



~~05636~~
Lehrbuch

267

der

Pandekten

von

Dr. Alois Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Zweiter Band.

Erste Abtheilung.

Zweite, veränderte Auflage.

Erlangen,

Verlag von Andreas Deichert.

1879.

BIBLIOTHEQUE CUJAS



060 494802 5

D

Inhaltsübersicht

zum II. Bande, Abtheilung I.

| | Seite | | Seite |
|-------------------------------------|-------|--|-------|
| B. Obligationen (Haftungen). | | §. 210. Die Satisfaktion | 1 |
| §. 206. Name | 1 | §. 211. Form der Haftung | 1 |
| §. 207. Begriff | 2 | §. 212. Phasen der Haftung | 1 |
| §. 208. Gegenstand | 3 | §. 213. Contractus; solutio, liberatio | 1 |
| §. 209. Das Wofür der Haftung | 7 | | |

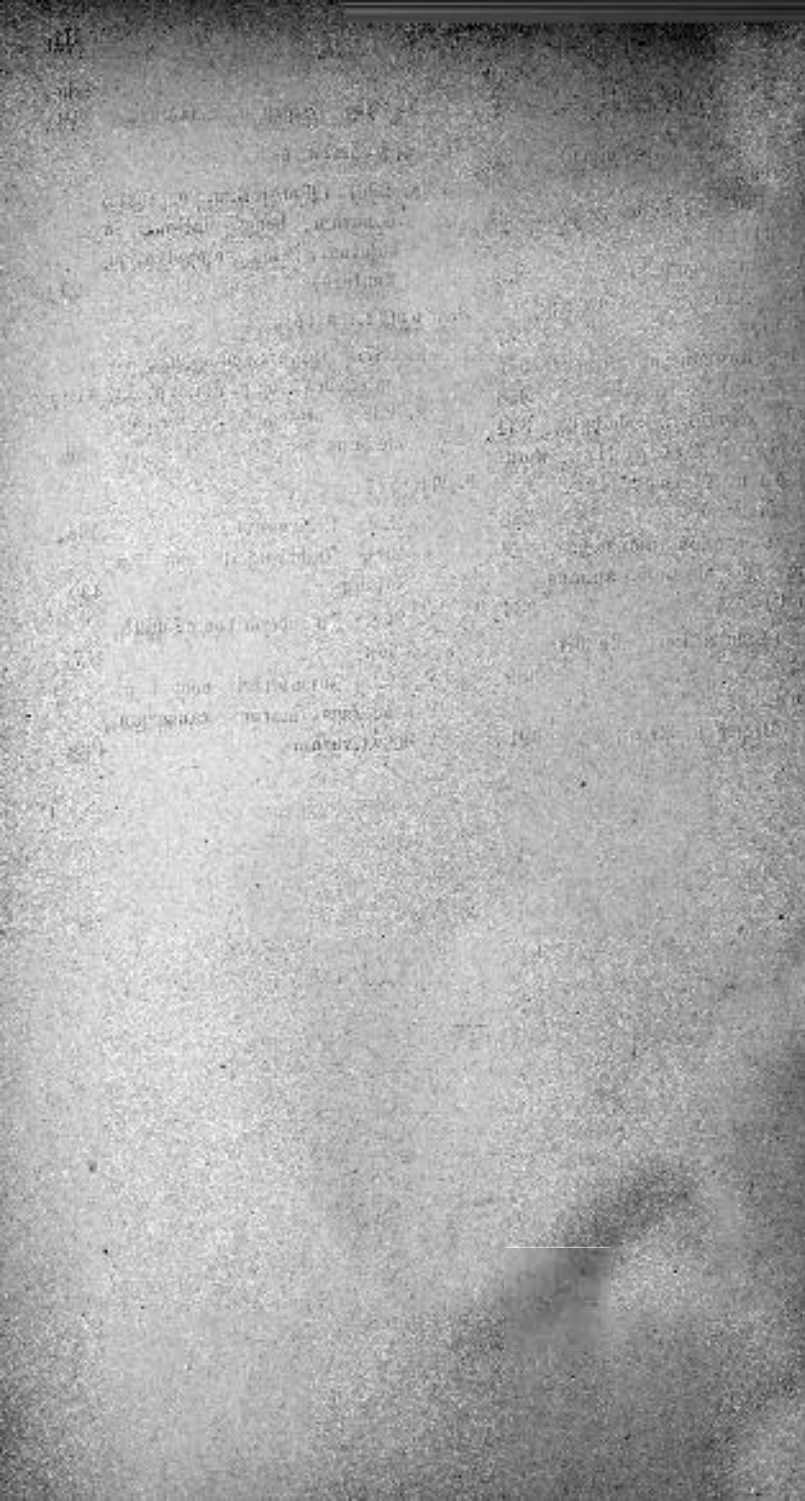
Erste Abtheilung.

Die Personenhaftung.

| | | | |
|---|----|--|---|
| 1. Begriff. | | b. strenge und freiere D. | |
| §. 214. (Die Personenh. ein Müssen) | 20 | §. 224. (strenge u. freiere) | 5 |
| §. 215. (Das Müssen hier Haftung) | 22 | §. 225. (freiere) | 5 |
| §. 216. (Einwände) | 25 | §. 226. (formalkontraktliche) | 6 |
| §. 217. Verbindlichkeit u. Schuld | 33 | §. 227. (b. f. <i>judicium u. condictio</i>) | 6 |
| 2. Arten. | | §. 228. (heutiges Recht) | 6 |
| a. civilis u. naturalis obligatio, Offizialansprüche u. anderweitiges natura debere. | | c. theilbare u. untheilbare, getheilte u. ungetheilte (Partial- u. Solidar-Obligationen) | |
| §. 218. Uebersicht | 38 | §. 229. (Wesen der Theilbarkeit) | 6 |
| §. 219. (Begriff der nat. o.) | 40 | §. 230. (Theilung) | 6 |
| §. 220. (Voraussetzungen und Fälle der nat. o.) | 44 | §. 231. (Theilbarkeit im weiteren S.; Theilbarkeit u. Untheilbarkeit der Bedingung) | 6 |
| §. 221. (Wirkungen der nat. o.) | 50 | §. 232. (Solidarität bei Einheit, Solidarität bei Mehrheit von Personen, letzterenfalls entweder Ganzhaftung, oder Allhaftung, | |
| §. 222. (Offizialansprüche) | 52 | | |
| §. 223. (anderweitiges natura debere) | 53 | | |

| | Seite | | Seite |
|--|-------|--|-------|
| ober Alleinhaftung; volle und halbe Solidarität) | 70 | §. 256. Rechtswohlthaten der Bürgschaft | 190 |
| §. 233. (Gründe und Grenzen der vollen Solidarität) | 71 | §. 257. Verbürgungsact. Kreditmandat und constitutum debiti alieni | 194 |
| (Gründe der halben Solidarität) | 76 | Actiones adjecticiae qualitatis: | |
| §. 234. die Partialobligationen | 77 | §. 258. Ueberhaupt (Grund u. Wesen) | 203 |
| §. 235. die Solidarobligationen | 78 | §. 259. (die einzelnen aa. adj. q.) | 217 |
| §. 236. Fortsetzung | 84 | Delegation und Expromission: | |
| d. prinzipale u. accessorische O. | | §. 260. (Uebersicht; vgl. §. 282) | 229 |
| §. 237. (Begriff u. Arten) | 90 | Intercession: | |
| 3. Inhalt. | | §. 261. Begriff | 230 |
| §. 238. Dare, facere, praestare oportere | 91 | §. 262. SC. Vellejanum | 235 |
| §. 239. Estimabilität | 92 | §. 263. Ausnahmen vom SC. Vell. | 239 |
| §. 240. Certum, incertum | 97 | 6. Veränderung. | |
| §. 241. (incertum insonderheit: generelle, alternative, u. Quantitätenforderungen) | 99 | §. 264. Ueberhaupt | 244 |
| §. 242. (was bei der incerta o. in obligatione) | 103 | a. Verschuldung: | |
| §. 243. (Verwandlung des incertum in certum) | 108 | §. 265. (im allgemeinen) | 248 |
| §. 244. Haupt- u. Nebensache | 115 | Dolus u. culpa: | |
| §. 245. Von unmöglichem Inhalt | 121 | §. 266. (Begriff u. Inhalt) | 248 |
| §. 246. (ob irgendwie impossibillium obligatio?) | 127 | §. 267. (Praestation) | 253 |
| Entstehung. | | §. 268. Insonderheit von custodia | 261 |
| §. 247. (die causae oo. überhaupt) | 131 | §. 269. (Praestation der custodia) | 266 |
| §. 248. Kontrakte | 133 | §. 270. Haftung für Verschuldungen Dritter | 277 |
| §. 249. Quasikontrakte | 145 | Mora. | |
| §. 250. Delikte | 151 | §. 271. Begriff | 287 |
| §. 251. Quasidelikte | 159 | §. 272. Voraussetzung | 292 |
| Intervention. | | §. 273. Wirkung | 299 |
| §. 252. Ueberhaupt | 161 | §. 274. Enbigung, Aufhebung | 302 |
| Duo rei credendi, debendi: | | §. 275. Mora creditoris | 308 |
| §. 253. (Begriff u. Wesen) | 163 | b. R a s u s. | |
| §. 254. (Begründung) | 179 | §. 276. (Begriff u. Folge) | 312 |
| Bürgschaft: | | §. 277. Periculum | 316 |
| §. 255. (Begriff) | 182 | Andere Zufälligkeiten. | |
| | | §. 278. (Arten u. Folgen) | 320 |

| | Seite | | Seite |
|---|-------|--|-------|
| c. Terminsverjährung u. Ortsveränderung. | | §. 285. Folgen u. Schranken | 401 |
| §. 279. (Begriff und Folgen) | 328 | 7. Beschränkung. | |
| d. Eviction. | | §. 286. (Moratorium u. cessio bonorum, benef. dationis in solutum, benef. competentiae, Konkurs) | 409 |
| §. 280. (Begriff, Fälle, Folgen) Vom Interesse. | 334 | 8. Kompensation. | |
| §. 281. Ausgangspunkte | 339 | §. 287. (ipso jure compensari — materielles Kompensationsrecht) | 419 |
| §. 281 a. Interesse u. Interessepraestation | 347 | §. 288. (prozessualische Geltendmachung der K.) | 429 |
| §. 281 b. Kausalnexuſ | 350 | 9. Aufhebung. | |
| §. 281 c. Zeit | 358 | §. 289. Ueberhaupt | 434 |
| §. 281 d. Beweis u. Schätzung | 364 | §. 290. Insonderheit von der Zahlung | 439 |
| e. Novation u. Delegation, Konversion u. Transaktion. | | §. 291. Insonderheit vom Schuld-erlaß | 457 |
| §. 282. Novation | 368 | §. 292. Insonderheit vom s. g. concursus duarum causarum lucrativarum | 460 |
| Delegation insonderheit | 379 | | |
| §. 282 a. (jus novandi, animus novandi) | 384 | | |
| §. 283. (Transaktion, Konversion) | 389 | | |
| f. Cession. | | | |
| §. 284 (Begriff u. Arten) | 391 | | |



B. Obligationen (Haftungen).

§. 206.

Name.

Denken wir unter obligatio nicht den Akt, sondern den Effekt der Obligirung ¹⁾, so gibt es kein deutsches Wort, das jene vollständiger wiedergäbe, als „Haftung“. Mit der „Pflicht“ und „Verpflichtung“ ²⁾ würden wir zwar das Sollen, aber nicht das Müssen ³⁾ der persönlichen obligatio ⁴⁾ treffen, die rei obligatio aber von der obligatio ausschließen, überhaupt nicht über die Moral hinaus und in das Recht hinein reichen. Auch die „Verbindlichkeit“ würde hinter der rei obligatio zurückbleiben, im Vergleiche zu der personae obligatio aber gleich der „Schuld“ (debitum) ein spezielleres oder mehreres sein, als die obligatio (der Personen nämlich) in vielen Fällen ist. Denn die „Verbindlichkeit“, mit deren Dasein wir auch schon das Dasein eines gewissen Müßens entschieden denken, geht über die „Gebundenheit“, — welche in der „obligatio“ ihren gewöhnlichen, in vinculum juris ⁵⁾, nexus ⁶⁾, teneri ⁷⁾ u. dgl. ihren umschreibenden oder synonymen Ausdruck findet, und als rei obligatio kein Müssen sein kann, als personae obligatio nicht überall eines zu sein braucht (§. 215 2. §. 217 vgl. §. 212), — hinaus, während die „Haftung“ bei derselben stehen bleibt, gleich der obligatio eine sachliche

1) vgl. Dirksen, man. §. 1. §. 2; Bekker, über das Verhältniß von actio zu obligatio, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 397 Abs. 1. vgl. S. 385 fgg.

2) die nun auch im Entwurfe des schweizerischen Obligationenrechtes die Obligirung wiedergibt. — S. dagegen Hugo, Gesch. d. lat. Wortes obligatio u. der deutschen Verbindlichkeit, civ. Mag. Bd. 3 S. 390. „Schon in den Noten zu der Uebersetzung des 44. Kapitels von Gibbon (1789) . . . bemerkte ich . . . man habe obligatio (fälschlich) für Pflicht gehalten“.

3) „necessitate adstringi“ pr. J. oblig. 3, 14.

4) s. unten § 208.

5) pr. J. cit. l. 67 D. procur. 3, 3.

6) Dirksen, man. s. v. nexus §. 3.

7) Dirksen, l. cit. s. v. tenere §. 5.

wie persönliche Gebundenheit sein kann⁸⁾, gleich ihr oft Verbindlichkeit und Schuld ist, aber nicht sein muß, bei der sachlichen Obligation niemals Verbindlichkeit oder Schuld ist, bei der persönlichen leicht ein noch im Ungewissen befindliches Müssen, damit eine vorerst noch bedingte Verbindlichkeit oder Schuld — eine an noch unklagbare Obligation sein kann (s. die oben agff. §§.).

§. 207.

Begriff.

Haftung nennen wir die Thatsache, daß etwas, eine Person oder Sache, Jemandem (Gläubiger) zur Satisfaktion für etwas zu dienen bestimmt ist¹⁾.

⌘ Diese Thatsache ist bloßes Factum, wenn jene Bestimmung eine widerrechtliche, wenn z. B. die in die Gewalt der Briganten gerathene („sequestrirte“) Person des Reisenden zur Satisfaktion für etwa ausbleibendes Lösegeld zu dienen bestimmt ist; — sie ist ein Rechtsverhältniß, Recht, wenn die Bestimmung eine rechtliche ist. Eine rechtliche ist sie entweder auf Grund des Völkerrechts: wenn accessorisch zu völkerrechtlichen Verträgen oder principaliter zur Darniederhaltung des Besiegten etwelche Personen als Geißeln genommen werden²⁾; —

8) Daß „obligatio“ als obligirender Akt, als Produkt dieses Aktes, und als Obligationsurkunde ebensowohl „beim Obligiren einer Person“ als „bei dem einer Sache gebraucht wird“, und über die weitere Gemeinsamkeit der Terminologie für die persönliche und die sachliche obligatio s. einsteuilen Riedel: „Obligatio“ als Probe eines neuen jur. Wörterbuchs, in Hugo's civ. Magaz. Bd. V S. 103 fgg. Büchel, civilr. Erörterungen Nr. 2. Marburg 1833 (2. Aufl. Marburg 1847).

1) Scheurl, welcher in der Besprechung von Hartmann's obligatio M. Vierteljahrschr. Bd. 18 S. 497) personae und rei obligatio nem als „Haftung“ aufnimmt, definiert letztere als eine bloße Negative (als den „Zustand einer bestimmt begrenzten Freiheitsbeschränkung“), bringt diese zwar mit der Satisfizierung in Verbindung, thut es aber wiederum bloß negativ, indem die Freiheitsbeschränkung darin bestehe, „daß die haftende Person sich, der Eigenthümer die haftende Sache ein für allemal nicht mehr der rechtlichen Nothwendigkeit entziehen könne, seinerzeit durch die geschuldete Handlung, bezw. durch Erleiden verwerthender Veräußerung dem Gläubiger die bestimmte Befriedigung zu schaffen“. Damit gewinnt es den Anschein, daß Sch. die Satisfaktionsbestimmung als etwas außer der Haftung liegendes, oder als etwas erst von außen oder oben herab an sie herantretendes denke. Vgl. denselben übrigens unten §. 209. Anm. 3

2) vgl. Hugo Grotius, de J. B. et P. lib III c. 20 §. 52—60; Bestimmung über den Nachlaß der obsides l. 31 D. jure fisc. 49, 14.

oder auf Grund des Privatrechts: insofern Personen oder Sachen „obligirt“, d. i. zur allfälligen Satisfaktion für etwas zu dienen bestimmt sind. x

Fortan ist nur von Haftung im rechtlichen, und zwar im privatrechtlichen Sinne des Wortes (obligatio) die Rede.

§. 208.

Gegenstand.

Denkt man unter dem Gegenstande der Haftung das was haftet, so kann es wenigstens nach der Sprechweise der Quellen nicht bezweifelt werden, daß Personen nicht minder als Sachen diesen Gegenstand abgeben. Denn wo von obligari, obligatum esse schlechthin die Rede ist, sind überall Personen obligirt, haftbar, verhaftet¹⁾. Eher läßt sich aus dem Begriffe der Haftung (§. 207) ein Bedenken hiegegen entnehmen. Denn so geläufig es dem alten Rechte war, daß der Gläubiger sich nöthigenfalls aus der Person des Schuldners für sein Guthaben satisfazirte²⁾, so wenig ist dieses nach dem späteren römischen, geschweige denn nach heutigem Rechte der Fall. Zwar kommen Personalarreste bis auf Justinian herab vor (§. 81 A. I. 1), und hat es etwas derartiges noch unlängst in unserem Wechselarreste gegeben; allein hier wie dort³⁾ ist die Person nurmehr Zwangs-, nicht mehr Satisfaktionsobjekt; sie kann

1) z. B. l. 10 §. 2 D. de in rem verso 15, 3 — dum se obligat — l. 8 C. eod. — si te his omnibus obligasti — l. 11 eod. — ancilla, quam jure non obligari posse constat — l. 1 §. 3 D. o. e. a. 44, 7. Is quoque cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur . . . tenetur — §. 4, §. 5, §. 6, §. 8 l. 2 §. 3 eod. l. 6 §. 3 D. ed. 2, 13 — obligandi solvendi sui causa negotiationem — l. 32 §. 3 D. ad SC. Vell. 16, 1 — creditor cui me obligavi — Die Antithese von se und rem substantiam suam obligare) häufig im Bereiche des SC. Vellejanum, aber nirgends schlagender als in l. 2 pr D. poll. 50, 12. Ausdrücklich widerspricht Keuner, Privatrechtsverh. S. 63 unten, daß die Person Gegenstand sei.

2) „— Ni judicatum facit aut quis endo eum jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus —“. Erat autem jus interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nudinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae judicati essent, praedicabatur. Tertius autem nudinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. A. Gellius, 20, 1, 45—48.

3) — gleichwie im Personalarreste der deutschen Civilproz. D. §. 798.

weder verkauft, noch zur Abarbeitung der Schuld verwendet, geschweige denn getödtet — durch ihre Abduktion, Detention soll nur sie selbst oder ein Anderer für sie zur Zahlung genöthigt werden⁴⁾. Der Zahlungszwang ist geblieben, die pfandhafte Ausbeutung der physischen Person ist aufgehoben⁵⁾. Unserem Begriffe gemäß muß aber das was haftet, indem es haftet, die (pfandhafte) Bestimmung, Satisfaktionsobjekt zu sein, haben.

Nichtsdestoweniger ist weder von obigem Haftungsgriffe, noch von der Behauptung abzulassen, daß überall da wo „Personen obligirt“ werden, diese den Gegenstand der Haftung oder das Satisfaktionsobjekt bilden. Allerdings erfolgt die Realisirung der Haftung (obligationis executio) nurmehr aus dem Vermögen, und scheint darnach nurmehr das Vermögen Gegenstand der Haftung zu sein⁶⁾; in Wirklichkeit aber haftet unmöglich das Vermögen: sonst wäre jede persönliche Obligation eine Generalhypothek, und müßte, zum Behufe der Satisfaktion, nicht erst gepfändet werden. Das Vermögen ist nicht Gegenstand der Haftung, sondern nur ein Mittel ihrer Durchsetzung — gewissermaßen in solutione, nicht in obligatione; Gegenstand der Haftung ist fort und fort die Person; nur in personam ist hier actio; allein haftbar ist die Person nun nicht mehr in ihrer Totalität, mit Gut und Blut, sondern nur als das Ding, welches Vermögen haben kann; so ist denn auch die actio im Stadium der Durchsetzung der Haftung nurmehr auf das Vermögen und dessen Trennung von der haftenden Person gerichtet; die Pfändung ist nichts als eine zur Durchsetzung der Haftung oder Satisfaktion des Gläubigers durch obrigkeitliches Machtgebot (missio in bona) oder obrigkeitlichen Zugriff (pignoris capio) in's Werk gesetzte Lösreißung des Vermögens von der haftenden Person⁷⁾. Die obligirte Person ist Satis-

4) a. a. O. und §. 67 II, 2:

5) allem Anscheine nach durch die lex Poetelia: „non corpus obnoxium esset“ Liv. 8, 28. s. dagegen Hartmann a. a. O. S. 122.

6) Liv. 8, 28 — Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset —. Bekker, zur L. vom Rechtssubj. in den Ihering'schen Jahrb. Bd. 12 Hft. I S. 69 fg. „— schon für das neuere römische und folglich auch für das gemeine R. sind wir vollberechtigt, jede D. als Recht an dem Vermögen des Schuldners zu betrachten“.

7) vgl. oben §. 67 II. 2 und meine Erört. über den „Begriff obligatio“ in der Grünhuf'schen Zeitschrift Bd. 1 S. 18.

faktionsobjekt als Vermögenssubjekt; als solches haftet sie bis zur vollständigen Satisfaktion (z. B. §. 286 S. 415 Abs. 1 u. Nr. 4) oder sonstigen Lösung der Obligation (§. 289).

Daß in der rei obligatio die Sache haftet, den Gegenstand der Haftung oder das Satisfaktionsobjekt bildet, liegt klar vor Augen und kann nicht an sich, sondern nur insofern Anstoß erregen, als auch eine wahre obligatio diese Haftung für erklärt wird. Denn ausgehend von der Vorstellung, daß das allgemeine Wesen der Obligation eine Pflicht, Verbindlichkeit, oder Schuld sei (vgl. §. 214 a. E.) — eine Vorstellung unter welcher auch die Vertheidiger der obligatorischen Natur des Pfandrechts zumeist noch leiden^{7 a)} — wollen die Meisten die rei obligatio (Pfandhaft) noch immer nicht als wahre Obligation anerkennen⁸⁾. Sollte

7a) s. dieselben bei Lang, über die Natur des Pfdr.'s, Arch. f. civ. P. Bd. 28 S. 360 §. 5. Vangerow §. 363 Anm. 2, darunter hauptsächlich Büchel an dem §. 206 Anm. 8 agf. D.; und vgl. z. B. Mühlenbruch, Cession 3. Aufl. S. 15 „wobei eine Sache als verpflichtetes Objekt angesehen wird“, — Arndts §. 364 „die Verpfändung gleichsam accessorische Verpflichtung derselben (Sache)“ — während Sohm (Subpignus) „die obligatio rei selbst erst wieder einer Erklärung für bedürftig erachtet, weil Verpflichtung einer Sache ein juristisches Unding sei“ (S. 7), Exner wahrscheinlich aus demselben Grunde „die Differenz in der Struktur beider Verhältnisse (pers. u. rei o.) deren Verwandtschaft weit überragen“ läßt (Pfandrechtsbegriff S. 50), Sintenis gleichfalls gegen die „Verpflichtung der Sache“ reagirt (Pfandr. Streitfragen Hft. I S. 5 fg.), Scheurl aber nicht unrichtig von „Gebundenheit“ spricht (M. Viertelj. Bd. 2 S. 434—439), und gleich Huschke Person und Sache bereits „hatten“ läßt (a. a. D. S. 497, Zeitschr. f. Civilt. u. P. Bd. 20 S. 222).

8) s. neuestens Hartmann, a. a. D. S. 139 „daß die R. Quellen die dingliche Bestrichtheit des Pfandes ja auch oft bildlich obligatio nennen“. Vordem z. B. Buchta, Vorll. §. 193 a. E. „Mit diesen Argumenten will man uns den absurden Satz aufnöthigen: die Sache sei die Schuldnerin, also jede verpfändbare Sache eine Person, oder den römischen Begriff einer dinglichen Forderung“; Rudorff, zu Buchta's Vorll. a. a. D. Anm. 2 „die Bezeichnung Obligation ist eine uneigentliche“; Dernburg, Pfdr. §. 12 „müßte man einer Sache durch Fiction Individualität und Persönlichkeit beilegen“, was nach Hunger, Jahrb. f. wissensch. Krit. 1835 2. Hälfte S. 182 jgg. „nicht ohne völlige Aufhebung aller Begriffe von Person und Sache . . . angenommen werden“ kann; Keller, Pand. §. 190 „die ganze Ansicht Büchels . . . von der dinglich persönlichen Obligation . . . nicht römisch, nicht richtig gedacht und von dem aller schlechtesten Geschmack“ — Wächter, würt. Privatr. Bd. 2 §. 48 Anm. 25 „müßte . . . die Sache . . . verpflichtet sein“; Unger, Syst. d. ö. Privr.'s. §. 62 Anm. 9 „Verkehrung der Sache etc., indem . . . von der ganz willk. Ansicht ausgegangen wird, der Begriff obligatio sei . . . nichts anderes als Forderungsrecht . . . während er umgekehrt jede Gebundenheit bezeichnet“; Windscheid, §. 224 a. E. „es ist ein dingliches und kein obligatorisches Recht“. Dernburg, Pfandrecht, Inhaltsverz. XI. §. 12 „Das Pfandr. ist ein jus in re und keine obligatio rei“.

sich aber bewähren, daß das allgemeine Wesen der obligatio Haftung, und die Verbindlichkeit und Schuld nur eine Abzweigung und Spezifikation der Personen-Haftung ist (§§. 214, 215), daß die personae obligatio selbst vor allem, von jeher und stets eine Haftung, daß sie nicht nothwendig oder überall auch Verbindlichkeit und Schuld (§§. 214—217), wohl aber stets eine pfandartige Gebundenheit, „Bestricktheit“ der Person ist, so wird man, weit entfernt, der Pfandhaft das Wesen einer obligatio abzusprechen, in ihr das Wesen der Obligation erkennen, einräumen, daß das Wort obligatio überall, auch als Personen-Obligation, Bild, zugleich aber behaupten, daß es überall, auch als rei obligatio, zugleich Wahrheit, und zwar eine und dieselbe Wahrheit, eine und dieselbe Haftung sei. —

Ist in der Haftung stets ein etwas enthalten wofür gehaftet wird (§. 209), so mag man auch dieses Wofür den Gegenstand der Haftung nennen, und in den besonderen Gestaltungen der personae obligatio (zu Verbindlichkeiten und Schulden — §. 217) dafür auch einen besonderen Grund finden. Immerhin aber bleibt das was haftet, und das wofür gehaftet wird, kategoriſch von einander geschieden. Dagegen schlechthin nicht möchten wir den Willen, der undenkbar haften d. i. zum Satisfaktionsobjekte werden kann, irgendwo zum Gegenstand der Obligation machen. Denn eben darum, weil wir an dem Willen derer, die uns leisten sollen, nicht „genug“ haben, darum sind die Haftungen der Personen selbst, oder ihrer Sachen, entstanden; die Obligation soll uns über den Willen derer, von denen wir etwas bekommen sollen, erheben; sie wäre für nichts, wenn sie denselben zum Gegenstand, oder zum Inhalt, oder zur Substanz oder irgend etwas dergleichen erhielte⁹⁾. — —

Daran, daß in der rei obligatio oder im Pfandrechte ein

9) vgl. meinen „Begriff obligatio“ a. a. O. S. 12; hinwider Windscheid, Pand §. 250. §. 251: „Die FFrechte haben zum unmittelbaren Inhalte die Unterwerfung fremden Willens“. Unger, Syst. d. ö. P. §. 62 Anm 9 „gebundener Wille“. S. auch Brunß, in der Holzendorff'schen Encycl., d. heutige röm. R. §. 48. „Gegenstand der D. ist hintereinander der Schuldner, sein Wille, seine Handlung, der Inhalt der Handlung, die Sache, worauf sie sich bezieht, der Erfolg, den sie bewirken soll“. Nicht minder scheint Savigny den Willen als Gegenstand der D. zu denken, da das Bild obligatio den „Zustand des unfreien oder gebundenen Willens anschaulich machen“ soll. (Oblig. Bd. 1 S. 13 fg.).

Haftendes, und damit etwas zur Satisfaktion des Gläubigers Bestimmtes gegeben sei, kann, wie schon bemerkt, nicht gezweifelt werden; ein Blick auf die Sprache¹⁰⁾, den Zweck und Erfolg des Pfandrechts¹¹⁾ müßte jeden Zweifel beseitigen. Dagegen ist auf dem Gebiete der persönlichen Obligationen durch das Vortreten der Verbindlichkeiten und Schulden (des dare, facere, praestare oportere) der Blick auf die Haftung dermaßen getrübt, daß die satisfactorische Bedeutung dieser Obligation verkannt, und, nach dem Hofokostil unserer Tage, dem „Satisfaktionsapparate“ der „Zwangsassarat“ entgegengesetzt worden ist. Hievon wird aber des Näheren erst bei spezieller Betrachtung der Personenhaftung die Rede sein (§. 214, §. 216).

§. 209.

Das Wofür der Haftung.

Das Ding, wofür Personen und Sachen haften, ist irgend eine Leistung an Denjenigen, dem die Person oder Sache haftet (Gläubiger). Daß eine Haftung ohne dieses ihr wofür nicht zu denken sei, konnte nie verkannt werden¹⁾. Wohl aber nehmen wir um eben deswillen, weil die Haftung von ihrem wofür untrennbar ist, Anstand, dieses²⁾ den Zweck, und die Haftung das Mittel zum Zweck zu nennen. Denn da die Haftung das daß für etwas gehaftet werde in sich begreift, kann sie, das Ganze, unmöglich einen bloßen Bestandtheil von sich (das wofür) zum Zwecke haben, — so wenig als sonst ein Ganzes, wie z. B. das Schiff, einen bloßen Bestandtheil seiner selbst, wie etwa den Kiel, oder das Deck, oder das Steuerruder zum Zwecke hat. Aber auch wenn wir anstatt des Ganzen der Haftung den einen ihrer beiden Bestandtheile, die gewisse Gebundenheit, ihrem anderen Bestandtheile, dem wofür oder wozu, gegenüber stellen, kann der erstere

10) vgl. einstmalen §. 206 Anm. 8.

11) z. B. l. 3 C. de luitione pignoris 8, 3. Si . . satis (creditori . . factum esse probaveris, restitui tibi res pacto pignoris obligatas (praeses prov.) providebit —

1) und ist von dem Vf. in obigem Aufsätze der Grünhut'schen Zeitschrift nicht verkannt worden (s. a a D. S. 17 oben), wie Hartmann, die Obligationen S. 39 Alin. 1, zu meinen scheint.

2) mit Hartmann a. a. D. insbes. § 5 „das Zweckmoment im Obligationensbegriff insbesondere“ und vorher allenthalben in §. 4 die Natur der D. im Allgemeinen.

nicht als ein Mittel des anderen, dieser nicht als Zweck von jenem gedacht werden. Denn alle Theile zusammen haben das Ganze, mit nichten einer den anderen zum Zweck. So paradox es auch klingen mag, die Gebundenheit hat nicht die Leistung zum Zweck. Weit entfernt daß die Gebundenheit zwecklos wird, wenn die Leistung unmöglich geworden ist (was doch der Fall sein müßte, wenn diese der Zweck und jene das Mittel wäre), erscheint dieselbe häufig gerade jetzt erst in ihrer vollen Zweckmäßigkeit. Zwar durch den wirklichen Erfolg der Leistung wird die Gebundenheit zwecklos, aber sie wird dies nicht weil sie in der Leistung, sondern weil sie erst für den Fall der Nichtleistung ihre Mission, ihr Ziel und ihren Zweck hatte. Allerdings werden nicht wenige Leistungen die sonst ausblieben eben darum, weil ihrethalben eine Gebundenheit vorliegt, in Wirklichkeit erfolgen; allein diesen Effect hat die Gebundenheit gerade dadurch, daß ihr Dasein von dem Nichterfolg der Leistung unabhängig, daß es mit ihr nicht aus ist, wenn es mit der Leistung aus ist, daß es vielmehr häufig mit ihr erst recht anfängt, wenn es mit der Leistung aus ist. — Wohl dagegen haben, wie bemerkt, die Theile alle zusammen in dem Ganzen ihren Zweck. Die Gebundenheit, an und für sich irgend eine Unterthänigkeit, etwa Knechtschaft, Eigenthum, Besitz, oder doch *actione teneri* — das Wofür, an und für sich höchstens ein Leisten- und Bekommen- Sollen, eine moralische Pflicht hier, ein Glauben, Hoffen, Erwarten dort, wurden durch ihre Verbindung zur Haftung etwas Neues: die Gebundenheit aus absoluter Abhängigkeit zu einer gegen den Willen des Herren (durch Leistung) lösbaren Fessel, gewissermaßen Statulibertät³⁾; das Sollen und Wollen der Leistung dagegen umgekehrt aus einer Willkür des Sollenden zu einer gewissen Zwangs- und Nothlage dort, zu einem gewissen Rechte und zwar mindestens zu einem Aktions- und Persekutionsrechte hier. Durch letzteres wird das Bekommen-sollen dem Haben wo

3) vgl. Scheurl, in der Recension von Dernburgs Pfandrecht, Münchener Vierteljahrschrift Bd. 2 S. 436: „als Gattungsbegriff (wovon Schuld- und Pfandverhältniß zwei Unterarten) bedeutet obligatio . . . ein Rechtsverhältniß, wobei die Wiederaufhebung ebenso etwas Nothwendiges, wie sie in der Regel bei den Rechtsverhältnissen etwas Zufälliges ist“. Uebrigens auch Hartmann selbst a. a. O. S. 37 Abs. 2.

nicht gleichgestellt, so doch nahe gebracht; die Verbindung der Gebundenheit mit dem Wofür hatte eine Ausdehnung des Vermögens von der Habe engeren Sinnes auf eine Habe weiteren Sinnes, von den res auf die actiones zur Folge⁴⁾.

§. 210.

Die Satisfaktion.

Definitionsmäßig (§. 207) besteht die Haftung darin, daß das was haftet für den Fall der Nichtleistung demjenigen, dem gehaftet wird (Gläubiger)¹⁾, zur Satisfaktion zu dienen rechtlich bestimmt ist.

Diese Satisfaktion ist möglicherweise eine moralische, oder aber eine wirthschaftliche (pekuniäre). Wir nennen sie moralisch oder wirthschaftlich, nicht nach den Mitteln womit, sondern nach dem Dinge, das befriediget werden soll. Die moralische setzt ein uns zugefügtes Unrecht voraus und befriediget den dadurch wachgerufenen Vergeltungs- oder Rache-trieb; die wirthschaftliche setzt ein uns zustehendes Vermögensrecht voraus, und befriediget einen in ihm beruhenden Anspruch. Die Vergeltung bei der moralischen Satisfaktion ist noch nachweislich zum Theil talionisch gewesen²⁾; später allenthalben ein Lösegeld (poena)³⁾. So fällt die moralische Satisfaktion zuvörderst in den Bereich der Strafoptionen oder der poenales actiones (§. 85). Diese stehen in den Institutionen außerhalb der übrigen Obligationen⁴⁾, gleich als ob sie diesen nicht zünftig zugehörten; sie werden durch pactum de non petendo ipso jure getilgt, gleich als ob sie lediglich petitiones, nicht auch obligationes seien, die Person des Delinquenten nicht erst haftbar, sondern unmittelbares Verfolgungsobjekt sei — was sie (ein Stück Selbsthilfe) denn auch in der

4) l. 49 D. v. s. 50, 16 — in bonis . nostris computari solent non solum quae domini nostri sunt sed . . . etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus —.

1) creditor gleichmäßig bei rei wie personae obligatio: 3. B. l. 19 pr. D. damn. inf. 39, 2 l. 13 §. 2 D. pign. 20, 1.

2) Bruns, font., leges XII tab. VIII. 2. Gaj. 3, 223.

3 vgl. Gaj. 3, 224; 210, 215, 217; 189 in f.

4) nach der Lehre von der Aufhebung der DO.: Gaj. 3, 168 — 181, 182.

That einmal gewesen sein mögen⁵⁾; nachmals aber da dieses Verfolgungsrecht des Verletzten auf eine Strafflage beschränkt ward, trat an die Stelle der unmittelbaren Verfolgbarkeit der Person eine Haftung der Person für den Straffatz, die *poenalis obligatio* zur *poenalis actio*. Damit ist denn auch hier vor die Satisfaktion ein Recht getreten, zwischen das Unrecht und die Satisfaktion ein Anspruch auf die Leistung der Straffsumme geschoben; allein ein Vermögensrecht gleich den übrigen *actiones* ist dieses Straffforderungsrecht niemals vollständig geworden, am wenigsten dann, wenn es, wie vor Alters vielleicht jede Deliktsverfolgung, noch immer „*vindictam spirat*“⁶⁾.

Dem Unterschiede reipersekutorischer und poenaler Aktionen, Obligationen, liegt also ein Unterschied in der Satisfaktion, diesem selbst der zwischen Recht und Unrecht zu Grund. Freilich können in Folge Unrechts auch bloß reipersekutorische, oder doch „gemischte“ Aktionen und Obligationen aufgestellt⁷⁾, oder es kann die Strafe nach dem Schaden bemessen, die *actio*, *obligatio* also *poenalis* und aber *rei persecutionem continens* sein⁸⁾; dagegen kann anderseits in eine aus Recht (*contractu*, *quasi c.*) entstandene Obligation sich nachträglich Unrecht des Obligirten einmischen und darnach die zunächst auf Vermögensersatz angelegte Haftung zu gemischt reipersekutorischer und poenaler Haftung auswachsen; dies ist vor dem Prozeß⁹⁾ und in dem Prozeß¹⁰⁾ möglich. — Innerhalb der *rei obligatio*

5) vgl. oben Bd. 1 S. 262 Abs. 2.

6) l. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2 — *E contrario autem eadem actiones nihil bonis rei, defuncto eo, detrahunt. Sed ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, injuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit.* — Vgl. oben § 85 Anm. 11–16 und dazu noch Huschke, die multa und das sacramentum, S. 425 „Delikts- und Quasideliktsfragen verfolgen umgekehrt kein eigenes Recht, sondern sind zunächst *ex facto* —“. S. 433 „Bei Delictsoo. iag (die) *causa* . . in der Natur der vergeltenden Rache . . wenn Person, Vermögen, oder Sache . . widerrechtlich angegriffen und verletzt war“.

7) s. oben §. 85 Anm. 17 vgl. 18.

8) a. a. O. Anm. 8.

9) s. g. *depositum miserabile*: l. 1 §. 1 D. dep. 16, 3 — *earum rerum (quae tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositae sunt) in duplum . . . iudicium dabo* —; *poena dupli* gegen Zahlungsaumjal bei frommen Vermächnissen § 19 §. 23 J. act. 4, 26.

10) *lis infitiando crescit in duplum* — Gaj. 4, 171 Ueber den gemischt poenalen u reiperf. Charakter der alten Exekution s. Karlowa, röm. Civilpr. zur Zeit der V. A. S. 160 iag.

taucht der Unterschied reipersekutorischer und poenaler Verfolgung nicht auf; moralische Satisfaktion kann man (im Rechte) nur an Personen, nicht an Sachen nehmen: die rei obligatio ist überall reipersekutorisch, „erzeugt“ in rem actionem¹¹⁾.

Das Satisfaktionsverfahren muß verschieden sein, je nachdem der Gläubiger den haftenden Gegenstand bereits (zu eigen, oder im Besitze) hat, wie es beim Nexus vielleicht, bei der Fiducia (cum creditore) sicher der Fall war, beim Faustpfand noch immer der Fall ist; oder aber den haftenden Gegenstand erst bekommen soll, sein Recht also weder auf Eigentum, noch Besitz beruht, sondern in einem bloßen Aktions- oder Persekutionsrecht besteht (sonstige persönliche Obligationen, Hypothek) (§. 211). Ersterenfalls findet ursprünglich außergerichtliche¹²⁾, letzterenfalls überall, wo der Haftende nicht freiwillig leistet oder der Besitzer der haftenden Sache diese nicht freiwillig löst oder dem Gläubiger überläßt, grundsätzlich gerichtliche oder doch nur mit gerichtlichem Urlaub, für den Fall daß die Haftung bestritten ist, überdieß nur nach vorgängigem Judikat einzuleitende Exekution statt¹³⁾.

So verschieden und mannigfaltig aber all dieses Verfahren ist, läuft doch schließlich, wenn man von gewissen Unsicherheiten des ältesten¹⁴⁾ und einigen Lizenzen des älteren Rechts¹⁵⁾, sowie von einigen selteneren Pfandfällen¹⁶⁾ absieht, alles auf Befriedigung des Gläubigers durch Verkauf¹⁷⁾ hinaus. Daß

11) l. 17 D. pign. 20, 1. vgl. §. 211. Anm. 8.

12) noch nach iustinianischem Rechte außergerichtlicher, lediglich durch den Gläubiger zu bewirkender Pfandverkauf: C. de distr. pign. 8, 28; über eine alte manus injectio und abductio ohne addictio s. Huschke, Recht d. Nexus 3. B. S. 54.

13) §§. 80 - 82, besonders S. 225.

14) 3. B. ob und wie weit Abverdienung — Varro s. v. nexum.

15) lex commissoria, bezüglich der Hypothek, Cic. ep. ad fam. 13, 56 - hae commisae sunt — Festus „nancitor“ — „siquid pignoris nanciscitur, sibi habeto“ cf. Cato r. r. c. 146. Entfräntung derselben: l. 3 C. de pact. pign. et comm. lege 8, 35 Alex. a. 222.

16) pignus nominis mit der Möglichkeit der Eintreibung, 3. B. l. 18 D. pign. act. 13, 7 — Pfandrecht an Servituten in Gestalt bloßen Ausübungsrechtes: l. 12 D. pign. 20, 1.

17) personae obligatio: honorum venditio, nicht addictio: l. 6 C. bonis auct. jud. poss. 7, 72 Dioel. l. 8 eod.; — in causa iudicati pignora ex auctoritate Praesidis capta potius distrahi quam jure domini possideri consueverunt: l. 3 C. si in caus. jud. 8, 23; — rei obligatio: noch in klassischer Zeit Abschwächung des pactum ne liceat distrahere (l. 4 D. pign. act. 13, 7) Ulp., oder gar Ungültigkeit? (l. 7 §. 2

aber alle Befriedigung des Gläubigers, die diesem durch Execution in Pfänder oder Vermögen des Schuldners, es sei nun mittelst Verkaufes oder sonstwie zu Theil wird, eine Satisfaktion, und zwar eine Satisfaktion für die demselben entgehende schuldige Leistung sei, wird nicht wohl bezweifelt werden können¹⁸⁾.

§. 211.

Form der Haftung.

Form der Haftung nennen wir die Fakta und Rechte, in denen die Haftung zur sichtlichen Erscheinung oder zur rechtlichen Existenz gelangt. Möglicherweise kleidet sie sich in die Fakta des Besitzes, der Detention, der „Haft“ (Faustpfand, *missio in possessionem*, *abductio*), allgemein aber besteht sie, zugleich oder ausschließlich, in einem Rechte des Gläubigers. Dieses ist weder historisch noch dogmatisch überall dasselbe, vielmehr in verschiedenen Zeiten und Lagen verschieden.

So können beide, die Personenhaftung nicht minder als die Sachenhaftung, uranfänglich in Eigenthumsgestalt erschienen sein. Daß das bei der *rei obligatio* möglich und noch zu Gajus Zeit nichts seltenes war, steht fest (*fiducia cum creditore facta*)¹⁾; daß ein gleiches durch Selbstmancipation des Schuldners oder Bürgen bei der *personae obligatio*, als „*nexum*“, erfolgen konnte, steht nicht fest, hat aber wachsende Wahrscheinlichkeit für sich²⁾. — Mit dem Eigenthum hatte der

D. distr. pign. 20, 5 nach Maßgabe der Konjektur *debitore* statt *creditorum*, *creditori* statt *debitori*, und bei Varianten *paactionem* statt *venditionem*, *venditioni* statt *paactioni*); das *vendere debere jus commune*: l. 1 C. *pact. pign. et comm. leg.* 8, 35; Verbot der *lex commissoria* l. 3 *eod.*

18) § 3. B 1. 10 pr. C. *bon. auct. jud. poss.* 7, 72 — *secundum debita (aequali portione, pro rata debiti quantitate — l. 6. eod.) satis: eis fieri, explorati juris est — §. 1 — possit ex eis satis sibi facere — cf. l. 4 eod. — satis ejus creditoribus facturus — l. 1 C. quod cum eo* 4, 26. §. 31 J. *act.* 4, 6 §. 208 Ann. 11.

1) Gaj. 2, 59, 60.

2) Zu den in meinem „Begriff der *Obligatio*“ in Grünhut's Zeitschr. Bb. 1 S. 15 unten Nr. 2 über das *Nexum*, und zu dem in meiner Anzeige über R. Maurer's Schuldnechtschaft nach altnord. Rechte Bemerkten

Gläubiger nothwendig auch Besitzrecht (Bd. 1 S. 472), anderseits aber trotz Eigenthums weder die Sache noch die Person im Vermögen, sondern beides bloß fiduziärisch, als anvertrautes,

(Münchener Vierteljahrschrift Bd. 16 S. 688) kommen zunächst folgende dem Vf. von Karl v. Amira mitgetheilte Stellen aus deutschen Rechtsquellen: Lex Bajav. I. 10 — et si non habeat (das wegen Tödtung eines Bischofs schuldige Bußgeld), se ipsum et uxorem et filios tradat ad ecclesiam illam in servitio, usque dum se redimere possit — ähnliches ibid. II. 1 Abs. 2 mit der weiteren Bestimmung, daß er per singulos menses vel annos quantum lucrari quiverit persolvat Ibid. VII. 4 enthält Einschränkung der Schuldknechtschaft auf den Fall da der (Delikt- oder Vertrags-, oder jeder?) Schuldner ex spontanea voluntate libertatem suam tradere voluerit; ibid. IX. 4 und Marculf. form. II, 28 (Rozière 52) geben Grund zu der Unterscheidung der in den vorigen Citaten enthaltenen gewissermaßen fiduziärischen Knechtschaft von der Verschuldung absoluten Freiheitsverlustes; — eine Selbstüberlieferung (vadium) des wegen Delikts Verurtheilten mit symbolischen Handlungen (brachium in collum posui et per comam coram praesentibus hominibus tradere feci) u. mit der Erklärung, bis zur Zahlung gleich den übrigen Knechten (servi) sich beugen und arbeiten zu wollen, s. in den Formeln (Rozière . . nro. 464 vgl. nro. 373); von demselben vadium handeln auch die Kapitularien zu der lex Ribuaria a. 803 c. 3 (liceat ei semetipsum in vadium ei cui debitor est mittere usque dum multam quam debuit persolvat); ferner c. 8. (Liber qui se loco wadii in alterius potestate commiserit damnum aliquod cuilibet fecerit —); de exerc. a. 811 c. 3 (semetipsum in vadium pro servo dare studeat usque dum plenam compositionem adimpleat —). Desgleichen Bonon. a. 811 c. 1 und Aqu. a. 817 c. 2. Ganz allgemein läßt die lex Frision. XI. 1 den liber homo spontanea voluntate vel forte necessitate coactus nobili seu libero seu etiam lito in personam (?) et servitium liti se subdere. Zweidentig (ob Selbsthingabe oder Vindicacion in Knechtschaft) die lex Visigoth. VII. 1 und IX. 1. Geradezu von Selbstverkauf und von Selbstverpfändung, überdies in Vertrags- (Darlehen, Kaufschuldachen) handelt Conc. Franc. a. 615 nach can. 11 Mansi X. 548 — de ingenuis qui se pro pecunia aut alia re venderint vel oppigneraverint, ut quandoquidem pretium quantum pro ipsis datum est invenire potuerint, absque dilatione ad statum suae condicionis reddito pretio reformetur. Auf Selbstauslieferung wegen Darlehens mit dem Versprechen, bis zur Zahlung gewisse Wochentage nach Befehl arbeiten und sich der gegenüber den anderen Knechten (servientes) üblichen Zucht unterwerfen zu wollen, geht auch die schon angezogene Marc. form. II. 27. (Rozière nro. 373). Von poetischer Anwendung, zudem nicht bloß die Selbstverpfändung der Person, sondern auch die Verpfändung des ganzen Vermögens verbietend ist die lex Visig. II. 5 (a. 642—643) — ut cum pro re qualibet adimplenda sit pactio, res eorum simul obligent et personas, hoc fieri omnimodo prohibemus — res tamen omnis aut persona nullatenus obligetur. — Hier ist se obligare = se oppignerare. Nach indischem Rechte gibt es einen „Sklavereivertrag“, der allem Anscheine nach auch credendi causa eingegangen werden kann, wie denn in demselben auch von Schuldknechten die Rede ist, welche die zuvor „stipulirten“ Arbeiten zu verrichten haben, also wohl nicht erst erefutions-, sondern vertragsweise in mancipii causam gekommen sind (J. Kollh, über d. indisches Schuldbrecht, Abhh. d. Münch. Akad. 1877 S. 317.

mithin fremdes Gut. Niemals ist das Pfand als solches im Vermögen des Gläubigers³⁾; denn so lange es Pfand ist, ist es auch lösbar⁴⁾, ob seine Bindung nun locker oder strenge, Besitz, jus in re, oder Eigenthum sei⁵⁾.

Was das quiritische Eigenthum des Pfandgläubigers an res mancipi könnte ursprünglich die possessio desselben an res nec mancipi bedeutet haben. In unseren Quellen aber hat der Pfandgläubiger nie mehr Eigenthum, weder quiritisches noch sonst eines, und wenn ihm vertragsweise der Besitz eingeräumt wird, den Besitz im Gegensatz zum Eigenthum (Faustpfand). Doch ist bemerkenswerth, daß ihm vertragsmäßig nie zu bloßer Detention, und daß ihm der Besitz immer noch ähnlich wie einst das Eigenthum, als fremdes Gut (fiduziarisch), eingeräumt wird (§. 139). Ein Seitenstück zu dieser pignoris depositio läßt sich aus der personae obligatio zur Zeit nicht nachweisen.

Dagegen ist wieder beiderlei Obligationen, der rei wie der personae obligatio, nachweislich gemeinsam diejenige Form der Haftung, bei welcher das was haftet weder im Eigenthum noch im Besitze des Gläubigers sich befindet, wohl aber einem Aktions- oder Persekutionsrechte desselben ausgesetzt ist, so daß die Haftung passiv ein actione teneri⁶⁾, activ ein Aktionsrecht, ein jus actionis, exactionis, persecutionis ist⁷⁾; haftet eine Person, so ist actio in personam; haftet eine Sache, so ist actio in rem. Gleichwohl ist die Sachen-Haftung, oder was eins ist, das Sachenpfandrecht nicht primär, wie die Servitut, jus in re und infolge dessen in rem actio, sondern primär Aktionsrecht, und nur infolge davon daß die actio eine in rem sein muß, jus in re. In rem aber muß sie sein, weil außerdem keine rei persecutio, keine irgendwie ausreichende Verfolgung

3) l. 12 §. 2 D. furt. 47, 2. arg. l. 18 ab init. cf. l. 13 D. quae in fraud cred. 42, 8. l. 5 § 8 D don. i. v. e. u. 24, 1 — eam demum don. etc.

4) s. oben § 209 Anm. 3. Dieser Unterschied des Haftens und des Gehörens ist treffend bei Scheurl an dem oben §. 207 Anm. 1 agf. D. ausgesprochen.

5) s. oben Bd. 1 S. 218 Abf. 4.

6) s. Bekker, in der oben § 206 Anm. 1. agf. Abf.

7) l. 27 pr. D. nox. 9, 4 — nullum . . pignus est, cujus persecutio negetur — l. 6 §. 2 C. bon. quae lib. 6, 61 — jus exactionis — vgl. §. 78, insb. Anm. 7.

der haftenden Sache da wäre. Es ist der Gedanke der Verfolgung, welcher den der *in rem actio* nach sich zieht oder aus sich erzeugt⁸⁾. — In unseren Quellen ist das der Personenhaftung entsprechende Recht nurmehr Aktions- oder Forderungsrecht⁹⁾, die Sachenhaft auch größtentheils nur Persektutionsrecht (Hypothek), und in denjenigen Fällen, in denen es kein bloßes Persektionsrecht ist, nur noch Besitz oder Detention (Faustpfand, *pignus praetorium* und *judiciale*).

Die Persektion enthält die Exekution, welche Ziel und Ende der Persektion, d. i. Satisfaktion, also gemeiniglich Verkauf, und zwar neuestens überall *rerum distractio* (nicht mehr *honorum venditio*) ist (§. 210 §. 81. II), in sich.

Von den besonderen Formen, welche die *rerum obligatio* annimmt, wenn eine *res incorporalis* obligirt wird, kann vorerhand abgesehen werden. Daß aber alle Obligation mindestens ein Aktions- oder Persektionsrecht sei, scheint in den selteneren Fällen des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen (beim Pfandrecht an Servituten) unwahr werden zu können, in Gestalt der persönlichen, aber bloß naturalen Obligation sogar schlechthin unwahr zu sein. Allein was das Servitutenpfandrecht anlangt, so ist es entweder ein faustpfandartiges, darum nöthigenfalls denn doch auch mit *in rem actio* zu bewehrendes Besitzrecht¹⁰⁾, oder aber ein der vorgängigen Persektion nur nicht bedürftiges Exekutionsrecht¹¹⁾, also¹²⁾ wesentlich doch Persektionsrecht. Die *naturalis* o. aber kann (in Ermanglung von Bürgen und Pfändern) allerdings zu bloßem Retentionsrecht (Kompensation und *soluti retentio*) herabsinken, und muß dann erst konstituirt oder novirt werden, um zur Persequirbarkeit zu gelangen; allein daraus folgt nur, daß die *naturalis obligatio* keine volle Obligation, nicht daß die (*personae*) *obligatio* nicht wesentlich Haftung und persequirbar sei¹³⁾.

8) *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. l. 17 D. pign. 20, 1.*

9) *actio = obligatio §. 78 Anm. 7. §. 79 Anm. 6. §. 92 Anm. 1—3.*

10) *l. 12 D. pign. 20, 1 — ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus utatur —*

11) *l. cit. — si . . . soluta non sit, vendere eas vicino liceat —*

12) — weil *executio* nur Ziel und Ende der *persecutio* ist —

13) s. dagegen Hartmann, a. a. O. S. 128—141.

§. 212.

Phasen der Haftung.

Außer dem Verlauf, den jede Haftung von dem ersten Augenblicke ihres Daseins bis zu dem Schlupunkte ihrer Verfolgung prozeßualisch hat oder haben kann, gibt es einen materiellrechtlich bedingten Wandel derselben¹⁾.

Sowohl *personae* als *rei obligatio* kann nämlich bestehen ohne daß auch schon das Aktions- oder Persekutionsrecht zu Tage getreten (*actio nata*) ist. Hier und dort kann die Verfolgung betagt oder bedingt sein, indeß die Haftung schon jetzt und unbedingt besteht. Unter der Bedingtheit muß an *juris conditio* gedacht werden; von Rechtswegen kann z. B. aus einem Mandat nicht geklagt werden, bevor diesseits oder jenseits etwas gerirt, verjäumt, ausgelegt ist, kann im Falle einer Kautionalhypothek in *rem actio pignoratia* nicht platzgreifen, ohne daß die Kautio verwirkt ist, indeß doch hier *rei*, dort *personae obligatio* perfekt besteht.

Juris conditio ist eine Eventualität, von welcher die Obligation überhaupt²⁾, möglicherweise aber nur der Fortschritt einer Obligation von bloßer Haftung zu klagbarer Haftung (Verbindlichkeit und Schuld), von *obligatio* zu *actio*, von bloßer Pfandhaft zur Pfandfolge, (*pignoris persecutio*) abhängen kann; *facti conditio* ist eine Verfügung mit welcher der Disponent stets das Geschäft überhaupt, wenn also das Geschäft obligatorisch ist, alles was aus ihm entspringen kann, *obligatio* und *actio*, ins Ungewisse verstellt. Für den Fall der Betagtheit drücken die Quellen sich zwar mitunter derart aus, als ob auch die Haftung erst *ex die* sei³⁾; allein häufiger sprechen sie von praesenter Obligation im Gegensatz zu der erst künftigen Klagbarkeit⁴⁾: wahrscheinlich sprechen sie besser wo sie distinkter

1) Ueber formalen und sachlichen Prozeß im Allgemeinen s. §. 93.

2) ob z. B. bei *dotis promissio* vor der Ehe? (l. 21. l. 41 §. 1. l. 80 D. j. d. 23. 3) — *rei obligatio* für eine schlecht hin künftige, nicht ohne den Willen des zu Obligirenden mögliche Schuld? l. 11 pr. l. 1 pr. D. qui pot. 20, 4.

3) z. B. l. 44 §. 1 D. o. e. a. 44,7 — *ex die incipit obligatio* —

4) z. B. l. 46 pr. D. v. o. 45, 1 — *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio* — §. 2 J. v. o. 3, 15 — *statim quidem debetur. sed peti prius non potest* — Gaj. 4. 131 — *sane quidem obligatio contracta intelligitur, praestatio vero adhuc nulla est* — l. 80 D. v. o. 45, 1 — *quidquid te d. f. oportet, oportebitve.* —

sprechen. — Der Widerspruch, daß die Form der Haftung ein Recht, namentlich Aktions- oder Persekutionsrecht (§. 211), die Haftung aber zuweilen vor diesem Rechte da sei, löst sich dadurch, daß letzteres vor dem dies oder der gewissen Eventualität nur noch nicht „geboren“, dagegen immerhin schon in *rerum natura* ist (§. 92^a S. 315. Abf. 1). Man sage nicht mit l. 44 §. 1 cit. (Ann. 3), daß mit dem Aufschub oder der Ungewißheit des Rechtes die Haftung selbst aufgeschoben oder ungewiß sei; die Unfreiheit, vermöge deren diese Person oder diese Sache ihrem Looße (Satisfaktionsobject zu sein) nicht mehr beliebig entrinnen oder entzogen werden kann, ist trotz dies und Eventualität sofort und unbedingt da, und in der Unfreiheit die Gebundenheit oder Haftung.

Daß die Haftung und ihre Verfolgbarkeit (*actio nata*) auseinanderfallen, hängt von besonderen Umständen (dies, *juris conditio*) ab. Das „Mahnen“, „Anfordern“ des Schuldners ist bereits selbst Verfolgung⁵⁾, mithin nirgends Bedingung der Verfolgbarkeit (*actio nata*) (Bd. 1 S. 315); keine Anforderung ist die Denunciation an den Schuldner vor Anstellung der *hypothecaria* gegen den dritten Besitzer⁶⁾. Ohne jene besonderen Umstände sind die Haftung und deren Verfolgbarkeit überall von Anfang an beisammen; außerordentlicherweise kann bis auf ein gewisses die Verfolgung sogar zustehen, trotzdem wegen dies oder *juris conditio* der Tag oder die Gewißheit der Verfolgbarkeit noch nicht da ist⁷⁾. Die fiduziarische Besitzesübertragung beim Faustpfand kommt der *pignoris persecutio* zuvor⁸⁾, macht sie aber nicht schlechthin entbehrlich, weder *pignoris persecutionem* überhaupt⁹⁾, geschweige denn *pignoris executionem* insonderheit.

5) arg. l. 49 §. 3 D. v. o. 45, 1; weiteres unten §. 272.

6) l. 10 C. *pign.* 8, 14 cf. l. 9. l. 24 sammt Auth. eod.

7) *rei obligatio: persecutio ohne executio: l. 14 pr. D. pign.* 20, 1. Paul. R. S. II, 5 §. 1. l. 4 D. *pign. act.* 13, 7. l. 4 C. *distr. pign.* 8, 28; — Arrest: deutsche Civ.P.D. § 796 Abf. 1.

8) vgl. §. 211. Ann. 11.

9) §. 7 J. *act.* 4, 6 — *Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur — Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. — Vgl. l. 2 C. de praetorio pignore* 8, 22. — *Licet enim debuerat incum-*

Die weiteren Wandlungen, welche unser Aktions- und Persecutionsrecht durch den Prozeß erfährt, sind in der allgemeinen Lehre von den materiellrechtlichen Folgen des Prozeßes (§§. 93–100) mitbegriffen; der Fortschritt vom Persecutions- zum Executionsrechte, insonderheit zur *distractio*, im Pfandrechte bleibt der besonderen Pfandrechtslehre, der von der Haftung zu der (der Klagbarkeit entsprechenden) Verbindlichkeit und Schuld, so wie der vom *dare facere* zu einem *praestare oportere* der Abtheilung von den persönlichen Obligationenrechte vorbehalten §. 217; §§. 265–281.

§. 213.

Contractus; solutio, liberatio.

Ein Beleg für die Begriffsgemeinschaft zwischen der *personae* und der *rei obligatio* liegt auch darin, daß für die Begründung der beiderlei Haftungen und für die Befreiung von derselben die gleichen Kunstausdrücke vorkommen. Daß der Metapher *obligatio* (*vinculum*) entsprechende „*contrahere*“ kommt für die Begründung der *rei obligatio* ebensowohl vor wie für die der *personae obligatio*, und zwar hier wie dort sowohl wortgerecht für jede Begründung¹⁾, als speziell für die vertragmäßige²⁾. Nur die substantivische Wortbildung (*contractus*) scheint sich (vielleicht um der Vermengung des persönlichen *contractus pignoratiticius* mit der Kontrahirung der *pignoris* oder *rei obligatio* vorzubeugen) auf die persönliche Obligirung beschränkt zu haben³⁾. Beiderlei Haftungen haben denn auch gemeinsam ihre „Lösung“ (*solutio*), „Befreiung“ (*liberatio*), und

bere suo pignori, ne aliquam patiatur jacturam . . . benignius causam interpretamur et ei recuperationem donamus.

1) Rubr. D. de pignoribus et hyp. et qualiter contrahantur — Rubr. D. in quib. caus. hyp. tacite contrahitur — 20, 2 u. vgl. das *dolo* und *re contrahere* der persönlichen Obligation 3. B. in l. 41 D. adm. tut. 26, 7. l. 25 §. 16 D. fam. here. 10, 2.

2) vgl. l. 1 pr. D. pign. act. 13, 7. l. 4 D. pign. 20, 1 mit l. 5 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 — non proprie ex contractu sed quasi ex contractu — l. 1 §. 1 D. pact. 2, 14 — nullum esse „contractum“ . . . (qui) non habeat in se conventionem —

3) vgl. die Wörterbücher, s. v. *contractus* — u. 3. B. l. 24 D. pign. 13, 7 wo *contractus* neben *pign. obligatio* für den persönl. *pign. contractus* steht.

ein *distrahere* als Gegensatz von *contrahere*, welches, dem ursprünglichen Sinne nach, mit *obligare* (*contrahere*) zusammentrifft. „Briijon hat Stellen genug, worin sich *distrahere* auf Forderungen und auf Pfänder bezieht“⁴⁾. „Daraus daß alle bei den Forderungen vorkommenden Ausdrücke (*contrahere*, *nectere*, *obligare*, *obnoxius*, *obstringere*, *vinciri*, *solvere* u. j. w. und die damit verwandten Hauptwörter) auch beim Pfandrechte gebraucht werden, läßt sich eine innere Ähnlichkeit beider Verhältnisse, und eben deßhalb denn auch eine wesentliche Verschiedenheit des Pfandrechtes von den anderen „Rechten an Sachen“ erwarten“⁵⁾.

4) Hugo, in der Schlußbemerkung zu dem §. 206 Anm. 7 cit. Aufsatz von Kiedel, S. 117.

5) Kiedel a. a. O. S. 117.

Erste Abtheilung.

Die Personenhaftung (personae obligatio.)

1. Begriff.

§. 214.

Zu dem was die Haftung schon ihrer Gattung nach, als obligatio überhaupt, ist oder darstellt (§. 207), kommt da wo eine Person haftet, außer der Besonderheit des haftenden Gegenstandes (§. 208) eine Eigenthümlichkeit in dem Wofür der Haftung (§. 209) hinzu. Grundsätzlich muß nämlich die Leistung, für welche die obligirte Person haftet, eine Leistung dieser Person selbst sein¹⁾. Während bei der Leistung, für welche eine Sache haftet, von einem Unterschiede eigener oder fremder Leistung, von dem Gesichtspunkte des haftenden Gegenstandes aus, gar nicht die Rede sein kann, vom Gesichtspunkte des Verpfänders aber die Sache ebensowohl für die Leistung eines Dritten, als für eine des Verpfänders selbst verhaftet sein²⁾ kann, und während wir außerhalb der Obligationen, in den Geißeln, die Person begriffsmäßig für ein Thun oder Nichtthun Dritter haften sehen³⁾, haftet die obligirte Person — nicht aus innerer Nothwendigkeit, aber aus guten Gründen — nur für ihr eigenes Thun und Lassen. Wie sie nämlich mit ihrer Person haftet, soll sie auch nur für ihre Person haften, nur für sich selbst, nicht für Dritte einstehen, kein Opfer fremder Ohnmacht, Saumsal, Willkür, Treulosigkeit werden können. Will sie gleichwohl für Dritte einstehen, etwa Bürgschaft leisten, so muß sie die fremde Leistung auf sich nehmen, sich für dieselbe

1) l. 38 pr. §. 1 — nemo . . . alienum factum promittendo obligatur — l. 83 pr. D. v. o. 45, l. §. 3 J. inut. stip. 45, 1.

2) l. 5 §. 2 D. pign. 20, 1.

3) f. neuestens Augsb. Allg. Z. 1877 Nr. 84. Ostindien (S. 1288): „— Die Hassen-Gheyls sollen sich herbeigelassen haben, Geißeln als Unterpfand für ihr (b. i. der Hassen-Gheyls, nicht der Geißeln) künftiges gutes Verhalten zu stellen; ferner das. Nr. 159. Telegr. Ber. St. Petersburg, 6. Juni.

Leistung, welche dem Dritten obliegt, als für ihre eigene haftbar machen⁴⁾).

Folge dieses Grundsatzes, vielmehr ein Produkt aus den beiden Sätzen, daß die Person haftet, und daß sie nur für eine eigene Leistung haften kann, ist ein Müssen. Denn zufolge derselben ist mit jeder Obligation eine Leistung da, welche dem Obligirten selbst nicht etwa bloß theoretisch zugebracht oder nur moralisch obliegend, sondern, weil er haftet und also für den Fall der Nichtleistung der Aktion und Exekution untersteht, nicht mehr in seinem freien Willen gelegen ist⁵⁾. Allerdings befindet er sich auch so in keiner absoluten Nothwendigkeit zu leisten⁶⁾, indem er nicht zu leisten braucht, wosfern er die Exekution vorzieht; allein anderseits befindet er sich auch nicht mehr im Zustande der absoluten Freiheit, indem er seinem Willen, nicht zu leisten, nicht ohne Aufopferung, einst seiner Person und Freiheit selbst, jetzt immer noch des „Vermögens“ seiner Person, den Lauf lassen kann. Seine Lage ist eine Zwangs- oder Nothlage und diese relative Nothwendigkeit nennen wir „Müssen“. Der römische Terminus für dieses Müssen ist das *dare, facere, praestare oportere* 7). Wir denken darunter keine bloße Folge der obligatio oder Haftung, sondern die obligatio oder Haftung selbst; unser Müssen ist ein Haften; aber es ist die durch den Zutritt des Grundsatzes von der eigenen Leistung spezifizierte Haftung des persönlich Obligirten. Der Obligirte muß indem er haftet, d. h. für den Fall der Nichtleistung Satisfaktionsobjekt ist⁸⁾, er selbst als Vermögenssubjekt (§. 4). Nur braucht er trotzdem er haftet, nicht überall sofort oder entschieden zu müssen (§. 212 Al. 2; §. 215. 2, 3; §. 34).

4) also nicht etwa Titium, sondern *se soluturum esse spondere* etc. Gaj. 3, 116.

5) unfrei im menschlichen Sinne der Quellen, nicht der Stoiker (l. 21 §. 5 D. quod met. 4, 2), unfrei im Gegensatz zu *sua sponte*, zum *liberum* oder *proprium arbitrium* (3. B. l. 13 eod. l. 1 C. si quis aliquem test. proh. 6, 34. l. 23 D. r. n. 23, 2. Consult. I. §. 4).

6) s. die vorige Ann.

7) Gaj. 4, 2, 4, 47 l. 3 pr. D. o. e. a. 44, 7.

8) So zu verstehen l. 2 §. 3 D. o. e. a. 44, 7 — *obligatur de eo quod praestare oportet* — l. 1 §. 3 eod. — *teneri de ea ipsa re.. restituenda* (eum qui . . re obligatur —) — l. 38 D. fidej. 46, 1 — *tenetur ad id ipsum ut praestet actiones* —

Ein Müssen wird denn auch von jeher und besonders heutzutage in der Obligation erblickt; allein während wir in ihm nur den Ausdruck der persönlichen Obligation erblicken und also der rei obligatio Raum lassen, ist es den Unsrigen die Obligation überhaupt, mithin das Ding, um dessentwillen rei obligatio aus der Gesellschaft der Obligationen verbannt ist; denn „müssen“ können nur Personen. Während ferner unser Müssen auf der allgemeineren Grundlage der Haftung erwächst und nur eine Spezies der Haftung ist, folgerecht zwar nicht der Gewalt (*vis ablativa*) entrathen kann, welche die haftende Person in ihrem Vermögen nöthigenfalls der Satisfaktion zuführt, wohl aber des Zwanges (*vis compulsiva*), mithin auch des Willens, auf den aller Zwang abzielt: hat umgekehrt das Müssen des herrschenden Obligationsbegriffes keine Agnation, ist es Gattung und Spezies zugleich, sucht es, von der Person und ihrer Personenz abstrahirend lediglich mit dem Willen des Obligirten auszukommen, und soll es darum, von einiger Real- oder Naturaleremption abgesehen, auf nichts als Zwangsrecht beruhen (§. 216).

§. 215.

Zum Beweise, daß der Begriff der Obligation in einem bloßen Müssen nicht aufgeht, daß das innerhalb der Obligation vorkommende Müssen (*d. f. p. oportere*) vielmehr an dem allgemeinen Wesen der Obligation als einer Haftung theilnimmt und selbst nur eine Spezifikation der Haftung ist, dient

1. die mehrerwähnte Gemeinsamkeit der Obligationensprache für die persönlichen *OD.* und für die Pfandhaft. Wäre die *O.* ein bloßes Müssen, so könnte die Pfandhaft nicht obligatio heißen. Der Umstand, daß „obligare“ auch einmal untechnisch, *d. h.* außer dem Bereich der Personen- und Sach-Obligationen, *z. B.* einmal für die Steuerpflicht¹⁾ vorkommt, be-
rechtigt doch wohl nicht zu dem Schluß, daß seiner technischen Bedeutung kein gemeinsamer und fester Gedanke zu Grunde liege. Wie wenig gleichgiltig der römischen Rechtsprache der

1) *l. 3 pr. D. cens. 50, 13 Ulp.* Vgl. Unger, *Syst. d. ö. Privr.* §. 62, 9.

Ausdruck obligatio und wie wesentlich er Haftung ist, zeigt z. B. schlagend das *pignus manifestarium*, bei welchem noch nichts haftet, und welches denn auch den *res obligatae* entgegenesetzt ist²⁾.

2. Selbst die *personae obligatio* ist nicht ohne Einschränkung Müssen; auch sie kann noch vor dem Verfolgungsrechte perfekt da sein (§. 212; S. 21 a. G.); vor der Existenz eines Verfolgungs-, es sei nun eines Zwangs-, oder Abduktions- oder Ablationsrechtes, kann sie kein Müssen sein; da muß sie etwas anderes, da kann sie nur das allgemeine Ding der Haftung sein.

3. Wie die Haftung bis auf weiteres ohne Müssen bestehen kann, in Verbindung mit dem Grundsatz von der eigenen Leistung aber, wenn der Tag oder die Rechts-Bedingung da ist, das Müssen erzeugt, so kann die Haftung als Quelle künftigen Müßens erlöschen, indeß das aus ihr bereits entstandene Müssen (als Verbindlichkeit, Schuld) vielleicht noch fort dauert (*mandatum, societas, locatio conductio*). Bei bloßem Müssen würde die Obligation unmöglich zugleich endigen und fort dauern können.

4. Wäre das Müssen bei der Personen-Obligation nicht in einem irgendwie bestimmten, sondern nur in jenem vagen Sinne des Wortes Gebundenheit, in welchem wir z. B. auch jeden restitutionspflichtigen Besitzer einer fremden Sache gebunden nennen, so würde nicht erhellen, a. warum nur dort von *solutio*, und bestimmten Lösungsarten die Rede ist³⁾, während dem Müssen hier keine *solutio* gegenübersteht, und erst *litiskontestation* oder *Streiterhebung* erfolgen muß, um dasselbe zu etwas Obligationsartigem zu machen, erst *Kondemnation*, um es in eine Obligation selbst zu verwandeln⁴⁾; — b. warum es nur dort eine Endigung des Müßens durch *capitis deminutio*⁵⁾, c. nur dort prinzipiell, hier dagegen nur *jure singulari*, oder erst nach der *litiskontestation* oder nach der *Streiterhebung* eine

2) I. 9 D. in quib. caus. 20, 2. Gegen den untechnischen Gebrauch des Wortes obligatio bei den Neueren s. Savigny, Oblig.R. Bd. 1 S. 13., ferner §. 1 J. act. 4, 6, wo der in rem actione Müßende „*nullo jure obligatus*“ ist.

3) I. 44 §. 1. D. o. e. a. 44, 7 — *certis modis desinit deberi* — vgl. I. 13 §. 4 D. pign. 20, 1 — *suas condiciones habet hypothecaria actio* — vgl. oben §. 209 Anm. 3.

4) vgl. §. 95 II u. Anm. 2 a. G.

5) Gaj. 3, 84. 4, 38; I. 2 §. 1 §. 2 D. cap. min. 4, 5.

Perpetuation des Müßens durch Verschuldung (*dolus, culpa, mora*) gibt⁶⁾. All das wird einleuchtend, wenn dort die Person in der besonderen Weise verbunden ist, daß sie haftet, d. h. für den Fall der Nichtleistung zum Sühnopfer bestimmt ist (sie selbst — oder ihre Fortinenz). Denn es liegt nahe, daß eine derart verbundene Person außer durch die Leistung selbst nur in den vom Recht gebilligten Weisen ihres Bandes ledig wird, — daß die *capitis deminutio* in die Zeit zurückreicht, in welcher die Person des obligatus noch vollkommen selbst haftete, in der *obligatio* des Schuldners also daselbe *caput* auf dem Spiele stand, das durch *capitis deminutio* „zerstört“⁷⁾ wurde, — daß man in Fällen, wo die Leistung nicht mehr möglich war, den Obligirten freisprach, wenn der Unfall nicht an ihm lag, umgekehrt festhielt, wo er ihn selbst verschuldete⁸⁾. Ist das Müßen dagegen kein Haftes, so liegt eben hierin ausgesprochen, daß der Müßende die Nichtleistung prinzipiell nicht zu praestiren, d. h. weder mit seiner Person noch mit seinem Vermögen Ersatz für die entfallende Leistung zu bieten braucht; daß es, auf einer bloßen Fügung von Umständen beruhend, mit diesen Umständen, z. B. Besitzesveränderung⁹⁾, zu Ende geht, oder daß erst *jus singulare* oder *Litiskontestation* eingreifen muß, wenn es gleichwohl perpetuirt werden soll.

5. Sollen sich das Müßen auf der einen, und das Aktions- oder Forderungsrecht auf der anderen Seite decken, so muß bei jenem die Person des Müßenden eine besondere Bedeutung haben; denn die *actio* ist *in personam*. Diese besondere Bedeutung hat sie nicht, wenn dem Müßen nichts anderes gegenübersteht als ein Zwangsrecht, wie es auch bei *in rem actiones* vorkommt; diese besondere Bedeutung hat sie, wenn das Müßen

6) I. 27 §. 3 D. r. v. 6, 1. *Set et is qui ante l. c. dolo malo desit rem possidere, tenetur in rem actione, idque ex Senatusconsulto colligi potest.* — §. 167 Anm. 9; — I. 25 §. 7 D. h. p. 5, 3 — *post litem c. omnes incipiunt m. f. possessores esse, quinimo post motam controversiam* — I. 15 §. 3 D. r. v. 6, 1. *Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo m. et culpa possessoris, non esse praestandum* — §. 95. Anm. 20. 21; §. 100. 3; §. 170 S. 662.

7) Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung d. r. R.'s. Heft 1 S. 235.

8) §§. 265—276, übersichtlich I. 5 D. r. cr. 12, I. 23 D. r. j. 50, 17.

9) §. 167 Anm. 7. 8. §. 173 Anm. 39 — 46. §. 188 Anm. 2. b. §. 190 Anm. 44: *serv. oneris ferendi.* —

ein Hasten, wenn für seinen Vollzug die Person des Müßenden selbst eingesetzt, und *actio in personam* in der That kein bloß auf Leistung abzielender, sondern ein in Ermanglung der Leistung gegen die Person selbst einschreitender Prozeß ist¹⁰⁾. Wir wollen nun nicht behaupten, daß dieser Begriff der „*actio in personam*“ auch noch im neueren römischen Rechte lebendig ist, wohl aber mehr als zuvor¹¹⁾ betonen, daß er der ursprüngliche, und im Wesen der Sache noch heute wahr ist. So wenig war ursprünglich in *personam actio* auf die Leistung selbst gerichtet, daß diese mit der *Litiskontestation* vielmehr unmöglich, als gefördert wurde¹²⁾; so sehr ist dieselbe von vorneherein gegen die Person selbst und auf die Genugthuung aus derselben gerichtet, daß schon das Urtheil die diesem Endzwecke entsprechende (auf fixen Geldwerth lautende) Fassung erhielt¹³⁾.

§. 216.

Die herrschende Lehre, nach welcher die persönliche Obligation zwar ein Müßen, jedoch bloß dieses, nicht in Einem Haftung ist, wurzelt in folgenden Anschauungen:

1. Die ganze Tendenz der *O.* gehe auf Erfüllung, d. i. Vornahme der schuldigen Leistung¹⁾. Indem also die möglicher-

10) Fühlung hiefür bei Ziebarth a. a. O. S. 38 Abs. 1.

11) i. oben § 84 Anm. 11.

12) Gaj. 3, 180 — quod apud veteres scriptum est: ante litem c. dare debitorem oportere, post litem c. condemnari o., post condemnationem judicatum facere oportere, und dazu das placitum erst der *Ca*-*binianer*: omnia iudicia esse absolutoria. 4, 114.

13) vgl unten §. 216 Nr. 4. Degenkolb an dem unten §. 226 Anm. 2 zu allegirenden Orte S. 24 erblickt in der *executio* so sehr das Ziel der *actio*, daß er es nur „nicht das alleinige“ nennt.

1) Dies bestimmter als zuvor ausgesprochen von Ziebarth, *Real*-*er*-*fü*-*h*-*r*-*u*-*n*-*g* §. 4, bes. S. 31, S. 38; dies u. G. aber auch die Anschauung von Hartmann (*Obligatio*), wiewohl dieser das „Interesse“ des Gläubigers an die Stelle der schuldigen „Handlung“ setzt (§§ 4. 5), ferner auch die von Scheurl, der die „Handlung“ wieder in den Vordergrund stellt (in der Besprechung des Hartmann'schen Buches, *Münchener Viertelj. Bd.* 18 S. 484 fg.); „Nur in einer Verpflichtung des Willens zu einzelnen Handlungen“ besteht die *O.* auch für Bruns, *Encycl.* §. 45 S. 403, §. 14 S. 354 b; folgerecht sieht er denn auch ihre Wirkungen „im Allgemeinen“ nur darin, „daß sie erfüllt werden können und müssen“ §. 60 S. 420. Meurer (*Wesen und Arten der Priv.-Verhältnisse* S. 63) bezeichnet das „Verpflichtetsein des Schuldners“ als Gegenstand des Forderungsrechtes und bemerkt, daß die Person des Schuldners nicht Gegenstand

weise an die Stelle der Erfüllung (solutio) tretende satisfactio außer die Tendenz, und damit auch außer den Begriff und das Recht der obligatio gesetzt wird, erscheint, mit alleiniger Ausnahme des etwaigen Erfüllungszwanges und der Realexekution die ganze übrige executio obligationis als außer dem Begriff und Rechte der obligatio liegend. Damit streicht man denn allerdings die Haftung aus dem Begriffe der Obligation und ihres Nützens aus; denn würde man sie stehen lassen, so würde die wegen Nichterfüllung platzgreifende Vermögensexekution und Satisfactio mit in die Tendenz und den Begriff und das Recht der obligatio gehören; diese Exekution und Satisfactio wäre nichts als Realisirung der Haftung. So sicher aber pignoris persecutio und executio als ein Theil der pignoris obligatio erscheinen wird, so gewiß werden wir richtiger auch innerhalb der personae obligatio die executio als einen Theil und zwar als letzte Entfaltung der actio und obligatio denken, anstatt sie irgendwie, von außen oder oben herab, an dieselbe anzusetzen²⁾.

Eine wichtige Rolle bei dieser die Obligation mit der zunächst schuldigen Leistung abschließenden Auffassung spielt die f. g. Real- oder Naturalerfüllung³⁾; besteht diese ja darin, daß

der D., sondern „nur zur Hervorbringung der fraglichen Leistung“ da sei. Arndts spricht bei dem Wesen der D.D. von nicht mehr denn einer Verpflichtung zu Handlungen (Pand. §. 201); ähnlich Puchta §. 219. Baron, Pand. §. 208 I. Minder ausgesprochen Seuffert, P. §. 227. Keller (§. 219), Windscheid, P. §. 250.

2) Was Scheurl in der cit. Besprechung von Hartmanns Obligation (S. 495) gegen dessen „äußere Sanktion“ bemerkt, gehört auch hierher, — wiewohl ihm selbst späterhin S. 498 Abs. 2 die gesamte Exekution „keines in der privatrechtlichen obligatio liegenden Grundes“ bedarf, sondern „Prozessrecht“ sein kann. — In seinem soeben erschienenen, leider nicht mehr unter unserem Klagrecht (§. 92) zu würdigendem „Einlassungszwang und Urtheilsnorm“ entwirft zwar auch Degenkolb einen Theil des Prozesses, ja das Klagerecht selbst dem Privatrecht; allein gerade die Exekution ist ihm wie nach römischen so nach heutigem Rechte im wesentlichen Privatrecht. „Aus dem Privatrecht als solchem kann man nichts anderes ableiten, als die Exekution“ (S. 31) und dazu §. 18 und §. 20 besonders S. 106 Abs. 2, S. 117 Abs. 2, S. 118 Z. 6 von unten.

3) Ziebarth a. a. D. S. 34 Abs. 1 erhebt, so viel wir sehen, den Restitutionsbescheid in den arbitrariae actiones zu einem gemeinsamen Bestandtheil aller Aktionen, damit stillschweigend auch die Realexekution. Gegen Hartmann a. a. D. S. 126; er selbst aber bemerkt gleichwohl: „Schon der Gedanke an die Realexekution des neueren Rechtes mag an „der ausschließlichen Geltung der Pfandnahme und Pfandhaftung als

sich Recht und Gericht mit aller Macht auf Effectuirung jener Leistung werfen⁴⁾, gewissermaßen zum Beweise, daß auf diese alles ankomme. Indessen kommt diese Exekutionsweise im römischen Prozesse spät (Bd. 1 S. 259 fg.) und was wichtiger ist außer den in rem actiones nur in einem kleinen Kreise von Obligationen vor; denn nicht nur muß die schuldige Leistung Restitution oder Exhibition sein: l. 68 cit. spricht ausdrücklich nur von arbiträren Klagen. Also nur in Fällen, in denen die Jurisdiktion besonderen Grund fand, den Obligirten nicht ohne vorgängigen richterlichen Restitutionsbescheid kondemniren zu lassen, kam späterhin die Realexekution auf. Was aber immer jener besondere Grund gewesen sein mag (§. 87, 4): jedenfalls handelte es sich um Fälle, in denen der Gläubiger näher zur Sache stand als in anderen Obligationen und in denen er nicht etwa erst durch die Obligation, sondern ohne sie und vor ihr zur Sache berechtigt war (§. 87. Nro. 3. S. 288 fgg.); es war ein dingliches Element, was gewisse Forderungen gleich dinglichen Ansprüchen zu der arbitraria actio und nachmals zur Realexekution führte. Damit verloren aber auch diese Forderungen ihren Obligationsscharakter nicht; für den Fall, daß nicht mehr restituirt werden konnte und ein Entschuldigungs- oder Befreiungsgrund für den Obligirten nicht vorlag, war nach wie vor die Person als Vermögenssubjekt haftbar und der gemeinen Exekution unterworfen; die Möglichkeit der Realexekution vermindert die Fälle, in denen es zur Realisirung der Haftung kommt, hebt dieselben aber entfernt nicht auf⁵⁾. Greift heutigen Tages die Realexekution gleich weiter⁶⁾ und infolge der eingangs genannten „Tendenz“ umgemessen um sich⁷⁾: so

„Zwangssapparates irre machen“ (S. 216) und: „Läßt schon die Realexekution den Gedanken an das ausschließliche Wesen der D. als Pfandhaftung nur schwer bestehen“ (S. 128).

4) l. 68 D. r. v. 6, 1 — Si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transferatur, et fructuum duntaxat omnisque causae condemnatio fiat --

5) l. 68 cit. — Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quominus possit . . . damnandus est etc. Schröter, J. f. Civilr. u. P. VII. S. 389.

6) Hartmann a. a. O. S. 126. Windscheid §. 251. Ann. 3 „weil auf Grund des J.R.A. und der Praxis dem Richter die Befugniß, sein Urtheil auch durch Strafen zu erzwingen, nicht genommen werden darf“.

7) D. Civilpr. §§. 769—779 „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung

weit daß sie die gemeine Exekution überflüssig mache, kann sie sich nicht ausdehnen. Nach der deutschen Civilprozeßordnung ist sie zudem nur Sache der Wahl (§. 778 und Motive dazu).

• Insonderheit dafür, daß die *executio obligationis* zur *obligatio* selbst nicht mitgehöre, ist neuerlich noch darauf hingewiesen worden, daß es Obligationen gebe, aus denen nur *condemnatio*, nicht *exequitur* werden könne (*obligatio des filiusf.*), — und Obligationen, die nicht einmal *actionem* und *condemnationem* mit sich führen (*naturales oo.*), in denen also beiden „ein Druck auf den Willen“ an die Stelle der Haftung trete; ferner solche, die nicht mehr in der Weise von Obligationen, sondern nur dinglich verfolgbar seien („mit dem Apparat der Dinglichkeit arbeiten“ — *utiles in rem actiones*); und daß endlich Obligationen wenigstens möglich seien, deren Exekution in einer bloßen *actionis denegatio* oder lediglich auf Strafandrohungen beruhe⁸). — Was nun aber 1. die Obligation des Hauskinds anlangt, so haben wir in dieser, gesetzt auch daß sie gegen das Kind selbst nicht *exequitur* gewesen sein sollte⁹), und auch abgesehen von ihrer *Exequirbarkeit* gegen den Vater, keine *exekutionslose*, sondern nur eine zur Zeit (so lange das Kind Hauskind ist) *unexequirbare D.* vor uns. Der Begriff und das Dasein der Haftung ist aber von sofortiger *Klagbarkeit*, geschweige denn *Exequirbarkeit*, unabhängig (§. 212; §. 215, 2. 3). 2. Die „bloß natürliche D.“ ist an sich allerdings *flaglos*, um eben deswillen aber auch eine *unvollkommene D.* (§. 220 Anm. 1.) und nicht geeignet, das Wesen der vollkommenen erschließen zu lassen. Selbst in ihrer Unvollkommenheit aber ist sie kein bloßer Druck auf den Willen des *Obligirten*, vielmehr in allen ihren Wirkungen, woferne sie nur zutreffen, über den Willen des *Obligirten* der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen“ —

8) Hartmann, a. a. O. S. 128—141.

9) was uns entgegen der in den Pandd. 1. Aufl. §. 215 C. 1183 ausgesprochenen Vermuthung, nach den bei Mandry, *Familiennr.* Bd. 1 S. 407—414 allegirten Stellen (l. 7 C. *qui bon ced* 7, 71. l. 53 D. *sol. matr.* 24, 3. l. 3 §. 4 D. *min.* 4, 4 — *cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest* — l. 2 pr D. *quod cum eo* 14, 5 — *et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri*, denn doch sehr bedenklich erscheint —

girten erhaben, und gerade dadurch vom Schlag der echten Obligation (§. 219). — 3. Form und Gestalt der Obligation oder Haftung sind zwar veränderlich (§. 211) und können, wie *Fiducia* und *Pignus* zeigen, auch in *Eigenthum* und *jus in re* mit in *rem actio* bestehen. Allein stets hat das *Eigenthum* und das *jus in re*, wenn es zugleich Obligation ist, eine satisfactorische Bestimmung; die dem *Eigenthum* oder *jus in re* unterworfenen Sache gehört oder dient dann dem Berechtigten nur um eines Anspruches und seiner Befriedigung willen (§§. 207. 210). Nichts hievon findet sich bei jenen *utiles in rem actiones*, die da Obligationen mit Dinglichkeitsapparat sein sollen. Wenn *Varus* und *Nerva* z. B. dem früheren *Eigenthümer* eines in fremdem Boden eingewurzelten Baumes, *Gaius* dem früheren *Eigenthümer* der von einem Fremden bemalten Tafel eine *utilis in rem actio* gaben¹⁰⁾, so waren sie dabei u. E. nicht „durch die Idee einer Obligation geleitet“¹¹⁾; denn Baum und Tafel sind hier kein Pfand, das dem *Vindikanten* für irgend einen Anspruch gegen irgendwen aufzukommen hätte, sondern Gegenstand seines Anspruches selbst, eines dinglichen Anspruches (*in rem actio*), der ausnahmsweise ohne den Untergrund eines *Eigenthums* oder *jus in re* (§. 78 S. 248 unten und fg. §. 79) oder doch nur auf dem Boden fingirten *Eigenthums* besteht, anstatt eines dinglichen Anspruches auch ein bloß persönlicher, etwa auf *quasikontraktlicher* Obligation des *Eigenthümers* und *Besizers* beruhender Anspruch sein könnte, nun aber dinglicher Anspruch ist, u. E. deswegen ist, weil in Fällen dieser Art¹²⁾ die Sache dem *Kläger*, trotzdem er nicht *Eigen-*

10) l. 5 §. 3 D. r. v. 6. l. §. 26 J. r. d. 2, 1. l. 4 §. 2 D. r. c. 12, 1 l. 30 pr. D. a. e. 19, 1.

11) *Jhering*, *Jährbb.* I. E. 120 f. *Hartmann*, a. a. O. S. 134 oben

12) s. die übrigen bei *Jhering* a. a. O.: Rückforderung einer sub modo geschenkten Sache wegen Nichterfüllung des *modus* (l. 1. C. don. quae sub mod. 8, 55) — der Brautgeschenke bei Rücktritt eines Verlobten (l. 15 C. don. a. n. 5, 3 cf. l. 2 C. Th. spons. 3, 5) — der *mortis e. donatio* beim Widerruf (l. 30 D. m. c. d. 39, 6) — der *dos* (l. 30 C. j. d. 5, 12) — einer Schenkung unter Ehegatten (l. 30 l. 55 D. don. i. v. e. u. 24 l. 1. un. §. 5 C. rei ux. act. 5, 13) — *rei vind. utilis* des Soldaten hinsichtlich der mit seinem Geld von seinem Geschäftsführer für sich gekauften Sachen (l. 8 C. rei v. 3, 32) — des *Mündels* aus gleichem Grunde (l. 2 D. quando ex facto tut. 26, 9).

thümer oder in re berechtiget ist, gleichwol näher liegt, als es die obligatio (dandi, faciendi) zum Ausdruck brächte. — Was endlich 4. unserem Denkvermögen durch künftige Kodifikationen für Aufgaben gestellt werden mögen, läßt sich zwar nicht absehen; allein eine Obligation, deren Exekution in einer bloßen actionis denegatio¹³⁾ oder in bloßer Strafandrohung bestünde, wäre nichts durch Geld lösbares und darum wie keine Haftung so auch keine Obligation mehr¹⁴⁾. Damit soll nicht gesagt sein, daß der Obligationsbegriff unbeweglich und für alle Zeit jedweder Aenderung entzogen sei; ist doch oben erwähnt worden, daß im heutigen Rechte die Realexekution in viel weiterem Umfange als im römischen Rechte verlangt werden kann, mithin nach heutigem Rechte auf die Erfüllung dessen, wofür der Obligirte haftet, ein viel größeres Gewicht gelegt wird, und vielleicht auch zu legen ist¹⁵⁾ als nach römischem Rechte; allein davon daß der Obligirte zu guter Letzt mit seinem Vermögen herhalten, die Nichtleistung dessen wofür er haftet mit seinem Gelde ersetzt, die Haftung also, wo nicht durch Naturalleistung, aus seinem Gute gelöst werden müsse, ist nicht abzukommen, insolange der Obligationsbegriff nicht halbirt¹⁶⁾ oder ohne Grund auf eine Leistungs-*Erpressung* zurückgeschraubt werden soll. —

2. Die Exekution gegen den Schuldner sei ein Zwangsverfahren¹⁷⁾. Diese Anschauung ist der unter 1. verfolgten nahe verwandt. Natürlich wird ein Recht, in welchem die ganze

13) z. B. zu Gunsten des Kommodatars, dem der Kommodator, zur einstweiligen Belassung der Sache obligirt, vorderhand zwar allerdings nicht bloß durch actionis denegatio, sondern auch actione contraria faßbar ist, aber wie Hartmann S. 129 Abs. 2 bemerkt, nach irgend einem Recht auch bloß actionis denegatione zur Erfüllung der D. gezwungbar sein könnte. —

14) arg. 1 9 §. 2 D. statul. 40, 7 — ea in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt.

15) vgl. Siebarth, die Realex. u. die Obligation, S. 175

16) vgl. oben S. 26.

17) Als einen „Zwang“ bezeichnet die Thätigkeit des Gläubigers *Savigny*, Obligationenr. Bd. 1 S. 5. Windscheid, P. §. 262, 1 sagt: „wenn auch der verurtheilte Schuldner die Leistung noch verweigert, so tritt Zwang gegen ihn ein“. Auf der Vorstellung von Zwang beruht die Exekution in der Rubrik „Zwangsvollstreckung“ in der deutsch. Civilp.-D., wie wohl innerhalb derselben nur sehr beiläufig (§. 782 vgl. §. 711; §§. 774. 775). Auch Degenkolb a. a. O. spricht von Zwangsverfahren, z. B. S. 106,

Obligation auf den wirklichen Erfolg der Leistung hinarbeitet, alles aufbieten, um den Obligirten zur Leistung zu bewegen, erforderlichen Falles also namentlich zu Zwangsmitteln (*vis compulsiva*) greifen. Auch die Vorstellung, daß die Obligation eine Willensunterwerfung sei, führt zum Zwange; denn gibt es eine Willensunterwerfung, so heißt sie Zwang (*coactus volui*). Das Müssen des Obligirten beruht dann überall hier darauf, daß er gezwungen werden kann. Freilich wird die Exekution, wenn sie wahrhaft Zwangsverfahren sein soll, auch mit dem Zwange abschließen müssen. Würde sie, weil etwa der Zwang zufällig nicht angeht oder nicht ausreicht, in eine über den Willen des Obligirten erhabene *vis abductiva* oder *ablativa* übergehen, dann müßte man in dem Zwangsverfahren bloße Versuch= oder Uebergangsstationen, in jenem Gewaltsverfahren dagegen den Schlußstein und die endgiltige Bedeutung der Obligation und Kondemnation erblicken. Werfen wir nun einen Blick auf das was wirklich Rechtens war und ist, so beschränkt sich die römische *obligationis*, *condemnationis* *executio* zu keiner Zeit auf Zwang. Mag schon die alte *manus injectio* und *abductio* auch als Zwang wirken¹⁸⁾, die Personalexekution der späteren Zeit nichts als ein Zwangsmittel sein (§. 81, I. 1.), die *Immissio* und *Pfändung* wiederum auch als Zwang wirken¹⁹⁾: stets war für den Fall, daß diese Wirkung versagte, vorgejorgt, und dieselbe Gewalt, die zugleich als Zwang wirken sollte (*Pfändung*, *Immissio*), zum Behufe der ersatzweisen Befriedigung des Gläubigers angewendet, aufrecht erhalten und zu Ende geführt²⁰⁾. Wesentlich dasselbe gilt auch für die Exekution des neuesten Rechts²¹⁾, trotzdem das Gesetz sie als eine bloße „Zwangsvollstreckung“ hinstellt, und in demselben auch die Realexekution, die zwar in Gewalt, aber

18) A. Gell. N. A. 20, 1 §. 45 — *erat autem jus interea paciscendi etc.*

19) I. 31 D. re jud. 42, 1 — *pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum* —

20) I. 31 cit. — *pignora capi ... eaque si intra duos menses non solverint, vendantur.* — Daß die alte *manus injectio*, *abductio* etc. zwar nebenher als Zwang wirkten, hauptsächlich aber Einleitung zu schließlicher Satisfaktion waren, ist übergangen bei Ziebarth a. a. O. S. 29 fg

21) vgl. z. B. §. 708 u. fgg der d. Civilprozeßordnung, und oben Anm. 26 a. G.

in keinem Zwange besteht, von demselben als „Zwangsvollstreckung“ titulirt wird (Achstes Buch, dritter Abschnitt).

3. Zu der vorherrschenden Neigung, die obligationis executio von der obligatio selbst zu trennen, und also die Haftung zu negiren, trägt vielleicht unbewußt der Umstand bei, daß dieselben Executionen, welche wir im Gefolge der Obligationen erblicken, auch insolge von in rem actiones vorkommen. Denn selbst wenn hier restituirt ward, konnte um der Nebenfachen willen Condemnation, und auf Grund der Condemnation einst manus injectio, dann missio u. honorum venditio, endlich pignoris capio und rerum distractio vorkommen; all das um so mehr dann, wenn nicht restituirt wurde und Realexecution nichts half²²⁾. Wie kann, mag man fragen, Haftung oder Obligation Grund einer Execution sein, welche ebenso, wie zur Durchsetzung von Obligationen, auch zur Durchsetzung von dinglichen Ansprüchen — welche gleichmäßig gegenüber einem haftungslosen (§. 215. 4), wie gegenüber einem haftbaren Müssen vorkommt? Indessen, mit Ausnahme der Naturalrestitution, welche allerdings auf keine Haftung oder obligatio, sondern auf einen Schiedspruch (arbitrium iudicis ut restituatur) zurückführt (§. 87), dafür aber auch keine letzte Zuflucht des Berechtigten, kein Endziel der actio, darum in Wahrheit keine executio ist, setzt alle und jede Execution, setzt namentlich auch die Execution von dinglichen Ansprüchen eine obligatio oder Haftung voraus; denn von eben den Naturalrestitutionen abgesehen kommt es auch bei ihnen nur mittelst condemnatio zur executio. Die condemnatio ist aber causa obligationis (§. 95 II.), und zwar Grund einer strengrechtlichen in personam actio (judicati). So muß jeder dingliche Anspruch zuvor in eine Obligation verwandelt werden, bevor es zur satisfactorischen Execution desselben kommt. Fragt man aber warum auch in rem actiones, warum überhaupt alle Anspruchsflagen ihre condemnatio hatten²³⁾, so werden wir wohl auch hier in der Erscheinung selbst zugleich ihren Grund haben. Für den Römer gibt es keine wahre executio ohne obligatio. Wo diese nicht ist, muß sie geschaf-

22) l. 68 D. r. v. 6, 1.

23) arg. Gaj. 4, 44 vgl. oben §. 95. II. §. 88. §. 87, 4.

fen werden — durch *condemnatio*; wo sie ist muß sie erneuert und damit die *executio* nicht ihrer nothwendigen Schranke entbehre, in Geld fixirt werden — durch *pecuniaria condemnatio*²⁴). Weit entfernt, daß die dinglichen Klagen ein Argument gegen den Zusammenhang von Exekution und Haftung abgeben, dürften sie vielmehr zur Probe für denselben dienen. —

§. 217.

Verbindlichkeit und Schulb.

Daß den persönlichen Obligationen innewohnende Müssen (§. 214) ist bald eine bloße Verbindlichkeit, bald Schuld, letzteres im materiellen, nicht moralischen Sinne des Wortes (*debitum*, *aes alienum*, *nomen* — nicht *culpa*). Entscheidend für das Dasein der einen oder anderen ist etwas pekuniäres: der Umstand nämlich, daß die obliegende Leistung das einemal aus dem Vermögen des Leistenden erfolgt, oder doch nicht ohne Vermögensaufwand von Seite desselben möglich ist, und also eine Vermögensverringerung mit sich führt; das andere Mal dagegen einen bloßen Kraft- oder Willensaufwand enthält, wie z. B. die Zurückgabe der entlehnten Sache. Ist ersteres der Fall, dann erscheint die Obligation als ein Minus im Vermögen des Obligirten¹), bei den Römern speziell als „*debitum*“, „*aes alienum*“, „*nomen*“, bei uns als Schuld, oder *Passivum*; im anderen Falle dagegen mag bei den Römern noch immer von einem *debere* in Verbindung mit der Leistung (*facere debere*) die Rede sein; allein *debere* schlechthin oder das substantivische *debitum* wird für dieses Müssen wohl vergeblich gesucht werden; ebenso sicher sprechen wir diesfalls nicht von Schulden; dagegen ist unsere „Verbindlichkeit“, ähnlich wie das römische *oportere*, weit genug, um außer den Schulden auch noch dem weder Geld noch Gut kostenden Müssen Raum zu bieten.

24) vgl. hierüber und über den Fall, da wegen Nichtvertheidigung es zur *executio* ohne *actio* kommt, oben §. 80 S. 255, bes. Num. 15.

1) s. oben §. 124 Anm. 1 — *bona quae deducto aere alieno supersunt*. — Eine Folge und eine Probe dieses Schuldenbegriffes ist, daß die den Schulden entsprechenden „Forderungen“ (*actiones*) ebensosehr ein Plus im Vermögen des Gläubigers, als die Schulden ein Minus in dem des Schuldners sind (l. 49 D. v. s. 50, 16 — *In bonis adnumerabitur si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus* —

Also unterscheiden wir innerhalb der persönlichen Obligation nicht bloß ein Haften, das nicht ohne weiteres auch schon ein Müssen ist (§. 212, §. 215, 2), sondern auch innerhalb des in der persönlichen Obligation bald vorneherein vorhandenen, bald eventuell eintretenden Müßens die bloßen Verbindlichkeiten von den Schulden. Zeigt der deutsche Sprachgebrauch in der That „eine entschiedene Neigung, den Ausdruck Schulden auf Geldschulden zu beschränken“²⁾, so liegt der Grund wohl nur darin, daß da wo man von den Schulden eines Mannes zu reden Anlaß findet, vorzugsweise Geldschulden vorzuliegen pflegen; daß das Kriterium der Schulden, ein Minus im Vermögen des Obligirten zu sein, auch noch anderen Obligationen als den Geldobligationen innewohne, mithin auch noch anderen der Name „Schulden“ beizukommen habe, wird damit nicht ausgeschlossen. Daß jenes Kriterium aber allen Obligationen zukomme, und also jede „dem Forderungsrechte entgegenstehende Verpflichtung „Schuld“ heiße“, hat nicht nur den gemeinen Sprachgebrauch nicht für sich, sondern auch den wirklichen Sachverhalt und die juristische Praxis gegen sich. Denn so wenig z. B. die Verbindlichkeit zu bloßer Dienstleistung oder zur Restitution einer fremden Sache sich als Minus im Vermögen des Obligirten darstellt, so wenig wird dieselbe bei der Inventarisirung seines Vermögens unter den Passivis oder Schulden aufgeführt³⁾. — Von den römischen Schuldennamen geht *aes alienum* seinem Wortlaute nach bloß auf Geldschulden, seiner wirklichen Anwendung nach auch auf die noch übrigen Schulden⁴⁾; *nomen* lautet auf alle möglichen Schulden, geht aber, von der Buchschuld abstammend, meistens auf Geldschulden⁵⁾; *debitum* lautet und geht gleichmäßig auf alle Schulden⁶⁾. —

2) Windscheid, P. §. 251 Anm. 2.

3) s. jetzt Dr. Otto Febr. v. Bölderndorff, Konkursordn. für d. d. Reich, Separatabdr. aus der „Gesetzg. des d. R. mit Erläuterungen“ zu Buch I Tit. 2 S. 185—187. Scheurl, M.-Viertelj. Bb. 18 S. 511: „das wirkliche Bestehen dieses Unterschiedes läßt sich nicht bestreiten —“.

4) l. 213 §. 1 D. v. s. 50, 16 — *Aes al. est quod nos alii debemus* — arg. l. 39 §. 1 eod.

5) — nur meistens, nicht immer: arg. l. 18 pr. D. pign. 13, 5 — *si id nomen pecuniarium fuerit* — l. 37 D. a. v. o. h. 29, 2 — *quae in nominibus sunt* —

6) z. B. *condictio certae rei: sive pecuniam sive rem aliquam cer-*

Die deutsche „Forderung“ besteht ebensowohl den bloßen Verbindlichkeiten als den Schulden gegenüber, mit nichten aber auch schon mit der bloßen Haftung?).

Dem Unterschiede der Verbindlichkeiten und Schulden folgt weithin der von dare und facere oportere, indem dare jede Vermögensentäußerung⁸⁾, mithin überall eine Vermögensverminderung ausdrückt, und facere gerade im Gegensatz zum dare die Arbeit, das Thun ohne Geben, die bloße Kraft oder Willensäußerung bedeuten will⁹⁾. Indessen gehört dem bloßen facere 1. das tradere nur insoferne an, als es eine bloße Detentions- oder Besitzesaushändigung sein soll; als Tradition einer b. f. possessio, geschweige denn als dominii traditio, ist es bereits Vermögensminderung¹⁰⁾, mithin Schuldgegenstand und dem dare beizuzählen; 2. nicht minder werden wir alles facere oportere, welches der Obligirte nicht ohne Auslagen (auf Material, Arbeitskräfte, Reisen) erfüllen kann, und aber auf eigene Rechnung erfüllen muß, den Schulden beizählen müssen. —

Ist unser Müßigen (oportere) bald bloße Verbindlichkeit, bald Schuld, so gilt von dem Verhältniß der Verbindlichkeit und Schuld zur Haftung dasselbe, was oben vom Verhältniß des Müßigen zur Haftung bemerkt worden ist (§. 214—216).

tam debitam nobis petamus Gaj. 4, 33; — condictio indebiti: si fundi mei usum fructum tibi dedero l. 12 D. h. t. 12, 6. l. 26 §. 12 D. eod. — hominem indebitum — l. 7 eod. — id ipsum aut tantundem repetitur; — die debita hereditaria Gaj. 2, 35.

7) B. Delbrück u. W. der Erste, welcher auf den Unterschied von Obligationen und Schulden aufmerksam gemacht hat (Uebnahme fremder Schulden 1853 S. 10), kennt den Unterschied von Verbindlichkeiten und Schulden noch nicht, identificirt also die Forderungen mit den Schulden, hat für die noch nicht zum debitum erwachsene obligatio noch kein deutsches Wort, und glaubt, daß den Deutschen das Ding selbst gefehlt habe. Von dem Unterschiede zwischen Verbindlichkeit und Schuld ist auch noch in meinem „Begriff der Obligatio“ (Grünhut'sche Zeitschr.) Umgang genommen.

8) zunächst Eigenthumsveräußerung: l. 75 §. ult. D. v. o. 45, 1. l. 167 pr. D. r. j. 50, 17. Gaj. 4, 4, dann Eigenthumsverringerung: l. 136 D. v. o. 45, 1 — Si . . . viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit — l. 56 §. 6 eod., dann Delegation von Forderungen: arg. l. 8 §. 5 D. ad SC. Vell. 16, 1.

9) l. 72 pr. D. v. o. 45, 1 — ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri, vel in sulam fabricari, vel operas, vel quid his simile — bezügl. „fundum tradi“ s. schon hier Abbelohde, untheilbare DD. §. 7.

10) l. 49 D. v. s. 50, 16 und oben §. 143, §. 178, 4. 2. 5.

Also sind Verbindlichkeit und Schuld selbst Haftung, Spezifikationen des Einen und allgemeinen Haftungsbegriffs, ein Produkt aus der Thatsache, daß eine Person haftet und daß sie für eine eigene Leistung haftet, entweder für eine bloß die Person oder für eine das Vermögen des Haftenden in Anspruch nehmende Leistung desselben. Geißeln haben keine Verbindlichkeit und keine Schuld, weil sie für kein eigenes Thun oder Lassen haften. Der Prozeß, der nicht selten vom Haften zum Müssen stattfindet (§. 212, §. 215, 2), ist identisch mit demjenigen, der auch vom Haften zu Verbindlichkeit und Schuld stattfindet. Eine Haftung von Personen kann perfekt da sein, ohne daß oder noch bevor sie sich zu Verbindlichkeit oder Schuld spezificirt (vgl. §. 212, §. 215, 2, 3). So kann

1. die Haftung z. B. des Mandanten unbedingt vorhanden und insoweit obligatio ex mandato existent sein, indessen es im Ungewissen ist, ob der Mandatar Auslagen hat, der Mandant also „geben müssen“ d. h. Schuldner sein wird, — oder der Mandatar unbedingt haften, indessen es ungewiß ist, ob eine gewisse Sache des Mandanten an ihn gelangen und daraus eine Verbindlichkeit (zur Restitution) für ihn erwachsen wird¹¹⁾. Mit dieser Ungewißheit hängt die römische Unterscheidung von contractus certus und incertus¹²⁾ zusammen. Unmöglich von der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Gegenstandes aus gegriffen¹³⁾, aber auch unmöglich mit den contractus nominati und innominati zusammenfallend¹⁴⁾, geht

11) Was wir hier Haftung im Gegensatz zu erst später auftauchenden Verbindlichkeiten und Schulden nennen, scheint dasselbe zu sein, was Bekker (über das Verh. von actio zu obligatio, Zeitschr. f. Rg. Bd. 9 S. 382) „abstrakte Aktion“ nennt, — und was hier als materiellrechtlicher Prozeß vom einen zum andern gedacht ist, erscheint dort als „Spannungsverhältniß“ (S. 383). Einen „Entwicklungsprozeß“ von Obligatio zu „Forderung und Schuld“ hat u. W. zuerst hervorgehoben B. Delbrück, a. a. O. S. 10 unten. S. übrigens auch noch das „in obligationem incidam“ in l. 81 §. 1 D. dep. 16, 3.

12) l. 18 pr. D. accept. 46, 4. l. 9 pr. D. r. cr. 12, 1, womit der contractus certi und incerti in l. 1 §. 6 D. pec. const. 13, 5 gleichbedeutend sein mag (Savigny, Syst. Bd. 5 S. 581 b. Keller, Civilpr. §. 88 Anm. 1107) — dagegen neuerdings wieder J. Merkel, Konkurs der Aktionen S. 53 oben.

13) Savigny a. a. O. oben. arg. l. 9 pr. cit. — ex qua certum petitur —

14) wie Savigny a. a. O. annimmt — und neuerdings Merkel a. a. O. S. 53 Abs. 1 unter Hinweis auf l. 1 §. 1 D. praescr. v. 19, 5 vertheidiget —

contractus certus und incertus von der Thatsache aus, daß in der einen Hälfte von Kontrakten, vorausgesetzt nur daß unbedingt kontrahirt wird, sofort mit deren Abschluß das Da-sein einer sofortigen oder künftigen Schuld gewiß, bei den anderen dagegen ungewiß ist¹⁵⁾. Der Umstand nämlich, daß eine Schuld (debitum) aus einem „ungewissen Kontrakte“ (etwa einem b. f. negotium)¹⁶⁾ hervorgegangen ist, soll — das ist der Sinn der einschlägigen Stellen — nicht hindern, daß in Anbetracht derselben Schuldfagen (conditiones) und was immer sonst für Schuldgeschäfte (Konstitutum, Acceptilatio etc.)¹⁷⁾ plaggreifen. Dabei wird vorausgesetzt, daß der Kontrakt selbst perfekt, eine Obligation also unbedingt vorhanden sei. Der scheinbare Konflikt aber zwischen einer unbedingten Obligation und einer in incerto befindlichen Schuld löst sich, wenn die Obligation vorerst bloße Haftung ist. — Ferner kann

2. die Haftung, und damit obligatio, schon jetzt da sein, indessen der Eintritt der Verbindlichkeit oder Schuld durch Fristsetzung (dies) einen Aufschub erleidet. Zutreffend sagen die Quellen, daß hier eine Schuld (debitum) noch nicht da sei^{17a)}; in der entgegengesetzten Ausdrucksweise (daß schon jetzt schuldig sei)¹⁸⁾ haben wir wohl nur die Eskomptirung eines künftigen, aber sicher kommenden Ereignisses zu erblicken¹⁹⁾.

15) l. 1 §. 6 cit. — Debitum .. potest constitui .. ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat .. vel ex quocunque alio contractu — l. 18 pr. cit. cf. l. 12 eod. (D. acc.) quod .. debetur, acceptilatione tolli potest — l. 10 D. r. cr. 12, 1 — quia debitu iri non est certum. Gaj. 4, 124 — pecuniam .. creditam dicimus .. quam tunc cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri —

16) l. 1 §. 6 cit. — ex causa emtionis .. vel ex causa dotis vel ex causa tutelae —

17) s. unten Nr. 4.

17a) Gaj. 3, 124. l. 1 §. 1 D. cond. 35, 1 — debitum iri l. 41 §. 1 D. v. o. 45, 1 — dies adjectus efficit, ne praesentidie pecunia debeatur cf. l. 14 D. r. j. 50, 17. l. 12 D. accept. 46, 4.

18) §. 2 J. v. o. 3, 15 — statim quidem debetur, sed peti prius non potest —

19) l. 10 D. cond. ind. 12, 6 — in diem debitor ... debitor est l. 8. l. 9 D. ut legat. cav. 36, 3 — deberi enim dicimus et quod die certa praestari oportet licet dies nondum venerit. (Vgl. Unger, öst. Privr. §. 83. Arndts, P. §. 73. Windscheid §. 96). l. 46 pr. D. v. o. 85, 1 läßt allgemeiner die obligatio, vielleicht also nur die Haftung schon jetzt da sein — praesens o. est, in diem autem dilata solutio. —

Eine dritte Ausdrucksweise aber, nach welcher vor dem dies nichts, überhaupt keine Obligation, auch keine bloße Haftung, existiren würde²⁰⁾, scheint uns unrichtig; denn damit ist der Konflikt nicht etwa bloß mit unserer Haftung, sondern auch mit der Thatfache da, daß die betagte Obligation mit Ausnahme der Exigibilität in allen anderen Richtungen als präsent behandelt wird²¹⁾. In diesen allen wird nicht bloß die künftige Schuld, sondern auch eine schon vorhandene Obligation (Haftung) aufgehoben, bestärkt, gesichert; nur *actio* ist *nondum nata*; aber die *nondum nata* ist schon jetzt in *rerum natura*, als ein Keim im Schoße der Haftung da²²⁾. — Wie mit der betagten Schuld verhält es sich auch mit der betagten Verbindlichkeit. —

3. Gewisse Haftungen (aus *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*) können durch gewisse Ereignisse (Fristenablauf, Kündigung, Tod) für die Zukunft erlöschen, indessen die denselben bereits entsprungenen Verbindlichkeiten und Schulden möglicherweise noch alle ungetilgt fortbestehen²³⁾.

4. Konstitutionen, Novationen, Cessionen, Delegationen, Kompensationen werden wir nur bei Schulden, nicht bei bloßen Verbindlichkeiten, geschweige denn bei bloßen Haftungen antreffen.

2. Arten.

§. 218.

Uebersicht.

Nicht jeder Unterschied, der etwa in Grund, Gegenstand oder Inhalt der Obligationen vorkommt, begründet auch Arten der Obligation. So z. B. wird eine Obligation darum, daß

20) l. 44 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 — *ex die incipit obligatio*.

21) Zahlbarkeit: l. 10 D. cond. ind. 12, 6. — Acceptilirbarkeit: l. 12 D. acc. 46, 4. — Garantirbarkeit: l. 9 pr. l. 12 §. 2 D. qui pot. 20, 4; — l. 28 D. pro soc. 17, 2. — Verkäuflichkeit: l. 17 D. per. et act. vend. 18, 4. — Separationsrecht: l. 4 pr. D. sep. 42, 6. — *Pauliana*: l. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9.

22) s. oben §. 92 a Abs. 2; §. 114 Anm. 27—34.

