere wählt“) zwischen beiden aufgeteilt wird. – Das *Corpus Iuris Canonici* blieb auch in den Kirchen der Reformation die Grundlage des Kirchenrechts. Insofern überrascht es nicht, dass Stryk, obgleich er Protestant ist, sich unbefangen aus dem kanonischen Recht bedient.

<sup>17</sup> Ca. 340–397, in Trier geboren, später Bischof von Mailand.

<sup>18</sup> Aurelius Augustinus, 354–430, Rhetorik-Professor in Mailand, nach seiner Bekehrung zum Christentum Bischof von Hippo Regius in Nordafrika.

<sup>19</sup> Gemeint ist Lucius Aennaenus Seneca der Ältere (ca. 55 v.Chr. – 39/40 n. Chr.), der Vater des heute bekannteren Philosophen L. Annaeus Seneca der Jüngere. Seneca der Ältere verfaßte Werke zur Rhetorik und zur römischen Geschichte. Das Zitat stammt aus einer Declamatio, d.h. aus einer Musterrede für den rhetorischen Unterricht. In dieser Musterrede wird ein Rechtsfall unter der Annahme diskutiert, dass die Teilungsregel „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“ gesetzlich vorgeschrieben ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese Regel entgegen Strys Mitteilung auch im römischen Recht anerkannt gewesen wäre. Denn die *Declamationes* legten oft fiktive Gesetze zugrunde, um interessante Rechtsprobleme für die rhetorische Aufarbeitung zu konstruieren. – Die Art, wie Stryk durch gelehrte Zitate aus antiken Autoren Bildung demonstriert, ohne zum juristischen Aspekt seines Themas viel beizu-

*'major dividat, minor eligat'. Unde omnino probabile est, hanc antiquissimam dividendi rationem apud plerosque receptam esse.*

ist daher ganz und gar wahrscheinlich, dass diese sehr alte Art der Teilung bei den meisten Völkern üblich ist.

*Interim tamen, quod Marchiae Brandenburgicae praxin attinet, postquam juri Saxonico ante duo saecula missum est repudium<sup>20</sup>, etiam hic dividendi modus exolevit, nec ibi obtinet, nisi inter volentes; alias portiones ab utroque constituuntur, et res sorti committitur, unde, etiamsi fratres in Saxonia haberent domicilium, non possent secundum hanc praxin Saxoniam dividere bona in Marchia sita. Schrader.<sup>21</sup> de Feud. Part. 7. c. 5. n. 71.*

Was jedoch unterdessen die Praxis in der Mark Brandenburg betrifft, so ist dort, nach dem man vor zweihundert Jahren dem sächsischen Recht den Scheidebrief geschickt hat<sup>20</sup>, auch diese Art der Teilung beseitigt und findet nicht statt, außer, wenn die Beteiligten es wollen. Ansonsten werden die Erbteile von beiden gemeinsam zusammengestellt und die Sache dem Los überlassen. Daher könnten Brüder, auch wenn sie ihren Wohnsitz in Sachsen haben, Güter, die in der Mark belegen sind, nicht nach dieser sächsischen Verfahrensweise teilen<sup>22</sup>. Schrader.<sup>21</sup> de Feud. Part. 7. c. 5. n. 71.

§ 3.  
*Supposita autem hac dividendi ratione, primo observandum est, inter duos tantum illi locum esse. Ita enim cautum est in jure Saxonico.* ‚Wo zween Mann ein Erbe nehmen sollen, so soll der älteste theilen, und der jüngste kiesen‘.

§ 3.  
Nachdem nun diese Art der Teilung vorgestellt ist, ist zuerst zu bemerken, dass sie nur zwischen zwei Erben stattfindet. Denn das sächsische Recht enthält folgende Regelung: ‚Wenn zwei Männer ein Erbe nehmen sollen, dann soll der Ältere teilen und der Jüngere wählen‘. Siehe Sachsenspiegel, Landrecht

---

tragen, erinnert an die französischen Humanisten. Es zeigt sich, dass auch die Juristen des deutschen *Usus modernus* vom *Mos gallicus* nicht ganz unbeeinflusst waren.

<sup>20</sup> Dieser Hinweis bezieht sich wahrscheinlich auf die sogenannte *Constitutio Joachimica*, ein vom brandenburgischen Kurfürsten Joachim I. 1527 erlassenes Gesetz über das Erbrecht, das in einigen Fragen römisch-rechtliche Regelungen an die Stelle des bis dahin in Brandenburg geltenden sächsischen Rechts setzte. Gemeint ist also nicht, dass Brandenburg sich vor (knapp) 200 Jahren insgesamt vom Sachsenrecht losgesagt hat, sondern nur, dass gerade im Erbrecht dort ein anderer Rechtszustand herrschte.

<sup>21</sup> Ludolf Schrader, 1531–1589, Professor in Frankfurt an der Oder. Das zitierte Werk heißt korrekt *Tractatus feudalis* und wurde (wohl erstmals) 1594 nach Schraders Tod gedruckt.

<sup>22</sup> Die von Stryk angesprochene Frage gehört nach moderner Systematik zum internationalen oder interlokalen Erbrecht. Richtet sich das Erbrecht für in Sachsen ansässige Erben und in der Mark Brandenburg belegene Sachen nach sächsischem oder märkischem Recht. Nach modernem deutschem Recht (Art. 25 Abs. 1 EGBGB) kommt es weder auf den Wohnsitz der Erben, noch auf den Lageort der Sachen, sondern allein auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers an. Dies gilt auch für das Rechtsverhältnis der Erben untereinander. Nach englischem und französischem Recht gilt jedoch für die Erbfolge hinsichtlich unbeweglicher Sachen ausschließlich das Recht des Staates, in dem der fragliche Vermögensgegenstand belegen ist. Diese Regel legt auch Stryk zugrunde: Für ein in der Mark Brandenburg gelegenes Grundstück gilt märkisches Recht, daher ist die Teilungsregel des sächsischen Rechts, das dort durch die *Constitutio Joachimica* (Fn. 20) beseitigt ist, nicht anwendbar.

*Vide Land-Recht lib. 3 art. 29<sup>23</sup>. quod confirmavit Augustus elector Part. 3 Constit. 15<sup>24</sup>. Sed annon inter plures cohaeredes pariter hic dividendi modus obtineat, inter se controvertunt Doctores Saxonici. Carpzovius part. 3 Const. 15 def. 11 hoc negat per adducta juris Saxonici verba. Contrarium sustinet Berlich<sup>25</sup> p. 3 Conc. 21 n. 28 cum mentio duorum a jure Saxonico facta pluralem numerum generatim respiciat, et hinc provocat ad Glossam in Lehn-Recht cap. 32 n. 5. „wo ihrer zwey oder drey zu einem Guth seynd, und wollen sich darnach theilen, so soll der älteste theilen, und der jüngste kiesen<sup>26</sup>,*

III, 29<sup>23</sup>. Dies hat Kurfürst August in Teil 3, Konstitution 15<sup>24</sup> bestätigt. Aber darüber, ob nicht auch unter mehreren Miterben gleichermaßen dieses Teilungsverfahrens stattfindet, darüber streiten die sächsischen Rechtslehrer. Carpzow (part. 3 Const. 15 def. 11) bestreitet das und führt dafür die Worte des sächsischen Rechts an. Das Gegenteil nimmt Berlich<sup>25</sup> (p. 3 Conc. 21 n. 28) an, weil die Erwähnung von zweien im sächsischen Recht die Mehrzahl im Allgemeinen bedeute, und dafür verweist er auf die Glosse zum [Sachsenspiegel] Lehnrecht Kap. 32 Nr. 5: „Wenn zwei oder drei an einem Gut beteiligt sind und es teilen wollen, dann soll der Älteste teilen und der Jüngste wählen“<sup>26</sup>.

*quae sententia Berlichii fundamento non destituitur; nihil enim resistit, quo minus idem jus inter plures obtinere possit, cum, intermedios hac ratione*

Diese Auffassung Berlichs ist nicht unbegründet, denn es spricht nichts dagegen, dass dasselbe Recht auch unter mehreren angewendet wird, zumal nicht zu befürchten steht, dass die mittleren

<sup>23</sup> Der Sachsenspiegel ist ein von Eike von Repgow zwischen etwa 1230 und 1235 verfaßtes Rechtsbuch, das das zur Zeit Eikes in Sachsen geltende Recht aufzeichnet. Der Sachsenspiegel gliedert sich in zwei Teile, das Land- und das Lehnrecht. Für Stryk ist der Sachsenspiegel so selbstverständlich die Grundlage des sächsischen Rechts, dass er den Werktitel „Sachsenspiegel“ gar nicht nennt, sondern den Sachsenspiegel als „sächsisches Recht (*ius Saxonicum*)“ bezeichnet und nur die Teile „Land-Recht“ und „Lehns-Recht“ benennt.

<sup>24</sup> Kurfürst August von Sachsen erließ 1572 insgesamt 180 sogenannte Konstitutionen, in denen er bestehende juristische Streitfragen, insbesondere solche, die sich aus dem Nebeneinander von einheimischem sächsischem und rezipiertem römischem Recht ergaben, gesetzlich entschied. Der Inhalt der Konstitution 3, 15 ist die Entscheidung, dass das Wahlrecht bei Vorversterben des älteren Bruders nicht auf dessen Erben übergeht, sondern dem, jüngeren Bruder zufällt. Zur Frage, ob die Teilungsregel nur zwischen zwei oder auch zwischen mehr Geschwistern anzuwenden ist, lässt sich der Konstitution nur insofern etwas entnehmen, als sie die Formulierung des Sachsenspiegels („wo zweene Mann ein Erbe nehmen“) wiederholt.

<sup>25</sup> Matthias Berlich, 1586–1638, Advokat in Leipzig, verfaßte eine Sammlung sächsischer Gerichtsentscheidungen unter dem Titel *Conclusiones Practicabiles* in fünf Bänden (zuerst 16125–1619 erschienen), die auf Carpzows (vgl. Fn. 8) ähnlich ausgerichtete Schriften großen Einfluß hatten. Das Zitat bezieht sich auf diese *Conclusiones*.

<sup>26</sup> Beide Teile des Sachsenspiegels wurden im 14. Jahrhundert mit einer deutschsprachigen Glosse versehen. Auf diese Glosse bezieht sich Stryk. Die kommentierenden Glossen, die das Rechtsbuch in ähnlicher Weise erschlossen, wie es die Glosse des Accursius für die Digesten tat, ist wahrscheinlich das Werk des aus der Altmark stammenden Ritters Johannes von Buch (um 1300 – nach 1356). Allerdings ist die Autorschaft für die Glosse zum Lehnrecht weniger gesichert als für das Landrecht. Johannes von Buch hatte in Bologna die gelehrten Rechte studiert und betonte in seinen Glossen die Übereinstimmungen des Sachsenspiegels mit dem römischen und kanonischen Recht.

*laedi, metuendum non sit, non fratri Seniori semper ultima remanet portio<sup>27</sup>, hinc aequalitatem in portionibus constituendis adhuc accuratius observabit, quam si cum solo fratri juniore sibi negotium foret, de quo forte sibi persuadere posset, hunc ob affectionem, quam erga certas res fovet, quasque eapropter viliori portioni adjecit frater senior, hanc electurum. Interim non dissentitur Berlich praxin Saxonicum ad duos restrictam esse. Extra Saxoniam vero in aliis Germaniae locis, ubi haec consuetudo recepta, eandem etiam inter plures heredes obtinere, ex Schurffio<sup>28</sup> Cent. 1. Cons. 71. n. 1 et seqq. cum Berlichio d. Conc. 21. n. 27. testatur Carpz. p. 3. Const. 15. def. 11 n. 7.*

Geschwister dadurch geschädigt werden, denn bleibt nicht dem älteren Bruder immer der letzte Teil<sup>27</sup>? Daher wird er die Gleichheit bei der Zusammensetzung der Teile noch genauer beachten als wenn er nur mit einem jüngeren Bruder zu tun hätte, hinsichtlich dessen er vielleicht zu der Überzeugung gelangen könnte, dass dieser wegen der Anhänglichkeit, die er bei bestimmten Sachen empfindet, und die deshalb der ältere Bruder dem weniger wertvollen Erbteil hinzufügen wird, diesen [weniger wertvollen] Erbteil wählen wird. Indessen bestreitet Berlich nicht, dass die sächsische Praxis auf zwei Beteiligte beschränkt ist. Dass diese Gewohnheit aber außerhalb Sachsens, in anderen Orten Deutschlands, wo sie anerkannt ist, auch unter mehreren Erben anwendbar ist, bezeugt unter Berufung auf Schurff<sup>28</sup> (Cent. 1. Cons. 71. n. 1 et seqq.) mit Berlich (in der genannten Conc. 21. n. 27.) Carpzow (p. 3. Const. 15. def. 11 n. 7).

---

<sup>27</sup> Stryk's Argumentation setzt voraus, dass auch bei Vorhandensein mehrerer Geschwister als Erben der älteste Bruder, dem die Teilung obliegt, als letzter den übrigbleibende Teil erhält, nach dem nicht nur der jüngste Bruder, sondern nach ihm auch die mittleren Geschwister ihre Wahl getroffen haben. Unter dieser Prämisse sichert der Modus „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt“ in der Tat auch unter mehreren Geschwistern eine gerechte Verteilung, weil die Aussicht, den übrigbleibenden Erbteil zu erhalten, den ältesten Bruder zwingt, nach Möglichkeit exakt gleich große Erbteile zuzuschneiden.

<sup>28</sup> Hieronymus Schurff (1480–1554), gebürtig aus St. Gallen, war Professor in Wittenberg und Frankfurt an der Oder. Das Zitat bezieht sich auf seine ab 1545 gedruckte Gutachtensammlung *Consiliorum seu responsorum centuriae*.

## **Kapitel 7: Das Vernunftrecht**

### **Die Übereignung von Sachen nach Christian Wolff**

#### **Einleitung**

Christian Wolff (1679–1754) gilt als einer der führenden Vertreter des Naturrechts. Er war kein ausgebildeter Jurist, sondern hatte Theologie, Mathematik und Philosophie studiert. Von 1706 an lehrte er in Halle und Marburg vor allem Natur- und Völkerrecht, aber auch Mathematik.

In seinem neunbändigen *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (Das Naturrecht nach wissenschaftlicher Methode behandelt, 1740–1748) entwickelt ein vollständiges Rechtssystem, das er aus ethischen Prämissen logisch ableitet. Dieses ohne Rücksicht auf das in der Praxis angewendete Recht entwickelte System beansprucht nicht in allen Teilen unmittelbare Geltung: Wolff (und andere Naturrechtslehrer) akzeptieren, dass der Staat berechtigt ist, bestimmte gesetzliche Regelungen in Kraft zu setzen, die sich aus dem Naturrecht nicht ergeben. Die von Wolff dargelegten Grundsätze gelten nur dann ausschließlich, wenn eine besondere gesetzliche Regelung nicht besteht.

Die Bedeutung Wolffs liegt nicht zuletzt darin, dass er den Rechtsstoff klar strukturierte und eindeutig definierte Begriffe prägte. Während der Gedanke des durch philosophische Herleitung zu erschließenden Naturrechts im 19. Jahrhundert abgelehnt wurde, beeinflusste die von Wolff und anderen Naturrechtslehrern geschaffene Systematik und Begrifflichkeit das Denken der großen Juristen des 19. Jahrhunderts und trug zur Ausbildung der sogenannten Begriffsjurisprudenz bei.

Der streng logische Aufbau seines Werks führt dazu, dass Wolff häufig auf bereits bewiesene Sätze verweist. Der Inhalt dieser Verweise ist in den Fußnoten nur erklärt, soweit dies zum Verständnis unabdingbar ist. – Auf andere Autoren und auf Quellen des positiven Rechts, insbesondere auf das *Corpus Iuris* stützt sich Wolff nur relativ selten. Dennoch ist auch bei ihm – wie bei allen Vertretern des Naturrechts – deutlich, dass der begriffliche Rahmen seines Rechtsdenkens aus dem römischen Recht entlehnt ist: So legt Wolff in dem abgedruckten Text dar, dass nach dem Naturrecht – anders als nach römischem Recht – die Übergabe der zu veräußernden Sache nicht zu den Voraussetzungen des Eigentumsübergangs gehört. Der Begriff des Eigentums (*dominium*) entspricht jedoch dem römisch-rechtlichen Eigentumsbegriff. Schon der Titel des dritten Teils des *Jus Naturae, De Modo Derivativo Acquirendi Dominium* (Über die abgeleitete Art des Eigentumserwerbs) lehnt sich an den einschlägigen Digestentitel D. 41, 1 *De acquirendo rerum dominio* (Über den Erwerb des Eigentums an Sachen) an.

Der Gedankengang, der durch die allzu strikte Anwendung der mathematisch-deduktiven Methode nicht ganz leicht zu verfolgen ist, lässt sich wie folgt zusammenfassen: Zum Begriff des (subjektiven) Rechts gehört, dass das Recht dem Inhaber nicht ohne seinen Willen entzogen werden darf. Also kann das Eigentum (oder ein anderes Recht) nur mit Zustimmung des bisherigen Inhabers auf einen anderen übergehen. Da es andererseits jedem freisteht, sich von einem bisher innegehabten Recht zu trennen (im Fall des Eigentums durch Dereliktion, vgl. im heutigen Recht § 959 BGB), muss es auch jedem möglich sein, die Übereignung eines Rechts auf sich von vornherein abzulehnen. Also ist zur Übertragung außer dem Willen des Veräußerers auch der Wille des Erwerbers erforderlich. Weitere Anforderungen lassen sich aus den Prämissen des Naturrechts nicht herleiten, also ist die Übergabe der Sache (*traditio*) anders als nach römischem Recht nicht erforderlich. Allerdings kann in der Tatsache, dass der Eigentümer die ihm gehörende Sache einem anderen übergibt, der Wille beider Seiten zur Übertragung des Eigentums zum Ausdruck kommen. In diesem Fall ist die Übergabe – entsprechend den Lehren des römischen Rechts – auch nach Naturrecht als Eigentumserwerbsart anzusehen.

**Christianus Wolfius, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum. Pars Tertia, De Modo Derivativo Acquirendi Dominium, Halae Magdeburgicae 1743, ND 1968.**

*Caput I*

*De Modo acquirendi derivativo in genere*

§. 1.

*Si quis acquirere debet dominium vel ius quoddam proprium ab alio, necesse est ut hic dominium vel ius istud in ipsum transeferat. Quoniam enim nemini dominium rei suae (§. 338. part. 2 Jur. nat.), nec ius quodcumque aliud acquisitum invito auferri potest (§. 336. part. 2 Jur. nat.); dominium vel ius, quod alteri competit, tuum fieri nequit, nisi is velit, ut ius sibi competens sit tuum, consequenter verbis vel factis hanc voluntatem, quae sibi est, sufficienter declaret. Enimvero qui verbis vel factis sufficienter declarat, se velle ut ius, quod sibi competit, sit alterius, ius suum in alterum transfert (§ 661. part. 2 Jur. nat.). Quamobrem si tu acquirere debes dominium, vel ius quoddam proprium ab alio, necesse est*

Kapitel I

Über den abgeleiteten Eigentumserwerb im allgemeinen

§. 1.

Wenn jemand das Eigentum oder irgendein eigenes Recht von einem Anderen erwerben soll, ist es notwendig, dass der Veräußerer das Eigentum oder das Recht auf ihn überträgt. Da nämlich niemandem das Eigentum an seiner Sache (Jus Naturae, Teil 2, §. 338.), oder irgendein anderes wohl erworbenes Recht gegen seinen Willen weggenommen werden darf (Jus Naturae, Teil 2, §. 336.) kann das Eigentum oder das Recht, das einem anderen zukommt, nicht deines werden, wenn der Berechtigte nicht will, dass das ihm zustehende Recht auf dich übergeht; und entsprechend nicht diesen Willen, den er hat, durch Worte oder Taten hinreichend erklärt. Denn derjenige, der durch Worte oder Taten hinreichend erklärt, dass er will, dass das Recht, das ihm zusteht, einem anderen gehört, überträgt sein Recht auf den anderen (Jus Naturae, Teil 2, §. 661.). Deshalb ist es, wenn du das Eigentum oder irgendein eigenes Recht von einem anderen erwerben sollst,

*ut hic dominium vel jus istud in te transferrat.* | notwendig, dass dieser andere das Eigentum oder das Recht auf dich überträgt.

*E. gr. Si liber meus est, tuus fieri nequit, nisi ego velim, ut sit tuus, adeoque sufficienter indicem, me hoc velle, consequenter nisi ego dominium ejus in te transfero (§. 661 part. 2. Jur. nat.). Similiter mihi competit jus in re mea utendi (§. 136. part. 2 Jur. nat.), nec pati teneor, ut tu eadem me invito utaris (§. 121. part. 2. Jur. nat.). Quamobrem si tibi competere debet jus eadem utendi, necesse est, ut ego velim, tibi esse debere jus re mea utendi, consequenter jus utendi in te transferam (§. 661 part. 2. Jur. nat.).* | Beispiel: Wenn mir ein Buch gehört, kann es nicht dein werden, außer wenn ich will, dass es dein wird und insoweit als ich zeige, dass ich das will, also nur dann, wenn ich mein Eigentum auf dich übertrage (Jus Naturae, Teil 2, §. 661.). Ebenso steht mir ein Recht zur Benutzung meiner Sache zu (Jus Naturae, Teil 2, §. 136.), und ich bin nicht verpflichtet es hinzunehmen, dass du sie gegen meinen Willen benutzt (Jus Naturae, Teil 2, §. 121.). Daher ist es, wenn dir das Recht zur Nutzung der Sache zustehen soll, notwendig, dass ich will, dass dir ein Recht zur Nutzung meiner Sache zustehen soll, dass ich also das Recht zur Benutzung auf dich übertrage (Jus Naturae, Teil 2, §. 661.).

§. 2. | §. 2.  
*Accipere vel acceptare dicimur, quod ab altero offertur, si verbis vel factis (sub quibus etiam non facta comprehenduntur) sufficienter declaramus, quod dari vel fieri velimus, quod alter se dare vel fieri velle sufficienter verbis vel factis declarat.* | Man sagt, dass wir etwas annehmen oder akzeptieren, was von einem anderen angeboten wird, wenn wir durch Worte oder Taten (worunter auch Unterlassungen zu verstehen sind) hinreichend erklären, dass wir wollen, dass uns gegeben werde oder dass geschehe, wovon ein anderer hinreichend mit Worten oder Taten erklärt hat, dass er es geben will, oder dass er will, dass es geschieht.

*E. gr. Si dicis, te mihi dare velle nummum aureum, et ego sufficienter indico me velle, ut des, munus hoc acceptare dicor, seu nummum accipere velle dicendus sum.* | Beispiel: Wenn du sagst, dass du mir eine Goldmünze geben willst und ich hinreichend zeige, dass ich will, dass du sie gibst, sagt man, dass ich dieses Geschenk akzeptiere, oder man muss sagen, dass ich die Münze annehmen will.

§. 7. | §. 7.  
*Dominium vel jus quoddam proprium transferri nequit nisi in acceptantem. Qui enim dominium vel jus quoddam in alterum transfert, is verbis vel factis declarat, se velle, ut dominium vel jus quodcumque sibi competens sit alterius (§. 661. part. 2. Jur. nat.). Quodsi ergo alterius fieri debet, necesse est, ut velit id esse suum, consequenter ut alter jus suum in se transferat (§. cit.). Etenim si vel maxime ponamus, jus quoddam proprium, veluti dominium rei, in te transferri sola voluntate transferentis, quamvis ipse id habere nolis; dum non vis, id statim, delinquere dicendus fores (§. 249. part. 2. Jur. nat.), adeoque dominus esse desineres, dum esse incipis (§. 250. part. 2. Jur. nat.): Quod utique absurdum. Quamobrem si jus, quod alter in te transferre vult, actu transferri debet, necesse est ut verbis vel factis sufficienter declares, te velle* | Das Eigentum oder irgendein eigenes Recht kann nur auf jemanden übertragen werden, der es akzeptiert. Denn derjenige, der das Eigentum oder irgendein Recht auf einen anderen überträgt, erklärt durch Worte oder Taten, dass er will, dass das Eigentum oder irgendein Recht, das ihm zusteht, einem anderen gehören soll (Jus Naturae, Teil 2, §. 661.). Wenn es also Eigentum eines anderen werden soll, ist es notwendig, dass dieser will, dass es sein werden soll, dass er also will, dass der andere sein Recht auf ihn überträgt (siehe den zuvor zitierten §.). Selbst wenn wir nämlich annehmen wollten, dass irgendein eigenes Recht, wie z.B. das Eigentum an einer Sache, auf dich durch den bloßen Willen des Veräußerers übertragen werden kann, auch wenn du selbst es nicht haben willst, dann müsste man sagen, dass du das Eigentum, da du es nicht willst, sofort aufgibst (Jus Naturae, Teil 2, §. 249.) und daher aufhören würdest Eigentümer zu sein, sobald du beginnst es zu sein (Jus Naturae, Teil 2, §. 250.): das wäre vollständig absurd. Daher ist es, wenn das Recht, das ein anderer auf dich übertragen

*ut hoc faciat, seu ut jus, quod ipsi competebat, sit tuum. Qui vero voluntatem suam hoc modo declarat, jus, quod sibi offertur, acceptat (§. 2). Patet itaque dominium vel jus quoddam proprium transferri non posse nisi in acceptantem.*

will, wirklich übertragen werden soll, notwendig, dass du durch Worte oder Taten hinreichend erklärst, dass du willst, dass er das tut, oder dass das Recht, das ihm zustand, dein werden soll. Wer aber seinen Willen auf diese Weise erklärt, der akzeptiert das Recht, das ihm angeboten wird (§. 2.). Es ist also offensichtlich, dass das Eigentum oder irgendein eigenes Recht nur auf einen Erwerber übertragen werden kann, der es akzeptiert.

