

Handbuch  
des Römischen Privatrechts

Band I





# Handbuch des Römischen Privatrechts

herausgegeben von

Babusiaux · Baldus · Ernst · Meissel · Platschek · Rüfner

Band I

§§ 1–58

Mohr Siebeck

*Ulrike Babusiaux* ist Professorin an der Universität Zürich

*Christian Baldus* ist Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

*Wolfgang Ernst* ist Professor an der University of Oxford und an der Universität Zürich

*Franz-Stefan Meissel* ist Professor an der Universität Wien

*Johannes Platschek* ist Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Thomas Rüfner* ist Professor an der Universität Trier

Zitiervorschlag: HRP/*Wimmer* § 54 Rn. 17

ISBN 978-3-16-152359-5 eISBN 978-3-16-160139-2

DOI 10.1628/978-3-16-160129-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2022 by Mohr Siebeck, Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von pagina GmbH in Tübingen aus der Minion gesetzt, von der Druckerei C.H. Beck in Nördlingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort der Herausgeber

Ein Werk wie das vorliegende verdankt seine Entstehung einer Vielzahl von Beteiligten. An erster Stelle sind hier die Autorinnen und Autoren zu nennen, aus deren Beiträgen dieses Handbuch besteht. Sie haben sich in den langdauernden Prozess von der Themenbestimmung bis zur Drucklegung immer wieder aufs Neue einbinden lassen. Unzählige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an den Lehrstühlen in Heidelberg, München, Trier, Wien und Zürich haben in den letzten Jahren das Lektorat der Manuskripte unterstützt, Herausgebertreffen begleitet und zum Schluss mit uns die Register und Verzeichnisse erstellt, wofür ihnen herzlich gedankt sei!

Unsere Absicht, eine von Grund auf neu gearbeitete Darstellung des römischen Privatrechts anzubieten, fand sogleich Interesse und Unterstützung seitens des Verlages Mohr Siebeck, für dessen juristisches Programm damals Franz-Peter Gillig verantwortlich zeichnete. Seither wurde uns eine vorbildliche verlegerische Betreuung zu Teil.

Bevor dieses Werk erscheinen konnte, sind unsere Kollegin Amelia Castresana Herrero und unsere Kollegen Hans-Peter Benöhr, Georg Klingenberg und Peter E. Pieler verstorben. Ihrer sei an dieser Stelle besonders gedacht. Ihre Beiträge waren so weit fertig gestellt, dass sie sich für die Drucklegung finalisieren ließen.

Heidelberg, München, Oxford, Trier, Wien und Zürich – Frühjahr 2022

Ulrike Babusiaux  
Christian Baldus  
Wolfgang Ernst

Franz-Stefan Meissel  
Johannes Platschek  
Thomas Rüfner



# Inhaltsübersicht

## Band I

### Erster Abschnitt: Grundlagen

- I. Rechtsentstehung und Rechtsverwirklichung . . . . . 3
- II. Überlieferung der Quellen . . . . . 193

### Zweiter Abschnitt: Zivilprozess und Handlungsformen

- I. Entwicklungsstufen des Zivilprozesses . . . . . 321
- II. Handlungsformen im Privatrecht . . . . . 511

### Dritter Abschnitt: Personen

- I. Person und Handlungsfähigkeit . . . . . 687
- II. Hausverband (*familia*) . . . . . 827

### Vierter Abschnitt: Vermögensrecht (*res*)

- I. Eigentum und Besitz . . . . . 1031
- II. Beschränkte dingliche Rechte (*iura in re aliena*) . . . . . 1179
- III. Erbschaft und Erbgang . . . . . 1280

## Band II

### Fünfter Abschnitt: Rechtsdurchsetzung (*actiones*)

- I. Dingliche Klagen (*actiones in rem*) . . . . . 1537
- II. Klagen mit *adiudicatio* . . . . . 1868

## Inhaltsübersicht

III.	Persönliche Klagen ( <i>actiones in personam</i> ) . . . . .	1883
IV.	Haftung für Gewaltunterworfenen . . . . .	2785
V.	Einreden ( <i>exceptiones</i> ) und andere Verteidigungsmittel . . . . .	2874

## Band III

Sachregister . . . . .	3053
Quellenregister . . . . .	3213
Abgekürzt zitierte Literatur . . . . .	3455



# Inhaltsverzeichnis

## Band I

Vorwort der Herausgeber .....	V
Autoren .....	XVII
Abkürzungen .....	XXII
I. Römischen Juristen und ihrer Werke .....	XXII
II. Römische Kaiser .....	XXIX
III. Allgemeine Abkürzungen .....	XXX

## Erster Abschnitt: Grundlagen

I.    Rechtsentstehung und Rechtsverwirklichung	
§ 1    Faktoren der Rechtsbildung (Humbert) .....	3
§ 2    Republik (Buongiorno) .....	32
§ 3    Prinzipat (Stolfi) .....	54
§ 4    Vom Prinzipat zur Spätantike (Atzeri) .....	75
§ 5    Justinianische Zeit (Pieler) .....	101
§ 6    Römische Rechtsschichten (Babusiaux) .....	114
II.    Überlieferung der Quellen	
§ 7    Rechtsliteratur (Liebs) .....	193
§ 8    Papyrologische und epigraphische Quellen (Alonso/Babusiaux) .....	222

Zweiter Abschnitt: Zivilprozess und Handlungsformen

I.	Entwicklungsstufen des Zivilprozesses	
§ 9	Die Legisaktionen (Varvaro) . . . . .	321
§ 10	Formularprozess: Grundlagen (Platschek) . . . . .	342
§ 11	Formularprozess: Verfahrenseinleitung (Metzger) . . . . .	350
§ 12	Formularprozess: Verhandlung <i>in iure</i> (Platschek) . . . . .	372
§ 13	Formularprozess: Verhandlung <i>apud iudicem</i> (Klingenberg) . . . . .	413
§ 14	Formularprozess: Vollstreckung (Willems) . . . . .	476
§ 15	Kognitionsprozess (Willems) . . . . .	492
II.	Handlungsformen im Privatrecht	
§ 16	<i>In iure cessio</i> und Verwandtes (Pfeifer) . . . . .	511
§ 17	Libralakte ( <i>mancipatio, nexum, solutio per aes et libram</i> ) (Pfeifer) . . .	514
§ 18	Das <i>testamentum per aes et libram</i> und andere Formen letztwilliger Verfügungen (Rüfner) . . . . .	518
§ 19	<i>Confarreatio</i> und <i>conventio in manum</i> (Halbwachs) . . . . .	554
§ 20	Eid ( <i>iusiurandum</i> ) (Finkenauer) . . . . .	559
§ 21	Stipulation (Verbalkontrakt) (Finkenauer) . . . . .	564
§ 22	Sachleistung zur Schuldbegründung (Realkontrakte) (Gröschler) . . .	625
§ 23	Schriftakt zur Schuldbegründung (Litteralkontrakt) (Gröschler) . . .	634
§ 24	Willenseinigung zur Schuldbegründung (Konsensualkontrakte) (Gröschler) . . . . .	644
§ 25	Tatbestände des „Übernehmens“ ( <i>recepta</i> ) (Platschek) . . . . .	661

Dritter Abschnitt: Personen

I.	Person und Handlungsfähigkeit	
§ 26	Bürger ( <i>cives</i> ) und Nichtbürger ( <i>peregrini</i> ) (Lamberti) . . . . .	687

## Inhaltsverzeichnis

§ 27	Kriegsgefangenschaft und Rückkehr (Lamberti) . . . . .	718
§ 28	Verlust der Ehrenstellung ( <i>infamia</i> ) (Willems) . . . . .	731
§ 29	Rechtsstellung der Frauen (Höbenreich) . . . . .	741
§ 30	Fälle beschränkter Handlungsfähigkeit (Stagl/Maragno) . . . . .	768
§ 31	Vormundschaft ( <i>tutela</i> ) und Pflegschaft ( <i>cura</i> ) (Hähnchen) . . . . .	780
§ 32	Vertretung von Personenmehrheiten (Zahn) . . . . .	806
II. Hausverband ( <i>familia</i> )		
§ 33	Ehe und andere Formen der Lebensgemeinschaft (Halbwachs) . . . . .	827
§ 34	Hauskinder ( <i>fili familias</i> ) (Lamberti) . . . . .	858
§ 35	Ehegüterrecht (Stagl) . . . . .	876
§ 36	Sklaven ( <i>servi</i> ) (Gamauf) . . . . .	924
§ 37	Freigelassene ( <i>liberti</i> ) (Masi Doria) . . . . .	995

## Vierter Abschnitt: Vermögensrecht (*res*)

I. Eigentum und Besitz		
§ 38	Rechtsobjekte und Sachkategorien (Backhaus) . . . . .	1031
§ 39	Eigentumsbegriffe (Klinck) . . . . .	1056
§ 40	Ziviler Besitz ( <i>possessio civilis</i> ) (Klinck) . . . . .	1064
§ 41	Aneignung herrenloser Sachen ( <i>occupatio</i> ) (Gerkens) . . . . .	1097
§ 42	Erwerb durch Sachveränderung ( <i>accessio, specificatio, commixtio, confusio</i> ) (Plisecka) . . . . .	1105
§ 43	Formgebundene Erwerbsgeschäfte ( <i>mancipatio, in iure cessio</i> ) und formlose <i>traditio</i> (Pfeifer) . . . . .	1118
§ 44	Ersitzung ( <i>usucapio</i> ) (Klinck) . . . . .	1121
§ 45	<i>Causa</i> als Erwerbsvoraussetzung (Pfeifer) . . . . .	1145
§ 46	Treuhand ( <i>fiducia</i> ) (Schanbacher) . . . . .	1152

## Inhaltsverzeichnis

§ 47	Mehrheiten von Eigentümern (Dajczak) . . . . .	1164
II. Beschränkte dingliche Rechte ( <i>iura in re aliena</i> )		
§ 48	Pfandrecht ( <i>pignus, hypotheca</i> ) (Schanbacher) . . . . .	1179
§ 49	Nutzungsrechte ( <i>usus fructus, usus, habitatio</i> ) (Cardilli) . . . . .	1235
§ 50	Dienstbarkeiten ( <i>servitutes</i> ) (Cursi) . . . . .	1248
§ 51	Erbbauerecht ( <i>emphyteusis</i> ), Baurecht ( <i>superficies</i> ) und Verwandtes (Battaglia) . . . . .	1265
III. Erbschaft und Erbgang		
§ 52	Erbfähigkeit (Rüfner) . . . . .	1280
§ 53	Testamentarische Erbfolge (Rüfner) . . . . .	1311
§ 54	Gesetzliche Erbfolge (Wimmer) . . . . .	1329
§ 55	Testamentsanfechtung ( <i>querela inofficiosi testamenti</i> ) (Wimmer) . . . . .	1373
§ 56	Anfall, Antritt und Ausschlagung der Erbschaft (Strobel) . . . . .	1418
§ 57	Nachlassbesitz ( <i>bonorum possessio</i> ) (Babusiaux) . . . . .	1437
§ 58	Erbenhaftung (Buchwitz) . . . . .	1519

## Band II

### Fünfter Abschnitt: Rechtsdurchsetzung (*actiones*)

I. Dingliche Klagen ( <i>actiones in rem</i> )		
§ 59	Herausgabeklage des Eigentümers ( <i>rei vindicatio</i> ) (Baldus) . . . . .	1537
§ 60	Dinglich wirkendes Vermächtnis ( <i>legatum per vindicationem</i> ) (Wimmer) . . . . .	1632
§ 61	Eigentumsfreiheitsklage ( <i>actio negatoria</i> ) und Feststellungsklage des dinglich Berechtigten ( <i>actio confessoria</i> ) (Rodríguez Martín) . . . . .	1676
§ 62	Nachbarrechtliche Rechtsbehelfe ( <i>operis novi nuntitatio, cautio damni infecti, actio aquae pluviae arcendae</i> ) (Rainer) . . . . .	1697