23) s. oben §. 215. 3; unten, Aufhebung der *DD*.

sie re oder consensu contrahirt wird, keine andere; im Inhalte der Obligation kann etwas accessorisch oder prinzipal sein, ohne daß deswegen die D. selbst prinzipal oder accessorisch wird, während es von anderwärts her allerdings prinzipale und accessorische D. gibt. Gegenseitige Kontrakte haben beiderseits Obligationen, aber keine gegenseitige Obligation im passiven Sinne des Wortes zur Folge¹⁾; die Obligation des Einen kann passiv nicht zugleich Haftung, Verbindlichkeit, Schuld seines Gegentheils, des Gläubigers sein; es gibt mutuae obligationes aus Einer und derselben causa, aber passiv nicht Eine Obligation des Obligirten und des Gläubigers; keine D. wird gegenseitig dadurch daß ihr eine andere gegenübersteht. Aber die gegenseitigen Kontrakte hatten gegenseitige judicia (b. f. judicia) und damit einen ermäßigenden²⁾ Einfluß auf die beiderseitigen D. zur Folge, so daß man darnach, freilich auch noch aus anderen Gründen, und das Vorbild der „strengen“ und „freien“ in personam actiones³⁾ vor Augen, auch strenge und freiere Obligationen unterscheiden mag. — Ueberhaupt müssen die materiellrechtlichen Unterschiede der in personam actiones auch Unterschiede der Obligationen zur Folge haben; allein diejenigen, welche wir entschieden für materiellrechtliche erachten können, wie den der poenalen und der reipersekutorischen und den der zeitlichen und der perpetuirbaren Klagen, können wir durch §§. 85. 86. und §. 210, sowie durch §§. 112—114 für erledigt erachten.

Hiernach werden als Obligationenarten nurmehr in Betracht kommen:

- a. civiles u. naturales oo.
- b. strenge und freiere
- c. prinzipale und accessorische
- d. theilbare und untheilbare
- e. getheilte und ungetheilte (darunter solidarische und for-reale).

1) wie solche z. B. Keller, P. §. 219 C. Sintenis, gem. Civilr. §. 82 II. B. aufstellt.

2) Keller, Civilpr. §. 25 S. 114 „temperirt“ Cic. „moderatum“ f. unten §. 224 Anm. 1.

3) Savigny, Syst. Bb. 5 S. 106.

Selbst unter den *naturales oo.* wird uns aber nicht sowohl eine Art, als eine Abart der *DD.* in Anspruch nehmen.

§. 219.

a. *Civilis und naturalis obligatio, Offizialansprüche und anderweitiges natura debere.*

Rechtlich im spezifisch-römischen (*civilis*), aber auch im natürlichen Sinne des Wortes kann keine persönliche Obligation sein, es wäre denn die Person des Obligirten aus dieser Obligation haftbar, also sofort oder seinerzeit mit *actio* belangbar und, insoweit dies im geltenden Rechte überhaupt noch möglich ist, *exquirbar* (§. 208)¹⁾. Was immer sonst für Realisirbarkeiten derselben denkbar sind und vorkommen: die in der Defensiv (durch Retention, insonderheit *compensatio* u. s. g. *soluti retentio*), die in der Offensiv (mittels Konstituierung und Novation, durch anderweite Obligationen, es sei nun von Sachen oder Personen Dritter — Gewalthaber, Bürgen, *Expromissionen*) — sie fassen die Person des Obligirten entweder gar nicht (*adjektivische Obligation, Bürgschaft, fremdes Pfand, Expromission*), oder nur in Gestalt einzelner *Pertinentien* (*Gegenforderung, Zahlungsbetrag, eigenes Pfand*), oder nur mittelbar und freiwillig, mittels einer neuen und nur mit eigenem Willen des Obligirten geschaffenen Obligation (*Konstitutum, Novation*); auch sind sie sämmtlich nicht mit der Obligation an sich und nothwendig, sondern überall erst in Folge anderweitiger, zum Theile zufälliger Thatsachen und Umstände, zum Theile besonderer Geschäfte da. Ansprüche, die sich auf eine derart *prefäre Realität* beschränken, der dem Gläubiger allein

1) l. 16 §. 4 D. *fidej.* 46, 1 *Julian.* — *licet minus proprie debere diceantur naturales debitores, per a b u s i o n e m intelligi possunt debitores, et qui ab his pecunia recipiunt, debitum sibi recepisse.* l. 41 D. *pec.* 15, 1 — *cum eo verbo (debere servum, deberi servo) abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem; wohin denn auch die Erscheinung, daß nulla omnino inter me et eum qui in pot. mea est obligatio nascitur* (*Gaj.* 4. 78 und ähnliches in l. 42 §. 1 D. *o. e. a.* 44, 7 l. 10 D. *v. s.* 50, 16. *Savigny, Oblig. R.* Bd. 1 S. 36. *Schwanert, die R. DD. des r. R's.* 1861. S. 1.

praesenten²⁾, ihn allein zum „Gläubiger“ stempelnden³⁾ actio entbehren, kommen, möchte man denken, entweder gar nicht vor, oder sie sind gar keine „Obligationen“.

In Wirklichkeit kommen aber Ansprüche von derart beschränkter Wirksamkeit vor, überdies vor unter dem Namen von Obligationen⁴⁾, allerdings nur unter dem von „naturalen“ *DD.* Sie sind als ein zweites Produkt natürlicher Anläufe zur Obligationenbildung außer und nach der spezifisch-römischen Obligation zu denken. Denn außer ihnen, und wahrscheinlich noch vor ihnen, waren „*naturales oo.*“ aufgetreten, denen es an Klugbarkeit nicht fehlte; hatten Thatfachen, die wenig Fuß, aber viel Natur an sich hatten, wie *mutuum*, *emptio venditio* u., civile Wirksamkeit erhalten⁵⁾; was in diesem Entwicklungsgange an natürlichen Bindungselementen noch nicht zur Geltung gekommen war, und aber auch fort und fort zu civiler Bindung nicht ausreichend schien, das ward zur *naturalis o.* im schwächeren Sinne des Wortes (*tantum naturalis*)⁶⁾ verwerthet. Selbstverständlich können Obligationen, in denen die Person des Obligirten wegen mangelnder Klugbarkeit entweder gar nicht, oder nur zufällig, theilweise oder nicht wider ihren Willen gebunden oder haftbar ist, oder wird, keine echten, geschweige denn vollkommene *DD.* sein⁷⁾; allein eben ihrer Unvollkommenheit halber will gerade diese niederste Art, vielmehr Abart⁸⁾ der Obligationen nach ihren Fällen, Voraussetzungen und Wirkungen näher betrachtet sein, während die klugbaren

2) l. 25 §. 1 *D. quando dies leg.* 36, 2.

3) vgl. Bekker, „über die *Naturaloo.*“ in seinen und Muthers Jahrb. Bd. 4 S. 395. Savigny a. a. O., Schwanert a. a. O. I. 42 §. 1 *D. o. v. a.* 44, 7: *Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent* und die oben Anm. 1 cit. II. (Eine besondere Bewandniß hat es mit den *usurae indebitae* in l. 5 §. 2 *D. solut.* 46, 3 (§. 223. 1.)

4) ob auch bei Gajus? Vgl. dessen *Comm.* 3, 104 mit 3, 119 ab init. u. inf.

5) l. 126 §. 2 *D. v. o.* 45, 1 cf. l. 1 *D. loc. cond.* 19, 2 l. 84 §. 1 *D. r. j.* 50, 17 l. 15 *D. cond. ind.* 12, 6. Noch Pfordten, *de obligationis civilis in naturale transitu*, diss. 1843 nennt als klugbare außer den *civiles* nur *honorariae* s. *praetoriae oo.* p. 5. S. dagegen Savigny, *Oblig.* Bd. 1 S. 38. Schwanert, *die Naturaloo.* des r. R. 1861 §. 7.

6) l. 5 *pr. D. pign.* 20, 1.

7) vgl. oben §. 216 S. 25.

8) vgl. oben §. 218 a. G.

Naturalobligationen gleich den praetorischen⁹⁾ sich von den civilen wenigstens heutigen Tages in nichts was von praktischem Belange wäre, unterscheiden.

Auch mit den klaglosen Naturalobligationen aber war noch nicht alles in die Sphäre des Rechtes herangezogen, was irgend einen Anspruch auf obligationenartige Berücksichtigung zu haben schien. „Natürliche Schuldigkeiten“ gab es noch außerhalb der naturales obligationes¹⁰⁾. Eine eigene¹¹⁾ Gruppe solcher gewissermaßen extravaganter natürlicher Schuldigkeiten sind die aus der altväterischen Pflichtenlehre¹²⁾ stammenden, zwischen gewissen Personen als solchen geltenden, anfangs bloß moralischen, später auch rechtlich gewürdigten Schuldigkeiten (Offizialansprüche §. 222). Was außer ihnen noch als „natürliche Schuldigkeit“ vorkommt, gehört jedenfalls einer unbestimmteren oder modernen Moral an und findet immerhin noch eine gewisse rechtliche Anerkennung; aber daß in dieser Anerkennung oder Wirkung noch irgend etwas Obligationenartiges zu entdecken sei, wird bezüglich der meisten von ihnen, wo nicht aller, in Abrede gestellt werden müssen (§. 223.)

Wie schon angedeutet, können wir nur in den an sich klagbaren naturales oo. eine Art, in den an sich klaglosen naturales oo. nur eine Abart¹³⁾ der DD. erblicken. Kommt der Ausdruck naturalis o. für an sich klagbare DD. auch nur einmal vor¹⁴⁾, so läßt sich doch nicht verkennen, daß er für eine große Gruppe von an sich klagbaren DD. nicht minder berechtigt war¹⁵⁾, daß ihm zufolge, aus was immer für einem

9) §. 1 J. oblig. 3, 14. Vgl. oben Bb. 1 §. 90.

10) Dies zuerst grundsätzlich aufgestellt und überzeugend durchgeführt von Schwanert, Die Naturaloo. 1864. Abschn. II §§. 9–11 während von Naturaloo., welche „nicht im vollen Maße dafür gelten können“ und „nur einzelne Erscheinungen derselben darbieten“ bereits Savigny spricht (§. 12 S. 100). Gegen Schwanert Arndts P. §. 217 Anm. 7 Windscheid §. 288, Anm. 4.

11) von Schwanert vielleicht nicht genügend distinguirte.

12) Bb. 1, S. 210, Anm. 4.

13) vgl. Bekker a. a. O. S. 404 VII.

14) Schwanert, die Nat. DD. des röm. R's. 1861 S. 70 — nämlich in der oben Anm. 5 cit. l. 126 §. 2 D. v. o.

15) arg. Das natura debere für die o. aus loc. cond. (l. 1 D. loc. 19, 2) und allem dem jus gentium entspringenden dare oportere: l. 84 §. 1 D. r. j. 50, 17. Schwanert a. a. O. S. 69 Anm. 1 und

Grunde¹⁶⁾, die also beschaffenen *DD.* selbst und überhaupt „natürliche“, und also den mehr rechtlichen (civilen) gattungsweise entgegengesetzt sind¹⁷⁾. Dürften wir aber annehmen, daß die an sich klagbaren *naturales oo.* um ihrer *causa* willen „natürliche“ heißen (Anm. 16), dann könnten im Gegensatze gegen diese klagbaren *DD.* auch die civilen nur um ihrer *causa* willen¹⁸⁾ *civile* heißen. Damit wäre nicht ausgeschlossen, daß im Gegensatze zu den an sich klaglosen *Nat.-DD.* die civilen die rechtlich vollkommenen d. h. die an sich klagbaren bedeuteten, so daß in diesem Gegensatze alle an sich klagbaren *DD.* gleichviel ob sie *naturalem* oder *civilem causam*, *civilem* oder *honorariam actionem*¹⁹⁾ haben, *civiles* heißen. Darauf daß die an sich klaglosen *DD.* — gleich den *naturales liberi* — um ihrer minder vollkommenen rechtlichen Stellung oder Wirksamkeit willen *naturales* heißen, deutet der Umstand daß sie *naturales tantum* sind²⁰⁾. Nur um ihres Abganges an rechtlicher Wirksamkeit, nicht um ihrer Wirksamkeit willen heißen sie *naturales*; letztere haben auch sie *jure civili*²¹⁾.

bes. Scheurl in der Anzeige des Schwanertschen Buches in der Münch. Viertelj. Bd. 6 S. 492 — Bekker, über die *Nat. DD.* in seinen und Muthers Jahrb. Bd. 4 S. 387 nro II. — wogegen noch Pfordten loc. cit. p. 4.

16) doch wohl weil ihre *causa* (*res. consensus*) als *naturalis* erschien: nicht, als ob oder weil in diesen *causis* überall ein *Reales* im Gegensatze zu bloß *Idealem* (z. B. *stipulatio*) maßgebend werde (Schwanert S. 74, Scheurl a. a. D. S. 492), sondern u. E. weil in ihnen der materielle Grund (z. B. *mutuum, emptio, venditio* und damit die Gerechtigkeit der Obligirung zu Tage tritt, und die Gerechtigkeit ein natürliches Postulat ist (arg. „*naturalis aequitas*“ z. B. l. 1 pr. D. pact. 2, 14). Diese an sich klagbaren *naturales oo.* sind *juris g.* (l. 7 §. 1 D. eod.), ohne daß deswegen alle aus dem *jus. g.* übernommenen *DD.* *natural* sein mußten, oder nicht auch spezifisch römische *DD.* hätten *natural* sein können. Die an sich klaglosen *DD.* sind *natural* ohne *juris g.* zu sein. (s. unten §. 220 Anm. 1).

17) s. aber Schwanert, S. 156 oben.

18) also weder um ihrer Klagbarkeit überhaupt. (Savigny, das Obligationenrecht, Bd. 1 S. 37), noch um ihrer Klagbarkeit durch *civilis actio* willen (Scheurl, heidelb. frit. Jahrb. Bd. 1 S. 504, Schwanert, S. 156 Anm. 2. 1)

19) vgl. Pfordten, l. cit. p. 6, Savigny a. a. D., dagegen Scheurl a. a. D.

20) l. 5 pr. D. pign. 20, 1. Bekker S. 398. Schwanert, S. 154. S. 156, Anm. 3 „die Bezeichnung *nat. tantum* weist (auf) nicht ein Anderes, sondern nur ein Weniger gegenüber der *civ. o.* hin“.

21) Bekker, a. a. D. S. 386, 2 S. 400 V.

§. 220.

Als Voraussetzungen der an sich klaglosen Naturalobligation erscheinen

1. irgend ein Kontrakt, Quasikontrakt, oder Delikt, wie solche zur Begründung von civilen *DD.* nothwendig sind¹⁾; es muß, damit eine „natürliche“ *D.* da sei, gewissermaßen der Körper einer Obligation, — die Obligation muß, soweit dies bei den klagbaren *DD.* der Fall ist, für die natürlichen Sinne da sein; äußerlich sind *civilis* und *naturalis o.* in nichts verschieden. Wo es an einem Kontrakt oder Delikt fehlt und auch sonst keine *civiliter* obligirende *causa* vorliegt (wie das beim *nudum pactum* die Regel war), da kann vielleicht ein Officialanspruch (§. 222), oder ein sonstiges *natura debere* (§. 223) bestehen: eine „*naturalis o.*“ liegt nicht vor²⁾; —

2. irgend ein Umstand, der die *civile* Wirksamkeit des Kontraktes, Quasikontraktes, Deliktes, oder aber den *civilen* Fortbestand³⁾ einer *D.*

a. entweder *jure communi* und *ipso jure* ausschließt oder aufhebt, dagegen aber dem Verlangen nach anderweitiger Realisirung des Versprechens, Erstattung oder Sühne vom

1) Dieser in meinen krit. Bl. Nr. 3 S. 41 der Savigny-Pfordten'schen Theorie (daß die *natt. oo. ex jure gentium* stammen — Sav. *Oblig. I* §. 5 Syst. I 479, Pfordten l. cit. §. 1) entgegengesetzte Satz ist seitdem anerkannt und weiter begründet von Schwanert, die *Naturaloo.* des r. R's. Gött. 1864 bes. S. 52 fgg. S. 61, S. 67 Abs. 3, dann §. 12) endlich S. 387 Abs. 2 S. 482 Abs. 1, — im wesentlichen anerkannt von Bekker, über die *Nat. DD.* in seiner u. Muthers Zeitschr. Bd. 4 S. 394, — von Scheurl in seiner Anzeige des Schwanert'schen Buches in der Münchener Viertelj. Bd. 6, S. 498. IV. S. auch Löwenfeld, *act. de in rem verso* S. 10 u. fg. das Wort der l. 49 §. 2 *D. pec. 15, 1* — *Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est.*

2) Gegen die *nat. o.* aus dem *nudum pactum* (Savigny S. 53 fgg.) s. meine krit. Bl. Nr. 3 S. 16 Nr. 12 und Holtins über *nat. o.* in dessen Abhh., aus dem holl. übers. von Sutrio, S. 7 fgg. Bekker, a. a. O. S. 395 unten. Girtanner, die *Stipulation* 1859, S. 401 Nr. XXII. Schwanert S. 123 §. 11, Scheurl, Viertelj. a. a. O. S. 501, Thering's Bemerkung im Geist d. r. R's. 3. Aufl. S. 136 Anm. 45, Windscheid P. §. 289 Anm. 1; l. 7 §. 4 *D. pact. 2, 14 arg. l. 1 §. 2 D. v. o. 45, 1 l. 19 pr. D. accept. 46, 4 cf. l. 5 pr. D. resc. vend. 18, 5.*

3) Hierher besonders Pfordten *de obligationis civ. in nat. transitu*, p. 14.

Standpunkte natürlicher Anschauung oder gemeiner Billigkeit aus Raum läßt, —

b. oder *jure singulari* und nur *ope exceptionis* ausschließt, dies aber nicht im Interesse des Schuldners, sondern zur Strafe des Gläubigers thut⁴⁾.

Unter den sub. 2 umschriebenen Umständen kann es kommen, sowohl daß aus Kontrakten, Quasikontrakten, Delikten vornherein nur klaglose *DD.* entstehen, als daß die civile Wirksamkeit einer *D.* erlischt, eine *naturalis* o. aber übrig bleibt⁵⁾.

A. Entstehen sehen wir *naturales oo.*

I. *jure communi*

aus Kontrakten, Quasikontrakten u. Delikten zwischen den durch väterliche⁶⁾ oder Herren-⁷⁾ Gewalt verbundenen Personen. *Patria* u. *dominica potestas* lassen *jure communi DD.* mit civiler Wirksamkeit (Aktionen) zwischen den Gewaltverbundenen nicht aufkommen⁸⁾; die natürliche Persönlichkeit und Handlungsfähigkeit der Hauskinder und Sklaven aber, die Naturwüchsigkeit ihrer Kontrakte und Delikte, ihre Anlage und der Ansat zu einiger, namentlich auch pekuniärer

4) I. 19 pr. 1. 40 D. cond. ind. 12, 6 l. 9 §. 4 D. ad SC. Mac. 14, 6 — Fälschlich hat man nicht selten das Dasein der n. o. lediglich daraus abgeleitet, daß Schuldner nur *ope exc.* befreit sei (nicht so Kierulff, Theorie d. g. Civifr. S. 185 n.); allein einerseits schließt der Umstand daß Schuldner *ipso j.* befreit ist, *naturalem* o. nicht aus (alle Fälle sub. A, manche sub. B), andererseits ist nat. o. trotzdem Schuldner nur *ope exc.* frei ist, gewöhnlich nicht da (I. 40 pr. D. cond. ind. 12, 6).

5) Pfordten I. cit. §. 2, §. 3.

6) v. d. Pfordten, über *DD.* zwischen den durch von Gewalt verbundenen *PP.*, in dessen Abhh. aus dem Pand.-R. S. 113; I. 38 pr. §. 1 §. 2 D. cond. ind. 12, 6 l. 9 §. 2 §. 3 D. pecul. 15, 1 cf. I. 4 l. 11 D. jud. 5, 1; I. 9 §. 6 D. pecul. 15, 1.

7) I. 64 D. cond. ind. 12, 6 l. 40 §. 3 D. condit. 35, 1 l. 9 §. 6 l. 49 §. 2 D. pecul. 15, 1 l. 56 §. 2 D. ad l. Falc. 35, 2.

8) I. 4 D. jud. 5, 11. 16 D. furt. 47, 2 — *non juris constitutio* sed *D. natura impedimento est, quod non magis cum his quos in potestate habemus quam nobiscum ipsi agere possumus* — (so zu nennende *unitas personae*, nicht so genannte *unitas personarum* gegen die Ableitung aus der *unitas personae* s. g. Personeneinheit Pfordten, der nur gerade I. 16 cit. nicht würdiget (a. a. O. § 1) und den Grund in der Erwerbsunfähigkeit des Kindes erblickt (§. 2); aber warum gleichwol Aktionen Dritter gegen das Kind? auch muß nun Pfordten *civiles oo.* nicht bloß zwischen dem *miles ff.* sondern zwischen jedem Kinde u. seinem *pf.* seit Aufkommen des *Adventisgutes* annehmen S. 145. Von Erwerbsunfähigkeit geht auch Mandry *Famliencr.* Bd. 1 §. 20 u. §. 42 aus. S. hingegen Scheurl, *Bierteilj.* VI S. 513 fg.

Selbstständigkeit (*peculium*) und darnach auch die Bildung von Aferobligationen zwischen dem Gewalthaber und seinem Untergebenen vermochten sie nicht auszuschließen. Der Umstand daß letztere *Peculien* haben können, hat zur Entwicklung dieser Naturalobligationen ohne Zweifel beigetragen, und die jedenfalls häufigste Wirkung derselben finden wir im *Peculium* (§. 221); daraus folgt aber nicht, daß ein *Peculium* da sein müsse, damit *naturalis o.* entstehe⁹⁾. — Der flagbaren Obligirung des Kindes an Dritte steht nichts im Wege, während Sklaven kontraktlich sich Dritten flagbar nicht obligiren können¹⁰⁾; also nur letzteren fehlt es an der zur spontanen Haftbarmachung der eigenen Person nothwendigen Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit, Dispositionsbefugniß¹¹⁾; schuldhafte Verwirkung der eigenen Person durch Delikte dagegen und daraus *civilis obligatio* fand bei Sklaven wie bei Hauskindern statt; nur daß bei Sklaven, so lange sie Sklaven waren, die auf ihre Person abzielende (*noxalis*) *actio* nicht von ihnen selbst, sondern von ihrem jeweiligen Herren als ihrem unfreiwilligen Defensor übernommen werden mußte; *naturaliter* wurden sie auch aus ihren Kontrakten mit Dritten obligirt¹²⁾; —

9) s. dagegen Windscheid §. 89, 6. Mandry, Familiengüterrecht I §. 20 Nro 2 S. 157 fgg. bes. d.; denselben hinwider S. 370 oben, S. 373 Abs. 2. Gegen Abhängigkeit von *Peculium* s. l. 50 §. 2 D. pec. 15, 1 — *naturalis o., quam etiam servus suscipere videtur, in litem (de peculio actionis) translata non est.* —

10) §. 6 J. inut. stip. 3, 19 — *Servus . . ne alii quidem ulli, filii vero f. aliis obligari possunt.* §. 8 J. q. m. t. o. 3, 30 Gaj. 3, 176, 173; — l. 39 D. o. e. a. 44, 7 ff. *ex omnibus causis tanquam patresf. obligantur et ob id agi cum eo tanquam cum patref. potest.* l. 57 D. jud. 5, 1 l. 45 D. pec. 15, 1; ferner oben §. 216, Anm. 16.

11) vgl. §. 4 J. cap. dem. 1, 16 Theoph. zu §. 2 J. her. inst. 2, 14 u. pr. J. stip. serv. 3, 17 Nov. Theod. XVII, 1 §. 2.

12) So ist l. 14 D. o. e. a. 44, 7: *Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittuntur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant* (Mandry, a. a. O. I S. 94: *naturaliter obligantur et civiliter obligant*) zu verstehen: N. Schmidt: Von der Deliktzfähigkeit der Sklaven nach r. R. (Diss. 1873) III. VI. Gegen Savigny S. 427 u. Wylß (Haftung für fremde culpa S. 13) als ob *civilis o.* erst mit der Freilassg. oder durch deren Anticipation da sei, s. denselben S. 10. Gegen Schwannert, der den Sklaven aus Delicten wider den eigenen Herren gar nicht, auch nicht *naturaliter* obligirt haben will, s. denselben I S. 3. S. 6; für die *nat. o.* aus Kontrakten s. auch noch l. 13 pr. D. cond. ind. 12, 6 (mit *soluti retentio*, Bürgschaft, *pign. obligatio*) l. 50 §. 2 D. pec. 15, 1 (besgl.) l. 19 §. 4 D. donat. 39, 5 (mit *expromissio*).

aus Kontrakten von Pupillen, insoferne sie sich sine tutoris auctoritate obligiren¹³⁾, und nicht etwa bereicherungs- halber klagbar schuldig werden¹⁴⁾. Solchen Kontrakten geht Klagbarkeit jure communi ab; wird ihnen stellenweise selbst naturale Wirksamkeit abgesprochen¹⁵⁾, so könnte dem zwar eine Meinungsverschiedenheit der klassischen Juristen in der Sache selbst zu Grunde liegen¹⁶⁾; denn aus der Unvollkommenheit pupillarischer Handlungsfähigkeit (§. 55. 2. b.) ließ sich mit Sicherheit nur die Unmöglichkeit civiler Obligation bei auktoritätslosem Kontrakte ableiten; daß der natürliche Ansaß von Handlungsfähigkeit zu wenigstens natürlicher Obligation führe, konnte zweifelhaft scheinen. Allein wahrscheinlicher ist, daß schon die römischen Juristen nur im Ausdrucke auseinandergingen¹⁷⁾. Jedenfalls vom Standpunkte der Kompilation aus besteht kein Widerspruch zwischen den scheinbar sich so sehr widersprechenden Stellen, wenn man von den allgemein lautenden Aussprüchen, daß n. o. bestehe, oder nicht bestehe, ganz und gar absieht, und lediglich die Entscheidungen in Betreff der einzelnen Folgen solcher Kontrakte in's Auge faßt. Denn da zeigt sich, daß dieselben entweder nur gegen die Personen und

13) l. 1 §. 1 D. nov. 46, 2 Ulp. — naturaliter, utputa si p. s. t. a. promiserit l. 19 §. 4 D. donat. 39, 5 Ulp. l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2: — p. cui s. t. a. mutua data sunt . . si reddiderit . . liberatur naturali obligatione. l. 25 §. 1 D. quando dies 36, 2 Papin; l. 3 §. 4 D. neg. 3, 5 Ulp. — compensationem ejus quod gessit, patitur —; l. 127 D. v. o. 45, 1 Scaev. Si p. s. t. a. . . promittat, fidejussorem obligatum — l. 42 pr. D. jurej. 12, 2.

14) — actionem in quantum locupletior factus est dandam D. Pius rescripsit — l. 5 pr. §. 1 D. auct. tut. 26, 8 l. 4 §. 4 D. exc. d. m. 44, 4 l. 1 §. 15 D. dep. 16, 3 l. 3 §. 4 D. neg. 3, 5; l. 46 D. o. e. a. 44, 7 — furiosus et pupillus ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine — curatore vel tut. auct. arg. l. 25 §. 1 D. quando dies leg. 36, 2 — nec locupl. f. s.

15) Gaj. 3, 119 — quamvis non fuerit obligatus, velut si . . pupillus s. t. a. promisit l. 1 C. inut. stip. 8, 39; l. 41 D. cond. ind. 12, 6 Nerat. Quod pupillus s. t. a. stipulanti promiserit, solverit, repetito est, quia nec natura debet.

16) Das mit vielen Älteren namentlich von Savigny S. 74 angenommen.

17) Dies von Keller definitiv angenommen, und begründet in Belfers u. Ruthers Jahrb. Bd 4 S. 372: Die naturalis o. pupilli — bes. S. 382 fgg.; dies allem Anscheine nach auch Schwanert's (§. 18) und Scheurl's a. a. O. S. 520 fg. Ansicht.

Sachen Dritter¹⁸⁾, oder aber nur infolge freien, es sei nun reifen oder auctorisirten Willens gegen den Pupillen selbst gehen¹⁹⁾. Lediglich darauf achtend, ob der Pupille selbst irgendwie gebunden werde, mochte man *naturalem* o. läugnen; über ihn hinausblickend und auch die Möglichkeit nachfolgender Anerkennung ins Auge fassend, mochte man sie annehmen²⁰⁾; —

II. Das Gelddarlehen an Hausfinder ist *jure singulari*

18) gegen Bürgen: l. 127 l. 42 pr. cit. l. 35 l. 25 D. fidej. 46, 1 D. rec. arb. 4, 8 sogar gegen den fidejussor, um so mehr gegen den sponsor u. fidepromissor: Gaj. 3, 119 ab init. in fine — wornach auch gegen Expromittenten, Konstituenten, und gegen die von Dritten verpfändeten Sachen: Keller a. a. O. S. 373 Schwanert S. 389.

19) infolge 1) Expromission: „si auct. tut. promittat“ l. 19 §. 4 D. donat. 39, 5 cf. l. 20 D. nov. 46, 2 — natürlicherweise, und nach Analogie des *servus liber factus* in l. cit. auch wenn er *pubes factus* expromittirt. So klagbar die Expromission, so unwiderrüflich muß 2) die durch den Pupillen erfolgende Zahlung sein, wenn er sie mit dem Tutor oder nach erlangter Mündigkeit leistet; daß entweder tut. auct., oder nach erlangter Mündigkeit gezahlt sein müsse, um cond. ind. auszuschließen, ist auch direkt bezeugt, wenn in l. 13 §. 1 D. cond. ind. „et locupl. factus est“, wie Keller S. 377 mit gutem Grund vermuthet, interpolirt ist. Darnach ist in l. 25 §. 1 in f. D. quando dies 36, 2 l. 21 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 und l. 44 D. solut. 46, 3 Auctorität oder Mündigkeit vorausgesetzt, in l. 41 D. cond. ind. 12, 6 dagegen, wie schon die Konstruktion mit sich bringt (vgl. Schwanert S. 379 Anm. 32) eine Zahlung sine auct. vorliegend; — 3) infolge Klagestellung (die nur t. a. oder nach erlangter Mündigkeit möglich) aus „hinkendem Geschäfte“, indem damit auch die Gegenansprüche des Beklagten *ex eodem negotio* zur Anerkennung gelangen, (s. oben §. 55 Anm. 32), und damit insonderheit *compensatio ex eodem negotio* wider den Pupillen platzgreift (l. 3 §. 4 D. neg. 3, 5); *Compensation ex dispari causa* ist nirgends gewährt (Schwanert, S. 386 oben, Windscheid §. 289 Anm. 13). Was vom Pupillen selbst, gilt auch von seinem Erben: l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1 cf. l. 95 §. 2 D. solut. 46, 3. Vgl. zu all dem Keller a. a. O. Schwanert, S. 379 fg., dazu Scheurl S. 520 unten, Windscheid, §. 289. 4.

20) Der dogmatischen Schwierigkeit „daß während eine obl. für den Kontrahenten selbst nicht existirt, doch zugleich für dritte Personen ja selbst wiederum für den Kontrahenten . . . eine rechtlich wirksame D. entspringen kann“ geht Schwanert nach (S. 381 Abs. 3 u. von da bis S. 387 Lösung S. 387; gegen denselben Scheurl, Viertelj. S. 521). Die römischen Juristen, vielmehr ein Theil derselben scheinen ihr dadurch begegnet zu sein, daß sie eine *naturalis* o. des P. annahmen, freilich eine die diesen selbst, um seiner Person willen (vgl. l. 29 D. cond. ind. 12, 6) frei lassen, und nur zu der vermischten Unterlage erotischer Effekte dienen sollte. Ähnlich Scheurl, a. a. O. mit dem Bemerken, daß die Stellen, welche n. o. des Pupillen läugnen, in die Pandekten nicht hätten aufgenommen werden sollen.

flaglos, dies aber nur zur Strafe des Gläubigers, daher naturaliter obligirend²¹⁾).

B. Uebrig bleiben sehen wir natt. oo.: da wo die Forderung zwar civiliter oder in civiler Konsequenz, aber ohne naturalis solutio oder Satisfaktion für den Gläubiger aufhört: durch capitis deminutio²²⁾ — Konfusion bei gezwungener (und also zu restituirender) Erbschaft²³⁾ — Litiskonfession²⁴⁾ — Prozeßverjährung²⁵⁾ — Theodosianische Klageverjährung²⁶⁾ — richterliche Freisprechung bei bestehender Schuld²⁷⁾: nur daß die Verfolgung dieser letztgenannten n. o. in fast allen Richtungen auf exceptio rei judicatae stoßen muß²⁸⁾, namentlich auch in der der soluti retentio²⁹⁾, und in der gegen die Personen und Sachen

21) l. 9. §. 4, §. 5. l. 10. l. 18. D. ad SC. M. 14, 6. l. 26 §. 9. l. 40 D. cond. ind. 12, 6. l. 14. D. r. cr. 12, 1. Wegen des Widerspruchs zwischen l. 14 cit. u. l. 9 §. 1 D. h. t. l. 14, 6 in Ansehung der soluti ret. s. Glück, Komm. XIV S. 317. Mandry a. a. O. Bb. 1 S. 508 fgg. Schwanert S. 194 fg.

22) l. 2 §. 2 D. cap. min. 4, 5 Gaj. 4, 38 — desinit jure civili debere; weil nur jure civili, darum fictitia actio daselbst 3, 84. Pfordten l. cit. §. 10.

23) l. 59 pr. ad SC. Treb. 36, 1. Pfordten §. 12, Schwanert S. 405.

24) l. 11 pr. D. pign. act. 13, 7 Solutum non videtur, si l. c. sit de ipso debito vel si fidejussor sit conventus — dagegen Wächter, Erört. Hft. 3 S. 27 Windscheid, Aktio S. 56 - 58; hinwider Schwanert, S. 426. Bekker, proz. Conf. S. 291.

25) l. 8 §. 1 D. ratam rem 46, 8. Savigny, S. 98 Nr. 11, Schwanert, S. 433 fg. Pfordten §. 5.

26) was allerdings nicht unbebenlich: Bb. 1 S. 404 fg. S. 395 fg. S. 392 oben. Pfordten §. 6. — Schwanert §. 22, insb. S. 470 erklärt die Verjährung der perpetuae act. für so vollkommen tilgend als den Ablauf der temp. aa.

27) l. 60 D. cond. ind. 12, 6 — licet enim absolutus sit, natura tamen debitor manet — Savigny S. 81. 9. Schwanert S. 437-451 bei letzterem insonderheit die verschiedenen Ursachen der Freisprechung eines verus debitor: Klage ohne Klagrecht — Klage non quemadmodum oportet (causa cadere) — injuria judicis — S. 440-444.

28) l. 56 D. re jud. 42, 1: Post rem judicatam . . nihil quaeritur — Anwendung: l. 13 D. quib. mod. pign. 20, 6 — quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur — (mit verschiedener Erklärung bei Sav. S. 91 u. Schwanert S. 445).

29) denn l. 28 D. cond. deb. 12, 6. Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit repetere non potest — will keineswegs aus naturalis o. erklärt sein (vergl. Scheurl, Heibelb. frit. Jahrb. I S. 510); wie die condemnatio ein Titel ist, der absonderlich gegen

Dritter³⁰⁾, mithin nur der Ausschluß der *indebiti conditio* bei Zahlung vor dem Urtheil (l. 60 D. cond. ind. 12, 6) und die Möglichkeit geflissentlicher Zahlung, Novirung, Konstituierung, Sicherung durch Pfänder und Bürgen nach dem Urtheil übrig bleibt.

§. 221.

Die eingangs (§. 219) vermutheten, und beiläufig bereits bezeugten (§. 220) Wirkungen der *naturalis o.* sind die *s. g. soluti retentio*¹⁾, *compensatio*²⁾, Auf- und Abrechnung im *Peculium*³⁾; ferner indirekte Klagbarkeit: gegen Sachen mittelst *rei obligatio*⁴⁾, gegen die Person Dritter mittelst Bürgschaft⁵⁾ *Expromission*⁶⁾ *Konstitutum*⁷⁾, und endlich selbst gegen die eigene Person des Naturalschuldners mittelst *constitutum debiti proprii* und *Novation*⁸⁾.

Hiernach kann dasjenige was Jemand bloß naturaliter schuldet selbst klagbar verfolgt und erzielt werden, und ist es darum nicht genau richtig, wenn man sagte: „die nat. o. hat außer der Klage alle übrige Wirksamkeit der D.“⁹⁾; allerdings kommt ihr die Klagbarkeit gleich jedem anderen Effekte nur zu-

repetitio wirkt (l. 29 §. 5 D. mand. 17, 1 — *propter auctoritatem rei judicatae repetitio cessat*), so mochten etwelche in der *absolutio* einen besonderen, selbst gegen freiwillige Zahlung wirksamen Grund für *repetitio* behauptet haben.

30) Pfänder: l. 13 D. quib. m. p. 20, 6 cit. Bürgen: l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1. Gegen Savigny's Beschränkung auf regressberechtigte Bürgen s. Schwaneert S. 448 u. die von diesem cit. l. 21 §. 4 D. exc. r. j. 44, 2..

1) l. 13 pr. l. 19 pr. l. 40 pr. l. 41 D. cond. 12, 6.

2) l. 6 D. comp. 16, 2 u. oben §. 220 Anm. 19.

3) mithin nicht bloß *deductio*, nämlich dessen was der Gewalthaber zu fordern hat (l. 9 §. 2 D. pec. 15, 1 l. 38 §. 1 D. cond. ind. 12, 6) für sich selbst, oder Namens der Seinigen (l. 9 §. 3 D. pec. cf. §. 4 eod.); sondern auch Aufrechnung dessen was das Kind *rc. gut* hat (l. 38 §. 2 D. cond. ind.)

4) l. 5 pr. D. pign. 20, 1 l. 13 pr. D. cond. ind. 12, 6.

5) s. oben §. 220 Anm. 18 u. 12 a. G.; ferner l. 6 §. 2 l. 8 §. 3 l. 60 D. h. t. 46, 1 l. 50 §. 2 D. pec. 15, 1. l. 13 pr. D. cond. 12, 6 l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1 — *si pro ff. contra Senatusc. quis fidejusserit.*

6) arg. l. 19 §. 4 D. don. 39, 5.

7) l. 1 §. 7 D. pec. const. 13, 5.

8) l. 1 §. 1 D. h. t.; l. 19 §. 4 D. don. 39, 5.

9) *Pfordten a. a. D. S. 7.*

fällig (§. 40 fg.), nicht unmittelbar oder an sich, sondern erst von außen, durch gewisse weitere rechtliche Thatfachen oder Ereignisse zu; allein wenn man von der Klagbarkeit der n. o. um deswillen, weil sie nur zufällig und mittelbar platzgreift, schweigen wollte, müßte von allen Effekten der n. o. geschwiegen werden. Denn alle sind zufällig und mittelbar¹⁰⁾. Folgerichtig ist auch der Satz: Die n. o. ist zahlbar, nicht klagbar¹¹⁾, so wahr es auch sein mag, daß außer der Klagbarkeit alle andere Wirkbarkeit der D. in Zahlbarkeit aufgeht¹²⁾, nicht aufrechtzuhalten, und im allgemeinen nur zu sagen, daß der n. o. alle Wirkungen der civilis o., daß aber die stete und wesentliche Stärke der civilis o., die actio, der naturalis o. nur zufällig und mittelbar beikommt¹³⁾. Im Gegensatz zu diesem Defensivmittel lassen sich aber alle anderen Effekte der Obligationen (soluti retentio, Kompensatio, deductio im Peculium) als Defensiv zusammenfassen¹⁴⁾; zur Offensive aber erhebt sich die n. o. nicht nur durch rei obligatio, Bürgschaft, Konstitutum, und Novation, sondern gewissermaßen auch durch Aufrechnung im Peculium (Anm. 3), insofern nämlich, als dadurch die Maximalgränze einer actio (das peculiotenus der actio de peculio) sich erweitert¹⁵⁾.

10) Richtig verstanden (wie dies bei Schwanert S. 84 fg. der Fall ist — vgl. Scheurl's Anzeige von Schwanert's Naturaloo. in der Münchener frit. Viertelj. Bd. VI S. 492 Abs. 1, wogegen z. B. noch Pfordten, de obligationis civilis in nat. transitu. diss. p. 5 sq.) denkt Julian in l. 16 §. 4 D. fidei. 46, 1 gerade die Zuständigkeit „irgend einer“ actio als Merkmal unserer naturales oo., und glaubt es ausdrücklich hervorheben zu müssen, daß eine naturalis o. auch ohne actio bestehen könne. Freilich denkt er unter der aliqua actio nicht eine aus der naturalis o., sondern nur eine die „nomine ejus competit“, wie die abjectivischen, accessorischen zc.

11) Meine frit. Bl. Nr. 3 S. 48, 7; so auch Schwanert §. 14 S. 222. Scheurl, Viertelj. S. 517 „anerkennbare“; dagegen Windscheid §. 288, Anm. 5.

12) f. z. B. l. 19 §. 4 D. don. 39, 5 cf. l. 10, l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2; l. 4 C. comp. 4, 31; das solutum u. satisfactum im Pfandrecht; meine frit. Bl. a. a. D. Dagegen Windscheid §. 288 Anm. 5.

13) vgl. Bekker S. 405; innerhalb der „indirekten“ Wirkbarkeit dürfte aber doch positiver, nämlich Defensiv u. Offensive, zu unterscheiden sein.

14) vgl. oben §. 78. Abs. 1. Zu enge §. 103 a. C.

15) §. 4 J. quod cum eo 4, 7 — ut . . eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur —

Die überhaupt möglichen Effekte der n. o. sind nicht in jedem einzelnen Falle derselben alle möglich¹⁶⁾; manchen kann die Natur des Falles¹⁷⁾, dem einen oder anderen das positive Recht¹⁸⁾ entgegenstehen. Allein Sache des Beweises scheint das, daß einer n. o. diese oder jene Wirkung abgehe; Regel, daß ihr alle überhaupt möglichen Wirkungen zukommen¹⁹⁾. Das Gegentheil hievon läßt sich für das außer den Grenzen der naturalis obligatio auftauchende „natura debere“²⁰⁾ behaupten.

§. 222.

Officialansprüche¹⁾.

Abgesehen davon, daß diese Ansprüche²⁾ auch als „Naturalschulden“ bezeichnet werden³⁾, und daß nicht zurückgezahlt zu werden braucht, was man ihnen zufolge empfangen hat⁴⁾, weichen sie in allem anderen von der naturalis o. ab. Anfänglich nichts anderes als moralische, auf hospitium, Tutel, Familien- und Staatsgenossenschaft beruhende Pflichten⁵⁾ haben sie lediglich in diesen Verbänden, also weder in Kontrakten noch Delikten wie die naturales oo., ihren Entstehungsgrund, nirgends den Namen obligatio⁶⁾ oder naturalis obligatio, wohl

16) vgl. Savigny, a. a. D. §. 8 a. G. Bekker a. a. D. S. 402 VI.

17) z. B. nat. o. des Pupillen — ob auch der Fall in l. 95 §. 1 D. solut. 46, 3 — quemadmodum (fidejussor) tenebitur, si debitor sine herede decessisset. (Bekker S. 403. 4)?

18) z. B. n. o. bei unrichtiger Freisprechung: §. 220 Anm. 28–30.

19) vgl. Savigny a. a. D. „die hier zusammengestellten Wirkungen sind nun so zu denken, daß jede n. o. in der Regel sie alle hervor zu bringen geeignet ist“. Dagegen Windscheid §. 288 „für jede einzelne natürliche Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden“ und die dazu gehörige Anm. 4 u. so allem Anschein nach auch Bekker a. a. D.

20) s. oben §. 219 S. 42 Abs. 1 a. G. u. §. 223.

1) vgl. oben Bb. 1 S. 210 Abs. 1 bes. Anm. 4; S. 235 Abs. 1.

2) des Patrons gegen den Freigelassenen auf operae officiales: l. 26 §. 12 D. cond. ind. 12, 6 — des Mannes gegen den Schwiegervater oder die Frau auf Konstituierung einer dos: l. 32 §. 2 eod. l. 46 §. 2 D. j. d. 23, 3.

3) vgl. das natura debere in l. 26 §. 12 cit. u. aber auch hier schon Schwanerts (§. 9) weit über den der obligatio hinausgehenden Begriff u. Nachweis von debere —

4) l. 26 §. 12 cit. l. 32 §. 2 cit.

5) vgl. oben Bb. 1 S. 210 Abs. 1 Anm. 4; S. 235 Abs. 1.

6) ein debere ist als wirklich u. natura vorhanden angenommen in

den einer „*pietatis causa*“ ⁷⁾, die auf Dritte nicht übertragen ⁸⁾, und selbst nachdem sie theilweise mit Klagen ausgestattet worden, nicht als Obligationen, sondern nur als mehr faktische (s. g. anomale) denn rein rechtliche Rechte bezeichnet werden können ⁹⁾.

§. 223.

Was die noch außerhalb der Offizialansprüche auftauchenden „natürlichen Schuldigkeiten“ anlangt, so fehlte es

1. den für *pecunia credita* durch *nudum pactum* bedungenen Zinsen nicht bloß an Klagbarkeit ¹⁾: trotzdem sie einmal „*naturaliter debitae*“ heißen ²⁾, haben sie doch eher keinen als irgendeinen obligatorischen Effekt ³⁾;

1. 26 §. 12 cit., daß „*obligatum*“ esse als Irrthum hingestellt ebenda selbst und in 1. 32 §. 2 cit. Schwanert S. 111. — Savigny a. a. D. S. 100 not. a. „Der Name *nat. obligatio* kommt hier freilich nicht vor“; gegen derselben Meinung, daß „*pietatis causa*“ gleichwohl „auf eine nat. o.“ zu beziehen sei, der von ihm selbst allegirte Buchta, C. d. J. Bb. 3 §. 268, ganz besonders aber Schwanert, §. 9; §. 10 cf. §. 6 S. 67.

7) 1. 32 §. 2 cit.

8) 1. 26 §. 12 cit. — *sed si delegatus sit a patrono etc.*

9) Bb. 1 §. 73 in 5b. S. 235 Abs. 1.

1) 1. 44 D. *praescr. v. 19*, 5 cf. 1. 3 C. *usur.* 4, 32; die Klagbarkeit auch der bloß paktirten Zinse in b. f. *jj.* siehe in 1. 24 D. *dep. 16*, 3 cf. 1. 7 §. 5 D. *pact.* 2, 14.

2) in derselben Stelle wo sie (dem Sprachgebrauche für *natt. oo.* entgegen) auch *indebitae* heißen: 1. 5 §. 2 D. *solut.* 46, 3 vgl. 1. 24 D. *praescr. v. 19*, 5 und dazu Schwanert S. 142.

3) *condictio indebiti* war nur ausgeschlossen, wenn sie geflissentlich gezahlt wurden: 1. 5 §. 2 cit. „*ex pacti conv. datae repeti non possunt*“ 1. 3 C. *usur.* 4, 32; mit demselben Erfolg können aber auch schlechterdings nicht schulbige, in keiner Weise versprochene Zinsen gezahlt werden: 1. 26 pr. cf. 1. 1 §. 1 D. *cond. ind.* 12, 6; nicht auf das Kapital angerechnet zu werden brauchen auch nichtpaktirte Zinse, wofern sie der Schuldner nur „als Zinse“ zahlt (wie die paktirten in 1. 5 §. 2 cit. — *quod generaliter etc.*; in Betreff der scheinbar abweichenden 1. 21 C. *usur.* 4, 32 s. Schwanert S. 46); daß der Gläubiger den Erlös des gleichmäßig für paktirte wie stipulirte Zinse unterstellten Pfandes auf die paktirten Zinse ohne besondere Willenserklärung des Verpfänders anrechnen kann (1. 5 §. 2; 1. 101 §. 1 D. *solut.* 46, 3), hat seinen Grund vielleicht darin, daß man die nöthige Willenserklärung des Verpfänders schon in der Verpfändung für Zinse erblickte (vgl. Schwanert S. 146 unten); die Thatsache endlich, daß für bloß paktirte Zinsen Pfänder gegeben werden konnten (1. 11 §. 3 D. *pign. act.* 13, 7 1. 4 1. 21 1. 22 C. *usur.* 4, 32 cf. 1. 5 §. 2 cit.) wäre selbst dann, wenn aus solcher Verpfändung *pignoris obligatio* entspränge, noch nicht voller Beweis für eine obligatorische Bedeutung dieser Zinspflicht (vgl. Bb. 1 S. 405 Z. 2–4); nun

2. mehr als sich in peculio befand, war der Gewalthaber in Sachen des Kindes, Sklaven, von gewissen Fällen abgesehen, zu zahlen nicht schuldig, so wenig naturaliter als civiliter; kann er in einem Falle der Mehrzahlung nicht kondiziren, so ist seine imprudentia, keine Schuldigkeit der Grund⁴⁾; —

3. daß derjenige, welcher über seine Kompetenz hinaus zahlt, nicht kondiziren kann⁵⁾, hat allerdings in einer Obligation seinen Grund, aber in einer klagbaren⁶⁾; man kann nicht sagen, daß derjenige, dem das benef. competentiae zusteht, naturaliter das Ganze schuldig sei, civiliter aber nicht; vielmehr ist er civiliter das Ganze schuldig, und nur durch eine Art exceptio von der Kondemnation in das Ganze frei; wie diese exceptio durch ihren bloß minutorischen Effekt von den anderen Exceptionen abweicht⁷⁾, so hat sie auch nicht jenen peremptorischen Effekt, der u. a. in der indebiti condictio zu Tage tritt⁸⁾; —

4. die „natürliche Pflicht zur Dankbarkeit“⁹⁾ darf weder als naturalis obligatio, noch überhaupt als ein Ding von obligatorischem Effekt gedacht werden, trotzdem die Quellen selbst den Donatar beneficii debitorem und sogar naturaliter ad remunerandum obligatum nennen¹⁰⁾. Wir sagen nicht, daß diese Pflicht keinerlei rechtliche Würdigung finde, sondern behaupten, daß sie keinerlei obligatorische Bedeutung habe¹¹⁾.

aber entspringt hier bloß pignoris retentio (vgl. zu den II. citt. meine krit. Bl. Nr. 3 S. 22, Schwanert, S. 143 fgg.); eine solche Verpfändung läßt sich als eine Art Vorauszahlung des Zinses denken.

4) l. 11 D. cond. ind. 12, 6 vgl. meine krit. Bl. a. a. D. S. 26 fg. gegen Savigny §. 12, der hier eine klagbare Schuld annimmt; — mit mir Scheurl, Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 513 Anm. 2 vgl. Bekker, Alt. II. S. 345.

5) l. 9 D. cond. ind. 12, 6. Savigny a. a. D.

6) vgl. Savigny a. a. D.

7) Bd. 1 §. 106 a. G.

8) f. a. a. D. Anm. 1 u. 2.

9) Windscheid §. 289. 1; dagegen Schwanert §. 9.

10) l. 54 §. 1 D. furt. 47, 2; l. 25 §. 11 D. h. p. 5. 3.

11) Keine obligatorische sind die der Schenkung von W. beigelegten Wirkungen: daß der Schenker darum, weil er beneficii debitorem macht, Dieb sein kann (l. 54 §. 1 cit.) — daß wenn er nicht aus dem Seinigen geschenkt hat, auch die empfangene Remuneration nicht als sein behandelt wird (l. 25 §. 11 cit.) — daß ein in rem domini versum durch Remuneration quitt wird (l. 10 §. 7 D. de in rem vers. 15, 3) — daß die Schenkung an den Lebensretter irrevokabel ist (l. 34 §. 1 D. don. 39, 5); denn irrevokabel ist sie nicht,

§. 224.

b. Strenge und freiere Obligationen.

Strenge nennen wir eine Obligation

1. dann, wenn sie so einseitig, als jede D. an sich ist, auch eingeklagt und verfolgt werden kann, — eine freiere zuvörderst dann, wenn ihre Verfolgung nicht ohne Berücksichtigung von Gegenobligationen des Klägers stattfindet. Diesem Gegensatz von ein- und gegenseitigem Verfahren sind nothwendig alle Aktionen, die in rem nicht minder als die in personam, die honorarischen in personam actiones nicht minder als die civilen anheimgefallen, so daß nach dem Gesichtspunkte der Ein- u. Gegenseitigkeit alle Obligationen strengere oder freiere sein mußten¹⁾; allein zu derjenigen Unterscheidung von Aktionen, bei der wir den der Ein- u. Gegenseitigkeit an erster Stelle zu denken gewohnt sind, und der denn wesentlich in einer auf Ein- u. Gegenseitigkeit bewußt abzielenden Prozeßeinrichtung mitberuht²⁾, nämlich zu der von stricti juris u. b. f. actiones oder judicia, ist es nur innerhalb der civilen (in jus d. i. dare facere oportere — nicht innerhalb der honorarischen, bloß in factum, oder in damnum decidere oportere faßbaren) in personam actiones (§. 90) gekommen³⁾, so daß in diesem engeren Sinne nur die civilen DD. strenge oder freiere waren.

weil sie schuldig, sondern weil die Lebensrettung unschätzbar und damit der größte Undank ausgeglichen ist — non merces . . . appellanda est, quod aestimari non placuit —; in l. 27 eod. ist die donatio wirklich eine merces quaedam, so denn aber auch keine bloß remuneratorische Schenkung und nichts bloß Irrevokables, sondern eine klagbare, wenn gleich extraordinäre Schulb. l. 1 pr. D. de extraord. cogn. 50, 13). Vgl. H. Harburger, remun. Schenkung (Znaug. Diss. 1875) §. 3.

1) wie z. B. die Deliktssklagen immerhin den strengen Klagen beigezählt werden, ohne daß sie str. j. aa. sind — Savigny, Eyst. Bd. 5 S. 475 VIII, III — u. derselbe weiterhin a. a. O. S. 474 VII.

2) — in quo et illud continetur, ut si quid invicem actorem praestare oportet, eo compensato in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari — §. 30 J. act. 4, 6 Gaj. 4, 61 — im Gegensatz zu dem directum, asperum, simplex des alten „judicium“ (Cic. pro Rosc. com. c. 5).

3) arg. l. 6 pr. §. 4 D. de in lit. jur. 12, 3 §. 28; §. 30 J. act. 4, 6; Savigny, Eyst. Bd. 5 Beilage XIII u. XIV über stricti j. u. b. f. aa., insonderheit S. 470 Keller, Civilpr. §. 88 S. 443 Abs. 2; — über den Unterschied überhaupt s. auch noch B. Hollweg, röm. Civpr. §§. 93. 94; Bekker, Aktionen Bd. 1. VIII.

Der Grund, daß die eine Art von Klagen zur Einseitigkeit, die andere zur Gegenseitigkeit angelegt wurde, lag im materiellen Rechte. Schon an und für sich sind gewisse Obligationensgründe derart beschaffen, daß sie Haftung und Gläubigerschaft, Forderung und Schuld gar nicht oder nicht leicht mehr als auf Einer Seite zu erzeugen vermögen — Delikte u. Quasidelikte, Vermächtniß, Mutuum, grundlose Bereicherung, Innominatrealcontracte; schon an und für sich sind andere, und zwar die mehreren von der Art, daß sie eine Gegenseitigkeit von Haftungen⁴⁾ nothwendig, eine Gegenseitigkeit von Verbindlichkeiten und Schulden wenigstens der Möglichkeit nach in sich tragen — sämmtliche Consensualcontracte, die genannten Realcontracte mit Ausnahme des Mutuum, die mehreren Quasicontracte⁵⁾; Einrichtung des Rechtes aber ist es, daß gewisse Geschäfte, um bloß einseitig zu obligiren, einerseits von ihrer materiellen causa getrennt, andererseits dagegen an eine gewisse Form der Willenserklärung gebunden und auf diese gegründet werden (formelle causa — s. g. Formalcontracte): bei den Römern (von älteren, aus dem Corpus Juris ausgeschlossenen Formen abgesehen⁶⁾) das Versprechen in Stipulationsform und das chirografum; bei uns die Tratte mit Aval, das Wechselaccept und Giro; nach neuerer Ansicht der Schuldschein, das Zahlungsversprechen, die Abrechnung.

Diese künstliche Herstellung von einseitig bindenden Geschäften nun ist gar nicht denkbar ohne eine strenge die Eine obligatio verfolgende actio, während die Anerkennung und Aufnahme von gegenseitig obligirenden Geschäften und Thatfachen die Einrichtung von nach beiden Seiten hin gerechten Prozessen in natürlicher Folge nach sich zog. Geschäfte und Thatfachen, welche von Natur aus einseitig obligirten, eigneten sich von selbst zum strengen Prozesse. —

4) „*invicem esse obligatos*“ s. B. l. 10 pr. D. comp. 16, 2 Gaj. 4, 6, — *συλλάγμα* und *contractus*? vgl. l. 19 D. v. s. 50, 16 „*ultra citraque obligatio*“ mit l. 7 §. 2 D. pact. 2, 14; §. 224, 1 b.

5) §. 28 J. act. 4, 6. Savigny, a. a. O. S. 483 XII.

6) s. B. Gaj. 3, 173 — *quod per aes et libram gestum esset* — Varro l. l. „*Nexum*“ — XII. tab. VI, I (Bruns, fontes p. 21); — Gaj. 3, 128 *nomen transcripticium* — 3, 134 *syngrafa*.

Nebenher ist zu bemerken, daß in vielen Fällen (z. B. depositum, commodatum) wo wir gegenseitig Obligationen erblicken, die Meisten vorerst nur den Einen Theil obligirt denken, und die Obligirung des Anderen als etwas bloß mögliches und nachträgliches hinstellen (s. g. einseitige DD. mit actiones contrariae im Gegensatz zu den „beschränkt (d. h. absolut) einseitigen“⁷⁾). Diese Aufstellung hat in der Ignorirung des Haftungsbegriffes und in der Meinung, daß alle DD. Verbindlichkeiten oder Schulden seien, ihren Anlaß, ist insoweit richtig, als es allerdings Geschäfte gibt, aus denen vorerst nur auf Einer Seite Verbindlichkeiten oder Schulden entspringen (wie z. B. oft aus Mandat u. negotiorum gestio), unrichtig dagegen, als in denselben Fällen auf der anderen Seite nicht Nichts, sondern eine perfekte Obligation, allerdings noch keine Verbindlichkeit oder Schuld, wohl aber eine unbedingte Haftung existirt; und als man nicht bedenkt, daß es gegenseitig und perfekt obligirende Geschäfte gibt, aus denen zuvörderst einerseits Verbindlichkeiten oder Schulden, sowenig directae als contrariae actiones entspringen, so daß man in Konsequenz jener Ansicht vorderhand da Nichts hätte, wo die Quellen beiderseits Obligationen haben. Denn z. B. insolge Kommodats hat sofort noch keine der beiden Parteien eine Klage, darum noch keine eine Verbindlichkeit oder Schuld; noch ist keine Auslage gemacht, die den Kommodator, noch kein dolus, keine culpa begangen die den Kommodatar praestations-schuldig, noch der Tag oder die Stunde nicht gekommen, die den letzteren restitutionspflichtig machte⁸⁾; gleichwol ist sofort mit dem Kommodate nicht etwa bloß der Kommodatar⁹⁾, sondern ebenso sehr der Kommodator obligirt¹⁰⁾, nicht etwa bloß bedingt oder ex

7) nach Buchta, F. §. 232 a. G. u. not. f., sowie Rubriken über §. 304 u. §. 310.

8) l. 17 §. 3 D. commod. 13, 6 — *intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque* —

9) §. 2 J. quib. m. re contr. 3, 5.

10) l. 17 §. 3 cit. „*suscepta obligatio inter dandum accipiendumque* (? *dantem accipientemque*)“. Diese initiale Gegenseitigkeit der Obligationen ex b. f. negotiis ist z. B. von Savigny a. a. D. S. 508 derart verkannt worden, daß ihm „das Darlehen nicht einseitiger“ erscheint „als das Depositum u. Commodatum“.

die, sondern unbedingt und sofort obligirt. Derartige Erscheinungen sind unentwirrbar, wenn man in der obligatio ein in sich ununterschiedenes Eins denkt. Ist dagegen innerhalb der obligatio das verschiedenartige Wesen von Haftung, Verbindlichkeit und Schuld begriffen, und gibt es innerhalb derselben eine Entwicklung von der bloßen u. niedersten Haftung zu den höheren Stufen der Haftung d. h. zu Verbindlichkeit und Schuld, dann ist mit dem Commodate eine sofort beiderseitige Haftung, aber eine bloße Haftung oder eine Haftung der niedersten Stufe da, jedoch eine Haftung die sich diesseits oder jenseits zu Verbindlichkeit oder Schuld entwickeln kann, aber nicht muß. — In Anbetracht der bloßen Haftung sind also die Geschäfte u. Thatsachen alle schlechtthin entweder einseitig oder gegenseitig obligirend; in Anbetracht der Verbindlichkeiten u. Schulden dagegen bald einseitig, bald gegenseitig, bald ungewiß ob auf irgend einer Seite eine Verbindlichkeit oder Schuld entstehen werde. Namentlich dahin, ob auf einer Seite Schulden entstehen werden, sind eine Reihe von Contracten ungewiß, u. so dann auch als *contractus incerti* den *contractibus certis* als den gewiß einschuldenden entgegengesetzt worden (§. 117 Anm. 12—17). —

Besonderes Augenmerk verdient hier auch noch der Umstand, daß die natürlich und künstlich einseitig obligirenden Geschäfte doch auch Ansprüche des Obligirten gegen den Gläubiger mit sich führen können, welche, wenngleich keine Obligationen oder sonst klagweis verfolgbare Ansprüche, vom Standpunkte der Billigkeit aus Berücksichtigung verdienen¹¹⁾. Von hier aus datirt, wenn wir nicht irren, die Annäherung u. endlich die justinianische Verschmelzung der *b. f. u. str. juris judicia*¹²⁾ in Ansehung der Kompensation. —

Endlich ist noch auszusprechen, daß die Gegenseitigkeit der *b. f. judicia* in der That sich als ein gewisser Nachlaß des obligatorischen Bandes oder ein Zuwachs an Freiheit für den Obligirten

11) hervorgehoben von Ubbelohde, Ueber den Satz *ipso jure compensatur* §. 9, aus l. 58 - l. 60; l. 70 pr. §§. 1. 3; l. 116 §. 4 D. leg. I.

12) vgl. meine Anzeige der Gisele'schen Kompensation in Münchener Viertelj. Schr. Bd. 19 S. 332 III.

darstellt. Denn dem Geſetze der *aequitas* entspringend¹³⁾ zieht ſie das Retentions- und Kompensationsrecht¹⁴⁾ zu Gunſten von Gegenanſprüchen des Obligirten *ex eadem causa*, und damit einen Aufſchub der Aktion und Exekution und eine Löſung der Obligation nach ſich, wie ſie bei der ſtrengen Obligation unmöglich iſt, oder doch nicht aufkommt, ohne daß damit die Strenge ſelbſt verloren geht¹⁵⁾.

§. 225.

2. Freiere kann man alle O., denen *b. f. iudicium* offen ſteht, fernerhin auch darum nennen, weil ſie nach Daſein und Umfang minder förmlich und buchſtäblich bemessen werden, als die ſtrengen¹⁾. In kein ſolennes Wort, überhaupt in keine beſtimmte Rechtsform gekleidet waren die dieſen Obligationen zu Grunde liegenden Geſchäfte (*b. f. negotia*, §. 224. Anm. 5) allem Anſcheine nach einſt lediglich auf Treu und Glauben geſtellt²⁾, alſo klaglos oder rechtlich völlig frei, wie die vorauſſetzlichen Fideikommiſſe nur durch *Fides* d. h. nur inſoweit bindend geweſen, als der Verpflichtete mit der *Fides* nicht brechen wollte. Seit ihrer Klagbarkeit ſind ſie nun zwar rechtlich bindende oder obligatoriſche Geſchäfte, und inſoweit unter der Herrſchaft des Rechtes; der Moral von Treu und Glauben aber immer noch dahin unterſtellt, daß was 1. den Umfang der beiderſeitigen Haftungen anlangt, die Kontrahenten nicht alles u. jedes ausdrücklich vereinbaren müſſen, ſondern darauf vertrauen dürfen, daß alles was in dieſem Geſchäftskreiſe³⁾ als billiges Verlangen erſcheint, darum früher zum Theil wohl

13) Keller, Civilpr. 5. Aufl. S. 114 „— es fehlt nicht an deutlichen Spuren, daß in der älteren Zeit die Formeln des (*Arbitrium*) nicht auf *dare oportere* (*ex fide bona*), ſondern auf *quantum aequius melius est* Nr A^m *dare* u. dgl. geſtellt waren“.

14) „*compensationis aequitas*“ l. 6 C. h. t. 4, 31; l. 36 D. adm. tut. 26, 7.

15) vgl. einſtweilen Anm. 11 u. 12.

1) *infinita largitio* dort, *angustissima formula* hier, bei Cic. *pro Rose. com.* §. 12 u. vgl. §. 224 Anm. 1.

2) vgl. U. Pernice, *Labeo*, Bd. 1 S. 414. 7 u. 8.

3) vgl. hierzu, was in Betreff der *exceptio in b. f. iudiciis* gegen Birkmeyer oben Bd. 1 S. 374 Abſ. 1 und Anm. 12. 13 vorkommt; ferner Savigny, *Enst.* Bd. 5 S. 464 III. „bei Verträgen dieſer Art.“

auch ausdrücklich bedungen und eingeräumt zu werden pflegte⁴⁾, stillschweigend als versprochen⁵⁾, sowie daß umgekehrt nichts als versprochen gilt, was gegen die guten Sitten ginge⁶⁾; — daß was 2. die Existenz des Geschäftes und der beiderseitigen Haftungen anlangt, überall hier ipso jure das Geschäft denjenigen nicht bindet, der unter Mißbrauch seines Vertrauens (dolo malo) zu demselben veranlaßt wird⁷⁾, während es Sache seiner Wahl ist, den Gegner entweder beim Geschäft zu halten⁸⁾ oder auf den Schaden zu belangen, der dem Kläger durch die Vornahme dieses Geschäftes zugegangen ist⁹⁾.

Dem entgegen war von den übrigen DD. ein Theil schon seiner Entstehung nach von rechtsförmlicher Gebundenheit (Verbal-, Literalkontrakte), so daß ihnen sowohl in Ansehung ihres Umfanges als ihrer Existenz eine mehr buchstäbliche Beurtheilung naturgemäß entsprach, und namentlich ihre Existenz, ursprünglich vielleicht schlechthin, nachher wenigstens ipso jure über jeden dolus erhaben war¹⁰⁾; — mutuum, Vermächtniß, grundlose Bereicherung, Innominatrealkontrakte, Delikte aber waren von materiell einseitiger Anlage, und wenn um deswillen dem str. juris judicium zuständig, wohl schon darum auch der strengeren Beurtheilung unterworfen¹¹⁾.

4) *z. B.* l. 6 pr. C. evict. 8, 44; l. 19 pr. D. eod. 21, 2; l. 11 §. 4; l. 6 §. 4 D. a. e. e. v. 19, 1; die Aquilischen formulae de dolo: Cic. de off. III. 14, 69.

5) §. 3 J. cons. obl. 3, 22 (l. 2 §. 3 D. o. e. a. 44, 7) l. 7 D. n. g. 3, 5 — tantundem in b. f. negotiis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio, *z. B.* l. 24 D. dep. 16, 3 — quod ad usuras attinet — l. 32 §. 2; l. 34 D. usur. 22, 1; l. 13 C. eod. 4, 32; l. 41 D. jud. 5, 1; l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2 — cautiones in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate, überhaupt ex b. f. negotio —; hierher u. G. auch das „affectus rationem in b. f. jj. habendam“ l. 54 pr. D. mand. 17, 1 s. unten §. 239.

6) l. 5 D. usur. 22, 1, cf. l. 31 §. 20 D. aed. ed. 21, 1.

7) „exc. doli b. f. judiciis inest“ — s. oben Bd. 1 S. 376 Anm. 17; l. 3 §. 3 D. pro soc. 17, 1 — quia b. fides contraria est fraudi et dolo —

8) in l. 57 D. c. e. 18, 1 nur bei beiderseitigem dolus nihil actum fuisse — §. 3.

9) §. ult. J. emt. et vend. 3, 24 — deceptus a venditore . . . habebit actionem ex emto, ut consequatur quod sua interest deceptum eum non esse — von *Jhering* s. g. negatives Interesse.

10) „qua in re verbo uno“ Cic. pro Caec. III, 7; argg. II. citt. Anm. 5 7; *Eavigny* a. a. D. S. 465.

11) *z. B.* condictio indebiti mit Ausschluß von Verzugszinsen: l. 1 C. cond. ind. 4, 5; *hinwider* l. 24 C. usur. 4, 32.

§. 226.

3. Die den Verbal- und Literalkontrakten entsprungenen DD. brachten außer der Einseitigkeit und Buchstäblichkeit der Behandlung strengrechtlicher Geschäfte insonderheit die den f. g. Formalkontrakten eigene Strenge mit sich. Wie ihre Entstehung nämlich an eine gewisse Form (vertragsmäßiger Willenserklärung) gebunden wurde, ward sie von ihrem Grunde entbunden¹⁾ — nicht als ob, subjectiv oder objectiv, irgend eine auch noch so förmliche Willenserklärung irgendeinmal ohne Grund sein könnte²⁾, sondern so, daß denselben die rechtliche Anerkennung auf die bloße förmliche Willenserklärung hin zu Theil³⁾ und also die Willenserklärung für sich zur causa, gewissermaßen zur für sich allein ausreichenden proxima causa obligationis wurde⁴⁾. Galt auch dies⁵⁾ vielleicht einmal schlecht-hin, so blieb wenigstens ipso jure die gewisse Kontraktform fort und fort causa obligationis; folgerecht gehörte der Grund aus dem kontrahirt wurde (Kontraktgrund im Gegensatz zum Obligationsgrunde — gewissermaßen causa remota obligationis) regelmäßig nicht zur Klagebehauptung⁶⁾; wohl aber fiel von der Zeit an, da der Kontraktgrund überhaupt in rechtlichen Betracht kam, die Thatsache, daß aus einem rechtlich ungenügenden Grunde (sine causa, ex injusta causa) kontrahirt worden sei, der Vertheidigung, und zwar der exceptionis-

1) eine tiefere Begründung der formalkontraktlichen Wirkung wie z. B. bei Gneist, die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts, 1845 S. 222 fgg., Girtanner, Stipulation, S. 180 IX. fgg. braucht vielleicht nicht gesucht werden.

2) vgl. das oben Bb. 1 S. 582, Abs. zur Tradition Bemerkte.

3) vgl. Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840. S. 16. S. 67. S. 73. S. 82. Gneist, a. a. O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1te Aufl. 1855, 2te 1867 §. 6. Schlesinger, zur L. von den Formalkontrakten u. der quer n. n. pec. 1858 §. 1. Girtanner, die Stipulation u. ihr Verh. zum Wesen der Vertragsso., insb. zum creditum, 1859. S. 93. V. Speciell in Betreff des Literalkontraktes Savigny, Literalkontr. der Römer, in dessen vermischten Schriften S. 205 fgg.; überhaupt: H. Witte, die bindende Kraft des Willens im Obligationenrecht nach der Lehre der heutigen Wissenschaft. Münchener-Viertelj. Bb. 6 S. 330.

4) vgl. oben Bb. 1 S. 340. 2.

5) vgl. §. 225 Anm 10; Liebe, S. 83.

6) Ausnahme: exc. non num. pecuniae und l. 25 §. ult. D. prob. 22, 3.

weisen Geltendmachung, oder aber der Anfechtung durch *condictio* zu⁷⁾. So lastete hier denn regelmäßig auch der Beweis⁸⁾ in Ansehung des Kontraktgrundes auf dem Obligirten, während von den formlosen Kontrakten keiner ist, der seinen Grund nicht schon im Namen⁹⁾ oder in seiner Beschreibung¹⁰⁾ offenbarte, keiner der mit Abstraktion von seinem Grunde obligirte, mithin keiner, der nicht auch seinem Grunde nach vom Kläger so wie behauptet bewiesen werden müßte.

§. 227.

Geschäften, welche natürlicher oder künstlicher Weise nur einerseits Obligationen erzeugen, sowie Delikten, die da sämtlich einseitig obligiren, ist das *b. f. iudicium* unzugänglich; denjenigen Geschäften dagegen, aus denen beide oder alle Theile haftbar werden, ist das *st. j. iudicium* nicht durchweg verschlossen. Vielmehr ist ausgesprochen, daß die *condictio* (*d. i. stricti juris actio*)¹⁾ aus allen möglichen Kontrakten platzgreifen könne²⁾. Der Grund dieser Erscheinung wird eben darin liegen, daß zur *condictio* mehr nicht nothwendig schien, als das Dasein einer einseitigen, *d. h.* bloß auf Seite des Beklagten lastenden Obligation, jedenfalls nicht mehr als eine durch keine

7) Gaj. 4, 116 l. 2 §. 3 D. *exc. dol.* 44, 4; l. 1 pr. l. 3 D. *cond. s. causa* 12, 7; l. 3 C. *cond. ind.* 4, 5 u. die Belege für alle Fälle der *sine causa condictio* bei Gneist a. a. O. S. 197. Anm. 4. Bähr §. 25. §. 26. Liebe §. 47.

8) *Quinctil. instit. orat. IV. c. 2: Satis est dixisse, certam creditam pecuniam peto ex stipulatione; diversae partis expositio est, cur ea non deberetur* — dazu die allgemeinen Beweisregeln: l. 2 D. *prob.* 22, 3 l. 21; l. 19 pr. l. 25 §. 2 D. *eod.*

9) *emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum — mutuum, commodatum, depositum, pignus* — vgl. Savigny a. a. O. S. 207.

10) *praescripta verba* des Innominatkontraktes: l. 2. l. 3 D. *praescr.* v. 19, 5.

1) Savigny, *System* Bd. 5 S. 503 fgg.

2) l. 9 pr. D. *r. cr.* 12, 1. *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto* (s. oben §. 217 l.) *Licet enim nobis ex omni contractu condicere, dummodo praesens sit obligatio* — l. 28 §. 4 D. *jurej.* 12, 2 — *si ex iisdem causis (mandati, neg. gestororum, societatis ceterarumque similium) certum condicatur* —; *incerti condictio*; l. 35 D. *s. p. u.* 8, 2 cf. l. 35 D. *a. e.* 19, 1 arg. l. 13 §. 1 D. *dep.* 16, 3.

Gegenobligation gehemmte oder aufgewogene Schuld³⁾, und daß derartige Schulden nicht bloß aus Formalkontrakten, Darlehen und Vermächtnissen, sondern auch aus den b. f. negotiis kommen konnten, es sei nun daß die gegenseitigen Haftungen überhaupt nur auf Einer Seite zur Schuld ausschlugen, oder daß Einem gegen den Anderen ein Saldo (*amplius debitum*) zu statten kam⁴⁾. Eine Schuld (*debitum*) im Gegensatze zu bloßer Verbindlichkeit, geschweige denn Haftung scheint aus dem b. f. negotium überall da sein zu müssen⁵⁾, damit *condictio* platzgreife. In dieser Weise würde wenigstens die sonst auffällige Erscheinung leicht erklärlich; denn auch aus den b. f. contractus können sich Schulden entwickeln, wenn solche nicht schon anfänglich da sein sollten (§. 57); und anderseits ist allenthalben, wo wir *condictio* aus b. f. negotiis bezeugt finden, eine Schuld (*debitum*) da.

3) *condictio* also überall zulässig schien, wo etwas aus dem Vermögen des Obligirten in das des Gläubigers kommen soll (§. 217 Anm. 1), gleichviel ob es auch zuvor aus dem des Gläubigers in das des Schuldners gelangt war, wie es bei der *sine causa condictio* und der *pecunia credita* der Fall ist, nach Savigny aber bei den Konditionen überhaupt der Fall sein soll (a. a. D. S. 518 fgg.). Gegen diesen treffend Bekker's Aktionen I S. 136 Anm. 4. Gleichwohl führt Bekker selbst die „Konkurrenzkondition“ auf eine *sine causa condictio* oder *repetitio* zurück, was sie in manchen Fällen z. B. l. 45–47 pr. D. pro soc. 17, 2, l. 34 §. 2 D. o. e. a. 44, 7 und wohl auch in l. 4 §. 1 D. r. c. 12, 1 ist, in anderen Fällen aber, z. B. l. 13 §. 1 D. 16, 3 nicht ist, oder nicht zu sein braucht. Als allgemeines Erforderniß derselben steht in l. 9 pr. D. r. cr. 12, 1 nur „Präsenz der Obligation“ (*dummodo praesens sit o.*), mithin etwas Klagerisches im Gegensatz der bloßen Haftung da (vgl. oben §. 212 Anm. 4 §. 217 Anm. 17a §. 219 Anm. 2), nicht daß *a me ad te sine causa pervenit*. Gegen Keller, der keine grundlose Bereicherung, aber eine Geldforderung voraussetzt (Civp. §. 88 S. 440) s. die *incerti condictio* in l. 35 D. s. p. u. 8, 2 u. Bekker a. a. D. S. 136 fg.

4) vgl. §. 30 J. act. 4, 6 — *ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est, debeat condemnari.* l. 10 pr. §. 1 D. comp. 16, 2.

5) unmöglich weniger als dieses in den Fällen der (auf *dare oportere* gegründeten) *certi condictio*; sicher im Falle der *incerti condictio* aus l. 13 §. 1 D. dep. 16, 3, wo nicht *antequam dolo quid admissum sit*, b. h. nicht bevor die Haftung und Verbindlichkeit aus dem *depositum* durch Verübung in eine Schuld (*dare oportere*) verwandelt ist, kondizirt werden kann. In der *incerti condictio* l. 35 D. s. p. u. 8, 2 kann ebensowohl als ein *fieri* Bekker, Akt. I S. 141 oben) ein *dare* (*quidq. d. f. o.*) intendirt sein; um etwas aus dem Vermögen des Beklagten (*debitum*) handelt es sich jedenfalls.

§. 228.

Heutiges Recht.

Die Vortheile, welche den römischen Kläger zur Anstellung einer *condictio* statt *b. f. actio* bewogen, die Nachtheile oder Gefahren, welche ihn davon abgehalten haben können¹⁾, sind bereits im justinianischen Rechte antiquirt²⁾; namentlich etwaige Gegenansprüche *ex eadem causa* können jetzt gegen *str. j. actiones* in derselben Weise geltend gemacht werden wie in *b. f. judicii*³⁾; die formalen Vortheile, welche das *str. j. iudicium* insonderheit für denjenigen Kläger hatte, der seine Forderung aus einem Formalkontrakt ableitete (§. 225. §. 226), sind bei demjenigen, der *ex b. f. negotio* fordert, mag er nun in *b. f.* oder *str. j. iudicio* klagen, vornherein nicht denkbar. Hieraus folgt, daß die Pandektenstellen, wornach man anstatt in *b. f. iudicio* allenfalls auch *condictione* klagen kann, für uns ohne praktische Bedeutung sind. Formalkontrakte dagegen gab es noch nach justinianischem Rechte und gibt es noch heute; insoferne sie noch immer die Vertheidigung erschweren (§. 226 Anm. 6—8), und auch der freieren Behandlung der Obligation in Ansehung des Umfanges entgegen sind, haben wenigstens sie noch immer einen strengeren Prozeß und strengere Obligationen zur Folge. Für die den Formalkontrakten entspringenden Obligationen besteht also das *stricti j. iudicium* in wesentlichen Stücken noch fort; für alle anderen Kontraktobligationen sind die *judicia* alle *bonae fidei* geworden⁴⁾.

1) etwa Gewinn oder Gefahr der Wette bei der *certae pecuniae creditae condictio* (Gaj. 4, 171), *pluspetitio* § 33. in *f. J. act. 4, 6* vgl. Gaj. 4, 54 u. oben Bd. 1 S. 271 Anm. 12.

2) über die Bedeutung, welche dem Unterschiede von *str. j.* u. *b. f. j.* noch von Justinian beigegeben ist, vgl. oben §. 225. Sintonis, *pract. gem. Civilt. I* §. 29 Anm. 48.

3) *l. ult. pr. C. comp. 4, 31.*

4) vgl. übrigens Sintonis *a. a. O.* Anm. 50 u. die dort Agff. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung d. röm. R. v. d. Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Nach d. Verf. Tode herausgg. v. Huschke, Bd. 1 S. 8 B. 3. „Heut zu Tage hat die Unterscheidung allerdings an Wichtigkeit verloren, theils weil man annimmt, daß jetzt alle Schuldverträge ein auf Treu u. Glauben beruhendes Schuldverhältnis erzeugen, theils auch weil manche Folgen dieses Unterschieds bei dem veränderten Gange des gerichtl. Verfahrens wegfallen müssen. Dennoch läßt es sich schwer rechtfertigen, wenn man die ganze Unterscheidung

§. 229.

c. Theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte (Partial- u. Soli-
bar-)Obligationen.

Die Theilbarkeit der Obligationen ist Theilbarkeit ihrer executio, und zwar der executio im weitesten, Anforderung und Klage (petitio) nicht minder als die endliche Erfüllung (praestatio), und die freiwillige Erfüllung (solutio) nicht minder als die gewaltweise Durchsetzung umfassenden Sinne.

Nach diesem Theilungsobjekte sind die DD. nicht schlecht-
hin theilbar oder untheilbar, sondern auch bloß halb theilbar
oder untheilbar, je nachdem die Theilbarkeit bloß in dem
einen oder anderen Momente der executio (bloß in petitione
oder bloß in praestatione s. solutione) oder aber in beiden
Momenten theilbar oder untheilbar ist¹⁾.

Im weiteren Verfolge erweist sich aber die Theilbarkeit
der executio als Theilbarkeit des Wofür der Haftung, des
Gegenstandes der Verbindlichkeit oder Schuld, überhaupt der
(durch die obligatio versicherten) Leistung²⁾; die Theilbarkeit
der DD. ist alles in allem eine Theilbarkeit der Leistung; ge-
wissermaßen von ihren Extremitäten aus kommt es zur Theil-
barkeit der Obligation selbst.

Von den in eine obligatio deduzirbaren Leistungen ist die
Sachleistung (dare) größtentheils theilbar, wenigstens ideell
theilbar³⁾; zur Theilbarkeit der petitio u. solutio, damit zur

als einflusslos verwerfen will zc.“ Sintonis, prakt. gem. Civilr. Bd. 1
§. 29. „In der Anwendung des r. R. in D... hat sich der ganze Un-
terschied dieser Klagearten völlig verloren —“ mit Nachweisungen aus äl-
terer und neuerer Literatur in Anm. 50. Seuffert, prakt. Pand. r. §. 25.
Anm. 12 „Von dem nicht mehr prakt. Unterschiede der aa. str. j. u.
b. f. zc.“

1) Darnach in executione obligationis quatuor causae l. 85 pr. cit.
Volle u. halbe Ungetheiltheit (Solibarität): §. 233. II.

2) l. 192 D. r. j. 50, 17 Ea, quae in partes dividi non possunt,
solida a singulis heredibus debentur. l. 13 §. 1 D. acc. 46, 4 Si id
quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio
in partem nullius erit momenti. l. 2 §. 1. §. 2; l. 72 pr. D. v. o. 45,
l. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem
non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarum-
que servitutium. —

3) vgl. über ideelle und reelle Theile Bd. 1 S. 477 Abs. 1; S. 707
Abs. 2.

Theilbarkeit der obligatio, genügt aber ideelle Theilbarkeit; wonach von den obligationes dandi nur die zur Verschaffung der Praedialservituten und des Usus (habitatio und operae mitbegriffen) als untheilbar erscheinen⁴⁾; die übrigen, in einem bloßen facere bestehenden Leistungen scheinen nach allgemeineren Aussprüchen alle untheilbar zu sein⁵⁾, während sie aus Anlaß speziellerer Fragen in facta dividua und individua geschieden werden⁶⁾. Die Verjöhnung dürfte darin bestehen, daß unter dem facere dort nur gemeine Handlungen⁷⁾, unter den factis hier dagegen ebensowohl die Anstellung von Aktionen (amplius agere) und Vornahme von Rechtsgeschäften (Ratihabition), als gemeine Handlungen (iter, opus fieri,) ins Auge gefaßt, und daß unter den theilbaren nur das agere u. ratum habere aufgeführt ist. In der That läßt sich auch nicht zweifeln, daß je nach Gegenstand und Inhalt die Anstellung von Aktionen und die Vornahme von Rechtsgeschäften theilbar ist⁸⁾. — Untheilbar ist die Vormundschaft; aber nicht Gegenstand oder Inhalt einer Obligation (§. 235). — Operae, in der Einheit gedacht, sind untheilbar⁹⁾; in der Mehrheit, als „Schichten“, sind sie gleich Quantitäten der Zahl zugänglich und durch diese (numero) theilbar¹⁰⁾.

4) Prädialss. Bb. 1 S. 799 Abs. 1, insb. l. 72 pr. l. 2 §. 1, §. 2 D. v. o. 45, 1; cf. l. 25 §. 9 D. fam. herc.; hiezu Ubbelohde v. d. untheilbb. D. 1862 S. 11 fg.; — Usus: S. 799 oben, insb. l. 19 D. h. t. 7, 8. S. überhaupt Savigny, Oblig. Bb. 1 §. 30.

5) l. 72 pr. cit. — idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem.

6) l. 4 §. 1 eod.; l. 11 §. 3 D. a. p. a. a. 39, 3.

7) wonach in l. 72 pr. cit. das fundum tradi freilich wie Saul unter den Propheten stünde (fossam fodiri, insulam fabricari, operae et his similia), es wäre denn, daß man dasselbe auf eine bloße Handlanger-Arbeit (die gerade beim fundus nicht angeht) einschränken wollte. Von rechtsgeschäftlicher Art scheint uns selbst die von Ubbelohde §. 7 vgl. §. 2 angenommene Uebergabe zu bloßer Detention; — oder erstrecken die partes possessionis sich nicht auf die Detention derjenigen, die nomine possessorum betitren, und kann die Restitution, welche nichts als Detention zurückgibt, nicht auch theilbar werden? l. 1 §. 36 D. dep. 16, 3. Befriedigend wäre fundum radi (cf. Columella 2, 20 Festus „fundus“ = planus), wenn Jemand den Muth hätte, dieses von Ubbelohde erdachte aber fallengelassene Amendement aufzunehmen.

8) Wie wäre sonst Theilung in petitione u. solutione überhaupt denkbar? Vgl. l. 2 §. 2 D. praet. stip. 46, 5; l. 32 §. 2 D. ad l. Falc. 35, 2 überhaupt Ubbelohde §§. 6—9.

9) l. 72 pr. D. v. o. 45, 1; l. 15 §. 1 ab initio D. op. libert. 38, 1.

10) l. 15 §. 1 cit.; l. 54 §. 1 D. v. o. 45, 1.

Ueberhaupt will, der Quantitäten halber, eine Theilbarkeit nicht bloß nach „Theilen“ (*partes*), sondern auch eine nach der Zahl (*numero*) unterschieden sein. Obwohl auch bei der Theilung hier (*numero*) noch Theile zum Vorschein kommen und im weiteren Sinne des Wortes so heißen¹¹⁾, so sind sie doch keine Theile an jedem Stücke des früheren Ganzen, wie die ideellen Theile, sondern eine selbstständig gewordene Quantität einer gewissen Zahl von Stücken, Pfunden, Ellen zc. eines früheren Ganzen. Darum wird die *divisio numero* der in *partes* auch entgegengesetzt¹²⁾. Aber nicht nur Quantitäten, sondern auch Spezies pflegen, wenn generell bestimmt, *numero* theilbar zu sein¹³⁾.

Insoferne eine jede Obligation, welche nicht vornherein Geldschuld ist, sich nachträglich zu einer solchen entwickeln kann¹⁴⁾, kann jede Obligation, die nicht schon vornherein theilbar ist, noch nachträglich theilbar (§. 233. II) werden¹⁵⁾ — (nachträgliche Theilbarkeit) — womit freilich noch nicht gesagt ist, daß sie auch überall getheilt werde (§. 230).

11) z. B. l. 9 §. 1 D. solut. 46, 3.

12) l. 54 §. 1 D. v. o. 45, 1 — *divisio non in partes . . . sed in numerum cedit* — cf. pr. eod. l. 29 D. solut. 46, 3 — *rei dimidium duobus modis intelligi potest. Sed in nummis et oleo ac frumento et similibus apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio: quantum et commodius promissori stipulatoribusque est.*

13) l. 54 pr.; l. 117 D. v. o. Ubbelohde S. 30 fgg.

14) vgl. oben S. 36, 1.

15) Diesen Satz spricht in Anwendung auf eine *obligatio in faciendo*, und auf den Fall, da die Naturalleistung durch Schuld des ursprünglich Obligirten unmöglich, die *obligatio* also perpetuirt worden ist, l. 72 pr. D. v. o. 45, 1 aus (*Celsus tamen . . . refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non sit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem* —); tritt Uebergang auf mehrere Erben des Schuldners hinzu, so ist zu der Theilbarkeit die Theilung gekommen: *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*. Soweit gewiß richtig Ubbelohde S. 87 unten bis S. 95 (woselbst auch die verschiedenen Auslegungen). Ob aber, um auf Grund der erfolgten Theilung *petitionem* (*certae pecuniae*) anstellen zu können, jeder Erbe eine „vorgängige richterliche Abschätzung“ erwirken, und so die Formel für eine *certae pecuniae petitio* vermitteln müsse (S. 91), scheint fraglich; die Schlüsselworte *justa aestimatione facti dandam esse petitionem* könnten, besonders bei der Lesart *juxta aestimationem f.*, oder *Conjectura justa aestimatione facta* (Huschke) auch auf eine vom Kläger selbst und nicht gewagt bemessene *justa* Schätzung gehen. Aus den von Ubbelohde S. 91 Anm. 44 für ähnliche Abschätzungen des Klagobjektes vor der Theilung citirten ll. beweisen l. 1. 13. l. 15 §. 1. l. 64 §. 3 D. evict. 21, 2

§. 230.

Theilbarkeit ist nicht auch schon Getheiltheit; zu der Theilbarkeit muß Theilung hinzukommen, damit aus der Einen Obligation Theil- (Partial-) Obligationen werden. Selbst das sonst theilende Faktum vorausgesetzt, kann die theilbare Obligation ungetheilt (Solidarobligation) bleiben; Untheilbarkeit ist nicht das einzige Hinderniß der Theilung, nicht der einzige Grund von Solidarobligationen.

Als Theilung von Obligationen steht der Erbgang -- mehrerer Erben des Gläubigers oder des Obligirten -- immer noch obenan, in den Quellen einzig und schon nach den 12 Tafeln da¹⁾. Insoweit Cession Uebertragung von Obligationen ist, kann aber auch sie, als Cession auf Mehrere, Theilung sein. Theilweise Einflagung, Zahlung, Acceptilung, überhaupt Liberirung setzt auch Theilbarkeit der Obligation voraus²⁾; allein von einer Theilung der Obligation in der von dem Wort gebotenen Wirkung, daß Partialobligationen entstehen, kann hier nicht die Rede sein; was hier getilgt wird, besteht nicht mehr, was übrig bleibt, ist ein Forderungsrest, keine Theilobligation³⁾.

§. 231.

Theilbarkeit und Theilung ist buchstäblich nur bei vorhandenen Obligationen möglich; allein im Gedanken an die Eine Obligation, welche aus der Einen Obligirung hervorginge, wenn auf jeder Seite nur Eine Person stünde, mag man von Theilbarkeit und Theilung der Obligation auch da reden, wo bei Betheiligung mehrerer Personen auf aktiver oder passiver Seite anstatt der Einen Obligation vornherein Partialobligationen entstehen¹⁾. In der That aber liegt hier eine Theilung nicht

nicht; desgleichen Collat. 2, 2; in l. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7 „aestimatur actor.“ Vgl. übrigens unten S. 74 Anm. 20.

1) l. 6 C. fam. herc. 3, 36; l. 26 C. transact. 2, 3.

2) l. 2 §. 1; l. 85 pr. §. 4 D. v. o. 45, 13. B. l. 9 §. 1 D. solut. 46, 3 Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent l. 21 D. r. cr. 12, 1; l. 13 §. 1 D. acc. 46, 4; l. 80 §. 1 D. ad. l. Falc. 35, 2.

3) l. 9 §. 1 cit. — reliqua . . in obligatione remanent — l. 13 §. 1 cit. — residua pars — s. dagegen Savigny a. a. D. §. 31. I. Ubbelohde S. 20 unten Nr. 1.

1) Savigny a. a. D. §. 31 II. Ubbelohde S. 20 oben Nr. 1.

einer Obligation, sondern der Obligirung vor; anstatt Theilbarkeit der executio (petitio, solutio) ist hier Theilbarkeit der Stipulation²⁾, des Kontraktes, Quasikontraktes, überhaupt der causa obligationis zu denken. Indessen hängt auch die Theilbarkeit der Stipulationen 2c. von der Theilbarkeit der in die Obligation zu deduzirenden Leistung ab; und auch Stipulationen 2c. können trotzdem, daß sie, nach Maßgabe der eben zu stipulirenden Leistungen, theilbar sind, gleichwohl solidarisch wirken (§. 233. I. 3).

Außer der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligation und der der Obligirung gibt es aber auch noch eine der Bedingung, vielmehr des Bedingungseintrittes. Ist dieser untheilbar³⁾, so brauchen darum die mit dem Eintritt der Bedingung entschiedenen Obligationen weder untheilbar, noch (wenn der Kontrahenten oder Quasikontrahenten Mehrere waren) ungetheilt zu sein. Vielmehr sind diese theilbar oder untheilbar, getheilt oder ungetheilt, je nachdem die Obligirung, wenn sie unbedingt stattgefunden hätte, theilend oder solidarisch gewirkt hätte. Die Untheilbarkeit der Bedingung wirkt darum nur insoweit solidarisch, als die bedingt Obligirten existente conditione alle obligirt sind; daß sie es auch in solidum seien, folgt aus ihr nicht. Ist die Bedingung theilbar, so kann sie selbst so noch eine gewisse Solidarität mit sich führen: die daß von den mehreren bedingt Obligirten existente conditione nur Einer, er sogar bloß zu einem Theil der in die Obligation deduzirten Leistung, er aber von allen allein (solus) obligirt ist. Dies kommt da vor, wo das bedingte Geschäft den Charakter einer Poenalstipulation hat, die Kontravention ein theilbares, und von den mehreren Obligirten auch nur pro parte zu vollführendes Factum⁴⁾ ist, und von Einem aus ihnen begangen wird.

2) l. 72 pr. D. v. o. 45, 1 Stipulationes . . dividuntur etc.

3) wie 3. B. bei der promissio si quid aliter factum sit . . nisi in solidum peccari non poterit und darum omnes commississe videntur, wenn auch nur Einer zuwiderhandelt — l. 4 §. 1 D. v. o. 45, 1.

4) 3 B. Einflagung einer von ihnen pro parte ererbten oder stipulirten Forderung — Ratihabirung einer von einem Jeden nur pro parte zuständigen Veräußerung — vgl. oben §. 229 l. 4 §. 1 D. v. o. 45, cf. l. 44 §. 6 D. fam. herc. 10, 2 und namentlich die praetorischen Stipulationen l. 2 §. 2 D. praet. stip. 46, 5; l. 32 §. 2 D. ad l. Falc. 35, 2 Ribbentrop, Correalobl. S. 215. Abbelohde §. 13.

Abgesehen von dieser Theilbarkeit und Getheiltheit des bedingenden Faktums sind die Bedingungen alle untheilbar.

§. 232.

Nach dem Bisherigen kann von Solidarität der *DD.* in verschiedenem Sinne die Rede sein. Zuoberst unterscheidet sich

I. eine Solidarität im Singularis (von Gläubiger und Schuldner) von der im Pluralis (von Gläubigern oder Schuldnern). Es kann nämlich schon die zwischen Einem Gläubiger und Schuldner bestehende Obligation solidarisch sein — solidarisch insoferne als sie keine theilweise Einflagung oder Abzahlung zuläßt¹⁾. Diese Solidarität ist, weil es hier zu keiner wahren Theilung²⁾ kommen kann, keine Ungetheiltheit, sondern lediglich Untheilbarkeit und auf Untheilbarkeit der Leistung beruhend, insolgedessen aber auch einer nachträglichen Theilung und Theilbarkeit ausgesetzt (s. oben §. 229 a. G. und dazu Anm. 15, ferner §. 233 Anm. 20; daselbst I. 1. b.)

II. Bei Obligationen wo aktiver oder passiver Seits ihrer Mehrere betheiligt sind, ist von Solidarität wieder mehrfach, und zwar vor Allem

1. da die Rede, wo eine Obligation activ oder passiv ihrem ganzen Inhalte oder Umfange nach auf Mehrere ungetheilt übergegangen³⁾ oder wo sie ebenso unter Mehreren entstanden ist⁴⁾; weiterhin kann man aber von derselben

2. auch da reden, wo ihrer Mehrere zwar vornherein nur pro parte schuldig werden, allein trotzdem, daß nur Einer aus ihnen schuldig ist, gleichwol Alle schuldig werden⁵⁾; endlich aber auch noch

3. da, wo in eine und dieselbe Haftung Mehrere bedingt, oder unbedingt verstrickt sind, allein aus der gemeinsamen Haf-

1) vgl. oben §. 230 Anm. 2; Savigny a. a. O. S. 332 I. S. 349 §. 33 I.

2) s. oben §. 230 a. G.

3) l. 2 § 2; l. 85 §. 2, §. 3 D. v. o. 45, 1 Sav. a. a. O. §. 33 III.

4) vgl. §. 231; Sav. S. 352: „Eine Entstehung einer untheilbaren *D.* Mehrerer durch Vertrag finde ich nur einmal erwähnt“ (l. 19 D. s. p. r. 8, 3); — l. 3 l. 7 D. serv. leg. 33, 3; l. 2 §. 4 D. v. o. 45, 1; — l. 34 §. 1 D. solut. 46, 3.

5) vgl. oben §. 231 a. G.; l. 2 §. 5, cf. §. 61. 3 pr. §. 1. l. 4 §. 1; l. 85 §. 5, §. 6 D. v. o. 45, 1.

tung schließlich Einer als der alleinige Schuldner hervor-
geht⁶⁾.

Diese dreierlei Bedeutungen der Solidarität im Pluralis könnte man vielleicht durch „Ganzhaftung“, „Allhaftung“ und „Alleinhaftung“ unterscheiden. —

Nebst all dem muß aber, selbst abgesehen von der nach-
träglichen Theilbarkeit (§. 229 a. G.), noch zwischen voller und
halber Solidarität unterschieden werden (§. 229 Abf. 2). Die-
ser Unterschied kommt ebensowohl innerhalb der Solidarität im
Singularis (§. 233. II. 1.) als innerhalb der des Pluralis, inner-
halb der letzteren aber nur bei der Ganzhaftung (II. 1) vor.
Denn die Allhaftung (II. 2) ist selbst und an sich eine Art
halber Solidarität; die Alleinhaftung weder volle noch halbe
Solidarität, sondern eine solidarische Perpetuation der Ganz-
haftung — eine Perpetuation, welche ebensowohl solidarisch:
durch jeden in solidum, als solidarisch: durch Einen allein
möglich ist (§. 233. I. 2). Volle Solidarität kommt, im Plu-
ralis, nur als Ganzhaftung vor.

§. 233.

Betrachten wir die Gründe

I. der vollen, jedoch nurmehr der in der ungetheilten
Obligation oder Forderung mehrerer Schuldner oder Gläu-
biger bestehenden Solidarität, so liegen sie

1. in der schon mehrerwähnten Untheilbarkeit der Leistung,
der executio in petitione u. solutione, der obligatio selbst.

Indessen geht gerade diese Solidarität aus Untheilbarkeit an
sich und mit logischer Nothwendigkeit nicht weiter, als daß nur
auf das Ganze geklagt und nur mit dem Ganzen gezahlt, prae-
stirt werden kann; daß jeder einzelne Gläubiger oder Obligirte
für sich in solidum klagen oder verklagt werden könne, ist keine
nothwendige Folge; denkbar, ja natürlicher wäre, daß sie nur alle
zusammen klagen oder verklagt werden können. Hiemit¹⁾ hängt
es zusammen, daß wenn hier

a. die Mehrheit der Personen auf aktiver Seite steht, die

6) Mehrere bebingt haftbar: §. 231 Num. 4.; mehrere unbedingt:
f. §. 233 I. 1. 1. 44 §. 6 D. fam. herc. 10, 2; l. 1 §. 43; l. 10; l. 22
D. dep. 16, 3; l. 3 §. 3; l. 5 §. 15 D. commod. 13, 6.

1) — nicht etwa mit der Spezialität einer gewissen Obligationen-
gruppe, wie Abbelohde S. 23 Z. 6 zu meinen scheint. —

Solidarität mit der Folge, daß jeder einzelne Gläubiger ohne weiteres in solidum klagen könne, nicht überall eintritt, daß sich vielmehr der Beklagte die Klage des Einzelnen unter Umständen nur gegen Kaution²⁾, ja daß er nach l. 14 pr. D. dep. 16, 3 cf. l. 81 §. 1 D. solut. 46, 3 strenger³⁾ dieselbe nur von der Majorität, und zwar von den Repraesentanten des größeren Forderungswerthes, und gegen Kaution überdies, anzunehmen braucht. Dies ist dann der Fall⁴⁾, wenn durch die Leistung an den Einen nicht von selbst schon alle Anderen mitbefriediget sind⁵⁾. Folgererecht braucht hier der Obligirte auch außergerichtlich nur gegen Kaution zu leisten, indem er wegen Nichtberücksichtigung der Anderen den Vorwurf der Gefährde und wenigstens da wo dieser gerechtfertiget und b. f. iudicium zuständig ist, eine Nachklage gewärtigen muß⁶⁾. All diesen Vermittlungen kann aber durch kontraktliche Feststellung (z. B. ut vel unus tollat totum) vorgebeugt werden⁷⁾. — Ein weiterer Beweis, daß hier solidarische Berechtigung je des einzelnen Gläubigers mit nichten schon in der Natur des Verhältnisses liege, ist der, daß wenn die schuldige Leistung Restitution, und die zu restituierende Sache numero⁸⁾ theilbar ist, die Gelegenheit der einfachsten Auskunft ergriffen, und die Untheilbarkeit der Restitutionshandlung⁹⁾ hinter die Theilbarkeit des Restitutionsobjektes zurückgesetzt wird¹⁰⁾. Hierin liegt dann bereits der Uebergang zu der weiteren Erscheinung,

2) l. 1 §. 36 D. dep. 16, 3 — Kaution wogegen? s. unten Anm. 6.

3) nicht willkürlich und grundlos, wie Ubbelohde S. 234 unten u. fg. annimmt.

4) Fall, nicht Grund — wogegen Ubbelohde a. a. O., Windscheid §. 299.

5) z. B. Restitution der deponirten Sache — zum Unterschiede z. B. von einem opus für den gemeinsamen fundus der Gläubiger. — Windscheid a. a. O. Anm. 5.

6) l. 81 §. 1 D. solut. 46, 3 — sed etsi sine dolo malo hoc fecero (daß ich parti heredum das Depositum hinausgebe). Die cautio hiernach auf defensum iri (cf. l. 1 §. 37 D. dep. 36, 1 Ubbelohde S. 287) oder rem ratam h. gerichtet.

7) l. 1 §. 44 D. dep. 16, 3; — begriffsmäßig beim depositum apud sequestrem. —

8) so daß dividi posse in l. 1 §. 36 eod. zu verstehen —

9) l. 22 D. eod. — nisi pro solido res non potest restitui. —

10) l. 1 §. 36 cit. Si pecunia in sacculo signato deposita sit. . . promenda pecunia vel coram Praetore vel intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria — vgl. l. 22 eod. und das commodius in l. 29 in f. D. solut. 46, 3.

b. daß wiederum dann, wenn die Mehrheit der Personen auf aktiver Seite steht, und die Verbindlichkeit in Geldschuld umschlägt, gleichviel¹¹⁾ ob dies erst durch *condemnatio*, oder schon vor der *condemnatio* oder Klage, durch Verschuldung (der Unmöglichkeit der Naturalleistung), geschieht, die also theilbar gewordene Obligation auch wirklich in Theilobligationen zerfällt, und demnach bald nur *pro parte* geklagt¹²⁾, bald in *solidum* geklagt aber nur *pro parte* kondemniert¹³⁾ wird, trotzdem man, *initium contractus* vor Augen¹⁴⁾, auch nach eingetretener Unmöglichkeit der Naturalleistung auf die ursprünglich begründete Verbindlichkeit, und damit in *solidum* klagen lassen könnte. Dem Rechte eines Jeden ist hier durch *divisio* einfacher und wirksamer entsprochen, als wenn sie *solidarisch* nur alle miteinander, oder *solidarisch* zwar jeder einzeln, aber nur gegen Kaution, klagen dürften. Daß im Klagefall auf den Geldwerth und also *pro parte* zu klagen sei, mag denn auch ebensowohl wie daß Einer allein klagen könne, kontraktlich ausgemacht werden¹⁵⁾; —

c. daß da, wo die Mehrheit der Personen auf passiver Seite steht, die von diesen selbst kontrahirte, oder in ihrem Naturalstand ererbte, untheilbare Obligation zwar insolange, als nicht etwa ein Einzelner die Naturalleistung unmöglich gemacht und also die gesammte Schuld auf sich allein gezogen hat (§. 232. II. 3)¹⁶⁾, gegen Jeden in *solidum* geklagt und zur Kondemnation und Exekution gebracht werden kann¹⁷⁾; dafür aber Jedem, dem letzteres widerfahren ist, der Regreß gegen die Anderen offen

11) s. dagegen Windscheid §. 229 Anm. 6. „— sobald es zur *condemnatio* kam“ —

12) so wenn die Verwandlung noch vor der Klage eingetreten ist: l. 1 §. 31 D. dep. 16, 3 — *in partem competit depositi*.

13) l. 25 §. 9 D. fam. herc. 10, 2 vgl. die entsprechende *in rem actio* l. 4 §. 3 D. si serv. 8, 5.

14) vgl. l. 1 §. 30 D. dep. 16, 3.

15) l. 1 §. 44 eod.

16) l. 9 D. dep. 16, 3 — *aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit* — l. 10; l. 1 §. 43 eod.; cf. l. 5 §. 15; l. 7 §. 1 D. commod. 13, 6.

17) l. 2, §. 2, §. 5; l. 3 §. 1; l. 85 §. 2, §. 3 D. v. o. 45, 1; l. 17 D. servv. 8, 1; l. 25 §. 10 D. fam. herc. 10, 2 (zu *quin duret libel-ohde* C. 52 fg.)

steht¹⁸⁾; daß hingegen dann, wenn die Mehreren die untheilbare Obligation nicht selbst kontrahirt, und aber bereits als Geldschuld überkommen (ererbt) haben, indem der ursprünglich Obligirte die Naturalleistung selbst noch unmöglich gemacht hat¹⁹⁾, der Erbgang auch als Theilung der theilbar gewordenen Obligation auftritt, und also Jeder nurnoch pro parte geklagt werden kann²⁰⁾. Durch das Regreßrecht dort, und die Theilung hier ist nur die nächste und natürlichste, aber auch schwierigste Folge der Untheilbarkeit, daß nämlich Alle zusammen belangt werden sollten, umgangen; — —

2. in Gemeinjamkeit der Verschuldung, insofern Mehrere durch gemeinsames Delikt denselben Schaden zu ersetzen schuldig werden, und ihn, sei es daß seine Austiftung nicht getheilt werden kann oder nicht getheilt werden will²¹⁾, in soli-

18) l. 2 §. 2, §. 5 D. v. o. 45, 1; l. 25 § 10; l. 44 §. ult. D. fam. here. 10, 2; l. 11 §. 23, §. 24 D. leg. III.; cf. l. 11 §. 3 D. a. pl. a. 39, 3; Windscheid §. 299. Anm. 3; daß die Quellen nicht ebenso von einem Regreß der Mitgläubiger gegen den in solidum empfangenden Gläubiger reden, erklärt sich nach der Darlegung sub. a aus der Sache selbst.

19) l. 7 §. 1; l. 9 D. dep. cit. — si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus —

20) l. 72 pr. D. v. o. 45, 1; l. 7 §. 1; l. 9 D. dep. cit. So namentlich Tubero's Satz in l. 72 pr. cit. — ubi quid fieri stipulemur si non sit factum pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi obligationem — von Ubbelohde gewiß im wesentlichen richtig (s. oben §. 229 Anm. 15) interpretirt und gegen die landläufige Meinung, als ob jede obligatio faciendi durch Kondemnation getheilt werde, gefehrt. Mit Ubbelohde auch Windscheid §. 299. Anm. 7; deren Vorläufer Savigny, Oblig. Bd. 1 S. 358 II. Gajacius Comm. ad l. 2 D. v. o. 45, 1 — wogegen meine krit. Bl. Heft 4 S. 52 im Anschlusse an Ribbentrop, Cor. D. S. 233 fg. noch auf der gegnerischen Seite — Gegen die scheinbare Abweichung in l. 49 §. 4 D. leg. II. s. Ubbelohde S. 76 unten u. fg. Die Theilkondemnationen bei aquae pluviae arcendae actio und damni infecti nomine cautio (l. 6 §. 1; l. 11 §. 3 D. a. e. a. p. a. a. 39, 3) fallen schon deswegen nicht ins Gewicht, weil hier keine Obligationen zur operis restitutio bestehen (Bd. 1 S. 673 Abs. 1; S. 690 Anm. 45–47); anders Ubbelohde S. 82 unten u. fg.; l. 22 D. dep. 16, 3 hält grundsätzlich die Untheilbarkeit fest und denkt nur nebenbei an die Möglichkeit, den Fall gleich dem einer untheilbar bedingten D. zu behandeln (§. 231 Abs. 1.); Ubbelohde a. a. D. auch hierin abweichend; folgerecht auch bezüglich der l. 3 §. 3 D. commod. 13, 6, die von Getheiltheit ausgeht, und unter den besonderen Umständen des Falles „Alleinhaftung“ (§. 233, 3) als Billigkeitsfrage erklärt. l. 7 §. 1 u. l. 9 D. dep. 16, 3 sind ein Beleg für die Richtigkeit der Ubbelohde'schen Erklärung von l. 72 pr. cit. u. darum am Eingang dieser Anmerkung aufgeführt.

21) vgl. l. 22 D. dep. 16, 3 — in solidum quemque dolo fecisse — l. 38 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 — quum singulorum contumacia pupillo

dum praestiren müssen. Auch innerhalb von Kontrakten und Quasikontrakten ergibt sich Solidarität aus demselben Grunde, insoferne die mehreren Kontrahenten, Quasikontrahenten alle an der Vereitlung oder Versäumung der schuldigen Leistung schuld und dafür verantwortlich sind²²); allein hier ist die Solidarität nur perpetuatio einer vorausgegangenen Solidarhaftung (§. 71 Abj. 2), indem Alle für die Leistung solidarisch gehaftet haben müssen, wenn sie wegen Nichterfüllung solidarisch sollen schuldig werden können. — Insofern ein Delikt Strafe²³) zur Folge hat, zieht die gemeinsame Verschuldung auch Ganzhaftung für Jeden nach sich. Allein Alle sind sie nur die gleiche, nicht eine und dieselbe Strafe schuldig geworden²⁴), darum nicht ungetheilt, insofern nicht solidarisch obligirt, gleichwie umgekehrt ihrer Mehrere keine ungetheilten, darum keine solidarische Gläubiger sind, wenn sie aus demselben Delikte die gleiche Strafe jeder ganz zu fordern haben²⁵). — Dagegen ähnlich wie gemeinsame Schadenstiftung wirkt gemeinsames Mandat (§. 235). — Ob und wie weit innerhalb dieser Solidarität das beneficium divisionis platzgreife, s. unten §. 236.; — —

3. in dem Willen der Parteien, insoferne activer- oder passiverseits von Mehreren kontrahirt und die Leistung von Jedem oder an Jedem ungetheilt (in solidum) übernommen wird²⁶). Davon daß hier die Solidarität sich zur Korrealität steigert, daß gewisse testamentarische Verfügungen nach dem Muster dieser Korrealität behandelt werden, sowie daß eine wahre Korrealität und damit Solidarität der Haftung auf passiver Seite auch anstatt durch den Willen der Parteien,

damnum in solidum dederit — l. 21 §. 9 D. furt. 47, 2 — *neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos — daher omnes furti in solidum teneri.* —

22) ll. citt. l. 1 §. 43 D. dep. 16, 3.

23) gleichviel ob reine oder gemischte, rei persecutionem in sich enthaltende: l. 11 §. 2 D. ad leg. Aq. 9, 2 — *quod alius praestitit alium non relevat cum sit poena.*

24) l. 11 §. 2 cit.; l. 55 §. 1 D. adm. tut. 26, 7; l. 21 §. 9 D. furt. 47, 2; l. 1 §. ult. D. si is qui test. lib. 47, 4; l. 1 C. cond. furt. 4, 8.

25) l. 1 §. ult.; l. 18 §. 2 D. inj. 47, 10.

26) vgl. l. 5 C. si certum pet. 4, 2 *Si non singuli in solidum ... sponte vos obligastis.* —

4. von Rechtswegen entstehen könne, (adjektivische Aktionen), ist weiter unten die Rede (s. Intervention).

II. Halbe Solidarität hat ihren Grund

1. in der Intention des Kontraktens, indem da wo der Gegenstand der Leistung nur generell (in genere — z. B. *hominem dari*), oder alternativ (aut Stichum aut X) stipulirt wird, stillschweigend mitbedungen scheint, daß gegen den Willen des Gläubigers keine Theile (von dieser und jener Sache oder Quantität), sondern nur ein Ganzes zu leisten sei, daß mithin auch im Falle der Vererbung derart genereller oder alternativer Obligationen auf mehrere Erben Forderung und Klage zwar activ und passiv nur auf Theile gerichtet werden können, die Zahlung dagegen insolange nicht fertig (in pendente) sei, bis nicht die mehreren Schuldner dem Gläubiger ein Ganzes entrichtet, oder die mehreren Gläubiger ein solches empfangen hätten²⁷⁾; —

2. in der Untheilbarkeit der Bedingung: wenn eine Obligation für einen Fall kontrahirt ist, der nur ganz oder gar nicht in Erfüllung gehen kann (vgl. §. 231 Abf. 1). Bei derart bedingter, stets den Charakter einer Poenalstipulation an sich tragender Obligation kann Promissar *pendente conditione* zwar nicht klagen, aber immerhin unter Vorhalt der sonst drohenden Strafe, Erbschuld, „fordern“, „denunziren“, und diese Forderung²⁸⁾ ist die *petitio*, welche gegen Jeden der mehreren Promittenten oder Erben des Promittenten in *solidum* besteht, für den Fall, daß sie durch wen immer unerfüllt bleibt, gegen Alle, jedoch gegen Jeden nur *pro parte* verfällt und also von Jedem nur *pro parte praestiri* werden muß — in *solidum agi oportet et partis solutio adfert liberationem*²⁹⁾. Namentlich die Vertretung des Käufers im Eviktionsprozesse ist eine Handlung, welche keine Theilung duldet³⁰⁾, und deren Versäumung oder Mißlingen von den Erben des Verkäufers allen getragen wer-

27) l. 2 §. 1; l. 85 §. 4 D. v. o. 45, 1; l. 26 §. 13, §. 14 D. cond. ind. 12, 6; l. 34 §. 1 D. solat. 46, 3; Ubbelohde S. 24 fgg.

28) Scheurl, comment. ad ll 2, 3, 4, 72, 85 D. v. o. p. 46; Ribbentrop a. a. D. S. 211; Ubbelohde S. 179.

29) l. 85 pr. §. 5 §. 6 cit.

30) — in *solidum defendenda est venditio* — l. 139 D. v. o. 45, 1.

den muß, wengleich dieselbe nur an dem Einen oder Anderen von ihnen scheiterte³¹⁾; darum muß sie von den Erben allen gefordert, ihnen allen muß „denuncirt“³²⁾ werden; allein die Dupla, oder das einfache Kaufsinteresse welches für den Fall der Nichtvertretung oder der unwirksamen Vertretung verwirkt, trifft Jeden nur pro parte (hereditaria)³³⁾.

§. 234.

Partialobligationen.

Die Partialobligationen selbst, mag es nun vornherein oder nachträglich (§. 231), in Ansehung schon der ursprünglich in obligationem deduzirten Leistung, oder erst der nachträglichen Praestations-(Geld-)Schuld (§. 229 a. G.) zu solchen gekommen sein, sind keine Theile eines ihnen gegenüber bestehenden Ganzen¹⁾, also keine partes pro indiviso (§. 131), vielmehr selbständige Ganze²⁾; haben dagegen aliquote Theile (zu denen geerbt, kontrahirt wurde) in ihrer Voraussetzung, eben dieselben in ihrem Inhalte, da nach demselben Maßstabe, nach welchem sie getheilt sind, die schuldige Sache oder Quantität in Obligation ist³⁾, — und sind den partes pro diviso insoferne vergleichbar, als sie bei aller ihrer gegenwärtigen Selbständigkeit doch aus Einem Ganzen hervorgegangen oder anstatt eines Ganzen entstanden sind. Theil- oder Partialobligationen nennt man sie also trotz

31) — uno defugiente omnes defugisse videantur — l. 139 cit. wie wenn sich z. B. die Abfindung des Evinceten durch Passivität des Einen Erben zerschlägt — vgl. Ubbelohde S. 179 fg.

32) l. 139 cit. in solidum omnes conveniendi sunt — l. 85 §. 5 cit. — in solidum denuntiandi sunt — l. 62 §. 1 D. evict. 21, 2 — una de eo. obl. est omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent. —

33) ll. cit.

