

Zur *exceptio doli* bei der *rei vindicatio*

Die *exceptio doli* (Arglistenrede) bereitet Studierenden zu Beginn des Studiums erfahrungsgemäß Schwierigkeiten, wenn sie im Zusammenhang mit der *rei vindicatio* (Eigentumsklage) mit ihr konfrontiert werden. Dieser Beitrag soll zeigen, wann eine Klageabweisung ohne *exceptio* (Einrede) und in welchen Fällen erst aufgrund einer formellen Einrede erfolgen kann. Wegen dieser didaktischen Zielsetzungen beschränken sich die Ausführungen auf jene Aspekte, die für die sachenrechtlichen Anwendungsfälle relevant sind (und gehen auf weitere Fälle der *exceptio doli* oder Fragen des Formularverfahrens nicht ein).

Von Richard Gamauf

Inhaltsübersicht:

- A. Die *exceptio* im Formularprozess
 1. Einleitung
 2. Formularprozess: „Klagen mit Hilfe von Schriftformeln“
 3. Klageabweisung aufgrund von Einwendungen im Formularverfahren
 - a) Einwendungen im *bonae fidei iudicium*
 - b) Einwendungen/*exceptiones* im *iudicium stricti iuris*
 4. Die Erteilung der *exceptio* durch den Prätor *in iure*
- B. *Exceptio doli* und *rei vindicatio*
 1. Die *exceptio doli praesentis vel generalis* wegen doloser Klageführung
 2. *Venire contra factum proprium*: die Unzulässigkeit (selbst)widersprüchlichen Verhaltens
- C. Schluss

A. Die *exceptio* im Formularprozess

1. Einleitung

Notwendigkeit und Wirkungsweise einer *exceptio** (Einrede)¹⁾ ergeben sich aus der prozessualen Situation der Parteien beim *agere per formulas* („Klagen mittels Formeln“) im sog Formularprozess*.²⁾ Dieser läuft aus Gründen der Prozessökonomie in zwei Stadien ab. *In iure* („auf der Gerichtsstätte“)³⁾ prüft der Prätor* zuerst die rechtliche Möglichkeit zur Klage⁴⁾: Er beurteilt nicht die Begründetheit des klägerischen Begehrens, sondern nur, ob dafür grundsätzlich Rechtsschutz möglich ist, und erteilt dann die *actio* (Klage)* (idR ohne Tatsachenprüfung).⁵⁾ Der Prätor ernennt einen *iudex** (Richter) und gibt mit der Formel das Prozessprogramm für das Beweisverfahren *apud iudicem* (vor dem Richter) vor: Die sog *intentio* (= Klagebegehren) instruiert den Richter, worüber er im Verfahren Beweise zu erheben hat⁶⁾, und die sog *condemnatio* (= Urteilsbefehl) gibt vor, worauf er den Beklagten verurteilen soll.⁷⁾ Der Entscheidungsspielraum des Richters bei Beurteilung des Falls hängt von der Gestaltung der Formel ab: In dieser Hinsicht unterscheidet man *iudicia stricti iuris** (strengrechtliche Klagen), deren Formeln die Verurteilungsvoraussetzungen eng umschreiben, und *bonae fidei iudicia** (Klagen gemäß Treu und Glauben), deren Bezugnahme auf die *bona fides* Richtern größere Entscheidungsfreiheit eröffnet.

2. Formularprozess: „Klagen mit Hilfe von Schriftformeln“

Im Formularprozess des klassischen römischen Rechts sind materielles Privatrecht und Prozess stärker miteinander verknüpft als in modernen, auf das rezipierte römische Recht zurückgehenden Rechtsordnungen. Beim römischen *agere per formulas* („Klagen mit Hilfe von Formeln“) entsteht das materielle Recht gewissermaßen im und aus dem Prozess: Das Augenmerk von römischen Juristen richtet sich nicht vornehmlich darauf, welchen (materiell-rechtlichen) Anspruch jemand hat, sondern auf die *actio* (Klage), die der vom Kläger vorgetragene Lebenssachverhalt ermöglicht. Aus deren Klageformel ergibt sich, was der Kläger

