

Römisches Privatrecht I:

Allgemeine Grundlagen und Sachenrecht

Privatrecht [KASER §3 II]¹ ist die Wissenschaft des subjektiven Rechts. Das Privatrecht handelt von den Beziehungen zwischen gleichgeordneten Individuen. Es geht aus von der freien Dispositionsfähigkeit der Person. (Ausnahmen: objektive soziale Zwänge z.B. im Miet- oder Arbeitsrecht.)

1. Kapitel: Das subjektive Recht

Ein subjektives Recht ist eine Berechtigung eines Einzelnen gegenüber einem Andern.

§1 Rechtsperson und Rechtsverhältnis

Subjektive Rechte setzen Personen voraus. Diese treten zueinander in ein Rechtsverhältnis. Subjektive Rechte gibt es nicht ausserhalb der Person. Eigentum z.B. ist keine Rechtsbeziehung zwischen einer Sache und einer Person, sondern das Recht gegenüber allen andern, in der unbeschränkten Nutzungs- und Besitzbefugnis der Sache nicht gestört zu werden.

Rechtsperson (vgl. Art. 31 I ZGB i.V.m. Art. 11 ZGB)

Die Rechtsfähigkeit jedermanns ist ein relativ junger Grundsatz, der erst im 17. und 18. Jahrhundert entstanden ist. Die Rechtsfähigkeit ermöglicht es jeder Person, Rechte und Pflichten zu haben (Art. 11 II ZGB); aber nicht auch, solche auch zu begründen (Art. 12 ZGB).

Die juristische Person ist ebenfalls eine neuere Errungenschaft (19. Jh.). Sie erlangt Persönlichkeit kraft Gesetzes (Art. 52, 53 ZGB) und wird handlungsfähig durch die Bestellung ihrer Organe (Art. 54 ZGB).

Rechtsverhältnis

Ein Rechtsverhältnis entsteht aus Rechtsbeziehungen; die Summe aller Rechtswirkungen aus Rechtsbeziehungen nennt man Rechtsverhältnis.

Nach Max Weber werden soziale Beziehungen mit zunehmender Rationalisierung der Gesellschaft kalkulierbarer. Je vielfältiger die möglichen Verhaltensweisen sind, desto eher werden einzelne, für die Gesellschaft überlebenswichtige Verhaltensweisen standardisiert und bevorzugt. Die einzige Verhaltensweise in Bezug auf einen Vertrag ist dessen Einhaltung.

Ursprünglich bloss soziale Beziehungen werden so zu juristischen Beziehungen. Das Recht ist ein Subsystem des gesamten Gesellschaftssystems, es beschäftigt sich mit den für die Gesellschaft wichtigen Verhaltensweisen und Normen. Und nur für diese ausgewählten Verhaltensweisen ist bei Nichteinhaltung eine Bestrafung vorgesehen. (Natürlich kann auch

¹ KASER, MAX: Römisches Privatrecht, München 1992, 16. durchgesehene Auflage.

ein nicht-rechtlicher Normverstoss durch die Gesellschaft geahndet werden, z.B. durch sozialen Ausschluss.)]

§2 Der Begriff und die Erscheinungsformen des subjektiven Rechts

I. Begriff

Objektives Recht: Das objektive Recht ist die Summe aller rechtlichen Vorschriften, welche in einem bestimmten Raum zu einer bestimmten Zeit gelten.

Subjektives Recht: Ein subjektives Recht ist eine konkrete Berechtigung einer Person einer andern gegenüber (z.B. eine Forderung).

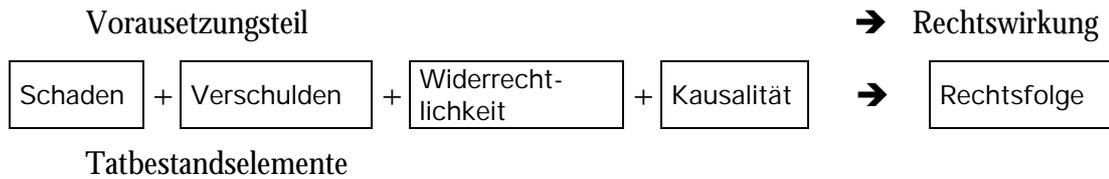
Ein subjektives Recht hat als Voraussetzung immer einen objektiven Rechtssatz. Es gibt kein subjektives Recht, das nicht das objektive Recht zur Grundlage hätte, aus dem es sich ableitet.

Rechtsanwendung: Rechtsanwendung geschieht durch logisches Schliessen: Ein Sachverhalt (Untersatz) wird unter eine allgemeine Norm (Obersatz) subsumiert, anschliessend wird aus den beiden Sätzen durch Syllogismus (*modus barbara*) die Rechtsfolge abgeleitet.

Eine allgemeine Norm besteht zumeist aus zwei Teilen: Voraussetzungen und Rechtsfolgen (vgl. z.B. Art. 41 OR).

Voraussetzungen:

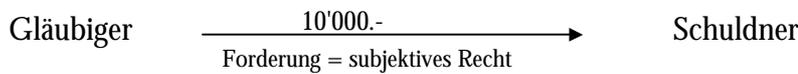
- Schaden: Das Vermögen, wie es ohne den eingetretenen Schaden anzunehmen wäre, minus das effektive Vermögen nach dem Eintritt des Schadens.
- Widerrechtlichkeit: Die Handlung, die zum Schaden führt, muss ein Rechtsgut betreffen, das absolut geschützt ist (Eigentum, Persönlichkeit usf.).
- Verschulden: Vorsatz, Absicht (*dolus*): Handeln mit Wissen und Willen, d.h. kennen und wollen des Erfolges.
Fahrlässigkeit i.e.S. (*culpa*): Unterlassen der notwendigen, üblichen, und angemessenen Sorgfalt. (Grobe Fahrlässigkeit: Verletzung der elementarsten Sorgfalt.)
- Kausalität: Der naturwissenschaftliche Kausalitätsbegriff (Ursache-Wirkung) ist für rechtliche Belange nicht geeignet, mit seiner Hilfe liesse sich unendlich weit zurück eine Kausalkette konstruieren.
Deshalb hat man die adäquate Kausalität eingeführt: Adäquat kausal ist ein Ereignis mit einem andern verknüpft, wenn das ursprüngliche Ereignis nach der allgemeinen Lebenserfahrung und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet ist, die Folge (das zweite Ereignis) herbeizuführen.



Im Subsumtionsvorgang wird der effektive Sachverhalt mit dem Voraussetzungsteil der Norm verglichen, bei Übereinstimmung kann die Rechtsfolge eintreten.

1. Auslegung: Herausarbeiten des juristischen Tatbestandes, des Voraussetzungsteils aus der Norm.
2. Subsumtion: Vergleichen des Lebenssachverhaltes mit dem juristischen Tatbestand.
3. Folgerung: Rechtsfolge

II. Relatives subjektives Recht (die Forderung) [KASER §4 I]

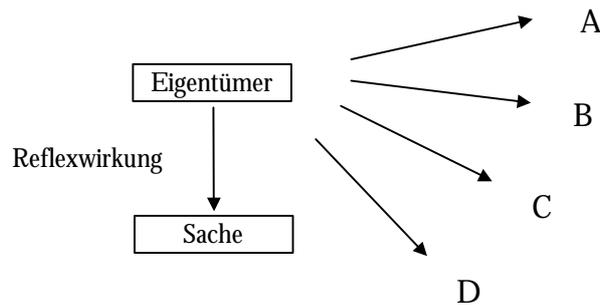


Eine Forderung ist eine Beziehung ausschliesslich zwischen zwei Personen (*inter partes*).

III. Absolutes subjektives Recht (z.B. Eigentum) [KASER §4 I; §22 II 1b, 2]

Ein absolutes subjektives Recht ist ein Recht, das gegenüber jedermann (*erga omnes*) geltend gemacht werden kann (z.B. das Eigentum).

Eine Berechtigung (ein subjektives Recht) bedingt zugleich auf der Schuldnerseite eine Verpflichtung. Eigentum [KASER §4 I 1b; §12 I 2b; §22] ist kein Recht an einer Sache, sondern ein Recht allen andern gegenüber; denn eine Sache kann nicht verpflichtet werden, kann keine Verpflichtung eingehen.



Die Beziehung des Eigentümers zur Sache ist kein subjektives Recht, sondern eine blosse Reflexwirkung des subjektiven Rechtes *erga omnes*. Weil alle andern von der Sache ausgeschlossen sind, steht die Sache allein dem Eigentümer zur Verfügung.

IV. Subjektives Recht und Anspruch [KASER §4 I, II; §87 I 5, II 3]

Für die Gruppe der subjektiven Rechte: Damit ein subjektives Recht durchgesetzt werden kann, muss zuerst ein Anspruch entstanden sein. Die Forderung (das subjektive Recht) z.B. aus Vertrag entsteht mit dessen Abschluss. Der Anspruch auf die im Vertrag vereinbarte Leistung aber entsteht erst mit Fälligkeit der Schuld (vgl. Art. 75 OR). Erst wenn die

Leistung fällig ist, d.h. ein Anspruch besteht, kann das subjektive Recht (notfalls staatlich) durchgesetzt werden.

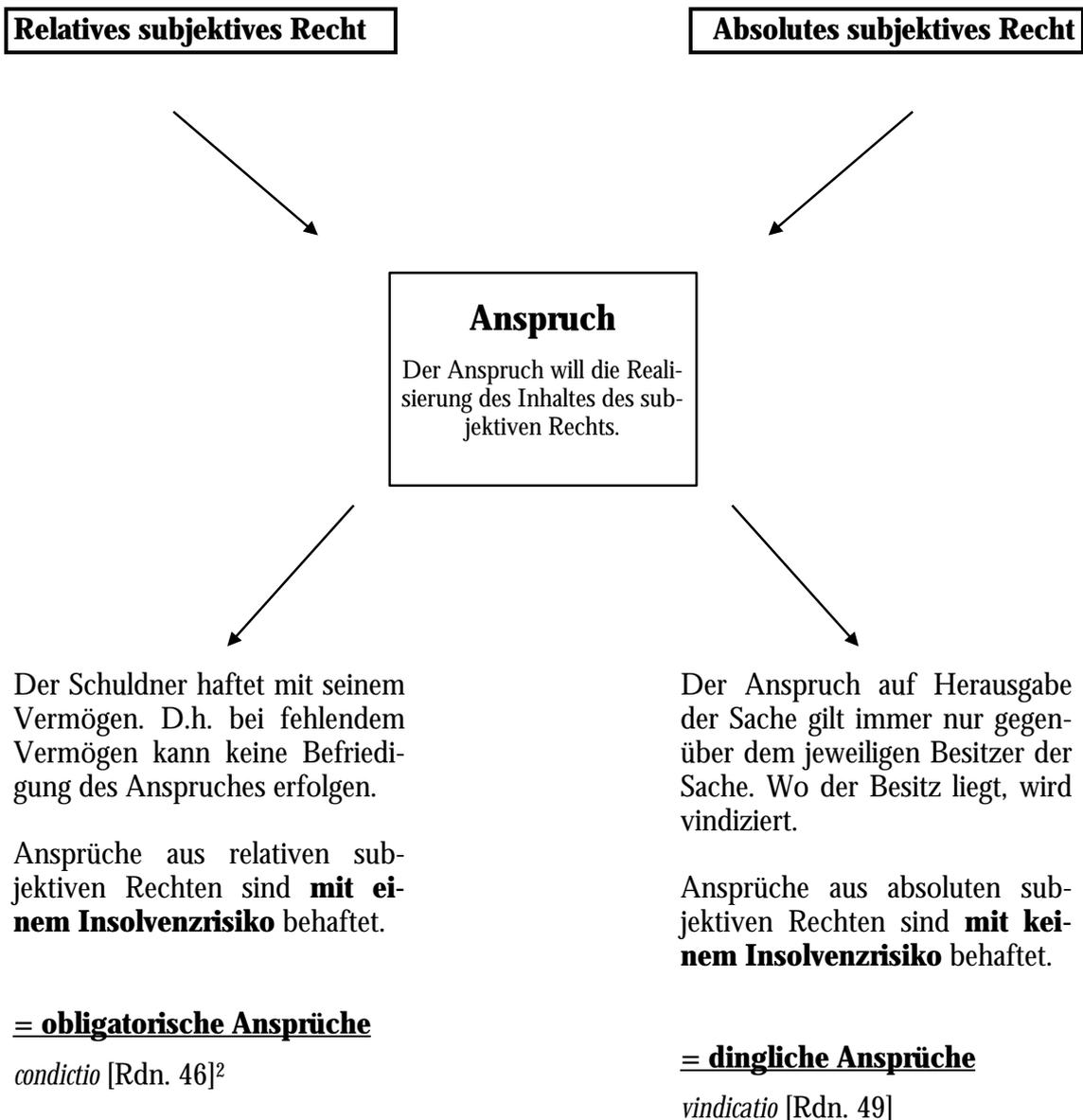
Der Anspruch will die Verwirklichung dessen, was das subjektive Recht schon vorgesehen hat.

Für absolute subjektive Rechte (insbes. Eigentum): Eigentum ist ein subjektives Recht *erga omnes* auf Unterlassung von Eingriffen in die jeweilige Sache. Im Falle eines Eingriffes (z.B. einer Entwendung) entsteht dem Eigentümer eine Forderung allein gegenüber dem Entwender: Der Entwender schuldet dem Eigentümer den Besitz an der Sache. Diese Forderung auf Rückerstattung ist sofort durchsetzbar, ist also ein Anspruch (auf Wiederherstellung des Zustandes, welcher das subjektive Recht Eigentum vorsieht).

Art. 641 II OR gesteht dem Eigentümer zwei Ansprüche zu:

- a) Anspruch auf Abwehr ungerechtfertigter Eingriffe: *actio negatoria*.
- b) Anspruch auf Herausgabe der Sache: *rei vindicatio* (Vindikation).

Auf der Stufe des Anspruchs beinhalten beide das relative subjektive Recht und das absolute subjektive Recht, die Forderung nach (Wieder-)Herstellung eines im subjektiven Recht inwohnenden bzw. eines früheren Zustandes.



§3 Die *actio* als Verkörperung des subjektiven Rechts: Der Anspruch
[KASER §2 II 2; §4 II; §33 I; §80 I, II 3a; §87 I 5, II 3]

In der Schweiz ist die gerichtliche Umsetzung eines Anspruches, also das Eingeben einer Klage, formfrei möglich. Das Römische Recht hatte die Umsetzung des Anspruches formalisiert: In der *actio*, der Klage. Die *actio* war Trägerin des Anspruches. Eine *actio* musste beim Prätor (einem Magistratsbeamten) [KASER §2 II 1; §80 II 3a] in der gültigen Form eingereicht werden. Er gewährte die *actio* (und hatte die Befugnis, weitere *actiones* zu erlassen) [KASER §82].

Die Formel einer *actio* (z.B. der *actio certae creditae pecuniae*) [Rdn. 388] [KASER §39 I 2; §40 II 1; §80 II 1] kann in zwei Teile gegliedert werden, sie enthält den Anspruch und zugleich auch die Prozessanweisungen (im Römischen Recht wurde die Unterscheidung zwischen

² Randnummern der Quellentexte in: HUWILER, BRUNO: Textbuch zum Römischen Privatrecht, Bern 1995, 6. überarbeitete Auflage.

Privat- und Prozessrecht noch nicht in der Weise vorgenommen wie heute, nach der Ausdifferenzierung im Mittelalter unter dem Einfluss der Scholastik):

a) **intentio** (Klagefundament) [Wenn es sich erweist ... das N^mN^m verpflichtet ist, ...] [KASER §83 I 3a]

Anders als im heutigen Recht ergab sich der Anspruch nicht aufgrund des Gesetzes (*lex*), sondern man suchte die für den jeweiligen Anspruch passende *actio*. Die *actiones* waren öffentlich auf dem *forum romanum* angeschlagen. A^oA^o hatte nun die Voraussetzungen der gewählten *actio* nachzuweisen: Schuldverhältnis, Fälligkeit der Schuld usw.

Ein Beweis wurde als geglückt erachtet, wenn es dem Kläger gelang, den Richter zu überzeugen, dass ein anderer als der dargebrachte und (durch Schriftstücke und Zeugen) belegte Sachverhalt höchst unwahrscheinlich gewesen wäre.

Dann wurde die Gegenpartei zur Beweisführung zugelassen. Sie hatte es insofern leichter als sie nur nachzuweisen brauchte, dass auch ein anderer als der vom Kläger vorgebrachte Gang der Dinge im Bereich des Möglichen gelegen hätte.

b) **condemnatio** (Anweisung an den Richter, zu verurteilen) [...dann ... freisprechen.] [KASER §83 I 3b]

Der Richter hatte nun die Beweise der beiden Parteien (nach seinem Ermessen) zu würdigen, und dann sein Urteil zu fällen. Entweder verurteilte er den Angeklagten zur Leistung seiner Schuld, oder er wies die Klage ab. (War er jedoch von keiner der beiden Darstellungen überzeugt, durfte er nicht verurteilen.)

Der Prätor lud N^mN^m ein, sich an der *condictio* zu beteiligen. Beteiligte sich N^mN^m , wurde ein Vertrag (*litis contestatio*) [KASER §82 III] geschlossen [Rdn. 579 und 582], in dem sich beide Parteien auf das vorliegende Formular (*actio*) einigten und sich verpflichteten, sich dem Urteil des Richters zu beugen. Durch diese *litis contestatio* (Streitbefestigung) ist das Rechtsverhältnis (Gläubiger \leftrightarrow Schuldner) zu einem Prozessverhältnis (Kläger \leftrightarrow Angeklagter) geworden.

Dann bestimmte der Prätor (bei Einigkeit nach dem Wunsche der Parteien) einen Richter [KASER §81 II 2; §82 II 5, III 3], dessen Name in das Formular eingetragen wurde: *Iudex esto...* [Rdn. 584]. Dann wurde die *actio* an den Richter weitergegeben. Dieser war verpflichtet, das Verfahren durchzuführen und ein Urteil zu fällen [Rdn. 586a] [KASER §84].

Ein gefällttes Urteil war gültig, eine Appellation an ein höheres Gericht gab es nicht. Es folgte die Vollstreckung [KASER §85].

Sollte sich N^mN^m nicht auf die Streitbefestigung eingelassen haben, stellte dies der Prätor fest und erliess die *missio in bona* (die Einweisung in das Vermögen) [KASER §82 II 4e; §85 I, II 2b, §86 III; §87 I 10], d.h. der Kläger erhielt die Berechtigung, das Vermögen des Beklagten an sich zu ziehen und es zu versteigern, um so seine Ansprüche zu befriedigen. Das war ein indirekter Zwang des Römischen Rechts dem Beklagten gegenüber, sich an der Streitbefestigung zu beteiligen.

Bemerkungen zur *actio*:

[Rdn. 44f]: Die *actio* ist bereits in der Obligation (Forderung) vorhanden.
[Rdn. 44g]

[Rdn. 44d]: Auch der Anspruch ist ein subjektives Recht: Das ursprüngliche subjektive Recht erweitert um den Aspekt der Durchsetzbarkeit.

[Rdn. 46]: Das relative subjektive Recht und das absolute subjektive Recht führen beide zu einem Anspruch, abstrahiert vom Ursprung.

[Rdn. 45]: Da aber die *actio*, bzw. der Anspruch die Wiederherstellung eines ursprünglichen Zustandes bezweckt, bleibt die ursprüngliche Art des subjektiven Rechts trotzdem in der *actio*, bzw. im Anspruch erhalten.

I. *actio in personam* und *actio in rem*

Die Unterscheidung in *actiones in personam* und *actiones in rem* bezeichnet blosse Gattungsbegriffe (also keine spezifischen *actiones*), unter welche die einzelnen *actiones* eingeordnet werden können.

actiones in personam [KASER §4 I, II 1b; §82 II 4e] sind Ansprüche aus relativen Rechten. Sie ermöglichen die *condictio*.

Historische Aspekte: Obligationen entstanden bei den Römern ursprünglich immer aus Delikt. Die abstrakte Vertragsbindung war noch nicht bekannt. Das Nichteinhalten von Verträgen wurde als Delikt gesehen.

Der Prätor konnte im Prozessfalle den Schuldner dem Kläger im eigentlichen Sinne zusprechen, und dieser konnte mit dem ihm zugesprochenen Schuldner nach seinem Belieben verfahren: Von geringer Bedeutung dabei war wohl die Tötung des Schuldners, Normalfall war wohl Schuldknechtschaft oder Verkauf in die Sklaverei (Verkauf *trans Tiberim*). Durch einen Bürgen (*vindex*) konnte dieses Schicksal vom Schuldner abgewendet werden [KASER §81 III 1].

Die Vollstreckung einer Forderung aus Obligation war also auf die Person gerichtet (deshalb *in personam*). Diese Bezeichnung wurde beibehalten, auch als in Rom längst schon der Gläubiger nur noch Zugriff auf das Vermögen des Schuldners hatte und nicht mehr auf dessen Person.

actiones in rem [KASER §4 I, II 1b; §27 I 4b; §30 I 2, II 2; §81 III 3; §82 II 4e; §83 II 5] sind Ansprüche aus absoluten Rechten. Sie ermöglichen die *rei vindicatio*.

Historische Aspekte: Bei der Vindikation musste die Sache, um die es ging, im Verfahren anwesend sein. War der Beklagte und die Sache nicht anwesend, so entstand eine *actio in personam* auf Herbeiführung der Sache. Kam der Beklagte seiner Pflicht dennoch nicht nach, verfügte der Prätor *missio in bona*.

Wollte sich der Beklagte nicht auf den Prozess einlassen, hatte aber dem Gericht die Sache überlassen, wurde sie dem Kläger zugesprochen (*duci vel ferri*). Dieser erhielt direkten Zugriff auf die Sache.

Ein Grundsatz des Römischen Rechts war, dass alle *actiones in rem* (im Verurteilungsfalle) zur Verurteilung in den Geldwert der Sache führten [Rdn. 587]. Liess sich also ein Beklagter auf einen Prozess um die Rückgabe einer Sache (z.B. weil er sie gestohlen hatte) ein, so

musste er auch im Falle der Verurteilung die Sache nicht zurückgeben, sondern deren Geldwert dem Kläger bezahlen.

Dass nun dieses System nicht ausgenützt wurde, um z.B. in den Besitz einer im Grunde unverkäuflichen Sache zu gelangen, konnte der Kläger (und nicht etwa der Richter) den (ideellen) Wert der Sache schätzen. Mancher verzichtete dann wohl freiwillig auf den Besitz der Sache und liess sich gar nicht erst auf den Prozess ein, weil ihm der geforderte Preis zu hoch war.

Die Unterscheidung in obligatorische und sachenrechtliche *actiones* ist für die heutige Unterscheidung im Recht grundlegend. Für die Römer war diese Unterscheidung eher eine Sache der Tradition.

II. *actio civilis* und *actio honoraria* [KASER §2 II 2]

actiones sind entweder zivil- oder honorarrechtlich, d.h. entweder *actiones civiles* oder *actiones honorariae*.

ius civile [KASER §2 II 2a]

Unter den Begriff des *ius civile* gehören alle *actiones* die sich auf das objektive Römische Recht stützen [Rdn. 20]. Die Träger des Römischen Privatrechts waren aber nun nicht Gesetze (*leges*) oder das geschriebene Recht, sondern erst die jeweiligen *actiones* selbst, die auf dem Forum angeschlagen waren.

Die wichtigste Quelle des *ius civile* ist die (stark der Tradition verhaftete) Auslegung der Rechtsgelehrten. Die staatliche Rechtsgebung ist im Privatrecht zu vernachlässigen.

Die starke Verwurzelung des Rechts in der Tradition („Was früher nützlich war, kann nicht schlecht sein.“) hat zu tun mit seiner Nähe zur Religion.. Jedoch haben die Römer nicht starr an den überkommenen Traditionen festgehalten, sondern sie durchaus modifiziert und der Zeit angepasst.

Religion und Recht sind zu verstehen als Möglichkeiten der Rückversicherung, im ersten Fall gegenüber den Göttern (die durch Opfer gnädig zu stimmen sind) und im andern Fall als Schutz gegenüber den andern Mitmenschen (Angstabwehr). Religion regelt das Verhältnis der Menschen zu den Göttern und Recht dasjenige zwischen den Menschen. Das Recht wurde ursprünglich von der gleichen Amtsperson (*pontifex maximus*) verwaltet, die auch für den Tempel zuständig war.

ius honorarium [KASER §2 II 2b]

Das *ius civile* wurde im Verlauf der raschen Entwicklung der römischen Gesellschaft bald einmal zu eng. Durch das Amt des Prätors wurde jedoch genügend Flexibilität geschaffen, damit das Recht dieser Entwicklung zu folgen vermochte. Dem Prätor oblag es nicht nur, den Bestand der *actiones* zu verwalten, er konnte zusätzlich neue *actiones* schaffen. Mit diesen neuen *actiones* füllte der Prätor „echte“ Lücken im Gesetz (vgl. Art. 1 ZGB). Dieses neu geschaffene Recht nennt man *ius honorarium* [Rdn. 21].

Das Amt des Prätors (von einem Jahr Dauer) bildete nur eine Stufe der römischen Ämterlaufbahn. Jeder nur einigermaßen wichtige Römer war einmal Prätor (so auch *Cicero*, *Caesar* usw.). Unter ihnen auch Leute von wenig Rechtskenntnis. Dem Prätor war ein *concilium* zur Seite gestellt, das ihn beriet. Dieses bestand aus rechtskundigen Personen, was die Beständigkeit und Stabilität des Römischen Rechts trotz der ständig wechselnden Prätores erklärt. [KASER §2 II 1]

Anwendungsfall einer Täuschung [Rdn. 168 - 169]

Vorerst ist die Möglichkeit der vertraglichen Haftung und die der ausservertraglichen Haftung (Art. 41 I OR) zu prüfen.

Bei Haftung aus Vertrag käme als einziger der Schenkungsvertrag in Frage. Dann hätte sich N^mN^m jedoch nur zur Unterlassung verpflichtet. Da die Römer aber den Schenkungsvertrag noch gar nicht kannten, besteht in diesem Fall gar kein Vertragsverhältnis.

Bei der ausservertraglichen Haftung könnte sich A^oA^o auf die *actio legis Aquiliae* [Rdn. 34] berufen, eine *actio* die sich auf die *lex Aquilia* [Rdn. 3 - 5] stützt, und die ein Prätor auf dieser Grundlage geschaffen hat. Diese *actio* gehört deshalb zum *ius civile*.

Obwohl die *actio* den Anspruch begründete und nicht die *lex*, ist die *lex* Geltungsgrundlage und inhaltsbestimmend für die *actio*.

In unserem Falle aber sind die Voraussetzungen der *actio legis Aquiliae* nicht erfüllt, es ist zwar Schaden entstanden (Miete der Tagelöhner, Gerätemiete usw.), aber es fehlt an der Widerrechtlichkeit, d.h. an der Verletzung eines absolut geschützten Rechts. Es ist lediglich Vermögensschaden entstanden, und solcher war im Römischen Recht für die aquilische Haftung nicht relevant. (Er ist es auch heute im Falle des Art. 41 I OR nicht.) Die ausservertragliche Haftung entfällt also ebenfalls.

Der Prätor (Gaius Aquilius Gallus) schafft nun, um diesen Fall trotzdem zu ahnden, eine neue *actio*, die *actio de dolo* [Rdn. 169].

Die Voraussetzungen (Schaden, Arglist, Kausalität) sind in diesem Fall gegeben. Ein Vermögensschaden reicht für die *actio de dolo* aus.

Stützt man sich heute auf **Art. 41 I OR**, so muss ebenfalls Widerrechtlichkeit, d.h. die Verletzung eines absoluten Rechts vorliegen, ein blosser Vermögensschaden reicht nicht aus. Das Bundesgericht ist jedoch daran, die ausservertragliche Haftung auszuweiten, indem es auch Schadenersatz infolge Verstosses gegen im StGB aufgeführte Schutznormen zuspricht.

Art. 41 I OR hat seine Entsprechung in der *actio legis Aquiliae*.

Art. 41 II OR hat seine Entsprechung in der *actio de dolo*.

(Wenn Art. 41 II OR von „gegen die guten Sitten verstossender Weise“ spricht, so meint es mit „guten Sitten“ diejenigen ethisch-moralischen Verhaltensnormen, die dem Gesetz unausgesprochen zugrunde liegen.)

1. *actio directa* und *actio utilis* [KASER §3 V 2; §83 I 2]

Das *ius civile* war nur für römische Bürger gültig und anwendbar, Fremde gehörten nicht zur Rechtsgemeinschaft, sie waren rechtsfrei (u.A. Rechtsgrund der Sklaverei).

Zuwanderung und die Grössenausdehnung Roms führten zur Frage, wie die Rechtsverhältnisse mit Fremden (*peregrini* [KASER §3 III 2a, 3a; §80 II 4a]) zu regeln seien. Aus dem bestehenden Gastrecht entwickelte sich schliesslich unter bestimmten Umständen Rechtsgarantie und Rechtsteilnahme. Die *peregrini* erhielten das Recht, Handelsgeschäfte nach Römischen Recht abzuschliessen (*commercium* [KASER §3 II 1; §68 III 2]), und die Heirat mit Römern bzw. Römerinnen wurde ihnen gestattet (*conubium* [KASER §3 III 1; §58 III 4; §60 II 1]).