*Dominium rerum communium, quamprimum fiunt propriae, occupando acquiritur (§. 175. part. 2. Jur. nat.)<sup>1</sup>. Sed ad occupationem non sufficit actus, quo res redigitur in eum statum, ut tua esse possit; verum etiam requiritur actus, quo declaras, te velle, ut tua fiat (§. 174. part. 2. Jur. nat.). In modo acquirendi derivativo, qui, quando res non sunt amplius communes, sed propriae, in locum occupationis, tanquam originarii modi acquirendi succedit, translationis actus succedit in locum illius quo res reducitur in eum statum, ut tua esse possit, actus vero acceptationis in locum istius, quo animus rem sibi habendi declaratur. Sine acceptatione adeo non intelligitur actualis dominii translatio, quemadmodum sine animo rem sibi habendi non concipitur occupatio, seu originaria dominii acquisitio. Dominus adeo rei, quae est alterius, nemo efficitur nisi et domini, et propria voluntate: neutra sola sufficit, ut dominium vel jus quoddam proprium aquiratur ab illo.*

Das Eigentum an gemeinschaftlichen Sachen wird, wenn sie erstmals in Privateigentum gelangen, durch Besitzergreifung erworben (Jus Naturae, Teil 2, §. 175.)<sup>1</sup>. Aber zur Besitzergreifung genügt nicht eine Handlung, durch die die Sache in die Lage versetzt wird, dass sie dein sein kann, sondern es wird auch eine Handlung vorausgesetzt, durch die du erklärst, dass du willst, dass sie dein werde (Jus Naturae, Teil 2, §. 174.). Beim abgeleiteten Eigentumserwerb, der, wenn die Sachen nicht mehr im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, sondern im Privateigentum, an die Stelle der Besitzergreifung als ursprünglicher Eigentumserwerbsart tritt, tritt die Übertragungshandlung an die Stelle der Handlung, durch die die Sache in die Lage versetzt wird, dass sie dein sein kann, die Annahmehandlung aber tritt an die Stelle derjenigen Handlung, durch die der Wille, die Sache für sich zu haben, erklärt wird. Ohne Annahme kann also ebenso wenig eine wirkliche Übertragung des Eigentums angenommen werden, wie ohne den Willen, die Sache für sich zu haben, keine Besitzergreifung oder kein ursprünglicher Eigentumserwerb angenommen wird. Also wird niemand Eigentümer einer Sache die einem anderen gehört, es sei denn, mit dem Willen des Eigentümers und seinem eigenen: weder der eine noch der andere Wille genügt allein, damit das Eigentum oder ein eigenes Recht von dem anderen erworben wird.

§. 12.

*A domini voluntate unice pendet, in quem dominium vel quoddam jus suum transferre velit, et utrum transferre velit, nec ne. Etenim vi libertatis naturalis domino permittendum, ut in determinandis actionibus suis, consequenter etiam in translatione dominii vel juris quoddam sui suum sequatur judicium (§. 156. part. 1. Jur. nat.), nec ulli competit jus exigendi rationem, cur hoc faciat, vel non faciat, quamdiu nil faciat contra jus ipsius (§.*

§. 12.

Es hängt allein vom Willen des Eigentümers ab, auf wen er das Eigentum oder irgendein ihm gehörendes Recht übertragen will, und ob er es übertragen will oder nicht. Denn aufgrund der natürlichen Freiheit muss dem Eigentümer gestattet werden, dass er bei der Bestimmung seiner Handlungen, also auch bei der Übertragung des Eigentums oder irgendeines Rechts, seinem eigenen Gutdünken folgt (Jus Naturae, Teil 1, §. 156.); und niemand hat das Recht, von ihm Rechenschaft zu fordern, warum er das tut oder nicht tut, solange er nicht das Recht eines anderen verletzt (Jus Naturae, Teil 1, §. 158.).

<sup>1</sup> Wolff geht in seiner Eigentumslehre von einem Urzustand aus, in dem es noch kein Privateigentum gibt, sondern alle Sachen allen gemeinsam gehören. In diesem Urzustand ist es erlaubt, sich Dinge, die man zum Dasein benötigt, durch Besitzergreifung anzueignen (vgl. im heutigen Recht § 958 BGB).

158. part. 1. Jur. nat.). *Quamobrem a domini voluntate unice pendet, in quem dominium vel jus quoddam suum transferre velit, et utrum transferre velit, nec ne.*

Daher hängt es allein vom Willen des Eigentümers ab, auf wen er das Eigentum oder irgendein ihm gehörendes Recht übertragen will und ob er es übertragen will oder nicht.

...

§. 13.  
*Quoniam a voluntate domini unice pendet, utrum dominium, vel jus quoddam proprium transferre velit, nec ne, et in quem transferre velit (§. 12.); quamprimum dominus sufficienter significat, se dominium vel jus quoddam sibi proprium in alium transferre, accipiens nuda voluntate ipsius statim efficitur dominus rei corporalis, vel incorporalis, quae transfertur, consequenter nuda domini voluntate sufficienter declarata transfertur dominium vel jus quoddam proprium in accipientem.*

§. 13.  
Da es allein vom Willen des Eigentümers abhängt, ob er das Eigentum oder irgendein eigenes Recht übertragen will oder nicht, und auf wen er es übertragen will (§. 12.) wird, sobald der Eigentümer hinreichend deutlich macht, dass er das Eigentum oder irgendein Recht, das ihm zu eigen ist, auf einen anderen übertragen will, der andere, wenn er annimmt, durch den bloßen Willen des Eigentümers sogleich Eigentümer der körperlichen oder unkörperlichen Sache die übertragen wird, also wird durch den bloßen hinreichend gezeigten Willen des Eigentümer das Eigentum oder irgendein Recht auf den Erwerber übertragen, wenn er annimmt.

*Hinc ipsi Jurisconsulti Romani, etsi ad actualement dominii translationem requisiverint rei traditionem<sup>2</sup>, non dissentiunt §. 40. I. de rer. div. et l. 9. ff. de acquir. rer. dom. nihil tam conveniens esse aequitati naturali, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Quoniam vero de traditione tenenda sint, de iis mox dispiciemus.*

Insoweit sind auch die römischen Rechtsgelehrten, obgleich sie zur wirklichen Übertragung des Eigentums die Übergabe<sup>2</sup> der Sache verlangen, nicht anderer Meinung, Inst. 2, 1, 40 und D. 41, 1, 9 sagen, nichts entspreche der natürlichen Billigkeit besser, als das dem Willen des Eigentümers, der seine Sache auf einen anderen übertragen will, Rechnung getragen wird. Was aber von der Übergabe zu halten ist, das werden wir demnächst untersuchen.

...

§. 23.  
*Actus, quo transfertur possessio, dicitur Traditio. ...*

§. 23.  
Die Handlung, durch die der Besitz übertragen wird, heißt Übergabe (*traditio*).

...

<sup>2</sup> Das römische Recht hatte zwar das Abstraktionsprinzip noch nicht entwickelt, kannte aber das Erfordernis der Übergabe für den Eigentumserwerb. Wie nach § 929 BGB war es also grundsätzlich erforderlich, dass der Veräußerer die Sache an den Erwerber übergab, damit letzterer Eigentümer werden konnte.

§. 25.

*Si dominus tibi rem tradit eo animo, ut sit tua; in te accipientem dominium et possessio simul transfertur, non tamen uno eodemque actu, sed duplici actu concurrente. Si enim dominus rem tibi tradit eo animo, ut sit tua; necesse est ut voluntatem suam sufficienter significet. Quamobrem cum nuda voluntate dominium transferatur in te accipientem (§. 13.); eo ipso dominium rei, quam tibi tradit, in te transfertur. Enimvero traditione rei transfertur quoque possessio (§. 23.) Patet itaque, si dominus tibi rem tradit eo animo, ut sit tua, in te accipientem dominium et possessionem simul transferri. Quod erat primum.*

*Enimvero quoniam dominium in te transfertur, quatenus dominus declarat traditionem fieri eo animo, ut res sit tua; possessio autem in te transfertur, quatenus hac declaratione facta res actu traditur, per demonstrata; dominium et possessio non transfertur uno eodemque actu. Quod erat secundum.*

*Denique quia dominus animum, quo rem tibi tradit, declarat, dum eam tradit, per demonstrata; porro liquet, dominium et possessionem transferri duplici actu concurrente. Quod erat tertium.*

*Haec propositio probe notanda et accurate perpendenda, ne dubium moveat definitio traditionis paulo ante data (§. 23.). Jurisconsulti Romani traditionem inter modos acquirendi dominium, qui sunt naturalis, seu, ut ipsi loqui amant, juris gentium<sup>3</sup> referunt § 41. I. de rer. div. unde Doctores<sup>3</sup> inferunt, jure Romano ad translationem dominii requiri traditionem, praesertim cum l. 20 C. de pact. dicatur, traditionibus et usu capionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri. Negat Grotius<sup>4</sup> de Jure Belli ac Pacis l. 2 c. 6 ad*

§. 25.

Wenn der Eigentümer dir eine Sache mit der Absicht übergibt, dass sie dein sein soll, dann wird auf dich, wenn du annimmst, gleichzeitig das Eigentum und der Besitz übertragen, jedoch nicht durch ein und dieselbe Handlung, sondern durch eine doppelte Handlung. Wenn nämlich der Eigentümer dir die Sache in der Absicht übergibt, dass sie dein sein soll, dann ist es notwendig, dass er seinen Willen hinreichend erklärt. Daher wird, weil durch den bloßen Willen das Eigentum auf dich übertragen wird, wenn du es annimmst (§. 13.), dadurch selbst das Eigentum an der Sache, die er dir übergibt, auf dich übertragen. Durch die Übergabe der Sache wird aber auch der Besitz übertragen (§. 23.). Es ist also ersichtlich, dass, wenn der Eigentümer dir die Sache in der Absicht übergibt, dass sie dein sein soll, auf dich, wenn du annimmst, das Eigentum und den Besitz überträgt. Dies war das erste. Da aber das Eigentum auf dich übertragen wird, soweit der Eigentümer erklärt, dass die Übergabe in der Absicht geschieht, dass die Sache dir gehören soll, der Besitz aber auf dich übertragen wird, soweit nach dem eine solche Erklärung abgegeben wurde, die Sache tatsächlich übergeben wird, werden, wie nachgewiesen, Eigentum und Besitz nicht durch eine und dieselbe Handlung übertragen. Dies war das zweite.

Weil schließlich der Eigentümer den Willen, mit dem er dir die Sache übergibt, erklärt, während er sie übergibt, ist aufgrund des bereits nachgewiesenen ganz klar, das Eigentum und Besitz durch eine zweifache Handlung übertragen werden und dies war das dritte.

Diese Überlegung muss man sich gut merken und sie genau erwägen, damit die kurz zuvor gegebene Definition der Übergabe (§. 23.) keinen Zweifel erregt. Die römischen Rechtsgelehrten zählen die Übergabe zu den Eigentumserwerbarten, die dem natürlichen Recht, oder wie sie gerne sagen, dem Völkerrecht angehören (Inst. 2, 1, 41). Daraus schließen die heutigen Rechtslehrer<sup>3</sup>, dass nach dem römischen Recht zur Übertragung des Eigentums die Übergabe erforderlich ist, insbesondere, weil in C. 2, 3, 20 gesagt wird, dass das Eigentum an Sachen durch Übergabe und durch Ersitzung, nicht durch bloße Abreden übertragen wird. Grotius<sup>4</sup> bestreitet in De Jure Belli ac Pacis, Buch 2. Kap. 6, dass nach Naturrecht zur Übertra-

<sup>3</sup> Gemeint sind die Lehrer des römischen Rechts.

<sup>4</sup> Hugo Grotius (1583–1645) ist zugleich einer der Begründer des römisch-holländischen Rechts und des Naturrechts, das er in seinem Hauptwerk *De iure belli ac pacis* („Das Recht des Krieges und des Friedens“, 1625) zur Grundlage eines Systems des Völkerrechts machte.

*dominium transferendum jure naturali requiri traditionem, et hinc l. 2 c. 8. §. 25 infert: traditionem non esse modum transferendi dominium de jure naturali. Enimvero vi propositionis praesentis patet, posse etiam traditione naturaliter transferri dominium, quatenus eidem inest significatio voluntatis domini transferendi antea nondum declaratae, ad domini autem translationem per se non requiri traditionem, qua opus est ad transferendam possessionem. Et hoc respectu etiam traditio inter modos acquirendi dominium de jure naturali referri potest, etsi negetur hoc jure sine traditione dominium transferri non posse. Diversa enim sunt per traditionem a domino factam transferri posse et absque traditione dominium transferri non posse, seu eam ad omnem domini translationem esse absolute necessariam: id quod nec Jurisconsultis Romanis visum, qui non uno in casu translationem domini fieri admittunt de jure etiam civili<sup>5</sup>, quemadmodum jam annotavit Grotius lib. 2 c. 8 §. 25. Etsi autem concedatur, de jure etiam naturali eo, quem praesens propositio explicat, modo dominium transferri posse; non tamen ideo in Jus naturae recipi potest definitio traditionis, quam dedit Struvius<sup>6</sup> in Jurisprudencia Romano-Germanica forensi lib. 2 tit. 1. §. 57. quod sit actus, quo dominium ab eo, qui habet potestatem et animum quid transferendi, in alium accipientem transfertur: cum nemo non agnoscat, traditionem non esse nisi actum, quo res redigitur in potestatem alterius, ut ipsi competat potentia physica de eadem pro arbitrio suo disponendi, consequenter, si traditur ei, in quem dominium jam translatum fuit, vel eo ipso momento, quo*

gung des Eigentums die Übergabe erforderlich ist und schließt daraus in Buch 2, Kap. 8, §. 25, dass die Übergabe nach Naturrecht keine Eigentumserwerbsart ist. Denn, wie sich aus der vorstehenden Überlegung ergibt, kann auch nach Naturrecht durch Übergabe das Eigentum übertragen werden, soweit in der Übergabe die Erklärung des Willens das Eigentum zu übertragen enthalten ist und dieser Wille nicht zuvor schon erklärt war; an sich wird aber zur Übertragung des Eigentums die Übergabe nicht verlangt, sie ist vielmehr zur Übertragung des Besitzes erforderlich. Und in dieser Hinsicht kann auch die Übergabe zu den Eigentumserwerbsarten nach Naturrecht gezählt werden, wenn auch bestritten wird, dass nach diesem Recht das Eigentum ohne Übergabe nicht übertragen werden kann. Denn es ist zweierlei, ob das Eigentum durch die vom Eigentümer vollzogene Übergabe übertragen werden kann oder ob ohne Übergabe das Eigentum nicht übertragen werden kann, bzw. ob sie absolut notwendig zu jeder Übertragung des Eigentums ist: Letzteres haben auch die römischen Rechtsgelehrten nicht gemeint, denn sie nehmen in mehr als einem Fall an, dass die Übertragung des Eigentums auch nach Zivilrecht<sup>5</sup> vollzogen werden kann, was bereits Grotius in Buch 1, Kap. 8, §. 25 angemerkt hat. Wenn aber auch eingeräumt wird, dass auch nach Naturrecht auf die Weise, die durch die vorstehende Überlegung erklärt wird, das Eigentum übertragen werden kann, so kann doch für das Naturrecht die Definition der Übergabe nicht übernommen werden, die Struve<sup>6</sup> in der Jurisprudencia Romano-Germanica forensi l. 2 tit. 1. §. 57. gibt: dass sie nämlich eine Handlung sei, durch die das Eigentum von dem der die Rechtsmacht und den Willen etwas zu übertragen hat, auf einen anderen, der es annimmt, übertragen wird: Denn jeder weiß, dass die Übergabe nichts anderes ist als eine Handlung, durch die eine Sache in die Herrschaft eines anderen gebracht wird, so dass ihm die physische Möglichkeit zukommt, mit ihr nach Belieben zu verfahren, dass also, wenn die Sache dem übergeben wird, dem das Eigentum bereits übertragen worden war oder das Eigentum in demselben Moment übertragen wird, in dem der

Seine Übereignungslehre, die wie diejenige Wolffs – vom Standpunkt des Naturrechts – die körperliche Übergabe der Sache für entbehrlich erklärt, hat möglicherweise die Verfasser des französischen Code civil beeinflusst und dazu geführt, dass nach dem Code civil das Eigentum bereits mit Abschluss eines auf die Veräußerung einer Sache gerichteten schuldrechtlichen Vertrages übergeht.

<sup>5</sup> Der Sinn des Hinweises auf Eigentumsübertragungen nach Zivilrecht ist folgender: Im römischen Recht existierten besondere, altertümliche Rituale zur Übertragung des Eigentums an bestimmten Sachen. Diese Eigentumserwerbsformen konnten nur von römischen Bürgern vollzogen werden und wurden deshalb als dem *ius civile* (d.h. dem Recht der *cives*, der römischen Bürger zugehörig) bezeichnet. Da bei der Übereignung mithilfe dieser Rituale keine körperliche Übergabe (*traditio*) erforderlich war, beweist die Existenz dieser Erwerbsarten, dass der Satz, wonach zum Erwerb des Eigentums die körperliche Übergabe erforderlich sei, nach römischem Recht nicht ausnahmslos gegolten haben kann.

<sup>6</sup> Georg Adam Struve (1619–1692), Professor in Jena, war einer der erfolgreichsten Juristen des *usus modernus pandectarum*. Sein Zivilrechtslehrbuch *Jurisprudencia Romano-Germanica forensis* von 1670 war sehr beliebt. Vielerorts wurden die Privatrechtsvorlesungen nach diesem sogenannten „kleinen Struv“ gehalten.

*traditur, transfertur, esse actum, quo possessio transfertur. Unde patet ratio definitionis nostrae, quam de traditione paulo ante (§. 23.) dedimus. Quod alias jam monuimus, hic denuo inculcamus, in Jure naturae opus esse acumine subtili ad distinguenda ea, quae diversa sunt, ne ea confundendo in errores et contradictiones inextricabiles incidamus. Et quamvis vocabuli significatus vulgaris admodum restrictus sit, ita ut traditio non dicatur nisi de re mobili, quam a porrigente accipit alter; in scientiis tamen dudum receptum est ac recipi debet, ut ad formandos conceptus universales terminis artis, qui ex communi sermone desumuntur, tribuatur significatus quidam generalis, qui particulari in communi sermone usitato inest et sicubi opus fuerit, per fictiones, quae sunt in numero toleranter verorum, extenditur, ut nomen omnem universalitatem consequatur, quam habere potest<sup>7</sup>.*

Besitz übergeben wird, die Übergabe eine Handlung ist, durch die der Besitz übertragen wird. Daraus wird der Sinn der Definition die wir kurz zuvor geben haben, deutlich (§. 23.). Woran wir schon an anderer Stelle erinnert haben, das schärfen wir hier noch einmal ein, dass im Naturrecht großer Scharfsinn erforderlich ist, um Dinge, die unterschiedlich sind, zu unterscheiden, damit wird nicht dadurch, dass wir sie verwechseln, in Irrtümer und unauflösbare Widersprüche geraten. Und auch wenn der übliche Gebrauch eines Worts ziemlich eingeschränkt ist, so wie man z.B. von Übergabe nur bei einer beweglichen Sache spricht, die von demjenigen, der sie ihm darreicht, ein anderer erhält, so ist es doch in den Wissenschaften anerkannt und muss hingenommen werden, dass wir den Fachbegriffen, die aus der Alltagssprache herausgenommen werden, zum Zweck der Bildung übergreifender Begriffe eine gewisse allgemeine Bedeutung geben, die in der besonderen im normalen Gespräch gebrauchten Bedeutung bereits enthalten ist. So dehnen wir dort, wo es nötig ist, durch Fiktionen, die der Wahrheit keinen Abbruch tun, die Bedeutung der Wörter aus, damit ein Ausdruck die umfassende Bedeutung erhält, die er haben kann<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Die umständliche Erklärung soll begründen, warum es zulässig ist, den Ausdruck „Übergabe“ entsprechend der Definition in § 23 für alle Formen der Besitzübertragung zu verwenden, obgleich er im alltäglichen Sprachgebrauch nur bei körperlichen Sachen (aber nicht bei Grundstücken) im Gebrauch ist.

## **Kapitel 8: Die vernunftrechtlichen Kodifikationen ALR, Code civil und ABGB zum Recht der Willensmängel**

### **Einleitung**

Am Ende der natur- oder vernunftrechtlichen Epochen wurde das Privatrecht in drei großen europäischen Staaten zu einer systematischen Kodifikation zusammengefasst. Lässt man den *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* von 1756 als Vorläufer außer Acht, so ist die zeitlich erste Kodifikation das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794. In Frankreich wurde nach der großen Revolution von 1789 unter der Herrschaft Napoléon Bonapartes als Ersten Konsuls im Jahr 1804 der Code civil (Cc) in Kraft gesetzt. Schließlich wurde 1811 das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) erlassen.

Alle drei Gesetzbücher sollten in erster Linie nicht neues Recht schaffen, sondern das gelehrte und praktizierte Recht der Zeit in vernünftiger Ordnung und verständlicher Sprache wiedergeben. Sie enthalten daher in großem Umfang römisches Recht, daneben finden sich in unterschiedlichem Umfang auch Elemente aus dem jeweiligen einheimischen Gewohnheitsrecht. Vor allem in der Systematik und Begrifflichkeit ist der Einfluss des Naturrechts spürbar.

Die abgedruckten Texte betreffen die Auswirkungen von Irrtum, Drohung und arglistiger Täuschung auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften (vgl. §§ 119 und 123 BGB). Arglistige Täuschung (Betrug) und Drohung (Zwang) werden von allen drei Gesetzbüchern als Willensmängel angesehen, welche die Wirksamkeit eines Geschäfts beeinträchtigen (vgl. zum ALR §§ 31–33 und 84 f. des abgedruckten Textes, Art. 1109 Cc und §§ 870 f. ABGB). Hinsichtlich des Irrtums differenzieren die drei Gesetzbücher nicht nach Irrtümern bei der Erklärung des Willens (vgl. § 119 Abs. 1 BGB: sowohl beim Inhalts- als auch beim Erklärungsirrtum fallen innerer Wille und äußerlich wahrnehmbare Erklärung auseinander) und Irrtümern bei der Willensbildung (Auseinanderfallen von Willen und Realität, nach heutigem deutschen Recht nur unter den Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 BGB relevant). Vielmehr wird allgemein der Irrtum als Willensmangel anerkannt. Er ist jeweils nur beachtlich, soweit er „wesentlich“ ist (§ 75 des abgedruckten Textes aus dem ALR, Art. 1110 Cc, § 872 ABGB). Besonders restriktiv ist die Regelung des österreichischen ABGB. Auch der wesentliche Irrtum ist dort nur beachtlich, soweit er entweder durch den Erklärungsgegner herbeigeführt wurde (§ 871 ABGB) oder wenigstens von ihm hätte erkannt werden müssen (§ 876 ABGB).

Das BGB behandelt Rechtsgeschäfte soweit sie an einem beachtlichen Willensmangel leiden, nicht als von vornherein nichtig, sondern nur als anfechtbar. Diese Konzeption existierte zur Zeit der Abfassung von ALR, Code civil und ABGB noch nicht. Die drei Gesetzbücher sehen

aber bereits Regelungen vor, die dem Anfechtungsrecht ähneln. Die Willensmängel werden zwar grundsätzlich als Umstände behandelt, die ohne Weiteres zur Nichtigkeit eines Geschäfts führen können. Allerdings ist für das ALR die Drohung nur dann beachtlich, wenn sie in einer bestimmten Frist gerichtlich angezeigt wird (§ 46 des abgedruckten Textes, vgl. auch § 92). Unterbleibt diese Anzeige, so wird der Beweis der Drohung für das Opfer erschwert (vgl. Fn. 8, 9). Nach dem Code civil (Art. 1117) müssen alle Willensmängel gerichtlich geltend gemacht werden. Auch für das ABGB wurde – wegen der Formulierung des § 877 ABGB – stets angenommen, dass der Willensmangel das Geschäft nicht ohne Weiteres unwirksam macht, sondern dem Erklärenden nur das Recht gibt, die Vertragsaufhebung gerichtlich durchzusetzen.

Das ALR verlor am 1.1.1900 mit Inkrafttreten des BGB – von einzelnen Bestimmungen abgesehen – seine Wirksamkeit. Das Irrtumsrecht des ABGB wurde im Rahmen der sogenannten Dritten Teilnovelle des Jahres 1916 erheblich verändert. Hingegen ist der abgedruckte Text des Code civil in Frankreich, Belgien und Luxemburg nach wie vor geltendes Recht.

Dem französischen Text des Code civil ist die deutsche Übersetzung beigelegt, die im Jahr 1809 durch Großherzog Karl Friedrich als Badisches Landrecht erlassen wurde. Zusätzliche Bestimmungen, die zur Anpassung des französischen Rechts in die Übersetzung eingefügt wurden, sind in den Fußnoten vermerkt.

## **Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794**

### *Erster Theil. Vierter Titel: Von Willenserklärungen*

§. 1<sup>1</sup>. Die Willenserklärung ist eine Aeußerung dessen, was nach Absicht des Erklärenden geschehen, oder nicht geschehen soll.