- 1) Der Verfasser dankt Dr. Karina Karik, Alexandra Pichler und Vanessa Thaler für wiederholte kritische Lektüre. Erklärungen zu mit * gekennzeichneten Begriffen finden sich in Olechowski/Gamauf (Hrsg), Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht⁴ (2020). Allgemein zur *exceptio Platschek*, Einrede (*exceptio*): Grundlagen, in Babusiaux et al (Hrsg), Handbuch des Römischen Privatrechts (2023) 2874; Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht² (1996) 260.
- 2) Zu den Grundsätzen des Formularverfahrens s Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹ (2001) 374; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht²² (2021) 54, 62; Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung in das römische Recht* (2022) 286; Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht² 151; Forgó-Feldner, Der römische Formularprozess, JAP 2023/24/1, 4.
- 3) *Ius* bezeichnet ursprünglich die Gerichtsstätte. Die Ladung des Beklagten heißt deshalb *in ius vocatio* („Ruf auf die Gerichtsstätte“); was auf der Gerichtsstätte (*in iure*) stattfindet, führt zu Recht (*ius*). Vgl Hausmaninger/Selb, Privatrecht⁹ 16.
- 4) Hausmaninger/Selb, Privatrecht⁹ 375; Kaser/Knütel/Lohsse, Privatrecht²² 63; Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung* 287; Scheibelreiter, Vom didaktischen Nutzen des aktionenrechtlichen Ansatzes. Aus Anlass eines Seminars zum römischen Zivilprozessrecht, JAP 2020/21/4, 205; Forgó-Feldner, JAP 2023/24/1, 5; umfassend Platschek, Formularprozess: Verhandlung *in iure*, in Babusiaux et al (Hrsg), Handbuch 372; Klingenberg, Formularprozess: Verhandlung *apud iudicem*, in Babusiaux et al (Hrsg), Handbuch 413.
- 5) Ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers allein bereits, dass er keinen Anspruch hat, führt das zur *denegatio actionis** (Verweigerung der Klage). Das kann der Prätor beispielsweise, wenn der Kläger offenkundig ein gegen das Verbot im *SC Macedonianum** verstoßendes Darlehen einzuklagen beabsichtigt. Ist die Anwendbarkeit des Verbots strittig, erhält der Beklagte gegen die (strengrechtliche) Darlehensklage (*condictio*) eine *exceptio SCti Macedoniani*, sodass der Richter diesen Punkt prüfen kann. Zum *SC Macedonianum* vgl Hausmaninger/Selb, Privatrecht⁹ 215; Benke/Meissel, Übungsbuch Römisches Schuldrecht⁹ (2019) 51; Kaser/Knütel/Lohsse, Privatrecht²² 291; Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung* 157.
- 6) Siehe dazu Scheibelreiter, JAP 2020/21/4, 205.
- 7) Siehe Hausmaninger/Gamauf, Casebook zum Römischen Sachenrecht¹² (2021) 182; Kaser/Knütel/Lohsse, Privatrecht²² 71; Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung* 289.

JAP 2023/2024/11

exceptio doli;
iudicia stricti iuris;
bonae fidei iudicia;
rei vindicatio

auf dem Prozessweg erreichen kann.⁸⁾ Während heute die Klage nur der prozessuale Behelf zur Durchsetzung (von ihr unabhängiger) materieller Ansprüche/Rechte ist, entstehen im römischen Aktionenrecht* materielle Ansprüche⁹⁾ (bzw dingliche Rechte¹⁰⁾) aus der Formel der zuständigen *actio*.¹¹⁾

3. Klageabweisung aufgrund von Einwendungen im Formularverfahren

Mit der Klage macht der Kläger gegenüber dem Beklagten ein Recht geltend. Überzeugt er den Richter davon, wird der Beklagte verurteilt; scheidet er, wird seine Klage abgewiesen (im römischen Prozess: der Beklagte freigesprochen). Neben der Abweisung, wenn der Kläger beim Beweis seines Rechts scheitert, kann ein Beklagter auch mit Argumenten, die gegen die Durchsetzung des klägerischen Rechts sprechen, obsiegen (bzw seine Verurteilung hinausschieben¹²⁾). Ob solche Ausnahmetatbestände existieren, untersucht der Richter, sobald er von der Berechtigung des Klägers überzeugt ist, nicht von sich aus, sondern nur nach entsprechenden Einwendungen des Beklagten.

Von der Klageformel (strengrechtlich oder auf Treu und Glauben bezugnehmend) hängt ab, wie und wann

der Beklagte im Prozess derartige Ausnahmen relevieren kann. Im *bonae fidei iudicium* kann mit Einwendungen zugewartet werden, bis der klägerische Anspruch *apud iudicem* bewiesen ist. Im *iudicium stricti iuris* hingegen hat der Beklagte Einwendungen bereits *in iure* offenzulegen, weil sie *apud iudicem* nur aufgrund einer *exceptio* berücksichtigt werden können. Das strikte Wenn-Dann-Schema eines *iudicium stricti iuris* erzwingt volle Verurteilung, wenn die Verurteilungsvoraussetzungen (*intentio*) bewiesen sind.¹³⁾ Wird das behauptete Recht nicht zur Gänze bewiesen, spricht der Richter den Beklagten frei (bzw weist die gesamte Klage ab).¹⁴⁾ Daher muss der Beklagte, der meint, dass der Kläger kein Recht hat, nicht mehr tun, als bestreiten („Kläger ist nicht Eigentümer/hat keinen Anspruch“). Eine *exceptio* braucht es zur Abweisung nicht, wenn dem Kläger das Recht fehlt. Will der Beklagte die Chance wahren, sich auf einen Ausnahmetatbestand zu berufen, falls der Kläger das Recht beweist, hat er bereits *in iure* dafür eine *exceptio* zu beantragen (womit der Gegner diese Verteidigungsstrategie kennt). Steht *apud iudicem* das Recht des Klägers fest, ermöglicht die in die Klageformel aufgenommene *exceptio* dem Richter dann noch immer, Gründe gegen dessen Durchsetzung zu berücksichtigen (zB „der Kläger mag zwar Eigentümer sein, aber ...!“¹⁵⁾) und in der Folge trotz erwiesener *intentio* gegen den Kläger zu entscheiden.¹⁵⁾

a) Einwendungen im *bonae fidei iudicium*

Im *bonae fidei iudicium* ist der Richter angewiesen, auf das zu verurteilen, was der Beklagte „gemäß Treu und Glauben zu geben oder zu tun schuldet“ (*dare facere oportet ex fide bona*). Damit bleibt er bei Beurteilung von Anspruchsgrundlage oder Einwendungen flexibel und kann nicht nur voll verurteilen oder gänzlich freisprechen, sondern auch weniger als gefordert zuerkennen: Im *bonae fidei iudicium* ist das Urteil nicht strikt von der Formel vorgegeben, sondern entsteht aus einer Gesamtwürdigung des Falls.¹⁶⁾ Deswegen reicht die

8) Nur für wenige Klageformeln ist der Wortlaut unmittelbar überliefert; ansonsten muss er aus Juristenschriften, va den Kommentaren zum prätorischen Edikt, rekonstruiert werden. Für solche Formelrekonstruktionen vgl. *Lenel*, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung³ (1927) und *Mantovani*, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano² (1999).