Die *peregrini* wurden - in juristischer Fiktion - behandelt, als wären sie römische Bürger (*cives Romani*) [Rdn. 41ff.].

Mit der Zeit wurden allerdings die *actiones* nicht mehr mit dieser Fiktion ausgestattet und waren doch auch für Fremde gültig. Nur noch diejenigen *actiones*, die direkt auf Volksgesetze zurückgingen, enthielten weiterhin diese Fiktion.

Schädigte ein Römer einen Fremden, würde dem Fremden, wäre er ein Römer, die *actio legis Aquiliae* [KASER §51 II 1] erteilt. Im Falle des Fremden erteilt der Prätor sie jedoch nicht als *actio civilis*, sondern in abgeänderter, erweiterter Form als *actio honoraria*: als *actio utilis ficti-*

ciae legis Aquiliae. Der Prätor schliesst die Gesetzeslücke indem er zwischen dem Fremden und dem Römer einen Analogieschluss ausführt. Er übernimmt die Funktion des Gesetzgebers (Art 1 ZGB). Der Prätor kann also erstens eine *actio civilis* mit Änderungen versehen (z.B. *actio utilis ficticiae legis Aquiliae*) oder eine völlig neue *actio* schaffen (z.B. *actio de dolo*). In jedem Fall spricht man von einer *actio honoraria*.

Erweitert der Prätor eine vorhandene *actio*, so spricht man in Bezug auf die ursprüngliche *actio* von *actio directa* und von der neuen *actio* als der *actio utilis* (Analogieklage).

2. *actio in factum* [KASER §2 II 2b; §3 V 2; §33 I 2; §45 I; §82 II 1; §83 I 2]

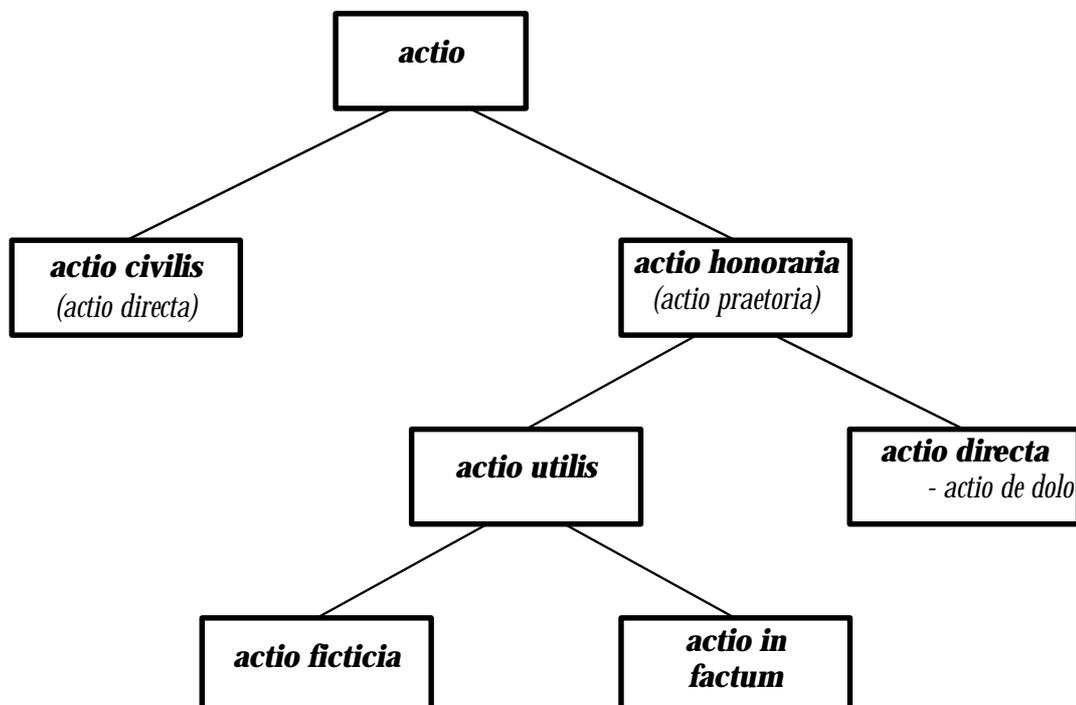
Das Gesetz fordert in der *lex Aquilia* [Rdn. 5] den unmittelbaren kausalen Eintritt des Schadens. Damit werden aber alle diejenigen Fälle nicht erfasst, in denen der Schaden erst mittelbar eintritt (z.B. Einsperren und Verhungernlassen von Tieren) [Rdn. 36]. Die abgeänderte Form der aus der *lex Aquilia* folgenden *actio* lässt neben der unmittelbaren Kausalität auch eine adäquate Kausalität gelten [Rdn. 40].

Auch diese *actio in factum* ist eine *actio utilis*, eine (für einen bisher nicht erfassten Fall) brauchbar gemachte *actio*.

III. Übersicht über die *actiones*

Die *actiones* stützen ihre Autorität und Wirkung auf zwei verschiedene Geltungsgründe: Die *actiones civiles (directae)* auf das *ius civile* und die *actiones honorariae* auf die Macht und den Einfluss des Prätors.

In den *actiones civiles*, die sich auf das *ius civile* stützen, steht das „*dare oportet*“, fehlt es oder steht es im Konjunktiv, dann handelt es sich zumeist um eine *actio honoraria*.



§4 Die Einrede (*exceptio*) [KASER §4 II 2; §9 I 2; §80 I; §82 II 4c; §83 II 11; §87 I 6, II 5]

Die Einrede (wiederum eine Formel, die subjektive Rechte verkörpert) gehört in das Gebiet der *ius honorarium*, sie ist typisches Prätorienrecht. Die Einrede ist jedoch kein Anspruch, sondern ein Leistungsverweigerungsrecht.

In den *actiones* und *exceptiones* ist das gesamte objektive Römische Privatrecht enthalten.

Fallbeispiel zur Einrede:

(V) verkauft dem gutgläubigen (K) eine Sache, die jedoch im Eigentum von (E) steht, von dem (V) sich die Sache geliehen hat. Gemäss Art. 714 II und Art. 933 ZGB i.V.m. Art. 3 ZGB wird (K) Eigentümer der Sache. Denn (E) hatte beim Verleihen der Sache immerhin die Möglichkeit, die Person seines Vertrauens (den Borger) einzuschätzen (Sprichwort: Trau, schau, wem). Diese Möglichkeit hatte (K) beim Kauf nicht.

Art. 714 II ZGB: (K) muss gutgläubig sein. Guter Glaube ist das Nichtkennen eines Rechtsmangels, so lange man den Rechtsmangel nicht kennt, ist man gutgläubig. Erkennt (K) jedoch den Rechtsmangel aufgrund eigener Fahrlässigkeit nicht, wird sein guter Glaube nicht geschützt (auch wenn dieser weiterhin besteht). Guter Glaube vermag einen Rechtsmangel zu heilen (Konvaleszenz).

Art. 933 ZGB: (E) muss (V) die Sache anvertraut haben, d.h. (V) darf sie nicht gestohlen haben u.ä.

(E) hat die Möglichkeit (V) aus Vertrag haftbar zu machen, denn der Borger schuldet ihm nach Ablauf des Vertrags die Rückgabe der Sache. (Mögliche wäre auch Haftung aus unerlaubter Handlung.)

Art. 934 I ZGB: Ist die Sache ohne Willen des (E) in den Besitz des (V) gekommen, dann kann (E) den Besitz innert 5 Jahren wiederherstellen, d.h. die Sache von (K) zurückfordern. Er hat einen Anspruch aus der Verletzung eines absoluten subjektiven Rechts: die *rei vindicatio*. In diesem Fall wird der gute Glaube des (K) nicht geschützt. (Vgl. auch Art. 920 ZGB: Nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Besitzer kann die Sache zurückfordern.)

Art. 934 II ZGB: War (V) ein Händler derartiger Sachen, d.h. hatte er eine besondere Vertrauensstellung gegenüber (K), dann wird (K) wiederum in seinem guten Glauben geschützt. (K) wird jedoch nicht Eigentümer der Sache, sondern hat nur einen Anspruch auf Vergütung des von ihm bezahlten Preises. Und so lange (E) ihm diesen Preis nicht bezahlen will, kann er die Leistung (Übergabe der Sache) verweigern. (K) macht demnach nicht geltend, dass der Anspruch nicht bestehe, sondern er macht ein subjektives Gegenrecht geltend, er hat eine Einrede. Die Einrede vermag den Anspruch zu hemmen. Sobald aber (E) den Preis bezahlt, fällt das Gegenrecht, die Einrede dahin.

I. Die Einrede als subjektives Recht

Die Einrede kann in zwei Varianten vorkommen: Erstens als *dilatorische* Einrede (z.B. Art. 934 II ZGB), die eine zeitweilige Hemmung des Anspruchs bewirkt, und zweitens als *pe-*

remtorische Einrede (z.B. Art. 127 OR), die für alle Zukunft hemmend auf einen Anspruch wirkt [Rdn. 57].

Die Einrede (Leistungsverweigerungsrecht) bringt die Forderung nicht zum Erlöschen, die Forderung besteht weiterhin, sie kann jedoch nicht mehr durchgesetzt werden. Die Einrede hemmt den Anspruch.

Als subjektives Recht muss die Einrede von demjenigen vorgebracht und (weil er damit zum Kläger wird [Rdn. 53]) bewiesen werden, welcher sich auf sie beruft. Der Richter darf sie nicht von sich aus berücksichtigen (vgl. Art. 142 OR).

1. exceptio doli (generalis) [KASER §4 II 2; §8 V 2; §9 II 2; §22 II 2b; §26 III 6; §27 I 7c, IV; §33 IV 3, 4; §36 III 2; §37 III 2; §38 IV 2b; §46 I 3a; §53 I 4c, III 4; §83 II 11]

Ego (E) und Tu (T) stipulieren [KASER §40 I] ein Darlehensgeschäft: (E) verpflichtet sich, dem (T) sofort 10'000 Sesterzen (HS) zu geben. Im Gegenzug verspricht (T), ebenfalls durch Stipulation, dem (E) in einem halben Jahr 10'000 HS zu geben. (E) erfüllt jedoch seine Schuld nicht, verlangt aber nach einem halben Jahr von (T) die Bezahlung der 10'000 HS [Rdn. 54: 1. Fall].

(E) kann mit Hilfe der actio certae pecuniae [Rdn. 388] seine Forderung durchsetzen, er kann sich auf eine gültige Stipulation berufen. (T) soll also, obwohl er von (E) nichts erhalten hat, diesem 10'000 HS geben!

Der Richter darf und muss nur prüfen, was in der Formel der *actio* enthalten ist, folglich müsste er den (T) dazu verurteilen, die 10'000 HS zu bezahlen. Diesem Anspruch kann (T) aber ein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen: die *exceptio doli*.

Wenn (E) vom Prätor die *condictio (actio certae pecuniae)* [Rdn. 388] zugesprochen erhält, kann (T) zusätzlich die *exceptio doli* [vgl. Rdn. 55, 56 und 58] einfügen lassen.

Die *exceptio* ist nun ebenfalls Formelbestandteil, der Richter hat den Fall jetzt nach dieser neuen Formel zu beurteilen. Dies bedeutet, dass er auch den *dolus*, die Arglist des (E) zu prüfen hat.

Die *exceptio doli* umfasst die in der Vergangenheit begangene Arglist [vgl. Rdn. 57c], sowie diejenige in der Gegenwart. Denn (E) handelt erst durch die Geltendmachung der Forderung arglistig (*dolus in agendo*). Diese auch auf die arglistige Geltendmachung von Forderungen bezogene Wirkung der *exceptio doli* ist mit dem Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 II ZGB zu vergleichen.

2. exceptio pacti conventi [KASER §33 IV 3; §38 III 1; §53 II 3b]

(E) hat (T) gegenüber wiederum eine Forderung von 10'000 HS. Sie vereinbaren jedoch mittel formfreier Vereinbarung (pactum) den Erlass der Forderung [Rdn. 54: 2. Fall].

Die Forderung geht deshalb aber nicht unter, weil eine formfreie Vereinbarung (*pactum*) keinen rechtserheblichen Anspruch entstehen lässt [Rdn. 456ff.] (im Gegensatz dazu: Art. 115 OR). Wieder könnte (E) die Forderung mittels *condictio* geltend machen.

Der Prätor gewährt aber auch dem *pactum* Rechtsschutz [Rdn. 457], aus dem *pactum* entsteht zwar keine *actio*, aber immerhin eine *exceptio*: die *exceptio pacti conventi* [Rdn. 59]. Für diese *exceptio* gibt es keine Musterformel, weil immer der Inhalt der Vereinbarung auch den Inhalt der *exceptio* bildet. Für diesen Fall gibt es aber, weil er wohl häufig war, eine Art Musterformel [Rdn. 458].

Für diesen Fall wäre zwar auch die *exceptio doli* anwendbar, weil (E) sich, wie oben, arglistig verhält in der Geltendmachung seiner Forderung. Er befindet sich im Widerspruch zu seiner eigenen früheren Handlungsweise (*venire contra factum proprium*) [Rdn. 57e, 57f.]. Man käme zur gleichen Entscheidung.

Den Grund, warum der Prätor trotzdem die *exceptio pacti conventi* gewährt, hat man in der Möglichkeit einer nicht arglistigen Geltendmachung der Forderung zu suchen. Denn tritt z.B. ein Erbe an die Stelle des (E) [Rdn. 250ff.], der nichts weiss von ihrem *pactum de non petendo* [Rdn. 458] [KASER §53 II 3b; §56 II 3a], und die Forderung geltend machen will, begeht der Erbe keinen *dolus in agendo* und die *exceptio doli* greift nicht [Rdn. 57g].

II. Die Abgrenzung zur Einwendung

Hätte (E) dem (T) den Darlehensvertrag nicht durch *pactum* erlassen, sondern hätten sie den Vertrag durch Akzeptilation [Rdn. 541] [KASER §6 III; §40 II 1; §52 II 3; §53 II 2] erlöschen lassen, wäre die Forderung untergegangen.

Wollte der (E) oder der Erbe nun trotzdem die Forderung geltend machen, könnte (T) einwenden, die Forderung bestehe gar nicht mehr. In diesem Fall genüge der Formeltext der *actio*, denn der Richter hat zu prüfen, ob (T) 10'000 HS „zu geben verpflichtet ist“ (*dare oportere*) [Rdn. 388]. Besteht die Forderung nicht mehr, entfällt diese Verpflichtung.

Anders als die Einrede, die eine rechtshemmende Tatsache behauptet, bestreitet die Einwendung die Forderung als solche. Die Einwendung ist entweder rechtsaufhebender (vgl. oben) oder dann rechtshindernder Natur, d.h. sie behauptet, die Forderung habe nie existiert (z.B. bei mangelnder Geschäftsfähigkeit eines der Vertragsschliessenden).

Das heutige Recht ist in Bezug auf die Einrede und die Einwendung dem Römischen Recht gleich: Einreden als subjektive Rechte sind vom Richter nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen, Einwendungen, als Behauptung der Nichtexistenz der Klagegrundlage selbst, dagegen schon.

§5 Exkurs: Die Gestaltungsrechte [KASER §4 I]

§6 Rechts- und Handlungsfähigkeit

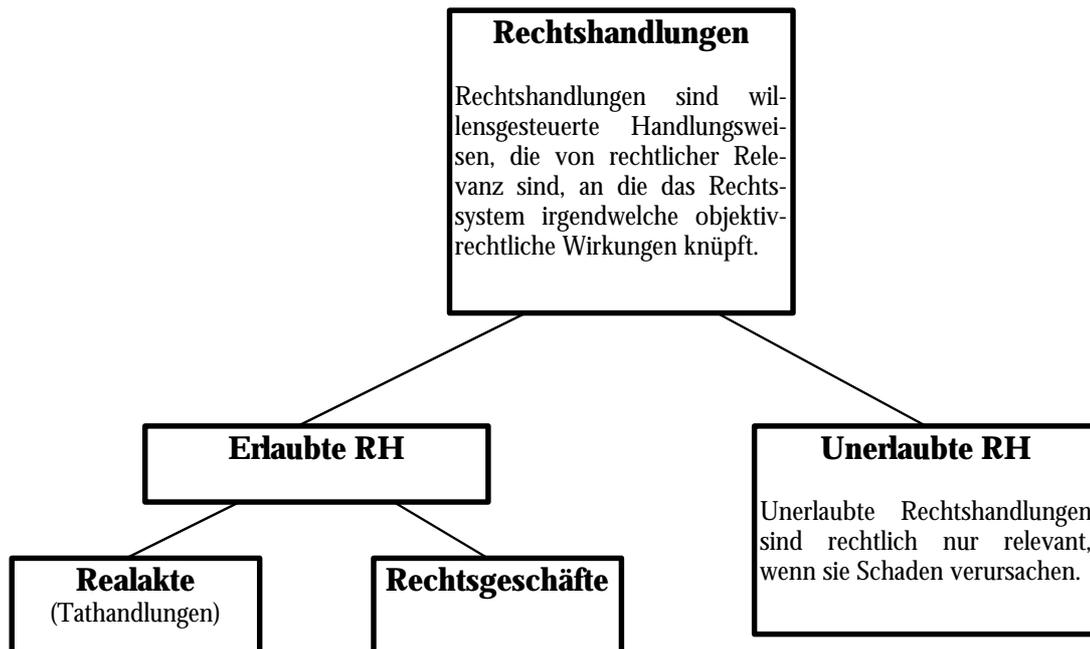
I. Rechtsfähigkeit [KASER §13 I, II]

II. Handlungsfähigkeit [KASER §14]

1. Geschäftsfähigkeit [KASER §14 I]

2. Deliktsfähigkeit [KASER §14 I, II 2c]

2. Kapitel: Das Rechtsgeschäft [KASER §5 I]



Realakte (Tathandlungen) sind Handlungen, deren Willensrichtung nicht auf die Rechtswirkung, die sie auslösen, gerichtet ist, sondern auf Veränderung der Umwelt. Die Rechtswirkung tritt unabhängig vom Willen des Aktsetzenden ein und kann nicht angefochten werden.

Art. 762 ZGB: Der gutgläubige (A) verarbeitet ein Stück Holz, das dem (B) gehört, zu einem Schnitzwerk. Durch diesen Akt geht das Stück Holz in das Eigentum von (A) über, obwohl die Willensrichtung seiner Handlung nicht auf den Eigentumserwerb gerichtet war (vorbehalten: Art. 762 II ZGB).

Rechtsgeschäfte: Beim Rechtsgeschäft ist der Wille des Handelnden direkt auf die Rechtswirkung, den Rechtserfolg gerichtet. Anders als beim Realakt kann eine nicht gewollte Rechtsfolge wegen Irrtums angefochten werden. (Anfechtung der eigenen Willenserklärung!)

Die Wirkungen von Rechtsgeschäften:

Rechtsbegründung: z.B. durch Annahme einer Offerte

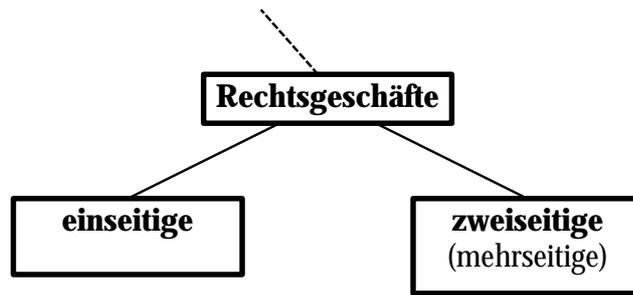
Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses: z.B. durch Mietvertragskündigung

Rechtsänderung: z.B. Wahlobligation (Art. 72 OR). Der Schuldner kann zwischen verschiedenen, alternativen Leistungen wählen. Durch die Wahlerklärung, d.h. Angabe welche Leistung er zu erbringen beabsichtigt, entfallen die andern Alternativen, der Vertrag wird nun so betrachtet, als hätten sie nie bestanden.

Der Wille des Handelnden wird erst durch die Äusserung, d.h. durch die Willenserklärung, rechtlich relevant.

Das Rechtsgeschäft und die Willenserklärung sind jedoch nicht identisch. Es kann zwar kein Rechtsgeschäft ohne Willenserklärung geben, zumeist reicht jedoch die Willenserklärung allein nicht aus, dann bedarf es zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zusätzlicher Tatbestandselemente (z.B. der Form, der Zustimmung, des Todes des Erblassers usf.).

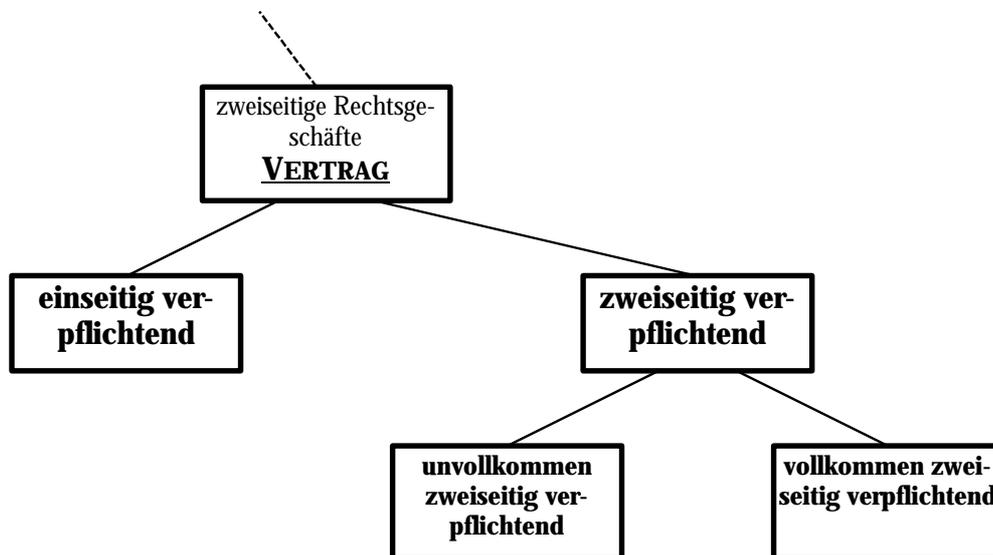
§7 Einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte



Rechtsgeschäfte werden weiter nach der Anzahl der Willenserklärungen unterteilt, die für das Zustandekommen notwendig sind. Der Vertrag z.B. bedarf zweier Rechtsgeschäfte (Offerte und Akzept), die selbst wieder einseitige Rechtsgeschäfte sind.

Einseitige Rechtsgeschäfte: Darunter fallen Offerten, Testamente und Gestaltungsgeschäfte (Rechtsbegründung, Rechtsaufhebung, Rechtsabänderung) usf. Das Akzept ist ein Gestaltungsgeschäft, nicht jedoch die Offerte. Eine Offerte stellen kann jeder Geschäftsfähige, sie bedarf keiner besonderen Rechtslage. Sie setzt den Empfänger zwar in die Gestaltungslage (er kann durch Annahme oder Ablehnung der Offerte Rechtswirkung erzielen oder eben nicht), doch befindet sich der Offerent selbst nicht in einer solchen Lage.

Zweiseitige (bzw. mehrseitige) Rechtsgeschäfte: Das typische zweiseitige Rechtsgeschäft ist der Vertrag. [KASER §5 II] (Ein mehrseitiges ist z.B. der Gesellschaftsvertrag.)



Verpflichtungslage:

Einseitig verpflichtende Verträge: z.B. Vermächnisse, Schenkungsversprechen (Art. 243 OR). Der einseitig verpflichtende Vertrag spielte im Römischen Recht eine ungleich wichtigere Rolle als heute: Da die Stipulation [KASER §7 III; §40 I], als streng formgebundenes Rechtsgeschäft (jedweden Inhalts) des *ius civile* als einziges von den Notaren beurkundet wurde, bediente man sich ihrer sehr oft; vielfach auch statt eines Kaufvertrages. Beide Parteien versprachen sich gegenseitig in zwei einseitig verpflichtenden Verträgen die jeweilige Leistung. Von der Wirkung her gleich wie der vollkommen zweiseitig verpflichtende Vertrag.

Vollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge: z.B. Kaufvertrag, Werkvertrag. Man spricht auch von synallagmatischen Verträgen. Die beiden Leistungen sind begriffsnotwendig miteinander verknüpft, eine Leistung erfolgt aufgrund der andern, sie sind vollkommen zweckhaft aufeinander bezogen (*do ut des*).

Unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge: z.B. Leihe, Auftrag (Art. 394 OR). Der Beauftragte verrichtet eine Dienstleistung unentgeltlich (aber: Art. 394 III OR). Der Auftrag ist schon seit der Zeit der Römer unentgeltlich, weil er auf ein typisch nachbarschaftliches Verhältnis des gegenseitigen Aushelfens gerichtet ist. Eine Gegenverpflichtung des Auftraggebers besteht grundsätzlich nicht, sie kann aber entstehen (Art. 402ff. OR) als Verpflichtung für Auslagen, Schaden usf.

Beim unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag ist immer die Hauptverpflichtung gegeben, eine allfällige Gegenverpflichtung besteht nicht zwingend, sie kann aber entstehen. (Wird durch Vereinbarung ein Entgelt vereinbart, wird der Auftrag zu einem synallagmatischen Vertrag.)

§8 Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte [KASER §5 I; §11 II 2, III 2; §15 I 4c; §5 I; §11 IV; §15 I 4b]

I. Begriffe

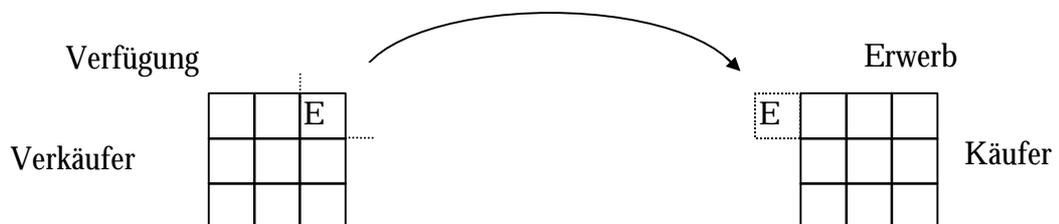
Wenn ein Vertrag (hier insbes. der Kaufvertrag, Art. 184 OR) abgeschlossen ist, dann tritt wenn die Verpflichtungslage ein. Denn Vollzug einer daraus entstandenen Verpflichtungen (Übergabe und Eigentumsverschaffung bzw. Geldleistung) nennt man Verfügungsgeschäft.

Das Ganze wird als Veräußerungsgeschäft bezeichnet.

II. Arten, Voraussetzungen und Wirkungen der Verfügungen

Jeder Person ist eine ganze Reihe subjektiver Rechte zugeordnet (z.B. Familienrechte, Eigentum, Forderungen usf.). Alle diejenigen subjektiven Rechte, die der Person Vermögenswerte zuordnen, bilden ihr (im juristischen Sinne) Vermögen.

Beim Vollzug des Kaufvertrages scheidet der Verkäufer das subjektive Recht (das Eigentum an der Sache) aus seinem Vermögen aus und überträgt Besitz und Eigentum an der Sache dem Käufer. Der Verkäufer ist der Verfügende, der Käufer der Erwerbende (er macht ein Erwerbsgeschäft).



Ein Verfügungsgeschäft ist ein Geschäft, bei dem auf diese Weise in das eigene Vermögen eingegriffen und subjektive Rechte aus dem Vermögen ausgeschieden werden. Diese Vermögensausscheidung kann aus verschiedenen Gründen passieren, z.B. aufgrund eines Verpflichtungsgeschäftes, aber auch um Eigentum aufzugeben (Dereliktion) usf.

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, es handelt sich immer um Willenserklärungen. Objekt der Verfügung ist stets ein subjektives Recht.

Veräußerungsgeschäft [KASER §5 I]

1. Verpflichtung (z.B. durch Kaufvertrag)

2. Verfügung

3. Tradition (*traditio*)

Die *traditio* ist der reale Vollzug (Besitzübergabe und Besitzverschaffung). Entscheidend für die Wirkung der Tradition ist der Inhalt der Verpflichtung (z.B. Kauf, Tausch, Schenkung).

Die Tradition für sich ist ein blosser Realakt (z.B. Übergabe des Gegenstandes). Das Verfügungsgeschäft ist eine juristische Abstraktion, die Verfügung zeigt sich erst in der Tradition, beim realen Vollzug des Verpflichtungsgeschäftes. Die Tradition vermittelt den Besitz und, wo die Verpflichtung Eigentumsübertragung vorsieht, auch das Eigentum an der Sache.

Beispiel: Pfand

Um das Insolvenzrisiko von Forderungen zu sichern, gibt es einerseits die Bürgschaft oder die Realsicherung durch das Geben einer Sache in Pfand.

Der Pfandgläubiger hat Anspruch auf den Besitz der Pfandsache und das Recht, die Pfandsache im Falle der Insolvenz des Pfandgebers an einen Dritten zu veräußern. Und das, obwohl er nicht Eigentümer ist. Der Schuldner ermächtigt den Gläubiger, einem Dritten Eigentum an der Sache zu verschaffen.

1. Verpflichtung: Die Sache in Pfand zu geben.

2. Verfügung: Der Schuldner scheidet Besitzes-, Veräußerungs-, Verfügungs- usf. Befugnisse (ausser Eigentum) an der Sache aus, vermindert also seine subjektiven Rechte, und überträgt sie dem Gläubiger. Dieser erwirbt ein beschränktes dingliches Recht an der Sache.