## Inhaltsverzeichnis

§ 63	Herausgabeklage des redlichen Erwerbers ( <i>actio Publiciana</i> ) (Platschek) . . . . .	1729
§ 64	Erbschaftsklage ( <i>hereditatis petitio</i> ) (Andrés Santos) . . . . .	1752
§ 65	Vorlegungsklage ( <i>actio ad exhibendum</i> ) und Verwandtes (Baldus) . . .	1773
§ 66	Interdikte (Isola) . . . . .	1808
II.	Klagen mit <i>adiudicatio</i>	
§ 67	Teilungsklagen ( <i>actio familiae erciscundae, actio communi dividundo, actio finium regundorum</i> ) (Castresana) . . . . .	1868
III.	Persönliche Klagen ( <i>actiones in personam</i> )	
1. <i>Actio</i> und <i>obligatio</i>		
§ 68	Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht (Wegmann Stockebrand) . . . . .	1883
2. <i>Conditiones</i>		
§ 69	Zur Formel der <i>condictio</i> in der Rechtsentwicklung (Platschek) . . . .	1898
§ 70	<i>Condictio</i> aus Darlehen ( <i>mutuum</i> ) (Fagnoli) . . . . .	1906
§ 71	Klagen aus Erfüllungszusage ( <i>actio de pecunia constituta</i> ) und aus Zahlungsgarantie der <i>argentarii</i> ( <i>actio recepticia</i> ) (Platschek) . . . . .	1912
§ 72	Stipulationsklage mit unbestimmtem ( <i>actio ex stipulatu</i> ) und bestimmtem Klageinhalt ( <i>condictio</i> ) (Varvaro) . . . . .	1927
§ 73	Bürgschaftsstipulationen und Mehrheiten von Stipulationsschuldern (Schmieder) . . . . .	1938
§ 74	Strafstipulationen (Finkenauer) . . . . .	1965
§ 75	<i>Vadimonium</i> und andere Prozessstipulationen (Rüfner) . . . . .	1972
§ 76	Schulderneuerung ( <i>novatio</i> ) und Anweisung ( <i>delegatio</i> ) (Willems)	1988
§ 77	<i>Condictio</i> als Rückforderungsklage (Fagnoli) . . . . .	2008

## Inhaltsverzeichnis

### 3. Klagen nach Treu und Glauben (*bonae fidei iudicia*)

§ 78	<i>Bonae fidei iudicia</i> : Grundlagen (Meissel/Novitskaya) . . . . .	2017
§ 79	Klagen aus Kauf ( <i>actio empti, actio venditi</i> ) (Ernst) . . . . .	2039
§ 80	Klagen aus Verdingung ( <i>actio locati, actio conducti</i> ) (Du Plessis) . . . .	2289
§ 81	Klage aus Gesellschaftsvertrag ( <i>actio pro socio</i> ) (Meissel) . . . . .	2315
§ 82	Klage aus Auftrag ( <i>actio mandati</i> ) (Heinemeyer) . . . . .	2357
§ 83	Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag ( <i>actio negotiorum gestorum</i> ) (Meissel) . . . . .	2379
§ 84	Klage aus Vormundschaft ( <i>actio tutelae</i> ) (Babusiaux) . . . . .	2400
§ 85	Klage aus Verwahrung ( <i>actio depositi</i> ) (Walter) . . . . .	2441
§ 86	Klage aus Leihe ( <i>actio commodati</i> ) (Scheibelreiter) . . . . .	2471
§ 87	Klage aus Verpfändung ( <i>actio pignoratitia</i> ) (Schanbacher) . . . . .	2501
§ 88	Klage aus Treuhand ( <i>actio fiduciae</i> ) (Schanbacher) . . . . .	2511
§ 89	Klage auf Herausgabe des Frauenguts ( <i>actio rei uxoriae</i> ) (Stagl) . . . .	2516
§ 90	Klagen aus Innominat verträge ( <i>actiones praescriptis verbis</i> ) (Babusiaux) . . . . .	2529

### 4. Deliktische und quasi-deliktische Klagen

§ 91	Pönalklagen: Grundlagen (Platschek) . . . . .	2568
§ 92	Klage wegen Sachbeschädigung ( <i>actio legis Aquiliae</i> ) (Winiger) . . . .	2572
§ 93	Diebstahlsklage ( <i>actio furti</i> ) (Pennitz) . . . . .	2595
§ 94	Klage wegen Arglist ( <i>actio doli</i> ) (dalla Massara) . . . . .	2623
§ 95	Klage wegen Persönlichkeitsverletzung ( <i>actio iniuriarum</i> ) (Hirata) . . . .	2637
§ 96	Klagen aus Quasidelikten (Klausberger) . . . . .	2647

### 5. Rechtsschutz für erbrechtliche Ansprüche

§ 97	Klage aus Testament ( <i>actio ex testamento</i> ) (Lohsse) . . . . .	2661
------	---	------

## Inhaltsverzeichnis

§ 98	Fideikommiss und ihre Durchsetzung (Rüfner) . . . . .	2691
§ 99	Schenkung von Todes wegen ( <i>donatio mortis causa</i> ) (Rüger) . . . . .	2713
§ 100	Beschränkungen der Testierfreiheit ( <i>lex Falcidia</i> und <i>SC Pegasianum</i> ) (Schanbacher) . . . . .	2724
IV. Haftung für Gewaltunterworfenen		
§ 101	Klage aufgrund Weisung des Gewalthabers ( <i>actio quod iussu</i> ) (Bürge) . . . . .	2785
§ 102	Klage aufgrund Sonderguts oder unmittelbarer Zuwendung in das Vermögen des Gewalthabers ( <i>actio de peculio vel de in rem verso</i> ) (Gamauf) . . . . .	2789
§ 103	Klage wegen Verteilung ( <i>actio tributoria</i> ) (Gamauf) . . . . .	2827
§ 104	Klagen aufgrund Bestellung eines Geschäftsleiters oder Kapitäns ( <i>actio institoria, actio exercitoria</i> ) (Bürge) . . . . .	2836
§ 105	Noxalhaftung (Pennitz) . . . . .	2845
V. Einreden ( <i>exceptiones</i> ) und andere Verteidigungsmittel		
§ 106	Einrede ( <i>exceptio</i> ): Grundlagen (Platschek) . . . . .	2874
§ 107	Einrede kraft Vereinbarung ( <i>exceptio pacti</i> ) (Gröschler) . . . . .	2884
§ 108	Arglisteinrede ( <i>exceptio doli</i> ) (dalla Massara) . . . . .	2917
§ 109	Einrede und Klage wegen widerrechtlicher Zwangsausübung ( <i>exceptio metus</i> und <i>actio quod metus causa</i> ) (Forgó-Feldner) . . . . .	2931
§ 110	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ( <i>in integrum restitutio</i> ) (Benöhr) . . . . .	2966
§ 111	Aufrechnung ( <i>compensatio</i> ) (Pichonnaz) . . . . .	2994
§ 112	Zurückbehaltungsrecht ( <i>retentio</i> ) (Forgó-Feldner) . . . . .	3038

Inhaltsverzeichnis

Band III

Sachregister .....	3053
Quellenregister .....	3213
Abgekürzt zitierte Literatur .....	3455



## Autoren

*José Luis Alonso*

Professor an der Universität Zürich

*Francisco Javier Andrés Santos*

Professor an der Universidad de Valladolid

*Lorena Atzeri*

Ricercatrice in Diritto romano an der Università degli Studi di Milano

*Ulrike Babusiaux*

Professorin an der Universität Zürich

*Ralph Backhaus*

Professor an der Philipps-Universität Marburg

*Christian Baldus*

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

*Federico Battaglia*

Assistenzprofessor an der Università degli Studi di Milano-Bicocca

*Hans-Peter Benöhr †*

Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

*Wolfram Buchwitz*

Professor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

*Alfons Bürge*

Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Pierangelo Buongiorno*

Professor an der Università di Macerata

*Riccardo Cardilli*

Professor an der Università degli Studi di Roma Tor Vergata

*Amelia Castresana †*

Professorin an der Universidad de Salamanca

*Maria Floriana Cursi*

Professorin an der Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Autoren

*Wojciech Dajczak*

Professor an der Adam-Mickiewicz-Universität Poznań

*Tommaso dalla Massara*

Professor an der Università degli Studi di Verona

*Paul J. du Plessis*

Professor an der University of Edinburgh

*Wolfgang Ernst*

Professor an der University of Oxford und an der Universität Zürich

*Iole Fargnoli*

Professorin an der Universität Bern und an der Università degli Studi di Milano

*Thomas Finkenauer*

Professor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

*Birgit Forgó-Feldner*

Assistenzprofessorin an der Universität Wien

*Richard Gamauf*

Professor an der Universität Wien

*Jean-François Gerkens*

Professor an der Université de Liège

*Peter Gröschler*

Professor an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

*Susanne Hähnchen*

Professorin an der Universität Potsdam

*Verena Halbwachs*

Assistenzprofessorin an der Universität Wien

*Susanne Heinemeyer*

Privatdozentin an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

*Alessandro Hirata*

Professor an der Universidade de São Paulo

*Evelyn Höbenreich*

Professorin an der Universität Graz

*Michel Humbert*

Professor an der Université Paris Panthéon-Assas

*Lisa Isola*

Lehrbeauftragte und Projektleiterin an der Universität Wien

Autoren

*Philipp Klausberger*

Privatdozent an der Universität Wien

*Fabian Klinck*

Professor an der Ruhr-Universität Bochum

*Georg Klingenberg †*

Professor an der Johannes-Kepler-Universität Linz

*Francesca Lamberti*

Professorin an der Università del Salento

*Detlef Liebs*

Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

*Sebastian Lohsse*

Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

*Giorgia Maragno*

Postdoc an der Università degli Studi di Ferrara

*Carla Masi Doria*

Professorin an der Università degli Studi di Napoli Federico II

*Franz-Stefan Meissel*

Professor an der Universität Wien

*Ernest Metzger*

Professor an der University of Glasgow

*Anna Novitskaya*

Universitätsassistentin an der Universität Wien

*Martin Pennitz*

Professor an der Universität Innsbruck

*Guido Pfeifer*

Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

*Pascal Pichonnaz*

Professor an der Université de Fribourg

*Peter E. Pieler †*

Professor an der Universität Wien

*Johannes Platschek*

Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Anna Plisecka*

Dozentin an der Kalaidos Law School, Zürich

Autoren

*Johannes Michael Rainer*

Professor an der Paris-Lodron-Universität Salzburg

*José-Domingo Rodríguez Martín*

Professor an der Universität Wien

*Thomas Rüfner*

Professor an der Universität Trier

*David Rüger*

Richter am Amtsgericht Hamburg

*Dietmar Schanbacher*

Professor an der Technischen Universität Dresden

*Philipp Scheibelreiter*

Professor an der Universität Wien

*Philipp Schmieder*

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

*Jakob Fortunat Stagl*

Professor an der Universidad de Chile und an der Universität Warschau

*Emanuele Stolfi*

Professor an der Università degli Studi di Siena

*Benedikt Strobel*

Professor an der Universität Konstanz

*Mario Varvaro*

Professor an der Università degli Studi di Palermo

*Tom Walter*

Richter am Amtsgericht München

*Adolfo Wegmann Stockebrand*

Professor an der Pontificia Universidad Católica de Chile

*Constantin Willems*

Professor an der Philipps-Universität Marburg

*Markus Wimmer*

Professor an der Johannes-Kepler-Universität Linz

*Bénédict Winiger*

Professeur honoraire an der Université de Genève

*Bastian Zahn*

Regierungsrat im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen und für Heimat,  
München

## Wissenschaftliche Mitarbeiter

*Esther Ayasch* (Wien)

*Jacqueline Bemmer* (Wien)

*Philipp Bosch* (Heidelberg)

*Elisabeth Dux* (Heidelberg)

*Adrian Häusler* (Zürich)

*Elena Koch* (Zürich)

*Samuel Koenes* (München)

*Simon Loheide* (Heidelberg)

*Anna Novitskaya* (Wien)

*Robin Repnow* (Heidelberg)

*Joerg Rohloff* (München)

*Rebecca Simmer* (Trier)

*Thamar Xandry* (Zürich)

## Abkürzungen

Soweit für Literaturangaben Abkürzungen benutzt werden, sei es für Monographien (z.B. *Betancourt*, *De interdictis*), Periodika (z.B. BIDR), Festschriften (z.B. *Ess. Momigliano*) oder für sonstige Sammelwerke, finden sich die Abkürzungen mit den bibliographischen Angaben aufgelöst im Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur, S. 3455 ff.

Die Abkürzungen für die Quellen ergeben sich aus dem Quellenregister, S. 3213 ff.