§. 4. Die Willenserklärung muss frey, ernstlich, und gewiß, oder zuverlässig sein.

...

### *Freiheit des Willens.*

§. 31. Aeußerungen des Willens, wozu jemand durch physische Gewalt genöthigt worden, haben keine verbindliche Kraft.

§. 32. Ein Gleiches gilt von solchen Willenserklärungen<sup>2</sup>, wozu jemand durch Entziehung der Nahrungs- und Heilmittel, oder durch Zufügung körperlicher Schmerzen vermocht worden.

---

<sup>1</sup> Während der Code civil und das ABGB eine durchlaufende Artikel- bzw. Paragraphenzählung haben, beginnt diese im ALR – ähnlich wie die Zählung der einzelnen Fragmente in den Digesten – mit jedem Titel neu. Der hier abgedruckte § 1 ist also nicht der erste Paragraph des ALR, sondern nur die erste Bestimmung in Teil I, Titel 4.

§. 33. Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens, der Gesundheit, der Freyheit und Ehre, machen jede darauf erfolgende Willensäußerung unkräftig.

§. 34. Drohungen sind gefährlich, wenn die Ausführungen derselben entweder an sich, oder auch nur nach der Meinung des Bedrohten in der Gewalt des Drohenden steht.

§. 35. Die Drohung, jemanden eines Verbrechens wegen, mit oder ohne Grund, gerichtlich angeben zu wollen, vereitelt in der Regel jede darauf erfolgte Willenserklärung des Bedrohten.

§. 36. Bey Drohungen, welche nicht unmittelbar Leben, Gesundheit, Freyheit oder Ehre betreffen. muss nach der Beschaffenheit des angedroheten Uebels an sich, und nach dem Verhältnisse desselben zu dem Gegenstande der Erklärung von dem Richter vernünftig beurtheilt werden: ob dadurch die Willensäußerung wirklich erzwungen worden sey?<sup>3</sup>

§. 37. Auch ist, bey Bestimmung des Einflusses der Drohung in den Willen des Bedrohten, zugleich auf desselben Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit Rücksicht zu nehmen,

§. 38. Die Drohung, sich seines Rechts gesetzmäßig zu bedienen, kann niemals als Zwang angesehen werden.

§. 39. Eine Willenserklärung also, wozu jemand durch die Aeüßerung des Andern, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, bewogen worden, ist keines weges für erzwungen zu achten.

§. 40. Die gedrohte Entziehung eines Vortheils, welchen der Drohende dem andern zwar zugehört, aber noch nicht eingeräumt hatte, macht die Willenserklärung des Bedrohten niemals unkräftig.

§. 41. Der Vorwand, dass Scheu oder Ehrfurcht die Willenserklärung veranlaßt habe, verdient keine Rücksicht<sup>4</sup>.

§. 42. Erzwungene Willenserklärungen sind auch alsdann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von dem, zu dessen Vortheil die Erklärung gereichen soll, sondern von einem Dritten, verübt worden<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Der Code civil und das ABGB treffen ihre Regelungen zu Willensmängeln für conventions bzw. Verträge. Nur das ALR benutzt den von den Juristen des Naturrechts geprägten - und z.B. von dem in Preußen tätigen Philosophen Christian Wolff viel verwendeten - Begriff der Willenserklärung.

<sup>3</sup> Das Erfordernis, dass die Drohung ein gewisses Gewicht haben muss, damit sie zu einem beachtlichen Willensmangel führt, ist unmittelbar aus dem römischen Recht übernommen. Vgl. D. 4, 2, 5-6: *Metum non accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis. Metum autem non vani hominis, se qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.* – „[Der römische Jurist] Labeo sagt, dass mit Furcht [als beachtlichem Willensmangel] nicht jede beliebige Angst gemeint ist, sondern nur die vor einem größeren Übel. Wir werden aber zum Anwendungsbereich dieses Edikts [d.h. der Vorschriften über Furcht als beachtlichen Willensmangel] nicht die Furcht eines furchtsamen Menschen verstehen, sondern nur die, die auch einen sehr standhaften Menschen zu Recht befällt“.

<sup>4</sup> Im älteren *Ius Commune* (nicht jedoch in den Quellen des antiken römischen Rechts) wurde auch der sogenannte *metus reverentialis*, die Ehrfurcht vor Eltern und anderen älteren Familienmitgliedern, als beachtlicher Willensmangel angesehen. Gegen diese Lehre wendet sich das ALR ausdrücklich.

<sup>5</sup> Vgl. § 123 Abs. 2 BGB: Die Regelung des ALR für Zwang und Drohung entspricht derjenigen des BGB für die widerrechtliche Drohung. Auch nach dem BGB berechtigt die wider-

§. 43. Dadurch aber, dass eine drohende Gefahr zu der Willenserklärung bloß Anlass gegeben hat, wird diese noch nicht entkräftet.

§. 44. Hat jedoch Furcht vor der Gefahr das Vermögen des Erklärenden, mit Freyheit und Ueberlegung zu handeln, gänzlich ausgeschlossen, so findet die Vorschrift des §. 23. sqq.<sup>6</sup> Anwendung.

§. 45. Wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen erlittenen Zwanges anfechten will, muss dieses, sobald als er einen Richter hat antreten können, spätestens aber binnen Acht Tagen nach diesem Zeitpunkte gerichtlich anzeigen.

§. 46. Dergleichen vorläufige Anzeige kann bey einem jeden Gericht gültig geschehen; sie muss aber zur Sache gehörigen Umstände unter Anführung der Beweismittel enthalten.

§. 47. Uebrigens<sup>7</sup> hängt es von dem Anzeigenden ab, die Ungültigkeit der Willenserklärung gegen den, welcher sich des Zwanges oder der Gewalt schuldig gemacht hat, gerichtlich auszuführen; oder den Anspruch aus der Willenserklärung abzuwarten: oder sich der in der Prozeßordnung vorgeschriebenen Wege zur Erhaltung seiner Beweismittel zu bedienen.

§. 48. Ist jedoch die angezeigte Gewalt so beschaffen, dass dadurch eine peinliche Untersuchung begründet werden kann, so muss der Richter, bey welchem die Anzeige geschehen ist, demjenigen inländischen Richter, vor welchen die Untersuchung gehört, davon sofort zur weitem Verfügung Nachricht geben.

§. 49. Ist die vorläufige Anzeige nach §. 45. nicht geschehen, so verliert der angeblich Gezwungene dadurch das Recht, sich des Eydesantrages<sup>8</sup> zum Beweise zu bedienen, und muss den Einwand auf andere Art vollständig darthun.

---

rechtliche Drohung generell selbst dann zur Anfechtung, wenn ein Dritter sie verübt hat, während dasselbe für die arglistige Täuschung nur unter besonderen Voraussetzungen gilt.

<sup>6</sup> I, 4 §§ 23 ff. ALR regeln die Nichtigkeit der Erklärungen von Geschäftsunfähigen (heute § 105 BGB).

<sup>7</sup> D.h. „im Übrigen“. Der Betroffene muss also, um seine Rechte zu wahren, nur die gerichtliche Anzeige nach §§ 45 f. machen. Er muss aber nicht selbst eine Leistungsklage erheben (z.B. auf Erstattung einer zur Erfüllung des erzwungenen Rechtsgeschäfts erbrachten Leistung), sondern kann abwarten, bis er seinerseits in Anspruch genommen wird, und kann dann die Unwirksamkeit seiner Erklärung als Einwendung gegen den geltend gemachten Anspruch vorbringen.

<sup>8</sup> Im allgemeinen konnte im *Ius Commune* und auch nach preußischem Recht der Beweis über Tatsachen durch die so genannte Eideszuschiebung geführt werden. Wer für eine vom Gegner bestrittene Tatsache die Beweislast trug, sie aber nicht anders beweisen konnte, forderte den Gegner auf, seine gegenteilige Behauptung zu beschwören. Schwor der Gegner, so war damit der Beweis gescheitert. Weigerte er sich zu schwören, so musste er entweder die behauptete Tatsache zugestehen – damit war der Beweis gelungen – oder den Eid zurückschieben. Aufgrund der Zurückschiebung musste dann die beweisbelastete Partei den Eid entweder schwören – dadurch war der angestrebte Beweis geführt – oder erklären, den Eid nicht schwören zu wollen – damit war die Unwahrheit der zu beweisenden Tatsache eingestanden und der Beweis damit misslungen.

Beispiel: A klagt gegen B auf Zahlung eines Kaufpreises. B bestreitet, mit A einen Kaufvertrag geschlossen zu haben. Zum Beweis des Vertragsschlusses fordert A den B auf, zu schwören, dass er keinen Kaufvertrag mit A geschlossen hat. Schwört B den geforderten Eid, so

§. 50. Auch wird durch die Unterlassung der Anzeige die dem Einwand entgegenstehende rechtliche Vermuthung dergestalt verstärkt, dass zur Ergänzung eines gegen diese Vermuthung nicht vollständig geführten Beweises kein Erfüllungseid<sup>9</sup> statt finden kann.

§. 51. Ist der Erklärende gestorben, ehe er nach §. 45. die vorläufige Anzeige hat machen können, so steht seinem Erben frey. noch innerhalb dreyer Monathe, nach erhaltener Kenntniß von dem Daseyn der Willenserklärung, den Zwang mit der vorgedachten Wirkung anzuzeigen.

...

*Irrthum.*

§. 75. Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts, oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung macht dieselbe ungültig.

§. 76. Ein Gleiches gilt von einem Irrthum in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, so bald aus den Umständen erhellet. dass ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde.

§. 77. Auch Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung.

§. 78. In allen diesen Fällen ( §. 75. 76. 77.) bleibt die Willenserklärung ungültig, auch wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können.

---

steht fest, dass kein Vertrag geschlossen wurde. Schiebt er den Eid an A zurück und schwört A, dass ein Vertrag geschlossen wurde, dann ist damit der Vertragsschluss erwiesen.

Das System des Beweises durch Eideszuschiebung lief darauf hinaus, dass derjenige, der bereit war, einen Meineid zu schwören, ein Beweismittel für beliebige Behauptungen in der Hand hatte. Die Möglichkeiten zum Missbrauch sind offensichtlich, sollten aber angesichts der religiös motivierten Scheu vor dem Verbrechen des Meineides nicht überschätzt werden.

Indem das ALR für den Fall, dass die Anzeige nach § 45 unterblieben ist, den Beweis der widerrechtlichen Drohung durch Eideszuschiebung ausschließt, nimmt sie dem Betroffenen ein Beweismittel. Dies wiegt umso schwerer, als sich eine Drohung, jedenfalls wenn sie unter vier Augen ausgesprochen wurde, nur schwer auf andere Weise (durch Zeugen oder Urkunden) beweisen lässt. Die gerichtliche Anzeige nach § 45 ist also nicht schlechthin Voraussetzung für die Geltendmachung einer Drohung, aber ohne sie bestehen nur geringe Aussichten, mit der Behauptung, eine Willenserklärung sei durch Drohung erzwungen gewesen, Erfolg zu haben.

<sup>9</sup> Auch der Erfüllungseid dient dazu, einer beweisbelasteten Prozesspartei die Beweisführung zu erleichtern. Die Initiative liegt jedoch beim Erfüllungseid beim Richter. Hat eine Partei die behaupteten Tatsachen zwar plausibel gemacht, aber nicht voll bewiesen, dann kann der Richter zu „Vervollständigung“ des Beweises die Beeidung der Behauptung verlangen. Wird dieser Eid geleistet, ist damit der Vollbeweis erbracht, wird er verweigert, ist die Beweisführung gescheitert. Der Vorteil für die beweisbelastete Partei gegenüber der Eideszuschiebung an die andere Partei liegt darin, dass sie selbst entscheiden kann, ob sie den Eid schwören will. Bei der Eideszuschiebung kann der Gegner, wenn er den zugeschobenen Eid leistet, damit die Beweisführung endgültig vereiteln, auch wenn die beweisbelastete Partei ihrerseits gleichfalls zur Eidesleistung bereit wäre.

§. 79. Ist jedoch derselbe durch eignes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen. und der Andre hat nicht gewußt, dass der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandnen Schadens verpflichtet.

§. 80. Ist auf beyden Seiten ein vermeidlicher Irrthum vorgefallen, so findet von keiner Seite eine Entschädigung statt.

§. 81. Irrthum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache welche dabey gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet ebenfalls die Willenserklärung.

§. 82. Doch besteht dieselbe, wenn der Irrende durch eignes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat.

§. 83. Durch Irrthum in andern Eigenschaften oder Umständen wird die Willenserklärung niemals vereitelt.

#### *Betrug*

§. 84. In keinem Falle aber kann derjenige, welcher einen Irrthum wissentlich und vorsätzlich veranlaßt hat, daraus ein Recht erwerben.

§. 85. Vielmehr ist jede durch Betrug veranlaßte Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich.

§. 86. Nicht nur den Betrogenen, sondern auch Andere, die bey einem solchen Irrthum Schaden leiden muss der Betrüger entschädigen.

§. 87. Ist die Willenserklärung zwar nicht durch Betrug veranlaßt, aber doch der Erklärende zu einen Irrthum bey derselben vorsätzlich verleitet worden, so hängt es von der Beschaffenheit dieses Irrthums. an und für sich betrachtet, ab: ob und wie weit die dadurch veranlaßte Erklärung nach obigen Grundsätzen bestehen könne, oder nicht. (§. 75—83)<sup>10</sup>.

§. 88. Wenn aber auch hiernach die Willenserklärung in Ansehung des Hauptgeschäfts besteht, so muss dennoch der Erklärende, wegen des aus dem Irrthum entstandenen Nachtheils, von dem Betrüger entschädigt werden.

§. 89. Hat ein Dritter den Erklärenden ohne Zuthun des Andern, zu dessen Gunsten die Erklärung geschieht, hintergangen, so entscheidet ebenfalls die Beschaffenheit des Irrthums, zu welchem der Erklärende verleitet worden: ob derselbe an seine Willenserklärung, in Ansehung des Hauptgeschäfts, gebunden sey, oder nicht. (§. 75—83)<sup>10</sup>.

§. 90. Wegen der von dem Betrüger beyden Theilen zu leistenden Entschädigung hat es bey der Vorschrift des §. 86. 88. sein Bewenden.

§. 91. Wer, auch ohne die Absicht, den Andern zu hintergehen, ihn durch Trunk, oder Erregung heftiger Leidenschaften, in einen solchen Zustand versetzt, wo er seine Handlungen und deren Folgen nicht mehr richtig zu beurtheilen vermag, der kann aus den in solchem Zustand abgegebenen Erklärungen desselben kein Recht erlangen.

§. 92. Doch muss der, welcher aus diesem Grunde (§. 91). seine sonst rechtsbeständige Willenserklärung anfechten will, solches binnen Acht Tagen nach Abgebung derselben der Vorschrift §. 46. gemäß gerichtlich anzeigen.

§. 93. Ist diese Anzeige unterblieben, so kann in der Folge auf den Einwand keine Rücksicht mehr genommen werden.

---

<sup>10</sup> Wie das BGB (§ 123 Abs. 2) hat auch das ALR für den Fall der arglistigen Täuschung durch einen Dritten – anders als für die Drohung – eine differenzierte Regelung. (Vgl. Fn. 5).

## Der Code civil

### Code civil des français von 1804

Livre troisième. Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

Titre III. Des contrats et des obligations conventionnelles en général.

Chapitre II. Des conditions essentielles pour la validité des conventions.

Section I. Du consentement.

**Art. 1109.** Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol.

**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.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

**Art. 1111.** La violence exercée contre celui qui contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite.

### Land-Recht für das Großherzogthum Baden von 1809

Drittes Buch. Von den verschiedenen Arten, Eigenthum zu erwerben.<sup>11</sup>

Dritter Titel. Von Verträgen und Vertrags-Verbindlichkeiten überhaupt

Zweytes Kapitel. Von den Erfordernissen zur Gültigkeit von Verträgen.

Erster Abschnitt. Von der Einwilligung<sup>12</sup>.

**Art. 1109.** Eine durch Irrthum erlangte, oder durch Gewalt erzwungene, oder durch Betrug erschlichene Einwilligung ist ungültig.

**Art. 1110.** Nur derjenige Irrthum macht den Vertrag nichtig, der das Wesen der Sache oder die Eigenschaft des Vertrages betrifft, hingegen keineswegs derjenige, der nur die Person angeht, mit welcher man übereinkommen will, es wäre denn, dass die Rücksicht auf eine bestimmte Person die Haupt-Ursache der Übereinkunft wäre<sup>13</sup>.

**Art. 1111.** Zwang, d.i. widerrechtliche Gewalts-Anmaßung wider denjenigen, der die Verbindlichkeit übernahm, ist ein Grund der Nichtigkeit, hätte ihn auch ein Dritter<sup>14</sup>, der bey dem Vertrag nicht betheiligt ist, angewandt.

<sup>11</sup> Der Code civil gliedert sich in drei Bücher und lehnt sich damit an das dreitheilige Gliederungsschema an, das dem Lehrbuch des römischen Juristen Gaius (um 160 n.Chr.) und den auf diesen aufbauenden Institutionen des Kaisers Justinian zugrunde liegt. Bei Gaius und Justinian lautet das Schema *personae – res – actiones* („Personen, Sachen, gerichtliche Klagen“). Die ersten beiden Bücher des Code civil (Des personnes und Des biens, et des différentes modifications de la propriété) folgen genau diesem Muster. Das dritte Buch enthält das Erbrecht und Obligationenrecht. Da das französische Recht das Abstraktionsprinzip nicht kennt und den Übergang des Eigentums als unmittelbare Wirkung der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ansieht, erscheinen die Schuldverhältnisse – wie der Erbgang – als Formen des Eigentumserwerbs (vgl. 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).

<sup>12</sup> Das Wort „Einwilligung“ (consentement) ist im Code civil nicht im Sinne von § 183 BGB zu verstehen, sondern meint die auf den Vertragsabschluss zielende Willenserklärung einer Partei – anders als das ALR kennt der Code civil aber den Begriff der „Willenserklärung“ nicht.

<sup>13</sup> Im Badischen Landrecht folgt:

**Art. 1110a.** Auch derjenige Irrthum entkräftet den Vertrag nicht, der selbstverschuldeter ist.

<sup>14</sup> Vgl. o. Fn. 5.

**Art. 1112.** Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

**Art. 1113.** La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants.

**Art. 1114.** La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

**Art. 1115.** Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.

**Art. 1116.** Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres,

**Art. 1112.** Ein solcher Zwang ist vorhanden, so oft durch Wort oder That eine Lage hervorgebracht wird, die vernünftigerweise auf einen Menschen Eindruck machen, oder bey ihm Furcht erregen kann, er sey für seine Person oder sein Vermögen einem überwiegenden und innestehenden Uebel ausgesetzt.

Bey der Beurtheilung dieser Lage ist Alter, Geschlecht und persönliche Beschaffenheit des Betroffenen zu erwägen.<sup>15</sup>

**Art. 1113.** Der Zwang wirkt die Nichtigkeit des Vertrags nicht allein, wenn er an Einer der Vertrags-Personen, sondern auch, wenn er an deren Ehegatten, Abkömmlingen oder Ahnen verübt wird.

**Art. 1114.** Bloße Furcht vor dem Unwillen der Eltern oder der Ahnen und dergleichen<sup>16</sup>, welche durch keinen Zwang rege gemacht worden ist, reicht nicht hin, um einen Vertrag für ungültig zu erklären.<sup>17</sup>

**Art. 1115.** Ein Vertrag kann wegen Zwangs nicht mehr angefochten<sup>18</sup> werden, wenn derselbe nach beseitigter Gewalt ausdrücklich oder stillschweigend, oder durch unbenutzten Ablauf der zur Umstoßung gesetzlich bestimmten Zeit genehmigt wurde.

**Art. 1116.** Der Betrug wirkt Nichtigkeit des Vertrags, wenn ohne die von einer der Vertragspersonen gebrauchten Kunstgriffe die Andere den Vertrag nicht eingegangen haben würde.

---

<sup>15</sup> Vgl. o. Fn. 3.

<sup>16</sup> Wie das ALR (vgl. o. Fn. 4) lässt auch der Code civil den *metus reverentialis*, auf französisch crainte révérencielle, im Deutschen mit „Furcht vor dem Unwillen der Eltern oder der Ahnen und dergleichen“ umschrieben, nicht zu.

<sup>17</sup> Im Badischen Landrecht folgt:

**Art. 1114a.** In einem Vertrag zwischen Eltern und Kindern oder Vorgesetzten und Untergebenen kann jedoch auch jene Furcht nach Umständen zur Umstoßung eines dem gehorchenden Theil nachtheiligen Vertrags in Anschlag kommen.

Damit erhält der gemeinrechtliche *timor reverentialis* anders als nach dem ALR und dem Original des Code civil doch wieder eine gewisse Bedeutung.

<sup>18</sup> Das Wort „anfechten“ hat hier noch nicht die technischer Bedeutung wie nach § 142 BGB. Die Rechtsfolgen der verschiedenen Willensmängel sind in Art. 1117 geregelt.

l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas et doit être prouvé.

**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 VII du chapitre V du présent titre.

Er wird nicht vermutet, sondern muss aus den einzelnen Tat-Umständen begründet werden.<sup>19</sup>

**Art. 1117.** Ein Vertrag, der durch Irrthum, Zwang, oder Betrug zu Stand kam, ist nicht schon kraft Gesetzes ungültig, sondern nur einer Klage auf Vernichtung oder Umstoßung ausgesetzt, nach näherer Angabe des 7. Abschnitts 5. Kapitels in gegenwärtigem Titel.<sup>20,21</sup>

## Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1811

Zweiter Teil. Von dem Sachenrechte.

Zweite Abteilung. Von den persönlichen Sachenrechten<sup>22</sup>.

17. Hauptstück. Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt

Erfordernisse eines gültigen Vertrages

...

2. Wahre Einwilligung

**§. 869.** Die Einwilligung in einen Vertrag muss frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich; ganz unbestimmt; oder erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht

---

<sup>19</sup> Im Badischen Landrecht folgen:

**Art. 1116a.** Die nemliche Beweisnothwendigkeit trifft auch den Irrthum und den Zwang.

**Art. 1116b.** Ein Betrug, der Nebenbestimmungen betrifft, wirkt nur eine Entschädigungsforderung.

<sup>20</sup> Nach Art. 1304 ff. Cc muss die action de nullité binnen 10 (heute 5) Jahren nach Ende der Zwangslage, bzw. nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung erhoben werden. Die Fristen waren (und sind) damit erheblich großzügiger als diejenigen für die Anfechtung nach §§ 121 Abs. 1, 124 BGB.

<sup>21</sup> Im Badischen Landrecht folgen:

**Art. 1117a.** Auch ein, obwohl nicht umgestoßener Vertrag, den der eine Theil durch Zwang oder Betrug herbeyführte, kann von ihm niemals zu seinem Vortheil vor Gericht benutzt werden.

**Art. 1117b.** Zwang, Betrug, und andere ungerechte Thaten sind nur da anzunehmen, wo sie mit ihren Umständen der Zeit, des Orts, und der Art bestimmt angegeben und erwiesen werden.

<sup>22</sup> Auch das ABGB lehnt sich in seiner Gliederung an das aus dem römischen Recht bekannte Schema *personae – res – actiones* an. Es gliedert sich in drei Teile mit den Titeln „Von dem Personenrechte“, „Von dem Sachenrechte“ und „Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte“. Das Vertragsrecht ist im zweiten Buch „Von dem Sachenrechte“ untergebracht. Heute erscheint dies befremdlich, weil in der modernen deutschen Dogmatik nur dingliche Rechte als Sachenrechte betrachtet werden. In der Begrifflichkeit des ABGB gibt es hingegen dingliche Recht (Rechte an einer Sache) und persönliche Sachenrechte (Rechte auf eine Sache). Diese persönlichen Rechte sind identisch mit den schuldrechtlichen Ansprüchen.

kein Vertrag. Wer sich, um einen andern zu bevorzugen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.

§. 870. Wer von dem andern Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Verträge veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden. Ob die Furcht gegründet war, muss von dem Richter aus den Umständen beurtheilt werden (§. 55)<sup>23</sup>.

§. 871. Wenn ein Theil von dem andern Theile durch falsche Angaben irre geführt worden, und der Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden; so entsteht für den Irrgeführten keine Verbindlichkeit<sup>24</sup>.

§. 872. Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der Vertrag, in so fern beide Teile in den Hauptgegenstand gewilligt, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig; allein dem Irregeführten ist von dem Urheber des Irrthumes die angemessene Vergütung zu leisten.

§. 873. Eben diese Grundsätze sind auch auf den Irrthum in der Person desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden; in so fern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre.

§. 874. In jedem Falle muss derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirkt hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten.

§. 875. Ist der versprechende Theil von einem Dritten entweder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Verträge gezwungen; oder durch falsche Angaben irre geführt worden; so ist der Vertrag gültig. Nur in dem Falle, dass der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm oder dieselbe offenbar wissen mußte, ist er eben so nach den §§. 870 bis 874 zu behandeln, als wenn er selbst den andern Theil in Furcht oder Irrthum versetzt hätte<sup>25</sup>.

§. 876. Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist, so bestehet der Vertrag; es wäre denn, dass dem annehmenden Theil der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> § 55 ABGB existiert heute nicht mehr. Er lautete: „Die Einwilligung zur Ehe ist ohne Rechtskraft, wenn sie durch eine gegründete Furcht erzwungen worden ist. Ob die Furcht gegründet war, muss aus der Größe und Wahrscheinlichkeit der Gefahr, und aus der Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit der bedrohten Person beurtheilt werden.“ Zur richterlichen Prüfung des Gewichts der Drohung vgl. Fn. 3, 15.