3. Tradition: Besitzesübertragung

1. Arten der Verfügung

A Nicht-Übertragungsgeschäfte

Dereliktion [KASER §26 I 2]

Eigentumsaufgabe (vgl. oben)

Akzeptilation [Rdn. 541] [KASER §6 III; §52 II 3; §53 II 2]

Durch die Akzeptilation gibt der Gläubiger eine Forderung (Obligation) auf. Er scheidet das subjektive Recht auf die Leistung der Schuld aus seinem Vermögen aus (Verfügungsgeschäft). Es findet kein Erwerb auf seiten des Schuldners statt, denn das subjektive Recht erlischt.

B Übertragungsgeschäfte**a Nach *ius civile*****b Nach *ius honorarium*****2. Voraussetzungen der Verfügung**GeschäftsfähigkeitRechtszuständigkeit

Rechtszuständigkeit entweder durch eigene Rechtsinhaberschaft oder aber durch Ermächtigung (z.B. als Stellvertreter) seitens des Rechtsinhabers.

Anders als bei Verpflichtungsgeschäften, die nur der Geschäftsfähigkeit bedürfen, um wirksam getätigt werden zu können, bedarf es bei Verfügungsgeschäften ausserdem der Rechtszuständigkeit, sonst ist das Geschäft unwirksam.

3. Abstraktheit und Kausalität der Verfügung [KASER §24 II 1, III; §39 I 2; §40 I 3a; §48 I 2, II 1b; §81 II 3]

Hier stellt sich die Frage nach dem funktionellen Zusammenhang von Verpflichtung und Verfügung. Eine Verfügung ist regelmässig der Vollzug einer Verpflichtung.

Was aber passiert im Falle eines z.B. durch Irrtumsmangel unwirksamen Kaufvertrages, wenn die *traditio* bereits vollzogen ist? Der Käufer ist zwar Besitzer, aber hat ihm der Verkäufer Eigentum an der Sache verschafft, wenn die Verpflichtung nicht existiert? Nein, wenn die Verfügung kausal vom Verpflichtungsgeschäft abhängt. Das Eigentum bleibt beim Verkäufer, ihm steht die Vindikation offen. Eigentum hätte er bei einem Verfügungsgeschäft erworben, das abstrakt, d.h. von der Gültigkeit der Verpflichtung unabhängig ist. [BUCHER, S. 42ff.]³

Bei der Entstehung des ZGB beliess man eine Lücke (Art. 714 ZGB spricht nur von der *traditio*), da dieser Streit um die Eigentumsübertragung noch nicht entschieden war [Rdn. 119]. Durch das Bundesgericht wurde die Frage in der Folge erörtert und die Lücke in ständiger Rechtsprechung geschlossen (vgl. BGE 55 II 302).

Ist aufgrund eines ungültigen Vertrages bereits eine Zahlung getätigt worden, fragt sich, ob der Käufer dieses Geld ebenfalls vindizieren kann? Bei Eigentum an einer Sache muss diese bestimmt und individualisierbar sein, das ist bei Geld nur noch in den wenigsten Fällen möglich. Bei Vermischung sieht das ZGB Miteigentum aller Beteiligten vor (Art. 727 ZGB) [Rdn. 311], da aber Miteigentum an Geld zu unlösbaren Problemen führen würde, hat das Bundesgericht diese Frage nach römischer Tradition gelöst: Geld geht bei Vermischung in das Alleineigentum des Besitzers über.

Für den Käufer ist es folglich nicht mehr vindizierbar, er kann es nur nach Art. 62 OR zurückfordern (*condictio*). Das stellt ihn allerdings schlechter, weil er nun ein Insolvenzrisiko trägt.

³ BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988

A Tradition (Besitzesübergabe) [KASER §24 IV, V 2a]

Die *traditio* wirkt kausal, sie ist völlig neutrale Besitzesübertragung, d.h. die Verfügung ist nur rechtsgültig, wenn es auch die Verpflichtung ist. Ihren Inhalt erhält die Verfügung aus dem ihr zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft. Fehlt die Verpflichtung, hat auch keine Rechtsübertragung stattgefunden. Die *res nec mancipi* werden in der Regel tradiert, die *res mancipi* manzipiert [Rdn. 118f., 267].

B Manzipation und *in iure cessio*

Die *mancipatio* ist eine Form der Verfügung. Im Gegensatz zur *traditio* ist die *mancipatio* nicht formfrei. Sie ist an eine bestimmte Spruchformel und an weitere Handlungen gebunden [Rdn. 114a ff.] und geht zurück auf die altrömische Zeit, wo noch keine Goldmünzen, sondern abgewogenes Kupfer zur Bezahlung verwendet wurde. Damals war die *mancipatio* zugleich Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft in einem, beides wurde in einem Akt vollzogen.

In der klassischen Zeit ist die Manzipation nur noch reines Verfügungsgeschäft und hat (neben der *traditio*) nur noch die Funktion des Übertragungsgeschäftes. Sie wirkt abstrakt d.h. die Manzipation ist unabhängig vom Verpflichtungsgeschäft [KASER §7 I; §24 II; §27 I 2; §28 II 1a; §29 I 3a; §41 I 1].

Die *in iure cessio* ist keine eigentliche Rechtsübertragung, sondern es ist der Prätor, der dem „Erwerber“ das Recht zuspricht. Er lässt es bei diesem neu entstehen, während das Recht beim „Übertragenden“ untergeht [Rdn. 116ff.] [KASER §7 II; §16 I 1a; §24 III; §28 II 1a, 2; §29 I 3a, 4].

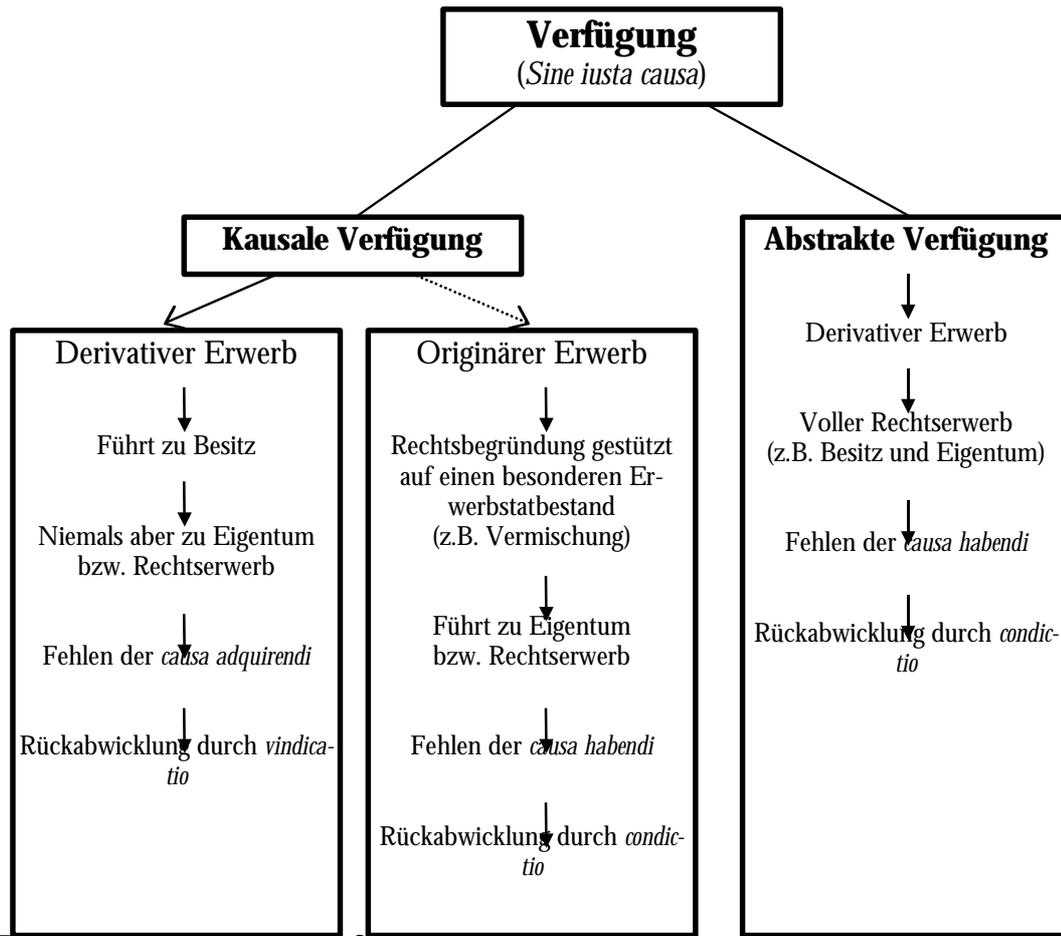
Neben der Manzipation ist die *in iure cessio* das zweite abstrakte Verfügungsgeschäft des Römischen Rechts. Mit ihr werden auch *res nec mancipi* übertragen.

Beide - die *mancipatio* und die *in iure cessio* - wirken abstrakt, d.h. auch wenn die Verpflichtung aus irgendeinem Grund wegfällt bzw. nicht gegeben ist, bleibt die Verfügung rechtsgültig.

C Wirkungen der Abstraktheit bzw. Kausalität

Für die Rückabwicklung von Geschäften ohne gültigen Rechtsgrund (*iusta causa*) ist die Frage der Kausalität bzw. der Abstraktheit der Verfügung von entscheidender Bedeutung. Abstraktheit oder Kausalität entscheidet über die Art des Rückabwicklungsgeschäftes (*vindicatio* oder *condictio*).

Die *iusta causa* hat zwei grundlegende Aufgaben: Bei kausalen Verfügungen liefert sie überhaupt die Rechtfertigung, den Inhalt der Verfügung (*causa adquirendi*). Und bei abstrakten Verfügungen entscheidet das Bestehen einer *iusta causa* darüber, ob ein Recht beim Erwerber verbleiben darf oder zurückverfügt werden muss (*causa habendi*).



Derivativer Erwerb [KASER §20 I 1; §24 I 1; §26]

Der derivative Erwerb bedingt die Geschäftsfähigkeit und die Rechtszuständigkeit des Übertragenden und ausserdem die Wirksamkeit des Übertragungsgeschäftes, d.h. insbesondere eine *iusta causa* bei kausalen Verfügungen.

Originärer Erwerb [KASER §20 I 1; §26]

Der originäre Erwerb ist davon abhängig, ob das objektive Recht einen Vorgang als rechtswirksam anerkennt. Das blosses Faktum des Vorganges macht das Geschäft wirksam. Bei der Vermischung oder der Ersitzung z.B. verliert (A) sein Eigentum, während es bei (B) neu begründet wird.)

Fallbeispiel [Rdn. 150]

Zwischen (V) und (K) besteht ein Kaufvertrag für den Verkauf eines Grundstückes zu 10'000 HS. (V) übereignet (K) das Grundstück durch Manzipation, (K) übergibt (V) das Geld (*traditio*). Nun entfällt der Vertrag wegen Dissenses: (K) hat am Grundstück Eigentum erworben. Weil die *causa habendi* entfallen ist (d.h. (V) hat einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung), geschieht die Rückabwicklung für das Grundstück durch *conditio*. Falls (V) das Geld mit seinem vermischt hat, bleibt (K) die *conditio* (aus ungerechtfertigter Bereicherung); falls er es nicht vermischt hat, hat (K) Anspruch auf Herausgabe des Geldes (*vindicatio*).

§9 Die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte [KASER §9]**I. Rechts- und Sittenwidrigkeit****II. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit****§10 Stellvertretung [KASER §11]****I. Allgemeines und Abgrenzungen****1. Direkte und indirekte Stellvertretung**

Direkte Stellvertretung bei Verpflichtungsgeschäften gibt es im Römischen Recht (bis auf wenige Ausnahmen) nicht, es gibt nur die indirekte Stellvertretung, z.B. über das *mandatum*. Es gibt die Stellvertretung aber bei Verfügungsgeschäften.

2. Die Organschaft**3. Der Grundsatz der Stellvertretungsfeindlichkeit bei Rechtsgeschäften****II. Zugelassene Stellvertretungstatbestände, insbesondere der *procurator*****1. Der *procurator*****2. Direkte Stellvertretung beim Rechtserwerb****A Besitz und Eigentum****B Erwerb einer Forderung****3. Direkte Stellvertretung bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften****A Bei Verpflichtungsgeschäften**

Bei Verpflichtungsgeschäften gibt es (bis auf wenige Ausnahmen) keine direkte Stellvertretung.

B Bei Verfügungsgeschäften

Ein Dritter kann ermächtigt werden, für den Rechtsinhaber ein Verfügungsgeschäft vorzunehmen. Dies, weil die *iusta causa* (das Verpflichtungsgeschäft) den Grund für die Übertragung bildet. Der reine Vollzug der Verpflichtung, z.B. die Veräußerung von Eigentum durch *traditio*, kann von jedem andern, wenn er dazu ermächtigt ist, vorgenommen werden.

a Eigentumsübertragung

Der Erwerb oder die Veräußerung von Eigentum, beschränkt dinglichen Rechten usf. kann im Namen eines Andern vorgenommen werden. Der Vertretene wird

dann, wenn der Empfänger die Sache durch *traditio* erhalten hat, direkt Eigentümer bzw. beschränkt dinglich Berechtigter.

b Die Erfüllung

c Die Erfüllungsannahme

d Die Anscheinvollmacht

III. Selbstkontrahieren

§11 Die Bedingungen (*condicio*) [KASER §10]

I. Der Begriff der Bedingung

II. Arten der Bedingung

1. Kasuelle und Potestativbedingungen

2. Suspensiv- und Resolutivbedingungen

III. Die Rechtswirkungen der Bedingungen

1. Suspensivbedingungen

A Bedingte Verpflichtungsgeschäfte: Die Anwartschaft

B Bedingte Verfügungsgeschäfte

2. Resolutivbedingungen

A Bei *negotia bonae fidei*

B Bei *negotia stricti iuris*

C Eigentumserwerb

a Grundsatz

b Ausnahmen

3. Der Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingungen

IV. Die Fiktion des Bedingungseintritts bei doloser Vereitelung der Bedingung

V. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte

3. Kapitel: Das Sachenrecht

§12 Zivil- und honorarrechtliches Eigentum

Im Römischen wie im heutigen Recht kann und konnte es nur einen Begriff des Eigentums geben, nämlich Eigentum als absolutes Recht. Aber anders als heute, wo das Eigentum nur noch durch einen einzigen Artikel (Art. 641 ZGB) geregelt ist, war das Eigentum im Römischen Recht auf zwei Arten geschützt, sowohl zivilrechtlich (durch eine *actio civilis*) wie auch honorarrechtlich (durch eine *actio honoraria*).

I. Der Erwerb einer *res Mancipi* mittels altzivilen Verfügungsgeschäft bzw. einer *res nec Mancipi* mittels *traditio ex iusta causa*

Um das Eigentum an einer *res Mancipi* (Grundstück auf italischem Boden, Sklave, Grossvieh, Feldservitut wie Wegerecht, Wasserleitungsrecht usw.) formgültig zu übertragen, bedarf es der *Mancipatio* oder der *in iure cessio*.

II. Der Erwerb einer *res Mancipi* mittels *traditio ex iusta causa*

Was aber, wenn eine *res Mancipi* nur tradiert worden ist? Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft sind beide gültig, denn die *traditio* beruht auf einer gültigen *iusta causa*.

1. Kein derivativer Erwerb zivilrechtlichen Eigentums mangels Form

Wäre die Übergabe mittels Mancipation geschehen, wäre das zivilrechtliche (quiritische) Eigentum derivativ vom Verkäufer (V) auf den Käufer (K) übergegangen. Wie im heutigen Recht (vgl. Art. 11 OR) war ein Verfügungsgeschäft nur gültig, wenn die evtl. vorgeschriebene Form eingehalten worden war. Die Nichteinhaltung der Form (hier: *traditio* statt *Mancipatio*) hat grundsätzlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge.

Das Geschäft ist also nur aufgrund des ungültigen Vollzuges und trotz gültiger Verpflichtung und Verfügung ungültig. Das Eigentum an einer durch *traditio* übertragenen *res Mancipi* verbleibt beim „vorherigen“ Eigentümer (V). (K) hat nur Besitz an der Sache erworben, es ist blosser *possessor*.

Das würde bedeuten, dass (V), trotz gültigen Rechtsgeschäftes, die Sache vindizieren könnte, und (K) den Kaufpreis mittels *condictio* zurückfordern müsste, wobei ihm dadurch das Insolvenzrisiko zufiele.

2. Originärer Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums: Ersitzung (*usucapio*)

[KASER §4 III; §19 II 1; §24 I 2; §25]

(K) hat aber die Möglichkeit, die Sache nach *ius civile* durch Ersitzen originär zu erwerben. Die Frist der Ersitzung ist für bewegliche Sachen 1 Jahr, für Grundstücke 2 Jahre. Allein der Zeitlauf klärt die Rechtsverhältnisse, er lässt andauernde Zustände zu Rechtszuständen werden.

Entwickelt hat sich die Ersitzung aus der im 12-Tafel-Gesetz festgelegten Besitzes- und Rechtsgarantie [Rdn. 324], für die ein Veräusserer während 1 bzw. 2 Jahren einzustehen hatte.

Die Ersitzung (*usucapio*) bedarf bestimmter Voraussetzungen [Rdn. 300ff.]:

- Ungestörter Besitz (*possessio*)
- Guter Glaube (*bona fides*) [Rdn. 303f.]
- *iusta causa*
- Eignung der Sache (*res habilis*) [Rdn. 305]
- *tempus* (d.h. 1 bzw. 2 Jahre)

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erwirbt (K) originär quiritisches Eigentum.

Fallbeispiel zur usucapio

Der Verkäufer (V) verkauft dem Käufer (K) eine ihm nicht gehörende, durch Zufall in seinen Besitz gelangte Sache; die Übereignung wird durch Manzipation vollzogen.

Aber trotz des gültigen und wirksamen Kaufvertrages (*emptio venditio*) kann (V) das Eigentum an der Sache nicht auf (K) übertragen, weil er nicht rechtszuständig ist, d.h. keine Verfügungsbefugnis hat. (K) wird zwar Besitzer der Sache, aber nicht Eigentümer. Ob er die Sache ersitzen kann, hängt von der Erfüllung der Voraussetzungen ab (siehe oben): Er ist Besitzer, er ist gutgläubig und die Sache ist ihm aufgrund einer *iusta causa* übertragen worden. Ist die Sache aber eine *res habilis* (geeignete Sache)?

Hätte (V) die Sache dem (E) gestohlen, könnte (K) sie nicht ersitzen. Die Sache wäre dann eine *res furtiva* oder eine *res rapta*, jedenfalls keine *res habilis* und somit zur Ersitzung ungeeignet [Rdn. 305]. (K) könnte nur Besitzer aus gutem Glauben (*possessor bonae fidei*) sein.

Da sie aber auf andere Weise (Zufall) in den Besitz von (V) gelangt ist, ist sie eine *res habilis* und (K) wird nach einem Jahr originär Eigentümer. Das Eigentum des früheren Eigentümers (E) geht zugleich damit unter.

Dem (E) verbleibt der Anspruch (durch *condictio*) aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen (V). Während der Jahresfrist allerdings hat (E) die Möglichkeit der Vindikation. (K) hätte dann seinerseits die *condictio* aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen (V).

Als Diebstahl gilt im Übrigen schon das Verkaufen einer Sache, die einem nicht gehört (Mietobjekt, anvertraute Sache, zugelaufenen Sache usw.) in Bereicherungsabsicht. An Grundstücken ist kein Diebstahl (*furtum*) möglich [Rdn. 307]. Es ist kein *furtum*, auch wenn der Nichtberechtigte ein Grundstück verkauft, obwohl er weiss, dass es ihm nicht gehört.

3. Honorarrechtliches (bonitarisches) Eigentum [KASER §22 II 2b]

Da der Erwerber einer durch *traditio* übertragenen *res Mancipi* erst nach 1 Jahr (oder 2 Jahren bei Grundstücken) durch Ersitzung Eigentümer der Sache wird, verbliebe in dieser Zeit dem Verkäufer (oder einem Dritten) die Möglichkeit der Vindikation. Der Erwerber wäre in dieser Zeit nicht geschützt.

Um dieser unhaltbaren Situation abzuweichen, wurde honorarrechtlich eine Rechtslage geschaffen, die den Erwerber schützt als wäre er Eigentümer (bonitarisches Eigentum) [Rdn. 269ff.].

Das bonitarische Eigentum ist eine rechtliche Zwischenlage, sie beginnt mit der Übergabe (*traditio*) der Sache und endet mit dem Erwerb des Eigentums durch Ersitzung (*usucapio*). Dann nämlich wird der Erwerber quiritischer Eigentümer während das quiritische Eigentum beim Verkäufer untergeht [Rdn. 292].

Dem Erwerber steht eine *actio utilis ficticia*, die *actio Publiciana* [Rdn. 295] für die Wiedererlangung der Sache bei Entzug und eine *exceptio*, die *exceptio rei venditae et traditae* [Rdn. 296]

gegen den Entzug der Sache (insbesondere dem Verkäufer gegenüber) zur Verfügung. Der Erwerber wird durch die *actio* und die *exceptio* vollumfänglich geschützt [Rdn. 294].

Fallbeispiel zur *actio Publiciana* [Rdn. 295]

A°A° klagt gegen N^mN^m auf Herausgabe des Sklaven Stichus, den er gekauft und durch traditio übertragen erhalten hat. Dabei müssen dieselben Tatbestandselemente erfüllt sein, wie schon bei der Ersitzung (vgl. oben). Denn fällt eines der Tatbestandselemente dahin, vermag die Klage nicht durchzudringen [Rdn. 293b]. A°A° hat seinerseits die iusta causa und die Übertragung zu beweisen, während N^mN^m gegebenenfalls zu beweisen hat, dass Gutgläubigkeit bei A°A° nicht vorlag (vgl. Art. 3 ZGB), und/oder dass die Sache keine res habilis ist. (Das deshalb, weil negative Tatsachen von demjenigen, der sich auf sie stützt, nicht zu beweisen sind. Wie sollte A°A° beweisen, dass beim Kauf der Sache kein Rechtsmangel vorlag? Negativa non sunt probanda.) Die tempus hingegen wird in juristischer Fiktion als gegeben angenommen.

Fallbeispiel zur *exceptio rei venditae et traditae* [Rdn. 296]

Für den Fall, dass der Verkäufer (V) als quiritischer Eigentümer eine durch gültige emptio venditio und traditio übertragenen res mancipi vor Ablauf der Ersitzungsfrist vom Käufer (K) vindizieren möchte, steht (K) als possessor civilis die exceptio rei venditae et traditae zur Verfügung. Kann (K) den Beweis erbringen, dass ihm (V) die Sache verkauft und tradiert hat, so dringt die Vindikationsklage nicht durch.

Im letzteren Fall wäre auch die *exceptio doli* anwendbar, da (V) sich dolos, d.h. im Widerspruch zu seinem früheren Handeln verhält (*venire contra factum proprium*). Nicht anwendbar wäre die *exceptio doli* aber im Falle des gutgläubigen Erben (vgl. Skript vorne) [Rdn. 57g].

Fallbeispiel zur *replicatio rei venditae et traditae*

(V) hat dem (K) eine res mancipi verkauft (emptio venditio) und tradiert. Nun holt er sich die Sache eines Tages (allerdings noch innerhalb des Ersitzungsjahres von (K)) wieder zurück.

(K) will nun durch die actio Publiciana die Besitzverhältnisse wiederherstellen. Aus der Tatsache seines quiritischen Eigentums steht dem (V) aber die exceptio iusti domini [Rdn. 290a, 291] (die Einrede des rechtmässigen Eigentums) zu, die er der actio des (K) entgegensetzen kann.

Dieser exceptio kann (K) wiederum die replicatio rei venditae et traditae entgegensetzen und so seiner actio zum Durchbruch verhelfen.

Eine *replicatio* ist im Grunde dasselbe und hat denselben Wortlaut wie die *exceptio*, ausser dass sie einer *exceptio* entgegengesetzt wird und nicht einer *actio* wie die *exceptio*. Die *replicatio* hebt die *exceptio* auf und verhilft so der *actio* zum Durchbruch.

§13 Der Erwerb vom Nichtberechtigten und bonitarisches Eigentum

I. Kein derivativer Erwerb möglich

Fallbeispiel zum possessor civilis und zum bonitarischen Eigentum

Ein Kunstsammler (K) hinterlegt (depositum) während einer längeren Abwesenheit eine wertvolle Statuette bei seinem Kunstsammlerfreund (F) (possessor naturalis). (F) verstirbt und Lucius (L) wird sein Universalerbe [Rdn. 250ff.], d.h. er tritt an Stelle des (F) in die Besitzer- und Schuldnerstellung (Rückgabe der Sache) ein. (L) kennt aber den wahren Sachverhalt nicht und verkauft die Statuette dem gutgläubigen Sempronius (S).

(S) wird nun nicht Eigentümer der Sache, ein derivativer Rechtserwerb ist nicht möglich, da (L) kein Recht übertragen kann, das er nicht besitzt [Rdn. 123ff.]. Das quiritische Eigentum verbleibt bei (K).

II. Die Frage des originären Erwerbs

(S) kann die Sache aber ersitzen [Rdn. 303], die Tatbestandselemente der Ersitzung sind erfüllt: Die Übereignung der Sache erfolgte aufgrund einer gültigen *iusta causa* (*emptio venditio*). Die Sache ist eine *res habilis*, da (L) sie dem (S) gutgläubig weiterverkauft hat [Rdn. 306]. (S) ist *possessor civilis*.

Ist die Ersitzungszeit abgelaufen, verbleibt (K) nur die Möglichkeit *condictio* aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber (L). (Die Haftung aus Vertrag entfällt hier, weil (L) nicht schuldhaft gehandelt hat.)

Vindiziert (K) jedoch vor Ablauf der Ersitzungszeit, kann (S) dem (K) die *exceptio rei venditae et traditae* nicht entgegenhalten, weil der Vindikationskläger (K) die Sache nicht selber verkauft hat [vgl. Rdn. 296]. Die Sache muss dem (K) retourniert werden.

(S) kann gegen (L) aus Vertrag klagen, da dieser ihm für Rechtsmängel der Sache haftet (Spezialbestimmung des Kaufrechts: Vertragshaftung aufgrund einer Garantiehaftung und nicht aus Verschulden).

Die Frage ist, ob (S) während der Ersitzungszeit bonitarischer Eigentümer ist oder nicht? In den drei Fallbeispielen zum bonitarischen Eigentum war der Erwerber wie ein Eigentümer absolut durch die *actio* und die *exceptio* (bzw. *replicatio*) geschützt.

Das Eigentum ist ein absolut subjektives Recht jedermann gegenüber, mit dem Inhalt des Ausschlusses jedermanns der Sache gegenüber. Bei Verletzung des Ausschlussrechtes entsteht der Anspruch auf Wiederherstellung des Besitzes, entweder nach *ius civile* oder durch die *actio Publiciana*.

(S) im vierten Fall konnte sich aber gegenüber der Vindikation des quiritischen Eigentümers nicht auf die *exceptio* berufen, er war nicht absolut geschützt. D.h. er konnte sein Ausschlussrecht nicht jedermann gegenüber durchsetzen, er ist also nicht (bonitarischer) Eigentümer.

Bonitarischer Eigentümer ist nur, wer sich auf die *actio* und die *exceptio* berufen kann. Der *possessor civilis* ist nicht zwingend Eigentümer, nur derjenige *possessor civilis* ist Eigentümer, der zusätzlich die Sache vom Berechtigten (wenn auch unter Formfehler) erworben hat.

Jeder bonitarische Eigentümer ist auch *possessor civilis*, aber nicht jeder *possessor civilis* ist bonitarischer Eigentümer.

Eigentumserwerb			
vom Berechtigten		vom Nichtberechtigten	
in zureichender bzw. richtiger Form	in nicht zureichender Form	res habilis	res nec habilis
a) <i>res Mancipi</i> - <i>mancipatio</i> - <i>in iure cessio</i> b) <i>res nec Mancipi</i> - <i>traditio (ex iusta causa)</i>	<i>res Mancipi traditio (ex iusta causa)</i> <i>possessio civilis (Ersitzungsbesitz)</i> → <i>usucapio</i> + <u>bonitarisches Eigentum</u>	- Grundstücke - ≠ <i>animus furandi</i> (Vorsatz) <i>possessio civilis</i> → <i>usucapio</i> ≠ bonitarisches Eigentum <small>(die <i>exceptio rei venditae et traditae</i> steht nicht zur Verfügung)</small>	- <i>res raptae</i> - <i>res furandae</i> → keine <i>usucapio</i>
quiritisches Eigentum	quiritisches Eigentum	quiritisches Eigentum	possessio

1. Fallbeispiel zur Veräußerung während der Ersitzungszeit [Rdn. 298]

Veräußert (K) eine ihm tradierte *res Mancipi* noch während seiner Ersitzungszeit an (K₂), steht diesem die *exceptio rei venditae et traditae* genauso zu wie dem (K), obwohl nicht er die Sache von (V) erworben hat. (K) ist bonitarischer Eigentümer und kann somit dieses Eigentum dem (K₂) übertragen. (K₂) tritt in die Rechtsstellung (Sukzession) des (K) bezüglich dieser Sache ein. Mit dem Übergang des bonitarischen Eigentums geht auch die *exceptio* als relatives subjektives Recht des (K), das dieser in einer Verfügung einem andern übertragen kann, an den (K₂) über.