1) vgl. Savigny, a. a. O. S. 321 oben — Die „pars obligationis“ „pars stipulationis“ z. B. in l. 9 §. 1 D. solut. 46, 3. l. 2 §. 1 D. v. o. 45, 1 ist keine Theilobligation sondern ein Stück aus dem Inhalt der O.

2) Savigny, a. a. O.; Ubbelohde a. a. O. S. 19 unten.

3) z. B. l. 29 D. solut. 46, 3 — dimidia singulorum partes (Stichi et Pamphili debentur — und daselbst: utriusque rei (X homines, X denarii) dimidium duobus modis (parte, numero) intelligi potest l. 117 D. v. o. 45, 1; l. 54 pr. D. v. o. 45, 1 — quum species stipulamur ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debeantur; quotiens autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio.

ihrer Selbständigkeit mit Recht, einmal von wegen ihrer Herkunft⁴⁾, dann von wegen ihres Inhalts. Um ihres Inhaltes willen — insoferne die aus oder anstatt Einer Obligation entstandenen Partialobligationen je auf einen aliquoten Theil einer und derselben Sache gerichtet sind — stehen dieselben denn auch miteinander in Gemeinschaft⁵⁾. Selbständigkeit haben sie in ihrer Existenz, Gemeinschaft in ihrer Herkunft und in ihrem Inhalt.

§. 235.

Solidarobligationen.

Unter diesen fordert diejenige Gattung von Fällen, wo Mehrere dasselbe Ganze ungetheilt an Einen oder von Einem zu fordern haben (Ganzhaftung §. 232), die Solidarobligation also auch als Gesamthftung oder Gesamtforderung (Mehrerer auf Ein Ganzes) bezeichnet werden kann¹⁾, eine gesonderte Betrachtung. Entschiedenem Rechte ist, daß

1. hier, von den Modifikationen abgesehen, welche die Solidarität aus Untheilbarkeit der Leistung mit sich bringt (§. 233 I. 1.) überall ein Jeder der mehreren Gläubiger auf das Ganze klagen, ein Jeder auf das Ganze belangt werden kann²⁾; daß von denselben Modifikationen abgesehen

2. überall die Leistung des Einen, oder an den Einen Alle und von Allen befreit³⁾; daß dagegen

4) dies der von Ubbelohde S. 19 unten u. fg. allein genannte „historische“ Grund —

5) — so daß die Theilhaberschaft in Obligationen der des condominium nicht wegen mangelnder Gemeinschaft entgegengesetzt werden darf, wie bei Savigny a. a. O. Eine Folge der unter den gewissen Partialobligationen waltenden Gemeinschaft zeigt sich z. B. bei den generischen O. O. s. oben §. 233 II 1.

1) Baron, die Gesamtrechtsverh. im röm. Recht. 1864 §. 18 — ohne daß damit auch der Gegensatz von Gesamts- und Sonderobligation in der Baron'schen Weise angenommen würde.

2) z. B. l. 85 pr. l. 2 §. 2 D. v. o. 45, 1; — l. 1 §. ult., l. 2, l. 3 D. his qui effud. 9, 3; — l. 38 pr. l. 55 pr. D. adm. tut. 26, 7; l. 1 §§. 10—18 D. tut. et rat. 27, 3; — l. 52 §. 3 D. fidej. 46, 3; — Gaj. 3, 121 — fidejussores vero etc.; l. 10 pr. §. 1 D. fidej. 46, 1; — §. 1 J. duob. r. 3, 17; l. 2 D. eod. 45, 2; — — übrigens, wo nicht Untheilbarkeit Grund der Solidarität ist, et partes asingulis peti posse nequaquam dubium est: l. 3 §. 1 D. duob. 2. 45, 2.

3) z. B. arg. l. 85 §. 2; l. 2 §. 2 cit.; l. 5 §. ult. D. commod.

3. die bloße Vitiskontestation des Einen oder mit Einem nicht überall, sondern nur da wo die Solidarität zugleich Korrealität ist, gegen und für Alle befreiend gewirkt hat⁴).

4. Fraglich dagegen ist, ob und wie weit innerhalb der Solidarität auch Einheit und Identität der Obligation (una eademque obligatio — Unität) anzunehmen sei. Nach herrschender Auffassung aber ist nicht schon die Solidarität, sondern erst die Korrealität Unität⁵). Abweichende Ansichten bewegen sich größtentheils dahin, daß selbst die Korrealität nicht Unität sei⁶); vereinzelt steht heutigen Tages die durch Keller und Ribbentrop verdrängte Meinung derer, daß auch die Solidarität

13, 6; — l. 4 D. his qui effud. 9, 3; l. 6 D. quod vi aut clam 43, 24; — arg. l. 1 §§. 10—18 cit.; — l. 52 §. 3 cit.; — arg. l. 36 D. fidej. 46, 1; — §. 1 I. cit. l. 3 §. 1 in fin. D. duob. reis 45, 2; — — der direkten Erfüllung (solutio e. C.) stehen (bei den bloß solidarischen wie bei den Korrealobligationen) gleich: acceptilatio l. 2 D. duob. r. 46, 2; l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2; l. 3 §. 3; l. 7 §. 1; l. 29 D. lib. leg. 34, 3; dafür, daß (vermitteltst stip. Aquiliana) auch bei bloß solidd. D. arg. l. 7 §. 1 cit.; l. 5; l. 13 §. 4 §. 7; l. 16 D. h. t. 46, 4 — quoniam velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est: — novatio: l. 31 §. 1 D. h. t.; die Frage hier geht nur auf die Legitimation (des einen Gläubigers) zur Novation, und diese ist in l. 27 pr. D. pact. 2, 14 nur dem einen von mehreren Argentariern, nicht den duo rei stip. abgesprochen (Weibel die Kor. D. im r. R. S. 37 Anm. 1.); einmal zuständig muß sie die bisherige Obligation nach allen Richtungen aufheben, namentlich auch die bloß solidarische D. — cum eam stipulationem solutioni similem esse existimemus (l. 31 cit.; l. 21 §. 3 D. legat. ann. 33, 1 — summis quae per numerationem vel novationem solutae sunt — Fitting, die Natur der Kor. D. S. 56 fgg.); die Legitimation auf Seite der Solidarschuldner steht außer Frage; — Eid, der wiederum in locum solutionis cedit, vorausgesetzt daß de ipso contractu et de re, non de persona agentis geschworen wird: l. 27; l. 28 §. 1 D. h. t. 12, 2 Fitting a. a. D. §. 12; arg. l. 28 §. 2 eod.

4) l. 2 D. duob. r. 45, 2; l. 5 in f. D. fidej. 46, 1; l. 31 §. 1 D. novat. 46, 2; l. 116 D. v. o. 45, 1; cf. l. 14 D. rem rat. 46, 8; l. 4 D. his qui effud. 9, 4; l. 1 §. penult. D. exerc. 14, 1; l. 32 pr. D. pec. 15, 1.

5) Keller-Ribbentrop'sche Theorie: Häupter und Jünger bei Samhaber, zur l. v. d. Kor. D. §§. 1—3.

6) Rückert, Zeitschr. f. Civilr. u. P. R. F. 12, 1. Kunze, Oblig. u. Singularsucc. §§. 30—35. Helmolt, die Kor. D. §. 4 fgg. Eiebenhauer, Kor. D. nach röm. gemeinem u. sächs. R. §. 6. Sintenis, prakt. gem. Civilr. §. 89. Anm. 10. Nur als einen richtigeren Ausdruck der herrschenden Ansicht gibt sich die an Girtanner (Bürgschaft, S. 74 fgg.) anschließende Auffassung der Kor. D. als einer Alternativ-D. bei Fitting a. a. D. §. 24. Uebersicht u. Kritik dieser und anderer Oppositionen außer bei Samhaber bei Windscheid Münch. krit. Ueberschau VI. 2.

Unität sei⁷⁾. Letzteren muß folgerecht die Korrealität nicht bloß Solidarität mit Unität, sondern ein Mehreres sein. Ueberwiegende Gründe sprechen nun aber dafür, daß schon die Solidarität Unität, die Korrealität aber ein Mehreres sei.

a. In dem Vermögen des Gläubigers, dem Mehrere in solidum haften, besteht trotz Mehrheit der Schuldner nur Eine Aktivpost⁸⁾; passiverseits kann zwar dieselbe Post von Jedem ganz gebucht werden müssen⁹⁾; allein nicht nur hängt der Bestand dieser Posten von der Wahl des Gläubigers ab¹⁰⁾; volkswirtschaftlich ist trotz aller Mehrheit der Buchungen doch nur Eine Schuld da. Letzteres gilt ebenso, wo dasselbe Mehreren schuldig ist

b. Muß man gleich einräumen, daß bei passiv solidarischer Obligation die Mehreren Alle haften, mithin mehrere Haftungen bestehen, und zwar alle perfekt, so daß die dem Gläubiger zuständige Wahl¹¹⁾ nur entscheidet, wessen die Zahlung, nicht erst wessen die Obligation sei, und also die hier obwaltende Alternativität nicht eine der Existenz, sondern nur eine der Ausübung der Obligation ist¹²⁾, — so liegt doch dem Gegenstande und der Zahlung nach nur Eine Schuld vor¹³⁾ und mußte bei Entscheidung der Frage, ob Eine oder mehrere Schulden anzunehmen seien, die Einheit des Gegenstandes und der Zahlung schwerer wiegen als die Mehrheit der Personen¹⁴⁾. Dasselbe gilt für den Fall der Mehrheit auf aktiver Seite.

7) im wenigstens „materiell-oekonomischen Sinne“: E. A. Seuffert (zu Seufferis prakt. Pandr. §. 228 Anm. 4 — u. im Anschluß an Friß, Zeitschr. f. Civilt. u. P. R. F. Bd. 17 S. 165, Bd. 18 S. 377. Hauser, Bl. f. R. A. Bd. 26 S. 404 fg.

8) Bei der Schätzung des Vermögens z. B. zur Berechnung der falcidischen Quart dürfte dieselbe Summe, welche zur Erbschaft Mehrere solidarisch schulden, nur einmal in Ansatz kommen, gleichviel ob sie korrealiter oder bloß solidarisch haften. S. unten Anm. 25.

9) wofern kein gegenseitiges Regreßrecht bestünde, und im Hinblick darauf nur je eine Quote vorzutragen wäre — S. unten Anm. 25.

10) vgl. l. 52 §. 3 D. fidej. 46, 1 — si unus iudicio eligatur —

11) „electio“: l. 1 §. 43 D. dep. 16, 3; l. 38 pr. l. 45 D. adm. tut. 26, 7; l. 2 C. div. tut. 5, 52; cf. l. 52 §. 3 D. fidej. 46, 1.

12) vgl. meine Festschrift zu Arndts 70. Geburtst.: Zur L. v. d. Korrealobligationen, S. 7 — in der M. Viertelj. Bd. 16. S. 7.

13) vgl. E. A. Seuffert a. a. O.

14) arg. l. 3 §. 1 D. duob. r. 45, 2 — utique enim cum una obligatio sit una et summa est —

c. Die Mehrheit der Personen schließt sonst Einheit des Rechtes nicht aus; es ist Ein Eigenthum, das beim condominium Mehreren, es sei nun römisch getheilt oder deutschrechtlich zu gesammter Hand zusteht (§. 131), Eine Servitut, mit der bei gemeinschaftlichem Grundeigenthum auf herrschender oder dienender Seite Mehrere berechtigt oder belastet sind (§. 199 S. 799), Ein Usus, der Mehreren zusammen vermacht ist (a. a. D.)¹⁵⁾; so mögen denn ihrer Mehrere an Einer Schuld, oder an Einer Forderung theilhaben können.

d. Theilhabschaft an Einer Schuld oder Einer Forderung hat vom Standpunkte der Denkbarkeit aus nicht nur nichts gegen sich, sondern darin, daß der Theil zu irgend einer Einheit drängt, sogar etwas für sich. Korrealgläubiger und Schuldner werden denn auch geradezu als Theilhaber an Einer Forderung oder Schuld bezeichnet¹⁶⁾. Nichts stund im Wege die bloß solidarisch Obligirten oder Berechtigten ebenso zu bezeichnen. Mehrfach werden sie denn auch mit den Korrealgläubigern zusammengestellt¹⁷⁾; und geschieht dies nur „quodammodo“¹⁸⁾, nicht „omnino“¹⁹⁾, so will damit nicht gesagt werden, daß es ihnen an Einheit der Schuld, sondern daß es ihnen an jenem weiteren Dinge fehle, was die Korrealobligationen außer der Solidarität und Unität an sich haben²⁰⁾.

e. Daß bei bloßen Solidarobligationen die Befreiung der Uebrigen oder von den Uebrigen niemals schon mit der Litiscontestation gegen Einen, oder des Einen eintrat, ist kein Gegenargument gegen die Einheit auch der bloßen Solidarobli-

15) vgl. noch insb. l. 5 §. 15 D. commod. 13, 6, wo per arg. von *dominium pro parte*, und von einem Usus, der *uniuscujusque in solidum* sei, die Rede ist.

16) l. 16 D. accept. 46, 4 — *ex duobus pluribusve ejusdem obligationis participibus* —

17) l. 38 pr.; l. 45 D. adm. tut. 26, 7; l. 5 §. 15 D. commod. 13, 6.

18) l. 5 §. 15 cit. — *quare duo quodammodo rei habebuntur* —

19) — l. 45 cit. — *quasi duo rei ejusdem debiti essent omnino, quod non est* —

20) es ist nach l. 45 cit. das in klassischer Zeit noch freie, durch keine Rücksicht auf Solvenz oder Insolvenz beschränkte Wahlrecht (*electio*) unter mehreren Schuldnern, — in l. 5 §. 15 cit. der besondere Wahleffekt, indem hier schon *electio*, dort erst *solutio* Alle oder von Allen befreit — indessen weder hier noch dort direkt, geschweige denn erschöpfend ausgesprochen.

gationen. Denn eine derartige Wirkung der Litiskontestation setzt nicht nur Einheit der Forderung oder Schuld (eadem causa), sondern auch Einheit der Personen (eadem persona) voraus²¹⁾; bei bloßer Solidarität aus Untheilbarkeit der Leistung oder aus Gemeinsamkeit der Verschuldung liegt aber diese Einheit nicht vor²²⁾, während sie bei der Korrealität vorliegt, ja das Wesen der Korrealität ausmacht (s. 5. Intervention).

f. Auch das steht der Einheit nicht im Wege, daß selbst von den Korrealobligationen nicht selten als von mehreren *DD.* gesprochen wird²³⁾; denn obligatio bedeutet nicht bloß Schuld, sondern auch Haftung. Daß nun der Haftungen stets ebensoviele sind als haftende Personen, kann nicht bezweifelt werden, während eine Einheit der Schuld trotz Mehrheit der Personen (b.) und inmitten der mehreren Haftungen möglich erscheint. Denn so wenig die Haftung überhaupt auch schon Schuld sein muß (§. 212, §. 215. 2, §. 217 S. 861 Absf. 2 u. S. 862 fg. nro. 1 u. 2), so wenig müssen die mehreren Haftungen hier alle schon Schulden sein oder werden. Es läßt sich denken, daß nur die Haftung desjenigen zur Schuld werde, den das Loos²⁴⁾ trifft. Gewiß ist von Anfang, daß X aus dem Vermögen der Haftenden an den Gläubiger zu gelangen haben, gewiß also von Anfang das Dasein einer Schuld; ungewiß dagegen, an wen sich Gläubiger halten, und aus wessen Vermögen die Schuld vorläufig oder definitiv abgehen werde²⁵⁾. Also von Mehrheit

21) vgl. *Bd.* 1 S. 345. 3, meine oben citirte Festschrift S. 17 nro. II; *Fitting a. a. O.* §. 10. *Dr. Weibel, a. a. O.* Anhang, S. 102 — ein Einwurf, der uns auch von *Windscheid* §. 298 Anm. 3 nicht widerlegt scheint. Ob A „praegnant“ dieselbe *D.* geltend mache, wie vorher B, oder nicht praegnant: eadem persona wie B ist er gleichwol nicht, wenn er nicht anders, aus was immer für einem Grunde, dafür erachtet wird.

22) vgl. *l. 1 §. 14 D. tut. et rat. 27, 3* — nec enim ulla societas malorum. —

23) vgl. *Weibel*, S. 18, 3. *Siebenhaar*, *Korrealobligationen* §. 4. *Fitting*, die Natur d. *Corr. DD.* S. 16—19: *l. 9 §. 2 D. h. t.* — in cuiusque persona propria singulorum existit obligatio — *l. 3 pr. eod.*; *l. 128 D. v. o. 45, 1* — pristinam obligationem manere et sequentem accedere — ; *l. 13 eod.*; *l. 21 §. 9*; *l. 5 D. fidej. 46, 1* — differentia . . obligationum — duae obligationes in unius persona *l. 13 eod.*; *l. 93 §. 2 D. solut. 46, 3* — duae principales — §. 1 *J. h. t. 3, 17.*

24) electio: s. oben Anm. 10. 11.

25) So in das Wesen der Sache bringend *Julian* anläßlich der *Falscibia*: — in pendente esse in utrius bonis computari oporteat id quod

der Obligationen sprechen die Quellen nur im Gedanken an die Haftung²⁶⁾; überall sprechen sie nur von obligationes, nirgends von debitum in der Mehrzahl; vielmehr zählen in der Gläubigerversammlung die mehreren Korrei für Eine Person quia unum debitum est²⁷⁾, lassen sie dieselben mit einem und demselben debitum behaftet sein²⁸⁾, gegen Einen der mehreren auch bloß solidarisch Haftenden totum debitum ausflagen²⁹⁾, Ein debitum zahlen und acceptiren³⁰⁾; es kommt wohl vor, daß sie das Eine debitum als die Eine obligatio bezeichnen³¹⁾; daß sie dagegen ebenso von mehreren debitis wie von mehreren obligationes sprechen, kommt nicht vor. Desgleichen ist die Pändenz nur eine der Schuld³²⁾, nicht eine des Obligationsverhältnisses überhaupt; denn die Haftungen bestehen für Jeden einfach und ohne weiteres. In gleicher Weise rechtfertigt sich bei Mehrheit der Gläubiger Einheit der Schuldforderung in-mitte der mehreren an jeden der mehreren Gläubiger bestehenden Haftungen. — Von mehr als Einem debitum ist auch bei bloßen Solidarobligationen nicht die Rede, während die Bezeichnung obligatio auch bei ihnen nicht minder singularisch als pluralisch vorkommt³³⁾. Die da den Sprachgebrauch für nichtsbeweisend erklärten³⁴⁾, haben das Eine debitum außer Acht gelassen.

debetur vel cuius bonis detrahi — l. 62 pr. D. ad. l. Falc. 35, 2. Besteht zwischen den Mehreren Regreßrecht, dann mag der Nachlaß sofort mit dem treffenden Theil belastet werden (si quidem socii sunt in ea re dividi inter eos obligationem) l. cit.

26) und in demselben Sinne, als sie omnes teneri sagen, bei bloß solidarisch wie forrealiter Obligirten, z. B. l. 2 §. 5 l. 85 §. 2. §. 3 D. v. o. 45, 1; l. 1 C. cond. furt. 4, 8 Paul. R. S. I, 20.

27) l. 9 D. pact. 2, 14.

28) l. 71 pr. D. fidej. 46, 1; l. 45 D. adm. tut. 26, 7.

29) l. 2 C. div. tut. 5, 52 cf. l. 10 pr. D. fidej. 46, 1 — totius debiti.

30) §. 1 J. duob. r. 3, 17.

31) z. B. l. 2; l. 3 §. 1; l. 6 §. 3; l. 19 D. duob. r. 46, 2; l. 116 D. v. o. 45, 1. Paul. R. S. I. 20. Bei Delikten, in denen die obligatio zurück. actio hervortritt (s. oben §. 210 Abs. 1), kommt an die Stelle der Einen obligatio die Eine actio, im Sinne der Einen Forderung freilich, nicht in dem der Einen Klage: l. 14 §. ult. in f. D. quod. met. 4, 2; l. 1 C. cond. furt. 4, 8.

32) s. oben in Ann. 25 das id quod debetur. —

33) l. 2 C. div. tut. 5, 52 — unum eorum eligere et totum debitum exigere -- l. 2 §. 2 D. v. o. 45, 1 — non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur. —

34) z. B. Fitting a. a. D. §. 4 a. G.

g. Wäre die Solidarität nicht zugleich Unität, so würde es innerhalb derselben wohl niemals zur Theilung kommen können (vgl. oben d.). Nun haben wir aber bereits oben (§. 233 I. 1) bloße Solidarität unter Umständen einer divisio verfallen sehen; das *beneficium divisionis* greift sowohl in Fällen bloßer Solidarität als in denen der Korrealität um sich (s. unten 5); auch die Rangordnung (*ordo conventionis*, s*g.* *benef. ordinis* oder *excussionis*) zu der es ebensowohl unter gewissen bloß solidarisch als unter korrealiter Obligirten gekommen ist (s. unten 7) läßt sich ohne Einheit der Schuld nicht wohl denken. —

Unsere in dem Unterschiede von Haftung und Schuld wurzelnde, die Solidarobligationen unter Mehreren alle in eine Mehrheit von Haftungen und Einheit der Schuld setzende Auffassung läßt an fast allen anderen Theorien etwas Gutes: an der herrschenden die Einheit, an der entgegengesetzten die Mehrheit, an der Girtanner-Fitting'schen die Pendentz, an der von Baron einen Unterschied von Sonderobligationen und Gesamtopflichtung; nur für die Siebenhaar'sche Lösung durch äquale Obligationen hat sie keinen Raum. Indessen nur im *debitum* finden wir die Einheit, nur in der *Obligatio* weiteren Sinnes (Haftung) die Mehrheit, nur im *debitum* etwas Alternatives, nur im *debitum* etwas Gesamt-, freilich nur etwas pendent „Gesamtbezügliches“.

§. 236.

Fortsetzung.

5. In die Ungetheiltheit, und zwar in die der bloßen Solidarität nicht minder als in die der Korrealität ist in Gestalt des s. g. *beneficium divisionis* Theilbarkeit eingedrungen: zuerst in die Haftung der mehreren *fidejussores*¹⁾ und *mandatores*²⁾; nach deren Muster in die der Kontutoren (wo-

1) *ex epistola D. Hadriani*: Gaj. 3, 121 cf. 1 49 §. 1 D. *fidej.* 46, 1 Paul R. S. I. *ex edicto Praetoris* (scil. *Hadriano s. perpetuo*) vgl. Girtanner, die Bürgschaft I. §. 26.

2) l. 7 D. *fidej. et mand.* 46, 1, nach welcher Stelle jedoch das *beneficium* auf die Mandatoren nicht erst „ausgedehnt“ (Girtanner) zu sein braucht; s. vielmehr l. 3 C. *const. pec.* 4, 18 D. *Hadr. epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur.* —

ferne nicht dem Range nach Einer dem Anderen vorgeht³⁾; endlich in die der mehreren Konstituenten⁴⁾, sowie der duo rei debendi⁵⁾.

Damit ist die Solidarität jedoch weder ipso jure, noch unbedingt aufgehoben; Theilung der Klage kann nur unter der Bedingung verlangt werden, daß auch die Uebrigen solvent sind, und nur unter diejenigen, die solvent sind⁶⁾; wer von dem Privileg keinen Gebrauch machend das Ganze zahlt, hat keine Zurückforderung⁷⁾; wer läugnet, verliert den Anspruch auf Theilung⁸⁾; aber wer ihn einmal geltend gemacht und Theilung der Klage bewirkt hat, darf nachträglich nicht abermals in Anspruch genommen werden, wenngleich nachträglich die Bedingung des Privilegs (Solvenz der Uebrigen) wegfällt⁹⁾. Grundsätzlich bemißt sich die Größe der Theile nach dem Stand der Schuld zur Zeit der Litiskontestation¹⁰⁾.

Entspringt die Solidarität aus Gemeinsamkeit der Verschuldung (§. 233. I. 2), so greift wenigstens beneficium divisionis nicht plaß (Ann. 17—20). Entspringt sie aus Deliktsgemeinschaft, so kommt es unter den mehreren Delinquenten¹¹⁾ gegen den Willen des Beschädigten überhaupt zu keiner Theilung — ohne Zweifel aus demselben Grunde aus welchem in verwandtem Falle der Anspruch auf Klagecession abgesprochen wird¹²⁾. Entspringt sie aus Untheilbarkeit des An-

3) l. 1 §. 11 D. tut. et rat. 27, 3 Ulp. — aequissimum erit, dividi inter eos actiones exemplo fidejussorum — l. 38 pr. D. adm. tut. 26, 7 — an ut ejusdem pecuniae debitores (cf. Gaj. 116 — fidejussor ita: idem fide tua esse jubes — Nov. 99) excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet l. 1 C. div. tut. 5, 52.

4) l. 3 C. const. pec. 4, 18 Justinian.

5) Nov. 99 c. 1 — nach der gemeinen, und in der Praxis herrschenden Meinung. Näheres unten, im Abschnitte von der Intervention — Vgl. l. 47 D. loc. 19, 2; l. 13 C. eod. 4, 65.

6) Gaj. 3, 121 — compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sunt, partes petere — l. 1 §. 11. §. 12 D. tut. et rat. 27, 3 — si quidem . . omnes solvendo sunt — et si non omnes, inter eos qui solvendo sunt, dividitur actio —

7) l. 49 §. 1 in fin. D. fidej. 46, 1 §. 4 J. eod. 3, 21.

8) l. 10 §. 1 eod.

9) l. 51 §. 4 eod.

10) Theilzahlung vor der Klage sollte also niemals befreien; allein Nachgiebigkeit in l. 51 §. 1 eod.: humanius est, si et alter solvendo sit lit. cont. tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.

11) anders als unter den mehreren Erben eines einzelnen Delinquenten.

12) l. 38 §. 2 D. adm. tut. 26, 7 — quum propria cujusque con-

tes (der mehreren Vormünder, Magistrate), so mag der Uebergang von der Haftung zur Schuld in gemeinsamer Verschuldung (*contumacia, dolus*) liegen: das *beneficium divisionis* kommt ihnen gleichwol zu statten¹³⁾; ist bloß Einer oder der Andere an dem Schaden schuld, so liberirt das Keinen, onerirt es, vonwegen der Gefahrs-gemeinschaft¹⁴⁾, Jeden, einen Jeden aber nur mit dem Vorbehalt des *beneficium divisionis*. Dem Mündel ist gleichgiltig, wessen die Schuld sei; ihm haften Alle lediglich aus dem einen und untheilbarem Amte¹⁵⁾; die Verschuldung durch diesen oder jenen offenbart die Gefahrs-gemeinschaft, schafft sie nicht; nur unter einander gehen die Nichtschuldigen mit den Schuldigen zu Gericht¹⁶⁾. — Entspringt die Solidari-tät aus sonstiger Untheilbarkeit der Leistung, so kommt es infolge Uebergangs der Haftung in Ersatz- oder Geldschuld zwar mehrfach zur Theilung¹⁷⁾; allein bald ist diese Theilung nur die erwünschte Auskunft anstatt der Gesamtbe-lan-gung Aller¹⁸⁾, bald glaubt man die Verwirfung des unbe-dingt in obligationem deduzirten *facere, restituere* wie eine an die Bedingung eines *factum individuum* geknüpft Poenal-stipulation behandeln zu dürfen¹⁹⁾; an das *beneficium divisi-onis* wird nicht angeknüpft²⁰⁾.

tumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderare ? l. 1 §. 14 D. tut. et rat. 27, 3 — ex dolo communi conventus . . quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus. —

13) *arg. l. 38 pr. cf. §. 1. §. 2 D. adm. tut. 26, 7; l. 1 §. 11., §. 12., §. 14 D. tut. et rat. 27, 3.*

14) *l. 46 §. 1 D. adm. tut. 16, 7.*

15) *individuum officium: l. 46 §. 1 D. adm. tut. 26, 7; l. 11 pr. l. 13 D. munic. 50, 1.*

16) *l. 1 §. 13., §. 18 D. tut. et rat. 26, 7.*

17) wo die Obligation noch durch Schuld des Erblassers zur Geld-schuld geworden ist (*l. 72 pr. D. v. o. 45, 1; l. 9 D. dep. 16, 3 . . s. oben §. 229 Num. 15 §. 233. I. 1. Num. 20*); — nach milderem Urtheile da wo die solidarisch Haftenden durch eigene u. allseitige Verschuldung Geld-ersatz schuldig geworden sind: *l. 22 in f. D. dep. 16, 3* (das strengere Urtheil — *ibid. ab init.* — liegt auch der *l. 1 §. 43 eod. und l. 5 §. 15 D. commod. zu Grunde* (vgl. oben Num. 11. 12.))

18) so in *l. 72 pr.; l. 9 cit. vgl. oben §. 233. c.*

19) so nach der milderen Ansicht in *l. 22 in f. cit.* — *nisi integrae rei restitutione eum cum quo actum fuerit, liberari non posse; condemnandum tamen, si res non restituatur, pro qua parte heres extitit.* Vgl. *l. 4 §. 1 D. v. o. 45, 1* und oben §. 231 Abs. 2.

20) *exemplo duorum tutorum* erfolgt in *l. 1 §. 43 D. dep. 16, 3* nur die Befreiung des Einen durch Leistung des Anderen; das *si alter*

6. Anspruch auf Klagencession (s. g. *beneficium cedendarum actionum*) und Regreßrecht kommen auch hier vor, aber beide nun nicht mehr gegen die Solidarität, wie das *beneficium divisionis*, sondern beide nurmehr wegen der Solidarität, als indirekte Ausgleichung ihrer einseitig auf dem Einen oder Anderen lastenden Folge. Beide ersetzen sich gegenseitig, indem des Regreßes nicht mehr bedarf, wenn das Recht auf Klagencession zusteht, und umgekehrt; schließen sich aber nicht aus, etwa so, daß derjenige dem Regreßrecht zusteht darum keinen Anspruch auf Cession hätte, oder umgekehrt. — Theils in b. f. *judicio* und dessen Gegenseitigkeit²¹⁾, theils im *arbitrium der arbitrariae actiones* und deren Restitutionszweck²²⁾ wurzelnd ist der Anspruch auf Klagencession bei der Solidarhaftung der mehreren Mandatoren und Vormünder, desgleichen bei Korrealgläubigern wenn sie ex b. f. *negotio* haften, *jure communi*²³⁾, — bei der Solidarhaftung der mehreren *fidejussores* und so auch der *duo rei promittendi* nur privilegienweise begründet²⁴⁾; entspringt oder perpetuirt sich die Solidarität durch gemeinsame Verschuldung, so findet er überhaupt nicht statt²⁵⁾; das Gleiche gilt gegen denjenigen aus mehreren Vormündern, der die Wirkung der Solidarhaftung allein oder gemeinschaftlich mit den Anderen herbeigeführt hat²⁶⁾. Die Cession ist überall nur möglich, insolange die *actio* besteht. Die *actio* des Mandatars gegen den Schuldner ist *ipso jure* selbst nach der Zahlung des

vel nihil vel minus facere possit ist hier Bedingung nicht eines *beneficium divisionis*, sondern der Nachklage gegen den Anderen, wegen fruchtloser Kondemnation oder unzureichender Exekution des Einen. —

21) vgl. oben §. 225.

22) wie die *restitutio* unter Umständen nicht ohne Gegenleistungen des Klägers, z. B. Kautionen (Bd. 1 S. 663 Abs. 1.) vollendet werden kann, so gehört zu derselben zuweilen Klagencession: z. B. l. 21 D. r. v. 6, l.

23) arg. l. 27 §. 5; l. 28 D. mand. 17, 1; l. 95 §. 11 D. solut. 46, 3; — l. 1 §. 13 D. tut. et rat. 27, 3; l. 2 C. div. tut. 5, 52, Korrealschuldner ex locato cond.: l. 13 C. loc. 4, 65; l. 47 in f. D. eod. 19, 2.

24) l. 39 D. fidej. 46, 1 Ut *fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est* — l. 17 eod. *Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina* —; — l. 65 D. evict. 21, 2.

25) arg. l. 38 §. 2 D. adm. tut. 26, 7; l. 1 §. 14 D. tut. et rat. 27, 3.

26) ll. citt.

Mandator an den Mandatar noch beständig, vorausgesetzt nur was zu vermuthen: daß der Mandator seine Schuldigkeit, nicht die des Schuldners gezahlt hat; denn zwischen der Obligation des Mandators und der des Schuldners besteht keine Solidarität, geschweige denn Unität²⁷⁾; die actio des Mandatars gegen die übrigen Mandatoren dagegen besteht nach der Zahlung²⁸⁾ nicht mehr; denn zwischen ihnen besteht Solidarität und Unität der Schuld, nicht minder als zwischen den mehreren Fidejussores; folgerecht ist Cession der Klage gegen die übrigen Mandatoren nach der Zahlung²⁹⁾ hier so wenig, möglich als bei den mehreren Fidejussoren oder Tutoren³⁰⁾; indessen hier und dort ist die Zahlung nur insolange Zahlung der Bürgschafts- oder Vormundschafschuld, als sie nicht gegen Cession der Klagen erfolgt; letzterenfalls liegt eine *nominis venditio* und also Zahlung des Kaufschillings vor³¹⁾. Es wird aber gegen Cession gezahlt, wenn die Cession unmittelbar bei, oder noch vor der Zahlung erfolgt oder vereinbart wird³²⁾, nicht auch dann wenn die Cession erst hintendrein³³⁾, und ohne daß sie zuvor bedungen worden ist, vor sich geht³⁴⁾. Nichts ungereimtes aber wäre es, wenn in Fällen, wo das Regreßrecht versagte, und die Geltendmachung des Cessionsanspruches versäumt worden war, die Klage des Gläubigers auch noch nach der Zahlung, *utiliter* nämlich, als ob cedirt worden sei, verliehen worden wäre³⁵⁾. — Ebenjowenig als der Anspruch

27) l. 28 D. mand. 17, 1 — *propter mandatum enim suum solvit et suo nomine.* —

28) nicht schon nach *Litiscontestatio* oder *Kon demnation* (wie es bei korrealiter Obligirten der Fall sein mußte): *arg. l. 1 §. 18 D. tut. et rat. 27, 3.*

29) nicht schon nach *Litiscontestatio* oder *Kon demnation*: *vgl. l. 1 §. 18 D. tut. et rat. 26, 7.*

30) l. 76 D. solut. 46, 3 — *post solutum . . . nihil ea cessione actum* — *cf. l. 36 D. fidej. 46, 1.*

31) *ll. cit.*

32) l. 36 *cit.* unmittelbar bei: — *accepta pecunia praestat actiones* — vorher: l. 76 *cit.* — *quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset* —

33) l. 76 *cit.* — *post aliquod intervallum.*

34) l. *cit.* — *nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit.* —

35) So dürfte die *utilis actio* aus kaiserlichen Konstitutionen gegen die Mitvormünder in l. 1 §. 13 *cf. §. 14 D. tut. et rat. 27, 3.*, so die *utilis actio* gegen die Mitbewohner in l. 4 D. *his qui effud. 9, 3* zu

auf Klagecession ist mit der Solidarität oder der Thatsache, daß man das Ganze hat zahlen müssen, Regreßrecht schon von selbst und ohne weiteres vorhanden; vielmehr beruht es in einer eigenen Obligation, die denn auch ihrer eigenen causa bedarf³⁶), und eine solche nur da findet, wo die solidarisch Obligirten kontraktlich — Mandat³⁷), Societät³⁸) — oder quasi-kontraktlich — Erbsgemeinschaft³⁹), *communio*⁴⁰), *negotiorum gestio*⁴¹), Hausgemeinschaft⁴²) — Ersatz schuldig sind. Auf ein Spezialgesetz gründete sich die *actio depensi* des Sponsor gegen den Schuldner⁴³); auf ein jeweiliges Dekret der Regreß unter magistratischen Kollegen⁴⁴).

7. Wiederum eine Modifikation der Solidarität ist endlich die Rangordnung, nach welcher der Gläubiger unter den mehreren solidarisch Obligirten nicht freie Wahl hat, sondern gewisse Gruppen derselben vor anderen ausklagen muß. Eine solche Rangordnung besteht aber nur a. zwischen Mitvormündern und auch zwischen diesen nur insoferne sie sich in *gerentes* und *honorarii*, *gerentes* und *non gerentes* scheiden⁴⁵);

verstehen sein, wiewohl die Glosse zu l. 1 §. 13 unter Verweisung auf l. 30 in f. D. neg. 3, 5 an eine *neg. g. actio*, und auch Windscheid §. 298 Anm. 12 an eine Regreßklage denkt.

36) vgl. Windscheid §. 294 „Auf diese Frage (nach Statthaftigkeit des Regreßes) gibt die Korrealobligation als solche keine Antwort —“; dies gilt aber auch von der bloßen Solidarität, namentlich auch von der aus Untheilbarkeit (s. oben §. 233. I. 1).

37) l. 10 §. 11., §. 13; l. 11; l. 12 pr.; l. 21; l. 26 §. 2 — §. 6; l. 29 pr. — §. 6; l. 37; l. 58 §. 1 D. mand. 17, 1; l. 18 D. fidej. 46, 1.

38) l. 62 D. ad. l. Falc. 35, 2; l. 2 C. duob. r. 8, 40.

39) l. 25 §. 10; l. 44 §. 8 D. fam. herc. 10, 2.

40) l. 19 §. 2 D. comm. div. 10, 3.

41) l. 4 pr. D. fidej. 46, 1; cf. l. 40 D. mand. 17, 1.

42) l. 9 §. 8 D. pec. 15, 1.

43) Gaj. 4, 22; 3, 127.

44) l. 2 §. 8. §. 9 D. adm.-rer. ad civ. pert. 50, 8. Die *neg. gest. actio* in l. 30 in f. D. h. t. 3, 5 ist wohl in der Besonderheit des Falles zu suchen.

45) — *constitutionibus quae jubent ante conveniri eum qui gessit* l. 55 §. 2 D. adm. tut. 26, 7 — nicht „wenn der Andere an dem angerichteten Schaden in erster Linie schuld ist“: Windscheid §. 298 Anm. 9. Z. B. der Tutor in l. 1 §. 13 D. tut. et rat. 27, 3 ist an dem Schaden gar nicht schuld und haftet in erster Linie — weil er gleich demjenigen der an dem angerichteten Schaden schuld ist, tutor *gerens* ist. Die von Windscheid a. a. O. citl. Stellen gehen alle von dem Unterschiede der *tutores gerentes* und *non gerentes* aus; *tutela divisa* macht die Tutoren des einen Complexes zu *non gerentes* des anderen.

b. zwischen magistratischen Collegen, nach ähnlichem Gesichtspunkte wie bei Mitvormündern⁴⁶⁾; c. zwischen dem Hauptschuldner und seinen Bürgen⁴⁷⁾.

§. 237.

d. prinzipale und accessorische Obligationen.

Mit Prinzipalität und Accessorietät will hier¹⁾ besagt werden, daß von mehreren mit einander vereinigten Obligationen eine die bloße accessio der anderen sei²⁾. Gleichwie das selbe Verhältniß im Sachenrechte eine körperliche Verbindung oder Verbundenheit mehrerer Sachen und also Einheit in der Vielheit voraussetzt, so kommt es auch hier nur da zu unserer Unterscheidung, wo der Obligationen mehrere in Eins verbunden sind — um Einer Schuld willen Mehrere haftbar oder forderungsberechtigt sind.

Können also nur solidarische Haftungen oder Forderungen unter einander prinzipal oder accessorisch sein, so stehen anderseits selbst die korrealen Haftungen oder Forderungen nicht alle in diesem Verhältnisse zu einander; vielmehr ist das Verhältniß der duo rei credendi und debendi durch Gleichmächtigkeit³⁾ ausgezeichnet, während bei den stipulirten Bürgschaften die obligatio des reus überwiegt⁴⁾, ein Gleiches von den Haftungen der Sklaven, Kinder, Geschäftsführer im Gegenhalt zu den adjektivischen Haftungen der Gewalthaber und Prinzipale zu sagen ist, und derselbe Unterschied nach klassischem Rechte auch auf der Aktivseite, zwischen stipulator und adstipulator, vorkommt⁵⁾.

Das Accessorische in diesen Haftungen und Gläubigerschaften drückt sich zunächst äußerlich aus: einmal dadurch, daß bei gewillkürter Intervention die Einen als Nebenpromittenten (ad-

46) C. quo quisque ordine conv. 11, 35; l. 11 pr. D. ad munic. 50, 1.

47) Nov. 4 c. 1.

1) im Gegensatz zu der im Sachenrechte (§. 146) und der im Inhalt (§. 244).

2) Gaj. 3, 126 — horum obligatio accessio est principalis obligationis — l. 34 D. fidej. 46, 1 — qui accessionis loco promittunt. —

3) als ejusdem potestatis: l. 13 D. h. t. 45, 2.

4) Gaj. 3, 126.

5) Gaj. l. cit.

promissores⁶⁾), die Andern als Nebenstipulatoren⁷⁾ bezeichnet werden; daß die „adjektivischen“ Klagen diesen Namen zwar erst von den Unfrigen erhalten⁸⁾ haben, ihn aber einfacher und besser als Nebenklagen mit entsprechenden Nebenhaftungen verdienen⁹⁾, denn um des „weiteren Umstandes“ (praepositio, jussus, peculium, in rem versum) willen, „den (in Verbindung mit der obligatio des Kindes u. und dem Gewaltverhältniß) das praetorische Recht mit der Wirkung einer Klage gegen den Gewalthaber bekleidet hat¹⁰⁾; weiterhin dadurch daß die accessorischen Gläubiger und Schuldner sich sämtlich als alieno nomine stipulirend, haftend, darstellen¹¹⁾, ihre Forderungen und Schulden so denn auch eine Obligation zu der sie „hinzukommen“ voraussetzen. Innerlich aber zeigt sich die Accessorietät hier in einer Abhängigkeit nicht nur der Existenz¹²⁾, sondern auch der Existenzweise, indem das Schicksal der accessorischen Obligation wohl leichter, mit nichten aber härter sein darf als das der prinzipalen (s. Bürgschaft).

3. Inhalt.

§. 238.

Dare, facere, praestare oportere.

Setzen wir vom Inhalte der Obligationen sein Allgemeinstes, die Haftung und deren Wesen, als bekannt voraus,

6) Festus s. v. „adpromissor“ und dazu Ribbentrop: *Korrealoo.* S. 107 Anm. 1; cf. Gaj. 3, 115.

7) adstipulator: Gaj. 3, 110—114.

8) einerseits noch nicht im *arbor actionum* und den späteren Klagespiegeln, andererseits wohl in den Dissertationen und Abhandlungen gegen Ende des 17. Jahrh. Lipenius, *biblioth. real. jurid.* I. 26.

9) l. 5 §. 1 D. exerc. 14, 1 — hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur — D. Müller, *Lehrb. d. Instit.* S. 244 Anm. 13.

10) So Buchta, *C. d. J.* III §. 266. c. Marejoll, *Instit.* 10. Aufl. S. 304.

11) Festus, l. cit. — adpromissor, qui quod (quis) suo nomine promittit, idem pro altero promittit — Gaj. 3, 115 Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari — wobei pro eo quoque qui promittit stillschweigend zurückweist auf die adstipulatio wo Jemand für den qui stipulator handelt — ; — Gaj. 4, 69 (actiones) quae eorumdem (filiorumf. servorumve) nomine in parentes dominosve dari solent — und zwar ex contractu sive ex maleficio derselben. — Gaj. 4, 80, 75. l. 1 pr. D. instit. 14. 3; l. 1 §. 8 D. o. e. a. 44, 7 — aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno; qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor (adpromissor) vocatur. —

12) vgl. Bb. 1 S. 554 Anm. 2; l. 129 §. 1 D. r. j. 50, 17. Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent; l. 178 eod.

(§§. 214—217), so kommt nun das Wofür der Haftung, oder die Leistung um derenwillen oder zu der man obligirt ist, und was denn auch den Gegenstand der Verbindlichkeiten und Schulden bildet (§. 832 Abj. 1 und §. 209), des Näheren in Betracht.

Ganz allgemein ein Thun (facere), und zwar ein Thun selbst im Falle da man für ein Nichtthun haftet¹⁾, ist die Leistung da, wo sie eine Vermögens=Entäußerung und Zuwendung enthält, ein dare²⁾. Eigenthums= und zwar Geldverschaffung ist häufig auch das praestare, dann aber meist mit dem Nebengedanken der Ersatzleistung entweder dafür, daß etwas gethan worden was nicht hätte gethan werden sollen³⁾, oder dafür, daß etwas nicht gethan, gegeben worden ist, was hätte gegeben, gethan werden sollen⁴⁾. Nicht minder häufig freilich scheint das Wort gleichbedeutend mit unserer über den Unterschied von dare facere erhabenen Leistung zu sein⁵⁾. Während aber unser „leisten“ auch intransitiv vorkommt⁶⁾, ist das praestare überall eine Leistung an Jemand, nämlich an den Gläubiger⁷⁾, und auch das uns beschäftigende dare facere kann nur als eine Leistung an Jemand zu denken sein.

§. 239.

Aestimabilität.

Seitdem die Satisfaktion für den Fall der Nichtleistung überall in Entgeltung durch Geld ausläuft (§. 210), muß die

1) l. 50 pr. §. 1; l. 49 §. 2; l. 83; l. 38 pr. D. v. o. 45, 1.

2) s. oben §. 217 Anm. 8.

3) so namentlich bei Delikten: z. B. l. 61 pr. — §. 5 D. furt. 47, 2; l. 12 pr.; l. 16 §. 1 D. quod. met. 4, 6 (wo Dirksen (sub. h. v. §. 3) praestabit fälschlich synonym mit restituere annimmt. — Diese Bedeutung richtig bei Hufschke, Zeitschr. f. g. Rv. Bb. 13 S. 251, — dagegen übergangen bei Marezoll, über d. f. praestare, Zeitschr. f. Civilt. und P. Bb. 10 nro. 8 §. 6; Buchta, C. d. J. II. §. 165. Savigny, Eysf. Bb. 5 Beil. XIV. nro. 28.

4) z. B. Gaj. 3, 137, 155 — wo das praestare dann unter den Veränderungen der *DD.* fungirt.

5) z. B. Ulp. II, 9 Gaj.; 2, 202; 3, 145; l. 17 §. 1 D. r. v. 6, 1; l. 5 §. 3 D. commod. 13, 6; l. 25 §. 10 D. fam. herc. 10, 2.

6) z. B. Leistungen in Kunst und Wissenschaft.

7) Was Löwenfeld, zur L. von den entgeltl. und unentg. Rechtsgeschäften, Habilitationschr. München 1877 von den „Leistungen“ behauptet, daß sie nothwendig an Jemand geschehen, gilt vom „praestare“; vgl. die von Löwenfeld S. 19 allegirten Worte Seneca's: (benef. V. 10 — verbum.. praestitisse ad alios spectat. —

Leistung für den Gläubiger überall von pecuniärem Belang, ihr Richterfolg ein zu Geld taxirbares und durch Geld zu befriedigendes Interesse des Gläubigers sein. Dies ist in den Quellen denn auch allgemein¹⁾, und in Einzelanwendungen²⁾ ausgesprochen. Wäre doch sonst die Obligation nichts von Geldwerth, kein Vermögensstück³⁾. Affektionsinteresse ist der Gegensatz von Geldinteresse, oder des zum Dasein einer Obligation erforderlichen, in den Quellen schlechthin mit Interesse bezeichneten Interesses⁴⁾. Bloßes Affektionsinteresse ist also kein Interesse, wie es der Gläubiger an der Leistung haben muß; will er dafür Jemanden haftbar machen, so muß er es durch ein Poenalversprechen vermitteln⁵⁾.

Mit all dem ist nicht gesagt, daß die Verletzung von Affektionsinteressen ein rechtlich gleichgiltiges Ding sei, und insonderheit zu den Obligationen in gar keiner Beziehung stehe. Vielmehr treffen wir dieselbe zuvörderst offensichtlich als *causa obligationis* und zwar einmal als *causa* von Strafobligationen, indem manche Delikte nichts anderes sind als die Verletzung von Affektionsinteressen⁶⁾; unverkennbar aber auch als Grund

1) l. 9 §. 2 D. statul. 40, 7 — *ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt . . libertas autem pecunia lui non potest.*

2) l. 7 D. praescr. v. 19, 5 *Si tibi X dedero, ut Stichum manumittas et cessaveris non agam . . si nihil interest, sed condicam tibi ut X reddas.*; l. 38 §. 17 D. v. o. 45 — *Alteri stipulari nemo potest praeterquam si servus etc. ut alii detur nihil interest mea.*; cf § 20 eod. *Si stipuler alii cum mea interesset . . valere . . §. 4, §. 20 J. inut. stip. 3, 19 arg. l. 38 §. 17 cit.* — *Plane si velim hoc facere, poenam stipulari convenit* —; — l. 95 D. v. o. 45, 1 *Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si . . et ibi insulam fieri interest ejus.*; — arg.: *condemnatio pecuniaria: Gaj. 4, 48.*

3) im Gegensatze zu l. 49 D. v. s. 50, 16 — *Aequae bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.* Bgl. oben §. 209 Ann. 4; ferner l. 38 §. 17 D. v. o. 45, 1 — *inventae enim sunt obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat.*

4) F. Mommsen, *3. L. v. d. Interesse* (Beitr. zum Obligr. 2. Abth.) §. 5.

5) vgl. §. 19 J. cit. — *si quis velit hoc facere, poenam stipulari convenit, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei cujus nihil interest* — cf. l. 38 §. 17 cit. arg. l. 7 D. serv. exp. 18, 7 *si . . convenit citra stipulationem ut poenam praestaret emptor, vix est ut . . venditor agere possit.* —

6) Injurie — Corruption von Söhnen und Töchtern (l. 14 § 1 D. serv. corr. 11, 3 — *quia interest nostra, animum liberorum nostrorum*

von reipersekutorischen Aktionen⁷⁾, wie in der Begründung von i. i. restitutiones⁸⁾ und bonorum possessiones⁹⁾. Allein so bedeutsam überallhier das Affektionsinteresse in das Recht, und insonderheit in das der Obligationen eingreift: mit unserem Satze, daß die Leistung wofür man haftet, Geldwerth haben müsse, tritt es in keinen Konflikt¹⁰⁾, weil es nirgends in dem Wofür der Haftung oder der Leistung, sondern allenthalben nur in dem Grunde¹¹⁾ der Haftung vorkommt, und die gedachten poenalen und reipersekutorischen Obligationen, Aktionen auf nichts als Geld und Geldwerth gehen, wengleich sie bloß moralische Affektionen zum Grunde haben. — Füglich will nun aber auch die Beliebung der Juristen, daß in b. f. iudiciis auf das Affektionsinteresse Bedacht zu nehmen sei, nur ausgesprochen haben, daß bei der Frage ob Gegner schuldig sei, auch bloßes Affektionsinteresse in die Waagschale falle¹²⁾, — nicht daß irgendwo das was schuldig ist, Affektionsinteresse sein könne¹³⁾.

non corrumpi) — bloße Retention freier Menschen l. 1 pr.; l. 3 pr. §. 13; l. 4 §. 2 (poena praestanda) D. lib. hom. exhib. 43, 29) — Umstürzung von Ehrensäulen, von Ruheplätzen x. l. 11 §. 1; l. 16 §. 1 D. quod vi aut c. 43, 24.

7) z. B. der actio ob evictionem in dem Falle der l. 71 D. evict. 21, 2 — interest enim patris filiam dotatam habere (wobei freilich Vermögensinteresse — spes quandoque recipiendae dotis) konkurriren kann.

8) l. 35 D. min. 4, 4 — quod majorum ejus fuisse —

9) l. 36 D. bon. libert. 38, 2 — quamvis aeris magnitudo facultates patrimonii ejus (liberti) excedat . . . si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum patroni sepulchra sint . . . vel aliquid mancipium, quod non pretio sed affectu sit aestimandum —

10) vgl. F. Mommsen S. 121, vorletzten Absatz.

11) F. Mommsen, welcher m. W. zuerst auf diese Seite der Sache aufmerksam gemacht hat, unterscheidet zweierlei Funktionen des Affektionsinteresses: „Strafe“ und „Grund“ (a. a. O. S. 125 Z. 7; S. 126 Z. 4), während die Strafe nur eine Folge des Grundes ist und bisshier alle Bedeutung des Affektionsinteresses darauf zurückgeht, daß seine Verletzung Grund von Aktionen (Obligationen) und Persekutionen ist.

12) l. 54 D. mand. 17, 1 — affectus rationem in b. f. jj. habendam — cf. l. unica C. si servus extero se emi mandaverit 4, 36. So alternativ auch F. Mommsen S. 130 unten fgg. und schon früher treffend Seuffert, P. §. 67 Anm. 5 „das affectus r. h.“ bezieht sich nicht auf die Größe der Forderung, sondern auf den Grund des Anspruches; unbestimmter Seuff. jun. ebenda §. 278 Anm. 2.

13) Auf letzteres steuert die von Windscheid §. 251 Anm. 3 vertretene Neuerung (daß die schuldige Leistung regelmäßig aber nicht notwendig einen Geldwerth für den Berechtigten habe) hinaus. Dabei wird aber die bloß kausale Funktion des Affektionsinteresses in l. 11 §. 1 D. quod vi etc. verkannt, und auf den von SiebARTH, Realex. S. 29 so

Das b. f. *judicium* ist dazu geschaffen, Dinge welche nicht ausdrücklich versprochen sind, als stillschweigend versprochen zu erachten, und unbestimmte Beträge nach billigem Ermessen festzustellen (§. 225). Aus diesen beiden Eigenschaften des b. f. *judicium* ergibt sich für den Richter die Möglichkeit, aus Nebengedingen zu kondemniren, trotzdem die in diesen bedungene Leistung bloßen Affektionswerth für den Verkäufer u. hat, und „*pecunia*“ oder „*poena*“ für den Fall der Nichtleistung nicht ausdrücklich versprochen ist; das Geld, in welches er kondemnirt, ist dann nicht der Betrag des Affektionsinteresses, sondern die stillschweigend mitbedungene Strafe wegen Verletzung des Affektionsinteresses. — Alle Berücksichtigung des Affektionsinteresses geht von der Verletzung des Affektionsinteresses, und von der Voraussetzung aus, daß in derselben etwas schuldhaftes, racheforderndes oder straffälliges enthalten sei¹⁴⁾; überall ist *pecunia*, *poena in obligatione*, überall das Affektionsinte-

eindringlich urgirten Umstand verwiesen, daß nach heutigem Prozesse das Affektionsinteresse gar nicht geschätzt (d. i. in *pecuniariam condemnationem* verwandelt) zu werden brauche, daß die Leistung vielmehr durch Geldstrafen erzwungen werden könne — was indessen in den vielen Fällen nichts hilft, wo die Leistung gar nicht mehr möglich ist (vgl. oben § 116 nro. 2 insb. Anm. 13—15). Daß ferner in jener Juristenbeliebung (Anm. 12) der Affekt den Grund, nicht den Gegenstand des *Judiciums* und der Verurtheilung bilde, zeigt das vorhergehende *affectus ratione mandati agetur*, womit nur die Begründung der Klage gemeint sein kann. Gegenstand der *mandati actio* ist hier wie sonst *pecunia*, hier ein Strafgeld (*poena*), welches für den Fall der Verletzung von Affektionsinteressen ausdrücklich stipulirt oder bedungen zu werden pflegt (Anm. 2. l. 7 D. serv. export. 18, 7), aber gerade in b. f. *judiciis* auch als stillschweigend bedungen angenommen werden konnte. Läßt doch l. *unica C. cit.* das Mandat der l. 54 als ein bloßes Nebengeding zum Verkaufe erscheinen, und wird in l. 7 D. serv. export. 18, 4 ein solches Nebengeding mit einem ausdrücklichen *Poenalversprechen* ausgestattet. — Nicht schon mit *Windscheid* „übereinstimmend“ ist wer wie *Bruno* (Encycl. §. 48, 3) bemerkt, daß „bloße Affektionen jedenfalls Recht und Klage begründen können“, während „eine andere Frage die sei, ob sie auch in Geld abgeschätzt werden können“, — wohl dagegen, wer wie *Erner* (*Pfandbegriff* S. 52 Anm. 112) das *ea in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt* — für „veraltet“ hält, — oder wer wie *Rudorff* (zu *Puchta* P. §. 220. not. 1.) Affektionsinteressen nicht bloß in *conditione*, sondern auch in *obligatione* sein läßt. — Gar nicht hieher gehören Erkenntnisse, denen als Gegenstand der D. etwa „Bewahrung des Handlungsgeheimnisses“ also kein bloßes Affektionsinteresse vorlag, wie *Seuff. Arch.* II. 272.

14) vgl. die *vindictae ratio* u. *indignatio* in l. 7 D. serv. exp. 18, 7, die *affectionis et verecundiae laesio* in l. 6 pr. eod. Die *poena praestanda* in l. 4 §. 2 D. lib. h. 43, 29.

resse und seine Verletzung nur in *conditione*¹⁵⁾; nur kontraktionsweise — indem z. B. von „Schätzung der Injurie“ geredet wird¹⁶⁾, wo von Zumeßung der durch die Injurie verschuldeten Geldstrafe die Rede sein sollte — kann von „Schätzung des Affektes“ gesprochen werden. Seine Berücksichtigung in *b. f. iudicii* setzt überdies voraus, daß es in einem Nebenge- ding zu Tage getreten sei; ein Geschäft das in der Hauptsache nichts als die Kontrahirung einer Affektsache wäre, gibt es als *b. f. negotium* nicht. Gleichwie aber endlich das *b. f. iudicium* die Möglichkeit in sich trägt, dem Affektionsinteresse über das Maß der ausdrücklichen Verabredung hinaus Rechnung zu tragen, so gibt es dem Richter auch die Macht, der Befriedigung des Affektes selbst innerhalb der Grenze der Verabredung entgegenzutreten. Auf eine Strafe wegen Verletzung von Affektionsinteressen, welche in Härtherzigkeit beruhen, soll selbst dann nicht erkannt werden, wenn die Strafe ausdrücklich stipulirt und bestimmt ist¹⁷⁾; auf eine Strafe wegen Verletzung von Affekten des Wohlwollens soll erkannt werden, auch wenn dieselbe nicht ausdrücklich mitbedungen wurde¹⁸⁾. Finden wir Klagen auch in Fällen, wo an sich „harte“ Auflagen gemacht wurden, so liegt dem anstatt des scheinbaren Affektionsinteresses ein Geldinteresse zu Grund¹⁹⁾, und kann folgerecht auch nicht

15) wie da, wo ausdrücklich bedungen wird: . . . *si aliter factum esset . . . poenam praestaret* — l. 7 cit. — *si quid emtor contra quam lege venditionis cautum est, fecisset etc.* l. 6 §. 1 eod.

16) Gaj. 4, 223.

17) l. 7 cit. in f. — *enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet*; — l. 6 § 1 cit. — *viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non esset.* —

18) l. 7 cit. — *Quod si ne poenae causa exportaretur convenit* (nicht bloß ohne poenae stipulatio sondern allenfalls auch ohne poenae conventio überhaupt), *etiam affectus ratione agetur* — *cum beneficio hominem adfici intersit hominis* — l. 54 D. mand. 17, 1 wo das Ge- bing „*ut servus manumitteretur*“ gleichfalls ohne Strafverabredung er- folgt und *actio* gleichwol stattfindet — cf. l. unic. C. si serv. extero (Ann. 12) — ganz besonders l. 6 pr. in f. D. serv. exp. 18, 7 — *alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem* — woselbst auch ein Fall wohlwollender Absicht (*ne prostituatur*).

19) l.) l. 7 cit. — *acturus utiliter, si (actor ipse) non servata lege in poenam quam alii promiserit, inciderit* — l. 6 §. 1 cit. eod. — *non alias . . . propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecu- niae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promisisset* —;

über den Belang des letzteren (also nur reipersekutorisch, nicht poenal) geklagt werden²⁰).

§. 240.

Certum, incertum.

Die Leistung, zu welcher man obligirt wird, kann etwas Bestimmtes (certum) und etwas Unbestimmtes (incertum) sein¹), freilich nur etwas nicht vollkommen bestimmtes, nicht etwas schlechthin Unbestimmtes oder gar nicht Bestimmtes; bei schlechthin unbestimmter Leistung würde man nicht obligirt wäre das Geschäft „imperfekt“²), der Kontrakt oder das Vermächtniß nichtig³). Im incertum haben wir also die noch rechtlich zulässige Unbestimmtheit der Obligationen zu denken, in ihm die Grenze zu suchen, bis zu welcher Kontrahenten und Disponenten den Gegenstand des Geschäftes noch offen lassen können. Ist das incertum schon darum von nicht minder praktischem Interesse als sonst ein Gegenstand unserer Doktrin⁴), so erhöht sich dieses dadurch, daß das unvollkommen Bestimmte in vollkommene Bestimmtheit übergehen muß, wenn die Obligation zur Erfüllung oder Kondemnation gelangen soll, wüth in die Frage, bei wem diese letzte Bestimmung sei (§. 241), in sich trägt. Möglicherweise geht das incertum noch vor der Erfüllung, es sei nun durch Wahl oder ein sonstiges Ereigniß in ein certum über (§. 243); da ist dann dieses dem Zufall ausgesetzt, und schwebt alle Gefahr über ihm. Endlich fragt sich, was denn bei der incerta obligatio in obligationem deduzirt

2) — *utiliter agi ideo . . quoniam hoc minoris homo venisse videatur* — l. cit.

20) l. 7 cit. — *ut hactenus agere possit, quatenus alii praestari cogitur; quidquid enim excedit, poena non rei persecutio est.* —

1) l. 74 l. 75 pr. §. 1 D. v. o. 45, 1 — *incertum deducit in obligationem (stipulatione incerta) — l. 68 eod. — venit in stipulationem — wornach das in obligationem deduzirte incertum auch in obligatione ist (§. 241) und die obligatio dann selbst incerta heißt.*

2) l. 115 D. v. o. 45, 1; l. 35 §. 1. D. c. e. 18, 1.

3) l. 69 §. 4 D. j. d. 23, 3; l. 94 D. v. o. 45, 1.

4) was Savigny, *Oblig. Bd. 1 S. 388* Anm. c. nur in Ansehung des Unterschiedes der certa und incerta stipulatio, welcher nach seiner Ansicht mit dem unferes certum und incertum nicht zusammenfällt, bezweifelt.

und darnach in obligatione sei; denn darnach kann es kommen, daß dies und das, trotzdem es in die Gattung der incerte demonstrirten Gegenstände fällt, nicht in solutione, d. h. zur Zahlung oder Erfüllung nicht verwendbar ist, deswegen weil es in diese Obligation nicht kommen, oder in ihr nicht verbleiben konnte (§. 242, 2. a. c.); auch Zufall und Gefahr sind an Dingen, die außer der Obligation sind, in Ansehung dieser Obligation undenkbar (§. 242, 2. b.).

Aber auch nach der Seite des certum hin war der Unterschied von praktischer Folge, insolange der der actio oder intentio certa und incerta von solcher begleitet war (§. 83); denn so gewiß es auch ist, daß mit der Bestimmtheit des Gegenstandes (z. B. der emptio venditio) die der actio, intentio noch nicht gegeben war, so gewiß war ohne Bestimmtheit des Gegenstandes die der actio, intentio nicht möglich. Hiemit stehen die Regeln und Entscheidungen darüber, ob in einem gegebenen Falle der Gegenstand bestimmt sei, in Zusammenhang⁵⁾. Erst für uns also hätte die weitere Verfolgung was certum sei, ein „mehr theoretisches als praktisches Interesse“. —

Der Unterschied von certum und incertum entspringt aus keinem Unterschiede der Sachen, sondern aus dem der Demonstration (in Geschäften, allenfalls auch Aktionen, Edikten u. s. f.)⁶⁾, macht aber die Obligation selbst zur certa oder incerta, indem ein incertum nicht minder als ein certum in obligationem deduzirt und in obligatione sein kann (Anm. 1)⁷⁾.

§. 241.

Was insonderheit das incertum, und zwar

1. die Grenze betrifft, bis zu welcher Kontrahenten und

5) Hieher u. G. l. 74 D. v. o. 45, 1 Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit — l. 75 pr. §. 1–10; l. 68 eod. — wogegen Savigny a. a. D.

6) vgl. Thering, in dessen Jahrb. Bd. 4 zur l. von der Gefahr im Kaufkontrakte S. 401 „Verschiedenheit in der subjektiven Bestimmungs- oder Bezeichnungsweise“

7) Ob, wenn das Geschäft ein dingliches ist, insolge des incertum der Demonstration nicht selbst dominium incertum entspringen könnte, scheint uns im Gedanken an das Bindikationslegat doch fraglicher, als es Thering a. a. D. zuläßt: „Man kann nicht Eigenthum haben an einer Sache, sondern an der Sache.“

Disponenten den Gegenstand ihrer Verfügungen unbestimmt lassen können, so mögen sie

a. Sachen von individueller Bedeutung (*species*) nur ihrer Gattung nach (in *genere*) bestimmen¹⁾; es fehlt gleichwol nicht an dem zur Bindung natürlicherweise nothwendigen Anhalt, indem die Gattung oder Art die Grenze bildet, unter welche der Obligirte mit seiner Leistung nicht herab-, und über die der Gläubiger mit seiner Forderung nicht hinaufgehen kann. Nur wo die Individualität eines Dinges ebensosehr in einer gewissen Quantität als in einer gewissen Beschaffenheit beruht, wie dies beim „fundus“ der Fall ist, wäre das Geschäft bei bloß genereller Bestimmung imperfekt²⁾. Bei der „domus“ ist dies nicht der Fall³⁾. Auch bloß alternative⁴⁾ Bestimmung des Gegenstandes ist zulässig⁵⁾; wird die Willkür hier doch auf einen engeren Raum eingeschränkt, als dies bei der schlecht- hin generellen Bestimmung der Fall ist. Denn als schlecht- hin generelle Bestimmung denken wir nur diejenige, welche durch bloße Demonstration der Gattung (Pferd), allenfalls noch der Art (brauchbares Pferd) und der Unterarten (Reitpferd— Reitpferd vor der Fronte) der Unbestimmtheit Schranken setzt; kommt Demonstration einer gewissen Zahl von Exemplaren

1) -- veluti cum stipulatus sum hominem incertum — l. 85 §. 4 D. v. o. 45. 1; l. 54 eod. — quotiens genera stipulamur . . . duos homines nicht Stichum et P.) stipulati — res generaliter relicta §. 22 J. leg. 2, 20; — legatum generaliter relictum: l. 37 pr. D. leg. I. verschieden von dem legatum generali sermone relictum (Kollektivvermächtniß); — ob auch verschieden von dem nicht mehr auf bloßer Demonstration von Gattung und Art bewendenden Geschäfte, darüber s. den Text zu Anm. 11 u. 12.

2) l. 69 §. 4 D. j. d. 23, 3 — fundo non demonstrato . . . nullum esse legatum vel stipulationem constat.

3) darum das Vermächtniß in l. 71 pr. D. leg. I. nicht allgemein nichtig, und wenn es nichtig ist, nicht um seiner Unbestimmtheit willen, sondern darum nichtig, weil etwas als Nachlasssache (per vindicationem) hinterlassen ist, was sich nicht im Nachlasse befindet. Anders Savigny S. 387 a. in f. Windscheid §. 254 Anm. 3; nicht widersprochen von Arndts §. 574 Anm.

4) Vgl. über dieses Wort Savigny, Oblig. Bd. 1 S. 390, aber auch schon Budaeus, annot. in Pand. ex l. prima de just. de jure: Antiqui et qui latine locuti sunt condiciones quasdam . . in potestate nostra vel in nobis sitas dixerunt. nos potestativas dicimus — quemadmodum et stipulationes alternativas dicimus pro disjunctivis —

5) 3. B. l. 2 §. 1 in f.; l. 75 §. 8; l. 76; l. 112 pr. D. v. o. 45, 1; l. 9 pr. D. opt. vel. elect. leg. 33, 5; l. 4 in fin. C. v. s. 6, 38.

(homo ex his quos Sempronius reliquit) oder eines konkreten Quantum (pars vini ex illo doleario), oder sonst eines außer dem Begriffe der Gattung und ihrer Arten und Unterarten gelegenen Umstandes hinzu, dann kann man in Wahrheit nicht mehr schlechthin von genereller Bestimmung reden⁶⁾. Zwar stipulirt, kauft, vermacht man auch hier nur eine, nicht die Sache⁷⁾; allein in seiner Allgemeinheit bedeutet der unbestimmte Artikel nur Unbestimmtheit; soll er überdies generell und bloß generell sein, dann darf der Unbestimmtheit die er ausdrückt nur durch die Bestimmung der Gattung oder Art eine Schranke gesetzt sein. Wo „eine Sache“ aus einem exoterisch begrenzten Sachgebiete stipulirt zc. wird, reden wenigstens die Quellen von keiner Stipulation zc. „in genere“ oder „des Genus“⁸⁾; vielmehr setzen sie diese Unbestimmtheit als eine beschränkte der generellen als einer unbeschränkten („puren“) entgegen⁹⁾. Daß

6) Savigny a. a. O. S. 400 Abs. 1 u. §. 38 q. t. erachtet eine derart unbestimmte Bestimmung geradezu als alternative; — Papinian in l. 66 §. 3 D. leg. II. bringt nicht nur diese beschränkt generelle, sondern die generelle Bestimmung überhaupt der alternativen näher, indem er in derselben nicht bloß das Genus, sondern die einzelnen Exemplare demonstriert sieht; — F. Mommsen (Beitr. z. D. R. I. Abth. S. 341 Num. 23 a. G.) gesteht der Savigny'schen Auffassung innere Berechtigung zu, nimmt aber gleich Thering, Beitr. z. L. v. d. Gefahr beim Kaufcontract (in dessen Jahrb. Bd. 4 S. 405), Regelsberger, Tragung der Gefahr beim Genuskauf Bd. 41 S. 185; Windscheid, P. §. 255 Num. 1, aus äußeren Gründen (besonders l. 72 §. 4; cf. l. 67 eod.) die beschränkt generelle ohne weiteres als generelle hin. Davon, daß zwischen „Art“ und anderen Merkmalen, wie z. B. Lagerungsort, Hereditarietät, ein begrifflicher Unterschied sei, scheint auch Hofmann (Periculum beim Kaufe 1870 S. 118) nichts wissen zu wollen, während Keller, Pand. §. 329. Abs. 13, Fick, Archiv f. Wechsler. VIII. S. 21—111, S. 129—171, IX. S. 371—410), Goldschmidt (Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 303 Abs. 2) und Bekker, zur L. vom Genuskauf (in seinem Jahrb. Bd. 5 S. 357 unten) „reine“ und „gemischte“ Gattungsoobligationen auseinanderhalten, und letzteren eine Stellung zwischen den Alternativ- und Gattungsoobligationen anweisen (Goldschmidt, Handb. d. Handelsr.'s Bd. 1 S. 537). Der Sache noch näher dürfte Goldschmidt gewesen sein, da er die „reinen“ als die „wirklich generellen“ bezeichnete (Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 1 S. 109). Prinzipieller als sonst wer identifiziert Thering a. a. O. (bes. S. 405, 2) die schlechthin- und die beschränkt-generellen D.

7) Thering a. a. O. S. 401.

8) Vgl. die oben Anm. 1 cit. II. und dazu l. 30 §. 5, D. ad l. Falc. 35, 2 „si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti argentum quod elegerit. —

9) l. 30 §. 5 cit. Incertae . . . res (d. i. eine Sache im Gegensatze zu der Sache) relictæ distinctionem recipiunt. Nam si ex suis rebus incertam rem . . . sin vero argenti pondus pure relictum esset. —

„der Begriff des genus ein ganz elastischer Begriff“ und „dies Stückfaß Rüdeshheimer“ jemals Gattung sei¹⁰⁾, kann (mit einziger Ausnahme des Falles da es sonst keinen Rüdeshheimer mehr gibt) nicht eingeräumt werden. Was einmal „certum corpus“ und darum auch „certa species“ ist, wie jenes Stückfaß¹¹⁾, kann insolange es noch andere derartige Sachen gibt, niemals genus sein oder werden; was aus ihm ausgeschieden wird, ist ein Theil aus diesem Ganzen¹²⁾, nicht eine Spezies aus diesem Genus. Desgleichen sind die Sklaven aus dem Nachlasse des Titius weder an sich (die wesentlich alle Sklaven umfassende) Gattung, noch werden sie es dadurch, daß aus ihnen „einer“ oder „einige“ vermacht zc. werden; sie sind eine bloße Mehrzahl von Exemplaren oder Spezies, und was immer aus ihnen gewählt wird, ist ein Stück aus mehreren Stücken, keine Spezies aus einem Genus. — Insoweit steht die s. g. gemischt generelle D. viel mehr auf Seite der alternativen, als auf Seite, oder gar unter der generellen Obligation; anstatt durch die bloße Gattung ist das incertum allhier durch Spezifizierung (der Stücke oder des Stückes woraus zu wählen oder zu leisten ist) bestimmt. Allein verschieden von dem Begriffe ist die Behandlung der Sachen. Den Fall da aus einer gewissen Zahl speziell bestimmter Stücke eines stipulirt zc. ist, finden wir an maßgebender Stelle¹³⁾ nach Art einer generellen Obligation behandelt¹⁴⁾. Dies läßt sich vielleicht aus einer mehr formellen, ja formularen Auffassung begreifen, wenn man z. B. bei der stipulatio „hominem ex his quos Sempronius reliquit, dare spondes?“ in dem hominem dare spondes gewissermaßen die

10) Thering a. a. D. S. 405 S. 394, 1 „so bildet es für diesen Kaufkontrakt das genus aus dem die species auszuscheiden ist“ —

11) l. 30 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2 Certis corporibus. relictis: „Pecuniam quam in illa arca, vinum quod in illis doliis, pondus argenti quod in illis horreis habeo. cf. l. 34 §. 4 eod. „certa species“ arg. l. 34 §. 5 eod.

12) l. 35 §. 7 D. c. e 18, 1 — si ex doleario pars vini venierit — Bekker a. a. D. S. 353 B. b. „— bestimmt nach seinem Verhältniß zur ganzen species, als Theil derselben.“

13) l. 67. l. 72 §. 4 D. solut. 46, 3. Vgl. unten §. 242 Anm. 10.

14) während Papinian nicht nur diesen Fall, sondern die generelle D. selbst wie eine alternative behandelt — s. oben Anm. 6; unten §. 242 Anm. 9.

Intention, und in dem *ex his quos S. r.* nur deren Einschränkung erblickt¹⁵⁾. Nur in diesem Sinne — insoferne eine zunächst generelle Demonstration durch gewisse Zusätze eingeschränkt oder spezifizirt werden kann, nicht als ob die Gattung selbst eingeschränkt werden könnte, halten wir den Ausdruck „gemischt-generelle“ oder lieber „beschränkt-generelle“ Obligationen im Hinblick auf „einen Sklaven (aber einen) aus denen des Nachlasses“, oder 100 Liter Wein (aber solche) aus diesem Fasse für zulässig. — Was

b. die Quantitäten (*res quae pondere, numero, mensura constant*) noch insbesondere anlangt, so brauchen diese weiter als der Quantität nach nicht bestimmt zu werden¹⁶⁾, sind andererseits auch nicht mit jeder Qualität schon vollends bestimmt¹⁷⁾, und können hinwiderum selbst ohne Demonstration des Maßes *rc.* vollends bestimmt sein¹⁸⁾. — Der Verbindung genereller mit alternativer Bestimmung (*Stichum aut domum aut X*) steht natürlich nichts im Wege.

Daß etwas außer in Kontrakten und letztwilligen Verfügungen bloß generell bestimmt werde, läßt sich nicht wohl denken; alternative Bestimmungen dagegen kommen allerdings auch „durch eine allgemeine Rechtsregel“¹⁹⁾ vor, dergestalt nämlich, daß bei der ediktalen oder konstitutiven Aufstellung einer *actio* zwischen mehrerlei Praestationen die Wahl gelassen wird²⁰⁾.

15) wornach dann nicht die *hi quos Sempronius reliquit* das Genus wären, aus denen eine Spezies erst auszusondern ist (*Thering*, S. 405, 2), — sondern *hominem dare* die generelle Demonstration oder Intention, welche durch die speziellen *hi quos S. r.* eingeschränkt oder von denen alle außer den nachgelassenen *excipit* würden.

16) l. 52 D. mand. 17, 1; l. 75 § 1; cf. l. 99 D. v. o. 45, 1.

17) l. 75 §. 2 eod.

18) l. 75 §. 5 D. v. o. 45, 1 — *qui vinum . . . quod in horreo est, stipulatur, certum stipulari intelligitur*; — l. 35 §. 5 D. c. e. 18, 1 — *si omne vinum . . . quantumcunque esset, uno pretio venierit* (Versionalkauf — anders als wenn *ex doleario pars vini venierit* §. 7 eod.; cf. l. 39 §. 1 eod.); — l. 47 §. 1 D. leg. I. — *si certum corpus legatum est, veluti frumentum ex illo horreo etc.* Vgl. *Regelsberger a. a. D.* S. 183–185.

19) *Savigny a. a. D.* S. 395 C.

20) so bei der *actio in factum de mortuo in alienum locum illato*: — *aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem* — l. 7 D. relig. 11, 7; — bei der sog. *laesio enormis*: *vel pretium restituere, vel quod deest justo pretio recipere* — l. 2; cf. l. 8 C. resc. vend. 4, 44. Doch gilt dies nur von der Intention oder

Mit dieser gesetzlichen Alternativität im Inhalt der Einen Obligation darf aber die Elektiv-Konkurrenz von mehrererlei Akti-
onen oder Obligationen nicht verwechselt werden²¹⁾).

§. 242.

2. Die Frage betreffend, was bei der *incerta obligatio* überall in obligatione sei, erscheinen

a. in der alternativen Obligation die alternativ gesetzten Dinge sämtlich in obligatione¹⁾. Sie sind es aber in verschiedener Weise: bald nämlich als die Dinge, von denen der Haftende eines so gut wie das andere leisten darf, und von denen was immer für eines leistend er sich befreien kann²⁾, — bald als die Dinge, von denen er eines, aber ungewiß was für eines, leisten muß. Ersteres ist überall da der Fall, wo dem Haftenden die Wahl gelassen ist (§. 244. 3. a.). Hier gibt es in Ansehung des Was der Leistung kein Müssen³⁾; zwar ist bestimmt, daß er leisten muß, aber ebenso bestimmt ist, daß was er leistet, er nicht leisten muß⁴⁾, daß er vielmehr leisten darf, was er will, und daß er seinen Willen bis zur Leistung selbst ändern kann (s. g. *jus variandi*)⁵⁾. So sehr

von der *liberatio*, nicht von der *condemnatio*: l. 6 §. 1 D. re jud. 42, 1.

21) wie dieß u. G. bei Savigny a. a. O. nro. 1 (l. 17 §. 5 D. commod. 13, 6; l. 2, D. cond. s. c. 12, 7) geschehen ist

1) nur eines in *solutione*: arg. l. 128 D. v. o. 45, 1 — *utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem*. vgl. l. 112 pr. D. v. o. 45 1 — *et is erit solus in solutione*.

2) Hieher vor allem mag man die s. g. *facultas alternativa* beziehen; — vgl. übrigens das *dando promissor liberatur* 3. B. l. 74 §. 4 l. 67 D. solut. 46, 3; l. 52 D. mand. 17, 1 und das *recte solvitur* 3. B. l. 128 D. v. o. 45, 1.

3) Denselben Gedanken spricht Thering S. 384 unten, in Ansehung der generellen D. dahin aus, daß bei derselben „nie eine species geschuldet werde.“ —

4) Der Satz: „unbestimmt ist nicht, ob, sondern was er leisten muß“ (Windscheid §. 255, 1) trifft hier in seiner zweiten Hälfte nicht zu, ist also für die Alternativobligation zu enge.

5) l. 138 §. 1 D. v. o. — *licebit tibi quotiens voles, mutare voluntatem* — l. 106 eod. — *tamdiu . . voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur*. vgl. l. 112 pr. eod. — „*mutandi potestas*.“ Gegen Thering, der „In unserer Aufgabe“ (in dessen Jahrb. Bd. 1 S. 32) dieses *jus variandi* dem „civilistischen Mumienkultus“ (S. 31) zuzählt, und dem insoweit auch Demelius, Zeitschr. f. Civilr. u. P. R. F. Bd. 17, Nro. 2 u. Regelsberger,

gehört hier und bei jedem incertum, wo dem Schuldner die Wahl gelassen ist, nur das Daß dem Müßen, das Was aber der Freiheit an, daß jener auch noch nach dem Untergange von diesem oder jenem, prinzipiell selbst nach dem verschuldeten Untergange, noch dieses wie jenes leisten, beziehungsweise praestiren⁶⁾, und daß es überhaupt nur mit seinem eigenen Willen dazu kommen kann, daß er ein bestimmtes leisten muß⁷⁾. — Letzteres (daß unbestimmt was geleistet werden muß) trifft da zu, wo die Wahl, dem Einen oder Anderen, gegeben und der Wählende an seine einmalige Erklärung gebunden ist (§. 243. 1).

Daraus, daß die alternativ gesetzten Dinge, trotzdem nur eines in solutionem kommt, gleichwol alle in obligatione sind, ergibt sich, daß nur solche Dinge alternativ gesetzt werden können, welche in diese obligatio kommen können, und daß sie nur insolange in der Alternative bleiben können, als sie in obligatione zu verbleiben vermögen. Nicht in obligatione sein oder bleiben kann aber nicht nur das wozu Niemand, sondern auch das wozu man nur diesem Promissar oder Honorirten nicht obligirt werden oder bleiben kann (etwa weil es sein ist oder wird). Was aber vornherein nicht in obligationem deduzirt werden konnte, bleibt auch nach dem Wegfall des anfänglichen Hindernisses außer derselben⁸⁾.

b. Bei der schlechthin generellen Obligation sind nicht alle einzelnen, das genannte Genus ausmachenden Spezies oder Massen⁹⁾, sondern je nur eine oder einige von

Arch. f. civ. P. Bd. 49 S. 208 fg. folgen, s. Windscheid a. a. O. Anm. 9; und unten Anm. 21. §. 243 Anm. 5 und S. 110 oben.

6) l. 47 §. 3 D. legat. I.; Zimmern, über das Erlöschen alt. Forderungrechte; Arch. f. civ. P. Bd. 1. S. 316. II.; Vangerow §. 569 Anm. 2. I. 1; Windscheid, §. 255, 5. Gegen das Bedenken Bekkers, z. L. vom Genuskauf, Jahrbuch. Bd. 5, S. 374 oben s. l. 95 §. 1 D. solut. 46, 3. Näheres unten §. 243, 3.

7) durch Konstituierung des Einen: l. 25 pr. D. pec. const. 13, 5; — durch ein hierauf besonders intendirendes pactum de non petendo: l. 27 §. 6 cf. §. 7 D. pact. d. n. pet. 2, 14.

8) etiam si desierit ejus esse — l. 128 D. v. o. 45, 14; l. 72 §. 4 D. solut. 46, 3

9) trotz Papinian, der l. 66 §. 3 D. leg. II. im „hominis“ legatum orationis compendio singulos homines begriffen sein läßt, indessen leicht ein Bindifikationslegat, darum einen homo ex his quos T. reliquit (vgl. l. 72 §. 4 D. solut. 46, 3), mithin eine beschränkt

diesen, und zwar ungewiß was für eine in obligatione¹⁰⁾. Hier kommt in der Intention — ganz anders als bei der alternativen oder bei der beschränkt generellen D. — eine Spezies gar nicht mehr zur Erscheinung; hier haben wir das „pure“ Incertum¹¹⁾ vor uns. Wird hier also keine bestimmte Spezies und keine konkrete Quantität in obligationem deduzirt, so ist denn namentlich auch diejenige, welche geleistet wird, niemals in obligatione gewesen. Folgerichtig kann hier auch mit solchen Exemplaren oder Quantitäten gezahlt werden, welche zur Zeit des Kontraktes im Eigenthum des Stipulators waren oder nachher in dieses gelangten; genug, daß sie nur zur Zeit der Leistung selbst nicht mehr in demselben waren¹²⁾. Im Uebrigen sind die „unbestimmt was für eine oder einige Spezies oder Quantitäten“ auch hier bald derart in obligatione, daß der Obligirte beliebig was immer für welche leisten darf¹³⁾, oder so, daß er etwelche leisten muß, das eine und das andere unter denselben Voraussetzungen wie bei der alternativen Obligation. Ersterenfalls steht es ihm namentlich auch frei, innerhalb der bestimmten Gattung und Art das Geringste zu leisten¹⁴⁾, und bis zur endlichen Leistung seinen Willen beliebig zu ändern¹⁵⁾, so daß bis dahin keine bestimmte Spezies oder konkrete Quantität in obligatione, und ein Kasus, von dem vor der Leistung die Rede sein könnte, unmöglich ist¹⁶⁾. Dies gilt insonderheit auch für den §. g. Genuskauf, insofern schlechtthin generell ge-

generelle Disposition vor Augen hatte, bei der seine Auffassung eher Grund hätte (s. unten c.). Aber allerdings ist sein Ausspruch so allgemein, daß er auch in Obligationen, und zwar auch bei schlechtthin genereller D. seine eigene Auffassung gehabt haben mag. Auf eine Meinungsverschiedenheit läßt auch die dubitatio in l. 67 D. solut. 46, 3 schließen.

10) arg. Marcellus in l. 72 §. 4 u. l. 67 D. solut. 46, 3, der ausdrücklich von Obligationen, und zwar ebensowohl von beschränkt als von schlechtthin generellen D. redet. Vgl. die §. 241 Anm. 6 Agff.

11) §. 241 Anm. 9.

12) l. 67; l. 72 §. 4 citt.

13) Hier trifft Ihering's oben Anm. 3 citirtes Wort zu.

14) Für den Fall, daß Quantitäten ohne Angabe der Qualität vermachet oder stipulirt sind, ausgesprochen in l. 4 D. trit. vino, vel oleo legato 33, 6; l. 52 D. mand. 17, 1; das Reskript in l. 37 D. leg. I. nimmt offensichtlich von einem Bindikationslegat, bei dem der Berechtigte die Wahl hat, und aber weder das Beste fordern darf noch das Geringste zu nehmen braucht, seinen Ausgang.

15) arg. der in Anm. 5 citirten II.

16) Daß alle Spezies oder Massen untergegangen seien, kann bei

kauft (bestellt, bezogen wird)¹⁷⁾. Folgerecht aber wird man angeichts eines derart generellen Kaufs- oder Lieferungs geschäftes die Regel, daß (wie beim Spezialekauf der Käufer) beim Genuskauf der Verkäufer die Gefahr trage¹⁸⁾, nicht gelten lassen können, sondern sagen müssen, daß bis zur Leistung wie von *Rafus* so auch von Gefahr gar keine Rede sein könne. Denn was immer bis dahin dem Verkäufer zu Grunde geht, ist noch nicht in obligationem und also mit diesem Geschäftes noch in keine rechtliche Berührung gekommen¹⁹⁾. Aus demselben Grunde kann namentlich auch in dem Falle, da Quantitäten in schlechthin genereller Weise bestellt sind, und (wie gewöhnlich) dem Adressaten die Wahl gelassen ist, vor

schlechthin genereller D. (von der hier allein die Rede ist) nicht erwiesen und so denn auch niemals angenommen werden (*genus perire non censetur* — nach der Glosse *demonstrabat* zu l. 65 §. 1 D. leg. II; ferner Glosse zu l. 8 C. *contrah. stip.*; zu l. 23 D. v. o. 45, 1; *arg. l. 1 §. 4 D. o. e. a.* 44, 7; l. 42 D. j. d. 23, 3.; vgl. *Thöl*, *Handelsr.* §. 73 A. I. 2.; *F. Mommsen*, *Unmöglichkeit der Leistung*, S. 47 unten; wogegen *Jhering*, *Jahrb.* Bd. 4 S. 394, 1 den Satz darum verwirft, weil er auf die beschränkt generelle D. nicht paßt. Nicht zu verwechseln mit dem natürlichen *Rafus* ist übrigens ein gewisser künstlicher, der allerdings das Genus selbst aufheben kann, wie z. B. Aufhebung der Sklaverei.

17) §. 243, 3. Während der s. g. Genuskauf in dem Falle, da aus einer beschränkten Zahl oder aus einer konkreten Masse gekauft wird, als Genuskauf von problematischer Natur ist (§. 241 Anm. 11–20), scheint derselbe für den anderen Fall (da schlechthin generell bestellt wird) als Genuskauf wenigstens insofern nicht „nicht in Zweifel“ (*Jhering*, S. 402 unten) gezogen werden zu dürfen, als er in den Quellen nicht vorkommt (*Goldschmidt*, *Zeitschr. f. Handelsr.* Bd. 1 S. 109. *Regelsberger a. a. D.* S. 201.) Denken aber läßt sich überdies, daß aus demselben Grunde, aus welchem man bei beschränkt generellem Kaufe nur einen quasibedingten Kauf annahm (§. 243 Anm. 10), bei schlechthin generellem Geschäftes ein Kauf gar nicht mehr möglich schien. Möglich, daß der Kauf vorwiegend als Erwerb gedacht, und darnach mehr nach Art der dinglichen Rechte behandelt wurde, — für welche *Jhering* die Sache (*Spezialität*) als Nothwendigkeit erklärt (S. 401) — als nach Art der Kontrakte und Quasikontraktverhältnisse, in denen *Jhering* S. 403 einen Fortschritt vom Speziellen zum Generellen nachweist (vgl. dazu nun *Bechmann*, der Kauf nach gem. R. I. Buch 1. Kap. 1., bes. §. 7 u. die daselbst Anm. 1 Citt. Autoren).

18) *Jhering*, S. 385 oben.

19) Selbst da, wo der Besteller binnen bestimmter Frist „holen“ (s. unten Anm. 22) soll, dieses versäumt, und die zum Abholen bereit gestellte Waare untergeht, war die Waare nicht in obligatione, ist also nicht etwa casu der Gegenstand der Obligation untergegangen, wohl aber *mora accipiendi* ein Verlust zugesügt, den der Eigentümer außerdem nicht erlitten hätte (vgl. das *moram mensurae faciendae interponere* in l. 2 C. *peric.* 4, 48; l. 5 l. 12 l. 14 pr. D. *eod.* 18, 6).

dem Augenblicke der Leistung von Gefahr keine Rede sein. Ob „Zumessung“, „Zuwägung“, „Zuzählung“ — vorausgesetzt daß sie sich ohne Tradition denken lassen (§. 243, 3) — für die Gefahr in Betracht komme, sollte nur bei beschränkt „generellem Quantitätenkaufe“, weil nur hier aus einem konkreten Quantum gekauft und also Auscheidung und Zumessung zc. als zur Perfektion nothwendig mitgedacht sind, gefragt werden²⁰⁾; nur bei diesem sollte dann auch die j. g. Individualisierungstheorie (§. 243, 2) ihre Herrschaft^{20a)} geltend machen wollen; bei schlechthin generellem Quantitätenkauf kann (vorausgesetzt immer, daß dem Verkäufer die Wahl gelassen ist), die Gefahr (für den Käufer) erst mit der Leistung da, mithin nur die j. g. Lieferungstheorie²¹⁾ begründet sein. Wo diese gilt wird man sich denn auch in Anbetracht der Frage, wann geliefert (geleistet) sei, den Fhering'schen Unterscheidungen das „Sich=Schicken“, „Sich=Bringen“, „Sich=holen“ Lassens²²⁾ anschließen müssen. Gemeiniglich wird indessen die Zumessung zc. als ein für den j. g. Genuskauf überhaupt gleich wichtiges oder unwichtiges Ereigniß betrachtet, und der Streit der Individualisierungs- und Lieferungstheorie auf alle Gebiete des j. g. Genuskaufes ununterschieden erstreckt.

20) Bei schlechthin genereller Bestellung ist weder an ein konkretes Quantum (namentlich nicht an „die Gesamtheit aller Waaren der fraglichen Qualität, welche überhaupt auf dem Marktplatze zu haben sind“ — Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 302 gegen Ficq; — Regelsberger a. a. D. S. 485 unten), noch nothwendig an Ausschreibung gedacht. Vielleicht hat der Versender die bestellten ca. 100—150 Centner bereits vermaßen vorrätzig; vielleicht bezieht er sie, vermaßen, von anderwärts.

20a) Vgl. Vangerow Bd. 3 §. 634; Windscheid §. 390; Thöl, dessen Meinung jetzt die herrschende ist.

21) Es hat sich gefügt, daß Fhering einerseits Urheber der Opposition gegen das die bloße Willenserklärung bei Seite setzende jus variandi (§. 242 Anm. 5), andererseits dagegen Schöpfer der (das bloße Wollen bei Seite setzenden) heutigen Lieferungstheorie ist. Kurzweg — nicht „oberflächlich“ (Hofmann S. 119) — hat bereits Keller, Pand. §. 329 die Bemerkung gemacht, daß bei „rein generellem Kauf natürlich von einem Uebergang der Gefahr nicht vor der Tradition die Rede sein kann“. Literarische Vorbemerkungen, namentlich auch über die ältere Literatur s. bei Fhering S. 373—384; Uebersichten über die neuere bei Windscheid §. 255 Anm. 20 u. §. 390 Anm. 8., Hofmann, Periculum beim Kaufe §§. 41—47.

22) Fhering a. a. D. S. 371 fgg. S. 418 fgg.

c. Bei beschränkt genereller Obligation ist anfänglich wie bei der schlechthin generellen ein „pures“ incertum (ein homo, 100 Liter Wein) in obligatione; dies bewährt sich darin, daß der Gläubiger denjenigen homo und diejenigen 100 Liter, welche ihm geleistet werden, zur Zeit des Kontraktes und nachher im Eigenthum gehabt haben kann; genug daß er sie zur Zeit der Leistung nicht im Eigenthum hat²³⁾; dagegen sind hier nur diejenigen Spezies in solutione, welche zur Einschränkung der generellen Demonstration beigefügt waren; demzufolge kann hier der Kasus noch innerhalb der Obligation zur Leistung vorkommen²⁴⁾; zwar findet er keinen in obligatione befindlichen Gegenstand; um so sicherer vermag er innerhalb der in solutione befindlichen Sachen aufzuräumen, den Schuldner zunächst einzuschränken, dann aber zu befreien — womit jedoch nicht gesagt ist, daß er auch von der Gefahr (z. B. den Rauffschilling einzubüßen) frei sei²⁵⁾. — Von einer Wahl kann beim beschränkt generellen Quantitätenkauf überhaupt keine Rede sein, wohl aber von Zumeßung zc., welche denkbarerweise ohne Tradition erfolgt, und dann ein certum noch in die Obligation bringt (§. 243, 2); bei beschränkt generellem Spezieskauf dagegen ist Wahl möglich und kommt infolge derselben eine certa species dann in obligationem, wenn sie dem Schuldner oder Gläubiger in bindendem Sinne gegeben ist (§. 243, 1).

§. 243.

Die Verwandlung des incertum in ein certum (Verge-

23) l. 72, §. 4 l. 67 D. solut. 46, 3 cf. Anm. 9 und 10.

24) s. die in der folgenden Anm. eitt. II. u. l. 2 C. peric. 4, 48.

25) Wenn Windscheid §. 255, 2 für die generische D. den Fall setzt, „wo jeder andere Leistungsinhalt bis auf Einen unmöglich wird“, so kann er nur an unsere beschränkt generische D. denken, und denkt er, nach seinen Allegationen (l. 35 §. 7 D. i. e. 18, 1; cf. l. 1 §. 1; l. 5; l. 14 §. 1 D. peric. 18, 6) in Anm. 21 zu schließen, an den beschränkt generellen Quantitätenkauf; fügt er dann bei, daß „sich durch eine solche Unmöglichkeit die Obligation nicht auf den einen möglich gebliebenen Leistungsinhalt concentrirte“, so kann er nur sagen wollen, daß Schuldner durch den kasuellen Untergang dieses einen möglich gebliebenen Leistungsinhalts nicht frei werde; in der That aber wird er frei, und was man allein sagen kann, ist, daß er außer seiner Haftung je nach Umständen noch eines andern Dinges ledig wird, der Kaufschillingsforderung nämlich — mit andern Worten: daß ihn, wenn das Untergegangene nicht schon „zugezählt zc.“ war, die Gefahr treffe, ein Ding das mit der Nichtprästation des casus nicht zu verwechseln und von derselben ganz unabhängig ist. Vgl. Regelsberger a. a. D. S. 195 Anm. 12 u. S. 204 fgg.

wissenerung) ist zwar überall eine „Konzentration“¹⁾ der Obligation, des näheren aber bald Vereinfachung, bald Spezialisierung der Obligation, je nachdem diese alternativ oder generell ist. Diefelbe erfolgt

1. möglicherweise durch Wahl. Diese steht an sich dem Obligirten zu²⁾, und ist ihm darum, wenn darüber nichts pactirt oder verfügt ist, nur gelassen, nicht gegeben, — gelassen lediglich als das Recht, zu leisten was er will, nicht als eine Verbindlichkeit dasjenige zu leisten, was er einmal gewollt oder gewählt hat (§. 242 Anm. 2—5). Ist also dem Schuldner die Wahl gelassen, so kommt es ohne nachträgliche Vereinbarung, also gewissermaßen neuen Vertrag (§. 242 Anm. 7) nur durch Leistung, und auch durch diese nur dann zur „Konzentration der Obligation“, wenn diese nicht lediglich Aufhebung (anstatt Vereinfachung oder Spezialisierung) der Obligation ist (s. unten 5); bloße Wahl oder Willenserklärung bewirkt hier gar nichts. Dasselbe kann auch dann noch der Fall sein, wenn dem Obligirten die Wahl ausdrücklich eingeräumt, und wesentlich dasselbe auch dann, wenn sie dem Gläubiger gegeben ist; hier wie dort kann nämlich die Wahleinräumung ohne den Zusatz einer Bindung an das einmal Gewählte gemeint sein³⁾, so daß das jus variandi auch hier besteht, auf Seite des Gläubigers dann freilich nicht erst mit der Leistung, sondern schon mit der Einflagung des Gewählten aufhört⁴⁾. Möglicherweise aber kann der Obligirte wie der Gläubiger an seine einmalige Erklärung gebunden werden sollen, wesfalls die Vereinfachung oder Spezialisierung der Obligation durch bloße Wahlerklärung platzgreift⁵⁾. Die Befugniß so oder so zu verabreden oder zu verfügen,

1) der von Windscheid §. 255 gebrauchte Ausdruck —

2) l. 99 D. v. o. 45, 1 — quia stipulatori liberum fuit verba late concipere — cf. l. 38 §. 18 eod.; l. 26 D. reb. dub. 34, 5; l. 39 D. pact. 2, 14.

3) So wurde der Ausdruck „quem volam“ zum Unterschiede von dem „quem voluero“ verstanden: l. 112 pr. D. v. o. 45, 1.

4) l. 112 pr. cit. — donec iudicium dicitur mutandi potestatem habet.

5) l. 112 pr. cit.; l. 138 §. 1 D. v. o. 45, 1 — quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest —; die Besonderheiten der ohne dies in das Bindungslegat einschlagenden optio s. electio legata (D. 33, 5 §. 23 I. legat. 2, 20) bleiben dem Erbrecht vorbehalten.

könnte man den Disponenten nicht wohl versagen, selbst wenn der Unterschied keine weiteren Folgen hätte, als daß man hier mehr, dort weniger gebunden ist. Nun kommt aber der Einfluß, den derselbe auf die Gefahr hat, hinzu, um vollends klar zu machen, daß das *mutare posse* und *non posse* niemals bloße Formsache gewesen sein kann (§. 242 Anm. 5). — Einem Dritten gegeben kann die Wahl zugleich Bedingung⁶⁾ oder bloße Bergewisserung des Ungewissen, als Bergewisserung auf reine Willkür oder billiges Ermessen gestellt⁷⁾, und letzterenfalls auch vom Richter nachzuholen sein⁸⁾; —

2. durch Zumeßung, Zuzählung, Zuwägung bei demjenigen i. g. Genuskaufe, der sich als beschränkt genereller Quantitätenkauf (von so und so viel Eimern aus diesem Stückfasse u.) darstellt. Bei einem derartigen Kaufe kann, da Jungibilitäten das Kaufsobjekt bilden, von Wahl keine Rede sein; das Ausmessen, Auszählen, Auswägen ist kein Wählen; zwar kann beim Auszählen und Auswägen ein „Auschießen“, im Einzelnen (da zwischen Jungibilitäten und Spezialitäten Uebergänge stattfinden) sogar ein „Aussuchen“ vorkommen; allein als das, was sie heißen, sind diese Handlungen vielmehr ein Ausschneiden als ein Unterscheiden, vielmehr ein Theilen als ein Wählen⁹⁾, ihre Produkte denn auch keine Spezies im Gegensatze zu einem angeblich im Faße u. vorhandenen Genus, sondern *partes pro diviso* im Gegensatze zu der im Faße u. bestandenen Einheit (§. 241. 1. a.). — Ob das *admetiri*, *adpendere*, *adnumerare* überall auch schon Tradition, oder aber ohne und vor der Tradition möglich sei, ist nicht ohne Grund streitig, dürfte aber doch in letzterem Sinne zu entscheiden sein¹⁰⁾,

6) vgl. die justinian. Decision in Ansehung des Kaufpreises §. 1 J. emt. 3, 23 und l. 1 pr. D. legat. II.; Regelsberger S. 186.

7) *Arbitrorum enim genera sunt duo etc.*; l. 76 D. pro soc. 17, 2 — präsumtivermaßen *boni viri arbitrium* in b. f. *negotiiis* (argg. l. 78 eod.; l. 35 D. mand. 17, 1; l. 22 §. 1 D. r. j. 50, 17); in *dotis promissione* (l. 69 §. 4 D. j. d. 23, 3; l. 3 C. dot. prom. 5, 11); in Vermächtnissen: l. 1 §. 1 D. leg. II.

8) l. 76; l. 1 §. 1 citt.

9) Nichtsdestoweniger pflegen sie unter den Gesichtspunkt der Wahl gestellt zu werden: z. B. Regelsberger a. a. O. S. 206 fg. und besonders S. 208; Demelius, Zeitschr. f. Civilt. u. P. n. F. Bd. 18 S. 36 ff.

10) Daß ein derartiger Kauf als noch nicht nach allen Richtungen

so daß hier, beim beschränkt=generellen Quantitätenverkauf, für die s. g. Individualisierungstheorie Raum und ihr überall da statt zu geben wäre, wo nicht herkömmlicher= oder verabredeterweise die Zumessung zc. mit der Empfangnahme zusammentreffen soll (Ann. 10 a. E.). Ist die Zumessung zc. aber einmal ohne Tradition möglich, dann scheint sie auch ohne Kenntnißnahme, geschweige denn Zustimmung des Käufers möglich¹¹⁾; denn das Erforderniß der Zustimmung ginge wider die bindende Kraft eines derartigen Kaufes¹²⁾; das der Kennt-

„perfekt“ und so denn auch als quasi sub conditione contrahirt zu denken sei (arg. l. 35 §. 5 cf. §. 7 D. c. e. 18; l. 1 §. 1; l. 8 D. peric. 18, 6; l. 2 C. eod. 4, 48 — Mommsen, Unmöglichkeit der Erfüllung, S. 337; Thöl, Handelsr. §. 75; Fied, Archiv f. Wechslr. Bd. 8 S. 86 fgg. Bd. 9 S. 390 fgg.), kann nicht in Abrede gestellt werden, so sehr nach der anderen Seite (Windscheid, P. §. 255 Ann. 18; Regelsberger, a. a. D. S. 189 fg.) einzuräumen ist, daß diese Bedingtheit nicht die der facti conditio, und die Unfertigkeit nicht die des eigentlich bedingten Geschäftes im Sinne der l. 41 pr. in f. D. c. e. 18, 1 sei. Aber was immer für eine Bedingung des Kaufes scheint die Zumessung zc. nichts sein zu können, was erst mit der Erfüllung desselben (Tradition) möglich ist, — gleichwie wir die Perfektion des Kaufkontraktes ohne einen circulus inextricabilis nicht in dessen Erfüllung verlegen können. Die in dem admetiri etc. ausgedrückte Willensrichtung auf den Käufer (Fhering a. a. D. S. 390 Ann. 28 S. 29) wird am entschiedensten allerdings durch Tradition bethätigt; allein daß sie ohnedies (z. B. durch Einfüllung des Weines in bereits an den Käufer adressirte Gebinde zc.) nicht bethätigt werden könne, scheint doch bedenklich; nur das apparere quid, quale, quantum sit, nicht die Tradition ist zur Perfektion gefordert in l. 8 pr. D. peric. 18, 6. In dem verwandten Falle der emtio ad mensuram ist nach l. 2 C. peric. 4, 48 die Perfektion des Kaufes allerdings erst in den Moment der Tradition verlegt und ein gleiches ist nach l. 12 — l. 14 D. eod. 18, 6 bei einem anderen (generellen) Kaufe der Fall (Regelsb. S. 191); allein anderwärts ist nur von admetiri etc. die Rede und l. 5 D. peric. 18, 6 enthielte (man mag nun si admensum est oder si admensum non est [Mommsen] lesen) sogar das Beispiel einer Zumessung vor der Tradition (Abholung, tollere), wenn dieses si admensum est (das Haloander gestrichen hat) nicht überhaupt verdächtig wäre (si — si). Angenommen aber, daß beim Weinkauf das admetiri nicht nur in l. 2 C. cit., sondern allenthalben ausdrücklich mit Tradition identificirt wäre, so würde damit die Frage doch noch nicht gelöst sein; denn gerade bei diesem Geschäftes scheint das Abholen (tollere) und die Verbindung des Zumessens (mensuram facere) mit der Empfangnahme um so mehr üblich gewesen zu sein, als auch der Vorbehalt der Weinprobe gemacht zu werden pflegte; da konnte von traditio die Rede sein, ohne daß man die Zumessung begrifflich mit ihr identifizirt haben wollte. Vgl. Regelsberger S. 192—195; S. 201. S. 208 oben. S. 212. 1.

11) So Hesse, über den Kauf nach vorgezeigter Probe (Zeitschr. f. Civilt. u. P. R. F. Bd. 3 S. 154), Heyer (ebendas. Bd. 15 S. 23 fg.), Fied (Arch. f. Wechslr. VIII S. 86—89) — jedoch alle auch für den schlechthin generellen Handel.

12) und ist denn auch von Thöl, dem Urheber der (übrigens nicht

nissnahme wider den auf Analogie zu stützenden Satz, daß der Käufer die Waare nicht zu kennen braucht, genug daß sie (so wie existent, auch) an sich gewiß ist¹³). Die Zumeßung zc. ist keine die bloße Erfüllung der Obligation vorbereitende Wahl, sondern eine das Dasein der Obligation selbst erst vollendende, die dem Kaufe nothwendige Spezialität herstellende Bedingung (Anm. 10; §. 242 Anm. 17); mit ihr ist nunmehr diese Waare verkauft, ob sie nun im Beisein des Käufers und unter Empfangnahme, oder einseitig zu Stande komme; der Verkäufer hat nun keine voluntatis mutandae potestas mehr, nicht deswegen, als ob der Grundsatz von der freien Hand des in seinem Recht belassenen Schuldners (s. oben nro. 1 a. E.) falsch oder veraltet sei¹⁴), sondern deswegen weil es sich um Wahl hier gar nicht handelt; ihn bindet eine Handlung, die Herausstellung des Kaufobjekts, keine bloße Willenserklärung¹⁵). Aber nur beim beschränkt-generellen Quantitätenkauf, wo die beiderseitige Intention nothwendig auf eine erst aus- und zuzumeßende zc. Waare gerichtet ist, nicht auch beim schlechtthin generellen Handel, wo die Absicht der Parteien unmöglich auf ein konkretes Quantum (Anm. 13), überall nur auf Lei-

von ihm selbst so genannten, hinwider aber von ihm und seinen vielen Anhängern auf alle generellen DD. bezogenen) Individualisierungstheorie nicht festgehalten, indem er den Satz „daß beide Theile über die aus dem genus ausgeschiedenen species so einig werden müssen, wie sie, wenn von vornherein über eine species gehandelt ist, über diese einig sein müssen“ dahin „modifizirt . . . daß der Käufer eine vom Verkäufer einseitig ausgeschiedene species, welche annehmbar . . . ist, nicht zurückweisen darf“ (vgl. Jhering S. 380; Regelsberger S. 197 unten u. fg.)

13) vgl. einerseits pretium certum esse debet (§. 1 I. emt. 3, 23), anderseits l. 7 §. 1 D. c. e. 18, 1 Hujus modi emtio „quantum tu eum emisti“, „quantum pretii in area habeo“ valet; nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione; magis enim ignoratur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est. cf. §. 2 eod.

14) worauf sich Regelsberger S. 208 fgg. u. Demelius a. a. D. S. 36 ff. stützen müssen, um die Zumeßung einerseits als einseitigen Wahlakt, anderseits als gleichwol bindend denken zu können — mit Jhering (§. 242 Anm. 5) gegen Jhering (§. 242 Anm. 14.)

15) Das Erforderniß der „Absendung einer Nachricht von der geschehenen Ausscheidung“ oder „Uebergabe an den Spediteur oder Frachtführer“ (Regelsb. S. 210 fgg.) geht von der Vorstellung aus, daß die Zumeßung zc. ein Wahlakt sei, der aber, weil bindend, äußerlich manifestirt sein müsse (Regelsb. S. 196, S. 209); freilich bindet man da den Verkäufer in Fällen, wo ihm die Quellen, vom Standpunkte des Wahlrechtes aus, freie Hand (jus variandi) lassen, und muß darum die bezüglichen Bestimmungen der Quellen für antiquirt erklären.

ftung von Spezies aus diesem Genus gerichtet, und ob Verkäufer aus irgend einem Volumen zc. ausmesse oder nicht, ganz gleichgiltig ist¹⁶⁾. Statt dessen denkt die Individualisirungstheorie vor allem an die schlechthin generellen Geschäfte¹⁷⁾.

3. Durch eintretende Unmöglichkeit der Leistung können alternative und beschränkt-generelle DD. aus unbestimmten in bestimmte verwandelt werden. Denn hier sind möglicherweise speziell bestimmte Sachen, die allein dem Kasus, der Verschuldung, dem Ausschluß aus dem Verkehr ausgesetzt sein können, entweder in obligatione (alternative D. §. 242. 2. a.), oder doch in solutione (beschränkt-generelle D. §. 242. 2. c.); bei schlechthin generellen DD. sind wenigstens Kasus und Verschuldung unmöglich (§. 242. 2. b.). Trotzdem nun aber alternative und beschränkt-generelle DD. durch eintretende Unmöglichkeit der übrigen bisher möglichen Leistungen leicht auf ein Bestimmtes reduziert werden können, so geschieht das doch nicht überall ohne weiteres. Zwar wo kein Wahlrecht besteht, wie beim beschränkt generellen Quantitätenkaufe (s. oben no. 2), ist ohne weiteres nurmehr das übrige zu leisten, wenn alles andere untergegangen ist. Besteht dagegen Wahlrecht, wie bei der alternativen D. und dem beschränkt-generellen Spezieskauf, so kommt darauf an, ob Schuldner oder Gläubiger die Wahl hat. Ersterenfalls wird das Wahlrecht prinzipiell selbst durch verschuldete Unmöglichkeit der einen oder anderen Leistung nicht verkümmert¹⁸⁾; die obligatio bleibt incerta zu Gunsten des Schuldners; nur zur Strafe, und nur wenn das Untergegangene viel geringeren Werthes wäre, darf hier der Schuldner auf letzteres nicht zurückkommen¹⁹⁾; — letzterenfalls wirkt der casus vereinfachend; Verschuldung kann das Wahlrecht des Gläubigers nicht schmälern; bei verschuldetem Untergang bleibt die obligatio incerta zum Nachtheile des Schuldners²⁰⁾. — Jenes den Untergang überdauernde Wahlrecht des Alternativschuldners ist aber als bloße Fakultative, nicht auch als fortdauernde Haftung,

16) §. 242 Anm. 20.

17) vgl. z. B. Regelsberger S. 208. b. ab init.

18) s. oben §. 242 den Text zu Anm. 6.

19) l. 95 §. 1 D. solut. 46, 3.

20) vgl. Windscheid a. a. O. 1, 5.

als ob auch jetzt noch beides in obligatione sei, zu denken; denn konsequent würde er sonst forthaften, nachdem beides unmöglich geworden ist. So nun aber wird er nicht bloß frei, wenn alles, was in obligatione gewesen, durch casus unmöglich geworden ist²¹⁾, sondern konsequent selbst dann, wenn das Erste durch seine Schuld, das Andere durch Zufall unmöglich geworden ist; doch kann er hier je nach dem Grade der Verschuldung und nach Art des Geschäftes möglicherweise de dolo belangt werden²²⁾, oder aber, kontraktlich, auch wegen bloßer culpa in Haft bleiben²³⁾.

4. Einklagung (petitionem) kann man insoferne als eine eigene Art der Vereinfachung oder Spezialisirung der D. betrachten, als Kläger, wenn er einmal auf ein Einfaches oder Spezielles klagt, damit sein Wahlrecht auf alle Fälle konsumirt²⁴⁾.

5. Leistung ist solutio, und kann als solche, gleich allem was solutionis loco ist — vorausgesetzt nur, daß Eines von den Dingen die in obligatione waren oder in solutionem kommen konnten, geleistet, quittirt, novirt u. ist²⁵⁾ — nur aufheben, nicht konzentriren. Wird sie gleichwol als Konzentration aufgeführt²⁶⁾, so kann das nur im Hinblick auf gegenseitige Kontrakte geschehen, bei denen einmal die Gefahr (des Untergangs oder der Verschlechterung) mit der Leistung wohl für den Geber, dagegen (der Gegenleistung halber) nicht auch schon für den Empfänger vorüber, mitunter jetzt erst möglich, (§. 242. 2. b. bes. Anm. 18—21), überall wenigstens von nun an auf ein certum konzentriert ist; dann aber eine Haftung in Ansehung auch des geleisteten Gegenstandes (wegen Eviction, Mängeln) fortzudauern pflegt.

21) l. 3 §. 3 D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 34 §. 6 D. c. e. 18, 1.

22) — bei Stipulationen: l. 95 §. 1 D. solut. 46, 3.

23) — bei b. f. negotiis: Zimmermann, a. dem §. 242 Anm. 6. agf. D. C. 318.

24) — auch wenn er jus variandi haben sollte — s. oben Nro. 1. Anm. 3 u. 4 und §. 242, 2, a.

25) l. 27 §. 6 D. pact. 2, 14 — nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto conv. quoque de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri —

26) Winbischoid, B. §. 255, 1. 1.

§. 244.

Haupt- und Nebenfache.

D. de usuris et fructibus, et causis et omnibus accessionibus et mora. 22, 1.

Der Unterschied des Prinzipalen und Accessorischen taucht nicht nur im Sachenrechte (§. 146; §. 187, 2), sondern auch in den Obligationen, hier aber nicht nur im Verhältniß mehrerer Obligationen untereinander (§. 237), sondern auch innerhalb des Inhaltes einer und derselben Obligation auf (§. 39 oben). Nurmehr in dieser letzteren Erscheinung ist er hierorts zu betrachten. Diese selbst ist jedoch wiederum eine doppelte. Möglicherweise nämlich ist etwas im Inhalte der D. nur seiner Entstehung nach accessorisch: insoferne es ohne den übrigen Inhalt weder in diese noch in sonst eine Obligation kommen könnte¹⁾; oder aber es ist auch dem Bestande nach accessorisch: indem es ohne den übrigen Inhalt auch nicht fortbestehen kann. Nur diese letztere, jedenfalls engere Bedeutung des accessorischen Obligationeninhalts ist hier weiter zu verfolgen. *

Nach einem unverdächtigen und bislang unangefochtenen Worte der Quellen²⁾ haben wir uns diese accessio engeren

1) wie u. E. manche s. g. gesetzliche Zinse und andere unbedingene Gewinnpraestationen: s. unten Anm. 17—21; und unten nro. 1.

