

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 30

# Gratis habitare

Unentgeltliches Wohnen nach  
römischem und geltendem Recht

Von

Dr. Klaus Slapnicar



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**KLAUS SLAPNICAR**

**Gratis habitare - Unentgeltliches Wohnen  
nach römischem und geltendem Recht**

# **Berliner Juristische Abhandlungen**

**unter Mitwirkung von**

Walter G. Becker, Hermann Blei, Arwed Blomeyer, Erich Genzmer, Ernst Heinitz, Ernst E. Hirsch, Hermann Jahrreiß, Emil Kießling, Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Walter Meder, Dietrich Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

**herausgegeben von**

**Ulrich von Lübtow**

**Band 30**

# Gratis habitare

Unentgeltliches Wohnen nach  
römischem und geltendem Recht

Von

Dr. Klaus Slapnicar



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 04832 6

*Meiner Frau*  
*Sigrid Slapnicar-Voigt*



## Vorwort

Diese Arbeit ist die leicht überarbeitete und ergänzte Fassung der im Sommersemester 1978 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz angenommenen Dissertation. Als Dissertation hat sie 1979 den Preis der Johannes Gutenberg-Universität für wissenschaftliche Arbeiten erhalten.

Bei der Überarbeitung ergab sich die Gelegenheit, einige nach Abschluß der Arbeit publizierte Werke, insbesondere die Hamburger Dissertation von Elke Herrmann zum „Vollzug von Schenkungen nach § 518 II BGB“ und das Lehrbuch von Ernst Wolf zum Besonderen Teil des Schuldrechts einzubeziehen, die sich in Teilen ausführlich mit der Frage befassen, ob die unentgeltliche Überlassung einer Wohnung nach Leihe- oder Schenkungsrecht zu beurteilen sei.

Herr Präsident Professor Dr. Manfred Harder, mein hochverehrter Lehrer, ist in menschlicher und wissenschaftlicher Hinsicht die *conditio sine qua non* meiner Promotion geworden. Er hat mir jederzeit mit Rat und Hilfe zur Seite gestanden. Dafür sei an dieser Stelle mein herzlicher Dank wiederholt. Meiner Frau, die während der Entstehungszeit stets Verständnis gezeigt und mit der verstärkten Übernahme familiärer Pflichten Freiräume für meine wissenschaftliche Tätigkeit gewährleistet hat, widme ich dieses Buch. Fräulein Birgit Meister gebührt Dank für die zügige und akkurate Niederschrift des Manuskripts. Für die Aufnahme meiner Dissertation in die Reihe der „Berliner Juristischen Abhandlungen“ bin ich Herrn Professor Dr. Ulrich von Lübtow, der mich als Student insbesondere mit dem römischen Recht vertraut machte, außerordentlich dankbar. Nicht zuletzt danke ich Herrn Senator E. h. Ministerialrat a. D. Professor Dr. Johannes Broermann für den Abschluß des Verlagsvertrages.

Wiesbaden, im Dezember 1980

*Klaus Slapnicar*

Für unser heutiges Recht haben die römischen Rechtsquellen in erster Reihe die Bedeutung, daß wir sehen „wir vor uns ein weiser Mann gedacht“.

*Wilhelm von Seeler,*  
Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, 1908, 69.

Die Rechtsgeschäfte schließen sich im allgemeinen an gewisse im Verkehr längst *ausgeprägte Typen* an, ... Der praktische Wert dieser Erscheinung liegt darin, daß sie dem Menschen ermöglicht, in seinem geschäftlichen Leben von der Erfahrung der Jahrhunderte ohne weiteres Nutzen zu ziehen.