Ebenso kann (K) die *exceptio* einem (V₂) entgegenhalten, sei dieser (im einfacheren Fall) Erbe des (V) (Universalsukzession), oder hätte (V) diesem sein quiritisches Eigentum an der Sache veräußert.

Da die Übertragung von Eigentum einer Besitzesübergabe bedarf (entweder einer einfachen *traditio* oder aber einer *mancipatio* oder *in iure cessio*) ist der zweite Fall nicht ganz einfach darzustellen.

Das ZGB kennt den Fall einer Besitzesübertragung ohne Besitzesübergabe im Art. 924. Um dabei die *traditio* als Besitzesübertragung zu retten, behilft man sich mit Traditionssurrogaten. Es findet keine eigentliche Besitzesübergabe statt, sondern die *traditio* wird surrogiert.

Als Beispiel wäre etwa derjenige Fall zu nennen, in welchem der Eigentümer (E) eines Grundstückes dieses an einen andern (K) verkauft und es sogleich wieder von diesem pachtet. Statt einer Besitzesübertragung (*traditio*) beim Verkauf an (K) und einer Übertragung (*traditio*) zurück an (E) zur Pacht, verbleibt das Grundstück immer im Besitz des (E), wobei die beiden Übertragungen fiktiv als vollzogen angenommen werden (*constitutum possessorium*: Besitzesübertragung ohne Besitzesübergabe).

2. Fallbeispiel zur Veräußerung während der Ersitzungszeit

(V) verkauft (K) ein Grundstück und pachtet es sofort zurück. (K) wird bonitarischer Eigentümer, (V) bleibt quiritischer Eigentümer.

(V) verkauft nun das Grundstück ein zweites Mal an (V₂), dem er es durch *mancipatio* überträgt. (V₂) wird also quiritischer Eigentümer.

Mit der Eigentumsübertragung an (V₂) gehen aber auch alle andern Rechte und Pflichten an der Sache über, d.h. (K) kann auch dem (V₂) seine *actio Publiciana* und die *exceptio rei venditae et traditae* entgegenhalten.

3. Fallbeispiel [Rdn. 297]

Der Pächter Titius (T) verkauft das von Sempronius (S) gepachtete Grundstück dem gutgläubigen (K). Da (T) im Besitz des Grundstückes ist (er bewirtschaftete es usf.), darf (K) vermuten, das Grundstück gehöre dem (T).

Weil an Grundstücken kein *furtum* begangen werden kann [Rdn. 307], wird (K), trotzdem (T) nicht rechtszuständig ist und keine Veräußerung vornehmen kann, *possessor civilis*, nicht jedoch bonitarischer Eigentümer.

(S) stirbt 1 Jahr und 3 Monate nach dieser Veräußerung. (T) wird sein Universalerbe und ist quiritischer Eigentümer des Grundstückes. (K) wird nun ohne Wissen und Willen bonitarischer Eigentümer, weil ihm die *exceptio* nun zusteht. Die obige Verfügung wird somit wirksam.

(T) veräußert das Grundstück, das aus irgendeinem Grund in seinem Besitz geblieben ist (*constitutum possessorium*), noch einmal, nämlich an Maevius (M): Wird das Grundstück tradiert, wird (M) bonitarischer Eigentümer, bei einer *mancipatio* sogar quiritischer Eigentümer.

Weil aber (T) nicht mehr an Rechten übertragen kann als ihm zustehen, ist (M) dem (K) gegenüber nicht besser zu stellen als (T) [vgl. auch Rdn. 298,1]. Dem (K) standen dem (T) gegenüber die *actio Publiciana* und die *exceptio rei venditae et traditae* zur Verfügung, das quiritische Eigentum des (T) ist bloss noch eine inhaltslose Rechtshülle. (Der Prätor konnte zwar das *ius civile* vollständig hemmen, aber er konnte es nicht ausser Kraft setzen, deshalb blieb das quiritische Recht bestehen (vgl. Fall), wenn auch nur noch als blosses *nudum ius quiritium*.)

§14 Besitz (*possessio*) [KASER §19; §25 II b]

Besitz ist zunächst nur das reine Faktum der Innehabung [Rdn. 312], des räumlichen Gewahrsams einer Sache. Rechtliche Wirkung wird an den Besitz erst aufgrund eines zusätzlichen Willenselementes geknüpft, an den Willen nämlich, den Besitz an der Sache begründen und Gewalt über die Sache ausüben zu wollen.

Die zunehmende Wichtigkeit dieser Willenselemente führt zu einer „Vergeistigung“ (wie EUGEN HUBER sagte) des Besitzes.

I. Allgemeines und Geschichte [KASER §19 II]

[Rdn. 312, 323]

II. Arten des Besitzes [KASER §19 III, IV, V]

possessio civilis: Ersitzungsbesitz (vgl. oben).

possessio nach ius honorarium: An diese Art des Besitzes sind verschiedene Rechtsmittel zur Besitzesschutz geknüpft: Interdiktsbesitz.

Tradiert ein Pfandschuldner dem Pfandgläubiger eine Sache zur Sicherung eines Darlehens, ist der Gläubiger *possessor* und hat das Recht, die Sache im Falle der Insolvenz des Schuldners zu veräußern. Damit der Schuldner als Eigentümer die Sache nicht vindizieren kann, und die Pfandfunktion der Sache geschützt ist, wird der Gläubiger, der „nur“ *possessor* ist, in seinem Besitze geschützt.

possessio naturalis: An die *possessio naturalis* knüpfen sich keinerlei Rechtswirkungen, sie ist blosses Besitz- und Nutzungsfaktum (z.B. bei Miete, Pacht usw.). Der Schutz des Besitzes (z.B. bei einer Vindikation eines Dritten) erfolgt über den Eigentümer, der dem Besitzer aufgrund des Vertrages, worin der Besitz garantiert wird, beistehen muss. Die *possessio naturalis* begründet im Römischen Recht blosser Besitzdienerschaft. (Insbesondere sozial tiefe Schichten waren auf Miete oder Pacht angewiesen; gesellschaftlich deklassiert, gestand man ihnen keinen besonderen Besitzesschutz zu.)

III. Erwerb, Erhaltung und Verlust des Besitzes [KASER §20]

Der Prätor - und nicht der Richter - entscheidet aufgrund der „liquiden“ (d.h. der unmittelbar von den Parteien vorgelegten) Beweismittel. In einer einstweiligen Verfügung spricht er demjenigen den Besitz zu, der den längeren fehlerfreien Besitz hat [Rdn. 326].

Fallbeispiel [Rdn. 326]

(D) stiehlt (E) eine silberne Vase, die er dem gutgläubigen (K) verkauft. Sieben Monate später leitet (E) ein Interdiktenverfahren (*interdictum utrobi*) gegen (K) ein.

Der Besitz des (K) ist aber dem (E) gegenüber fehlerfrei, denn (K) ist länger als sechs Monate im Besitz der Vase. (K) ist deshalb honorarrechtlich geschützt (*possessor ad interdictum*).

(E) unterliegt im Interdiktenverfahren, er kann jedoch gegen (K) vindizieren. Über das Eigentum ist damit noch nichts gesagt.

- ➔ Durch das *interdictum* des Prätors wird die Besitzeslage geklärt und der Selbsthilfe entzogen (*vim fieri veto*).
- ➔ Das *interdictum* legt die Kläger- und Beklagtenstellung für den Vindikationsprozess fest. Der Kläger muss sein Eigentum an der Sache beweisen.

1. Sachherrschaft und Gewahrsam (*animus et corpus*) [KASER §20 I 1, II]

Der Besitz vereinigt in sich zwei Tatbestandselemente, die zum Besitzerwerb beide erfüllt sein müssen

corpus (Raumgewahrsam)

animus (Besitzwille)

Mit dem *animus possidendi* ist nicht der Wille zur faktischen Innehabung der Sache gemeint, sondern der Wille, an der Sache Besitz zu begründen (z.B. nach Kauf eines Gegenstandes, Art. 924 ZGB) [Rdn 315ff.]. Der Wille, Gewalt über die Sache ausüben zu wollen, reicht zur blossen Besitzdienerschaft (z.B. beim Stöbern in einer Buchhandlung, Arbeitnehmer in Bezug auf die Gerätschaften des Arbeitgebers usw.) [Rdn. 316 i.V.m. Art. 919 ZGB].

animus possidendi**animus rem sibi habendi (pro suo)**

Besitzwillen-für-sich
(= Eigenbesitzwille)

Treffen *corpus* (evtl. Surrogat) und Eigenbesitzwille zusammen, spricht man vom Eigenbesitzer. Der Besitz ist von der Berechtigung unabhängig, auch der Dieb kann Eigenbesitzer sein.

Der Prätor schützt durch sein *interdictum* den Eigenbesitz an sich.

animus alieno nomine habendi (pro alio)

Besitzwillen-für-den-andern
(= Fremdbesitzwille)

Fremdbesitzer ist jemand, der *corpus* und Fremdbesitzwillen, d.h. den Willen für jemanden anders zu besitzen hat.

Im Römischen Recht ist der Fremdbesitzer blosser Besitzdiener, d.h. ihm steht kein *interdictum* zur Verfügung.

Ausnahmen: Pfandgläubiger, Prekarist, Erbpächter, *sequester*.

Fremdbesitz setzt voraus, dass immer ein anderer gleichzeitig Eigenbesitzer ist. Der Pfandschuldner z.B. bleibt Eigenbesitzer (und quiritischer Eigentümer), obschon sich die Sache nicht mehr in seinem Gewahrsam (*corpus*) befindet. Er hat aber den Besitzwillen-für-sich (*animus pro suo*), das fehlende *corpus* wird ersetzt (surrogiert) durch den Besitzwillen-für-den-andern (*animus pro alio*) des Pfandgläubigers (der die Sache in seinem Gewahrsam hat).

Will aber der Pfandgläubiger die Vase für sich behalten, ersetzt er seinen Besitzwillen-für-den-andern durch einen Besitzwillen-für-sich, wird er unmittelbar Eigenbesitzer (*possessor ad interdictum*), bei ihm vereinigen sich nun *animus (pro suo)* und *corpus*.

Der Pfandschuldner verliert unmittelbar seinen Eigenbesitz, weil das fehlende *corpus* nicht mehr durch den Besitzwillen-für-den-andern des Pfandgläubigers substituiert wird.

Das Eigentum selbst bleibt unangetastet (vgl. Art. 729 ZGB). Denn es gibt keine *iusta causa*, die auf Eigentumsbegründung an der Sache gerichtet wäre, nur auf Besitzverschaffung (als Pfand). Der Pfandgläubiger kann aus seinem Besitz keine *possessio civilis* machen [Rdn. 327].

2. Unselbständiger und mittelbarer Besitz sowie Besitzdienerschaft**A Unselbständiger und mittelbarer Besitz**

Der Pfandschuldner (als Eigentümer) ist selbständiger Besitzer (Eigenbesitzer) und hat mittelbaren Besitz, der Pfandgläubiger ist unselbständiger Besitzer (Fremdbesitzer) und hat unmittelbaren Besitz (Art. 919ff. ZGB). Der Fremdbesitzer leitet sein Besitzesrecht vom selbständigen Besitzer ab.

B Besitzdienerschaft (*possessio naturalis*)

Vom Besitz (Eigen- oder Fremdbesitz) ist die Besitzdienerschaft abzugrenzen: Der Besitzdiener hat die Sache zwar real inne, er ist jedoch nicht Besitzer. Charakteristisch für die Besitzdienerschaft ist die jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs der Innehabung vom Eigentümer. (Im Römischen Recht ist auch der Fremdbesitzer Besitzdiener, d.h. Besitzer ohne Besitzschutz. Im ZGB ist der Fremdbesitzer Besitzer mit eigenem Besitzschutz.)

Der Besitzdiener hat keinen Besitzwillen, er ist blosser Gehilfe in der Ausübung des Besitzes (Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber, Käufer im Geschäft, im Römischen Recht auch Mieter, Pächter, Leihnehmer usw.).

Der Kunde in einer Buchhandlung ist beim Stöbern in den Büchern nur Besitzdiener. Kauft er aber ein Buch, wird ihm an der Kasse der Besitz übertragen, die Buchhandlung verliert ihren Besitz an dem Buch.

Das Eigentum wird nur übertragen, wenn die *traditio* auf einem gültigen Rechtsgrund (z.B. einem Kaufvertrag) beruht.

Auch der Dieb wird Eigenbesitzer, die Buchhandlung verliert ihren Besitz. Sie bleibt allerdings Eigentümerin und erhält Besitzschutz.

Fallbeispiel zur possessio

(V) verkauft dem (K) eine goldene Vase. Diese ist jedoch nicht, wie versprochen, aus purem Gold, sondern nur vergoldet. (K) ficht den Vertrag wegen Irrtums an (Art. 23ff. OR), worauf dieser *ex tunc* aufgelöst und die Leistungen rückabgewickelt werden.

(Nach Ungültigkeitstheorie:) Die Vase ist im Eigentum des (V) verblieben, die *traditio* erfolgte ohne Rechtsgrund. (K) bleibt Eigenbesitzer (*animus pro suo*), (V) verliert durch die *traditio* seinen Eigenbesitz, nicht aber sein Eigentum. Die *traditio* ist hier reiner Realakt (Besitzbegründungstatbestand) ohne Rechtsgrund.

3. Erwerbsarten

A Besitzverschaffung durch Übergabe

a Übergabe der Sache selbst (*traditio*) [KASER §24 IV, V 2a]

Der Realakt der Übergabe (kein Rechtsgeschäft) führt zur Begründung der Innehabung (Raumgewahrsam). Die Wirkung der Übergabe hängt ab vom Rechtsgrund, vom zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft (*iusta causa*).

b Herstellung der tatsächlichen Gewalt

Art. 922 ZGB, [Rdn. 277f.]

Eine Sache kann auch durch Übergabe des Mittels, das der Herstellung des Raumgewahrsams dient (z.B. Schlüssel), übertragen werden.

c 'quasi traditio'

Art. 642 II ZGB, [Rdn. 276a]

Bestandteile, die mit der Hauptsache so verbunden sind, dass eine Trennung ohne Zerstörung nicht möglich ist, haben keine eigene juristische Existenz (Akzessionsprinzip), eine solche entsteht erst mit der Herauslösung aus dem Ganzen. Die Trennung des Bestandteils von der Hauptsache (z.B. das Herauslösen des Steins [Rdn. 276a]) nennt man Separation. Erst nach der Separation erhält der Bestandteil eine eigene juristische Existenz. Gebäude sind Bestandteil des Grundeigentums, mit dem Gebäude Verbundenes gehört zum Gebäude usf. Gleiches gilt vom Pflanzen und deren Früchten.

Fruchterwerb (Art. 643 ZGB) [KASER §26 II]

Früchte (wiederkehrende, von einer Sache ohne Beeinträchtigung ihrer Substanz gewinnbare Erträge) können entweder natürliche Früchte (*fructus naturales*, z.B. Apfel, Birnen usf.) oder Zivilfrüchte (*fructus civiles*, juristisch begründete Früchte,

z.B. Pachtzinsen) sein. So lange sie mit der Muttersache verbunden sind, gehören sie dem Grundeigentümer.

Der gutgläubige Besitzer (*possessor bonae fidei*), der sich für den Eigentümer des Grundes hält, erwirbt mit der Trennung (Separation) der Früchte von der Muttersache Eigentum an ihnen.

Der Pächter hingegen, als blosser Besitzdiener, erwirbt Eigentum erst mit der Perzeption, d.h. mit der willentlichen Besitzbegründung (Vereinnahmung, Besitzergreifung). Dazwischen (zwischen Separation und Perzeption) verbleibt Besitz und Eigentum beim Grundeigentümer.

(Nach ZGB erwirbt der Pächter schon mit der Separation Besitz und Eigentum an den Früchten. Da der Besitzwille des Pächters sich auf das ganze Grundstück erstreckt, wird ein aufschiebend bedingter Besitzwille auch für die Früchte angenommen, der sich aktualisiert, sobald sie von der Muttersache getrennt sind und als eigene Sache erscheinen.)

In beiden Fällen geschieht der Eigentumserwerb *ex iusta causa*, d.h. der Eigentumserwerb bedarf eines gültigen Rechtsgrundes, der Eigentumserwerb beinhaltet (z.B. ein Pachtvertrag).

Der Stein [Rdn. 276a] ist keine Frucht (kein jährlich wiederkehrender Ertrag). Jedoch bedarf es zum Eigentumserwerb ebenfalls der Perzeption und nicht nur der Separation.

Die *'quasi traditio'* ist eine Form der Besitzverschaffung, bei der nicht mehr die körperliche Übergabe der Sache (*corpus*) im Vordergrund steht sondern die Willensebene (Zunehmende Vergeistigung des Besitzes, EUGEN HUBER).

Der Verfügende hat den Willen, den andern zum Besitzer zu machen (Besitzaufgabe) und der andere den Willen Besitz zu begründen. (Eigentumserwerb natürlich nur *ex iusta causa*.)

B Traditionssurrogate (Besitzesübertragungstatbestände ohne Übergabe der Sache)

a Übergabe langer Hand (*longa manu traditio*) [KASER §20 I 2]

Das Recht lässt (in Art. 922 II ZGB) die Besitzesübertragung ohne Sachübergabe zu. An die Stelle der *traditio* tritt als Traditionssurrogat ein sogenannter Besitzvertrag.

Bedingung dafür ist allerdings eine *iusta causa*, ein gültiges Verpflichtungsgeschäft. Der Besitzvertrag bedeutet die Einigung der Parteien darüber, dass der Käufer mit Willen des Verkäufers Besitz (und damit Eigentum) an der Sache begründe, während der Verkäufer diesen aufgibt. Es muss ausserdem im Ermessen des Erwerbers liegen, ob und wann er den räumlichen Gewahrsam an der Sache innehaben will, es muss für ihn die Möglichkeit bestehen, Gewalt über die Sache ausüben zu können. Der Erwerber muss offenen Zugang zu der Sache haben können (offene Besitzeslage).

Beispiel

Im Wirtshaus wird ein Kaufvertrag über einen Teil Holz (der noch im Wald liegt) gegen Fr. 5000.- abgeschlossen, das Geld wird übergeben und zugleich Verfügt der Veräusserer über das Eigentum am Holz. Mit dem Willen des Veräusserers kann nun der Erwerber jederzeit das Holz in seinen räumlichen Gewahrsam nehmen.

Im Römischen Recht musste die Besitzeslage jedoch so sein, dass nur der Berechtigte Zugang zu der Sache haben konnte [Rdn. 279] (also kein offener Zugang, kein Zugang für Dritte).

Für Grundstücke gab es etwa als Übergabesymbol eine Erdscholle oder die Beschreibung des Grundstückes von einem benachbarten Turm aus.

b Übergabe kurzer Hand (*brevi manu traditio*) [KASER §20 I 2]

Eigentumsübertragung wird durch *traditio ex iusta causa* vollzogen. Ist der Erwerber des Eigentums an einer Sache bereits deren Besitzer (im Römischen Recht meist Besitzdiener), kann die Besitzesübertragung sich nur noch auf der Ebene des *animus* vollziehen. Am Raumgewahrsam, am *corpus* ändert sich nichts. Der Erwerber, der Fremdbesitzer war, wird mit dem Willen des Veräusserers, der seinerseits seinen Eigenbesitz aufgibt, Eigenbesitzer (→ Besitzvertrag).

Beispiel

Ein Mieter kauft auf ein bestimmtes Datum hin vom Vermieter die von ihm gemietete Sache. Aus dem Kaufvertrag ergibt sich vorerst, bis zum vorherbestimmten Datum, keine Veränderung der (Besitz-)Verhältnisse. Denn auch der gleichzeitig mit dem Verpflichtungsgeschäft geschlossene Besitzvertrag ist befristet, d.h. er tritt zugleich mit dem Wirksamwerden des Kaufvertrages in Kraft.

*Bei Fälligkeit des Vertrages vollzieht sich die Eigentumsübertragung durch Besitzesübertragung, die Besitzesübertragung (*traditio ex iusta causa*) geschieht nicht durch körperliche Übergabe der Sache, sondern durch Traditionssurrogat (Besitzvertrag). Das *corpus* verbleibt beim Mieter, das Traditionssurrogat besteht in der einverständlichen, gegenseitigen Änderung des Besitzwillens, der Mieter wird vom Fremd- zum Eigenbesitzer, der Eigentümer gibt seinen Besitz auf.*

Der Tatbestand der Übergabe kurzer Hand ist im ZGB nicht geregelt, der Gesetzgeber sah ihn als selbstverständlich an [Rdn. 280]. Diese echte Gesetzeslücke wird gestützt auf die gesetzliche Lückenfüllung (Art. 1 II, III ZGB) in ständiger Rechtsprechung behoben.

Julian sagt in einer Quelle [Rdn. 327], dass niemand den Grund seines Besitzes verändern könne. Diese Aussage steht nicht im Widerspruch zu dem oben Gesagten, denn in diesem Quellentext geht es um den Unterschied zwischen *possessio naturalis* und *possessio civilis* und darum, dass kein *possessor naturalis* sich selbst eine *iusta causa*, die ihn zum *possessor civilis* machte, schaffen kann. Eine *iusta causa* entsteht nur objektiv-rechtlich durch Obligation.

c Besitzeskonstitut (*constitutum possessorium*) [KASER §20 I 2]

Im schweizerischen Recht wird das *constitutum possessorium* („Die Vereinbarung der Besitzer“: Besitzesvereinbarung) Besitzkonstitut genannt und ist geregelt im Art. 924 ZGB.

Im ZGB sind zwei Fälle geregelt, erstens das eigentliche, römisch-rechtliche Besitzkonstitut, zweitens der Fall (der im Römischen Recht nicht bezeugt ist) in dem der Besitz bei einem Dritten verbleibt.

Eine Mutter (M) verschenkt ihrem Sohn (S) ein Grundstück, das sie aber sogleich wieder von ihm pachtet [Rdn. 281]. In der Offerte der (M) (ein Brief an (S)) ist die Schenkung, die Pacht und Aufgabe des Eigenbesitzeswillens und Bildung des

Fremdbesitzwillens enthalten. Der Brief des (S) an die (M) enthält die Annahme des Schenkungs- und des Pachtvertrages und Bildung von Eigenbesitzwillen. Die Eigentumsverschaffung geschieht wiederum nicht mittels *traditio* sondern Traditionssurrogat (*constitutum possessorium*). Die (M) gibt den Eigenbesitzwillen auf und der (S) bildet ihn. Das reicht aber noch nicht aus, um eine *traditio* zu substituieren. Denn um Besitz zu begründen, bedarf es des *animus* und des *corpus*. Dem (S) fehlt dieses *corpus*, es wird aber ersetzt durch den Fremdbesitzwillen der (M). (S) erwirbt Eigentum am Grundstück durch den Fremdbesitzwillen der (M). Die Summe der Vorgänge ergibt eine Besitzesübertragung ohne Übergabe, nur mittels Traditionssurrogat (Besitzesübertragung *solo animo*). Tritt zu diesem Traditionssurrogat eine *iusta causa* hinzu (Schenkungs- und Pachtvertrag), so wird (S) Eigentümer.

Da es sich im Quellentext [Rdn. 281] um eine Grundstück (*res mancipi*) handelt, wird durch die *traditio* bzw. das Traditionssurrogat nicht quiritisches Eigentum, sondern erst bonitarisches verschafft. Deshalb der Verweis auf die *actio in rem*, hier die *actio Publiciana*, und nicht etwa die *rei vindicatio*.

Besitzerwerb (<i>animus et corpus</i>)					
corpore et animo			ohne Übergabe (<i>solo animo</i>)		
<i>traditio</i>	durch das Mittel zum Raumgewahrsam (z.B. Schlüssel)	' <i>quasi traditio</i> '	<i>brevi manu traditio</i>	<i>longa manu traditio</i>	<i>constitutum possessorium</i>
			Traditionssurrogate		

4. Erhaltung und Verlust des Besitzes [KASER §20 II]

Werden Grundstücke, z.B. Alpweiden im Winter, vorübergehend verlassen, so bleibt zwar der *animus* bestehen, das *corpus* jedoch geht unter, es besteht kein Raumgewahrsam mehr. Für den Erwerb ist das *corpus* (evtl. Surrogat) unerlässlich, für den Besitzerhalt ist es nicht unbedingt notwendig (Besitzerhalt *solo animo*) [Rdn. 316a, 317].

Der Besitzverlust erfolgt ebenfalls *corpore et animo*. Durch Übergabe (*traditio es iusta causa*) oder Dereliktion (Eigentums- und Besitzaufgabe in einem Vorgang). Besitz kann auch gewaltsam verloren gehen, oder wenn der Besitzer die Sache ungewollt verliert [Rdn. 318, 319]. Dauernder Verlust des *corpus* lässt den Besitz ebenfalls untergehen (Art. 921 ZGB).

IV. Schutz des Besitzes [KASER §21]

Die zentrale Funktion des Besitzes ist der Besitzschutz. Das ZGB lässt zu diesem Zweck die erlaubte Eigenmacht (Art. 926 ZGB), die Besitzesstörungsklage (Art. 928 ZGB) und die Besitzesschutzklage (Art. 927 ZGB) zu.

- Erlaubte Eigenmacht: Der in seinem Besitz Gestörte hat jedoch die Verhältnismässigkeit seiner Abwehrhandlung zu beachten (Art. 34 StGB, Art. 41, 42 OR).
- Besitzesstörungsklage: Die Störung ist im Gange oder steht unmittelbar bevor.

- Besitzschutzklage: Die Besitzentziehung ist schon geschehen.

In den zwei Klagefällen geht es vorerst darum, schnell einen Entscheid (einstweilige Verfügung) zu fällen, den Sachverhalt zu klären und die Ausgangslage (Klärung der Kläger-Beklagten-Stellung) für einen allfälligen späteren Eigentumsprozess zu schaffen. Und insbesondere geht es auch darum, den Rechtsfrieden zu wahren (*vim fieri veto*). Dies geschieht ohne auf die Eigentumsverhältnisse usw. einzugehen, nur aufgrund der liquiden Beweismittel.

Weil das Besitzschutzverfahren einen schnellen und einfachen Entscheid ermöglicht, wird es zumeist vor der Vindikation angestrengt. Geht der Prozess verloren, bleibt immer noch die Vindikation. Ist das Besitzschutzverfahren im Vornherein aussichtslos, dann wird direkt vindiziert.

Im Römischen Recht erfolgt der Besitzschutz (Erhaltung und Rückerlangung des Besitzes) mittels der *interdicta* [Rdn. 325 (Grundstücke), 326 (Fahrnissachen)].

Im Interdiktenverfahren geht es nicht um den Schutz des aktuellen Besitzers, sondern um den Schutz desjenigen, der im Verhältnis zum andern den besseren (fehlerfreieren) Besitz hat.

Das Interdiktenverfahren steht bis zu einem Jahr nach der Besitzstörung zur Verfügung.

Es sei hier noch einmal erwähnt, dass im Römischen Recht die Fremdbesitzer (d.h. die Mieter, Pächter usw.) als Besitzdiener gelten, und ihnen somit keine *interdicta* zustehen. Das ist im ZGB anders geregelt, hier gelten die Fremdbesitzer ebenfalls als Besitzer mit Klagemöglichkeit.

1. Das *interdictum uti possidetis* [Rdn. 325]

Geschützt wird derjenige Grundbesitzer, der im Verhältnis zum andern weder heimlich, noch gewaltsam oder durch Bittleihe (*precarium*) in den Besitz des Grundstückes gelangt ist.

Beispiel

(N) bemächtigt sich heimlich nachts des Grundstückes von (G). (N) hat folglich (G) gegenüber keinen fehlerfreien Besitz, (N) kann mit dem *interdictum uti possidetis* dem (G) das Grundstück wieder abverlangen.

Verlässt (N) das Grundstück trotz des prätorischen Gebotes, den Besitz dem (G) wieder zu überlassen, nicht, so muss (G), – der keine Gewalt zur Vertreibung des (N) anwenden darf (*vim fieri veto*) – in einem Folgeverfahren an das Interdiktenverfahren, gegen den (N) mittels *actio ex interdicto* klagen. Diese Klage beinhaltet das Eingehen einer Prozesswette: Zu Beginn des Verfahrens stipuliert (N) dem (G) je eine Strafsumme für den Fall, dass er nicht besitzberechtigt ist, und für den Fall, dass (G) besitzberechtigt ist. Dasselbe tut (G). (Vier Stipulationen übers Kreuz.)

Der eingesetzte Richter entscheidet nun, wer von den beiden besitzberechtigt ist, wer fehlerfreien Besitz hat. Verurteilt wird aber nicht auf Rückgabe des Grundstückes (oder der Sache), sondern dadurch verliert der nicht Berechtigte „nur“ die Prozesswette, d.h. die stipulierten Summen.

Dieser Prozess ist wiederum Ausdruck des indirekten Zwanges mit dem das Römische Recht arbeitet, denn auf diesen Prozess wird sich nur einlassen, wer seiner Sache ganz sicher ist (oder wer das Grundstück oder die Sache um jeden Preis behalten will).

Anschliessend kann (G) bei (N) vindizieren [Rdn. 282]. Die Vindikation zielt auf Realerfüllung, und erst wenn der Beklagte nicht zur Herausgabe bereit ist, wird er zur Bezahlung einer (vom Kläger bestimmten) Geldsumme verurteilt.