9) Bei Leistungsstörungen prüft man heute die vom Gesetz jeweils eingeräumten Ansprüche; der römische Jurist untersucht dagegen, welche Möglichkeiten aus der Formel der zuständigen *actio* resultieren. Die Unterscheidung zwischen Leistungsstörungen beim Kauf (Gefahrtragung, Gewährleistung, Verzug . . .) ermöglicht etwa die Formel der *actio empti*, indem sie aufträgt, darauf zu verurteilen, was der Beklagte „gemäß Treu und Glauben zu geben oder zu tun schuldet“ (*dare facere oportet ex fide bona*). Vgl dazu weiters in FN 16.

10) Eigentum bedeutet aktionenrechtlich, eine Sache mittels *rei vindicatio* beim Besitzer herausverlangen zu können; ohne Möglichkeit zur Klage hat man kein Eigentum. Daher wirken sich Vermengung* (*commixtio*) oder Verbrauch (*consumptio*) fremden Geldes wie ein originärer Eigentumserwerb des Besitzers aus. Solche Ereignisse nehmen dem bisherigen Eigentümer faktisch die Aussicht auf eine erfolgreiche Vindikation bei späteren Besitzern, da er idR nicht feststellen kann, wer diese Münzen hat, oder beweisen, dass es seine sind (s dazu *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 162, 214; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Römisches Sachenrecht¹¹ (2018) 90, 144; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Privatrecht²² 207, 349; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 157). Den Schatz bezeichnet der römische Jurist Paulus deswegen als eigentümerlos, weil der Finder einer lange Zeit versteckten Sache keine *rei vindicatio* zu gewärtigen hat, wengleich – materiell-rechtlich gesehen – sie durchaus einen Eigentümer haben könnte (Fall 99 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² 148, D. 41,1,31,1 Paul. 31 ed.).

Die unterschiedlichen Folgen bei der Konvaleszenz einer unberechtigten Verfügung bei Eigentum und Pfandrecht ergeben sich aus der Formel der *actio Serviana** (dinglichen Pfandklage), die Eigentum bei Pfandbestellung verlangt. Daher kann der Gläubiger, an den eine fremde Sache verpfändet wurde, durch den nachträglichen Eigentumserwerb des Pfandbestellers, wengleich dieser materiellrechtlich zur Heilung führt, keine *actio Serviana* erhalten, sondern eine *actio utilis* (dazu *Scheibelreiter*, JAP 2020/21/4, 207). Die *actio Publiciana* verlangt dagegen nur den Nachweis von Ersitzungsbesitz des Klägers; vgl zum (bonitarischen) Eigentum Fälle 130 (D. 21,3,2 Pomp. 2 ex Plaut.) und 131 (D. 44,4,4,32 Ulp. 76 ed.); zum Pfandrecht Fälle 160 (D. 20,1,22 Mod. 7 diff.) und 161 (D. 13,7,41 Paul. 3 quaest.) in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹².

11) Am aktionenrechtlichen Charakter des römischen Rechts anstelle pandektistischer Systematik orientiert sich der Aufbau von *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch.

12) Siehe unten nach FN 32.

13) Beispielsweise ist in einer *actio legis Aquiliae* nach dem 1. Kapitel laut Gesetz bei widerrechtlicher Tötung (*iniuria occidere*) auf den Höchstwert des getöteten Sklaven oder vierfüßigen Herdentiers im vergangenen Jahr zu verurteilen, sonst aber freizusprechen. Der strengrechtliche Charakter der Klage macht es unmöglich, Mitverschulden auf Seiten des Geschädigten durch Teilung des Schadens zu berücksichtigen (wie heute von § 1304 ABGB angeordnet). (Über die genaue Formel der *actio legis Aquiliae* existieren in der Forschung unterschiedliche Auffassungen; s bei *Winiger*, Klage wegen Sachbeschädigung [*actio legis Aquiliae*], in *Babusiaux et al* [Hrsg], Handbuch 2575; *Nörr*, Zur Formel der *actio legis Aquiliae*, in *Altmeyden et al* [Hrsg], Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag [2009] 833).

14) Bei einer strengrechtlichen *condictio* (*certainae creditae pecuniae*) auf 10.000 kann der Richter entweder 10.000 zuerkennen oder vollständig abweisen. Stellt er fest, dass statt 10.000 nur 9.000 gezählt wurden, ist die Klage abzuweisen, da die Formel bloß teilweise Obsiegen bzw Unterliegen nicht vorsieht! Dazu braucht der Beklagte deswegen keine *exceptio*, weil aufgrund der *datio* der Anspruch nur 9.000 beträgt und damit die begehrten 10.000 nicht bewiesen sind.

Heute sanktioniert man das sog Überklagen gem § 43 ZPO beim Ersatz der Prozesskosten. Im Beispiel obsiegt der Kläger zu 9/10 und der Beklagte zu 1/10; der Kläger erhält daher vom Beklagten (im Umfang seines Obsiegens) 90% seiner Prozesskosten ersetzt und zahlt 10% von dessen Kosten.