<sup>24</sup> Da die Irreführung nicht schuldhaft geschehen muss, erfasst diese Vorschrift sowohl den Fall der arglistigen Täuschung als auch den der unvorsätzlichen Täuschung, die nach heutigem Recht nur nach § 119 BGB zu einem beachtlichen Willensmangel führen könnte und vom französischen und preußischen Recht gesondert geregelt wird (vgl. I, 4, §§ 75 ff. ALR und Art. 1110 Cc).

<sup>25</sup> Anders als das ALR und der Cc und das heutige deutsche Recht differenziert das ABGB nicht zwischen Drohung und Täuschung durch einen Dritten, sondern nimmt in beiden Fällen grundsätzlich Wirksamkeit des Geschäfts an.

<sup>26</sup> Aus diesem Nebensatz ergibt sich, dass das ABGB die Berufung auf einen Irrthum außer im Fall der Irreführung (§ 871 ABGB) auch bei einem vom Erklärungsgegner nicht veranlassten von ihm aber erkannten Irrthum zulässt.

**§. 877.** Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muss dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Verträge zu seinem Vortheile erhalten hat.

## **Kapitel 9: Das 19. Jahrhundert**

### **Savignys Lehre von der Auflage (*modus*)**

#### **Einleitung**

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) gilt als einer der größten, wenn nicht der größte deutsche Jurist. Jedenfalls war er die überragende Gestalt in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Gemeinsam mit Gustav Hugo (1764–1844) war er der Begründer der historischen Rechtsschule: Er lehnte die Idee, das Recht lasse sich aus philosophischen Prämissen logisch herleiten, ebenso ab wie den Gedanken der Kodifikation. Stattdessen wollte er das Verständnis der geschichtlichen Entwicklung des Rechts zur Grundlage der Rechtswissenschaft machen. Nur auf der Basis genauer Kenntnis der historischen Entwicklung, die zur Entstehung der geltenden Rechtsordnung geführt hat, lässt sich nach Savignys Vorstellung das Recht verstehen und – organisch – fortentwickeln.

In seinem achtbändigen „System des heutigen römischen Rechts“ behandelt Savigny die Rechtsfragen, die heute im allgemeinen Teil des BGB geregelt sind für das (Gemeine) Recht seiner Zeit. Getreu seiner Forderung versucht Savigny in seinen rechtsdogmatischen Arbeiten die historischen Wurzeln jedes Rechtsinstituts und jedes Satzes aufzuklären. Da in Deutschland das römische Recht rezipiert ist, beschäftigt sich Savigny ausgiebig mit dem antiken römischen Recht. Die Juristen der vorhergehenden Epochen des *Usus modernus* und des Naturrechts, die nicht historisch arbeiteten, sondern die römische Rechtsüberlieferung mit deutschem Gewohnheitsrecht und naturrechtlichem Gedankengut verbanden, zitiert Savigny kaum. Insofern kann man ihm den Vorwurf machen, dass er und seine Schüler selbst die Forderung nach einer organischen Fortentwicklung des Rechts verletzen, weil sie nicht auf dem geschichtlich gewachsenen Rechtszustand aufbauten, sondern sich unter Mißachtung der geschichtlichen Entwicklung wieder dem antiken römischen Recht zuwandten.

In dem abgedruckten Text beschäftigt sich Savigny mit der Auflage (in den römischen Rechtsquellen und von Savigny *modus* genannt). Die Auflage ist – neben Bedingung und Befristung – eine dritte Form der Nebenbestimmung zu einem Rechtsgeschäft. Das BGB wie das römische Recht kennen sie nur bei der Schenkung (§§ 525–527 BGB) und beim Vermächtnis (§§ 2192–2196 BGB). Wichtiger ist die Auflage heute im öffentlichen Recht. Nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG kann als Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt eine Auflage erlassen werden. Im verwaltungsrechtlichen Kontext wird auch in modernen Lehrbüchern noch gern Savignys griffige Begriffsbestimmung „Die Bedingung (...) suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus [=die Auflage] zwingt, suspendiert aber nicht“ zitiert.

Die mit Buchstaben bezeichneten Fußnoten sind von Savigny selbst. Erläuternde Hinweise finden Sie in den Endnoten, die mit arabischen Ziffern bezeichnet sind.

**Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, ND Aalen 1973, S. 226–237:**

**§ 128**

**III. Willenserklärungen. – Modus<sup>a</sup>.**

Rechtsgeschäfte, welche auf die Übertragung von Vermögensrechten, also auf ein Geben, gerichtet sind, können zugleich Bestimmungen über das fernere Schicksal des Empfangenen, vermittelt einer Verpflichtung des Empfängers, in sich aufnehmen. Die meisten Bestimmungen dieser Art gehören zum eigenthümlichen Inhalt der einzelnen Geschäfte selbst, und es entsteht für sie weder das Bedürfnis, noch die Möglichkeit, sie unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt, den Bedingungen und Zeitbestimmungen ähnlich, zu bringen. So z.B. wenn bey dem Darlehen die Rückgabe des Geldes, oder vom Käufer bey Empfang der Sache die Zahlung des Kaufpreises, versprochen wird, so sind das wesentliche Theile dieser Verträge: verspricht der Käufer, das erkaufte Haus, so lange der Verkäufer lebt, nicht zu veräußern, oder dem Verkäufer darin drey Jahre lang freye Wohnung zu geben, so liegen darin zufällige Nebenverträge; in beiden Fällen dient die Contractsklage<sup>1</sup> dazu, diese Verpflichtungen zur Ausführung zu bringen. Indessen können manche Bestimmungen dieser letzten Art auch in die Form von Bedingungen eingekleidet werden, und wirken dann in anderer Weise<sup>b</sup>. Nur bey einigen Rechtsgeschäften reichte diese Behandlungsweise nicht aus, und so ist für diese eine besondere Art von Nebenbestimmungen, der Modus, ausgebildet worden. Es sind dieses die testamentarischen Verfügungen, und die Schenkung; bey denselben ist zuvor das besondere Bedürfnis im Einzelnen nachzuweisen, weil nur dadurch ein fester Standpunkt für das erwähnte Rechtsinstitut gewonnen werden kann.

1. Erbeinsetzung. Besteht die Verpflichtung des Erben darin, dass er einem Dritten Etwas gebe, so ist ein solches Bedürfnis nicht vorhanden, da die Legate<sup>2</sup>, und späterhin auch noch die Fideicommiss<sup>3</sup>, für jenen Zweck vollkommen ausreichen. Aber der Erblasser kann auch ganz

---

<sup>a</sup> Unter den oben (§ 116) im Allgemeinen angeführten Rechtsquellen gehören hierher besonders: Dig. XXXV. 1, Cod. VI, 45, VIII, 55.

<sup>b</sup> L. 41 pr. de contr. emt (18. 1.). Hier ist nur gesagt, die Übereinkunft könne, je nach der Absicht der Parteyen, als pactum adjectum, oder als conditio, gemeynt seyn: von einem dritten möglichen Fall (dem modus) ist nicht die Rede.

andere Dinge dem Erben auflegen: z.B. ein Denkmal zu errichten, öffentliche Spiele oder Gastmähler zu veranstalten, das Grab des Verstorbenen auf bestimmte Weise zu besuchen und zu schmücken u.s.w. Manches dieser Art kann unter der Form einer Bedingung bewirkt werden; für Anderes ist diese unpassend, und überall kann der Erblasser die Form einer neuen, fortwirkenden Verpflichtung vorziehen<sup>4</sup>. Dazu dient dann der Modus.

2. Legat. Auch hier kommen Verpflichtungen der eben beschriebenen Art vor, wozu der Modus angewendet werden kann<sup>a</sup>. Aber bey ihnen war er lange Zeit auch wichtig und unentbehrlich, wenn der Legatar einem Dritten Etwas geben sollte, da der Legatar mit einem neuen Legat nicht belastet werden kann. Durch die Einführung der Fideicommissie freylich, die dem zuletzt erwähnten Zweck völlig genügen, fiel dieses Bedürfnis des Modus hinweg (§ 127. c. d.)<sup>5</sup>.

3. Fideicommissie. Der Modus kommt hier auf gleiche Weise vor, wie bey den Legaten.

4. Eben so auch bey der testamentarischen Freylassung, neben welcher dem Sklaven jede Leistung, sey es als Bedingung, sey es als Modus, nach Gutfinden des Testators auferlegt werden konnte. Hier war das Bedürfnis zu allen Zeiten so ausgedehnt, wie in früherer Zeit bey den Legaten. Denn auch mit einem Fideicommiß kann nur Derjenige belastet werden, der von dem Verstorbenen ein Vermögensrecht bekommen hat<sup>b</sup>; da nun die Freyheit ein solches nicht ist, so war es consequent, die Belastung der Freygelassenen mit Fideicommissen, wenn sie bloß die Freyheit erhielten, auszuschließen<sup>c</sup>.

5. Bey Schenkungen waren lange Zeit die gewöhnlichen Rechtsmittel (*actio praescriptis verbis* und *condictio*) für solche Verpflichtungen des Beschenkten ausreichend<sup>6</sup>. Späterhin fand man es gut, eine ähnliche Behandlung wie den Legaten eintreten zu lassen, und nun war auch hier das Bedürfnis vorhanden, den Modus als eigenes Rechtsinstitut anzuwenden.

Als Name dieses Rechtsinstituts ist *modus* technisch<sup>d,7</sup>, obgleich freylich derselbe Name oft in anderer, sehr allgemeiner Bedeutung gebraucht wird, z.B. für die Begränzung oder die Ausübungsart eines Rechts, also für dessen nähere Bestimmung. Im Deutschen hat man dafür Zweck und Zweckbestimmung vorgeschlagen, jedoch nicht passend; denn wenn Jemand ei-

---

<sup>a</sup> L. 17 § 4 de cond. (35. 1.).

<sup>b</sup> L. 1 § 6 de leg. 3 (32. un.), L. 9 C. de fideic. (6. 42.).

<sup>c</sup> L. 94 § 2 L. 95 de leg. 1 (30. un.).

<sup>d</sup> Der Ausdruck steht in dieser bestimmten Bedeutung in der Überschrift der drey in der Note a. angeführten Titel, eben so in L. 17 § 4 de cond. (35. 1.).

nen Freund oder Verwandten zum Erben einsetzt, und ihm die Errichtung eines Denkmals zur Pflicht macht, so hat er zum Zweck bey der Erbeinsetzung, sein Vermögen in die Hände einer würdigen und geliebten Person zu bringen, nicht ein Denkmal zu veranlassen. Zutreffender ist der Ausdruck Verwendung, da in den allermeisten Fällen das Empfangene, oder ein Theil desselben, zur Ausführung des Modus verwendet werden soll. Jedoch auch dieser Ausdruck hat eine zu abstracte Gestalt, um den Gedanken an das sehr eigenthümliche Rechtsinstitut hervorzurufen, und so ist es besser den lateinischen Kunstaussdruck beizubehalten, der schon durch seine fremde Herkunft zu einer individuellen Bezeichnung geschickter ist.

Es bedarf aber einer Rechtfertigung, dass hier der Modus mit der Bedingung und Zeitbestimmung auf gleiche Linie gestellt, also unter die Selbstbeschränkungen des Willens aufgenommen wird (§ 114)<sup>8</sup>, da er vielmehr eine Erweiterung des Willens auf einen neuen Gegenstand zu enthalten scheint. Jene Auffassung rechtfertigt sich durch die quantitative Betrachtung jedes Vermögens oder Vermögensstücks als einer bloßen Geldsumme. Da diese Betrachtung eben sowohl auf das ursprünglich Gegebene (z. B. die Erbschaft oder das Legat), als auf den Modus, anwendbar ist, so erscheint er Modus als eine Verminderung des Werths der ursprünglichen Gabe, und insofern kann man sagen, dass der auf das Geben gerichtete Wille, durch Aufnahme eines Modus, sich selbst beschränke. Darin ist also auch die Gleichartigkeit des Modus mit Bedingung und Zeit begründet.

Für die Anwendung ist es nötig, den Begriff des Modus, nach zwey Seiten hin, scharf zu begrenzen: er darf nämlich auf der einen Seite nicht verwechselt werden mit der Bedingung, auf der anderen nicht mit dem bloßen Wunsch oder Rath.

Für die Gränze zwischen Bedingung und Modus ist zu bemerken, dass in den meisten Fällen die bezweckte Handlung auf beiden Wegen gleich sicher bewirkt werden kann, nur mittelst ganz verschiedener Rechtsverhältnisse. Die Bedingung nämlich suspendirt, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendirt aber nicht. Der Modus ist daher weit vortheilhafter für den, welcher handeln soll, denn erstlich wird durch ihn der Rechtserwerb selbst (das *dies cedit*<sup>9</sup>) nicht hinausgeschoben, und dadurch in die Gefahr des gänzlichen Verlusts gebracht; zweitens kann der Genuß des Rechts erlangt werden durch bloße *Caution*<sup>10</sup>, ohne Vollziehung der Handlung selbst; drittens ist hier die eintretende Unmöglichkeit der Handlung unschädlich<sup>a,11</sup>

---

<sup>a</sup> Zweifel könnte erregen L. 1 C. de his quae sub modo (6. 45.) „In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur.“ ... Daß heißt aber nur, der Modus wird eben sowohl als die Bedingung beachtet, aufrecht erhalten, namentlich durch Forderung einer *Caution*: völlige Gleichheit sollte damit nicht ausgesprochen werden. Das ergibt

Die Unterscheidung beider Rechtsformen ist daher für jeden einzelnen Fall praktisch wichtig. auch hier sind die gebrauchten Worte unsichere Führer, und es muss<sup>a</sup> vielmehr aus den Umständen die wahre Absicht ermittelt werden<sup>b,12</sup>. Bleibt die Absicht völlig zweifelhaft, so ist der Modus, als die geringere Beschränkung, vorzugsweise vor der Bedingung, anzunehmen<sup>k</sup>. In Einem Fall wahrer, aber unzulässiger, Bedingung, bey der *conditio jurisjurandi*, wird die Absicht des Testators durch Verwandlung in einen Modus aufrecht erhalten (§ 123. s. t.<sup>13</sup>).

Auf der anderen Seite darf der Modus nicht mit solchen Erklärungen verwechselt werden, die gar nicht die Absicht einer rechtlichen Verpflichtung in sich schließen. Wird also ein Legat oder eine Schenkung gegeben mit der Erklärung, dass der Empfänger davon ein Haus zu bauen, oder ein Landgut zu kaufen habe, so gilt diese gewöhnlich als bloßer Ausdruck eines Rathes oder Wunsches, auch wohl bloß um die Veranlassung der Gabe zu bezeichnen; eine Verpflichtung ist dann nur unter solchen Umständen anzunehmen, welche die darauf gerichtete Absicht besonders wahrscheinlich machen<sup>l</sup>.

### §. 129.

### III. Willenserklärungen. – Modus. (Fortsetzung.)

Es ist nunmehr anzugeben, durch welche Mittel der in dem Modus enthaltene Wille eines Gebers zur Ausführung gebracht wird.

1) Ist ein einziger Erbe eingesetzt, und diesem der Modus auferlegt, so kann von einer Obligation nicht die Rede seyn, wenn ihm kein Creditor<sup>14</sup> gegenüber steht. Hier übernimmt die Obrigkeit<sup>15</sup> den Zwang gegen den Erben, theils durch außerordentliche Zwangsmittel, theils indem dem Erben, wenn er Klagen aus der Erbschaft anstellen will, dieselben einstweilen ver-

---

sich deutlich aus dem nachfolgenden Hauptsatz, zu welchem jene Worte bloß als Eingang dienen sollten.

<sup>a</sup> Eigentlich bezeichnet si die Bedingung, cum die Zeit, ut den Modus (L. 80 de cond. 35. 1), aber dieser Unterschied wird nicht streng beobachtet, s. o. § 125. d. – Auch der Ausdruck *conditio* wird oft gebraucht, wo entschieden ein Modus gemeint ist. Vgl. L. 71 § 1 de cond. (35. 1.), L. 2 § 7 de don. (39. 5.), L. 44 de man. test. (40. 4.).

<sup>b</sup> L. 44 de man. test. (40. 4.), L. 80 de cond. (35. 1.). Die Schwierigkeit dieser letzten Stelle ist doch wohl am sichersten durch Wegstreichen des *non* zu beseitigen, welches nach dem Zeugniß der Glosse auch schon in alten Handschriften fehlte. Die Erklärung von RÜCKER in-terpr. II, 3 ist nicht haltbar.

<sup>k</sup> L. 9 de R. J. (50. 17.).

<sup>l</sup> L. 13 § 2 de don. int. vir. (24. 1.), L. 71 pr. de cond. (35. 1.), L. 2 § 7 de don. (39. 5.).

weigert werden<sup>16</sup>. Sind mehrere Erben eingesetzt, so kann Jeder den Andern durch die *actio familiae herciscundae* zur Erfüllung des Modus anhalten<sup>a, 17</sup>.

2) Ist der Modus einem Legatar oder Fideicommissar<sup>18</sup> vorgeschrieben, so nimmt die Verpflichtung die Gestalt einer Obligation an, indem nun der Erbe die Stelle des Verstorbenen vertritt, und für die Ausführung des Willen zu sorgen hat. Dieses geschieht regelmäßig dadurch, dass die Entrichtung des Legats so lange, vermittelt einer *doli exceptio*, verweigert wird, bis der Legatar für die Erfüllung des Modus Kautio gestellt hat<sup>b, 19</sup>. Ist der Legatar durch Zufall bereits in den Besitz des Legats gekommen, so kann es der Erbe zurück fordern, um dann jene Kautio zu erzwingen<sup>c</sup>. Ein eigenes Interesse an der Erfüllung braucht der Erbe nicht nachzuweisen, der Wille des Erblassers ist als sein wohlbegründetes Interesse zu betrachten<sup>d</sup>.

Außerdem kann aber auch dem Legatar gegenüber ein obrigkeitlicher Zwang eintreten, unabhängig von dem erwähnten Rechte des Erben<sup>e</sup>.

3) Bey der testamentarischen Freylassung erfolgt die Freyheit von selbst, so dass also hier ein Zwang durch verweigerter Klage nicht möglich ist. Daher wurde hier die Erfüllung des Modus durch die Obrigkeit unmittelbar erzwungen<sup>f</sup>.

4) Bezieht sich der Modus auf eine Schenkung, so ist der Zwang zur Erfüllung so eigenthümlicher Art, dass er nur im Zusammenhang mit dem ganzen Recht der Schenkung dargestellt werden kann (§ 175).

Ferner kann auch in allen oben genannten Fällen der Testator selbst den Modus dadurch mehr sichern, dass er dem Verpflichteten, der ihn nicht erfüllt, eine Strafe an eine öffentliche Kasse androht<sup>a</sup>.

---

<sup>a</sup> L. 7 de ann. leg. (33. 1.) „*interventu iudicis*,“ L. 50 § 1 de her. pet. (5. 3.) „*principali aut pontificali auctoritate*,“ L. 8 § 6 de cond. Inst. (28. 7.) (s. v. §. 123. s. t.), L. 1 § 3 ubi pup. (27. 2.).

<sup>b</sup> L. 40 § 5, L. 71 pr. § 1. 2, L. 80 de cond. (35. 1.), L. 48 de fid. lib. (40. 5.). – Der bey dem Erben, wie bey dem Legatar, öfter vorkommende Ausdruck *denegantur actiones* geht sowohl auf die officielle Verweigerung von Seiten des Richters (bey dem Erben), als auf die durch des Gegners Widerspruch veranlaßte (bey dem Legatar).

<sup>c</sup> L. 21 § 3 de ann. leg. (33. 1.), L. 17 de usu leg. (33. 2.), L. 25 C. de leg. (6. 37.).

<sup>d</sup> L. 19 de leg. 3 (32 un.).

<sup>e</sup> L. 92 de cond. (35. 1.) „*ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est*.“ Vgl. über den in dieser Stelle vorkommenden Fall auch L. 15. C. de fideic. (6. 42.).

<sup>f</sup> L. 44 de man. test. (40. 4.), „*officio iudicis*,“ L. 17 § 2 eod.

Überall aber ist der Modus ähnlichen Beschränkungen unterworfen, wie die Bedingung. Geht er also auf etwas Unsittliches oder Thörichtes, so wird die Erfüllung desselben nicht verlangt<sup>b</sup>.

Ist die Erfüllung des Modus auf irgend eine Weise unmöglich, so fällt die Verpflichtung zu demselben hinweg, ohne dass die Erbschaft oder das Legat selbst, woran er geknüpft war, darunter leidet<sup>c</sup>; darin besonders liegt eine wichtige Verschiedenheit von der Bedingung. – Ist die Erfüllung des Modus nicht ganz, sondern nur theilweise, unmöglich oder durch sittliche Gründe verhindert, so wird der mögliche Theil dennoch aufrecht erhalten<sup>k</sup>.

Besonders merkwürdig ist derjenige Modus, welcher in einer Leistung es Erben oder des Legatars an eine dritte Person besteht<sup>l</sup>. Diesen konnte der Testator, besonders seit Einführung der Fideicommisses, dadurch unmittelbar sichern, wenn er dem Dritten, durch die Form eines Legats oder Fideicommisses, ein Klagerecht auf Erfüllung verschafft hätte. Dennoch behandelte man es lange Zeit nicht also, sondern ließ nur die oben erwähnten indirecten Zwangsmittel eintreten, anstatt dem Dritten, was das Einfachste war, ein Klagerecht zu gestatten. Der Grund davon lag ohne Zweifel bloß in der von dem Testator gerade gebrauchten Formel, und es war gewiß fast immer nicht die Absicht des Testators, sondern ein Formfehler, weshalb der Wille nur unvollkommen und minder sicheren Schutz erhielt<sup>m</sup>. Diese Schwierigkeit überwand

---

<sup>a</sup> L. 6 pr. L. 27 de cond. (35. 1.). Die Strafe wird von der dieser Kasse vorgesetzten öffentlichen Behörde eingetrieben; bey uns also von der Armenverwaltung, wenn etwa die Strafe an die Armenkasse im Testament gewiesen ist. Dieser Fall ist wesentlich verschieden von dem *legatum poenae nomine*, und das Verbot dieses letzten bezog sich auf jenen Fall niemals.

<sup>b</sup> L. 7 de ann. leg. (33. 1.), L. 113 § 5 de leg. 1 (30. un.). – Die amtliche Einwirkung höherer Gewalten, z.B. des Kaisers oder der pontifices (Note a. e) bezog sich nicht auf den Schutz des Modus überhaupt, der dazu nicht wichtig genug war, sondern auf den besonderen Inhalt desselben, wenn er etwa auf die Errichtung eines Grabmals gieng, oder auf die Emancipation von Kindern; von diesen Fällen ist in den angeführten Stellen die Rede.

<sup>c</sup> L. 8 § 7 de cond. Inst. (28.7.), L. 1 C. de his quae sub modo (6. 45.). Dadurch sind die bey Bedingungen vorkommende Fälle fingirter Erfüllung (§ 11) von selbst absorbirt.

<sup>k</sup> L. 6 pr. L. 27, L. 37 de cond. (35. 1.), L. 16 de usu et usufr. (33. 2.).

<sup>l</sup> Ein solcher kommt mitten unter den anderen Arten des Modus, als ihnen völlig gleichartig vor in L. 17 § 4 de cond. (35. 1.).

<sup>m</sup> Nämlich das Legat hätte so lauten müssen: *do lego*, oder *damnas esto*, das Fideicommiß: *fidei committo, rogo, peto, volo* (Gajus II. 249). war keine dieser Formeln gebraucht, sondern die auferlegte Leistung bloß mit *ut* eingeleitet, so war es ein bloßer Modus, und der Dritte hatte keine Klage. Diese Ansicht ist deutlich ausgesprochen in L. 92 de cond. (35. 1.), L. 3 § 5. 6 de leg. praest. (37. 5.), L. 8 § 5 de transact. (2. 15.). – Die Sache ist sehr merkwürdig; die Fideicommisses waren eingeführt als Befreyung von der förmlichen Strenge des alten Civilrechts. Die Römer waren aber so an den Formalismus gewöhnt, dass ihnen auch die Fideicommisses

zuerst K<sup>20</sup>. Severus zum Vortheil der Freyheit, indem er den auf Manumission<sup>21</sup> gerichteten Modus als eine fideicommissarische Freylassung behandelte, und also durch die Fideicommißklage des Sklaven schützte. K. Gordian that den letzten Schritt, indem er dasselbe Recht auf den in einem Geben bestehenden Modus anwandte<sup>n, 22</sup>. Seitdem kann nun von einem Modus, der in einer Leistung an dritte Personen besteht, gar nicht mehr die Rede seyn. Denn ein solcher ist nun, ohne Rücksicht auf die gewählten Ausdrücke, als wahres Legat oder Fideicommiß zu behandeln, und bedarf eines indirecten Schutzes nicht mehr, da der Dritte stets eine Klage auf die Entrichtung hat.

### Anmerkungen:

<sup>1</sup> In der Tradition des römischen Rechts unterscheidet Savigny nicht scharf zwischen materiellem Anspruch und Klage. Diese Unterscheidung wurde erst durch Bernhard Windscheid (1817–1892) üblich. Mit der Kontraktsklage meint Savigny einen auf Erfüllung der Nebenabrede gerichteten Anspruch aus dem jeweiligen schuldrechtlichen Vertrag.