### I. Römische Juristen und ihre Werke

<b>Ael.</b> verb. sign.	<b>C. Aelius Gallus</b> De verborum, quae ad ius pertinent, significatione
<b>Afr.</b> quaest.	<b>Sextus Caecilius Africanus</b> Quaestionum libri IX
<b>Alf.</b> dig. epit. Alf. dig. a Paul. epit.	<b>P. Alfenus Varus</b> Digestorum libri XL / Digesta Paulus libro...epitomarum Alfeni Alfenus libro...digestorum a Paulo epitomatorum
<b>Arc.</b> mun. civ. sing. off. praef. praet. sing. test. sing.	<b>Aurelius Arcadius Charisius</b> De muneribus civilibus liber singularis De officio praefecti praetorio liber singularis De testibus liber singularis
<b>Arist.</b> dig.	<b>Titius Aristo</b> Digesta
<b>Cael.</b> ed. aed. cur.	<b>Cn. Arulenus Caelius Sabinus</b> Ad edictum aedilium curulium
<b>Call.</b> cogn. ed. mon. inst. fisc. pop. quaest.	<b>Callistratus</b> De cognitionibus libri VI Ad edictum monitorium libri VI Institutionum libri tres De iure fisci et populi libri IV Quaestionum libri duo
<b>Cels.</b> dig.	<b>P. Iuventius Celsus T. Aufidius Hoenius Severianus</b> Digestorum libri XXXIX

<b>Flor.</b> inst.	<b>Florentinus</b> Institutionum libri XII
<b>Fur.</b> ed.	<b>Furius Anthianus</b> Ad edictum libri
<b>Gai.</b> cas. sing. ed. praet. urb. ed. aed. cur. ed. prov. fideic. form. hyp. sing. inst. l. XII tab. l. Glit. sing. l. Iul. Pap. manum. reg. reg. sing. cott. SC Orf. sing. SC Tert. sing. tac. fideic. sing. verb. obl.	<b>Gaius</b> De casibus liber singularis Ad edictum praetoris urbani Ad edictum aedilium curulium libri II Ad edictum provinciale (et ad edictum aedilium curulium) libri XXXII De fideicommissis libri II De formula hypothecaria liber singularis Institutionum libri IV Ad legem duodecim tabularum libri VI Ad legem Glitiam liber singularis (D. 5.2.4) Ad legem Iuliam et Papiam libri XV De manumissionibus libri III Regularum libri III Regularum liber singularis Rerum cottidianarum (sive aureorum) libri VII Ad senatus consultum Orfitianum liber singularis Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis De tacitis fideicommissis liber singularis De verborum obligationibus libri III
<b>Her.</b> iur. epit.	<b>Hermogenianus</b> Iuris epitomarum libri VI
<b>Iav.</b> Cass. ep. Plaut. post. Lab.	<b>L. (C.?) Octavius Tadius Tossianus Iavolenus Priscus</b> Ex Cassio libri XV Epistularum libri XIV Ex Plautio libri V Ex posterioribus Labeonis libri X
<b>Iul.</b> amb. sing. dig. ed. Min. Urs. Fer.	<b>Salvius Iulianus</b> De ambiguitatibus liber singularis Digestorum libri XC Ad edictum libri? (D. 3.2.1) Ex Minicio libri Ad Urseium Ferozem libri IV
<b>Iul. Aqu.</b> resp.	<b>Iulius Aquila</b> Responsorum liber
<b>Lab.</b> pith. a Paul. epit. post. a Iav. epit. post.	<b>M. Antistius Labeo</b> Pithanon a Paulo epitomatorum libri VIII Posteriorum a Iavoleno epitomatorum libri X Ex posterioribus (D. 7.4.2.4)
<b>Lic.</b> reg.	<b>Licinius Rufinus</b> Regularum libri X

## Abkürzungen

<b>Mac.</b>	<b>Aemilius Macer</b>
app.	De appellationibus libri II
iud. publ.	De iudiciis publicis libri II
l. XX her.	Ad legem vicensimam hereditatum libri II
off. praes.	De officio praesidis libri II
mil.	De re militari libri II
<b>Maec.</b>	<b>L. Volusius Maecianus</b>
quaest. fideic.	Quaestionum de fideicommissis libri XVI
iud. publ.	De iudiciis publicis libri XIV
l. Rhod.	De (ex?) lege Rhodia
<b>Marcell.</b>	<b>Ulpius Marcellus</b>
dig.	Digestorum libri XXXI
l. Iul. Pap.	Ad legem Iuliam et Papiam libri VI
publ. iud.	De publicis iudiciis? (vgl. D. 3.2.22)
resp. sing.	Responsorum liber singularis
<b>Marcian.</b>	<b>Aelius Marcianus</b>
app.	De appellationibus libri II
del. sing.	De delatoribus liber singularis
dig.	Digesta (?) (D. 23.5.17)
form. hyp. sing.	Ad formulam hypothecariam liber singularis
inst.	Institutionum libri XVI
iud. publ.	De iudiciis publicis libri II
Pap. adult.	Notae ad Papiniani de adulteriis libros
reg.	Regularum libri V
SC Turp. sing.	Ad senatus consultum Turpillianum liber singularis
<b>Maur.</b>	<b>Iunius Mauricianus</b>
l. Iul. Pap.	Ad legem Iuliam et Papiam libri VI
Iul. dig.	Notae ad Iuliani digesta?
poen.	De poenis
<b>Men.</b>	<b>Arrius Menander</b>
mil.	De re militari libri IV
<b>Mod.</b>	<b>Herennius Modestinus</b>
diff. dot. sing.	De differentia dotis liber singularis
diff.	Differentiarum libri IX
enucl. cas. sing.	De enucleatis casibus liber singularis
excus.	De excusationibus libri VI
heur. sing.	De heurematicis liber singularis
inoff. test. sing.	De inofficioso testamento liber singularis
leg. fideic. sing.	De legatis et fideicommissis liber singularis
manum. sing.	De manumissionibus liber singularis
Q. Muc.	Ad Quintum Mucium? (wohl Pomp.)
pand.	Pandectarum libri XII
poen.	De poenis libri IV
praescr. sing.	De praescriptionibus liber singularis



reg.	Regularum libri X
resp.	Responsorum libri XIX
rit. nupt. sing.	De ritu nutiarum liber singularis
test. sing.	De testamentis liber singularis
<b>Q. Muc.</b>	<b>Q. Mucius Scaevola</b>
sing.	liber singularis
<b>Ner.</b>	<b>L. Neratius Priscus</b>
membr.	Membranarum libri VII
nupt. sing.	De nuptiis liber singularis
reg.	Regularum libri XV
resp.	Responsorum libri II
<b>Pap.</b>	<b>Aemilius Papinianus</b>
adult.	De adulteriis libri II
adult. sing.	De adulteriis liber singularis
def.	Definitionum libri II
quaest.	Quaestionum libri XXXVII
resp.	Responsorum libri XIX
<b>Papir.</b>	<b>Papirius Iustus</b>
const.	Constitutionum libri XX
<b>Paul.</b>	<b>Iulius Paulus</b>
adsign. lib. sing.	De adsignatione libertorum liber singularis
adult.	De adulteriis libri III
adult. sing.	De adulteriis liber singularis
app. sing.	De appellationibus liber singularis
art. lib. caus. sing.	De articulis liberalis causae liber singularis
brev.	Brevium (ad edictum) libri XXIII
cens.	De censibus libri II
Cvir. iud. sing.	De centum-/septemviralibus iudiciis liber singularis
cogn. sing.	De cognitionibus liber singularis
concept. form. sing.	De conceptione formularum liber singularis
concurr. act. sing.	De concurrentibus actionibus liber singularis
decr.	Decretorum libri III
don. vir. ux. sing.	De donationibus inter virum et uxorem liber singularis
dot. rep. sing.	De dotis repetitione liber singularis
ed.	Ad edictum libri LXXX
ed. aed. cur.	Ad edictum aedilium curulium
epit. Alf. dig. Lab.	Epitome Alfeni digestorum et Labeonis
excus. tut. sing.	De excusationibus tutelarum liber singularis
fideic.	De fideicommissis libri III
form. test.	De forma testamenti liber singularis
imp. sent. cogn. prol.	Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI
iniur. sing.	De iniuriis liber singularis (nur Coll.)
inoff. test. sing.	De inofficioso testamento liber singularis
inst.	Institutionum libri II

## Abkürzungen

instr. sign. sing.	De instrumenti significatione liber singularis
intercess. fem. sing.	De intercessionibus feminarum liber singularis
codic. sing.	De iure codicillorum liber singularis
fisc.	De iure fisci libri II
libell. sing.	De iure libellorum liber singularis
patr. sing.	De iure patronatus liber singularis
iur. sing. sing.	De iure singulari liber singularis
iur. fact. ignor. sing.	De iuris et facti ignorantia liber singularis
iur. dict. tut.	De iurisdictione tutelari (ed. secunda) (Vat. 247)
l. Ael. Sent.	Ad legem Aeliam Sentiarn libri III
l. Cinc. sing.	Ad legem Cinciam liber singularis
l. Falc. sing.	Ad legem Falcidiam liber singularis
l. Fuf. Can. sing.	Ad legem Fufiam Caniniam liber singularis
l. Iul.	Ad legem Iuliam libri II
I. Iul. Pap.	Ad legem Iuliam et Papiam libri X
lib. caus. sing.	De liberali causa liber singularis
lib. dand. sing.	De libertatibus dandis liber singularis
man.	Manualium libri III
Munic.	Ad Municipalem liber singularis (nur Vat.)
Ner.	Ad Neratium libri IV
off. adsess. sing.	De officio adsectorum liber singularis
off. praef. urb. sing.	De officio praefecti urbis liber singularis
off. praef. vig. sing.	De officio praefecti vigilum liber singularis
off. praet. tut. sing.	De officio praetoris tutelaris liber singularis (nur Vat.)
off. procons.	De officio proconsulis libri II
or. Ant. Comm. sing.	Ad orationem divorum Marci Antonini et Commodi liber singularis
or. Sev. sing.	Ad orationem divi Severi liber singularis
Plaut.	Ad Plautium libri XVIII
poen. mil. sing.	De poenis militum liber singularis
poen. omn. leg. sing.	De poenis omnium legum liber singularis
poen. pag. sing.	De poenis paganorum liber singularis
port. lib. damn. conc. sing.	De portionibus quae liberis damnatorum conceduntur liber singularis
publ. iud. sing.	De publicis iudiciis liber singularis
quaest.	Quaestionum libri XXVI
reg. Cat. sing.	Ad regulam Catonianam liber singularis
reg.	Regularum libri VII
reg. sing.	Regularum liber singularis
resp.	Responsorum libri XXIII
Sab.	Ad (Masurium) Sabinum libri XVI
sec. tab. sing.	De secundis tabulis liber singularis
sen. cons. sing.	De senatus consultis liber singularis
SC Claud. sing.	Ad senatus consultum Claudianum liber singularis
SC Lib. sing.	Ad senatus consultum Libonianum liber singularis
SC Orf. sing.	Ad senatus consultum Orfitianum liber singularis
SC Sil. sing.	Ad senatus consultum Silanianum liber singularis
SC Tert. sing.	Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis

SC Turp. sing.	Ad senatus consultum Turpillianum liber singularis
SC Vell. sing.	Ad senatus consultum Vellaeorum liber singularis
sent.	Sententiarum ad filium libri V
VIIvir. iud.	De septemviralibus iudiciis
tac. fideic. sing.	De tacitis fideicommissis liber singularis
test. sing.	De testamentis liber singularis
usur. sing.	De usuris liber singularis
var. lect. sing.	Variarum lectionum liber singularis
Vit.	Ad Vitellium libri IV
<b>Ped.</b>	<b>Sextus Pedius</b>
De stipulationibus	stip.
<b>Pomp.</b>	<b>Sextus Pomponius</b>
ed.	Ad edictum libri
ench. sing. / ench.	Enchiridii liber singularis / libri
epist.	Epistularum libri
fideic.	De fideicommissis libri V
Q. Muc.	Ad Q. Mucium libri XXXIX
Plaut.	Ex Plautio libri VII
reg. sing.	Regularum liber singularis
Sab.	Ad Sabinum libri XXXVI (XXXV?)
sen. cons.	De senatus consultis libri V
stip.	De stipulationibus
var. lect.	Variarum lectionum libri
<b>Proc.</b>	<b>Proculus</b>
epist.	Epistularum libri
post. Lab.	Ex posterioribus Labeonis
<b>Rut.</b>	<b>Rutilius Maximus</b>
l. Falc. sing.	Ad legem Falcidiam liber singularis
<b>Scaev.</b>	<b>Q. Cervidius Scaevola</b>
dig.	Digestorum libri XL
Iul. Marcell. dig.	Notae ad Iuliani et Marcelli digesta
quaest.	Quaestionum libri XX
quaest. publ. tract.	Quaestionum publice tractatarum liber singularis
sing.	
reg.	Regularum libri IV
resp.	Responsorum libri VI
<b>Tarr.</b>	<b>Tarruntenus Paternus</b>
mil.	De re militari libri IV
<b>Terent.</b>	<b>Terentius Clemens</b>
l. Iul. Pap.	Ad legem Iuliam et Papiam libri XX
<b>Tert.</b>	<b>Tertullianus</b>
castr. pec. sing.	De castrensi peculio liber singularis
quaest.	Quaestionum libri VIII