15) Meint der Kläger im Fall, dass eine *exceptio* Erfolg hat, Gegenargumente zu haben, muss er *in iure* eine *replicatio** (Gegeneinrede) beantragen. Die *replicatio* verhält sich zur *exceptio* wie die *exceptio* zur *actio*.

16) *Bonae fidei iudicia* sind beispielsweise alle Klagen aus Konsensualverträgen. Der Interpretationsspielraum der *bona fides*-Klausel

fehlende Kaufpreiszahlung zur Verurteilung in einer *actio venditi* (Verkäuferklage) (auf Kaufpreiszahlung) nicht aus. Vielmehr ist der Käufer freizusprechen, wenn seine Weigerung, zu zahlen, Treu und Glauben entspricht, etwa, da auch der Verkäufer nicht geleistet hat. Die *bona fides*-Klausel lässt eine solche „Ja, aber“-Argumentation in jeder Phase des Verfahrens zu, so dass der Beklagte das Fehlen der Gegenleistung sogar erst *apud iudicem* vorbringen kann. Heute spricht man dabei von einer Zug-um-Zug-Einrede. Im römischen Prozess braucht es dazu gerade keine formelle *exceptio*, weil der *actio venditi* als *bonae fidei iudicium* die *exceptio (doli)* durch die Bezugnahme auf die *bona fides* sozusagen inhärent ist.¹⁷⁾ Die heutige Einrede und die römische *exceptio* verbindet noch, dass zur Berücksichtigung die Einwendung durch den Beklagten nötig ist.

b) Einwendungen/*exceptiones* im *iudicium stricti iuris*

Anders verhält es sich bei strengrechtlichen Klagen, denen auch die *rei vindicatio* ihrer Gestaltung nach entspricht: Nach der Grundstruktur¹⁸⁾ (bestehend aus Klagebegehren und Verurteilung) der *rei vindicatio* kommt es zum Freispruch, wenn der Kläger das Eigentum nicht beweist¹⁹⁾; der Eigentumsbeweis (ohne Restitution durch den Beklagten) führt zur Verurteilung.

Jedoch kann es auch bei einer *rei vindicatio* passieren, dass, obwohl der Kläger Eigentümer ist, der Beklagte legitime Gründe hat, um die Sache (vorläufig) zu behalten.²⁰⁾ Der strengrechtliche Charakter einer *rei vindicatio* lässt nicht zu, den Kläger nach erfolgtem Eigentumsbeweis mit derartigen Vorbringen zu überraschen. Steht der Kläger als Eigentümer fest, sind Argumente gegen eine Restitution nur relevierbar, wenn eine zusätzliche *exceptio (doli)* dem Richter deren Berücksichtigung aufträgt.²¹⁾ Diese musste der Beklagte also bereits *in iure* verlangt haben.

4. Die Erteilung der *exceptio* durch den Prätor *in iure*

Eine *exceptio* gewährt der Prätor *in iure* so, wie er eine Klage erteilt. Er prüft die rechtliche Relevanz der behaupteten Einwendungen bloß grundsätzlich, nicht aber deren Tatsachensubstrat. Die *exceptio* erscheint in der Formel zwischen *intentio* (= materielles Klagebegehren) und *condemnatio* (Verurteilung) als negative Bedingung/Ausnahme vom Urteilsbefehl („wenn nicht“, „außer“).²²⁾ Deren tatsächliche Berechtigung klärt wieder der *iudex*; beweispflichtig ist der Beklagte.²³⁾ Ein mit *exceptio* erteiltes *iudicium stricti iuris* lässt einmal einen Freispruch zu, wenn (1) dem Kläger kein Beweis seines Rechts gelingt („Kläger ist nicht Eigentümer“), andererseits, (2) wenn der Beklagte mit der *exceptio* durchdringt („Kläger ist Eigentümer, aber klagt dolos“).²⁴⁾

B. *Exceptio doli* und *rei vindicatio*

Die *exceptio* statuiert eine Ausnahme von den Verurteilungsbedingungen und erlaubt so einen Freispruch.²⁵⁾ Mittels *exceptio doli* hält man dem Kläger entgegen, dass sein prozessuales Vorgehen dem Ver-

haltensmaßstab der *bona fides* widerspricht. *Dolus* kann darin liegen, dass das Klagerecht durch arglistiges Verhalten des Klägers zustande gekommen ist²⁶⁾, oder aber darin, dass die Klageerhebung Treu und Glauben verletzt, wie in Fällen des sog *venire contra factum proprium*.²⁷⁾ Es gibt damit zwei Konstellationen, in denen rechtsmissbräuchlichen Klagen mit einer *exceptio doli*²⁸⁾ begegnet werden kann²⁹⁾: Mittels *exceptio doli praeteriti vel specialis* (Einrede der zurückliegenden bzw speziellen Arglist) wendet sich der Beklagte gegen die Durchsetzung eines Rechts, dessen Erwerb in der Vergangenheit wider Treu und Glauben erfolgte.³⁰⁾ Geläufiger ist in sachenrechtlichen Kontexten die *exceptio doli praesentis vel generalis* (Einrede der gegenwärtigen bzw allgemeinen Arglist): Sie greift, wenn gegenwärtig die Durchsetzung eines Rechts der *bona fides* widerspräche.