2) l. 49 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 Pretii sorte, licet post moram, soluta usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestantur. S. dagegen Carus, die selbständige Klagebarkeit der gesetzl. Zinse nach röm., gem. d. R. u. der neueren Gesetzg. Gefr. Preisschr. u. Inauguraldiss. Halle 1876. S. 38 fgg. und Regelsberger in der Besprechung dieser Diss. in der M.-Vierteljahrschr. B. 19 S. 305; noch vor Carus Göppert, über die org. Erzeugnisse 1869 S. 126 Anm. 53 und Randa, d. L. v. d. Zinsen 1869 S. 24 Anm. 59, letzterer jedoch nicht so ganz gegen das jus in thesi, als gegen dessen heutige Anwendung. Eine andere Stelle (l. 4 C. dep. 4, 34; cf. l. 13 C. usur. 4, 32) ist allerdings fälschlich mit demselben Satze identifizirt worden, wie anderwärts, so auch in der ersten Aufl. dieser Handb. S. 579; dagegen sprechen l. weder l. 43 D. h. t. 22, 1 noch l. 23 D. exc. r. j. 44, 2 und l. 1 C. jud. 3, 1 gegen denselben; daß in l. 23 cit. namentlich auch die in b. f. j. eingeklagten Zinse kontrahirte Zinse seien, deutet das Schlußwort an: quamdiu enim manet contractus b. f., current usurae; nichts hindert an kontrahirte Zinse zu denken (s. B. l. 24; l. 26 §. 1 D. dep. 16, 3); in dem vorhergehenden strengen iudicium können nur kontrahirte Zinse gemeint sein (vgl. zum Uebrigen dieser Stelle Keller, Litisk. S. 536); ausdrücklich von stipulirten spricht l. 1 C. cit.; — l. 43 cit. aber spricht selbst wenn man mit Cujacius (obs. lib. 26 c. 25) und Mommsen ein non einsetzt, nur etwa dann gegen denselben, wenn man der diesmal ganz und gar vergriffenen Auslegung des Cuj. folgt — die

oder eigentlichen Sinnes nun aber vielmehr außer als in der Obligation, vielmehr im Umfang, als im Inhalte der D. zu denken. Nicht als ob sie in der Art des *judicium* oder im *officium judicis* ihren einzigen Grund hätte: aber in der *causa*, aus welcher die Obligation (auf die Hauptsache) ihr Dasein ableitet, kann sie ihren Grund nicht haben³⁾. Denn sonst wäre nicht abzusehen, warum sie minder als etwas anderes zur Obligation gehören sollte. Folgerecht kann dann aber auch die der Obligation entsprechende *actio* für sie nicht da sein; um ihretwillen mag, wenn aus der *causa obligationis* geklagt ist, im Umfange der Obligation eine Erweiterung platzgreifen⁴⁾: als alleiniges *Petitum* dieser Klage⁵⁾ ist diese *accessio* nicht möglich; sie kann für sich nicht nur nicht entstehen und bestehen, sondern auch wenn sie besteht, mit der auf die Hauptsache bestehenden Klage für sich allein nicht eingeklagt werden⁶⁾.

Cessio anstatt auf künftig fällige Posten (vgl. *Gaj.* 4, 131; 1. 17 §. 5 h. t. item *ex vectigalibus*) auf die bereits bezahlte Schuld bezieht, und die bloß demonstrative Bedeutung von *ejus temporis usuras* in eine hypothetische verwandelt. Gegen die Interpolation (*non*) übrigens mit gutem Grunde bereits *Regelsberger*; *quaestio* dieser Stelle ist nicht Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Zinsklage, sondern Uebergang oder Nichtübergang des fiskalischen Zinsprivilegs (1. 17 §. 5 h. t.) auf den *Cessionar* des *Fiskus*; gegen diesen Uebergang spricht keine der von *Cujacius* citirten Stellen (1. 76 D. solut. 46, 3; 1. 3 C. priv. fisc. 7, 73; 1. 2 C. his qui in prior cred. loc. 8, 19); — 2. den Unterschied von Zinsen, die *ex obligatione* und die *officio judicis* zustehen, bezeugen außer 1. 49 §. 1 cit. auch 1. 54 pr. D. loc. 19, 2, 1. 60 pr. (58) D. ad SC. Treb. 36, 1, und ein *arg. e contr.* aus 1. 9 §. 1 D. h. t. *quamvis debitor (sc. sortis nomine) non conveniatur, usurarum stipulatio committitur*. Bloß „*ex sententia judicis accedirend*“ und nicht „*in obligatione*“ ist aber auch das Interesse *quod certo loco*: 1. 10 cf. 1. 8 D. de eo quod c. 1. 13, 4.

3) gegen *Arnolds*, *P.* Anm. 5 „muß aus der rechtl. Natur der Hauptoblig. hervorgehen.“

4) „*accedere ex sententia judicis*“ 1. 10 D. de eo quod c. 1. 13, 4.

5) dieser Forderungsklage; selbständiges Object vielleicht einer *rei vindicatio*, vielleicht einer *condictio* vermag sie immerhin zu sein: vgl. *F. Rommensen*, *Beitr. z. Oblig. R.* III. (*Mora* S. 254).

6) Daß unser *Accessorium* „nur so lange geltend gemacht werden kann, als die Klage aus der Obligation nach den allgemeinen Regeln noch besteht“ (*F. Rommensen*, a. a. O. S. 253 Abs. 1), ist mit der Unmöglichkeit selbständiger Einflagung (welche *Rommensen* Abs. 2 gleich den Älteren [*Gluck*, C. Bd. 21 §. 1131] behauptet) noch nicht identisch; denkbar wäre sonst eine separate Klage z. B. auf *Verzugszinsen* bei bestehender *Kapitalschuld*. — Ein Grund aber, aus dem man diese (nach *Puchta*

Derart accedirend ist

1. möglicherweise der Gewinn aus der in obligatione befindlichen Sache (Früchte, Zinse, anderweitiger Gewinn). Sachen, welche sich nicht als Provenienz⁷⁾ einer anderen darstellen, können mit dieser zwar vertragsmäßig oder letztwillig als „Accession“ (Dareingabe) verbunden werden, oder auch ohnedies (als f. g. Pertinenz) zu derselben gehören; allein weil kontraktlich oder quasikontraktlich mitbedungen, oder weil ein Quasi-Theil jener anderen Sache⁸⁾, kommen sie auch mit dieser in obligationem, und geht die actio auf sie nicht weniger selbständig als auf jene⁹⁾. — Der Grund, aus welchem der Gewinn aus einer Sache der Forderung auf diese in der gedachten unselfständigen Weise zuwachsen kann, ist a. Mora des Schuldners. Ohne selbst eine Obligatio zu begründen, versetzt sie doch den Richter in die Lage, einerseits von Umständen, die den Beklagten sonst befreien würden, abzusehen¹⁰⁾, anderseits den Umfang der Kondemnation höher zu bemessen, als es außerdem der Fall wäre: ersteres insofern als es nur am säumigen

§. 227 f. g.) formale Nebensächlichkeit als „römisch-rechtliche Singularität“ und darnach als Antiquität bezeichnen dürfte (Kanda, zur L. v. d. Zinsen, Wien 1869 S. 24 Anm. 59), liegt nicht vor (vgl. Windscheid §. 259 Anm. 10 a. G. — der uns anderwärts [§. 130 Anm. 24] allerdings sowohl mit der Unselfständigkeit unserer Accessionen als mit der exc. rei jud. in Konflikt zu kommen scheint). Arndts findet sie in der M. Viertelj. Bb. 5 S. 182 auffällig, hält aber wegen l. 49 cit. in den Pandekten §. 207 an derselben fest, allerdings nicht ohne Zeichen der Unruhe: a. a. D. Anm. 5 a. G.

7) nicht in dem engen Sinne von l. 121 D. v. 5. 50, 16, sondern in dem weiteren der l. 62 pr. D. r. v. 6, 1 und namentlich der „obventiones“ in l. 34 D. usur. 22, 1; Savigny, Bb. 6 S. 103 b.

8) l. 13 §. ult. l. 14 l. 16 l. 17 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1.

9) So hat z. B. bei Kauf und Verkauf die Dareingabe so selbständiges Recht als die Hauptsache: si quis . . accessurum quid dixerit, omnia quae diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sunt: ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur — l. 11 §. 17; z. B. l. 54 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1; l. 40 §. 1 D. c. e. 18, 1 — iter quoque tradere oportere — arg. l. 6 §. 1 D. de lege comm. 18, 3; aeblichsch ist sie gleich dieser garantirt: l. 45 D. h. t. 21, 1. Die von Arndts, M.-Viertelj. Bb. 5 S. 182 citirten II. enthalten keine Accessionen. Gleiches muß für die Pertinenz behauptet werden, wiewohl sich gerade auf die selbständig obligatorische Klagbarkeit derselben auch die ausführlichen Erörterungen über ihre Behandlung (z. B. Unger, österr. Privr. §. 55 S. 441 1–6) nicht zu erstrecken pflegen.

10) perpetuatio obligationis: l. 24 §. 2 D. h. t. 22, 1; l. 91 §. 3, §. 4 D. v. o. 45, 1; l. 58 §. 1 D. fidej. 46, 1.

Schuldner liegt, daß der Gläubiger die Sache nicht geborgen hat¹¹⁾; letzteres insofern, als es nur am säumigen Schuldner liegt, daß der Gläubiger nicht außer der Sache auch deren Nutzen und Gewinn vom Tage der Anforderung an hat¹²⁾. Accedirend zur Sache selbst ist also der Nutzen oder Gewinn, den Gläubiger aus der Sache hätte, wenn ihm ungesäumt geleistet worden wäre; auf diesen darf und muß der Richter erkennen, wenn um die Sache selbst geklagt wird, und die Intention dieser Klage den Richter nicht an die Sache selbst bindet¹³⁾. Daß der Beklagte selbst einen Gewinn gezogen habe, ist nicht nothwendig; soviel aber, als er aus der Sache gezogen hat, muß er praestiren; denn soviel, als aus der Sache gekommen ist, hätte Kläger auch ziehen können. — Der Anspruch auf diesen Gewinn hat also in der That nur in der Vollmacht des Richters, den Belang der Restitution oder Kondemnation mit Rücksicht auf den Verzug zu bemessen, seine Gewähr; aber in dieser Vollmacht hat er nur seine Gewähr; seinen Grund hat er eben in dem Verzug. — Dem in der Mora gelegenen Verzug steht b. gleich derjenige, der in der Aufnahme des Streitens liegt¹⁴⁾, wornach denn die s. g. Prozeßzinse¹⁵⁾ doch auch nur eine Art Verzugszinse sind. Ueberhaupt ist kein Gewinn bloß officio judicis gewährt, dessen Entgang nicht im Verzug seinen Grund hätte. Aber Verzug vorausgesetzt, werden nicht bloß Zinse, sondern jedweder andere Gewinn officio judicis praestirt¹⁶⁾. Ob die noch übrigen s. g. gesetzlichen

11) z. B. l. 47 D. leg. 30 — si non post moram factam id evenit; potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

12) u. a. l. 21 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1.

13) vgl. Savigny, Syst. Bb. 6 S. 146 Abs. 1.

14) §. 100. 3. a. u. b. — l. 46 §. 4 C. episc. 1, 3 — litiscontestatione aut conventionione —

15) Savigny, Syst. Bb. 6 §§. 268—271, insb. S. 139, S. 145, 2; l. 1, l. 2 C. h. t. 6, 47; l. 1 §. 1 C. her. pet. 3, 31; l. 20 §. 11 D. h. p. 5, 3.

16) vgl. l. 15 D. h. t. — fructuum, qui post litem cont. officio judicis restituendi sunt — l. 46 §. 4 C. ep. 1, 3 — cogi solvere et fructus et redditus et omnem legitimam accessionem a tempore .. mortis — et locum habente fructuum et aliarum rerum accessione. F. Mommsen a. a. O. S. 253 Abs. 3. „Ganz dasselbe werden wir in Ansehung des Anspruchs auf Erstattung der Früchte, sowie . . . der übrigen Ansprüche, welche durch die Mora des Schuldners begründet werden, annehmen müssen. —“

Zinse¹⁷⁾ bloße Offizialzinse seien, hängt davon ab, ob sie immer noch vom Gesichtspunkte des Verzugs aus gefordert werden¹⁸⁾, oder aber auf Grund des Kontraktes oder Quasikontraktes, auf dem die Kapitalsforderung beruht, schulden, und also so wenig als die stipulirten Zinse „gesetzliche“ zu nennen sind¹⁹⁾. Die der letzteren Art beruhen zwar nirgends auf einem besonderen oder ausdrücklichen Versprechen, wohl aber allenthalben in der Eigenschaft des der Kapitalsforderung zu

17) s. dieselben bei Buchta P. §. 227; Arndts, P. §. 207 Anm. 3; Windscheid §. 259 Anm. 7.

18) wie dies bei den auf aetatis favor, und auf Begünstigung des Fiskus und der pia causa beruhenden Zinsen (Zinsprivilegien) der Fall ist: l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. necessaria non est 2, 41 — In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est, in his videlicet etc.; l. 26 §. 1 in f. D. de lib. 40, 5 l. 87 §. 1 D. leg. II.; „nulla mora“ steht in l. 5 C. a. e. e. v. 4, 49 nur im Gedanken an die mora engeren Sinnes (die nicht schon ex re, sondern durch Interpellation bewirkt wird); — l. 17 §. 5 D. h. t. 22, 1 Fiskus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit; ut solet a foricariis qui tardius pecuniam inferunt; — l. 46 §. 4 C. ep. et cler. 1, 3 Supra . . omne tempus quo distulerint facere (pie) disposita facere heredes, eos cogi solvere — non inspecta mora a l. contestatione aut conventionne, sed ipso jure intellecta (quod dicitur vulgo) mora intercessisse; vgl. Buchta, P. §. 227, l. „Zu den Verzugszinsen müssen auch diejenigen gerechnet werden, welche der Fiskus u. s. fordern können“ —; Arndts, P. §. 207 Anm. 3 a. β zählt auch die durch Tradition begründete Verzinslichkeit des Kaufschillings hieher, aber wohl mit Unrecht; s. unten Anm. 19 a. C.

19) Von dieser Art sind u. C. alle außer den Verzugszinsen engeren und weiteren (Anm. 14. 15. 18) Sinnes: also l. die Zinse, welche Geschäftsführer schuldig werden, weil sie a. mit dem Gelde des Prinzipals Geschäfte für sich machen (soenerant, in suos usus convertunt — l. 10 §. 3 D. mand. 17, 1; l. 19 §. 4, l. 38 D. neg. 3, 5), b Zinse, welche sie mit demselben erwerben könnten und sollten, aber nicht erwerben: l. 19 §. 4, l. 31 §. 3, l. 37 §. 1, l. 38 D. neg. 3, 5; l. 13 D. h. t. 22, 1, l. 35 §. 3 D. neg. g. 3, 5; l. 20 C. eod. 2, 19 — wobei als Geld des Prinzipals auch dasjenige, das der Geschäftsführer jenem aus anderem Titel schuldig ist, zu erachten sein kann: l. 38 l. 6 §. 12 D. neg. 3, 5; — insb. Vormünder: l. 7 §§. 3 - 15; l. 15 D. adm. tut. 26, 7; — allenfalls auch Fidejuziare: l. 3 §. 4 D. h. t. 2. die Zinse, welche Depositare, Pfandgläubiger schuldig werden, weil sie mit dem deponirten oder eingehenden Gelde für sich Geschäfte machen: l. 4 C. dep. 4, 34; l. 6 §. 1 D. neg. 3, 5; — 3. Zinse, die der Geschäftsherr dem Geschäftsführer der gehaltenen Auslagen halber schuldig wird: l. 19 §. 4; cf. l. 38 D. neg. 3, 5; l. 37 D. h. t. 22, 1; l. 12 §. 9 D. mand. 17, 1; l. 67 §. 2 D. pro. soc. 17, 2; l. 3 §. 1, §. 4 D. contr. tut. 27, 4; l. 18 C. neg. 2, 19; — 4 der Zins, welchen der Käufer vom Tage der Tradition an aus dem Kaufschilling zu entrichten hat: l. 13 §. 20, §. 21 D. a. e. e. v. 19, 1; l. 5 C. eod. 4, 49; l. 18 D. h. t. 22, 1; l. 2 C. eod. 4, 32.

Grunde liegenden Kontraktes oder Quasikontraktes; denn dieser ist allenthalben b. f. negotium oder Gegenstand eines b. f. iudicium und führt in der stillschweigenden Zusage theils der Fides, theils der Aequitas (§. 225) die jener Zinse mit sich²⁰⁾. Von solchen Zinsen gilt wesentlich nichts anderes als von jedem Gewinne, den Geschäftsführer, Depositare, Verpfänder, Verkäufer aus der inhanden habenden Sache gemacht haben, oder den Geschäftsführer aus derselben machen konnten²¹⁾; so wenig hier von „gesetzlichen Früchten“, so wenig ist dort von „gesetzlichen Zinsen“ zu reden; — — allem Anscheine nach

2. der Zuschlag, den der Richter um der Thatsache willen, daß Kläger an einem anderen als dem Zahlungs-Orte klagen muß, zu machen hat²²⁾.

20) Auf Fides zurück gehen die Fälle sub. 1 a. und 2 in Num. 19: l. 10 §. 3 D. mand. 17, 1 — quia b. f. congruit, ne de alieno lucrum sentiat — l. 38 D. neg. 3, 5 — cum gratuitam et omni lucro abstinentem fidem praestare debeant — ohne Zweifel auch die sub. 1. b; — auf aequum et bonum die Fälle sub. 3 und 4: l. 12 §. 9 D. mand. 17, 1; l. 18 C. neg. 2, 19; l. 13 §. 20 D. a. e. e. v. 19, 1 — nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras praestare — l. 2 C. h. t. 4, 32 — aequitatis ratione — l. 5 C. a. e. e. v. 4, 49 — perceptorum fructuum ratio (Aequivalent). Dazu, daß überhaupt im Kontrakt oder Quasikontrakt der Grund für diese Zinspflicht zu suchen ist, vgl. l. 10 §. 4 D. mand. 17, 1 — quasi ex causa mandati, und unwillkürlich auch einmal Windscheid: „nach Inhalt des Vertrages dazu verpflichtet“ (§. 410. 1).

21) fructus percepti: l. 38 pr. — §. 16 D. h. t., insb. die im contrarium von „quod meum non fuit“ und „etiam si mora facta sit“ des §. 7 liegenden allgemeinen Sätze; — fructus percipiendi: l. 2 D. neg. 3, 5 — aequum est . . . condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit — l. 1 pr. D. tut. 27, 3. In omnibus quae fecit tutor cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio — l. 7 C. arbitr. tut. 5, 51. Quidquid tutoris dolo etc. minores amisserunt vel cum possent non acquisierint, hoc in tut. s. neg. g. utile jud. venire —

22) arg. l. 8 D. de eo quod certo l. d. o. 13, 4 — Nec oportebit etc. d. h. es geht nicht die direkte Schuldklage in dem um das Ortsinteresse erhöhten Betrag, sondern utilis (l. 1 eod.) arbitraria actio gegen den Bürgen; denn das augmentum hier ist nicht wie das der stipulirten Zinse in obligatione (ibi enim duae stipulationes sunt), sondern außer der Einnahme mit certa pecunia credita abschließenden Obligation (hic autem una pecuniae creditae stip. est, circa cujus executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur). Darum auch nicht etwa Berechnung des ganzen Ortsinteresses, wenn nach erfolgter Mora eine Theilzahlung gemacht ist, sondern Vermehrung nur derjenigen summa quae petetur (Ejusque diff. manif. etc.) arg. l. 10 eod. „ne ea pecunia, quae ex sent. jud. accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione d. h. so wenig als das debitum principale ist fidejussoria

§. 245.

Von unmöglichem Inhalt.

Daß eine D. zu Unmöglichem keine sei ¹⁾, versteht sich aus dem Begriffe der Haftung (§. 207) ²⁾, indem eine Satisfaktion dafür, daß etwas Unmögliches nicht geleistet wird, so vernunftwidrig wäre, wie das Begehren nach Unmöglichem. Wie keine Haftung für etwas Unmögliches, gibt es auch keine Verbindlichkeit zu Unmöglichem, und kann man nichts Unmögliches schuldig sein; der Gläubiger kann ein solches nicht intendiren, der Richter nicht schätzen und kondemniren ³⁾.

Was unmöglich sei, holt aus von der Natur, als dem Inbegriffe aller auf der Welt vorfindlichen und möglichen körperlichen Sachen ⁴⁾, als der Quelle der zu jeder Leistung erforderlichen natürlichen Kraft ⁵⁾, als der Beschaffenheit aller, auch der unkörperlichen, namentlich auch der Rechtsdinge ⁶⁾. Daß

obligatio selbst und an sich um jene *Accession* vermehrt; diese kommt nur in *arbitraria actione*, es sei nun gegen den Hauptschuldner oder gegen den Bürgen, in Betracht; aber auch *arbitraria a. cessit* gegen den Bürgen: (*adeo ut, nunc quoque s. s. v. s. C. p., arb. jud. cesset*), wenn (*post moram factam, quominus Capuae solveretur*) gezahlt, oder (*certa pec. credita* gegen den Schuldner) in Capua selbst geklagt wird; denn der Hauptinhalt der Schuld ist getilgt oder konsumirt, und um der *Accession* (des Orts- wie des Verzugsinteresses) willen besteht keine eigene Klage; daß namentlich die Zahlung (von 100) *pro rata* auf die *Accession* (*viginti — poena*), und auf die Schuld erfolgt, und also noch *arbitraria actio* auf den Rest der Schuld und der *Accession* übrig sei, darf nicht angenommen werden: näher liegt, daß der Gläubiger, indem er sich auf freiwillige Zahlung noch einließ, von der *poena* absah (*nisi si quis dicat etc.*). Annähernd *Cujacius*, *Tractat. ad Afric.* zu l. 8 cit. a. G. Mit Unrecht sieht *Gluck Comm. XIII* nach welchem wenigstens l. 8 für eine *damnata* erachtet wird (S. 341), hier und dort verschiedene Fälle und verschiedene Entscheidungen: bes. S. 346, S. 348. Anders auch *Cohn*, f. g. *actio de eo quod c. l. 1877*. S. 170 fgg.

1) *Impossibilium nulla obligatio est*. l. 185 D. r. j. 50, 17.

2) die „Begründung der Regel“ aus dem Willen der Parteien (da man unmögliches nicht ernstlich wollen könne — *F. Mommsen*, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853. §. 11 S. 106, deckt den Fall, da die Unmöglichkeit den Parteien unbekannt ist, nicht. Daß sie nicht gewollt hätten, wenn sie gewußt hätten, ist für einen *Natursatz* wie den unsrigen zu wenig schlüssig oder zwingend.

3) l. 103 D. v. o. 45, 1 — *quia nec dari oportere intendi, nec aestimatio ejus praestari potest*.

4) im Gegensatz zu der *res*, welche in *rerum natura* non est und auch *esse non potest*, §. 1 J. inut. stip. 3, 20.

5) *quod natura fieri concedit* — l. 35 pr. D. v. o. 45, 1.

6) §. 2 J. inut. stip. 3, 20 — *quae enim natura sui dominio nostro subijci non possunt*, wie z. B. *res sacra, liber homo etc.*

alle die Sachen, welche in *rerum natura* nicht sind⁷⁾ oder nicht sein können⁸⁾, oder welche zwar in derselben sind, aber *extra commercium* stehen⁹⁾, nicht „gegeben“ — daß übernatürliche Leistungen nicht „geleistet“ werden können, versteht sich *naturali ratione*; *naturali ratione* versteht sich dann aber weiter, daß zu solchen Vergabungen oder Leistungen eine Obligation nicht bestehen kann¹⁰⁾. *Contra naturalem rationem* aber wäre auch, daß etwas das existirt und „gegeben“ werden kann, an denjenigen „gegeben“ werde, dem es gehört, *naturali ratione* also nichtig die Stipulation und das Vermächtniß der eigenen Sache¹¹⁾. Die bei uns übliche Unterscheidung einer natürlichen und rechtlichen Unmöglichkeit¹²⁾ ist in den Quellen nicht geboten¹³⁾.

Was von Natur aus möglich ist, und, als gemeine Handlung, auch von Rechtswegen nicht unwirksam oder nichtig sein kann¹⁴⁾, ist möglicherweise durch die Gesetze oder Sitten verboten, in beiden Fällen unsittlich (*contra bonos mores*)¹⁵⁾, und darf bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht in *obligationem* deduzirt werden¹⁶⁾. Ohne selbst unmöglich zu sein¹⁷⁾, wird das Unsittliche wie Unmögliches behandelt¹⁸⁾, aus keinem anderen

7) — *homo mortuus, quem vivum esse credebat* — Gaj. 3, 97 *aedes deustae* — l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7.

8) — *hippocentaurus* — §. 1 J. cit.

9) — denen Sachen, die durch ein Veräußerungsverbot schlechthin unveräußerlich geworden wären, gleich stehen müßten (vgl. Bd. 1 §. 134; Mommsen §. 3).

10) *Si id quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero . . si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus sit* — l. 1 §. 9 cit. *Si stipulor ut id fiat, quod natura f. n. concedit, non magis o. consistit, quam cum stipulor, ut detur quod dari non potest* — l. 35 pr. D. v. o. 45, 1 — *digito coelum attingere* §. 11 J. eod.

11) §. 2 J. cit. §. 10 J. legat. 2, 20.

12) Savigny, *Oblig. I.* S. 183. Mommsen, S. 3 unten.

13) wiewohl sie andernwärts Natur und Recht in typischen Gegensatz bringen: z. B. Band 1 §. 41 Anm. 1.

14) *fossam fodire* — *occidere* — vgl. §. 229 Anm. 7.

15) *homicidium, sacrilegium facere* nicht minder als ein *pactum de successione futura*: l. 27 D. v. o. 45, 1; l. 4 C. *inut. stip.* 8, 39.

16) — *cum omnia, quae contra b. mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint*. l. 4 C. cit.; l. 26 D. v. o. 45, 1 *Generaliter novimus, turpes stipp. nullius esse momenti*.

17) Savigny, *Oblig. I.* S. 383 fg.

18) von Buchta sogar betrachtet: s. folgende Note.

Grunde, als weil die Stipulation *z.* des Unfittlichen selbst eine Unfittlichkeit (*turpis stipulatio*) wäre¹⁹⁾.

Bei Leistungen welche nur dem Obligirten unmöglich sind, kann man nicht sowohl von unmöglichen Leistungen, als von Unvermögen der Person²⁰⁾, es sei nun aus factischen²¹⁾, oder rechtlichen²²⁾ Hindernissen reden; in der Obligation zu solchen Leistungen erblicken denn auch die Quellen keine unmögliche und keine nichtige Obligation²³⁾. Füglich kann man auch bei Leistungen, die an den Stipulator, Honorirten *z.* unmöglich sind, nur von einem Unvermögen der Person, etwa wegen Rechtsunfähigkeit, reden; allein hier nehmen die Quellen Nichtigkeit der *D.* gleichwie bei unmöglichen Leistungen an²⁴⁾. Der

19) Das papinianische *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (l. 15 D. cond. inst. 28, 5), ist eine Sublimirung des Unfittlichen zum Unmöglichen, behufs Umwandlung einer Potestativbedingung in eine Kasualb., nicht erst Begründung (der Verwerflichkeit einer *turpis conditio*); — das *officium Praetoris, ex hujusmodi obligationibus actiones zu denegiren* (l. 27 pr. D. v. o. 45, 1), ist Folge, nicht Grund. S. dagegen Buchta, Vorll. §. 220, 2. F. Mommsen S. 4 Anm. 9.

20) — *haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum aut incommodum, non rerum quae promittuntur* — l. 137 §. 4 D. v. o. 45, 1.

21) — *si centum neque domi habet, neque inveniat creditorem — quod promissor in praesentia dare non potest* — §. 4 cit. Hieher auch der Abgang der zu der betreffenden Leistung nöthigen Kunst oder Erfahrung (*peritia*), wovon F. Mommsen §. 8

22) mangelndes *commercium rei* (l. 34 D. v. o. 45, 1; l. 49 §. 3 D. legat. II.), Eigenthum (l. 15 §. 3 D. usurp. 41, 3 ein Mangel, der vornherein nur bei der *obligatio dandi*, also nicht beim Kauf hinderlich sein kann — s. dagegen Mommsen, S. 14 Abs. 1), mangelnde Dispositionsbefugniß, 3. B. von wegen Veräußerungsverbotes, woferne durch ein solches die Sache nicht überhaupt außer Verkehr gesetzt und also Gegenstand unmöglicher Leistung wird, wie der *fundus hostium* (l. 103 D. v. o. 45, 1; cf. l. 104 §. 2 D. leg. I. Mommsen S. 15 fg., S. 23; vgl. auch l. 41 §. 1 D. leg. I. 1.)

23) l. 137 §. 5 D. v. o. 45, 1 *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit: jure factam obligationem Sabinus ait.*

24) l. 34 D. v. o. 45, 1 *Multum interest, utrum ego stipuler rem cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem cujus c. non habeo, inutilem esse stipulationem placet. Si quis promittat cujus c. non habet, ipsi nocere non mihi §. 2 J. inut. stip. 3, 20 — cujus c. non habuerit — cf. l. 49 §. 2 D. leg. II.; l. 62 D. a. r. d. 41, 1. Bei bloß factischem Unvermögen sollen Vermächtnisse (zu ihrem Beschaffungswerthe) gelten l. 114 §. 5 D. leg. I. Ob aber factisches Unvermögen, zu haben, geleistet zu bekommen, nicht überhaupt erst*

Grund dieses Unterschiedes in der Behandlung des einen und des anderen Unvermögens dürfte lediglich darin zu suchen sein, daß jenes am Schuldner selbst, dieses dagegen außer ihm liegt.

Ob dasjenige, was in obligationem kommen soll, seiner Art nach, oder ob es in seiner Spezialität unmöglich ist (*hippocentaurus — mortuus homo*; j. g. absolute, und relative Unmöglichkeit)²⁵⁾, gilt gleich²⁶⁾.

Die Nichtigkeit der Obligation wegen Unmöglichkeit des Inhaltes bemißt sich nach dem Zeitpunkte des Geschäftes. Ist es in diesem unmöglich, so bewirkt die Aussicht auf nachherige Möglichkeit keine *Pendenz*²⁷⁾, der nachherige Eintritt der Möglichkeit keine *Konvaleszenz*²⁸⁾. Das ist eine Regel ohne Ausnahmen²⁹⁾.

nach der Zeit da die Leistung zur Ausführung, nicht nach der da sie in obligationem kommt, zu erachten, seinetwegen also nirgends „sogleich vorhandene Unmöglichkeit“ da sei? Vgl. Mommsen S. 92 „durch die erwähnten Hindernisse wird also in der Regel nur eine nachfolgende Unmöglichkeit herbeigeführt werden.“

25) Savigny, Syst. Vb. 3 S. 164; Mommsen S. 4 fg.

26) §. 1 J. inut. stip. 3, 19.

27) §. 2 J. inut. stip. 3, 20 — *nec in pendenti erit stipulatio ob id . . . sed protinus inutilis est* — l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1; cf. l. 144 §. 1 D. r. j. 50, 17. In stipp. id tempus spectatur, quo contrahimus.

28) l. 41 §. 2 D. leg. I. — *Si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescit* —

29) Daß bei bedingtem Geschäft die Eintritt der Bedingung der entscheidende Zeitpunkt ist (l. 31 l. 98 pr. D. v. o. 45, 1; l. 61 D. c. e. 18, 1 l. 41 §. 2 cit.; l. 98 D. cond. 35, 1) erscheint nicht als Ausnahme, und ist wohl auch keine; bei bedingtem Geschäft ist alles ungewiß, so denn auch die Unmöglichkeit, wosferne sie überhaupt eine veränderliche ist. Mommsen nimmt aber nicht sowohl Ausnahmen an, als daß er die Regel selbst nicht gelten läßt, indem das römische Recht einen Mittelweg eingeschlagen habe (S. 144 unten), dahin nämlich daß 1) wenn die Unmöglichkeit als eine vorübergehende zu betrachten ist, die Nichtigkeit keine sofortige, andernfalls eine sofortige sein soll (S. 145—149); daß es 2) bei vorübergehender Unmöglichkeit auf die Absicht der Disponenten ankomme, ob sofort oder nur auf den Fall eintretender Möglichkeit gehandelt sein soll: es sei nun daß ausdrücklich unter dieser Bedingung kontrahirt, vermachet, oder daß Nichtexistentes als käufliches gekauft zc. oder daß unter irgend einer Bedingung kontrahirt und damit die Absicht auf Abwartung späterer Möglichkeit bethätiget werde (S. 149—153). Indessen wollen ad l. §. 2 J. n. l. 83 §. 5 cit. mit der *res usibus populi perpetuo exposita* oder in *perpetuum relicta* nicht sagen, daß z. B. der Platz für *immercium* oder *commercium*, sondern nur daß er überhaupt *extra commercium*, eine *res quae dari non potest*, nicht in *pecunia populi* (§. 125 Anm. 18) und nicht bloß derzeit dem Publikum z. B. zur Abhaltung des Oktoberfestes überlassen und also gleichwohl veräußerlich sein müsse; l. 35 §. 1 D. v. o. 45, 1 gibt uns kein Beispiel eines Falles, in dem die Ob-

Theilweise Unmöglichkeit zieht als solche nur theilweise Nichtigkeit nach sich. Wenn aber 1. eine dem Stipulator, Honorirten gehörige Sache versprochen und vermacht wird, so liegt darum, weil das Eigenthum des Promissars zc. durch ein jus in re beschränkt oder gemindert, wirthschaftlich also die Sache doch nicht ganz sein ist, keine theilweise Möglichkeit vor; selbst ususfructus und Emphyteuse, geschweige denn die Praedialservituten sind keine pars rei³⁰); was versprochen, vermacht wurde, die Eigenthumsbeschaffung, war in seiner Totalität unmöglich³¹); — ist 2. die Leistung theilweise möglich,

ligation wegen bloßer Zeitweiligkeit der Unmöglichkeit gültig ist, wohl aber ein entgegengesetztes (quamquam etiamsi non sit perpetua etc.) Auch kann unter dem quod fieri leges prohibitent an mögliche Dinge gedacht werden (s. selbst Mommsen, S. 145 Anm. 2), die nur dann den unmöglichen gleich gehalten sein sollen, wenn sie unveränderlich sind. Vgl. l. 41 §. 13 D. leg. I mens Senatus plenius accipienda est: ut si qua ibi fuerunt perpetua, quasi portio aedium, distrahi (wohl auch promitti, und ohnehin legari) non possunt; — wird aber 2. auf künftiges und zwar auf künftig mögliches gehandelt, so wird überhaupt nichts unmögliches in o. beduzirt. Das überhaupt bedingte Geschäft ist aber wie schon bemerkt, nicht nach dem Belieben der Parteien sondern wegen seiner Ungewißheit nicht sofort nichtig.

30) l. 66 §. 6 D. leg. II.

31) l. 66 §. 6 cit. — Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas (usumfructum, pignus, servitutes) non valebit. Vergeblich bemüht sich Mommsen S. 155 unten u. fg., besonders Anm. 4 um das Gegentheil. Dabei werden l. 71 §. 5 D. leg. I., l. 86 pr. eod. so irrig aufgefaßt wie l. 66 §. 6 cit. selbst. Letztere handelt bis „Sin autem“ nicht von dem Vermächtniß einer dem Legatar, sondern einer dem Testator gehörigen, aber mit einem Ususfructus, oder Pfandrecht, oder Servituten zu Gunsten Dritter belasteten, oder dem Besitze nach einem Dritten gehörigen Sache. Da gilt außer dem fundus selbst, folgeweise, auch die Beschaffung des Nießbrauchs, der possessio, sowie die Pfandlösung als mitvermacht (nicht auch die Servitutenentlastung) — fundo relicto ob reliquas praestationes quae legatum sequuntur —. Diese Dinge sind also eine Sequel der res legata: aber eine Rettung für das Vermächtniß, wenn dieses der res selbst halber unmöglich sein sollte, sind sie nicht. — Nichts weiteres als den Anspruch des Legatars auf Befreiung der ihm vermachten Sache von einem, wenngleich von ihm selbst einst bestellten Pfande, will l. 86 pr. cit. In l. 71 §. 5 D. leg. I. aber ist von dem B. einer Sache (fundus vectigalis) die Rede, das dem Legatar (municipes) zwar gehört, allein nicht darum in Frage gestellt wird, weil der Legatar Eigentümer, sondern weil der Testator Nichteigentümer, (zu wenig berechtiget) ist (arg.: quia aliquod jus in eo is qui legavit habet). Folgerecht wird das Vermächtniß, da es denn doch gelten soll, aufrecht erhalten: nicht darum weil der Legatar „einiges Recht an der Sache nicht hat“, sondern darum weil der Testator „einiges Recht an der Sache hat“. Darnach geht die Stelle von einem Bindikationslegate aus, die Aufrechthaltung (ex SC. Ner.) aber von dem Umstande, daß der Testator immer-

der mögliche Theil aber nur accessorisch versprochen, vermacht, so hilft die theilweise Möglichkeit nichts: die Obligation ist ganz und gar nichtig³²⁾.

Aus dem Gesagten erhellt, daß die Unterscheidungen der Unmöglichkeit in natürliche und juristische, objektive und subjektive, absolute und relative, ganze und theilweise, dauernde und zeitweilige, nicht viel werth, und zum Theil (obj. u. sub.) unzutreffend sind. Durchschlagend ist der Unterschied von sofortiger und nachfolgender Unmöglichkeit³³⁾; allein unmöglich und nichtig ist die Obligation nur bei sogleich vorhandener Unmöglichkeit. Nur von dieser ist hier die Rede. —

Verschieden von dem Erfordernisse der Möglichkeit und weitergehend als dieses ist das der Existenz. Damit z. B. ein Kauf zu Stande komme, genügt es nicht, daß das Kaufsobjekt möglich sei; zwar kann man künftige, also erst mögliche Sachen kaufen³⁴⁾; allein der Kauf erscheint dann als ein bedingter³⁵⁾; ohne daß die Sache existire, ist der Kauf „nicht zu denken“³⁶⁾. Hiernach dürfen Entscheidungen welche von der Existenzfrage ausgehen, wie namentlich die über den Kauf künftiger, oder aber gegenwärtiger, jedoch ganz oder zum Theil zerstörter Sachen, todter Sklaven u. ³⁷⁾ in die Lehre von den unmöglichen D. nicht hereingezogen werden³⁸⁾. Anderseits scheint zwar auch beim Kaufe mit der Existenz der Sache ihre Fähigkeit gekauft oder verkauft zu werden, noch nicht vorhanden, und

hin ein Recht hatte (fundum vectigalem, Emphyteuse), daß er vermachen konnte und allein vermachen wollte.

32) arg. l. 2 D. pec. leg. 33, 8 — quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint z. B. servo legato cum peculio (l. 1 eod.) — fundus cum instrumento: §. 17 J. leg. 2, 20 — nicht ancilla cum natis, servus ordinarius cum vicariis — ibid. —

33) Von letzterer Rommseeu §§. 20–33.

34) — futuras res emi posse: l. 34 §. 2, l. 39 §. 1 D. c. e. 18, 1. 35) l. 8 pr. eod. — ut cum editus esset partus, jam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur —

36) l. 8 pr. eod. Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi; et tamen fructus et partus futuri recte ementur — Fortf. in der vorigen Anm. l. 15, l. 44 eod., l. 1, l. 7 D. hered. vend. 18, 4.

37) wie besonders l. 5 pr. — §. 3; l. 58 D. c. e. 18, 1.

38) s. dagegen Rommseeu z. B. S. 151 Anm. 12–14; S. 162–178; hinwider meine Recension des Rommseeu'schen Buches in der M. kritischen Ueberschau, Bb. 5 S. 300.

insoferne die Lehre von der Unmöglichkeit auch beim Kaufe am Platze zu sein³⁹⁾; bei näherem Betrachte zeigt sich aber der Kaufkontrakt trotz Unkäuflichkeit der Sache möglich (§. 246 besonders Anm. 13).

§. 246.

Fragt man

1. inwieweit Jemand, trotzdem Unmögliches in obligationem deduzirt wurde, gleichwol obligirt sein könne, so findet sich von einer solchen gewissermaßen hinter der nulla obligatio erwachsenen vera obligatio bei Stipulationen und überhaupt einseitigen oder strengen Geschäften keine, oder keine sichere Spur¹⁾. Dagegen fehlt es nicht an zahlreichen Belegen dafür, daß der Verkäufer von existenten aber extra commercium befindlichen Sachen und von freien Personen obligirt, überdies aus dem Kaufe selbst obligirt und belangbar sein könne²⁾. Nichtsdestoweniger wird man auch hier von keiner Obligation bei nichtiger Obligation reden, oder Existenz und Nichtexistenz der Obligation nebeneinander annehmen können. Denn wo jener Verkäufer obligirt ist, erscheint fast allenthalben³⁾ der Kauf

39) S. 3. B. nur l. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1 — quas vero (res) natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerant, earum nulla venditio est.

1) s. die von Mommsen S. 113 fgg. aufgeführten Stellen über unmögliche Stipulationen: Gaj. 3, 97; l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7; l. 83 §. 5 l. 103 l. 35 pr. D. v. o. 45, 1 — in Betreff der Schlüsselworte von l. 35 pr. cit. (nisi per quem stetit, quo minus facere id possit) desselben Anm. 9 S. 117. — in Betreff der Vermächtnisse Derselben Bemerkung S. 112 Abs. 1, S. 113 Anm. 2; insb. Ulp. 24 §. 8, §. 9; §. 4 J. leg. 2, 20; l. 39 §§. 8–10 D. leg. I.; l. 14 C. leg. 6, 37. — Daß credebat und putabat in Gaj. 3, 97, das ignoraverint in l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7 enthält kein argum. a contr., sondern eine Erklärung, wie man denn solches stipuliren mochte (vgl. Mommsen S. 115 unten).

2) Außer den bei Mommsen S. 125–127 abgedruckten l. 70, l. 34 §. 2, l. 4 — l. 6 pr. D. c. e. 18, 1; l. 4 D. quib. ad lib. procl. 40, 13 §. 5 J. empt. 3, 23 s. auch noch die von Derselben S. 119 für totale Nichtigkeit aufgeführten l. 1 C. sepulchr. viol. 9, 19 (scientes) u. l. 62 §. 1 D. c. e. 18, 1.

3) Nur l. 62 §. 1 D. c. e. 18, 1 spricht von einer actio ex emto bei „nicht tenentem“ Kaufe (licet emtio non teneat); wogegen nach l. 70 D. c. e. 18, 1 nur si sciens liberum esse emerit, nulla emtio contrahitur und liberi hominis emtionem contrahi posse ein bereits zur Herrschaft gelangter Satz war; nach ihm respondbirt Paulus in l. 4 D. quib. ad lib. 49, 13 (venditio tam servi quam liberi contrahi potest) cf. l. 34

selbst als existent und der Verkäufer nicht etwa hinter einer *nulla obligatio* aus einem außer dem Kaufe liegenden Grunde, sondern aus dem Kaufkontrakte selbst obligirt⁴⁾. Auch liegt dieser Obligation unverkennbar der Gesichtspunkt der Evictionshaft zu Grunde⁵⁾: wie denn auch in der That nur die (dem Kauf nicht innewohnende) Haftung für ein *liberum hominem, rem sacram dare* eine Unmöglichkeit⁶⁾, dagegen die Haftung für ein factisches Behalten dieser Personen und Sachen (*habere licere* in diesem Sinne) eine Möglichkeit war⁷⁾. Uebereinstimmend mit dem Gesichtspunkte der Evictionshaft ist es, daß der Käufer von der Unverkäuflichkeit der Sache überall nichts wissen darf⁸⁾. — So finden wir für die Vorstellung, daß der Kontrahent bei nichtigem Kontrakte aus dem Kontrakte⁹⁾ schuldig werden könne, wenigstens auf dem Gebiete der

§. 2 D. c. e. 18, 1. Derselbe Satz gilt denn auch schon früher (Pomponius) für *res extra comm.*: l. 4 — l. 6 pr. eod. §. 5 J. cit. Ob des Modestinus „*licet emptio non teneat*“ in l. 62 §. 1 cit. der Ueberrest einer abweichenden Ansicht, oder nur der Ausdruck für Unbeständigkeit des Kaufs im dinglichen Sinne sei (da weder die Sache beim Käufer noch der Preis beim Verkäufer bleibt — vgl. Burhardi, Wiedereinf. S. 327) — oder der Kauf bloß als Veräußerung nichtig sei (Brandis, über abf. u. relat. Richtigkeit, Zeitschr. f. Civilr. u. F. Bd. 7 S. 180 §. 10 ab. init. u. S. 182), müssen wir dahingestellt sein lassen. Daß in l. 8 §. 1 D. relig. 11, 7 *actio in factum* statt *ex emptio* plaggreift, scheint uns (gegen Mommsen S. 123 unten u. Windscheid §. 307 Anm. 5.: „die römische Form für diese Verpflichtung war *actio in factum*“; allein es „führte auch die Formel der betr. Kontraktklage zum Ziel“) kein Zeugniß für Richtigkeit des Kaufes; dagegen spricht schon der Umstand, daß diese *in factum actio* nach dem Gesichtspunkte des Kaufes (*cum quasi ex emptio actionem contineat*) behandelt wird (*et in heredem competit*). Sollte in dem Falle der l. 8 §. 1 cit. *in factum actio* nicht darum nothwendig geworden sein, weil nicht der Käufer oder dessen Erbe, sondern ein Dritter, gegen welchen die Religiosität des Plazes geltend gemacht worden ist, als Kläger auftritt? Wenigstens ist nicht vom *emptor*, sondern von dem *ad quem ea res pertinet* die Rede.

4) s. die Anm. 2 citt. II.

5) l. 4 cit. — *venditio . . . contrahi potest et stipulatio de evictione contrahitur* — l. 39 §. 3 D. evict. 21, 2 — *evictionis nomine tenetur . . . obligatur* §. 5 J. cit. — *habebit actionem ex emptio, quod non habere ei liceat* — Hieher auch der Fall der *hereditatis alienae venditio* in l. 8 u. l. 9 D. her. vend. 18, 4.

6) vgl. §. 245 Anm. 10.

7) §. 5 J. cit. (Num. 5)

8) s. sämtliche in Num. 5 u. 2 citt. II.

9) weil er dadurch, daß er kontrahirte, wo nicht kontrahirt werden konnte, eine Schuld auf sich lud, gleichviel ob er das Hinderniß kannte oder nicht kannte (*culpa in contrahendo*: Hering, Jahrb. f. Dogm.

Nichtigkeit aus Unmöglichkeit, keinen Boden. Entweder ist der Kontrakt nichtig¹⁰⁾: dann gibt es auch keine Klage aus diesem Kontrakt¹¹⁾; oder es gibt eine Klage aus diesem Kontrakt: dann ist der Kontrakt nicht nichtig, die Unmöglichkeit eine bloß scheinbare, indem man eine Unmöglichkeit, die bloß in Ansehung der obligatio dandi¹²⁾ besteht, auch da erblicken zu müssen glaubt, wo eine bloße Obligation auf habere licere besteht¹³⁾.

Von der Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit ist die wegen Nichtexistenz (beim Kaufe) auseinanderzuhalten (§. 216 Abs. 2). Wegen Unmöglichkeit gibt es beim Kaufe keine Nichtigkeit¹⁴⁾, wohl aber wegen Nichtexistenz¹⁵⁾. Eine Obligation des Verkäufers aus dem Kontrakte oder aus der Kontrahirung bei Nichtigkeit des Kontraktes dürfte übrigens auch hier (bei Nichtigkeit wegen Nichtexistenz) nicht anzutreffen sein¹⁶⁾.

Bd. 4 §. 16 fg. Pang. §. 109 oder weil er, indem er kontrahirte und durch seine Erklärung das Vertrauen des Gegners auf das Zustandekommen des Vertrages erregte, die Garantie für dieses Zustandekommen übernahm (Windscheid §. 307 Anm. 5). Ueber anderweite Begründungen s. Windscheid a. a. D. u. §. 315 Anm. 7.

10) wie der Kauf von res extra comm. jure non subsistit, nulla emtio venditio ist, wo dem Käufer diese Qualität bekannt ist: I. 1 C. sepulchr. viol. 9, 19 oder als bekannt (vom Juristen) vorausgesetzt wird: I. 34 §. 1; I. 22 — I. 24 D. c. e. 18, 1; vgl. Brandis a. a. D. §. 182; in Anbetracht der I. 22—24 cit. abweichend Mommsen §. 120—122.

11) insonderheit beim Kaufe u. abgesehen von Konditionen u. G. keine Klage, wenn nicht die de dolo begründet ist. Vgl. Burchardi, Wiedereinf. zu I. 7 pr. D. de dolo 4, 3 Ulp. „Ulpian geht . . . unverkennbar davon aus, daß ein nichtiger Verkauf keineswegs die actio venditi . . . begründe. Denn nur aus dem Mangel dieser Klage leitet er das Recht des betrogenen Käufers auf Anstellung der actio de dolo . . . ab“. Brandis a. a. D. §. 182. „Daß bei wirklicher Nichtigkeit des Kaufgeschäftes doch eine a. emti auf das Interesse stattfinden könne (Glück, Comm. Bd. 16 §. 49 Not. 49 u. dazu Mommsen §. 124 Anm. 7), ist eine petitio principii.“

12) Si id quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit — I. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7.

13) Der Kauf als Veräußerung (vgl. I. 67 D. v. s. 50, 16) ist an res extra comm. unmöglich, als Gewährung möglich, wird aber auch als diese zu nichts, wenn Käufer wissentlich die unveräußerliche Sache kaufte. So die Stellen §. 245 Anm. 39 u. hier Anm. 10 zu denken.

14) Die Nichtigkeit in den soeben cit. II. folgt daraus daß Käufer das extra comm. esse kennt, nicht daraus daß res extra comm. ist.

15) s. die §. 245 Anm. 36 cit. II.

16) In I. 57 pr. §. 3 D. c. e. 18, 1 ist überall wo actio emti, venditi, der Kauf „ständig“; — I. 21 pr. D. a. e. e. v. 19, 1 läßt zwar a. emti zu, wo etwas nicht zustandekommendes (partus sterilis ancillae) gekauft ist; allein I. ist nicht gesagt, daß der Kauf nichtig sei; 2. läßt sich

Das Interesse, welches der Verkäufer einer *res extra c.* oder einer nichtexistirenden Erbschaft im Falle der Rechtsbeständigkeit des Geschäftes und aus dem Kaufe praestiren muß, ist allerdings ein anderes als wenn er eine käufliche Sache oder eine wirklich bestehende Erbschaft verkauft hätte¹⁷⁾; allein dieser Unterschied liegt lediglich darin, daß in letzterem Falle die *res ipsa* im Interesse mitbegriffen ist¹⁸⁾, während es sich dort nur um die zufälligen anderweiten Schäden handelt¹⁹⁾.

denken, daß derjenige, welcher eine *res sperata* wissend, daß sie nicht zur Existenz kommen kann, dennoch verkauft, demjenigen gleich behandelt wird, *qui id egit ne nascatur, aut fiat* (l. 8 pr. D. c. e. 18, 1); denn indem er den *partus* einer *sterilis ancilla* verkauft, hat er dafür, daß es zum *partus* nicht kommen werde, gesorgt; also wird hier *conditio* (§. 245 Anm. 35) pro *impleta* erachtet. Daß der Jurist den Verkäufer als mit der Sterilität oder dem überständigen Alter der Sklavin vertraut denkt, deutet er an: *cum id emtor ignoraverit*; einen *sciens venditor* hat er auch in §. seq. vor sich. (S. dagegen Mommsen S. 134 Abs. 2). — Bei *hereditatis venditio* liegt unzweifelhaft *Evictionshaft* vor, *si est quidem hereditas, sed ad venditorem non pertinet* (l. 8 D. her. v. act. vend. 18, 4 Javolenus); daß andernfalls (*si nulla est — ejus qui vivit, aut nullus est l. 1. eod.*) kein Kauf bestehe und *emtio* nicht kontrahirt sei, darum auch (keine *a. emti* sondern) nur *Kondition* des Preises stattfinde, sagt Paulus — l. 7 eod.; — eher auf eine *actio emti* möchte man beziehen was Javolenus für denselben Fall in l. 8 cit. entscheidet: *et si quid in eam rem impensum est u. dazu noch das aus Paulus hinzugefügte: Et si quid emtoris interest*). Indessen ist uns der Eingang zu l. 9 nicht erhalten, in dem uns erhaltenen Stücke aber die *Praestations*-schuld für beide Fälle (*si aliqua hereditas est u. si nulla est*) als entschieden vorausgesetzt u. nur das *Praestations*objekt in Frage; woher denn die *Praestations*schuld so ohne weiteres für beide Fälle ausgemacht? M. C. aus dem verlorenen Eingange, d. i. aus einer der *h. venditio* beigefügten und nicht bloß auf das *habere* sondern auch auf das *esse hereditatem* lautenden *Stipulation* oder *Paktion* (vgl. l. 2 pr. l. 21; l. 10 -13. eod.; in den Verkauf des *nomen* ist die *Garantie* des *esse nomen* stillschweigend aufgenommen: — l. 4 eod.); darnach wäre denn auch die *Klage* entweder *ex stipulatu*, oder aber zwar *ex emto*, aber durch ein *Gebinde* bedingt.

17) §. 5 J. *empt.* 3, 23 — *ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse* —; — l. 8 D. her. vend. 18, 4 — *ut si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur: si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat, et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur: — l. 9 eod. — Et si quid emtoris interest.*

18) l. 8 cit. — *ipsa aestimetur.* —

19) Sagt man, daß dieses Interesse der Schaden sei, „welchen die Abschließung des Vertrages dem Verkäufer veranlaßt hat“ (Mommsen, S. 124 oben, S. 133 unten, und überhaupt S. 107; Jhering a. a. D. S. 16. vgl. Windscheid §. 317 S. 208), so sagt man nichts, was nicht bei jeder Interessensforderung aus Kontrakten gälte; denn von allen diesen Interesse- oder Schadensforderungen bestünde keine, wenn der

4. Entstehung.

§. 247.

Zum Unterschiede von den „Pflichten“¹⁾, insonderheit den altrömischen „officia“²⁾, entspringen die Obligationen einerseits zwischen beliebigen Personen und um so vollkommener, je weniger diese sonst mit einander verbunden sind³⁾; anderseits sind sie nicht schon mit dem Dasein dieser Personen, sondern erst durch ein besonderes, mehr oder minder zufällig zwischen ihnen eintretendes Ereigniß da.

Das die Person der Person obligatorisch verbindende Ereigniß oder der Entstehungsgrund der persönlichen Obligation (causa obligationis)⁴⁾ heißt *contrahere* im weitesten Sinne

Kontrakt nicht geschlossen worden wäre; — nennt man es „negatives Interesse“ insofern es am Nichtabschluß des Kontraktes bestehe, — im Gegensatz zum „Erfüllungsinteresse“, das an der Aufrechterhaltung, also an der Erfüllung des Kontraktes bestehe (Fhering a. a. O.), — so trifft dies jedenfalls für uns nicht zu, die wir die Kontraktklage nur aus bestehendem Kontrakte und überall auf Erfüllung, wo nicht auf *res ipsa*, so doch auf *habere licere*, oder *esse hereditatem*, *nomen*, anstellen lassen. Die Vertreter des s. g. negativen oder des Vertragsabschließungs-Interesses machen dieses denn auch überall von Nichtigkeit des Vertrages abhängig; — nennt man dasselbe ein Interesse „über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht worden zu sein“ (Mommson S. 107), so findet sich zwar etwas derartiges in den Quellen selbst (§. 5 J. cit. — *quod sua interest, deceptum non esse*); allein das ist ein Interesse, das z. B. auch bei aeditischen Klagen, trotz Gültigkeit des Kaufes platzgreift.

1) vgl. §. 206.

2) Bb. 1. §. 210. Abf. 1.; Bb. 2. §. 222.

3) nur *naturales* oo. zwischen Gewaltverbundenen — §. 220. A. 1.

4) z. B. in *his causis, ex quibus mutuae* oo. nascuntur — pr. J. auct. tut. 1. 21 und die übrigen bei Dirksen s. h. v. in fin. allegirten II., ausgenommen die „causa lucrativa“ in l. 82 pr. D. leg. I. Vergl. unten §. 248, 3 und oben §. 226 den Unterschied von *causa proxima* und *remota* — vgl. §. 213. — Verschieden von den Entstehungsgründen der Obligationen der Grund aus welchem das Recht aus jenen Gründen (Vertrag; Delikt etc.) Obligationen entstehen ließ. Ueber diesen Grund der Gründe Dr. F. Hofmann (die Entstehungsgründe der Obligationen, insb. der Vertrag Wien 1874) §§. 7–11. Verschieden von der *causa obligationis* (als der objektiv gegebenen Thatsache, an welche das Recht die Rechtswirkung der Obligation knüpft) der subjektive Grund (Beweggrund), aus welchem der Kontrahent sich obligiren läßt; darüber vergl. Lotmar, über *causa* im R. R. Kap. 1., und den Kontraktgrund im Gegensatz zum Obligationsgrund §. 226 und §. 248. 4.

des Wortes⁵⁾, ist des näheren entweder ein „Kontrakt“, contrahere im engeren Sinne⁶⁾, oder ein Delikt⁷⁾. So weit heißt Alles Kontrakt, was ohne Delikt zu sein, eine Obligation begründet: also nicht nur das auf Erzeugung einer D. gerichtete und diese bewirkende Geschäft (obligatorischer Vertrag⁸⁾, gewisse einseitige Versprechungen⁹⁾), sondern auch eine Reihe anderer, die Person unwillkürlich obligirender Vorgänge (variae causarum figurae¹⁰⁾. Allein weiterhin sind diese letzteren Obligationsgründe zum Theil als Quasikontrakte von den Kontrakten aus-
 geschieden, zum Theil als Thatfachen, um derenwillen man mit Strafflagen verfolgt wird, ohne so recht eigentlich etwas verbrochen zu haben, den Delikten an die Seite gestellt worden (Quasidelikte)¹¹⁾.

Mit diesem Rahmen kann man sich auch fernerhin begnügen¹²⁾. Was es für „Umstände seien, welche die s. g. obl. quasi ex contractu oder delicto erzeugen, ergibt die Bezeichnung“ allerdings „nicht“; allein ähnliches läßt sich auch von

5) l. 20 D. jud. 5, 1 — ut ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur — l. 41 D. adm. tut. 26, 7 — quod (tutor) . . dolo contraxit — vgl. das delictum, fraudem, culpam contrahere bei Dirksen s. h. v. §. 3; ferner „hos conjunxit res“ in l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10, 2;

6) über diese substantivische, der personae obligatio vorbehaltene Wortbildung s. §. 213 Anm. 3.; über deren Gegensatz zu delictum s. Gaj. 3, 88 §. 2 J. oblig. 3, 13 — l. 1 pr. D. o. e. a. 44, 7.

7) Gaj. cit. vgl. l. 20 D. jud. 5, 1 — wornach das Delikt nur Profontrakt.

8) wie der voluntarius contractus in l. 4 C. usufr. 3, 33. Aber so häufig sieht contractus schlechtthin für den obligatorischen Vertrag, daß nach einem Spruche des Peditius nullus contractus sein soll, der nicht in se habeat conventionem — l. 1 §. 3 D. pact. 2, 14, und die nicht-freiwilligen Kontrakte späterhin aus den „contractus“ ausgeschlossen werden. (Anm. 11.)

9) Es kann nur Zufall sein, wenn nicht auch diese einmal contractus heißen: arg. Anm. 10.

10) l. 16 D. neg. g. 3, 5; l. 23 D. r. j. 50, 17 — negotia gesta . . et rerum communio — arg. der Umstand, daß im Gegensatze zum Vermächtniß der Vertrag voluntarius contractus heißt (Anm. 8); die „variae causarum figurae“ s. l. 1 pr. D. o. e. a. 44, 7.

11) §. 2 J. oblig. 3, 13 Sequens divisio in quatuor species dividitur; aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio — cf. pr. J. de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur. Die Neigung zur Ausscheidung der Quasiff. aus den Kontrakten übrigens auch schon bei Gaj. 3, 91 — Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere — trotz 3, 88.

12) S. dagegen „Kritik der Gajanischen u. Just. Classification und Ersetzung durch eine andere“ bei Baron, P. §. 210. und Windscheid §. 302.

anderen Uebersichten sagen¹³⁾. Auch dürfte kein Obligationenfall zu nennen sein, der in der alten Uebersicht nicht begriffen ist¹⁴⁾. Bedenkt man endlich, daß die Kontrakte und Delikte niemals ohne den Willen oder die Schuld des Obligirten, die Quasikontrakte und Quasidelikte aber unwillkürliche Verwicklungen zwischen den beiderlei Personen sind, so mögen die Grundverschiedenheiten der Obligationsgründe aus dem alten Schema immer noch deutlicher hervortreten als aus anderen¹⁵⁾.

§. 248.

Kontrakte.

Diese sind

1. bald einfach, bald zusammengesetzt; bald nämlich nichts als obligatorische Geschäfte — Stipulationen, Buchungen, Schuldverschreibungen; Konsensualkontrakte, formlose Versprechungen; Pollizationen, Gelübde, Auslobungen¹⁾ —, bald dagegen obligatorische und dingliche Geschäfte, indem man aus Einem Geschäfte nicht nur obligirt, sondern zugleich Eigenthümer, oder sonstwie dinglich berechtigt, oder doch Besitzer, De-

13) z. B. von der „anderen Thatsache an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechtes knüpft“ (Windisch.), — oder von der „positiven Gesetzesvorschrift“ bei Baron: 1. Vertrag, 2. der einseitige Wille des Schuldners resp. seines Erblässers, 3. der Wille des Richters, 4. das einseitige Eingreifen einer Person in die Rechtssphäre einer anderen, sei es ein unerlaubtes (Delikt) oder ein erlaubtes, 5. die positive Gesetzesvorschrift.

14) Namentlich fügt sich die Obligation aus Kondemnation den Quasikontrakten so sicher, als etwa das alte Damnationslegat — ganz abgesehen von der quasif. Wirkung der Litiskonfestation: §. 95 Anm. 9. Obligirungen durch Gesetz erfolgen aber entweder in Gestalt von Damnationen (in den leges), oder durch Aufstellung von Aktionen, es sei nun in Edikten oder leges und fallen also mit den materiellen Voraussetzungen dieser Aktionen zusammen. — Wohin dagegen gehören z. B. die sine causa conditiones nach der Baron'schen Uebersicht? Mehreres hierüber §. 249, 3 a. G.

15) Nach Hofmann a. a. O. werden, so viel wir sehen, res oder fides, noch allgemeiner ein konkretes und ein abstraktes wirthschaftliches Moment, eigentlich überall eine res, zur causa sämmtlicher Obligationen (s. bes. S. 70 oben). Allein so richtig hiebei die Betonung der res im Gegensatz zu den bloßen Willenstheorien ist, so würde eine oberste Eintheilung nach diesen Momenten von dem Detail doch zu wenig sehen lassen.

1) denn im weitesten Sinne d. W. kann man auch einseitige Willenserklärungen, wenn sie obligiren, „Kontrakte“ nennen (§. 247, Anm. 9.)

tenor, Empfänger irgend einer Leistung wird — genannte und ungenannte Realkontrakte. In diesen verbindet sich, das Geschäft von der einen Seite befehen, eine *datio*, *traditio*, Leistung mit einer Auflage (*lex*, *modus*), welche der Geber dem Empfänger macht²⁾; von der anderen Seite eine Empfangnahme der Sache, Leistung, mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme der Auflage (mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Versprechung, Zusage, die Auflage erfüllen zu wollen). Die Auflage und deren Annahme bilden zusammen ein „Uebereinkommen“ (*conventio*, *pactum conventum*), den obligatorischen Vertrag³⁾, welcher in Verbindung mit dem dinglichen Geschäfte Ein Ganzes, Ein Geschäft ausmacht, und zum Theile denn auch „in proprium nomen contractus“ übergegangen ist (s. g. Realkontrakte). — Hiernach ist 1) die *res* im Realkontrakte keine bloße Sache, sondern Einräumung einer Sache, eines Rechtes an der Sache, des Besitzes, Genusses, der Detention an derselben, oder sonst etwas Reelles (*facere*); sie ist etwas Reelles, keine Form des Geschäftes⁴⁾; Bestandtheil eines einheitlichen Ganzen, darum nicht

2) *z. B. l. 8. D. pr. v. 19, 5 — quotiens certa lege dari probaretur —; — l. 13 §. 1 eod. — Si puerum docendum . . dedero . . ita ut si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur — Vgl. meine frit. Bl. nro 1. S. 28 - 32.*

3) Dieses Uebereinkommen findet bei den genannten Realkontrakten gewöhnlich stillschweigend, durch die Bezeichnung des Geschäftes als eines Darlehens *zc.* und Annahme des Geldes *zc.* seinen Ausdruck, ist aber zum Dasein des Geschäftes so nothwendig als die *res*; *l. 3 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 Non satis . . . est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi ut obligatio constituatur.* — Bei den ungenannten Realkontrakten wird, wenn sie auf Gegenleistung gehen, ausdrückliches Bedinge nothwendig (*ut, ita ut — s. oben Anm. 2*). Möglicherweise tritt aber hier und dort zu dem stillschweigenden, oder ausdrücklichen und formlosen Bedinge noch ein formelles Bedinge (*stipulatio*) hinzu, wessfalls wir dann *re et verbis pariter obligamur — (l. 52 §. 3 eod.)*, — nicht als ob da wo wir nur *re* obligirt werden, ein einfach obligatorisches Geschäft vorläge, sondern so, daß dann wenn *et res interrogationi intercedit*, die obligatorische Beimischung eine doppelte (formlose und formelle) ist.

4) Als Form ist die *res* gedacht *z. B. bei v. d. Pfordten, Abhh. aus dem Pandr. 3. Ueber die Klagbarkeit der Verträge S. 218 §. 1 ab init.*; — „Auch Trendelenburg S. 189 macht diesen unter den Juristen sehr verbreiteten Irrthum mit“ (*Hofmann, d. Entstehungsgründe der D. D. S. 60 Anm. 115*). Ob zu demselben nicht auch Lotmar (über *causa* im *r. R. Beitrag z. L. v. d. Rg. 1875*) hinneigt, indem er die Realkontrakte mit zu den Geschäften rechnet, zu denen die Willensäußerung

Mittel zum Zwecke — der Herstellung des anderen, obligatorischen Bestandtheiles nämlich⁵⁾; wohl aber der der Basis gewisser Sacheinheiten⁶⁾ vergleichbare grundlegende Theil der Kontrakteinheit. Und zwar ist nach römischem Rechte res in zweifacher Weise der Grund im Realkontrakte: einmal objektiv, von Rechtswegen, insoferne man auf dieser Grundlage den Empfänger der Sache oder Leistung ohne die That einer gewissen Form zu obligiren vermag⁷⁾, ohne dieselbe durch formloses Uebereinkommen regelmäßig nicht obligirt⁸⁾; dann aber subjektiv, indem Derjenige, welcher sich auf Grundlage der res obligiren läßt, in dieser einen Beweggrund oder den Anlaß hat, sich obligiren zu lassen⁹⁾. Auf dieser subjektiv bewegenden oder veranlassenden Eigenschaft der res beruht die Fortdauer der Realkontrakte im heutigen Rechte (s. unten S. 138 Abs. 1). — Die in jedem Realkontrakte 2.) vorkommende obligatorische Willensübereinkunft erweist sich allenthalben als ein Modus, damit als eine Beschränkung der außerdem freien Gabe, Hingabe, Leistung — gleichviel ob dieselbe als eine lex, oder als ein

von „bestimmter Weise“ sein muß (S. 19 unten S. 21 Abs. 3)? S. dagegen Hofmann a. a. O. Müller Instit. S. 307. Anm. 3. welsch letzterer auch „pactum neben datio“ hervorhebt, und ersteres zutreffend als eine Begrenzung (Modifikation) der letzteren hinstellt.

5) vgl. oben §. 209; dagegen Lotmar, a. a. O. S. 45. Z. 9—11.

6) §. 146 Anm. 2.

7) „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto“ (Festus, v. nuncupatio); „uti legassit suae rei, ita jus esto“ (Ulp. 11, 14), — wornach dann z. B. legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit (l. 3 C. c. e. 4, 38); Si . . . de suo daturus sit . . . quidquid vult pacisci . . . potest; legem enim suae rei dicit (l. 20 §. 1. D. pact. dot. 23, 4); die lex contractus (l. 24 D. dep. 16, 3) Vgl. m. krit. Bl. Nro. 1. S. 31 unten; Liebe „über Wesen und Eintheilung der materiellen R.R. im r. R. Zeitschr. f. Civilt. u. P. Bd. 15. S. 72 fgg. A. Pernice, Labeo S. 474. 2.

8) l. 7 §. 2 §. 4 D. pact. 2, 14 — cum nulla subest causa propter (i. e. praeter) conventionem . . . non posse constitui obligationem.

9) Ohne Einstellung, Hinterlegung der Sache fehlt es zur depositi obligatio am Anlaß, ohne numeratio leicht an einem ausreichenden Beweggrund zur Uebernahme einer Obligation wie sie der Darlehensempfänger übernimmt; vgl. §. 1 J. cons. obl. 3, 22 — nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, vgl. hierzu Pernice a. a. O. Kap. 3, IV. lex und pactum; ferner meine krit. Bl. Nro. 1. S. 30. folg. Hofmann S. 59 unten — wornach wir uns dem Satze: „re obligari bedeute Verpflichtung durch eine Thatfache, so daß die Frage, warum eine Verpflichtung eintrete, gar nicht in Betracht komme“ (A. Pernice, Labeo S. 419 unten und fg.) nicht unterworfen haben möchten.

pactum conventum, oder gar nicht zu Tage trete (Ann. 2. 3.). — Nur in den Realcontrakten erkennen wir zusammengesetzte Geschäfte¹⁰⁾.

2. Die Contrakte sind bald formelle, bald formlose. Grundsatz auch noch des justinianischen Rechtes war es, daß der Wille der Contrahenten, wenn er obligiren sollte, entweder eine reale Grundlage (s. oben 1), oder eine gewisse Form (verba, literae) für sich haben müsse¹¹⁾. Allein nicht nur finden wir diesen Grundsatz durch die 4 Konsensualcontrakte¹²⁾ sowie durch die *pacta legitima*¹³⁾ und die *s. g. praetoria*¹⁴⁾ durchbrochen:

10) Lotmar, a. a. D. erblickt solche in viel weiterem Umfange, z. B. selbst in der *stipulatio*, *donatio*; denn er sieht zusammengesetzte Geschäfte überall da, wo diese auf einer „gewissen Art der Willensäußerung“ beruhen, in eben dieser aber der Wille des Handelnden nicht ganz zu Tage tritt, indem z. B. zur *donatio re* außer der *datio*, welche die gewisse Willensäußerung ist, noch der *animus donandi*, — zur *stipulatio* gleichfalls noch eine gewisse Absicht, zu *creditorum* u. hinzukommen muß. Indessen ist einerseits der *animus donandi* etc. nichts was jemals als Geschäft für sich erscheinen, darum nichts, was zu einer Zusammensetzung in unserem Sinn (als einer Vereinigung mehrerer Geschäfte in Eins) führen könnte; andererseits scheint uns die *res* des Realcontraktes zu stofflich, um als „gewisse Willensäußerung“ charakterisirt werden zu können. — Wendt (Neurecht und Gebundenheit, S. 13) perhorreszirt zwar das „zusammengesetzte“ in der Verbindung der Formalgeschäfte mit einer gewissen *causa*, erblickt aber in einem solchen Geschäfte (z. B. in einer *donandi causa* kontrahirten *Stipulation*) gleichwol zwei Stücke eines „Gesamtgeschäftes“ — überdies eines Geschäftes das nur „scheinbar ein Geschäft“ sei, und aus einer „Mehrheit von Rechtsgeschäften“ bestehe — wornach nicht bloß die *donatio*, sondern auch die bloße *causa donandi* schon ein Rechtsgeschäft wäre, — zweifelsohne auch der bloße *animus donandi*.

11) wobei für hier dahingestellt bleiben kann, ob die Form nicht als etwas „zur einfachen Willenserklärung äußerlich Hinzukommendes,“ sondern „als ein untheilbar mit dieser verbundenes Ganzes“ gedacht war (A. Pernice, *Libro* S. 404. 2.); — dahingestellt auch, ob eines von beiden das ursprünglich alleinige oder allgemeine Erforderniß gewesen: die Form (z. B. Windscheid §. 312. A. Pernice a. a. D. S. 407. Pro. 6. „wird jetzt wohl allgemein anerkannt“), oder *res* (F. Hofmann a. a. D. S. 61 „die solenne Form Surrogat der *res*“ — wofür man auch die Voranstellung der Realcontrakte im *Gajus*-System anführen könnte); oder ob am Ende beides zumal ursprünglich gleich nothwendig und etwa das *Nexum*, welches Form und Sache zugleich war, Muttercontrakt gewesen sei, — wofür der Umstand, daß die formlosen Contrakte, darunter auch die formlosen Realcontrakte aus dem *jus gentium* sind: 1. 7 pr. §. 1 D. *pact.* 2, 14.

12) *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas*: §. 2 J. *oblig.* 3, 14; pr. J. *obl. ex cons.* 3, 23.

13) 1. 6 D. *pact.* 2, 14; formlose Schenkungs- und Totalversprechungen: 1. 35 §. 5 C. *don.* 8, 54 Justinian. §. 2 J. *donat.* 2, 7; 1. 6 C. *dot. prom. v. nuda poll.* 5, 11 Theod. & Valent. cf. c. 4 C. Th. *dot.* 3, 13; unter Umständen eine *actio* aus dem Kompromiß ohne *stipulatio*: 1. 5 C. *de receptis arb.* 2, 56 Justinian.

14) Man pflegt hieher zu zählen das *receptum arbitrii* D. *de recep-*

der Grundsatz, daß bei realer Grundlage die Form entbehrlich werde, erscheint selbst als Durchbrechung eines älteren, und zwar spezifisch römischen Grundsatzes. Denn *juris gentium conventiones* sind ihrem Ursprunge nach nicht etwa bloß die 4 Konjunktionalkontrakte, sondern auch alle im justinianischen Rechte noch vorkommenden Realkontrakte¹⁵⁾; daß bei reeller Grundlage formlos obligirt werden könne, stammt also erst aus dem *jus gentium*. Hiedurch wird zwar einerseits die Herleitung sämtlicher Kontrakte aus der *res* als letztem Prinzip¹⁶⁾ bedenklich, allein andererseits die Herleitung aus der Form¹⁷⁾ nicht unbedenklich; denn ursprüngliches d. i. quiritisches Prinzip kann beides zumal, Sache und Form, gewesen sein¹⁸⁾. — Nur in Verbindung mit *res* sind die formlosen Verträge alle klagbar oder zu Kontrakten geworden, zu genannten oder ungenannten¹⁹⁾; ohne dieselbe sind sie mit Ausnahme der obengedachten, allerdings weittragenden Fälle nicht zu Kontrakten geworden, sondern bloße „Konventionen“ oder „Paktionen“ geblieben²⁰⁾, welche nur, wenn sie den Charakter von Nebengedingen (*pacta adjuncta*) hatten, beim Abschlusse des Kontraktes selbst erfolgten (*ex continente subsecuta*), und in b. f. *judicio* geklagt wurden, auch dem Kläger zu statten kamen (*ex parte actoris insunt*), also für die Forderung selbst maß-

tis. qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant 4, 8 — das *receptum nautarum, caupp.*, *stabb. D. Nautae etc. ut recepta restituant* 4, 9 — das *constitutum debiti D. de pecunia const.* 13, 5 und die *antiquite pec. recepticia* — l. 2 C. eod. 4, 18 Theoph. IV. 6 §. 8. In Betreff des *constit.* und der *pec. rec.* s. indessen Brunns *Zeitschr. f. Rg.* Bd. 1. Nro. 2 und Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877 S. 254 §. 40.

15) *arg. l. 7 §. 1 D. pact. 2, 14* — *ut emptio venditio, loc. cond., soc., commodatum, depositum et ceteri similes contractus.* vgl. M. Voigt, das *jus nat. aequum et bon.* und *jus gentium*, II. Theil S. 651. Savigny, *Oblig.* Bd. 2 S. 9.

16) neben welchem die Form als bloßes Surrogat erscheine (F. Hofmann a. a. O. S. 61).

17) s. z. B. Windscheid §. 312. A. Pernice, a. a. O. S. 407, Nro. 6. „wird jetzt wohl allgemein anerkannt.“

18) Bedenke das *negum*, und daß, vielleicht an seiner Stelle, die Realkontrakte noch immer die Reihe der Kontrakte eröffnen: *Gaj. 3., 89 sqq. J. 3, 14, 15.*

19) l. 7 §. 2 eod.

20) *in suo nomine stant* — *arg. l. 7 §. 1 eod.*

gebend und klageerzeugend waren²¹⁾, außerdem nur dem Beklagten zustatten kamen²²⁾.

Im heutigen Rechte ist nun aber die Ausnahme zur Regel geworden; die obligatorische Kraft des Vertrages ist von Rechts wegen nirgends durch eine gewisse Form oder eine reale Unterlage bedingt. Allein nichts steht im Wege, daß die Parteien eine gewisse Form belieben²³⁾, nichts steht im Wege, daß sie sich anders als auf Grundlage oder aus Anlaß einer res nicht obligiren mögen (s. oben S. 135); gleich den Formalkontrakten (nro. 3) bestehen denn, allen entgegengesetzten Theorien²⁴⁾ zum Troß, die Realkontrakte fort, die ungenannten nicht minder als die genannten. Unnatürlicher ist nichts, als die datio z. B. beim mutuum in eine solutio übersetzen zu wollen. Häufiger wird es da, wo die Römer einen ungenannten Realkontrakt hatten, heute zu einem bloßen Konsensualkontrakte kommen, wo dann die datio, traditio, Leistung allerdings nicht Eingang, sondern Ausgang (solutio) einer obligatio ist.

21) interdum format ipsam actionem — ex parte actoris insunt — l. 7 §. 5 eod.

22) regula ne ex pacto actio nasceretur — nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem: — l. 7 §. 4 §. 5 eod. — In den b. f. judiciis bedurfte der Beklagte zur Geltendmachung auch eines pactum ex intervallo subsecutum keiner exceptio: arg. l. 7 §. 6 eod.; — daraus ward die Möglichkeit des mutui dissensus und daraus der Satz abgeleitet, daß eine pactio ex intervallo subsecuta auch ex parte actoris plaggreifen könne: — l. 7 §. 6 — quod cum est —; — dazu daß das pactum in cont subsecutum für b. f. j. selbst klageerzeugend wirke, vgl. § 225. In st. j. negotio, z. B. Stipulationen, ward das Bedinge entweder in Frage und Antwort selbst aufgenommen (l. 53 D. v. o 45, 1): dann participirte es auch an der Wirkung der Stipulation (z. B. Zinsbedinge); oder es stund „außer der Frage“: dann konnte es, wenngleich ex continenti subsecutum, höchstens ex parte rei (ope exc.) wirken.

23) l. 17 C. fide instr. 4, 21 cf. pr. J. emt. 3, 23 — und unten Nro. 3.

24) daß es überhaupt keine Realkf. mehr gebe: z. B. Wening-Jungenheim, Lehrb. d. Civilt. III. §. 71 Göschen, Vorl. 2. Aufl. §. 439 Nro. 440; — daß nur mehr die genannten: Buchta F. §. 250 vgl. §. 304 §§. 319 — 321. Vangerow § 599. Seuffert, P. §. 308 Anm. 1. Sintenis, pract. gem. Civilt. §. 96 Nro. 3, v. d. Pfordten, über die Klagbarkeit der Verträge nach r. und heut. R. Abhh. S. 297. Unger, in Jher. Jahrb. VIII, 1. Demelius, ebendaf. V. 1. Gegen diese beiden Theorien meine krit. Bl. Nro. 1. S. 18, 3. Arndts §. 23 a. Anm. 4. a. G. Windscheid, §. 312 Anm. 5: „Es kommt darauf an ob die Parteien eine Verpflichtung erst durch das Geben und Nehmen haben begründen wollen.“

Wo nun aber einmal mit der Leistung begonnen wird, werden mit dem ungenannten Realkontrakte auch dessen Eigenheiten beizubehalten sein — *condictio causa data causa non secuta* electiv neben der Klage auf Erfüllung (*praescriptis verbis actio*), und je nach Umständen auch *condictio causa data, causa nondum secuta* (*jus poenitendi*)²⁵).

3. Die formellen Kontrakte sind zugleich formal im Sinne der *ipso jure* ohne Ansehen des Kontraktgrundes (*causa im subj. S.*; *causa remota*) platzgreifenden Giltigkeit (§. 56 und §. 226, vgl. §. 247 Anm.4); die formlosen Kontrakte sind zugleich kausal im Sinne der in Ansehung ihres Kontraktgrundes platzgreifenden Giltigkeit. Das römische Recht hat Stipulationen und Literalkontrakte ohne Ansehung ihres Grundes obligiren lassen, weil in ihnen der Wille selbst greifbar genug vorzuliegen schien; es hat gewisse Kontrakte ohne Ansehung ihrer Form zu Kontrakten erhoben, weil in ihnen ein gewisser Kontraktgrund vorlag (§. 226 a. E., und dieser §. nro. 1); von dem Gegensatz der Kontraktform und des Kontraktgrundes ist der hier vorliegende Unterschied nicht zu trennen; ohne formelle Kontrakte gibt es keine Formalkontrakte; und einmal formell ist der Kontrakt auch Formalkontrakt²⁶). Auch ist diese Qualität der Kontrakte, formell und formal zu sein, *juris publici*²⁷); Privatbeliebung kann keinen Formalkontrakt (z. B. Wech-

25) Näheres hierüber bei den Obligationen im Einzelnen; hier nur die Bemerkung, daß unlängst Siegel (das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen R. 1873.) in seiner Untersuchung über das Reurecht im deutschen Recht (§. 4) Bedenken darüber, ob dieses gegen die Obligation, und zwar gegen die perfekte Obligation gegangen sei, vielleicht doch übrig ließ; — daß neuestens Wendt (Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, 1878) doch wohl im Irrthum ist, wenn er glaubt daß wer ob *causam futuram* gibt, zuvorberst *sine causa* gebe und darum sofort kondiziren (*poenitere*) könne. (S. 32 S. 35). Der Römer hat sein Reurecht nicht gegen *obligationes*, wohl aber gegen *datationes*; ein solches ist möglich auch wenn *ex (justa) causa* gegeben ist; ja daß *ex causa* gegeben sei, ist seine Voraussetzung; ist *sine causa* gegeben so braucht man kein Reurecht. Gegen Wendt auch bereits Regelsberger *N. Viertelj. R. F. Bd. 1. Hft. 3.*

26) wornach auch die vordem übliche Bezeichnung „Formalkontrakt“ beizubehalten wäre gegen Windscheid §. 319 und Alle die nach ihm von „reinen“ allenfalls auch „abstrakten“ und „individuell charakterisirten“ Verträgen sprechen.

27) vgl. jetzt Karlowa, (das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877 S. 256): „Es kann wohl die bestimmte, von der Rechtsordnung sanktionirte und zum Typus ausgebildete Form der Erklärung Rechtscharakter verleihen, nicht aber die von der Partei selbst ganz beliebig gewählte.“

sel) zum Kaufkontrakte degradiren; Privatbeliebung kann keinen formlosen Kontrakt zum Formalkontrakt erhöhen²⁸⁾. Es wird mehr und mehr zweifelhaft, ob das deutsche Recht von sich aus auch nur zu Konsensualkontrakten gekommen wäre²⁹⁾; um so weiter irren wir von ihm ab, wenn wir Formalkontrakte ohne Form zulassen³⁰⁾; daß wir uns diesfalls vom römischen Rechte lossagen, geben fast Alle zu³¹⁾. — Von dem Kontraktsgrunde, der für jede Spezies der Kaufkontrakte in stets gleicher Weise vorkommt, und also zu deren Individualität gehört, müssen hier wie bei den Rechtsgeschäften überhaupt die in dem Geschäfte selbst nicht hervortretenden ferneren oder Neben=Absichten und Zwecke, die so verschieden als zufällig und für das Wesen der Kontrakte gleichgiltig sind, unterschieden werden³²⁾. —

28) *Emtio venditio* wird durch die Beliebung schriftlicher Abfassung (s. oben Anm. 23) nicht zum Formalkontrakte; mündliche Versprechung wird in keiner Weise zur Stipulation, nachdem dieselbe in ihrer Eigenschaft als Formalkontrakt bei uns nicht Eingang gefunden hat, und also nicht Rechtens geworden ist. S. dagegen Windscheid, (318, 2), welcher, in wesentlicher Uebereinstimmung mit Liebe (Stipulation S. 89), Savigny, Rudorff, Arndts, Witte Bähr, Baron, — den Wegfall der Stipulation bestätigt, unser formloses „Versprechen aber (je nach dem Belieben des Promittenten) sich von seinem Bestimmungsgrunde loslösen“ läßt. Auf unserer Seite stehen Gneist, Heimbach, Schlesinger, Salpius, Puchta, Sintenis, Keller, Karlowa, und am Ende auch Bekker und Bruns. Darstellungen der Controverse s. bei Vangerow §. 690 Anm. Abf. 2. Witte, die bindende Kraft des Willens im Obligr. nach d. Lehre der heutigen Wissenschaft M. Viertelj. Bd. 6 S. 330 fg., Karlowa a. a. D. S. 40.

29) vgl. Karlowa a. a. D. S. 255 unten und die von diesem citirten Salpius. und Girtanner.

30) Bruns, der in der Holtendorff'schen Encyclopädie 3. Aufl. S. 415 §. 54 a. G.) prinzipiell der Liebe-Windscheid'schen Formel beipflichtet, bemerkt doch, daß der Trennungswille (d. i. das Belieben, den Kontrakt von seiner causa loszulösen — Anm. 28) . . . ohne eine gewisse Form, wenigstens eines Schuldscheins, schwer zu konstatiren sein wird“ und Bekker (M. Viertelj. Bd. 9. S. 273 fgg.) bemerkt, daß wir „tausendfältig verlegen“ würden, „wenn wir die (Präsumtion des von der causa abstrahirenden Parteiwillens) nicht auf bestimmte Formalgeschäfte beschränkten.“ — Gegen die naheliegende Versuchung, für unsere Frage die Tradition zu verwerthen s. Bruns a. a. D. S. 414, diese meine Pandd. oben §. 151. S. 588. und dazu Eisele, M. Viertelj. Bd. 20. S. 4. S. 9.

31) Auch Windscheid kann in §. 318 Anm. 3. nicht mehr sagen wollen, als daß das römische Recht den alten Literalkontrakt untergehen, die Stipulationsform dagegen unter bestimmten Voraussetzungen zur Schrift werden ließ; daß das römische Recht formlosen Versprechungen formalkontraktliche Wirkung beilegte, ist nicht behauptet.

32) vgl. meine Pand. 1. Aufl. §. 346, Lotmar, Causa, S. 43 unten und fgg. „Begrifflicher und außerbegrifflicher Wille.“

Formelle und darnach formale Kontrakte haben wir auch heute noch, wenn nicht in der Ausstellung des Schuldscheins, so doch jedenfalls in der des Wechsels und seiner Acceptirung und Girirung³³). Die Kontrakte sind

4. gewöhnlich Verträge (conventiones)³⁴), nur ausnahmsweise einseitige, d. h. auf einer Willenserklärung bloß des Obligirten beruhende Versprechungen³⁵). Nur der Gemeinde und den Göttern, allenfalls auch dem Gatten und dem Patron sollte die einseitige Zusage verbinden³⁶), und selbst diesen nicht ohne besondere Voraussetzungen³⁷). Vielleicht ist kein innerer Grund abzusehen, „warum der Wille, sich zum Schuldner zu machen, für sich allein nicht hinreichen sollte zur Hervorbringung dieser Wirkung“³⁸); kann man doch sagen, daß das ohne vorgängige Rogation erfolgende Versprechen an und für sich auf eine Zustimmung nicht angelegt ist, und also erst durch positive Rechtsvorschrift deren bedürftig wird³⁹). Allein wenig-

33) s. diese und andere bei Keller a. a. D.; und problematische oben S. 56. Abs. 1 a. E.

34) Vgl. Kunze, Curs. d. r. R. §. 623; deren allgemeines Wesen und Erforderniß in der Lehre von den Rechtsgeschäften.

35) — offerentis solius promissum — l. 3 pr. D. de pollicitationibus 50, 12.

36) Die Pollicitationen inmitte des jus publicum im 50. Buche der Digesten, Tit. 12, Karlowa (S. 273); — das votum: l. 2 eod.; ob nicht auch dem Gatten, als dotis dictio? Besmann röm. Dotatr. S. 98. wie Eghlarz, röm. Dotatr. S. 114. 2. sind beide dagegen; allein letzterer aus einem Grunde, nach welchem es kein einseitiges Versprechen geben könnte („da ja dem Manne die dos doch nicht gegen seinen Willen aufgedrungen werden konnte“); ersterer mit vielleicht ungenügender Verwerthung von Gaj. epit. II, 9 §. 3, der ein Merkmal der Zweiseitigkeit (interrogatio) negirt, und ein anderes nicht ponirt; beide ohne Beachtung des Umstandes daß die Erklärung X doti tibi erunt auf eine Antwort nicht angelegt ist (Anm. 6). Für Einseitigkeit Karlowa a. a. D. S. 272.

37) Pollicitatio: l. 1 §. 1 §. 2 D. h. t.; voto autem patresff. obligantur puberes, sui juris — l. 2 §. 1 eod. — vgl. §. 220 den Text zu Anm. 10.; dem Gatten nur dotis dictio — dem Patron operarum jurata promissio Kunze a. a. D. — Einwendungen gegen die Einseitigkeit des votum und der pollicitatio selbst bei A. Pernice in der Recension des Siegel'schen Buches in der Goldschm. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 20. S. 290.

38) Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Berlin 1873 S. 48. Unger, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 4, Separatabdruck aus Grünhuts Zeitschr. Bd. 1 nro. 12. — S. dagegen Hofmann, Entstehungsgründe der D., der S. 73 einen inneren Grund dafür, daß wenigstens in der Regel Zweiseitigkeit erforderlich ist, beibringt.

39) Wer mir ungefragt 1000 verspricht, erwartet vielleicht meinen

stens an einem äußeren Grunde fehlt es keineswegs. Eine und dieselbe Willenserklärung kann ebensowohl bloßes Offert oder gar nur bloße Verühmung⁴⁰⁾, als Versprechen sein; wer die auf einseitiger Willenserklärung beruhende Versprechung für bindend erklärt, läuft demnach Gefahr, bloße Offerte gleich Versprechungen, bloße Redensarten gleich Sponsionen zur Grundlage von Aktionen und Kondemnationen zu machen. Selbst wahre Versprechungen werden, wenn nicht rogirt und also dem Versprechenden vom Promissar nicht zu Gemüthe geführt, leicht minder ernst und überlegt sein, als rogirte⁴¹⁾. Hierin lag Grundes genug, einseitige Willenserklärungen nur ausnahmsweise⁴²⁾ obligiren zu lassen; wo dies der Fall war, wollte man zugleich gewarnt haben, es diesmal (den Göttern, der Gemeinde zc. gegenüber) mit seinem Worte ernst zu nehmen. — Aber auch an einem inneren Grunde würde es nicht fehlen, wenn wir annehmen dürften, daß der Grund aus welchem das Recht (§. 247 Anm. 4) obligatorische Wirkungen an formlose Versprechungen knüpft, auf „Treu und Glauben“ (fides) zurückgehe (§. 224 Anm. 5. §. 225); denn Treue von der einen, Glauben und Vertrauen von der anderen Seite, setzen wie Treubruch hier und Enttäuschung dort nicht nur ein Wortgeben auf der einen, sondern auch ein Sichdaraufeinlassen von der anderen Seite, also Zweiseitigkeit voraus⁴³⁾. — Ob das alte deutsche Recht von anderen Grundsätzen ausging, kann hier dahingestellt bleiben⁴⁴⁾; daß sich im heutigen Rechte

Dank (der nicht erst Acceptation oder Erwerb einer Forderung, sondern — wie bei dem, welchem re geschenkt wird — Folge des Erwerbes ist), mit nichten Annahme; denn wenn er dies thäte, würde er offeriren, nicht versprechen.

40) vgl. das *se heredem imperatorem facturum esse jactare* in Paul. R. S. V. 12 §. 9 und l. 19 §. 3 D. aed. Ed. 21, l. Ea . . sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecunque sic dicuntur ut praestentur, non ut jactentur.

41) vgl. Girtanner, die Stipulation, S. 106 und Justus Möser in seinen patriotischen Phantasien II, 24. „Also sollte man die röm. Stipulation wieder einführen?“ gegen den „Narren“ der zuerst das Sprichwort: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort — so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne.

42) Paul. R. S. V. 12 §. 9 — *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur* —

43) Das ist der innere Grund, aus welchem Hofmann a. a. O. S. 73 vgl. S. 68 fg. Zweiseitigkeit als Regel vertheidigt.

44) S. übrigens Karlowa (das Rechtsgeschäft) S. 255. — Dem

das entgegengesetzte Prinzip geltend mache, muß bezweifelt werden⁴⁵).

5. Die Kontrakte sind sämtlich entweder bloß einerseits oder beiderseits, in Einem Falle (Sozietät) allerseits obligierend — einseitige oder gegenseitige Kontrakte (§. 224. 1)⁴⁶. Die formellen Kontrakte sind sämtlich einseitig, und müssen es sein; denn die Gegenseitigkeit enthält und offenbart zugleich den Kontraktgrund, während der formelle Kontrakt zugleich

gegenüber (daß nach dem Rechte des d. Mittelalters eine klagbare D. durch jeden formlosen Vertrag (!) habe begründet werden können) wird jetzt . . von germanistischer Seite mit großer Bestimmtheit es als ein Satz des d. Vertragsrechtes hingestellt, daß ein verbindlicher Vertrag nicht durch die bloße Erklärung der Willensübereinstimmung . . . , sondern, wie nach altrömischem Recht, nur durch das Hinzutreten entweder einer bestimmten Form oder einer Leistung (res) zu Stande komme. Es gibt, sagt Sohm (Recht der Eheschließung S. 24 ff.) nach d. Recht nur Formal- und Real-, keine Konsensualkontrakte.“

45) Unter den 8 von Siegel §§. 7—14 unter Zustimmung Ungers aufgeführten Fällen scheint uns bloß die Auslobung, so sehr auch das bestritten ist (Hofmann S. 38 fgg.) angenommen werden zu müssen, freilich nicht als Ausfluß eines neuen Prinzips, sondern als Ausdehnung einer Ausnahme, der Pollicitation an Städte zur Pollicitation an das Publikum. Dagegen leidet die obligatorische Wirksamkeit des Offertes (an Abwesende) an innerem Widerspruche, ob sie nun gesetzlich sanktionirt sei oder nicht; man kann sich für den Fall unzeitigen Widerrufs zu Schadenersatz obligiren, nicht aber zu dem, was man bloß offerirt, obligiren. Hiegegen scheint man uns auch nicht durch die Siegel'sche Unterscheidung der Verpflichtung zum Worthalten und derjenigen zur Erfüllung aufkommen zu können; denn das Wort das man halten muß, ist bereits Versprechen, das erfüllt werden muß; etwaiges Reurecht zufolge dessen man sein Wort nicht zu halten braucht, macht auch daß man das Versprechen, welches erfüllt werden soll, nicht zu erfüllen braucht (s. dagegen A. Pernice, a. a. O. S. 292—298). — Dasselbe gilt vom Vertragsofferte mit Bedenkzeit; — im s. g. hinkenden Geschäfte *ex uno latere stat contractus*, nicht *unius solius promissio* (I. 13 §. 29 D. a. e. e. v. 19, 1 und dazu einstweilen meine I. Band.-Ausfl. S. 164 1b.); — das Steigerungsgebot erachtet Unger selbst wenigstens für den Fall daß mit einem Aufwurfspreis versteigert wird, als Acceptation (Zhering'sche Jahrb. VIII S. 138); ob es im anderen Falle nicht entweder dasselbe (Acceptation des zu beliebigem Preise, aber mit in diem addictio gemachten Offertes), oder bloßes Offert sei, kann mit Grund gefragt werden (m. Pandd. I. Ausfl. S. 1592 Abf. 2); — Inhaberpapiere und Wechselaccepte müssen nicht bloß geschrieben, sondern auch ausgegeben werden, um obligatorisch zu wirken; daß hiemit das Versprechen bloß abgegeben, nicht auch in Empfang genommen (acceptirt) werde (Unger), scheint denn doch befremdlich. Gegen die Verwendung des Vertrags zu Gunsten Dritter s. Unger selbst. — Ähnliches und anderes wird gegen die Mehrzahl der Siegel'schen Fälle eingewendet von A. Pernice a. a. O. S. 292—298.

46) im Gegensatz zu den ein- oder zweiseitigen Willenserklärungen (oben 1).

formal, also das Gegentheil des kausalen, darunter des gegenseitigen ist; — die formlosen sind nicht alle⁴⁷⁾, wohl aber die meisten⁴⁸⁾ und häufigsten gegenseitig, nur daß man aus den gegenseitigen nicht überall, beider- oder allerseits, auch sofort „Schuldner“ wird (S. 57). Im engeren Sinne des Wortes sind nur die gegenseitigen Kontrakte „contractus“ (συναλλάγματα) (S. 56 Anm. 4); im weiteren durften wir nicht nur die einseitigen Kontrakte, sondern auch die mit einseitiger Willenserklärung obligirenden Versprechungen darunter begreifen. — Die formlosen, einseitigen Kontrakte sind, mögen sie nun auf einseitiger Willenserklärung beruhen, oder Vertrag sein, alle kausal⁴⁹⁾.

6. Die Kontrakte sind entweder bewegliche oder unbewegliche, je nachdem eine und dieselbe Kontraktsspezies eine und dieselbe causa, oder aber bald diese bald jene causa hat (z. B. *emptio venditio* — *stipulatio*). Darnach sind die Formalkontrakte alle beweglich, die Kaufalkontrakte alle unbeweglich — der Verbal- und der Literalkontrakt je nach seiner (ihm in Wirklichkeit innewohnenden, wengleich in der *intentio* nicht zu Tage tretenden) causa bald Schenkung, bald Zahlung, bald Kreditirung⁵⁰⁾, die Spezies der Konsensual- und der

47) nicht die Pollicitationen, Gelübde, Auslobungen; Schenkungs- u. Totalversprechen, Konstitutum —

48) namentlich auch die „einseitigen mit *actiones contrariae*“ s. oben S. 57.

49) Pollicitationen die „*sine causa*“ im Sinne der l. 1 §. 1 D. h. t. 50, 12 erfolgen, haben *meram donandi causam* (vgl. z. B. die „Liberalität“ in l. 1 §. 5 eod., die „*gratia muneris quod sponte obtulit*“ in l. 8 eod.), und sind eben darum nicht ohne weiteres bindend; — das *votum* möchten wir kein gegenseitiges (*Per nice*), wohl aber ein zum Unterschiede von der Pollicitation niemals „*sine causa*“, d. h. niemals *ex mera donandi causa* erfolgendes Geschäft nennen (z. B. Liv. 10. c. 19 *Bellona, si hodie nobis victoriam duis, ast ego templum tibi voveo* — und die anderen Gelübdeformeln bei *Brisson de formulis lib. I. c. 159*. Dazu *Karlowa a. a. D. S. 271* „ — das kausale Moment, welches in der Bedingung liegt, unter welcher das Gelübde geschieht.“ Das selbe gilt von der Auslobung; die causa der Schenkungs- Total- und Zahlungsversprechung liegt ohnehin zu Tage.

50) Hieher das *totidem genera sunt (stipulationum) quot (pene dixerim) rerum contrahendarum* (l. 5 pr. D. v. o. 45, 1); z. B. Schenkung (l. 22 D. donat. 39, 5), Kreditirung (l. 2 §. 5 D. r. er. 12, 1; cf. l. 3 §. 4 D. ad SC. Mac. 14, 6; l. 47 pr. D. pact. 2, 14; l. 40 §. 2 D. c. e. 18, 1 etc. Gaj. 4, 116a); l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 — *quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obliga-*

Realkontrakte dagegen stets nichts als Kauf, Miethe, Darlehen u. ⁶¹⁾.

§. 249.

Quasikontrakte.

1. Als Ursache der Bezeichnung „Quasikontrakte“ denken wir zuvörderst den Umstand, daß die durch und die gegen den Willen des Obligirten entspringenden, (Kontrakt- und Delikt-) Obligationen vor denjenigen dagewesen sein werden, welche ohne den Willen des Obligirten entstehen ¹⁾, — und dazu die Neigung der römischen Jurisprudenz, das Neue an das Alte anzuknüpfen ²⁾. Daß etwelche später aufgekommene

tiones nascuntur sed una verborum —); Zahlung (l. 26 D. sol. 46, 3; cf. l. 19 D. c. e. 18, 1; l. 11 §. 2; l. 53 D. a. e. e. v. 19, 1).

51) Was wir hier beweglich und unbeweglich nennen, und nicht bloß innerhalb der Kontrakte, sondern in den Rechtsgeschäften überhaupt vorkommt (s. meine 1. Pand.-Ausf. §. 349), erscheint bei Lotmar (Causa S. 45 fg.) als unselbständig und selbständig; was wir beweglich nennen ist ihm nämlich unselbständig, auch bloßes Mittel im Thatbestand der in Lotmars Sinn (s. oben Num. 10) zusammengesetzten Geschäfte. Allein dagegen, daß in Einem Geschäfte etwas Mittel, das Andere Zweck sei, haben wir uns schon oben zu Num. 5 erklären müssen. Daß ferner die Stipulation, überhaupt der Formalkontrakt, desgleichen dann die mancipatio, die acceptilatio, das nomen transcripticium (Lotmar S. 46) — daß Geschäfte die mit Abstraktion von ihrer causa stehen, unselbständige, Geschäfte dagegen, die nur mit und in ihrer causa stehen wie emptio venditio etc., selbständige heißen sollen, scheint nicht befriedigend, und erklärt sich u. E. nur daraus, daß dasjenige was bei Stipulationen, Mancipationen u. c. bloße causa des Geschäftes ist (credendi etc. causa), gewissermaßen als das Principale gedacht wird, zu welchem das Andere (die Stipulatio u. c.) nur hinzukommt. Es hat aber die causa ohne Stipulation u. c. so wenig Existenz, als (innerlich) eine Stipulation u. c. ohne causa. — Neuestens kommt auch Wendt (Neurecht und Gebundenheit S. 13) auf diesen Gegenstand zu sprechen, und zwar so, daß ihm dasjenige Geschäft, welches wir beweglich nennen, zwar nicht stets, aber häufig zu dem Einen Stücke eines (nicht zusammengesetzten wohl aber [!]) aus einer „Mehrheit von Rechtsgeschäften“ erwachsenen „Gesamtgeschäftes“ wird; im credere solvere, donare sei nämlich die causa (credendi etc.) das Eine Geschäft (!), welches mit dem abstrakten Geschäft (stipulatio etc.) in das „anscheinend eine Geschäft“ verbunden sei. Gegen diese Mehrheit von Rechtsgeschäften und ihre Zusammenfassung s. oben Num. 10.

1) s. dieses (der Dreitheilung ex contr., malef., variis cc. ff. in l. 1 pr. D. o. e. a. 44, 7 entsprechende) „durch, gegen, ohne“ bei Kunze, C. d. J. §. 622.

2) Die „Geneigtheit, alle Entstehungsgründe der O. auf die Analogie der beiden normalen Arten derselben, contractus u. delicta (Gaj. III, 88)

Obligationen aber zum Unterschiede von den Quasidelikten den Kontraktionsobligationen angereicht, d. i. verglichen und entgegengesetzt wurden³⁾, hat seinen Grund offensichtlich darin, daß sie zwar einerseits ohne Kontrakt⁴⁾, andererseits aber gleich den Kontrakten aus keinen unerlaubten Handlungen oder verwerflichen Verhältnissen ihren Ursprung nehmen⁵⁾. Ob und was für andere Kontraktähnlichkeiten noch außerdem den Quasikontrakten zu diesem ihrem Namen verholten haben, müssen wir dahingestellt sein lassen⁶⁾.

2. Als die Thatfache, welche vom Rechte mit obligatorischer Wirkung ausgestattet ist (causa obligationis — §. 247

durch Vergleichung zurückzuführen“ (D. Müller, Lehrb. d. Inst. §. 133 S. 424, §. 107), beruht auf einer allgemeinen Neigung; vgl. oben §. 90, 4. 5.

3) „Particula quasi et similitudinis nota est et improprietas“ — Vinnius Comment. ad J. h. t. 3, 28 nro. 1.

4) vgl. Gaj. 3, 91 — sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.

5) — pr. J. h. t. — quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. Vinnius l. c. ad J. h. t. 3, 28 nro. 2. Müller a. a. O. „erlaubte Handlungen.“ Wohl im Gegenseite zu den unerlaubten Handlungen führt auch Buchta den Quasif. auf ein Rechtsgeschäft zurück (§. 249), während Windscheid §. 300 ein Merkmal der Quasif. darin findet, daß sie keine Rechtsgeschäfte seien. Indessen dürften Beide zu weit gehen. Nicht unpassend nennt Meurer (Wesen u. Arten der Privatrechtsverh. S. 74., I) als gemeinsamen Entstehungsgrund der Kontrakte und Quasikontrakte einen „Rechtsvorgang“.

6) Kunze a. a. O. findet eine Verwandtschaft der Quasif. mit den Kk. darin, daß der Quasikontrahent die Obligation zwar nicht bezwecke, aber doch selbst (mit seinem Willen und Handeln) herbeiführe. Allein ist dann der Quasikontrahent ohne seinen Willen obligirt (s. oben Anm. 1)? führt ferner nicht auch der Delinquent seine D. selbst (mit seinem Willen und Handeln) herbei? und führt endlich, wer z. B. ex re communi obligirt wird, die D. überall selbst herbei? — Andere finden je einzelne Quasikontrakte mit je einzelnen Kontrakten verwandt; z. B. die cond. sine causa mit dem mutuum, neg. g. actio mit dem Mandat, o. ex re communi mit Sozietät, und scheinen daraus auch den Namen Quasif. ableiten zu wollen (Göschel Vorl. §. 412, Scheurl, Inst. 7. Aufl. §. 113), s. zum Theil auch Kunze a. a. O. §. 722, und in Betreff der Kondition vielleicht auch Bekker, Aktion. I. Kap. VI. und Pernice, Labeo S. 419, 4. 5.). Diese besondere Verwandtschaft zwischen einzelnen Kontrakt- und Quasikontraktsoo. muß anerkannt werden; allein sie besteht nicht für alle Quasikontrakte (z. B. nicht für Vermächtniß), und dürfte vielmehr auf die frühe Entstehung, als den späten Namen der Quasif. geführt haben (wie denn Bekker u. Pernice nur von der Entstehung sprechen).

Ann. 4), erscheint hier allenthalben erstens etwas Reelles⁷⁾. Während da, wo im eigentlichen Sinne des Wortes kontrahirt wird, allenfalls auch sine re, d. h. nur verbis, literis, consensu obligirt wird, unterläuft da, wo quasi ex contractu obligirt wird, stets eine res: es sei nun daß Einer aus dem Vermögen des Anderen bereichert ist, oder daß er Sachen oder Geschäfte des Anderen in Händen hat, oder Sachen, auf welche sich wenigstens ein rechtliches Interesse des Anderen erstreckt. Hiernach besteht, abgesehen von den Sonderverwandtschaften zwischen einzelnen Kontrakt- und Quasikontraktgruppen (Ann. 6), eine allgemeine Verwandtschaft der Quasikontrakte mit den Realkontrakten⁸⁾. Allenthalben ist zweitens obige res von Umständen begleitet, welche es als billig (aequum et bonum) erscheinen lassen, daß Einer dem Anderen obligirt werde ohne versprochen zu haben — wie wenn er versprochen hätte⁹⁾. Res, und eine das Versprechen ersetzende aequitas — etwas Reelles und etwas Ideelles — sind die quasikontraktlich obligirende causa, oder der Quasikontrakt. Falsch ist die Vorstellung, als ob eine tacita conventio den

7) l. 46 D. o. e. a. 44, 7 — ubi ex re actio venit — l. 29 D. comm. div. 10, 3; l. 25 §. 16 D. fam. h. 10, 2. 15, 1 — hos conjunxit ad societatem non consensus sed res.

8) wie Gajus auf einen von jenen aus Anlaß der Realkontrakte zu sprechen kommt (III, 91).

9) vgl. Hölder, Instit. d. r. N's. 1877. §. 53 a. E. „Hafet ex contractu wer eine Verbindlichkeit vertragsmäßig übernommen hat, so hafet quasi ex contractu wer in einem Verhältnisse sich befindet, kraft dessen es gerecht erscheint, daß er auch ohne Vertrag hafte, wie wenn er einen solchen eingegangen hätte“ — womit wir aber nicht gesagt haben möchten, daß aus diesem „wie wenn“ das „quasi“ des „Quasikontraktes“ herrühre. — Als Umstände der im Texte bezeichneten Art denken wir das „sine causa“ der betreffenden Konditionen (vgl. l. 66 D. cond. ind. 12, 6) — die utilitas absentium hier und die Spontaneität dort bei den neg. gestororum obligationes (l. 1 D. h. t. 3, 5. Paul. R. S. I. 3 §. 3; l. 20 C. neg. g. 2, 19) — necessitas muneris auf der einen, officium auf der anderen Seite bei der Tutel (l. 20 C. cit.; l. 1 §. 3 D. tut. 27, 3) — Spontaneität der Gestion auf der einen, Nothwendigkeit ihrer Ausdehnung auf den Andern auf der anderen Seite: bei den Obligationen ex re communi (l. 6 §. 2, §. 7; l. 29 D. comm. div. 10, 3; l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10, 2); — nur die „aequitas exhibitionis“ (l. 3 §. 14 D. ad exh. 10, 4) liegt schon in der Sache selbst: darin daß eine Sache, woran ein Dritter rechtliches Interesse hat, sich in meinem Besitze befindet und mehr als Exhibition nicht begehrt wird, — und das Vermächtniß.

Grund der Obligatio bilde¹⁰⁾, — unbegründet aber auch die Meinung, als ob dieser eine *conventio ficta* zu Grunde liege¹¹⁾, — zutreffend allein die, daß es der obwaltenden *aequitas* wegen einer *conventio* gar nicht bedarf. Hieraus erhellt dann aber weiter, daß *res* ebensowenig den alleinigen Grund dieser Obligationen bildet, als sie sich außer der *causa obligationis* befindet¹²⁾. Vielmehr ist zu behaupten, daß die *res* auch hier¹³⁾ nicht nur zum objektiven, sondern in gewissem Sinne auch zum subjektiven Grunde der Obligation gehört; besteht bei jener Sachlage die Obligation *ex aequo et bono*, so besteht sie auch mit dem Willen des Obligirten — wenn er *aequus et bonus* ist¹⁴⁾.

3. Ihrer Verbreitung nach kommen die Quasikontrakte gleich den Realkontrakten ebensowohl im Bereiche der *stricti juris*, als in dem der *b. f. judicia* vor. Darf man annehmen, daß die Aufnahme neuer Obligationen überhaupt von den bisherigen Aktionen ausging, so möchte die Aufnahme von Quasikontrakten freilich vor allem vom *b. f. iudicium* aus begründet erscheinen; der Kontrakt stand hier blos in dem demonstrativen, das *aequum* und *bonum* oder die *fides bona* dagegen in dem grundlegenden Theil (*intentio*) der Formel¹⁵⁾; lag jenes vor — und bei den Quasikontrakten fehlte es nirgends (Ann. 9) —, so möchte man von einem Kontrakte in der *demonstratio* um so leichter absehen, als man *ex fide bona* von jeher zu manchem obligirt war, was man weder rechtsförmlich, noch sonstwie versprochen hatte¹⁶⁾. Allein nichts stand im Wege, daß man *ex aequo et bono* allenfalls auch vornherein einseitige und das Vermögen des Obligirten mindernde Obligationen,

10) vgl. Vinnius, l. cit. nro. 3. *Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est.*

11) vgl. Vinnius, l. cit. §. 4.

12) so daß *res* zwar die „Thatsache“ wäre, durch welche die *O.* eintritt (*Medium?*), dabei aber die „Frage, warum eine Verpflichtung eintritt, gar nicht in Betracht“ käme, dieser „Grund“ also ausschließlich in etwas anderem läge (Pernice, *Labeo* S. 420 oben).

13) wie bei den Realkontrakten oben §. 248, 1.

14) „— Fälle in welchen man sich . . . von selbst als verpflichtet ansehen muß“ — Reuner a. a. O.

15) vgl. oben §. 224. Ann. 13.

16) s. oben §. 225, 1.

d. h. Schulden, und demnach Konditionen (§. 227) entspringen ließ; das Wesen der Schulden liegt in ihrem Inhalt, nicht in ihrem Ursprung¹⁷⁾; die Grundlage der Konditionen, das einfache oportere, ist von der Art seiner causa unabhängig¹⁸⁾. — Also werden wir die Quasikontrakte ebensowohl unter den Schulden, als unter den bloßen Verbindlichkeiten und Haftungen finden. Wird aber weiterhin unter Quasikontrakt nichts mehreres verstanden, als ein erlaubter und ohne Kontrakt obligirender Vorgang, so sind unter den Quasikontrakten füglich alle Obligationen, die weder Kontrakt- noch Delikts- noch Quasideliktsobligationen sind, zu verstehen und aufzuführen¹⁹⁾. Namentlich kann der Umstand, daß eine obligatio, actio lege gegründet und gegeben ist, einen Ausschluß derselben so wenig begründen, als der Umstand, daß sie durch den Richter (condemnatio) verhängt ist²⁰⁾. Ob die kontrahirende res durch

17) sie können auch ex b. f. negotio entspringen §. 217, 1. §. 227; das mutuum ist juris gentium (s. oben §. 248 Anm. 15; Gaj. 3, 132 §. J. jure nat. 1, 2), die Sponsionsschuld juris civilis etc.

18) nach gemeiner Annahme im Falle da certum eingeklagt wird, auch ohne demonstratio: s. z. B. Keller, Civilpr. §. 40.

19) gegen manche Aeltere, welche wie z. B. Vinnius zu §. 2 J. 3, 14 nro. 3 die f. g. condictio Iuvenciana und die actio ad exhibendum als Extravaganten aufführten — und gegen viele Neuere, welche wie z. B. Puchta (P. §. 249, §. 260, §. 262), Arndts §. 245, Meuner a. a. O. S. 75 Quasikontrakt- und Zustandsobligg., — oder wie Sintenis, prakt. g. Civilr. Bb. 2 §. 95 Anm. 1 quasikontraktlich (mediat) oder (wie actio ad exhib. und de pauperie) immediat entstehende O. D. unterscheiden, — oder wie Windscheid §. 421, §. 473 den vertragsähnlichen „andere gesetzliche Forderungsrechte“ gegenüberstellen — oder wie Baron (s. oben §. 247 Anm. 12. 13) die Quasikontrakte gänzlich bei Seite lassen und ihnen verschiedene andere Kategorien substituiren.

20) Nicht die Rechtsquelle: ob die actio jure civili, oder honorario, oder lege nova, es sei nun mit einer Formel oder ohne eine solche (als condictio ex lege l. un. D. 13, 2, Rubr. C. 4, 9) gewährt sei, — sondern der Grund: ob sie aus erlaubtem Vorgang und ohne Kontrakt gewährt sei, entscheidet über das Sein oder Nichtsein eines O. ; läßt sich Realität und Aequität in der causa überdies nachweisen (wie dies bei Konditionen ex lege (nova) wohl überall der Fall ist (z. B. l. 10 C. de revoc. don. 8, 56), so schwindet vollends jeder Anhalt für Ausweisung. Was aber die Begründung von Obligationen durch den Richter (condemnatio) anlangt, so entzieht sie sich den obersten Gesichtspunkten des Quasikontraktes so wenig, als die alte Obligation aus Litiskonfession und Eid (§. 95 nro. 1., insb. Anm. 9 und l. 5 §. 2 D. pec. 15, 1 si juratum . . . quasi contractum sit.). Gegen die Vorstellung als ob der obligatorischen Wirkung von Litisk. Eid, und Urtheil ein wirklicher Kontrakt zu Grund liege, nun auch noch Degenkolb, Einlassungszwang S. 24. 25. — S. dagegen Baron, der (§. 210) den Willen des Rich-

ein Rechtsgeſchäft vermittelt ſei oder nicht, iſt zu zufällig, als daß darnach zu unterſcheiden und auszuſcheiden wäre, und würde zur Ausſcheidung da führen, wo die Inſtitutionen nicht ausſcheiden²¹⁾. Aus denſelben Gründen ferner, aus welchen wir für uns ſelbſt obligirt werden, können wir auch *alieno nomine* (interventionſweiſe — ſ. unten Nr. 5) obligirt werden; Obligirungen um etwa deſwillen, weil ſie *alieno nomine* ſtattfinden, aus den Quasikontrakten auszuweiſen, geht ſo wenig an, als Ausweiſung der Bürgſchaftsobligationen aus den Kontraktsobligationen²²⁾. Bedenken erregt allerdings die *ad exhibendum actio*, jedoch nicht ſowohl dahin, ob ſie unter die Quasikontrakte, als dahin, ob ſie unter die Obligationen zu zählen ſei²³⁾. Die *damni infecti actio* und die verwandten anderen Schutzklagen haben wir ſchon oben als dingliche, von den Obligationen zu unterſcheidende Zwangsrechte kennen gelernt²⁴⁾. Noch früher haben ſich die familienrechtlichen Anſprüche auf Dotation und Alimentation, denen zum Theil die Beerdigungspflicht beizuzählen iſt, als anomale, mehr in *facto* als in *jure* beſtehende, den *Officien* entſtammende und ſo denn auch von den Obligationen auseinanderzuhaltende Pflichten erwieſen (§. 73); ihre Darſtellung bleibt denn auch füglich dem Familienrechte vorbehalten²⁵⁾.

ters und die poſitive Geſetzesvorſchrift als eigene Arten der *causae oo.* aufführt.

21) vgl. zu den Zuſallsobligationen bei Puchta §. 262 und Arndts §. 245 die §§. 3—7 J. de obl. quasi ex contractu 3, 27.

22) Darnach wird man der *actio de pauperie* einen Plaß, wo nicht unter den Quasidelikten, unter den Quasikontrakten anweiſen müſſen; ſ. dagegen Sintonis §. 95 Anm. 1. §. 127. II.