2. Das *interdictum utrubi* [Rdn. 326]

Zusätzlich zu den Tatbestandselementen des Interdikts für Grundstücke kommt hier das Element des (im vergangenen Jahr) längeren fehlerfreien Besitzes hinzu.

Beispiel

(D) stiehlt dem (E) eine Goldmünze und verkauft sie sofort dem gutgläubigen (B). Strengt (E) zwei Monate nach dem Diebstahl das Interdiktenverfahren gegen (B) an, so obsiegt er, tut er es erst nach 10 Monaten, so obsiegt (B).

V. Das Eigentümer-/Besitzerverhältnis

Hierbei handelt es sich um das Verhältnis zwischen dem klagenden Eigentümer und dem beklagten Besitzer im Vindikationsprozess. Die *rei vindicatio* verkörpert den Anspruch auf Rückgabe der Sache des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Durch die Verletzung des absoluten subjektiven Rechts des Eigentümers entsteht zwischen dem Eigentümer und dem Störer ein Rechtsverhältnis, ein Anspruch auf Rückgabe der Sache (*restituere*), Wiederherstellung des Besitzes. Inhalt dieser *obligatio* ist ein *facere*.

Vom gutgläubigen Besitzer:

Im ZGB (Art. 938) hat der gutgläubige Besitzer dem Eigentümer die Sache so zurückzugeben wie sie ist, er haftet dem Eigentümer nur für Schaden über das vermutete Recht hinaus. Wer sich gutgläubig für den Eigentümer hält, handelt nicht rechtswidrig, wenn er so handelt als wäre er Eigentümer. Er kann die Sache verbrauchen, untergehen lassen usf. Wer sich gutgläubig für den Mieter hält, hat wie dieser den kleinen Unterhalt wahrzunehmen usf. Tut er dies nicht, haftet er, wie wenn er wirklich Mieter wäre.

Früchte sind ebenfalls nicht geschuldet, wenn das vermutete Recht den Fruchterwerb vorsieht (z.B. Eigentum, Pacht - nicht aber Miete).

Im Römischen Recht hat der gutgläubige Besitzer die noch vorhandenen Früchte zurückzugeben, ebenfalls alle Früchte, die nach der *litis contestatio* anfallen, weil kein Besitzer nach der *litis contestatio* noch gutgläubig sein kann [Rdn. 283, 283a].

Vom bösgläubigen Besitzer:

Bösgläubig ist auch, wer hätte wissen müssen, dass er nicht Eigentümer (oder Mieter usf.) ist (Art. 3 ZGB). Er hat für alle Schäden zu haften, die an der Sache selbst und durch das Vorenthalten der Sache entstanden sind, er hat alle Früchte und alle versäumten Früchte (diejenigen, die er hätte ziehen können: die *fructus neglecti*) zurückzuerstatten.

Ebenso im Römischen Recht [Rdn. 283a].

Die *rei vindicatio* wird zu einem regelrechten Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, weil das *restituere* nicht nur den Anspruch auf Rückgabe der Sache umfasst, sondern auch den Anspruch auf Ersatz der vom Besitzer gemachten Aufwendungen (*impensae*). Dabei ist zu unterscheiden zwischen Aufwendungen für ordnungsgemässe Verwaltung und Unterhalt (*impensae necessariae*), Aufwendungen, die nicht notwendig sind, der Sache aber zum Vorteile gereichen (*impensae utiles*) und überflüssigen Luxusaufwendungen (*impensae voluptariae*).

Der gutgläubige Besitzer hat das Recht auf Erstattung der *impensae necessariae* und der *impensae utiles* (Art. 939 ZGB). Der bösgläubige dagegen nur auf Erstattung der *impensae necessariae* (Art. 940 II ZGB).

Der Besitzer hat im Vindikationsverfahren ein Retentionsrecht, d.h. er kann dem klagenden Eigentümer die *exceptio doli* entgegensetzen, wenn dieser den Ersatzforderungen nicht nachkommen will. Den Ersatzforderungen steht keine selbständige *actio* zur Verfügung, sie sind unselbständig und ohne *rei vindicatio* nicht denkbar. D.h. im *restituere* sind beide Forderungen bzw. Ansprüche zu berücksichtigen (ansonsten *exceptio doli*), beide sind einander gegenüberzustellen. Geschuldet ist am Ende der Saldo [Rdn. 376a].

§15 Beschränkte dingliche Rechte

I. Abgrenzung von dinglichen und obligatorischen Rechten

Es geht hier um den Unterschied zwischen der *actio in rem* (dingliches Recht) und der *actio in persona* (obligatorisches Recht). Worin unterscheidet sich die *actio empti* (*actio in persona*) von der *rei vindicatio* (*actio in rem*), beides sind Klagen auf Besitzübertragung. Sie unterscheiden sich nur in der Lage des Eigentums.

Die *actio empti* entstammt einem schuldrechtlichen Vertrag, der Anspruch (gerichtet auf Herstellung des Inhaltes eines subjektiven Rechts) richtet sich auf eine Leistung des Schuldners, vollstreckbar ist dieser Anspruch in dessen Vermögen, d.h. das Haftungssubstrat ist das Vermögen des Schuldners.

Die *rei vindicatio* entspringt der Verletzung einer absoluten Rechtsposition, sie richtet sich gegen den besitzenden Nichteigentümer, der Anspruch richtet sich auf die Sache selbst, vollstreckt wird nicht in das Vermögen des Schuldners, sondern in die Sache. Haftungssubstrat ist die Sache.

Im Falle der Vindikation geht der Anspruch auf Herstellung des absoluten subjektiven Rechts, des Eigentums; der besitzende Nichteigentümer hat kein Recht an der Sache, das Recht an der Sache ist nicht Bestandteil seines Vermögens. Anders bei der *actio empti*: Der Schuldner schuldet die Übertragung eines Rechts aus seinem Vermögen.

II. Der Begriff des beschränkten dinglichen Rechts

Beschränkte dingliche Rechte wirken absolut, sie sind dem dinglichen Vollrecht (Eigentum) nachgebildet. Einzelne Berechtigungen können von diesem Vollrecht abgespalten werden.

Ein beschränktes dingliches Recht wird mittels Schuldvertrag (Verpflichtungsgeschäft) begründet. Der Akt der Einräumung des dinglichen Rechts ist ein Verfügungsgeschäft. Es handelt sich dabei nicht um eine Verminderung des Bestandes der subjektiven Rechte (des Vermögens) des Veräußerers, sondern um die Verminderung eines subjektiven Rechts in seinem Inhalte selbst.

Der Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechts vom Veräußerer ist ebenfalls ein derivativer. Aber im Gegensatz zur Eigentumsübertragung kein translativ derivativer Erwerb, sondern ein konstitutiv derivativer Erwerb.

Beim translativ derivativen Erwerb wird ein Recht vom Veräußerer so übertragen wie es beim ihm selbst bestanden hat. (Überträgt der Veräußerer ein mit einem dinglichen Recht belastetes Eigentum, so kann er nur dieses übertragen: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.)

Beim konstitutiv derivativen Erwerb wird ein Recht in Form, Umfang und Inhalt übertragen, wie es beim Veräusserer zuvor nicht bestanden hat. (Geht dieses Recht unter oder wird es auf den Veräusserer rückübertragen, dann ist das Vollrecht beim Veräusserer wieder hergestellt.)

Nach ZGB kann ein gutgläubiger Erwerber originär Eigentum erwerben, auch wenn er die Sache vom Nichteigentümer (dem die Sache anvertraut worden ist) übertragen erhält (Art. 714 II i.V.m. 933 ZGB).

Dies ist auch beim mit einem dinglichen Recht belasteten Eigentum möglich: Hier erhält der Erwerber translativ derivativ das belastete Recht des Veräusserers und erwirbt originär den fehlenden Rest. Weil dies möglich ist, beinhalten beschränkt dingliche Rechte zumeist auch den Besitz. Denn der Erwerber ist nicht mehr gutgläubig, wenn dem Veräusserer der Besitz fehlt (Art. 930 I ZGB).

III. Das Pfandrecht [KASER §22 II 1; §31]

Das Pfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht, und zwar ein Sicherungsrecht (im Gegensatz zum Nutzungsrecht). Die Sicherungsrechte selbst können noch einmal unterteilt werden in Personalsicherheiten (Bürgschaft, Garant) und Realsicherheiten (Pfandrecht).

1. Begriffe und Arten

A Kreditsicherungszweck

Das Pfand dient zur Sicherung beispielsweise eines Kredites. Der Pfandgläubiger kann im Falle der Insolvenz des Schuldners auf die Sache zugreifen und diese zur Befriedigung seiner Ansprüche veräussern.

B *fiducia*

C *pignus* und *hypotheca*

2. Die Akzessorität

Um ein Pfandrecht bestellen zu können, muss eine zu sichernde Forderung bestehen. Ohne eine solche kann ein Pfandrecht nicht begründete werden. Es ist jede Forderung geeignet, durch ein Pfand gesichert zu werden.

Erlischt die durch das Pfand gesicherte Forderung, geht zugleich damit auch das Pfandrecht unter. Diese Abhängigkeit des Pfandrechts von der zu sichernden Forderung nennt man Akzessorität.

3. Bestellung, Inhalt und Untergang des Pfandrechts an körperlichen Sachen (*res corporales*)

Im schweizerischen Recht gibt es das Pfandrecht nur als Faustpfandrecht, es gibt also (außer an Grundstücken, Schiffen und Vieh) kein besitzloses Pfand. Im Römischen Recht gibt es neben dem Faustpfand (*pignus*) auch das besitzlose Pfand (*hypotheca*). Es gelten dieselben Regeln sowohl für Fahrnissachen wie für Grundstücke.

A Begründung

a Gesetzliche Pfandrechte

b Rechtsgeschäftliche Begründung

Die Pfandbestellung ist ein Verfügungsgeschäft, das in einer *traditio ex iusta causa* vollzogen wird (Art. 884 ZGB). Die Kausalität, d.h. die Abhängigkeit der Gültigkeit der Verfügung von einer *iusta causa* wird in Analogie zur Übertragung des Eigentums (Art. 714 I, 974 II ZGB) angenommen. Die Kausalität der Eigentumsverfügung hat das BGE in ständiger Rechtsprechung bestätigt (vgl. BGE 55 II 302).

Bei der Unterscheidung im Römischen Recht von *pignus* und *hypotheca* handelt es sich nicht um zwei verschiedene Pfandarten, sondern nur um zwei verschiedene Entstehungsarten [Rdn. 342, 343, 343a].

Die *hypotheca* entsteht durch formfreie Abrede (*pactum*) zwischen den Parteien [Rdn. 354, 355]. Die Pfandsache wird dem Pfandgläubiger nicht tradiert, er wird „Fremdbesitzer“ ohne *corpus*. Dieses besitzlose Pfand kann für Dritte enorme Nachteile mit sich bringen.

Beispiel

(E) hat eine Sache dem (P) als besitzloses Pfand gegeben. Nun manzipiert (E) die Sache dem gutgläubigen (D). Dieser wird zwar *quiritischer Eigentümer*, aber die Sache bleibt mit dem Pfand belastet (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Begleicht (E) die durch das Pfand gesicherte Forderung, dann geht das Pfandrecht mit der Forderung unter, und (D) erwirbt volles Eigentum.

Wird (E) aber aus irgendeinem Grunde insolvent, hat (D) dem (P) die Sache herauszugeben. (D) kann zwar gegen (E) aus Rechtsgewährleistung klagen (mit der *actio auctoritatis*), da aber (E) insolvent ist, wird (D) kaum etwas erhalten.

Die Bestellung des *pignus* (die Bezeichnung *pignus* steht für den Pfandvertrag und die körperliche Innehabung der Pfandsache) ist an ein formgebundenes Rechtsgeschäft, einen Realkontrakt gebunden. Der obligatorische Pfandvertrag (*iusta causa*, Verpflichtungsgeschäft) kommt dabei durch den Konsens der Parteien und die reale Übergabe (*traditio*) der Pfandsache [Rdn. 363] zustande. Gleichzeitig (*uno actu*) kommt mit der *traditio* auch das Verfügungsgeschäft (wofür das Verpflichtungsgeschäft die *iusta causa* bildet) zustande: Der Pfandgläubiger wird (durch konstitutiv derivativen Erwerb) beschränkt dinglich Berechtigter.

c Pfandverhältnis und Pfandkontrakt

Die *iusta causa* der Pfandrechtsverfügung besteht im schweizerischen Recht in einem formfreien Verpflichtungsgeschäft mit folgendem Inhalt: Erstens mit der Verpflichtung zur Sachübergabe. Und zweitens der Verpflichtung zur Übertragung des Pfandrechts. (Der Pfandgläubiger ist im schweizerischen Recht nie Eigentümer der Pfandsache, im Römischen Recht gab es diese Möglichkeit.)

Im Römischen Recht ist der obligatorische Pfandvertrag (*pignus*) ein Realvertrag, d.h. der Vertrag bedarf des Konsenses und (als Formerfordernis) der realen Sachübergabe. Deshalb ist die Sachübergabe nicht Leistungsinhalt des römischen Pfandvertrages, da die Sache im Augenblick der Vertragsentstehung übergeben wird.

Ohne diese Übergabe kommt der Vertrag nicht zustande. Die unmittelbaren Leistungsinhalte des römischen Pfandvertrages sind die folgenden:

- Rückgabepflicht des Pfandgläubigers nach Erfüllung der durch das Pfand gesicherten Forderung [Rdn. 363].
- Anspruch der Pfandschuldners auf den Mehrerlös (*superfluum*) bei Verwertung der Pfandsache durch den Gläubiger [Rdn. 370].
Hat der Pfandgläubiger aus dem *superfluum* ein Grundstück gekauft (z.B. um den Wertverlust durch Inflation zu verhindern), geht die *actio pignericia directa* auch auf dieses Grundstück, es ist als Surrogat des Geldes zu betrachten, das an dessen Stelle in das Rechtsverhältnis tritt.
- Schadenersatzpflicht des Pfandgläubigers für Schädigung oder Untergang der Pfandsache, er haftet für *dolus*, *culpa* und in klass. Zeit auch für *custodia* (Art. 890 I ZGB).
- Haftung des Schuldners für Aufwendungen und Schäden, die dem Pfandgläubiger durch die Pfandsache entstehen (Haftung für *dolus* und *culpa*).

Der Inhalt des Pfandrechts selbst besteht primär im Recht auf den Besitz (Fremdbesitz) der Pfandsache. Dieses absolut wirkende Recht gilt sowohl gegenüber dem Inhaber des Vollrechts wie auch gegenüber allen andern. Und zum andern besteht der Inhalt des Pfandrechts im Recht auf die Verwertung der Pfandsache bei Nichterfüllung der mit dem Pfand gesicherten Forderung (Art. 891 ZGB). Damit wird ein Nichteigentümer ermächtigt, über ein fremdes (Eigentums-)Recht zu verfügen. Der Pfandgläubiger überträgt dem Käufer des Pfandes das Eigentum an der Sache, ohne selbst Eigentümer zu sein.

Im Römischen Recht steht dem Pfandgläubiger gegen jeden Besitzer der Pfandsache die *actio Serviana* [Rdn. 374] zur Verfügung. Die gesicherte Forderung darf allerdings nicht untergegangen und die Erfüllung der Forderung nicht vom Pfandgläubiger selbst verhindert sein. Beim *pignus* geht die *actio Serviana* auf Wiederherstellung des Besitzes, bei der *hypotheca* auf Herstellung des Besitzes.

Der Pfandgläubiger ist ausserdem interdiktengeschützter Fremdbesitzer (nicht nur Besitzdiener). Dies deshalb weil der Pfandgläubiger ein grösseres Interesse am Besitz der Sache hat als der Pfandschuldner. Das *interdictum Salvianum* ist (wie bei der *rei vindicatio*) der *actio Serviana* vorgelagert.

B Untergang

Geht die zu sichernde Forderung durch Erfüllung (oder aus anderen Gründen) unter, geht damit aufgrund der Akzessorität auch das dingliche Pfandrecht unter. Das obligatorische Pfandverhältnis, der Pfandrealkontrakt bleibt bestehen.

a Beendigungsgründe

b Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache (= *actio pignericia in personam directa*)

Die *actio pignericia in personam directa* [Rdn. 376] (eine *actio bonae fidei*) dient zur Durchsetzung der obligatorischen Ansprüche des Pfandschuldners aus dem Pfandkontrakt gegen den Pfandgläubiger. Die Leistungsinhalte dieser *actio* sind: Rückgabe der Pfandsache, Haftung des Pfandgläubigers bis zu *custodia*, Anspruch auf das *superfluum*.

Der Pfandgläubiger seinerseits hat die *actio pignoratitia in personam contraria* um vom Pfandschuldner Ersatz für Aufwendungen und Schäden zu fordern, welche die Pfandsache bei ihm verursacht hat.

Diese Leistungsinhalte setzen alle eine Besitzerstellung des Pfandgläubigers voraus. Also muss die Sache, abgesehen von der Formerfordernis des Realkontraktes, den Pfandgläubiger tradiert worden sein, damit diese Inhalte überhaupt möglich sind.

c Besitzeskonstitut (*constitutum possessorium*)

C Inhalt und Ausübung des Pfandrechts

a Das Verfallpfand

Die Vereinbarung eines Verfallpfandes war schon im Römischen Recht nichtig. Im ZGB ist auch der Kauf des Pfandes durch den Pfandgläubiger nicht mehr erlaubt (Art. 894 ZGB).

b Das Verkaufspfand

Der Pfandgläubiger wird nie Eigentümer der Pfandsache, auch nicht bei ihrer Verwertung. Das Eigentum geht unmittelbar vom Pfandschuldner auf den Käufer der Sache über.

In einer Nebenabrede zum Pfandrealkontrakt, der Verkaufsabrede (*pactum de vendendo*) [Rdn. 368] wird der Pfandgläubiger ermächtigt (Vollmachtserteilung) und verpflichtet (Auftrag) zugleich, die Pfandsache unter einer bestimmten Bedingung, d.h. im Falle der Insolvenz des Pfandschuldners, zu verwerten.

Das *pactum de vendendo* kann beim Schluss des Realkontraktes explizit vereinbart werden, oder es wird konkludent Vertragsinhalt, falls die Parteien es nicht ausdrücklich ausschliessen [Rdn. 369]. Ein solches *pactum adiectum* kann nur zusammen mit einem Vertrag *bonae fidei* geschlossen werden.

Die *emptio venditio* (Verpflichtungsgeschäft) über die Pfandsache kommt zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandkäufer zustande. Das Verfügungsgeschäft hingegen zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandkäufer. Im Falle der Veräußerung (Verfügungsgeschäft) ist der Pfandschuldner direkter Stellvertreter des Pfandschuldners.

Für die Veräußerung ist die *emptio venditio* die *iusta causa*. Die Wirksamkeit der beiden Geschäfte folgt aus der Vollmachtserteilung. Vollmacht bedeutet Erweiterung der Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten. Mit der Vollmacht wird die Rechtssphäre des Bevollmächtigten mit der Rechtssphäre des Vollmachtgebers (insoweit sie Inhalt der Bevollmächtigung ist) verschmolzen. Sonst wäre allenfalls, wenn Pfandgläubiger und Pfandkäufer wissen, dass sie einen Kaufvertrag über eine Sache schliessen, die nicht im Eigentum des Pfandgläubigers steht, der Vertrag nichtig.

Als Nebenabrede zur *emptio venditio* wird zwischen Pfandgläubiger und Pfandkäufer immer auch ein *pactum de non praestanda evictione* geschlossen. Das *pactum* offenbart

dem Käufer zugleich, dass der Pfandgläubiger fremdes Eigentum überträgt, d.h. das Eigentum in fremdem Namen veräussert.

Ist die Pfandsache eine *res mancipi*, wird der Käufer bonitarischer Eigentümer. Strengt der Pfandschuldner nach z.B. 7 Monaten, wenn der Käufer noch nicht originär quiritischer Eigentümer geworden ist, die *rei vindicatio* gegen ihn an, hat der Käufer gegen den Pfandschuldner die *exceptio rei venditae et traditae*.

Die Tradition ist hier keine Problem, denn die Eigentumsübertragung wurde durch die Übergabe des Pfandgläubigers vollzogen. Schwieriger ist das *venditum* zu erklären. Denn die *emptio venditio* besteht zwischen dem Pfandgläubiger und dem Käufer, und nicht zwischen diesem und dem Pfandschuldner. Durch die Ermächtigung des Pfandgläubigers durch den Pfandschuldner zum Verkauf der Sache ist der Verkauf ein Verkauf in eigenem Namen aber auf fremde Rechnung. Die Sache wird also aus dem Vermögen des Pfandschuldners und aufgrund seines Auftrages durch den Pfandgläubiger veräussert. Indiz dafür ist, dass das *superfluum* dem Pfandschuldner geschuldet ist.

Fallbeispiel

Der Pfandgläubiger (PG) muss eine ihm vom gutgläubigen Pfandschuldner (PS) zu Pfand gegebene Sache verwerten, weil (PS) insolvent geworden ist. (PG) schliesst mit dem Käufer der Sache (K) einen Kaufvertrag (*emptio venditio*, mit der Nebenabrede *pactum de non praestanda evictione*) über die Pfandsache. Nach einiger Zeit meldet sich der Eigentümer (E) und weist sein quiritisches Eigentum an der Sache nach.

- Rechtsverhältnis zwischen (PS) und (PG):

(PG) ist nicht dinglich Berechtigter geworden (ihm steht die *actio Serviana* usf. nicht zur Verfügung). Niemand kann mehr Rechte übertragen als er selbst besitzt, deshalb konnte ihm (PS) kein dingliches Pfandrecht übertragen.

Auf der obligatorischen Ebene ist zwischen (PG) und (PS) dennoch ein Pfandrealvertrag zustande gekommen, denn dazu reichen *datio* und Konsens aus. Es wird keine Rechtszuständigkeit vorausgesetzt, nur die faktische Übergabe als Formelement.

- Rechtsverhältnis zwischen (PG) und (K):

Da zwischen dem (PG) und (K) ein Kaufvertrag mit dem *pactum de non praestanda evictione* als Nebenabrede vereinbart wurde, ist der (K) der Vindikation des (E) schutzlos ausgeliefert und muss die Sache diesem restituieren. (PG) muss dem (K) weder im Prozess beistehen, noch haftet er aufgrund der Rechtsgewährleistung. Und es liegt auch keine andere Vertragsverletzung vor, die den (PG) zu Schadenersatz verpflichten würde.

Der (E), der seine Sache von (K) erhält, hat weiter nichts mehr mit dem Pfandverhältnis zu tun.

Mit der Befriedigung des (PG) durch den Verkauf der Sache ist die gesicherte Forderung untergegangen. Der (PG) geht also neutral, ohne Schaden oder Vorteil, aus dem Pfandverhältnis hervor.

- Rechtsverhältnis zwischen (PS) und (K):

(PS) hat aus dem Pfandverhältnis einen Vorteil gezogen, er hat mit fremdem Vermögen eine Schuld getilgt. Demgegenüber ist (K) aus dem Verhältnis ein Nachteil entstanden. Zunächst besteht aber zwischen (PS) und (K) kein Rechtsverhältnis (Vertrag usf.).

Da im Römischen Recht die ungerechtfertigte Bereicherung stets subsidiär angewendet wurde, und zwar zumeist nur im Falle von Leistungskondiktion, muss sie hier (Eingriffskondiktion) als Möglichkeit des Vermögensausgleichs ebenfalls entfallen.

Deshalb muss hier auf die Drittschadensliquidation (vgl. Skript §29 II) zurückgegriffen werden: Der (PG) muss den Schaden des (K) gegenüber (PS) durchsetzen, obwohl ihn selbst kein Schaden trifft.

Das *pactum de non praestanda evictione* verhindert, dass (K) den (PG) für den Rechtsmangel haften lassen kann. Der (PG) wird zudem leicht beweisen können, dass ihn kein Verschulden trifft, weshalb (K) auch keinen Anspruch aus Vertragsverletzung geltend machen kann.

Weil (K) gegen (PG) keinen Anspruch hat, entsteht diesem auch kein Schaden, den dieser wiederum - mit der *actio pigneraticia in personam contraria* - auf den (PS) abwälzen könnte.

Es entsteht also dem (K) allein aufgrund des *pactum de non praestanda evictione* der Schaden, der eigentlich dem (PG) hätte entstehen sollen (Schadensverlagerung). Das *pactum* ist aber eine Vereinbarung im Innenverhältnis zwischen (K) und (PG), weshalb sich (PS) nicht darauf berufen können soll.

Deshalb wird der Schaden (fiktiv) zu (PG) verlagert, so dass dieser mit der *actio pigneraticia* gegen den (PS) klagen kann. (Es wird weiter unterstellt, dass wer eine fremde Sache verpfändet eine *culpa* begeht.)

Durch den Anspruch aus der *emptio venditio* auf Realerfüllung hat (K) auch einen Anspruch auf alle *commoda*, die (PG) nach Vertragsschluss im Zusammenhang mit der Kaufsache erwirbt. So ist die *actio empti* in diesem Fall auf die Abtretung des Anspruchs gegen (PS) gerichtet.

In der Spätclassik hätte statt der Drittschadensliquidation dem (K) direkt eine *actio empti utilis* zur Verfügung gestanden. Zwischen (K) und (PS) besteht zwar kein Vertrag, aber dennoch eine kaufrechtliche Beziehung dadurch, dass (PG) als (indirekter) Stellvertreter die *emptio venditio* auf Rechnung des (PS) abgeschlossen hat.

4. Weitere Ansprüche des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers

A Des Pfandschuldners

B Des Pfandgläubigers

5. Die Früchte der Pfandsache

6. Das Pfandrecht an unkörperlichen Sachen (*res incorporales*) und am Vermögen

7. Die einzelnen pfandrechtlichen *actiones*

8. Exkurs: Das Retentionsrecht

IV. Dienstbarkeiten (Servituten) [KASER §28 I 1]

Eine Sache, zumeist ein Grundstück, kann zugunsten eines anderen Grundstückes so belastet werden, dass der jeweilige Eigentümer oder Besitzer bestimmte Einwirkungen des Eigentümers oder Besitzers des andern Grundstückes zu dulden oder selbst eine bestimmte eigene Einwirkung zu unterlassen hat (z.B. Wegerechte, Aussichtsservitut).

1. Grunddienstbarkeiten

- A Begriff**
- B Ausübung der Dienstbarkeiten**
- C Der Rechtsschutz**

2. Persönliche Dienstbarkeiten: Nutzniessung und Gebrauchsrecht (*usus-fructus* und *usus*)

A Nutzniessung (*ususfructus*)

Die Nutzniessung (Art. 745 ZGB) ist eine persönliche Dienstbarkeit, die den vollen Genuss der Sache erlaubt: Der Nutzniesser hat das Recht auf Besitz der Sache, Benutzung und Eigentumserwerb an den Früchten. Der Nutzniesser hat fast alle Eigentumsbefugnisse.

B Gebrauchsrecht (*usus*)

Römisches Privatrecht II:

Obligationenrecht

Vgl. dazu: BK-Kramer, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht⁴
BK-Becker, Obligationenrecht⁵

1. Kapitel: Die Obligation und das Schuldverhältnis

§16 Geschichte und Entstehungsgründe der Obligation [KASER §32]

I. Der deliktische Ursprung der Obligation

II. Das Problem von Schuld und Haftung [KASER §33 III]

Schuld: Was geleistet werden soll.

Haftung: Reales Einstehen für die Leistung der Schuld.

obligatio naturalis (Unvollkommene Obligation)

Gemeint ist eine unklagbare Obligation, die z.B. aus Spielschulden entsteht (Art. 513 OR). Oder die aufgrund von Einredemöglichkeit nicht mehr klagbare Forderung, z.B. nach Verjährung.

Die freiwillige Bezahlung einer solchen Schuld ist nicht die Bezahlung einer Nichtschuld (Art. 62 II, 63 OR), ist die Schuld beglichen, kann sie nur unter best. Bedingungen wieder zurückgefordert werden (Art. 514 II OR).

§17 Wesen, Inhalt und Geltungsgrundlage der Obligation

I. Voraussetzung des Leistungsinhaltes [KASER §34 I]

1. Rechtmässigkeit und sittliche Konformität

2. Ursprüngliche Möglichkeit der Erfüllung

II. Die Obligation als Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (das Schuldverhältnis i.e.S.) [KASER §32 I]

Ein Schuldverhältnis (i.e.S.) ist eine einzelne Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner z.B. auf den Kaufpreis einer Sache. Ein Synallagma beinhaltet mindestens zwei Schuldverhältnisse, zumeist jedoch noch mehr (z.B. die Sachgewährleistung im Kaufvertrag usw.).

⁴ Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, 3. Auflage, Bern 1986

⁵ Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1945

III. obligatio und actio [KASER §33 I]

Die *actio* vereinigt in sich zugleich das subjektive Recht (die Forderung), den Anspruch (die fällige Forderung) und die Klage (die Möglichkeit, den Anspruch mit Hilfe des Staates durchzusetzen).