In der Folge ist auf zwei Fälle der *exceptio doli generalis* einzugehen, die für das Studium des römischen Sachenrechts besonders bedeutsam sind. →

brachte zentrale Elemente des Vertragsrechts (Regeln für Unmöglichkeit, Gefahrtragung, Gewährleistung, Haftung, Verzug etc) hervor, die noch heutige Privatrechtsordnungen prägen. Treffend beschreibt dies Wieacker, Vom römischen Recht² (1961) 17: „Viele schuldrechtliche Normen der europäischen Gesetzbücher sind nichts anderes als kodifizierte *bona fides* des klassischen Juristenrechts.“ Zu den *bonae fidei iudicia* allgemein s Meissel/Novitskaya, *Bonae fidei iudicia*: Grundlagen, in Babusiaux et al (Hrsg), Handbuch 2019.

17) Vgl dazu Finkenauer, Zur Inhärenz von Einreden im *bonae fidei iudicium*, IURA 68 (2020) 77.

18) Siehe Hausmaninger/Gamauf, Casebook Sachenrecht¹² 182; Hausmaninger/Selb, Privatrecht⁹ 168; Benke/Meissel, Übungsbuch Sachenrecht¹¹ 158; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht²² 209; Forgó-Feldner, JAP 2023/24/1, 4.

19) Dazu ist in der *condemnatio* angeordnet: *Si non pareat, absolvito* – „Wenn es sich nicht erweist, so soll er ihn freisprechen“.

20) Zu solchen Fällen unten B.1.

21) Grob vereinfacht befiehlt der Prätor mit der Formel einer *rei vindicatio*: „Richter, wenn der Kläger sein Eigentum beweist, dann verurteile den Beklagten!“ Ist eine *exceptio doli* hinzugefügt, entspricht dies der Anordnung: „Richter, wenn der Kläger sein Eigentum beweist, dann verurteile den Beklagten, außer wenn sich der Kläger arglistig verhalten hat oder verhält!“

22) Beispiele bei Hausmaninger/Gamauf, Casebook Sachenrecht¹² 195.

23) Gemäß dem Grundsatz für die Beweislast: *reus in exceptione actor est* („bei der *exceptio* ist der Beklagte Kläger“) (so in D. 44, 1, 1 Ulp. 4 ed.).

24) Um die vom Beklagten bewiesene *exceptio* entkräften zu können, muss der Kläger eine *replicatio* (Gegeneinrede) haben. Vgl FN 15.

25) Vgl Kaser, Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht² (1971) 226.

26) Beispiel in FN 30.

27) Unten B.2. Der Ausdruck ist, meist unübersetzt, auch heute in Rechtsprechung und Schrifttum gebräuchlich. Vollständig lautet der Satz: *Venire contra factum proprium nulli conceditur* („Im Widerspruch zu eigenem Verhalten vorzugehen, ist niemandem gestattet.“).

28) Eine *exceptio doli* kann beispielsweise lauten: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* („wenn der Kläger in dieser Angelegenheit keinen Verstoß gegen Treu und Glauben begangen hat [Vergangenheit = *dolus specialis*] oder begehrt [Gegenwart = *dolus generalis*]“).

29) Vgl Hausmaninger/Selb, Privatrecht⁹ 287; Benke/Meissel, Übungsbuch Römisches Sachenrecht¹¹ 161; Kaser/Knütel/Lohsse, Privatrecht²² 254; Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung⁷ 218; Dalla Massara, Arglisteinrede (*exceptio doli*), in Babusiaux et al (Hrsg), Handbuch 2921.

30) Wenn sich A von B ein Grundstück manzipieren lässt, wobei nur A weiß, dass der von B angenommene Vertrag nicht existiert, erwirbt A das Eigentum aufgrund der abstrakten *mancipatio** dennoch. Mit Hilfe einer *exceptio doli* kann B einer *rei vindicatio* des A entgegenhalten, dass A dolos zu dem Recht gekommen ist.

1. Die *exceptio doli praesentis vel generalis* wegen doloser Klageführung

Einige Digestenstellen³¹⁾ handeln von der Abwehr treuwidriger Rechtsdurchsetzung mittels *rei vindicatio* durch *exceptio doli praesentis vel generalis* (Einrede der gegenwärtigen bzw. allgemeinen Arglist). Ein typischer Fall ist das Herausfordern einer Sache, ohne mit der Sache verbundene Ansprüche des Beklagten zu erfüllen.³²⁾ Dann blockiert eine *exceptio doli* die Verurteilung solange, bis auch der Kläger seiner Pflicht entspricht. Die *exceptio* gibt dem Beklagten ein Zurückbehaltungs-/Retentionsrecht* an der Sache als Druckmittel gegenüber dem Kläger.³³⁾

Ein gutes Beispiel dafür ist die *exceptio doli* in D. 6,1,38 (Cels. 3 dig.)³⁴⁾, mit der ein gutgläubiger Bauführer Ersatz seiner wertsteigernden Aufwendungen erhalten kann. Celsus behandelt dort den Fall, dass jemand gutgläubig ein fremdes Grundstück kauft, ein Haus errichtet und danach vom Eigentümer auf Herausgabe des mit Bebauung wertvoller gewordenen Grundstücks geklagt wird. Als dolos wertet Celsus dies, wenn der Kläger die Aufwendungen für die gutgläubige Bauführung nicht ersetzt. Mittels *exceptio doli* behält der beklagte Bauführer das Grundstück im Besitz, bis er vom klagenden Eigentümer Ersatz erhalten hat.³⁵⁾ Prozessual ist die Retention das einzige Mittel des Bauführers. Hat er keinen Besitz am Grundstück, könnte er seinerseits den Eigentümer nicht auf Ersatz klagen, da das römische Recht keinen Verwendungsanspruch wie heute § 1041 ABGB kennt.³⁶⁾

Problematisch wirkt sich dieser Mechanismus gegenüber einem nicht zahlungsfähigen Eigentümer aus, der ein großes (ideelles) Interesse am Behalten des Grundstücks hat³⁷⁾ und jedenfalls Naturalrestitution möchte. Diese erfordert aufgrund der *exceptio doli* seine vorherige Ersatzleistung. Ein (sonst) vermögensloser Eigentümer³⁸⁾ hat damit keine Aussicht, sein Grundstück wiederzubekommen.