## Abkürzungen

<b>Tryph.</b>	<b>Claudius Tryphoninus</b>
disp.	Disputationum libri XXI
<b>Ulp.</b>	<b>Domitius Ulpianus</b>
adult.	De adulteriis libri V
app.	De appellationibus libri IV
cens.	De censibus libri VI
disp.	Disputationum libri X
ed.	Ad edictum libri LXXXIII
ed. aed. cur.	Ad edictum aedilium curulium
fideic.	De fideicommissis libri VI
inst.	Institutionum libri II
l. Ael. Sent.	Ad legem Aeliam Sentiam libri IV
l. Iul. adult.	Ad legem Iuliam de adulteriis libri V
l. Iul. Pap.	Ad legem Iuliam et Papiam libri XX
off. consular. sing.	De officio consularium liber singularis
off. cons.	De officio consulis libri III
off. cur. reipubl. sing.	De officio curatoris rei publicae liber singularis
off. praef. urb. sing.	De officio praefecti urbi liber singularis
off. praef. vig. sing.	De officio praefecti vigilum liber singularis
off. praet. tut. sing.	De officio praetoris tutelaris liber singularis
off. procons.	De officio proconsulis libri X
off. quaest. sing.	De officio quaestoris liber singularis
off. quaest.	De officio quaestoris libri? (vgl. D. 2.1.3)
omn. trib.	De omnibus tribunalibus libri X
op.	Opinionum libri VI
pand. sing.	Pandectarum liber singularis
reg.	Regularum libri VII
reg. sing.	Regularum liber singularis
resp.	Responsorum libri II
Sab.	Ad (Masurium) Sabinum libri LI
spons. sing.	De sponsalibus liber singularis
<b>Val.</b>	<b>L. Fulvius (?) Alburnius Valens</b>
act.	Actionum libri (?)
fideic.	De fideicommissis libri VII
<b>Ven.</b>	<b>Q. Claudius Venuleius Saturninus</b>
act.	Actionum libri X
disp.	Disputationum libri?
interd.	De interdictis libri VI
iud. publ.	De iudiciis publicis libri III
off. proc.	De officio proconsulis libri IV
poen. pag. sing.	De poenis paganorum liber singularis
stip.	De stipulationibus libri XIX

II. Römische Kaiser

Alexander Severus	Alex.	Iustinianus	Iust.
Anastasius	Anastas.	Iustinus	
Anthemius	Anthem.	Leo	
Antoninus (Caracalla)	Ant.	Leo Iunior	
Arcadius	Arcad.	Licinius	Licin.
Aurelianus	Aurel.	Marcianus	Marcian.
Carinus		Marcus	
Carus		Maximianus	Maxim.
Claudius	Claud.	Maximinus	
Constans		Numerianus	Numer.
Constaninus	Const.	Pertinax	
Constantius		Philippus	Philipp.
Decius	Dec.	Pius	
Diocletianus	Diocl.	Probus	
Divi fratres		Severus (Septimius)	Sev.
Gallienus	Gallien.	Theodosius	Theodos.
Gallus		Titus Aelius Antoninus	T. Ael. Ant.
Gordianus	Gord.	Valens	
Gratianus	Grat.	Valentinianus	Valentin.
Hadrianus	Hadr.	Valerianus	Valer.
Honorius	Honor.	Verus	
Iovianus		Volusianus	Volus.
Iulianus	Iul.	Zeno	

### III. Allgemeine Abkürzungen

a.	anno
A.A.	Aulus Agerius (Blankettname)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	an angegebenem Ort
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Abh.	Abhandlung
Abk.	Abkürzung
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
add.	addendum
Akad.	Akademie
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Bd.	Band
Bde.	Bände
bearb.	bearbeitet (von...)
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung(en)
bes.	besonders
bestr.	bestritten
betr.	betreffend
Bibl. / bibl.	Bibliographie / bibliographisch
Bspl.	Beispiel
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.	capitulum
C.	Codex
ca.	circa
Cod.	Codex
corr.	corrigendum
D.	Digesta
d.h.	das heißt
ders.	derselbe (Autor)
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
ebd.	ebenda
etc.	et cetera

## Allgemeine Abkürzungen

et al.	et alii/aliae/alia
evtl.	eventuell
f.	und (eine) folgende Seite
ff.	folgende (Seiten)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
form.	formell
frg./Frg.	fragmentum/Fragment
FS	Festschrift
geb.	geboren
ges.	gesamt
ggf.	gegebenenfalls
Gl.	Glosse
grds.	grundsätzlich
h.A.	herrschender Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hg. / Hgg.	Herausgeber
hg.	herausgegeben
i.A.	im Allgemeinen
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.f.	in fine
i.G.	im Gegensatz
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
inkl.	inklusive
inst.	Institutiones
int.	international
insb.	insbesondere
IP	Interpretatio
itp. / Itp.	interpoliert / Interpolation
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
l.c.	loco citato
Lit.	Literatur
lt.	laut
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Mél.	Mélanges
m.W.	meines Wissens
mLit.	mit Literaturangabe

## Abkürzungen

MS	Manuskript
mwN.	mit weiteren Nachweisen
n. Chr.	nach Christus
N.N.	Numerius Negidius (Blankettname)
Nachw.	Nachweise
nat.	national
NF	neue Folge
Nov.	Novella/-ae
Nr.	Nummer
o.a.	oben angeführt
o.A.	ohne Angabe
o.ä. / o.Ä.	oder ähnlich(e) / oder Ähnliches
o.D.	ohne Datum
o.J.	ohne Jahr
o.O.	ohne Ort
öff.	öffentlich
op.cit.	opus citatum
p.	pagina
P.	Papyrus
p.a.	per annum
Pand.	Pandekten
pr.	principium
Reg.	Register
Rez.	Rezension
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
rubr.	rubrica
S.	Seite(n)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
s.v.	sub (hac) voce
SC / SCTa.	Senatusconsultum / Senatusconsulta
Scr.	Scritti
Ser.	Serie
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
St.	Studi
u.ä.	und ähnlich
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
u.W.	unseres Wissens
übers.	übersetzt
Übers.	Übersetzung



## Allgemeine Abkürzungen

usw.	und so weiter
v.	von
v.a.	vor allem
v. Chr.	vor Christus
Verf.	Verfasser
versch.	verschiedene
Verz.	Verzeichnis
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
vs.	versus
XII Tab.	Zwölf Tafeln
Z.	Zeile
z.	zu; zum
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
zit.	zitiert
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend



## § 90 Klagen aus Innominatverträgen (*actiones praescriptis verbis*)

Ulrike Babusiaux

*Accarias*, Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au digeste, 1866; *De Francisci*, Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati, I, 1913. II, 1915; *Meylan*, Origine et nature de l'action praescriptis verbis, 1919; *Santoro*, Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis et praescriptio, in: Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV, 1983, 681–717; *Santoro*, Il contratto nel pensiero di Labeone, AUPA 37 (1983) 5–304; *Burdese*, Sul riconoscimento civile dei c. d. contratti innominati, Iura 36 (1985) 14–69; *Gallo*, Synallagma e conventio nel contratto, I, 1992. II, 1995; *Artner*, Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren, 2002; *Schmidlin*, Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die *actio praescriptis verbis*, SZ 124 (2007) 53–93; *Sciandrello*, Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano, 2011.

Inhalt	Rn.
I. Allgemeines zur <i>actio praescriptis verbis</i> .....	1
1. Zum Begriff der Innominatkontrakte .....	3
2. Formulare Fragen der <i>actio praescriptis verbis</i> .....	8
a. Zum Ursprung der Bezeichnung .....	8
b. Synonyme Begrifflichkeiten: <i>actio in factum civilis</i> , <i>actio civilis incerti</i> ....	11
c. Der doppelte formulare Ursprung der <i>actio praescriptis verbis</i> .....	15
3. Zu Klageinhalt und Funktion der <i>actio praescriptis verbis</i> .....	18
II. Die Anwendungsfälle der <i>actio praescriptis verbis</i> .....	20
1. Die Klage im Zusammenhang mit kaufvertraglichen Sachverhalten .....	21
a. <i>Ad inspiciendum dare</i> .....	21
b. Atypische Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Kauf .....	24
2. Tauschvertrag und <i>actio praescriptis verbis</i> .....	25
a. Der Schulenstreit um die Rechtsnatur der <i>permutatio</i> .....	25
b. Der Nutzungstausch .....	27
c. Uneigentliche Tauschverhältnisse im Zusammenhang mit Teilungsklagen .....	29
3. Der Sonderfall des <i>aestimatum</i> (Trödelvertrag) .....	32
4. Situationen der <i>datio</i> mit Zweckbestimmung .....	39
a. Sachüberlassung an Dritte .....	40
b. Kreditähnliche Verträge .....	42
c. Überlassung von Sklaven zu verschiedenen Zwecken .....	44
5. Weitere Einzelfälle .....	47

a. Mitgift .....	48
b. Bittleihe ( <i>precarium</i> ) .....	49
c. <i>Donatio sub modo</i> .....	51
III. Zur Entwicklung der <i>actio praescriptis verbis</i> bis Diokletian .....	54
1. Labeo als Schöpfer der <i>actio praescriptis verbis</i> .....	55
2. Aristo und die <i>permutatio</i> .....	59
3. Die Ausprägung der <i>actio praescriptis verbis</i> durch Celsus, Julian und Pomponius .....	61
4. Die Entfaltung der <i>actio praescriptis verbis</i> zur Zeit der Severer .....	68
a. Papinian .....	69
b. Paulus .....	72
c. Ulpian .....	77
5. Zur <i>actio praescriptis verbis</i> in der Reskriptenpraxis .....	81
a. Severerzeit und Soldatenkaiser .....	82
b. Diokletian und Maximilian .....	87
IV. Zur Entwicklung der <i>actio praescriptis verbis</i> nach Diokletian .....	90
1. Fehlende Ermittelbarkeit für die Zeit vom 4. bis 6. Jh. ....	91
2. Die <i>actio praescriptis verbis</i> in der byzantinischen Rechtslehre .....	93
V. Die <i>actio praescriptis verbis</i> in der justinianischen Kodifikation .....	99
1. Zum Aufbau des Titels D. 19.5. ....	102
2. Ausmaß und Grenzen der justinianischen Veränderungen .....	105

## I. Allgemeines zur *actio praescriptis verbis*

- 1 Als *actio(nes) praescriptis verbis* (*apv*) werden Klage(n) bezeichnet, die zur Durchsetzung von Vereinbarungen dienen, die außerhalb des ediktalen Schemas stehen.<sup>1</sup> Die Gleichsetzung von Innominatkontrakt und *apv* stellt eine Vereinfachung dar, weil die *apv* erstens nicht nur atypische Verträge erfassen, sondern auch „quasivertragliche“ Haftung und sogar „quasideliktisches“ Verhalten (→ Rn. 31, 40, 43, 53, 101). Zudem sind die *apv* – wie die Vielzahl an synonymen Begriffen, die sich untereinander widersprechen, zeigt – selbst kein einheitliches formulars Gebilde (→ Rn. 11–17).
- 2 Die Erforschung der *apv* hat unter übertriebenen Interpolationsverdächtigungen gelitten, die sich aus einem falsch verstandenen „Typenzwang“ im römischen Vertragsrecht speisten (→ Rn. 4); erst die jüngere Forschung zum römischen Prozessrecht konnte die meist konzeptionellen Hindernisse und dogmatischen Überzeichnungen beseitigen (→ Rn. 6). Dennoch sind weiterhin vielen Einzelfragen offen, wobei vor allem der Wiederhall der *apv* in der dokumentarischen Praxis einer vertieften Untersuchung bedürfte.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Arangio-Ruiz*, Ist. 315–320; *Kaser*, RP II § 135, 580–583; zuletzt *Zarro*, *Nova negotia* (2018), dazu *Babusiaux*, SZ 138 (2021) 751–756.

<sup>2</sup> Vgl. *Jakab*, SZ 123 (2006) bes. 81–87; zum griechischen Kontraktsschema, das sich in der römischen Lehre von den Innominatkontrakten verwirklichte, vgl. *Platschek*, *Pecunia constituta* (2013) 78–84.

## 1. Zum Begriff der Innominatkontrakte

Der Begriff des Innominatkontraktes (*contrat innommé*, *contratto innominato*) entstammt der oströmischen Schultradition wie dem mittelalterlichen gelehrten Recht, die beide eine Aussage aus Ulpian's Kommentar zum Edikt *de pactis* verallgemeinern.<sup>3</sup> Der severische Jurist hebt hervor, dass die *conventio* nicht nur jede (formlose) Übereinkunft (*pactum*) erfasse, sondern als Synonym für den Konsens allen vertraglichen Vereinbarungen zugrundeliege.<sup>4</sup> Aus dieser Definition leitet er einen Unterschied zwischen benannten und unbenannten Verträgen ab: *Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem* (Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.4).<sup>5</sup>

Diese „nominalistische“ Betrachtung<sup>6</sup> und ihre spätere Tradition hat auch die romanistische Forschung bis heute geprägt, die für das Recht der Prinzipatszeit vom „Nominatprinzip“ spricht<sup>7</sup> und darunter den Typenzwang für die Klagbarkeit von Konsensualkontrakten versteht.<sup>8</sup> In der Tat sind nur die im Edikt typisierten<sup>9</sup> Konsensualkontrakte *emptio venditio, locatio conductio, mandatum, societas* einklagbar; eine im Typus abweichende Vereinbarung kann als *pactum nudum*<sup>10</sup> nicht selbstständig eine Klage begründen (→ § 24 Rn. 9).