23) Die perſönliche Faſſung (l. 3 §. 3 D. h. t. 10, 4) iſt nicht entſcheidend (vgl. z. B. l. 6 §. 5 D. a. pl. arc. 39, 3); der Umſtand, daß man von einer Obligation nicht wohl vor Erhebung der *actio* ſprechen könnte (*quam nullum omnino factum obligatorium praecedere constat* — Vinnius l. cit. —) und die präparatoriſche Stellung zur in *rem actio* ſind gegen die Obligation; für dieſe hinwider die „*aequitas exhibitionis*“ (l. 3 §. 14 D. h. t.). Entſchieden gegen die Obligation Donellus (*comm. j. c. lib. 20 c. 8 §. 2—4*); hinwider Glück, *Comm. XI §. 741 S. 189*. Demelius, die Exhibitionspflicht, geht ſpeziell auf unſere Frage nicht ein, bezeichnet u. a. aber auch den Klaggrund als zu „ſchweren Zweifeln Anlaß“ gebend (S. 3).

24) §§. 172—175 — *damni inf., aquae pluviae arcendae a., prohibitio* mit *interd., quod vi aut cl., operis novi nunciatio* — inſbes. S. 689 Abſ. 1.

25) Aus der Beerdigungs-, Dotations- u. Alimentationspflicht, aus

§. 250.

Delikte.

Delikte sind Uebelthaten¹⁾, um derentwillen der Thäter einer eigenen²⁾, auf Vergeltung zielenden, Verfolgung von Rechtswegen ausgesetzt ist.

Kein Delikt ohne Uebel. Gewiß zwar liegt jedem Delikte ein unerlaubtes, ja verbotenes Verhalten, oder eine „Normwidrigkeit“³⁾ zu Grunde; allein zunächst geht sein Begriff nicht von objektivem Rechte (Erlaubniß, Verbot, Norm) aus — wie sich denn ausdrückliche Verbote gerade der sichersten Delikte, des furtum, der iniuria, nicht vorfinden⁴⁾ — sondern von dem subjektiv erlittenen Uebel⁵⁾. Das Uebel zieht den Wehruf (das „Gerüfte“)⁶⁾ und die Verfolgung, diese die Komposition (pactum) und die Strafe (poena) (S. 835 fg.) nach sich; und gewiß öfter ist erst aus der Straffsagung die Norm, als aus der Norm die Straffsagung zu folgern⁷⁾. Auch in

der actio ad exh., de pauperie, damni infecti, setzt sich das Kontingent der Extravagante bei Sententis (Oblig. aus zufälligen Umständen: §§. 126—127) zusammen.

1) — ex maleficio sunt oo. — §. 2 J. oblig. 3, 13 — ex ipso maleficio veluti ex furto etc. nascuntur oo. pr. J. oo. quae ex del. 4, 1.

2) vgl. Savigny, Oblig. R. Bd. 2 S. 294 unten — Reuner, Wesen und Arten der Privatr.-Verh. S. 76.

3) Windscheid §. 101. 2.; — Binding, die Normen und ihre Uebertretung I. S. 55.; A. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, u. a. S. 19. nro. 6.

4) vgl. Cohnfeldt, d. L. vom Interesse 1865. S. 28 — der jedoch u. G. zu weit geht, wenn er das „du sollst nicht stehlen“ für ein Gebot bloß der Moral hält; — ferner Geyer, zu Bindings Normen in der R. Viertelj. Bd. 19 S. 24. „Unsere moderne Gesetzgebung pflegt diese Normen regelmäßig nicht mehr aufzustellen“. Aber auch die alte hat es regelmäßig nicht gethan; in der römischen tritt das Veto auf dem Gebiete der Polizei (z. B. hominem mortuum in urbe ne sepelito — Interdikte), sonst vielleicht nur auf dem nicht selbstverständlicher, ja arkauer (geistlicher) Satzungen auf (z. B. vino rogumne res pargito — Bruns leg. reg. Numa. a. jus sacrum).

5) was pro Hölder u. meine Pandb. 1. Aufl. §. 117 gegen Wach, dem man dankbar sein müßte, wenn er alles Uebel in Nichts auflösen könnte, festgehalten wird.

6) Festus: „plorare“ . . in S. Tullii haec est: Si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto —

7) So mindestens dann, wenn man mit Binding in der Norm überall einen Rechtsatz sieht; so vielleicht aber auch dann, wenn man mit Geyer (a. a. O. S. 430 VI.) in der Norm zum Theil ethische Sätze erblickt; denn auch die ethischen Sätze sind vielleicht nur allmählig

den felteneren, zumeist dem Kriminalrecht angehörigen Fällen, wo das Verbrechen nurmehr gegen das Gesetz zu gehen scheint, fehlt es schließlich nicht an subjektiver Kränkung, oder dem was wir Uebel nennen⁸⁾. Die Gesetzesübertretung ist wohl schon an sich ein Uebel; aber das Gesetz aus dessen Uebertretung kein anderes Uebel erwüchse als das der Uebertretung, wäre selbst ein Uebel⁹⁾. Von solchen Gesetzen abgesehen erscheint jedes Delikt als eine Gesetzesübertretung und als ein Uebel außerdem¹⁰⁾, und zwar als ein an konkreten Dingen in sein Gegentheil verkehrtes Recht, als ein an Personen¹¹⁾ oder Sachen¹²⁾ zu Tage tretendes, deren Sein oder Wohlfsein verletzendes Unrecht; es ist und heißt Unrecht (*injuria*) schlechthin, wenn es in nichts anderem besteht, als in dem was den Grundzug aller Delikte bildet: ausdrückliche oder werththätige Mißachtung dessen, was¹³⁾ geachtet werden soll; es bekommt Specialnamen, jenachdem in dem Gegenstande¹⁴⁾, oder in der Absicht¹⁵⁾, oder in den Umständen¹⁶⁾, oder in der Ausdrucksweise und Wirkung¹⁷⁾ womit die Mißachtung auftritt,

gereift und zum Theil erst durch praktische Verwendung in der Rechts-sphäre perfekt geworden. Vgl. auch Wach, Gerichtsjaal 1873. S. 440.

8) so z. B. entpuppt sich das in den XII T. noch weniger kenntliche Uebel *der coetus nocturni* in der Quaestionzeit als *crimen laesae majestatis* (*populi Romani* — des *populus* der in den Comitien, *duce magistratu*, *sub divo* etc. seine Majestät entfalten, und nicht zur lichtscheuen Frage entwürdigt werden soll) l. 1 §. 1 l. 3 D. h. t. 48, 4.

9) vgl. Geher a. a. D. „wenn der Staat . . sündigt durch Schaffung von Verbrechen, welche an sich (d. h. abgesehen davon, daß sie Gesetzesübertretung sind) in keiner Hinsicht Uebelthaten sind, ist dies ein schwerer Fehler“. Aber wie stimmt hiezu Geher S. 433 (nicht „einzuschränken auf Bestrafung von Uebelthaten“)?

10) vgl. Thon a. a. D. S. 19 „Zugleich ist auch mit der Uebertretung des Verbots das Gut verletzt oder doch gefährdet worden, dessen Schutz die Rechtsordnung mit ihrem Verbot bezweckte —“ Geher a. a. D. S. 435 „Verletzung irgend eines menschlichen Gutes — das allerdings soll jedes „Verbrechen“ sein —“

11) einzelnen, oder Gesamtheiten — irdischen oder überirdischen —

12) *res divini* u. *humani*, *publici* u. *privati* *juris* — *res alicujus* und *res nullius*, die nicht *res liberae* oder *communes omnium* sind —

13) gleichviel ob in Gemäßheit einer vorhergehenden, rechtlichen oder ethischen — oder ob in Gemäßheit einer erst im Strafgesetze liegenden Norm (vgl. oben Num. 4) —

14) z. B. *crimen laesae majestatis* —

15) z. B. *furtum* wegen des *animus lucri faciendi*.

16) z. B. *proditio*, *adulterium*, da sie von Eid oder Treubruch begleitet sind.

17) z. B. *damnum injuria datum*, *homicidium*, *falsum*, nach den

etwas ausgezeichnet ist¹⁸⁾. — Gefahr ist noch nicht das zu befürchtende Uebel, möglicherweise aber selbst schon ein Uebel¹⁹⁾, und darum allenfalls schon die Verursachung bloßer Gefahr ein Delikt²⁰⁾. Auch der Versuch ist noch nicht das Versuchte, und gilt nur ausnahmsweise, wegen Größe des intendirten Verbrechens, dem Versuchten gleich²¹⁾. — Unterlassungen sind buchstäblich keine Uebelthaten, allein nicht

römischen Etymologien (l. 1 pr. D. furt. 47, 2) auch *furtum*, ferner Verbal- Realjurie, *crimen vis, rapina*.

18) Hiernach würde nicht sowohl der „Dualismus von Person und Vermögen (*injuria, furtum*)“ — Kunze, *Cursus d. J. S.* 714 —, als der Unterschied des Generellen und Speziellen in den einzelnen Delikten (des Kriminal- wie des Privatstrafrechts) zu verfolgen sein; ähnlich wie das *sine causa* bei der *condictio s. c.* das einermal eine generelle, das andere mal eine spezielle Bedeutung hat (*cond. s. c. generalis, specialis*), wäre *injuria* das in allen Delikten oder Verbrechen enthaltene (auf Mißachtung beruhende) Unrecht, dann die *Injuria* speziellen Sinnes und in dieser letzteren Bedeutung allen übrigen Delikten (die auch *injuria* sind, aber auch ihre Besonderheiten, und derenthalten andere Namen haben) geradejo koordinirt, wie die *cond. sine causa specialis* den übrigen *condictiones*, die auch *sine causa cond.* sind, aber nach ihren Besonderheiten besondere Namen haben.

19) Ob stets ein Uebel, wie Geyer a. a. D. S. 448 annimmt?

20) Dies allerdings nur im Kriminalrecht: z. B. l. 1 pr. D. ad l. Corn. de sicariis et veneficis 48, 8 — *quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit* — l. 3 eod. — *qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit*. — Auf dem Gebiete des Privatrechts wirkt die Gefahr nur in Verbindung mit Drohung und einem gewissen Erfolg (D. *quod metus causa gestum erit* 4, 2; C. *de his quae vi metusve causa gesta sunt* 2, 20), oder auf Grund eines vorausgehenden (polizeilich=prophylaktischen) Verbots und seiner Uebertretung (l. 5 §. 6 D. *de his qui effud.* 9, 3 *Praetor ait: Ne quis . . . id positum habeat, cujus casus nocere possit* .. §. 11 .. *nec spectamus ut noceat*; überhaupt §§. 6–13) ein Delikt. Außerdem suchen prätorische Interdikte und Kautionen nebst Prohibitionen und Renziationen mancherlei Gefahren zu bannen (*interdictum uti possidetis*: §. 181 und zum Theil die *interdicta ne quid in loco publico, via publica, flumine publico* D. 43, 8–14; Schutzklagen §§. 172–175); allein alle diese Rechtsmittel gehen nur auf Beseitigung der Gefahr, nicht auf Bestrafung ihrer Veranlassung aus, und haben nur prozeßualische, also überall vermeidliche Strafen zur Folge. Unter letztere fällt auch die Strafe dessen, der dem zufolge *damni inf. c. in poss.* Immittirten den Weg vertritt.

21) Auch das nur im Gebiete des Kriminalrechtes: z. B. l. 1 §. 3 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8 — *et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat. pro homicida damnandum*, l. 1 in f. D. de lege Pomp. de parricidiis 48, 9 — *qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare (legis poena afficitur)*, l. 1 pr. D. extraord. crim. 47, 11 *Sollicitatores alienarum nuptiarum etc. etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra o. puniuntur*.

selten gleichwohl vom Uebel und so denn nicht bloß unter der Voraussetzung ausdrücklicher polizeilicher und sonstiger staatlichen Gebote²²⁾, sondern zuweilen auch ohnedies als Uebeltthaten behandelt²³⁾. — Rechtsverletzung im Sinne der Verletzung von Rechten subjektiven Sinnes und quellenmäßiger Konstatirbarkeit braucht unser Uebel nicht zu sein, damit es zum Delikte komme; es würde sonst die Vernichtung oder Schädigung der Person, die kein Recht, aber die Potenz von Rechten ist, kein Delikt sein können, und vieles was der Wohlfahrt der Einzelnen und der Gesammtheit entgegen, aber an den Rechten vorbeigeht²⁴⁾, kein maleficium sein. Der Staat „darf sich nicht auf bloße Criminalisirung wichtigerer Rechtsverletzungen beschränken“²⁵⁾; ja wo wahrhaft eine Rechtsverletzung vorliegt, bedarf es regelmäßig der Criminalisirung nicht, und ist diese prinzipmäßig ausgeschlossen. Wie der Magistrat, der in Ausübung seiner Gerechtsame (*imperium*, *potestas*) auf Unbotmäßigkeit stößt und Widerstand findet, sich selber hilft (*jus coërcendi*), so tragen auch die Privatrechte ihre Gewähr in sich, und ist insoweit, als die Rechtsverfolgung (*rei persecutio*) reicht, nichts vom „Uebel“, und kein maleficium da, selbst wenn die Zweigung von Recht und Factum (Rechtsverletzung) unter Verschuldung (*mala fides*, *mora*) besteht²⁶⁾.

22) polizeilicher: z. B. baupolizeiliche in l. 1 §. 1 D. de via publ. 43, 10 — si autem non emundaverint neque construxerint, multent eos (*Aediles*), und zwar §. 2 secundum legem, wiewohl in Fällen dieser Art zwischen das gesetzlich-polizeiliche Verbot und die Unterlassung oft genug das persönlich-magistratische getreten und die Strafe halbwegs zur Disziplinarstrafe (*coercitio*) geworden sein wird; — sonstiger staatlicher: z. B. etwa die Serbische Auflage des Censur, und das Verbrechen des *incensus* (Bruns, font. P. I. c. I. leges regiae, S. Tull. nro. 2.), fiskalische Steuererlasse (s. unten Anm. 48—50), etwa die Vorschrift vorgängiger Erlaubnisfeinholung zu Vereinsbildungen: arg. l. 2 D. coll. et corp. 47. 22 *Quisquis illicitum c. usurpaverit ea poena tenetur etc.*

23) es sei nun, daß das Gebot noch vor der Strafsetzung als ein rechtliches stillschweigend zu bestehen schien, wie etwa das der Konstitutionen-Einhaltung durch den Jurer (l. 1 §. 3 D. leg. Corn. de fals. et de SC. Lib. 48, 10), oder daß es erst durch die Strafsetzung aus dem Gebiete der Moral in das des Rechts versetzt wird: wie etwa das der *testimonii dictio* an denjenigen der sich als *testis* oder *libripens* rogiere ließ (Bruns l. cit. c. II. leg. XII t., tab. 8 nro. 22).

24) wie etwa Landesverrath, manches falsum, verbotene Selbsthilfe — Verbrechen der lex. *Scantinia* —

25) Geyer a. a. O. S. 434 oben.

26) Vgl. was hierüber bei Jhering, das Schuldmoment im r. Pri-

Nur eine Rechtsverletzung, welche bloß zufällig der Rechtsverfolgung anheimfällt²⁷⁾, oder welche darauf ausgeht, oder darauf hinausläuft, der Rechtsverfolgung ihr Objekt zu entziehen, indem sie dieses unterschlägt, auf die Seite schafft (*furtum*, *peculatus*), zerstört (*damnum inj. datum*), oder welche schwerer erscheint, als daß sie reipersekutorisch zu sühnen wäre (z. B. *crimen repetundarum*), wird trotz konkurrierender reipersekutorischer Verfolgbarkeit zum *maleficium* und als solches der Verfolgung ausgesetzt²⁸⁾. Ist das Delikt und dessen Verfolgung aber einmal ausgeschlossen, so bleibt es dabei, wenn gleich die Rechtsverfolgung nachträglich unmöglich wird; selbst der *malae fidei possessor* wird durch faktuellen Untergang der Sache vor Anhängigmachung der Klage frei (Bd. I. S. 662, 2).

Kein Delikt ohne Schuld. Dieser Satz ist in der Definition nicht ausgesprochen, wohl aber stillschweigend mit-enthalten, indem gegen eine unverschuldete Uebelthat die delikt-mäßige Verfolgung nicht stattfindet²⁹⁾. Er ist aber auch innerlich begründet, vor allem dann, wenn jedem Delikt eine

vatrecht, 1867 S. 4 fgg., dem „die Geschichte der Strafe ein fortwährendes Absterben derselben“ ist, — und der sich das „subjektive Unrecht“ erst durch historischen Prozeß in die *rei persecutio* aufgenommen zu denken scheint — vorkommt.

27) wie *damnum injuria datum*, wenn Damnikant zufällig mit dem Damnikaten in einem Kontraktverhältnisse steht, und seine *culpa* kontraktlich praestiren muß —

28) Entgegengesetzt der Frage, wie weit *poenae persecutio*, wo *rei persecutio*, ist die: ob und wie weit da wo Deliktklage, nicht auch Schuldklage (*condictio*). Vgl. hiezu Bekker, *Alt. I. S. 170. l. 9 §. 1 D. r. cr. 12, 1.*

29) Daß es in alter Zeit, und namentlich im altrömischen Rechte Strafen ohne Schuld gegeben habe (Jhering, *Schuldmoment* S. 11 fg.), also die Uebelthat selbst und an sich schon Delikt gewesen sei, läßt sich vielleicht denken und rechtfertigen. Indessen wird, ob Einer prudens oder imprudens getödtet u. habe, doch von jeher unterschieden, und Numa ist letzteren Falles nachsichtiger (Bruns *font. P. I. leg. reg. Numa 13 cf. 12*). Wie wenn nun die *imprudencia* nicht Schuldlosigkeit, sondern nur Arglosigkeit — *culpa* im Gegensatz zum *dolus* wäre, z. B. auch „*si telum manu fugit magis quam jecit*“ (Bruns, *XII t., tab. VIII. 24*)? Strafe bei absoluter Unschuld scheint vielmehr selbst ein Delikt, als Sühne zu sein. Das Unglück, Jemanden, wenn auch unschuldig, zu tödten, wäre schon Strafe genug, wenn es (etwa wegen Erbschuld wie in der griechischen Tragödie) einer Strafe bedürfte. — Etwas anderes als Strafe wäre eine Civilschuld; sie ließe sich aus bloßem *maleficium* schon leichter, nämlich quafikontraktlich, ableiten.

Mißachtung dessen was geachtet werden sollte, zu Grunde liegt (S. 152). Denn braucht auch die Mißachtung nicht gerade eine geflißentliche (Verachtung) zu sein, so kann sie doch so wenig als ihr Gegentheil (Achtung) ohne irgend eine Beziehung auf den Willen oder das Bewußtsein des Thäters, als ein Nichtgewolltes — als etwas das nicht an ihm lag — gedacht werden. Sofort aber führt auch die in der Deliktverfolgung liegende Strafe oder Wiedervergeltung und die dieser inwohnende Gerechtigkeit auf das Erforderniß der Schuld. — Im übrigen denken wir die culpa zum Unterschiede vom dolus weder im Wollen³⁰⁾, noch im Nichtwollen³¹⁾, sondern nach wie vor³²⁾ in einem Zwischendinge zwischen beidem: darin, daß Malefikanth nicht nichtwill. Dieses Nichtnichtwollen ist noch kein Wollen, drückt einen Mangel an Energie zur Vermeidung, nicht auch den Entschluß zur Verübung des Uebels aus; ist andererseits kein bloßes Nichtwollen, drückt vielmehr Unentschiedenheit im Zustande des Nichtwollens oder der Ungeneigntheit zur Uebelthat aus; streift aber hart an positives Wollen an und wird als culpa dolo proxima bezeichnet, wenn es culpa lata (grobe Nachlässigkeit, Leichtfertigkeit, Uebermuth etc.) ist³³⁾, während es als culpa levis sich dem reinen Nichtwollen nähert³⁴⁾. Demjenigen der sich im Zustande dieses Nichtnicht-

30) wie z. B. Binding (§§. 37–39) der zwischen That und Handlung unterscheidet, und hiemit den Unterschied zwischen culpa und dolus in Zusammenhang bringt. Allein That ist doch nichts anderes als die im Praeteritum gedachte Handlung. S. gegen denselben auch Geyer a. a. O. S. 441 VIII.

31) wie z. B. Geyer a. a. O., der dann folgerichtig eine (ethische) Pflicht zur Sorgfalt postulirt, also unwillkürlich das Delikt aus der Uebelthat selbst in die Nichterfüllung einer Pflicht verlegt und so die schuldhaftige That gewissermaßen zu einem Omissivdelikte macht, während die fahrlässige Tödtung etc. selbst das Delikt sein sollte.

32) s. meine Pand. 1. Aufl. S. 508 unten. —

33) indem man sich gegen den Vorwurf des Wollens (dolus) nur durch Berufung auf ein Nichtwissen oder Nichtverstehen dessen was Man wissen oder einsehen, zu berufen vermag (l. 213 §. ult., l. 223, l. 226 D. v. s. 50, 16; l. 1 §. 1 D. si mentor fals. mod. 11, 6; l. 8 §. 3 D. prec. 43, 26; l. 1 §. 5 D. o. e. a. 44, 7; l. 29 pr. D. mand. 17, 1; cf. l. 1 §. 8 D. dep. 16, 3; l. 7 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8).

34) indem man nur mit der Sorgfalt des Sorgfältigen (diligentia diligentis) die Uebelthat vermeiden konnte: vgl. l. 14 D. pign. act. 13, 7; l. 31 D. ad leg. Aq. 9, 2; l. 11 (12) D. peric. et comm. 18, 6; l. 137 §. 2, §. 3 D. v. o. 45, 1).

wollens befindet, fehlt es denn auch nicht an dem zu jeder Schuld nothwendigen Bewußtsein (Schuldbewußtsein), nämlich nicht an dem Bewußtsein des mehr oder minder nachlässigen, darum möglicherweise von der schlimmen Folge begleiteten Handelns; darin daß er gleichwohl also handelt, liegt seine Schuld, und in Verbindung mit dem üblen Erfolg das Unrecht³⁵⁾ und das Delikt. Die Voraussetzung aber, ohne welche kein Schuldbewußtsein, mithin auch kein Unrecht und keine Schuld möglich ist, nennt man Zurechnungsfähigkeit³⁶⁾, d. i. Handlungsfähigkeit zu Delikten (*delictorum capacitas* — Bd. I. S. 189).

Kein Delikt ohne *poenalis actio* (poena). Damit ein Delikt da sei, muß im Gegensatze zu der auf einem Rechte des Klägers beruhenden (reipersekutorischen) Aktion eine nach dem Prinzipie der Wiedervergeltung gegen das Unrecht als

35) Wir glauben (gleich Merkel, Binding) u. A. — vgl. darüber Thon a. a. O. S. 70 II. „Schuldloses Unrecht“ in das Wort „Unrecht“ den Gedanken an Schuld hineintreten zu müssen. Statuirt Thering a. a. O. S. 5 fgg. ein objektives und ein subjektives Unrecht mit dem Beifügen, daß ersteres die (auf dem Gebiete der *rei persecutio* vorkommende) unverschuldete Rechtsverletzung (z. B. der *b. f. possessio*), letztere die sowohl in *rei* als *poenae persecutio* verfolgbare verschuldete Rechtsverletzung sei, so scheint er damit dem Einwande Merckels, daß darmit auch der Hagel Unrecht üben könne, nicht zu entgehen, namentlich auch durch Unterscheidung von Gegenstands- oder Guts- und Rechtsverletzung nicht zu entgehen. Denn 1. zerstört doch auch der Hagel nicht bloß die Sache sondern auch das Recht daran, gleichwie der *b. f. possessor* umgekehrt nicht bloß dem Rechte vorgreifen, sondern allenfalls auch die Sache schädigen, zerstören kann; 2. scheint es bedenklich, vom *b. f. possessor* zu sagen: „Ein rechtmäßiger (Besitzer) ist er nicht“, darum auch bedenklich, seinen Besitz eine Rechtsverletzung zu nennen. Vielleicht besteht zwischen ihm und dem Eigenthümer die Collision nur der *Potiorität* und *Inferiorität*, nicht die der Rechtsverletzung und des Unrechts (vgl. oben S. 143). — Uebrigens behaupten wir nur daß kein Delikt ohne Unrecht (vgl. Meuner, a. a. O. S. 76), nicht daß jedes Unrecht (z. B. *malae f. p.*, *mora*) Delikt sei. Vgl. oben S. 152. 154. Es gibt ein Civilunrecht, das nicht Delikt ist; aber ein „nichtschuldbares“ Civilunrecht gibt es nicht. Vgl. hierzu Thon S. 74 gegen Heyßler, das Civilunrecht und seine Formen 1870. S. 12, 20, 21.

36) Zu Bindings Bemerkung über die Ungenauigkeit dieses Wortes s. Geyer a. a. O. S. 417 Anm. **); die Sache selbst wird von den „Normen“ aus schwieriger, indem von ihnen aus zur Zurechnungsfähigkeit und zur Schuld Verständniß und Kenntniß des Rechtes nothwendig wird, während von der „Uebelthat“ aus das Verständniß und die Vorstellung vom Uebel (des *neminem laedo*) genügt. Unwillkürlich lenken Binding (S. 65 fgg.) und Geyer (S. 429 fg.) denn auch von der Normenkenntniß in die Uebelfkenntniß ein.

solches gerichtete Verfolgung gewährt sein. Von dieser Art sind die Strafflagen aus den Privatdelikten³⁷⁾, wie die Affkationen und Coercitionen des Kriminalprozesses. Erstere scheinen auf den ersten Blick zwar selbst nichts als ein Ausfluß klägerischen Rechtes, nämlich des demselben zustehenden Strafforderungsrechtes oder der Strafobligacion zu sein; allein näher betrachtet ist die Straf- oder Deliktobligacion Wirkung, nicht Ursache des Verfolgungsrechtes, darum systematisch und wirthschaftlich den übrigen Obligationen nachstehend (§. 835 §. 210 Abf. 2), zuweilen hinter den Affkationen sogar ganz verschwindend³⁸⁾. Auch ist der Delinquent nicht schon durch das Dasein, sondern erst durch die Exekution der Obligation, oder die Entrichtung der Buße gestraft³⁹⁾; folgerecht das Delikt straflos, wenn Delinquent vor der Litiskontestation stirbt (§. 100 Anm. 5), folgerecht auch von keiner von selbst und ohne Verfolgung eintretenden Strafe zu reden, trotzdem die Strafobligacion sofort mit dem Delikte und von selbst eintritt. — Strafen, welche, der Uebelthat gewissermaßen auf dem Fuße folgend, ohne vorgängige Verfolgung, richterliche Beurtheilung und Vollziehung platzgreifen, vielmehr ausschließlich im Rechte ihr Dasein und ihre Wirkung haben, und also denn auch ipso jure, in Kraft Gesetzes eintreten können, sind denkbar und kommen vor⁴⁰⁾. Von dieser Art sind die infamia juris⁴¹⁾, die alte Sakration⁴²⁾, die Verwirfungen in Folge von Selbsthilfe⁴³⁾ und

37) Bb. 1 §. 278 unten, und dazu noch weiter Huschte die multa und das sacramentum, §. 425, §. 433. Savigny, Oblig. Bb. 2 §. 301 unten, u. §. 294 unten; Fhering, a. a. D. §. 4 Abf. 1.

38) die Popularklagen „beruhen auf keiner Obligation“, Savigny, a. a. D. §. 303.

39) dies gegen Thon, dem a. a. D. §. 31 sämtliche Privatstrafen Verwirfungen, unmittelbar mit dem Delikte vollzogen, mit der Obligation da sind.

40) Savigny, a. a. D. §§. 298–300. Windscheid §. 101. 2. Thon, a. a. D. §. 30 fgg.

41) Bb. 1 §. 54. II. 4. — immediata: Anm. 33.

42) da sie in Kraft des sacer esto sofort mit dem Frevel da, Impunität für Jeden, der den sacer tödten will, ohne weiteres begründet ist: Bruns, fontes P. I. XII t. VIII. 21, leg. reg. Rom. 2; — leg. reg. Rom. 13. S. Tall. 6.; — Numa 16. cf. Fest. „Termino“.

43) Verlust des Forderungsrechtes zufolge Privatexekution und Zahlungszwanges: Bb. 1 §. 265, §. 266, 2 a. G., §. 267 Anm. 41.; — Eigenthumsverlust wegen gewaltthätiger Wegnahme: daselbst §. 266. 3, a.

Zolldefraudation ⁴⁴⁾. Die vindikation der unverzollten Waaren steht denn auch ausdrücklich wie gegen jeden Besitzer so auch gegen den Erben zu ⁴⁵⁾, ist also sicher Folge der bereits vollzogenen, nicht erst Vollzug der erst drohenden Strafe (die gegen Dritte und den Erben nicht mehr möglich wäre). Nicht so sicher ist dies für die vindikation insolge von Selbsthilfe ⁴⁶⁾, während der diesfällige Forderungsverlust wiederum zweifellos nurmehr konstatiert, nicht mehr vollzogen werden kann. Dasselbe gilt von der s. g. infamia immediata, nur daß diese nicht überall Deliktsstrafe ist ⁴⁷⁾, und daß sie da, wo sie es ist, nicht die alleinige Strafe ist. Ueberhaupt aber ist darum, daß etwelche Strafen ohne Verfolgung von Seite des Damnikaten eintreten, an der Definition der Delikte nichts zu ändern; denn eine eigene Verfolgung liegt auch darin, daß der Thäter schon im voraus, durch das Gesetz selbst, verurtheilt ist ⁴⁸⁾; — auch nicht in jedem „Rechtsverluste wegen Normwidrigkeit“ schon Verwirrung und Strafe zu erblicken ⁴⁹⁾.

§. 251.

Quasibelifte.

J. de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur 4, 5.

Nur quasi ex delicto haftet, wer

1. wegen eines eigentlichen, aber nicht eigenen Deliktes haftet ¹⁾. Hierzu kommt es nicht ohne Schuld des also Oblig-

44) Bb. 1 C. 593, Anm. 18.

45) mit freilich halbiger Verjährung: s. die C. 593 Anm. 18. c. II.

46) — dominus quidem constitutus possessionem . . . restituat . . . et dominium ejus rei amittat.

47) z. B. Infamie des Schauspielers zc.

48) „die Gesetze strafen und nicht der Richter“ Thon a. a. O. C. 31.

49) Thon a. a. O. C. 39, 9 z. B. die Privationsfälle der Emphyteuse, in denen übrigens u. G. nicht sowohl ein Rechtsverlust auf der einen, als der Eintritt eines Rechtes (Vindikationsrechtes — auferre licere) auf der anderen Seite vorliegt (vgl. oben §. 204¹⁾).

1) — de dolo (damno) aut furto quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex malef. teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem etc. exercet — §. 3 J. h. t.; l. 5 §. 6 D. o. e. a. 44, 7; — actio de effusis et dejectis (§. 1 §. 2 J. h. t.): „quantum ex ea re damnum datum erit, in eum qui ibi habitaverit in duplum jud. dabo . . . l. 1 pr. D. his qui effud. 9, 3, wozu einerseits die

girten; aber seine Schuld ist nicht die unmittelbare des Delictes selbst²⁾, sondern eine mittelbare, verwirkt in den Vorgängen vor dem Delicte³⁾; — wer

2. wegen eines eigenen, aber uneigentlichen Delictes haftet. Hiezu kommt es nicht ohne unmittelbare Schuld und That des Obligirten; aber seiner That fehlt etwas an dem objektiven Thatbestande der Delicte⁴⁾.

Vergleichung und etwaige Konkurrenz mit der *actio de damno injuria dato* l. 1 §. 4, l. 5 §. 4 eod., anderseits das *plerumque ob alterius culpam tenetur* — §. 1 J. h. t. und *non ex delicto servi venit; neque enim servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit* — l. 1 §. 8 D. h. t.

2) also namentlich auch nicht die des Mandanten (intellektuellen Urhebers der dem Thäter selbst gleichsteht.

3) — *aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur* — §. 3 J. cit.; der *habitor* aber *suam suorumque culpam praestat* l. 6 §. 2 D. *his qui effud.* 9, 3 wahrscheinlich wegen der ihm obliegenden Hausordnung; jedenfalls *culpa penes eum est* l. 1 §. 4 eod.

4) Zu diesem mochte man wenigstens angesichts der alten Privatdelicte das Uebel im Gegensatze zur bloßen Gefahr rechnen (S. 153 oben), wornach dann jenes *positum suspensumve habere cujus casus nocere cui possit* nur Quasidelict werden konnte (— *nec spectamus, ut noceat; sed omnino si nocere possit, Edicto locus sit* — l. 5 §. 11 D. *his qui effud.* 9, 3); zur *noxalis actio*, wenn ein Sklave oder Haussohn gegen das Gebieter verstieß, würde es hier (zum Unterschiede von den *effusis et dejectis* — l. 1 §. 8 eod.) nicht an der Thäterschaft des Sklaven oder Haussohnes gefehlt haben; denn die Klage setzte das *positum habere* als Folge eigener oder zugelassener That voraus (l. 5 §. 10 eod.); vielmehr fehlte es an der *noxa selbst* (*arg. §. 2 J. h. t. — sive quid positum est, habuerit* — cf. l. 2 §. 1 D. *nox. act.* 9, 4 — „*si servus furtum faxit, noxiamve nocuit* — l. 4 pr. eod. — *noxiam noceat* — ; sein Gegenbeweis liegt in l. 5 §. 10 D. *his qui effud.* 9, 3 — *si servus posuerit* — da er hier nur ponirt, nicht *positum habet* — cf. l. 5 §. 12 eod.; — *si iudex litem suam fecerit*, erscheint er stets *non proprie ex maleficio obligatus* (pr. J. h. t.), — nicht nur dann wenn er per *imprudentiam* gesündigt (*licet per imprud.*), sondern auch dann, wenn er es *dolo malo* thut (pr. eod. l. 15 §. 1 D. *judic.* 5, 1); fälschlich also schränkt *Vinnius, comm. in Inst. h. l.* den Quasidelictcharakter dieses Reates auf den Fall ein, wenn bloße *imprudentia* vorliegt, und fälschlich erblickt er das Uebel des Delictes in der Schuld des im Gegensatze zum Arzte — §. 7 J. ad l. *Aq.* 9, 2 — nicht freiwillig praktizirenden Richters). Hiernach scheint nichts übrig zu bleiben, als den Delictsmangel im objektiven Thatbestande selbst zu suchen. Aber war nicht wenigstens die Bestechlichkeit des Richters schon in den XII T. ein Verbrechen? (Bruns, font. tab. IX 3) oder sollte die Bestechlichkeit des Richters weniger eigentliches Verbrechen sein können, als die des Magistrats (l. 3 l. 4 l. 7 pr. D. *de lege Jul. repet.*, 48, 11; cf. *Authent. zu l. 1 C. de poena iudicis qui male jud.* 7, 49; l. 2 eod.)? In der That ist dieses Quasi weder aus der Schuld noch aus dem Thatbestande zu erklären, zu seiner Erklärung vielmehr eine weitere Kategorie nothwendig.

3. Wer aus eigener Schuld und wegen eigentlichen Delictes haftet, haftet gleichwol nur quasi ex delicto, wenn die Verfolgung keine poenale ist^{b)}.

5. Intervention.

Ueberhaupt.

§. 252.

Von Intervention (intervenire) sprechen die Quellen überall, wo dritte Personen in fremde Geschäfte eintreten¹⁾. Hierorts handeln wir aber nur von derjenigen Intervention, bei welcher Intervenient in einen ihm ganz oder zum Theil fremden Kontrakt, und zwar²⁾ derart eintritt, daß er aus demselben in eigener Person Gläubiger oder obligirt wird. Ein derartiger Eintritt erfolgt

1. entweder nach der Absicht des Intervenienten kontraktlich (adstipulatio, adpromissio, Korrealkontrakt der duo rei cred., deb.), oder unwillkürlich, quasikontraktlich, jedenfalls nicht kontraktlich (adjektivische Obligationen); —

2. buchstäblich im Kontrakte selbst, oder weiteren Sinnes erst nachträglich, als Eintritt in die dem Kontrakte entsprungene Obligation (Delegation, Expromission, allenfalls auch Cession); —

3. entweder privativ, mit ausschließlicher Obligirung oder Berechtigung des Intervenienten (Aufnahme eines Darlehens

5) So nach Julian's Ansicht der iudex insoferne er litem suam facit. Bemerkenswerth genug, daß alle anderen Quasidelikte nach der That bezeichnet werden, dieses dagegen nach dem Erfolge für den Thäter; denn litem suam facere ist nicht male iudicare, sondern die Folge des male iudicare. Letztere geht auf den Ersatz in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur (pr. J. h. t. — Worte, die wie der ganze Schlußsatz in der sonst gleichlautenden l. 5 §. 4 D. o. e. a. 44. 7 fehlen, in l. ult. D. extraord. cogn. 50, 13 dagegen wiederkehren), und war nach Julian reipersefutorisch: l. 16 D. jud. 5, 1 — in heredem . . . putat actionem competere —. Julian's Sentenz ist verworfen (a multis notata ibid. — poenam sustinebit: pr. J. h. t. l. ult. cit.), darnach denn aber auch räthselhaft, worin seither die Uneigentlichkeit unseres Delictes liege. S. die vorige Anmerkung in zweiter Hälfte, und vgl. noch Müllers Inst. §. 136, Anm. 2.

1) vgl. Brisson v. s. „intervenire“ §. 1 u. §. 2. Dirksen, man. „intervenire“ §. 3 Gaj. IV, 87, 101.

2) zum Unterschiede von der Intervention des modernen Stellvertreter's —

für Dritte — Delegation und Expromission), oder kumulativ, als gemeinsame (korreale) Berechtigung oder Obligirung des Intervenienten und Interventen (adstip., adpr., adjektivische Obligationen, duo rei); —

4. bei korrealer Berechtigung oder Obligirung entweder accessorisch, oder prinzipaliter, je nachdem Intervenient nur Nebengläubiger oder Nebenschuldner (adstip., adprom., adjektivisch obligirt), oder aber gleichmächtig wie der Intervent berechtigt oder obligirt wird (duo rei); —

5. einseitig oder gegenseitig, je nachdem bloß der Eine Intervenient oder Intervent (adstip., adprom., adj. Oblig.), oder aber Beide oder Alle Intervenienten und Interventen zugleich sind (duo rei).

6. Die Forderung oder Obligation, die der Intervenient bei Korrealobligationen erwirbt oder übernimmt, erwirbt oder übernimmt er bis auf ein gewisses stets „in fremdem Namen“ d. i. „für einen Anderen“³⁾; zwar wird er überall selbst Gläubiger, selbst Schuldner und kommt insoferne die Forderung oder Schuld auf seinen eigenen Namen zu stehen; allein was er einhebend, quittirend, klagend in Betreff dieser seiner eigenen Forderung, oder was er leistend, satisfacirend, defendirend in Betreff seiner eigenen Schuld thut und erwirkt, ist zugleich für einen Anderen (Interventen), also zugleich in fremdem Namen gethan⁴⁾; es zeigt sich aus dem Verfolge seiner Forderung oder seiner Obligation, daß diese in eigenem und fremdem Namen zugleich übernommen ist; von diesem Für einen Anderen oder Füreinander, das sich als bloße Folge der Eintreibung oder Erfüllung der Obligation darstellt und also das Füreinander des Effectes genannt werden könnte, muß unterschieden werden das Füreinander der Absicht und des Interesses. Gewöhnlich kontrahiren diejenigen Intervenienten, welche nur als Nebengläubiger oder Nebenschuldner auftreten (nro 4), nicht nur dem Effecte, sondern auch der Absicht und dem In-

3) s. im Allgemeinen: Gaj. III, 115; IV, 69. 80; l. 8 §. 4 D. accept. 46, 4; l. 8 D. resc. vend. 18, 5; l. 1 §. 3 D. exerc. 14, 1; l. 4 D. nox. act. 9, 4.

4) Festus, „adpromissor:“ qui quod suo nomine adpromittit, idem pro altero quoque promittit —

teresse nach für den Interventen; dieses ist so gewöhnlich, daß es nur von solchen Intervenienten zu heißen pflegt, daß sie alieno nomine z. B. obligirt werden⁵⁾; allein möglicherweise interveniren doch auch sie der Absicht nach lediglich für sich und aus eigenem Interesse⁶⁾; — gewöhnlich kontrahiren diejenigen Intervenienten welche gegenseitig Intervenienten und Interventen sind (5), wenigstens zum Theil in eigenem Interesse; ja nach der äußeren Gestalt ihrer Stipulationen und Bedinge erscheinen sie bei den Lateinern⁷⁾ lediglich als für sich und im eigenen Interesse kontrahirend; in der That aber kontrahirt manchmal der Eine lediglich für den Anderen und in des Anderen Interesse⁸⁾, der Andere also gänzlich im eigenen Interesse.

Duo rei credendi, debendi.

§. 253.

J. de duobus reis stipulandi et promittendi 3, 16 (17) D. de duobus reis constituendis 45, 2 C. de duob. r. stip. et prom. 8, 40. Nov. 99 de reis prom.

So heißt diejenige Art von Correalobligationen¹⁾, bei welcher die mehreren Gläubiger oder Obligirten zu einem und demselben Gegenstande gleichmächtig (pari obligatione, eadem potestate) berechtigt oder haftbar sind²⁾.

5) l. 1 §. 8 D. o. e. a. 44, 7 — qui . . alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur — l. 8 §. 7 D. fidej. 46, 1.

6) vgl. vorläufig z. B. nur den fidejussor, welcher in rem suam spondit (l. 24 D. pact. 2, 14), oder vere reus fuit l. 5 pr. §. 1 D. lib. leg. 34, 3.

7) nicht so bei den Griechen: s. daß ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι unten §. 253 S. 168 u. S. 177; nicht so bei uns, wo nicht nur „samt und sonders“ (in solidum), sondern auch „Einer für Alle“ d. i. „jeder für sich und für die Anderen zugleich“ kontrahirt wird.

8) z. B. l. 5 pr. §. 1 D. cit. und unten §. 253 Num. 51.

1) vgl. oben §. 233, 3. §. 235 bes. 3. 4 und §. 236 die terminologische Bedeutung von duo rei erhellt sowohl aus den Titelnrubriken, als aus der Thatfache, daß auch 3 und mehrere Gläubiger oder Schuldner dieser Art duo rei heißen, während eine Mehrheit von z. B. „rei promittendi“ noch keine Korreal-Schuldner und den duo rei deb. entgegengesetzt sind: z. B. l. 11 pr. D. h. t. In l. 13 eod. steht der reus im Singularis.

2) — non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio: l. 9 §. 1 D. h. t.; l. 13 D. eod. — cum ejusdem duae (oo.) potestatis

Nach der Form des Kontraktes und der Bedinge, durch welche die Mehreren *duo rei debendi* oder *credendi* werden³⁾, erscheint Keiner als Nebengläubiger oder Nebenschuldner (*adstipulator, adpromissor*), keiner als für den Anderen (*alieno nomine*), sondern Jeder als nur *proprio nomine* kontrahirend (Jeder als *s. g.* Selbstgläubiger oder Selbstschuldner, *principalis creditor, debitor*)⁴⁾. Mag der Kontrakt, aus welchem *duo rei* werden (§. 254), ein Formal- oder ein Kaufskontrakt (*stipulatio, chirografum — locatio, conductio, depositum etc.*) sein: stets ist die paritätische Korrealisirung eine formale; und als was die *duo rei* formal erscheinen, das sind sie auch von Rechtswegen (*ipso jure*): in der Klage — Jeder mit Abstraktion von dem Grunde seiner solidarischen Theilhaberschaft klagend und verklagt, Jeder mit Abstraktion von seiner Theilhaberschaft selbst klagend und verklagt, als ob er allein stipulirt, promittirt hätte⁵⁾; — nach der Existenz der Berechtigung oder Haftung — indem jede unabhängig von der des Mitgläubigers oder des Mithaftenden aufkommt⁶⁾; keine durch Konfusion mit der des Mitgläubigers oder Mithaftenden untergeht⁷⁾. Ohne diese Selbständigkeit und gegenseitige Unabhängigkeit könnte leicht auch die *mora* des Einen der *duo rei debendi* dem Anderen schaden, während dieses in der That nicht der Fall ist⁸⁾; würde ferner nicht sofort im Kontrakte selbst zwischen den mehreren Berechtigungen und Haftungen nach Ort und Zeit der

sint — vgl. oben §. 237 Anm. 3.; — „zu demselben Gegenstande“: l. 15 pr. D. h. t. *Si id quod ego et T. stipulamur, in singulis personis proprium intelligatur, non poterimus duo rei stip. constitui etc.*

3) *s.* unten § 254.

4) fast möchte man sagen als „Alleingläubiger *zc.*“: l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2 — *unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset* — Im Deutschen spricht man von „Selbstschuldnern“ im Gedanken an das Verhältniß der *duo rei debendi* und im Gegensatz zu bloßen Bürgen, wiewohl auch diese selbst schuldig sind.

5) darum läßt der Gläubiger in l. 7 §. 1 D. ad SC. Maced. 14, 6 den Titius, dem als Bürgen die *exc. SC. Mac. des reus* (Haussohnes) zu flatten käme, als Korreus promittiren; als solchem steht ihm die *exc.* nicht zu.

6) arg. l. 6 pr. §. 2; l. 8, l. 12 pr. §. 1; l. 15 D. h. t.

7) l. 13 D. h. t.

8) l. 173 §. 2 D. r. j. 50, 17 *Unicuique sua mora nocet* — l. 32 §. 4 D. usur. 22, 1 — *alterius mora alteri non nocet* — vgl. mit l. 24 §. 1 D. usur. 22, 1 *Cum reus moram facit, et fidejussor tenetur*. Weiteres hierüber *s.* unten.

Leistung⁹⁾, nach Bedingung¹⁰⁾ und Deckung¹¹⁾ unterschieden werden können, gleichviel ob und wer dadurch in die härtere Lage kommt¹²⁾. Nur so weit, daß die Parität aufgehoben würde, darf die Distinktion nicht gehen; das wäre aber der Fall, wenn in der Intensivität, d. i. im Grade der Haftung unterschieden würde¹³⁾. — Daß von den duo rei debendi Jeder ohne den Anderen zahlen kann¹⁴⁾, dazu bedurfte es keiner Selbsthaftung des Zahlenden, noch einer ausdrücklichen Vollmacht¹⁵⁾; ferner brauchten die duo rei debendi auch keine duo rei zu sein, um, Jeder ohne die Anderen, noviren, konstituiren, und litem contestiren, d. h. in Uebereinstimmung mit dem Gläubiger oder von ihm belangt¹⁶⁾ die gemeinschaftliche Schuld auf sich allein übernehmen oder für Alle begleichen oder abwehren zu können; denn expromittiren, konstituiren, defendiren kann man auch ohne Vollmacht fremde wie eigene Schulden¹⁷⁾. Allein die duo rei debendi können jeder ohne den Anderen auch Acceptilation¹⁸⁾, Kompensation¹⁹⁾, Transaktion²⁰⁾, Unterbrechung der Verjährung²¹⁾ erwirken, und dazu muß man selbst

9) l. 9 §. 2; l. 7 D. h. t.

10) l. 7 cit. — alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest —

11) l. 6 §. 1 eod. — quin liberum sit vel ab utroque vel ab altero duntaxat fidejussorem accipere non dubito (Julian.)

12) vgl. l. 34 D. fidej. 46, 1 — hi qui accessionis loco promittunt, in levioiorem causam accipi possunt, in deterioiorem non possunt —

13) l. 9 §. 1 D. h. t. — Si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio.

14) §. 1 J. l. 3 §. 1 D. h. t.

15) pr. J. quib. m. toll. o. 3, 29 — nec interest quis solvat —

16) l. 3 §. 1 D. h. t.

17) l. 8 §. 5 D. nov. 46, 2; l. 5 §. 2 cf. §. 3 D. pec. const. 13, 5; — Gaj. IV, 87, 101.

18) l. 16 D. accept. 46, 4 arg. l. 3 §. 3 D. lib. leg. 34, 3; l. 2 D. h. t.

19) l. 10 D. h. t. spricht nur von der ipso jure eintretenden Kompensation, unser Text von der facto hominis zu erwirkenden Kompensation. Daß derart jeder der duo rei deb. (mit seiner Gegenforderung) zu Gunsten Aller kompensirt, folgt daraus daß er für Alle zahlt oder in solutum dat (l. 4 D. qui pot. 20, 4 — nec enim interesse solverit an pensaverit).

20) dieses folgt daraus, daß er die Schuld für Alle aufheben und auf sich allein nehmen kann — und vgl. dazu l. 2, l. 4, l. 5 D. transact. 2, 15.

21) l. 5 C. h. t.

Schuldner und Gegengläubiger²²⁾ sein; fernerhin kann auch von den *duo rei credendi* ein Jeder ohne die Anderen das Ganze einfassiren²³⁾, acceptiliren²⁴⁾, noviren²⁵⁾, konstituiren²⁶⁾, transigiren²⁷⁾, einlagen²⁸⁾ und fristen²⁹⁾, — was alles undenkbar wäre, wenn der Handelnde nicht selbst Schuldner, selbst Gläubiger wäre. Doch ist zu bemerken, daß dieselben Handlungen, welche unsere paritätisch Obligirten und Berechtigten vornehmen können, auch durch accessorische Korrei vollführt werden³⁰⁾, und daß aus der Selbstberechtigung und Selbsthaftung allein jene Erscheinungen nicht alle erklärt werden. Aus der Selbstberechtigung und Selbsthaftung allein läßt es sich nament-

22) l. 10 D. h. t.

23) §. 1 J. l. 3 §. 1 D. h. t.; l. 31 §. 1 D. novat. 46, 2 — et uni recte solvi — vgl. l. 34 §. 1 D. solut. 46, 3 wo Theilzahlung nur als Möglichkeit — vgl. l. 3 §. 1 D. h. t. — et partes a singulis peti posse —

24) l. 13 §. ult. D. acc. 46, 4; l. 2 D. h. t.

25) Novation: durch einen von *duo rei credendi* l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2, wo zu „si specialiter id agit“ nur an l. 2 in fin. und l. 26 in fin. eod. zu denken ist (Savigny, Obligr. Bd. 1 S. 166); daß einer für Alle in *judicium*, nicht aber in *stipulationem* (3. B. l. 8 §. 1 eod.) deduziren könne, ist undenkbar, darum l. 27 pr. in fin. D. pact. 2, 14 nur auf den Tenor (daß das *pactum* den Anderen nicht schade), nicht auf die Entscheidungsgründe (*nec novare alium posse*) zu beziehen. (Vgl. Savigny a. a. D. S. 176 Abs. 1.) — Darüber ob von dem *nec novare alium posse* auch nur die *socii argentarii* betroffen werden, vgl. Bang. §. 573 Anm. 5. 2 S. 90, Sav. S. 174 o.).

26) Wie Novation wird das *Konstitutum* behandelt in l. 10 cf. l. 7—9 D. pec. const. 13, 5 (vgl. Friß, Zeitschr. f. Civir. und P. Bd. 19 S. 110 fgg. Brunß Zeitschr. f. Rg. Bd. 1 S. 83. Baron, Gesamtrechtsverh. S. 302. Arndts, P. §. 240 Anm. 4. Weiter als Savigny, nach welchem die l. 10 nur nicht hätte aufgenommen werden sollen (Obligr. Bd. 1 S. 168), geht Serafini, dem sie etwas ganz anderes bedeutet als man bisher insgemein annahm (*habere debet is cui constituitur* sei derjenige, dem in l. 8 an zweiter Stelle, und zwar *successivo*, *constituitur* wurde — *Del costituito di debito nelle obbligazioni correali*, Bologna 1876); allein unannehmbar dürfte hier zuvörderst das sein, daß l. 8 cit. von zwei *successiven* Konstitutionen spreche.

27) was nicht bezeugt, aber in der Sache selbst (und zwar ohne die Savigny'sche Distinktion) begründet ist. Vgl. Risch, Vergleich S. 195 fg.; Savigny, Obligr. Bd. 1 S. 179; Windscheid §. 295 Anm. 5 a.

28) l. 2 l. 16 D. h. t.; l. 116 D. v. o. 45, 1; l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2; l. 1, l. 14 D. rat. rem 46, 8 arg. l. 4 D. his qui effud. 9, 3.

29) gegen Verjährung, durch Entgegennahme von Schuldanerkenntnissen, oder sonstige Unterbrechung, l. 5 C. h. t. 8, 40 Justinian.

30) l. 13 §. 7. §. 8; l. 16 §. 1 cf. pr. D. accept. 46, 4; l. 5 pr. §. 1 D. lib. leg. 34, 3; l. 28 C. fidej. 8, 41; *adstipulatores* können jedenfalls klagen, einfassiren und acceptiliren: Gaj. 3, 111, 215.

lich nicht erklären, daß von den duo rei Einer für Alle klagen oder belangt werden kann. Bloß solidarische Schuldner haften jeder selbst, tilgen jeder durch Zahlung und was der Zahlung gleich steht die Schuld Aller³¹⁾, defendiren aber gleichwol Jeder nur sich allein³²⁾; bloß solidarische Gläubiger sind Jeder selbstberechtigt, und können gleichwol nicht Jeder ohne weiteres allein und anstatt der Anderen klagen³³⁾. Man wende nicht ein, daß es bei bloß solidarischen Obligationen an der Einheit der Obligation fehle; denn gesetzt auch, daß dieses wahr wäre, wie nicht (§. 235. 4): die Thatfache, daß in Korrealobligationen, insonderheit in Sachen der duo rei debendi, credendi durch Einen für oder gegen Alle lis kontestirt oder judicirt wurde, läßt sich, so sehr dies seit Keller und Ribbentrop geglaubt wurde, auch aus der Einheit der D. nicht erklären. Denn damit exceptio rei in jud. deductae oder rei judicatae platzgreife, muß de eadem re geklagt sein; zur eadem res genügt aber eadem causa (hier eadem obligatio) nicht; eadem persona ist zu derselben nicht minder nothwendig als eadem causa. Erst der Nachweis, daß die correi, insonderheit die duo rei zu denjenigen mehreren Personen gehören, die trotz ihrer Verschiedenheit als eadem persona erachtet werden, kann die gesuchte Erklärung erbringen; nicht schon in der Identität der Obligationen, sondern erst in der der Personen kann das Charakteristische der Korrealobligationen, kann jenes Mehrere (§. 80 oben) gelegen sein, was die Korrealobligation vor der bloßen Solidarobligation voraus hat³⁴⁾. Daß es wirklich hierin³⁵⁾ liege, erweist sich aus dem Inhalt der Obligation, insonderheit auch der duo rei credendi, debendi. Werden sie der Form nach nur in eigenem Namen Gläubiger oder Schuldner, so sind sie nach dem Inhalte der Obligation gleich den Adstipulatoren, Adpromis-

31) f. oben §. 235. 2 und Anm. 3.

32) §. 235. 3.

33) §. 233. 1. a. vgl. b. und c.

34) Das Nähere f. in den oben §. 235 Anm. 21 allegirten Erörterungen, namentlich Bd. 1 S. 345. 3.

35) — nicht etwa in einer subjectiven Alternativität der Haftung oder Berechtigung (Girtanner, Fitting), die ja bei solidarisch Haftenden nicht minder als bei correis indicirt wäre — Weiteres hierüber unten, §. 254 S. 181.

soren (§. 252 Anm. 4) Gläubiger oder Schuldner in eigenem und fremdem Namen zugleich. Dieses sind sie jedenfalls der Wirkung nach, indem alles was sie zur Vertreibung, Satisfacirung, Bestreitung der Forderung für sich thun, zugleich für die Mitgläubiger oder Mitschuldner gethan ist (Anm. 17—29). Sie sind es aber auch der eigenen Absicht nach. Nicht minder in der Gesamtversprechung der *duo rei debendi* als in der der mehreren Fidejussoren und in der des Fidejussor neben dem *reus* muß schon die römische Jurisprudenz die Intention gegenseitiger Intervention, die freiwillige Uebernahme gegenseitiger Vertretung in Form eigener Einschuldung erblickt haben. Wer von den *duo rei debendi* belangt wird, ist auch „*alieno nomine* belangt“³⁶⁾, — wie der *cognitor*, *procurator*, *tutor*, *curator*³⁷⁾; die da bei Gajus 3, 116 neben einander und ununterschieden *idem promittiren*, haben hier nur noch keinen festen Namen, sind aber unzweifelhaft *duo rei* und neben den Sponsoren, Fidepromissoren und Fidejussoren unter denen inbegriffen, die für Andere *promittiren* (3, 115). Daß die *duo rei* überdies entweder Alle gegenseitig oder Einer für den Anderen *Intecedenten* sein können, liegt in der Natur der Sache und ist mehrfach bezeugt³⁸⁾. Insonderheit daß jeder der *duo rei debendi* für Alle *litem contestirte*, muß als Ausfluß *naturalen Kontraktinhalts*, gewissermaßen als Produkt *stillschweigender* und *selbstverständlicher cognitoris datio* erschienen sein; sonst hätten jene *derogatorischen* Bedinge, durch welche sich der Gläubiger die *stellvertretende* Funktion der *Litiskontestation* *verbiten* konnte, und welche nach l. 28 C. *fidej.* 8, 41 bei der Annahme von Fidejussoren und *duo rei debendi* tagtäglich vorkamen, nicht aufkommen können. Steht gleichwol nach römischer Formenstrenge das *Fürsichselbst* und die *Eigennamigkeit* im Vordergrunde der *duo rei*, so tritt dies bei den Griechen hinter das *Füreinander* zurück; wenigstens vermögen wir die *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* nicht anders denn als *duo rei debendi*

36) arg. l. 13 C. loc. 4, 65 „*alieno nomine vos conveniri non oportet* — und direkt: *quorum nomine inquietamini* — arg. e contr. l. 34 pr. D. rec. 4, 8 — *nec meo nomine petitur licet a te petatur* —

37) Gaj. 4, 82.

38) s. unten Anm. 51.

zu begreifen, und befinden uns darin in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht³⁹⁾.

Gegenseitige Vertretung ist also neben allseitiger Fürsichberechtigung und Fürsichhaftung der Zweck, um dessentwillen die Mehreren bei dem Kontrakte der duo rei debendi, credendi interveniren. Ein gegenseitiges Vertretungsverhältniß ist das Mehrere, was duo rei bloß solidarischen Schuldnern oder Gläubigern voraus haben, — bewirkt, daß sie, wie Kognitoren, später auch Prokuratoren, Tutoren, Kuratoren im Verhältniß zum dominus, jeder zum anderen als eadem persona behandelt werden, — ist also der Grund, nun nicht mehr der Einheit und Identität der Obligationen⁴⁰⁾ — denn diese versteht sich schon aus der Einheit des Gegenstandes⁴¹⁾ — sondern der Einheit und Identität der Personen und dadurch der Grund der gesamtzerstörerlichen Kraft der Einen Litiskontestation. Eine Probe dafür, daß dieser Effekt in klassischer Zeit auf Personenidentität zurückgeführt wurde, liegt in der Sprache. Jeder der duo rei „deduzirt rem in litem oder iudicium“⁴²⁾. Dieses ist das Wort für die dem Erblasser, Auktor, rechten Stellvertreter verliehene Macht, auch gegen die an sich verschiedene Person des Erben, Successors, Prinzipals exceptionem rei in iud. deductae und rei iudicatae zu begründen⁴³⁾. Liegt aber innerhalb der duo rei kein Successions-Verhältniß, so kann nur das Mit- und Füreinander, oder gegenseitige Vertretung als Grund ihrer Identificirung gedacht werden. — Gegenseitige Vertretung scheint aber nicht nur der Grund zu sein, aus dem Einer statt Aller rem in iudicium deduzirt, sondern auch der Gesichtspunkt, nach welchem von den duo rei

39) s. unten. Anm. 51.

40) wie in meinen krit. Bl. nro 4. IV. und in meinen Pandekten 1. Aufl. §. 142, §. 143.

41) s. oben S. 80. b. insb. Anm. 14 und dazu §. 1 J. h. t. — in utraque o. una res vertitur.

42) l. 31 §. 1 D. novat. 46, 2 — unum . . . petentem totam rem in litem deducere —

43) Vgl. zunächst in l. 11 §. 7 D. exc. r. j. 44, 2 die Frage nach den Personen, quae rem in iudicium deducunt, darnach die vielen bei Keller, Litisk. und Urtheil S. 311 bis S. 314 gedruckten, insonderheit auf Stellvertretung bezüglichen Stellen, und endlich oben Bb. 1 S. 347 Abs. 2.

credendi jeder für Alle die Forderung in das Gewissen des Gegners zu schieben⁴⁴), rem in stipulationem zu deduziren (d. i. zu noviren)⁴⁵), zu konstituiren, acceptiliren, einzufassiren, überhaupt ohne die Anderen über die Forderung zu disponiren (Ann. 23—28), überdies Einer für Alle Unterbrechung der Klageverjährung (Ann. 29), und darnach auch Einer für Alle moram debitoris zu bewirken vermag⁴⁶). Daß Einer für Alle interpellire, liegt im Sinne gegenseitiger Vertretung; daß Einer für Alle säume, nicht (Ann. 8; S. 176). — Was aber die gegenseitige Vertretung der duo rei im Prozesse speziell betrifft, so hat das klassische Recht in dieser Richtung eine gewisse Abschwächung und noch zuvor eine gewisse Umdeutung erfahren. Noch vor Justinian hat nämlich die Litiskonfestation ihre quasinovatorische Wirkung verloren, die bloße Wiederholung, Verbesserung der Klage nicht mehr ausgeschlossen, die Anstellung einer alia actio (ex eadem causa, oder durch eine andere, aber für identisch erachtete Person) zwar fort und fort ausgeschlossen, jedoch nicht mehr als Quasinnovation, sondern als Vollzug der dem Kläger zugestandenen (unter mehrerer Klagen oder unter mehreren Beklagten zu treffenden) Wahl, oder als die Thatsache, mit welcher die Frage wer von den mehreren Klagberechtigten als Kläger zu betrachten, sei, entschieden war⁴⁷). Seither vertrat denn auch von den duo rei jeder den anderen in der Litiskonfestation als dem gedachten Wahl- oder Entscheidungsakte, nicht mehr als Quasikontrakte. Ferner aber hat Justinian selbst, in Bevormundung der Kontrahenten, verfügt,

44) jus jurandum vicarint nicht bloß für Zahlung l. 27, l. 28 §. 1 D. jurej. 12, 21, sondern auch anstatt Judicium (instar judicii habet) und Novation (l. 26 §. ult. eod.)

45) s. j. B. l. 8 §. 1 D. nov. 46, 2 Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta —

46) Die Quellen scheinen einmal (l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2) all diese Vollmacht der duo rei cred. auf eine Fiktion zurückzuführen: ac si ipse solus stipulatus esset. Allein näher betrachtet liegt in jenen Worten nur eine Vergleichung unserer Korrealstipulation mit einer Alleinstipulation, mit nichten der Grund, aus welchem erstere der letzteren in gewisser Beziehung gleich ist. —

47) Vgl. §. 94 nro 2, besonders Ann. 9 (zu den hieselbst allegirten Stellen noch l. 16 D. h. t.) und a. G.; als Beispiel l. 28 C. lidej. 8, 41 — nullo modo electione unius alterum liberari; ferner Windscheid und dessen literar-historische Ausführung in §. 296 Ann. 1.

daß da wo das jus creditoris sonst Schaden leiden könnte, dem präsumtiven Vertretungsverhältnisse zwischen duo rei debendi wie zwischen dem reus und fidejussor und zwischen mehreren Fidejussoren von Rechtswegen derogirt sein solle⁴⁸⁾. Hierbei setzt Justinian voraus, daß jus creditoris wirklich bestehe, d. h. Gläubiger ein kondemnatorisches Urtheil erwirkt habe, in Folge der gegenseitigen Vertretung aber um deswillen Schaden litte, weil der belangte und verurtheilte reus satisfaktionsunfähig, sein correus aber mit der exceptio rei judicatae (wo nicht exc. in jud. ded.) bei der Hand sein könnte; hier soll die Vertretung außer Kraft treten, gleichwie wenn dies vornherein bedungen wäre⁴⁹⁾. Für den Fall daß einer der duo rei credendi klagt, oder daß einer der duo rei debendi belangt und absolvirt wird, behält es beim bisherigen Rechte sein Bewenden⁵⁰⁾.

Unabhängig von der gegenseitigen Intervention und der gegenseitigen Vertretung ist das Interesse der Intervenienten. Man kann ebensowohl in fremder Sache aus eigenem Interesse, als in eigener Sache aus fremdem Interesse handeln, Gläubiger, Schuldner werden. Von den duo rei debendi kontrahirt bald nur Einer, bald Jeder zum Theil, bald Jeder ganz im eigenen Interesse, tritt also möglicherweise Einer ausschließlich, oder zum Theil, oder gar nicht in des Anderen Interesse in dessen Geschäft ein⁵¹⁾. Wie nun aber die Thatsache

48) l. 28 C. cit. — ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit jus creditoris mutilare —

49) — nullo modo electione unius . . alterum liberari . . nisi satisfiat creditori; sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat — remanere . . creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat — l. cit. Hiernach denn auch Interpolationen zu erwarten; eine solche ohne Zweifel in l. 8 §. 1 D. legat. I. (et solutum); vgl. Ribbentrop §. 7, §. 8; Arndts Forts. des Glück'schen Comm. Bd. 47 S. 219.

50) einer von duo rei credendi klagt: l. 2, l. 16 D. h. t.; l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2; — bei Absolution des reus debendi ist nach wie vor zu unterscheiden, ob aus der Sache selbst (de ipso contractu et de re) oder nur aus der Person des Verklagten freigesprochen wurde: arg. l. 28 §. 3, cf. §. 1 l. 42 pr. §. 1 D. jurej. 12, 2; l. 1 §. 3 D. quar. rer. aet. non detur 44, 5. Ribbentrop S. 262—264. Vgl. unten S. 177.

51) nur in fremdem Interesse: z. B. Titius, der zur Umgehung des SC. Maced. anstatt eines bloßen Bürgen mit dem filiusf. reus wird (l. 7 §. 1 D. ad SC. Maced. 14, 6); der paterf., welcher mit seinem

der Intervention und gegenseitigen Vertretung erst secundär, bei Wiederholung der Klage, in Betracht und zur Geltung kommt, so kommt es auch nur nachträglich (aus Anlaß der Regreßfrage), oder nur ausnahmsweise (ex senatusconsulto Vellejano, oder wegen Umgehung von Gesetzen⁵²⁾) zur Distinction des eigenen oder fremden Interesses. —

Neben der Einheit und Identität des Gegenstandes und der Schuld⁵³⁾ besteht auch innerhalb der *duo rei credendi, debendi* eine Mehrheit der Haftungen⁵⁴⁾, es sei nun daß Mehrere dem Einen, oder Einer den Mehreren haftet. Die *duo rei debendi, credendi* sind Alle haftbar oder forderungsberechtigt; aber wessen die Eine Schuld, oder die Eine Forderung sei oder sein werde, entscheidet sich entweder nach dem innerhalb derselben obwaltenden Regreßverhältnisse, oder aber es ist im Ungewissen, ursprünglich überall bis zur Litiskon-

Sohne *reus* wurde, ohne daß *pecunia ad patrem pervenerat*, wesfalls dann der Sohn auch nur *suum negotium* gerirt, wenn er zur Zahlung jener Korrealschuld Geld aufnimmt, und nicht in *rem patris* verliert, wenn er nun wirklich zahlt — trotzdem durch die Zahlung auch der Vater frei wird (l. 10 §. ult. D. de in rem vers. 15, 3); der Eine, welcher von dem aufgenommenen Gelde nichts bekommt (da dem Andern *numerata sit pecunia*) und der nur *intercessionis nomine* für den Andern u. solidarisch mit diesem die Obligation auf sich nahm (cf. l. 5 C. si certum pet. 4, 2); — zum Theil im eigenen, zum Theil in fremdem Interesse: wie z. B. der Pächter, welcher wenn er mit seinen Mitpächtern nur *pro parte* gepachtet hätte, „*alieno nomine* nicht“ belangt werden könnte, nun aber da er sich mit jenen solidarisch obligirt hat, (zum Theil) auch in deren Namen und Interesse belangt wird (l. 13 C. loc. cond. 4, 65; cf. l. 47 D. loc. 19, 2; l. 1 D. rat. rem. 46, 8 — *reus promittendi, qui socius est* —) nur im eigenen Interesse, wie z. B. die Frau, welche mit Titius zwar zu gemeinsamem Zwecke (in *rem communem*), mithin auch in gemeinsamen Interesse Geld aufnimmt, allein nur um deswillen auf solidarische Obligation eingeht, weil sie sonst kein Geld bekäme und der Schaden dann größer wäre, als ihn solidarische Zahlung stiften kann (l. 17 §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1). Vgl. übrigens §. 252 a. G.

52) l. 7 §. 1 D. ad SC. Maced. 14, 6 — vgl. oben Anm 51.

53) welche nicht so sehr für die Korrealobligationen als für die bloßen Solidaroo. bewiesen zu werden brauchte, und darum oben §. 235. 4 denn auch vorzugsweise im Hinblick auf die bloßen Solidaroo. erhärtet werden wollte, übrigens in §. 1 J. l. 3 §. 1; l. 15 D. h. t. insonderheit für die *duo rei* zu Tage liegt —

54) l. 9 §. 2 D. h. t. — in *cujusque persona propria singulorum consistit obligatio* —; §. 1 J. h. t. einerseits in *utraque obligatione una res vertitur*; anderseits *alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem*. — Vgl. übrigens oben §. 235 f.

station, nachher zum Theil bis zum Urtheil oder bis zur Execution⁵⁵⁾. Beides, die Mehrheit der Haftungen wie die Einheit der Schuld, hat seine Folgen.

Die Konsequenzen der Einheit der Schuld reichen nach obigem (§. 167) nicht so weit, als man anzunehmen pflegt. Zwar ist es innere Nothwendigkeit daß Eine Schuld nur einmal gezahlt, satisfacirt, verglichen, novirt, konsumirt, überhaupt aufgehoben werden kann; allein daß von den mehreren Gläubigern jeder allein und mit der Wirkung „als ob er allein stipulirt habe“, die Forderung einfassiren, noviren, acceptiliren, einlagen kann, folgt nicht schon aus der Einheit. Nicht einmal daß von den mehreren Schuldnern ein Jeder die Schuld allein zahlen und durch Expromission, Litiskontestation auf sich allein nehmen kann oder konnte, folgt einzig aus der Einheit; dazu gehört überdies eine, hier freilich sehr natürliche, ja selbstverständliche Vollmacht.

Konsequenzen der Mehrheit der Haftungen sind: 1. Möglichkeit von Unterschieden innerhalb der mehreren Haftungen trotz Parität der Haftung 2. Möglichkeit von Exemptionen trotz Einheit der Schuld.

ad 1. Die Parität der Haftungen will mehr nicht besagen, als daß keine von ihnen der Existenz nach selbständiger⁵⁶⁾, keine dem Grade nach intensiver sei oder sein darf als die andere⁵⁷⁾; Distinktionen, welche nur die Zeit, oder den Ort der Leistung, oder die Gewißheit der Haftung, oder die Deckung betreffen, sind möglich und zulässig⁵⁸⁾; —

ad 2. trotz Einheit der Forderung oder Schuld braucht diese nicht aufzuhören, wenn in der Person eines reus ein

55) §. 235 C. 82 f.; — Anm. 48–50.

56) feiner also bloßer adpromissor (sponsor, fidepromissor, dann fidejussor) oder adstipulator des Anderen (Gaj. III, 115, 116; 110): arg. l. 13, l. 12 §. 1 D. h. t. vgl. mit §. B. l. 5, l. 14 D. fidej. 46, 1; arg. l. 6 pr. §. 2, l. 7 D. h. t.; cf. l. 6 §. 2; l. 8 §. 7 D. fidej. 46, 1.

57) indem von dem Einen Praestation von omnis culpa bedungen wird, während der Andere nur dolum und culpam latam praestirt: l. 9 §. 1 D. h. t.

58) Ort: l. 9 §. 2 D. h. t.; Zeit: l. 7 eod. —; Gewißheit d. i. Bedingtheit oder Unbedingtheit: l. 7 cit.: — alius (pure alius) in diem vel sub conditione obligari potest — §. 2 J. h. t.; Deckung: — l. 6 §. 1 eod. — quin liberum sit vel ab utroque vel ab altero duntaxat fidejussorem accipere, non dubito (Julian).

Schuldaufhebungsgrund platzgreift, der Befreiung des Schuldners ohne Befriedigung des Gläubigers ist. Zumal von den mehreren reis, von künftigen Regressen abgesehen, annoch keiner definitiv Schuldner oder Inhaber des Activums ist (Ann. 55), so kann jenes Ereigniß als bloße Lösung der zu Lasten oder zu Gunsten dieser Person bestehenden Haftung erachtet, und die Schuld selbst in Ansehung der übrigen aufrecht erhalten werden. Dies ist denn, natürlicher- und gerechterweise, auch das Erachten der Quellen⁵⁹). Schuldaufhebungen der gedachten Art waren *capitis deminutio*⁶⁰), und sind heute noch *confusio*⁶¹) und der Schuldverlaß, letzterer insoferne als er sich nicht als Quittirung (*acceptilatio*), sondern nur als Verzicht auf Geltendmachung der Forderung (*pactum de non petendo*) darstellt und nicht etwa folgerungsweise (weil sonst dem Paciscenten selbst nicht geholfen wäre) die Einrede aus der Person des Paciscenten auch den Nichtpaciscenten gegeben werden muß⁶²). Nach dem Muster des *pactum d. n. p.*,

59) Nur natürlicher- und gerechterweise, nicht logisch nothwendig. Gegen die übliche Deduction aus „der subjektiven Beziehung und dem objektiven Thatbestande“ (Keller, Ribbentrop, neuestens namentlich Windscheid) vgl. meine krit. Bl. nro 4 S. 3 fgg. Z. 32 Fitting Corr.-D. §. 7 Weibel S. 22 fg. Die Quellen selbst sagen nur 1) daß überall hier die betroffene Person liberirt, erimirt, der Andere dagegen nicht befreit, werde (l. 19 D. h. t.; l. 71 pr. D. fidej. 46, 1; l. 10 D. h. t.) und 2) begründen dieses mit der Bemerkung: *multum enim interest, utrum res ipsa solvatur an persona liberetur* (l. 19 cit.), — also damit, daß dem großen Unterschiede der unter den *modis tollendi obligationem* dahin besteht, daß die einen Erfüllung (*res ipsa solvatur*), die anderen nur Befreiung ohne Erfüllung mit sich bringen, in ihrer Wirkung auf Korrealobligationen Folge zu geben gewesen sei; daß es Aufhebungsgründe gebe, welche an und für sich nur die subjektive Beziehung, nicht den objektiven Bestand der O. treffe, sagen sie nirgends. Daß es sich um einen Entscheid aus Freiheit und innerer Gerechtigkeit, nicht nach logischer Nothwendigkeit handelte, zeigt auch die *dubitatio* in l. 71 pr. cit.

60) l. 19 D. h. t.

61) l. 71 pr. cit.

62) An und für sich wirkt selbst das *pactum d. n. p.* in *rem conceptum* nur auf die Haftung des Paciscenten oder an den Paciscenten; trotzdem ein solches *pactum* die Forderungen und Schulden so wirksam tilgt, als *Acceptilatio* etc. Indessen bestand 1) das Bedürfniß nach einem Geschäft, durch das man nicht nur die Person des Paciscenten sondern auch dessen Erben unter Aufrethaltung der Forderung oder Schuld aus dem Gesamtverband entlassen könne, und als solches Geschäft dürfte sich 2) unter dem Einflusse der Kautelarjurisprudenz das *pactum d. n. p.*, welches nominell nur auf die Klage ging, dargeboten und festgestellt haben. — Kam namentlich das *pactum* von einem *der duo rei debendi* an und für sich

nicht etwa nach dem des Vergleiches (Num. 20—27), dürfte auch das Kompromiß zu behandeln sein⁶³). — Wie die Haftung überhaupt kann auch die für Verschuldung nachträglich dem Einen nachgelassen werden, während die des Anderen fort dauert; bei solcher Ungleichheit im Grade der Obligation können sie duo rei nicht werden, wohl aber bleiben⁶⁴). — Auch Kompensation, soweit sie von selbst platzgreift, hilft an und für sich nur dem Einen oder gegen den Einen, der die Gegenforderung hat⁶⁵); denn wiewohl der Gegenschuldner hier nicht ohne Satisfaktion für den Gegengläubiger frei wird, so ist die beiderseitige Freiheit doch ohne Tilgung der beiderseitigen Schulden da⁶⁶), ein Grund aber, weshalb ein Anderer als dem die Gegenforderung zusteht, frei, ein Anderer als dem die Gegenschuld obliegt, forderungsverlustig werden sollte, nicht vorhanden⁶⁷). Nur wo die Freiheit des

nur dem Paciscenten und seinen Erben zu statten, so fand nun aber eine Erstreckung desselben auf die übrigen rei dann statt, wenn das im Interesse des zu befreienden Paciscenten lag (quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur interfuit — l. 21 §. 5 D. pact. 2, 14; — cum per eum cui exc. datur, principaliter ei qui pactus est proficiat — l. 23 eod.), ohne deren Befreiung er selbst in Wahrheit nicht befreit gewesen wäre (wenn sie verurtheilt den Regreß gegen ihn hatten: arg. l. 9 §. 1 D. h. t.; l. 34 D. rec. 4, 8; l. 3 §. 3 D. lib. leg. 34, 3; cf. l. 5 pr. — §. 3, l. 2 pr. eod. — dazu den über exc. rei und personae cohaerens (Bd. 1 S. 372) hinausreichenden Unterschied der exceptio aus eigener und fremder Person in l. 25 §. 17 D. her. pet. 5, 3. Ob aber aus demselben Grunde nicht selbst ein in personam konzipirtes pactum den Uebrigen zu statten kam? Gegen l. 22 und l. 25 §. 1 D. pact. 2, 14 bedenke daß auch bezüglich des pactum in rem mitunter zu generell gesprochen wird („omnimodo“) in l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1 gegen l. 21 §. 5 D. pact. 2, 14 „omnibus quorum . . interfuit“ und l. 22 eod.

63) Hiesür l. 34 pr. D. rec. 4, 8. Windscheid §. 295 Anm. 6 unterscheidet zwischen Verwirkung der Strafe und Begründung der (nach l. 5 C. rec. 2, 56 gewährten) exceptio; erstere könne nur durch den Kompromittenten begründet werden, während letztere jeden treffe, der gegen das Kompromiß klage. Allein darnach würde dieses Klagen der Anderen in der einen Richtung (exceptio) als kompromißwidrig behandelt, in der anderen (poena) nicht. An das pactum d. n. p. mahnt in l. cit. auch das vetitus petere und das si socii sunt.

64) — quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest — l. 9 §. 1 D. h. t.

65) arg. l. 10 D. h. t.

66) s. unten, die Lehre von der Kompensation.

67) Vgl. auch l. 18 §. 1 D. comp. 16, 2.

Einen ohne die des Anderen nicht vollständig wäre, steht auch hier aus der Person und zu Gunsten des Einen die Einrede auch dem Anderen zu⁶⁸). — Keine Exemption der Person, oder bloße Beseitigung der Haftung des Einen oder Einiger enthält der Satz, daß die *mora* des Einen dem Anderen nicht schade⁶⁹), daß also namentlich *perpetuatio obligationis* nur gegen den Säumigen selbst platzgreife; anstatt Exemption der einen haben wir hier vielmehr eine tiefere Verstrickung der anderen Person (des Säumigen), und anstatt Aufhebung bloß einer von mehreren Haftungen eine novationsartige⁷⁰), über den kasuellen Untergang der Sache und Obligation hinaus platzgreifende Erstreckung der Einen Schuld, welche hier, bei den *duo rei debendi*⁷¹), nur den Schuldigen trifft, indeß die Anderen *casu* frei geworden sind⁷²). Aber auch die übrigen Folgen der *mora*, wie Verzugszinsen u., treffen nur den Säumigen, so viel uns dünkt deswegen, weil sie nicht in *obligatione* sind, sondern nur *officio iudicis praestiri* werden (§. 244), und der Richter billigerweise die Kondemnation vom Gesichtspunkte des schuldhaften Verzuges aus nur gegen denjenigen ausdehnen kann, der diese Verschuldung selbst begangen oder außer der Schuld selbst auch die Folgen solcher Verschuldung auf sich genommen hat⁷³). *Facta* dagegen, welche die Schuld selbst vergrößern, müssen Alle treffen, wenn sie gleich nur der Eine verschuldet⁷⁴); denn die Eine Schuld kann nicht gleichzeitig kleiner und größer sein. — Die Verjährung befreit ohne zu befriedigen, wird also den Einen oder von Einem befreien können, indessen die

68) l. 10 cit. Si duo rei promittendi socii (regresspflichtig) non sunt, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

69) l. 32 §. 4 D. usur. 22, 1; l. 173 §. 2 D. r. j. 50, 17 Unicuique sua mora nocet.

70) durch die Untersuchung quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant (l. 91 §. 4 D. v. o. 45, 1) an Litiscontestation und novatio necessaria mahneude —

71) im Gegensatz zu der Korrealobligation zwischen reus und fidejussor: l. 91 §. 4 in fin. cit.; l. 24 §. 1 D. usur. 22, 1.

72) und in die perpetuirte Schuld so wenig eintreten, als einst in die durch Litiscontestation des Einen novirte Schuld.

73) wie dies vom Bürgen angenommen wird — s. oben Anm. 71.

74) l. 18 D. h. t. Ex duobus r. ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet —

Klage der Anderen oder gegen die Anderen fortbesteht⁷⁵); dem steht nicht entgegen, daß Einer für und gegen Alle unterbricht⁷⁶). — Eid und absolutorisches Urtheil enthalten nur dann eine Satisfaktion (Anm. 44), wenn sie die Schuld überhaupt und nicht etwa bloß die Haftung des Einen oder Anderen, an diesen oder Jenen, negiren; letzterenfalls haben sie nur Exemption oder Ausstoßung des Einen, nicht Befreiung Aller oder von Allen zur Folge (Anm. 50).

Daß von den mehreren theils gegen, theils wegen der Solidarität von Haftungen gewährten Benefizien (§. 236) das *s. g. beneficium divisionis* namentlich auch den *duo rei debendi* zu statten komme (§. 236 Anm. 5), ist sicher, wenn unter den *ἀλληλεγγύως υπεύθυνοι* der Novelle 99 c. 1 pr. die *duo rei debendi* gemeint sind. Dafür sprechen aber ebenjowohl die besonderen sprachlichen⁷⁷) und sachlichen⁷⁸)

75) *s. B.* in dem von Savigny Obl. Bd. 1 S. 193 agf. Falle, wo die Verjährung zu Gunsten eines Pupillen und aber nur zu dessen Gunsten stillesteht — Vgl. Windscheid §. 295 Anm. 10 gegen Arndts §. 278, Anm. 2.

76) *l. 5 C. h. t.*; vgl. oben Anm. 29.

77) „*εγγύως* non a Substantivo *ὁ εγγυήτης*“ sondern „ab Adjectivo *εγγυος*“, letzteres aber nichts als unser „haftbar“ (*obnoxium*), „*ἀλλ.*“ also „*tales rei, ut alter pro altero securitatem praestet*“; *ὑπεύθυνος* von *ὑπευθύνει* = *reum facere*, *ὑπεύθυνος* = *reus*; *ἀλληλεγγύως* aber gleich jedem anderen Adverbium den Begriff des damit verbundenen Wortes nur näher bestimmend, wernach *ἀλλ. ὑπ.* nicht *ἀλληλέγγυοι καὶ ὑπεύθυνοι* (etwa *correi et fidejussores* u. dgl.), sondern „*ita rei ut invicem alter pro altero obnoxius sit*“, „unde sequitur, non duplicis obligationis vinculo teneri, sed etc.“ Wieding, Nov. Justiniani XCIX. 1857 S. 113—118. Dazu vornehmlich die *Practica ex actis Eustathii Romani* (ed. Zachariae a Lingenthal Lips. 1856) §. 6.: „*Ὅτι γυνή μετὰ τινος ἑδανείσατο, καὶ τὸ δάνειον συνέστη μετ' ἀλληλεγγύου ἐνοχῆς, καὶ ἔλκοιτος τοῦ δανειστοῦ τὴν γυναῖκα εἰς τὸ ἔλον χρέος, ἔκοιεν ὁ μάγιστρος καὶ ἠλευθέρωσε ταύτην τῆς ἐνοχῆς τῆς ἐγγύης, γράψας οὕτως· ὁ δανειστὴς τὸ χρέος ἅπαν ἐκ τῆς γυναικὸς ἐπέζητει διὰ τὸ ἐγγέγραμμαι τῇ ὁμολογίᾳ ἐκάτερον πρόσωπον εἰς ὀλόκληρον ἐϋθύνεσθαι καὶ ἕκαστον ἀντὶ τοῦ ἑτέρου* — Zachariae v. L., Gesch. d. griech. Rechts, 2. Aufl. übersetzt S. 209 *ἀλληλεγγύως* mit „samtverbindlich.“

78) *Rei promittendi*, die sich gegenseitig *fidejussores* sind, kommen vor (*l. 11 pr. D. h. t.*); aber sie sind bloße Theilschuldner, keine *duo rei debendi* (*arg. l. 11 pr. cit. in fin. §. 1, §. 2 eod.*), haben also nicht das *κοινὸν χρέος* welches die Nov. 99 voraussetzt und die *Korrealobligation* der *duo rei deb.* enthält (*l. 34 §. 1 D. solut. 46, 3 — communis obligatio*). — *Rei promittendi*, die sich gegenseitig *fidejussores* sind und in *solidum* haften zu wollen überdies versprechen, (Savigny, Obligr. I. §. 26. S. 282 III), kommen nicht vor, und konnten nicht vorkommen,

Gründe, als die gemeine Meinung⁷⁹⁾. Die Voraussetzung, daß dieselben auch materiell nur zu Theilen an dem Kontrakte selbst interessirt seien⁸⁰⁾, ist in der Novelle nicht gemacht⁸¹⁾ und außerdem nicht begründet⁸²⁾. Zur Vereinfachung des Verfahrens ist Gesamtbelangung Aller vorgeschrieben (Nov. cit. §. 1.). An die Quasiforrealobligation aus dem Vermächtniß ist in der Novelle wohl nicht gedacht⁸³⁾. — Das *f. g. beneficium cedendarum actionum* findet auch zu Gunsten der *duo r. d.* statt⁸⁴⁾; ob und wie weit derjenige, welcher das

weil das Bedinge in *solidum* haften zu wollen *duos reos* konstituirte, und also für sich mehr erzielte, als was man mit gegenseitiger *fidej.* erreichen konnte. Bleiben demnach für die *ἀλλ. ἕπ.* der Novelle nur die *duo rei deb.* übrig, so mochte eben dieser Ausdruck „für einander haften“ zu wollen die übliche Form für Konstituierung dieses solidarischen Schuldverhältnisses geworden sein; das Bedinge „in *solidum*“ war möglich, nicht nothwendig. Nov. 99 nun aber erklärt jede Gesamtschuldung, die nicht den Zusatz in *solidum* hat, für bloße Theilobligation, läßt also nur diejenige, welche diesen Zusatz hat, als das solidarische Schuldverhältniß der *duo rei* bestehen, erstreckt auf dasselbe aber das den Bürgen gegebene *benef. divisionis*. Ein Aufsatz hiezu kommt schon im klassischen Rechte vor (l. 47 D. loc. 19, 2), nicht ohne Grund; denn ihrem Wesen nach stehen die *duo rei debendi* dem Gläubiger nicht bloß als Schuldner, sondern zugleich als (gegenseitige) Bürgen gegenüber — eine Thatsache, die in dem *ἀλληλεγγύως ἐπέθυροι* zum Ausdruck kommt, und mit der *alterna fidejussio* der epitome Juliani und des *Authenticum* nur insoferne unrichtig übersezt ist, als dieses lateinische Wort nicht das Allgemeine der gegenseitigen Verbürgung, sondern das Besondere gegenseitiger Verbürgung durch *fidejussio* ausdrückt.

79) Die Geschichte dieser mit den Glossatoren beginnenden Controverse s. bei Dedekind, *de exc. div. disqq.* 1853 §. 76, ausführlicher Wieding l. cit. §§. 1—9; kritische Uebersichten: Savigny a. a. O. §. 26. Bangerow a. a. O. §. 573 Anm. 4.; kritische Anmerkungen Arndts §. 214, 2., Windscheid §. 293 Anm. 10.

80) Bangerow §. 573. (Anm. 4, 1 und 2b. a. C.) 1), Windscheid §. 293, zu Anm. 10.

81) Bangerow erblickt sie 1) in dem *ἀλληλεγγύως δανεισθῆναι*; allein von gemeinsamer Aufnahme des Darlehens, etwa unter gemeinsamer Ausstellung des Schuldscheins, kann man auch da reden, wo nur an Einen ausgezahlt wird; vgl. l. 5 C. si cert. 4, 2; 2) weiter stützt sich Bangerow auf das *κοινόν χρέος* (*commune debitum*); aber ein solches ist jede Korrealschuld, ob nun Einer bloßer Intercedent ist oder nicht.

82) Die Berücksichtigung des materiellen Sachverhaltes in Korrealobligationen findet nur aus bestimmten Anlässen statt (bei Anm. 52) und ist aus Anlaß des *beneficium divisionis* weder hier noch sonstwo vorgeschrieben.

83) vgl. Arndts a. a. O.

84) vgl. §. 236. 6., bes. Anm. 23. 24; arg. l. 65 D. de evict. 21, 2 — *quia non duo rei facti proponerentur* — l. 47 D. loc. 19, 1; l. 13 C. eod. 4, 65.

Beneficium geltend macht, auch sachlich zur Entschädigung durch seinen Correas berechtigt sei, dürfte nicht schon bei Geltendmachung des Beneficiums, sondern erst bei Geltendmachung der cedirten Klage in Betracht kommen. — Ob die duo rei debendi von dem Anspruch auf Klagencession abgesehen gegenseitiges Regreßrecht haben, hängt von dem Anlaß und Grunde ab, aus dem sie sich „einer für Alle“ obligirt haben⁸⁵⁾. Dasselbe gilt auch von der (sage nicht: Regreß-, sondern) Herauszahlungsforderung der duo rei credendi gegen denjenigen aus ihnen, an den die Leistung erfolgt ist⁸⁶⁾. — An eine Rangordnung dagegen (benef. ordinis s. excussionis) ist hier, bei den Korrealhaftungen von gleicher Mächtigkeit, außer derjenigen Rangordnung welche im benef. divisionis enthalten ist, nicht zu denken⁸⁷⁾.

§. 254.

Begründung.

Die Begründung unserer paritätischen Korrealität erfolgt überall autonom, und zwar vor allem 1. durch den Willen der Parteien selbst¹⁾, beim Abschlusse von Kontrakten, da ihrer mehrere, activ oder passiv, gemeinschaftlich kontrahiren. Sollte hier die natürliche Folge der Gemeinschaft, d. i. Theilung und Getheiltheit (§. 231, §. 234), ausgeschlossen und jene Korrealität an deren Stelle gesetzt, oder die schon wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes gegebene Solidarität (§. 231, §. 232 Anm. 4. §. 233 I. 1) zu derselben Korrealität gesteigert werden, so war dazu, wenn der gemeinschaftliche Kontrakt in einer

85) §. 236. 6. a. G. S. 89.

86) vgl. überhaupt Windscheid §. 294; Savigny, a. a. O. §. 24, §. 25.

87) vgl. §. 236. 7. Windscheid §. 293 Anm. 8 räumt dieses Benef. unabhängig vom benef. divisionis denjenigen ein, welche nur im Interesse ihres correus zu duo rei geworden sind. Vgl. dagegen die Anm. 82. Wohl aber steht in dem beneficium divisionis zugleich ein benef. ordinis, in Betreff der primär die Uebrigen treffenden Theile (Windscheid §. 293, S. 140).

1) arg l. 5 C. si certum pet. 4, 2. Si non singuli in solidum... sponte vos obligastis — l. 8 D. h. t. — interesse, quid inter contrahentes actum sit: nam si duo rei facti sunt etc.

Stipulation bestand, eine gewisse Ordnung und Fassung von Frage und Antwort, jedenfalls Stipulirung von idem für und gegen Alle²⁾, in anderen Kontraktzfällen ein besonderes Gedinge (Nebengeding, *pactum adjectum*) nothwendig. Als solches genügte die Verabredung, daß jeder in *solidum* obligirt oder berechtigt sein solle³⁾; denn die Geflißentlichkeit der Solidarität ließ auch auf den Willen gegenseitiger Intervention und Vertretung schließen (S. 168); anstatt Verabredung der Solidarität kam aber auch die vollere vor: daß die Kontrahenten *duo rei debendi* oder *credendi* sein wollten⁴⁾. Beiderlei Gedinge kamen, anstatt der sonstigen Ordnung und Fassung, auch in Stipulationen auf⁵⁾. Wir heutigen Tages pflegen „samt und sonders“, „Einer für Alle“⁶⁾ zu kontrahiren, und geben durch diese letztere Klausel mehr als es bei den Römern Brauch war, dem Interventionsgedanken Ausdruck. — 2. Auch aus der Anordnung eines Dritten, in Testamenten oder Kodizillen nämlich, kann etwas wie Korrealität entstehen: dadurch daß ihrer Mehrere mit einem und demselben Vermächtniß onerirt oder honorirt werden. Sollen die mehreren Onerirten wie *duo rei* obligirt werden, so würde die bloße Verbindung der Onerirten zu demselben Gegenstande (*Titius et Maevius Sempronio decem*), wenn sie pluralisch onerirt wären (*danto*), Partialobligationen⁷⁾, wenn singularisch (*dato*) Solidarobligationen von der Art erzeugen, daß dasselbe mehrmal zu leisten wäre⁸⁾; alternative Onerirung dagegen (*L. Titius*

2) *J. de duob. r. 3, 17.* Nachlaß an Gleichzeitigkeit und *unitas actus*: *l. 6 §. 3. l. 3 pr. D. eod.*; Grenze: *l. 12 pr. eod.*

3) *l. 13 C. loc. 4, 65; l. 47 D. eod. 19, 2; l. 5. l. 12 C. si cert. pet. 4, 2; cf. l. 9 pr. D. h. t.*

4) *arg. l. 11 §. 1. §. 2 D. h. t.*

5) *l. 11 §. 1 §. 2 cit.*

6) *Lauterbach, colleg. Pand. theoretico-practicum, lib. 45 tit. II. nr. XII.* und die dort *Agff. Samhaber 3. L. v. d. Corr.-D. 1861. S. 163 ff. Seuffert, P. S. 228. Ann. 7.* In *Notariatsakten* heißt der Korrealschuldner gerne „Selbstschuldner.“

7) *l. 17 D. h. t. l. 124 D. leg. I.* — wornach denn, wenn dergestalt mehrere Erben onerirt sind, nur über die Art der Theile (*ob viriles, ob hereditariae*) Streit ist. *Vgl. Arndts Forts. des Glück'schen Comm. Bd. 47 S. 220 fgg.*

8) *vgl. Ribbentrop gegen A. Faber S. 118; in l. 9 pr. in f. D. h. t.* liest man darum nach *Cujas* und *l. 8 §. 1 D. leg. I., l. 25 pr. D. legat. III* ziemlich allgemein „aut“ statt „et.“

heres meus aut Maevius heres meus X Sejo dato) wirkt wie die Konstituierung von duo rei debendi⁹⁾, — nicht als ob die Korrealobligationen selbst Alternativobligationen wären¹⁰⁾, sondern weil die Alternativ-Obligirten dem Effekte nach so obligirt sind, als ob sie als duo rei promittendi konstituirten worden wären¹¹⁾. — Sollen die mehreren Honorirten wie duo rei credendi berechtigt werden, so ist auch das durch ein persönliches Alternativvermächtniß (si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est) erreichbar¹²⁾; aber auch hier werden die Alternativberechtigten nicht duo rei, sondern nur wie duo rei¹³⁾.

9) l. 8 §. 1. D. leg. I.; l. 25 pr. D. legat. III.

10) wie Fitting a. a. O. anzunehmen scheint, wenn er unser Alternativvermächtniß ohne weiteres ein „Korrealverhältniß“ sein läßt. (S. 171), während er anderwärts nur von einer „engen Verbindung“ und einem gemeinsamen Grundgedanken „beider“ spricht.

11) l. 8 §. 1 cit. — cum utro velit, Sejus aget, ut si cum uno actum sit . . . alter liberetur, quasi si duo rei p. in solidum obligati fuissent. Der Unterschied zwischen der Korreale. und der persönlich-alternativen O. läge besonders dann klar zu Tage, wenn bei letzterer, nicht wie z. B. Ribbentrop S. 118 meint, die Alternativobligirten beide in obligatione wären, sondern bis zur Auswahl ungewiß wäre, wer von Beiden in obligatione sein wird, (Fitting, S. 171); denn sicher sind die Korrei vornherein Alle in obligatione (vgl. meine Festschrift zu Arndts 70. Geburtst. S. 8 fg.), Alle haftbar, und insoweit mehrere Obligationen von vornherein perfekt vorhanden (vgl. oben S. 82 f. und S. 80 b.). Aber auch andernfalls sind sie wohl unterscheidbar: dadurch, daß bei der Alternativo. die Wahl das Primäre, eine Quasikorrealität aber das Sekundäre (Folge) ist, während umgekehrt bei der Korreale. die Korrealität das Primäre und electio die Folge ist. Primär ist aber die Korrealität da, wo man auf gegenseitige Intervention ausgeht, was bei unserem Alternativ-Vermächtnisse nicht der Fall ist. Damit dürfte es zusammenhängen, daß sich eine Testamentsverfügung, wornach mehrere Erben mit einem und demselben Vermächtniß derart onerirt wären, daß sie „duo rei debendi sein“ sollen, sich nicht vorfindet. Die Wahl ist etwas das man vermachan kann; nicht so, scheint es, die gegenseitige Intervention.

12) l. 16 D. leg. II.

13) dadurch daß heres alteri dando ab utroque liberatur, und daß si neutri datur, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret (l. cit.). Zwar hat vornehmlich diese Stelle zu der Annahme einer direkten Korreale. ex testamento geführt: nam ut stipulando duo rei constitui possunt (von denen jeder petere potest atque si ipsi soli legatum esset), ita et testamento id fieri potest. Allein id fieri potest bezieht sich nicht auf duo rei constitui possunt, sondern darauf, daß uterque perinde petere potest atque si etc.

Bürgschaft.

J. de fidej. 3, 21. D. de fidej. et mandatoribus 46, 1. C. 8, 41.

§. 255.

Bürgschaft nennen wir diejenige Intervention¹⁾, bei welcher Intervenient sich nicht nur selbst²⁾ und neben einem Anderen und zu demselben Gegenstande wie dieser³⁾, sondern auch erklärtermassig nur in des Anderen (fremdem) Namen⁴⁾, darum aber auch nur accessorisch obligirt.

Dadurch daß er erklärtermassig nur in fremdem Namen kontrahirt, unterscheidet sich der Bürge von den duo rei debendi (§. 164) und auch von dem Konstituenten des constitutum debiti alieni (§. 256); dadurch daß er sich zu demselben Gegenstande mit dem Anderen obligirt und also gleich den mehreren auf idem solidarisch Obligirten und den duo rei debendi mit dem Anderen una eademque obligatione obligirt wird (§. 235, 4)⁵⁾, von dem Mandanten des Kreditmandates und dem Konstituenten des debitum alienum⁶⁾. Der Umstand, daß er erklärtermassig für einen Anderen eintritt, macht ihn offensichtlich zum (selbstobligirten) Vertreter eines Anderen, wornach denn das Merkmal der Korrealität — daß Einer des Anderen Sache in judicium deduzire (§. 235, 3; §. 169) —

1) z. B. l. 5 pr. l. 24 l. 27 §. 4 D. h. t. l. 6 §. 2 D. mand. 17, l. 1 §. 5 pr. D. lib. leg. 34, 3.

2) l. 4 §. 1 D. h. t. — ipse obligatur et heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat. l. 38 §. 5 D. sol. 46, 3 — pignus in suam obligationem dedit.

3) Gaj. 3, 116 — idem fide tua esse jubes? — l. 42 D. h. t. — in aliam rem quam quae credita est, fidejussor obligari non potest — l. 1 §. 8 D. o. e. a. 44, 7 — quod in obligationem deduximus, nämlich in die Eine des fidejussor und reus — Anwendung: l. 8 §. 8 l. 38 pr. D. h. t.

4) l. 1 §. 8 cit. — qui alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur — Gaj. 3, 115. Eben damit, daß Jemand als fidejussor (Bürge) eintritt, erklärt er alieno nomine obligirt sein zu wollen.

5) l. 1 §. 8 cit. — alios accipimus qui eadem obligatione tenentur.

6) Nicht selten sagt man freilich auch Mandatoren und Konstituenten unter dem Namen von „Bürgen“ zusammen (z. B. Windscheid §. 476, Arndts §. 353, Buchta §. 404, Brunz, Holstend. Encycl. 3. Aufl. §. 430, 3); allein konstant ist dieser Sprachgebrauch noch keineswegs (z. B. Vangerow §. 577 a. G., Keller §. 287, vgl. §. 316, §. 286, Euffert, §. 383, §. 387, §. 388, Sintenis, §. 129 B a. 2. b. 2 u. 3.

auch zwischen dem Bürgen und Schuldner besteht⁷⁾. Mit demselben Umstande wird es aber auch zusammenhängen, daß der Bürge bloß accessorisch haftet, also nicht schuldig werden oder bleiben kann, ohne daß die Haupt=Obligation (*principalis* o.) wenigstens naturaliter entsteht und besteht⁸⁾, während sehr wohl umgekehrt die Hauptobligation entstehen und fort dauern kann, indeß die Haftung des Bürgen gar nicht aufkommt oder untergeht⁹⁾; daß des Bürgen Haftung leichter, nicht drückender sein kann als die des Hauptschuldners¹⁰⁾; daß sie durch Konfusion mit der Hauptschuld¹¹⁾ nicht minder erlischt als durch Konfusion der Hauptschuld mit der Forderung¹²⁾. Denn die Vertretung kann ohne ein Vertretenes und über dieses hinaus nicht gedacht werden.

Eine derartige Intervention erfolgt überall im Interesse des Gläubigers, der in dem Bürgen nicht nur überhaupt einen Vertreter (den er anstatt des Schuldners anfordern und einflagen)¹³⁾, sondern (weil er Vertreter in Gestalt von Selbstobligirung geworden ist), einen zweiten Schuldner¹⁴⁾ und dadurch weitere Deckung für sein Guthaben erhält¹⁵⁾. Was da-

7) arg. l. 28 C. h. t.; Paul. R. S. II., 17 §. 15 (16).

8) §. 1. J.; l. 16 §. 3 l. 6 §. 2 D. h. t. — *dummodo sit aliqua* — cf. Gaj. 3, 113. Konsequenzen: l. 6 D. v. o. 45, 1; l. 16 pr. l. 23 l. 29 l. 37 D. h. t.; l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1; —

9) 3. B. l. 8 §. 7 l. 14 D. h. t.; l. 14 §. 6 D. quod met. 4, 2 — *si solus fidejussor*. —

10) Die *levior* oder *durior causa* in *quantitate*: §. 5 J. l. 8 §. 7 D. h. t. — *tempore*: §. 5 cit. l. 16 §. 5 l. 49 §. 2 D. h. t. — *loco*: l. 16 §. 1 §. 2 l. 49 §. 2 eod. — *causa*: l. 8 §. 8 §. 11 l. 34 eod.

11) l. 5 l. 14 l. 50 D. h. t. „*non fidejussoria*.“ — cf. l. 13 D. duob. r. 45, 2.

12) l. 38 §. 1 D. h. t., wiewohl hier noch der andere Grund, *quoniam nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse* (l. 21 §. 3 D. h. t.).

13) „*rei locum obtinet*“ l. 4 §. 1 D. h. t.; „*in anderem Sinne*“ „*rei loco est*“ in l. 27 §. ult. eod.

14) der denn auch ebensowohl suo als rei nomine zahlen kann: l. 51 §. 1 D. h. t.

15) l. 1 §. 8 cit. — *plerumque ab eo quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeat*. §. 4 J. replic. 4, 14 — *qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi*. — Dasselbe läßt sich übrigens auch von dem Gläubiger sagen, der mit Mehreren unter solidarischer Obligation Aller (*duo r. d.*) oder mit irgendwem auf ein Mandat hin kontrahirt.

gegen den Grund anlangt, welcher den Bürgen zu seiner Intervention veranlaßt, so muß zuvörderst auch hier (vgl. oben S. 171) zwischen dem fremden Namen und dem fremden Interesse unterschieden werden. Trotzdem der Bürge stets in fremdem Namen kontrahirt, kontrahirt er zuweilen dennoch in eigenem Interesse¹⁶⁾; der rechtlichen Form und nächsten rechtlichen Wirkung nach für einen Anderen, dem Interesse nach für sich; formal als Bürge, der wirklichen Sachlage nach als Schuldner¹⁷⁾. Gleichwie die Gesamteinschuldung der duo rei (S. 164) hat aber auch die Nebeneinschuldung des Bürgen stets die formalkontraktliche Bedeutung und Wirkung, daß der Adpromittent ohne Ansehung seines Interesses bis auf weiteres als Bürge zu behandeln ist, und daß der Grund seiner Intervention erst nachträglich (bei der Regreßfrage) oder ausnahmsweise (auf Grund des SC. Vellejanum — gegen *fraus in legem*¹⁸⁾) in Betracht kommt (vgl. oben S. 172).

Der Bürge ist nicht nur für einen Anderen, sondern auch neben diesem obligirt¹⁹⁾; die Schuld um deren willen er haftet, ist niemals bloß seine Schuld. Man kann sich zwar verbürgen noch bevor der Hauptschuldner obligirt wird²⁰⁾, dies jedoch nur unter der stillschweigenden Bedingung, daß die künftige Obligation zu Stande kommt²¹⁾. Eine *erroris fidejussio* und nichtig wäre Bürgschaft für eine bloß eingebildete Schuld²²⁾; nichtig auch die geflüßentlich für eine nichtexistente Schuld übernommene Bürgschaft²³⁾. Unmöglich ist es nicht, daß man den

16) l. 5 pr. D. lib. leg. 34, 3 — *quid si ad fidejussorem pecunia pervenerit, et ipse reum dederit vice sua, ipseque fidejusserit?* cf. l. 7 §. 1 D. ad SC. Mac. 14, 6.

17) l. 5 §. 1 D. lib. leg. 34, 3 — *si (fidejussor) vel reus ipse vere fuit* — und das „*re vera suam obligationem suscipere (expromittendo)*“, — „*in rem suam obligari*“, „*suum negotium gerere*“ in den verwandten Fällen der l. 13 pr. l. 22 l. 17 §. 2 l. 25 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1.

18) l. 7 §. 1 D. ad SC. Mac. 14, 6 — vgl. oben S. 254 Anm. 52.

19) l. 38 §. 1 D. h. t. — *nec reus est pro quo debeat* — l. 16 pr. eod. *Fidejussor obligari non potest ei apud quem reus prom. obligatus non est* —

20) l. 6 §. 2 D. h. t. *Adhiberi . . fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest* — §. 3 J. h. t.

21) arg. l. 6 §. 2 cit. — *dummodo sit aliqua . . obligatio* —

22) l. 37 D. h. t. und dazu Bd. 1. S. 395 Anm. 21.

23) „*erroris fidejussio nulla est*“ (l. 37 cit.) hat ein *contrarium*.

Inhalt einer nichtexistenten Schuld auf sich nehme; allein unmöglich ist es, dieses als Bürge zu thun²⁴). Peremptorisch exceptionsmäßige Schulden gelten auch hier²⁵) den ipso jure nicht existenten gleich²⁶); die effective Nichtigkeit der Hauptschuld, nicht etwa erst ein etwaiges Regreßrecht des Bürgen ist hierbei Grund für die Nichthaftung oder Befreiung des Bürgen²⁷). Folgerecht steht jede peremptorische exceptio, die der Hauptschuldner erlangt hat, auch dem Bürgen, und zwar diesem auch gegen den Willen und Wunsch des Hauptschuldners (der etwa den Bürgen zahlen lassen und ihm dann ersetzen möchte) zu²⁸); gegen den Willen des Schuldners hätte der Bürge die exceptio auch dann, wenn jener auf die exceptio verzichtend die Schuld anerkennen²⁹), oder erneuern³⁰) würde. Würde Jemand

nicht nur in der geflissentlich für eine Nichtschuld, sondern auch in der für eine in Wahrheit bestehende Schuld übernommenen Bürgschaft, läßt mithin einen Schluß auf das erste contrarium nicht zu. S. dagegen Windscheid §. 477 Anm. 10 ab init.

24) hiezu Arnolds §. 352 Anm. 2 und Hasenbalg, die Bürgschaft d. gem. R. S. 99 fgg. Hier wäre Promittent reus, nicht fidejussor. Daß das röm. Recht eine derartige Einschuldung als fidejussio habe passiren und gelten lassen, ist kaum bloß „sehr zweifelhaft“ (Windscheid a. a. D.), wird durch l. 37 cit. nicht unterstützt, durch l. 11 D. h. t. l. 18 D. ad SC. Mac. 14, 6 l. 6 D. v. o. 45, 1. l. 14 §. 6 D. quod met. 4, 2 ausgeschlossen, darum auch durch die „dunkle“ l. 25 D. h. t. nicht haltbar. Letztere Stelle sagt nicht, daß (im Widerspruche mit l. 6 cit.) für einen nicht obligirten prodigus oder furiosus Bürgschaft geleistet werde, sondern daß ein (interdicirter) prodigus und ein furiosus kein Mandat ertheilen können; so zum Theil schon die Glosse, dann Cujaz, Donellus, u. Huber (vgl. Girtanner, Bürgsch. S. 22) Hasenbalg, a. a. D. S. 98. Auch der Pupille ist nicht nicht obligirt (S. 47). Wohl dagegen mag bei uns einmal von „Bürgschaft“ gesprochen werden, wo eine prinzipale Einschuldung gemeint ist, und aber falsa demonstratio non nocet. Ein solcher Fall in Zeuff. Arch XXVII, 129.

25) vgl. Bb. 1 §. 105 zu Anm. 2.

26) l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1 — Julianus autem recte etc.

27) Von dem Regreß ging Cassius, von einer gänzlichen Verworfenheit der peremt. exc.-mäßigen obligatio Julianus aus: l. 16 §. 1 cit. „quia totam obligationem Senatus improbat“ und „fidejussori exc. dandam etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habeat.“ Hingegen stützt sich §. 4 J. replic. 4, 14 (wenn quia mandati iudicio etc. kein Einschließel ist) wieder auf den Regreß.

28) l. 15 pr. D. h. t. — interest enim ejus, pecuniam retinere potius, quam solutum stipulatori a reo repetere — cf. l. 19 l. 32 D. h. t.

29) Zeuffert, Arch. IX 290; vgl. Windscheid §. 477. Anm. 6.

30) — durch ein pactum ut petatur nach vorgängigem pactum de non petendo — l. 62 D. pact. 2, 14. In Betreff der scheinbar entgegenstehenden l. 27 §. 2 in fin. oder §. 3 ab init. eod. vgl. Bangerow §. 578. Anm. 4.

geflissentlich, trotzdem der Schuldner durch eine peremptorische exceptio gesichert ist, als „Bürge“ interveniren, so wäre der Fall gerade so zu behandeln, wie wenn er für eine ipso jure nichtexistente Schuld einträte³¹⁾. So findet der Gedanke, daß ein Bürge niemals allein schuldig sein könne, jedenfalls weiterhin seine Bethätigung und in den Quellen selbst entsprechenden Ausdruck, wenn sie sagen: omnes exceptiones quae reo competunt, fidejussori quoque etiam invito reo competunt³²⁾. Demselben thut es keinen Abbruch, daß gleichwol nicht alle Exceptionen des Schuldners auch dem Bürgen nützen, daß vielmehr die personae cohaerentes exceptiones, wie die exceptio quod facere potest und die exceptio si bonis cesserit dem Bürgen nicht zu statten kommen³³⁾; denn weder mit dem beneficium competentiae, noch mit der cessio bonorum hört der Schuldner auf, schuldig zu sein³⁴⁾. Erst der Umstand, daß die außerordentliche Rechtshilfe, welche dem minderjährigen Schuldner zu Theil wird, nicht überall auch dem Bürgen zu statten kommt³⁵⁾, — sowie der, daß das pactum de non petendo unbeschadet der Klage gegen den Bürgen auf die Person des Schuldners beschränkt werden kann³⁶⁾, scheint ihm zu widersprechen, indem diesfalls der Bürge forthatet, während der Schuldner frei wird. Indessen dauert bei einem auf die Person des Schuldners beschränkten pactum die Schuld selbst, und zwar nicht bloß nominell (ipso jure), sondern materiell fort, gegen die Erben des Schuldners nämlich³⁷⁾; und die durch

31) s. oben Anm. 24; dagegen Windscheid §. 477. Anm. 10. „Sodennfalls war sie giltig u.“

32) l. 19 D. exc. 44, 1 Marcian

33) l. 7 pr. cf. §. 1 D. exc. 44, 1 §. 4 J. repl. 4, 14.

34) betr. das benef. comp. bedenke die Caution, mit welcher sich Gläubiger gegen den Untergang des Forderungsrechtes durch Konsumtion schützte: l. 1 §. 7 C. rei ux. a. 5. 13; cf. l. 63 §. 4 D. pro soc. 17, 2; l. 47 §. 2 D. pecul. 15, 1; — betr. der cessio bonorum s. u. a. l. 4 pr. D. cess. bon. 42, 3. Vgl. Windscheid §. 477 Anm. 7. „Diese Einrede . . . bezieht sich nicht sowohl auf die Schuld als vielmehr auf die Vollstreckbarkeit derselben.“

35) l. 13 pr. l. 3 § 4 D. min 4, 4. Vgl. oben Bd. 1 S. 430 zu Anm. 3.

36) l. 22 cf. l. 21 §. ult. D. pact. 2, 14 — namentlich auch als Majoritätsbeschluß der Gläubiger: l. 58 §. 1 D. mand. 17, 1.

37) vgl. l. 7 §. 8 mit l. 17 §. 3, §. 4 D. pact. 2, 14. Es trifft

i. i. restitutio flaglos gestellte Schuld ist wenigstens dem Rechte nach nicht aufgehoben. So muß man nur einräumen, daß der Bürge zuweilen forthatet, während der Schuldner freigeworden ist, — kann dagegen aufrechterhalten, daß die Schuld um derentwillen der Bürge sich obligirt hat, fortdauern muß, damit der Bürge forthatet³⁸⁾.

Ohne weiteres, namentlich ohne Rücksicht auf etwaige Regressansprüche, stehen peremptorische Exceptionen aus der Person des Schuldners dem Bürgen nur dann zu, wenn die effektive Wichtigkeit der Schuld eine totale ist³⁹⁾; ist der Hauptschuldner exceptione geschützt, dahinter aber naturaliter schuldig, dann hilft dem Bürgen der Umstand, daß er aus der Person des Schuldners exceptionem hat, nichts; er haftet auf Grund der

hier das Wort der l. 11 D. pec. const. 13, 5 zu: quod debitum sit, etiamsi nullus appareat, qui interim debeat —

38) So rechtfertigen wir auch die Fortdauer der Bürgschaftsobligation nach eingetretener restitutio minoris aus dem Fortbestande der Hauptschuld. Windscheid §. 477 I b. 4 und Anm. 18 rechtfertiget aus der Intention einer solchen Bürgschaft, und generalisirt diesen Fall zu dem Sage, daß die Verbindlichkeit des Bürgen über die des Schuldners hinaus fortbestehen könne, „wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, nun eingetretenen Fall des Wegfalles derselben verbürgt hat.“ Dies mahnt an eine gewisse Fassung der rem pupilli salvam fore fidejussio (in id quod a tutore servari non potest — l. 41 D. h. t.; l. 2 C. fidej. tut. 5, 57 cf. l. 16 §. 6 D. h. t. l. 116 D. v. o. 45, l. 150 D. v. s. 50, 16). Allein diese Fassung ging von dem Wegfall des Exekutionsobjectes, nicht der Verbindlichkeit aus, und hatte nur Vorausklagung des Schuldners zum Zwecke. Daß in unserem Falle der Bürge sich speziell für die Eventualität der i. i. r. minoris verbürgt haben müsse, sagen die Quellen nicht; genug daß der Gläubiger dem Minor allein nicht traute (l. 13 pr. cit.), oder der Bürge wissentlich für einen Minor eintrat (Paul. R. S. I. 9 §. 6). Formell wird den römischen Juristen diese Forthatung des Bürgen nicht schwer gefallen sein; da die Schuld selbst durch die i. i. r. nicht jure beseitiget war, mußte erst eine zweite i. i. r. auch den Bürgen befreien, wenn er exceptionem bekommen sollte (l. 7 §. 1 in fin. D. exc. 44, 1), und ob diese zweite Restitution erteilt werden sollte, hing eben von den Umständen ab (l. 13 pr. in f.). Materiell aber fiel ihnen dieselbe nicht leicht (l. 13 pr. cit. — Facilius in mandatore dicendum erit etc. — l. 95 §. 3 D. solut. 46, 3 Papin. — non potest dici non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem — und dazu für unseren Fall difficile est dicere causam juris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere (fidejussoris) obligationem, quae principalis fuit et cui fidejussoria accessit — (womit gegen die Deduktion aus dem formalen Fortbestand der Hauptschuld Opposition gemacht zu sein scheint). Ganz allgemein spricht sich für den Uebergang der i. i. r. auf den fidejussor aus: l. 51 pr. D. procur. 3, 3.