Dieses unbillige Resultat korrigiert Celsus³⁹⁾ und ermöglicht eine Restitution ohne Ersatzleistung: Damit die *exceptio doli* den vermögenslosen Eigentümer nicht dauerhaft von der eigenen Sache ausschließt (oder ihn nötigt, die unerwünschte Geldverurteilung zu akzeptieren), erhält der Bauführer anstelle von Aufwendersatz ein – vom Richter einzuräumendes – Wegnahmerecht (*ius tollendi*)*. Damit soll verhindert werden, dass der Eigentümer das Grundstück verkaufen muss, weil er anders den Ersatz nicht finanzieren kann, oder ihm die Geldverurteilung aufgezwungen wird. Nach Ausübung des *ius tollendi* durch den Bauführer (Abbau der wiederverwertbaren Materialien) oder der Zahlung einer Ablöse für den Wert des (ohne Schädigung des Grundstücks) so wiedergewinnbaren Baumaterials durch den Eigentümer muss der Besitzer das Grundstück herausgeben.

Diesen Schutz verdient ein vermögensloser Eigentümer nicht, wenn er das Grundstück ohnehin zu veräußern beabsichtigt. Dieser „Arme“ schuldet den vollen Ersatz, da ihm ein höherer Verkaufspreis zukommen wird. Zahlt er nicht, erfolgt – mangels Restitution – die im letzten Satz von D. 6,1,38 angesprochene Geldverurteilung: Dabei leistet der Besitzer/Bauführer den Schätzwert (des durch den Bau wertvolleren Grundstücks) abzüglich des ihm für die Aufwendungen gebührenden Ersatzes an den Kläger.

2. *Venire contra factum proprium*: die Unzulässigkeit (selbst)widersprüchlichen Verhaltens

Ein weiterer gängiger Anwendungsfall der *exceptio doli (praesentis)* ist die Sanktionierung selbstwidersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*), wenn der Vertrauensschutz gegen die Durchsetzung eines bestehenden Rechts spricht.⁴⁰⁾ Zu *venire contra*

31) *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² Fälle 68 (D. 39,5,25 lav. 6 epist.); 71 (D. 12,1,18 pr. Ulp. 7 disp.); 107 (D. 6,1,38 Cels. 3 dig.); 110 (D. 41,1,9,1 Gai. 2 rer. cott. aur.); 111 (Gai. Inst. 2, 78); 131 (D. 44,4,4,32 Ulp. 76 ed.); 170 (D. 20,1,29,2 Paul. 5 resp.); schuldrechtliche Beispiele sind Fälle 160 (D. 19,2,54,1 Paul. 5 resp.); 213 (D. 2,14,16 pr. Ulp. 4 ed.); 231 (D. 46,3,66 Pomp. 6 ex Plaut.); 234 (D. 12,4,7 pr. lul. 16 dig.) in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook zum römischen Vertragsrecht⁸ (2021).

32) Siehe *Baldus*, Herausgabeklage des Eigentümers (*rei vindicatio*), in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 1588.

33) Zum Retentionsrecht *Forgó-Feldner*, Zurückbehaltungsrecht (*retentio*), in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 3037.

34) Fall 107 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² 158 (mit Literaturhinweisen). Übersetzung: Auf einem fremden Grundstück, das du unvorsichtigerweise gekauft hattest, hast du gebaut oder gesät, dann wird es einziert. Ein guter Richter wird je nach den persönlichen und sachlichen Umständen verschieden urteilen. Angenommen, der Eigentümer hatte beabsichtigt, dasselbe zu tun, so soll er, um das Grundstück zurückzuerhalten, die Kosten ersetzen, und zwar insoweit das Grundstück an Wert gewonnen hat, und wenn die Wertsteigerung höher ist, dann nur die Kosten. Angenommen, der Eigentümer ist ein armer Mann, der Hausgötter und Ahnengräber aufgeben müsste, wenn er die Kosten ersetzen sollte, so genügt es, dir zu gestatten, aus diesen Sachen wegzunehmen, was du kannst, sofern dadurch das Grundstück nicht schlechter wird, als wenn dort von Anfang an nicht gebaut worden wäre. Wir setzen aber fest, dass der Eigentümer das Recht haben soll, dem Besitzer so viel zu geben, wie dieser durch Wegschaffen seiner Sachen hätte. Und dabei ist Bosheit nicht zu dulden: Wenn du zB den Wandverputz, den du angebracht hast, oder Gemälde nur um der Zerstörung willen abkratzen wolltest. Angenommen, der Eigentümer hätte die Absicht, das zurückerhaltene Grundstück bald zu verkaufen, so bist du, wenn er nicht die Kosten in der im ersten Teil ausgeführten Höhe ersetzt, nach Abzug dieser Summe zu verurteilen.