[Rdn. 44, 44a, 44b, 44d, 44f, 44g]

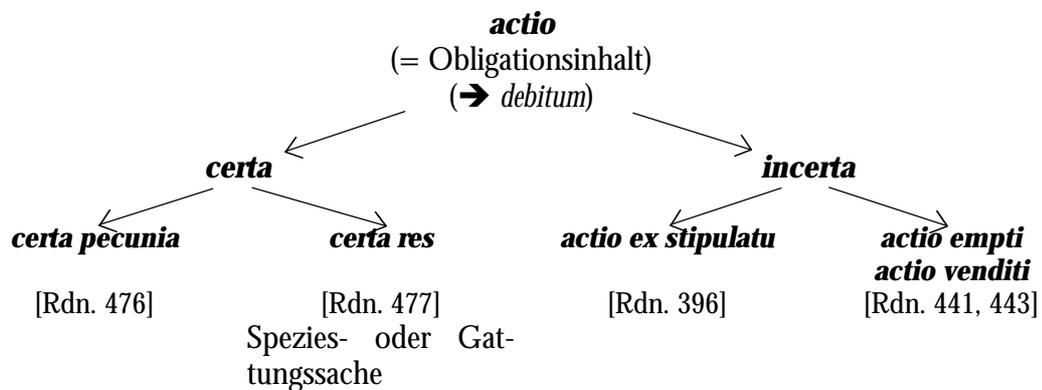
Erst im Mittelalter unter dem Einfluss der scholastischen Logik (Thomas v. A., Aristoteles) und der Glossatoren (Azo, Accursius) begann die Unterscheidung, die logische Aufgliederung in *obligatio* und *actio*.

Insbesondere wird zwischen der Forderung (dem subjektiven Recht) und dem Anspruch unterschieden, die Forderung trägt zwar die *actio* in sich, aber sie ist dennoch etwas davon Verschiedenes: Die Forderung ist zunächst das Recht, das dann in der *actio* zum klagbaren Anspruch wird.

Weitere Fortschritte werden erst im 19. Jh. gemacht. Insbesondere zu erwähnen sind SAVIGNY und WINDSCHEID [Rdn. 46].

1. Obligationen auf ein certum bzw. auf ein incertum; die obligatio stricti iuris bzw. bonae fidei [KASER §34 II]

Bei der Unterscheidung zwischen Obligationen auf ein *certum* und Obligationen auf ein *incertum* geht es um die Abgrenzung von Obligationen mit festgelegtem Inhalt (ein bestimmter Betrag bzw. Sache) zu solchen, deren Inhalt bzw. Wert erst nach Vertragsschluss, z.B. bei Fälligkeit konkretisiert wird.



Die *condictiones* [Rdn. 476, 477] sind Kontraktsklagen für Stipulationen, Darlehensrückforderungen (Geld oder auch Sachen [vertretbare Sachen] können dargeliehen werden) und Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Die *actio ex stipulatu* [Rdn. 396] ist auf Forderungen gerichtet, die ein Tun oder Unterlassen beinhalten. Sie enthält einen expliziten Verweis auf eine solche Stipulation als Entstehungsgrund der Obligation: die *demonstratio* [...sich ... hat stipulieren lassen, ...]. Diese Stipulation hat der Kläger zu beweisen. Die *demonstratio* ist wichtig, weil nur aufgrund des Sachverhaltes das *incertum* genau bestimmt werden kann, weil nur so Anhaltspunkte für die Schätzung der geschuldeten Summe gefunden werden.

In der *intentio* dann wird der Richter angewiesen, festzustellen, wieviel dem Kläger die Leistung wert ist.

Die *actiones bonae fidei* [Rdn. 441, 443] enthalten ebenfalls beide eine *demonstratio*, im Unterschied zur *actio ex stipulatu* hat der Beklagte (oder der Kläger) so viel zu geben, wie nach er

Treu und Glauben zu leisten verpflichtet ist, und nicht so viel, wie dem Kläger die Leistung wert ist.

Der Richter hat nicht nur den Wert der Leistung zu schätzen, sondern auch andere Umstände zu berücksichtigen, wodurch die zu leistende Summe erheblich vom Vertragsinhalt abweichen kann. Der Richter erhält demnach im Laufe der Zeit immer mehr Ermessensspielraum (vgl. Art. 2 ZGB).

Fallbeispiel [Rdn. 385o]

(V) verkauft (K) ein Haus, dieses wird durch Manzipation übertragen. Später erfährt (K), dass er für die unter dem Haus durchführende Wasserleitung eine jährliche Gebühr zu bezahlen hat.

Hat (K) den Kaufpreis schon bezahlt, kann er mit der *actio empti* Schadenersatz verlangen. Der Richter hat den Betrag zu bestimmen.

Hat (K) den Kaufpreis noch nicht bezahlt und weigert sich wegen der Gebühr den vollen Kaufpreis zu bezahlen, dann kann (V) mittels der *actio venditi* die Bezahlung verlangen. Der Richter reduziert den Kaufpreis aber wegen der Wassergebühr, weil es mit Treu und Glauben nicht vereinbar wäre, (K) auf Bezahlung des vollen Betrages zu verurteilen, denn (V) hat (K) gegenüber Aufklärungspflichten verletzt.

Inhalt der Obligation sind neben der Kaufpreissumme auch Loyalitätspflichten (z.B. Aufklärungspflichten).

Zugehör (Art. 644 ZGB)

Unter Zugehör sind eigenständige Sachen zu verstehen, die aber in einem unmittelbaren Zusammenhang, in einem zweckhaft untergeordneten Verhältnis zur Hauptsache selbst stehen. Damit eine Sache als Zugehör gilt, ist die objektive Zweckzuordnung Voraussetzung, die willentliche Zuordnung alleine genügt (wie unklar in Art. 644 II ZGB) nicht.

Ist nun über das Schicksal der Zugehör in einem Kaufvertrag nichts abgemacht, so gilt die Zugehör als mit verkauft (z.B. das Mobiliar eines Hotels) [Rdn. 385d].

Der Anspruchsinhalt *ex bona fide* richtet sich also nicht mehr nur auf die Parteiabmachung, sondern auch nach der (am Orte oder im Geschäftsverkehr) üblichen Auffassung vom Inhalt eines Anspruchs der nämlichen Art [Rdn. 409] (vgl. Art. 188 OR).

obligatio stricti iuris vs. obligatio bona fides [Rdn. 385a]

Ein weiterer Fortschritt der *obligatio bona fides* gegenüber der *obligatio stricti iuris* besteht in der Entwicklung weg vom reinen Formalismus hin zu einer differenzierten Auslegung der Ansprüche: Anspruchsbildung unter Berücksichtigung der Verkehrsgewohnheiten.

In der *stipulatio* hatte noch alles geregelt zu sein, was Inhalt des Anspruchs sein sollte, im Kaufvertrag (*emptio venditio*) hingegen konnte, was nicht geregelt worden war, nach Üblichkeit gefordert werden [Rdn 401f.].

Der starre Formalismus der *obligatio stricti iuris* wirkte sich dahin aus, dass im Prozess genau das gefordert werden musste, was Inhalt des Anspruches war. Forderte der Kläger auch nur eine Sesterze zu viel, war der Anspruch als Ganzes verloren [Rdn. 385f, 577, 578].

2. Der Leistungsinhalt [KASER §34 I]

A dare

Das *dare* beinhaltet die Verpflichtung des Schuldners zur Besitzes- und Eigentumsverschaffung bzw. -übertragung (klagbar mittels *condictio certae rei* oder *actio empti*).

B *facere*

Das *facere* umfasst jede erdenkliche Art des Tuns [Rdn. 384a], aber auch jedes Nicht-Tun, Dulden oder Unterlassen [Rdn. 384]. Alle *obligationes ex fide bona* beinhalten neben dem *dare* auch das *facere* [Rdn 384].

C *praestare*

Das *praestare* (=einstehen müssen für etwas) selbst tritt nur vereinzelt in Klageformularen in Erscheinung (z.B. der Teilungsklage). Es ist aber wichtiger Obligationsinhalt in Bezug auf die Gewährleistung (Garantieanspruch), der im Falle der Verletzung zur Haftung führt.

Für den Schaden bei Vertragsverletzung haftet man grundsätzlich nur bei Verschulden; im Falle der Sachgewährleistung (Kaufvertrag, Werkvertrag) wird auch ohne Verschulden gehaftet (vgl. Art. 197, 205 OR).

Schon das Römische Recht kannte die Minderungsklage (*actio quanti minoris*) und die Wandelungsklage (*actio redhibitoria*) als typische Klagen mit *praestare*-Inhalt [Rdn. 422].

D *reddere, restituere*

Das *restituere* beinhaltet ungefähr das Gegenteil von *dare*. Es ist ein auf Rückgabe gerichteter Obligationsinhalt (z.B. *rei vindicatio*, *actio redhibitoria*).

Die *actio redhibitoria* hat zwei Inhalte: Ersten die Aufhebung des Kaufvertrages *ex tunc* und zweitens die gegenseitige Rückgabe der vorher übergebenen Sachen (bzw. des Geldes) [Rdn. 425, 426, 427]. Die Rückgabe umfasst auch die Rückgabe von dem, was an Früchten (oder Zinsen) zu der Sache hinzugekommen ist [Rdn. 428].

3. Die Geltungsgrundlage: Obligation des *ius civile* oder des *ius honorarium*

[KASER §33 II]

Geltungsgrundlage von Obligationen kann entweder das *ius civile* oder das *ius honorarium* sein. Diese Unterscheidung ist aber für die Wirksamkeit ohne Bedeutung.

§18 Das Schuldverhältnis i.w.S.**I. Begriff**

Das Schuldverhältnis (i.w.S.) umfasst alle Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Es ist ein prozessuales Gefüge, d.h. es umfasst alle Forderungen, die auf ein bestimmtes Ziel hin sinnvoll aufeinander bezogen sind.

Das Schuldverhältnis des Kaufvertrag z.B. umfasst das gesamte Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer. Es setzt sich aus einer ganzen Reihe von Forderungen zusammen, die im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag entstehen können. Zunächst die Forderung auf Sachübergabe und Preisbezahlung, dann solche aus Verletzung von Loyalitätspflichten und evtl. die Forderungen im Zusammenhang mit Kaufpreisminderung oder Wandelung. Das Schuldverhältnis besteht auch weiter, wenn einzelne Forderungen daraus erfüllt oder veräussert (zediert) werden. Der Erwerber der Forderung tritt nicht in das Schuldverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer ein.

II. Inhalt und Struktur des Schuldverhältnisses

Wichtig, um zu entscheiden, ob eine Obligation richtig erfüllt worden ist, ist die Frage, was eigentlich Inhalt der Obligation ist, was geschuldet ist.

Inhalt z.B. jeder *obligatio bonae fidei* ist Treu und Glauben. Heute ist Treu und Glauben Inhalt jeder Obligation (Art. 2 I ZGB).

1. Leistungspflichten und Pflichtenlagen (*debitum*)

Neben den ausdrücklich vereinbarten Leistungen entstehen Leistungspflichten aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Die Gesamtheit der Leistungspflichten kann auch als Leistungsprogramm bezeichnet werden. Jede Abweichung von diesem Programm bedeutet eine Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung (Art. 97 OR) einer bestimmten Leistungspflicht.

A Hauptleistungspflichten

Hauptleistungspflichten sind synallagmatisch aufeinander bezogen (*do ut des*), insbesondere Nicht-Geldleistungen. Es sind diejenigen Inhalte eines Vertrages, über die im Sinne einer Mindestanforderung im Tatbestand eines Rechtsgeschäftes Konsens herrschen muss (typenbestimmende Pflichten: *essentialia negotii*).

Die Verletzung des Synallagmas bewirkt den Untergang der andern Hauptleistungspflicht (vgl. Art. 20, 82, 119 OR).

Der Rücktritt bei Verzug (Art. 107ff. OR) setzt ebenfalls schon eine Verletzung des Synallagmas voraus.

B Nebenleistungspflichten

Nebenleistungspflichten sind nicht typenbestimmende, zusätzliche Verpflichtungen (*accidentalialia negotii*) aus Vertrag oder aus Gesetz (z.B. Art. 189, 204 OR).

Die Regelung über die Transportkosten (Art. 189 OR) beispielsweise kommt nur zur Anwendung, wenn die Sache an einem andern als dem Erfüllungsort geleistet werden soll. (Die Transportkosten an den Erfüllungsort trägt immer der Verkäufer.) Die Transportkosten an den Ablieferungsort bilden eine Nebenleistungspflicht. Ihre Verletzung hat nicht die Aufhebung des Synallagmas zur Folge, auch wenn es Nebenleistungspflichten gibt, die das Synallagma stören können, wenn z.B. eine Nebenleistungspflicht für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht so unerlässlich ist (*condicio sine qua non*), dass ohne sie die Hauptleistungspflicht sinnlos wird.

Haupt- und Nebenleistungspflichten sind in der Rechtswirkung miteinander verwandt. Ihnen beiden ist der Anspruch auf Naturalleistung (also Anspruch auf die Primärleistung) gemeinsam. So lange die Möglichkeit besteht, sollen sie *in natura* erfüllt werden. Erst bei Unmöglichkeit entsteht der Anspruch auf die Sekundärleistung (Schadenersatz). Vgl. Art. 257a OR, Art. 259a OR i.V.m. Art. 98 OR.

C Nebenpflichten

Nebenpflichten unterscheiden sich in der Entstehung nicht von den Nebenleistungspflichten. Sie unterscheiden sich nur in der Rechtsfolge: Bei Verletzung führen Nebenpflichten nur zu Schadenersatzansprüchen, sie sind nicht *in natura* durchsetzbar. (So kann etwa die Pflicht zu genügender Verpackung eines Einzelversandstückes nachträg-

lich nicht mehr durchgesetzt werden, beim Versand von mehreren Stücken dagegen schon. Vgl. Art. 98 OR)

Es handelt sich zumeist um Schutz- und Loyalitätspflichten, die sich aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ergeben und nicht speziell vereinbart werden müssen. Sie sind ohne Abmachung Inhalt der Verpflichtungslage (des geschuldeten Vertragsinhalts).

Ist keine Naturalerfüllung möglich, so führt das bei den Haupt- und Nebenleistungspflichten - bei Verletzung von Nebenpflichten in jedem Fall - zu Schadenersatz (Art. 97 OR).

D Durchsetzbarkeit und Sanktionen

2. Gestaltungsrechte

Gestaltungsrechte setzen eine Gestaltungslage voraus, d.h. die Möglichkeit durch empfangsbedürftige, einseitige Willenserklärung ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder aufzuheben. Die Gestaltungslage bedarf einer objektiv-rechtlichen Grundlage: Im Kaufvertrag beispielsweise durch Art. 107, 109 OR.

Wird eine Obligation nicht erfüllt, kann der Gläubiger dem Schuldner eine Frist ansetzen, erfüllt der Schuldner auch innerhalb dieser Frist nicht (→ Gestaltungslage), kann der Gläubiger weiterhin auf Erfüllung bestehen (und eine neue Frist ansetzen) oder er kann auf die Leistung verzichten (Art. 107 II OR).

Im zweiten Fall hat der Gläubiger die ausserdem die Wahl (→ Gestaltungslage), weiterhin am Vertrag festzuhalten oder vom Vertrag zurückzutreten. Beim Festhalten am Vertrag bietet der Gläubiger seine eigene Leistung (den Kaufpreis) weiterhin an, der Schuldner hingegen hat Schadenersatz (sekundäre Leistung) zu leisten. Es bestehen also zwei Leistungspflichten auf Bezahlung von Geld, die miteinander verrechnet werden (Differenztheorie). Da die Schadenersatzsumme üblicherweise grösser ist als der zu bezahlende Kaufpreis, muss der Schuldner die Differenz leisten.

Beim Rücktritt vom Vertrag (Art. 109 OR) erfolgt keine Leistung des Gläubigers (schon Geleistetes fordert er zurück) und er fordert als Schadenersatz das negative Interesse. Der Rücktritt vom Vertrag ist ein aufhebendes Gestaltungsrecht.

Neuerdings betrachtet das BGer den Rücktritt nicht mehr als Aufhebung des Vertrages sondern als Gestaltungsrecht auf Änderung des Vertrages (Umwandlungstheorie). Inhalt und Ziel des Vertrages ist nicht mehr die Erfüllung, sondern die Rückabwicklung.

3. Obliegenheiten

Obliegenheiten sind „Pflichten geringerer Intensität“, deren Verletzung keine Pflichtverletzung und damit keine Verletzung der Obligation ist. Die Sanktion besteht allein in Rechtsnachteilen, die derjenige, der seinen Obliegenheiten nicht nachkommt, zu tragen hat.

Die Obliegenheit des Käufers, die Sache nach der Übergabe auf Mängel zu prüfen, ist Inhalt des Kaufvertrages (Art. 201 OR). Er ist zur Prüfung der Sache nicht verpflichtet, verwirkt aber, wenn er es unterlässt, den Sachmängelanspruch (Wandelung oder Minderung).

Rügt der Käufer Mängel der Sache nicht, so gilt die Sache als genehmigt. Genehmigung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung. In Art. 201 OR wird, wenn die Rüge unterlassen wird eine Genehmigung fingiert.

4. Einreden

In Schuldverhältnissen entstehen Einreden ohne spezielle gegenseitige Abmachung kraft Gesetzes (z.B. Art. 82 OR). Sind in einem synallagmatischen Geschäft die Leistungen „Zug

um Zug“ zu leisten, so kann eine Seite ihre Leistung verweigern, falls die andere Seite nicht schon geleistet hat und ihre Leistung nicht anbietet (Realoblation: reales Anbieten der Leistung).

Dieses Recht, die Leistung zu verweigern, ist eine dilatorische Einrede. Sie entspricht der römisch-rechtlichen *exceptio non rite adimpleti contractus*. Sobald aber der andere seine Leistung anbietet, entfällt die Einrede, es entfällt ihr Rechtsgrund (funktionelles Synallagma).

Genetisches Synallagma: Ein genetisches Synallagma besteht aus zwei sinnhaft aufeinander bezogenen Leistungen. Die eine Leistung vermag ohne die andere nicht zu bestehen. Bei ursprünglicher Unmöglichkeit der einen Leistung ist der ganze Vertrag nichtig (Art. 20 OR).

Konditionelles Synallagma: Von einem konditionellen Synallagma spricht man dann, wenn bei nachträglicher Unmöglichkeit, falls die primäre Leistung nicht mehr erbracht werden kann (Art. 97 OR), eine sekundäre Leistung (zumeist Geldleistung) an ihre Stelle tritt. Die Forderungen werden verrechnet und geschuldet wird der Saldo (Differenztheorie).
Hat der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so geht die Obligation (und mit ihr auch die Gegenforderung) unter (Art. 119 II OR). Schon geleistete ist nach Bereicherungsrecht zurückzugeben (Art. 62 II OR).

III. Entstehung der Pflichtenlage

Betrachtung der Verpflichtungslage in zeitlicher Hinsicht:

1. Vorvertragliche Pflichten

Für Parteien, die miteinander in Vertragsverhandlungen treten, entsteht eine Sonderbindung. Sie sind rechtlich nicht mehr unverbunden, auch wenn noch kein Schuldverhältnis zwischen ihnen besteht. Aus Treu und Glauben (Art. 2 I ZGB) entstehen Schutz- und Loyalitätspflichten.

Beispiel (BGE 105 II 75, K/S 8-2⁶)

Der Filialleiter einer Bank gibt (K) ein Kreditversprechen. Die Parteien wollen aber den Vertrag noch schriftlich aufsetzen, d.h. er ist im Zeitpunkt des Versprechens noch nicht zustande gekommen. (K) tätig aber im Hinblick (und Vertrauen) auf den Vertrag bereits weitere Aufwendungen, bis er erfährt, dass der Vertrag nicht zustande komme. Der Hauptsitz der Bank gebe seine Einwilligung nicht.

Die Bank haftet dem (K) für den ihm daraus entstandenen Schaden nicht aus Delikt (Art. 41 OR), sie handelt weder widerrechtlich noch in Schädigungsabsicht, und sie haftet auch nicht aus Vertrag (Art. 97 OR), weil gar kein Vertrag zustande gekommen ist. Der Schaden ist dem (K) aber entstanden, weil er auf das Zustandekommen des Vertrages vertraute (und vertrauen durfte). Hatte ihn doch der Filialleiter nicht darüber aufgeklärt, dass er sich die Kreditvergabe erst noch vom Hauptsitz bestätigen lassen müsse.

Aus diesem Grund hat sich in der Rechtsprechung, in Füllung einer echten Gesetzeslücke, die Doktrin der *culpa in contrahendo*-Haftung herausgebildet (ausgehend von JHERING, der diese schon 1856 entwickelt hat).

⁶ Koller, Thomas / Schwander Ivo, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR, St. Gallen 1996

Durch analoge, sinngemässe Auslegung des Art. 97 OR (wegen der Vertragsnähe nicht Art. 41 OR) ist nun für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten (Loyalitätspflichten) zu haften, auch wenn kein Vertrag zustande gekommen ist. Analogie auch zu Art. 26 I und 39 II OR: Artikel in denen sich die *culpa in contrahendo*-Doktrin konkretisiert.

Die Idee der Haftung aus *culpa in contrahendo* ist schon im Römischen Recht bekannt. Im konkreten Fall [Rdn. 385q] ist der Vertrag wegen anfänglicher rechtlicher Unmöglichkeit nichtig [Rdn. 260] (Art. 20 OR). Der Käufer (K) erhält für die Schadenersatzklage die Kaufklage (*actio empti* [Rdn. 441]) zugesprochen und nicht eine eigens für einen solchen Fall gefertigte *actio empti utilis*. Denn auch hier entsteht eine vorvertragliche Verpflichtungslage (d.h. die vorvertraglichen Pflichten) aus Treu und Glauben (*ex fide bona*). Ist doch Inhalt dieser Klage das „*dare facere oportere ex fide bona*“.

Die Schadenersatzpflicht entsteht im Römischen Recht ebenfalls *ex fide bona*. Haftungs-
massstab ist zunächst der überhaupt eingetretene Schaden, dieser muss sodann demjenigen, der die Pflicht verletzt hat, zugerechnet werden können. Dies ist bei schuldhafter Pflichtverletzung (*dolus*) immer der Fall und ebenso bei grober Fahrlässigkeit (*culpa lata*). Weniger klar ist, ob leichte Fahrlässigkeit (*culpa levis*) immer zur Schadenszurechnung ausreicht. (Einen Hinweis liefert das Utilitätsprinzip [Rdn. 495f.]: Zieht der Schädiger aus dem Vertrag Nutzen, so ist die Haftung schärfer, als wenn er keinen Nutzen daraus zieht. Der Depositär etwa haftet nur für Schuld und grobe Fahrlässigkeit.)

Endlich ist zu fragen, ob die Haftung aus *culpa in contrahendo* diejenige aus *dolus in contrahendo* mit umfasst, oder ob der Kläger dafür die *actio de dolo* zu benutzen hat? Diese *actio* ist aber subsidiär und nur anwendbar, wenn kein anderer Anspruch (z.B. aus Vertrag) zur Verfügung steht.

Im schweizerischen Recht wäre es zwar durchaus möglich den Anspruch aus *dolus in contrahendo* mit dem Art. 41 II OR einzuklagen. Aber der Kläger wird aufgrund der für ihn schlechteren Beweislastverteilung immer auf Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* (bzw. *dolus in contrahendo* in Analogie zur *culpa in contrahendo*) klagen.

Im Beispielfall [Rdn. 285q], einem Kaufvertrag, haftet der Schuldner für *dolus* und *culpa*. Der (K) erhält schon im Römischen Recht für den Vertrag, der nicht zustande kommt, das negative Interesse (nur *damnum emergens*) und nicht ein Erfüllungsinteresse (*damnum emergens plus lucrum cessans* {entgangener Gewinn}).

Ist der Vertrag zustande gekommen und sind die Hauptleistungspflichten erfüllt, wie z.B. in [Rdn. 385o], und stellt sich nachträglich eine Aufklärungspflichtverletzung heraus, dann klagt der Geschädigte mit der *actio empti* [Rdn. 441] auf Schadenersatz.

Der Gläubiger hat Anspruch auf gehörige Vertragserfüllung, durch die Verletzung ist aber nicht gehörig erfüllt worden. Die Realerfüllung ist im Falle einer Aufklärungspflicht natürlich nicht möglich, weshalb nur die Schadenersatzklage aus Nebenpflichtverletzung bleibt. Ist der Kaufpreis noch nicht bezahlt und klagt der Gläubiger mittels der *actio venditi* [Rdn. 443] auf Bezahlung des Kaufpreises, dann reduziert der Richter denselben nach Treu und Glauben. Denn auch diese *actio* enthält die Forderung, dass der Schuldner *dare facere oportet ex fide bona*.

2. Vertragliche Pflichten

A Das Kontraktsystem des Römischen Rechts

Das Römische Schuldrecht kennt nur eine begrenzte Anzahl von typengebundenen Verträgen. Dass diese Begrenzung erträglich war, verdankt sich vor allem der *stipulatio*, die trotz ihrer Formgebundenheit jedweden Inhalt aufnehmen kann.

a Realkontrakte [Rdn. 386ff.] [Kaser §38 II 1a]

Der Konsens allein reicht nicht aus, um eine Forderung entstehen zu lassen, es bedarf dazu zusätzlich der Leistungserbringung als Formerfordernis. Erst mit erbrachter Leistung entsteht die Obligation; das Darlehen (*mutuum*) z.B. bedarf des Konsenses und der Übergabe des Geldes. Ebenso der Hinterlegungsvertrag (*depositum*).

b Verbalkontrakte [Rdn. 388aff.] [Kaser §38 II 1b]

Der bedeutendste – der streng formgebundenen – Verbalkontrakt ist die *stipulatio*. Für die Entstehung der Forderung reicht sie alleine aus, geschuldet ist genau (und nur) was in der Stipulationsformel versprochen wird (*ius strictum*). Weder Treu und Glaube noch Verkehrssitten spielen irgendeine Rolle.

Einem *dolus* seitens des Klägers kann die *exceptio doli* entgegengehalten werden. Oder man macht das ausdrückliche Versprechen der Abwesenheit eines *dolus* mit zum Inhalt der *stipulatio* (*clausula doli*) [Rdn. 401a].

Die gegenseitige Stipulation, z.B. einerseits einer Geldleistung und andererseits einer Sachleistung, ist nicht zu verwechseln mit einem Kaufvertrag (*emptio venditio*). Häufig wurden nämlich zwei Stipulationen anstelle eines Kaufvertrages geschlossen, weil die Stipulation den unschätzbaren Vorteil hatte, dass sie, anders als ein Konsensalkontrakt, amtlich verkündet werden konnte.

c Konsensalkontrakte [Rdn. 397ff.] [Kaser §38 II 1d]

Konsensalkontrakte kommen formfrei zustande, die entstehenden Forderungen sind alle *obligationes ex bona fide* [Rdn. 401]. Alle Vertragspartner eines *negotio bonae fidei* müssen nach Recht und Billigkeit leisten [Rdn. 449].

Dem Pächter [Rdn. 385] steht aufgrund einer Hauptleistungspflichtverletzung die *actio conducti* [Rdn. 450a] zu. Der Anspruch der *actio* ist auf die korrekte Erfüllung dessen, was nach Treu und Glauben geschuldet ist, *in natura* gerichtet, d.h. Anspruch auf die primäre Leistung: *dare facere oportere ex fide bona*.

Dass in Rom nur in Geld verurteilt wird, ist eine rein prozessuale Vorschrift. Denn der Beklagte hat noch während des Prozesses die Möglichkeit, die Primärleistung zu erbringen. Erfüllt er aber nicht, so wird er im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu einer Geldleistung (bis zur Höhe des positiven Interesses) verurteilt (vgl. Art. 97 II, 98 OR).

Aber auch wenn der Verpächter die Leistung zwar erbringt, sie aber nicht vertragsgemäss erbringt, steht dem Pächter die *actio conducti* (aus Nebenleistungspflichtverletzung) zu. Der Pächter hat nicht nur Anspruch auf Schadenersatz, sondern auch Anspruch auf die Erfüllung der primären Leistung, z.B. Instandstellung der Gebäude (vgl. Art. 98 OR). Dabei

kann es sich um nachträgliche Erfüllung durch den Verpächter selbst handeln, oder um nachträgliche Erfüllung durch den Pächter auf Kosten des Verpächters. Stören die Nebenleistungspflichtverletzungen das Synallagma nicht, stehen Art. 82, 107ff., 119 OR nicht zur Verfügung. Wird aber im Zuge der Nebenleistungspflichtverletzungen die Hauptleistung sinnlos, d.h. sind die Nebenleistungspflichtverletzungen derart, dass die Hauptleistung ohne deren Erfüllung sinnlos wird (vgl. BGE 96 II 115), so kommen obige Artikel wiederum zum Zuge.

B Die Vertragspflichten

a Hauptleistungspflichten (z.B. Kaufvertrag [Rdn. 403])

Der Verkäufer hat dem Käufer Besitz (nicht Eigentum!) an der Sache zu verschaffen, d.h. es muss für den Käufer die Möglichkeit der Innehabung und der Nutzung bestehen.

Im Römischen Recht ist damit der Kaufvertrag korrekt erfüllt, bis ein Dritter sein besseres Recht an der Sache geltend macht, bis er den Käufer entwehrt. In Rom wie heute haftet der Verkäufer kausal (d.h. auch ohne Verschulden) für Sach- und Rechtsmängel.