Aus dieser, im Grundsatz zutreffenden Annahme einer begrenzten Anzahl klagbarer Verträge hat die Interpolationenforschung<sup>11</sup> durch Überzeichnung das bis heute nachwirkende Vorurteil konstruiert, die *apv* – verstanden im Sinne einer allgemeinen Ver-

<sup>3</sup>Zur oströmischen Schule → Rn. 91–96; zum Mittelalter, vgl. *Lepsius*, s. v. Innominatkontrakt, HRG II 1225 f. und *Jakobs*, Hugolinusglossen (2017) bes. 427–451.

<sup>4</sup>Zu Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 vgl. *Grosso*, St. Volterra I 55–61; *Burdese*, SemCompl. 5 (1993) 63–66; *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 57–59; *Meyer-Pritzl*, Mél. Schmidlin 101–106. Man könnte Cels. 8 dig. D. 19.5.2 *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est* als einen Vorläufer ansehen.

<sup>5</sup>Vgl. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.1 *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus ...*, dazu *Santoro*, AUPA 37 (1983) 207–227 mit 208 Fn. 116 zur Lit.; *Burdese*, Hom. Murga Gener 65 f.; *Meyer-Pritzl*, Mél. Schmidlin 107–111; *Dalla Massara*, Causa (2004) 77–110; *Cannata*, in: *Burdese*, Dottrine del contratto (2006) 192 f.

<sup>6</sup>Anders *Magdelain*, Consensualisme (1958) 31–34; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 211–213; zum funktionalen Charakter der Vertragsbezeichnungen, vgl. *Santoro*, in: *Vacca*, Causa (1997) 91; zum Einfluss der antiken Grammatik vgl. *Mantello*, SDHI 61 (1995) bes. 220–253 (= *ders.*, *Variae* I bes. 428–461).

<sup>7</sup>Vgl. *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 53–93; zu *conventiones iuris gentium* in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr., vgl. *Santoro*, AUPA 37 (1983) 256 f.

<sup>8</sup>Vgl. *Betti*, FS Wenger I 253–256; Entwicklungshypothesen bei *Talamanca*, ACop. IV 35–108; eine Synthese bei *Corbino*, Formalismo (1994).

<sup>9</sup>Zum Ediktssystem, vgl. *Kranjc*, SZ 106 (1989) 435 f.; zu den Vertragstypen, vgl. *Gai.* 3.89, dazu *Grosso*, *Sistema* (1963) 73–109 mwN.; zur Entwicklung, vgl. *Voci*, *Dottrina* (1946) 165 f.

<sup>10</sup>Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.4 *nuda pactio obligationem non parit*, dazu *Magdelain*, Consensualisme (1958) 45–48.

<sup>11</sup>Zur Forschungsgeschichte, vgl. *Meylan*, *Action praescriptis verbis* (1919) 10–53.

tragsklage – sei systemfremd, und stamme erst von Justinian oder den oströmischen Rechtsschulen.<sup>12</sup> Diese These stößt sich schon daran, dass sich die zu den Basiliken überlieferten Scholien in Abweichung vom justinianischen Zivilprozessrecht zur Formelgestalt der Klage äußern und dabei offensichtlich auf das Material der früheren Zeit rekurrieren.<sup>13</sup>

- 6 Vor allem aber hat das seit den Urkundenfunden zu Beginn des 20. Jh. gewachsene Verständnis des römischen Prozessrechts die These einer justinianischen Erfindung der *apv* widerlegt:<sup>14</sup> So zeigen die dokumentarisch gestützten Erkenntnisse zum Verfahrensabschnitt *in iure*,<sup>15</sup> dass Prätor und Parteien jederzeit die Möglichkeit hatten, eine neue Klageformel zu konzipieren (→ § 12 Rn. 31). Diese Rechtsschöpfungsmacht des Gerichtsmagistraten hat auch die Ediktsredaktion unter Hadrian (130 n. Chr.) nicht aufgehoben,<sup>16</sup> da noch in der Severerzeit neue Klagen in Auslegung oder Fortführung ediktaler Rechtsbehelfe<sup>17</sup> entwickelt wurden (→ § 3 Rn. 17–20).
- 7 Der quellenmäßige Begriff *apv* ist nicht deckungsgleich mit der Unterscheidung von benannten Verträgen und Innominatkontrakten: So schützt die *apv* nicht nur atypische Vereinbarungen, sondern kann jede von einer *datio* begleitete Zweckbestimmung, sanktionieren.<sup>18</sup> Umgekehrt ist die *apv* nicht der einzige Weg, um atypische Verträge im Klagewege durchzusetzen. Vielmehr wird alternativ oder kumulativ auch die Vertragsklage selbst,<sup>19</sup> eine zur Vertragsklage analoge Klage oder die subsidiäre *actio de dolo* gewährt.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Vor allem *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913); *Συνάλλαγμα* II (1916) (mit Überblick über alle relevanten Quellen); übertrieben kritisch auch *Lenel*, EP 300–302 zum *aestimatum*. Einen ausführlichen Überblick über die Literatur bis Anfang des 20. Jh. bei *Meylan*, *Action praescriptis verbis* (1919) 10–89, ferner *Burdese*, *Iura* 36 (1985) 14–69; zutreffend *Kranjc*, SZ 106 (1989) 435.

<sup>13</sup> Vgl. *Osuchowski*, *Symb. Taubenschlag* III 455–465; skeptisch *Jakobs*, *Hugolinusglossen* (2017) 410–427.

<sup>14</sup> Vgl. *Mantovani*, *Mél. Humbert* 551 f.

<sup>15</sup> *Bürge*, SZ 112 (1995) 1–50; zur *apv*, vgl. *Kranjc*, SZ 106 (1989) 441 f.

<sup>16</sup> Zur Bedeutung der Ediktsredaktion für die Frage, vgl. *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 149–156 mwN.; allgemein *Mantovani*, in: *Lévy*, *Codification* (2000) 257–272.

<sup>17</sup> Vgl. *Const. Tanta* 18 ... *Hadrianus* ... *definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas*, ..., dazu 469 mit Fn. 38.

<sup>18</sup> Zum Beispiel eine testamentarische Verfügung mit Auflage, vgl. *Ulp.* 19 ed. D. 10.2.18.2; *Ulp.* 19 ed. D. 10.2.20.3; andere Fälle: *Iav.* 13 epist. D. 19.5.10; *Ulp.* 41 Sab. D. 19.5.14; *Alf.* 3 dig. a *Paul.* epit. D. 19.5.23.

<sup>19</sup> Vgl. *Ulp.* 11 ed. D. 18.1.50, der gegenüber *Labeo*, welcher die *apv* erteilt, die *actio venditi* gewährt; ferner *Vivianus* bei *Ulp.* 28 ed. D. 19.5.17 pr.

<sup>20</sup> Zur *actio de dolo*, vgl. *Ulp.* 11 ed. D. 4.3.9.3; *Paul.* 5 quaest. D. 19.5.5.2; *Ulp.* 42 Sab. D. 19.5.15. Zu diesem Anwendungsfall der *actio de dolo*, vgl. *Lambrini*, *SemCompl.* 20 (2009) 225–249 mwN.

## 2. Formulare Fragen der *actio praescriptis verbis*

### a. Zum Ursprung der Bezeichnung

Die *apv* ist in Name<sup>21</sup> und Struktur an das Formularverfahren gebunden (→ § 10),  
8  
findet sich aber gemeinsam mit der Formel auch noch unter Geltung der *cognitio extra ordinem* (→ § 15 Rn. 2). Der Name der Klage leitet sich von den der Formel vorangestellten *praescripta verba* ab, die nach Auskunft des Stephanus-Scholion μαθῶν<sup>22</sup> den Sachverhalt *quasi in demonstratione*<sup>23</sup> beschreiben. Diese *praescriptio* konkretisiert mit hin die Voraussetzungen der *intentio incerta* (*quidquid ... dare facere oportet*), an die sich die Ermächtigung des Richters zur Verurteilung oder Freisprechung (*condemnatio*)<sup>24</sup> anschließt.<sup>25</sup>

Die im Scholion μαθῶν beschriebene Funktionsweise der *praescripta verba* stimmt  
9  
mit der Beschreibung der Klageformel in den Institutionen des Gaius überein: Danach kann bei unbestimmten Klagen eine *praescriptio loco demonstrationis* eingefügt werden, um den Klagegrund (*causa actionis*) anzuzeigen.<sup>26</sup> Nur bei den *bonae fidei iudicia* wird dieser Hinweis auf den klagebegründenden Sachverhalt spezifischer als *demonstratio* bezeichnet.<sup>27</sup> Da die hier in Frage stehenden Vereinbarungen nicht ediktal sind, bedarf es einer Formulierung als *praescriptio* oder *praescripta verba* im Einzelfall,<sup>28</sup> um die Vereinbarung der Parteien in die Klageformel zu transportieren.<sup>29</sup>

Nicht mit Sicherheit rekonstruierbar ist die Gestalt der *praescripta verba*. Die Nähe  
10  
zur *praescriptio* würde für eine den Streitgegenstand konkretisierende Formel der Art

<sup>21</sup> Eine Übersicht über die terminologischen Variationen zwischen Juristen verschiedener Generationen bei *Kranjc*, SZ 106 (1989) 458–460; zur formularen Gestalt, vgl. vor allem *Santoro*, AUPA 37 (1983) 75.

<sup>22</sup> Steph. Schol. μαθῶν zu Basil. 11.1.17 (Heimb. I 559 = Schelt. B I 188), dazu (mit Interpolationsannahmen): *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* II (1916) 24–33; anders *Osuchowski*, *Symb. Taubenschlag* III 461–465; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 76–91; *Santoro*, St. Sanfilippo IV 688–699; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 47–65; *Varvaro*, *Praescriptio* (2008) 138–153.

<sup>23</sup> Steph. Schol. μαθῶν zu Basil. 11.1.17 (Heimb. I 559–562 = Schelt. B I 187–192), dazu *Accarias*, *Contrats innommés* (1866) 64–66; *Burdese*, *Hom. Murga Gener* 73–76. Bas. 11.1.17 entspricht Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2.

<sup>24</sup> Manche Autoren nehmen eine *taxatio* an, vgl. *Burdese*, *Iura* 36 (1985) 28; nuancierend (zu den *bonae fidei iudicia*) *Grzimek*, *Taxatio* (2001) 45–65. Die Quellenlage erlaubt keine Entscheidung dieser Frage.

<sup>25</sup> *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 47 f.; die Funktion der *praescripta verba* wird in Alex. C. 2.6.1 (a.230) der *demonstratio* angenähert, *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 49 f.

<sup>26</sup> Vgl. Gai. 4.136, dazu *Wlassak*, SZ 33 (1912) 97 f.; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 77–83; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 54–65; *Pellecchi*, *Praescriptio* (2003) 271–336; zuletzt *Varvaro*, *Praescriptio* (2008) 112–138.

<sup>27</sup> Gai. 4.40; zutreffend *Kranjc*, SZ 106 (1989) 440 f.

<sup>28</sup> *Anders Kaser*, SZ 83 (1966) 38 f.

<sup>29</sup> *Kranjc*, SZ 106 (1989) 440; zur Bedeutung von *factum*, vgl. *Pellecchi*, *Praescriptio* (2003) 259–269, bes. 266.