35) Der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, insofern diese wertsteigernd waren; s *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 169; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Sachenrecht¹¹ 141; *Kaser/Knützel/Lohsse*, Privatrecht²² 213; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 135.

36) Die römische *condictio* ist (nach heutigem Verständnis) eine Leistungskondition; vgl Fall 230 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook

Vertragsrecht⁸ 392 (D. 12,6,33 lul. 39 dig.). Da bei der Bauführung Ersatz mit Hilfe des Retentionsrechts durchgesetzt wird, wäre denkbar, den Bauführer, falls er das Grundstück irrtümlich herausgibt, dessen Besitz kondizieren zu lassen, damit er mit dem Besitz wieder das Retentionsrecht erhält. Bei der Verbindung beweglicher Sachen hingegen erlauben die Juristen eine an der *lex Aquilia* orientierte *actio in factum*, um Ausgleich für das durch *accessio** verlorene Eigentum zu erhalten; s Fall 113 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² 168 (D. 6,1,23,5 Paul. 21 ed.).

37) Den besonderen ideellen Wert des Grundstücks für den Eigentümer betont der emphatische Hinweis auf Hausgötter und Ahnengräber. (Am Rande sei angemerkt, dass die Kompilatoren* hier die Bezugnahme auf vorchristliche religiöse Vorstellungen nicht beseitigt haben.)

38) Die Bedeutung des lateinischen Wortes *pauper* deckt sich nicht mit dem heutigen Verständnis von „arm“. *Pauper* ist, wer kein finanziell sorgenfreies Leben führt; existenzgefährdet ist jemand, der immerhin ein Grundstück hat, kaum. Vgl *Weeber*, Arm in Rom (2023) 12; *McGinn*, Celsus and the Pauper: Roman Private Law and the Socio-Economic Status of its Consumers, in *Piro* (Hrsg), Scritti per Alessandro Corbino 4 (2016) 619.

39) Vgl *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² 158.

40) Vgl zum Begriff *Isola*, *Venire contra factum proprium*. Herkunft und Grundlagen eines sprichwörtlichen Rechtsprinzips (2017) 1. Vgl dazu *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² Fälle 68

factum proprium kommt es auch, wenn sich der Kläger mit der Klage in Gegensatz zu früherem Verhalten stellt und sein Obsiegen schutzwürdige Interessen des Beklagten verletzen würde. Eine Klageführung ist dann *dolos* und kann mit *exceptio doli* abgewehrt werden.⁴¹⁾

Paradigmatisch für die Rechtsfigur des *venire contra factum proprium* ist die Entscheidung von Javolen in D. 39,5,25 (Iav. 6 epist.)⁴²⁾: *Ego* will *Titius* eine Sache zuwenden und trägt dazu *Tu* auf, diese *Titius* im Namen von *Ego* zu schenken. *Tu* handelt im Rahmen eines Auftrags* (*mandatum*); allerdings ist seine Verfügungsbefugnis* über die Sache dadurch beschränkt, dass er bei Vornahme der Verfügung die Herkunft des Geschenks von *Ego* offenlegen muss. Wenn *Tu* diesen Hinweis unterlässt, fehlt ihm die Verfügungsbefugnis und *Titius*' Eigentumserwerb scheitert; damit behält *Ego* die Möglichkeit zur *rei vindicatio*.

Indem *Tu* die fremde Sache wie eine eigene verschenkt, verwirklicht er das Delikt *furtum**. Zwar erhält *Titius* die Sache, doch erspart sich *Tu* eigene Aufwendungen für die Schenkung und damit ist auch er aus der fremden Sache bereichert.⁴³⁾ Gegen *Tu* hat *Ego* die pönale Diebstahlsklage (*actio furti*) auf den doppelten Wert der Sache.⁴⁴⁾ Ist *Tu* zahlungsfähig, entsteht *Ego* aus dessen

Treuwidrigkeit kein Vermögensnachteil. *Ego* fehlt damit ein ökonomisches Bedürfnis, zusätzlich gegen *Titius* aufgrund des bei ihm verbliebenen Eigentums vorzugehen.

Zugunsten einer *exceptio doli* des *Titius* gegen eine *rei vindicatio* von *Ego* sprechen mehrere Überlegungen: *Titius* ist das Scheitern der Übereignung nicht zu rechnenbar; den ungetreuen Mittelsmann hat *Ego* hinzugezogen. Außerdem könnte die Pflicht zur Rückgabe *Titius*' Vermögenslage gegenüber der Zeit vor der Schenkung verschlechtern.⁴⁵⁾ Der schwerwiegendste Grund ist jedoch der Treubruch durch die Willensänderung von *Ego*: Er setzt sich mit der Klage in Widerspruch zu seiner ursprünglichen Intention, *Titius* die Sache endgültig zukommen zu lassen, und verstößt so gegen das Verbot des *venire contra factum proprium*.

Titius ist gegen den Eigentümer mittels *exceptio* geschützt, wird allerdings nicht Eigentümer. Das Eigentum verbleibt *Ego*, da durch das *furtum* die Sache unerwerblich wird.⁴⁶⁾ Veräußert *Titius* die Sache später einmal, erhält der Erwerber (nach der Regel *nemo plus iuris transferre potest**/„niemand kann mehr Recht übertragen, als er selbst hat“) kein Eigentum, aber dieselbe Position wie *Titius*, dh, dann hat auch der Erwerber die *exceptio doli* gegen eine *rei vindicatio* von *Ego*.