Nach schweizerischem OR ist auch die Verschaffung des Eigentums geschuldet. Der Vertrag ist nicht korrekt erfüllt, wenn der Verkäufer dem Käufer kein Eigentum an der Sache verschafft, auch wenn der Dritte sein besseres Recht nicht geltend macht.

b Nebenleistungspflichten (*accidentalia negotii*) [Rdn. 459]

[KASER §38 III 1]

Das blosses *pactum* ist kein anerkannter Kontraktstypus, es lässt keine Obligationen entstehen. Dem *pactum* steht keine *actio* zur Verfügung, es können allenfalls *exceptiones* entstehen.

Beispiel

(A) und (B) verhandeln über ein Darlehen (*mutuum*) und werden sich einig (*pactum*). Es entsteht aber kein Anspruch, denn dieser entsteht erst mit Übergabe des Geldes (*Realkontrakt*). Damit dem (B) ein Anspruch auf die Auszahlung des Geldes entsteht, müssten sie den Betrag stipulieren.

Schliessen (A) und (B) einen Monat vor Rückzahlung des Darlehens ein *pactum de non petendo* (Verzicht des (A) auf Rückzahlung), so lässt dieses *pactum* zwar keinen Anspruch d.h. keine *actio* entstehen, aber immerhin eine *exceptio*.

Werden gleichzeitig zu einem *contractus* formfreie Nebenabreden (*pacta adiecta*) getroffen, so werden sie zusätzlich Inhalt der *actio bonae fidei*, sie bilden zusätzliche Inhalte neben den *essentialia negotii*. Diese Abreden werden auch *lex contractus* genannt, weil sie wie Gesetze zwischen (und nur zwischen) den Parteien gelten, deren Verletzung Sanktionen in Form von Schadenersatz zur Folge haben kann.

Die zweite Quelle für Nebenleistungspflichten ist die Verkehrssitte (Usanz, Üblichkeit). Vertragsinhalt kann - ohne dass es von den Parteien vereinbart worden wäre - werden, was in einem bestimmten Geschäftsbereich üblicherweise geschuldet ist [Rdn. 409].

Beispiele

Inhalt der actio venditi sind (verschuldensunabhängig) Verzugszinsen, auch wenn sie nicht vereinbart wurden [Rdn. 444] (Art. 104 OR).

Zugehör kann nach Üblichkeit gefordert werden [Rdn. 385d] (Art. 644 II ZGB).

c Nebenpflichten

Der Unterschied zwischen Nebenpflichten und Nebenleistungspflichten ist, dass die Nebenpflichten bei Verletzung nur Schadenersatz und keinen Erfüllungsanspruch erzeugen. Nebenpflichten sind Loyalitätspflichten, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten *ex fide bona* (bzw. aus Art. 2 ZGB). Man spricht auch von Schutzpflichten (im Gegensatz zu den Leistungspflichten).

Beispiele

[Rdn. 449a, Teil 1]: *Die Hauptleistungspflichten (Reinigung und Rückgabe) sind zweifellos erfüllt. Nebenleistungspflichten (z.B. Hauslieferung) sind keine zu erbringen. Der Walker (W) hat aber seine Pflicht zur nötigen Sorgfalt bezüglich der ihm anvertrauten Sachen verletzt. Er haftet für das positive Interesse.*

Die Haftung setzt Schaden, Kausalität, Vertragsverletzung und Verschulden voraus: Verschulden ist gegeben bei Vorsatz (*dolus*) und Fahrlässigkeit (*culpa lata, culpa levis*). Unsorgfältigkeit kann aber z.B. dann nicht zugerechnet werden, wenn die nötige Sorgfalt unzumutbar war (z.B. wegen Krankheit, Aufwendigkeit usw.)

[Rdn. 449a, Teil 2]: *Hier verletzt (W) die Hauptleistungspflicht auf Rückgabe der Sache. Er hat die nötige Sorgfalt nicht aufgewendet, d.h. die Unmöglichkeit der Leistung ist ihm zuzurechnen. Dem Eigentümer haftet er aus der actio locati: Auf Realerfüllung solange die Leistung objektiv und subjektiv möglich ist. Andernfalls für das positive Interesse.*

[Rdn. 449b, Teil 1]: *Verschulden: Unwissenheit wird nicht entschuldigt, weil es im Mietvertrag gerade um die Tauglichkeit der Fässer geht, und der Vermieter deshalb die Pflicht gehabt hätte, diese zu kontrollieren.*

Verletzt ist die Nebenpflicht der Tauglichkeitskontrolle. Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, besteht auch eine Nebenleistungspflichtverletzung. Der Mietvertrag geht auf ein dauerndes Benutzen der Fässer gegen eine periodische Mietzinszahlung (Stammrecht). Durch die Nebenpflichtverletzung ist auch die Nebenleistungspflicht auf Auswechslung und Abdichtung der Fässer hinfällig geworden. Geschuldet ist Schadenersatz, und Nachlieferung bzw. sekundäre Leistung.

[Rdn. 449b, Teil 2]: *Hier besteht keine Sorgfaltspflichtverletzung, weil der Verpächter, wenn er weiss, dass giftige Kräuter auf der Wiese wachsen, seinen Vertragspartner vorsätzlich (*dolus*) schädigt. Weiss er es nicht, ist ihm der Schaden nicht vorwerfbar, weil er die Wiese nicht auf giftige Kräuter kontrollieren muss. Der Pächter hat keinen Pachtzins zu bezahlen, weil anfängliche Unmöglichkeit (Art. 20 OR) vorliegt und damit der Vertrag nichtig ist; die Weide war von Anfang an für den im Vertrag vorgesehenen Zweck, d.h. die Benutzung zur Pacht, nicht geeignet (Störung des genetischen Synallagmas). Für bereits getätigte Pachtzinszahlungen hat der Pächter einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.*

B Haftungsmaßstäbe

Gehaftet wird im Römischen Recht aus folgenden Gründen: *dolus, culpa lata, culpa levis, imperitia, custodia*. Die Haftungsmaßstäbe sind für die Haftung aus Delikt (*actio legis Aquiliae*: Art. 41 I OR, *actio de dolo*: Art. 41 II OR) und Haftung aus Vertrag gleich.

a Haftung für *dolus*

Für *dolus* wird immer gehaftet.

b Haftung für *culpa lata*

Die *culpa lata* wird dem *dolus* gleichgestellt, weil es nach Treu und Glauben unvereinbar wäre, grobe Fahrlässigkeit von der Haftung auszunehmen [Rdn. 497]. D.h. für *culpa lata* wird, wie für *dolus*, immer gehaftet.

c Haftung für *culpa levis*

Nach dem Utilitätsprinzip [Rdn. 495] wird der Haftungsmaßstab danach differenziert, ob der Schädiger (bzw. welche Partei) aus dem Vertrag einen Nutzen zieht. Beim *depositum* z.B. haftet der Depositar nur für *dolus* (bzw. *culpa lata*), weil er selbst aus dem Vertrag keinen Nutzen zieht.

Für die Haftung aus *culpa* gilt im Allgemeinen ein objektiver Sorgfaltsmaßstab, d.h. es ist diejenige Sorgfalt aufzubringen, die von einem durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer erwartet werden darf (*diligens paterfamilias*). Subjektiv ist nur zu prüfen, ob der Schädiger urteilsfähig war, und ob ihm die geforderte Sorgfalt zumutbar war.

d Haftung für *imperitia*

Die Haftung für *imperitia* ist Haftung für Fachwissen, aufgrund dessen der Vertrag geschlossen worden ist [Rdn. 450]. Wer einen Vertrag (Werkvertrag, Arbeitsvertrag usw.) als Fachmann schliesst, haftet für das Fachwissen, bzw. für dessen Fehlen kausal, d.h. auch ohne Verschulden (typisierte Verschuldenshaftung). Fehlt das Fachwissen, das von einem durchschnittlichen Fachmann eines bestimmten Fachgebietes gefordert werden kann, so ist keine Exkulpation möglich.

Beispiel [Rdn. 385k]

Schaden und Kausalität sind offensichtlich gegeben. Die Vertragsverletzung besteht in der Verletzung einer Hauptleistungspflicht, der Pflicht auf Rückgabe des Steins im vertragsmässig festgelegten Zustand. Geht der Stein aufgrund eines Materialfehlers, den ein durchschnittlicher Graveur nicht hätte erkennen können und müssen (objektive Zurechnung), zu Bruch, fehlt es am Verschulden. Dann liegt keine Pflichtverletzung (Sorgfaltspflicht) vor.

Gelingt aber dem Kunden der Beweis, dass dem Graveur die geforderte Fachkunde fehlt, so haftet der Graveur kausal für imperitia. Er kann sich auch dann nicht exkulpieren, wenn er nachweist, dass auch ein erfahrener Graveur den Materialfehler nicht hätte erkennen können. Er haftet kausal, also auch ohne Verschulden im spezifischen Fall.

e Haftung für *custodia* [Rdn. 498]

Die *custodia*-Haftung ist Haftung für das Abhandenkommen anvertrauter Sachen. Sie trifft insbesondere Werkunternehmer, Entleiher oder den Verkäufer, wenn er die Sache nach Vertragsschluss weiter für den Käufer aufbewahrt, bzw. die Sache noch nicht übereignet ist.

Auch die *custodia*-Haftung ist eine Kausalhaftung, sie ist Haftung für den Vermögensnachteil eines andern. Die *custodia* ist typische *praestare*-Verpflichtung einer Obligation. Zum Haftungsausschluss (also kein Exkulpationsgrund sondern Exzepti-

onsgrund) gereicht immerhin *vis maior* (z.B. Naturkatastrophen, Kriegsplünderung, bandenmässiger Überfall).

Ist die Sache nicht abhanden gekommen, sondern wurde sie in den Räumen des Aufbewahrers durch einen Dritten (z.B. den Dieb auf der Suche nach Geld) widerrechtlich zerstört, so haftet der Aufbewahrer nicht [Rdn. 498a]. Die *custodia* ist Haftung für das Abhandenkommen, nicht aber für den Untergang der Sache.

3. Nachvertragliche Pflichten

Nach Art. 114 OR geht eine Obligation mit ihrer Erfüllung unter. Es gibt Vertragspflichten, welche die Erfüllung des Vertrages in allen Hauptleistungs-, Nebenleistungs- und Nebenpflichten voraussetzen. Darunter fallen beispielsweise Konkurrenzverbote (z.B. Art. 340 OR) nach Beendigung des Arbeitsvertrages, die schon mit Vertragsschluss vereinbart werden. Diese Pflichten gehören somit zwar zur vertraglichen Pflichtenlage, aber sie werden erst wirksam, wenn das Vertragsverhältnis beendet ist. Die Verletzung von nachvertraglichen Pflichten hat dieselben Folgen, wie andere Vertragsverletzungen.

Beispiel [Rdn. 385t]

Der Verkäufer (V) des geronianischen Grundstückes vereinbart mit dem Käufer (K), dass dieser nicht vor der Küste des gleich daneben gelegenen Grundstückes des (V) Fische fange.

Hierbei handelt es sich um einen nachvertragliche Pflicht, welche die Erfüllung des (Kauf-)Vertrages, die Übereignung des Grundstückes an (K) voraussetzt. Das Verbot Fische zu fangen ist Nebenleistungspflicht und Nebenpflicht zugleich, denn für eine Pflichtverletzung besteht zwar nur noch die Möglichkeit, auf Schadenersatz zu klagen, aber in Bezug auf die Zukunft hat (V) weiterhin Anspruch auf Realerfüllung.

Nach einiger Zeit verkauft (K) das Grundstück an (X) weiter. Eines Tages beginnt (X) vor dem Küstenstreifen des Grundstückes des (V) Fische zu fangen. Was kann (V) gegen (X) unternehmen? Ist (X) an die Vereinbarung zwischen (V) und (K) gebunden?

Ist (X) der Erbe des (K), so tritt er in die dessen Rechtsnachfolge ein und ist deshalb an die Vereinbarung ebenfalls gebunden. Der Textstelle [Rdn. 385t] zufolge soll aber auch jeder andere rechtmässige Besitzer (Käufer, Pächter usw.), der dem (K) nachfolgt, an diese Abmachung gebunden sein.

Das Fangen der Fische durch (X) bedeutet eine Verletzung des Vertrages zwischen (V) und (K) durch (K), denn dieser hat sich verpflichtet, das Fischen in diesen Gewässern zu unterlassen. Dies nachvertragliche Verpflichtung besteht auch dann weiter, wenn die Hauptleistungspflicht des Vertrages erfüllt ist, ja sogar wenn (K) das Grundstück nicht mehr selbst besitzt. (K) hat dem (V) demzufolge Schadenersatz aus Vertragsverletzung zu bezahlen.

Hat (K) selbst die Klausel über das Fischfangverbot in einen allfälligen Vertrag über den Weiterverkauf oder die Verpachtung des Grundstückes aufgenommen und so seinen Rechtsnachfolger zu verpflichten, ebenfalls das Fischen vor der Küste des (V) zu unterlassen, dann kann er seinerseits den Schadenersatz den er dem (V) zu leisten hat, auf den (X) abwälzen. Hat der die Verpflichtung nicht in den Vertrag aufgenommen, so muss er Schadenersatz bezahlen und kann ihn nicht auf den (gutgläubigen) (X) abwälzen.

Ist (X) bösgläubig, weiss also um das Fischfangverbot (obwohl es nicht im Vertrag zwischen ihm und (K) geregelt ist), so kann (K) u.U. mittels der *actio de dolo* klagen.

Der *actio de dolo* entspricht im schweizerischen Obligationenrecht dem Art. 41 II OR. Es sind (anders als mit Art. 41 I OR) auch reine Vermögensschäden einklagbar. Der Schaden muss absichtlich und in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise geschehen.

Die Absicht ist nach h.L. nicht in dem engen Sinne zu deuten, dass sie die schädigende Handlung und den Schaden beinhalten muss. Sondern hier ist sie im Sinne des Vorsatzes zu verstehen, es muss nur die schädigende Handlung gewollt sein und nicht auch der Schaden.

Der Verstoss gegen die guten Sitten kann als Verstoss gegen die ungeschriebenen, aber dem Gesetz zugrunde liegenden allgemeinen Verhaltensnormen (z.B. *neminem laedere*) umschrieben werden. (Besser als die heute übliche Umschreibung als Verstoss gegen das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden.)

Das Schuldverhältnis zwischen (V) und (K) besteht also weiter, solange die *non facere*-Verpflichtung (Fischfangverbot) besteht. Im Römischen Recht finden sich keine Hinweise auf eine Begrenzung der Zeitdauer solcher Verpflichtungen. Allerdings kann man nicht annehmen, dass eine solche Verpflichtung für immer gedacht war, denn in einem solche Falle wäre sie besser sachenrechtlich (z.B. als Grunddienstbarkeit) geregelt worden.

Im schweizerischen Recht steht für die Begrenzung überlanger Verpflichtungen der Art. 27 ZGB zur Verfügung.

IV. Fazit: Das Schuldverhältnis i.w.S. als einheitliches (gesetzliches) Schuldverhältnis

2. Kapitel: Die Entstehung der Obligation

§19 Obligationen aus Vertrag (*ex contractu*)

I. Der Begriff des Kontraktes (*contractus*)

II. Arten der Kontrakte

1. Formgebundene Kontrakte

A Verbalkontrakte (*sponsio/stipulatio*)

B Realkontrakte

a *mutuum* (Darlehen)

b *commodatum* (Leihe)

c *depositum* (Hinterlegung)

d *pignus*

2. Formfreie Kontrakte: Konsensualkontrakte

III. Das *pactum*

1. Unklagbares *pactum*

2. Klagbares *pactum*

IV. Die Innominat(real)kontrakte [KASER §45] [Rdn. 453a f.]

Innominatkontrakte nennt man solche Verträge, bei denen sich Leistungen gegenüberstehen, die nicht als vertragstypenbestimmende angesehen werden können. Zumeist sind es Leistungen, die verschiedene Vertragstypen (Kauf, Miete, Werkvertrag) betreffen. Man spricht auch von gemischten Verträgen. Deshalb liegt in solchen Fällen zunächst nur eine formfreie, rechtlich nicht durchsetzbare Vereinbarung (*pactum*) vor.

Im Römischen Recht haben durch Konsens erzielte formfreie Vereinbarungen ausserhalb der bestehenden Kontrakttypen grundsätzlich keine rechtliche Bedeutung. Ein Erfüllungsanspruch wird erst gewährt, wenn eine Leistung bereits erbracht ist.

Als Erfüllungsanspruch gewährt der Prätor die *actio praescriptis verbis*, eine *actio in factum civilis*. Der Prätor bildet kraft seines Magistratsamtes diese neue *actio*, verbindet sie mit den Elementen der bereits existierenden *actiones civiles* und sprengt damit den *numerus clausus* der Römischen Kontrakttypen.

In die *demonstratio* wird der konkrete Sachverhalt eingefügt: „Wenn es zutrifft, dass [Sachverhalt] ...“. In das Klagefundament: „...wieviel aus diesem Rechtsgrund Numerius Negidius nach Treu und Glauben gemäss *ius civile* leisten muss (*quidquid ob eam rem N^mN^m A^oA^o dare facere oportet ex fide bona*),...“. Und in die *condemnatio*: „... auf soviel soll der Richter verurteilen, falls es nicht zutrifft, soll er freisprechen“.

Damit ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch entstehen kann, müssen die beiden vereinbarten Leistungen durch einen inhaltlichen Zusammenhang (final, d.h. zweckgerichtet; oder doch zumindest kausal oder logisch) miteinander verbunden sein, sie müssen zusammen ein Synallagma bilden (*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*, „Ich gebe, damit du gibst, ...“).

Fallbeispiel 1

(A) und (B) einigen sich formfrei darüber, dass (A) dem (B) den Sklaven Stichus übereignet, und dass dann (B) ihn freilasse. (A) manzipiert darauf dem (B) den Sklaven, (B) lässt ihn aber anschliessend nicht frei.

Zunächst entsteht dem (A) nur ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, weil mit der Weigerung des (B) den Sklaven freizulassen der Zweck der Zuwendung entfällt (*condictio causa data causa non secuta* oder auch kurz *condictio ob causam (datam)*).

Mit der Bereicherungsklage kann (A) aber nur auf Rückübertragung des Sklaven klagen, nicht aber auf Erfüllung.

Deshalb gewährt der Prätor dem (A) die *actio praescriptis verbis*. Diese *actio* ist auf das *dare facere oportere ex fide bona* gerichtet, d.h. in diesem Fall ist der Anspruch auf Erfüllung der Hauptleistung gerichtet.

Fallbeispiel 2 [Rdn. 454]

(A) übereignet dem (B) den Sklaven Stichus, damit dieser den Sklaven Pamphilus freilasse. Als (B) den Pamphilus freigelassen hat, vindiziert (E) den Stichus bei (B).

Trifft den (A) kein Verschulden, so haftet er nur für das negative Interesse im Sinne der Rechtsgewährleistung der *actio empti*. Trifft ihn eine Schuld, dann haftet er bis zum positiven Interesse aus positiver Vertragsverletzung.

Fallbeispiel 3 (Credit-Prüfung vom 6. März 1995)

Der Inhalt der Obligation ist darauf gerichtet, dass (L) den Kreideabbau durch (S) duldet (*non facere*-Verpflichtung), und dass (S) anschliessend die durch den Abbau entstandenen Gräben wieder zuschüttet (*facere*-Verpflichtung). Die beiden Leistungen sind zumindest kausal miteinander verknüpft, bilden also ein Synallagma.

Rechtlich durchsetzbar wird die Leistung des (S) für den (L) erst, wenn der (S) die Kreide abgebaut hat, vorher handelt es sich bei der Vereinbarung nur um ein rechtlich unerhebliches *pactum*.

Dann aber haftet der (S) dem (L) aus der *actio praescriptis verbis* nach Treu und Glauben (*dare facere oportere ex fide bona*) bis zum positiven Interesse.

Gegen den (S) mit der *actio de dolo* vorzugehen ist deshalb nicht möglich, weil (S) den Schaden auf dem Grundstück mit Erlaubnis des (L) angerichtet hat. Das Nichteinhalten der Vereinbarung ist kein rechtlich relevantes sittenwidriges Verhalten. Dies würde eine rechtliche Relevanz der Vereinbarung selbst voraussetzen. Ist die Vereinbarung jedoch rechtlich relevant, kann direkt aus ihr geklagt werden, was die *actio de dolo*, als streng subsidiäre Klage, entfallen lässt.

V. Das Problem der Vertragsfreiheit

§20 Obligationen aus vertragsähnlichen Rechtsgründen (sog. Quasikontrakte)

I. Das rechtsgrundlose Haben

1. Rechtsgundloses Haben und Bereicherung: Bereicherungslage und *condictio*

A Die Leistungskondiktion

a Die *datio*

b Die *causa*

α Die *condictio indebiti*

β Die *condictio ob rem* (= *condictio causa data causa non secuta*)

χ Die *condictio ob causam turpem* und *ob causam iniustam*

δ Das Problem der *condictio sine causa*

B Die Eingriffskondiktion

a Einzelne Anwendungsfälle

b Die *condictio ex causa furtiva*

C Die *condictio* als Anspruch auf Rückerstattung

II. Die Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*)

1. Der Tatbestand der echten Geschäftsführung ohne Auftrag

3. Der Tatbestand der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag

§21 Haftung für rechtsgeschäftliches Handeln Gewaltunterworfenener (adjektivische Haftung)

I. Zum Begriff des Vermögens

II. Das Sondervermögen

1. Beispiel: Das *peculium*

2. Rechtsgeschäftliches Handeln des Pekulieninhabers

3. Haftung des Gewalthabers (adjektizische Haftung)

- A Grundsatz
- B Pekuliarhaftung
- C Haftung für *versio in rem*
- D Haftung im Falle des *iussum*

4. Die Surrogation bei Sondervermögen

- A Surrogation und Offenkundigkeitsprinzip
- B Beim *peculium*
- C Bei der *dos* (Mitgiftbestellung)
 - a Begriff der Mitgift als Sondervermögen
 - b Surrogation

§22 Obligation aus Delikt

- I. Sachbeschädigung
- II. Personenverletzung (*iniuria*)
- III. Diebstahl (*furtum*)

§23 Besondere Obligationsinhalte: Die Wahlobligation

- I. Zum Begriff der Wahlobligation
- II. Das Wahlrecht
- III. Haftung und Gefahrtragung bei der Wahlobligation
- IV. Der Inhalt des Anspruchs des Gläubigers

§24 Die Schenkung (*donatio*)

Die Schenkung ist im Römischen Recht kein Schuldvertrag. Wenn aber die Parteien Zuwendungen gemacht und empfangen haben, und sie sich über den Schenkungscharakter einig waren, dann kann die *donatio* als nachträgliche *iusta causa* gelten.

Ein Schenkungsversprechen als Schuldvertrag gibt es nicht, aber natürlich kann eine zu gebende Summe auch mittels Stipulation versprochen werden, dann ist es aber keine

Schenkung mehr, sondern eine Stipulation, die mittels der *condictio* durchgesetzt werden kann.

3. Kapitel: Die Beendigung der Obligation

§25 Untergang der Obligation

I. Novation (Neuerung)

II. Erlass

1. Nach *ius civile* (*acceptilatio*)

2. Nach *ius honorarium* (*pactum de non petendo*)

III. Verrechnung (*compensatio*)

§26 Der Untergang der Obligation durch Erfüllung

I. Erbringung der geschuldeten Leistung

1. Bei *obligationes stricti iuris*

2. Bei *obligationes bonae fidei*

II. Leistung an Erfüllungsstatt (*datio in solutum*)

4. Kapitel: Leistungsstörungen: Die Haftung aus Vertrag

§27 Die Leistungsstörungen

I. Haftungsmaßstäbe: *dolus*, *culpa* und *custodia*

Gehaftet wird aus folgenden Gründen: *dolus*, *culpa lata*, *culpa levis*, *custodia*. Die Haftungsmaßstäbe sind für die Haftung aus Delikt (*actio legis Aquiliae*: Art. 41 I OR, *actio de dolo*: Art. 41 II OR) und Haftung aus Vertrag gleich.

1. Haftung für *dolus* [Rdn. 495ff.]

Für *dolus* wird immer gehaftet.

2. Haftung für *culpa lata* [Rdn. 497]

Die *culpa lata* wird dem *dolus* gleichgestellt, weil es nach Treu und Glauben unvereinbar wäre, grobe Fahrlässigkeit von der Haftung auszunehmen. D.h. für *culpa lata* wird, wie für *dolus*, immer gehaftet.

3. Haftung für *culpa levis* [Rdn. 495]

Nach dem Utilitätsprinzip wird der Haftungsmaßstab danach differenziert, ob der Schädiger (bzw. welche Partei) aus dem Vertrag einen Nutzen zieht. Beim *depositum* z.B. haftet der Depositär nur für *dolus* (bzw. *culpa lata*), weil er selbst aus dem Vertrag keinen Nutzen zieht.

Für die Haftung aus *culpa* gilt im Allgemeinen ein objektiver Sorgfaltsmaßstab, d.h. es ist diejenige Sorgfalt aufzubringen, die von einem durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer erwartet werden darf (*diligens paterfamilias*). Subjektiv ist nur zu prüfen, ob der Schädiger urteilsfähig war, und ob ihm die geforderte Sorgfalt zumutbar war.

4. Haftung für *custodia* [Rdn. 498]

Die *custodia*-Haftung ist eine Kausalhaftung für das Abhandenkommen anvertrauter Sachen. Sie trifft insbesondere Werkunternehmer, Entleiher oder den Verkäufer, wenn er die Sache bei Vertragsschluss nicht übereignet.

Die *custodia* ist typische *praestare*-Verpflichtung einer Obligation. Zum Haftungsausschluss (als Exzeptions- und nicht Exkulpationsgrund) gereicht immerhin *vis maior* (z.B. Naturkatastrophen, Kriegsplünderung, bandenmässiger Überfall). Somit ist die *custodia* eine gemilderte Kausalhaftung.

Ist die Sache nicht abhanden gekommen, sondern wurde sie in den Räumen des Aufbewahrers durch einen Dritten widerrechtlich zerstört, haftet der Aufbewahrer nicht [Rdn. 498a]. Die *custodia* ist Haftung für das Abhandenkommen, nicht aber für den Untergang der Sache.

II. Nichterfüllung

1. Freiwillige Nichterfüllung

Der Schuldner will seine (Haupt-)Leistungspflichten (z.B. Sachübergabe, Eigentumsverschaffung) nicht erfüllen, trotzdem er leisten könnte. Damit gerät er in Verzug. Das Ver-

schulden ist seiner Leistungsverweigerung implizit, er hat die Folgen des Verzuges (Verspätungsschaden, Haftungsverschärfung, Verzugszinsen) voll zu tragen.
Im Römischen Recht haftet der Schuldner bei freiwilliger Nichterfüllung bis zum positiven Interesse [Rdn. 505]. (Die Wahlmöglichkeiten des Obligationenrechts nach Art. 107ff. OR bestehen nicht.)

2. Unmöglichkeit

Bei der Unmöglichkeit geht es um die unfreiwillige Nichterfüllung des Vertrages. Es muss sich um eine nachträgliche, nicht ursprüngliche Unmöglichkeit handeln, denn sonst wäre der Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ([Rdn. 140], Art. 20 I OR).

A Objektive und subjektive Unmöglichkeit

Die nachträgliche Unmöglichkeit, sowohl subjektiv wie objektiv, führt, wenn sie der Schuldner nicht zu vertreten hat, zum Untergang der Forderung [Rdn. 504a].

Ist die Forderung nur subjektiv unmöglich, geht die Forderung nur dann unter, wenn dem Schuldner die Leistung nicht mehr zuzumuten ist. Ist sie ihm nicht zuzumuten, kann ihm auch kein Verschulden zur Last gelegt werden [Rdn. 510f.].

B Nachträgliche Unmöglichkeit bei Stück- und Gattungsschulden (Spezies- und Genussschulden) [Rdn. 500]

C Vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit [Rdn. 505ff.]

Verletzt der Schuldner eine Hauptleistungspflicht durch zu vertretende Nichterfüllung, bleibt die Forderung bestehen (Art. 119 I OR i.V.m. Art. 97 OR). Es ist nun die sekundäre Leistung, d.h. der objektive Wert der Sache und nicht etwa der Kaufpreis, geschuldet. Der Schuldner haftet zudem bis zum positiven Interesse (*damnum emergens* und *lucrum cessans*) [Rdn. 506f.].

Der Gläubiger seinerseits hat seine Gegenleistung zu erbringen. Zumeist stehen sich dann zwei Geldforderungen gegenüber, die nach Differenztheorie verrechnet werden.

D Vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit [Rdn. 500a, 504a]

Geht die Sache ohne Verschulden des Schuldners unter, erlischt die Forderung des Gläubigers (Art. 119 I OR). Ebenso erlischt im synallagmatischen Vertrag die Gegenforderung (Anwendung des konditionellen Synallagmas: Art. 119 II OR). Schon erbrachte Leistungen können zurückgefordert werden.

Eine Ausnahme (Art. 119 III OR i.V.m. Art. 185 I OR) kennt das Kaufrecht. Hier geht Nutzen und Preisgefahr mit Wirksamwerden des Vertrages auf den Käufer über (*commodum et periculum est emptoris*) [Rdn. 437f.], d.h. dieser muss den Kaufpreis auch dann bezahlen, wenn die Kaufsache untergegangen ist und der Verkäufer dafür nicht haftet. Die Gegenforderung des Verkäufers geht in diesem Fall nicht unter.