*Ea res agatur, quod ...* sprechen.<sup>30</sup> Nicht auszuschließen ist aber eine stärker an die *demonstratio* der *bonae fidei iudicia* angelehnte Formulierung mit einleitendem *quod*.<sup>31</sup> Mit dieser Frage hängt auch die Unsicherheit über die weitere Ausgestaltung der auf die *praescripta verba* folgenden *intentio incerta* (*quidquid dare facere oportet*) zusammen: So gibt es einerseits Argumente für eine *intentio* mit dem Zusatz *ex fide bona* (in Analogie zu einzelnen *bonae fidei iudicia*); andererseits sind auch Hinweise auf eine an die *condictio incerti* angelehnte Klage zu finden.<sup>32</sup>

#### b. Synonyme Begrifflichkeiten: *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti*

- 11 Der rekonstruktiven Unsicherheit entspricht die Vielzahl von scheinbar widersprüchlichen Synonymen für *actio praescriptis verbis*, namentlich die Bezeichnungen als *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti* oder auch *actio utilis civilis*.<sup>33</sup> Sie heben offensichtlich Besonderheiten der Klageformel hervor,<sup>34</sup> weshalb es überrascht, dass gerade diese Bezeichnungen die Interpolationenkritik (→ Rn. 4) an den *apv* beflügelt haben.
- 12 Dies gilt zunächst für die oftmals angegriffene<sup>35</sup> Bezeichnung als *actio in factum civilis*.<sup>36</sup> Entgegen einer oft zu lesenden Behauptung ist die Kombination von *civilis* und *in factum* nicht widersprüchlich, sondern bringt zum Ausdruck, dass die Klage auf einer formlosen Vereinbarung und damit auf einem *factum* beruht,<sup>37</sup> das – anders als die *datio* des Realvertrages oder eine Stipulation – nur unter besonderen Voraussetzungen zum zivilen *oportere* führen kann.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Zu *praescriptio* und *demonstratio*, vgl. Fiori, *Ea res agatur* (2003) bes. 43–119, 237–245.

<sup>31</sup> Zum Prozessprogramm der *bonae fidei iudicia*, vgl. Babusiaux, *Quod actum* (2006) 166–173.

<sup>32</sup> Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 50 f.

<sup>33</sup> Vgl. Audibert, *Mél. Gérardin* 21–42; Meylan, *Action praescriptis verbis* (1919) 5 f.; Kranjc, *SZ* 106 (1989) 444 f.

<sup>34</sup> Pernice, *KritV* 10 (1868) 107; richtig Kranjc, *SZ* 106 (1989) 436 f.: „spezifische Gestaltung der Klageformel, die dem Prätor ermöglichte, auch in Fällen atypischer Verträge Rechtsschutz zu gewähren“; ähnlich Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 20, der von einer „formeltechnischen Möglichkeit“ spricht.

<sup>35</sup> Die Bezeichnung als *actio in factum civilis* wurde verdächtigt, weil die bei Gaius angesprochene Unterscheidung von *formulae in ius conceptae* und *formulae in factum conceptae* einer derartigen Kombination von *ius* (*civile*) und *factum* zu widersprechen scheint; vgl. Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 34 f.

<sup>36</sup> Vgl. Labeo in *Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1*, dazu *De Francisci, Συνάλλαγμα I* (1913) 179–182; Sargenti, *Iura* 38 (1987) 57–60; Selb, *St. Sanfilippo V* 733 f.; Santoro, *St. Sanfilippo IV* 705–708; Santoro, *AUPA* 37 (1983) 96–99; Santoro, *St. Sanfilippo IV* 706–708; Talamanca, *ACop. IV* 86; Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 86–89; zuletzt *Cursi/Fiori, BIDR* 105 (2011) 147 f.

<sup>37</sup> Zur Begriffsbestimmung vgl. Selb, *FS Demelius* 224; Santoro, in: Bellocchi, *Teorie contrattualistiche* (1991) 111–115; Gröschler, *Actiones* (2002) bes. 286–290; anders noch Kranjc, *SZ* 106 (1989) 438 f.

<sup>38</sup> Grundlegend Selb, *St. Biscardi III*, 331: „Durch *actiones in factum* wird ... bei zivilen Kontrakten der Kontraktstyp erweitert.“ Zu beachten ist, dass die Qualifizierung des *oportere* als zivile Verpflichtung noch nicht einem Zusatz *ex fide bona* entgegensteht, vgl. Kaser, *SZ* 83 (1966) 26 f., 38 f.



Auch die Bezeichnung der Klage als *actio civilis incerti*<sup>39</sup> wurde als Interpolation verdächtigt, denn die *intentio incerta*<sup>40</sup> wie die *condictio incerti* (→ § 69 Rn. 15–17) galten als byzantinische Erfindung.<sup>41</sup> Hiergegen ist darauf zu verweisen, dass die unbestimmte Formel geradezu dafür prädestiniert ist, einen nicht ediktal anerkannten Zweck durchzusetzen. Die Unbestimmtheit des Klagebegehrens erlaubt nämlich, nicht nur das Hingegebene herauszuverlangen, sondern auch auf die Erfüllung der mit der *datio* verbundenen Zweckbestimmung zu klagen.<sup>42</sup> Entsprechend ist auch diese *actio civilis incerti* als Klage mit *praescripta verba* vorstellbar,<sup>43</sup> welche die Zweckbestimmung aufnehmen.<sup>44</sup> 13

Die Schwierigkeit der rechtlichen Durchsetzung zeigt schließlich der Begriffs *actio civilis utilis*, denn er belegt, dass sich die Klage an eine anerkannte Formel anlehnt, deren Voraussetzungen in der Person des Klägers oder des Beklagten nur unzureichend erfüllt sind.<sup>45</sup> Wie Walter Selb wahrscheinlich gemacht hat, sind die mit der Qualifizierung als *actio in factum* bzw. als *actio utilis* ursprünglich verbundenen Differenzierungen seit Julian im Schwinden begriffen und in der Severerzeit aufgrund der gesteigerten Bedeutung materiellrechtlichen Denkens weitgehend verloren gegangen<sup>46</sup> (→ § 10 Rn. 17). Auch dies mag zu der bisweilen willkürlich erscheinenden Terminologie in den justinianischen Quellen beigetragen haben. 14

<sup>39</sup> Der Charakter als Synonym folgt aus Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 ... *ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*: ... Vergleichbare Fälle in: Ulp. 32 ed. D. 10.3.23 ... *aut certe actionem incerti civilem reddendam*; Pap. 27 quaest. D. 19.5.8 ... *si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti* ...; Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16 pr. ... *sed certum est civilem actionem incerti competere*: ...

<sup>40</sup> Der Begriff wird auch für die *actio ad exhibendum* verwendet, vgl. Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33, dazu Lenel, EP 222 f. mit 224.

<sup>41</sup> Vgl. Trampedach, SZ 17 (1896) 135–154 (moderat); Pflüger, SZ 18 (1897) 76 (es kann keine *condictio* auf ein *incertum* geben); Mayr, SZ 24 (1903) 231 (*condictio incerti* ist Erfindung der Kompilatoren); Devilla, Actio incerti (1932); eine Variante bei Gradenwitz, Interpolationen (1887) 123–145, der den Namen als unrömisch ansieht.

<sup>42</sup> Zur *datio ob rem*, vgl. Liebs, Ess. Honoré 172–176; Ernst, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 30, spricht davon, dass die *condictio* ein „Mittel der rechtsgeschäftlichen Gestaltung“ sei.

<sup>43</sup> Zur *praescriptio*, vgl. Babusiaux, Quod actum (2006) 26–28; Varvaro, Praescriptio (2008) 112–138.

<sup>44</sup> Entscheidend ist, dass diese *praescriptio* den Tatbestand benennt, den der *iudex* nach der bestehenden zivilen *intentio* zu prüfen hat, vgl. Selb, St. Sanfilippo V 734.

<sup>45</sup> Vgl. Selb, St. Biscardi III 349, der die *actio utilis* als „dekretale Einzelfallerweiterung ohne vorausgehende prätorische Klageverheissung“ kennzeichnet; gleichsinnig Gröschler, Actiones (2002) 287. Gegen die Vorstellung der älteren Literatur, *actio in factum* weise auf einen prätorischen, *actio civilis* auf einen zivilrechtlichen Rechtsbehelf hin, vgl. Selb, a. a. O. 323: „*Ius civile* und *ius honorarium* – Begriffe aus einer Rechtsquellenlehre – sind jedenfalls nicht gleichzusetzen mit Konstruktionsangaben zu Rechtsbehelfen, die sich einmal formular in *ius*, dh auf *ius civile*, einmal allein auf ein prätorisches *factum* gründeten.“

<sup>46</sup> Den wichtigsten Beleg bildet Paul. 1 sent. D. 3.5.46.1, dazu Selb, St. Biscardi III 327 f., 330; zur Anwendung der Formeln im Kognitionsverfahren, vgl. Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 175 f.

### c. Der doppelte formularische Ursprung der *actio praescriptis verbis*

- 15 Die Synonyme wie die verschiedenen denkbaren Konstruktionen der *actiones praescriptis verbis* – als analoges *bonae fidei iudicium* (mit abgewandelter *demonstratio*<sup>47</sup>) einerseits, als *actio civilis incerti* mit *praescriptio* andererseits<sup>48</sup> – sprechen dafür, für das Recht des Prinzipats verschiedene Varianten der Klage anzunehmen,<sup>49</sup> wobei allerdings beim Stand der Überlieferung keine weiteren Angaben zu Abgrenzung und Anwendungsbereich der einzelnen Formelarten gemacht werden können.<sup>50</sup>
- 16 Die Unterscheidung von jedenfalls zwei Konstruktionsarten (→ Rn. 13) hat eine Entsprechung im Klageziel, denn die *apv* kann entweder dazu dienen, eine von einer *datio* begleitete Vereinbarung durchzusetzen (*datio ob rem*), was die Wahl der *actio civilis* mit *praescriptio* nahelegt,<sup>51</sup> oder aber den Rechtsschutz einer Vereinbarung, die einem anerkannten Vertragstypus ähnlich ist oder diesem sachlich nahesteht, realisieren.<sup>52</sup> Im zweiten Fall ist eher an eine an das einschlägige *bonae fidei iudicium* angelehnte Klage zu denken.
- 17 Ungeklärt bleiben muss, welche Gestalt die präzisierenden *praescriptio* bei der auf die *bonae fidei iudicia* gestützte Variante hatte: Während Artner vorschlägt, in diesen Fällen die *praescriptio* vor die *demonstratio* zu setzen, so dass die Klage sowohl *praescriptio* als auch *demonstratio* enthält,<sup>53</sup> spricht das Scholion μαθῶν von einer *praescriptio* „wie in einer *demonstratio*“,<sup>54</sup> was eher auf eine Ersetzung der (typisierten) *demonstratio* durch eine (individualisierte) *praescriptio* (*loco demonstrationis?*) hindeutet.<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Schmidlin, SZ 124 (2007) 78 f., spricht von „Zwischennominatkontrakten“.

<sup>48</sup> Vgl. Trampedach, SZ 17 (1896) 113–126; Pernice, KritV 10 (1868) 89 f.; zur *datio ob rem*, vgl. Accarias, Contrats innommés (1866) 166–188; Chaudet, Condictio (1973) 45–87; zur Begründung von Verbindlichkeiten durch die *datio ob rem*, vgl. Ernst, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 29–58; zur Lehre von der Zweckverfehlung und ihren griechischen Ursprüngen, vgl. Wolff, SZ 74 (1957) 63–66; Platschek, Pecunia constituta (2013) 76–80.

<sup>49</sup> Vgl. Santoro, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 83–124; eher fernliegend Sotty, Scr. Guarino V 2477–2490, der die *apv* auf *quidquid praestare oportet* rekonstruiert und ihr eine *actio civilis incerti* auf *quidquid dare facere potest* entgegenstellt; ferner Burdese, BIDR 88 (1985) 397–412.

<sup>50</sup> Schmidlin, SZ 124 (2007) 73–78 mwN. Davon zu trennen ist die Frage, in welchem Umfang die *apv* anerkannt wurde; hier kommt ein Schulenstreit in Betracht, vgl. Gallo, Labeo 44 (1998) 7–25.

<sup>51</sup> Vgl. Ernst, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 40 f.; Schmidlin, SZ 124 (2007) 83 f.

<sup>52</sup> Zur Unterscheidung von Konsens und Nebenabreden, vgl. Babusiaux, Quod actum (2006) 168–170.

<sup>53</sup> Vgl. Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 58–65 mwN.

<sup>54</sup> Vgl. Varvaro, Praescriptio (2008) 138–153; zu Artner: Cursi/Fiori, BIDR 105 (2011) 146 Fn. 1 mwN.

<sup>55</sup> Zu *praescriptio* und *demonstratio*, vgl. Cannata, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 200–202.

### 3. Zu Klageinhalt und Funktion der *actio praescriptis verbis*

Ziel der *apv* ist regelmäßig die Durchsetzung einer anderweitig nicht klagbaren Vereinbarung. Bei der *datio ob rem* (→ Rn. 13) handelt es sich meist um die Haftung des Empfängers für die, die *datio* begleitende Zweckbestimmung; nur ausnahmsweise wird auch Bindung des *dans* an die Vereinbarung thematisiert (→ Rn. 46). Mit den an ein *bonae fidei iudicium* angelehnten Klagen können sowohl vorvertragliche Vereinbarungen oder Vorbereitungshandlungen<sup>56</sup> durchgesetzt werden (→ Rn. 21–23), als auch atypische<sup>57</sup> oder im Einzelnen unsichere Gestaltungen<sup>58</sup> des Grundvertrages (→ Rn. 24–26). Die Grenzen zwischen beiden Erscheinungen sind fließend und waren offensichtlich *ius controversum*.