C. Schluss

Heute verwenden Literatur und Rechtsprechung die lateinischen Begriffe *exceptio doli* und *venire contra factum proprium* meist iZm dem Rechtsmissbrauch. Auf die Möglichkeit zur *exceptio doli* wird verwiesen, wenn es möglich ist bzw war, rechtsmissbräuchlichem Verhalten entgegenzutreten. Das spiegelt immerhin noch die Grundidee der römischen *exceptio doli*. Gänzlich losgelöst vom prozessualen Hintergrund des ursprünglichen Vorbilds ist der Terminus aber selbst heute nicht: *Exceptio* zeigt noch immer an, dass ein derartiger Verstoß gegen die guten Sitten vom Gericht grundsätzlich nur dann zu prüfen ist, wenn sich der Beklagte auf diesen beruft.

vom Besitzer nicht vindizieren kann), da im Verhältnis zum Dieb kein *venire contra factum proprium* vorliegt.

45) Wenn das Geschenk zu sonst unterbliebenen Dispositionen geführt hat (zB zur Aufnahme eines teureren Lebensstils) oder wegen der Schenkung Aufwendungen getätigt wurden, die bei Rückgabe frustriert (= sinnlos gemacht) wären.

46) *Ego* kann das Eigentum allerdings nicht weitergeben, da er die Sache, solange *Titius* im Besitz ist, nicht durch *traditio** übereignen kann. Ein Universalsukzessor (Erbe) erhält dieselbe Position und eine Vindikation scheidet dann an der *exceptio doli*. Gelangt *Ego* hingegen wieder in den Besitz der Sache, kann er sie mittels *traditio ex iusta causa* an einen gutgläubigen Dritten weitergeben. Dann hat *Titius* (oder ein Rechtsnachfolger) keine *actio Publiciana*, da er den dafür vorausgesetzten Ersitzungsbesitz nicht hatte, weil die Sache *furtiv* war. *Titius* steht damit keine reguläre Klage zur Verfügung, doch könnte ihm der Prätor eine *actio de dolo** (Arglistklage) gegen *Ego* auf Schadenersatz geben.

(D. 39,5,25 Iav. 6 epist.), 71 (D. 12,1,18 pr. Ulp. 7 disp.) und 143 (D. 8,3,11 Cels. 27 dig).

41) Auf dem Gedanken des *venire contra factum proprium* beruht ua auch die *exceptio* (bzw *replicatio*) *rei venditae et traditae**, da eine Vindikation im Widerspruch zum davor erfolgten Verkauf und der Übergabe einer *res mancipi* steht.

42) Fall 68 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht¹² 105 (mit Hinweisen auf Literatur). Übersetzung: Wenn ich dir eine Sache gebe, damit du sie in meinem Namen *Titius* schenkst, und du sie ihm dann in deinem eigenen Namen gibst: glaubst du, dass sie sein Eigentum geworden ist? Er antwortete: Wenn ich dir eine Sache gebe, damit du sie in meinem Namen *Titius* schenkst, und du sie ihm dann in deinem eigenen Namen gibst, ist sie streng rechtlich betrachtet nicht Eigentum des Empfängers geworden und du hastest aus der Diebstahlsklage. Die großzügigere Lösung ist jedoch, mich mit der *exceptio doli* abzuweisen, wenn ich gegen den Empfänger Klage erhebe.

43) Eine Schenkung ist insofern freigebig, als sie rechtlich zu keiner Gegenleistung verpflichtet. Moralisch wird vom Beschenkten gerade in Rom jedoch erwartet, sich erkenntlich zu zeigen (durch politische Unterstützung oder Hilfe in Not). Da *Titius* davon ausgehen muss, von *Tu* beschenkt worden zu sein, erwirbt *Tu* die Aussicht auf Dankbarkeit auf Kosten von *Ego*. In der römischen Gesellschaft ist die Pflege solcher (auch durchaus eigennütziger) Freundschaftsbeziehungen (*amicitia*) von großer Bedeutung (vgl dazu *Ciceros* Schrift *De officiis* [Über die Pflichten]). Deswegen sind nach römischem Recht einige, heute regelmäßig entgeltliche Rechtsgeschäfte unentgeltlich (Darlehen, Auftrag etc). Eine moralische Dankesschuld abrufen zu können, ist oft vorteilhafter als eine pekuniäre Gegenleistung: Ein Entgelt orientiert sich am Wert der eigenen Leistung; im anderen Fall erhält man uU etwas weitaus Wertvolleres, nämlich gerade die in einem akuten Notfall benötigte Unterstützung.

44) Das *furtum* berechtigt (nur) den Eigentümer auch zur *condictio furtiva** gegen den *fur*. Diese diskutiert Javolen nicht, da *Ego* die *rei vindicatio* anstellt (und wegen elektiver Klagenkonkurrenz* bei sachverfolgenden Klagen die *condictio* daher nicht mehr möglich ist). Den *fur* könnte *Ego* mittels *condictio furtiva* klagen (obwohl er

→ Kontrollfragen

Warum braucht der Beklagte in einem *bonae fidei iudicium* keine *exceptio*, um ein doloses Verhalten des Klägers relevieren zu können?

Welche Arten von dolosem Verhalten unterscheidet man bei der *exceptio doli*?

Was kann ein gutgläubiger Bauführer mit Hilfe einer *exceptio doli* gegen die *rei vindicatio* des Grundstückseigentümers erzwingen?

Was versteht man unter *venire contra factum proprium*?

→ Zum Autor

ao. Univ.-Prof. Dr. *Richard Gamauf* lehrt am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien.