<sup>2</sup> „Legat“ / *legatum* ist das lateinische Wort für Vermächtnis (vgl. §§ 2147 ff. BGB). Da der Erblasser im Testament den Erben mit einem Vermächtnis beschweren kann, wenn er ihn dazu veranlassen will, einem Dritten etwas zuzuwenden, braucht er sich zu diesem Zweck nicht der Auflage (des *modus*) zu bedienen.

<sup>3</sup> Das *fideicommissum* ist eine Bitte des Erblassers an seinen Erben (oder einen Vermächtnisnehmer), einen Teil des Erbes an einen Dritten abzugeben. Vom Vermächtnis unterschied es sich nach römischem Recht dadurch, dass beim *fideicommissum* die strengen Formvorschriften für Legate nicht beachtet wurden. Ursprünglich war das *fideicommissum* – eben weil die vorgeschriebenen Formen nicht beachtet wurden, rechtlich unverbindlich. Derjenige, an den sich die Bitte des Erblassers richtete, war nur sittlich aufgrund Treue (*fides*) verpflichtet, der Bitte nachzukommen. Kaiser Augustus machte dann auch die *fideicommissa* rechtswirksam und beraubte damit die für Legate geltenden Formvorschriften ihres Sinns. Legat und Fideikommiss waren praktisch funktionsgleich geworden. Vgl. dazu auch Savignys Note n zu § 129.

<sup>4</sup> Die beschriebenen Handlungspflichten konnten nach römischem Recht nicht Inhalt eines Vermächtnisses sein. Sie könnten es wohl auch nach heutigem Recht nicht sein, weil kein Vermächtnisnehmer als Gläubiger des Vermächtnisanspruchs (§ 2174 BGB) benannt werden könnte. Wie Savigny ausführt, wäre es natürlich möglich, die Erfüllung der erwähnten Verpflichtungen zum Gegenstand einer Bedingung des erbrechtlichen Erwerbs zu machen, also etwa im Testament festzulegen, dass jemand nur Erbe wird, wenn er dem Erblasser ein Denkmal errichtet o.ä.. Weil aber die Bedingung nur (den Rechtserwerb) suspendiert, aber

---

wieder zu einer einengenden Form wurden, zu deren Beseitigung eine neue Anstrengung nöthig war.

<sup>n</sup> L. 2 C. de his q. sub modo (6. 45). – Aus dieser Entwicklung des Rechts erklärt es sich zugleich, warum die L. 48 de fid. lib. (40. 5.), die blos vom Fall eines Modus handelt, in diesen Digestentitel gesetzt worden ist. Vgl. CUJACII obs. XIV. 25, und opp. IX. 857.

nicht (zur Erfüllung der Bedingung) zwingt, kann der Erblasser durch eine solche Gestaltung keine rechtliche Verpflichtung des Betroffenen zu dem gewünschten Verhalten schaffen. Dies kann er nur durch die Auflage.

<sup>5</sup> Ursprünglich konnte nach römischem Recht nur ein Erbe mit einem Vermächtnis beschwert werden. Daher war die Auflage die einzige Möglichkeit, einem Vermächtnisnehmer bestimmte Handlungspflichten aufzuerlegen. Mit einem Fideikommiss hingegen konnte auch der Vermächtnisnehmer belastet werden. Daher gab es zur Anordnung der Auflage von dem Moment an eine Alternative, in dem der Fideikommiss rechtlich verbindlich wurde. Im modernen Recht kann auch ein Vermächtnisnehmer seinerseits mit einem Vermächtnis belastet, also dazu verpflichtet werden, das Vermächte ganz oder zum Teil an einen Dritten weiterzugeben, vgl. § 2147 S. 1 BGB.

<sup>6</sup> Die von Savigny genannten „Rechtsmittel“ sind Klagen (Ansprüche s. En. 1), die auf Rückgabe des Geschenks gerichtet sind. Der Beschenkte konnte demnach nur indirekt dadurch zur Erfüllung von – mit dem Geschenk verbundenen – Handlungspflichten veranlasst werden, indem ihm mit der Rückforderung des Geschenks gedroht wurde.

<sup>7</sup> Mit der Aussage, *modus* sei technisch, meint Savigny, dass *modus* der Fachausdruck (*terminus technicus*) der römischen Juristen für die beschriebene Einrichtung ist.

<sup>8</sup> Savigny behandelt die (heute so genannten) Nebenbestimmungen als Beschränkungen des Willens, d.h. als Einschränkungen der Tragweite einer Willenserklärung.

<sup>9</sup> Mit *dies cedit* („der [maßgebliche] Zeitpunkt tritt ein“) bezeichnen die Rechtsquellen den Eintritt der Bedingung, an die ein Vermächtnis geknüpft ist. Erst mit Eintritt der Bedingung hat der Vermächtnisnehmer ein Recht auf den Vermächtnisgegenstand. Stirbt er vor Bedingungseintritt, so erhalten seine Erben nichts, auch wenn die Bedingung später eintritt. Stirbt der Vermächtnisnehmer dagegen nach Bedingungseintritt, so geht der Vermächtnisanspruch auf die Erben über. Ist ein Vermächtnis nur mit einer Auflage verbunden, so ist es von vorn herein vererblich.

<sup>10</sup> *Caution* (*cautio*) ist eine Sicherheitsleistung – meist durch Stellung eines Bürgen. Der Vermächtnisnehmer, dem ein bedingtes Vermächtnis zugewandt war, musste die Bedingung erfüllen, um einen Anspruch auf das Vermächtnis zu haben. Grundsätzlich konnte zwar auch der durch eine Auflage belastete Vermächtnisnehmer seinen Anspruch auf das Vermächtnis nur durchsetzen, wenn er die Auflage erfüllte, er konnte aber schon vor Erfüllung der Auflage erfolgreich klagen, wenn er für die (spätere) Erfüllung der Auflage Sicherheit geleistet hatte.

<sup>11</sup> Der in Fn. g zitierte lateinische Text bedeutet: „Bei Vermächtnissen und Fideikommissen wird auch eine hinzugefügte Auflage als Bedingung betrachtet“. Dies lässt Savignys Aussage zweifelhaft erscheinen, dass zwischen Bedingung (*condicio*) und Auflage (*modus*) erhebliche Unterschiede bestehen. Savigny macht den Text durch die Annahme „unschädlich“, der Text wolle nur sagen, dass eine Auflage ebenso wie eine Bedingung rechtlich wirksam ist, ziehe aber nicht in Zweifel, dass die Rechtswirkungen der Auflage andere seien als die der Bedingung.

<sup>12</sup> Das zitierte Buch heißt *Interpretationes de iure civili* und wurde 1752 von dem in Leiden tätigen Johannes Conradus Rücker (1702–1778) veröffentlicht, der zur Richtung der holländischen „eleganten Jurisprudenz“ gehörte.

<sup>13</sup> Die *condicio iurisiurandi* ist die Bedingung, dass etwas geschworen wird. Der Erblasser begünstigt jemandem im Testament unter der Bedingung, dass er schwört, (später) eine be-

stimmte Leistung zu erbringen. Diese Bedingung ist als solche unzulässig und wird in eine Auflage umgedeutet, die zu beschwörende Handlung zu vollziehen.

<sup>14</sup> *Creditor* ist das lateinische Wort für „Gläubiger“. Das „wenn“ ist wohl als „weil“ zu lesen. Das Wort „*obligatio*“ ist das lateinische Pendant zum deutschen Begriff „Schuldverhältnis“. Allerdings gebraucht Savigny das Wort an dieser Stelle nicht in dem Sinn, wie es heute in § 241 Abs. 1 BGB gebraucht wird. Denn danach ist ein Schuldverhältnis (im engeren Sinne) nur gegeben, wenn ein Gläubiger von einem Schuldner keine Leistung zu fordern berechtigt ist, also einen privatrechtlichen Anspruch (§ 194 BGB) hat. Nach Savignys Darstellung führt eine Auflage (*modus*) nie zur Entstehung eines echten Anspruchs. Unter Umständen können jedoch Personen, die ein Interesse an der Erfüllung der Auflage haben, diese indirekt erzwingen. Insbesondere ist dies der Fall, wenn einer von mehreren Miterben mit einer Auflage belastet ist. In diesem Fall können die (nicht belasteten) Miterben die Erfüllung der Auflage im Rahmen des Erbteilungsverfahrens erzwingen. Insoweit dies der Fall ist, spricht Savigny vom Bestehen einer *Obligation*. Existiert hingegen nur ein Erbe, der mit der Auflage belastet ist, so gibt es keine Privatperson, die als „Gläubiger“ der „*Obligation*“ die Erfüllung der Auflage erzwingen könnte.

Auch nach dem BGB unterscheidet sich die (erbrechtliche) Auflage vom Vermächtnis dadurch, dass es keinen Anspruch des durch die Auflage Begünstigten auf Erfüllung gibt. Nur bestimmte interessierte Dritte können die Erfüllung der Auflage erzwingen. Diese haben allerdings nach BGB nicht nur indirekte Zwangsmöglichkeiten, sondern einen Anspruch auf die Vollziehung der Auflage (vgl. § 2194 S. 1 BGB).

<sup>15</sup> Die Möglichkeit einer Erzwingung der Auflage durch die Obrigkeit (in der Diktion des BGB: die zuständige Behörde) besteht noch heute, vgl. §§ 525 Abs. 2, 2194 S. 2 BGB.

<sup>16</sup> Auf den Erben gehen neben anderen Vermögensgegenständen des Erblassers auch die diesem zustehenden Ansprüche über. Die Erfüllung der Auflage wird indirekt dadurch erfüllt, dass er solche Ansprüche nicht erfolgreich einklagen kann, solange er die Auflage nicht erfüllt hat.

<sup>17</sup> Die *actio familiae herciscundae* ist die Erbteilungsklage des römischen Rechts. Auf Antrag eines Erben teilt der Richter das Erbe auf und weist jedem Mitglied der Erbengemeinschaft bestimmte Gegenstände durch Gestaltungsurteil als Alleineigentum zu. Nach der von Savigny zitierten Digestenstelle D. 33, 1, 7 (a.E.) kann der Richter im Rahmen dieses Verfahrens auch einem Miterben befehlen, eine testamentarische Auflage zu erfüllen.

<sup>18</sup> Die Ausdrücke „Legatar“ und „Fideikommissar“ bezeichnen den Empfänger eines Legates oder Fideikommisses, in der Sprache des BGB (das die Unterscheidung von Legat und Fideikommiss nicht kennt) also den Vermächtnisnehmer.

<sup>19</sup> Wie schon zuvor ausgeführt, kann die Erfüllung einer Auflage durch einen Vermächtnisnehmer dadurch erzwungen werden, dass dieser das Vermächtnis erst erhält, wenn er für die Erfüllung der Auflage Sicherheit geleistet hat (Vgl. En. 10). Versucht er, das Vermächtnis einzuklagen, bevor er die Sicherheit geleistet hat, so verliert er den Prozess, weil sich der Erbe auf ein dem Vermächtnisanspruch entgegenstehendes Einrederecht berufen kann. Nach römischem Recht ist dieses Einrederecht ein Anwendungsfall der *exceptio doli* (Arglisteinrede).

<sup>20</sup> „Kaiser“.

<sup>21</sup> „Manumission“ (*manusmissio*) bedeutet Freilassung.

<sup>22</sup> Aus der zitierten Codexstelle C. 6, 45, 2 ergibt sich, dass Kaiser Severus Alexander (208–235) die Auflage, einen Sklaven freizulassen wie eine fideikommissarische (d.h. sofort wirk-

same) Freilassung durch Testament behandelte. Kaiser Gordian III. (225–244) ließ die Auflage, die darauf zielte, einem bestimmten Dritten eine Leistung zukommen zu lassen, generell als Fideikommiss gelten.

## **Kapitel 10: Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches**

### **Materialien zu § 545 BGB**

#### **Einleitung**

Die Arbeiten am Bürgerlichen Gesetzbuch erstreckten sich von 1874 bis zur Verabschiedung des Gesetzes im Jahr 1896. Am Anfang stand die Erarbeitung von Teilentwürfen durch die von der Ersten Kommission bestimmten Redaktoren. Diese Teilentwürfe wurden in der Ersten Kommission beraten und Grundlage des 1887 vorgelegten Ersten Entwurfs. Nach vielstimmiger öffentlicher Kritik am Ersten Entwurf wurde dieser von einer Zweiten Kommission in den Jahren 1890-1895 überarbeitet. Dabei wurden die Sitzungen der Zweiten Kommission jeweils durch eine Vorkommission im Reichsjustizamt (dem Vorläufer des heutigen Bundesjustizministeriums) vorbereitet. Das Ergebnis der Arbeiten der Zweiten Kommission – der Zweite Entwurf – wurde Grundlage der Beratungen im Bundesrat und im Reichstag.

Die verschiedenen Entwürfe und die Protokolle der beteiligten Gremien sind heute weitgehend öffentlich zugänglich. Es ist so möglich, einen umfassenden Eindruck von der akribischen Arbeit zu gewinnen, die auf jede Vorschrift des Gesetzes verwandt wurde. Die Kenntnis der Gesetzesmaterialien und ihre richtige Einordnung in den historischen Ablauf ist außerdem Voraussetzung für jede dogmatische Arbeit zum BGB, die die Absichten des historischen Gesetzgebers in ihre Überlegungen einbeziehen will.

Im Folgenden werden die wichtigsten Materialien zu der Vorschrift des heutigen § 545 BGB zusammengefasst. In ihrem Umfang sind die Materialien zu dieser Vorschrift relativ gering. Bei Vorschriften, deren Fassung im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens stärker umstritten war, haben die Materialien erheblich größeren Umfang. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes lässt sich erahnen, wie schwierig die genaue Rekonstruktion des Diskussionsverlaufs in einem einzelnen Fall allein wegen der Fülle des zu bearbeitenden Materials sein kann.

Im Hinblick auf den Umfang der Texte beschränken sich die Anmerkungen auf relativ wenige Worterklärungen. Der Abdruck der Materialien soll nicht dazu dienen, die Details der Diskussion um die stillschweigende Verlängerung des Mietvertrages zu vermitteln, sondern einen Einblick in die Arbeitsweise der verschiedenen Gremien zu geben, die an der Ausarbeitung des BGB beteiligt waren.

**A. Teilentwurf für die Erste Kommission:** Mieth, Pacht und Viehverstellung nach den Bestimmungen des Dresdener Entwurfs

Vorbemerkung: *Mit der Erstellung des Teilentwurfs zum Schuldrecht war der württembergische Richter Franz Philipp von Kübel (1819–1884) betraut. Von Kübel starb jedoch bevor er*

*einen Entwurf zu allen Teilen des Schuldrechts fertigstellen konnte. Soweit ein Entwurf von Kübels fehlte, wurde den Beratungen der Ersten Kommission der 1866 fertiggestellte Dresdener „Entwurf eines gesamtdeutschen Obligationenrechts“ zugrunde gelegt. Die Hilfsarbeiter der Kommissionsmitglieder fertigten anstelle einer Entwurfsbegründung Zusammenstellungen zum bisherigen Rechtszustand in Deutschland zu den einzelnen Bestimmungen des Dresdener Entwurfs. Um eine solche Ausarbeitung handelt es sich bei dem nachfolgenden Text des „Hilfsarbeiters“ Struckmann, der später noch in der Vorkommission des Reichsjustizamtes und in der Zweiten Kommission mitwirkte. Wie jeder Leser feststellen kann, ist Arbeit des „Hilfsarbeiters“ Struckmann eine akribische Auseinandersetzung mit den einschlägigen römischen Rechtsquellen, der gemeinrechtlichen Literatur und Rechtsprechung und den bereits existierenden gesetzlichen Regelungen.*

*– Aus dem Umstand, dass die Diskussion der BGB-Kommission auf dem Dresdener Entwurf aufbaut, könnte man folgern, dass zu den Materialien zu § 545 BGB auch noch die – in Struckmanns Ausarbeitung unter III. aufgeführten Materialien zum Dresdener Entwurf zu rechnen sind. Der Abdruck auch dieser Entwürfe und Protokolle hätte jedoch den Rahmen dieser Übersicht endgültig gesprengt.*

*Der Text ist abgedruckt in: Werner Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2. Besonderer Teil, 1980.*

*Die Darstellung bezieht sich auf Art. 569 des Dresdener Entwurfs. Der Inhalt dieser Vorschrift findet sich am Anfang der Protokolle der Ersten Kommission (unten unter B.)*

## **I. Gemeinrechtliche Doktrin und Praxis.**

Wenn nach Beendigung der Mieth der Miether den Gebrauch der Sache fortsetzt, ohne eine dahin gehende Erklärung abzugeben, dass er den gemieteten Gegenstand nicht mehr für sich benutzen oder dass er an den Bedingungen des Miethkontraktes Aenderungen eintreten lassen wolle, und der Vermiether die Fortsetzung des Gebrauchs durch den Miether ohne Widerspruch geschehen lässt, so wird der Abschluß eines neuen Miethvertrages unter den bisherigen Bedingungen, jedoch mit einer Modifikation in Ansehung der Dauer der Mieth, angenommen (vergl. Windscheid II §. 402 bei Anm. 11; Sintenis II § 118 bei Anm. 113; Seuffert XXXII. 34). Es liegt hier auf Seiten des Vermiethers einer derjenigen Fälle vor, in denen das wissentliche Schweigen als Einwilligung ausgelegt wird (vergl. Savigny, System III §. 132 Anm. n; Hauser in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. XII S. 117). Daß aber die Relokation<sup>1</sup> auf einen stillschweigenden Vertrag beider Theile zurückzuführen ist, ergibt sich daraus, dass nach der 1. 14 D. locati 19, 2 die Relokation nicht eintritt, wenn der Vermiether zur Zeit

---

<sup>1</sup> Das Wort Relokation bedeutet dasselbe wie der Ausdruck „Abschluß eines neuen Miethvertrages“.

der Beendigung der Miethe wahnsinnig geworden oder verstorben war (vergl. Sintenis II §. 118 Anm. 113; Prinz II §. 331 Anm. 41). Daraus, dass die Relokation ein neuer Miethvertrag ist, folgt, dass die für den alten Miethvertrag bestellten Sicherheiten, als Verpfändungen der Sicherheiten durch stillschweigenden Vertrag nicht geschehen kann, ohne die erforderliche Wiederholung auf den neuen Miethvertrag sich nicht erstrecken (Sintenis II §. 118 Anm. 113; Förster – Eccius II §. 136 bei Anm. 171).

Windscheid a. a. O. lässt beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen die Grundsätze der Relokation eintreten, ohne zu unterscheiden, ob der ursprüngliche Vertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen war oder durch Kündigung, sei es mit oder ohne Kündigungsfrist, beendet worden ist (vergl. auch Holzschuher, Theorie und Kasuistik 3. Aufl. III §. 298 zu 1, I S. 862; Seuffert XXXI. 29, 223). Dagegen setzen Sintenis II §. 118 bei Anm. 113 und das bei Seuffert XXXII. 34 mitgetheilte Urtheil des R. O. H. G. voraus, dass der ursprüngliche Miethvertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkte dauernd geschlossen sei, und in einem Urtheile des O. A. G. zu München bei Seuffert XXXVII. 24 wird – anscheinend abweichend von den oben angezogenen Urtheilen des obersten Gerichtshofes für Bayern bei Seuffert XXXI. 29, 223 – ausgeführt, es möge richtig sein, dass in einem solchen Falle, in welchem die Miethe durch Kündigung des Miethers nach Ablauf einer Kündigungsfrist beendet sei, der Miether aber nach Beendigung der Miethe den Gebrauch fortgesetzt habe, der Gesichtspunkt einer stillschweigenden Wiedervermietung nicht zutreffe, vielmehr vom Standpunkte einer unberechtigten willkürlichen Zurückbehaltung des vermieteten Gegenstandes auszugehen sei. Allein hieraus ließe sich nur folgern, dass der Vermietter eine höhere Entschädigung als den bedungenen Miethzins fordern dürfte, wenn er sie nachzuweisen vermöchte, keineswegs aber, dass er nun zum strengen Beweise seines Schadens verpflichtet und nicht berechtigt wäre, die Fortzahlung des Miethzinses zu verlangen, wenn er sich damit begnüge. Indem der Miether nach Beendigung der Miethzeit, statt das Miethlokal zu räumen, willkürlich in dessen Besitz bleibe, gebe er wenigstens hiermit seinen Willen kund, das Miethverhältnis fortzusetzen, und müsse er sich wenigstens von diesem Standpunkte aus behandeln lassen.

Sehr bestritten ist, auf wie lange, wenn im Uebrigen die Voraussetzungen einer *relocatio tacita*<sup>2</sup> vorliegen, der neue Miethvertrag als geschlossen anzusehen sei, indem die hier in Betracht kommenden Stellen des Röm. Rechts (1. 14, 1. 13 §. 11 D. locati 19, 2) zu den verschiedens-

---

<sup>2</sup> *relocatio tacita* = stillschweigende Wiedervermietung.

ten Auslegungen geführt haben. Anlangend die Relokation eines *praedium urbanum*<sup>3</sup>, so geht eine Ansicht, die jedoch unter den Neueren nur wenige Vertreter zählt, dahin, dass auf den neuen Miethvertrag auch die in dem früheren Verträge festgesetzte Miethzeit Anwendung finde. Nach der herrschenden Meinung gilt der neue Miethvertrag nur auf die Zeit abgeschlossen, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt worden ist, so dass also jeder Theil jeden Augenblick die Miethe aufkündigen könne (so Vangerow, Band, III §. 644 Anm. unter II. 1; Windscheid II §. 402 Anm. 14; Seiffert XXXVI. 190). Eine dritte Meinung, welche unter den Neueren vielfach vertreten wird, will zwar auch zu jeder Zeit Kündigung zulassen, jedoch nur unter Beobachtung der ortüblichen oder bei dem früheren Verträge bedungenen Kündigungsfristen bezw. Umzugstermine (so insbesondere Holzschuher III §. 298 zu 1 I S. 862 ff.; Seiffert XXXI. 29, 223). Auch Sintenis II §. 118 Anm. 115 nimmt an, dass, wenn Lokalgewohnheit bestimmte Umzugszeiten festgesetzt habe, die Prolongation mit Rücksicht darauf als geschehen anzusehen sei.

Noch mehr gehen die Ansichten darüber auseinander, wie die in der 1. 13 §. 11 D. locati 19, 2 in den Worten: „nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“<sup>4</sup> enthaltene Ausnahme zu verstehen sei. Die herrschende Meinung legt diese Worte dahin aus, dass, wenn der frühere Vertrag schriftlich abgeschlossen worden war, der neue Vertrag auf die in jenem Verträge bestimmte Miethzeit als abgeschlossen gelte (so Vangerow III §. 644 Anm. unter II. 2; Sintenis II §. 118 Anm. 115; Windscheid II §. 402 bei Anm. 13; Seiffert XXXI. 223). Eine andere Ansicht bezieht die Ausnahme auf den Fall, wo in dem ersten Miethvertrag der Fall einer Relokation ausdrücklich vorgesehen und für diesen Fall eine bestimmte Zeit festgesetzt ist (so das O. L. G. zu Darmstadt bei Seuffert XXXVI. 190). Ueber andere Ansichten vergl. Vangerow a. a. O.

Anlangend die Dauer der Pachtzeit bei der Relokation eines *praedium rusticum*<sup>5</sup>, so wird von den Neueren allgemein angenommen, dass der neue Vertrag immer als auf ein Jahr abgeschlossen gilt (vergl. Vangerow a. a. O. unter I; Sintenis II §. 118 bei Anm. 115; Windscheid II §. 402 Anm. 12; Seuffert XXXVI. 190). Ein Urtheil des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert II. 285 legt die 1. 13 §. 11 D. locati 19, 2 dahin aus, dass der Vertrag nicht auf ein volles Jahr

---

<sup>3</sup> *praedium urbanum* = städtisches Grundstück.

<sup>4</sup> „Wenn nicht eine bestimmte Zeit für die Miete schriftlich festgelegt ist“.

<sup>5</sup> *praedium rusticum* = Grundstück auf dem Lande.

fortbestehen solle, mithin so lange, dass der Pächter die Früchte, welche in demselben Jahre erzeugt würden, noch beziehen könne.

Ueber partikularrechtliche Bestimmungen in Betreff der Relokation auch in den Gebieten des Gemeinen Rechts vergl. Stobbe III §. 186 Anm. 36.

## **II. Moderne Gesetzgebungen und Entwürfe.**

### 1. Preuß. A. L. R.

Nachdem im § 324 I. 21 vorgeschrieben worden ist, dass, wenn die Pacht- oder Miethzeit im Verträge bestimmt worden, dieselbe mit dem festgesetzten Termine zu Ende gehe, ohne dass es einer besonderen Aufkündigung bedürfe, schließen sich in den §§. 325-331 folgende Bestimmungen über die Relokation an:

„§. 325. Wenn also gleich nach Ablauf des Termins der Pächter oder Miether noch länger im Besitze bleibt: so folgt aus diesem fortgesetzten Besitze noch nicht die Verlängerung des Kontrakts; so lange der Verpächter oder Vermiether seinen Konsens dazu ausdrücklich, oder durch Handlungen, die eine stillschweigende Einwilligung nach den Gesetzen begründen können (lit. 4, §. 58 sqq.), nicht erklärt hat.