Als besonderes Problem der *apv* erscheint in einigen Fragmenten die Frage der Gefahrtragung, die mangels Typisierung des Vertrages aufgrund des Einzelfalls entschieden werden muss.<sup>59</sup> Ausgangspunkt ist der Grundsatz *casum sentit dominus*; sodann wird im Sinne des Utilitätsprinzips gefragt, welche Partei den größeren Nutzen aus der Vereinbarung zieht.<sup>60</sup> Ein drittes Argument wird aus der Würdigung der sonstigen vertraglichen Abreden gewonnen, wobei bestimmte Abreden als Regelung der Gefahrtragung gelten, wie etwa die Vereinbarung eines *aestimatum*.<sup>61</sup> Zu beachten ist auch die

<sup>56</sup>Zentrales Beispiel ist Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.–2, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 295–297; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 123–134 mit 132 f.; weiterführend *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 153–155.

<sup>57</sup>Hier bietet die *apv* den „sichereren Weg“, um Rechtsschutz zu erlangen, vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.4 ... *sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni*; Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr. ... *sed est tutius praescriptis verbis agere*; Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr. ... *tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, ...*; Afr. 8 quaest. D. 19.5.24 ... *quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, ...*

<sup>58</sup>Paradebeispiel hierfür ist Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1.

<sup>59</sup>Eine Variante bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2; hier ist Ungewissheit über das Schicksal der Sache klageauslösend.

<sup>60</sup>Dazu Nörr, SZ 73 (1956) 68–119; Einzelheiten bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2 *Papinianus libro octavo quaestionum scripsit ... secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: ...*, dazu Nörr, a. a. O. 88 f. Als Indiz für den Nutzen wird u. a. die Initiative zum Vertragsschluss angesehen, vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1 ... , *cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes ...*, dazu Nörr, a. a. O. 89 f.; ferner Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2 *Si cum emere argentum velles ...*, dazu Nörr, SZ a. a. O. 90 f.

<sup>61</sup>Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.3.1.1 *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*. Am deutlichsten ausgesprochen für die *dos*, vgl. Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10 pr. *Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat*; vgl. auch Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.1 ... *sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes*, denn die Hingabe des Geldes gilt als Preiszahlung; nuancierend in Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1 *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius*

Möglichkeit, die Verantwortlichkeit für bestimmte Verschuldensarten durch Vereinbarung zu beschränken, wobei die Haftung für vorsätzliches Verhalten nicht abbedungen werden kann.<sup>62</sup>

## II. Die Anwendungsfälle der *actio praescriptis verbis*

- 20 Die Anwendungsfälle der *apv* sind von den römischen Juristen – über die beschriebenen Begründungswege für die Klagbarkeit hinaus – keiner systematischen Ordnung unterworfen worden. Dennoch lassen sich in den justinianischen Quellen verschiedene Fallgruppen der Klage erkennen: Am klarsten begrenzt erscheint dabei die *apv* im Zusammenhang mit dem Kauf (→ Rn. 21–24). Vielgestaltiger und offensichtlich umstritten sind die Fälle der über die *datio ob rem* konstruierte Klagbarkeit (→ Rn. 39–46), die in Konkurrenz zu den Realkontrakten *ex fide bona* treten.

### 1. Die Klage im Zusammenhang mit kaufvertraglichen Sachverhalten

#### a. *Ad inspiciendum dare*

- 21 Viele Anwendungsfälle der *apv* finden sich im Zusammenhang mit dem Kauf auf Probe (*ad inspiciendum dare*): So hat in einem bei Ulpian überlieferten Fall, ein Verkäufer Maultiere auf Zeit mit der Maßgabe überlassen, dass der Empfänger sie bei Gefallen kaufen, bei Nichtgefallen gegen Entrichtung eines Nutzungszinses zurückgeben solle.<sup>63</sup> Wenn die Maultiere während der Probezeit gestohlen werden, stellt sich die Frage, ob der Kaufinteressent dem Verkäufer den Kaufpreis oder den Nutzungszins zu ersetzen habe.<sup>64</sup> Während der spätrepublikanische Jurist Mela dem Verkäufer die *actio venditi* erteilt zu haben scheint, gewährt Ulpian die *apv*.<sup>65</sup> Auch im sogenannten „Springreiterfall“ erteilt Ulpian dem Verkäufer die *apv*,<sup>66</sup> wenn der Kaufinteressent die zur Probe überlassenen Pferde abredewidrig für einen Wettbewerb einsetzt. Gleiches gilt für den Fall, in dem der silberne Gegenstand, den der Silberschmied dem Kaufin-

---

*periculum sit?* ...; Pap. 27 quaest. D. 19.5.8 *Si dominus servum, cum furto argueretur, quaestio habendae causa aestimatum dedisset neque de eo compertum fuisset et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset* ... Die bedingte *aestimatio* ist auch von der Mitgift her bekannt, vgl. Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.4.

<sup>62</sup> Vgl. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.10 ..., *dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestatueros qui receperunt, qui solus in depositum venit*.

<sup>63</sup> Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.1, dazu Schmidlin, SZ 124 (2007) 81; → § 79 Rn. 308.

<sup>64</sup> Vgl. auch Pap. 8 quaest. D. 19. 5.1.2, dazu Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 183–186.

<sup>65</sup> Vgl. auch Cannata, in: Burdese, *Dottrine del contratto* (2006) 196 f.; Mela unterscheidet m. E. danach, ob der Kauf unbedingt mit Auflösungs pactum geschlossen ist oder unter der Bedingung des Gefallens.

<sup>66</sup> Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr., dazu Sargenti, Iura 38 (1987) 62–64; Wacke, SZ 119 (2002) 359–379; Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 180–183.

teressenten überlassen hat, beim Rücktransport durch einen Sklaven des Interessenten verlorengegangen ist.<sup>67</sup> Die *apv* zielt in diesen Fällen darauf, den Verstoß gegen die Vereinbarung durch Ersatz für die überlassene Sache zu sanktionieren.

Aus diesem Klageziel ergibt sich die Abgrenzung zu konkurrierenden Klagen:<sup>68</sup> Der Eigentümer, der die Sache zur Probe überlassen hat, kann entweder ihre Rückgabe mittels *condictio* verlangen oder auf Vorlage (*actio ad exhibendum*) klagen; behält der Empfänger die Sache widerrechtlich, steht auch die *actio furti* zu. Die *apv* kann in diesen Fällen einerseits aus der *datio ob rem* konstruiert werden, da sie der Durchsetzung der die Sachüberlassung begleitenden Vereinbarung gilt; andererseits lässt sie sich darauf stützen, dass die Vereinbarung zum *bonae fidei iudicium* der *actiones empti et venditi* gehört.<sup>69</sup> 22

Den Fällen des *ad inspiciendum dare* sind Situationen des bedingten Kaufes vergleichbar:<sup>70</sup> Ein Beispiel bildet der von Ulpian berichtete Fall des Labeo, in dem jemand eine Bibliothek unter der Bedingung kauft, von den Dekurionen der Stadt Capua einen Platz für ihre Errichtung zu erwerben.<sup>71</sup> Labeo erteilt dem Verkäufer die *apv*, wenn der Erwerb des Platzes am Verhalten des Käufers gescheitert ist;<sup>72</sup> Ulpian hingegen erkennt wegen der seit Julian anerkannten Fiktion des Bedingungseintritts<sup>73</sup> die Verkäuferklage zu, behandelt also die ausgefallene Bedingung als erfüllt.<sup>74</sup> Gleichsinnig gewährt eine Konstitution des Alexander Severus die *apv* gegen den Erben des Käufers, wenn der Kauf unter Rücktrittsvorbehalt erfolgte.<sup>75</sup> 23

<sup>67</sup> Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2, dazu *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 293 f., der dies für interpoliert hält.

<sup>68</sup> Vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2, dazu *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 287 f., der von einer sicheren Interpolation ausgeht; zum Text, vgl. *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 200.

<sup>69</sup> Vgl. *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 187 f.

<sup>70</sup> Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1 ist sowohl als *pactum displicentiae* als auch als *aestimatum* gewertet worden; zum *pactum displicentiae*, vgl. *Voci*, *Dottrina* (1946) 257; *Lombardi*, *BIDR* 63 (1960) 135; *Talamanca*, *ACop.* IV 90; *Angerer*, *FS Wesener* 13 f. (mwN. in Fn. 23); für ein *aestimatum*, vgl. *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 100–103, der die *apv* im Fragment für interpoliert hält; anders *Meylan*, *Action praescriptis verbis* (1919) 140–146; *Cursi/Fiori*, *BIDR* 105 (2011) 151 f.; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 201 f.; *Cannata*, in: *Burdese*, *Dottrine del contratto* (2006) 195 f.; *Sciandrello*, *Contratto estimatorio* (2011) 170–184.

<sup>71</sup> Vgl. *Proc.* 11 epist. D. 19.5.12 zum *pactum de retrovendendo*, dazu zuletzt *Fiori*, *Ess. Sirks* 257–268 mwN.

<sup>72</sup> Vgl. Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, dazu *Sargenti*, *Iura* 38 (1987) 66 f.; *Talamanca*, *ACop.* IV 90; weitere Nachweise bei *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 71–78.

<sup>73</sup> Zur Fiktion des Bedingungseintritts, vgl. *Daube*, *TR* 28 (1958) 282–284 mwN.

<sup>74</sup> Zu Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, vgl. *Santoro*, *AUPA* 37 (1983) 109–114; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 77; *Cannata*, in: *Burdese*, *Dottrine del contratto* (2006) 194 f.; *Zhang*, *Contratti* (2007) 102–106.

<sup>75</sup> *Alex. C.* 4.54.2 (a.222).

## b. Atypische Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Kauf

- 24 Die *apv* findet sodann Anwendung in Situationen, in denen eine kaufähnliche Vereinbarung besteht, ohne dass ein eigentlicher Kaufkonsens (→ § 79 Rn. 59) vorliegt. Dies gilt zunächst für die von Neratius behandelte Vereinbarung, dass für den Empfang eines Mietshauses ein anderes instand zu setzen ist.<sup>76</sup> Da keine *emptio venditio* vorliege, sei bei Nichtbeachtung der vertraglichen Vereinbarung mit einer *actio incerti civilis* vorzugehen.<sup>77</sup> Angesichts dieser Bezeichnung liegt nahe, dass Neratius in diesem Fall nicht an ein *bonae fidei iudicium*, sondern an eine *condictio incerti* mit *praescriptio* zur Durchsetzung der Vereinbarung denkt.

## 2. Tauschvertrag und *actio praescriptis verbis*

### a. Der Schulenstreit um die Rechtsnatur der *permutatio*

- 25 Mit der Definition des Kaufvertrages hängt auch der zwischen den Rechtsschulen der Sabinianer und der Proculianer ausgefochtene Streit um die Einordnung des Tauschvertrages (*permutatio*) zusammen.<sup>78</sup> Obwohl der Kaufpreis in barem Geld bestehen muss,<sup>79</sup> nahmen die Sabinianer an, dass aufgrund des gemeinsamen historischen Ursprungs<sup>80</sup> auch die tauschweise Hingabe einer Sache unter den Kaufvertrag falle, während die Proculianer Kauf und Tausch als zwei verschiedene Vertragstypen schieden.<sup>81</sup>
- 26 Im Zusammenhang mit dieser Abgrenzungsfrage analysiert Paulus Kaufvertrag und Tauschvertrages als *datio, ut des*.<sup>82</sup> Entsprechend begründet der Tausch nach seiner Ansicht, eine *civilis obligatio*, mit der nicht nur die Rückgabe verlangt, sondern auch das Interesse des Gebers an der Befolgung der Vereinbarung durchgesetzt werden könne. Es liegt nahe, hierin eine *apv* in der Variante einer *condictio incerti* zu erblicken.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Vgl. Ner. 1 resp. D. 19.5.6, dazu *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 175 f.; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 130–132.

<sup>77</sup> Ner. 1 resp. D. 19.5.6 ... *respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est*.

<sup>78</sup> Zum Schulenstreit, vgl. *Accarias*, *Contrats innommés* (1866) 133–151; *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 105–134; *Schiavone*, *Logiche* (1971) 103–162, dessen Hypothesen allerdings nicht in allen Punkten haltbar sind.

<sup>79</sup> Vgl. die Darstellung in Gai. 3.141; Paul. 33 ed. D. 18.1.1.1; Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.