*Theodor Kipp,*  
Das römische Recht, 1930, 195

## Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| <b>A. Unentgeltliches Wohnen als Leihe oder Schenkung im geltenden Recht</b>                               | 13 |
| I. Die zur Vertragsart der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung vertretenen Auffassungen                    | 14 |
| 1. Die Rechtsprechung und die Literatur bis zum Jahre 1970   | 16 |
| 2. Die Rechtsprechung und die Literatur seit dem Jahre 1970  | 24 |
| II. Die zu den Rechtsfolgen der unentgeltlichen Überlassung von Wohnraum vertretenen Auffassungen          | 33 |
| III. Die praktische Bedeutung der Beurteilung des unentgeltlichen Wohnens als Schenkung                    | 36 |
| <b>B. Gratis habitare als Leihe (commodatum) im klassischen römischen Recht</b>                            | 41 |
| I. Die Voraussetzungen des commodatum  | 41 |
| II. Meinungsverschiedenheiten unter den römischen Juristen über die Struktur des gratis habitare als Leihe | 45 |
| III. Die für die Rückgabe der verliehenen Wohnung zuständige actio   | 58 |
| <b>C. Der Gegensatz von Schenkung und gratis habitare im klassischen römischen Recht</b>                   | 70 |
| I. Die Erscheinungsformen der Schenkung  | 70 |
| II. Die Gegenstände der Schenkung  | 74 |
| III. Der endgültige Vermögensübergang bei der Schenkung  | 76 |
| <b>D. Die analoge Anwendung von Schenkungsregeln auf das gratis habitare</b>                               | 82 |
| I. Pomponius D. 39, 5, 9 pr. und die analoge Anwendung der lex Cincia                                      | 82 |
| 1. Die Erklärung der Pomponiusstelle mit einem dinglichen Wohnrecht  | 82 |

|   |            |
|---|------------|
| 2. Die lex Cincia de donis et muneribus .....   | 84         |
| 3. Der Erlaß einer gedachten Mietzinsforderung als angenom-<br>mes Schenkungsobjekt.....                                    | 91         |
| 4. Die praktische Bedeutung der Pomponiusstelle .....   | 99         |
| II. Pomponius D. 24, 1, 18 und die analoge Anwendung des Schen-<br>kungsverbots unter Ehegatten .....                       | 103        |
| 1. Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten .....   | 104        |
| 2. Die Bedeutung von „valet donatio“ in Pomponius D. 24, 1, 18 ..   | 107        |
| <b>E. Der unentgeltliche Gebrauch einer Wohnung als Leihe im geltenden<br/>Recht .....</b>                                  | <b>124</b> |
| I. Die Voraussetzungen der Leihe .....  | 126        |
| II. Die Zweifel an einer Leihe bei langfristiger Gebrauchsüber-<br>lassung .....  | 129        |
| III. Die Abgrenzung der Leihe von der Schenkung .....   | 133        |
| 1. Der Zuwendungsbegriff als Unterscheidungsmerkmal .....   | 138        |
| 2. Die Versuche, die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung als<br>Schenkungszuwendung zu konstruieren .....                   | 153        |
| a) Die Ausgabenersparnis als Schenkungszuwendung .....  | 154        |
| b) Der Besitz und der Gebrauch als Schenkungsgegenstände ..   | 166        |
| <b>F. Die Anwendung von Schenkungsrecht auf die Wohnungsleihe im<br/>modernen Recht .....</b>                               | <b>172</b> |
| I. Die analoge Anwendung von Schenkungsrecht auf die unentgelt-<br>liche Gebrauchsüberlassung .....                         | 172        |
| 1. Die analoge Anwendung der Formvorschrift (§ 518) .....   | 175        |
| 2. Die analoge Anwendung sonstiger Schenkungsvorschriften<br>(§§ 519 - 521, 523, 524, 528, 529).....                        | 176        |
| 3. Die entsprechende Anwendung von schenkungsrechtlichen Auf-<br>lageregulungen und Widerrufsbestimmungen zur Lückenfüllung | 178        |
| 4. Die analoge Anwendung von Beschränkungen bei unentgelt-<br>lichen Verfügungen .....                                      | 181        |
| 5. Die praktische Bedeutung für den Eingangsfall .....  | 184        |

|   |            |
|---|------------|
| II. Die analoge Anwendung von Schenkungsrecht auf den angenommenen Erlaß einer gedachten Mietzinsforderung für die Überlassung von Wohnraum ..... | 185        |
| 1. Die Fiktion der Schenkung .....  | 185        |
| 2. Die entsprechende Anwendung der §§ 518 - 534 .....   | 189        |
| 3. Die entsprechende Anwendung von Beschränkungen bei unentgeltlichen Verfügungen .....   | 190        |
| <b>Quellen- und Literaturverzeichnis .....</b>  | <b>196</b> |



## A. Unentgeltliches Wohnen als Leihe oder Schenkung im geltenden Recht

„Jeder Mensch bedarf einer Wohnung, und insofern er nicht untergeordnetes Mitglied eines Hausstandes ist, kann er dieses Bedürfnis in der Regel nur durch Grundeigenthum, oder durch einen Miethvertrag, befriedigen. Eben so wird umgekehrt der Eigenthümer eines Hauses dieses entweder selbst bewohnen, oder vermieten; daß er es leer stehen lasse, gehört zu den seltenen Ausnahmen<sup>1</sup>.“ *Savignys* (1779 bis 1861)<sup>2</sup> Bemerkung erklärt hinreichend, weshalb es nicht gerade häufig vorkommt, daß ein Eigentümer eine Wohnung jemandem unentgeltlich überläßt. Das unentgeltliche Wohnen in fremdem Haus geschieht in der Tat nur gelegentlich<sup>3</sup>.