§. 326. Einer solchen stillschweigenden Einwilligung ist es gleich zu achten, wenn der Pächter seine Absicht, die Pacht fortzusetzen, dem Verpächter ausdrücklich erklärt, und dieser binnen Vierzehn Tagen, nachdem dergleichen Erklärung ihm zugekommen ist, seinen Widerspruch dagegen nicht geäußert hat.

§. 327. Auch enthält die Annahme eines ferneren Pacht- und Miethzinses die stillschweigende Einwilligung des Verpächters oder Vermiethers in die Verlängerung des Kontrakts.

§. 328. Die stillschweigend erfolgte Verlängerung wird in der Regel auf Ein Jahr verstanden.

§. 329. Ist jedoch in einem auf mehrere Jahre geschlossenen Kontrakte der Zins auf die mehreren Jahre zusammen genommen bestimmt: so erstreckt sich die stillschweigende Verlängerung auf die ganze Dauer der ersten kontraktmäßigen Zeit.

§. 330. Ist bei verpachteten Landgütern der Acker in gewisse Felder eingetheilt: so wird die stillschweigend fortgesetzte Pacht um so viel Zeit für verlängert geachtet, als erforderlich ist, dass der Pächter sämtliche Felder nach landüblichem Wirtschaftsgebrauche nützen könne.

§. 331. Auch bei Stadtäckern, die in gewisse Brachen getheilt sind, findet diese Vorschrift Anwendung.“

Nach §. 336 finden die vorstehenden Bestimmungen auch dann Anwendung, wenn die Dauer der Pacht oder Miethe nach einem gewissen Ereignisse oder einer Begebenheit bestimmt war. Dagegen wenden Doktrin und Praxis dieselben nicht an auf die durch Kündigung aufgehobenen Verträge, d. h. es treten in diesem Falle nicht die aufgestellten Präsumtionen ein (vergl. Dernburg II §. 172 Anm. 13; Förster-Eccius II §. 136 Anm. 175).

Bestritten ist, ob der §. 326, welcher bloß von der Pacht spricht, analog auch auf die Miethe anzuwenden ist (Dernburg II §. 172 Anm. 12; Förster-Eccius II §. 136 Anm. 173). Einverständnis besteht drüber, dass trotz der §§. 328, 329 in dem Falle, wo die Mieth- oder Pachtzeit des ersten Vertrages auf eine kürzere Zeit, als ein Jahr bestimmt war, die Verlängerung sich auch nur auf diesen Zeitabschnitt beschränkt (Dernburg II §. 172 bei Anm. 16, Förster-Eccius II §. 136 Anm. 177). Nach der V. O. v. 9. Januar 1812, betr. die Aufkündigungsfrist bei monatsweise gemietheten Wohnungen, wird, wenn bei monatsweise gemietheten Wohnungen die Kündigung nicht vor dem fünfzehnten des laufenden Monats erfolgt, der Miethvertrag wieder auf Einen Monat als stillschweigend verlängert angenommen.

Vom Gemeinen Rechte weichen die Vorschriften des A. L. R. namentlich darin ab, dass es zur Relokation nicht schon genügt, wenn der Vermiether die Fortsetzung des Gebrauchs durch den Miether ohne Widerspruch geschehen lässt, sondern dass Handlungen des Vermiethers vorliegen müssen, aus denen seine Einwilligung in die Fortsetzung des Miethverhältnisses gefolgert werden kann (Dernburg II §. 172 bei Anm. 9-13; Förster-Eccius II §. 136 bei Anm. 172).

Für den Fall, dass trotz des vom Miether oder Pächter fortgesetzten Gebrauchs eine Relokation nicht stattgefunden hat, enthält das A. L. R. folgende Vorschriften:

„§. 332. Ist nach den obigen Bestimmungen (§§. 325, 326, 327) eine Pacht des fortgesetzten Besitzes ungeachtet nicht für verlängert zu achten, so hat der Pächter, Sachen und vom Tage des ihm zukommenden Widerspruchs des Verpächters an die Pflichten und Lasten eines unredlichen Besitzers.

§. 333. Auch auf den Miether, welcher nach Ablauf der kontraktmäßigen Zeit ohne eine gültige Verlängerung im Besitze der Sache bleibt, findet diese Vorschrift §. 332 Anwendung.

§. 334. Muß er auf Verlangen des Vermiethers den Besitz während des Laufes eines Quartals räumen, so kann ihm für die Zwischenzeit vom Anfang des Quartal an kein Zins abgefordert werden.

§. 335. Soweit er aber nach Ablauf des Termins den Besitz ganze Quartale hindurch fortgesetzt hat, muss er für die Quartale den Zins nach Bestimmung des Quartals entrichten.“

Vergl. zu diesen Bestimmungen Dernburg II §. 169 bei Anm. 29-31; Förster-Eccius II §. 136 bei Anm. 95-97. Damit nach §§. 332, 333 den Miether oder Pächter die strenge Haftung eines unredlichen Besitzers trifft, wird vorausgesetzt, dass er durch den Widerspruch des Verpächters in Verzug gekommen ist (Dernburg a. a. O. Anm. 29; Förster-Eccius bei Anm. 96).

2. Oesterr. G. B.:

„§. 1114. Der Bestandvertrag<sup>6</sup> kann - - nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erneuert werden. Ist in dem Vertrage eine vorläufige Aufkündigung bedungen worden, so wird der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend erneuert. Ist keine Aufkündigung bedungen worden, so geschieht eine stillschweigende Erneuerung, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit fortfährt, die Sache zu gebrauchen oder zu benutzen, und der Bestandnehmer es dabei bewenden lässt.

§. 1115. Die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrags geschieht unter den nämlichen Bedingungen, unter welchen sie vorher geschlossen war. Doch erstreckt sie sich bei Pachtungen nur auf ein Jahr; wenn aber der ordentliche Genuß erst in einem späteren Zeitraum erfolgen kann, auf eine so lange Zeit, als nothwendig ist, um die Nutzungen Ein Mal beziehen zu können. Miethungen, wofür man den Zins erst nach einem ganzen oder halben Jahre zu bezahlen pflegt, werden auf ein halbes Jahr, alle kürzeren Miethungen aber auf diejenige Zeit stillschweigend erneuert, welche vorher durch den Bestandvertrag bestimmt war. Von wiederholten Erneuerungen gilt das Nämliche, was hier in Rücksicht der ersten Erneuerung vorgeschrieben ist.“

Durch eine Kaiserliche Verordnung vom 16. Nov. 1858 §. 22 ist der §. 1114 des B. G. B. dahin modifiziert, dass unter den sonstigen Voraussetzungen des § 1114 der Vertrag nur dann als stillschweigend erneuert angesehen werden soll, wenn binnen 14 Tagen nach Ablauf der Bestandzeit oder bei Verträgen, welche ursprünglich auf eine kürzer Zeit als einen Monat abgeschlossen wurden, binnen einer der Hälfte der ursprünglich bedungenen Zeit gleichkommenden Frist nach Ablauf des Vertrages weder von dem Bestandgeber eine Klage auf Zu-

---

<sup>6</sup> Bestandsvertrag ist das vom Österreichischen ABGB verwendete Wort für Mietvertrag.

rückstellung, noch von dem Bestandnehmer eine Klage auf Zurücknahme des Bestandgegenstandes erhoben wird.

### 3. Code civil:

Im Anschluß an den Art. 1737, wonach der Miethvertrag von Rechtswegen mit dem Ablaufe der bestimmten Zeit erlischt, wenn der Miethvertrag schriftlich abgefaßt war, bestimmen die Art. 1738-1740 über die Relokation Folgendes:

„Art. 1738. Si à l’expiration des baux écrits le preneur reste et est laissé en possession, il s’opère un nouveau bail dont l’effet est réglé par l’article relatif aux locations faites sans écrit (vergl. Art. 1736 oben S. 132).

Art. 1739. Lorsqu’il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu’il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite reconduction.

Art. 1740. Dans le cas des deux articles précédents la caution donnée par le bail ne s’étend pas aux obligations résultant de la prolongation.“

Ferner enthält für die Hausmiethe der Art. 1759 folgende Vorschrift:

„Si le locataire d’une maison ou d’un appartement continue sa jouissance après l’expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l’usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu’après un congé donné suivant le délai fixé par l’usage des lieux.“

Für die Pacht ländlicher Grundstücke gilt folgende besondere Bestimmung:

„Art. 1776. Si, à l’expiration des baux ruraux écrits le preneur reste et est laissé en possession, il s’opère un nouveau bail dont l’effet est réglé par l’article 1774 (vergl. oben S. 132).“

Vergl. zu den angeführten Bestimmungen Zachariä II §. 369 bei Anm. 11 bis 15, 24.

### 4. Sächs. G. B.:

„§. 1218. Wird nach Ablauf der Pacht- oder Miethzeit, gleichviel ob sie eine bestimmte oder unbestimmte war, der Vertrag wissentlich fortgesetzt, ohne dass bei Pachtungen innerhalb 30 Tagen oder bei Miethen innerhalb 8 Tagen vom Ablauf der Pacht- oder Miethzeit an ein Widerspruch erfolgt, so ist eine Erneuerung des Vertrages unter den früheren Bedingungen und, wenn diese zu verschiedenen Zeiten verschieden gewesen sind, unter den Bedingungen für die letzte Pacht- oder Miethzeit anzunehmen, und zwar bei Miethen über Wohnungen und andere Miethräume, ingleichen über bewegliche Sachen auf so lange, bis durch Kündigung die Auflösung des Miethvertrags herbeigeführt wird, bei Pachtungen aber auf die ursprünglich

bestimmte oder in Ermangelung einer Bestimmung auf die nach §. 1216 anzunehmende Pachtzeit (vergl. oben S. 133).

§. 1219. Setzt der Pächter oder Miether außer dem Falle einer Erneuerung des Vertrages nach Beendigung des Pacht- oder Miethe das Pacht- oder Miethverhältnis thatsächlich fort, so ist der Verpächter oder Vermiether berechtigt, nach Verhältnis der Zeit, während deren die pacht- und miethweise Benutzung fortgesetzt worden ist, wenigstens einen Zins in der Höhe zu fordern, wie er bei dem letzten Zahlungstermin gewesen ist.“

#### 5. Schweizer Gesetz über das Obligationenrecht:

„Art. 291. Ist der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen und nach dem Ablauf das Miethverhältnis mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermiethers fortgesetzt worden, so gilt der Vertrag in Ermangelung besonderer Vereinbarungen bis auf den Zeitpunkt als erneuert, auf welchen er mit Beobachtung der in Artikel 290 Ziffer 1 bis 3 vorgeschriebenen Fristen gekündigt wird (vergl. oben S. 133).

Art. 311. Ist ein Pachtvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen und nach dem Ablauf das Pachtverhältnis mit Wissen und ohne Widerspruch des Verpächters fortgesetzt worden, so gilt der Vertrag in Ermangelung besonderer Vereinbarungen auf je ein Jahr erneuert, bis er durch sechsmonatliche Kündigung auf Ende eines solchen Pachtjahres aufgelöst wird.“

#### 6. Hessischer Entwurf:

„Art. 191. Der Bestandvertrag gilt als stillschweigend erneuert, wenn der Bestandnehmer, ungeachtet des Endes des Bestandvertrages, den Bestandgegenstand mit Wissen und ohne erfahrenen Widerspruch oder Aufkündigung des Bestandgebers, wie bisher fortgebraucht.

Für den neuen Bestandvertrag bestehen dann, abgesehen von der Dauer der Bestandzeit, die alten Bedingungen fort. Die für den früheren Bestandvertrag geleisteten Bürgschaften und hypothekarischen Versicherungen sind jedoch, mit Ausnahme des vom Bestandnehmer bestellten Hypothekentitels, dessen Wiedererneuerung angenommen wird, erloschen.“

Für den Fall einer stillschweigenden Erneuerung eines Pachtvertrags (Wiederpacht) gelten nach Art. 203 Abs. 4 in Ansehung der Pachtzeit die im Art. 203 Abs. 1-3 für den Fall gegebenen Bestimmungen, dass in dem Pachtvertrage die Dauer der Pachtzeit nicht bestimmt ist (vergl. oben S. 134).

Ist ein Miethvertrag stillschweigend erneuert, so finden nach Art. 207 auf die Bestimmung der Miethzeit die im Art. 206 Abs. 2 und 3 enthaltenen Vorschriften Anwendung (vergl. oben S. 134).

7. Bayrischer Entwurf:

„Art. 455. Ist eine Sache ausdrücklich oder vermöge des Ortsgebrauchs stillschweigend teilweise mit bestimmten Aufkündigungsfristen gemiethet und hat kein Theil rechtzeitig gekündigt, so gilt der Miethvertrag in allen Stücken als erneuert und es bleiben auch im Zweifel die für das Miethverhältnis bestehenden Bürgschaften und Hypotheken aufrecht.

Art. 456. Ist der Miethvertrag nur auf bestimmte Zeit eingegangen und wird nach dem Ablauf das Miethverhältnis von dem Miether mit Wissen und ohne erklärten Widerspruch des Vermiethers vorgesetzt, so wird der Miethvertrag als unter den früheren Bedingungen, jedoch auf unbestimmte Zeit erneuert angesehen.

Die für den früheren Miethvertrag bestellten Bürgschaften und Hypotheken sind mit Ablauf der vertragsmäßigen Miethzeit erloschen.

Jedoch bleibt der von dem Miether für das frühere Miethverhältniß bestellte Hypothekentitel im Zweifel auch für das erneute Miethverhältnis wirksam.“

Für den Pachtvertrag gilt bei der Relokation in Ansehung der Pachtzeit folgende besondere Vorschrift:

„Art. 479. die nach Art. 477 und 478 (vergl. oben S. 135) in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung anzunehmende Dauer der Pachtzeit ist auch für den Fall einer stillschweigenden Erneuerung des Pachtvertrages maßgebend, derselbe mag auf bestimmte Zeit abgeschlossen sein oder nicht.“

Vergl. auch Art. 461.

### **III. Die Materialien aus den Verhandlungen der dresd. Kommission**

(Vorlage des vorbereitenden Ausschusses Art. 596, 597, 620 Abs. 3; Entw. erster Lesung Art. 620, 621, 641 Abs. 3; Prot. S. 2162-2163, 2224, 2225, 2231, 2232, 2192, 2230, 2235)

geben zu Bemerkungen keinen Anlass. Nur mag erwähnt werden, dass durch die Worte im Art. 569: „welche zuletzt gegolten haben“ nicht allein der Fall gedeckt werden sollte, wo nach und nach zwischen den Parteien mehrere Miethverträge geschlossen werden, sondern auch der, wo die aus demselben Vertrage entspringenden Leistungen mit der Zeit sich geändert haben. Zum Art. 570 wurde von dem Ausschusse erläuternd bemerkt, dass dieser Artikel im Gegensatze zu dem Art. 569 den Fall zum Gegenstande habe, in welchem der Miether ohne eine relocatio, also gegen den Willen des Vermiethers, die gemiethete Sache fortbenutze.

## **B. Protokolle der Ersten Kommission**

Vorbemerkung: *Die Protokolle der Ersten Kommission wurden – anders als die Protokolle der Zweiten Kommission nicht publiziert. Sie sind erst lediglich in neuerer Zeit von Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert zugänglich gemacht worden: Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hg.) Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse 2, §§ 433–651, 1980, 552 ff – Nicht abgedruckt werden im folgenden die sogenannten Motive zum Ersten Entwurf, die gemeinsam mit diesem veröffentlichten wurden. Sie stellen eine nach Abschluß der Beratungen von den „Hilfsarbeitern“ der Kommission gefertigte Gesetzesbegründung dar, die nicht authentisch über die „Motive“ der Entwurfsverfasser Auskunft geben kann.*

207. Sitzung vom 9.5.1883, Schriftführer Neubauer

Zu Art. 569 des Entwurfs:

„Ist der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen und nach deren Ablauf das Miethverhältniß von dem Miether mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermiethers fortgesetzt worden, so gilt im Zweifel der Miethvertrag unter den früheren Bedingungen und, wenn letztere zu verschiedenen Zeiten verschiedene gewesen sind, unter den Bedingungen, welche zuletzt gegolten haben, auf so lange als erneuert, bis nach den Vorschriften des Artikels 568 Absatz 2, 3 eine Kündigung erfolgt.“

war beantragt:

1. zu bestimmen:

„Wird nach dem Ablauf des auf eine bestimmte Zeit eingegangenen Miethvertrags die vermietete Sache von dem seitherigen Miether mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermiethers wie bisher gebraucht, so gilt der Miethvertrag in Ermangelung anderer Vereinbarung auf so lange als erneuert, bis er von dem Vermiether oder Miether durch Kündigung nach Maßgabe des § 20 Abs. 2 beendet wird.“ (vgl. Antrag Nr. 1) zu Art. 568 S. 2127, 2128.)

2. zu bestimmen:

„Wird nach dem Ablaufe der Miethzeit der Gebrauch der vermieteten Sache von dem Miether mit Wissen des Vermiethers fortgesetzt, so ist der Miethvertrag, wenn nicht von

dem einen oder anderen Theile vor Ablauf von zwei Wochen vom Ende der Miethzeit an ein Widerspruch dagegen erhoben worden ist, auf so lange als erneuert anzusehen, bis der Vertrag von dem Vermiether oder Miether durch Kündigung nach Maßgabe des Art. 568 Absatz 3 und 4 (vgl. den Antrag zu Art. 568 unter Nr. 2 S. 2128, 2129) beendet wird.“

3. vorzuschreiben:

„Die Vorschriften des Art. 568 finden auch Anwendung, wenn ein auf bestimmte Zeit geschlossener Miethvertrag ohne Vereinbarung einer bestimmten weiteren Miethzeit verlängert wird.

Wenn der Miether dem Vermiether angezeigt hat, dass er das Miethverhältniß nach Ablauf der bestimmten Zeit fortsetzen wolle, und den Gebrauch der Sache fortsetzt, der Vermiether aber weder innerhalb zwei Wochen nach Ablauf der Miethzeit widerspricht, so ist anzunehmen, dass der Vermiether in die Verlängerung des Miethverhältnisses auf unbestimmte Zeit willige.“

Einverständnis bestand, dass in Uebereinstimmung mit dem Entwurfe und den Anträgen zu bestimmen sei:

„im falle der *relocatio tacita* trete Verlängerung des Miethverhältnisses unter den bisherigen Vertragsbestimmungen mit der Maßgabe ein, dass eine Miethzeit als nicht vereinbart gelte.“

In Ansehung der Voraussetzungen der *relocatio tacita* wurde beschlossen:

1. die erste Voraussetzung soll sein: Fortsetzung des Gebrauchs von Seiten des Miethers nach Ablauf der Miethzeit (nicht der durch Vertrag bestimmten Miethzeit);
2. Nichterhebung eines Widerspruchs von Seiten des Miethers oder Vermiethers binnen einer zweiwöchigen Frist, welche letztere gegen den Vermiether erst von dem Tage beginnt, an welchem er von der Fortsetzung des Gebrauchs Kenntniß erhalten hat.

Der Antrag, als Erforderniß aufzustellen: „die von dem Miether dem Vermiether gegenüber abzugebende Erklärung, er wolle das Miethverhältniß fortsetzen und die Nichterhebung eines Widerspruchs von Seiten des Vermiethers innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Empfang der Erklärung“ wurde abgelehnt.

Weiter wurde entschieden, zu bestimmen sei:

das Miethverhältniß sei betreffenden Falls als verlängert (erneuert) anzusehen, nicht aber, es gelte als verlängert (erneuert).

Endlich wurde beschlossen, von der in dem Entwurfe sich findenden Hinweisung auf die Bedingungen, die zuletzt gegolten haben, sei abzusehen.

Die Gründe waren:

Es trage sich nicht selten zu, dass der Miether nach Ablauf der Miethzeit den Gebrauch der gemietheten Sache mit Wissen des Vermiethers fortsetze. In einem solchen Falle erhebe sich die Frage, ob eine Verlängerung des Miethverhältnisses unter den bisherigen kontraktlichen Bestimmungen als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. Es lasse sich die Ansicht vertreten, das Gesetz habe die Frage nicht zu entscheiden, die Lösung derselben vielmehr dem Richter zu überlassen, welcher die Umstände des einzelnen | Falls zu würdigen haben werde. Dem praktischen Bedürfnisse werde damit aber in keiner Weise genügt, weil die Fälle zu häufig seien, in welchen der Gebrauch von Seiten des Miethers mit Wissen des Vermiethers fortgesetzt sei, während sonstige Thatsachen, die auf eine stillschweigende Uebereinkunft über Verlängerung dem Interesse beider Theile widerspreche. Das Interesse beider Theile erfordere, durch das Gesetz zu bestimmen, das Miethverhältniß sei in solchen Falle auf unbestimmte Zeit durch stillschweigende Uebereinkunft als verlängert oder erneuert anzusehen. Die Vorschrift an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Miether den Verlängerungswillen dem Vermiether erklärt und dieser binnen einer gewissen Frist nicht widersprochen habe, sei nicht angemessen. Werde die Bestimmung in solcher Weise beschränkt, so würde sie nur selten zur Anwendung gelangen und für die meisten und vom praktischen Standpunkt vorzugsweise in Betracht kommenden Fälle würde die schwer zu entbehrende Entscheidungsnorm fehlen. Anerkannt könne nur werden, dass es nicht angänglich sei, jede mit Wissen des Vermiethers erfolgende Fortsetzung des Gebrauchs von Seiten des Miethers für die *relocatio tacita* für genügend zu erklären. Der Miether werde häufig durch zufällige Umstände, z. B. durch einen Krankheits- oder Sterbefall, genöthigt, den Gebrauch noch einige Zeit fortzusetzen, ohne dass ihm entfernt die Absicht der Verlängerung des Miethverhältnisses beiwohne, und nicht minder habe oft der Vermiether, der die Fortsetzung des Gebrauchs erfahre, ohne sofort seine Rechte durch Einspruch oder in anderer Art zu wahren, keineswegs die Absicht, die Verlängerung des Miethverhältnisses zuzulassen. Der passendste Ausweg, um den hieraus sich ergebenden Bedenken zu begegnen, sei, die Voraussetzung der *relocatio tacita* noch davon abhängig zu machen, dass weder | der eine noch der andere Theil dagegen binnen einer zweiwöchigen Frist Widerspruch erhebe und dem Vermiether gegenüber diese Frist erst mit dem Tage beginnen zu lassen, an welchem er die Fortsetzung des Gebrauchs erfahre. Da die Vorschrift einen stillschweigend abgeschlossenen Vertrag zu unterstellen habe, so sei es übrigens nöthig, zu bestimmen: das Miethverhältniß sei als verlängert (erneuert) anzusehen nicht aber, es gelte als verlängert (erneuert), damit der Beweis frei bleibe, dass durch besondere Umstände die Annahme des Verlängerungswillens ausgeschlossen sei.

Bedenklich sei es, die Vorschrift auf den Fall zu beschränken, wenn der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen sei. Die Beschränkung würde die Vorschrift insbesondere auf die Fälle unanwendbar machen, in welchen ein nicht auf bestimmte Zeit eingegangenes Miethverhältniß durch Kündigung beendet sei und doch lasse sich nicht leugnen, dass auch für solche Fälle die Vorschrift kaum minder ein Bedürfniß sei, wie für die anderen.

Die in dem Entwurfe sich findende Hinweisung auf die Bedingungen der letzten Zeit sei endlich störend und entbehrlich.

**Ergebnis: § 524 des Ersten Entwurfs:**

Wird nach Ablauf der Miethzeit der Gebrauch der Sache von dem Miether fortgesetzt, so ist das Miethverhältniß als ohne Bestimmung einer Miethzeit verlängert anzusehen, es sei denn, dass der Vermiether oder Miether binnen einer zweiwöchigen Frist dem anderen Theile seinen entgegenstehenden Willen erklärt. Die Frist beginnt für den Miether mit der Fortsetzung des Gebrauches, gegen den Vermiether mit dem Zeitpunkte, in welchem er von dieser Fortsetzung Kenntniß erhält.

**C. Vorkommission des Reichsjustizamtes und Zweite Kommission**

Vorbemerkung: *Die Protokolle der Zweiten Kommission wurden bei Erscheinen des Zweiten Entwurfs veröffentlicht und später in die Materialiensammlung von Benno Mugdan (Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899) aufgenommen. Sie waren also – im Unterschied zu den Protokollen der Ersten Kommission – schon immer bekannt. Hingegen waren bis zur Edition von Jakobs/Schubert die Protokolle der Vorkommission des Reichsjustizamtes nicht zugänglich. Oft stammen von der Zweiten Kommission beschlossene Änderungen schon aus der Vorkommission. Bei § 524 des Ersten Entwurfs ist dies jedoch nicht der Fall. Er wurde in der Vorkommission nicht beraten. Daher werden nur die Protokolle der Zweiten Kommission abgedruckt (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. 2, 1898, 217 ff.)*

Zu §. 524 lagen die Anträge vor:

1. den Bestimmungen des Entw. folgende Fassung zu geben:

Wird nach Ablauf der Miethzeit der Gebrauch der Sache von dem Miether fortgesetzt, so gilt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung das Miethverhältniß als verlängert in der Art, dass es nur durch Kündigung nach Maßgabe des §. 522 Abs. 2 bis 7 beendet werden kann. Die Verlängerung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Vermiether oder der Miether binnen einer zweiwöchigen Frist dem anderen Theile gegenüber seinen entgegenstehenden Willen erklärt. Die Frist beginnt.?? (wie im Entw.).

hierzu der Unterantrag, den zweiten Satz dieser Bestimmungen zu fassen:

Die Verlängerung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Vermiether oder der Miether binnen einer zweiwöchigen Frist, bei Miethen aber, die auf eine kürzere Zeit als einen Monat eingegangen sind, binnen einer der Hälfte der bedungenen Miethzeit gleichkommenden Frist dem anderen Theile gegenüber seinen entgegenstehenden Willen erklärt.