<sup>80</sup> Vgl. Paul. 33 ed. D. 18.1.1 pr. *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit*. ..., dazu *Schiavone*, *Logiche* (1971) 103–125; *Mayer-Maly*, TR 72 (2004) 231–242; *Blaho*, in: *Ernst/Jakab*, *Kaufen* (2008) 53–60 mwN.

<sup>81</sup> Begründung der Proculianer in Gai. 3.141 a. E.: ... *alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri*. ...

<sup>82</sup> Vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.1.

<sup>83</sup> Vgl. *Diocl./Maxim. C.* 4.64.4.1 (o.A.), die allerdings die *apv* alternativ auf die Erfüllung oder die Rückgabe erteilen, also beide Ziele der *condictio* gemeinsam nennen.

### b. Der Nutzungstausch

Als ein Sonderfall des Tausches ist der sogenannte „Nutzungstausch“ anzusehen,<sup>84</sup> der exemplarisch bei Ulpian im „Ochsenfall“ vorgeführt wird:<sup>85</sup> Zwei Nachbarn vereinbaren, ihre jeweiligen Ochsen für die Bewirtschaftung der Felder tageweise auszutauschen. Komme der Ochse des einen beim andern zu Schaden, stehe dem Eigentümer die *apv* zu.<sup>86</sup> Die Analogie zum Sachtausch zur Begründung dieser Klage findet sich bei Marcian,<sup>87</sup> der den Austausch von Sklavendiensten mit dem Tausch von Mänteln und Röcken vergleicht:<sup>88</sup> Leiste ein Sklave weniger Dienste als vereinbart, könne der Eigentümer des anderen mit der *apv* auf Durchsetzung der Verpflichtung vorgehen.

Ein weiterer Anwendungsfall findet sich bei Ulpian im Zusammenhang mit der *custodia* über einen Sklaven (→ § 79 Rn. 148–152): Gebe jemand einen überwachungs-pflichtigen Sklaven in eine Getreidemühle, unterscheidet Ulpian danach, ob der Müller für die Bewachung entschädigt werde oder ob er umgekehrt für die Arbeitskraft des Sklaven zu zahlen habe.<sup>89</sup> Im ersten Fall liege ein Werkvertrag über die Bewachung vor; im zweiten hingegen ein Mietvertrag über die Arbeitsleistung des Sklaven. Wenn hingegen die Überwachungsleistung des Müllers mit dem Wert der Arbeit des Sklaven aufgewogen werden solle, sei ein atypischer Leistungstausch gegeben, für den die *apv* als *Quasi-locatio conductio*<sup>90</sup> zum Einsatz komme (→ § 80 Rn. 87).

### c. Uneigentliche Tauschverhältnisse im Zusammenhang mit Teilungsklagen

Aus dem Austauschgedanken erklärt sich auch die Anwendung der *apv* auf Teilungsverhältnisse:<sup>91</sup> So gewährt Ulpian die Klage zwischen gemeinschaftlichen Eigentümern, die sich gegenseitig ein jährlich wechselndes Fruchtziehungsrecht am gemeinschaftlichen Grundstück zugesagt hätten.<sup>92</sup> Wenn weder die *actio ex conducto* noch die Teilungsklage eingreife, stehe dem Miteigentümer, der absprachewidrig an der Fruchtzie-

<sup>84</sup> Vgl. Inst. 3.24.2, welche auch Ulpian's Fall der Ochsen übernommen haben.

<sup>85</sup> Vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.3.

<sup>86</sup> Zur *apv* in Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.3, vgl. *Misera*, SZ 94 (1977) bes. 270–273, 283 f.; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 202 f.; *Cannata*, in: Burdese, *Dottrine del contratto* (2006) 197 f.

<sup>87</sup> Vgl. Marcian. 3 reg. D. 19.5.25.

<sup>88</sup> Anders *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 248–252, der die *apv* durch eine *condictio* ersetzen will.

<sup>89</sup> Vgl. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.9.

<sup>90</sup> Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.9 (...) *quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis actio* (...).

<sup>91</sup> Für unklassisch hält diesen Anwendungsbereich *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 156–158, da es sich um *pacta nuda* handele. Diese Idee verkennt die reale Natur der Zuwendung im Rahmen der Teilung, die offenbar für die Qualifizierung als *datio ob rem* ausreicht. Zu diesem Gedanken, vgl. Her. 2 iur. epit. D. 2.14.45.

<sup>92</sup> Ulp. 32 ed. D. 10.3.23, dazu *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 243–246, *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 204 f.

hung gehindert werde, eine *actio civilis incerti* auf anteilige Überlassung des Fruchtgenusses zu. Grundlage dieser Klage ist offensichtlich die Einräumung der Nutzung, die als *datio* im Sinne der *condictio* angesehen wird und damit der Vereinbarung zur Durchsetzung verhilft.<sup>93</sup>

30 Gleichsinnig erwägt Pomponius, die *apv* neben der *actio familiae erciscundae* zur Anwendung zu bringen, um eine testamentarische Auflage durchzusetzen; die Aussetzung des Legates, die von einem entsprechenden Willen des Erblassers begleitet wird, wirkt damit als *datio*, welche die Zweckbestimmung erzwingbar macht.<sup>94</sup>

31 Eine weitere Variante findet sich im Zusammenhang mit der elterlichen Teilung.<sup>95</sup> Die in diesem Rahmen erfolgende Zuweisung von Gegenständen an einen Abkömmling deutet Ulpian als Gegenleistung für die anteilige Übernahme der Erbschaftsschulden. Diese Betrachtungsweise erklärt, warum Ulpian – Papinian folgend – eine *apv* erteilt, wenn sich ein Erbe den Gläubigern des Vaters entzieht:<sup>96</sup> Der Erbe hat den Tausch (Erbschaftsanteil gegen Erbschaftsschulden) nicht erfüllt, weshalb die anderen Erben Regress nehmen können.<sup>97</sup>

### 3. Der Sonderfall des *aestimatum* (Trödelvertrag)

32 Zur Verbesserung des Rechtsschutzes beim Trödelvertrag (*aestimatum*) soll im hadrianischen Edikt die *actio de aestimato*<sup>98</sup> als Sonderfall der *apv* proponiert worden sein:<sup>99</sup> Der Trödelvertrag (*aestimatum*) zeichnet sich dadurch aus, dass der Vertrödler dem Trödler eine Sache zum Schätzpreis übergibt, mit der Maßgabe sie weiterzuverkaufen.<sup>100</sup> Gelingt der Verkauf, ist der Trödler verpflichtet, den geschätzten Preis aus-

<sup>93</sup> Anders Devilla, *Actio incerti* (1932) 57 f., der die Fragestellung für verfehlt hält (unbegründet).

<sup>94</sup> Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2, dazu *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 163, der unzutreffend von einer Kautionspflicht im Rahmen der *actio familiae erciscundae* ausgeht.

<sup>95</sup> Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.3; ferner Pap. 3 resp. D. 39.5.28; zum Vergleich mit dem Tausch, vgl. *Burdese*, *Hom. Murga Gener*, 83, der die Authentizität der Fragmente bezweifelt; wie hier *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 225–229 mwN.

<sup>96</sup> Die *apv* ist jedenfalls in den Belegen der diokletianischen Kanzlei zudem das richtige Rechtsmittel, um nach der Erbteilung erlittene Verluste durch Entwehrung von den Geschwistern ersetzt zu verlangen, vgl. *Diocl./Maxim. C. 3.36.14* (o.A.). Für den Fall der Verpfändung vor der Erbteilung, vgl. *Diocl./Maxim. C. 3.38.7* (a.294).

<sup>97</sup> Zu der auf das Innenverhältnis beschränkten Wirkung, vgl. *Diocl./Maxim. C. 3.36.23* (a.294).

<sup>98</sup> Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr., dazu *De Francisci*, *Συνάλλαγμα* I (1913) 85–103, *Lenel*, EP 300 f.; anders *Sciandrello*, *Contratto estimatorio* (2011); nicht nachvollziehbar *Castresana*, SZ 128 (2011) 130–169, die behauptet, das *aestimatum* sei kein atypischer Kontrakt und vielmehr dem *receptum* gleichzusetzen; ein Überblick bei *Alemán Monterreal*, *Contrato estimatorio* (2002).

<sup>99</sup> Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr. *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia*: ..., dazu *Magdelain*, *Consensualisme* (1958) 37–39, der die Gleichsetzung von *actio de aestimato* und *apv* für byzantinisch hält; anders *Meylan*, *Action praescriptis verbis* (1919) 100–109, 114, 154–161; *Lombardi*, BDR 63 (1960) bes. 139 f.

<sup>100</sup> Zur Lit., vgl. *Meylan*, *Action praescriptis verbis* (1919) 110–113; zum *aestimatum*, vgl. *Sciandrello*, *Contratto estimatorio* (2011).



zukehren und kann einen etwaigen Überschuss für sich behalten; scheitert der Verkauf, kann der Trödler die Sache zurückgeben oder der Vertrödler kann die Sache mit der *condictio* herausverlangen.

Vor Einführung der *actio de aestimato* erhielt – wie Ulpian ausführt – der Vertrödler 33 keinen Rechtsschutz, wenn sich der Trödler weigerte, den Schätzpreis zu zahlen.<sup>101</sup> Nach Ulpian erfüllte die Vereinbarung weder die Voraussetzungen der *actio venditi*, da der Trödler die Sache nicht gekauft, sondern zum Schätzpreis übernommen habe,<sup>102</sup> noch sei eine *actio locati* (im Sinne einer Überlassung der Sache zum Zwecke des Verkaufes) einschlägig, weil es an einer *merx certa* fehle;<sup>103</sup> einer *actio conducti* stehe entgegen, dass keine Vergütung für den Vertrödler vorgesehen sei, während gegen eine *actio mandati* die Entgeltlichkeit des Vertrages spreche;<sup>104</sup> eine *societas* schließlich verlange den *affectus societatis*, der aufgrund der Ausgestaltung des Trödelvertrages als „at arm’s length“ gerade fehle.

Die genaue Formelfassung dieser ediktalen *apv* ist nicht mit letzter Sicherheit zu 34 ermitteln.<sup>105</sup> Möglich ist einerseits die an die Überlassung der Sache anknüpfende Formulierung als *condictio incerti* mit entsprechender *praescriptio* (→ Rn. 13, 16); andererseits ist aber auch die Ausgestaltung als neuartiges *bonae fidei iudicium* (mit *demonstratio* und *intentio incerta*) vorstellbar.<sup>106</sup>

Auf die Autorität Lenels, der freilich Beseler und Gradenwitz folgt, stützt sich die 35 generelle Verdächtigung dieser Klage.<sup>107</sup> Sie führt allerdings zu einer ganzen Kette von auf ihr aufbauenden Interpolationsannahmen. Dies gilt vor allem für den von Ulpian entschiedenen Fall, dass jemand Perlen zum Verkauf weitergegeben hat; soweit kein Wille, eine Gesellschaft zu begründen vorliege,<sup>108</sup> soll nach seiner Meinung die *apv* zustehen.<sup>109</sup> Nur aus dem Vorurteil eines unüberwindbaren Typenzwangs sowie der

<sup>101</sup> Anders Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 151, der meint, dass auch das Verlangen der „Rückgabe der Sache“ schwierig zu konstruieren gewesen sei.

<sup>102</sup> Auch ein bedingter Kauf scheidet aus; zur Abgrenzung, vgl. Meylan, *Action praescriptis verbis* (1919) 105 f.

<sup>103</sup> Meylan, *Action praescriptis verbis* (1919) 106 unter Berufung auf Paul. 30 ed. D. 19.3.2.

<sup>104</sup> Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.1.3.1 pr. ... *fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati*. ..., dazu Meylan, *Action praescriptis verbis* (1919) 104–106; Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 151 Fn. 431; Sciandrello, Ric. Talamanca II 959–1003.

<sup>105</sup> Meylan, *Action praescriptis verbis* (1919) 138 f., 190–195.

<sup>106</sup> Inst. 4.6.28, dazu Lenel, EP 301; anders zuletzt Sciandrello, *Contratto estimatorio* (2011) 148 mwN.

<sup>107</sup> Lenel, EP 301; Gradenwitz, *Interpolationen* (1887) 123–145.

<sup>108</sup> Vgl. in Ulp. 31 ed. D. 17.2.44; ferner Ulp. 30 ed. D. 19.5.13 pr., dazu De Francisci, *Συνάλλαγμα* I (1913) 94–97; Meylan, *Action praescriptis verbis* (1919) 127–131; Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 205–207.

<sup>109</sup> Keinen Aufschluss über die Klagegestalt gibt Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr. Nach Ulpian hat Vivianus die *actio commodati* erteilt, während Ulpian die *apv* für die sicherere Klageart hält. Zum Ver-