Hat der Verkäufer die Sache versichert, oder erlangt er aus dem Untergang der Sache sonst einen Vorteil, hat der Käufer einen Anspruch darauf. An die Stelle des Anspruches auf die untergegangene Sache tritt ein Anspruch mit geändertem Inhalt. Der Verkäufer soll zwar aus dem unverschuldetem Untergang keinen Nachteil erleiden, aber auch keinen Vorteil erzielen. Wo also der Verkäufer anstelle der Sache einen anderen Wert (das stellvertretende Commodum) erhält, „gilt“ die Forderung nicht als erloschen (Art. 119 I OR).

Wirksam, d.h. perfekt, ist ein Vertrag dann, wenn der Kaufgegenstand und der Preis bestimmt sind, und keine Bedingungen (Art. 185 III OR) mehr bestehen.

a Preis

Den Kaufpreis bestimmen grundsätzlich die Parteien, sie können aber auch vereinbaren, dass ein objektiver Sachverhalt den Preis bestimmt (z.B. der Kurs der verkauften Aktie an einen bestimmten Tag). Damit ist der Preis genügend bestimmt, da die Parteien mit der Preisbestimmung nichts mehr zu tun haben. Zulässig ist auch die Festlegung des Preises durch einen Dritten (z.B. Schätzung eines Schmuckstückes durch einen Fachmann).

b Spezies- oder Gattungsschuld

Die Speziesschuld bereitet wenig Schwierigkeiten, zu liefern ist eine individuell bestimmte Sache. Solange der Schuldner nicht genau diese Sache leistet, ist der Vertrag nicht erfüllt. Unmöglichkeit liegt vor, sobald diese Sache untergeht.

Handelt es sich um eine Gattungsschuld, d.h. ist die zu leistende Sache nur gattungsmässig (d.h. nach Qualitäts- und Quantitätsmerkmalen, nach Mass, Zahl oder Gewicht) bestimmt, so liegt Nichterfüllung dann vor, wenn der Schuldner eine Sache leistet, die nicht den vereinbarten Gattungsmerkmalen entspricht (z.B. wenn der Schuldner einfachen Stahl statt gehärteten liefert). Wenn der Schuldner eine Sache liefert, die im Verhältnis zur geschuldeten Sache eine Sache anderer Qualität und Art darstellt.

Unmöglichkeit kann bei der einfachen Gattungsschuld (eine solche liegt eigentlich nur im Falle einer Geldschuld vor) nie eintreten [Rdn. 500]. Handelt es sich um eine begrenzte Gattungsschuld, eine sog. Vorratsschuld, liegt Unmöglichkeit dann vor, wenn der ganze Vorrat (die ganze Gattung) untergeht. Im Fall der Vorratsschuld wird eine Sache aus einer endlichen Anzahl von gleichen Sachen geschuldet. Solange der Vorrat für eine gänzliche oder teilweise Leistung ausreicht, hat der Schuldner zu leisten.

Der Sachschuldner bestimmt (wenn nicht anders vereinbart), welche Stücke aus der Gattung er leisten will (Art. 71 OR). Er hat Sachen von mindestens mittlerer Qualität zu liefern.

Der Übergang von Nutzen und Gefahr vollzieht sich erst mit dem Ausscheiden der Sache durch den Schuldner (Art. 185 II OR). Diese Bestimmung ist verallgemeinerbar für alle Veräusserungsgeschäfte mit Inhalt einer Gattungsschuld.

Ausgeschieden ist eine Sache dann, wenn sie gegenüber dem Käufer ausgeschieden ist (einer Anzeige an den Käufer bedarf es allerdings nicht), wenn der Verkäufer das seinerseits Nötige getan hat, um eine solche Sache leisten zu können (§243 II BGB). Da es wegen der Gefahrtragung im Interesse des Verkäufers liegt, die Sache ausgeschieden zu haben, obliegt ihm der Beweis, dies getan zu haben.

c Bedingungen (*condicio*) (Vgl. auch §10)

Das Setzen von Bedingungen bedeutet eine von den Parteien bestimmte Erweiterung der Tatbestandselemente (*essentialia negotii*), die erfüllt sein müssen, bevor der Vertrag wirksam werden kann. Tritt eine Bedingung nicht ein, so ist der Vertrag nichtig.

Zwischen Vertragsschluss und Eintritt (oder Nichteintritt) der Bedingungen befindet sich der Vertrag in schwebender Ungültigkeit.

III. Schuldnerverzug (*mora debitoris*) [Rdn. 517ff.]

Nötig war die Figur des Schuldnerverzuges im Römischen Recht, weil die älteren *actiones (stricti iuris)* das *bona fides*-Element noch nicht enthielten.

Zum Eintritt des Verzuges sind folgende Tatbestandselemente zu prüfen: Es darf keine Unmöglichkeit vorliegen, die Leistung muss fällig ([Rdn. 517]: Natürlich nur, wenn dies nach Treu und Glauben sinnvoll erscheint.) und der Schuldner durch Mahnung (ausser beim Verfalltagsgeschäft) in Verzug gesetzt worden sein.

Als objektiver Tatbestand tritt der Verzug verschuldensunabhängig ein. Die Wirkungen treten z.T. ebenfalls verschuldensunabhängig ein (Verzugszins, Art. 104 OR, [Rdn. 525b]), die restlichen nur bei Verschulden (Verschärfung der Haftung, Verspätungsschaden, Art. 103 OR, [Rdn. 525]).

IV. Schlechterfüllung („nicht gehörige Erfüllung“); das Problem der sog. „positiven Vertragsverletzung“ [Rdn. 527]

Die sog. „positiven Vertragsverletzungen“ stehen im Gegensatz zu den „negativen Vertragsverletzungen“ Verzug und Nichterfüllung, die im BGB allein geregelt sind. Diese echte Lücke im BGB wurde von HERMANN STAUB⁷ – in Analogie zur unfreiwilligen Nichterfüllung – mittels der Doktrin der „positiven Vertragsverletzung“ gefüllt. Im OR werden auch diese Fälle durch Art. 97 geregelt [Rdn. 527], der also die Nichterfüllung als solche und die nicht gehörige Erfüllung sanktioniert.

Beispiele positiver Vertragsverletzung

- *Einer korrekt gelieferten Maschine wird eine fehlerhafte Bedienungsanleitung beigelegt, weswegen es zu Störungen und Schäden kommt.*
- *Der Pachtzins eines Bierlokals wird an den Bierumsatz gebunden; der Pächter beginnt später, auch andere Getränke auszuschenken, weswegen der Bierumsatz sinkt.*

Ob ein Vertrag gehörig oder nicht gehörig erfüllt ist, ergibt sich zunächst aus dem Gesetz (*essentialia negotii*) und den Parteivereinbarungen. Dann aus der nach Treu und Glauben vorgenommenen Vertragsauslegung und, wenn Vereinbarungen (oder Gesetze) fehlen, aus durch Treu und Glauben begründeten Vertragspflichten.

Nicht gehörig erfüllt ist ein Vertrag, wenn der Vertragsinhalt verletzt wird. Im Bierlokal-Beispiel verletzt der Pächter den Vertrag, indem er eine aus Art. 2 ZGB abgeleitete Loyalitätspflicht verletzt. Diese verpflichtet den Schuldner, keine Handlung zu unternehmen, die den Sinn des Vertrages gefährdet.

Das Bundesgericht hat die nichtgehörige Erfüllung in BGE 69 II 243 (K/S 17-1) folgendermassen umschrieben: „Nichtgehörige Erfüllung ist die Verletzung der allgemeinen Pflicht jeder Vertragspartei, alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln.“ Natürlich gilt nicht nur die *non facere*-Verpflichtung, die Vertragsparteien haben auch alle Handlungen zu unternehmen, welche den Vertragszweck ermöglichen.

⁷ STAUB HERMANN, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904

Vgl. dazu: [OFTINGER, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage 1973.]

Der Ausschank von anderen Getränken im Bierlokal-Beispiel ist für die Vergangenheit eine Nebenpflichtverletzung, mit Schadenersatz bis zum positiven Interesse. Für die Zukunft handelt es sich um eine Nebenleistungspflichtverletzung, mit der Möglichkeit für den Verpächter, auf Realerfüllung (d.h. Verbot des Ausschanks anderer Getränke) zu klagen.

Im Römischen Recht könnte der Pächter in diesem Fall mit der *actio locati* bis zum positive Interesse klagen, weil der Pächter dem Verpächter an Pachtzins zu bezahlen hat, was er ihm nach Treu und Glauben (d.h. wiederum als loyaler Geschäftspartner) zu geben verpflichtet ist (*dare facere oportere ex fide bona*).

Beispiel [Rdn. 516]

(K) kauft von (V) 100 Amphoren Wein, (V) liefert den Wein vereinbarungsgemäss. Allerdings wird der Wein auf dem Transport so durchgeschüttelt, dass er unwiederbringlich Qualitätseinbussen erleidet.

Da der Wein sich erst nach Vertragsschluss verschlechtert hat, liegt kein Fall von Sachmängelgewährleistung vor; es liegt auch keine Pflicht des (V) zur Nachlieferung vor, er hat den Wein vertragsgemäss geliefert.

Er haftet für den Schaden aus Verletzung einer Nebenpflicht, den (K) mit der *actio empti* einklagen kann. Der (V) haftet bis zum positiven Interesse (Minderwert des Weins, *damnum emergens, lucrum cessans*).

Für Mängel die schon bei Vertragsschluss vorhanden waren und die der Verkäufer gekannt hat, haftet er wegen positiver Vertragsverletzung, weil er eine Aufklärungspflicht dem Käufer gegenüber verletzt hat [Rdn. 527]. Er hätte den Käufer auf die Mängel aufmerksam machen müssen.

Leistungsstörungen		
Schuldnerverzug	Nichterfüllung	Schlechterfüllung
	freiwillige unfreiwillige (Unmöglichkeit) ↙ ↘ verschuldet unverschuldet	„positive Vertragsverletzung“
Art. 104 OR	Art. 97 I OR / <i>actiones bonae fidei</i>	

§28 Die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche

Die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche sind im Rahmen der Leistungsstörungen Schlechterfüllungstatbestände spezieller Art.

I. Grundlagen des Gewährleistungsrechts

Als Garantiehaftungstatbestand ist die Gewährleistung eine typische *praestare*-Verpflichtung. Der Verkäufer haftet kausal (d.h. Haftung ohne Verschulden) für Mängel, die schon bei Vertragsschluss bzw. Gefahrenübergang vorlagen. (Für Mängel, die nach Vertragsschluss eintreten, ist die „normale“ Schlechterfüllungsregelung zuständig.)

II. Rechtsgewährleistung [KASER §41 V]

Ein Rechtsmangel liegt dann vor, wenn ein Dritter stärkere private Rechte an der Sache geltend machen kann. Diese Rechte müssen schon bei Vertragsschluss (bzw. Gefahrenübergang) bestanden haben (Art. 192 OR). Die fehlende Betriebsbewilligung für ein Gerät wäre kein Rechtsmangel, sondern ein Sachmangel!

1. Ohne Verschulden des Verkäufers

A Bei der *mancipatio* [KASER §41 V 1]

Wurde das Eigentum an einer Sache mittels *mancipatio* übertragen, entsteht die sogenannte Auktoritätshaftung, d.h. die Gewähr des Verkäufers dafür, dass die Sache keine Rechtsmängel aufweise. Auch ohne Zusicherung dessen, haftet der Verkäufer trotzdem immer für Rechtsmängel.

Bei Rechtsmängeln steht dem Käufer die *actio auctoritatis* zu. Deren Inhalt verpflichtet den Veräußerer zunächst, die Prozessführung zu übernehmen, und dann, falls der Prozess verloren geht, auf das Doppelte des Kaufpreises zu haften. Der Vertrag wird aufgehoben.

B Bei der *traditio* [KASER §41 V 2, 3]

Wird nicht manzipiert, schliessen die Parteien zusätzlich zur *emptio venditio* ein Rechtsgeschäft, die *stipulatio duplae* [Rdn. 414], welches dieselben Rechtswirkungen zeitigt, wie die *actio auctoritatis*. Liegt in einem solchen Fall ein Rechtsmangel vor, dann haftet der Verkäufer aus der Stipulation auf das Doppelte des Kaufpreises. Der Vertrag wird ebenfalls aufgehoben.

Wenn diese Stipulation beim Zustandekommen des Kaufvertrages nicht geschlossen worden ist, kann der Käufer bei Vorliegen von Rechtsmängeln vom Verkäufer aus dem Kaufvertrag den nachträglichen Abschluss dieser Stipulation klageweise verlangen, denn dieses schuldet ihm der Verkäufer, weil es Verkehrssitte ist, aus Treu und Glauben [Rdn. 419] (*facere*-Verpflichtung). Der Abschluss der *stipulatio duplae* ist *ex fide bona* Vertragsinhalt der *emptio venditio*. Will der Verkäufer die Stipulation nicht schliessen, kann der Käufer bis zum positiven Interesse aus Schlechterfüllung klagen.

2. Bei Verschulden des Verkäufers

Anders liegt der Fall, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel gekannt hat (*dolus, culpa lata*), oder wenn er Mängelfreiheit zugesichert hat (*dictum*): Dann steht dem Käufer von Anfang an die *actio empti* zur Verfügung, weil den Verkäufer ein Verschulden trifft. Die *actio empti* ist in diesem Fall auf das positive Interesse, d.h. so gestellt zu werden, wie wenn eine mängelfreie Sache geleistet worden wäre, gerichtet. Die Rechtsgewährleistung überschneidet sich hier mit der positiven Vertragsverletzung. Der Verkäufer erhält die Ansprüche aus der Rechtsgewährleistung und die Ansprüche aus Vertragsverletzung (Art. 195 I, II OR).

Später hat Julian die Anwendung der *actio empti* generell bei allen Eviktionsfällen, also auch in dem Falle, in dem den Verkäufer kein Verschulden trifft, zugelassen. Mit ihr konnte dann auf Vertragsauflösung und das negative Interesse geklagt werden. Das war besonders in denjenigen Fällen von Vorteil, wo das Interesse höher als das *duplum* ausfiel. Es konnte auch bei Verschulden des Verkäufers auf das negative Interesse geklagt werden.

Daneben blieben die andern Klagemöglichkeiten bestehen, d.h. auch weiterhin auf das *duplum* und auf das positive Interesse bei Verschulden des Verkäufers.

Ist der Rechtsmangel nicht gravierend, besteht er vielleicht in einem Wegerecht (Dienstbarkeit), scheint es angemessener, den Vertrag bestehen bleiben zu lassen und dem Käufer eine Preisminderung zu gewähren [Rdn. 385n].

III. Sachgewährleistung

Liegt ein Sachmangel vor, d.h. ist die Sache in ihrem Wert gemindert oder zum vorausgesetzten Gebrauch nicht tauglich (Art. 197 OR), führt dies entweder (je nach Wahl des Käufers) zur Wandelung oder Minderung. Eine Nachbesserungspflicht besteht im OR nicht. In Annahme einer Gesetzeslücke wird aber der Art. 368 II OR, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind, analog für das Kaufrecht angewendet.

Wenn der Käufer die Sache innert angemessener Frist (nach Branchenüblichkeit und Tüchtigkeit) geprüft und einen allfälligen Schaden beim Verkäufer sofort gerügt hat (Obliegenheit: Art. 201, 210 OR; BGE 72 II 405), haftet dieser kausal.

Die kausale Garantiehaftung des Verkäufers erstreckt sich im Falle der Wandelung auf die Rückerstattung der Leistungen mit allfälligem Nutzen (Art. 208 I OR) und die unmittelbaren Schäden (Art. 208 II OR), die sog. Mangelschäden, diejenigen Schäden also, die durch den Mangel an der Sache selbst entstanden sind (z.B. Schaden am Boiler durch defekten Thermostaten).

Die Wandelung ist kein Anspruch (auf Rückabwicklung) im eigentlichen Sinne, denn der Richter kann statt der Rückabwicklung auch die Minderung aussprechen. Die Wandelung wird deshalb als aufhebende Gestaltungsklage (wie z.B. auch die Ehescheidungsklage) bezeichnet.

Hat der Verkäufer den Mangel gekannt (*dolus*) oder hat er Mangelfreiheit zugesichert (*dictum*), hat der Käufer zusätzlich Anspruch auf Schadenersatz für die sogenannten Mangelgeschäden (Art. 208 III OR) aus positiver Vertragsverletzung (Art. 97 OR).

Bei Minderung (Art. 205 OR) besteht in Bezug auf die Mangel- und Mangelgeschäden eine Lücke, die analog zu Art. 208 II, III OR auszufüllen ist.

1. *ius honorarium*: Gewährleistung aufgrund des aedilizischen Edikts

Die aedilizische Sachgewährleistung gilt für Sklaven und Grossvieh im Marktkauf [Rdn. 420ff.]. Die Minderung und die Wandelung stehen dem Käufer, ohne dass den Verkäufer ein Verschulden treffen muss, frei zur Wahl, wenn die Sache einen (auf einer Mängelliste aufgeführten) Mangel aufweist.

Diese Rechtsbehelfe stehen ebenfalls dann zur Verfügung, wenn die Sache eine vom Verkäufer speziell zugesicherte Eigenschaft nicht besitzt [Rdn. 422f.].

A *actio quanti minoris*: Minderung [Rdn. 424]

Der Käufer kann eine Kaufpreisreduktion auf so viel verlangen, wie er bezahlt hätte, wenn er den Mangel gekannt hätte.

B *actio redhibitoria*: Wandelung [Rdn. 425ff.]

Wählt der Käufer die Wandelung, ist alles, was ausgetauscht wurde, mit Nutzen und Zinsen zurückzugeben (*restitutio in integrum*). Der Kaufvertrag wird aufgehoben und nach

Bereicherungsrecht (denn der Austausch erfolgte *sine causa*) bzw. mittels Vindikation rückabgewickelt.

Für die Rückabwicklung ist insbesondere zu beachten, ob es sich um kausale (*traditio*) oder abstrakte (*mancipatio*) Verfügungen gehandelt hat, oder ob der Empfänger originär Eigentum erworben hat (z.B. durch Vermischung, Verarbeitung, Ersitzung usf.).

Der Käufer ist so zu stellen, wie wenn er den Vertrag nie geschlossen hätte (negatives Interesse).

2. *ius civile*: Gewährleistung aufgrund der *actio empti*

In allen übrigen Fällen steht dem Käufer für die Sachgewährleistung die *actio empti* zur Verfügung. Wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft, wenn er also vom Mangel nichts gewusst hat, kann der Käufer vom Verkäufer soviel zurückverlangen, um wieviel er bei Kenntnis des Mangels weniger für die Sache bezahlt hätte. Für Mangelfolgeschäden erhält er keinen Ersatz [Rdn. 435].

Der Käufer klagt mit der *actio empti*, die in diesem Fall den gleichen Inhalt hat wie die *actio quanti minoris*. Der Verkäufer kann aber freiwillig in die Wandelung einwilligen. Dies wird er gegebenenfalls auch tun, weil die Preisminderung bis zum Nullwert der Sache gehen und der Käufer sich entscheiden kann, ob er die Sache zurückgeben will oder nicht (indirekter Zwang des Römischen Rechts).

Die *actio empti* nimmt also Inhalte in sich auf, wie sie der aedilizischen Garantiehaftung entsprechen.

Muss allerdings der Verkäufer (im Rahmen der Minderung!) den ganzen Kaufpreis zurückgeben, dann verhielte sich der Käufer wider Treu und Glauben, wenn er seinerseits nicht die Kaufsache restituieren würde. Da der Richter aus der *actio empti* alle Umstände zu beachten hat, kann er mit der Verurteilung des Verkäufers in den Kaufpreis so lange aussetzen, bis der Käufer die Sache zurückgibt.

Trifft den Verkäufer ein Verschulden, hat er einen Mangel verschwiegen (*dolus*) oder die Mangelfreiheit zugesichert (*dictum*), dann hat er den Kaufpreis zurückzugeben und auch für Mangelfolgeschäden zu haften. Er haftet bis zum positiven Interesse (aus positiver Vertragsverletzung) [Rdn. 431a, 433].

§29 Besondere vertragliche Haftungsverhältnisse

I. Die Haftung für Hilfspersonen [Rdn. 499]

Beispiel

(W) soll für (V) eine Säule transportieren (*locatio conductio*). Während des Transportes wird die Säule beschädigt.

Die Beschädigung der Säule ist die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, der Sorgfaltspflicht. Hat (W) den Transport nicht selber ausgeführt, sondern geeignetes Hilfspersonal die Arbeit ausführen lassen, so trifft ihn selbst an der Beschädigung keine Schuld. (Andererseits wenn er völlig ungeeignete Leute angestellt hätte.)

Dennoch wird ihm das Verschulden seiner Hilfspersonen zugerechnet, wie wenn er selbst die Arbeit ausgeführt hätte. Dies anhand des Verschuldensmassstabes, der sich aus dem Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem (V) ergibt. Die Hilfsperson muss den Schaden so verursacht haben, dass, wenn der Geschäftsherr selbst ihn in derselben Weise verursacht hätte, der Geschäftsherr aus Verschulden haften müsste (hypothetisches Ver-

schulden) ([Rdn. 499]: Auslegung des Art. 101 OR, trotz des unklaren Wortlauts, der von Verursachen spricht und nicht von Verschulden. Das Verschulden wird dem Geschäftsherrn zugerechnet, der danach aus Art. 97 i.V.m. 101 OR haftet.).

Abgrenzung zu Art. 55 OR

Der Art. 101 OR regelt die vertragliche Haftung des Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen dem Vertragspartner gegenüber. Art. 55 OR regelt die Haftung Dritten gegenüber, die nicht am Vertrag beteiligt sind.

Der Art. 55 OR gibt dem Geschäftsherrn mehr Möglichkeiten der Exkulpation als der Art. 101 OR. Er braucht nur zu beweisen, dass er geeignetes Hilfspersonal ausgewählt hat (*cura in eligendo*), dass er sein Hilfspersonal sachgerecht ausgebildet hat (*cura in instruendo*), und dass er sein Hilfspersonal angemessen überwacht hat (*cura in custodiendo*). Dies wird dem Geschäftsherrn zumeist leicht gelingen. Daher ist der Art. 55 OR für den Geschädigten relativ ungünstig.

Das Bundesgericht hat in neuester Zeit die *cura in custodiendo* ausgeweitet und verlangt nun vom Geschäftsherrn auch eine zweckmässige Betriebsorganisation. Es hat damit eine Art Produkthaftpflicht geschaffen, die das neue Produkthaftpflichtgesetz zum grossen Teil überflüssig macht.

II. Die Drittschadensliquidation [Rdn. 499a]

Bei der Drittschadensliquidation geht es darum, dass jemand den Schaden eines Dritten seinem Vertragspartner gegenüber durchsetzt, obwohl bei ihm selbst kein Schaden entstanden ist. Der Dritte, den dieser Schaden trifft, hat dafür selber keinen Anspruch zur Verfügung. Die Drittschadensliquidation ist aber kein verallgemeinerungsfähiger Grundsatz. Er ist über bestimmte Fallgruppen hinaus nicht zu erweitern.

1. Fallgruppe

Beispiel (Credit-Prüfung vom 4. Juli 1994)

Durch den Anschlag auf den Ochsen ist dem (S) kein Schaden entstanden, da (L) bereits die Preisgefahr trägt. Für unverschuldeten Untergang der Kaufsache haftet der Verkäufer dem Käufer nicht, dieser hat aber weiterhin den Kaufpreis zu bezahlen.

Weil dem (S) kein Schaden entstanden ist, kann er gegen den (M) nicht mit der actio legis Aquiliae vorgehen. Der Schaden entsteht dem (L), in dessen Vermögen der Geldwert der Forderung auf Leistung des Stiers bereits eingegangen ist. (L) kann aber die aquilische Haftung nicht geltend machen, weil (M) ihm gegenüber keine Rechtswidrigkeit begangen hat. Es bleibt ihm aber die actio de dolo (Art. 41 II OR), die keine Rechtswidrigkeit, sondern nur eine den guten Sitten widersprechende, absichtliche (vorsätzliche) Schadenszufügung verlangt.

Würde nun (M) die Sache nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig beschädigen, hätte (L) keinen Anspruch gegen ihn.

Die Gefahrtragungsregel schliesst die Haftung des (M) aus. (M) macht damit aber einwendungsweise einen Tatbestand geltend, der auf einer fremden Obligation beruht. Obligationen wirken aber grundsätzlich nur *inter partes*, andere können für sich keine Rechte daraus ableiten. Deshalb darf (M) mit seiner Einwendung, die sich auf eine fremde Obligation stützt, nicht gehört werden.

Im Innenverhältnis zwischen (S) und (L) entsteht ein Schaden, der eigentlich hätte bei (S) entstehen müssen, der aber durch die Obligation zu (L) verlagert wird. Das darf (M) sich aber nicht anrechnen lassen.

Deshalb erhält (S) gegen (M) dennoch die *actio legis Aquiliae utilis*. Im Innenverhältnis zwischen (S) und (L) tritt die Regel über das stellvertretende Commodum in Kraft. (S) hat dem (L) seine Klage gegen (M) abzutreten, ihn zu seinem *procurator in rem suam* zu machen.

(S) erteilt (L) den Auftrag [Vertrag, Verpflichtung] (damit *uno actu* die Vollmacht [Erweiterung der Geschäftsfähigkeit, einseitiges Rechtsgeschäft, Berechtigung]), die *actio* in seinem eignen Namen geltend zu machen, den Prozess für ihn zu führen. In die *intentio* und die *demonstratio* wird (S) und (M) eingesetzt, in der *condemnatio* dann wird statt des (S) der (L) genannt.

(L) hätte als Beauftragter allen Nutzen aus dem Auftrag dem (S) abzutreten (Art. 400 OR), (S) könnte mit der *actio mandati* klagen. Deshalb vereinbaren (S) und (L) zusätzlich ein *pactum de non petendo*, das (L) der *actio mandati* des (S) einredeweise entgegenhalten kann.

Bei *dolus* des (M) ist die Drittschadensliquidation der *actio de dolo* nicht übergeordnet, obwohl diese sonst streng subsidiär anzuwenden ist. Die Drittschadensliquidation ist aber eine derart prekäre Hilfskonstruktion, dass sie restriktiv allein dort anzuwenden ist, wo ansonsten rechtspolitisch unerwünschte Resultate einträten.

2. Fallgruppe (Obhutsverhältnisse)

Beispiel

Inhalt eines Mietvertrages ist die kurzzeitige Überlassung eines Schiffes. Der Mieter (M) muss sich zur Überwindung einer Schleuse eines Schleppkahns bedienen. Wegen einer Unachtsamkeit entsteht durch den Schleppkahn ein Schaden am Schiff.

Für die Schäden am Schiff selbst steht dem Vermieter (V) gegen den Schleppkahnführer (S) die ausservertragliche Haftpflicht (Art. 41 I OR) zur Verfügung. Den Betriebsausfall (weil das Schiff einige Zeit aufs Trockendock gelegt werden muss) aber kann (V) nicht über Art. 41 I OR geltend machen.

Der Schaden wird auf den (M) verlagert, dieser hat gegen den (S) einen Anspruch aus Vertrag, den er dem (V) überträgt.

3. Fallgruppe (Mittelbare Stellvertretung)

Beispiel

(V) beauftragt den Kunstkennner (S), für ihn ein Bild zu verkaufen. (S) beauftragt seinerseits den noch sachkundigeren (B), den Auftrag für ihn auszuführen. (B) verkauft die Sache auftragsgemäss, erzielt aber einen um 15% zu tiefen Preis.

Beide, (S) und (B) sind nicht unmittelbare Stellvertreter des (V). Sie schliessen den Verkauf in eigenem Namen ab, aber auf fremde Rechnung (indirekte Stellvertretung).

(B) würde dem (S) aus dem Auftrag wegen Sorgfaltspflichtverletzung haften. Aber (S) seinerseits haftet dem (V) nicht, er hat seine Vertragspflichten, dadurch dass er einen Spezialisten mit dem Verkauf beauftragt hat, gehörig erfüllt. Er hat dem (V) nur zu geben, was er aus dem Auftrag erhält (Art. 400 OR). Deshalb erwächst (S) kein Schaden, er kann deshalb nicht gegen (B) klagen. Und (V), dem der Schaden erwächst, kann nicht gegen (B) klagen, denn zwischen ihnen besteht kein Vertrag. Eine Haftung des (B) aus Delikt fällt auch ausser Betracht, weil (B) nicht dolos gehandelt hat (*actio de dolo*) und dem (V) nur ein Vermögensschaden entstanden ist (*actio legis Aquiliae*). Die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) entfällt, weil es sich nicht um ein Subordinationsverhältnis handelt.

5. Kapitel: Die Beteiligung Dritter an der Obligation

§30 Die Schuldübernahme

§31 Die Forderungsabtretung (Zession)

I. Geschäfte zwecks Begründung einer neuen Gläubigerstellung

1. procurator in rem suam

2. Aktivlegitimation

III. Die *actio utilis* des Zessionars

§32 Die Bürgschaft

§33 Der Vertrag zugunsten Dritter

I. Echter Vertrag zugunsten Dritter

II. Unechter Vertrag zugunsten Dritter

§34 Delegation (*delegatio*; Anweisung)

I. Zahlungsanweisung (*delegatio solvendi*)

II. Verpflichtungsanweisung: Aktiv- und Passivdelegation (*delegatio obligandi*)