39) vgl. die in Anm. 27 ausgeschobenen Worte der l. 16 §. 1 cit.

naturalis obligatio⁴⁰⁾. Dadurch kommt es, daß der Bürge — nicht schuldig, wo der Schuldner nichtschuldig, wohl aber daß er — klageweise belangbar sein kann, wo der Schuldner nicht verklagt werden kann. Hier nun aber kann dem Bürgen, welchem die exceptio nichts hilft, das Regreßverhältniß d. i. der Umstand helfen, daß er, zahlend, gegen den Schuldner Regreß hätte, Schuldner also, trotzdem er klagefrei sein soll, in der That doch verklagt werden (alia ratione conveniri — l. 5 pr. D. lib. leg. 34, 3) könnte⁴¹⁾. So bildet das Regreßrecht denn auch den Grund, aus dem ein Bürge, welcher wegen der bloß persönlichen Befreiung des Schuldners belangbar wäre, geschützt sein kann⁴²⁾, oder aber den Stein des Anstoßes, der erst beseitigt werden muß, damit die Klage gegen den Bürgen ohne Schaden für den Schuldner möglich werde⁴³⁾.

Der Bürge vertritt den Schuldner, nicht umgekehrt dieser auch jenen. Zwar kommt alles, was der Schuldner zur Befreiung der Schuld selbst thut, auch dem Bürgen zu statten⁴⁴⁾; allein das ist die Folge davon, daß er Prinzipal, nicht, daß er Vertreter ist. Folgerichtig gehen ihn Verschuldungen des Bürgen nichts an⁴⁵⁾. Der Bürge dagegen hat, als Vertreter

40) l. 6 §. 2 D. h. t. Ann. 8

41) Ohne Rücksicht auf das Regreßverhältniß hat der Bürge exceptionem SC. Vellejani, weil hier tota obligatio improbata ist (l. 16 §. 1 cit. Ann. 27); nur wenn er zahlend Regreß hätte, exceptionem SC. Macedoniani (quia naturalis o. manet): l. 9 §. 3; l. 10 D. ad SC. Maced. 14, 6; den Regreß (das Gewöhnliche) setzt voraus l. 7 §. 1 eod. und l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1; in l. 11 D. h. t. fehlt es (nach dem Tode des ff. und in Ermangelung einer hereditas) auch an naturalis obligatio (l. 18 D. ad SC. Maced. 14, 6); umgekehrt besteht in l. 9 §. 3 D. ad SC. Maced. 41, 6 — si non donandi animo, patris tamen voluntate, intercesserunt, selbst klagbare Hauptschuld (cf. l. 7 §. 15 l. 12 l. 16 eod.).

42) l. 5 D. lib. leg. 34, 3.

43) l. 13 pr. D. min. 4, 4 — potius ipsi deneganda erit mandati actio —

44) Zahlung: l. 38 §. 2 l. 73 D. sol. 46, 3; Acceptilation: l. 16 D. acc. 46, 4; pactum d. n. p. in rem: l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1; Novation und Novationsartiges (genus novationis); l. 60 D. h. t., einst namentlich Litiskonfession: Paul. R. S. II, 17 §. 16 l. 5 in f. D. h. t. arg. l. 28 C. h. t.; noch immer Eid (de ipso contractu et de re): l. 28 §. 1 l. 42 §. 3 D. jj. 12, 2; l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1, und Absolution wegen Nichtexistenz der Schuld, Transaktion und Kompromiß — vgl. oben §. 253 zu Ann. 50, 20, 63.

45) l. 88 D. v. o. 45, 1 — si fidejussor hominem occiderit, reus liberatur —

des Schuldners in Ansehung der ganzen Schuld, auch für dessen Verschuldung aufzukommen⁴⁶⁾. Als eine in Selbsthaftung gekleidete Vertretung ist die Bürgschaft Deckung (Ann. 15), welche leicht vereitelt ward oder gar in's Gegentheil umschlug, wenn schon die Litiskontestation mit dem Einen den Anderen befreite. Darum vor Allem hier die Verordnung, daß nicht schon Litiskontestation und Verurtheilung des Schuldners dem Gläubiger seinen Bürgen, nicht schon Litiskontestation und Verurtheilung des Bürgen dem Gläubiger seinen Schuldner kosten sollten (l. 28 C. fidej. 8, 41. C. 170 fg.). Im Uebrigen deduzirt der Bürge so gut wie der Schuldner selbst die Sache in litem, jusjurandum, stipulationem (novationem) acceptilationem. solutionem⁴⁷⁾. Sich ohne den Schuldner zu befreien, dient dem Bürgen pactum d. n. p.⁴⁸⁾.

Der Bürge des Bürgen (fidejussor fidejussoris — Afterbürge), den der Gläubiger von diesem und für diesen unzweifelhaft annehmen kann⁴⁹⁾, ist nicht auch Bürge des Schuldners, geht dem Gläubiger mit dem ersten Bürgen verloren⁵⁰⁾. Dem Gläubiger ist und heißt der erste Bürge, weil er nur durch ihn den zweiten hat, principalis fidejussor⁵¹⁾; dem zweiten, der nur für den ersten Bürgen, nicht für den reus haftet, ist und heißt der erste Bürge rei loco⁵²⁾; zwischen dem zweiten und ersten Bürgen besteht denn auch so wenig ein benef. divi-

46) l. 24 §. 1 D. usur. 22, 1 Cum reus moram facit, et fidejussor tenetur: l. 58 §. 1 D. h. t. Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit. Brunß, Holzend. Encycl. 3. Aufl. C. 430 §. 69.

47) exceptio rei jud. (im Falle der de re ipsa erfolgenden Absolution): l. 4 D. exc. r. j. 44, 2; l. 42 §. 3 D. jurej. 12, 2; cf. l. 7 §. 1 D. exc. 44, 1; vgl. §. 253 Ann. 50; — jusjur.: l. 28 §. 1 D. jurej. 12, 2; — novatio: arg. l. 91 D. solut. 46, 3; vgl. C. 165, §. 10; — acceptilatio: (auch wenn die Hauptschuld keine verb. obligatio ist) l. 13 §. 7 l. 16 §. 1; cf. l. 13 §. 8 l. 16 pr. D. acc. 46, 4; — solutio: l. 24 D. sol. 46, 3.

48) l. 23 cf. l. 21 §. ult. l. 22 D. pact. 2, 14 l. 5 §. 1 D. lib. leg. 34, 3.

49) l. 8 §. ult. D. h. t.

50) ungleich dem Pfande, daß der Bürge in suam obligationem bestellt: l. 38 §. ult. D. solut. 46, 3.

51) l. 38 §. ult. cit. — sublata obligatione ejus (fidejussoris) pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari.

52) l. 27 §. ult. D. h. t.

sionis⁵³⁾ als zwischen dem Bürgen und Schuldner (§. 256. 1), wogegen Exceptionen, die dem ersten Bürgen zustehen, dem zweiten nach derselben Maßgabe zustehen müssen, nach welcher die des reus dem ersten Bürgen zustehen⁵⁴⁾.

Eine erste Bürgschaft ist die des Rückbürgen: den der Bürge vom Schuldner oder für diesen zur Sicherung seines Regresses gegen den Schuldner empfängt⁵⁵⁾.

§. 256.

Rechtswohlthaten des Bürgen.

Der Umstand, daß die Bürgen sich überall in fremdem Namen (als Vertreter) obligiren, hat frühe zu manchen Begünstigungen derselben¹⁾ geführt. Von diesen bestehen noch

1) das im Allgemeinen schon oben §. 236. 5. besprochene *auxilium* (s. g. *beneficium*) *divisionis* zu Gunsten der mehreren Bürgen (*fidejussores*)²⁾. Nur innerhalb der Bürgen, nicht zwischen dem Bürgen und Schuldner³⁾, oder dem ersten Bürgen und dem Afterbürgen⁴⁾ — und nur innerhalb von *co n fidejussores*⁵⁾ besteht diese Abschwächung der Solidarität. Ein Miteinander bei Errichtung der Bürgschaft ist nicht nothwendig⁶⁾, kann dem Einen oder Anderen aber dann zu statten kommen, wenn des Einen oder Anderen Bürgschaft ungiltig sein oder werden sollte⁷⁾. — Die Theilung selbst kann der in

53) l. 27 §. ult. cit.

54) l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1. Näheres Hasenbalg S. 737 fgg.

55) l. 4 pr. D. h. t.; l. 53 D. mand. 17, 1.

1) Gaj. 3, 118—127.

2) §. 236 insb. Anm. 1. 2.

3) l. 27 §. 4 D. h. t. — *nec potest reus desiderare, ut inter se et fidejussorem dividatur obligatio* —; —

4) s. oben S. 189 Abs. 1.

5) d. i. von solchen mehreren Bürgen, welche nicht nur für dieselbe Schuld und in *solidum* (l. 51 pr. D. cf. l. 3 C. h. t.), sondern auch alle *pro eodem* (l. 43 l. 51 §. 2 D. h. t.) *apud eundem* (z. B. der *duo rei credendi-arg.* l. 51 §. 2 cit.) haften. Gegen die weiteren Erfordernisse der Gemeinschaft und Gleichzeitigkeit (Kritz, Pand. I, 1 S. 122 fgg. Seuffert §. 385 Anm. 17 und zum Theil Hasenbalg S. 474 c. u. S. 477) s. Windscheid §. 479 Anm. 2 und die dort Agff., besonders aber das Argument aus l. 48 §. 1 D. h. t.

6) s. die vorige Anm.

7) Das Miteinander berechtigt zum Vertrauen auf gemeinschaftliche

solidum Belangte in doppelter Weise bewirken: entweder dadurch, daß er den Gläubiger zum Theile an die übrigen oder einige anwesende Bürgen verweist und die aus dieser Verweisung entspringende Haftung zu verbürgen bereit ist⁸⁾; oder dadurch, daß er die Solvenz der Mitbürgen, aller oder einiger, behauptet und also zu beweisen bereit ist⁹⁾. Ersterenfalls käme es zur Abweisung der Klage, wenn der Belangte zu richtiger Kaution bereit¹⁰⁾, der Gläubiger aber gleichwol das Ganze einzuklagen willens wäre; zur Nachforderung aus der Kaution, wenn Gläubiger Theilzahlung annähme, und aber bei den Uebrigen seine Rechnung nicht fände¹¹⁾. Letzterenfalls kommt es, wenn Gläubiger der gegnerischen Behauptung ungeachtet auf Ganzzahlung besteht, zur *exceptio „si non et illi solvendo sint“*¹²⁾, und aber trotzdem zu theilweiser Kondemnation des solidariſch Belangten (*pro parte virili*) und zur Verweisung des Gläubigers mit seinem Restgut haben an die Uebrigen, wenn Beklagter den ihm obliegenden Beweis erbringt¹³⁾. —

Haftung und selbst wo diese nicht besteht, zur Theilung, wo jenes Vertrauen nicht durch Kenntniß der wirklichen Sachlage, oder unentschuldbaren Irrthum ausgeschlossen war (l. 48 pr. §. 1 D. h. t.; Windscheid §. 479 Anm. 7).

8) l. 10 pr. D. h. t.

9) l. 28 eod. Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse etc.

10) l. 10 pr. cit. — Si . . paratus sit offerre cautionem — Si satisfactiones offerat.

11) die Nachforderung aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse ward durch Einklagung *adversus ceteros* konsumirt; nicht mehr seit l. 28 C. fidej. 8, 41; vgl. Windscheid §. 479 Anm. 4.

12) l. 28 cit. Si contendat fidejussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi etc.“

13) So nach heutigem Recht und gemeiner Annahme (s. z. B. Hasenbalg S. 495 Abs. 1 Arnolds P. §. 215). Wenigstens nicht ohne weiteres so nach römischem Rechte. Hier war bei der exklusiven Fassung der *exceptio* an und für sich keine *minutio condemnationis*, und bei der Personeneinheit der *confidejussores* keine weitere Klage gegen die Uebrigen möglich, wenn gegen Einen auf das Ganze geklagt ward. Dedekind, der auf diesen Gegenstand eingeht (*exc. div.* §. 22), hebt wie Girtanner (Bürgsch. S. 100) nur die Konsumtionsseite hervor. Daß man beiden Konsequenzen (der totalen Abweisung, wie der Konsumtion) wenigstens später begegnet sei, ist wahrscheinlich; denn das Risiko des Gläubigers dem nicht cavirt wurde, war gleich groß, wenn er der Behauptung des Beklagten folgte, und seine Theilklagen vergeblicher Konsumtion aussetzte, — oder aber dem Beklagten nicht glaubte und totale Abweisung gefährdete. Nach l. 10 §. 1 C. h. t. kann der in *solidum* Belangte noch nach der

2. Regreßrecht bestund als Rechtswohlthat nur innerhalb der mehreren Sponsoren und Fidepromissores, so lange und so weit dazu ein Bedürfniß vorlag¹⁴⁾, auf Grund der *lex Apuleja*; für die mehreren *fidejussores* galt dieses Gesetz nicht¹⁵⁾; zwischen diesen mußte und muß es¹⁶⁾ durch eine wirkliche Sozietät oder einen anderen gemeinrechtlichen Grund begründet sein¹⁷⁾. Dasselbe gilt aber auch für den Regreß des Bürgen gegen den Schuldner¹⁸⁾; —

3. der Anspruch auf Klagencession¹⁹⁾ ist als eine Rechtswohlthat verliehen a. den *confidejussores*, insoferne der in *solidum* Belangte anstatt Theilung der Klage gegen Zahlung des Ganzen Abtretung (Verkauf) des Guthabens an die Anderen verlangen kann²⁰⁾; b. dem Bürgen, welcher unter derselben Voraussetzung Abtretung der Klage gegen den Schuldner verlangen kann²¹⁾. Aus der *fidejussio* einseitig schuldig, hatten die Bürgen *jure communi* kein Recht auf Cession²²⁾; etwaiges Regreßrecht gegen den Mitbürgen oder Schuldner konnte weder Grund noch Voraussetzung eines Anspruches auf Cession sein²³⁾; gerade dann wenn es am Regreßrechte fehlt,

Litiskontestation und bis zur Kondemnation Theilung verlangen: ein Beweis, daß auch im Falle des *Si contendat fidejussor etc.* der Mittelweg zwischen totaler Verurtheilung und totaler Abweisung möglich geworden war. Der Konsumtion ist für alle Fälle durch l. 28 C. h. t. gesteuert worden. Aber wie ward dieser vordem gesteuert, wie *minutio condemnationis* vermittelt? Ueber erstere Frage s. Dedekind l. c. Ursprünglich mag die Theilung der Klage immerhin nur das Produkt indirekten Zwanges (der Furcht vor *Exceptio* und totaler Abweisung) gewesen sein: arg. §. 4 J. h. t. — *ex epist. D. Hadriani compellitur creditor a singulis . . partes petere.*

14) seit der *ipso jure* theilenden *lex Furia de sponsu* nurmehr außerhalb Italiens — Gaj. 3, 122.

15) Gaj. l. cit. l. 39 D. h. t.

16) im Gegensatz zu der supponirten Sozietät der *lex Apuleja*.

17) s. oben § 236. 6 a. C. S. 89.

18) s. oben a. a. O., insb. l. 6 §. 2 D. mand. 17, 1; an einem Antaufe zu singulärer Gewährung dieses Regreßes fehlte es nicht: l. 40 D. mand. 17, 1 — *quidam utilem putant dari* —

19) § 236. 6 S. 87.

20) *succurri solet*: l. 17 D. h. t. (gedruckt S. 87 Anm. 24); — *compellitur*: wegen der sonst drohenden Abweisung. Vgl. l. 36 D. eod.

21) Nov. 4 c. 1 in fin arg. l. 36 cit. l. 65 D. evict. 21, 2 l. 47 D. loc. 19, 2 l. 13 C. eod. 4, 65; cf. l. 2 l. 21 C. h. t. l. 95 §. 11 D. sol. 46, 3.

22) §. 236. 6. zu Anm. 24.

23) s. oben S. 87 Z. 6 u. fgg.; dagegen *Windscheid* §. 481. Anm. 7.

bekommt der Cessionanspruch Bedeutung. Nur wenn man dem Zuge des heutigen Rechtes folgend die Bürgschaftsklage zur b. f. actio macht, versteht sich der Anspruch auf Cession ex jure communi²⁴⁾; werthlos ist er noch immer nicht²⁵⁾; — nur unter derselben Voraussetzung könnte auch an eine Klage auf Cession zu denken sein; als beneficium steht die Cession nur retentionweise zu; —

4. eine Rechtswohlthat ist endlich der Anspruch des Bürgen auf Vorklagung des Schuldners²⁶⁾. Dieser Anspruch ist erst durch Nov. 4²⁷⁾ nach vorgängiger Beseitigung des Konjunktionshindernisses (l. 28 C. h. t.) eingeführt worden. Bis dahin war die Bürgschaftsschuld der Hauptschuld nur in der Existenz, nicht auch in der Exekution untergeordnet oder nachgestanden. Aber auch jetzt noch besteht das Anrecht auf vorgängige Exekution des Schuldners nicht schlechtthin. Dasselbe cessirt, wenn es zur Vereitlung oder doch zum Aufschub der Exekution führen würde. Ersteres wäre dann der Fall, wenn die Hauptschuld eine bloß naturale ist²⁸⁾; letzteres dann, wenn der Bürge „anwesend“ d. i. am Wohnorte des Gläubigers belangbar, der Schuldner dagegen „abwesend“ ist, und Bürge letzteren nicht binnen gewisser, richterlich festzusetzender Frist zu stellen vermag²⁹⁾. Dem erwähnten Falle müssen alle anderen Fälle, in denen die Geltendmachung des Beneficiums einen weiteren als den durch dieses selbst veranlaßten Aufschub mit sich brächte, gleich behandelt werden; so namentlich der des Konfurjes³⁰⁾. Analogerweise geht diese Begünstigung durch

24) §. 236 zu Anm. 21—23.

25) nicht in der Richtung gegen die Mitbürgen, trotz des benef. divisionis; dieses kann wegen Insolvenz cessiren, die cebirte Klage aber später, nach wiedererlangter Solvenz, zur Geltung kommen; — nicht in der gegen den Schuldner, trotz des benef. excussionis; dieses kann wegen Absenz cessiren, was von der cebirten Klage nicht gesagt werden kann.

26) §. 236. 7. c.

27) welche in c. 1 von unserem benef., in c. 2 von dem f. g. benef. exc. personalis und realis in Pfandsfällen handelt.

28) Nov. 4 c. 1 setzt darum überall actio, exactio gegen den Hauptschuldner voraus.

29) — cum possit mox intercessorem ... exigere —. Von dem Aufschub, nicht von anderweitiger „Schwierigkeit“ geht die Novelle aus.

30) u. C. nicht als ob jus singulare analog angewandt werden

Ablegung der Schuld³¹⁾, natürlicherweise durch notorische Insolvenz des Schuldners und durch Verzicht verloren³²⁾. Eine weitere Beschränkung statuirt das deutsche Handelsgesetzbuch³³⁾. — Nachbürgen muß man die Verweisung an den Bürgen aus eigener Person gestatten, weil dieser ihnen *rei loco* ist (§. 255 a. G.); die Verweisung an den Schuldner aber aus der Person des Bürgen, weil dem Afterbürgen die Exceptionen des Bürgen zu statten kommen (§. 255 Anm. 54), und die *exc. excussionis* nicht als *personae cohaerens* betrachtet werden kann³⁴⁾.

§. 257.

Verbürgungsakt. Kreditmandat und *constitutum debiti alieni*.

Die Begründung der Bürgschaft erfolgt überall durch Versprechen und zwar durch ein zweiseitiges, heute formloses Versprechen¹⁾. Schon dadurch und durch die damit gegebene Vererblichkeit²⁾ und Unwiderruflichkeit unterscheidet sich die Bürgschaft von dem Kreditmandate, welches nur sekundär und stillschweigend ein Versprechen (der Deckung), primär dagegen ein Auftrag, und als solcher einseitig widerrufbar sowie mit dem Tod des Mandatars wie des Mandanten zu Ende

bürste (Windscheid §. 478 Anm. 4; dagegen diese Pandb. §. 25 Abs. 1), sondern weil die Beschränkung des *jus singulare* d. i. das *jus commune* analog weiterzuführen ist, und die Nichtstatthaftigkeit des *beneficium* im Falle der Abwesenheit das *jus commune* herstellt. S. übrigens die Controverse bei Windscheid a. a. D.

31) s. oben §. 236 Anm. 8, vgl. Windscheid §. 478 Anm. 8. Gegen Hasenbalg, der dieser durch Theorie und Praxis befürworteten Theorie vonwegen der Unerstreckbarkeit des *jus singulare* entgegentritt (S. 607), gilt dasselbe, was soeben Anm. 30 bemerkt worden ist.

32) Näheres namentlich über den Verzicht s. Windscheid a. a. D. Anm. 7.

33) Art. 281 Abs. 2 „wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Hg. ist“.

34) vgl. oben §. 255 zu Anm. 33 — im übrigen Hasenbalg S. 740 cc.

1) l. 8 pr. D. h. t. Ueber die nur sehr allmälige Entbindung der *fidejussio* von der römischen Form s. die literarhistorischen Ausführungen bei Hasenbalg a. a. D. S. 819, 2.

2) l. 4 §. 1 eod.

ist³). Weiterhin aber geht das Bürgschaftsverprechen auf dasselbe, wofür ein Anderer haftet oder haften wird, und ist darum das, was Schuldner und Bürge schuldig werden, trotz Mehrheit der Haftungen, und ungeachtet der Unterschiede, die in der causa obligationis bestehen können⁴), Eine und dieselbe Schuld⁵), während der Mandant dem Mandatar (Gläubiger) nicht das, was der Schuldner schuldet, sondern Deckung, d. h. Ersatz dessen was dem Mandatar infolge der befohlenen Kreditgebung entgeht, schuldig wird⁶). Folgerecht besteht denn auch zwischen dem Mandanten und Schuldner kein solidarisches, geschweige denn einheitliches Schuldverhältniß. Der Bürge übernimmt eine fremde, mit der des Schuldners identische, — der Mandant übernimmt seine eigene, von der des Schuldners verschiedene Schuld⁷). Folgerecht kann auch von der Korrealität, die zwischen dem Bürgen und Schuldner besteht, in dem Verhältnisse des Mandanten zum Schuldner keine Rede sein; die Litiskonfession mit dem Einen ist nicht Befreiung des Anderen⁸); der Mandant kann seine Schuld abtragen, ohne daß damit die des Schuldners gezahlt wäre⁹), und darum (mandati actione directa oder exceptionsweise) Abtretung der Klage gegen den Schuldner auch noch nach Abtragung seiner Mandatsschuld und ohne Umdeutung der Zahlung in Kauf verlangen^{9a}). Allerdings wird der Schuldner, wenn Mandant gezahlt hat, gegen die Klage des Gläubigers geschützt; allein dies geschieht nur mittelst exceptio, weil es dolos ist, dasjenige zu begehren, wofür man bereits Ersatz hat, nicht ipso jure,

3) l. 15 C. mand. 4, 35, l. 27 §. 3 l. 12 §. 16 D. eod. 17, 1.

4) l. 8 §. 1 D. h. t. — fidejussorem adhiberi omni obligationi posse etc. §. 2 Pro eo etiam qui honorario jure obligatus est — l. 13 §. 7 D. accept. 46, 4.

5) §. 255 Anm. 5.

6) l. 32 D. mand. 17, 1 — cautum mihi, damnum praestari — vgl. das wahrscheinlich ebiftale „abesse“ in l. 26 §. 2 l. 47 pr. eod.

7) l. 28 D. mand. 17, 1 — propter mandatum enim suum solvit et suo nomine —

8) l. 13 D. l. 23 C. h. t.

9) l. 28 cit. — mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare —

9a) l. 28 cit. — ideoque mandatori actiones . . adversus reum cedi debere — l. 13 cit. Vgl. oben S. 87 und die künstliche Vermittelung zwischen Zahlung und Cession bei der Bürgschaft S. 88.

als ob gezahlt wäre¹⁰⁾. Ferner muß zwar in dem Maße, als der Schuldner zahlt, der Mandator frei werden¹¹⁾; allein wiederum folgt das nicht aus einer Einheit der Schuld, sondern aus dem Inhalt der Mandatsobligation, da nichts mehr zu ersehen sein kann, wo nichts mehr abgeht. Endlich ist ein Kreditmandat mit Haftung und Schuld des Mandanten denkbar, ohne daß die durch dasselbe garantirte Schuld zu Stande kommt, während die Bürgschaft ohne die zu verbürgende Schuld unmöglich ist¹²⁾. — So wenig Mandat und Versprechen, so wenig können das Kreditmandat und die Bürgschaft in Eins verschmolzen werden¹³⁾. Wohl dagegen ist nicht zu übersehen, daß beiderlei Obligationenweisen eine Deckung des Gläubigers bezwecken, nach Zweck und Wirkung also von Einer Gattung sind, und so denn auch manches mit einander gemein haben. Mehrere Mandatoren, (wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes solidarisch, ohne besondere Verbindung untereinander aber nicht forrealiter haftend¹⁴⁾), haben zugleich mit den Fidejussoren das *beneficium divisionis*¹⁵⁾, und gleich den Fidejussoren das *beneficium excussionis* und also die Einrede der Vorausklagung des Schuldners¹⁶⁾; Cession der Klagen gegen den Schuldner und gegen die übrigen Mandatoren können sie *jure communi*, nöthigenfalls klagend (*actione mandati*), verlangen (Anm. 9); ob sie gegen den Schuldner Regreß haben, hängt von den gemeinrechtlichen Bedingungen ab. S

10) arg. l. 28 cit. — *ipso jure . . non liberari* —

11) l. 13 cit. — *in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non poteris* —

12) l. 12 §. 13 in fin. D. mand. 17, 1 cf. l. 13 pr. D. min. 4, 4 — *Facilius in mandatore dicendum erit; hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut . . . contraheretur.*

13) was für das heutige Recht begehrt wird von Arnolds B. §. 353. Die Möglichkeit anstatt mit Auftrag mit einem Deckungs-Versprechen („Garantievertrag“) zu beginnen, beseitigt das Kreditmandat nicht; auch wäre der reine Garantievertrag nicht mit mehr Recht als das Kreditmandat eine „Form der Bürgschaft“. (S. dagegen Windscheid §. 412. 2 vgl. §. 476. 3. Hinwider Brunz, Holzsch. Encycl. 3. Aufl. S. 432). Im übrigen sollte der Unterschied des (im Mandate stillschweigend enthaltenen) Garantieversprechens und der Bürgschaft u. E. mehr aufgefrischt als verwischt werden (dagegen Brunz a. a. O.).

14) l. 21 in f. D. mand. 17, 1 l. 52 §. 3 D. h. t.; für die Möglichkeit forrealer Verbindung l. 16 pr. D. pec. const. 13, 5 (unten Anm. 33).

15) §. 236 Anm. 2, vgl. §. 256. 1.

16) Nov. 4 pr. c. 1, vgl. §. 256. 4.

Auch das Constitutum scheint primär nicht als Versprechen¹⁷⁾, sondern als eine Erklärung gedacht zu sein, in welcher ein Versprechen (zahlen zu wollen) erst folgerungsweise enthalten ist¹⁸⁾. Ist diese Erklärung primär eine Konstatierung, Bestätigung¹⁹⁾, also vielmehr ein Urtheil oder Zeugniß, denn

17) arg. l. 1 §. 4 D. de pec. const. 13, 5 — non animo constituentis, sed promittentis — Möglich ist allerdings, daß hiermit das constitutum nicht zum Versprechen überhaupt, sondern nur zu dem eine Schuld anfänglich begründenden Versprechen in Gegensatz gebracht werden wollte. Ueberhaupt will mit folgendem die solid fundirte Grundanschauung von Brunß (const. deb. Zeitschr. f. Rg. Bd. 1 S. 28) mehr bloß in Frage gezogen als bekämpft werden.

18) Bevor das constitutum durch den Praetor zur causa einer eigenen actio wurde, kann es als const. deb. proprii in der Schuldfolge nicht nur zum Beweise gebient, sondern auch zur Verwettung geführt haben (vgl. Gaj. 4, 171 und dazu Puchta, Inst. II. §. 168, der so noch aus dem Edikte klagen läßt. Zu dem Beweise der Schuld mittelst Konstitutum vgl. was Brunß S. 78 aus anderem Anlasse vorbringt). Insolange brauchte es als etwas anderes denn als „Konstatierung“, Bestätigung vorausgegangener Schuld, nicht gedacht zu werden; ob dieselbe einseitig vor sich gegangen oder auch acceptirt worden, würde nicht gefragt worden sein. Zur causa actionis dagegen kann es nicht wohl ohne den Nebengedanken erhoben worden sein, daß Konstituent die Zahlung auf sich nehme; Uebernahme der Schuld aber ist nicht wohl ohne Versprechen denkbar. Voraussetzung der actio pec. constitutae wird denn auch ein acceptirtes Konstitutum: Praetor . . constituta ex consensu facta custodit — l. 1 pr. eod.; als Motiv des Ediktes erscheint die Sträflichkeit des Wortbruchs (l. cit. quia grave est fidem fallere), der ohne Versprechen nicht denkbar ist. In dem ediktalen „qui pecuniam debitam constituit“ (l. 1 §. 1 D. h. t. 13, 5) und dem nichts weniger als seltenen „debitum constituere“ hätten wir demnach die ursprüngliche, anfänglich nichts als Konstatierung der Schuld bedeutende Redeweise; im Sinne des praetorischen Ediktes erweiterte sie sich zu der Bedeutung einer ein Zahlungsverprechen in sich fassenden Schuldbestätigung, aus welcher dann eine Redeweise hervorging, in welcher außer dem Momente der gemeinsamen Feststellung das des Versprechens zum Ausdruck kommt (constituo me soluturum esse — z. B. l. 3 §. 2 l. 4 l. 5 pr. §. 4 §. 5 §. 9 eod.), und endlich diejenige, bei welcher nur das Versprechen oder die Inanspruchstellung der Zahlung übrig bleibt (z. B. l. 24 l. 26 eod.). Eine Sammlung juristischer und nicht-juristischer Stellen über den Sprachgebrauch s. bei Brunß, S. 33–36. Brunß selbst hält allerdings „constituo me soluturum esse“ für den älteren, constituo debitum für den jüngeren und abgeleiteten Ausdruck und glaubt, daß hinter dem ediktalen „qui pec. debitam constituit“ Worte wie se soluturum eove nomine satisfactorum ausgefallen seien (a. a. D. S. 45) — all das im Zusammenhang mit seiner Auffassung vom constitutum. S. folgende Anmerkung.

19) wie man, nach Nonius (c. est retinere, firmare) in der Regel annimmt (Brunß a. a. D. S. 30. l.). Dagegen bemerkt Brunß selbst u. a. S. 111: „Von dem Begriffe des Constitutes an sich ferne zu halten sind die weiteren Begriffe Anerkennung, Genehmigung, Bestätigung, Sicherung, Feststellung u. s. f.“ (vgl. S. 93. S. 104. S. 106. S. 108. S. 112). Ihm ist das constitutum -debiti urbegrifflich ein Versprechen, und zwar

eine Willenserklärung und Versprechen, so wird klar, daß und warum auch die Willenserklärung und das Versprechen, welches man in dieselbe hineingelegt oder zu welchem man die Bestätigung ausgedehnt hat, nur auf eine vorausgehende Schuld (*pecunia debita*) gerichtet, und daß es speziell ein Zahlungsverprechen ist. Auf dem Grundgedanken der Bestätigung ruhend darf das Versprechen, trotzdem es eine neue Obligation erzeugt²⁰), die Grenzlinie der Bestätigung nicht überschreiten, muß es selbst und die ihm entspringende neue Obligation der Entstehung und dem Inhalte nach an eine alte Schuld gebunden sein²¹); und wie die Bestätigung einer Schuld nicht etwa aus dem *dare oportere* das *dare* herausgreifen und das *oportere* liegen lassen kann, so darf auch das Ver-

das Versprechen der Zahlung auf einen bestimmten Tag (§. 40 Abf. 1. §. 42. II. §. 52. 4. §. 63. 90) — nicht ohne schwer wiegende Gründe, wie der *status dies cum hoste* (§. 36 unten), [das typische Hervortreten eines Zahltag's in unserem *Constitutum* (§. 48. III.), die Plausibilität der Gewohnheit, den Gläubiger durch ein Zahlungsverprechen und einen festen Zahltag zu beschwichtigen (*praesentem molestiam evitare cupiens respondisti: decimo hujus mensis die eos tibi exsolvam* — Theoph. zu §. 8 J. act. 4, 6 und dgl. m.) Allein auch an Bedenken gegen die Ursprünglichkeit dieses Zahlungsverprechens fehlt es nicht: Das Edikt abstrahirte vom Zahltag (l. 21 §. 1 h. t. 13, 5 Bruns §. 38 unten); so wie später (Bruns §. 90 fg.) kann auch früher der Zahltag unwesentlich gewesen sein; *Labeo* l. 3 §. 2 eod. charakterisirt das Edikt anders als Theophilus act. 4, 6 §. 8 (Bruns §. 55); dem „debitum constituere“ liegt die „Bestätigung“ sprachlich und sachlich nicht minder nahe; man kann nicht nur einen Zahltag, sondern auch das debitum selbst mit einander statuiren wollen; in dieser Funktion wäre das *constitutum* nichts anderes als Ausstellung eines mündlichen Schuldscheins gewesen; noch in klassischer Zeit kommt das *constitutum* in Gestalt eines „bloßen (schriftlichen) Schuldbekennnisses“ vor (Bruns §. 90, 5 l. 26 eod.); leichter entwickelt sich das Schuldbekennniß zum Zahlungsverprechen, als daß das Zahlungsverprechen in ein Schuldbekennniß zurückgeht.

20) l. 15 D. de in r. vers. 15, 3 — *se quidem obligat* — l. 36 D. jurej. 12, 2.

21) l. 11 pr. — l. 13 l. 18 §. 1 D. pec. const. 13, 5 l. 2 C. eod. 4, 18. Bruns a. a. D. §. 89 c. §. 100 kommt, vom Gesichtspunkte des Versprechens aus, zu der Annahme, daß „im neueren Rechte“ auch künftige Obligationen konstituierbar geworden seien; Justinian fordere in l. 2 C. cit. nur ein debitum im Gegensatz zum *indebitum* (der *recepticia actio*), nicht ein schon existentes debitum. Und in der That scheint das *jam* in „*pro jam debito*“ unecht (Krueger). Allein weiterhin will Justinian, daß *hoc tantum modo constituatur, quod debitum est*, und diese Anforderung ist mit einer *futura obligatio* unvereinbar, (Vgl. das *debitum sit* in l. 11 D. eod.). Das Argument aus l. 19 pr. D. eod. möchten wir nicht zulassen; denn der Konstatirung sind auch bedingte und bedagte Schulden zugänglich; schlechthin künftige sind ihr nicht zugänglich.

sprechen, wenn es noch Schuldbestätigung sein soll, nicht etwa den bloßen Gegenstand der alten Schuld, sondern muß es die alte Schuld selbst zum Gegenstand haben²²⁾. Ein Versprechen, das eine voraufgehende Schuld zum Gegenstande hat, ist aber gleichbedeutend mit dem Versprechen, dieselbe zahlen zu wollen. Es ist darum kein Zufall, daß unser Constitutum nirgends als ein Versprechen anderweitiger Leistung, sondern überall als ein Zahlungs-, allenfalls noch als ein Satisfaktionsversprechen erscheint²³⁾. — Wiewohl nun zufolge dieses Zahlungsversprechens da wo Jemand eine fremde Schuld konstituiert, dem Gläubiger, „welchem“ konstituiert wird, mehrere Personen neben einander haften, so denn auch die Absicht, in der konstituiert wird, die der besseren Deckung oder Bürgschaft sein kann, diesfalls²⁴⁾ dem Konstituenten auch das beneficium excussionis²⁵⁾, und mehreren Konstituenten das benef. divisionis eingeräumt ist²⁶⁾: so hat doch daselbe constitutum (debiti alieni) ein andermal die Tendenz und den Effekt einer Expromission²⁷⁾, und selbst da wo es anstatt Bürgschaft fungirt, eine von dieser prinzipiell verschiedene Anlage. Stets tritt der Konstituent für eine bereits kontrahirte (Anm. 21), der Bürge tritt auch für eine künftige Schuld ein; pure Konstituierung einer bedingten Schuld gilt stillschweigend als bedingtes constitutum, pure Fidejussio für eine bedingte Schuld ist nichtig²⁸⁾.

22) Auch hierin hätten wir Bruns gegen uns, wenn er das Constitutum geflissentlich als das Versprechen, „den Inhalt einer fremden Obligation zahlen“ (Z. 99 unten), nicht als das Versprechen die Obligation selbst lösen zu wollen, oder wenn er es absichtlich als Konstituierung „einfach des Gegenstandes der fremden Obligation“ (S. 100 Abs. 1), nicht der Obligation selbst, definiert haben wollte — was wir jedoch nicht annehmen dürfen.

23) l. 14 §. 1 §. 2 l. 21 §. 2 D. h. t. 13, 5.

24) vgl. Bruns a. a. O. S. 100 unten u. fg.

25) Nov. 4. c. 1 wo sponsor = ἀντιφωνητής.

26) l. 3 C. h. t. 4, 18 Justinian.

27) 3 B. l. 5 §. 3 l. 26 D. h. t. 13, 5. Es muß ausdrücklich gesagt werden, daß *ubi quis pro alio constituit, se soluturum, adhuc is pro quo constituit, manet obligatus*. Vgl. Bruns, S. 70 Alin. 2. S. 80. S. 83, 4. S. 88, 1 a. Den Effekt einer Expr. erhält das R. namentlich durch Zuthat eines ausdrücklichen oder stillschweigenden *pactum d. n. p.* des Gläubigers mit dem Schuldner (Bruns, S. 81 Abs. 1) — oder durch eine solche Aenderung im Inhalt der neuen Obligation, daß Gläubiger die Zahlung der alten Schuld präsumtivermaßen nicht mehr anzunehmen braucht: l. 25 pr. D. h. t. 13, 5 Bruns S. 81 Abs. 2.

28) l. 19 pr. D. h. t. 13, 5; l. 8 §. 7 D. h. t. 46, 1 (*durior causa*).

Überall finden wir nur eine Schuld (debitum) als Gegenstand des constitutum, während die Bürgschaft für Obligationen im weitesten Sinne eintritt; niemals verspricht Konstituent dasselbe was der Schuldner; der Bürge verspricht dasselbe, was der Schuldner verspricht oder schuldet, der Konstituent verspricht Zahlung der Schuld; materiell läuft dieses zwar darauf hinaus, daß Konstituent dasselbe leiste was Schuldner; allein wie er nun einmal formell nicht dasselbe, sondern Erfüllung der Schuld verspricht, so kann er auch materiell ein anderes, Satisfaktion, oder dationem in solutum versprechen²⁹⁾. Darnach hatte auch actio pec. constitutae nicht dieselbe Kondemnation wie die Schuldklage³⁰⁾. In Ermangelung der Identität des Gegenstandes kann nicht einmal von Solidarität der Haftungen des Schuldners und des Konstituenten, geschweige denn von Korrealität wie zwischen Bürgen und Schuldner die Rede sein³¹⁾; zwar Zahlung des Einen befreit auch den Anderen; allein weder Identität des Gegenstandes, noch Einheit der Obligation, sondern der Zusammenhang, welcher zwischen dem Inhalte der einen und der anderen Obligation dahin stattfindet, daß die Obligation des Konstituenten nur durch, die des Schuldners nicht ohne Aufhebung der anderen erfüllt werden kann, ist Ursache, daß auch hier solutio ad utramque obligationem proficit³²⁾. Nur zwischen mehreren Konstituenten waltet Identität im Gegenstande der Versprechungen, und wenn sie wollen Korrealität ob³³⁾. Endlich läßt sich überall wo Bür-

29) l. 21 §. 2 l. 1 §. 5 D. h. t. 13, 5.

30) Ueber den zwischen rei und poenae persecutio schwankenden Charakter der in factum konzipirten actio p. c. s. Bruns, S. 57 IV., insb. S. 67, 2; l. 18 §. 2 eod.

31) l. 18 §. 3 D. h. t. 13, 5 — solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litiscontestatione — arg. l. 36 D. jurej. 12, 2. Die vetus dubitatio der l. 18 §. 3 cit. (ob Solidarität und Korrealität) erklärt sich aus dem Zwiespalte der formalen Verschiedenheit und materiellen Identität des Obligationeninhaltes; in der That liegt auch nur Eine Schuld trotz verschiedenartigen Obligationeninhaltes vor. Vgl. Bruns S. 79 fg.

32) l. 18 §. 3 cit.

33) l. 16 pr. D. h. t. 13, 5. Si duo quasi duo rei constituerimus vel cum altero poterit agi in solidum — nach dem was l. 28 C. h. t. 8, 41 in Betreff der duo rei verfügt, jedoch nicht mehr mit Verlust des Klagerrechts schon durch litisk. und Kondemnation, und nach l. 3 C. h. t. 4, 18 nicht mehr ohne benef. divisionis unter den für dieses geltenden Voraussetzungen (§. 256 Pro. 1).

gen haften, der Fortbestand der Schuld verfolgen, um derentwillen der Bürge eintrat; das Constitutum dagegen kann ohne bereits vorhandene Schuld zwar nicht entstehen, wohl aber, nachdem dieselbe (ohne Zahlung oder Satisfaktion) untergegangen, fortbestehen³⁴⁾; das Versprechen liegt in der Bestätigung, und für diese kommt es, damit sie wirksam sei, nur auf den Zeitpunkt an, da sie platzgriff; genug daß damals die konstituirte Schuld bestund³⁵⁾; folgerichtig kann man, vorausgesetzt nur, daß jetzt die Schuld besteht, auch auf die Zeit nach Untergang der Schuld konstituiren³⁶⁾. Folgerichtig bemißt sich aber — ganz anders als bei der Bürgschaft (§. 255 Anm. 46) — auch der Umfang der Haftung beim constitutum nach dem Zeitpunkt der Konstituierung; die Erweiterungen der Schuld durch culpa und mora des Schuldners gehen den Konstituenten nichts an³⁷⁾.

Diese und noch manche andere Unterschiede zwischen const. debiti alieni und Bürgschaft (fidejussio) lassen sich aus dem bloßen Unterschiede der Form des constitutum und der fidejussio³⁸⁾ nicht ableiten. Ob Schuldbestätigung, ob Zahlungsverprechen, so wie so denkt sich das constitutum anders als die fidejussio, und aus dem Unterschiede des Gedankens, nicht aus dem der Form sind die Divergenzen der beiden Institute hervorgegangen³⁹⁾. Folgerichtig können die Unterschiede beider

34) l. 18 §. 1 eod. — teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit — vgl. l. 19 §. 2 in f. l. 20 eod.

35) Ebitale Bedingung der actio pecuniae constitutae: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse“; Interpretatio: 1) ut si quid tunc debitum fuerit cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum — freilich nicht bei jeder Schuldlösung: proinde temporali actione etc. 2) Si post tempus obligationis (auf die Zeit nach Ablauf des dies actionis) se soluturum constituerit, adhuc idem (Julianus putat) — l. 18 §. 1 cit.

36) s. Nro. 2 der vorigen Anmerkung und dazu den Grund: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. — Gegen die angebliche Voraussetzung einer fortbauenden naturalis o. und andere Interpolationen Savignys (Eynst. V. S. 401) s. Brunus S. 72 fg.

37) Brunus a. a. D. S. 99 Abs. 2.

38) wie dies nach Aelteren neuerdings Zimmern, in Neustetels und Zimmerns Unterff. Nro. X. S. 258, in der That auch Girtanner, Bürgschaft, S. 376, 1—3. Arndts, P. S. 353 Anm. 2 a. G. thun —

39) Dies ist entschieden bereits in der bei Hasenbalg S. 827—831 excerptirten und beleuchteten Dissertation von Joh. Chr. Koch, de constituto debiti alieni ejusque a fidejussione discrimine, Kiel 1777 vertreten, und neuerdings ausdrücklich von Brunus a. a. D. S. 99 („der Unterschied

nicht dadurch hinweggefallen⁴⁰⁾ sein, daß nunmehr jedes durch formlosen Vertrag möglich ist. Bedenkt man ferner, daß das *constitutum d. a.* ebensowohl *Expromission* als *Bürgschaft* intendiren kann, so lassen sich *constitutum d. a.* und *fidejussio* auch nicht als die zwei Bürgschaftsarten denken, welche in dem Genus einer aus den Eigenthümlichkeiten beider hervorgegangenen neuen Bürgschaft aufgegangen seien⁴¹⁾; hat sich doch dieses Genus bis zur Stunde weder in der Theorie noch in der Praxis herausgebildet⁴²⁾. Vom Standpunkte des objektiven Rechtes aus müßten demnach beide Institute nach wie vor auseinandergehalten werden⁴³⁾. Allein Zweifel erregt im Gegensatze zum objektiven Rechte die Rechtsübung. Fragen muß man, ob uns, da wir für *constitutum* kein deutsches technisches Wort haben, mit dem Worte nicht auch die gemeine Vorstellung von der Sache abgehe. Kaum daß die Gelehrten sich ihrer bemächtigt haben. Wäre diese Frage berechtigt, so würden wir nur Bürgschaft (*fidejussio*), kein *constitutum d. a.* haben: nicht als ob dieses in jener aufgegangen sei, sondern weil das *constitutum* überhaupt unter uns nicht lebendig geworden und darum von *Schuldchein*, *Fristenvertrag*, *Transaktion*, *Novation*, *Expromission*, *Delegation*, *Bürgschaft* nicht auseinander zu halten ist⁴⁴⁾.

beider beruht keineswegs bloß auf der Verschiedenheit der Form“) und Hasenbalg S. 818 („daß eine innere Verschiedenheit zwischen f. und c. besteht und von der Verschiedenheit der Eingehungsform nicht abhängt“) ausgesprochen.

40) Zimmern S. 279. Arndts §. 353. Puchta §. 404, bis auf ein gewisses Seuffert, pract. Pandr. §. 388.

41) Girtanner S. 381 „unsere Bürgschaft . . ein Rechtsinstitut, welches vollständig in allen Einzelheiten weder der *fidejussio*, noch dem *constitutum* entspricht, sondern nur dem Kerne, welcher beiden gemeinsam war —“; annähernd Keller, Pand. §. 286. a. G.

42) Hasenbalg S. 842: „eine übereinstimmende Anschauung (darüber was der beiden Instituten gemeinsame Girtanner'sche Kern sei) hat sich noch nicht gebildet; und von gewohnheitsr. Gestaltung reden zu wollen, ist bei einem solchen Chaos der verschiedenartigsten Ansichten, wie es bislang geherrscht hat, offenbare Vermessenheit.“

43) wie dies für das heutige Recht auch thum: Hasenbalg S. 817 §. 1. Vangerow §. 579 Anm. a. G. Sintenis, pract. gen. Civilr. §. 129 Anm. 36. Brunß S. 97 A. 1 a. (mit zu weitgehender Concession in Ansehung der künftigen Schulden S. 100 Abs. 1). E. A. Seuffert in der Anm. 9 zu Seuffert, pract. Pandr. §. 388.

44) Die Berechtigung unserer Frage scheint uns Windscheid anzuerkennen, wenn er (S. 476 S. 785) bemerkt, „daß das Bewußtsein der

Actiones adjecticiae qualitatis.

Ueberhaupt.

§. 258.

J. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur. 4, 7. D. eod. 14, 5. C. eod. 4, 26; — J. de noxalibus actionibus 4, 8. D. eod. 9, 4. C. eod. 3, 41.

Eine unwillkürliche, oder doch nicht vertragsmäßige, Intervention mit Obligation (§. 252. 1) ergibt sich

I. aus Kontrakten und Quasikontrakten von Personen in fremder Gewalt und von Geschäftsführern. Vorausgesetzt nur, daß diese Kontrakte und Quasikontrakte seitens der Gewaltunterworfenen oder Geschäftsführer obligatorisch sind, so treten in diese Obligation ohne weiteres auch die Gewalthaber oder Prinzipale ein¹⁾.

1. Der Grund, aus dem letztere haften (causa obligationis), sind die Kontrakte und Quasikontrakte²⁾ ihrer Untergebenen oder Geschäftsführer, nicht etwa

a. deren Obligation^{2a)}. Mögen Hausfinder und freie Institutoren, Schiffsführer, Procuratoren aus ihren Kontrakten und Quasikontrakten nach außen immerhin selbst und flagbar, Sklaven wenigstens naturaliter obligirt werden (§. 46): nicht diese Obligationen, sondern jene Geschäfte sind es, aus denen die Gewalthaber und Prinzipale obligirt werden. Die Obligation, welche Gewaltunterworfenen (es sei nun als solche, oder

Parteien für diesen Gegensatz (von const. d. a. u. f.) im Zweifel unempfindlich ist" und (Am. 5) „daß die Parteien, wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen würden, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie (bürgen) oder ob sie wollen, daß . . . eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle". Vgl. auch Baron, Pand. 2. Aufl. S. 402. IV.

1) Diese Intervention erscheint zum Theil, insoweit sie nämlich innerhalb der gewaltverbundenen Personen vorkommt, als eine interne: arg. l. 1 §. 5 D. quod juss. 14, 4, wo der jubens dem extraneus fidejussor entgegenge setzt wird.

2) Quasikontrakte, 3. B. l. 3 §. 11. D. pec. 15, 1.

2a) S. dagegen 3. B. Arnolds §. 247: „Alle diese Klagen gründen sich auf die Obligation des Sohns". Windscheid §. 482 „— actt. adj. q. . . in welchen Jemand aus den Verpflichtungen eines Anderen . . . haftet"; hinwieder Puchta §. 277: „aus den Geschäften". Mandry, Familienglitter. Bd. 2 S. 301: „durch das negotium filii.“

als Geschäftsführer) gegen sich selbst kontrahirt haben, erlöscht (zu der Zeit, da sie noch nichts vererben können) mit deren Tod; die des Gewalthabers oder Prinzipals aber dauert gleichwohl fort³⁾, kann also die obligatio des Kindes *zc.* nicht zum Grunde haben. Die Quellen stellen die Thatsache quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur, also den Kontrakt und Quasikontrakt, nirgends aber ein dare facere oportere des Kindes *zc.* als den Grund der actio quod jussu, de in rem verso, de peculio⁴⁾, desgleichen die Geschäfte, nicht die Obligationen der Geschäftsführer als den Grund der institoria und exercitoria actio hin⁵⁾. Hiernach erscheint es nicht mehr als bloße Hypothese⁶⁾, daß die Intentio dieser Aktionen auf das Faktum des Kontraktes, Quasikontraktes der Gewaltunterworfenen oder Geschäftsführer, nicht auf ein (direktes oder fiktizisches) dare oportere derselben konzipirt gewesen sei⁷⁾. — Der Grund dieser adjektizischen Obligationen liegt auch

b. was die Haftung insonderheit der Gewalthaber und also die actiones de peculio, de in rem verso, quod jussu anlangt, nicht erst in dem Dasein eines Peculiums, Jussus, oder einer Verſion⁸⁾. Vielmehr ist mit dem Passivkontrakte des

3) l. 1 pr. §. 1 D. quando de pec. actio annalis est 15, 2; l. 1 §. 1 D. de in rem verso 15, 3 — quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeterierit? de in r. v. namque actio perpetua est. — Was von der actio de in rem. v. muß ebenso von der actio quod jussu, und (wenn der institor oder magister navis in potestate domini ist) von der institoria und exercitoria a. gelten.

4) l. 1 D. quod cum eo qui in aliena p. e. n. g. e. d. 14, 5; pr. J. eod. 4, 7.

5) l. 1 D. instit. 14, 3 — obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri — l. 1 §. 2 D. exerc. 14, 1 — si ... sit contractum .. datur actio in exercitorem — ; daß ex persona magistri in l. 1 §. penult. D. exerc. 14, 1 paßt ebensowohl auf Kontrakte als auf Schulden dieser Person.

6) wie Mandry diese seine (Familiengüterrecht Bd. 2 S. 255. II.) der Keller'schen und herrschenden Ansicht entgegengesetzte, und überzeugend unterstützte Aufstellung nennt.

7) Die Gründung der adjektizischen Haftung auf das Faktum anstatt auf die Obligation würde selbst einen durchschlagenden Grund erhalten, wenn man mit Mandry in eine Zeit zurückzugehen wagte, in der nicht einmal das Hauskind, geschweige der Sklave kontraktlich obligirbar war. — Vgl. unten Num. 21.

8) s. dagegen Buchta §. 277: „— Erst durch das Hinzutreten anderer Gründe kann es geschehen —“; unausgesprochen Windscheid

Untergebenen schon an und für sich der Grund zur Haftung des Gewalthabers gelegt, und damit, daß sie de peculio, de in rem verso, quod jussu haften, nur der Umfang ihrer Haftung, zum Theil auch der Umstand ausgesprochen, weshalb sie in solidum oder beschränkt haften (quod jussu, de in rem verso) ausgesprochen⁹⁾. — Ist das Geschäft vom Gewalthaber weder gutgeheißen, noch seinem Zwecke und Erfolge nach, ganz oder zum Theil, gutzuschreiben, so soll ihn der Gläubiger nicht über das Maß desjenigen Vermögens in Anspruch nehmen können, das gewissermaßen Vermögen des Gewaltunterworfenen ist¹⁰⁾ und also diesfalls von jenem bei seinem Kredit an den Gewaltuntergebenen allein ins Auge zu fassen ist¹¹⁾. Hier wie im Falle der quod jussu und de in rem v. a. wird der Gewalthaber durch den Kontrakt selbst und sofort obligirt¹²⁾: nur ob und wie weit er zu condemniren sein werde, ist ungewiß. Er wird sofort mit dem Kontrakte obligirt, wenngleich kein Peculium bestehen sollte¹³⁾; so wenig sonst eine Obligirung

§. 482 — 484; sich widersprechend Arndts §. 247: „Alle diese Klagen gründen sich auf die D. des Sohnes, modificiren sich aber in ihrer Richtung gegen den Vater . . je nach Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie gegen diesen stattfinden“; jussus u. wären demnach Modification (was richtig) und Grund (der überdies schon zuvor, durch die D. des Kindes, begründeten) Haftung zugleich (was unmöglich richtig sein kann). Verführerisch Mandry z. B. in Ansehung des peculium S. 357 oben; ein Correctiv aber S. 361 §. 82 I.

9) l. 1 D. quod cum eo 14, 5 — sive enim jussu ejus . . negotium g. fuerit, in solidum . . judicium pollicetur, sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus . . quatenus in rem ejus versum fuerit; sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit. Vgl. l. 47 §. 6 D. pec. 15, 1.

10) §. 10 J. act. 4, 6 — aequum . . esset peculiotenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

11) vgl. l. 32 pr. D. pec. 15, 1 — qui cum servo contrahit . . peculium ejus . . veluti patrimonium intuetur — l. 19 §. 1 eod. — Et Marcellus . . eum . . qui contrahit totum servi peculium quasi patrimonium intuitum —

12) l. 30 pr. D. pec. 15, 1 — intenditur enim recte etiamsi nihil sit in peculio — woneben man immer sagen kann, daß der Gewalthaber insoweit, als nichts im Peculium ist, nondum debitor sei: l. 27 D. lib. leg. 34, 3.

13) das Erforderniß, daß ein Peculium zur Zeit des Kontraktes da sei, nirgends gestellt — z. B. l. 3 pr. D. h. t. 15, 1, wohl aber negirt arg. l. 47 §. 2 cf. l. 42 eod., ferner arg. l. 3 §. 11 eod., l. 17 §. 1 D. inst. 14, 3. Darum der Grund der de peculio actio unmöglich in der peculii concessio (Puchta, Vorl. §. 277 Nr. 4 „— der Grund der Klage

davon abhängt, ob der zu Obligirende etwas hat, womit er zahle, so wenig hängt die *de peculio* davon ab, ob ein *Peculium* da sei^{13a)}. Dies kommt erst mit der *Kon demnation* in Frage¹⁴⁾. Freilich, bloßes Zahlungsmittel ist das *Peculium* auch nicht; sonst müßte der Gewalthaber, wosferne nur das obligirende Geschäft erwiesen wird, stets *kon demnirt* und der Anspruch *ex judicato* insolange wider ihn aufrechterhalten werden, bis der Gläubiger (aus etwaigem *Peculium*) befriediget wäre. Anstatt dessen erfolgt die Befriedigung des obsiegenden Gläubigers wie die jedweder anderweitigen Schuld des Vaters aus den ihm überhaupt zur Verfügung stehenden Geldern¹⁵⁾; das *Peculium* ist nicht Zahlungsmittel, sondern (ein in den *Kon demnation*sbeehl selbst mit aufgenommenener)¹⁶⁾ Maßstab, und darnach das Maß, auf welches die *Kon demnation* selbst, nach Abzug des väterlichen Guthabens an das Kind, nöthigenfalls reduziert wird. So kann es kommen, daß *peculium*shalber, d. i. weil ein *Peculium* zur Zeit der *Kon demnation* nicht da ist, *absolvirt* werden muß¹⁷⁾; allein diese *Freisprechung* erfolgt

ist lediglich die *concessio peculii*“). Vgl. meine *krit. Bl.* Nr. 2 S. 13 fg. Mandry S. 354 fg.

13a) Darnach vermögen wir auch der Vorstellung Bekkers (Goldschm. Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 508 fgg.), daß die *Obligation* des Gewalthabers wie eine *actio in rem scripta* auf dem *Peculium* ruhe, nicht zu folgen. Wider denselben kurz Windischeid §. 484 Anm. 20, ausführlich Mandry a. a. O. S. 375—378.

14) l. 30 pr. D. pec. 15, 1 — si modo sit rei judicatae tempore — l. 5 §. 2 D. lib. leg. 34, 3 — cum rei judicandae tempus circa peculium spectetur. arg. l. 26 §. 1 D. jurej. 12, 2.

15) Nur *ex causa* kann dem Verurtheilten *Gebirung* der *Peculiar*sachen an *Zahlungs*statt *verwilliget* werden: l. 9 D. comm. div. 10, 3. Dazu Mandry a. a. O. S. 363 S. 374.

16) Dazu die *Vertheidigung* Kellers gegen Bekker bei Mandry S. 365—372.

17) arg. l. 30 pr. D. pec. 15, 1. Einen Zweifel hiegegen könnten die Stellen erregen, welche eine *Wiederholung* der *Klage* auf den *Forderungs*rest für den Fall zulassen, daß ein *Peculium* nachwächst (l. 30 §. 4 eod. l. 32 §. 3 D. usur. 22, 1); denn darnach scheint entweder entgegen der sonstigen Regel (s. unten 2.) die *Konsumtion* und *exc. r. j.* in *Brüche* zu gehen, oder aber trotz fehlenden *Peculiums* *Kon demnation* und *abermälig*e *Klage* aus der *Kon demnation* *angenommen* werden zu müssen. Aber beides ist gleich mißlich. Bekker a. a. O. hilft dadurch, daß er die *Einschränkung* auf das *Peculium* zur *praescriptio pro actore* macht, Keller und Mandry (S. 371) dadurch, daß sie hinter der *Zulassung* der *Nach*klage eine *i. i. restitutio* erblicken, unter *beispiels*weiser *Bezugnahme* auf l. 32 pr. §. 1 und l. 47 §. 3 D. pec. 15, 1.

nicht mangels Schuld, sondern weil der Schuldmesser im entscheidenden Augenblicke auf Null steht. — Was die Haftung des Prinzipals anlangt, so gehört allerdings nicht bloß die Thatsache, daß kontrahirt, sondern auch der Umstand, daß der Kontrakt präpositionsmäßig sei, zur causa obligationis. Allein richtig verstanden ist dies schon damit ausgesprochen, daß der „Prinzipal“ haftet; denn dazu gehört, daß der Kontrahent als Geschäftsführer und präpositionsmäßig handle. So gehört auch bei der Obligirung des Gewalthabers der Umstand, daß das kontrahirende Kind als gewaltunterworfenen handle, mit zur causa obligationis¹⁸⁾; würde es tanquam paterfamilias, in Ansehung seines etwaigen peculium castrense etwa, kontrahiren, so könnte von der Obligirung des „Gewalthabers“ keine Rede sein. Selbstverständlich bildet hier das Gewaltverhältniß wie dort das Principalitäts- oder Präpositionsverhältniß den Urgrund der adjektivischen Haftung; causa efficiens aber ist der innerhalb dieser Verhältnisse auftauchende Kontrakt oder Quasikontrakt.

c. Ist gleich nicht die Obligation des Kontrahenten oder Quasikontrahenten, sondern der Kontrakt oder Quasikontrakt selbst der Grund unserer adjektivischen Haftungen, so muß doch dieser Kontrakt oder Quasikontrakt ein obligatorischer sein, um die Nebenhaftung des Gewalthabers oder Prinzipals begründen zu können; Kontrakt oder Quasikontrakt muß an sich obligatorisch, d. h. den Kontrahenten oder Quasikontrahenten selbst, wenigstens naturaliter, bindend sein, um den Gewalthaber oder Prinzipal in Mitleidenschaft zu ziehen¹⁹⁾. Würde ein Wahnsinniger kontrahiren, der Kontrakt überhaupt nur äußerlich existent, dem Rechte nach aber nichtig sein, so könnte keine adjektivische Haftung aufkommen. Aber auch einmal entstanden könnte eine solche nicht fort dauern, wenn in der Folge nicht etwa bloß die Person des Kontrahenten wegfiel (Num. 3), sondern der dies des Kontraktes selbst, d. i. die Zeit seiner

18) l. 3 pr. D. pec. 15, 1 — „Si cum eo qui in potestate sit gestum sit“ (pollicetur actionem).

19) Naturaliter ist insoweit als er eum qui praeposuit obligat auch der pupillus institor gebunden. l. 7 §. 2 — l. 10 D. instit. 14, 3.

Aktion, Obligation abliefse²⁰⁾, oder gar eine Tilgung durch Zahlung oder Satisfaktion einträte²¹⁾. In soweit dem Gesagten zufolge die adjektivische Obligation ohne die des Kontrahenten, Quasikontrahenten mindestens nicht entstehen kann, erscheint sie denn auch als Accession zu dieser²²⁾.

2. Innerhalb der beiden Haftungen des Kontrahenten oder Quasikontrahenten einer-, und des Gewalthabers oder Prinzipals andererseits besteht vor allem Einheit der Schuld, weil Einheit des Gegenstandes, für den man beiderseits haftet (vgl. §. 235. 4. b.); der mögliche Unterschied geht nur auf das Wieviel, nicht auf das Was. Weiterhin aber ist der Gewalthaber und Prinzipal zwar überall selbst obligirt²³⁾ und also auch suo nomine zu zahlen in der Lage²⁴⁾; allein gleich einem Bürgen ist er in eigenem und fremdem Namen zugleich obligirt²⁵⁾; daß er für den in seiner Gewalt befindlichen oder für den in Gemäßheit seiner Aufstellung handelnden Kontrahenten aufzukommen, anstatt seiner zu zahlen oder ihn zu vertreten habe, ist der Gedanke, von dem das Edikt bei Aufstellung der einschlägigen Klagen ausging, von dem man zur persecutio und dann zur obligatio des Gewalthabers und Prinzipals ge-

20) arg. l. 2 D. quando de pec. act. ann. est 15, 2 — Si ex causa redditionis erat de pec. actio, sex mensium erit post mortem filii. — Dazu Bb. 1 C. 395 Abs. 1 u. § 114 a. C.

21) Konnte der Vater den Kontrakt selbst nicht in Abrede stellen, so mochten ihm nachträgliche Aufhebungsgründe der Obligation zur Vertheidigung dienen; ein etwaiger Eid lautete dann „filium dare non oportere“ — l. 26 §. 1 D. jurej. 12, 2. So verlockend es war, diese Eidesworte für die intentio der actio zu verwerthen, so wenig können sie doch gegen das ediktale Gestum aufkommen (Ann. 4 - 7).

22) l. 91 §. 5 D. v. o. 45, 1 — quasi accessionem intelligens eum qui jubeat — Mandry C. 293, 2.

23) l. ult. C. quod cum eo, qui in aliena pot. 4, 26 Dominos .. constringi .. actione praetoria — l. 1 §. penult D. exerc. 14, 1 — propter honorariam obligationem — l. 8 D. resc. vend. 18, 5 l. 7 pr. C. h. t. 4, 26 l. 27 D. lib. leg. 34, 3 — nondum debitor fuit —

24) l. 1 §. penult. D. exerc. 14, 1 — sive suo nomine, i. e. propter honorariam obligationem ... solverit —

25) Gaj. 4, 69 (actiones) quae eorundem (fil., serv.) nomine in parentes dominosve dari solent, — l. 8 §. 4 D. acc. 46, 4 l. 8 D. resc. vend. 18, 5 — servi nomine praetoria actione teneri — l. 57 D. j. d. 23, 3 — filii nomine (de pec. vel in rem v.) condemnari — im Zusammenhalte mit der Ann. 24 cit. Stelle.

langte²⁶⁾. Also sind die Gewalthaber und Prinzipale selbstobligirte Vertreter der in ihrer Gewalt oder in ihrer Vollmacht kontrahirenden Personen²⁷⁾, und so denn mit diesen nicht nur solidarisch, sondern auch korrealiter obligirt²⁸⁾. Auch ist diese Korrealität weder durch l. 28 C. fidej. 8, 41, noch durch Nov. 4 c. 1 abgeschwächt worden. Ein beneficium divisionis findet zwischen dem Gewalthaber oder Prinzipal einer- und dem Gewaltuntergebenen oder Geschäftsführer andererseits so wenig statt, als zwischen dem Bürgen und Schuldner (§. 256 Anm. 3).

3. Von mehreren Gewalthabern oder Prinzipalen kann Jeder in dem Sinne in solidum belangt werden, daß Kläger seine Forderung gegen Jeden ungetheilt einlagt²⁹⁾; daß ein Jeder auch unbeschränkt auf das Ganze kondemnirt werden müsse, ist damit nicht gesagt; selbstverständlich kann von den mehreren Gewalthabern jeder nur peculiotenus oder nach dem Maße der Verwendung kondemnirt werden, wenn de pe-

26) S. den Gegensatz von filii. obligatio und patris persecutio noch in l. 57 D. j. d. 23, 3. Ueber den Grund dieser Defensionspflicht vgl. Mandry §. 71 und l. 1 pr. D. exerc. 14, 1.

27) Gaj. 4, 80 — ex contractu .. nisi ab eo ... in solidum defendantur — cf. 3, 84; vgl. l. 21 §. 1 D. nox act. 9, 4 ... etiam absentes defendi posse — l. 17 §. 1 eod.; — l. 1 §. penult. D. exerc. 14, 1 Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur — und dazu Gaj. 4, 86 — intentionem ex persona domini sumit — cf. 4, 87. l. 32 §. 3 D. usur. 22, 1 — ex persona ejus tenetur — aus welcher Stelle auch hervorgeht, daß entsprechend dem, was bei der Bürgenschaft gilt — S. 188 fg. — der Vater wohl für die mora des Kindes, nicht umgekehrt auch dieses für die des Vaters aufkommt. Das „quod minus a patre consecutus est“ braucht nicht auf Verzugszinsen u. zu gehen. Vgl. übrigens zu dieser Stelle Mandry S. 267. 367, und den selben §. 76 über diese Defensionspflicht überhaupt.

28) l. 1 §. penult. D. exerc. 14, 1 — Si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest — si sit solutum etc. Nicht hieher gehören die von Vangerow § 173 a. G. cit. l. 4 §. 5 D. quod cum eo 14, 5 l. 9 §. 1 D. trib. act. 14, 4; wohl dagegen läßt sich l. 32 pr. D. pec. 15, 1 verwerthen; vgl. Keller, Litisk. S. 430 fg. — Die Ausdehnung dessen, was zwischen dem magister navis und exercitor gilt, auf die übrigen Präpositions- und auf die Gewaltverhältnisse gerechtfertigt durch den auch in diesen zutreffenden Grund: Haec actio ex persona magistri in exerc. dabitur, et ideo etc. (l. 1 §. 1 penult. cit. cf. l. 32 §. 3 D. usur. 22, 1). Gegen Dießel (Beffer's Jahrb. Bb. 2 S. 430 fgg.), der nur solidarische Haftung annimmt, und in Betreff der Abweichungen in l. 32 §. 3 cit. und l. 84 D. solut. 46, 3 (wogegen l. 21 §. 4 D. exc. r. j. 44, 2) f. Mandry S. 266 fgg.

29) l. 27 §. 8 D. pec. 15, 1; l. 1 §. ult. — l. 4 pr. D. exerc. 14, 1; l. 13 §. 2; l. 14 D. inst. 14, 3; l. 5 §. 1 D. quod. juss. 15, 4.

culio oder de in rem verso geklagt wird. Immerhin aber dient letzterenfalls nicht bloß das beim Beklagten befindliche, sondern das ganze Peculium des Sklaven, folgerecht auch nicht bloß der dem jeweiligen Beklagten erwachsene Vortheil, sondern die ganze Verwendung zum Maßstabe der Kondemnation³⁰⁾. Diese Solidarität ist auch Korrealität³¹⁾, ja man kann sagen, sie ist vor allem Korrealität. Handelte es sich um bloße Solidarität, so würde eine solche zwar da angenommen worden sein, wo ein Grund zu solcher vorlag: in den Fällen nämlich, da ein Jussus oder Präposition von Mehreren ausging³²⁾; im Verhältnisse der mehreren Gewalthaber zu der actio de peculio und de in rem verso dagegen lag an und für sich nichts der Theilung Widerstrebendes. Wenn man nichtsdestoweniger annahm, daß auch hier Jeder in solidum und bis zu dem Belang des gesammten Peculiums und der Version überhaupt solle belangt werden können, so geschah das auf Grund der Vorstellung, daß Einer für Alle solle einstehen müssen. Wie bei der vertragsmäßigen Korrealobligirung das „Einer für Alle“ zu dem Bedinge „in solidum“ führte (S. 180), so ging man auch bei Statuirung der von Rechtswegen platzgreifenden Intervention von dem Gedanken des Füreinander aus und gelangte so zur Solidarität, nicht nur da wo schon außerdem ein Motiv für Solidarität vorlag, sondern auch da wo sonst keines vorlag³³⁾. Auf den

30) l. 27 §. 8 cit. — nec hujus duntaxat peculii etc.

31) indirekt bezeugt 1) durch das Motiv: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit — l. 27 §. 8 cit. l. 2 D. exerc. 14, 1; iniquum wäre es, letzterem den Vortheil der Einen Klage zu gewähren, und daneben doch noch das Recht der Klagenmehrheit zu belassen; 2) durch den Umstand, daß wer von den Mehreren belangt wird, im Namen des Kontrahenten belangt wird (l. 4 §. 1 D. exerc. 14, 1); in des Einen Namen wird aber in solidum nur einmal belangt werden können. Letzteres und damit die Korrealität denn auch gemeine Annahme (s. Mandry und die bei diesem S. 273 Anm. 24 cit. Aut.).

32) Hier lag ein Grund zur Solidarität in der Untheilbarkeit und Ungetheiltheit des Jussus und der Präposition: l. 5 §. 1 cit. — duo jusserunt ... similes sunt duobus mandantibus; betreffs der mehreren Mandatoren s. § 233 l. 2. a. C. und §. 258.

33) Wo mehrere präponirten, lag schon in der Mandatsartigkeit der praepositio ein Motiv zur Solidarität; allein es lagen auch Motive zur Theilung vor: in den dominicae partes am servus institor (l. 13 §. 2 cit.), in den portiones exercitationis (l. 4 pr. D. exerc. 14, 1); schlug gleichwohl die Solidarität durch (l. 13 §. 2 cit.), so dürfte das auf Grund der hinter der Solidarität versteckten Korrealität geschehen sein.

Gedanken der Korrealität selbst aber führte die Sozietät oder Kommunion, in der die mehreren Gewalthaber oder Prinzipale theils in Ansehung ihres Geranten (servus), theils in der ihres Geschäftes (exercitio) stunden, und welche ihnen die Mittel zu nachträglicher Ausgleichung an die Hand gab³⁴). Werden Mehrere haftbar, ohne daß jene Sozietät oder Kommunion zwischen ihnen besteht, so tritt folgerecht Theilung ein³⁵).

Von mehreren Erben des Einen Gewalthabers oder Prinzipals gilt nicht dasselbe, was von den mehreren Gewalthabern oder Prinzipalen des Einen Sklaven oder Geschäftsführers³⁶). Unter ihnen wirkt das Gesetz der Theilung, so daß Kläger seine Forderung gegen Jeden nur pro parte (hereditaria) geltend machen kann³⁷). Wie die Intention, so auch die Kon- demnation. Namentlich wird auch bei der actio de peculio und de in rem verso keiner von den Erben über den entsprechen- den Forderungstheil kondemnirt; die etwaige Kondemnations- beschränkung aber richtet sich nach dem Peculium, das beim Erben, oder nach der Verwendung, wie sie in der Exportion enthalten oder etwa erst beim Erben eingetreten ist³⁸). Von einer Konjunktion der einen Theilklage durch die andere ist keine Rede und kann keine Rede sein³⁹). Uebereinstimmend mit der Theilung der Klage ist die Bemerkung, daß die mehreren Erben nicht als

34) arg. e contr. l. 30 § 1 D. pec. 15, 1 — nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum —; — l. 3 D. exerc. 14, 1 — eumque qui praestiterit, societatis iudicio a ceteris consecuturum — l. 13 §. 2 in f l. 14 citt.; l. 27 §. 8 cit. — nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel comm. div., quod amplius sua portione solverit, a socio .. con- sequi —

35) l. 14 cit. — ubicunque actio societatis vel comm. div. cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat — z. B. die meh- reren Erben des Einen Gewalthabers, wenn es wegen Freilassung zc. des Sklaven am Objekte der Gemeinschaft fehlt.

36) Mandry's Darstellung S. 270 c. leidet hier u. G. an Ver- mengung der mehreren Erben mit den mehreren Gewalthabern und Prinzi- palen.

37) l. 7 D. h. t. 14, 5; l. 30 §. 1 D. pec. 15, 1; arg. l. 14 D. instit. 14, 3.

38) l. 30 §. 1 cit.

39) Die diesbezügliche Untersuchung und Unterscheidung von Mandry S. 274 hängt mit der oben, Anm. 36 notirten Vermengung der mehreren Erben mit den mehreren Gewalthabern sowie mit der Vorstellung zusam- men, daß bei den mehreren Erben eine bloße Kondemnationsbeschränkung (keine Forderungstheilung) platzgreife.

socii in Betracht kommen⁴⁰⁾. Allein während dieselben an und für sich nirgends socii sind, konnten sie doch (wenn ein Sklave gerirt hatte) condomini sein, und wird für diesen besonderen Fall Solidarität der Klage stattgefunden haben⁴¹⁾. Letztere griff ipso jure insbesondere auch entgegen den mehreren Erben desjenigen Erblassers statt, der nur mehr *annali de peculio actione* haftete⁴²⁾.

Von mehreren Gewalthabern des Einen mit Wissen und Willen derselben Khderei treibenden und präponirenden Sklaven galt (da gegen dieselben *exercitoria* überhaupt erstreckt wird — §. 259. 4 —), dasselbe was von den mehreren Präponenten des Einen Kapitans⁴³⁾.

4. Gegen den Gewalthaber ist *de peculio* die *actio* überall begründet, wo ein Kontrakt oder Quasikontrakt des Gewaltuntergebenen vorliegt⁴⁴⁾; in einem und demselben Falle kann aber *actio* auch *de in rem verso* und *quod jussu*, oder anstatt *quod jussu* aus der *praepositio* (*exercitoria*, *institoria*) begründet sein⁴⁵⁾. Ob nun aber Gläubiger in der einen oder anderen Weise klage: überall klagt er *ex eadem causa*, aus einem und demselben Kontrakte, Quasikontrakte, und nur *genus actionis* ist verschieden; abgesehen von der Kumulation der

40) l. 30 §. 1 cit. — *nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte dumtaxat* —. Vgl. Anm. 34. 35.

41) arg. l. 14 cit. in f. — *pro sua parte quisque conveniendi sunt, quia cessat inter eos comm. div. jud.* Vgl. Anm. 34. 35.

42) Darnach si unus fuerit conventus omnes liberabuntur — l. 32 pr. D. pec. 15, 1. Allein die Kondemnation ging nicht über das Maß des bei dem Belangten befindlichen *Peculium*s hinaus; darum auf Grund der *aequitas* doch noch Nachklage gegen die Uebrigen (es sei nun mit oder ohne Restitution) — *tamen aequitas d'etat, iudicium in eos dari, qui occasione juris liberantur*. Woher aber diese Besonderheit, da hier die mehreren Erben so wenig wie sonst *socii* und (*mortuo, manumisso, alienato servo*) auch nicht *condomini* waren? Sollte diesmal vielleicht nicht Korrealität, sondern Alternativität im Vordergrunde gestanden sein, so daß zur Verfolgung so wie der *annus* auch der eine oder andere Erbe „sufficiebat“? (vgl. l. 1 §. 3 D. quando de pec. 15, 2). Uebrigens werden auch die *plures fructuarii vel b. f. possessores* der l. 32 pr. cit. von der *annalis actio* zu verstehen sein. Vgl. l. 1 §. 9 eod. S. dagegen Mandry S. 271, der uns auf den Unterschied der Erben einer *annalis* und einer *perpetua de pec. actio* zu wenig Gewicht zu legen scheint.

43) l. 4 §. 2 D. exerc. 14, 1.

44) — *intenditur enim recte etiamsi nihil sit in peculio* — l. 30 pr. D. pec. 15, 1.

45) §. 5 J. quod cum eo 4, 7.

actio de peculio und de in rem verso kann er also nur in der einen oder anderen Weise klagen; es liegt (elective) Klagenkonfurrenz und nach einmaliger Einflagung entweder exc. rei in jud. deductae oder exc. rei judicatae vor ⁴⁶⁾.

5. Die adjektivischen Obligationen sind honorarische (Anm. 23); in denselben Fällen aber, da quod jussu, de in rem verso, exercitorisch oder institorisch geklagt werden kann, ist auch das Dasein einer civilen Schuld des Gewalthabers oder Präponenten und darnach Statthastigkeit von Konditionen angenommen ⁴⁷⁾. Umstände, welche nach prätorischem Rechte nur den Um-

46) l. 4 §. 5 D. quod cum eo 14, 5; l. 9 §. 1 D. tribut. 14, 4. Bb. 1 §. 94 Anm. 9; §. 98. 2. d. α. Vgl. Mandry S. 269 und die bei diesem S. 270 Anm. 20 agff. Nutt.

47) So §. 8 J. quod cum eo 4, 7. Also da, wo etwas weiteres als ein Kontrakt oder Quasikontrakt mit einem Gewaltuntergebenen nicht vorliegt, mithin nur de peculio geklagt werden kann, ist condictio nicht begründet; wo dagegen außerdem jussus, Versio, Präposition vorliegt, findet auch condictio, und zwar nach dem unmittelbaren Sinne von §. 8 cit. ohne weiteres statt, dermaßen daß überall wo quod jussu etc. geklagt werden kann, ohne Unterschied der diesen prätorischen Klagen zu Grunde liegenden Kontraktfälle auch kondizirt werden kann. Diese s. g. generelle Kondition ward bis auf Chambon und Savigny, und wird seitdem in verschiedenen Begründungen wieder von Ruffrat, Diezel, Bekker, Pernice gelehrt (Nachweise bei Mandry a. a. D. Bb. 2 S. 326 Anm. 3), während Mandry wieder an Chambon und Savigny anknüpft und „an Konditionen im technischen Sinne“, d. i. an die technisch präbizirten Konditionen (ex mutuo, sine causa) denkt, also nicht ohne weiteres auf den Jussus, die Versio oder Präposition, sondern erst auf die weiteren Voraussetzungen hin, unter denen auch außerhalb des Gewaltverhältnisses Konditionen entstehen, gegen den Gewalthaber und Präponenten kondizirt werden könne (a. a. D. §. 78, insb. S. 339 Abs. 1, S. 342 Abs. 1 a. E.). U. E. ist es richtig, daß die condictio hier unter keinen anderen, freieren, „generelleren“ Voraussetzungen, sondern so technisch als anderwärts platzgreift; nicht richtig dagegen scheint uns die Vorstellung, daß nur ex mutuo, oder sine causa, oder etwa noch aus diesem oder jenem speziellen Grunde condictio in „technischer Bedeutung“ vorliege; vielmehr fanden wir allenthalben, wo im Gegenseite oder in Fortentwicklung von der bloßen Haftung oder Verbindlichkeit ein debitum (Schuld) vorliegt oder zu Stande kommt, eine condictio begründet (§. 227). Hierauf handelte es sich nur darum, zu zeigen, daß überall, wo kraft prätorischen Rechtes quod jussu, de in rem v., exercitorisch oder institorisch geklagt werden kann, zugleich nach civilem Begriffe eine Schuld angenommen und also condictio zugestanden werden kann. Dies scheint uns aber in den Fällen der actio quod jussu, exercitoria und institoria nach dem Gesichtspunkte des Mandats (l. 5 §. 1 D. quod jussu 15, 4 — similes sunt . . mandantibus — §. 8 J. cit. — qui vel exercitoria vel inst. a. tenetur . . hujus quoque jussu contractum intellegitur —), in denen der Versio bald nach dem des negotium gestum, bald nach dem der sine causa condictio möglich (3. B. l. 17 §. 5 cf. §. 4 D. instit. 14, 3). In

fang der Haftung bestimmen (Jussus, Verſion, Präpoſition — oben 1 b), werden jure civili mit zum Grunde der Obligation. Hat der Gläubiger wiſſentlich auf Grund des Juffus oder der Präpoſition gehandelt, ſo hat er bei ſeiner Kreditirung nicht nur die Perſon des Kontrahenten, ſondern auch die des Subenten im Auge gehabt und darnach auch abgesehen von aller Verſion, vorausgeſetzt nur daß Kontrahent nach der Art und dem Gange des Geſchäftes nicht bloß haftbar, ſondern auch ſchuldig geworden iſt, negotiorum gestororum oder mandati actionem⁴⁸⁾, unter derſelben Vorausſetzung aber, nach freier Wahl, auch die Schuldflage (condictionem) (§. 227). Liegt Verſion vor, ſo kann auch ohne Juffus oder Präpoſition in Hinblick auf den Gewalthaber, dominus negotii, kontrahirt, kreditirt, alſo negotiorum g. actio und entſprechende condictio begründet⁴⁹⁾, oder

der bloßen Thatſache dagegen, daß der Gewaltuntergebene kontrahirt hat und ſchuldig geworden iſt, liegt kein Anhalt für eine civile Schuld des Gewalthabers; darum denn auch keine condictio da wo bloß de peculio actio. — Ein direktes mutuum und direkte mutui condictio zwiſchen dem Dritten und dem Gewalthaber vermögen wir uns da, wo dieſer de in rem verso, quod jussu, exerc. oder inſtitutoriſch haftet, nicht zu denken, ſo denn auch weder in l. 12 D. r. cr. 12, 1 noch l. 30 pr. D. a. e. e. v. 19, 1, geſchweige denn in §. 8 J. cit. zu erblicken (vgl. unten Anm. 50). Ohne den Willen, ſelbſt ein Kreditum zu empfangen, kann der Gewalthaber ſo wenig als ſonſtwer ex mutuo obligirt werden (l. 32 D. r. cr. 12, 1); ſollten Abweichungen von dieſer Regel auskommen — und ſie kamen in Fällen ſtellvertretender Geldaufnahme allem Anſcheine nach wirklich auf in l. 27 D. r. cr. 12, 1; l. 3 C. quando ex facto tut. 5, 39; l. 2 C. cur. fur. 5, 70 —, ſo durfte doch, wenn der Vertretene ex mutui obligatione obligirt ſein ſollte, der Vertreter eſ nicht zugleich ſein (arg. l. 27 cit. — alioquin ipsi soli . . qui contraxerunt, non civitas tenebuntur); abjektiv iſche Obligationen ſind nun aber vornherein nicht denkbar, ohne daß zunächſt Kontrahent ſelbſt obligirt wird (ſ. den Text l. c.). S. dagegen Mandry S. 326. 1. — Aus letzterwähntem Grunde können wir auch keine direkte actio pro socio gegen den Gewalthaber denken; in l. 84 pr. D. pro socio 17, 2 kann die Societät nicht cum filio vel cum extraneo und mit dem Subenten zugleich kontrahirt ſein; die direkte actio gegen dieſen aber wird entweder negotiorum gestororum oder mandati ſein vgl. zu dem „cujus persona in contrahenda societate spectata sit“ das „cujus literas creditor secutus contraxit“ in l. 31 pr. D. neg. 3, 5, im übrigen die literariſtiſchen Bemerkungen Mandry's S. 340 Anm. 16 zu l. 84.

48) ſ. die in voriger Anm. a. G. cit. II. In l. 31 pr. cit. beſteht trotz des Mandates neg. gestororum actio, weil das Mandat nicht an den Gläubiger ſelbſt erging. Hieher auch l. 7 §. 1 C. quod cum eo 4, 26, wo, weil Gläubiger lediglich auf den Gerenten abſieht, keine utilis inſtitoria (l. 19 pr. D. 14, 3), wohl aber im Kontrahitionsfalle neg. g. actio zuſieht (vgl. unten Anm. 49).

49) l. 31 pr. cit.

aber daß in rem ejus versum eine auf Kosten des Gläubigers sine causa eingetretene Bereicherung des Gewalthabers, Geschäftsherrn, und darum sine causa condictio da sein ⁵⁰⁾.

II. Delikte der Gewaltuntergebenen obligiren diese selbst, und civiliter (§. 220 Anm. 12), nach der strengeren Ansicht selbst dann, wenn sie auf Befehl des Gewalthabers handeln ^{50a)}, daneben aber auch den Gewalthaber, und zwar um seiner selbst willen (suo nomine) ⁵¹⁾, wenn mit seinem Wissen und Willen, oder gar auf sein Anstiften hin delinquit wurde ⁵²⁾; in fremdem Namen, wenn ohne sein Wissen und Wollen ⁵³⁾. Letzterenfalls wird die Deliktssklage zur „noxalis actio“ ⁵⁴⁾; wie oben (I.)

50) So das dem Sklaven gegen die Weisung des Herren kreditirte, nachher aber in rem ejus gefehrte Geld: l. 17 §. 4 §. 5 D. instit. 14, 3; — die vom Sklaven gestohlenen, mit der condictio furtiva nur peculiotenus zu salvirenden Gelder werden durch Versio mit condictio sine causa „quasi res mea ad te sine causa pervenerit“ in solidam verfolgbar (l. 30 pr. D. a. e. e. v. 19, 1). Das dem Sklaven kreditirte, von diesem dann in rem domini gefehrte Geld wird gegen diesen nicht mutui conductione (wie Mandry S. 328 meint), wohl aber als grundlose Bereicherung sine causa conductione verfolgbar: l. 12 D. r. cr. 12, 1 — item si is etc. Diese (s. c.) condictio ist nicht schon mit der Darlehensreichung an den Sklaven, sondern erst mit der Versio da, und als eine der Aktionen aufgeführt, welche ignorantibus erworben werden; nur darum wird die sonst irrelevante Thatsache, daß der Gläubiger nachträglich furere coepit und dann Versio eintrat, in den casus aufgenommen. Unmöglich in diesem Zustand konnte der Gläubiger noch kreditiren, unmöglich daselbe zweimal, dem Sklaven und dann dem Herrn kreditiren. — Unter denselben Voraussetzungen, unter denen hier ein Mutuum an den Sklaven zur sine c. cond. gegen den Herren wird, erwirbt der Gläubiger auch infolge eines Darlehens an einen Freien eine condictio s. c. gegen den Prinzipal dieses letzteren (l. 7 §. 1 C. quod cum eo 4, 26 — nisi vel in rem ejus pecunia processit — so freilich gegen die gemeine Meinung, die hier eine auf Kontrakte mit Freien erstreckte de in rem verso actio sieht —)

50a) l. 2 §. 1 D. nox. act. 9, 4. Einerseits Gelsus: — servum nihil deliquisse, qui domino jubenti obtemperavit — und die lex Aquilia, welche nach des Gelsus Meinung ignoverit servo qui domino paruit — anderseits die lex XII tab., welche voluerit servos in hac re dominis non obtemperare, und nach Julianus, nachher recipirter Meinung mit diesem Grundsatze sich auch auf die späteren Gesetze, namentlich auch die lex Aquilia erstreckt.

51) l. 2 §. 1 cit. — „suo nomine tenetur“ —

52) l. 4 pr. eod. — „scientiam“ ejus accipiendam qui prohibere potest — l. 3 eod. — cum prohibere posset, nec prohibuit. Aliud est enim, auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere —

53) l. 2 §. 1 eod. — servi nomine est actio noxalis — l. 4 §. 2 eod. — an servi quoque nomine danda sit actio —

54) insciente noxalis est — l. 2 pr. eod.

die Kontrakte und Quasikontrakte, so sind hier die Delikte der Gewaltuntergebenen als solche, für sich, der Grund der adjektivischen Haftung⁵⁵⁾, und der Verurtheilung⁵⁶⁾, und dient der Umstand, daß seitens des Gewalthabers zum Delikte nichts hinzugekommen ist (keine Wissentlichkeit, keine Auktorität) nur zur Milderung seiner Haftung, daß er der *litis aestimatio* oder Strafzahlung durch Auslieferung des Delinquenten an den Damnsifaten (*noxae deditio*) vorbeugen kann⁵⁷⁾. Ueber-einstimmend damit, daß er hier nur in fremdem Namen und so denn auch nur insoferne und insolange Delinquent in seiner Gewalt ist⁵⁸⁾ obligirt wird, heißt er *defensor*, seine Prozeß-führung *defensio*⁵⁹⁾, und besteht zwischen seiner Haftung und der des Delinquenten Korrealität⁶⁰⁾. Andernfalls erscheint der Gewalthaber selbst als Thäter⁶¹⁾, und sollte darnach gegen ihn nicht nur zweimal (*servi nomine* — *suo nomine*) geklagt, son- dern auch zweifache Strafe oder Eine Strafe und *noxae de- ditio* verfügt werden können; gleichwohl darf mehr als Eine Strafe nicht beigetrieben werden⁶²⁾. Ob *cum noxae de- ditione* oder *detracta noxae deditio* geklagt wird: es ist ein und daselbe Delikt, *eadem causa*, und, Identität der Per- son vorausgesetzt, *eadem res* die hier und dort in *judicium* deduzirt wird, darnach wohl zeitige Klagenänderung, dagegen keine Klagenwiederholung mehr zulässig, wenn einmal in der einen oder anderen Klage *judicirt* ist⁶³⁾. Mehrere Gewalthaber können jeder in *solidum* belangt werden, und wenn dies mit

55) l. 1 eod. *Nox. actiones .. quae ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur* — l. 2 §. 1 eod.

56) l. 1 eod. — *si damnati fuerimus* —

57) l. 1 l. 2 pr. eod. cf. l. 4 §. 2 eod.

58) l. 32 — l. 35 eod.

59) §. 5 J. h. t. 4, 8 — *noxalis actio caput sequitur* — l. 7 pr.; l. 21 §. 2 — l. 30 D. h. t.; anders da wo der Gewalthaber *suo nomine* belangt wird: l. 5 §. 1 eod.

60) Aus dem Delikte des Sklaven ist nur die Eine Klage möglich; aus dem des Haussohnes eine Klage gegen diesen selbst, wenn *nemo eum defendit*: l. 34 eod.

61) l. 2 pr. eod. — *ipse enim videtur dominus occidisse* —

62) l. 4 §. 2 eod.

63) l. 4 §. 3 eod. — *absolutione facta et finito iudicio .. excep- tione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est* —

der Noxalklage geschieht, nur in solidum ausliefern⁶⁴⁾; aber während in Betreff der Noxalklage Einer für Alle vertheidiget oder ausliefert⁶⁵⁾, ist dies da, wo sie im eigenen Namen belangt werden, nicht der Fall⁶⁶⁾, wiewohl auch da die Strafe nur einmal beigetrieben werden kann⁶⁷⁾.

Noxalis actio findet zwar nicht nur aus Delikten von Sklaven⁶⁸⁾, sondern auch aus denen der Hauskinder (statt⁶⁹⁾, wiewohl letztere auch selbst geklagt und ihre eigenen Defensoren sein können⁷⁰⁾. Allein noxae deditio setzt das Institut einer Knechtschaft voraus, in die der Vater sein Kind schon nach justinianischem Rechte nicht mehr versetzen durfte; in der Richtung auf Hauskinder ist die noxalis actio denn auch schon nach justinianischem Rechte abgeschafft⁷¹⁾; für uns ist sie überhaupt Antiquität.

§. 259.

Nach obigem kann im heutigen Rechte von adjektivischen Obligationen nurmehr aus Kontrakten und Quasikontrakten der Hauskinder und Geschäftsführer die Rede sein. Im Einzelnen dürfte aber

1. die actio de peculio¹⁾ und die actio tributoria (welche den Gewalthaber gleichfalls nicht über das peculium angeht, übrigens nicht nur ein Handels- oder Gewerbevermögen des Kindes, Sklaven (merx peculiaris), und Handels- oder Gewerbeschulden desselben, sondern auch die — die tributoria mit der institoria in Verbindung bringende, 14, 3, 4 — That- sache voraussetzt, daß der Gewalthaber von diesem Handel oder Gewerbe gewußt und die ihm obliegende tributio der merx peculiaris unter sämtliche Handels- oder Gewerbekreditoren

64) l. 8 cf l. 5 pr. D. h. t.

65) arg. e contr. l. 5 pr. cit. — nec altero convento alter liberabitur (omnibus scientibus).

66) l. 5 pr. cit.

67) arg. l. 4 §. 2 eod.

68) von denen l. 1 — l. 32 D. h. t. allein handelt —

69) Gaj 4, 75, 79; 1, 140; l. 34 l. 35 D. h. t.

70) l. 32 — l. 35 D. h. t. §. ult. J. h. t. in fin.

71) §. ult. J. h. t.

1) D. 15, 1 C. 4, 26 J. 4, 7 §. 4.

nicht oder nicht redlich vorgenommen hat)²⁾ nicht weiter zu verfolgen sein, da im heutigen Rechte *Petulien* von der in diesen Klagen vorausgesetzten Art von unerweislichem Vorkommen, und so denn auch die entsprechenden Klagen nirgends registriert sind³⁾. Anwendbar und in Anwendung dagegen⁴⁾ ist

2. die *actio de in rem verso*⁵⁾. Ihre Voraussetzung ist, daß der Kontrakt, Quasikontrakt, welcher den Grund der Klage bildet (§. 258. I, 1), von dem (in väterlicher Gewalt befindlichen) Kinde wie von einem *negotiorum gestor* für den Vater kontrahiert, oder daß das aus dem Kontrakte, Quasikontrakte Empfangene von dem Kinde wie von einem *negotiorum gestor* „in die Sache des Vaters“ verwendet ist⁶⁾. Ist einmal für den Vater kontrahiert, so kann die Klage wider diesen platzgreifen, trotzdem die für denselben angestrebte Verwendung nicht eingetreten ist⁷⁾. Andererseits kann das Empfangene für den Vater verwendet worden sein, und ist doch nicht in *rem ejus versum*: einmal weil es zu keinen nothwendigen, oder weil es zu zwar nützlichen, aber die Mittel oder die Gewohnheit des Vaters übersteigenden Ausgaben verwendet⁸⁾ — dann, weil damit die Sache des Vaters nicht gemehrt, son-

2) D. 14, 4 J. 4, 7 §. 3. Mandry §§. 86—88.

3) Vgl. Seuffert §. 491 Anm. 1. Arnolds §. 437 Anm. 6. Nur „von unendlich geringerer Bedeutung“, nicht von „unanwendbar“ spricht Windscheid §. 484.

4) z. B. Seuffert §. 491 Anm. 6. 21.

5) D. de in rem verso 15, 3 J. quod cum eo 4, 7 §. 4.

6) l. 3 §. 1 D. h. t.

7) l. 17 pr. D. h. t. — in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit, nihilo minus etc. — cf. l. 3 §. 7 — §. 10 eod. Vgl. l. 10 §. 1 D. neg. 3, 5 — sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium —. Darnach ist es vielleicht zu enge, wenn, wie z. B. bei Arnolds §. 247. 4. Windscheid §. 483, einfach Bereicherung als Voraussetzung der Klage genannt wird. S. auch l. 3 §. 6 D. h. t. — neque .. spectamus an bono domini cesserit, sed an in negotium domini —. Darnach wird aber auch der Charakter der Klage als einer „Bereicherungsklage“ (Mandry S. 458) bedenklich; s. Mandry selbst S. 470—472.

8) §. 4 J. h. t. — In rem .. versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit — l. 3 §. 3 §. 4 D. h. t. — nec debere ex eo onerari .. quod ipse facturus non esset —. In Fällen letzterer Art und bei Luxusausgaben nur pati debet, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet injuria —. S. übrigens l. 3 §. 6 eod. — mutuatus domino volenti emit ad luxuriae materiem etc.

dem nur eine Forderung desselben an das Kind gezahlt 9), — endlich weil die dem Vermögen des Vaters aus der Gestion des Kindes gewordene Mehrung wieder rückgängig geworden ist durch eine entgegengesetzte Gestion, indem der Vater das Kind bezahlt 10) oder zum gleichen Betrag zum Gegenschuldner bekommen 11) hat: denn das *versum*, nicht Grund sondern Maß der Kondemnation (§. 258. I. 1. b.), muß bis zuletzt da sein. Das Kind darf nicht für sich (*rem peculiarem agens*) gehandelt oder verwendet haben, wenn *actio de i. r. v.* begründet sein soll 12); die Mehrung seines *Peculiums* reicht zur Begründung derselben nicht aus, trotzdem dadurch mittelbar auch der Vater reicher geworden ist 13); selbst unmittelbare Mehrung des *Patrimoniums* oder Bereicherung des Vaters reicht nicht aus; das Kind muß wie ein *Procurator* oder *negotiorum gestor* für den Vater handelnd dessen Sache gefördert haben 14); würde es, gewaltfrei, daraufhin *mandati* oder *negotiorum gestorum actionem* gegen den Vater haben, dann, aber regelmäßig auch nur dann, hat gewissermaßen anstatt des Kindes oder als ob er selbst die Sache des Vaters geführt hätte, der Gläubiger unsere Klage 15). Das Kind kann den Kontrakt

9) l. 10 §. 7 D. h. t.

10) l. 10 §. 6 eod. — *si non sit a domino servo, solutum vel filio.*

11) l. 10 §. 8 §. 9 eod.

12) l. 10 §. 6 cit. *Versum . . . sic accipimus ut duret* — Vgl. Bb. 1 S. 355 Abs. 2.

13) l. 10 §. ult. arg. l. 3 §. 1 §. 9 l. 5 §. 3 eod.

14) l. 6 arg. l. 7 pr. §. 4 §. 5 l. 10 §. ult. eod.

15) arg. l. 3 §. 2 eod. Das ediktale „*quod cum eo qui in alterius potestate est negotium gestum erit*“ (l. 1 §. 2 l. 3 l. pec 15, 1) ist doch wohl eine für alle die drei Aktionen des „dreifaltigen Edikttes“ gemeinsame Klausel. Gegen Windscheid, der von diesem Erfordernisse auf Grund von l. 7 §. 4 u. l. 19 D. h. t. absieht, s. Löwenfeld, die selbständige *actio de in rem verso*, diss. inaug. München 1873. Auch Mandry's Einwürfe aus l. 3 pr. D. h. t. und l. 12 D. inst 14, 3 scheinen nicht durchschlagend. Darauf, daß die Frau in l. 20 pr. und l. 21 eod. nicht direkt für den Vater handelt, mag die Indirektheit der *de in rem v. actio* dieser Stellen beruhen. Ganz anders Löwenfeld S. 51 fg; hiinwider aber Mandry, S. 466 Anm. 3. — Verschieden von der hier geforderten Handlung ist die Verwendung; Verwendung ist nicht überall nothwendig (Mandry S. 468)

16) — *quasi cum ipsis potius contractum videatur. l. 1 pr. D. h. t. Et regulariter dicimus, totiens de i. r. v. esse actionem. quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit neg. gestorum haberet actionem* — l. 3 §. 2 eod. vgl. l. 17 pr. eod. und die meisten

selbst für sich (*rem peculiarem agens*) abgeschlossen haben; genug, daß es das hieraus Empfangene nachträglich für den Vater verwendet. Allein wie überhaupt nicht schon die Bereicherung des Vaters, sondern erst eine Verwendung für diesen, mithin eine Art stellvertretender Gestion unsere Klage herbeiführt, so ist eine solche Gestion auch zu deren nachträglicher Begründung nothwendig¹⁷⁾. Auch diesfalls hat der Gläubiger die Klage überall, wofern das Kind, gewaltfrei, als Prokurator oder *neg. gestor* klagen könnte, und der Regel nach nicht, wo dasselbe nicht klagen könnte. Würde das Kind für sich selbst ein Darlehen aufnehmen, und dann das Empfangene dem Vater schenken, so läge keine Gestion für oder anstatt des Vaters vor und würde *actio d. i. r. v. „cessare“*¹⁸⁾; würde es dagegen in demselben Falle mit dem Empfangenen Schulden des Vaters bezahlen, so läge eine Gestion für den Vater vor, und wäre eine *actio d. i. r. v.* selbst dann begründet, wenn das Kind *donandi animo* bezahlte¹⁹⁾.

Neueren. (Mandry S. 472 Anm. 2). An Löwenfeld (Einleitung) ist übrigens einzuräumen, daß kein Guthaben des Kindes den Grund der Klage bildet; Ulpian gibt in l. 3 §. 2 *cit.* keinen Grund, sondern eine Regel an. Gegen Mandry's Bedenken („wo liegt die Vermittlung zwischen dem ediktmäßigen *versum in rem . . .* und dem *negotium domini*“ S. 473) ist zu bemerken, daß man ein *in rem domini* vertere ohne ein *rem* oder *negotium domini* gerere gar nicht dachte, u. G. nicht denken konnte. Unter dem, der ein *negotium* (Anm. 15) *in rem domini* vertirte, dachte man sich einen (*alieni*) *negotii gestor*, und formirte darnach obige (nicht ausnahmslose) Regel.

17) l. 5 §. 3 D. h. t. — *quotiens rem domini gerens locupletio eum facit nummis peculiaribus* —

18) l. 7 pr. eod. — *si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit* —

19) l. 7 §. 1 eod. Letzteres gegen die Regel der l. 3 §. 2 *cit.* (Anm. 16); denn als *neg. gestor* hätte das Kind, wenn es *donandi animo* gerirte, keine Klage: l. 4 l. 44 D. *neg. 3*, 5 l. 12 C. eod. 2, 19. Die Abweichung ist aber gerechtfertigt 1) äußerlich, dadurch, daß das *in rem versum* des Ediktes vorliegt 2) innerlich, dadurch daß die Liberalität mit dem Gelde des Gläubigers geübt ist. — Andere Einigungsversuche zwischen l. 7 §. 1 u. pr. *citt.* s. bei Mandry S. 501 Anm. 12, und diesen selbst S. 502. — In l. 10 §. 2 D. h. t. ist das Kind zwar *Gerent*, allein lediglich sein eigenes *negotium* gerirend, indem es, sich obligirend (*dum se obligat*), schenkt. Zahlung einer fremden Schuld ist *negotium alienum*, wenn man gleich schenkend zahlt (l. 7 §. 1 *cit.*), Expromission einer fremden Schuld ist ein Geschäft, das der Schuldner selbst nicht vornehmen kann, also nicht mehr *negotium alienum* (l. 10 §. 2). Vgl. Löwenfeld, S. 33, 3. Mandry, S. 502 fg. Windscheid hält l. 7 §. 1 mit l. 7 pr. u. l. 10 §. 2 *citt.* für unvereinbar und ändert l. 7 §. 1 *actio est in a. cessat*. Aber „plane“?

Eine Ausdehnung dieser Klage auf Kontrakte mit gewaltfreien Personen war kein Bedürfnis; denn überall hier hat der Gläubiger an dem Kontrahenten einen unbeschränkt exequirbaren Gegner²⁰⁾, und für den Fall, daß von diesem selbst nichts oder nicht alles zu erzielen sein sollte, das Recht auf Abtretung der neg. gestorum oder mandati actio²¹⁾. Auch ist kein irgendwie sicheres Zeugnis für diese Ausdehnung anzuführen²²⁾.

20) kaum so beim Kontrakte mit Hausknechten, geschweige denn bei Sklaven.

21) denn darnach, daß der Sklave, Haussohn, wenn frei, eine solche Klage hätte, richtet sich die actio d. i. r. v. (Num. 16). — Vgl. z. B. l. 38 D. ev. 21, 2.

22) l. 7 §. 1 C. quod cum eo 4, 26 gibt zwar eine Klage, wenn vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit. Allein eben diese Alternative deutet an, daß nicht de in rem v. a. gemeint sei, da bei dieser Ratihabition nicht in Betracht kommt. U. E. ist in dem Reskripte ein Mandat von Seite des Geschäftsherrn an den Agenten (res ejus agente) vorausgesetzt und darum dem Gläubiger die Kontraktklage, etwa mutui actio (l. 7 pr. eod.), als utilis institoria gegen den Geschäftsherrn zugestanden. Würde der Gläubiger auf das Mandat fußend (litteras ejus secutus — cf. l. 31 pr. D. neg. g. 13, 5) kreditirt haben, so stünde ihm utilis institoria ohne weiteres zu (l. 31 pr. cit.); nun er aber seinen Kredit auf die Person des Agenten gesetzt hat personam ejus elegisti), so muß das Geschäft nicht nur mandatmäßig abgeschlossen, sondern es muß auch wirklich dem Mandanten zu statten gekommen (s. unten Nr. 4 u. oben S. 258 Num. 47 a. E.) oder von diesem (als utile) ratihabirt sein. (Andere, übrigens actionem de in rem verso gleichfalls negirende, Auslegungen s. bei Mandry S. 462, Windscheid §. 483 Num. 5 a. E.) Vielleicht übrigens auch an die bei diesen erwähnte neg. g. actio ist zu denken, trotzdem nicht contemplatione domini gerirt ist; vgl. z. B. l. 49 in f. D. h. t. Ähnlich erklärt sich l. 82 D. pro socio 17, 1; l. 13 C. si cert. pet. 4, 2 desgleichen; l. 4 C. si tutor vel cur. 2, 25 gibt keine Klage, wahrscheinlich weil kein in rem versum und keine Ratihabition allegirt wurde; daraus folgt nicht, daß wenn eine Version vorlag, actio d. i. r. v. statifand. (S. dagegen Ruchstrat, Arch. f. d. Praxis d. oldenb. R. I. S. 49 fg.). — Eine ältere Ansicht, wornach nur ein in rem versum gefordert wurde, um aus dem Geschäfte des A mit dem B gegen C eine actio d. in r. v. gegen C zu gewähren, ist aufgegeben (Windscheid a. a. O. in med.), überall wenigstens dahin eingeschränkt, daß der Kontrakt selbst in Sachen des C abgeschlossen sein müsse. von Manchen aber noch weiter dahin eingeengt, daß der Kontrakt „auf Namen des Prinzipals (C) abgeschlossen, daß der Abschließende (B) dabei als Geschäftsführer hervorgetreten“ sein müsse (Fhering, Jahrb. f. Dogm. d. h. röm. u. d. N's Bd. 1 S. 340, Windscheid a. a. O.); allein wenn actio d. i. r. v. je auf gewaltfreie Personen zu erstrecken wäre, so würden ihre ursprünglichen Grundfälle doch wohl auch auf ihrem erweiterten Gebiete zur Anwendung zu kommen haben; nach diesen besteht aber das Erforderniß, daß das Geschäft auf den Namen des Herrn oder Gewalthabers abgeschlossen sein müsse, nicht (z. B. l. 5 §. 3 D. h. t. und dazu Windscheid §. 485, 5).

Noch halbwegs anwendbar ist

3. die *actio quod jussu* ²³⁾. Sie setzt voraus, daß der Kontrakt oder Quasikontrakt, welcher den Grund auch dieser Klage bildet (§. 258 I, 1), den Willen des Gewalthabers für sich habe ²⁴⁾. Dieser „Wille“ ²⁵⁾ kann in beliebiger Form ²⁶⁾ sowohl an den Gläubiger ²⁷⁾ als an das Kind erklärt sein ²⁸⁾, ist einseitig ²⁹⁾, kein Mandat ³⁰⁾, keine *Fidejussio* ³¹⁾, und nur hier, da die Zustimmung zu einem Kreditgeschäfte erfolgt und das Edikt solidarische Haftung damit verbindet, etwas Bürgschaftsartiges ³²⁾. Um eben deswillen überschreitet der *Jussus* den Kreis derjenigen Geschäfte, die den Subenten selbst angehen, nicht; auf fremde Sachen geht der *Jussus*, ungleich der Bürgschaft, nicht. Fremd aber waren dem Vater nicht die Ge-

23) D. *quod jussu* 15, 4. C. *quod cum eo . . sive quod jussu* — 4, 26 J. *quod cum eo* 4, 7 §. 1. — Vereinzelte Stimmen gegen die praktische Geltung der *actio q. j.* s. bei Chambon, über die *actio q. j.* in dessen Beitr. zum Oblig.r. S. 255. Abs. 2.

24) Daß „*jussus*“ diese Bedeutung habe, ist nach Chambon, Buchka, Salpius neuerdings ausgeführt von Mandry, a. a. D. II. §. 96 und von Dr. F. Drechsler, die a. *quod jussu*, Habilitationsschrift, Würzb. 1877 S. 17 III. — nur möchten wir „Ermächtigung“ und „Vollmacht“ nicht ebenso adoptirt haben wie „Genehmigung“ oder „Zustimmung“. Gegen die „Vollmacht“ s. Mandry selbst S. 571 3 u. S. 581. III.

25) l. 3 D. h. t. „*ex voluntate domini obligavit*“ l. 5 §. 1 eod. „*voluntate ejus venit*“ Chambon a. a. D. S. 211; — l. 9 §. 2 D. don. 39, 5 — *jussu aut voluntate*.

26) l. 1 §. 1 D. h. t. — *per nuntium* — generaliter — §. 4 — Si . . *servi chirographo subscripserit* . . §. 3 — *si mandaverit* — §. 6 — *ratum habuerit*. —

27) l. 1 §. 1 D. h. t. l. 13 C. *quod cum eo* 4, 26.

28) gegen die Glosse, Cujacius, Schmid (über die *actio quod j.*, Arch. civ. P. Bd. 29 §. 3), welche den *jussus* nur an den Gläubiger gerichtet denken, so wie gegen diejenigen, welche ihn als Befehl an den Hausunterthänigen denken (Stryf, Glück, Hugo, Zimmermann, vgl. Bangerow §. 240 Anm. 1), Chambon a. a. D. S. 209 III. Buchka, l. v. d. Stellb. S. 34, Mandry S. 595 fg. Drechsler S. 54. II.

29) argg. l. 1 §. 1 eod. „*per nuncium*“ §. 6 „*si ratihabuerit*“ §. 2 *revocare . . posse, antequam creditur* — l. 5 §. 1 eod. *similes sunt mandantibus* — Salpius, Nov. u. Deleg. §. 12.

30) das angenommen werden müßte und *actiones mandati* erzeugte, wiewohl ein Mandat, an den Dritten oder das Kind gerichtet, einen *jussus* in sich enthielte: l. 1 §. 3 cit. cf. l. 26 §. 6 D. *mand.* 17, 1. Vgl. Chambon S. 235 fg.

31) l. 1 §. 5 D. h. t. l. 25 D. *ad SC. Vell.* 16, 1.

32) Daher dann „*fidem domini sequi videtur*“ §. 1 J. h. t. — und „*periculo meo*“ in dem Formulare der l. 1 §. 1 D. h. t.; — nicht so der *jussus* bei Delegationen, zu Erbschaftsantritt, zu Gesetzen —

schäfte, die das alte Peculium angingen; zu diesen hatte sein Sawort so guten Sinn wie zu denen seines Patrimoniums; fremd dagegen waren und sind ihm die Geschäfte, welche das dem Kinde nach neuerem Rechte zur ausschließlich eigenen Disposition untergebene, neuestens demselben auch durchweg ausschließlich gehörige Vermögen (*peculium castrense*, *quasi castrense*, gewisse *adventicia irregularia*) betreffen; neben diesen hat eine Zustimmung, die nicht Mandat oder Bürgschaft wäre, so wenig Sinn, wie wenn das Kind gar nicht in der Gewalt des Zustimmenden stünde³³). Daß Gläubiger auf Grund des Jussus, also im Hinblick auf die durch den Gewalthaber bestehende Deckung kontrahirt haben müsse³⁴), darf nicht gefordert werden³⁵); genug daß vorausgehende Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung in der That vorliegt und das Geschäft (ohne Rücksicht auf Version und Peculium) als väterliches Geschäft erscheinen läßt. Dadurch ist *actio quod jussu* noch immer brauchbar³⁶).

33) Gegen die Meinung, daß das Geschäft in Sachen des Gewalthabers kontrahirt sein müsse (Glosse, W. Müller, Friß, Vangerow, Buchta, Kufstrat, Buchta), sowie gegen die entgegengesetzte (Glück, Schmidt, Pernice) — s. Chambon a. a. D. S. 221 IV. insbes. S. 233—235, Schmid a. a. D. S. 143 §. 6 Windscheid §. 482 Anm. 11. Mandry a. a. D. S. 552—554. Diese letzteren Schriftsteller lassen richtig sowohl Peculiar- als Patrimonialgeschäfte zu, gehen aber auf diejenigen Geschäfte der Kinder, die weder dieses noch jenes sind (*castr.*, *quasit.*, *adv.-irreg.*) entweder gar nicht, oder nicht ausreichend (Chambon) ein. Eingehend und in der im Texte von uns adoptirten Weise ist unterschieden von Drechsler S. 68. VIII. insb. S. 74—83. Insbesondere darüber, daß der Vater bei *castrensischen* u. Geschäften als Bürge, Mandant, Konstituent interveniren müsse, um belangt werden zu können, W. Müller a. a. D. Nr. 4.

34) wie dies neuestens von Drechsler (a. a. D. Nachtrag S. 106 fgg. vgl. ebendas. S. 59. III.) gegen Mandry (a. a. D. S. 562 ff.) vertheidigt wird, und auch im Sinne Windscheid's §. 482 zu Anm. 9 zu liegen scheint —

35) Allerdings denken Gajus 4, 70, §. 1 J. h. t. 4, 7 und wahrscheinlich auch Ulpian l. 1 pr. D. h. t. den Gläubiger als Einen, der *magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur* und also den Subenten im Auge hat; allein wer in der bloßen Hoffnung auf nachfolgende Genehmigung des Vaters mit dem Sohne kontrahirt, ist nicht *fidem patris secutus* und hat dennoch *actionem quod jussu*, wenn Ratihabition erfolgt, l. 1 §. 6 D. h. t. Dem Richter nach hat er diese Klage auch dann, wenn er an Jussus oder Ratihabition gar nicht dachte, letztere aber gleichwol erfolgt. Gajus und Ulpian können darum nur a *potiori* gesprochen haben.

36) Sie ist antiquirt 1) in Ansehung von Peculiargeschäften des Kin-

4. Adjektivische Haftungen entspringen endlich nach römischem Rechte aus Kontrakten und Quasikontrakten des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn³⁷⁾, wofern der Kontrakt, Quasikontrakt in den Bereich derjenigen Geschäfte fällt, denen jener von diesem „vorgesezt“ (praepositus) ist³⁸⁾. Ob der Geschäftsführer in oder außer der Gewalt des Prinzipals sei, ist hier gleichgiltig³⁹⁾; an die Stelle des Gewaltverhältnisses tritt das Präpositions-(Statthalterei-)Verhältniß. Den Anfang machte die Betreibung der Schifffahrt durch Kapitäne (navis exercitio, exercitor — magister navis — exercitoria actio)⁴⁰⁾; hierauf folgte die Betreibung von Handel und Gewerbe durch Faktoren, Prokuristen, überhaupt von ganzen Geschäftszweigen (negotiatio) durch Geschäftsführer (institores, institoria actio)⁴¹⁾, endlich jede Geschäftsführung durch Mandatare (quasi institoria, ad exemplum institoriae actionis)⁴²⁾.

Daß zu dem objektiven Thatbestande eines präpositions-

bes, insoferne das alte *peculium* bei uns nicht vorkommt, das kastrensische und quasit. *peculium* aber den Vater nichts angeht (zu Ann. 33) 2) in Ansehung der Geschäfte des irregulären Adventizgutes, welches wiederum den Gewalthaber nichts angeht, 3) in Ansehung derjenigen väterlichen Geschäfte, welche von dem Kinde zwar mit vorausgehender oder nachfolgender Zustimmung (jussu) des Vaters, aber im Sinne der nunmehr möglichen direkten Stellvertretung des Vaters vorgenommen werden. Darnach bleibt *actio quod jussu* noch übrig für Fälle 1) in denen das Kind in Geschäften des Vaters als für sich selbst handelnd auftritt — ob nun Gläubiger daneben *fidem patris sequitur* oder nicht — vgl. Windscheid a. a. D. zu Ann. 14. 2) in denen das Kind in eigener adventizischer Sache und im Bereiche der dem Vater zustehenden Verwaltung, aber mit dessen Zustimmung handelt.