Wer ein vermögenswertes Recht auf einen anderen überträgt, soll dafür einen Gegenwert, ein Entgelt, erhalten<sup>4</sup>. Dieses Prinzip der regelmäßigen Entgeltlichkeit<sup>5</sup>, das auf historischer Erfahrung beruht<sup>6</sup>, gilt als „relatives Naturrecht“<sup>7</sup> auch noch für das heutige Rechtsleben<sup>8</sup>. Lediglich dann, wenn für den Rechtserwerb ein Entgelt geleistet wird,

---

<sup>1</sup> *Savigny* 32.

<sup>2</sup> *Wieacker*, PGN, 381 ff.; SZ 72, 1 ff.; *Wesenberg / Wesener*, 155 ff.; *Gmür* passim.

<sup>3</sup> *Metzler* (ZfRPfBay 22, 100) nennt als häufige Ursache Wohnungsnot, die einen Wohnungsinhaber veranlaßt, Verwandte, Freunde, Gesinnungsgenossen usw. ohne Entgelt für kürzere oder längere Zeit bei sich aufzunehmen. *Kieckebusch* (HdR 3, 956) spricht der „Wohnungsleihe“ immerhin eine „gewisse wirtschaftliche Bedeutung“ zu. Ähnlich *Eger* HuW 1947, 149; vgl. auch OLG Hamburg NJW 1949, 547.

<sup>4</sup> *Kaser* SZ 91, 148.

<sup>5</sup> *H. J. Wolf* SZ 74, 413 f.; *Talamanca* BIDR 65, 259 - 270; *Modrzejewski* IURA 15, 36 f.; SZ 85, 446 FN 13; *Kaser* SZ 91, 146 ff., 164 f., 176. *Seidl* spricht von einem „Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit“ (TR 20, 108 f.; St. Arango-Ruiz I, 46 ff., 55 f.; Ptolem. Rechtsgeschichte, 114 ff.; Ägypt. Rechtsgeschichte, 45 - 50; RPR, Rdnr. 552). Ihm folgen *Adams* 78; *Claus* 14 ff.; *J. Ph. Lévy*, Mel. Meylan II, 161 mit FN 23 und dort weiteren Nachweisen. Zur Entgeltlichkeit als allgemeinem Rechtsprinzip von *Lübtow* SZ 56, 243 mit FN 7; *Fs Koschaker* II, 114 mit Literatur FN 7, 8; *Condictio*, 25; *Leifer* SZ 56, 207 f., 211; *H. J. Wolff*, *Fs von Hippel*, 695 FN 19; *W. G. Becker* 10, 11, 57, 58, 156 f., 159; *Weber* 407.

<sup>6</sup> *Kaser* SZ 91, 148. *Mallinckrodt* (1) weist zutreffend darauf hin, daß die Besonderheiten der Stellung unentgeltlicher Rechtsgeschäfte nicht willkürliche Schöpfungen der Kodifikationen, sondern Folge eines seit langer Zeit anerkannten Rechtsbedürfnisses seien.

<sup>7</sup> *Koschaker* 124.

<sup>8</sup> *Kaser* SZ 91, 148.