2. in den unter 1 vorgeschlagenen Bestimmungen
  - a) die Worte „binnen einer zweiwöchigen Frist“ in dem zweiten Satze durch das Wort „unverzüglich“ zu ersetzen und den dritten Satz hierdurch als erledigt anzusehen;
  - b) eventuell die „zweiwöchige Frist“ durch eine „angemessene Frist“ zu ersetzen.

Die Komm. entschied für die Beibehaltung des Entw., mit dem der Antrag 1 sachlich übereinstimmt; der Unterantrag und der Antrag 2 wurden abgelehnt.

Der Antrag 2 war wie folgt begründet worden:

Die Komm. habe es in ihren bisherigen Beschlüssen, abweichend von der Auffassung der ersten Komm., thunlichst vermieden, im Gesetze feste Fristen zu bestimmen; nur in Ansehung der Genehmigungsertheilung des Vormundes und des Vertretenen habe man die Frist von zwei Wochen beibehalten. Der Antrag, welcher verlange, dass die eine Partei der anderen von ihrem Willen, das Miethverhältniß nicht fortzusetzen, unverzüglich Mittheilung mache, verweise damit auf die Untersuchung des einzelnen Falles, aus der allein die richtige Entscheidung entnommen werden könne. Die vierzehntägige Frist des Entw. passe jedenfalls nicht für

kurzzeitige, nur auf Wochen oder Tage abgeschlossene Miethverträge; mindestens müsse der Entw. in dieser Beziehung abgeändert werden. Es liege nahe, die hierzu regelnden Fälle nach Analogie des Vertragsschlusses unter Abwesenden zu behandeln, bei welchem man für die Annahmeerklärung eine bestimmte Frist nicht vorgesehen habe. Auch komme in Betracht, dass den meisten neueren Gesetzgebungswerken, soweit sie die stillschweigende Verlängerung des Miethverhältnisses zulassen, die Setzung einer solchen Frist unbekannt sei.

Eventuell erachtete es der Antragsteller immer noch für eine Verbesserung gegenüber dem Entw., wenn auf eine angemessene Frist abgestellt werde, da die Vortheile der objektiv feststehenden Zeit wieder dadurch aufgewogen würden, dass dem Vermiether gegenüber die Frist erst von seiner Kenntnis an zu laufen beginne.

Der Unterantrag, der mit dem Hauptantrag zu 2 davon ausgeht, dass die Frist des Entw. sich für kurze, unter einem Monat eingegangene Miethverträge nicht eigne, will den Entw. nach dieser Richtung durch eine an das österr. Recht sich anlehrende Spezialvorschrift ergänzen.

Die Mehrheit war der Ansicht, dass kein Bedürfnis bestehe, den Entw. abzuändern. Es wurde darauf hingewiesen, dass die gegen den Entw. erhobenen Bedenken sich wesentlich dadurch abschwächten, dass nach §. 525 der Vermiether für die Zeit der thatsächlichen Benutzung der Miethsache von dem Miether unbeschadet weiterer Ersatzansprüche eine dem vertragsmäßigen Miethzinse gleichkommende Entschädigung fordern könne. Die Vorschrift des Entw. empfehle sich schon mit Rücksicht darauf, dass sie durch Bestimmung einer festen Zeitgrenze Streitigkeiten begegnen werde. Der Antrag 2 a sei insbesondere deshalb bedenklich, weil er ein Verschulden des Vermiethers bzw. des Miethers erfordere; denn je nach der Verschiedenheit der Umstände könne sich die Frist in dem einen Falle als unbillig lang, in dem anderen Falle aber als zu kurz erweisen.

Von einer Seite wurde noch bemerkt, dass die Pflicht der unverzüglichen Kündigung eigentlich nur dem Vermiether auferlegt werden dürfte, da der Miether durch sein Verbleiben dem Vermiether zu erkennen gebe, dass er das Miethverhältnis verlängern wolle. Die Komm. war dagegen der Ansicht, dass eine solche Ausgestaltung der Auffassung des Lebens widerstreiten und zu Unbilligkeiten gegen einen Miether führen würde, dessen Verbleiben nicht auf der Absicht, das Miethverhältnis zu verlängern, sondern auf zufälligen Umständen, die ihn am Ausziehen verhinderten, beruhte.

**Ergebnis: § 509 des Zweiten Entwurfs:**

Wird nach dem Ablaufe der Miethzeit der Gebrauch der Sache von dem Miether fortgesetzt, so gilt das Miethverhältniß in Ermangelung einer anderen Vereinbarung als auf unbestimmte Zeit verlängert, es sei denn, dass der Vermiether oder der Miether seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Theile gegenüber erklärt. Die Frist beginnt für den Miether mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermiether mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Fortsetzung Kenntniß erhält.

Aus diesem Text wurden nur noch die Worte „in Ermangelung einer anderen Vereinbarung“ gestrichen und die Wendung „es sei denn, dass“ durch „sofern nicht“ ersetzt. Der folgende Text wurde Gesetz:

**§ 569 BGB (Originalfassung)**

Wird nach dem Ablaufe der Miethzeit der Gebrauch der Sache von dem Miether fortgesetzt, so gilt das Miethverhältniß als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermiether oder der Miether seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Theile gegenüber erklärt. Die Frist beginnt für den Miether mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermiether mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Fortsetzung Kenntniß erhält.

Bei diesem Wortlaut blieb es, bis die Mietrechtsreform im September 2001 zu einer Neuenummerierung der Vorschriften des Mietrechts und einer geringfügigen Umformulierung führte. So entstand der heutige

**§ 545 BGB**

Setzt der Mieter nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache fort, so verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, sofern nicht eine Vertragspartei ihren entgegenstehenden Willen innerhalb von zwei Wochen dem anderen Teil erklärt. Die Frist beginnt

1. für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs,
2. für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erhält.

## **Kapitel 11: Die Perversion des Rechts in der NS-Zeit**

### **Das Landgericht Berlin zur Kündigung gegenüber Mietern jüdischer Abstammung**

#### **Einleitung**

Die Umformung des Rechts zum Werkzeug des Unrechtsstaates in der Zeit des Nationalsozialismus begann zwar mit der Zerstörung des demokratischen Verfassungsrechts und hatte ihre schlimmsten Auswirkungen im Bereich des Strafrechts. Auch das Zivilrecht wurde aber den Zielen der NS-Ideologie dienstbar gemacht. Dabei bedurfte es nicht stets eines gesetzgeberischen Eingreifens, um das vormals geltende Recht im Sinne des Regimes zu verändern. In nicht wenigen Fällen wurden bestehende Gesetze in vorseilendem Gehorsam durch die Justiz so ausgelegt, dass sie den Zielen der Nationalsozialisten, insbesondere der Entrechtung der Juden und ihrer systematischen Verdrängung aus allen Bereichen des Wirtschafts- und Arbeitslebens, dienlich wurden.

Ein illustratives Beispiel für diese Praxis ist das nachfolgende Urteil des Landgerichts Berlin zur Möglichkeit der Kündigung eines Wohnungsmietverhältnisses im Hinblick auf die jüdische Abstammung des Mieters.

Grundsätzlich galt für die Wohnungsmiete das unter Mitwirkung des großen Juristen und zeitweiligen Reichsjustizministers Gustav Radbruch (1878–1949) entstandene Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923 (MSchG, RGBl. I 353). Dieses Gesetz ließ die Kündigung eines Wohnungsmietverhältnisses – ähnlich wie heute § 573 BGB – nur bei Vorliegen eines besonderen Kündigungsgrundes zu (§ 1 Abs. 1 MSchG). Als Kündigungsgründe waren Verzug mit den Mietzahlungen (§ 3 MSchG, vgl. heute §§ 543 Abs. 2 Nr. 3, 569 Abs. 3 BGB) und Eigenbedarf (§ 4 MSchG, vgl. heute § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) anerkannt. Außerdem war eine Kündigung nach § 2 Abs. 1 MSchG möglich, wenn „der Mieter ... sich einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig macht oder durch den unangemessenen Gebrauch des Mietraums ... den Mietraum oder das Gebäude erheblich gefährdet ...“ (§ 2 Abs. 1 MSchG, vgl. heute §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 569 Abs. 2 BGB).

Ab dem Jahr 1938 beschäftigten zahlreiche Fälle die Gerichte, in denen Vermieter von Wohnungen ihren jüdischen Mietern gekündigt hatten. Die Gerichte wiesen Versuche der Mieter, der Kündigung mit Berufung auf das Mieterschutzgesetz entgegenzutreten, mit der Begründung zurück, die „arischen“ also nichtjüdischen Hausbewohner bildeten eine Hausgemeinschaft. Juden könnten sich in eine solche Hausgemeinschaft nicht einfügen. Ihre bloße Anwesenheit im Hause sei deshalb als Belästigung des Vermieters und der anderen Hausbewohner im Sinne von § 2 MSchG anzusehen. Diese Belästigung sei zwar „nicht im eigentlichen Sinn

verschuldet“, dennoch treffe den jüdischen Mieter „im Sinne des § 2 MietSchG ... ein Verschulden“, weil ihm „die notwendige innere Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen“ fehle (so das AG Schöneberg, Urteil vom 16. 9. 1938, JW 1938, 3045; ähnlich AG Halle, Urteil vom 18. 8. 1938, JW 1938, 2975 und die Vorinstanz im unten abgedruckten Urteil des LG Berlin). Daher sei die Kündigung gerechtfertigt.

Das Urteil des LG Berlin scheint sich auf den ersten Blick von den genannten Urteilen dadurch positiv zu unterscheiden, dass es wenigstens die nur bei völliger Verdrehung der gesetzlichen Begriffe haltbare Auffassung zurückweist, die jüdische Herkunft des Mieters sei von diesem im Sinne von § 2 MSchG verschuldet. Doch der Schein trügt. Im Ergebnis fällt die Entscheidung für den jüdischen Mieter nicht günstiger, sondern womöglich noch weniger günstig aus. Das Mieterschutzgesetz ist nach Ansicht des LG Berlin für Juden schlechthin unanwendbar, so dass sich die Suche nach einem Kündigungsgrund erübrigt (in demselben Sinn AG Nürnberg, Urteil vom 26. 11. 1938, JW 1938, 3243). – Diese Veränderung des Begründungsansatzes ist bemerkenswert: In der Argumentation mit § 2 MSchG liegt noch ein Versuch, die Rassendiskriminierung mit dem Text des fortgeltenden Gesetzesrechts in Einklang zu bringen. Das LG Berlin fühlt sich befugt, die Anwendung dieses Gesetzes schlicht zu verweigern, soweit das Gesetz den Zielen des NS-Regimes im Wege stehen kann. Das Argument, Maßnahmen zur Diskriminierung der Juden müssten der Initiative des Gesetzgebers überlassen bleiben, wird vom Gericht sogar ausdrücklich angesprochen und zurückgewiesen.

Dass die schrecklichen Folgen dieser Rechtsprechung für die jüdische Bevölkerung dem Gericht durchaus klar waren, zeigt der Satz „Daß bei einer Kündbarkeit der Verträge mit jüdischen Mietern zahlreiche Juden in Deutschland obdachlos würden, mag sein, kann aber nichts ändern. Diese Wohnungen werden dann deutschen Volksgenossen zur Verfügung stehen, was bei dem jetzigen Wohnungsmangel nur erwünscht ist“.

Insgesamt ist das Urteil des LG Berlin ein beklemmendes Zeugnis für eine Bereitschaft der Justiz, das Recht den verbrecherischen Zielen des NS-Staates dienstbar zu machen, die mit einer angeblich „rechtspositivistischen“ Grundhaltung der Richterschaft nicht zu erklären ist.

**Landgericht Berlin, 48. Zivilkammer, Urteil vom 7. November 1938<sup>1</sup>, Juristische Wochenschrift (JW) 1938, 3342.**

Leitsatz: Die Anwendung des MietSchG. auf einen jüdischen Mieter ist abzulehnen. Denn der Anwendung des MietSchG auf Mietverträge mit Juden steht die weltanschauliche<sup>2</sup> Forderung entgegen, dass alle Gemeinschaftsverhältnisse mit Juden möglichst schnell beendet werden müssen. Der arische Vermieter kann also einen jüdischen Mieter das Mietverhältnis ohne weiteres aufkündigen, da für den Juden das MietSchG. nicht gilt.

Durch Vertrag v. 4. März 1935 vermietete die Kl. an die Bekl. eine Wohnung. Der bekl. Ehemann ist Jude<sup>3</sup>, seine Frau arisch.

Die Kl. hat gegen die Bekl. Klage auf Mietaufhebung<sup>4</sup> und Räumung erhoben, indem sie geltend macht: Die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit einem jüdischen Mieter könne ihr nicht mehr zugemutet werden.

Die Bekl. berufen sich darauf, dass die Wohnung unter Mieterschutz stehe.

Das AG. hat die Bekl. unter sofortiger Aufhebung des Mietverhältnisses zur Räumung verurteilt.

Gegen dieses Urteil haben die Bekl. Berufung eingelegt, jedoch ohne Erfolg.

Das AG. hat der Klage deshalb stattgegeben, weil die Voraussetzungen des § 2 MietSchG. vorlägen, d.h. weil eine schuldhafte erhebliche Belästigung des Kl. durch die Bekl. vorliege. Es führt aus: § 2 MietSchG. diene der Erhaltung und dem Schutz der Hausgemeinschaft. Juden könnten nicht Mitglieder der Hausgemeinschaft sein. Wenn sich Juden im Hause aufhielten, so sei dies eine erhebliche Belästigung des Vermieters. Die Tatsache, dass der Bekl. zu 1 Jude sei, bedeute allerdings kein Verschulden. Im Sinne des § 2 MietSchG. treffe ihn jedoch deshalb ein Verschulden, weil er einen Fremdkörper innerhalb der Hausgemeinschaft darstelle und ihm die notwendige innere Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen fehle. Diese

---

<sup>1</sup> Das Urteil ist zwei Tage vor der sog. „Reichsprogromnacht“ am 9. November 1938 ergangen, mit der die staatlich organisierte Judenverfolgung in Deutschland einen ersten Höhepunkt erreichte.

<sup>2</sup> Das Adjektiv „weltanschaulich“ wird in der Entscheidung durchweg verwendet, um die Forderungen der NS-Ideologie zu kennzeichnen.

<sup>3</sup> Alle Hervorhebungen sind original.

<sup>4</sup> Nach dem MietSchG konnte ein Mietverhältnis nicht einfach gekündigt werden (so aber heute § 568 BGB) sondern musste – ähnlich wie die Ehe durch Scheidungsurteil – durch Gerichtsurteil aufgehoben werden.

Ausführungen sind insoweit nicht stichhaltig, als sie sich auf die Verschuldensfrage beziehen. Die Tatsache, dass ein Jude ein Fremdkörper innerhalb der deutschen Hausgemeinschaft darstellt und ihm die innere Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen fehlt, beruht auf einer Eigenart der jüdischen Rasse, also einer erbbiologischen Tatsache, nicht jedoch auf einem Verschulden des jüdischen Volkes oder des einzelnen Juden.

Das hier streitige Problem kann überhaupt nicht durch eine Auslegung des MietSchG. gelöst werden. Seine Bedeutung greift über den Rahmen des MietSchG. weit hinaus. Es handelt sich nicht um eine Frage, die durch Auslegung des MietSchG. gelöst werden kann, sondern um eine weltanschauliche Frage. Eine Gemeinschaft mit Juden wird von deutschen Volksgenossen grundsätzlich abgelehnt, und zwar sowohl das Zusammenwohnen mit Juden, wie überhaupt jede Art von Gemeinschaft. Dies ist durch die nationalsozialistische Bewegung im deutschen Volke fest verankert und nicht nur ein Programmsatz, bei dem erst bestimmt wird, wann er durchgeführt wird, sondern ein Rechtssatz, der bereits jetzt gilt. Hiervon ausgehend, ist zu erörtern, ob das MietSchG. bei jüdischen Mietern anwendbar ist. Dies ist zu verneinen. Durch das MietSchG. wird dem Mieter ein besonders geschütztes Wohnrecht verliehen. Diesen Schutz verliert der Mieter nur bei bestimmten Tatbeständen, die im Gesetz einzeln aufgeführt sind; während ein nicht unter Mieterschutz stehendes Mietverhältnis durch einfache Kündigung beendet werden kann, auch wenn den Mieter kein Verschulden trifft oder sonst Gründe für die Aufhebung des Mieterschutzes nicht vorliegen. Die Auflösung der Mietverträge mit Juden wird also durch das MietSchG. erschwert und in gewissen Fällen unmöglich gemacht. Dies aber steht der weltanschaulichen Forderung entgegen, dass alle Gemeinschaftsverhältnisse mit Juden möglichst schnell beendet werden müssen. Die Anwendung des MietSchG. auf jüdische Mieter ist deshalb abzulehnen. Die Tatsache, dass nur der Bekl. zu 1 Jude ist, die Bekl. zu 2 aber arisch, ist unerheblich, da die mit dem Bekl. zu 1 verheiratete Bekl. zu 2 sein Schicksal teilen muss. Die Gesichtspunkte, die die Bekl. dem entgegensetzen, können nicht zu einer Änderung dieser Rechtsauffassung des Gerichts führen.

Es ist nicht richtig, dass die Stellung der Juden durch die Nürnberger Gesetze<sup>5</sup> endgültig geregelt worden ist. Die Nürnberger Gesetze waren nur ein Anfang. Die Entwicklung ist aber noch nicht beendet. Auch die Ansicht, dass jede einzelne Maßnahme gegen die Juden nur von

---

<sup>5</sup> Die Nürnberger Gesetze wurden auf dem Reichsparteitag der NSDAP in Nürnberg am 15. September 1935 beschlossen und enthielten eine Vielzahl von Bestimmungen zur Entrechtung der Juden. Zentraler Bestandteil ist das sog. „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“, das die Ehe zwischen Juden und Nichtjuden verbot und den außerehelichen Verkehr zwischen Juden und Nichtjuden mit Zuchthausstrafe belegte.

der Regierung angeordnet werden könne, ist nicht zutreffend. Wollte man dem beitreten, so würde eine Auslegung der Gesetze zuungunsten der Juden nicht stattfinden dürfen und die Juden hierdurch besonders geschützt sein. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht der Sinn der Sache ist. Richtig ist, dass in jüngster Zeit wegen der Wohnungen der jüdischen Ärzte dem Vermieter ein besonderes Kündigungsrecht verliehen ist (VO v. 25. Juli 1938) und dass auch die letzte VO. v. 31. Aug. 1938 besondere Bestimmungen über Mietverträge mit jüdischen Mietern nicht enthält. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die oben gegebene Darlegung über die Gültigkeit des MietSchG. unrichtig ist. Als die fraglichen Bestimmungen erlassen wurden, war die Entwicklung der Judenfrage noch nicht so weit vorgeschritten, wie sie es jetzt ist<sup>6</sup>. Aus demselben Grunde kann der Kl. nicht entgegengehalten werden, dass sie noch im Jahre 1935 den Bekl. zu 1 in ihr Haus aufgenommen hat, obgleich ihr bekannt war, dass er Jude ist. Daß bei einer Kündbarkeit der Verträge mit jüdischen Mietern zahlreiche Juden in Deutschland obdachlos würden, mag sein, kann aber nichts ändern. Diese Wohnungen werden dann deutschen Volksgenossen zur Verfügung stehen, was bei dem jetzigen Wohnungsmangel nur erwünscht ist.

Da die Geltung des MietSchG. abzulehnen ist, ist das Vertragsverhältnis kündbar. Ob eine solche Kündigung fristlos oder nur unter Einhaltung der vertraglichen Frist möglich ist, kann hier dahinstehen. Da die Klageerhebung im September 1938 erfolgt ist und in dieser eine Kündigung liegt, ist das Mietverhältnis spätestens zum 31. März 1939 beendet. Da die Bekl. bis zu diesem Zeitpunkt Räumungsfrist haben, brauchen sie vorher die Wohnung nicht herauszugeben. Eine weitere Räumungsfrist ist nicht erforderlich. Die Anträge der Bekl. auf Umzugskostenersatz und Freistellung von Kosten konnten keinen Erfolg haben, weil solche Anträge nur nach dem nicht anwendbaren MietSchG. möglich sind.

Da das Urteil des AG., durch das die Bekl. zur Räumung verurteilt sind, also im Ergebnis zutreffend ist, war die Berufung zurückzuweisen.

---

<sup>6</sup> Aus der Sicht des Gerichts ist demnach binnen wenig mehr als zwei Monaten eine Entwicklung eingetreten, die ein Hinausgehen über die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen rechtfertigt!

## **Kapitel 12: Privatrecht im SED-Staat**

### **Eine Alkoholfahrt vor dem obersten Gerichtshof der DDR**

#### **Einleitung**

Nach 1945 wurde Deutschland geteilt. Aus den Besatzungszonen der Westmächte USA, Großbritannien und Frankreich entstand 1949 die Bundesrepublik Deutschland. In der sowjetischen Besatzungszone wurde ebenfalls 1949 die Deutsche Demokratische Republik (DDR) ausgerufen, die bald zu einem kommunistischen Staat nach dem Muster der Sowjetunion wurde. Bereits im Gründungsjahr der DDR wurde das Oberste Gericht (OG) als höchstes Rechtsprechungsorgan der DDR geschaffen. Das Oberste Gericht knüpfte in manchem bewusst an die Tradition des vormaligen Reichsgerichts an. So erschienen amtliche Sammlungen der Entscheidungen des Obersten Gerichts in Zivil- und Strafsachen unter den Kurztitel OGZ (16 Bände zwischen 1951 und 1983) und OGSt (ebenfalls 16 Bände zwischen 1951 und 1977), deren äußere Aufmachung an das Erscheinungsbild der Sammlungen RGZ und RGSt erinnerte. Eine über oder neben dem Obersten Gericht stehende Verfassungsgerichtsbarkeit existierte nicht.

Schon der – im Vergleich zu den in BGHZ und BGHSt publizierten Entscheidungen – geringe Umfang der amtlichen Sammlungen deutet indes daraufhin, dass das Oberste Gericht – wie überhaupt die Rechtspflege – im System der DDR nur eine untergeordnete Rolle spielte. Nach der marxistischen Lehre gehörte das Recht zum ideologischen „Überbau“ der Gesellschaft, in dem sich die wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse lediglich spiegeln. In der kapitalistischen Gesellschaft spiegelt das Recht die Klassenherrschaft der Bourgeoisie – und verfestigt diese Herrschaft zugleich. Im Sozialismus hat das Recht die Aufgabe, die Herrschaft der Arbeiterklasse zu stützen. Eine Autonomie des Rechtssystems und eine Gewaltenteilung im Sinne der liberalen Demokratie kommt deshalb nicht in Frage: Justiz und Recht dienen der Realisierung der politischen Ziele von Staat und Partei. Dementsprechend war die richterliche Unabhängigkeit in der DDR von Anfang an stark eingeschränkt. Sozialistische Parteilichkeit wurde von den Richtern ausdrücklich gefordert.

Ebenso wie die Gewaltenteilung lehnte die DDR auch die Trennung von öffentlichem und privatem Recht ab. Nach dem Verständnis der liberalen Demokratie dient das Privatrecht, das mit dem Schutz des Eigentums und der Privatautonomie dem einzelnen Raum zur selbstbestimmten Entfaltung gibt, zugleich dem Funktionieren einer marktorientierten Wirtschaftsordnung und dem Schutz der Freiheit um ihrer selbst willen. Für die marxistische Lehre ist die kapitalistische Marktwirtschaft ein Werkzeug zur Unterdrückung der Arbeiterschaft. Sie muss

durch eine staatlich gelenkte Wirtschaftsweise ersetzt werden. Wenn die wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich Sache des Staates ist, verliert das Privatrecht seine Sonderstellung. Soweit überhaupt noch Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen erlaubt und möglich sind, unterliegen sie staatlicher Kontrolle und müssen so geordnet werden, dass sie den Zielen der staatlichen Wirtschaftslenkung dienen.

Trotz eines Verständnisses vom Wesen des Rechts und der Aufgabe der Rechtspflege, das den Traditionen des Kaiserreichs und der Weimarer Republik diametral entgegenstand, galten viele Gesetze aus diesen Epochen zunächst weiter. Das gilt insbesondere für das BGB, obgleich dieses Gesetz schon seit seiner Entstehung als „erkapitalistisch“ und zu wenig am Schutz des wirtschaftlich Schwächeren interessiert galt. Ähnlich wie die Juristen der NS-Zeit die fortgeltenden Gesetze aus Kaiserreich und Republik im Sinne des neuern Regimes auslegten, taten es nun die Juristen der DDR. Das BGB und andere Gesetze wurden durch Auslegung an die neue politische Lage angepasst. Dabei versuchte die Rechtstheorie der DDR an die methodischen Strömungen der ersten Jahrhunderthälfte anzuknüpfen. Man stellte sich bewusst in die Tradition der Freirechts- und Interessenjurisprudenz um Interpretation der alten Vorschriften im Lichte der neuen Wertmaßstäbe zu rechtfertigen. Eine am Wortlaut und den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers orientierte Auslegungspraxis lehnte man als „formalistisch“ und begriffsjuristisch ab.