37) D. de exercitoria actione 14, 1 de institoria actione 14, 3 C. de institoria et exercitoria actione 4, 25 J. quod cum eo 4, 7 §. 2.

38) Ein Angestellter, dem Kontrahierung innerhalb des Geschäftskreises nicht gestattet oder verjagt ist, kann Prokurator, Kustos, Buchhalter, Obergejelle hier, Steuermann, Matrose, Schiffsjunge dort sein, aber er ist nicht praepositus: l. 5 §. 10; l. 6 l. 11 §. 6 D. instit. l. 1 §. 2 D. exerc.

39) l. 1 §. 4 D. exerc. Cujus . . conditionis sit magister, nihil interest: utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus; sed nec ejus aetatis sit, sibi imputaturo, qui praeposuit. Zu letzterem noch l. 7 §. 2; l. 8 D. instit.

40) l. 1 pr. §. 20 D. exerc.

41) l. 3 D. instit. — nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi 3. B. l. 5 §§. 1—5; l. 16 l. 19 pr. eod.

42) l. 13 §. 25 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 5 l. 6 C. h. t. cf. l. 19 pr. cit. (?)

mäßigen Kontraktes, Quasikontraktes, auch noch der subjektive des Wissens und Wollens, d. i. stillschweigende oder ausdrückliche Bezugnahme auf die Vollmacht hinzukommen müsse, darf auch hier (Anm. 35) nicht gefordert werden⁴³); der Grund der solidarischen Haftung des Präponenten ist die Präposition und die Präpositionsmäßigkeit des Geschäfts⁴⁴), das vom Edikte dem in potestate esse zur Seite gestellte Statthalterverhältniß, nicht erst der Hinblick oder das Vertrauen auf die Vollmacht; daß in Sachen des Präponenten gehandelt worden ist, genügt⁴⁵); darauf, daß der Dritte davon nichts wußte, darf sich Präponent nicht berufen; hilft doch auch umgekehrt dem Dritten die Berufung auf seinen Glauben an die Präposition und die Präpositionsmäßigkeit des Geschäftes nichts, wenn es in Wirklichkeit an dieser fehlte⁴⁶). Freilich ergibt sich die Präpositionsmäßigkeit des Geschäftes nicht bloß aus dem Erfolg: daraus, daß es dem Unternehmen des Präponenten zu statten kam; präpositionsmäßig kann dasselbe auch schon nach seinem Zwecke sein: darnach, daß es dem Unternehmen des Präponenten zu statten kommen wollte und sollte; letzterenfalls ist es präpositionsmäßig, auch wenn der Erfolg ausbleibt; ersterenfalls ist es präpositionsmäßig, trotzdem es am Zweck fehlte. Wo nun das Geschäft nach seinem bloßen Zwecke prä-

43) So nun gegen unsere in der 1. Aufl. S. 1616 zu der entgegengesetzten Ansicht hinneigenden Darstellung mit Savigny, Obligr. Bd. 2 S. 61 h. Mandry, Münch. Vierteljahr. XV. S. 395 fg. gegen Thöl, Handelsr. §. 29 Anm. 8 Jhering, Jahrb. I. S. 338. Windscheid, §. 482 Anm. 9. Rudorff ed. perp. §§. 101. 102. Aus l. 1 §. 9 l. 7 pr. §. 1 D. exerc. erhellt nur so viel, daß wenn das kreditirte Geld vom Schiffer nicht präpositionsmäßig verwendet ward, die Kreditirung ausdrücklich zu präpositionsmäßigem Zweck erfolgt sein mußte. Hier allerdings ist der „Hinblick nothwendig.“ S. den Text zu Anm. 47. Das Edikt überhaupt mag von dem Falle „des Hinblicks auf den Präponenten“ als dem gewöhnlichen ausgegangen sein (l. 1 pr. eod.); allein die Motive des Edikts und die Voraussetzungen der Klage sind nicht Eins.

44) die sich bald nach ausdrücklicher Weisung, bald nach Präsumtionen richtet: l. 1 §§. 12—14 D. exerc. l. 5 §. 9 §. 13 §. 15; l. 11 §. 3 §. 5 D. instit.

45) mehr braucht Kläger nicht zu beweisen: l. 1 C. h. t. si . . ei permissum a te probetur — l. 3 eod. — si ejus negotii causa quod per eum exercebatur depositam pecuniam nec redditam potest probari. Nicht entgegen l. 13 pr. D. instit. 14, 3.

46) l. 1 §. 9 in f. l. 7 pr. — §. 2 D. exerc. 14, 1.

positionsmäßig sein soll (indem der Gläubiger den Präponenten belangt, trotzdem sein Kredit dem Unternehmen desselben nicht zu statten gekommen ist), da allerdings muß zu der That-
sache, daß das Geschäft in den Bereich der Präposition fällt, ein entsprechendes Wissen und Wollen des Gläubigers hinzukommen⁴⁷⁾; denn damit das Geschäft seinen Zweck habe, muß er ein einiger Zweck beider Kontrahenten sein, was ohne übereinstimmende Absicht beider unmöglich wäre⁴⁸⁾. So kann das Wissen und Wollen des Gläubigers nothwendig werden, um die Präpositionsmäßigkeit des Geschäftes herzustellen; wo diese schon außerdem, nämlich durch den Erfolg da ist, kommt auf das Wissen und Wollen des Gläubigers nichts an. Damit ist denn auch diesen Klagen ein nicht unbeträchtliches Feld der Anwendbarkeit auch im heutigen Rechte gesichert. Nicht bloß in den ausgesuchten Fällen, wo der Gläubiger trotz Kenntniß der Vollmacht mit der Mittelsperson nicht als bloßem Stellvertreter, sondern in römischer Weise als einem zunächst sich selbst Obligirenden kontrahirt haben will, sondern überall wo jener von dem Präpositionsverhältnisse nichts weiß, das Geschäft aber dem Erfolge nach präpositionsmäßig ist, besteht die Nebenhaftung des Präponenten fort; nur wo mit dem Geschäftsführer als solchem gehandelt wird, bleibt dieser nach heutigem Rechte außer Obligo und greift direkte Haftung des Präponenten platz⁴⁹⁾.

Steht der Geschäftsherr (Präponent) in fremder Gewalt,

47) l. 1 §. 9 l. 7 pr. §. 1 citt.

48) Würde zwar der Kapitän das aufzunehmende Geld in Sachen seiner Präposition haben wollen, der Dritte dagegen hievon abstrahiren, so würde man (vom Erfolge abgesehen) nicht sagen können, daß im Bereiche der Präposition gegeben sei; halb ist es innerhalb, halb außerhalb derselben gegeben.

49) Daß, wo der Bevollmächtigte ausdrücklich als Stellvertreter des Präponenten kontrahirte, demselben schon nach römischem Rechte eine Einrede gegen den wider ihn selbst klagenden Gläubiger gegeben worden sei, werden wir mit Arnolds §. 248 zu Note e, auf Grund der citt. l. 20 D. instit. und l. 6 §. 1 D. neg. gest., nicht annehmen dürfen. Arnold selbst schränkt seinen Satz auf den Fall ein, da nicht „gleichwol auch er persönlich haften sollte.“ Aber wo soll, wer einmal kontrahirt, nach röm. R. persönlich nicht haften? Wir müssen in l. 20 und l. 6 §. 1 Fälle erblicken, wo der Bevollmächtigte gar nicht kontrahirte, d. h. vorherein sich selbst gar nicht obligirte, also ipso jure nicht haftete. So unschwer l. 20; daß aber ebenso auch l. 6 §. 1, dafür bürgt, daß gegen den dominus nicht utilis institoria, sondern neg. gest. actio stattfindet.

so wird die von Seite des Gewalthabers erfolgende Zulassung oder Genehmigung seines Geschäftsbetriebes im Allgemeinen nicht auch als Jussus zu denjenigen Geschäften betrachtet, welche der von dem Geschäftsherrn (Haussohne, Sklaven, Präponenten) aufgestellte Kapitän, Faktor, Mandatar mit dem Dritten abgeschlossen hat. Folgerichtig zwar mußte die auf Grund der Präposition erwachene exercitorische, institorische, quasiinstitorische Haftung des Präponenten sich auf dessen Gewalthaber forterstrecken; allein über die Maßgabe des Peculiums hinaus erstreckte sie sich nicht: es sei nun, daß der Gewalthaber bloß peculiotenus (mit Vorabzug der seinerseitigen Guthaben) oder tributorisch haftete⁵⁰⁾. Eine Modifikation fand, auf Grund des Ediktes, zu Gunsten der Rhederei statt; wer eine solche mit Wissen und Willen seines Gewalthabers trieb, obligirte diesen vermittelt seiner Präposition wie sich selbst⁵¹⁾. Auch für diese solidarische Alterhaftung des Gewalthabers kommt es nur auf die Thatsache seiner voluntas, nicht auf die Willensrichtung des Gläubigers an⁵²⁾. Gerade diese Modifikation ist also noch von praktischem Werth⁵³⁾.

Die Präposition ist wie der Jussus⁵⁴⁾ ein Geschäft, in welchem schon nach römischem Rechte direkte Stellvertretung möglich wird. Daher wird, wenn ein Tutor, Kurator, Prokurator, negotiorum gestor im fremden Namen präponirt, nicht

50) — in tributum dumtaxat vocantur qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur — l. 1 §. 20 D. exerc. 14, l. 1. 6 pr. eod. — si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur.

51) S. die unzweifelhaft dem Edikt entnommenen Worte der l. 1 §. 19 D. exerc. und §. 20 eod. — In re dubia (ob ähnliches nicht auch in den Fällen tributorischer Haftung des Gewalthabers) melius est, verbis Edicti servire, und weder bei der Rhederei von dem Erforderniß der voluntas auf das der bloßen scientia herabzugehen, noch beim Peculiar-Handelsbetrieb wegen etwa platzgreifender voluntas von der bloß tributorischen zu solidarischer Haftung emporzusteigen. Wenn das Kind zc. zwar Rhederei, aber bloß sciente, oder ignorante patre betrieb, fand wieder nur quasi tributoria, oder de peculio actio statt: l. 6 pr. eod.

52) S. die Ediktsworte l. 1 §. 19 cit.

53) jedenfalls nämlich dann, wenn der Gläubiger ohne Kenntniß oder Berücksichtigung der voluntas des Gewalthabers kontrahirt hat. Ob aber im umgekehrten Falle, wenn Gläubiger im Hinblick auf diese voluntas kontrahirt hat, eine zweistufige Stellvertretung und alleinige Haftung des Gewalthabers anzunehmen ist?

54) l. 1 §. 3 D. quod jussu. 15, 4.

dieser, sondern der Mündel, Mandant oder Rathhabent obligirt⁵⁵⁾. Nur wer als *omnium rerum procurator* präponirt, soll „auch selbst“ haften⁵⁶⁾. Der Pupille kann ohne seinen Tutor nur mit beschränkter Wirksamkeit präponiren⁵⁷⁾; der Minderjährige kann (wie überhaupt Schulden machen) selbständig präponiren, freilich auch *i. i. restitutionem* verdienen⁵⁸⁾. — *Exercitoria actio* setzt buchstäblich ein Geschäft des Gläubigers mit dem Kapitän voraus; ist aber dieser von einem Hauskinde aufgestellt, das mit Wissen und Willen des Vaters Rhederei treibt, so mag jener mit dem Kinde (Rheder) selbst kontrahiren: die Klage geht gleichwohl direkt und *in solidum* gegen den Vater⁵⁹⁾.

Solidarität und Unität mit Correalität des Anspruches walten auch hier vor: zwischen dem Geschäftsführer und Geschäftsherren⁶⁰⁾. Zwischen mehreren Geschäftsherren wäre vom Standpunkte des Mandats⁶¹⁾ wohl ohneweiteres Solidarität und Unität begründet; allein insoferne Geschäftstheile bestehen⁶²⁾, möchte sich Theilung der Klage⁶³⁾ auch dann empfehlen, wenn sie den Geschäftsführer gemeinsam bestellt haben⁶⁴⁾. In der That gilt aber diese Theilung nur, wenn sie das Geschäft jeder für sich betreiben⁶⁵⁾; bei gemeinsamer Vetreibung und Bestellung des Geschäftsführers sollen sie, *opportunitätshalber*⁶⁶⁾, solidarisch⁶⁷⁾, dann aber auch unitarisch und

55) l. 5 §. ult. — *veluti a me praeposito* — l. 7 pr. D. instit. 14, 3.

56) l. 6 eod.

57) l. 9 l. 10 eod. — *quatenus ex ea re locupletior est*.

58) l. 11 §. 1 eod.

59) l. 1 §. 28 D. exerc., und dazu Anm. 51

60) l. 1 §. 17 D. exerc. — *Est . . nobis electio utrum exercitorem an magistrum convenire velimus* — §. 24 — *si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest* — §. 13 §. 14 eod.

61) l. 1 §. ult. D. exerc. *Si plures navem exercent, cum quolibet eorum in solidum agi potest*.

62) l. 3 D. exerc. — *portionem in nave* —

63) l. 4 eod. — *pro portionibus exercitionis* —

64) arg. l. 4 pr. eod.

65) maß bei Schifferei möglich: l. 4 cit. *Si . . plures per se navem exercent* —

66) l. 2 eod. . . *ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit* —

67) l. 1 §. ult. l. 4 §. 1 eod.

forrealiter haften ⁶⁸). Das Verhältniß, in welchem mehrere Geschäftsführer nebeneinander haften ⁶⁹), bestimmt sich darnach wie sie (mit oder ohne einander, pro parte oder in solidum) kontrahiren (§. 254. §. 257. Anm. 14).

Delegation und Expromission.

§. 260.

Wer eines Anderen Schuld mit der Wirkung auf sich nimmt, daß der Andere dadurch frei wird (Expromission), ist Interveniens, gleichviel ob er es aus eigenem Antrieb oder in fremdem Auftrage thut ¹). Thut er es im Auftrag des bisherigen Schuldners, so ist die Expromission zugleich „Delegation“ ²). Interveniens ist er hier nur in der fremden, zwischen dem Gläubiger und bisherigen Schuldner schwebenden — nicht in seiner eigenen, etwa zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner vor sich gehenden Sache. Wer seine eigene Schuld — einem neuen Gläubiger nämlich und mit Zustimmung (jussu) des bisherigen Gläubigers — expromittirt (der andere Delegationsfall), intervenirt in dem Geschäfte, welches zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger als dem Deleganten und Delegatar solvendi, credendi, donandi causa vor sich geht; nicht in Ansehung der zwischen ihm (Delegaten) und dem bisherigen Gläubiger (Deleganten) bestandenen Schuld.

Wie jede Intervention in Schuldsachen kann auch die durch Expromission und Delegation in eigenem oder fremdem Interesse erfolgen, eigennützig oder Intercession sein.

Der Delegation und Expromission ist hier nur in ihrem

68) l. 1 § 25 — cum quolibet (electiv) eorum in solidum agi potest —

69) nicht zu verwechseln mit der Frage, wann und wiefern sie den Geschäftsherren obligiren: l. 1 §. 13 §. 14 D. exerc. l. 11 § 5 D. instit.

1) Man möchte meinen, daß letzterenfalls nur der Mandant Interveniens, der Mandatar bloßes Werkzeug des Interveniens sei; nur kann aber ebensowohl der Mandatar (arg. l. 30 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1) als der Mandant (l. 15 C. eod. 4, 29) Intercedent (also auch Interveniens: §. 261) sein.

2) ein Wort, welches nicht nur für den Auftrag des bisherigen Schuldners oder den Jussus des bisherigen Gläubigers, sondern auch für die aufgetragene oder zugelassene Expromission selbst vorkommt: l. 11 §. 1 D. nov. et deleg. 46, 2.

Verhältniß zur Intervention gedacht; weiteres über dieselben folgt in der Lehre von der Novation und was insouderheit die Delegation anlangt, auch in der von der Zahlung und in der allgemeinen Lehre von den Rechtsgeschäften.

Intercession.

• D. ad SC. Velleianum 16, 1 C. eod. 4, 29.

§. 261.

Intercession ist jede Intervention, welche obligationshalber, freiwillig, und für den Obligirten oder zu Obligirenden stattfindet; im engern (Vellejanischen) Sinne des Wortes aber nur diejenige Intervention, welche für jenen Anderen in Gestalt einer Obligirung¹⁾, es sei nun der Person oder einer Sache²⁾ des Intervenienten, stattfindet.

Weil Intervention³⁾ ist jede Intercession Eintritt in ein fremdes Geschäft, eine Gestion in fremder Sache, oder in fremdem Namen⁴⁾; allein während die Intervention mitunter nur äußerlich eine Gestion in fremdem Namen oder für einen Anderen, in Wahrheit dagegen eine Gestion in eigener Sache und damit im eigenen Interesse ist (§. 252. 6), muß die Gestion in Wahrheit „für einen Anderen“ oder im fremden Interesse sein, wenn sie Intercession sein soll, und ist eine Intercession auch da noch vorhanden, wo man der äußeren Erscheinung nach für sich, in der That aber für einen Anderen oder in fremdem Interesse handelt⁵⁾. Nach dem Urbegriffe der Intercession als einer Hilfe in fremder Noth ist keine Intercession denkbar, es

1) im Gegensatz zur Zahlung, überhaupt effektiven Leistung; vgl. l. 1 pr. l. 2 pr. §. 1 l. 5 l. 14 l. 16 pr. §. 1 mit l. 8 §. 5 D. l. 4 §. 1 l. 9 C. h. t.

2) §. B. Auth. si qua mulier (zu l. 22 C. h. t.): si . . . substantiam suam vel se ipsam obligaverit — l. 8 pr. D. h. t. l. 4 pr. in f., l. 5 l. 7 l. 22 C. h. t.

3) §. B. l. 8 §. 1 §. 2 §. 14 D. h. t. Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit — Daß jede Intercession auch Intervention sei, ist so sehr verkannt worden, daß man „Intervention“ mit einem gewissen einzelnen Falle der s. g. privativen Intercession identifizierte, s. §. B. Bangerow S. 577 Anm. II. 2.

4) l. 2 C. h. t. — principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio intercedit — Oppos.: l. 22 D. h. t. — in rem suam videtur obligari — l. 27 §. 2 D. l. 6 C. eod. — suum negotium gessit — l. 8 §. 1 D. eod. — ipsam fecisse hanc obligationem —

5) Keine Intercession, wo man prima facie alienam, re vera suam

handle denn Intercedent in fremdem Interesse; aber dieses fremde Interesse muß sich, damit unsere Intercession da sei, als fremdes Geschäft oder fremde Sache verkörpern. Wer schenkt handelt in fremdem Interesse, gerirt aber sein eigenes Geschäft, handelt in eigener Sache, und so weit auch in eigenem Interesse und ist also niemals Intercedent (Anm. 11). Also ist zwar möglich, daß man in fremdem Interesse handle, ohne zu intercediren; aber intercediren ohne fremdes Interesse ist unmöglich⁶⁾. Nur der Schein (*prima facies*) einer Intercession ist vorhanden, wo man zwar in fremder Sache, aber in eigenem Interesse, in Wahrheit also doch in eigener Sache handelt. Ist man dagegen in fremdem Interesse und zudem in Gestalt eines fremden Geschäftes obligirt, dann ist man auch in Wahrheit für einen Andern obligirt, und fehlt nie mehr etwas zur Intercession. Namentlich ist nicht nothwendig

*obligationem suscipit: l. 13 pr. D. h. t., z. B. Schulden übernimmt oder defendirt, um derentwillen man ohnedies haftet (l. 3 l. 13 pr. cit. l. 22 l. 24 pr. eod.), oder für den eigenen Bürgen oder Expromittenten (Delegaten) bürgt (l. 13 pr. cit. l. 27 §. 2 eod.); darauf, daß man in Wahrheit für sich selbst Bürge werden kann, dürfte das sonst pleonastische *pro alio fidejulare* in l. 1 D. solut. 46, 3 beruhen; — wahre Intercession, wo man in der That für einen Andern, formell für sich kontrahirt: z. B. als Hauptschuldner, während der Sache nach der Bürge Hauptschuldner, dieser *reus* ist: §. 255. Anm. 16. 17.*

6) wozegen Windscheid §. 485. 4: „daß die Frau die fremde Verbindlichkeit auch in fremdem Interesse übernommen habe, ist Voraussetzung der Bestimmung nicht.“ Von den hiefür allegirten Stellen (l. 17 §. 2 l. 19 §. 4 D. h. t.) enthält aber erstere den Satz, daß da wo die Frau lediglich in eigenem Interesse kontrahirt (*alias majus damnum passura* etc.), eine Intercession nicht vorliege (*SCO. locus non sit*), daß dagegen da wo sie zum Theile im Interesse ihres *socius* (*pro parte socii*) kontrahirt habe, auch *pro parte intercessionem factam videri*; nicht „daß man in eigenem Interesse intercediren“, sondern „daß man in *rem communem* aus lediglich eigenem Interesse kontrahiren könne und also obwohl in *rem communem* kontrahirend nicht nothwendig (*pro parte*) Intercedent sein müsse“ ist die Summe der Stelle (*non omnimodo mulierem pro parte socii intercessisse videri*). In l. 19 §. 4 aber (wo zum Unterschiede von l. 19 pr. der *is apud quem* und *pro quo* auseinandergehen) ist der Jurist gerade darum nicht unbedenklich für Intercession, weil die Mutter sich nicht im Interesse derer für die sie intervenirt (*debitores hereditarii*), sondern im Interesse des Pupillen obligirt; er neigt aber gleichwohl zur Intercession (*prope est ut sit intercessio*), weil Intervenentin immerhin in fremdem Interesse handelt. Die ihm entgegenstehenden Aussprüche der Quellen, wornach die Frau nicht *suum negotium* geriren, sich nicht in *rem suam* obligiren darf, um Intercedentin zu sein (Anm. 13 a. G.), erachte Windscheid als zu unbestimmt, als daß man sich auf sie berufen dürfe. Gegen Windscheid auch Hasenbalg, Beitr. zur L. v. d. Intercession S. 63. A.

a. das Bewußtsein oder die Absicht, sich für einen Andern zu obligiren; man kann irrthümlich in eigener Sache zu contrahiren meinen und doch Intercedent sein ⁷⁾. Folgerecht kommt

b. auch darauf, was Intervenient in Betreff der Erfüllung der Obligation meint oder hofft, nichts an. Zwar ist stets und mit Recht gelehrt worden, daß dem Intervenienten, wenn er Intercedent sein solle, die Aussicht entweder auf Erfüllung oder aber auf Deckung durch den Intervenienten offen bleiben müsse ⁸⁾; allein dieses Erforderniß ist kein selbständiges Merkmal im Begriffe der Intercession, sondern eine bloße Folge davon, daß Intercedent nicht in eigener Sache handeln darf, daß er ein fremdes Geschäft führen muß. Wer sich absichtlich derart für einen Andern obligirt, z. B. Geld aufnimmt, expromittirt, daß die Last der Obligation lediglich auf ihm liegen bleibt ⁹⁾, schenkt; die Schenkung ist aber des Schenkenden eigenes Geschäft ¹⁰⁾, mithin keine Intercession, wenngleich sie mittelst Intervention vor sich geht ¹¹⁾. Die neuere Lehre aber, daß In-

7) Das *plus est in re quam in opinione* mochte man um so eher auch bei der Intercession gelten lassen, als das SC. Vell. dieselbe nur mit einem „*pro aliis reum fieri*“ umschrieb. Das SC. Vell. selbst hatte zwar ohne Zweifel absichtlich intercedirende Frauen vor Augen; allein von dem Motivo der Gesetze ist deren Tenor und Anwendung verschieden; und angenommen auch, daß das Senatusconsult bei unwillkürlicher Intercession nicht platzgegriffen hätte, würde damit nicht über den Begriff Intercession entschieden, die unabsichtliche *I.* nicht keine Intercession gewesen sein. Als Intercession, überdies dem SC. Vell. unterworfen, erscheint die unabsichtliche *I.* in l. 23 (Paul.) l. 17 pr. (Afric.), l. 8 §. 2 (nach Julian) D. h. t. l. 19 D. nov. 46, 2 (Paul.); wenigstens kann in den Fällen der l. 17 pr. l. 8 §. 2 l. 19 cit. die Intercession ebensowohl auf Irrthum beruhen als absichtlich sein (Hasenbalg S. 45 49 fgg.); in l. 23 cit. beruht sie entschieden auf Irrthum. Des Marcellus abweichende Entscheidung in l. 8 §. 2 geht u. G. allerdings von der entgegengesetzten Ansicht — daß für den Intercessionsbegriff nicht schon *res*, sondern erst *opinio* (*utrum hoc agatur, quasi debitor*) entscheidend sei. aus; allein Ulpian, und darnach auch Justinian scheinen diese Ansicht nicht zu theilen (*exceptionem ei Sci Marcellus non daret* — cf. l. 19 cit. — anders Windscheid a. a. D. Anm. 18).

8) s. darüber Hasenbalg a. a. D. S. 1 Anm. 2.

9) Dies ist nicht der Fall bei demjenigen, der Bürgschaft leistet, wenn er es gleich unter Verzicht auf Regreß thun sollte. Vgl. Arndts, P. S. 359. Anm. 3.

10) l. 54 §. 1 D. furt. 47, 2 arg. l. 4 §. 1 l. 21 §. 1. D. h. t. S. 231.

11) l. 4 §. 1 D. h. t. — *Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti* — ein freilich nicht unbedenklicher Zusatz (§. 262 Anm. 7);

tercedent „die fremde Verbindlichkeit . . . als eine von dem eigentlichen Schuldner . . . zu erfüllende“ übernehmen müsse¹²⁾, erscheint überhaupt nicht als haltbar¹³⁾.

Richtig verstanden enthält also das dem Edikte¹⁴⁾ zu entnehmende Wort der obligatio pro alio facta die vollständige Definition der Intercession. Die für einen Anderen errichtete Obligation ist eine im Interesse des Anderen, und zwar entweder eine in Sachen desselben oder eine als dessen Geschäft eingegangene Obligation. Auch ist das Füreinander nicht der Form oder dem Scheine, sondern der Sache nach und in der Wahrheit gemeint. Derart werden Obligationen nur freiwillig d. i. durch eigene That (Kontrakt) eingegangen; auf Grund eigener That kann man zwar unabsichtlich für einen

f. aber auch l. 21 §. 1 D. cf. l. 13 C. eod. Wohl hieher auch l. 1 C. h. t. — *intercessione cessante*.

12) aufgestellt von Windscheid, Arch. f. civ. P. Bd. 32. S. 283 fg. Pand. §. 485, 3, angenommen und ausführlich begründet von Hasenbalg a. a. O. Abh. I. über das Prinzip des SC. Vell. I.

13) „zu erfüllen“ ist jede Obligation nur von dem Obligirten selbst (§. 214 Anm. 1); schon der Natur der Sache nach kann also Intercedent seine Obligation nur als eine von ihm selbst „zu erfüllende“ betrachten. Nicht „zu erfüllen“, nur erfüllbar ist sie gemeiniglich auch von Dritten. Auf den eigentlichen Schuldner (daß er erfülle, mag Intercedent seine Hoffnung setzen; eine Absicht in dieser Richtung gibt es nicht; unmöglich aber gehört das was Intercedent hofft, in den Begriff der Intercession; das angebliche Erforderniß besteht also auch nicht nach dem Begriffe der Intercession. Nachweislich gehört es auch nicht in den Bereich des *Senatusconsultes*. Dieses hilft der Frau insofern als ihre Intervention sich innerhalb der Grenzen der Obligation bewegt, nicht thatsächlich in eigener Sache stattfindet, oder in Schenkung übergeht (*obligatae succurri voluit, non donanti*); eine Distinktion, ob die Frau bei ihrer Obligirung ohne Erfüllung durchzukommen hoffte, oder auf selbsteigenes Zahlenmüssen gefaßt war und sich mit der Aussicht auf bereinstigen Regreß begnügte (in welcher letzterem Falle W. die *exc. SC. Vell.* versagt: a. a. O. Anm. 20) findet sich nicht. In allen den Stellen, wo nach W. das SC. um deswillen cessirt, weil die Frau die Schuld nicht als eine von dem Schuldner selbst zu erfüllende übernommen habe, fehlt es an der „fremden Sache“, mithin an der Intercession selbst: l. 22 D. h. t. „in rem suam videtur obligari“ — l. 27 §. 2 eod. „mulier suum negotium gessit“ — l. 2 C. eod. „principaliter ipsa debetrix fuisti“ (im Gegensatz zu der, welche „pro alio“ intervenirt) — l. 24 D. eod. „Debetrix . . . delegata“ — l. 1 §. 4 D. pign. 20, 1 „proprium . . . negotium gessisse . . . videtur“ —; *proprium negotium* gerirt die Frau auch wenn sie für sich selbst (nicht für den Mann cf. l. 4 pr. §. 1 D. h. t.) Geld aufnimmt, um damit dem Manne zu nützen (l. 13 C. h. t.), oder wenn sie gegen einen Todten eine Liberalität übt, indem sie, damit seine Schulden bezahlt werden, seine Erbschaft antritt (l. 32 pr. D. h. t.). Vgl. Anm. 6 a. G. 14) l. 2 pr. D. h. t.

Anderen obligirt werden (Anm. 7); allein eine ohne eigene That und zwar ohne Kontrakt entstandene Obligation, in der man wahrhaft für einen Anderen haftete, kommt nicht vor; die adjektivischen Obligationen bestehen der Form nach in fremdem Namen (§. 258 Anm. 25), thatsächlich in des Gewalthabers oder Prinzipals eigener Sache oder eigenem Geschäfte, sind denn auch als keine Hilfe zu Gunsten der Untergebenen, mithin nirgends als Intercession zu denken. Hiernach brauchte es nicht eigens gesagt zu werden, daß die Obligation um Intercession zu sein, freiwillig eingegangen sein müsse; dieses Erforderniß ist in dem daß sie wahrhaft für einen Andern eingegangen sein muß, stillschweigend mitenthaltend; angedeutet aber ist dasselbe gleichwohl in der obligatio facta. Endlich ist zwar nur diejenige Intervention Intercession, welche obligationshalber stattfindet: es sei nun, daß eine Obligation und ein Kredit durch Intervention überhaupt erst gegründet¹⁵⁾, oder nur übertragen oder unterstützt¹⁶⁾ oder Schuldner sonst vor Exekution bewahrt werden soll¹⁷⁾; nun aber unsere Intercession eine Intervention in Gestalt von Obligation ist, versteht sich auch dieses Erforderniß von selbst; denn Obligationen werden anders als obligationshalber nirgends eingegangen.

15) l. 4 pr. l. 19 C. l. 8 §. 14 §. 15 l. 4 pr. D. h. t. Vgl. unten § 262. zu Anm. 11.

16) l. 4 pr. C. h. t. Expromission — nachträglich accessoriſche oder prinzipale Miteinſchuldung — nachträglich Pfandgebung.

17) Defension: l. 2 §. ult. l. 3 cf. l. 32 §. 4 D. h. t. und unten §. 262. Anm. Unter den weiteren Formen (§. 262. Anm. 9. 10) namentlich auch Einräumung einer Pfandpriorität, s. g. pactum de postponendo, es sei nun, daß der bisherige Pfandgläubiger den Verpfänder in diesem Sinne weiter zu verpfänden ermächtigt, oder daß er dem posterior creditor seine Stelle cedirt (l. 17 §. 1 D. h. t. cf. l. 21 C. h. t. l. 12 §. 4 D. qui pot. 20, 4 l. 8 §. 6 D. quib. m. pign. 20, 6). Völliges Aufgeben des Pfandrechts erscheint als keine, oder doch als keine vellejanische J. (l. 8 pr. D. l. 11 C. h. t.). Umpomehr fragt sich wie der bloße Prioritätsverzicht als Intercession, überdies als J. in Gestalt Obligation zu denken sei. Jedenfalls wird man aber an eine rei obligatio, und zwar an eine Art Aſterpfand denken müssen (C. A. Seuffert in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 26, S. 88; vgl. Deurer im Arch. f. civ. P. Bd. 28 S. 413; Bang. §. 577. Anm. I. 1. Windscheid §. 485. Anm. 8). An Widerspruch gegen diesen Intercessionsfall fehlt es übrigens keineswegs (Gesterding, Nachforsch. VII S. 246 fgg. J. A. Seuffert, prakt. Pand.r. §. 380 zu 8. a.). Verschieden von der Frage, ob die Prioritäts-einräumung Intercession, ist die ob sie vom Ef. nicht ausgenommen sei,

§. 262.

Ihre besondere Bedeutung erhielt die Intercession durch das SC. Vellejanum, welches „Obligationen der Frauen, die für Andere zu Schuldnerinnen geworden wären“, nicht exequirt wissen wollte¹⁾. Obwohl der Senat das Intercediren überhaupt als Männersache betrachtete²⁾, ging er doch nicht soweit, auch Intercessionen der Frauen, die durch Zahlungen, überhaupt effective Leistungen vor sich gingen, für ungiltig oder anfechtbar erachtet wissen zu wollen³⁾. Freilich, ist einmal obligationsweise intercedirt, dann soll nicht nur die Exekution der Obligation versagt, sondern auch was in Erfüllung dieser Obligation irrtümlich geleistet würde, als ein „nichtsuldig Bezahltes“ kondizirt werden können⁴⁾; nicht bloße Versagung der Klage, sondern Ungiltigkeit der Obligation selbst, und zwar Ungiltigkeit nicht zur Strafe des Gläubigers, sondern zu Gunsten der Frau, mithin gänzliche (auch naturale) Ungiltigkeit fand die Jurisprudenz im Sinne des Senatuskonsults⁵⁾; — ginge die Frau dagegen mit sofortiger Erfüllung vor, so hilft ihr das SC. nicht, gleichviel ob sie schenkungsweise (in der That also nichtintercedirend — §. 261 Anm. 10. 11), oder aber mit Deckungsvorbehalt intervenirt⁶⁾; denn das Leisten geht nicht

§. 263. Anm. 3. Delegation an sich ist *datio* nicht *obligatio* (§. 262. Anm. 3), birgt aber eine *obligatio* in sich, wenn ein Nichtschuldner delegirt wird, der Regreß hat l. 8 §. 6 cf. §. 3 l. 32 pr. D. h. t. Römer, bedingte Nov. C. 65. C. A. Seuff zu Seufferts Pand. §. 380. Anm. 4.

1) l. 2 §. 1 D. h. t. — *ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur* —

2) l. 1 §. 1 l. 2 §. 1 cit. — *cum eas virilibus officiis fungi . . non sit aequum*. l. 8 C. h. t. — *viriles obligationes* —

3) l. 8 §. 5 D. h. t. — *non quae deminuit, restituitur*. §. 261. Anm. 1; der Zahlung gleich steht *datio in solutum* und Ueberweisung von Schuldnern: l. 5 l. 8 §. 3 l. 19 §. 5 in f. D. l. 9 C. h. t., sowie *pignoris remissio*: l. 8 pr. D. l. 11 l. 21 C. h. t.; über Einräumung der Priorität s. oben §. 261. Anm. 17. Zur Delegation von Nichtschuldnern s. §. 261. Anm. 17. a. C.

4) l. 9 C. l. 8 §. 3 D. h. t. l. 40 pr. D. cond. ind. 12, 6 arg. l. 8 §. 10 l. 31 D. h. t.

5) s. oben §. 220 Anm. 21.

6) arg. 3 B. l. 31 D. h. t. So sicher es in den Bereich der verbotenen Intercession fällt, wenn die Frau hier einem Mandat zufolge und mit Vorbehalt der *contraria mandati actio* sich obligirt (vgl. §. 260 Anm. 1. l. 31 cit.), so gewiß fällt es in den Bereich der erlaubten Inter-

so leicht als das Versprechen 7). Ist aber einmal eine Obligation eingegangen, so wird, damit das St. platzgreife, mehr nicht gefordert, als daß die Obligation eine wahre Intercession, d. h. wahrhaft für einen Anderen eingegangen sei. Daß das St. nicht platzgreift, wenn die Frau zwar in eines Anderen Schuldsachen handelt (intervenirt), damit aber ihr eigenes Interesse, Geschäft verfolgt oder Schenkungen macht, folgt nicht aus einer Besonderheit des Senatuskonsultes 8), sondern aus dem Begriffe der Intercession, die nicht in Wahrheit Intercession (Hilfe) ist, wenn man sie thatsächlich für sich selbst unternimmt. Das St. konnte nur der wahren Intercession begegnen wollen Wahrhaft für einen Andern eingegangen unterliegt, von Ausnahmen abgesehen, jede Obligation der Frau dem Senatuskonsulte, mag nun eine Obligation ausschließlich der Intercedentin (s. g. private Intercession) 9), oder eine Obligation dessen für den intercedirt wurde zugleich vorliegen (s. g. kumulative S.) 10), mag bei der privaten Intercession Intercedentin von allem Anfang an oder erst nachher allein obligirt sein 11). Daß die Obligation durch ein Geschäft mit dem Gläubiger begründet sein müsse, läßt sich nicht aufstellen 12). Nur Obligation für einen Anderen

cession, wenn sie einem Mandat zufolge, oder als negotiorum gestor zählt. l. 5 D. h. t. ist nur durch die Kompilation, und wohl auch durch diese unabsichtlich mit der Schenkung in l. 4 §. 1 in Verbindung gebracht.

7) Dieses Motiv ist in den Quellen nicht direkt ausgesprochen, klingt aber durch aus dem *facilius se mulier obligat quam donat*. Richtiger als dieses letztere u. G. an sich schiefe und überdies, da wo es steht, überflüssige Motiv am Ende der l. 4 §. 1 D. h. t. s. oben §. 261. Anm. 11) stünde am Ende der l. 5 eod.: *facilius enim mulier se obligat, quam dat*.

8) wie z. B. Vangerow §. 577 Anm. I. a. G. annimmt.

9) Expromission: l. 8 §. 2 l. 22 arg. l. 13 D. h. t.; Defension: l. 2 §. 5 l. 32 §. 4 eod.; — confessio in jure: l. 26 eod.; — Kompromiß in fremdem Namen: l. 32 §. 2 D. recept. 4, 8; — Alleinobligirung: l. 8 §. 14 l. 1 §. 2 „aut in eum“ l. 2 §. 1 „mutui dationes pro aliis“ l. 4 pr. l. 11 l. 12 l. 17 pr. „mulier mutuata“ l. 29 pr. D. l. 4 l. 3 l. 19 C. h. t.

10) fidejussio: l. 25 §. 1 D. h. t. l. 24 D. pact. 2, 14. Vgl. oben §. 255 Anm. 16. 17; — Kreditmandat: l. 15 C. l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 l. 19 §. 5 D. h. t. — *qui pro muliere . . . ne in mulierem mandati actio competat* cf. pr. — §. 3 D. h. t. — Garantieversprechen: l. 19 §. 4 eod.; — *constitutum debiti alieni*: l. 1 §. 1 D. pec. const. 13, 5; — *duo rei debendi*: l. 17 §. 2 l. 18 D. h. t.; — *rei obligatio*: l. 8 pr. l. 32 §. 1 §. 2 D. h. t. und zu letzterer Stelle unten Anm. 13.

11) l. 4 pr. C. h. t.; u. die Alleinobligirung Anm. 9.

12) In den hiefür von Vangerow §. 577 Anm. I. 3. allegirten Stellen

muß die Intercession sein, wenn sie dem St. unterliegen soll; irgend etwas Anderes als Obligirung wird von dem St. nicht getroffen ¹³).

Die auf Grund des St. gegebene exceptio ¹⁴) sollte nach der ganzen Fassung desselben nur der Frau selbst zu statten kommen ¹⁵); allein seiner Intention nach wollte das Senatus-

unterbleibt die J. nicht mangels Verhandlung mit dem Gläubiger, sondern wegen obwaltender Liberalität oder mangels der zur Hilfe gehörigen Noth (l. 32 pr. D. h. t.) oder mangels fremden Geschäftes (l. 13 pr. l. 19 §. 3 l. 19 pr. D. h. t. vgl. zu letzterer Stelle das „ipsam fecisse hanc obligationem“ in l. 8 §. 1 eod., und l. 19 §. 1 eod.). Allerdings wird die Obligirung nicht leicht in anderer Weise stattfinden, als durch Verhandlung mit dem Gläubiger; allein dies ist bloße Folge davon, daß die Obligirung an den Gläubiger, und daß sie freiwillig stattfindet (§. 261 ob. mit u. S.); und unmöglich, daß sie ohne Verhandlung mit dem Gl. stattfindet, ist es nicht, wie z. B. der Verzicht auf eine Pfandpriorität zu Gunsten eines anderen Gläubigers ohne jede Erklärung an diesen, durch bloße Ermächtigung des Schuldners erfolgen kann (l. 12 §. 4 D. qui pot. 20, 4 cf. l. 17 §. 1 D. h. t. „si non voluntate ejus pignus datum esset“ Windscheid §. 485. Anm. 8 a. G. vgl. oben §. 261. Anm. 17.

13) Wie der Verzicht auf eine Pfandpriorität zur obligatio (gewissermaßen zum pignus pignoris) wird, s. oben §. 261. Anm. 17. Auch die vielumrittene l. 32 §. 2 D. h. t. beweagt sich um nichts anderes als eine rei obligatio, und zwar um eine Verpfändung in Gestalt Verkaufes (der Frau an den Gläubiger). Für diese dem Wesen nach bei J. Gothofr. (Otto thes. III, 192) und in meiner ersten Auflage S. 627 vertretene Auffassung spricht das an die fiducia (mittels imaginaria venditio) mahnende pro debitore rem tradere, ferner der Umstand, daß sub modo (ea conditio at etc.) tradirt, dadurch die Hingabe aus einer patrimonii deminutio (Anm. 3) in ein Kreditgeschäft verwandelt und die Möglichkeit der Wiedererlangung der Sache begründet wird; endlich der Zusammenhalt mit dem (§. 1) vorhergehenden Si mulier rem a se pignori datam etc. Ohne diese Auslegung verfällt man entweder in Widerspruch mit l. 5 D. l. 4 C h t., oder in unleidliche Unterstellungen (z. B. einer vorausgehenden Intercession, welche durch den Verkauf nur effectuirt werden soll (Pang. §. 577. Anm. I. 1 die dort Agff. und wesentlich also nun auch Windscheid a. a. O. Anm. 5). Uebrigens ist die Stelle insoweit als sie nach Verkauf und Tradition noch vindiziren läßt, nur historisch, aus dem Umstande daß der fundus res mancipi ist und mit bloßer Tradition nicht entäußert werden kann — Gaj. 2, 41 — zu erklären.

14) heißt l. 6 l. 19 §. 5 l. 30 §. 1 D. h. t. exceptio Senatusconsulti, als ob sie vom Senate selbst gegeben worden wäre, wogegen sie l. 8 pr. C. h. t. nur ex sc. descendit (§ 107 a. G.); zu ihrer Formulirung s. l. 32 §. 2 eod. „aut si ea venditio contra SC. facta sit“; ist schon in der klassischen Zeit noch in der Executionsinjan; statthaft: l. 11 D. ad SC. Mac. 14, 6, und beruht zum Theil hierauf die Entfräftung der intercessorischen defensio (Anm. 9. 23).

15) l. 32 §. 3 D. h. t. — totus enim sermo Sci (l. 2 §. 1 eod.) ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat —

konjunkt der Frau helfen¹⁶⁾, und dazu mußte die exceptio auch ihrem Mandatar gegeben werden¹⁷⁾; nur begegnet sein Einwand einer replicatio doli, wenn der Gläubiger von dem Mandate der Frau nichts wußte¹⁸⁾. Dem Bürgen der Frau kommt deren Exceptio schon wegen der totalen Ungiltigkeit ihrer Obligation zu statten¹⁹⁾; Erben haben sie²⁰⁾ als eine Defension, die der Frau zu lieb erfunden, aber nicht an sie gebunden²¹⁾ ist. — Geschieht die antivelleanische Intercession durch rei obligatio, so kann die Frau mittelst in rem actio (und replicatio Sci Vell.) gegen jeden Dritten, auch gegen den Pfandkäufer, zu ihrer Sache kommen²²⁾. — Die durch das St. geschützte Frau verliert ihre exceptio selbst dann nicht, wenn sie die Defension des Hauptschuldners übernimmt²³⁾, wird also nur gegen Kautio (wider die dann das St. nicht mehr hilft) zu dieser Defension zugelassen²⁴⁾. —

So sehr das St. für die Frau ist, so wenig ist es gegen den Gläubiger. Mehr noch als der Umstand, daß sein Klagrecht gegen die Frau oder deren Mandatar gewahrt wird, wenn ihm die Intercession verborgen bleibt²⁵⁾, zeigt dies die That-

16) l. 8 § 5 eod. — mulier. . per SC. relevatur — l. 21 §. 1 eod. — oneribus enim earum succurrit — l. 15 C. h. t.

17) l. 19 § 5 eod. — ne in mulierem actio competat — l. 30 §. 1 eod. — ne alias actio (mandati) intercidat. — Hieher auch der delegirte Nichtschuldner in l. 8 §. 4 D. h. t. wozu §. 261. Anm. 17 a. C.

18) l. 6 D. h. t. — wo dann der Frau gleichwohl ihre exceptio SC. Vell. gegen den Regreß des Mandatars, der von der Intercession nothwendig wußte (quia facti i. e. mandati) non potest ignorationem praetendere — l. 7 eod.), verbleibt, letzterer also büßen muß, wenn er nicht nach Lage des Falls einen anderen Ausweg hat (l. 7 l. 19 §. 5 cit. utrumne nihilo minus mulieri quidem exc. adsit — l. 32 §. 3 eod.). Möglicherweise kontrahirt Gläubiger mit diesem Dritten in fraudem Sci; dann nimmt die exceptio die dem entsprechende Gestalt an: nisi fraus SCo facta sit (l. 32 § 3 cf l. 29 §. 1 eod.).

19) s. oben S. 187 Abs. 1 l. 16 §. 1 D. l. 14 C. h. t.

20) l. 20 C. arg l. 8 §. 12 D. h. t.

21) nicht personae cohaerens: l. 7 §. 1 D. exc. 44, 4 Bb. 1. S. 372 Abs. 2.

22) l. 39 l. 40 D. r. v. 6, 1 — quia nullum pignus creditor vendidisse videtur. l. 32 §. 1 D. h. t.

23) sie kann dieselbe noch in der Exekutionsinstanz geltend machen (Anm. 14), oder ihre Kondemnation selbst ist ungiltig, das etwa irrtümlich gezahlte fondizirbar (Anm. 3).

24) l. 32 §. 4 D. h. t. und dazu §. 263. Anm. 2, 1.

25) s. unten §. 263 Anm.

sache, daß ihm ein Klagrecht geschaffen wird²⁶⁾: gegen den Schuldner, der durch die Intercession frei geworden ist (*vetus debitor*)²⁷⁾; gegen denjenigen, der durch die Intercession außer Haft blieb (*principalis debitor*²⁸⁾ 29).

§. 263.

Ausnahmeweise Zulassung weiblicher Intercessionen ist theils aus Rücksicht auf den Gläubiger¹⁾, theils

26) dekretmäßig durch den Prätor: l. 16 §. 1 in f. D. h. t.

27) *restitutoria actio*: l. 16 l. 8 §. 1 C. l. 1 §. 2 l. 8 §. 7 — §. 13 l. 9 l. 10 l. 13 §. 2 l. 14 l. 16 §. 1 in f. D. h. t. Nicht frei geworden ist der alte Schuldner, wenn anstatt der alten Klage eine neue gegen ihn statthat, z. B. *condictio ob causam*: l. 8 §. 8 cit. Die *restitutoria* muß cessiren, wenn der Gläubiger anderweitig, allenfalls durch die Frau selbst, seine Befriedigung findet: l. 8 §. 10 cf. §. 9 §. 12 §. 13 eod.; allein *Acceptilatio* der Intercessions-Obligation oder eine fondizirbare Zahlung sind nicht Befriedigung: l. 8 §. 9 §. 10 eod. Die *restitutoria* ist nicht nur *fictitia*, sondern auch *rescissoria actio* („si . . . non intercessissent“) l. 8 pr. l. 16 C. l. 32 §. ult. D. h. t., erstreckt sich auf die Bürgen, Erben, Gemalthaber des alten Schuldners, in *omnes qui liberati sunt*: l. 8 §. 11 l. 14 l. 9 l. 10 l. 20 l. 32 §. ult. D. h. t., steht aber umgekehrt nicht Allen zu, die verloren haben: l. 8 §. 11 eod., trotzdem sie reipersekutorisch und *perpetua* ist: l. 10 eod. Geboren ist sie sofort mit der Intercession, wenn letztere gleich bedingt oder betagt ist (l. 13 §. 2 eod.); durch eine fondizirbare Zahlung von Seite der Frau wird sie so wenig aufgehoben als aufgehoben (l. 24 §. 2 eod.). *Perpetuum* ist das Recht auf Restitution; restituirt wird eine *temporalis actio* nur insoweit, als sie nicht schon zur Zeit ihres früheren Bestandes abgelaufen ist (l. 24 §. 3 eod.). — Bei *rei obligatio* bedarf es keiner *restitutoria*: l. 13 §. 1 D. cf. l. 8 §. 1 C. h. t. l. 29 pr. in f. D. h. t.

28) l. 29 pr. in f. D. h. t. Vgl. zu dem *vetus u. principalis debitor* die „*alienas novas vel veteres obligationes*“ in l. 18 C. h. t.

29) *institutoria actio*: nach l. 8 §. 14 eod. „*actio quae instituit magis quam restituit obligationem*“ l. 1 §. 2 eod. — aut in eum, qui pro se constituit . . . ream — ; fiktivisch ist auch sie: *ut perinde obligeris eodem genere obligationis quo mulier est obligata* z. B. *quasi ex stipulatu convenieris* (l. 8 §. 14 eod.). Wie wenn der „Prinzipalschuldner selbst gar nicht obligirt werden konnte?“ l. 8 §. 15 eod.

1) wenn er 1) von dem intercessorischen Charakter der Obligation nichts wußte (l. 4 pr. l. 6 in f. l. 12 l. 19 §. 5 l. 27 pr. l. 28 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 5 l. 18 C. h. t.), oder gar durch Täuschung zu der entgegengesetzten Auffassung verführt wurde (l. 2 §. 3 l. 11 l. 23 l. 30 pr. D. l. 5 l. 18 C. h. t.); daß er nichts wußte, ist leicht entschuldbar, wenn er ab *initio cum muliere* kontrahirt hat (z. B. l. 4 pr. cit. cf. l. 8 §. 2 D. h. t. und halte dagegen das *facti non potest ignorationem praetendere* in l. 7 D. h. t. und die *bona fides* in l. 27 pr. eod.); anders wenn die Frau eine fremde Schuld übernimmt: *tunc enim diligentior esse debere* — l. 17 pr. eod. 2) wegen eines *Privilegiums*, das seiner Person (als *minor*: l. 12 D. min. 4, 4 — *si solvendo (non) sit prior debitor*)

im Hinblick auf besondere Verhältnisse seitens der Frau ²⁾, zum Theile vielleicht auch zur Beilegung von Controversen ³⁾ entwickelt worden. Eine replicatio doli oder in factum steht dem Gläubiger zur Geltendmachung dieser Ausnahmen zur Seite ⁴⁾.

Ist durch diese Ausnahmen das Gebiet des Senatusconsultes verengt worden, so ward dieses im übrigen durch Justinian verschärft, einmal dadurch, daß er von jeder weiblichen Intercession, wenn sie gültig sein soll, außer einer der obigen Ausnahmen auch noch eine gewisse Publizität verlangt ⁵⁾ — von jeder, bei der dies Sinn hat ⁶⁾ — von jeder, ausgenommen

oder Sache (dos: l. 12 l. 25 pr. §. 1 §. 2 C. h. t.) zur Seite steht. Die Dotation kann übrigens auch als Liberalität außer den Begriff der *J.* selbst fallen (l. 25 §. 2 cit.).

2) im Hinblick darauf, daß 1. in den Umständen der Intercession eine Garantie gegen deren *facilitas* gegeben ist, indem Intercedentin ihre Intercession nicht vor Ablauf von 2 Jahren wiederholt (l. 22 C. h. t. Justinian), oder auf die Rechtswohlthat des *SC.* eidlich verzichtet (cap. 8. 28 X. jurej. 2, 24), oder den Verzicht nach vorgängiger rechtskundiger Belehrung leistet (Fragis). Dem klassischen Rechte ist die Wirksamkeit des Verzichtes noch so fremd, daß die Frau ihm durch Caution eine (indirekte) Wirksamkeit erst verschaffen muß im Falle der l. 32 §. 4 D. h. t. f. oben §. 262. Anm. 24; — 2. daß die Frau als Vormünderin ihrer Kinder (zu der sie nur nach vorgängigem Verzicht auf jene Rechtswohlthat bestellt werden kann) intercedirt (l. 3 pr. C. quando mulier tut. off. tut. fungi pot. 5, 35 Nov. 118. c. 5); — 3. daß Intercedentin gegen die Gefahr der *J.* versichert ist, indem sie für dieselbe vorher oder nachher bezahlt worden ist (l. 23 pr. §. 1 C. h. t. cf. l. 16 pr. D. h. t.) — eine Ausnahme, die jedoch nicht zum Nachtheil des Gläubigers ausschlagen soll, der was er von der Frau nicht betreiben kann, noch gegen den alten Schuldner einklagen darf (l. 23 §. 1 c. in f. cit.) — ein Ausnahmefall der an den Fall der Intercession in eigener Sache, also der Nichtintercession hart angrenzt (l. 22 D. h. t. — s. auch die antiquae jurisdictionis retia et difficillimos nodos l. 23 pr. C. cit.); — 4. im Hinblick endlich darauf, daß die *J.* zwar nicht in eigener Sache geschieht aber zu ihrem Gewerbe, als Handelsfrau, gehört (Fragis — Handelsgh. Art 6 Abs. 2).

3) Ob Einräumung einer Pfandpriorität Intercession sei, konnte zweifelt werden (§. 261. Anm. 17). *R. Anastasius* nimmt sie (für alle Fälle) vom *St.* aus (ob sie nun Intercession sei oder nicht sei). *S.* übrigens Windscheid § 486. 9.

4) l. 6 in f. D. l. 18 C. h. t.

5) l. 23 §. 2 C. h. t. — non . . nisi instrumento publico confecto et a tribus testibus signato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem — heute nur instrumento publico confecto (Windscheid nach den Entscheidungen des *OA.* zu Rostock — §. 488 Anm. 2).

6) also nicht da, wo der *Gl.* nicht weiß und nicht zu wissen braucht, daß die Frau sich intercessionsweise obligirt (vgl. Windscheid a. a. O. und insbesondere dessen Hinweis auf „accipiant homines etc.“ als auf bewußt mit Intercedentinnen contrahirende Gläubiger) —

derjenigen, für welche die Frau etwas bekommen hat⁷⁾ — überall mit dem Effekte eines perfecten Gesetzes (§. 20 Anm. 4. 5)⁸⁾; Intercessionen, die also öffentlich errichtet sein sollten, es aber nicht sind, gelten als gar nicht vorhanden, nicht erst durch das *St. elidirt*; — dann durch die *Authentica si qua mulier*⁹⁾, wornach Obligationen, welche Ehefrauen in Betheiligung an der Kreditnahme ihrer Männer eingehen oder errichten¹⁰⁾,

7) l. 23 pr. §. 1 C eod.

8) so daß das Interzessionsgeschäft in Ermanglung der Publizität als gar nicht vorgenommen zu erachten, eine *exceptio SC.* nicht erst nothwendig, die Forderung gegen den alten Schuldner niemals verloren (*restitutoria* nicht nothwendig) ist: l. 23 §. 2 cit. — *non aliter posse se . . pro aliis obligare — tunc enim tantummodo eas obligari — §. 3 — extra eandem observationem . . pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta, nec SCi auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto* —. Im Sinne der Konstitution gilt die Formvorschrift (abgesehen von dem in dem Gesetze selbst ausgenommenen Falle — Anm. 7) auch für die ausnahmsweise gültigen Intercessionen (z. B. Wiederholung, Minderjährigkeit des Gläubigers); nach heutigem Rechte dagegen sollen wenigstens die durch das kanonische Recht und die Praxis begründeten Ausnahmen (Anm. 2: 1, 4) vom *St.* zugleich Ausnahmen vom Publizitätserfordernisse sein.

9) zu l. 22 C. h. t: *Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut (sub scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, jubemus hoc nullatenus tenere aut valere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum; sed ita esse ac si neque factum quicquam, neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius utilitatem expensae sunt. Außer dem Eingange (Et illud vero praevidimus pro subjecto, eum utilitate corrigere ut) ist von der excerptirten Novelle 134. c. 8 nichts hinweggelassen oder wesentlich geändert.*

10) Der Ausdruck des Gesetzes ist weit genug, um sowohl den Fall der *duo rei debendi* als der Bürgschaft in sich zu fassen; aber auch weit genug, um nicht nur Kontrakte, in denen sich die Frau schon äußerlich als *Intercedentia* hinstellt (Burckhard, civil. Präsumtionen S. 239), sondern gemeinsame Einschuldungen überhaupt, z. B. gemeinsame, mit oder ohne solidarische Verpflichtung platzgreifende Aufnahme von Darlehen zu begreifen. An Darlehen ist so sehr zu denken, daß man eher in Betreff anderweitiger Geschäfte zweifeln möchte (*crediti instrumento — pecuniae . . expensae*); allein *credita* und *pecuniae expensae* sind elastisch, und keinen Sinn hätte es z. B. von gemeinsamer Schuldscheinausstellung oder Stipulirung aus einer früheren Geldschuld nicht dasselbe gelten zu lassen, was von gegenwärtigem Kredite. Daß sich der Mann als Haupt-, oder Mann und Frau als solidarische Schuldner geben müssen, ist nicht gesagt. So wird denn namentlich das gemeinschaftlich und nicht solidarisch aufgenommene Darlehen von dem Gesetze nicht minder getroffen als ein anderes (dagegen Vangerow §. 581. Anm. 3, 2 und die dort Agff.; Burckhard a. a. O.; Windscheid §. 488 Anm. 7 a. G.; — hinwider Spangenberg, in der Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 2 Nr. 2 S. 47 fgg., Puchta, P. §. 410).

bis zum Beweise des Gegentheils für Intercessionen¹¹⁾ und nichts¹²⁾ gelten sollen¹³⁾. Damit sind nun, gleich den formwidrigen Intercessionen, auch alle Obligationen welche Ehefrauen in Gemeinschaft mit ihren Männern eingehen, dem Senatuskonsulte entzogen; auch sie sollen fortan nicht mehr kraft des alten Senatuskonsultes, sondern durch das neue Gesetz entkräftet, auch nie mehr erst durch die dem St. entspringende exceptio elidibar, sondern gleich den formwidrigen Intercessionen als nicht geschehen null und nichtig sein. Als nichtig aber können jene Obligationen nur insoferne erklärt sein, als sie eine Intercession enthalten. Intercessionen von Ehefrauen für ihre Männer haben die Singulargesetzgebung über Intercessionen zuerst und vor dem SC. Velleianum in Bewegung

11) Weber vom Beweise des Gegentheils, noch daß die Obligationen der Ehefrau bis auf weiteres für Intercessionen gelten sollen, ist buchstäblich die Rede; allein als was sonst, denn als Intercessionen, dieselben verwerflich sein könnten, läßt sich so wenig absehen, als es gewiß ist, daß sie nicht schlechtthin, sondern nur unter der Voraussetzung und nur insoferne verworfen werden, als sie wirklich Intercessionen sind; denn in allen jenen Formen kann die Obligation ebensowohl von der Frau thatsächlich für sich als für den Mann eingegangen sein. Buchstäblich ist die Obligation der Frau nur verworfen bis zum Beweise, daß die Gelder zum Nutzen der Frau selbst expensilirt sind; allein das ist nur der konkrete Ausdruck dafür, daß die Belastung der Frau in deren eigenem Interesse erfolgt oder das Gegentheil einer Intercession ist.

12) Auf diese Nichtigkeitserklärung legt man gewöhnlich so einseitigen Nachdruck, daß die andere Seite der Verordnung, die Statuirung einer Präsumtion für Intercession nämlich, hintangeseht oder übersehen wird (z. B. Donellus, comm. jur. civ. lib. XII. cap. XXX §. 10. Van-gerow §. 581 Anm. 3. Seuffert, prakt. Pandr. §. 381, 1. Götschen, Vorll. über gem. Civilr. §. 573. II. Keller, Pand. §. 293. II. Arnolds §. 363. Baron, Pand. §. 256. II. Nicht so Buchta (Anm. 13). Windscheid legt den Nachdruck darauf, daß „die J. der Ehefrau für ihren Ehemann selbst dann nichtig sein solle, wenn die zuvor bezeichnete (in Publizität bestehende Form) beobachtet worden ist“ (§. 488. 2); allein dessen ist im Gesetze nur nebenher (nach gewöhnlicher Annahme in dem sive privatam sive publicam sit debitum) oder gar nicht gedacht; verstand es sich doch auch von selbst (Anm. 5—7).

13) während dies sonst die Frau behaupten und nöthigenfalls beweisen muß, — so daß die Authentica nicht bloß eine Nichtigkeitserklärung, sondern auch die Aufstellung einer Präsumtion zu Gunsten der Ehefrau enthält. Hiemit übereinstimmend die Motive eines Kasseler- und eines Wolfenbütteler Erkenntnisses bei Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 272, ferner Buchta, Vorll. §§. 407—410. 2. und Rudorff, in der Ann. hiezu (2); vgl. auch Buchta, Pand. §. 410. Burdhard (a. a. O. S. 239) nimmt zwar eine Präsumtion an, jedoch nur für den Fall, daß das Aeußere des Geschäftes für eine J. spreche.

gesetzt ¹⁴⁾; sie bilden denn auch den Abschluß dieser Bewegung und den Gegenstand verschärfster Verfolgung. Die Verschärfung besteht darin, daß mittelst Statuirung einer Präsumtion für Intercession die Beweislast von der Frau auf den Gläubiger überwältigt ist; die Nichtigkeitsklärung ist bloß Mittel zum Zweck. Bei den dem Senatuskonsulte unterstehenden Intercessionen muß, daß das Geschäft Intercession sei, im Zweifel von der Frau bewiesen werden; hier dagegen muß Gläubiger darthun, daß die Obligation, aus der er klagt, keine Intercession enthalte. Zu diesem Ende ward an die Stelle des Senatuskonsultes und seiner (von der Frau zu beweisenden) *exceptio* ein Gesetz mit der Nichtigkeitsklausel (*lex perfecta*) gesetzt; nunmehr muß Gläubiger eine diesem Gesetz nicht unterliegende d. i. eine nichtintercessorische Obligation behaupten und beweisen. — Ob er nunmehr schlechtthin eine nichtintercessorische Obligation einklagen müsse, oder ob es Ausnahmen so wie vom SC. *Vellejanum* nunmehr auch von der *Authentica si qua mulier* gebe, so daß unter Umständen Obligationen der Ehefrau trotzdem sie intercessorisch sind, eingeklagt werden können, ist fraglich ¹⁵⁾. Allem Anscheine nach aber ist die Novelle nicht gegen die Ausnahmen vom Senatuskonsulte, sondern gegen dieses selbst gerichtet ¹⁶⁾, eine „Korrektur“ seiner bloß *exceptionellen* Wirksamkeit und der damit zusammenhängenden Beweislast, keine Aufhebung der entgegen demselben von der Jurisprudenz und der späteren Gesetzgebung entwickelten Ausnahmen. Eine dieser Ausnahmen, die aus der Wiederholung (Anm. 2), ist in der Novelle ausdrücklich verworfen; allein dies wohl nur deswegen, weil die wiederholte Intercession von Manchen für keine Intercession gehalten wurde ¹⁷⁾; ein Beweis ist daraus nicht zu schöpfen, weder für noch gegen die Ausnahmen im Uebrigen ¹⁸⁾. Sind aber etwelche Intercessionen der Ehefrau

14) l. 2 pr. D. h. t.

15) Hierüber vorzüglich Girtanner, Bürgschaft, S. 358 §. 12.

16) eine *species* die dem *genus*, aber nicht den Ausnahmen vom *genus* derogirt — Bb. 1. §. 33 zu Anm. 6.

17) arg. l. 22 pr. C. h. t. — *antiqua legum varietate cessante* —

18) Girtanner a. a. O. S. 359. — Im äußersten Gegensatze zu obiger Annahme lehrt Bangerow §. 581. Anm. 3. 1. (nach Thibaut civil. Abh. S. 129), daß die *Auth.* nur Eine Ausnahme zulasse: die da das

für den Mann auch nach der Authentica zulässig, so muß der Gläubiger nicht nur das Dasein der Ausnahme (ignorantia, Privileg, Bezahlung, Verzicht, Gewerbe) beweisen, sondern auch die vorschriftsmäßige Form überall da für sich haben, wo sie nicht der Natur der Sache oder der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nach erlassen ist (Anm. 6. 7)¹⁹⁾.

6. Veränderung.

Ueberhaupt.

§. 264.

Veränderungen der Obligation erfolgen möglicherweise

I. 1. in ihrem Grade: insoferne *Q. D.*, welche anfänglich bloße Haftungen sind, nachträglich zu Verbindlichkeiten und Schulden werden können (Phasen der Haftung §. 212; Haftung, Verbindlichkeit, Schuld §. 207. §. 217); —

2. in ihrem Inhalte: insoferne aus einem anfänglichen *facere oportere* ein *dare oportere*, aus einem *Stichum*, tri-

Geschäft zum Nutzen der Frau abgeschlossen werde, mithin gar keine Intercession da sei. Von hier aus wird dann weiter geschlossen, daß Justinian auch die dem *SC. Vell.* entzogenen Intercessionen der Ehefrau verworfen haben wolle. Was hier *Bangerow* und allerdings die Meisten (z. B. die *Anm. 12* *citt. Autt.*) Ausnahme nennen, ist nichts als der konkrete Ausdruck für die von dem Gesetze nichtbetroffene Nichtintercession. — Jedenfalls ist die Ausnahme des Verzichts (*Anm. 2, 1*) auf das Recht aus der *Auth.* von der Praxis angenommen (*Seuffert, prakt. Pandr. §. 381. 1. Arndts §. 363. Anm. 2*). *Ignorantia* muß nach unserer Auffassung von der Intention des Gesetzes und billigkeitshalber auch hier eine Ausnahme bilden; freilich nicht die Unkenntniß des Gesetzes, wohl aber die von dem Bestand der Ehe; Unkenntniß in Betreff der Mitbetheiligung an der Kreditnahme des Mannes ist kaum denkbar; auf den Fall der Alleinobligirung der Ehefrau geht und paßt das Gesetz nicht. Abgesehen von der Wiederholung sind consequent auch alle übrigen *Anm. 2, 1–3* aufgeführten Ausnahmen hieher zu wiederholen. Entweder ist das Gesetz auch gegen die bis dahin erlaubten Intercessionen gerichtet: dann ließe sich aus dem Gesetze keine Ausnahme rechtfertigen; oder das Gesetz hat diese Intention nicht: dann bestehen die Ausnahmen, abgesehen von der ausdrücklich verworfenen, alle. Zwischen der einen und anderen zu unterscheiden (z. B. *Girtanner, Windscheid*) dürfte nicht angehen.

¹⁹⁾ Vgl. z. B. die *Anm. 12* *citt. Autt.* — — Gegen den Werth des *Senatusconsults* mitsamt der *Authentica Arndts §. 363 Anm. 2*. Ueber Modifikationen der *Auth.* durch die Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten, *Girtanner a. a. O. S. 364. Roth, bayr. Civilr. Bd. 1. S. 382. S. 361.*

ticum dare oportere ein pecuniam dare oportere, aus einem quidquid ein certum, oder anstatt des anfänglich Minderen ein Mehreres — überhaupt aus dem dare facere oportere ein praestare oportere werden kann (§. 238. §. 244);

3. in ihren Modalitäten: insofern Bedingungen, Termine und Fristen, Accessionen hinzugefügt oder beseitiget, abgekürzt oder verlängert werden können — (s. oben Pakte und Transaktionen §. 111, Novation §. 282. §. 283); —

4. in den Personen: insofern an Stelle des bisherigen Gläubigers oder Schuldners ein anderer tritt (Universalsuccession — Singularsuccession? — Expromission und Delegation); —

5. in ihrem Grunde: insofern an Stelle des alten oder neben ihn ein neuer Schuldgrund treten kann (Novation §. 282 — Konstitutum — §. 257. S. 197); —

II. 1. durch normalen Verlauf des Geschäftes, dessenthalb es zu Obligationen gekommen ist, indem z. B. die Haftung der socii durch Ausführung des Sozietätsgeschäftes in Verbindlichkeiten und Schulden dießseits oder jenseits oder beiderseits ausschlägt; —

2. durch Verschuldung, entweder als Verzug in der Vornahme oder Annahme der schuldigen Leistung (mora), oder als Arglist oder Versehen in dem Geschäfte, um dessentwillen man haftet (dolus, culpa), vorausgesetzt, daß der Verzug dort, Arglist und Versehen hier zum Schaden des Gläubigers ausschlagen, und die Verschuldung nicht etwa ihrem Grade oder den Umständen nach nachgesehen wird (§§. 265—275); —

3. durch Kasus, wenn und wo er prästirt werden muß (§. 276. §. 277), und andere Zufälligkeiten (§. 278); —

4. durch Nichterfüllung, wenn zur Leistung ein gewisser Tag oder ein gewisser Ort gehörte, jener versäumt, dieser des Klageorts halber verlegt ist (§. 279); —

5. durch Eviction (§. 280); —

6. durch Geschäft der Parteien (Novation — Transaktion, Konversion — Cession §§. 282—285); —

7. durch Litiskontestation und Urtheil (§. 95).

III. unter Fortdauer der alten oder Gründung einer neuen Obligation (mit oder ohne Novation, Konversion).

Erscheint die Veränderlichkeit der Obligation schon hier nach als eine sehr mannigfaltige, so vervielfältiget sich dieselbe noch um ein bedeutendes, wenn man die Kombinationen mit in Betracht zieht, welche zwischen den verschiedenen Gegenständen (I.) Mitteln (II.) und Effekten (III.) der Veränderung platzgreifen können. Eine Veränderung bis zum Untergange der alten und Aufleben einer neuen O. (III.) findet zwar nur durch Geschäft der Parteien (II. 6), und den Prozeß (II. 7), — zum Theil (als Novation) nur innerhalb der schon zuvor zu Schulden gewordenen oder anfänglich zu Schulden gemachten Obligationen (vgl. I. 1) statt (§. 217, 4); allein dabei kann sowohl eine Veränderung der Personen (I. 4), als der Modalitäten (I. 3), zum Theil auch eine im Inhalte (I. 2) vor sich gehen (ob eine solche auch bei der Novation? §. 282). — Durch Verschuldung, und zwar culpa wie mora, kommt es zwar niemals zu einer total neuen, wohl aber allenfalls zur Erstreckung einer sonst untergehenden Obligation (perpetuatio obligationis); außerdem verändert die Verschuldung bald den Inhalt der Obligation, indem sie denselben erweitert oder in eine Geldleistung umsetzt, — bald verändert sie den Grad, indem sie die bloße Haftung, oder die bloße Verbindlichkeit zur Schuld macht (§. 57 unten §. 63); an Modalitäten und Personen ändert sie nichts. — Lediglich einen Wechsel der Personen führt die Universalsuccession mit sich; ob es auch eine Singularsuccession gebe, welche, auf einem Geschäfte der Parteien beruhend, einen Personenwechsel ohne Schuldenrenewung bedeute, ist fraglich (Cession, Schuldenübernahme). — Aus dem normalen Verlaufe des Geschäftes kann eine Aenderung nur im Grade der O. erfolgen, indem alles was man im normalen Verlaufe des Geschäftes diesseits oder jenseits schuldig wird, in der Haftung schon im voraus potentiell enthalten ist, und der Verlauf nichts als der Umsatz dieser Potenz (Haftung) in klagbare Obligation (Verbindlichkeiten und Schulden) ist. — —

Eine Veränderung der O. erfolgt unter anderem durch *novatio necessaria* (II. 3), die heute noch durch *condemnatio* eintritt (§. 95. II. a. E.), einst auch durch *Litiskonfestation* erfolgte. Von den durch die *Litiskonfestation* als eine Art *Novation* bewirkten und antiquirten Veränderungen müssen die nur mit der *Litiskonfestation* oder auch schon mit *Anhängigmachung* der Klage eintretenden Veränderungen der *Obligationen* und Ansprüche (§. 100) unterschieden werden. — Bloße Nichterfüllung ändert an der *Obligation* nichts; erst mit Zutritt der *mora solvendi* oder aber *petitio* (*Anhängigmachung* der Klage) wird sie theils zur *perpetuatio* (S. 252), theils zur Erweiterung der *Obligation* (§. 100. 3); nur unter der Voraussetzung, daß eine gewisse Zeit oder ein gewisser Ort zur Leistung selbst mitgehört (II. 4), zur Ursache besonderer *Prästationen* (§. 279). — Denkbar wäre, daß alle die Veränderungen, welche wir der *Verschuldung* (*mora, dolus, culpa*) zuschreiben, durch die *Verschuldung* nur begründet und erst durch die *Condemnation* verwirklicht würden, dergestalt, daß bis zu dieser der ursprüngliche *Obligationsinhalt* festgehalten würde; in der That scheint dies aber nur insoweit der Fall zu sein, als anstatt Veränderung *perpetuatio* der *Obligation* platzgriff, *perpetuatio* aber nur innerhalb der strengrechtlichen und auf *certa res* gerichteten Forderungen platzgegriffen zu haben (§. 266. 3) ¹⁾.

Hauptsächlich an die Veränderungen im Inhalte einer *Obligation*, insonderheit an diejenigen, welche durch *Verschuldung, casus, Terminversäumung* und *Ortsverlegung, Eviction* sich ergeben, knüpft sich die Frage nach dem Interesse. Laufen doch die hier platzgreifenden Veränderungen alle auf einen *Erzatz* (*Prästation*) hinaus, dessen Belang gleich ist dem Unterschied (*interesse*), der sich aus der Vergleichung des *creditorischen Vermögens* ergibt: so wie es ist und so wie es wäre,

1) Wie hätte zufolge von *Verschuldung* z. B. des *Depositars* *condictio* platzgreifen können, wenn die *Verschuldung* nicht selbst und sofort die Veränderung der *depositi obligatio* in ein *dare oportere* bewirkt hätte? l. 13 §. 1 D. dep. 16, 3; §. 227. Anm. 2. E. übrigens weiteres hierüber §. 266. 3, bef. Anm. 12.

wenn die Verschuldung, der Refus, die Terminsverfäumdung oder Ortsverlegung, Eviction nicht stattgefunden hätte. Hiernach wird eine allgemeine Betrachtung des Interesses nach der jener Veränderungen nothwendig (§. 281).

a. Verschuldung.

§. 265.

Als eine solche sind nicht nur dolus und culpa, sondern auch die mora debitoris (§. 271—274) zu betrachten. Letztere ist, in ihrer technischen Bedeutung ¹⁾, nur innerhalb der Obligationen und als ein nach deren Entstehung eintretendes Ereigniß denkbar; jene kommen auch außer den Obligationen, und als causa obligationum und in der causa obligationum vor. In dem älteren und weitesten Sinne des Wortes culpa ist zwar auch die mora eine culpa (§. 266 Anm. 3 §. 271 Anm. 4); in dem engeren Sinne dagegen, in welchem culpa gewöhnlich und als Gegensatz von dolus vorkommt (S. 156), ist mora keine culpa, vielmehr neben dolus und culpa eine eigene Spezies der sie alle umfassenden „Verschuldung“ (§. 271). Hiernach sind dolus und culpa, dann mora gesondert zu betrachten.

Dolus und culpa.

§. 266.

Von diesen beiden Arten der Verschuldung ist hier nur insofern die Rede, als sie nicht als Grund einer Obligation (Delikt, Quasidelikt §. 250. 251), oder in der Begründung einer Obligation (dolus praeteritus ¹⁾ §. 105 S. 368 Abs. 1; §. 225 S. 60. 2), sondern innerhalb einer schon bestehenden Obligation und auf Seite des Obligierten ²⁾ vorkommen.

1) Eine Sammlung von Beispielen der nichttechnischen mora bei Knip, die Mora des Schuldners, 1871. Bb. 1. S. 4 fgg.

¹⁾ ob und inwieweit auch eine s. g. culpa in contrahendo von Einfluß? Zu dem Fall da der Kontrakt nichtig ist, vgl. §. 246, überhaupt und insonderheit Anm. 9.

2) nicht des Gläubigers: eo quod agit (dolus praesens) §. 105 S. 363 Abs. 1. — Keine Verschuldung ist die mora accipiendi (§. 275).

Ihrem allgemeinen Wesen nach ist die Verschuldung innerhalb der Obligation von gleicher Beschaffenheit wie außerhalb der Obligation; hier wie dort ist sie eine Uebeltiftung (Uebelthat), zu der, damit sie keine bloße Verursachung des Uebels (Kausalität, Urheberchaft), sondern Verschuldung sei, eine Schuld, und zwar Wollen oder Nichtnichtwollen des Uebels (dolus — culpa) hinzutreten muß³⁾. Allein zuvörderst erhält

1. die Uebeltiftung innerhalb der Obligation einen neuen Spielraum. Dadurch, daß Jemand forderungsberechtigt ist, werden Rechtsverletzungen, insonderheit Schädigungen möglich, von welchen außerdem nicht die Rede sein kann. Zerstört, verdirbt, unterschlägt der Obligirte die dem Gläubiger gehörige und obligationsweise zu restituirende Sache, so ist das eine Schädigung des Gläubigers, welche auch außerhalb der Obligation vorkommen kann; zerstört, verdirbt, verweigert der Obligirte die dem Gläubiger zwar gleichfalls obligationsweise zu leistende, allein annoch dem Obligirten selbst gehörige Sache, so liegt darin eine ohne die Obligation undenkbbare Schädigung des Gläubigers. Läßt Jemand seine Sache verkümmern, oder unverwahrt stehen, verderben, verloren gehen, so wird das

3) Vgl. oben S. 250. Zu der ebenst. Anm. 29 u. 35 angeregten Frage, ob es jemals Vergehen, Unrecht, Strafen ohne Schuld gegeben habe, s. jetzt auch Pernice, *Labeo II.* S. 239. 2—4, der dieselbe auf Grund namentlich des alten Sakralrechtes bejaht, indessen doch gleich uns zwischen dem prudenten und imprudenten commissum unterscheiden läßt, und in seinem Quellenapparate manches vorbringt was den Zweifel, ob imprudentia der völligen Unschuld gleich sei, rechtfertiget. Nach M. Voigt (Bedeutungswechsel mehrerer lat. Ausdrücke, *Abth. d. hist. phil. Cl. d. sächs. Akad. B. 6.* S. 17) verwendete das ältere Recht zur Bezeichnung der Fahrlässigkeit .. die Worte imprudentia und inscientia wie casus; culpa bedeute in der republ. Literatur noch überall Verschuldung überhaupt, nicht Fahrlässigkeit (S. 13 D. S. 86 fgg.). Damit stimmt im wesentlichen auch Pernice auf S. 231. 1. 2 überein; imprudentia soll nur nicht bloß Fahrlässigkeit, sondern auch Unwillkürlichkeit überhaupt bedeuten (S. 233. 3. II.). — Ueber und gegen eine Etymologie, wornach culpa Urheberchaft ohne mißbilligenden Nebengedanken wäre, s. Voigt, a. a. O. S. 7 Abs. 1; — die Behauptung, daß selbst nach dem Zeugniß unserer Quellen culpa ursprünglich Urheberchaft ohne Schuld sei (I. 91 S. 3 D. v. o. 45, 1) s. bei Kniep, über Kontraktskulpa 1873; dagegen Hölder, *Münchener Vierteljahrsschr.* Bd. 16 S. 539. — Im Uebrigen bedienen wir uns des Wortes Verschuldung für die Totalität der Handlung (objektiven und subjektiven Thatbestand zugleich), während z. B. Voigt damit nur die subjektive Seite (Schuldhaftigkeit) bezeichnet.

nur mittelst Obligation zum Schaden eines Dritten. Hastet der Obligirte für ein *facere* (§. 238), so sind Schädigungen des Gläubigers durch Unterlassung oder in der Ausführung des Geschäftes möglich, von denen ohne die Obligation keine Rede sein könnte. Kurz: Schädigungen durch Unmöglichmachung ⁴⁾, durch Entwerthung ⁵⁾, durch Unterlassung oder unrichtige Ausführung ⁶⁾ einer Leistung sind abgesehen von dem Falle wo die Leistung eine Sachleistung ist, und die Sache dem Gläubiger gehört, nur innerhalb einer Obligation möglich ⁷⁾.

2. Nothwendig erhält nun auch die Schuldseite unserer Verschuldung ⁸⁾ innerhalb der Obligation einen weiteren Spielraum. Besteht jene allgemein darin, daß dem Uebelstifter die Verursachung des Schadens moralisch (als *dolus*, *culpa* S. 156) zuzurechnen ist, so ist sie innerhalb der Obligation in allen den innerhalb der Obligation möglichen Schädigungen des Gläubigers — also nicht bloß in *faciendo*, sondern auch in *non faciendo*, — und in *faciendo* nicht bloß bezüglich der

4) *z. B.* l. 91 §. 3 *D. v. o.* 45, 1 — *si effecit, quominus solvere possit* — l. 8 §. 3 *D. prec.* 43, 26 l. 18 §. 1 *D. sol. matr.* 24, 3.

5) *z. B.* l. 10 *pr.* l. 23 *D. commod.* 13, 6 l. 31 §. 9 *D. aed. Ed.* 21, 1 — *si . . culpa vel dolo fecerit rem deterioorem* — l. 30 §. 4 *D. ad leg. Falc.* 35, 2.

6) *z. B.* l. 21 §. 3 *D. neg. g.* 3, 5 — *quod is non recte gessit, tu mihi . . teneris* — l. 2 *C. si tut. vel cur. non gess.* 5, 55 — *quae cum geri debuerint ommissa sunt, latae culpa ratio (omnes tenet).*

7) Worin des näheren innerhalb einer Obligation überhaupt eine Verschuldung durch *dolus* und *culpa* möglich sei, ist vielleicht niemals eigens untersucht, keinesfalls aber einig festgestellt worden. So sprechen *z. B.* Puchta *P.* §. 264. §. 265 u. Keller §. 249 nur von „Verletzung der Verbindlichkeit“, Arndts §. 250 u. Windscheid §. 264, 2 §. 265 zwar konkreter, aber doch nur von Unmöglichmachung der Leistung; Haffe (an dem *Ann.* 8 *agf. D.* S. 64) definiert einmal dahin, daß „man 1) entweder seine Verpflichtung nicht gehörig erfülle oder 2) sich die Erfüllung derselben unmöglich mache“ und spricht ein andermal (S. 104) insonderheit davon, „daß man die Substanz einer fremden Sache unrechtmäßig angreift“. Donellus, von seiner Unterscheidung der *culpa* in *faciendo* und *non faciendo* beherrscht, spricht gelegentlich von Zerstörung und Verschlechterung der Sache durch *Thun* oder *Lassen*, — und ähnlich Pernice, *Labeo II.* S. 255, 3 von Zerstörung oder Beschädigung der herauszugebenden Sache und Versäumung der schuldigen Handlung.

8) *culpa* in der weiteren, den *dolus* mitumfassenden Bedeutung; *F. Chr. Haffe*: die *Culpa* des r. Rechts, 2. vermehrte Aufl. besorgt von *B. Hollweg*, 1838. Vgl. dazu *culpa* in der weitesten, auch die *mora* mitumfassenden Bedeutung §. 265. §. 266. *Ann.* 3.

dem Gläubiger gehörigen Sache (s. g. aquilische culpa), sondern auch der dem Schuldner selbst gehörigen Sache möglich. Und in allen diesen Richtungen kann sie sowohl dolus als culpa, culpa lata oder levis, und wenn noch weiter unterschieden werden könnte, levior oder levissima sein. In allen diesen Richtungen sind dolus und culpa möglich, und kommen alle Schuldgrade vor, ganz unabhängig davon, ob die Schuld zu prästiren ist oder nicht⁹⁾. Ob eine Schuld vorliege und ob sie zu prästiren sei, sind zwei ganz verschiedene Fragen. Keine Vorstellung ist unrichtiger und verwirrender als die, daß die Schuld von der Prästation abhängt. Wenn aber in einer Obligation in irgend einer Richtung einmal nicht etwa bloß dolus und culpa lata, sondern auch culpa levis prästirt wird, dann ist der Obligirte folgeweise diligentiam schuldig; denn diligentia ist das Gegentheil der in der culpa liegenden Unvorsichtigkeit, Nachlässigkeit. Also setzt wohl das Erforderniß der diligentia, nicht aber die culpa Prästation voraus¹⁰⁾.

9) ein Satz, mit dem Hase nicht selten, u. E. sofort in der Deduktion des §. 35, konkret aber 3. B. S. 210 in Widerspruch tritt: „Nun ist zwar diligentia levis (soll wohl heißen culpa levis), wenn bloß dilig. quam suis oder gar culpa lata zu prästiren ist wie wir oben gesehen haben, gar nicht culpa, wenn sie suis rebus consueta ist.“ Vgl. übrigens auch unten Nr. 3 a. E. — Der Beweis für unseren Satz selbst ergibt sich allenthalben, 3. B. I. 5 §. 2. D. commod. 13, 6, wo sofort die Frage, quid veniat in commod. actione, utrum dolus an et culpa? beweist, daß culpa da sein könnte, ohne prästirt werden zu müssen. So verwirrt denn auch Voigt (Bedeutungswechsel S. 7) Döderleins (Synonymik II, 151), „strawürdigen“ Zustand des Fehlenden, da das „Mißbilligungswerthe zur culpa genügt, ohne daß ein Strafwürdiges erfordert würde.“

10) Nur da wo von Prästation der Schuld die Rede ist, tritt neben dolus und culpa auch diligentia auf. Geschieht letzteres distinctiv, so daß dolus und culpa und diligentia zu prästiren ist (3. B. I. 5 §. 2 in f. §. 15 D. commod. 13, 6 l. 47 §. 5 D. leg. I.), so scheint unter diligentia das Gegentheil von der nur innerhalb der Obligation möglichen culpa (s. g. Kontraktculpa), die ihr entgegengesetzte culpa also die aquilische zu sein. Hiemit stimmt auch Hase §. 93 ab init. überein und darauf kommt vielleicht auch Pernice's Unterscheidung von culpa und negligentia (von denen nur negligentia das Gegentheil von dilig. sei — S. 283. 3) hinaus. Ebenso oft ist aber nur von Prästation von dolus und culpa die Rede, wo dann dolus die lata culpa stillschweigend mitbegreift (Hase §. 43), culpa aber jede levis culpa, nicht nur die aquilische bedeutet, und also die Auflage der diligentia in sich begreift: 3. B. I. 8 §. 3 D. prec. 43, 26 cf. I. 5 §. 2 D. commod. 13, 6. I. 31 §. 12 cf. §. 9 §. 11 D. aed. ed. 21, I. 1. 23 D. r. j. 50, 17. I. 28 C. loc.

3. Die innerhalb der Obligationen platzgreifende Verschuldung findet, wosferne sie überhaupt zu prästiren ist (§. 267), mittelst der aus dieser Obligation gewährten actio und in dem aus dieser actio erwachsenden Judicium ihre Verfolgung — lediglich mittelst dieser actio und in diesem Judicium, wenn die Verschuldung eine bloße „Kontraktsculpa“ ist, oder aber auch in einem anderen Judicium, wenn sie zugleich ein Delikt, oder auch vom Standpunkte eines dinglichen Anspruches aus verfolgbar ist. — In stricti juris iudicio und mittelst der certae rei petitio war übrigens die Verschuldung dann, wenn der Untergang der Sache selbst und durch positive That verschuldet worden, nur unter der Voraussetzung möglich, daß man den Schuldner auch jetzt noch, zur Zeit der Litiskontestation nämlich, der Natur der Sache entgegen die untergegangene Sache selbst schuldig sein ließ. Denn die Intentio dieser Klage lautete auf das certam rem dare oportere, und eine Kondemnation war nur möglich, wenn dieses oportere für die Zeit der Litiskontestation zutraf ¹¹⁾. Obwohl nun eine Veränderung der Schuld aus einem certam rem dare oportere in ein praestare oportere im Momente der Verschuldung das Natürlichere gewesen wäre ¹²⁾, so zog man doch, der Formel zulieb, die Fortsetzung des ursprünglichen rem certam dare oportere (perpetuatio obligationis) jener Veränderung vor ¹³⁾. In anderen Fällen als der certae rei

4, 65; arg. l. 68 D. c. e. 18, 1. Vgl. Haffe S. 170 „die culpa levis hieß gewöhnlich culpa schlechthin im Gegensatze zu dolus.“

11) §. 100 Anm. 12.

12) späterhin denn auch je nach Wahl des Klägers acceptabel geworden zu sein scheint: Pernice, Labeo II. S. 268 b. a. G. und Anm. 24. Vgl. oben §. 233, I. 1. b. Neuner (Wesen und Arten der Privatr. Verhältnisse S. 179 unten) erblickt in der Erfassungspflicht gleichfalls ein nahe liegendes Postulat der Gerechtigkeit, ist aber der Ansicht, daß ein unmittelbarer Uebergang des dare rem certam oportere in ein praestare oportere nicht möglich gewesen sei (S. 180 u. Anm. 1). Auch F. Mommsen stellt unveränderte Fortdauer der ursprünglichen Obligation bis zur Kondemnation als allein gültiges Recht hin (Beitr. I. Unmögl. d. Leistung S. 229 unten fg.). S. dagegen oben § 264 Anm. 1.

13) Diese perpetuatio obligationis ist eine Erfindung „der Alten“ (constitutio veterum l. 91 §, 3 D. v. o. 45, 1); bewußt geht letztere darauf aus, eine Sache die in Wahrheit nicht mehr gefordert (so wenig gefordert als stipulirt) werden kann, dennoch intendirbar zu machen (§. 6 eod. Effectus hujus constitutionis est, ut adhuc homo peti possit

petitio ist von perpetuatio obligationis keine Rede ¹⁴⁾. — Für das Delikt endlich ist das Dasein einer actio wesentlich (§. 157); nicht ebenso kann man sagen, „keine Verschuldung ohne Verfolgbarkeit.“ Wie schon oben sub 2 bemerkt, liegt eine Verschuldung überall vor, wo die Uebelstiftung dem Obligirten moralisch zugerechnet werden kann, gleichviel ob dieser dafür zur Verantwortung gezogen werden darf, oder ob ihm von Rechtswegen verziehen ¹⁵⁾ werden muß. Verfolgung ist bei der Verzeihung ausgeschlossen, eine Verschuldung dagegen vorausgesetzt.

§. 267.

Nicht ob eine Verschuldung da, wohl aber ob sie zu prästiren sei, hängt von der Obligation, ihrer jeweiligen Art und Besonderheit ab ¹⁾.

Daß nun in der Obligation an sich, und vorab in der stricti juris obligatio die Prästation von omnis culpa, und also das Gebot auch der diligentia begründet und eine jeweilige Minderhaftung als Besonderheit oder Ausnahme zu be-

— quia neque hominem qui non est stipulari possumus —); bewußt auch schließt man den Umßatz des hominem dare in pecuniam dare aus: (§. 6 cit.) — neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus.

14) Auch l. 24 D. usur. 22, 1 spricht von einem promissor hominis, zweifelsohne im Hinblick auf seinen möglichen Tod (casus), also von einem certus homo. cf. l. 91 §. 4 D. v. o. 45, 1 l. 82 §. 1 l. 83 §. 7 eod. l. 58 §. 1 D. fidej. 46, 1: — Stichio solvendo. — Madai, l. v. d. Mora §. 44 fand noch nothwendig, gegen die Meinung zu polemisieren, daß perpetuatio obligationis die Verwandlung einer temporalis in perpetua actio sei; er selbst erblickt in derselben nichts anderes als den Satz, daß der Schuldner unter den gewissen Voraussetzungen nicht frei werde, vielmehr forthaftete. So auch F. Mommsen, Beitr. III. S. 199 vgl. l. 1. S. 229 unten. Pernice (Labeo II.) scheint die Fortdauer der Obligation auf eine (nachher untergehende) res certa für eine ursprüngliche Möglichkeit zu halten (§. 267 Z. 3 fg.; doch s. denselben S. 269. 8. IV. S. 273. 12 — wornach ihren „inneren Gründen“ nachzugehen nicht sowohl „müßig“ als schwierig sein dürfte (§. 270. 9). Im Wesen der Sache treffen wir mit Reuner a. a. O. S. 180 und Kniep, Mora des Schuldners Bb. 2 §. 63 zusammen. Daß von der perpetuatio nur in Ansehung von res certa und Vernichtungen durch positive That die Rede sei, bemerkt auch Pernice S. 275. 14.

15) vgl. die culpa negligentiaque excusata in l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47, 4 — das ignoscere servo in l. 2 §. 1 D. nox act. 9, 4.

1) Ob eine Verschuldung da sei, hängt lediglich von dem Dasein einer Uebelstiftung (§. 266, 1) und von dem Dasein ihrer Zurechenbarkeit (§. 266, 2) ab. Identifizirung von Verschuldung u. Prästation s. z. B. F. Mommsen a. a. O. I. S. 229 unten.

trachten sei ²⁾, kann nicht zugegeben werden. Vielmehr ist zu behaupten, daß eine solche allumfassende Haftung in den strengrechtlichen Obligationen niemals zur Geltung gekommen ³⁾, und daß in der b. f. obligatio ebensowohl Nachsicht wegen leichterer Versehen, als Berurtheilung wegen jedweder Schuld daheim sei, daß also „aus der allgemeinen Natur der Obligation“ weder Total-, noch Partialhaftung folge, das Maß der Prästation also vielmehr der besonderen als der allgemeinen Natur der einzelnen Obligationen entnommen sei. Dem widerspricht nicht, daß in der Mehrzahl der b. f. obligationes omnis culpa zu prästiren ist; aus letzterem erhellt nur, daß die für Prästation von omnis culpa entscheidenden besonderen Umstände sich in der Mehrzahl der b. f. obligationes vorfinden; eine Regel, oder Präsumtion, wornach die geringere Haftung Ausnahme, oder im Zweifel omnis culpa zu prästiren wäre, ist nirgends statuirt ⁴⁾.

Daß aus der allgemeinen Natur der stricti j. oo. nicht einmal die Prästation des dolus geflossen ist, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden ⁵⁾. Aus der allgemeinen Natur der bonae fidei obligatio actio aber folgt nur die

2) wie dies von B.-Hollweg im Anhang IV. seiner Ausgabe von Haffes Culpa behauptet und ausgeführt und in meiner I. Band. Aufl. S. 591 angenommen wird; desgleichen von F. Mommsen, Beitr. I. (Unmöglichkeit der Leistung) §. 20 Abs. 3.

3) Durch die veterum constitutio war zwar dafür gesorgt, daß der strengrechtlich-Obligirte forthatete, wenn die species debita durch eine positive Handlung des Obligirten vernichtet wurde; daß es gerade dolo geschehen, war nicht erforderlich; genug daß culpa vorlag (l. 91 §. 3 D. v. o. 45, 1). Daß aber „eine culpose (oder wenigleich doloſe) Unterlassung (zu jener perpetuatio) nicht genügte, ist nirgends bestimmter als in l. 91 pr. eod. hervorgehoben“ (Bernice S. 274, 13). Was aber bloße Beschädigungen anlangt „ist festzuhalten, daß (selbst) der dolus des Verpflichteten nur dann mit der actio ex stipulatu geltend gemacht werden kann, wenn eine clausula doli beigefügt war (l. 7 §. 3 D. dolo m. 4, 3)“ (Bernice S. 275. 14). Um so weniger kam diesfalls bloße culpa zur Prästation (S. 276. 15) Abweichung in der actio ex testamento, daselbst S. 278. 17.

4) Die Hauptstelle, l. 23 D. r. j. 50, 17 beschränkt sich darauf zu bemerken, daß contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam etc.

5) Allerdings war bei positiver Vernichtung der species debita selbst culpa zu prästiren; allein vielleicht auch dies erst veterum constitutione (s. oben Anm. 3).

Prästation des dolus malus⁶⁾; denn dieser ist das Gegentheil der bona fides⁷⁾, welche in allen b. f. negotiis zu prästiren ist. Seine Prästation kann auch nicht abbedungen⁸⁾ oder leztwillig nachgelassen⁹⁾ werden; ihn abbedingen hieße die bona fides abbedingen, deren Gebot für alle b. f. negotia juris publici ist¹⁰⁾. Lata culpa ist zwar begrifflich mit dem dolus malus nicht eins, grenzt aber begrifflich an ihn an¹¹⁾, und wird innerhalb der Obligationen¹²⁾ dem dolus malus gleich behandelt¹³⁾, also allenthalben und so nothwendig prästirt wie dieser¹⁴⁾. Zur lata culpa kann aber auch eine levis culpa (§. 250 Anm. 34) werden, dadurch daß man Versehen von dieser konkreten Art in seinen eigenen Sachen nicht begeht, innerhalb der fremden Sache (Obligation) dagegen sich zu Schulden kommen läßt¹⁵⁾. Hierin liegt, und mag das Versehen noch

6) A. M. scheint u. a. auch Ubbelohde, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 7 S. 225 §. 7 §. 13 a. G. §. 15 Abs. 2 S. 274 Abs. 2 — ferner Pernice, z. B. S. 287 Z. 1.

7) arg. l. 23 cit. — hoc enim b. fidei contrarium est — l. 3 §. 3 D. pro soc. 17, 2 — b. f. contraria est fraudi et dolo. —

8) l. 23 cit.

9) l. 5 §. 7 D. adm. tut. 26, 7.

10) l. 5 §. 7 cit. Vgl. oben Bd. 1 §. 24 Anm. 10.

11) s. oben S. 156, Anm. 33 — als eine Gleichgiltigkeit, die in fremder Sache Frivolität (fraus), das Gegentheil von bona fides und also (Anm. 6) selbst dolus ist (l. 32 D. dep. 16, 3 cf. l. 226 D. v. s. 50, 16). Vgl. Haffe §. 22.

12) nicht ebenso im Criminalrecht: z. B. l. 7 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8 cf. l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47, 4.

13) dolo comparabitur: l. 1 §. 1 D. si mentor 11, 6 l. 8 pr. D. edend. 2, 13. l. 2 §. 5 D. her. vel act. vend. 18, 4. l. 8 §. 3 D. prec. 43, 26 — dolum solum praestat . . . Culpam tamen dolo proximam contineri merito quis dixerit. l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47, 4. Non alias tenetur . . . quam si dolo quid dissipasse proponatur . . . sed culpa dolo proxima culpam repraesentat. l. 5 §. 15 D. ut in poss. legat. 36, 4. Dolum accipere debemus et culpam latam . . . Hierin findet der Sprachgebrauch, wornach culpa neben dolus nur levem culpam bedeutet (Haffe S. 170 und hier oben §. 266. Anm. 10) seine Erklärung und Bestätigung zugleich.

14) so daß ihre Prästation so wenig abbedungen werden kann, wie die des dolus: vgl. Haffe S. 187 §. 60.

15) seit Donellus s. g. culpa lata in concreto. Nicht daß man an sich ein diligens pf. ist, reicht zur Begründung der culpa l. in concreto hin; denn kleine Versehen kommen auch bei jenem vor; wohl dagegen liegt eine Verletzung der fides vor, wenn Vormünder nach einem Brande für Wiederherstellung wohl ihrer eigenen Schuldokumente, nicht auch der ihrer Pupillen sorgen (so l. 57 pr. D. adm. tut. wenn wie wahrscheinlich proprios statt priores zu lesen ist: Haffe a. a. O. §. 50 Anm. 2).

so gering sein, eine Unredlichkeit (fraus)¹⁶⁾, darin etwas der bona fides gleich dem dolus malus entgegengesetztes¹⁷⁾, also gleich diesem in allen b. f. obligationes stillschweigend und unerläßlich¹⁸⁾ verpöntes.

Weitere Prästationen finden selbst in b. f. iudiciis nicht mehr allgemein, sondern nur in gewissen Obligationen nach deren besonderer Natur und allenfalls nach ihrem besonderen Inhalte statt¹⁹⁾. Haftet Jemand über den dolus (und culpa lata in abstr. und coner.) hinaus für culpa, und zwar für omnis culpa, mithin nicht etwa bloß für aquilische culpa, sondern auch für diligentia (§. 266. 2 a. E. Num. 10), so geschieht das in Rücksicht entweder darauf, daß er das Geschäft zu seinem Vortheil abgeschlossen²⁰⁾, oder unter Annahme

16) l. 32 D. dep. 16, 3.

17) l. 5 §. 7 D. adm. tut. 26, 7.

18) Haffe behauptet hiefür das Gegentheil auf Grund theils der Natur der Sache (S. 188), theils der l. 41 D. adm. tut. 26, 7 l. 5 §. 7 eod. l. 72 §. 3 D. cond. 35, 1. Indessen handelt l. 41 cit. nur von nachträglichem Erlaß; l. 5 §. 7 cit. bestätigt unsere Ansicht (tutores nisi bonam fidem in administratione praestiterint damnari debere — Num. 8. 11); l. 72 §. 3 cit. aber handelt von einem Fiduziar der die Erbschaft bis zu seinem Tode behält, also Nutzen hat, darum nicht bloß culpam latam (in abstr. und coner.) prästirt (Num. 21) und also nur von Prästation der culpa levis die keine culpa lata in coner. ist, verbunden wird.

19) §. l. 68 pr. D. c. e. 18, 1, wornach solum bonam fidem = solum dolum praestare, und die Prästation der diligentia oder culpa levis als ein Ueberschuß über die in der bona fides liegende Haftung erscheint; cf. Paoli R. S. I. 4 §. 1; — ferner l. 52 §. 2 D. pro socio 17, 2 wo noch gefragt wird, ob auch culpa zu prästiren sei, nachdem bereits festgestellt ist, daß bona fides zu prästiren sei (§. 1 eod.). Bedenken könnte l. 10 pr. D. mand. 17, 1 erregen insoferne von einem Procurator, der doch omnem culpam prästirt, gesagt ist, daß er nicht mehr als bonam fidem prästire; allein die bona fides ist hier das Ding, was er als Käufer (bei dem aufgetragenen Kaufe in Gestalt des ignorare rem alienam esse) — nicht die Diligenz, die er als Mandatar prästiren muß. Zu der bona fides des b. f. emtor aber gehört wie zu jener b. fides Abwesenheit nur von dolus und culpa lata (Vb. 1 S. 630 unten). Haffe selbst nimmt (S. 364 oben) eine engere und weitere Bedeutung von b. fides an, und bestätigt, daß sie der engeren Bedeutung nach nur dolum ausschliesse (auch mit l. 35 l. 40 D. pro soc. 17, 2 u. l. 32 D. dep. 16, 3), hält es aber, nach Donellus, für unzweifelhaft, daß sie, weiter verstanden, auch culpam ausschliesse, und zwar allein schon wegen l. 52 §. 1 §. 2 D. pro soc. 17, 2 (S. 365).

20) Grundsatz: l. 5 §. 2 §. 10 l. 18 pr. D. commod. 13, 6 l. 17 §. 2 D. praescr. v. 19, 5 l. 108 §. 12 D. leg. I. — Sicut in contractibus b. f. servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum

oder Inanspruchnahme besonderen Vertrauens eingegangen hat²¹). Wo weder dieses noch jenes der Fall ist, wie beim Depositar, der ohne Lohn übernommen, beim Fiduciar des Universal- und Singularfideicommisses, der lediglich zu restituiren hat und für sich nichts bekommen soll, sowie bei manchen realkontractlich Obligirten, geht die Haftung über den dolus und was ihm gleich steht nicht hinaus²²). Kommt diese be-

versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur — wornach derjenige der den Nutzen allein hat, nur um so mehr omnem culpam prästirt: arg. l. 5 §. 2 §. 10 l. 18 pr. cit.; — Fälle: Commodat l. 5 §. 2 §. 10 l. 18 pr. cit. — pignus: §. ult. J. quib. m. re contr. 3, 14 l. 13 §. 1 l. 14 l. 22 §. 4 l. 25 l. 30 D. pignerat. act. 13, 7 l. 19 C. pign. 8, 14. Ueber l. 18 pr. in f. D. commod. 13, 6, wornach nur dilig. quam suis zu prästiren wäre, s. Haffe und dessen Conjectur: „in rebus societatis“ statt rebus pignori datis (S. 156); — Innominarealkontracte: l. 17 §. 2 cit. §. 1 l. 20 §. 2 eod. (19, 5); — Verkauf: l. 68 pr. D. c. e. 18, 1 l. 11 D. per. et comm. 18, 6 l. 13 §. 16 l. 54 pr. l. 36 D. a. e. e. v. 19, 1; l. 18 §. 8 l. 38 pr. D. damni inf. 39, 2; Kauf: l. 31 §. 9 §. 11 §. 12 §. 14 D. aed. Ed. 21, 1; — locatio conductio: l. 5 §. 2 D. commod. 13, 6 l. 9 pr. l. 11 §. 3 l. 13 §. 1 l. 25 §. 7 D. loc. 19, 2, l. 28 C. eod. 4, 65 §. penult. J. 3, 25; — der Onerirte, der das onus (legati, fideicommissi) nicht sine commodo hat: l. 108 §. 12 l. 47 §. 4 §. 5 l. 59 D. legat. I. l. 30 §. 4 D. ad leg. Falc. 35, 2. Vgl. unten Anm. 21. — Modification in Fällen, wo das sonst einseitig nützliche Geschäft societätsartig wird: l. 18 pr. l. 5 §. 10 D. commod. 13, 7 (Minderung zur dilig. quam suis; vgl. unten Anm. 31).

21) Grundsatz: l. 21 C. mand. 4, 35 — sua ex proprio animo facit; aliena vero negotia exacto officio geruntur . . . Fälle: Mandat l. 21 cit. l. 13 l. 11 eod.; gegen das argum. e contr. aus l. 8 §. 7 §. 8 §. 10 l. 10 pr. l. 29 D. eod. 17, 1, s. Haffe S. 361 — 366 und oben Anm. 18 a. G.; — negot. gest. actio: l. 20 C. neg. gest. 2, 19 l. 32 D. eod. 3, 5 argg. l. 3 §. 9 l. 21 §. 3 eod. Modificationen: Prästation auch des casus: l. 11 D. eod.; nur die lata culpa: l. 3 §. 9 eod. Darüber warum der Depositar, der doch auch Vertrauen anzunehmen scheint, nicht ebenso wie der Mandatar omnem culpam prästirt, s. B.-Hollweg, Anhang zu Haffe S. 568: „Der Depositar gestattet, daß die Sache bei ihm niedergelegt werde und denselben Schutz genieße wie die eigenen, in seiner custodia befindlichen Sachen.“ Diese Auffassung scheint richtig. Darin ist dann aber auch enthalten, daß der Depositar sich nicht als den Mann besonderen Vertrauens zu betrachten braucht; nimmt er ein solches in Anspruch, drängt er sich zu, dann prästirt auch er omnem culpam: l. 1 §. 35 D. dep. 16, 3.

22) Depositar: s. vorige Anm. a. G.; l. 5 §. 2 D. commod. 13, 6 — dolum in deposito; nam, quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit; tunc enim . . . etiam culpa exhibetur — l. 1 §. 5 D. o. e. a. 44, 7 — quia enim non sua gratia accipit, sed ejus a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit . . . magnam tamen

schränkte Haftung auch da vor, wo der Schuldige das Geschäft im eigenen Interesse eingegangen hat, wie beim Mensor²³⁾, ja sogar da, wo das Geschäft sich als Benefizium des Haftenden darstellt, wie beim Praefaristen²⁴⁾, so liegt der Grund auch dafür in der besonderen, von gemeinen Diensten und Obligationen abweichenden Natur der Feldvermessung und des Praefariums²⁵⁾.

So weit findet je nach der Art und Besonderheit der Obligation bald nur Prästation von dolus (nebst culpa lata in abstr. und concr.), bald Prästation von omnis culpa, also auch der levis oder levissima²⁶⁾ culpa sowie der ommissa diligentia statt (vgl. §. 266 zu Anm. 10). Nun tritt aber auch noch da, wo nicht bloß dolus, sondern auch culpa, mithin

diligentiam in doli crimine cadere. Prästation für culpa l. in concr. l. 32. D. dep. 16, 3; — Fiduziar: l. 108 §. 12 D. leg. I l. 22 (23) §. 3. C ad SC. Treb. 36, 1; — gewisse realkontraftlich Obligirte: l. 10 §. 1 D. commod. 13, 6. Si rem inspectori dedi . . si quidem mea causa, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit . . culpam mihi praestabit, si sui causa accepit — l. 17 §. 2 D. praescr. v. 19, 5 — sive ipsius sive utriusque causa (inspiciendum dedi), et dolum et culpam mihi praestandam esse propter utilitatem. —

23) l. 1 §. 1 D. si mensor 11, 6 satis abundeque coerceri mensorum si dolus malus solus conveniatur ejus hominis . . . — sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare . . aber lata culpa dolo comparabitur. Ausdehnung auf Architekten, Auffordanten, Kalkulatoren: l. 7 §. 1 eod.

24) l. 8 §. 3 D. prec. 43, 26 — dolum solum praestat is, qui precario rogavit — culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.

25) Die Feldmessung geschieht mehr beneficii loco als um Lohn (l. 1 pr. cit.), führt nicht jure civili (d. i. auf Grund Vertrages wie gemeine Dienstleistung), sondern lediglich durch den Prätor, wegen falscher Maßangabe, zur in factum actio, und scheint überdies nach dem Wortlaute des Edictes selbst nur im Falle einer fraus der Klage zu verfallen (l. 1 §. 1 cit. — qui civiliter obligatus non est — propter verba Edicti — l. 3 §. 3 eod. — fraudatus a mensore — §. 4 — si mensor fraudaverit me in renuntiatione —); — daß precarium macht das Benefizium, daß es ist (cum totum hoc ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit l. 8 §. 3 cit.) erst dadurch voll, daß es den Empfänger von Sorge befreit, oder wie den Eigenthümer stellt.

26) mit welchem Superlativ (trotz Petri exceptiones II. 23. 57 und vieler Aelteren) keine Gradation der Haftung, sondern nur der Annäherung der culpa levis bald an culpa lata bald an casus ausgedrückt sein will. Hassje §§. 24—26 u. Kap. XII. IV.; insb. C. 97: „man hüte sich Grade und Extreme für eins zu halten.“

wenn nicht weiteres beigefügt wäre auch *diligentia* oder *omnis culpa* zu prästiren sein würde (§. 266 Anm. 10), in gewissen Fällen eine gewisse Modifikation ein: nämlich die, daß die Diligenz nicht schlechthin (*diligentia diligentis patrisf.*), sondern nur soweit als der Obligirte sie in seinen eigenen Sachen übt (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*) zu prästiren sei. Diese Erleichterung nimmt äußerlich bald die Gestalt einer Beschränkung an, indem die Prästation „zwar auch der culpa (mithin auch von *diligentia*), jedoch nicht der *diligentia* schlechthin, sondern nur der *dilig. quam suis* gefordert wird²⁷⁾; bald erscheint sie als Zusatz, indem die Prästation von *dolus, culpa et quantam in suis rebus diligentiam* gefordert wird²⁸⁾. Damit werden geringere Versehen oder Nachlässigkeiten (*levis culpa*) entschuldiget, soferne sie eine in *suis rebus consueta negligentia* sind; *lata culpa* ist nicht nachgelassen, vorausgesetzt auch, daß selbst sie bei dem Schuldigen daheim wäre²⁹⁾; selbst geringe Versehen aber werden, auch wenn er derartige bei sich gewöhnt ist, nicht entschuldiget, wenn sie *aquilische* sind³⁰⁾. Dieser Maßstab der *diligentia in suis* ist das Gegenstück zu dem der *f. g. culpa lata in concreto*. Wird letzterer an diejenigen angelegt, welche grundsätzlich nur *dolum* (und was diesem gleich steht) prästiren, so mißt man mit der *diligentia in suis* diejenigen, welche grundsätzlich auch *culpam*, oder was eins ist, *culpam* und *diligentiam* prästiren; geht man bei der *culpa lata in concr.* von der in eigener Sache bewährten Diligenz aus, so setzt der andere Maßstab in der hergebrachten Negligenz ein; wird jener angelegt, um je nach

27) *z. B. l. 72 D. pro soc. 17, 2. §. ult. J. eod. 3, 26 l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10, 2. — Non tantum dolum sed et culpam . . praestare debet coheres . . Non tamen diligentiam qualem diligens pf. . . (sed) qualem in suis rebus.*

28) *z. B. l. 17 pr. D. j. d. 23, 3 l. 1 pr. D. tut. rat. 27, 3 — praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.*

29) Dies folgt schon daraus, daß *dolus* prästirt wird (Anm. 10–13), wird aber ausdrücklich bezeugt *z. B. durch l. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 24 §. 5. D. sol. matr. 24, 3. Vgl. Haffse zu l. 33 pr. D. adm. tut. 26, 7 S. 256.*

30) Nurmehr eine *levis* und *aquilische culpa* kann gemeint sein, wo *dolus, culpa* und *dilig. quam suis* (§. 266 Anm. 10) prästirt wird.

Befund eine *levis culpa* zur Rechenschaft zu ziehen, so soll dieser allenfalls zur Nachsicht gegen *levis culpa* führen; zur Entschuldigung von *culpa lata* kommt es niemals; nach dem einen Maßstabe erweitert sich die Sphäre des *dolus*, nach dem anderen verengt sich die der *culpa*. Ohne Zweifel wird denn aber auch die Beweislast hier und dort eine konträre sein, dort die Ausdehnung, hier die Verengung behauptet, also dort vom Gläubiger, hier vom Schuldner bewiesen werden müssen³¹⁾. — Nur in Einem Punkte sind sich *culpa lata in concreto* und *dilig. q. s.* nicht konträr; *culpam latam in concr.* prästiren alle, die *culpam latam in abstr.* prästiren; bloß *diligentiam quam suis* prästiren nicht alle die überhaupt *diligentiam* prästiren. Sie findet nur statt in den Obligationen aus der Societät³²⁾, aus Miteigenthum und Miterbschaft³³⁾, Dos³⁴⁾, Vormundschaft³⁵⁾, — in allen diesen Fällen auf Grund der Vorstellung, daß sich oft die Person nach ihrer Aufgabe,

31) Haffe §. 57.

32) Nach §. ult. J. soc. 3, 26 l. 72 l. 52 §. 2 §. 3 §. 11 D. pro soc. 17, 2 ist grundsätzlich festgestellt, daß „auch *culpa*“ zu prästiren sei; in l. 72 cit. aber *diligentia in suis* für genügend erklärt.

33) Grundsätzliche Prästation auch der *culpa*: l. 25 §. 16 § 18 l. 16 §. 4 D. fam. herc. 10, 2; daneben aber Nachlaß der *dilig. quam suis* statt *diligentia diligentis patris*: l. 25 §. 16 cit.

34) Grundsätzliche Prästation auch der *culpa*: l. 17 pr. D. j. d. 23, 3 l. 18 §. 1 l. 25 §. 1 D. sol. matr. 24, 3; Nachlaß der *dilig. quam suis*: l. 24 §. 5 D. eod., l. 11 in f. C. pact. conv. 5, 14 — Uebrigens in l. 17 pr. nicht „Prästation der *culpa*, aber nur *dilig. a. s.*“, sondern „Prästation der *culpa* und *dilig. q. s.*“ Vgl. folg. Anm.

35) Grundsätzliche Prästation auch der *culpa*: l. 1 pr. D. tut. et rat. distr. 27, 3; bestätigt in l. 39 §. 7 l. 57 pr. D. adm. tut. 26, 7 l. 23 C. eod. 5, 37, l. 7 C. arbitr. tut. 5, 51 (wo ausdrücklich *dolus, culpa lata* und *levis*); Nachlaß der *dilig. quam suis*: l. 1 pr. cit.; jedoch in der besonderen Weise, daß Prästation von *dolus, culpa* und *diligentia q. s.* verlangt wird (Anm. 28); außerdem erhehlt der Nachlaß der *dilig. quam suis per contr.* aus l. 53 §. 3 D. furt. 47, 2; gegen die Meinung als ob grundsätzlich nur *lata culpa* zu prästiren sei (wegen l. 33 l. 10, dann l. 7 §. 2 D. adm. tut. 26, 7 l. 2 C. arbitr. tut. 5, 51 l. 2 C. si tut. vel cur. non gesserit 5, 55 l. 20 C. neg. g. 2, 19), s. Haffe §. 71 §. 73; auch l. 5 §. 7 D. adm. tut. 26, 7 sagt nur, daß Tutoren jedenfalls, auch wenn sie als unverantwortlich ernannt sind, *bonam fidem* (d. i. *dolum* und *culpam latam*), nicht daß sie stets nur so viel prästiren müssen. — Die Erben der Vormünder prästiren nurmehr *latam culpam* derselben: l. 10 c. de hered. tut. 5, 54 l. 39 §. 6 D. adm. tut. 26, 7 cf. l. 8 pr. D. fidej. tut. 27, 7 l. 4 D. magistr. conv. 27, 8. Haffe §. 72 §. 75.

hier dagegen die Aufgabe nach der Person richten müsse; die Motive aber, weshalb sich gerade in diesen Fällen die Aufgabe nach der Person richtet, können verschiedene sein: Unfreiwilligkeit der Uebernahme (*munus tutelae*)³⁶), Vielgestaltigkeit, Langwierigkeit der Aufgabe (in allen 4 Fällen möglich), Fraternität (Societät) u. a. m.³⁷).