erlangt der Erwerber im Normalfall juristischen Schutz. Von altersher sind unentgeltliche Zuwendungen von der Rechtsordnung mit Argwohn betrachtet worden<sup>9</sup>. So enthält das BGB für unentgeltliche Rechtsgeschäfte zahlreiche Sonderregeln, die sich ganz allgemein dahin zusammenfassen lassen, daß eine unentgeltliche Rechtsposition gegenüber einer entgeltlichen geringeren Schutz bietet (z. B. §§ 816 I 2, 822, 988, 1641, 1804, 2113 II, 2205, 2287, 2325, 2327<sup>10</sup>)<sup>11</sup>. Dies liegt an der Unwirtschaftlichkeit unentgeltlicher Zuwendungen<sup>12</sup>. Im Vergleich zu dem Gewicht und der Häufigkeit der entgeltlichen Geschäfte spielen die unentgeltlichen im Rechtsverkehr nur eine untergeordnete Rolle<sup>13</sup>. Deshalb wird den unentgeltlichen Vertragstypen des BGB in den Lehrbüchern eine weitaus geringere Aufmerksamkeit gewidmet<sup>14</sup> als den entgeltlichen Schuldverhältnissen<sup>15</sup>, in Fallsammlungen werden sie häufig übergangen<sup>16</sup>, die Zahl der ergangenen Gerichtsentscheidungen ist vergleichsweise gering<sup>17</sup>.

### I. Die zur Vertragsart der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung vertretenen Auffassungen

Dennoch werfen auch unentgeltliche Rechtsgeschäfte nicht selten schwierige Probleme auf<sup>18</sup>. Hierzu zählt die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von Wohnraum. Daß sie offenbar häufiger im Rechtsleben vorkommt<sup>19</sup>, zeigen mehrere Entscheidungen des BGH<sup>20</sup> und des LG

<sup>9</sup> *Burckhard*, Begriff, 37; *Noell* 9, 14; *Medicus* Rdnrn. 364 ff.; *Holzappel* 69 FN 29 mit weiteren Nachweisen. *Zweigert* (JZ 1964, 350) und *Sepp* (98) bezeichnen die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte als soziologisch und juristisch abnorm.

<sup>10</sup> Paragraphen ohne besonderen Zusatz sind solche des BGB.

<sup>11</sup> *Medicus* Rdnr. 364; *Bosch*, Fs Beitzke, 121 f.

<sup>12</sup> Vgl. *von Mayr* 87; *Kieckebusch*, HdR 3, 956; *Bosch*, Fs Beitzke, 121.

<sup>13</sup> *Zweigert* JZ 1964, 350; *Sepp* 98; ähnlich schon *Burckhard*, Begriff, 37; *Noell* 9, 14.

<sup>14</sup> *Heimann* 2; *Steinstraß* 11.

<sup>15</sup> *Larenz* beispielsweise behandelt auf 145 Seiten den Kauf, widmet aber nur 13 Seiten der Schenkung, räumt der Miete 46 Seiten ein, stellt die Leihe dagegen auf 3 Seiten dar.

<sup>16</sup> *Fikentscher* (ESJ) hält weder zur Schenkung noch zur Leihe noch zum Auftrag einen Fall bereit, ebensowenig *Esser / Schmidt / Köndgen* (Fälle). Bei *Emmerich* fehlt die Schenkung ganz, ist die Leihe kurz erwähnt (§ 8 I 2, S. 53), nur ein Auftragsfall wird ausführlich behandelt (§ 11, S. 68 ff.).

<sup>17</sup> *Zabel* 1; *Sonnenbrodt* 1; *Heimann* 2; *Steinstraß* 11.

<sup>18</sup> *Medicus* Rdnrn. 364, 365 ff., 373 ff., 382 ff., 390 ff.; vgl. auch *Bosch*, Fs Beitzke, 121.

<sup>19</sup> *Heilborn* (5) bemerkt allgemein, daß Leihverträge im täglichen Leben immerhin recht häufig vorkommen, jedoch die Grenzen zu anderen Rechtsinstituten verwischt seien. *Kieckebusch* (HdR 3, 956) spricht der Leihe allgemein größere wirtschaftliche Bedeutung ab, mißt der Wohnungsleihe jedoch „gewisse wirtschaftliche Bedeutung“ bei. *Fikentscher* (Schuldrecht, § 76 I 3, S. 453) hält die wirtschaftliche Bedeutung für „nicht gering“ und erwähnt das Beispiel unentgeltlicher Überlassung eines Ferienhauses.

Köln<sup>21</sup> aus jüngerer Zeit. Um die Rechtsfragen zu veranschaulichen, die sich bei unentgeltlicher Wohnungsüberlassung ergeben können, sei der folgende Fall an den Anfang gestellt.