Zu einer formellen Beseitigung der alten Gesetze kam es erst spät. Das BGB wurde erst 1976 durch den Erlass des neuen Zivilgesetzbuchs (ZGB) außer Kraft gesetzt. Bereits 1965 war allerdings das Familienrecht neu geregelt worden und schon seit 1951 wurden die Handelsbeziehungen zwischen den in das System der Planwirtschaft eingebundenen volkseigenen und staatlichen Betrieben durch das außerhalb des BGB stehende „Vertragssystem“ bestimmt (seit 1957 geregelt im „Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft“). Das BGB hatte daher seine zentrale Bedeutung für die Privatrechtsordnung längst verloren und die Privatrechtsordnung war Teil des auf die Herrschaft der SED ausgerichteten sozialistischen Rechtssystems geworden.

### **Urteil des Obersten Gerichts der DDR vom 8. September 1964 – OGZ 10, 116**

**1. Arbeitspflichten verlieren ihren Charakter nicht dadurch, daß sie ordnungswidrig (hier unter Alkoholbeeinflussung) ausgeführt werden; das begründet vielmehr die arbeitsrechtliche Verantwortlichkeit nach §§ 112 ff. GBA<sup>1</sup>, sofern der Werktätige schuldhaft gehandelt hat.**

---

<sup>1</sup> Die Abkürzung „GBA“ steht für Gesetzbuch der Arbeit. Dieses Gesetz von 1961 war für das Arbeitsrecht der DDR maßgeblich, bis es vom Arbeitsgesetzbuch von 1977 abgelöst wurde. §§ 112 ff. GBA lauteten auszugsweise wie folgt:

**2. Ein Werk­tätiger haftet für schuld­hafte Arbeits­pflicht­ver­let­zungen nur nach den Bestimmungen des GBA über die materielle Verantwortlichkeit und nur gegenüber dem Betrieb, unabhängig davon, ob der Betrieb oder ein Dritter dadurch geschädigt wurde. § 823 BGB ist insoweit nicht mehr anwendbar.**

**Die Arbeits­pflicht­ver­let­zung eines Werk­tätigen begründet gegenüber einem geschädigten Dritten die Haftung des Betriebes gemäß § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB. Da der Werk­tätige dem Dritten gegenüber den verursachten Schaden in keinem Fall zu ersetzen hat, entfällt auch die in § 831 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Entlastungsmöglichkeit.**

**3. Ein Anerkenntnisurteil darf nur ergehen, wenn das Anerkenntnis vorgelesen und genehmigt ist und sich dies aus dem Sitzungsprotokoll ergibt.**

§§ 823, 831 BGB; § 160 Abs. 1. Ziff. 2, § 162 ZPO.

2. Zivilsenat. Urteil vom 8. September 1964 – 2 Zz 21/64 –

#### Gründe

Als Werkstattleiter im VEB<sup>2</sup> Autoreparaturwerkstatt D. beabsichtigte der Verklagte, am 18. März 1960 im Rahmen des Kundendienstes seines Betriebes nach Arbeitsschluß einen reparierten PKW „Skoda“ zu seinem Eigentümer nach O. zu fahren. Diese Fahrt unterbrach er an einer Gaststätte, die er nach einem kurzen Umweg [117] erreichte und in der er sich etwa drei bis vier Stunden aufhielt. Unter erheblicher Alkoholbeeinflussung setzte er danach die Fahrt fort und verursachte schließlich schuldhaft einen Verkehrsunfall, bei dem der von ihm gefahrene PKW erheblich beschädigt wurde.

Der Verklagte ist deshalb rechtskräftig zu Gefängnis verurteilt worden.

---

„§ 112. (1) Ist ein Schaden am sozialistischen Eigentum eingetreten, so hat der Betriebsleiter unter Teilnahme der Werk­tätigen die Ursachen unverzüglich aufzudecken und zu beseitigen.

(2) Wird festgestellt, daß ein Werk­tätiger den Schaden durch schuld­hafte Verletzung seiner Arbeits­pflichten verursacht hat, so ist er dem Betrieb zum Ersatz des Schadens verpflichtet (materielle Verantwortlichkeit).

(3) ...

§ 113. (1) Ein Werk­tätiger, der einen Schaden fahrlässig verursacht, ist für den direkten Schaden materiell verantwortlich, jedoch höchstens bis zum Betrag seines monatlichen Tariflohnes.

(2)–(4) ...

§ 114. (1) Ein Werk­tätiger, der einen Schaden vorsätzlich verursacht, ist für den gesamten Schaden voll materiell verantwortlich.

(2) ...

<sup>2</sup> „VEB“ bedeutet „Volkseigener Betrieb“. Faktisch handelte es sich um eine von mehreren verschieden ausgestalteten Formen des Staatseigentums an Betrieben.

Die Klägerin, bei der der beschädigte PKW kaskoversichert<sup>3</sup> ist, hat den Fahrzeughalter in Höhe von 2 016,- DM<sup>4</sup> entschädigt. Sie hat rückgriffsweise unter Berücksichtigung eines Adoptionsfehlers 2 015,- DM nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 8. September 1960 vom Verklagten<sup>5</sup> gefordert. Dieser hatte sich mit Schreiben vom 26. Mai 1962 zu geringfügigen Ratenzahlungen verpflichtet, jedoch nach Zahlung von insgesamt 60,- DM bis Ende 1962 keine weiteren Leistungen erbracht. Nach Mahnverfahren<sup>6</sup> hat die Klägerin vor dem Kreisgericht<sup>7</sup> beantragt, den Verklagten zur Zahlung von 2.219,40 DM, das sind 1.955,- DM, zuzüglich 4 Prozent Zinsen für die Zeit vom 8. September 1960 bis 10. Mai 1963, zu verurteilen.

Das Kreisgericht hat den Verklagten mit Anerkenntnisteilurteil vom 2. Dezember 1963 zur Zahlung von 442,- DM und mit Schlußurteil vom 10. Dezember 1963 zur Zahlung von weiteren 1.777,40 DM verurteilt.

---

<sup>3</sup> Die Identität der klagenden Versicherung geht aus dem Urteil nicht hervor. Vermutlich handelt es sich um die „Staatlichen Versicherung der Deutschen Demokratischen Republik“, die als einziges Versicherungsunternehmen in der DDR Versicherungen für Privatkunden anbot.

<sup>4</sup> Trotz der Verwendung der Abkürzung „DM“ ist selbstverständlich nicht die Währung der Bundesrepublik gemeint, sondern die Mark der DDR, die bis 1964 offiziell gleichfalls als „Deutsche Mark“ bezeichnet wurde.

<sup>5</sup> Es ist auffällig, dass die Terminologie sich bei der Bezeichnung der Prozesspartei offenbar bewusst von der Tradition absetzt. Während das Oberste Gericht ansonsten durchaus um Kontinuität bemüht ist, spricht es entgegen dem Herkommen vom „Verklagten“ statt vom „Beklagten“. Es dürfte sich um den Versuch handeln, durch Vermeidung eines in der Umgangssprache ungebräuchlichen juristischen Fachausdrucks volkstümlich zu wirken.

<sup>6</sup> Gemeint ist das Mahnverfahren der ZPO (vgl. §§ 688 ff. ZPO), das auch in der DDR weiter angewendet wurde.

<sup>7</sup> Nachdem die DDR zunächst die alte gesamtdeutsche Gerichtsverfassung mit Amts- und Landgerichten in erster und Oberlandesgerichten in zweiter Instanz weitergeführt hatte, wurde durch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1952 ein dreistufiger Gerichts Aufbau für die ordentliche Gerichtsbarkeit verwirklicht, wie er auch in der Bundesrepublik immer wieder diskutiert wird. Damit wurde für die Gerichtsverfassung die Konsequenz aus der Zerschlagung der Länder in der DDR und der Neugliederung des Gebiets in Kreise und Bezirke gezogen, welche der Durchsetzung des Prinzips des „demokratischen Zentralismus“ diene. Als erstinstanzliches Gericht für kleinere Zivil- und Strafsachen wurden die Kreisgerichte geschaffen, gegen deren Entscheidungen Rechtsmittel zum Bezirksgericht zulässig waren. Bedeutendere Verfahren begannen vor dem Bezirksgericht und konnten in zweiter Instanz vor das Oberste Gericht gebracht werden. Entscheidungen der Kreisgerichte konnten also nicht auf ein Rechtsmittel der Parteien, sondern nur aufgrund eines so genannten Kassationsantrages von Obersten Gericht überprüft werden.

Es hat die Verjährungseinrede<sup>8</sup> des Verklagten zurückgewiesen und ausgeführt, daß die Grundsätze arbeitsrechtlicher materieller Verantwortlichkeit nicht zu beachten gewesen wären, da nicht davon ausgegangen werden könne, daß der Verklagte nach dem Genuß alkoholischer Getränke noch in Erfüllung von Arbeitspflichten gehandelt habe.

Der Präsident des Obersten Gerichts der Deutschen Demokratischen Republik<sup>9</sup> hat die Kassation<sup>10</sup> beider Entscheidungen beantragt.

Der Antrag hatte Erfolg. Der Wagen wurde im Rahmen des Kundendienstes des VEB Auto-reparaturwerkstatt. D. überführt. Damit steht fest, daß der Verklagte als Beschäftigter des Betriebes in Erfüllung einer Arbeitsverpflichtung gehandelt hat. Dem steht weder entgegen, daß die Überführung nach Arbeitsschluß und unentgeltlich durchgeführt wurde, noch, daß der

---

<sup>8</sup> Vermutlich gestützt auf § 852 a.F. des gesamtdeutschen BGB, der eine Verjährung von deliktischen Ansprüchen binnen drei Jahren ab Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen normierte – ähnlich der heute gemäß § 199 Abs. 1 BGB allgemein geltenden Regel. Der Versicherer macht einen auf ihn durch Legalzession übergegangenen Anspruch des Geschädigten geltend, klagt also – wenn nicht arbeitsrechtliche Sonderregeln eingreifen – nach § 823 BGB oder dem Straßenverkehrsgesetz.

<sup>9</sup> Zur Zeit des Erlasses der Entscheidung war Präsident des OG Heinrich Teplitz (1914–1998). Er gehörte der CDU der DDR an. Diese Partei hatte den gleichen Ursprung wie die gleichnamige westdeutsche Partei, war aber in den sechziger Jahren als mit der SED verbündete Bockpartei längst Teil des Staatsapparates. In der Bestellung eines Vertreters einer „bürgerlichen“ Blockpartei als Präsident des Obersten Gerichts zeigt sich noch eine Spur der vor allem in der Frühzeit der DDR gepflegten Strategie, Spitzenpositionen im Staat den Vertretern der bürgerlichen Kräfte zu überlassen, um so den Anschein eines pluralistischen Staates zu erwecken und zugleich den kommunistischen Einfluss dadurch zu sichern, dass den bürgerlichen oder auch sozialdemokratischen Inhabern von Spitzenämtern linientreue Stellvertreter beigegeben wurden.

<sup>10</sup> Die Kassation ist ein Verfahren, das der deutschen Rechtstradition fremd ist. Sie dient der Überprüfung von bereits rechtskräftigen Entscheidungen und war nach dem Gesetz über die Errichtung des Obersten Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft der DDR von 1949 bei Vorliegen eines Revisionsgrundes im Sinne der fortgeltenden ZPO oder StPO aber auch allgemein dann möglich, wenn eine Entscheidung „der Gerechtigkeit gröblich widerspricht“. Faktisch war damit eine allgemeine Möglichkeit geschaffen politisch unerwünschte oder sonst missliebige richterliche Entscheidungen ohne Bindung an die Rechtsmittelfristen und sogar ohne den Willen der Parteien zu beseitigen. Denn der Kassationsantrag konnte vom Generalstaatsanwalt der DDR oder eben vom Präsidenten des OG gestellt werden. Er war gegen Entscheidungen jeder Instanz vom Kreisgericht bis zum OG selbst möglich. Für das weitere Verfahren sollten die Vorschriften des Revisionsrechts analog gelten. Am Ende stand im Erfolgsfall die Aufhebung (Kassation) der angefochtenen Entscheidung. Insbesondere die Überprüfung von Zivilentscheidungen auf Initiative des Gerichtspräsidenten zeigt, dass in der DDR weder der Grundsatz der Gewaltenteilung noch das Prinzip der Privatautonomie beachtet wurden.

Verklagte darin gleichzeitig eine günstige Gelegenheit gesehen haben mag, bequem seinen eigenen Wohnort zu erreichen.

Wie im Kassationsantrag richtig ausgeführt ist, kann entgegen der vom Kreisgericht vertretenen Rechtsauffassung das Handeln des Verklagten schließlich auch nicht deshalb eine andere rechtliche Beurteilung erfahren, weil er die Fahrt einige Zeit unterbrochen [118] und dann unter Alkoholeinfluß fortgesetzt hat. Richtig ist nur, daß er dadurch, wie übrigem auch schon durch die eines vermeidbaren Umwegs, seine Arbeitspflichten verletzt hat. Arbeitspflichten verlieren ihren Charakter als solche nicht dadurch, daß sie ordnungswidrig ausgeführt werden; das begründet vielmehr gerade die arbeitsrechtliche materielle Verantwortlichkeit gemäß §§ 112 ff. GBA, sofern der Werk tätige dabei schuldhaft gehandelt hat.

Die in der Begründung der Entscheidung des Kreisgerichts vom 10. Dezember 1963 zum Ausdruck gekommene Auffassung ist rechtsirrig, daß nicht die Zivilkammer, sondern die Kammer für Arbeitsrechtssachen<sup>11</sup> zuständig wäre, wenn ein Dritter Ersatzforderungen gegen einen Werk tätigen geltend macht, weil dieser ihm in Erledigung von Arbeitspflichten schuldhaft Schaden zugefügt hat. Im Hinblick auf die Regelung der materiellen Verantwortlichkeit eines Werk tätigen für schuldhaft Arbeitspflichtverletzungen nach den Bestimmungen des GBA erhebt sich vielmehr die Frage, ob der Geschädigte den beanspruchten Ersatz überhaupt vom Verklagten verlangen kann.

Diese Frage hat das Kreisgericht nicht geprüft. Sie ist zu verneinen.

Den Werk tätigen werden vielfach Maschinen und Aggregate mit hohem Wert anvertraut. Sie werden vorwiegend innerhalb eines aufeinander abgestimmten Produktionsprozesses tätig und leiten und beaufsichtigen diesen oder arbeiten auch an anderen Aufgaben, die ganze erhebliche materielle Auswirkungen haben. Regelmäßig können sie im Rahmen ihrer Berufstätigkeit das Volkseigentum, aber auch Eigentum, Vermögen und auch die Person Dritter wesentlich mehr gefährden, als das außerhalb ihrer Berufstätigkeit möglich ist.

---

<sup>11</sup> 1963 waren die zunächst bestehenden Kreis- und Bezirksarbeitsgerichte durch Kammern für Arbeitssachen bei den Kreis- und Bezirksgerichten ersetzt worden. Das Kreisgericht war der Meinung, dass die Kammer für Arbeitssachen zuständig gewesen wäre, wenn es sich nicht wegen der Unterbrechung der Fahrt um einen außerhalb des Arbeitsrechts stehenden Fall handeln würde.

Der Erziehungsfunktion des sozialistischen Rechts<sup>12</sup> entspricht es daher einerseits, die Werk-tätigen materiell für die auf ihr schuldhaftes Handeln zurückzuführenden Schäden haften zu lassen, als auch andererseits, die Verantwortlichkeit in einer solchen Form auszugestalten, daß die Schwere der Pflichtverletzung, ihre bisherigen Leistungen und die bereits angewandten Erziehungsmaßnahmen berücksichtigt werden, damit nicht durch eine übermäßige, den konkreten Umständen nicht entsprechende Schadensersatzforderung die Freude an der Arbeit und der Anreiz zur weiteren Leistungssteigerung verloren gehen. Diesen Prinzipien entspricht die Regelung der materiellen Verantwortlichkeit im GBA, indem dem Betrieb gegenüber eine differenzierte Schadensersatzverpflichtung vorgesehen ist, die bei Fahrlässigkeit nur in Höhe des direkten Schadens [119] besteht und grundsätzlich auf den Betrag eines monatlichen Tariflohnes als Höchstgrenze beschränkt (§§ 112 ff. GBA).

Die gleichen Grundsätze müssen jedoch auch dann für die materielle Verantwortlichkeit eines Werk-tätigen gelten, wenn er durch eine schuldhaft Arbeitspflichtverletzung nicht den Betrieb, sondern einen Dritten geschädigt hat. Es ist nicht gerechtfertigt, daß in diesen Fällen an die Stelle der arbeitsrechtlichen, differenzierten und regelmäßig begrenzten materiellen Verantwortlichkeit, die vorwiegend der Erziehung des Werk-tätigen dient, die zivilrechtliche Haftung tritt, bei der neben ihrer erzieherischen Funktion zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte der Bürger die Wiedergutmachung des verursachten Schadens eine stärkere Beachtung verdient. Das muß um so mehr gelten, als, es andernfalls dem Zufall überlassen bliebe, ob der Werk-tätige in diesen Fällen nach arbeits- oder nach zivilrechtlichen Vorschriften zu haften hätte. Zunächst ist es bereits in der Art bestimmter Pflichtverletzungen begründet, daß er selbst keinen entscheidenden Einfluß darauf nehmen kann, ob ein etwa daraus entstehender Schaden im Betrieb der einem Dritten erwächst. Ist er aber einem Dritten entstanden, und zwar unabhängig davon, ob voraussehbar war, daß dieser und nicht der Betrieb geschädigt wurde, so müßte der Werk-tätige dann voll für den Schaden einstehen, wenn der Dritte ihn dafür in Anspruch nehmen könnte, nur nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen aber dann, wenn der Dritte gegenüber dem Betrieb seine Schadensersatzforderung geltend macht und der Betrieb beim Werk-tätigen Regreß nimmt<sup>13</sup>. Aus diesem Grunde ist es nicht zu billigen, daß der Werk-

---

<sup>12</sup> Hier kommt die dienende Funktion des Rechts und seine Unterordnung unter die politischen und wirtschaftlichen Ziele der Staatsführung besonders deutlich heraus.

<sup>13</sup> Dieses Argument ist genau genommen nicht überzeugend. Auch nach dem heutigen Arbeitsrecht haftet ein Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nur beschränkt. Gleichwohl besteht keine Notwendigkeit, die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten einzuschränken. Vielmehr werden dem Arbeitnehmer Freistellungsansprüche gegen den Arbeitgeber gewährt,

tätige bei einer Arbeitspflichtverletzung einem geschädigten Dritten neben dem Betrieb haftet. Die gesetzliche Ausgestaltung der Verantwortlichkeit eines Werkstätigen für schuldhaftes Verletzungen seiner Arbeitsaufgaben im Gesetzbuch der Arbeit muß vielmehr als eine abschließende Regelung aufgefaßt werden, mit der Wirkung, daß der Werkstätige nach anderen Vorschriften dafür nicht in Anspruch genommen werden kann, § 823 BGB insoweit also nicht mehr anwendbar ist. Für Fälle, in denen durch schuldhaftes Handeln in Ausübung der Berufstätigkeit einem anderen Werkstätigen desselben Betriebes ein Unfallschaden entstanden, ist, hat das Oberste Gericht diesen Grundsatz bereits in den Urteilen 2 Zz 10/63 vom 11. Juni 1963 (NJ, 1963, S. 604 und Arbeitsrecht, 1963, S. 425) und Za 34/63 v m 26. Juli 1963 (NJ, 1964, S. 28 und Arbeitsrecht, 1964, S. 189) ausgesprochen. Er gilt jedoch aus den dargelegten Gründen auch dann, wenn dadurch ein Dritter geschädigt wurde, der in keinem Arbeitsverhältnis zum [120] Betrieb stand. Daß ein Soldat der Nationalen Volksarmee für Schäden, die er schuldhaft bei Dienstauführung einem Dritten zugefügt hat, diesem gegenüber nicht haftet, sondern nur die Nationale Volksarmee, hat der erkennende Senat mit Urteil – 2 Uz 22/63 – vom 1. Oktober 1963 entschieden. Die Arbeitspflichtverletzung eines Werkstätigen begründet einem Dritten gegenüber die Haftung des Betriebes für den dadurch entstandenen Schaden nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB. Da zufolge der besonders geregelten arbeitsrechtlichen materiellen Verantwortlichkeit der Werkstätige in keinem Fall einem Dritten dafür einstehen muß, folgt, daß damit auch die in § 831 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Entlastungsmöglichkeit entfällt<sup>14</sup>; denn sie setzt voraus, daß der Schädiger unmittelbar haftet, die Haftung des Betriebes also nur zusätzlich eintritt. Wie in den erwähnten Entscheidungen – 2 Zz 10/63 und Za 34/63 – bereits ausgeführt ist, werden durch den Ausschluß der Verantwortlichkeit des Werkstätigen gegenüber dem Dritten dessen Rechte nicht beeinträchtigt; denn der Ersatz des Schadens ist durch den Betrieb, der sich nicht mehr entlasten kann, besser gewährleistet als durch den Werkstätigen. Es können somit dieser Rechtsanwendung auch nicht die Interessen des Geschä-

---

soweit er nach dem Innenverhältnis nicht haftet. Dieser Weg wäre auch für das OG gangbar gewesen. Es hätte also dem Kläger einen Ersatzanspruch gegen den verklagten Unfallverursacher zubilligen können und dem Unfallverursacher seinerseits einen Ausgleichsanspruch gegen den VEB gewähren können, sofern es der Meinung war, dass eine volle Haftung des Unfallverursachers nicht angemessen war. Übrigens wurde später durch eine Änderung von § 113 GBA ausdrücklich festgehalten, dass Schäden, die ein Werkstätiger durch Straftaten, die er unter Alkoholeinfluss begangen hat, verursacht hat, grundsätzlich voll zu ersetzen sind.

<sup>14</sup> 14 Die Auffassung des OG lässt sich mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Einklang bringen, dürfte aber in der Tat konsequent sein.

digten entgegenstehen<sup>15</sup>. Das Schlußurteil des Kreisgerichts vom 10. Oktober 1963 war aus diesen Gründen wegen Verletzung der §§ 112 ff. GBA aufzuheben. Der Kläger kann die gemäß § 67 des Versicherungsvertragsgesetzes<sup>16</sup> auf ihn übergegangene Forderung gegen den Verklagten nicht geltend machen. Aufzuheben war aber auch das Anerkenntnisteilurteil vom 2. Dezember 1963, da es gegen die §§ 160 und 307 ZPO verstößt. Obwohl ein Anerkenntnis im Protokoll über die mündliche Verhandlung nicht aufgenommen ist, hat das Kreisgericht das Anerkenntnisteilurteil erlassen. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Verklagte ein teilweises Anerkenntnis abgegeben hat oder nicht. Da zwingend vorgeschrieben ist (§ 160 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO), daß Anerkenntnisse in das Protokoll der mündlichen Verhandlung aufzunehmen sind, durfte ein Fehlen eines derartigen Vermerks, der gemäß § 162 ZPO auch noch zur Genehmigung den Beteiligten vorzulesen oder vorzulegen gewesen wäre, ein Anerkenntnisurteil nicht ergehen. Das Oberste Gericht hat bereits in mehreren Entscheidungen auf die Notwendigkeit der Einhaltung der Formvorschriften gerade im Anerkenntnisverfahren hingewiesen und ausgeführt, daß das nichts mit Formalismus<sup>17</sup> zu tun hat, sondern im Gegenteil wesentlich und unabdingbar zur Wahrung der sozialistischen Gesetzlichkeit durch die Gerichte gehört (vgl. Urteil vom 20. November [121] 1953 – 1 Zz 152153 –, OGZ, Bd. 3, S. 66 und Urteil vom 4. Februar 1960 -1 ZzF 58/59 - OGZ, Bd. 7, S. 141). Daran ist unbedingt auch weiterhin festzuhalten. Bei dieser Rechtslage war gemäß § 11 des Änderungsgesetzes vom 17. April 1963 (GBL I S. 65) in Verbindung mit entsprechender Anwendung von § 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO die Klage in Selbstentscheidung kostenpflichtig abzuweisen.

---

<sup>15</sup> 15 Im Ergebnis haftet dem Dritten also nur der staatliche Betrieb. Dieser kann eventuell bei dem Arbeitnehmer Regress nehmen. Dieses Resultat entspricht demjenigen, das sich aus dem Zusammenspiel von Art. 34 GG und § 839 BGB für die Haftung von Beamten ergibt. Keine Außenhaftung des Beamten. Statt dessen Haftung des Staates mit der Möglichkeit, den Schuldigen in Regress zu nehmen. Es ist vielleicht kein Zufall, dass in der DDR, wo es die Trennung von öffentlichem und privatem Recht nicht gab und das wirtschaftliche Handeln Sache des Staates war, für alle Arbeitnehmer ein ähnliches Haftungsrecht galt wie für die Beamten in Westdeutschland!

<sup>16</sup> Auch das Versicherungsvertragsgesetz, aus dem sich der Übergang des Schadensersatzanspruchs auf den Versicherten ergibt, gehört zu den gesamtdeutschen Gesetzen, die in der DDR weitergalten!

<sup>17</sup> Hinsichtlich der Voraussetzungen des Anerkenntnisurteils verteidigt das OG die Vorschriften der ZPO gegen Versuche eine aufweichenden Auslegung und verwahrt sich vorsorglich gegen den Vorwurf des Formalismus, der gern gebraucht wurde, um Abweichungen von Geist und Buchstaben der alten Gesetze zu rechtfertigen.