Frau A hat von ihrem verstorbenen Mann ein Haus geerbt. Sie räumt ihrer Schwester B durch privatschriftlichen Vertrag ein obligatorisches Wohnrecht an zwei Zimmern im ersten Stock bis zu ihrem Lebensende ein. Frau A reut es nach einiger Zeit, daß sie die Zimmer unentgeltlich zur Verfügung stellte. Sie verlangt daher von ihrer Schwester B, sie möchte in Zukunft eine angemessene Miete zahlen oder sich eine andere Wohnung besorgen. Frau B meint, geschenkt sei geschenkt. Wer ist im Recht?

Dieser für den akademischen Unterricht gebildete Fall<sup>22</sup> wirft zunächst die Frage nach der Vertragsart des unentgeltlichen Wohnens auf<sup>23</sup>. Ihre Beantwortung hat weittragende Konsequenzen<sup>24</sup>, beispielsweise im Hinblick auf die wirksame Begründung eines solchen Vertrages. Während das Versprechen der Frau A gegenüber ihrer Schwester B formbedürftig (§ 518 I) ist<sup>25</sup>, wenn man es als Schenkungsversprechen beurteilt, besteht eine solche Notwendigkeit für einen Leihvertrag nicht<sup>26</sup>. Nimmt man eine Schenkung an, so kommt ferner ein Widerruf wegen groben Undanks in Frage (§§ 530, 531), was bei einer Leihe ausscheidet. Schließlich müssen dann, wenn man unentgeltliches Wohnenlassen als Schenkung qualifiziert, gegebenenfalls auch alle diejenigen Vorschriften angewendet werden, die in den verschiedenen Büchern des BGB an eine Schenkung geknüpft werden<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> a) BGH - V ZR 57/67 - Urt. v. 6. 3. 1970 - NJW 1970, 941 = WM 1970, 638 = MDR 1970, 496 = DNotZ 1970, 946 = LM Nr. 7 zu § 518 BGB; b) BGH - VIII ZR 179/68 - Urt. v. 4. 5. 1970 - LM Nr. 45 zu § 585 BGB = BB 1970, 1197; c) BGH - V ZR 144/67 - Urt. v. 19. 6. 1970 - WM 1970, 1247.

<sup>21</sup> NJW 1973, 1880.

<sup>22</sup> Köhler 62.

<sup>23</sup> Heck § 94.6, S. 297; Larenz § 47 I, S. 154; Gelhaar in BGB-RGRK Rdnr. 5 vor § 598; Amberg 8; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 65; Sonnenbrodt 5 ff.; Heimann 42; Köhler 62.

<sup>24</sup> Endemann, BürgerR., § 164 I 2, S. 1027 FN 18 a. E. (1028); Heck § 94.6, S. 297; Larenz § 47 I, S. 154 FN 3; Nickel 9; Sonnenbrodt 11; Köhler 62 f.; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1 (allgemein), 64 f. (speziell).

<sup>25</sup> Heck § 94.6, S. 297; Larenz § 47 I, S. 154 FN 3; Schlie 24 f.

<sup>26</sup> Crome 503 FN 4 (allgemein); Kohler § 113 I, S. 292; Heck § 94.6, S. 297; Henle 74; Titzte § 44.1, S. 171; Enneccerus / Lehmann § 140.4, S. 588; Wolf § 12 A I c 5, S. 70; von Seeler 48 (allgemein), 50 (speziell); Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 65 FN 41; Koeppen 3; Klostermann 3; Mallinckrodt 18 mit zutreffendem Hinweis auf die prinzipielle Formfreiheit des BGB; Sonnenbrodt 11; Beck 116; Herrmann 194, 200.

<sup>27</sup> Die Vorschriften über Schenkung sind seit Inkrafttreten des BGB praktisch kaum geändert worden, wie ein Vergleich von Gradenwitz (128 f.) und des Wörterverzeichnisses BGB 1976 (579 f.) ergibt. Die Worte „Schenkungen, Schenkungen“ erwähnen außerhalb des Titels Schenkung die §§ 1425 II = 1446 a. F., 1432 I 2 = 1453 a. F., 1477 II 2, 1624 I, II, 1641 1, 2, 1804 1, 2, 2113 II 2, 2287 I, 2301 II (2 Mal), 2325 I, II 1, 2, III (2 Mal) 2330, 2385 II 1 (3 Mal). So wie im Zuge des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957 die §§ 1406 2, 1521 1, 1551 I, 1556 und 1584 I 1 wegfielen, sind die §§ 1374 II und 1478 II Nr. 2 hinzugekommen.