§. 268.

Insonderheit von custodia.

Ist sicher, daß innerhalb der Obligationen¹⁾ custodia den Schutz von körperlichen²⁾ Sachen gegen jede Gefährde, welche nicht von dem Hüter selbst herrührt³⁾, und gegen welche ein Schutz noch denkbar ist⁴⁾, bedeute⁵⁾, so kann andererseits

36) Darum volle Strenge wenn sich der Vormund zugebrängt hat — l. 53 §. 3 D. furt. 47, 2.

37) s. darüber B.-Hollweg a. a. O. S. 570 fg. Das „qui parum diligentem socium sibi admisit, de se queri debet, h. e. sibi imputare debet“ (§. 9 J. soc. 3, 26) dürfte mehr zur Beruhigung des Damnikfaten, als zur Entschuldigung des Damnikfanten gesagt sein.

1) Ueber custodia im Besitze s. Bd. 1 S. 494 fg.; nun auch Pernice, *Labeo* II. S. 339. a. custodia als Besitzform.

2) ob bloß von beweglichen (Pernice a. a. O. S. 360, V. 19)? Bedenke Häuser und incendium: l. 27 §. 9 D. ad leg. Aq. 9, 2 „negligenter custodierit“ — insonderheit die insula custodienda und combusta in l. 12 (11) D. peric. et comm. 18, 6, den Waldbrand l. 29 D. loc. 19, 2; den fundus custodiendus in l. 60 §. 3 D. leg. III. — Sklaven von normaler Art sind, wenn nichts anderes ausgemacht ist, kein Gegenstand der custodia: l. 21 l. 36 §. 1 D. r. v. 6, 1 l. 5 §. 6 D. commod. 13, 6 §. 3 J. emt. 3, 24. Haffe S. 328 fgg. Vgl. unten §. 269. Anm. 30 a. G.

3) Haffe, S. 282 Anm. 2 — etwas anderes der Schade, den der vom Obligirten aufgestellte Wächter stiftet: l. 41 D. loc. 19, 2.

4) Zwar gibt es „kein Ereigniß, welches unter allen Umständen die Möglichkeit einer Verschuldung des Debitor, auch einer bloß mittelbar einwirkenden, auszuschließen vermöchte“ (F. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung S. 236 oben); allein Unfälle, gegen welche keine custodia denkbar ist, gibt es doch — wie z. B. gegen Erdrisse (*chasma*) — l. 11 D. peric. 18, 6) und trotz der Blitzableiter weithin gegen den Blitz. Gegen dieses *damnum fatale* und gegen diese *vis major* (*divina*) — l. 25 §. 6 D. loc. 19, 2) hört nicht bloß die Haftpflicht (Pernice, S. 346, 3.), sondern die custodia selbst auf. Ein anderes sind Ereignisse, gegen welche custodia zwar denkbar, aber nicht durchführbar ist (*custodiri posse* — l. 41 D. loc. 19, 2), wosern man nicht von jedem Unternehmen (z. B. Seefahrt) absehen will, oder außerordentliche Mittel (wie z. B. eine Schutzwache gegen Einbruch) zur Verfügung hat. Auch sie, ja sie zumeist sind unter dem *damnum fatale*, und der *vis major* gedacht (z. B. l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9 — *si quid naufragio, aut per vim piratarum*

nicht zugegeben werden, daß dieses Hüten und Bewahren eine bloße species diligentiae sei⁶⁾. Dieser Behauptung widerspricht zuvörderst die Sprache: da sonst die diligentia in custodiendo oder die diligens custodia⁷⁾ ein Fleiß im Fleiße, oder die negligentia, culpa in custodiendo⁸⁾ ein Unfleiß im Fleiße sein müßte⁹⁾; sofort das Recht: denn in diesem gibt

perierit —). Daß auf sie die „custodia“ = Haftpflicht sich erstrecke, ist zwar ungewöhnlich, allein, weil eine custodia gegen sie denkbar ist, nicht unmöglich (l. 55 pr. D. loc. 19, 2 und unten §. 269. 2, a.); sie ist ungewöhnlich, weil das damnum fatale unverschuldet ist, und immerhin mag man sagen, daß umgekehrt jedes unverschuldete damnum ein fatale oder Zufall (casus) sei l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2. Goldschmidt, das rec. nautt. in seiner Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 89 fgg.); nichts destoweniger werden wir die Folgerungen, welche (Goldschmidt a. a. D. S. 93 §. 6 hieraus für das rec. nautarum zieht, nicht alle theilen können. Wenn adversus vim custodia parum proficit (l. 31 pr. D. a. e. e. v. 19, 1), so unterliegt die Fatalität, welche vis ist, einer gewissen Relativität, auf welche auch die vis major hinweist. Mit dieser Relativität im Zusammenhange mag die Haftpflicht aus dem receptum sich denn doch tiefer in den casus hinein erstrecken als Goldschmidt annimmt (§. 269 zu Anm. 31).

5) also nicht bloß Sicherung gegen das „Abhandenkommen der Sache“ d. i. Verlust der Sache, sondern auch gegen deren Untergang und Beschädigung durch Dritte (damno ab alio dato: l. 41 D. loc. 19, 2), Thiere (§. 3a. J. emt. 3, 23 z. B. Mäuse: l. 13 §. 6 D. loc. 19, 2), Elemente (Anm. 2) — überhaupt „Bewahrung einer Sache gegen äußere d. h. außer unserm eigenen Thun sich ereignende Unfälle, welche die Sache auf irgend eine Weise in ihrem Werth herabsetzen oder sie doch dem entziehen, für welchen wir sie bewahren sollen“ (Hasse, S. 282). Die Antithese des Abhandenkommens und der Beschädigung als furtum u. damnum s. z. B. l. 5 §. 1 D. naut. 4, 9.

6) Hasse u. a. S. 283. „Alle custodia ist . . . diligentia — custodia ist hiernach nichts anderes als eine besondere diligentia . . . eine species diligentiae“; wesentlich also auch Löhrr, Beitr. zur Theorie d. Culpa S. 99, der auf diesem Punkte „ziemlich geläuterte Begriffe habe“ (Hasse, S. 334). Zur species dilig. macht man sie durch „spezielle“ Richtung auf jene Verwahrung der Sache — dadurch, daß in ihr die diligentia diese spezielle Richtung erhalten habe. So denn auch Buchta §. 266. Arndts §. 86, Seuffert §. 97 Anm. 8, Windscheid §. 265. 2: „Eine besondere Art der diligentia bildet die custodia; custodia ist die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia.“

7) l. 12 (11) l. 2 §. 1 l. 3 D. peric. e. c. 18, 6 l. 5 §. 4 D. commod. 13, 6 l. 1 §. 4 D. o. e. a. 44, 7 §. 2 §. 3 §. 4 J. q. m. re c. 3, 15.

8) l. 27 §. 9 D. ad l. Aq. 9, 2 „negligenter custodire“ l. 1 §. 5 D. o. e. a. 44, 7; l. 14 §. 6 D. furt. 47, 2.

9) Hasse sucht diesem Konflikte dadurch vorzubeugen, daß er (hierin Löhrr folgend) die diligentia in cust. als eine bloße „Umschreibung des Wortes custodia“ bezeichnet. Ist dann die negligentia in custodiendo auch eine bloße Umschreibung von custodia?

es eine Haftung für custodia, die über jeden, auch den höchsten Fleiß hinausgeht¹⁰⁾, und eine, welche hinter dem Fleiße zurückbleibt¹¹⁾; hinwider eine diligentia, welche in der Beschützung von körperlichen Sachen vor allen den Gefahren besteht, vor welchen custodia bewahrt, und welche gleichwol keine „custodia“ ist¹²⁾; endlich die Natur der Sache, indem das custodire eine gewisse Spezies von Handlungen (Postenstehen, Umzäunen, Absperren, Verschließen u.; Kuriren, Repariren u.), mithin unmöglich die Spezies eines Dinges ist, das wie die diligentia keine gewisse Handlung, sondern nur ein gewisses Maß leiblicher oder geistiger Anstrengung (Energie) in einer Handlung oder Unterlassung ist.

Als eine gewisse Art von Handlungen kann das custodire wie jedes andere facere den selbständigen und alleinigen Inhalt einer Obligation bilden¹³⁾, während eine Obligation lediglich auf Diligenz sich nicht denken läßt, diese vielmehr nur eine Modalität im sonstigen Inhalt der Obligation zu bilden vermag. Natürlich kann diligentia die Modalität im Inhalte einer Obligation auch dann bilden, wenn dieser in einem custodire besteht; ist Jemand diligentem custodiam oder exactam diligentiam ad custodiendum u. dgl. mehr schuldig, so liegt darin keine nichts-sagende Umschreibung der

10) l. 55 pr. D. loc. 19, 2 — (dominus horreeorum) effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit — vgl. l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9 — hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res perit, vel damnum datum est — cf. l. 5 eod. — custodiae nomine tenentur. — Baron, Archiv f. civ. Pr. Bd. 52 (Dilig. exactissima, diligentissimus pf., oder die Haftung für Custodia) bringt diese letztere Haftung mit diligentia exactissima in Verbindung (§. 3 cf. §. 1 §. 2). S. indessen unten Num. 21. — Näheres §. 269. 2. a.

11) Dies ist die minus plena der l. 2 §. 1 D. peric. e. comm. 18, 6 Custodiam autem . . . qualem praestare . . . oporteat, utrum plenam ut et diligentiam praestet, an vero dolum duntaxat videamus? l. 1 §. 5 D. o. e. a. 44. 7. Is — apud quem aliquam rem deponimus . . . etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est; . . . in eo solo tenetur, si quid dolo perit.

12) so wenn es wahr ist, daß z. B. der negotiorum gestor „custodiam“ weder hat, noch prästirt. S. unten §. 269 S. 268.

13) l. 1 pr. D. dep. 16. 3. Depositum est quod custodiendum alicui datum est. — Uebernahme einer custodia zufolge Mandat l. 1 §. 13 eod., oder gegen Lohn l. 40 D. loc. 19, 2, oder aus Anlaß der Ehe in Ansehung der Paraphernen l. 9 §. 3 D. j. d. 23, 3.

custodia (Anm. 9), sondern eine nothwendige nähere Bestimmung des Inhalts der Obligation; denn ist Jemand custodiam schuldig, so kann er ebensowohl bloß dolum und culpam latam als culpam schlechthin, oder culpam und diligentiam (in custodiendo) prästiren müssen (Anm. 7—11), wie wenn er für einen Hausbau oder die Besorgung eines Rechtsgeschäftes haftet. Und dieses gilt nicht bloß da wo Jemand lediglich custodiam übernimmt, sondern ebensowohl für den Fall, da Jemand neben anderweitigen Leistungen ausdrücklich oder stillschweigend auch custodiam auf sich nimmt¹⁴⁾; auch hier ist erst der Grad der Energie zu bestimmen, mit welchem custodia exhibirt werden muß. Ward custodia ausdrücklich, aber ohne nähere Bestimmung¹⁵⁾ übernommen, so war es Sache der Auslegung (voluntatis quaestio), ob damit die „volle“ (Anm. 11), d. i. diligente, oder die leichtere custodia, oder allenfalls noch mehr als die volle custodia übernommen sei (Anm. 10). — Allerdings nun läßt sich ein engerer Sprachgebrauch nachweisen, nach welchem custodia schlechthin diligentem custodiam bedeutet¹⁶⁾ und es also folgericht z. B. vom Depositar heißt, daß er custodiam gar nicht prästire¹⁷⁾; allein

14) wie z. B. der Briefbote in l. 14 §. ult. D. furt. 47, 2 neben dem Botendienste noch custodiam ausdrücklich übernimmt, während sie der Schiffer zc., Walker, Schneider stillschweigend neben denjenigen Leistungen übernimmt, für die er bezahlt wird: l. 5 D. naut. 4, 9.

15) Von dem Fall da speciell darüber ob diligens, oder eine geringere oder höhere custodia zu prästiren sei, Abrede getroffen wird, handelt l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1.

16) z. B. l. 10 §. 1 D. commod. 13, 6.

17) f. §. 17 J. act. 4, 1 (Gaj. III, 207) l. 10 §. 1 D. commod. 13, 6 gegen l. 1 §. 5 D. o. e. a. 44, 7 (Anm. 11) wiederholt in §. 3 J. qu. m. re c. 3, 15 — „weiterer und engerer Sprachgebrauch“ Haffe, S. 284, S. 336 Abs. 1 — „vulgärer und technischer Sinn“ (nach Vöhr), Haffe, S. 336, S. 343. Daß nach der engeren Ausdrucksweise die negligentem custodia gar nicht mehr custodia ist, scheint zu der Vorstellung als ob custodia nichts als diligentem custodiam sei, wesentlich beigetragen zu haben. S. z. B. Seuffert §. 97 Anm. 8. „Soll die dilig. auf die Verwahrung einer Sache gerichtet werden, so wird gesagt, man hafte für custodia — ähnlich Arnolds §. 86, Buchta §. 266, Windscheid §. 265, Anm. 2. Zu der Thatfache aber, daß custodia schlechthin diligentem custodiam zu bedeuten pflegt, hat allem Anscheine nach der Umstand geführt, daß nur wer diligentem custodiam zu prästiren hat in Ansehung der furti actio den dominus ausschließt (§. 269 Anm. 5. 20). Durch die Berechtigung zur furti actio wird die custodia aus einem Dinge, das

daß die custodia eine species diligentiae sei ist auch mit diesem „engeren“ Sprachgebrauche nicht bewiesen. Denn angenommen selbst, daß jener geringere Schutz, wie ihn z. B. der Depositar der bei ihm eingestellten oder niedergelegten Sache gewährt oder allein zu gewähren braucht, nirgends custodia hieße, und custodia ohne diligentia gar nicht zu denken wäre, so läge in der custodia doch nur eine Anwendung oder ein Fall, mit nichten eine Art des Fleißes¹⁸⁾. Nun aber heißt durchaus nicht überall bloß die sorgfältige Hut custodia¹⁹⁾; auch ist custodia in keinem bloß vulgären oder unjuristischen Sinne gefordert, wenn der Depositar wegen Preisgebung der deponirten Sache, oder weil er ihr nicht so viel Unterkunft und Schutz angedeihen läßt wie seinen eigenen Sachen, haftet²⁰⁾. Endlich aber kann man, wie schon bemerkt, in der custodia noch etwas ganz anderes versprechen als Diligenz (§. 269, 3. a).

Ist die custodia keine species diligentiae, so kann sie an und für sich auch keine exactissima diligentia²¹⁾, ferner auch nicht bloß die auf Verwahrung oder Schutz gerichtete diligentia²²⁾ sein. Daß sie „technisch“ eine über diligentia hinausgehende Prästation²³⁾ bedeute, oder was auf

Jemand soll, zu einem Dinge das Jemand zugleich hat und ein solches ist nur die diligentiam in custodiendo fordernde custodia §. 269 1, a.

18) wie z. B. im „Studium“, oder in der „Hexenjagd“, oder in der „Erstürmung“ auch nur Fälle oder Anwendungen der diligentia auf Erlernung, Erbeutung, Eroberung gewisser Dinge, aber keine verschiedenen Arten der diligentia enthalten sind.

19) z. B. I. 1 §. 35 D. dep. 16, 3.

20) Einen nahliegenden Vergleich mit dem custodire bietet das gleichfalls im Inhalte der Obligationen vorkommende eligere (z. B. seitens des Pächters in servis inducendis, in ministeriis eligendis l. 11 pr. D. loc. 19, 2 l. 27 §. 9 D. ad leg. A. q. 9, 2. Auch hier möchte man von eligere gern nur in Verbindung mit einer gewissen diligentia in eligendo sprechen, und doch wird man das eligere keine species diligentiae nennen wollen. In der That kommt eligere denn auch nirgends identisch mit diligenter eligere, wohl aber gerne in Verbindung mit culpa (culpa in eligendo) vor.

21) eine Eigenschaft die ihr Baron a. a. D. für einen großen Kreis von Fällen beilegt, die er jedoch am Ende seiner Abhandlung bereits auf eine Garantiehaftung zurückführt (S. 94) und in seinen Pandekten §. 237 nicht mehr hervorhebt.

22) s. die oben Anm. 6 u. 17 Agff.

23) Windscheid §. 265 Anm. 2 a. G. §. 264 Anm. 9. f.

dasſelbe hinausläuft, daß die über *diligentia* hinausgehende *custodia* die „*custodia* ſchlechtthin“ ſei ²⁴⁾, ſcheint nicht minder fraglich (Anm. 11). Daß *custodia* ſo wie wir meinen etwas neben der *diligentia* geweſen ſei, iſt neueſtens ausgeſprochen worden; allein dem ſoll nur urſprünglich ſo geweſen ſein; in hadrianiſcher Zeit ſei die *custodia* in *Diligenz* aufgegangen, und bei dieſem Dogma, der *species diligentiae* nemlich, müſſe man ſich beruhigen ²⁵⁾.

In folgendem fragt ſich 1. Wann überall haftet der Obligirte für *custodia*? 2. Wie weit erſtreckt ſich die Haftung für *custodia*?

§. 269.

Nicht Jeder, der zur Leiſtung einer körperlichen Sache obligirt, oder wegen ihres Verluſtes oder ihrer Beſchädigung haftbar iſt, präſtirt auch „*custodiam*.“ Man findet z. B. nirgends, daß der Promiſſor ex *stipulatione*, oder der negotiorum geſtor oder der Protutor, oder auch nur der Tutor „*custodiam*“ präſtiren, wohl aber wie ſich zeigen wird das Gegentheil. Liegt alſo in der Obligation an ſich, und darin, daß ſie eine körperliche Sache in ihrem Inhalt hat, alſo an und für ſich *custodia* möglich iſt ¹⁾, nicht auch ſchon die Haftung für *custodia*, ſo erſcheint letztere als Gegenſtand einer beſonderen Haftung und muß denn auch nach beſonderen Gründen derſelben geſucht werden.

Da unterliegt es nun

1) keinem Zweifel, daß dieſe beſondere Haftung durch ein beſonderes Bedinge (*pactum conventum*) auch für diejenigen Obligationen begründet werden kann, in denen dieſelbe ſonſt nicht enthalten wäre ²⁾; um ſo fraglicher aber iſt

2) in was für Obligationen *custodia*, körperliche Sachen im Inhalte der Haftung vorausgeſetzt, ſtillſchweigend mit enthalten ſei. Man wird aber annehmen dürfen, daß

24) Baron, Pand. §. 237.

25) Pernice, *Labeo* II. S. 346. 2 u. S. 359. 18.

1) worauf es namentlich Haſſe §. 76 ankommen zu laſſen ſcheint. —

2) l. 14 §. ult. D. fart. 47, 2 l. 9 §. 3 D. j. d. 23, 3 cf. 3a. J. e. e. v. 3, 23 l. 5 §. 6 D. commod. 13. 6 l. 55 pr. D. loc. 19, 1.

a. Alle, die für eine fremde, aber mit Willen und Willen des Herren in ihren Händen befindliche Sache haften, in und mit dieser Haftung stillschweigend auch custodiam übernommen haben. Der Beweis liegt in der actio furti, welche, von Eigenthümern und dinglich Berechtigten abgesehen, denjenigen zusteht, welche für custodia der gestohlenen Sache haften³⁾ und im konkreten Falle den Verlust auch büßen müssen⁴⁾, jedoch ohne ihn durch dolus oder culpa lata verschuldet zu haben⁵⁾; heißt es aneben, daß diejenigen, welche für eine fremde, jedoch nicht mit dem Willen des Herren in ihren Händen befindliche Sache haften, die actio furti nicht haben, trotzdem sie ihren Verlust ohne dolus und lata culpa verschuldet haben und diesen auch prästiren müssen⁶⁾, so kann der Grund weshalb ihnen actio furti abgesprochen wird, u. E. nur darin gefunden werden, daß sie custodiam nicht hatten⁷⁾, — daß wer die fremde Sache nicht mit Willen ihres Herren in Händen hat, auch nicht custodiam hat. Freilich erscheint damit die custodia als ein Gegenstand nicht nur der Beschwer= niß und Verpflichtung, sondern auch des Vertrauens und der Berechtigung⁸⁾, als etwas das man nicht nur auf sich nehmen, sondern auch bekommen⁹⁾ muß. Leute, die ohne den

3) l. 10 §. 1 D. commod. 13, 6 — et custodiam praestabit, et ideo furti habebit actionem — l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2 (qui pecus pascendum aestimatum accepit) furti actionem habet, quia custodiam praestare debet — l. 14 §. 15 D. furt. 47, 2 . . . competit ei . . . furti actio . . . quia et custodia . . . ad eum pertinet — §. 10 eod. — patrem . . . agere non posse, quia custodiam praestare non debeat — vgl. pr. in f. §. 1 eod.

4) l. 14 §. 6 eod. — si culpa mea: quia interest, eo quod teneor — arg. §. 3 eod. — u. die Ann. 3 citt. II.

5) l. 14 §. 3 D. furt. 47, 2 — non debet ex dolo suo furti quærere actionem §. 8 eod.

6) l. 86 (85) l. 54 (53) §. 3 D. furti 47, 2. Verkauf bei J. Mommsen I. S. 33 fg.

7) Haffe sucht den Grund darin, daß die in l. 86 l. 53 §. 3 citt. aufgeführten Personen sich zuge drängt haben, oder nur dilig. quam suis prästiren (S. 318 fg.); allein das ist nicht der in diesen Stellen selbst angegebene Grund; er ist der, daß sie nicht ex voluntate domini tenent.

8) s. die custodela beim alten familiae emtor: Gaj. II. 104. Vgl. oben S. 268 Anm. 17 a. E.

9) In l. 38 pr. D. damni inf. 39, 2 ist, mit unverkennbarer Beziehung auf Verwahrung des Hauses durch damni inf. stipulatio, von custodiam tradere die Rede; — auf das Bekommen weist auch das „Übernehmen“ (recipere, suscipere custodiam) hin, von dem öfter als

Willen des Herren in die Detention fremder Sachen kommen, mögen dadurch, daß sie die Sache zuhanden nehmen, gewissermaßen re für jeden Schaden haftbar, und dadurch, daß die Sache infolge ihres Zugreifens verloren, oder zu Grunde geht, auch schuldig werden; allein dieses Schuldigwerden ergibt sich aus ihrer Verschuldung (culpa), ohne daß sie custodiam bekommen und auf sich genommen haben ¹⁰⁾. Als solche Leute erscheinen nach l. 86 und l. 54 §. 3 citt. negotiorum gestores, Protutoren, Tutoren und Kuratoren. Selbst an Tutoren und Kuratoren ist custodia nicht abgegeben; wird gestohlen, so ist actio furti beim Mündel (dominus), bei dem auch custodia verblieben war. Nur mit der custodia, nicht schon mit Obligirung zur Diligenz, geht actio furti vom Herren auf den Detentor über ¹¹⁾. Als Leute dagegen, welche mit der Detention fremder Sachen von deren Herren auch custodiam überkommen und übernehmen, erscheinen Schiffer, Wirth und Stallhalter ¹²⁾, Vermiether von Lagerhallen ¹³⁾, Werkmeister ¹⁴⁾, Miether ¹⁵⁾, Commodatare ¹⁶⁾, Mandatare ¹⁷⁾, Socii ¹⁸⁾, Pfandgläubiger ¹⁹⁾. Diese Personen haben, da sie auch levem culpam in custodiendo prästiren, auch actionem furti (ll. citt.); der Praefarist und Depositär bekommen und übernehmen zwar auch cu-

vom „Versprechen“ (repromittere c.) die Rede ist: f. §. 3a J. e. e. v. 3, 23 l. 55 pr. D. loc. 19, 2 l. 14 §. ult. D. furt. 47, 2 gegen l. 9 §. 3 D. j. d. 23, 3.

10) l. 54 (53) §. 3 cit. — licet culpa ejus res perierit.

11) Außer den Ann. 3 citt. ll. f. namentlich l. 1 §. 4 D. furti adv. naut. 47, 5. Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet — u. vgl. zum salvum f. r. die custodia in l. 5 pr. D. naut. 4, 9.

12) Ann. 11.

13) horrei locatio: l. 1 l. 4 C. loc. 4, 65 vgl. l. 55 pr. l. 60 §. 6 §. 9 D. loc. 19, 2.

14) conductor operis: fello, sarcinator l. 5 pr. D. naut. 4, 9 l. 12 pr. l. 48 §. 4 D. furti 47, 2 cf. §. 15 §. 16 J. obl. quae ex del. 4, 1.

15) §. 5 J. loc. 3, 24 l. 14 §. 12 D. furt. 47, 2 l. 28 C. loc. 4, 65.

16) §. 16 J. obl. q. ex del. 4, 1 §. 2. J. q. m. re 3, 14 l. 5 §. 5 D. commod. 13, 6 arg. l. 14 §. 10 D. furtis 47, 2.

17) arg. l. 14 §. 9 eod. l. 5 §. 4 D. p. v. 19, 5. Briefboten müssen custodiam ausdrücklich übernehmen oder einen Lohn bekommen: l. 14 §. ult. D. furt. 47, 2.

18) diese nicht schlechtthin: arg. „si pecus aestimatum (pascendum) accepit“: l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2.

19) §. 4 J. q. m. re c. 3, 14 l. 14 §. 16 D. furt. 47, 2.

stodiam, prästiren aber, sofern nichts weiteres hinzu kommt, nur *dolum* und *latam culpam* in *custodiendo*, und haben so weit auch nicht *furti actionem* ²⁰⁾.

b. Wer zur Leistung einer ihm selbst gehörigen Sache obligirt ist, haftet in der Regel so wenig für *custodia*, als wer eine ohne den Willen des Herren in seiner bloßen Detention befindliche Sache an jenen zu restituiren verbunden ist. Von einer Haftung für *custodia* z. B. bei demjenigen, dessen Obligation, etwa zufolge Stipulation, in *dando* besteht, enthalten die Quellen keine Spur ²¹⁾. Eine Ausnahme bildet der Verkäufer in Ansehung der noch nicht tradirten Sache; er haftet für *custodia*, gleichviel ob er Eigenthümer ist, oder nicht ²²⁾ — aus Gründen die sich denken, aber nicht behaupten lassen ²³⁾. Was Erbschaft und Vermächtnisse anlangt, so sucht man *custodia* bei den Fiduziaren ²⁴⁾; beim Erben, der mit einem Vindikations- oder Damnationslegat beschwert ist, wird man sie niemals finden ²⁵⁾.

3) Den Grad der Haftung für *custodia* anlangend, kann zuvörderst

a. auch dieser durch besonderes Bedinge bestimmt sein, insonderheit da, wo sich Prästition der *custodia* und ein gewisser

20) l. 14 §. 11 D. furt. 47, 2 — *Plane post interdictum redditum puto eum (qui precario rogavit) etiam culpam praestare: et ideo et furti agere posse.*

21) Auch hier wie Anm. 10 kann *culpa debitoris* die Sache verloren gehen, ohne daß man an eine Haftpflicht für *custodia* zu denken braucht, oder von mehr als *culpa* die Rede wäre: z. B. l. 37 D. v. o. 45, 1 l. 107 D. solut. 46, 3.

22) l. 35 § 4 D. c. e. 18, 1; l. 2 §. 1 l. 12 (11) D. peric. e. c. 18, 6 l. 31 pr. l. 36 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 14 pr. §. 1. D. furt. 47, 2. Auf den verkauften Sklaven erstreckt sich in der Regel die *custodia* nicht: §. 268 Anm. 2 §. 269 Anm. 30 a. C.

23) etwa weil die Sache *voluntate* dessen, dem die Sache gewissermaßen bereits gehört, dennoch beim Verkäufer bleibt?

24) l. 23 (22) §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 108 §. 12 D. leg. I. sprechen jedoch nur von *culpa*.

25) Baron folgert für den Fall des Vindikationslegates den höchsten Grad der *custodia* aus angeblicher Verwandtschaft des also Querirten mit dem *negotiorum gestor*, und nimmt für den *damnatus* wenigstens gemeine *custodia* an; allein der *negotiorum gestor* hat selbst keine *custodia*, in l. 47 §. 5 D. legat. 1 ist nicht bloß von Vindikationslegaten, und sowohl in l. 47 §. 5 cit. als l. 26 §. 1 eod. ist nur von *dolum* und *culpa* die Rede.

Grad derselben stillschweigend verstünde, durch *pactum conventum* eigens geregelt werden ²⁶). Der Verabredung, daß da, wo sonst *diligens c.* zu prästiren ist, nur *dolus* (und *culpa lata*) in *custodiendo* prästirt werden solle, steht nichts im Wege, während die Freisprechung auch des *dolus* und der *culpa lata* in *custodiendo* der des *dolus* überhaupt gleichförmige und nichtig sein müßte (§. 267 Anm. 7—13). Andererseits nun aber ist eine Steigerung der *custodia* bis zu dem Grade möglich, daß die Prästation des Verlustes selbst für den Fall übernommen wird, da derselbe ohne jede Schuld oder trotz aller Diligenz des Obligirten eintritt. Wie jede andere Leistung kann man nämlich auch die der *custodia* in der Art versprechen, daß ihre Nichtleistung unabhängig von Schuld oder Nichtschuld des Promittenten prästirt werden muß ²⁷). Bei einem solchen schlechthin auf den Effect der *custodia* d. i. das Bewahrtsein oder Bewahrtbleiben gerichteten Versprechen würde Promittent im Falle buchstäblicher Auslegung einen jeden Verlust und Schaden prästiren müssen, gegen welchen überhaupt noch eine *custodia* denkbar wäre (§. 268 Anm. 4); auf Schuld oder Unschuld käme nichts an; der Grund seiner Verantwortlichkeit wäre nicht *culpa*, sondern Versprechen (s. g. Garantieversprechen). Ein solches Versprechen käme der Uebernahme des *casus* nahe, nicht gleich ²⁸); in ihm würde zwar nicht bloß aller mögliche Fleiß in der Verwahrung der Sache, sondern die Verwahrung selbst, oder Effect, Ziel und Zweck der Ver-

26) wie z. B. beim Verkaufe stillschweigend *diligens c.* zu prästiren, aber *prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerit* — l. 35 §. 4 D. c. e. Vgl. Goldschmidt S. 111. 1.

27) — und also die Bedingung einer zweiten (Prästations-)Schuld bildet: etwa *hanc rem custoditum iri promittis? si non erit, quanti ea res erit, dare promittis?* cf. l. 115 §. 1 §. 2 D. v. o. 45. 1. — Die *stipulatio rem salvam fore* scheint uns buchstäblich, weil nicht nur auf Bewahrung, sondern den Fortbestand der Sache selbst, und nicht bloß gegen außen, sondern auch gegen den Promittenten selbst gerichtet, noch weiter gegangen und der Uebernahme von *omne periculum* gleich gewesen zu sein; Abschwächung erlitt freilich auch sie. In der Anwendung auf *res pupilli* und *res publica* ist die *stipulatio rem salvam fore* gar nur eine Versicherung der ohne dies bestehenden Pflichten, so denn auch nicht bloß auf *res corporalis* gerichtet (l. 9 l. 11 D. *rem p. salv.* f. 46, 6).

28) wogegen die bei Goldschmidt S. 106 Anm. 93 agff. Autt.

wahrung (*custoditum iri*, vgl. „*incorruptum reddere*“ l. 30 §. 4 D. loc. 19, 2) — allein es würde doch nur custodia, nicht *res*, nicht *omne rei*, sondern nur *omne custodiae periculum* versprochen und übernommen; freilich aus was immer für Gründen sich die Sache als „nicht bewahrt“ erweisen sollte, so oft und so bald wäre das Versprechen verwirkt²⁹⁾. Diesen Sinn eines s. g. Garantieversprechens, keines bloßen Diligenzversprechens, hat in unseren Quellen jedes ausdrückliche und nicht näher bestimmte Kustodiaversprechen³⁰⁾; natürlicherweise; in anderen Fällen als da man *custodiam* einräumte, ließ man sie sich nicht versprechen; was sollte aber das Kustodiaversprechen da wo man *custodiam* ohnedies schuldete bedeuten, als jenes absolute und über *diligentia* hinausgehende *rem custoditum iri*? — Indessen so buchstäblich als es lautete, ward oder blieb dieses Versprechen nicht ausgelegt. Ein Kreis von Fällen, in denen man immer noch sagen konnte, „die Sache sei nicht verwahrt geblieben“, ward

29) Nach dem Muster von l. 4 §. 4 D. *rem pup. s. f.* 46, 6 würde man sagen können *committitur statim stipulatio atque res custodita non esse coeperit*.

30) Unmöglich kann es Garantie- und Diligenzversprechen zugleich sein, wenn anders man mit der „Garantie“ von Diligenz oder culpa abstrahiren will; Baron aber scheint uns diese beiden Dinge zu vermengen, wo er Haftung für *exactissima diligentia* und Garantiehaftung identificirt (Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 94). — Das Kustodiaversprechen kommt in Stipulationsform nicht vor; als *pactum conventum* aber zieht es in Folge der sofort zu besprechenden mildernden Auslegung zwar nicht *omne custodiae periculum*, hinwiederum aber allenthalben mehr als bloße culpa oder *diligentiae praestatio* nach sich: so vor allem das *salvum fore recipere der nautae*, in welchem ein Kustodiagebilde jedenfalls mitbegriffen ist (Ann. 11, die Kustodiagebilde in §. 3 J. emt. 3, 24 arg. e contr. l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1; l. 14 §. ult. D. furt. 47, 2 — *si custodiam ejus rei recepit; et erit in hunc casum similis causa ejus et cauponis aut magistri navis* —; l. 55 pr. D. loc. 19, 2 l. 4 C. loc. 4, 65; vgl. l. 30 §. 4 D. loc. 19, 2, in der das *incorruptum reddere* mehr an das *salvum fore* als das *custoditum iri* mahnt, die Einschränkung aber (*vis und vetustas* — „innerer Verderb“) mitpaktirt ist. — In dem ausdrücklichen Kustodiagebilde des Verkäufers ist namentlich auch die Flucht des verkauften Sklaven mitbegriffen, ein Unfall, der an und für sich als *casus* erscheint und nur unter besonderen Umständen zur culpa des Verkäufers wird: §. 3 J. emt. 3, 24; cf. l. 5 §. 6 D. commod. 13, 6; l. 21 l. 36 §. 1 D. r. v. 6, 1. Haffse S. 328a. Goldschmidt S. 106 II. Pernice, S. 359, 17.

den Fällen, in denen ein schlechthin unvermeidlicher, über jedwede Verwahrung erhabener Unfall, oder das reine *fatum* die Sache verschlungen, verwüstet, zerstört hatte, gleichgestellt; wir meinen die Fälle der höheren, d. i. gemeiner Vorsicht und Gegenwehr überlegenen Gewalt (*vis major*³¹⁾); sie sollten von dem *Custodia*-Versprechen, wosferne das Gegentheil nicht ausdrücklich (Anm. 26) oder stillschweigend (Anm. 37) intendirt wäre, ausgenommen sein³²⁾, während die des reinen *fatums* in ihm vornherein nicht inbegriffen sein konnten. Der Diebstahl fällt nicht unter die *vis major*: es sei nun, daß er nicht als *vis* gilt, oder weil auch die gemeine Vorsicht häufiger gegen ihn aufkommt als unterliegt³³⁾. Stets muß er von dem der *custodiam* versprochen prästirt werden, gleichviel ob er unschuldig oder schuld ist; in der Prästition des *furtum* bewährt sich noch die Unabhängigkeit des *Custodiaversprechens* von Schuld und Unschuld; durch die Ausnahme der *vis major* ist sie gebrochen; gegenüber dem *furtum* steht sie noch auf-

31) *quibus humana infirmitas resistere non potest: veluti incendio, naufragio (ruina) — l. 1 §. 4 D. o. e. a. — aut per vim piratarum — l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9 — vel alio simili casu — diese vis major oder magna, oder divina (l. 2 §. 1 D. per. et c. 18, 6 l. 25 §. 6 D. loc. 19, 2) ist gleich dem major casus (l. 1 §. 4 cit.) und dem *damnum fatale* (l. 3 §. 1 cit.). Allerdings nun gilt die *vis major* überhaupt als *casus* (§. 278) und Gegensatz zur *culpa* (Goldschmidt S. 90, insb. l. 7 §. pr. D. ed. 2, 13 l. 13 §. 1 l. 30 D. pign. act. 13, 7 l. 2 §. 1 D. peric. 18, 6); allein damit ist nicht bewiesen, daß jeder *casus vis major* und also da wo man *vim majorem* ausnahm, der *casus* überhaupt ausgenommen und der Prästition nur *culpa* übrig gelassen worden sei (vgl. folg. Anm.). Schon an und für sich muß man zwischen Unfällen gegen die man regelmäßig nicht aufkommt, und zwischen solchen gegen die man nur ausnahmsweise nicht aufkommt, unterscheiden. Möglicherweise haben denn auch jene Stellen den *major casus* nicht zum *casus* überhaupt bergemeinern, sondern nur sagen wollen, daß da wo *diligentia* prästirt wird, sicher nur der *major casus* befreie, unterhalb seiner immer noch Zweifel übrig, und der Unschuldbeweis präfer sei. Hieher auch §. 2 J. qu. m. re 3, 14. — Die verschiedenen Ansichten über *vis major* s. Goldschmidt §. 4; — Pernice a. a. O. S. 346. 3 hält gleich uns an einem Unterschied zwischen *damnum fatale* und anderem *casus* fest, findet keine sicher zutreffende Formel für denselben, nimmt aber jedenfalls das große Gebiet heimlicher Beschädigung, vor allem den Diebstahl von dem *damnum fatale* oder der *vis magna* aus.*

32) l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9 und vgl. die Anm. 31 cit. II.

33) Nur ausnahmsweise erscheint das *furtum* als *casus*: l. 30 pr. D. ad l. Falc. 35, 2. F. Mommsen, Beitr. I. S. 245. Anm. 27.

recht³⁴⁾. — Von den Verlustfällen, die der Obligirte nicht verschuldet hat, aber insolge Kustodiaversprechens gleichwol prästirt, müssen diejenigen Verlustfälle unterschieden werden, welche an sich nicht minder *casus* sind, als jene, allein mit einer Verschuldung des Obligirten im Kausalzusammenhange stehen; denn auch das reine *Fatum* kann dem Obligirten zuzurechnen sein³⁵⁾ (s. g. *casus mixtus*). Hier ist dann eine Prästation des *casus* wegen Verschuldung begründet, und diese kann bei jedem *casus*, bei jeder *vis major*, also weithin wo das Kustodiaversprechen nicht mehr hinreicht, platzgreifen. Aus dieser Prästation der *vis major* wegen Verschuldung darf nichts auf Prästation einer *vis major* wegen stillschweigender oder ausdrücklicher Uebernahme von *custodia* geschlossen werden³⁶⁾. —

34) Goldschmidt a. a. D. §§. 4 -6, insb. S. 114. 115 reducirt die *vis major* auf *casus*, wonach ihm jeder *casus fortuitus*, damit auch jeder unverschuldete Vorfall *vis m. ist.* Folgerecht muß ihm auch der Diebstahl *vis major* sein können, und ist er ihm (innerhalb des *receptum nautarum* etc.) auch wirklich *vis major*, wofern er von außen, namentlich also weder durch die eigenen Leute, noch durch die Passagiere und Passanten (*vectores* im Schiffe; *viatores* im Wirthshause) erfolgt ist (l. 1 §. ult. l. 2 D. *naut.* 4, 9); denn in Ansehung des inneren Diebstahls gelte Recipient als schuldig, in Betreff des äußeren als unschuldig. Indessen nur künstlich beseitiget Goldschmidt das „*etiamsi sine culpa ejus res perit*“ in l. 3 §. 1 eod. (S. 96 oben); Passagiere und Passanten sind ein Beispiel, kein Gegensatz der *extranei* (deren es im Schiffe nicht leicht andere gibt); das Einverständnis zwischen Wirthen und Dieben, dem das Edikt auch begegnen wollte (l. 1 §. 1 eod.), läßt eine Einschränkung auf innere Diebe nicht zu; vor allem aber war das *salvum fore recipere*, an welches das Edikt anknüpft (Goldschmidt §. 7), seinem klaren Buchstaben nach über den Unterschied von Schuld und Unschuld erhaben.

35) z. B. *mora solvendi* vgl. §. 268 Anm. 4 ab init. §. 276 Anm.

36) Geht z. B. das Schiff, auf welches der erste Schiffer gegen den Willen des Verfrachters umgeladen hat, ohne jede Schuld des zweiten Schiffers, im Sturme unter, während das erste dabonkommt, so prästirt der erste Schiffer nicht die *vis major* des Sturmes, selbst wenn er *salvum fore* versprochen hätte, sondern *culpam* (es sei nun in *custodiendo* oder *transferendo* — §. 270. 2, insb. Anm. 17). Die Feuersbrunst erscheint als *vis major* (Anm. 31), vor der man, nachdem sie einmal ausgebrochen ist, bald nichts, bald vieles nicht mehr zu retten vermag (eine Distinktion, auf welcher l. 5 §. 4 in f. D. *commod.* 13, 6 beruht — cf. Paul. R. S. M. 4 §. 2. Haase S. 217 fg. Baron S. 69); ihre Veranlassung aber liegt nicht außer dem Bereich der Schuld; ja *sine culpa fieri non potest* (l. 11 pr. D. *per. et c.* 18, 6 cf. l. 30 §. 4 D. *loc.* 19, 2); trüge nun z. B. ein Kommodatar an ihrem Ausbruche Schuld, so würde er, auch wenn ein Kustodiaversprechen inmitte läge, nicht aus diesem, und nicht ausnahmsweise *vim majorem*, sondern *culpam* prästiren.

Haftet der Obligirte schon an und für sich auch für unverschuldeten Verlust, für den durch Diebstahl nämlich (Ann. 39 — 41), so muß ein ausdrückliches Kustodiagedinge, wenn es nicht unnütz sein soll, eine noch weitergehende Haftung begründen ³⁷⁾.

b. Von besonderen Bedingungen abgesehen haftet man auch in *custodiendo* regelmäßig nur für *culpa*, allenfalls für *omnis culpa* (also auch *levis culpa*, *diligentia*), oder aber nur für *dolus* nebst *culpa lata*; übrigens auch hier auch für *culpa lata in concreto*, wenn nur *dolus* prästirt wird; und nur für *diligentia quam suis* wenn zwar nicht bloß *dolus*, hinwider aber auch nicht *omnis culpa* prästirt werden soll. Auch gilt natürlicherweise der Satz, daß wer im übrigen bloß *dolum*, oder wer *culpam omnem*, oder nur seine *Diligenz* prästirt, auch in *custodiendo* nicht anders zu halten sei ³⁸⁾; denn das *custodire* ist eine Leistung wie jede andere in *obligationem* deduzirte Leistung. Abweichungen von dieser Regel lassen sich nur aus besonderen Umständen rechtfertigen und dürfen denn auch da, wo sie wirklich vorkommen, ohne solche nicht gedacht werden. So muß namentlich die ohne besonderes oder ausdrückliches Gedinge (Kustodiaversprechen) zwar vom *damnum fatale* gefreite, dagegen für jedes *furtum* verantwortliche (vgl. Ann. 32. 33), mithin über *diligentia* hinausgrei-

37) Darnach haftet der Vermiether von Depot- und Lagerplätzen infolge ausdrücklichen Kustodiagedinges selbst wegen einer *vis major* (gewaltsamen Einbruches): l. 55 pr. D. loc. 19, 2, l. 4 C. eod. 4, 65, cf. §. 3 J. emt. 3, 23. Goldschmidt, S. 111. b.

38) folgerecht haftet z. B. der Verkäufer (l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1, l. 2 §. 1 l. 3 D. peric. e. c. 18, 6, cf. l. 11 eod.), Kommodatar (l. 3 cit. §. 2 J. q. m. r. c. 3, 14), Pfandgläubiger (§. 4 J. eod. l. 19 C. pign. 8, 14), Miether (§. 5 J. loc. 3, 24) für *diligens custodia* und zwar nicht bloß mit der *dilig. quam suis*, während der Depositar auch in Ansehung der *custodia* nur *dolum* und *culpam latam* in *abstr.* und *concr.* prästirte (§. 3 J. q. m. r. 3, 14, arg. l. 1 §. 35 D. dep. 16, 3 — *si se quis deposito obtulit . . . etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos* —; arg. l. 5 §. 2 D. commod. 13, 6 — *nisi forte et merces accessit* —), und ebenso der Prefarist (arg. l. 14 §. 11 D. furt. 47, 2. Vgl. übrigens hiezu Ann. 20). Folgerecht ferner kann der *Socius*, wo er *custodiam* bekommt, nur *diligentiam in suis* prästiren; arg. e. contr. l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2 (vgl. unten Ann. 40).

fende ³⁹⁾ custodia wenn und wo sie vorkommt ⁴⁰⁾, entweder

39) also auch nicht als *exactissima diligentia* zu bezeichnende (vgl. oben Anm. 30 u. §. 268 Anm. 21) — wiewohl auf eine solche schließlich auch Goldschmidt hinauskommt (S. 369. 3).

40) In Betreff dieser Frage bildet Hassse, der nur *nautas, cauponos, stabularios* also strenge haften läßt, das eine, — Baron, der derselben Strenge Alle unterwirft, welche in Anbetracht körperlicher Sachen *exactissimam diligentiam* prästiren, also namentlich auch *Kommodatäre, conductores rerum, operum*, Pfandgläubiger u. a. m. (a. a. D. §§. 2. 10. Pandb. §. 237 II.), das andere Extrem, während Bernice a. a. D., die custodia von aller Diligenz wenigstens für die ältere Zeit unterscheidend, zwischen Beiden mitten inne steht. Hält man aber fest, daß rücksichtslose Haftung wegen *furtum* das einzige Merkmal dieser strengen custodia sei, so lassen sich als sicherer Fall derselben nur das *receptum nautarum etc.*, und die Vermietung von Depot- und Lagerplätzen (nicht ganzer Lagerhallen — l. 60 §. 6 D. loc. 19, 2) in irgendwelchen unter Verschluß des Vermiethers befindlichen Räumen (*horreis*) bezeichnen; der Fall in l. 52 §. 3. I. pro soc. 17, 2, *qui aestimatum pecus (pascendum) acceperit*, steht dem Obdarge schon nahe. — Daß der *nauta etc.* haftet *etiamsi res sine culpa ejus* (wenn nur nicht *damno fatali*) *perit*, ist sicher (l. 3 §. 1 D. h. t. 4, 9), wenngleich noch nicht überall anerkannt (vgl. darüber Goldschmidt a. a. D. S. 82) Daß das gleiche aber auch für jenen *locator horrei* gelte, kann nach l. 1 C. loc. 4, 65 und *arg. l. 4 eod. l. 55 pr. D. loc. 19, 2* nicht wohl bezweifelt werden. Nicht das gleiche dagegen läßt sich für den *fullo* und *sarcinator*, geschweige für die *conductores operum* überhaupt behaupten. Wohl werden jene in l. 5 pr. D. *nautae* 4, 9 mit den Schiffen *re* zusammengestellt, aber nicht darum, daß sie eine gleichgradige custodia prästiren, sondern weil sie *custodiam* ohne hiefür den Lohn zu bekommen, prästiren. Das Argument aus l. 12 pr. D. *furt. 47, 2* — *semper furti agit fullo* — ist schon durch Hassse entkräftet (S. 351 fg.); hinzusetzen müssen wir, daß wenn „semper“ buchstäblich zu nehmen wäre, die Klage im Widerspruche mit l. 14 §. 3 §. 8 D. *furt. 47, 2* auch wegen *dolo* verschuldeten Verlustes zustehen würde. Daß *Kommodatäre* auch in *custodiendo* mehr nicht als *diligentiam* und namentlich auch den Verlust durch Diebstahl nur im Verschuldungsfalle prästiren, beweist l. 14 §. 10 D. *furt. 47, 2*, wo gerade anlässlich des *Kommodates* die Regel zur Sprache kommt, daß *Kustodient* an dem Verluste schuldig sein müsse, wenn er *furti actionem* haben solle. §. 16 J. oo. *quae ex del. 4, 1* steht dem nach obigem nicht mehr entgegen; Prästation der Diligenz aber, auch der äußersten, schließt die des *casus* aus. Weit entfernt zu behaupten, daß der *Kommodatar* irgend einen *casus* prästire, glaubt §. 2 J. q. m. *re c. 3, 14* wie l. 3 D. *peric. et comm. 18, 6* es erst ausdrücklich sagen zu müssen, daß er *diligentiam in cust.* schlechthin, nicht bloß *dilig. quam suis* prästiren müsse. Nicht anders verhält es sich mit dem *Pfandgläubiger*. Daß er *diligentiam* prästire, „genügt“ — im Gegensatze zu der ihm von Vielen aufgebürdeten *casus praestatio* (§. 4 J. eod. vgl. l. 14 D. *pign. act. 13, 7 eod.*); auch trägt schon Gefahr genug, wer *diligentiam* prästirt; *periculum rei* (l. 14 §. 16 D. *furt. 47, 2*) ist nicht schon *omne periculum* (Hassse S. 420 Anm. 1). Daß er *vim majorem* nicht prästire (l. 13 §. 1 l. 30 D. *pign. act. 13, 7 l. 19 C. pign. 8, 14*), hatte man Anlaß eigens auszusprechen (§. 4 J. cit.); daß er *furtum* schlechthin prästire, ist damit nicht gesagt. Der

auf polizeiliche Motive ⁴¹⁾, oder den muthmaßlichen, vor Alters auch in ausdrücklichen Bedingungen hervorgetretenen Willen der Parteien ⁴²⁾, zurückgeführt werden.

Verkäufer auch von Quantitäten hat nur *plenam*, b. i. *diligentem custodiam*, dabei nicht etwa bloß *diligentiam quam suis* zu prästiren; *fatale damnum* prästirt er nicht, mithin auch nicht *furtum* wenn es sich ohne jede Schuld ereignet (l. 2 §. 1 l. 3, cf. l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1). Bei dem neg. gestor und vermächtnißbeschwerten Erben haben wir überhaupt keine *custodia* (S. 268), geschweige denn die besondere des Schiffers *zc.* finden können.

41) l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9 — *ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum* — cf. l. 1 §. 1 eod. Goldschmidt a. a. D. S. 79 Anm. 41. Vgl. übrigens die folg. Anm.

42) Darf man das den Schiffern *zc.* beigelegte *res salvas fore recipere* (l. 1 pr. §. 6 §. 8 l. 5 §. 1 D. naut. 4, 9 l. 1 §. 4 D. furti adv. naut. 47, 5) als eine von der Zusage „daß den Sachen nichts geschehen werde“ begleitete Uebernahme der Gepäcke *zc.* und jene Zusage als etwas altherkömmliches denken (Goldschmidt a. a. D. III. 97 fg. Pernice a. a. D. S. 347. 4. I.), so hat es bei solcher Uebernahme der Sachen nach obigem (§. 269. 3. a.) kaum jemals an einer das *furtum* — und buchstäblich auch *vim majorem* — in sich fassenden Haftung des Schiffers *zc.* mit entsprechender Klage gefehlt. Warum dann gleichwol eine eigene prätorische Klage, ist um so fraglicher, als das Edict von einem *salvum fore recipere* ausgeht (l. 1 pr. D. h. t. — *quod cuiusque salvum fore receperint . . in eos iudicium dabo*); die Erklärung, daß dieselbe Haftbarkeit auch für die ohne Garantieverprechen erfolgende Uebernahme habe statuiret werden wollen, wird damit unmöglich, wiewohl in der Folge die Klage aus dem *receptum* von diesem Versprechen in der That unabhängig erscheint (Goldschmidt a. a. D. S. 101 fg.). Denkbar dagegen bleibt u. a., daß man den Anspruch auf die Frachtstücke, Effekten *zc.* von dem übrigen Kontraktverhältnisse ablösen und also leichter exquirbar machen wollte. (Anders Goldschmidt a. a. D.). — Daß übrigens auch diese Klage von dem muthmaßlichen Willen der Parteien nicht schlecht hin Umgang nahm, erweist sich aus der Möglichkeit von Gegengebungen (l. 7 pr. D. h. t. 4, 9), eine Stelle, die zwar die Haftbarkeit der Schiffer *zc.* aus *furtum* und *damnum* ihrer Leute betrifft, aber *a potiore* auch auf das *receptum* angewandt werden muß. Goldschmidt a. a. D. S. 334). An sich ging aber die Zusage des *rem salvam fore* noch über die der *custodia* hinaus (s. oben Anm. 27), wiewohl die Basiliken sie mit Uebernahme der *custodia* überlesen (lib. 53 t. 1 Nro. 31, 53, 6) und auch Goldschmidt und Pernice der Ansicht scheinen, daß unter diesen Worten von je nichts anderes als *custodia* versprochen wurde. Daran, daß es späterhin, da das *damnum fatale* von demselben ausgenommen zu sein pflegte, mit dem *Kustodiansversprechen* gleichbedeutend wurde, ist nicht zu zweifeln. — Daß dieselbe Haftung bei der *horrei locatio* auf ein altübliches *Kustodiansversprechen* zurückführe, läßt sich nicht beweisen, wohl aber vermuthen; wenigstens lag das Bedürfniß nach einem solchen für den Einleger hier nicht minder nahe, als bei der Uebergabe von Waaren oder Effekten dort.

Haftung für die Verschuldungen Dritter.

§. 270.

Kommen Schadensstiftungen innerhalb einer Obligation ¹⁾ durch Schuld Dritter vor ²⁾, so erstreckt sich, von etwa hierauf gerichteten singulären Gesetzen ³⁾ und von besonderen Bedingungen ⁴⁾ abgesehen, die Haftung des Obligirten auch auf diese Verschuldungen nur unter der Voraussetzung, daß die Verschuldung des Dritten zugleich als seine Schuld erscheint; ist dann die Verschuldung des Dritten auch ihrem Grade nach von der Art, daß sie in dieser Obligation zur Praestation kommt, so liegt ihre Praestation dem Obligirten ob ⁵⁾. — Als eigene Verschuldung des Obligirten erscheint aber

1) nicht außerhalb einer Obligation wie allenfalls die noxalem actionem gegen den Gewalthaber begründenden Delikte der Sklaven, Hausfinder S. 215. II. Von der Praestation solcher unerlaubter fremder Handlungen handelt Waentig, Haftg. f. fremde unerll. Hh. 1875.

2) so daß also Dritte die Leistung, für die ich hafte, unmöglich machen, oder entwerthen, oder zum Nachtheil des Gläubigers ausführen § 266. 1. a. G.

3) Strenge genommen ist von den gewöhnlich hieher bezogenen Satzungen wohl keine gerade hierauf gerichtet: nicht das Edict über die Haftung der nautae, cauponae, stabularii aus furtum und damnum ihrer selbst und ihrer Leute (D. furti adv. nautas etc. 47, 5 cf. l. 6 l. 7 D. naut. 4, 9); denn hier handelt es sich nicht bloß um übernommene (in der Obligation zwischen dem Schiffer etc. und Passagier etc. befindliche) Sachen; — nicht das Edict über das receptum nautarum (D. 4, 9): denn dieses betrifft zwar nur „recipirte“, also in obligatione befindliche Sachen und erstreckt die Haftung auf jedes furtum und damnum, ob es nun vom Uebernehmer selbst oder von Dritten begangen wird; allein daß dieser demnach auch für Dritte haftet, tritt zurück und ist nur Folge davon, daß er custodiam im Sinne versprochener custodia (§. 269. 2. a.) schuldet.

4) s. 3. B. l. 11 pr. D. loc. 19, 2 — etsi nihil convenit — l. 30 §. 4 eod. Hieher auch das ausdrückliche die Verschuldungen Dritter in weitestem Umfange in sich fassende Rustodiagebänge (s. unten No. 3).

5) Der Grundsatz, daß der Obligirte selbst Schuld tragen müsse, um wegen dolus und culpa Dritter auskommen zu müssen, ist in älterer Zeit und noch von Haffe S. 405 fg., neuerdings von F. v. W hß, Haftung für fremde Culpa 1867 S. 71 und Waentig S. 1, S. 90, anerkannt; heute läßt man nicht selten und nicht bloß ausnahmsweise auch ohne eigene Schuld haften: Jhering, Jahrb. Bd. 7 S. 84 fg. Ubbelohde, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 7 S. 199 fgg. — indessen gerade da, wo wir eigene Schuld vorfinden, s. unten l. — Im Uebrigen vgl. zum Texte noch unten Anm. 14, 24 26. 29.

1. die Verschuldung Dritter, deren sich der Obligirte zur Ausführung oder Herstellung einer übernommenen Arbeit (opus) bedient ⁶⁾. Nicht schon daß er dieses thut, ist seine Schuld; wohl aber wird, was seine Gehilfen thun, so wie sein Verdienst, auch seine Schuld. Diese sind nur Mittel und Werkzeuge für ihn selbst; und so wenig er die Mängel der Arbeit oder die Schäden der Sache zc. auf seine todten Werkzeuge schieben darf ^{6a)}, so wenig kann er die Schuld der lebendigen von sich ablehnen. Namentlich hilft ihm der Einwand, daß er in der Auswahl und Beaufsichtigung seiner Genossen Alles gethan, nichts; es zeigt sich ex post, daß er es in irgend etwas, es sei nun in der Auswahl, Leitung oder Aufsicht habe fehlen lassen ⁷⁾; nicht bloß seitens der Gehilfen, sondern auch seinerseits ist etwas versehen worden, wenn das Werk durch Schuld der Gehilfen nicht gelingt ⁸⁾.

6) Hauptstelle: l. 25 §. 7 D. loc. 19, 2 Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque (Hal. eorumve) quorum opera uteretur, culpa acciderit. Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Haloanders Lesart spricht nur unzweideutiger aus, was sich auch nach der Florent. und gemeinen Lesart, und zwar mit innerer Nothwendigkeit versteht (Abbelohde, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 7 S. 276 §. 16). Dies bestätigen auch die Basiliken XX, l. h. l. und Schol. 7. Was dann folgt: „daß keine culpa vorliege, wenn alle Sorgfalt aufgeboten sei“, ist nicht bloß auf das Verhalten des Unternehmers, sondern auch auf das seiner Gehilfen zu beziehen. Vgl. Haffe, S. 409: „oder thun es die Leute nicht“. Anders will Goldschmidt die Stelle verstanden wissen: Ueber das rec. nautt. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 94 S. 362. Unterstützend: l. 41 eod. „Sive ipse custos (d. i. der vom conductor custodiae aufgestellte Wächter) damnum dedit; denn auch die verbundene custodia (l. 40 eod.) ist opus und jener custos ebenso leicht Gehilfe, als Transmissar (No. 2). Auch hiegegen Wyß, S. 101 fgg., Windscheid, §. 401 Num. 5.

6a) vgl. l. 5 §. 7 D. commod. 13, 6.

7) Nicht selten erscheint die culpa in eligendo in den Quellen als etwas ipso facto oder ex post bewiesenes: z. B. l. 21 §. 3 D. neg. g. 3, 5 nicht zuvor die Frage, ob Mandant sorgfältig gewählt, und dann der Entscheid über die Haftung; sondern zuerst die Haftung, und dann als Grund quod imprudenter eum elegeris. Ebenso l. 11 zu l. 10 §. 1 D. commod. 13, 6, l. 60 §. 7 in fin. D. loc. 19, 2; hieher auch l. 23 pr. D. pro soc. 17, 2 — quia difficile est negare culpa ipsius admissum.

8) Daraus, daß die Herstellung des Werkes übernommen wurde, (Burchar di), dürfte allerdings nicht zu erklären sein (Windscheid, „—

Ein Unternehmen, zu dessen Ausführung der Uebernehmer sich mehr oder weniger fremder Beihilfe bedient, ist die Verfrachtung von Personen und Gütern⁹⁾. Für die Seefracht besteht, auf Grund des praetorischen Ediktes und nach dem Gesichtspunkte der custodia (receptum), eine noch weitergehende, über den Unterschied der eigenen und fremden Verschuldung, ja über die Verschuldung selbst erhabene, dagegen auf Frachtgüter beschränkte Haftung des Schiffers¹⁰⁾. Für die Landfracht dagegen hatte, was die Verschuldung der Bediensteten des Fuhrmanns anlangt, nach r. R. der Satz zu gelten, daß was diese verschulden, seine Schuld sei. War es „deutsches Gewohnheitsrecht“, daß der Frachtführer für sein Dienstpersonal unbedingt hafte¹¹⁾, so lag darin kein Gegensatz, sondern Uebereinstimmung mit dem römischen Recht¹²⁾. Anstatt vom Gesichtspunkte der Einheit zwischen dem Unternehmer und seinen Gehilfen läßt sich eine Haftung des Fuhr-

in keiner anderen Weise als der Leihende“ –); davon, daß vertragsmäßig, wengleich stillschweigend (Puchta), oder daß gegen eine Affekuranzprämie (Abbe!ohde) die Gefahr übernommen werde, geben die Quellen keine Andeutung; wogegen Rechtfertigung der eigenen Schuld in den Stellen verwandten Inhalts Ann. 7. Unserer Ansicht im wesentl. Burghardi, über d. Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von O. 1861 S. 220 fgg. Haffe, Goldschmidt, Wyß, Windscheid lassen den conductor auch nur wegen eigener Schuld hafte; allein ihnen liegt die Schuld des Meisters nicht schon in der der Gesellen oder im vitium der Werkzeuge; sie muß (als eine culpa in eligendo, inspicendo) erst eigens demonstirt und erwiesen werden. Freilich legt Wyß den Beweis nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner (als Beweis des Freiseins von Schuld) auf (S. 115 unten, vgl. Puchta, §. 267 a. G. F. Mommsen, Beitr. III. S. 20).

9) Nichts als eine Verfrachtung ist auch der Transport in l. 25 §. 7 cit. Ann. 6. — Mit Abbe!ohde a. a. O. S. 220 §. 6 fgg. treffen wir hiernach insonderheit was locatio e. operis anlangt, im Resultate zusammen; allein weder können wir uns in alle die Kategorien fügen, in die er die verschiedenen Interventionen Dritter zerlegt; noch meinen wir was den Grund der Haftung für die Gehilfen anlangt, zu der Affekuranzprämie (ebendas. §. 15) greifen zu müssen.

10) Vgl. oben Ann. 3 und §. 269 Ann. 40. Daß die Haftung des Schiffers aus dem receptum auch für bloßen Sachtransport (nicht bloß für den Fall, daß der Verfrachter mitreist etc.) gelte, wird nun doch anzunehmen sein; arg. l. 3 §. 1 D. h. t. 4, 9 cf. l. 1 §. 12 D. exerc. 14, 1. Müller, über die de recepto actio. 2. Aufl. S. 10. Goldschmidt, a. a. O. S. 62 fg.

11) Goldschmidt, a. a. O. S. 362.

12) Dagegen Goldschmidt, a. a. O.

manns für sein Personal auch vom Standpunkte der custodia aus (No. 3) erbringen; allein diese geht bei der Landfracht, von besonderem Bedinge abgesehen, nicht über diligentia in custodiendo hinaus (§. 269 S. 274b.), und macht den Fuhrmann also nicht für alle Verschuldungen seiner Leute verantwortlich, wie der Gesichtspunkt der Einheit; die Motive aber welche zu der Schärfung der custodia bei der Seefracht führten, waren für unsere Landfracht kaum zutreffend¹³⁾. Gleichwol hat das deutsche Handelsgesetzbuch den Frachtführer zunächst (Art. 395) vom Standpunkte der custodia aus gefaßt und diese nach dem Vorbilde des receptum nautarum, cautionum, stabulariorum normirt, dann aber denselben zum Ueberfluß auch noch nach jenem anderen Gesichtspunkte der Haftung für die Verschuldung seiner Leute unterworfen (Art. 400).

Locatio conductio operis bietet nur den gewöhnlichen, nicht den einzigen Fall dieser Art. Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung kann nur auf den Umfang der Praestation¹⁴⁾ von Einfluß sein. Was von den Gehilfen bei der conductio operis gilt bis auf ein gewisses auch von dem zu bestimmten verdungenen Sklaven, Kinde (s. oben Anm. 7); in einem weiteren Sinne des Wortes ist auch der verdungene Gehilfe des Verdingers, im Erwerbe nämlich^{14a)}; —

2. die Verschuldung Dritter, an welche der Obligirte das ihm selbst obliegende Geschäft oder Werk (opus) eigenmächtig weiter begibt, oder die er an seiner Statt handeln läßt. Beispiele sind der Vormünder, der ohne letztwillige oder obrigkeitliche Theilung der Vormundschaft, oder ohne letztwillige oder

13) Vgl. Goldschmidt, a. a. O. §. 13 insbes. S. 356 fgg.

14) ob der Obligirte nicht etwa bloß dolum und culpam latam, und darum auch Namens der Gehilfen nicht mehr prästire (s. oben zu Anm. 5). Ganz andere Bedeutung allerdings gewinnt der Unterschied der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit von dem Motive der Affekuranzprämie aus (Abbelohde, S. 282 unten).

14a) So kommt der Herr für den verdungenen Eseltreiber auf in l. 60 §. 7 D. loc. 19, 2; nur wenn der Miether letzteren ausgesucht, mindert sich die Haftung; hat sich der Sklave selbst verdungen, so haftet der Herr nur adjektivisch: l. cit. Hieher auch l. 5 §. 8 und §. 10 in fin. D. instit. 14, 3. Zu diesen beiden Stellen s. auch unten Anm. 35.

obrigkeitliche Entbindung von der Gestion seine Mitvormünder allein handeln läßt¹⁵); der Mandatar, der ohne Substitutionsvollmacht, der negotiorum gestor der überhaupt Dritte mit der Ausführung des übernommenen Geschäftes betraut¹⁶), der Frachtführer, der ohne den Willen des Absenders an einen Andern aufgibt¹⁷), der Socius, der nach dem Societätsvertrag einen Sonder socius für seinen Theil aufnimmt¹⁸). Regelmäßig dagegen nicht hieher gehört wer das dare, tradere, restituere mittelst Dritter (Boten, Post) ausführt¹⁹). Eine Weiterbegebung oder Ueberlassung der Geschäfte und Arbeiten an Dritte ist zwar nicht schon an und für sich culpa²⁰); allein

15) es sei nun, daß er ihnen einzelne Geschäfte (l. 8 §. 4 D. mand. 17, 1) oder die ganze Vormundschaft aufträgt (l. 55 pr. §. 2 D. adm. tut. 26, 7), oder sich mit ihnen abtheilt (l. 5 D. mag. conv. 27, 8) oder der Administration sich überhaupt enthält (l. 55 pr. cit. l. 35 D. excus. 27, 1 l. 2 C. si tut. v. cur. non gess. 5, 55 l. 2 C. hered. tut. 5, 54.

16) l. 8 §. 3 D. mand. 17, 1 l. 21 §. 3 l. 28 D. neg. 3, 5.

17) l. 13 §. 1 D. loc. 19, 2 l. 10 §. 1 D. leg. Rhod. 14, 2. Das invito te Labeo's in l. 13 §. 1 erscheint bei demselben Labeo l. 10 §. 1 als ein cum id sciret te fieri nolle. In diesem Falle erscheint dann wohl die Umladung selbst als culpa, wornach sich Praestation nicht bloß der culpa, sondern auch des casus, der dem 2. Schiffer begegnet, rechtfertigt (§. 269 Anm. 36). Die Note des Paulus (l. 10 §. 1) entschuldigt aber den ersten Schiffer auch hier und befreit ihn vom periculum casus, wenn die Schiffe beide und ohne Schuld untergehen, oder wenn ihn echte Noth (öffentliche Sperre — ein Termin mit Strafversprechen — Erkrankung — unverschuldeter Leck) zur Umladung zwang. (Aber war die echte Noth nicht schon von Labeo selbst ausgenommen — nulla necessitate coactus —?).

18) l. 19 — l. 24 D. pro soc. 17, 2.

19) Daß man anstatt in eigener Person zu „bringen“, „schicken“ (vgl. Thering, an dem oben S. 107 Anm. 22 cit. D.), pflegt stillschweigend zugestanden zu sein. Vgl. unten No. 4.

20) wie Abbelohde, a. a. O. S. 219 rubrikmäßig von „unbefugter Zuziehung von Personen“ und einem „Verschulden“ redet, daß z. B. schon darin liege, daß der Vormünder den Mitvormünder handeln läßt. Nun entspringt zwar aus dem officium des Tutor ein emere debere (statt mandare) l. 8 §. 4 cit., ein universa negotia curare debere, gerere debere l. 5 cit.; allein genug daß dieses officium individuum und periculum commune ist (l. 55 pr. cit. vgl. l. 11 pr. D. ad munic. 50, 1): auf Grund dieser Gesamthaftung haben die mehreren Vormünder im übrigen freie Hand; nur jener ordo conventionis, welcher zu Gunsten des lektwillig oder obrigkeitlich von der Gestion Entbundenen eingeführt ist, kommt unserem Nichtgerenten nicht zu statten. (l. 55 §. 2 l. 35 l. 2 citt. in fin.) Freilich si qua . . sunt, quae cum geri debuerint omissa sunt, latae culpa ratio omnes aequaliter tenet (l. 2 cit.). Allein das folgt aus dem periculum commune, nicht aus vorausgehender culpa des Nichtgerenten.

wer dermaßen eigenmächtig Dritte anstatt seiner handeln läßt, muß folgeredht was sie thun oder lassen als wie von ihm gethan oder versäumt betrachten lassen ²¹⁾. Darauf daß er bei ihrer Auswahl und Beaufsichtigung Alles gethan, kann er sich wieder nicht berufen; er hat ex officio oder kontraktmäßig das Geschäft oder die Leistung selbst, nicht Auswahl oder Beaufsichtigung zu praestiren. Wohl wird ihm vorgeworfen, daß er solchen Leuten sein Vertrauen geschenkt u.; allein wiederum geschieht dies ex post, nach dem Erfolg, nicht nach der Art der Auswahl ²²⁾. Anders wenn dem Vormund bloße Beaufsichtigung, dem Mandatar Substitution, dem Fuhrmann Weiterverfrachtung ausdrücklich oder stillschweigend nachgelassen wäre; hier wäre mehr nicht als culpa in eligendo, inspiciendo zu praestiren ²³⁾. — Unter den hieher gehörigen Fällen zählt auch der, da ein Mentor weiterbegibt. Aber da dieser selbst nur dolum malum praestirt, kommt nur ein solcher auch in der Person seines Substituten in Betracht ²⁴⁾. Folgeredht wird auch das Faktum des Sonder socius nur insofern praestirt werden müssen, als es der Socius, von ihm selbst begangen, zu praestiren gehabt hätte. Der Depositar haftet auch nur wegen dolus und culpa l. des Aferdepositars; allein da seine Haftung sich auf Klagencession beschränkt ²⁵⁾, scheint er freie Hand zur Weiterdeponirung haben, und nur etwa dolum und c. l. in der Wahl des Depositar selbst praestiren zu sollen ²⁶⁾; —

3. die Verschuldung Dritter, welche der Obligirte in Gemäßheit der ihm anvertrauten custodia zu verhüten hatte, und nicht verhütet hat. Umfang und Grenze dieser Haftung richten

21) s. das Anm. 20 cit. „latae culpa ratio omnes aequaliter tenent“ — ferner: l. 21 §. 3 neg. g. cit. „ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit tu mihi praestes“ l. 21 pro soc. cit. „factum ejus praestabitur societati.“

22) l. 21 §. 3 cit — quod imprudenter eum elegeris — l. 2 §. 1 D. si mentor 11, 6 — quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti — l. 23 pr. D. pro soc. 17, 2 — culpa ipsius admissum Vgl. oben Anm 7.

23) arg. l. 5 D. magistr. conv. 27, 8 — quum sciret, pupillo non cautum esse — l. 13 §. 1 loc. l. 10 §. 1 lege Rhod. citt. — si minus idoneae navi imposuit — in navem deteriolem —

24) l. 2 §. 1 D. si mentor 11, 6.

25) l. 16 D. dep. 16, 3. Weiteres hierüber S. 285 fg.

26) vgl. Ubbelohde, a. a. O. S. 234.

sich nach dem Grade, bis zu welchem der Obligirte *custodiam* schuldet. Wäre sie derart absolut bedungen, daß Wahrung gegen alles, wogegen eine solche überhaupt denkbar ist, versprochen wäre (§. 269 S. 270), so fiel schlecht hin jede Verschuldung Dritter auf den Promittenten zurück, auf Grund des Versprechens, ohne Rücksicht auf eigene Schuld oder Nichtschuld. Wäre er als Schiffer oder Gastwirth aus dem *Receptum* haftbar, so träte ihn (aus dem *Receptum*) von allen denjenigen Verschuldungen Dritter, die der *vis major* angehören, keine, außerhalb dieser aber jedwedes von Dritten gestiftete *damnum* und *furtum* 27). Von ähnlicher Wirkung wie das absolute ist das einfache *Custodiagedinge* da wo sich *custodia* und Haftung wegen Diebstahls von selbst versteht, — von ähnlicher wie das *Receptum* da, wo es mit Ausnahme „der Gewalt und inneren Verderbs“ gemacht wird 28). Wäre *custodia* nur stillschweigend in die Obligation mitaufgenommen, so träfen den Obligirten die Verschuldungen Dritter nur insoferne eine praestationsmäßige *culpa in custodiendo* an ihnen schuld wäre 29). Unter diese *culpa in custodiendo* fällt namentlich die Verschuldung in der Zulassung, Auswahl, Verwendung, Beaufsichtigung der Familie, des Gesindes, der Gäste auf dem unserer *custodia* zufolge Verpachtung, Verkaufes u. anvertrauten Gute 30).

4. Verschuldungen Dritter, welche sich nurmehr als Folge der von Seite des Obligirten unterlassenen, aber schuldigen Diligenz oder auch nur gemeinen Ehrlichkeit (*dolus*, *culpa lata*) darstellen. Die eigene *culpa* des Obligirten ist hier leicht wieder eine *culpa in eligendo*, z. B. in der Absendung des Boten, den er nach eigener, aber lässiger oder unredlicher

27) Vgl. oben §. 269 S. 272.

28) l. 55 pr. l. 30 §. 4 D. loc. 19, 2 — wo die von Dritten begangene *extraria vis* (*effractura*) praestirt wird.

29) — wo dann die Verschuldung des Dritten wieder *culpa* des Obligirten ist — z. B. l. 11 D. peric. e. c. 18, 6 l. 27 §. 11 D. ad l. Aq. 9, 2 l. 5 §. 13 D. commod. 13, 6.

30) z. B. in Betreff des auf das Pachtgut zu bringenden Gesindes (*in inducendis*) l. 11 pr. D. loc. 19, 2. — in Betreff der Verwendung desselben (*in eligendis ministeriis*) l. 27 §. 11 D. ad l. Aq. 9, 2, insonderheit als Hüter, Hirten (*custos*) selbst (l. 41 D. loc. 19, 2 — *sive ipse custos damnum dedit* —); arg. l. 11 D. per. et comm. 18, 6.

Wahl schickte, während ihm Sorgfalt oder doch Ehrlichkeit in der Uebersendung oblag³¹⁾, oder den er blindlings zum Boten machte, da er nur als Mahner geschickt war³²⁾.

Wo nach all dem die Verschuldung Dritter den Obligirten selbst trifft, muß er auch selbst praestiren, zahlen; mit bloßer Klagedeclaration kann er sich nicht helfen³³⁾. Andererseits ist der Satz, daß überall hier die Verschuldung Dritter zugleich seine Schuld oder Verschuldung sei, nicht dahin zu verstehen, daß er nun selbst Dieb zc., und also auch mit Strafflagen zu verfolgen sei³⁴⁾; vielmehr soll nur gesagt werden, daß er an dem von Dritten gestifteten Schaden nicht unschuldig, oder daß mit dem Eintritte desselben ein Schuldversprechen seinerseits verwirkt, derselbe mithin von ihm zu decken sei. Also ward er, wenn ein eigener Sklave, Hausjohn innerhalb seiner (des Vaters zc.) Obligation den Schaden stiftete, nicht bloß adjektivisch, sondern suo nomine belangbar³⁵⁾.

31) l. 10 §. 1 in f. — si sui causa accepit, — l. 11 D. commod. 13, 6 — qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit — l. 12 eod. — si mei causa, dolum tantum. l. 20 eod. — si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur — wonach dann aber wohl auch Labeo in l. 20 §. 2 D. praeser. v. 19, 5 culpam in eligendo voraussetzt. l. 45 §. 1 D. fam. herc. 10, 2 — nisi si domini culpa in hoc erat, quod non idoneum servum rei communi applicuerit.

32) wohin l. 12 §. 1 D. commod. 13, 6 zu verstehen sein dürfte. S. dagegen Baron, Haftung für cust. Arch. f. civ. P. Bd. 52 S. 71.

33) l. 23 D. soc. 17, 2 l. 21 §. 3 D. neg. g. 3, 5 — non in hoc tantum — l. 11 pr. D. loc. 19, 2 — adversus eos etc Der Depositär in l. 16 D. dep. 16, 3 braucht nur zu cediren, wird aber auch nicht als selbstschuldig zu denken sein. S. oben zu Anm. 25. 26. und unten zu Anm. 36.

34) so ist z. B. die legis Aquiliae actio in l. 27 §. 11 D. ad l. Aq. 9, 2 nur als noxalis zu denken.

35) l. 11 pr. D. loc. 19, 2 — utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur? Mibi ita placet . . . ut culpam . . . eorum . . . praestet suo nomine. argg. l. 27 §. 11 D. ad l. Aq. 9, 2 — noxae dedere . . . ita si culpa colonus careret — l. 60 §. 7 D. loc. 19, 2 — Si ipse se locasset, ex peculio duntaxat et in rem v. . . l. 3 §. 3 D. naut. 4, 9 — noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur — Die l. 5 §. 8 D. instit. act. 14, 3 in der nur von quasi institoria und furti et injuriarum actio (noxalis Gloss.) die Rede ist, gehört u. G. nicht hieher, da der dominus (libitinarus) nicht selbst contrahirt hat, die Verschuldung des Dritten (servus pollinctor) nicht innerhalb der Obligation desselben plattgreift. Das Gleiche gilt von §. 10

Wo der Obligirte bloß eine Klage zu cediren hat, trägt er selbst keine Schuld³⁶⁾. Aber auf welche Weise, muß man fragen, kommt Jener da, wo er keine Schuld hat, also nichts zu praestiren braucht und insoweit nicht belangt werden kann, seinerseits zu einer Klage? fehlt es ihm nicht an dem dazu nöthigen Interesse?³⁷⁾ geräth man nicht in *principii petitionem*, Cession einer unbegründeten Klage gewährend? — oder gar in einen *circulus inextricabilis*, die Klage der Zwischenperson aus ihrer Cessionsverbindlichkeit, und letztere aus jener begründend³⁸⁾? Indessen wird es in allen den Fällen, da die

eod., insoweit sie von der Verschuldung des (kaufmännisch bediensteten und) quassinktorisch kontrahirenden *discipulus* handelt, während der Schluß der Stelle von einer Ermächtigung nicht zu Kontrakten, sondern nur zur Uebergabe der Stoffe (*credere*) an die Arbeiter (*operarii*) zu reben und also Haftung aus der Verschuldung der Gehilfen nach Maßgabe unserer No. 1 anzunehmen scheint. Vgl. zu dieser dunkeln Stelle übrigens Thöl, Handelsrecht §. 33 Anm. 4. Sollte an *imperaret* gleichwol zu bessern sein, so ließe sich, in Verbindung mit dem *mihi* und *me* im Schlußsate auch an *imperarem* denken. Zum *procurator* vgl. I 5 §. ult. und I 6 eod.

36) I 8 §. 10 D. mand. 17, 1 — *sufficere, si mihi hac actione cedas* — I 10 §. 1 eod. — *at si culpa caveri non curaverit, condemnabitur.* arg. I 23 pr. D. pro soc 17, 2. Vgl. oben Anm. 25. 26.

37) vgl. I 27 28) D. neg. g. 3, 5 — *Titii autem interest, quantum is sejo praestare debet, cui vel mandati vel n. g. nomine obligatus est* — *quia id ei abesse videtur in quo obligatus est* — I 14 D. si quis caut. 2, 11 — *propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris . . . nihil interest sisti* —

38) nach Art Ulpian's und Julian's in I 8 §. 3 I 14 pr. D. mand. 17, 1, wenn man dieselben mit OAGR. Dr. Zimmermann (Neues Arch. f. Handelsr. Bd. 1 Jahrg. 1858 S. 74 fg.) auffaßt. Es liegt hier dieselbe Frage vor, welche, aus Anlaß der wieder Ulpian'schen I 38 D. evict. 21, 2, in der Haftung des Pfandgläubigers wegen Eviction aufsteht, in der Dissertation von F. Frhr v. Moreau (über Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache, S. 28 fgg.) so eben eine eingehende Untersuchung erfahren, und schon die Glosse zu I 38 cit. zu der Bemerkung veranlaßt hat: *Mirabile est, quod dedit pigneraticiam contrariam actionem, cum ea cedenti sit inutilis.* — Wir nun möchten I 8 §. 3 D. mand. 17, 1 nicht hieher zählen; allem Anscheine nach betrifft diese Stelle den Fall, in welchem ein Mandatar (ohne Substitutionsvollmacht) weiter mandirt und eben darum die culpa des Aftermandatars auf sich gezogen hat (s. oben 2., insb. Anm. 16); folgerichtig hat er dem dominus nicht bloß zu cediren, sondern zu praestiren; *tenetur* ist hier gleich dem oben Anm. 36 gesagten *condemnabitur*. Ferner liegt auch kein „Zirkelschluß“ vor, trotzdem er „*habebit mandati actionem, quia ipse tenetur; tenetur autem quia agere potest*“; denn es gibt Thatfachen, welche sich gegenseitig Ursache und Wirkung zugleich sind; wie z. B. ein gewisser

Klage zu cediren ist, bei näherem Betracht an dem erforderlichen Interesse nicht fehlen: man wird nur nicht zuerst nach dem Interesse und dann nach der Klage, sondern zuerst nach der Klage und dann nach dem Interesse fragen müssen³⁹⁾.

Vergnügungsort die Frequenz des Tramway, und der Tramway die Frequenz des Vergnügungsortes zur Folge hat. So in unserem Falle Belangbarkeit hier und Klagerecht dort. Das gleiche gilt von dem Julianischen Doppelgrunde in l. 14 pr. eod. (Gegen all das aber Zimmermann a. a. D. S. 74 fgg.). Was von l. 8 §. 3 cit. gilt auch von l. 28 D. neg. g. (wogegen Derselbe S. 77), etwa auch von l. 81 (80) pr. D. furt. 47, 2. — Dagegen hat der Depositar in l. 16 D. dep. 16, 3 durch Weiterdeponirung nichts verschuldet: sonst würde er nicht bloß cediren, sondern praestiren müssen; wie er ohne eigene Verantwortlichkeit gleichwol zu der zu cedirenden Klage komme, ist die Frage — hier wie in dem verwandten Falle der l. 38 cit., da der Pfandgläubiger an den Käufer *pignoraticiam a. contrariam* cedirt, während er selbst die *Eviction* doch nicht zu praestiren braucht, also für sich keinen Grund zur Klage hat. Damit nun, daß man unserem Depositar zc. eine culpa, die er selbst nicht begangen oder nicht zu praestiren hat, „zur Last legt“, um ihn gewissermaßen ideell praestations-schuldig, und damit aktions- und cession-sfähig zu machen, wie das Zimmermanns (a. a. D. S. 72) und auch Moreau's (S. 30 §. 11) Grundgedanke zu sein scheint („für entschädigungspflichtig zu erklären“ S. 31), setzt man u. G. nur die eine Willkür an Stelle der anderen. Gewiß ist, daß eine derart ideelle Belastung dem Belasteten nichts schadet (s. denselben), und daß ihm darnach namentlich auch die Cession keine Unkosten macht (l. 38 cit.: — *quod sine dispendio creditoris futurum est* —); allein daß in diesem „es schadet ihm nichts“ nicht etwa bloß die Entschuldigung dafür, daß eine Klage gegen den Pfandgläubiger zc. plaggreift, sondern der Grund und das Objekt für diese Klage überdies gegeben sein soll (vgl. Moreau a. a. D.), ist zum mindesten sehr bedenklich. In l. 38 cit. praestirt creditor „*quam habet adversus debitorem actionem*“; *habet autem contrariam p^m actionem* — nicht erst bekommt er sie, dem Käufer zulieb.

39) Die Frage nach dem Interesse, und ob in Ermangelung desselben eine Obligation, Aktien möglich sei (§. 239), entsteht erst, wenn das Objekt der Haftung, der Gegenstand einer Verbindlichkeit nicht schon an und für sich etwas pekuniäres ist. Die Restitution der deponirten Sache ist ein unzweifelhaft pekuniärer Gegenstand und wird um ihrer selbst willen, ganz abgesehen von dem subjektiven Interesse des Deponenten zum Gegenstand einer Verbindlichkeit, Klage, Kondemnation (cf. l. 3 §. 1 D. v. o. 45, 1 — *hic non quaerimus cujus intersit*. l. 38 §. 17 eod. l. 38 D. rec. 4, 8.) Nirgendes wird actio, condemnatio depositi etwa vom Eigenthum des Deponenten abhängig gemacht; ebensowenig davon, ob er selbst periculum rei trägt oder nicht. Hiernach bedarf die Cession unseres Depositars keiner weiteren Rechtfertigung. Minder einfach erklärt sich l. 38 D. evict. 21, 2, da man nicht annehmen kann, daß der Gläubiger, dessen Forderung durch den Verkauf zur Zahlung gelangt ist, und der dem Käufer wegen Eviction „nicht haftet“ (s. denselben Ulpian l. 11 §. 16 D. a. e. e. v. 19, 1), etwa deswegen, weil *res aliena* verpfändet worden, mit Erfolg klagen kann. Vielleicht aber dachte Ulpian, daß dem Gläubiger, dem nun einmal *res aliena* verpfändet worden, *pign. act. contraria ipso jure* zustehe (l. 9 pr. l. 16 §. 1 l. 32 D. *pign. act.* 13, 7 l. 6 C. *si aliena res* 8, 15), und also auch cedirbar sei; daß aber gegen Einreden wider

M o r a .

D. de usuris, et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus, et mora 22, 1.

§. 271.

Begriff.

Als mora debitoris (solvendi) ist mora in einem engeren Sinne des Wortes¹⁾ eine innerhalb von Obligationen platzgreifende Verschuldung (§. 265). Sie ist eine Verschuldung. Ihren Begriff verrückt wer da sagt, Verschuldung sei eine Voraussetzung der mora²⁾. Gegen ihren Begriff aber geht es, wenn man sie als etwas Schuldloses oder Unschuldiges darstellt³⁾. Sie heißt culpa⁴⁾, — sie ist etwas das

welche der Cedent selbst allerdings nicht aufzukommen vermöchte (l. 54 D. pign. act. 13, 7 — in quam actionem veniet quod interest actoris), der Cessionar immerhin aufkomme (umso mehr als er ja auch utilem actionem anstrengen kann, l. 12 §. 1 D. distr. pign. 20, 5). In derselben Weise wären dann auch die Cessionen in l. 3 §. 1 D. tribut. 14, 4 und l. 61 D. adm. tut. 26, 7 zu erklären. — Auch auf ein weiteres oder anderes Interesse, als der Cedent selbst hatte, kann der Cessionar mit der cedirten Klage nicht klagen. Von den bei Zimmermann S. 73 — 77 für das Gegentheil citirten Stellen (l. 8 §. 10 l. 10 §. 1: l. 8 §. 3 D. mand. 17, 1; l. 14 D. si quis caut. 2, 11 l. 81 §. 1 D. v. o. 45, 1; l. 28 D. neg. g. 3, 5) ist u. G. keine für ihn, wohl aber l. 14 und l. 81 §. 1 cit. positiv gegen ihn; wenn hier der Procurator seine aus der stipulatio sisti erlangte Klage an den dominus cedirt, kann letzterer mit der cedirten Klage allerdings auf sein Interesse klagen, allein nur deswegen, weil die stipulatio des procurator nicht auf ein (nicht vorhandenes) eigenes, sondern auf ein fremdes Interesse, nämlich das des Herren, gerichtet erscheint (ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius sed ad domini utilitatem relatam interpretemur — l. 14) — non suam sed ejus cuius negotium gessit utilitatem in ea re deduxisse (l. 81 §. 1), das Interesse des Principals also in der zu cedirenden Klage vornehmlich begriffen ist.

1) im Gegensatz zu einer lediglich „Verzug“ (3. B. l. 24 pr. D. h. t. l. 5 D. off. procons 1, 16 Kniep, die Mora d. Schuldners, 1871 Bd. 1 S. 4) oder diem, tempus (3. B. l. 79 pr. D. cond. 35, 1 Kniep, S. 6) bedeutenden „mora“ —

2) 3. B. F. Mommsen, Beitr. zum Oblig. R. 3. Abth. d. Lehre v. d. Mora nebst Beiträgen zu d. Lehre v. d. Culpa. §. 3 §. 8 u. etwa Windscheid, P. §. 277. 3 im Vergleiche zur Rubrik „Voraussetzungen“.

3) wie Kniep, der sie zwar für den Anfang an die „Voraussetzung“ von dolus knüpft, für die Folge aber von jeder Schuld entbindet §. 30. §. 40 a. G.

4) wenn auch nur einmal: l. 91 §. 3 D. v. o. 45, 1; indirekt übrigens auch in l. 9 §. 1 D. h. t. Vgl. hierzu und zu Anm. 5 und 6 M. Voigt, an dem S. 249 Anm. 3 agf. D.

„am Schuldner liegt“ ⁵⁾), nicht ohne Wissen und Wollen desselben ⁶⁾), also auch nicht ohne Zurechnung desselben eintritt, — sie wirkt endlich mit zum Theil so drückender Folge, daß man diese für eine Strafe, die Mora selbst also für eine Verschuldung erachten muß ⁷⁾).

Die Mora ist Verschuldung, und zwar eine eigene Spezies des durch culpa im weitesten (dolum, culpam, und moram in sich fassenden) Sinne des Wortes ⁸⁾ ausgedrückten Genus von Verschuldungen. Nicht nur also vom dolus, sondern auch von der dem dolus als Fahrlässigkeit entgegengesetzten culpa (culpa im engeren Sinne) ist sie verschieden. Von diesen beiden letzteren Arten der Verschuldung unterscheidet sie sich zuvörderst durch die Art des Uebels oder der Schädigung, die dem Gläubiger zugefügt wird; denn während bei dolus und culpa die Leistung in ihrem Gegenstande unmöglich, entwerthet, oder in ihrer Ausführung zum Nachtheile des Gläubigers gewendet wird (§. 250), besteht der Schade hier in einer Verzögerung der Leistung (Hinhaltung des Gläubigers — moram facere creditori ⁹⁾ — frustratio ¹⁰⁾). Zweifels- ohne ist sie aber auch im Punkte der Zurechnung von anderer Art als dolus und culpa; wenigstens kommt bei ihr Arglist, Fahrlässigkeit, oder gar eine Unterscheidung von grobem oder leichtem Versehen nirgends in Frage ¹¹⁾); überhaupt wird

5) „per te factum est, quominus dares“ l. 5 D. r. cr. 12, 1, l. 23 D. v. o. 45, 1, l. 21 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1.

6) l. 5 cit.

7) man denke nicht sowohl an das jusjurandum in litem, als an die Praestation des casus, und vgl. im übrigen Bangerow, §. 588 Num. 1, aber auch Kniep, I. S. 409.

8) l. 91 §. 3 D. cit.

9) 3. B. l. 24 §. 1 §. 2 D. h. t.

10) l. 37 in f. D. mand. 17, 1, l. 19 in f. D. de vi 43, 16.

11) obwohl wie 3. B. l. 5 D. r. cr. 12, 1 l. 63 D. r. j. 50, 17 hievon nebenher die Rede sein kann. l. 5 cit. spricht von dem Fall, da der Schuldner selbst (dolo malo) das extra potestatem esse (Num. 12) herbeiführt, etwa die Brücke abbricht, auf der allein zum Gläubiger zu gelangen ist; hier ist der dolus malus ein Mittel, die vorhandene mora zu verdecken, kein Grund, der sie erzeugt. Ebenso verhält es sich mit dem Schuldner, der dolo malo auf den Richter provozirt, und sich also den Schein gibt, als ob er an die Schuld nicht glaube (l. 63 cit.) — Inwieferne „dolos malus und culpa bei der mora in der Theorie vom jusj. in „litem einander gegenüber treten“ (M. Voigt, a. a. O. S. 12 Anm. 4),

man sie als eine Schuld bezeichnen können, bei der es im Gegenseite zu jeder anderen nicht auf Wollen und Nichtwollen, sondern nur auf das Wissen und ein gewisses Können ankommt.

Es besteht unsere Mora nämlich regelmäßig darin, daß Schuldner der richtigen Anforderung (§. 272) ungeachtet, und obwohl er seine Schuld kennt oder zu kennen Grund hat, auch ein ehehaftes Hinderniß¹²⁾ nicht vorliegt, seiner Verbindlichkeit dennoch nicht nachkommt. Ausnahmsweise tritt Mora auch ohne Anforderung ein; ohne das Bewußtsein einer Schuld dagegen, — ohne daß Schuldner seine Schuld kennt oder zu kennen Grund hat, tritt Mora niemals ein¹³⁾. Prozessualisch freilich, wenn man das, was Kläger behaupten muß und also den Grund der Unschuldigung bildet, zugleich als Grund der Schuld bezeichnet, ist die Mora auch ohne Bewußtsein der Schuld und ohne das Dasein von Umständen da, aus denen der Schuldner auf Existenz der Schuld schließen kann, — ein Produkt lediglich aus Anforderung und Nichterfüllung, oder nichts als die durch Anforderung konstatierte Nichterfüllung, Nichtleistung; denn es ist anzunehmen, daß Kläger außer dem Dasein der Forderung selbst mehr nicht als die Thatsache der richtigen Anforderung zu beweisen habe¹⁴⁾; in diesem Sinne mag man denn sagen, wie die Quellen es wirklich thun: *Mora fieri intelligitur . . si interpellatus . . non solverit*¹⁵⁾ — oder: *Mora . . fieri videtur cum postulanti non datur*¹⁶⁾, und den Schein erwecken, als ob die Mora in nichts als einer gewissen Vergeblichkeit der Anforderung liege. Allein dem Schuldner bleibt die Einrede aus dem Nichtwissen¹⁷⁾, oder

wird aus den hiefür allegirten I. 4 §. 4 I. 2 I. 5 §. 3 D. de in lit. jur. 12, 3 nicht klar. Voigt selbst bezeichnet es andernwärts richtig als einen Irrthum, wenn man (u. a. Schilling, Arndts, Vangerow) die in der mora liegende culpa als Fahrlässigkeit anstatt Verschuldung darstelle.

12) I. 23 pr. D. h. t. cf. I. 21 I. 22 eod.

13) I. 5 in f. D. r. cr. 12, 1 (s. unten Anm. 17—20).

14) F. Mommsen, a. a. O. S. 23 Abs. 2.

15) I. 32 pr. D. h. t.

16) Paul. R. S. III, 8 §. 4.

17) I. 5 D. r. cr. 12, 1. Diese Stelle drückt sich sogar so aus, daß man meinen könnte, der Beweis (daß Beklagter wußte oder wissen konnte),

daß er die Existenz oder den Umfang der Schuld betreffend auf den Richter zu provociren Grund¹⁸⁾ gehabt, unbenommen; und da diese Einrede in der That eine bloße Einrede, oder (qualifizierte) Verneinung der Mora selbst ist¹⁹⁾, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß materiellrechtlich das Schuldbewußtsein, oder Unentschuldbarkeit allfälligen Nichtwissens zur Mora selbst gehört²⁰⁾. — Wer seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, aber durch einen „nicht in seiner Macht“ (potestas) gelegenen Umstand derselben nachzukommen verhindert ist, begeht abermals keine Mora, trotzdem er richtig angefordert und seiner Schuld bewußt ist²¹⁾. Insoweit gehört auch ein gewisses Können zu der die mora bildenden Schuld. Aber der Umstand, daß Schuldner wegen Geldverlegenheit oder Mittellosigkeit nicht leisten kann, zählt nicht zu den „nicht in seiner Macht“ gelegenen Umständen, sondern umgekehrt zu den seiner Macht (facultas) zuzuschreibenden Dingen²²⁾; es ist dies eine

liege dem Kläger ob: cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris quominus esset, vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit propter quam intelligere deberes te dare oportere. Indessen können diese Worte auch auf die Gesichtspunkte der richterlichen Erwägung bezogen werden, wie auf Beweiseinreden des Klägers.

18) l. 63 D. r. j. 50, 17. Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere. l. 99 eod. Non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat. l. 24 pr. D. h. t. cf. l. 82 §. 1 D. v. o. 45, 1.

19) l. 63 cit. — non videtur moram facere. l. 24 pr. cit. — moram fecit . . non videtur fecisse moram.

20) Vgl. Mabai (gegen Schömann, l. v. Schadensers. und Mackelbey) S. 229. Ratjen, de mora secundum j. R. principia. 1824. F. Mommsen, a. a. O. §. 1 §. 8 und überhaupt die herrschende Ansicht (vgl. Kniep, l. §. 31 S. 330). Kniep selbst ist der entgegengesetzten Ansicht, muß aber u. a. aus der justa causa in l. 5 cit. den Schuldgrund selbst machen, wiewohl dessen Dasein vorausgesetzt ist — (s. gegen denselben Gsmarch, in der Münch. Vierteljahr. Bd. 14 S. 227). Gsmarch selbst (diss. inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia, Gött. 1852) erblickt in der justa causa die Interpellation; allein näher liegt doch, in der justa causa propter quam intelligeretur das Widerspiel der justa causa erroris zu sehen (s. B. l. 2 D. i. i. r. 4, 1).

21) l. 5 cit. l. 23 pr. D. h. t.

22) l. 137 §. 4 D. v. o. 45, 1 — haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur —

Ohnmacht, die zwar nach dem Maßstabe von *dolus* und *culpa* keineswegs überall als Verschuldung betrachtet werden kann²³⁾, durch welche jedoch gleichwol das Dasein der die *mora* bildenden Schuld niemals ausgeschlossen ist. — Wer angefordert seiner Schuld zwar nicht augenblicklich nachkommt, allein nicht länger zögert als zur Geldbeschaffung oder Satisfaktionsleistung nothwendig ist und darnach wirklich erfüllt oder satisfazirt, hat keine *Mora* begangen²⁴⁾.

Ein Punkt ist es, deßenthalben wir die *mora solvendi* als etwas schuldhaftes denken müssen: der, daß die Schädigung welche der Schuldner dem Gläubiger durch seine Zögerung zufügt, weder außerhalb seiner Wissenssphäre, noch (als objektive Unmöglichkeit) außer der allgemein-menschlichen Willenssphäre gelegen sein darf; — ein Punkt ist es, um deßentwillen wir sie von *dolus* nebst *culpa* unterscheiden müssen: der, daß sie bei subjektivem Nichtkönnen trotz des besten Willens vorhanden ist. Diese Abweichung der *mora* von sonstiger Verschuldung ist aber in der Anlage der Obligationen selbst begründet. Das gesammte Recht der Forderung ist von der Solvenz des Schuldners unabhängig; wie die Begründung und der Bestand einer Obligation, so mag auch ihre Fortentwicklung und Steigerung ohne Rücksicht auf dieses Können des Schuldners (*facultas*) und sein Wollen platzgreifen; dieses Nichtkönnen ist wie das Nichtwollen etwas, weswegen er haftet, nichts was ihn entschuldiget; das Nichtwissen ist etwas, das ihn entschuldigt — vergleichbar der *bona fides* bei dinglichen Ansprüchen.

dieses gilt von der Zahlungsunfähigkeit überhaupt, von der unverschuldeten nicht minder als der verschuldeten. S. dagegen Windscheid, §. 277 a. E. Hinwider Kniep, I. S. 416 und S. 397. Nicht einmal der Konkurs schließt *moram* aus; s. unten §. 272 Anm. 10 II. 1.

23) Gegen die „auf den Moment des Abschlusses des Kontraktes zurückspringende *culpa*“, d. i. gegen die *culpa*, daß Schuldner einen Kontrakt abschloß ohne seiner künftigen Zahlungsfähigkeit sicher zu sein (Hering, Schuldmoment S. 846; Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 39). s. Kniep, I. S. 417, 420.

24) I. 21 I. 22 D. h. t. l. 5 §. 1 D. collat. 37, 6. — Daß die Erfüllung u. darnach erfolgen müsse, ist in II. citt. nicht ausgesprochen, versteht sich aber aus dem was zu Anm. 22. 23 und in I. 137 §. 4 des weiteren gesagt ist, stillschweigend.

§. 272.

Voraussetzung.

Einzige Voraussetzung der Mora ist — soferne nicht ausnahmsweise selbst diese hinwegfällt — die Anforderung¹⁾. Keine eigene oder selbständige Voraussetzung ist z. B. Klagbarkeit der Obligation und daß *actio nata* sei²⁾; wo es an *actio* und *actio nata* fehlt, ist auch keine Anforderung möglich³⁾. Keine Voraussetzungen der Mora, sondern in der Mora oder der sie bildenden Verschuldung selbst begriffen sind das Bewußtsein der Schuld und die (in potestate des Schuldners gelegene) Möglichkeit der Erfüllung⁴⁾.

Die Anforderung ist keine gemeine Handlung, die ohne rechtliches Können möglich wäre (vgl. §§. 65. 66), sondern etwas Rechtsgeschäftliches⁵⁾ und zwar Aktionenartiges⁶⁾, eine Vorstufe der *actio*, die zwar nicht nothwendig, aber gewöhnlich betreten wird⁷⁾, und ohne Klagrecht (*agendi potestas*) und Klagereife (*actio nata*) wirksam gar nicht betreten werden kann⁸⁾. So ist sie denn auch aktionenrechtlich des näheren normirt: wo der rechte Ort und welches die rechte Zeit⁹⁾, wer aktiv oder passiv die rechte Person (*legitimirt*)¹⁰⁾ und welches

1) l. 32 pr. D. h. t. Paul. R. S. III, 8 §. 4 (§. 271 Anm. 16).

2) s. dagegen Windscheid, §. 277, 1. 2.

3) s. unten Anm. 8.

4) s. dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 3. 4.

5) miewohl in ihr schon nach r. R. Stellvertretung möglich (l. 24 §. 2 D. h. t.) und die *mora magis facti quam juris est* (l. 32 pr. D. h. t.)

6) darum abwechselnd mit „*interpellare*“ ein „*petere*“ (l. 2 §. 1 D. quod legat. 43, 3 cf. l. 20 §. 6 in f. D. her. pet. 5, 3 — ein sine iudice *petere* gegenüber dem per iudicem *petere*: l. 22 D. r. cr. 12, 1), „*convenire debitorem*“ (l. 23 §. 1 D. h. t. l. 12 C. Th. exact. 11, 7 l. 46 §. 4 C. episc. 1, 3 cf. l. 10 §. 3 D. quae in f. cred. 42, 8 l. 122 §. 3 D. v. o. 45, 1. Uebrigens auch „*denuntiare*“ z. B. l. 32 §. 1 D. h. t. l. 38 D. min. 4, 4.

7) l. 3 pr. D. h. t. — *tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem* —

8) l. 88 D. r. j. 50, 17 *Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*. Cf. l. 54 D. pact. 2, 14; — l. 49 §. 3 D. v. o. 45, 1 — *ante diem interpellatus . . . non videtur . . per eum stetisse*.

9) l. 32 pr. D. h. t. — *opportuno loco* — cf. l. 39 D. solut. 46, 3 „*si inopportuno tempore vel loco obtulerim?*“

10) — *ut quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant* (l. 91 §. 4 D. v. o. 45, 1).

die rechte Art oder Form der Anforderung sei. Unter dem rechten Orte und der rechten Zeit ist hier aber lediglich an Schicklichkeit (Anständigkeit) des Ortes und der Zeit zu denken ¹¹⁾; mit dem Erfüllungs-Orte und Tage darf der Mahnungs-ort und die Mahnungsstunde nicht identifizirt werden ¹²⁾; die Schicklichkeit des Mahnungsortes läßt sich nicht rechtlich regeln ¹³⁾, ganz anders der Erfüllungsort und die Erfüllungszeit. Legitimirt zur Anforderung ist aktiv: 1. der Gläubiger selbst; dieser auch dann, wenn er nur unvollkommen handlungsfähig ist (nur die zum Erwerbe nöthige Handlungsfähigkeit besitzt — §. 55. 2. b.), vorausgesetzt nur, daß durch Heimzahlung seine Lage nicht verschlechtert wird; entgegengesetzten Falles ist vollkommene Handlungsfähigkeit und Unbeschränktheit seiner Dispositionsbefugniß (§. 57) überdies erforderlich ¹⁴⁾; mit Inempfangnahme der Zahlung oder Quittirung ist die Anforderung nicht zu identifiziren; — 2. Vertreter des Gläubigers: negotiorum gestores, Mandatare, Prokuratoren, Vormünder, Syndici ¹⁵⁾. Passiv legitimirt ist 1. der Schuldner, wenn er vollkommen handlungsfähig ¹⁶⁾ und der Dispositionsbefugniß nicht beraubt ist; wer selbständig nicht zahlen kann, kann in eigenem Namen auch nicht selbständig angefordert werden ¹⁷⁾; 2. wer mit der Defension des

11) Exemplifikation bei Kniep I. S. 523 S. 518. In Ansehung der Zeit s. Madai S. 43 fg.

12) F. Mommsen §. 6, Kniep S. 514. S. 520 fgg.

13) — nur apud judicem (Geschwornen) examinabitur . . . neque juris auctorum quaestione decidi posse: l. 32 pr. D. h. t.

14) Kniep I. S. 166 fgg.; dagegen F. Mommsen, der Dispositionsbefugniß schlechthin fordert (S. 15).

15) l. 24 §. 2 D. h. t. — trotz der aus der Stellvertretung entgegenstehenden Bedenken: neque hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri. — Das Bedenken, daß ein bloßer negotiorum gestor perpetuiren könne, läßt sich eher beseitigen (Ratihabition, Kautio, depositum judiciale), als sich die Einschränkungen, welche F. Mommsen S. 53 fg. und Kniep §. 20 der l. 24 §. 2 ansinnen, rechtfertigen lassen.

16) l. 24 D. v. o. 45, 1.

17) so der minor sub cur. const., der sich zwar selbständig obligiren (§. 55 Anm. 5), aber nicht sine consensu cur. belangt werden kann (l. 2 C. de his qui legit. pers. standi in jud. 3, 6 cf. l. 5 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5 — sui non est idoneus defensor), — der interdicirte Verschwendler (§. 54. II. 1. §. 57. I. a), — der insolvente Schuldner nach Eröffnung des Konkurses (§. 57, 2); hiegegen Kniep, der den Gantirer (auf die

Schuldners betraut ist¹⁸⁾; so wenig als der Vertreter auf aktiver Seite ist dieser hier bloßer Bote (Anm. 18 a. G.); die Mora mit ihren Wirkungen tritt insolge der Anforderung an den Vertreter ohne Wissen des Vertretenen ein; und trotz des auch hier aus der sonstigen Unzulässigkeit der Stellvertretung aufsteigenden Bedenkens (Anm. 15) tritt die Mora nicht etwa in der Person des Vertreters¹⁹⁾, sondern in der des Vertretenen ein²⁰⁾; — 3. zwischen dem Haupt- und Nebenschuldner

Zeit hin da er die Dispositionsbefugniß zurückerlangt), wirksam interpelliren läßt (S. 396 Abs. 2); darin daß die vor der Konkursöffnung begründete Mora fortwirkt, und daß eine mora auch noch nach der Konkursöffnung (durch Anmeldung der Forderung als Anforderung mittelst des Massafurators) möglich sei, dürfte Demselben beizustimmen sein; durch Eröffnung des Konkurses wird allerdings „dem Schuldner jede Zahlung untersagt“ (Stuttg. Erkenntniß, Seuffert Arch. XIII. 306, XX. 260), nicht aber seiner Vertretung (Kniep, S. 392 unten u. fgg.)

18) unbestritten in Betreff der unfreiwilligen Vertretung (Vormund: l. 24 D. v. o. 45, l. 1. 5 §. 20 D. ut in poss. 36, 4; Syndikus l. 78 §. 2 D. legat. II.); um so bestrittener in Ansehung freiwilliger Vertretung. Ein Argument für s. l. 23 D. h. t. — Si . . defensionem sui mandare non possit (reip. c. abs.) moram facere non videtur und l. 5 §. 20 cit: — frustratio non debet his personis nocere quae indefensae sunt. Vgl. Wolff, 3. Lehre v. d. Mora S. 271. F. Mommsen S. 272. 2, bei dem jedoch die Frage, ob der Vertreter interpellirt werden könne, einigermaßen anticipirt und die Frage, mit welchen Wirkungen er interpellirt werde, vorangestellt wird. Kniep S. 230—236 verwirft unseren Satz in Ansehung von Spezialmandataren und läßt ihn auch in Ansehung von Generalbevollmächtigten nur mit Einschränkung zu. — Identisch mit unserem Satze scheint der von Windscheid §. 279* („an den zur Vertretung des Schuldners Befugten“). Sklaven, Hausgenossen und selbst Procuratoren als solche sind nicht mit der Defension des Herren betraut, versehen also damit, daß ihnen benutzirt wird, jenen noch nicht in moram; sie können nur als Boten benützt werden und müssen die Botschaft erst überbracht haben, damit der Nuntiat interpellirt sei; hierauf geht l. 32 §. 1 D. h. t., wozu Madai (der procuratori liest) S. 52, 57, und l. 20 §. 11 D. her. pet. 5, 3.

19) wie F. Mommsen 3. B. sofort in der Rubrik 1 S. 270 voraussetzt —

20) s. die Anm. 18 cit. II. — gleichwie der Vertreter auf aktiver Seite den Anspruch aus der Mora nicht sich, sondern dem Vertretenen erwirkt: l. 24 §. 2 D. h. t. Anm. 15. Freilich liegt hierin eine Vertretung auch in Ansehung des zu der mora nöthigen Wissens, und insofern eine Vertretung in der Verschuldung vor. — Möglicherweise begeht der Vertreter (3. B. Vormund) dadurch, daß er interpellirt nicht zahlt, eine Nachlässigkeit, und wird er darum dem Vertretenen verantwortlich; aber diese Nachlässigkeit ist nicht Mora des Vertreters, aus der der Vertretene haftet, sondern ein Grund, aus dem der Vertretene in moram geräth, wornach dann dieser dem Gläubiger, der Vertreter aber dem Vertretenen haftet (s. dagegen F. Mommsen a. a. D.).

besteht in Ansehung der Anforderung keinerlei Vertretung; so wenig als der Hauptschuldner durch Interpellirung des Nebenschuldners²¹⁾, so wenig geräth der Nebenschuldner durch Interpellirung des Hauptschuldners in moram; eine andere Frage ist die, ob der Nebenschuldner dadurch, daß er selbst interpellirt wird, selbst in moram gerathe? und die, ob die Perpetuation und Erweiterung der Haftung (§. 273), welche durch Interpellirung des Einen erfolgt, sich auf die Haftung des Anderen erstrecke? Es treten nun aber jene Folgen der Mora, wenn der Hauptschuldner interpellirt ist, auch gegen den Nebenschuldner, nicht jedoch auch umgekehrt ein²²⁾; was aber die eigene Mora des Nebenschuldners anlangt, so war sie, bei der accessorischen Natur der fidejussoria obligatio (S. 183 Anm. 9. 10. S. 184 Abj. 2), konsequent mit keiner ihrer beiden Wirkungen möglich²³⁾ und ist sie mit der der Obligationserweiterung auch unmöglich geblieben²⁴⁾, mit der der Perpetuation zwar gerecht-

21) arg. l. 88 D. v. o. 45, 1. Kniep S. 248 unten u. fg.

22) s. b. S. 189 Anm. 45. 46 excerptirten Stellen, ferner l. 91 §. 4 D. v. o. 45, 1 — accessionibus quoque suis, id est fidejussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponponderunt. l. 49 pr. l. 88 eod. l. 10 D. rem pup. 46, 6 l. 44 D. op. lib. 38, 1 l. 5 C. pact. inter emt. 4, 54 l. 54 pr. D. loc. 19, 2 und hiezu Kniep S. 253 unten u. fgg.

23) so noch daß ex mora sua non tenetur (paterf. bei abjektivischer D.) in l. 32 §. 3 D. h. t., daß non tenetur (fidejussor si solus moram fecerit) in l. 32 §. 5 eod., und daß mora fidejussoris nulla est in l. 44 D. op. lib. 38, 1.

24) Vgl. F. Mommsen S. 275 Anm. 3 S. 279 Anm. 13. Kniep S. 239 fgg. sucht zwar aus l. 32 §. 2 §. 3 D. h. t. das Gegentheil zu beweisen, indem er davon ausgeht, daß nach Anlage der Stelle, auch wenn der Vater (bei abj. D.) angefordert wird, Einer von Beiden Verzugszinsen zahlen müsse, und daß durch ein „Rechenkunststück“ Marcians (der den Vater zwar nur auf die Hauptschuld kondemniren lasse, dem Gläubiger aber hievon Bezahlung der Zinsen, und Einflagung des Restes gegen den Sohn gestatte) eigentlich der Sohn die Zinsen zahlen müsse; allein mit den Worten „in cujus persona mora spectabitur?“ ist nicht gefragt, wer den Verzugszins zahlen müsse, wenn Einer oder der Andere interpellirt wird, sondern wer interpellirt sein müsse, damit sein Verzug die Wirkung der mora habe. Die Antwort geht dahin, daß der Vater aus der an ihn gerichteten Interpellation (ex mora sua) nichts weiteres schuldig werde (anders ex mora filii Anm. 22); daß nach Kondemnation des Vaters in der Hauptsache dann doch auf ein quod minus a patre actor consecutus est, in filium dabitur actio, bezieht sich auf den Fall da de peculio und in rem verso geklagt ist und also Kläger in der Hauptsache selbst noch einen Forderungsrest haben kann; daß dieses dabitur actio nur auf Grund einer i. i. r. möglich ist, wird von Kniep selbst, unter Betonung des dabitur, hervorgehoben (S. 245

terweise nothwendig und in der Folge, scheint es, auch direkt angenommen, allein juristisch nur indirekt gerechtfertiget²⁵⁾. So weit hiernach eine selbständige Interpellirung namentlich des Bürgen noch in klassischer Zeit möglich geworden ist, muß dieselbe neuestens überall da wirkungslos sein, wo dem Bürgen im Fall der Klage *exceptio ordinis* (§. 193. 4) zustünde²⁶⁾; — 4. von *duo rei debendi* wird ein Jeder mit der Wirkung interpellirt, als ob er allein Schuldner sei²⁷⁾. Die Frage nach den Erben²⁸⁾ gehört nicht hieher. — Die rechte Art oder Form der Anforderung anlangend ist sicher, daß sie den Charakter einer *Nunciatio*²⁹⁾ hat, welche an kein bestimmtes Wort gebunden ist, mündlich wie schriftlich, in eigener Person oder durch Boten (Anm. 18), mit oder ohne Zeugen³⁰⁾ er-

vgl. oben §. 258 Anm. 28). Daß in Ansehung der eigenen *Mora* des *fidejussor* die Quellen nur von *Perpetuation*, nicht von Zinsen und Früchten sprechen, darüber s. *Kniep* selbst §. 290 Abs. 2 §. 303 Abs. 3.

25) Gerechterweise nothwendig: *quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat* (und die des *reus* noch dazu)? l. 91 §. 4 D. v. o. 45, 1; — nur indirekt gerechtfertiget; denn da der Hauptschuldner durch das *factum* des Nebenschuldners oder den *casus* frei wird (Anm. 22) muß es folgeweise auch der Nebenschuldner werden (vgl. l. 19 D. *dolo* m. 4, 3 — *debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur* *Bekker*, *proz.* §. 203) und scheint also nur fiktivisch geholfen werden zu können, wie denn l. 32 §. 5 D. h. t. l. 49 D. v. o. nur *utilem actionem* (gleichmäßig gegen Gewaltthaber und Bürgen) gewähren (vgl. die i. i. *restitutio* in l. 38 §. 4 D. *sol.* 46, 3) *Indessen* sprechen l. 91 §. 4 cit. l. 44 D. *op. lib.* 38, 1 l. 127 D. v. o. 45, 1 der Art, als ob unmittelbare *Perpetuation*, Fortdauer, *Exquirbarkeit* der *fidejussorischen* Schuld eintrete. (Vgl. *Bekker* a. a. O. §. 204 fg. *Vangerow* die dort *Agff. Windscheid* §. 477 Anm. 19. *Kniep* §. 26. Sollte man etwa mittelst *naturalis obligatio* dazu gekommen sein? Vgl. *Bekker*, a. a. O. §. 578 Anm. 2 u. s. bes. l. 127 cit. — Daß die Bedenken gegen selbständige *mora* des Nebenschuldners im heutigen Rechte hinweggefallen seien (vgl. *J. Mommsen* §. 279 a. G. *Kniep* §. 304 Anm. 26) kann nicht zugegeben werden.

26) Vgl. *J. Mommsen* §. 279 Anm. 13.

27) S. oben §. 176. Mit den dort *citt. II.* insonderheit mit l. 32 §. 4 (*alterius mora alteri non nocet*) steht l. 18 D. d. r. 45, 2 (*alterius factum alteri quoque nocet*) scheinbar in Konflikt. Die verschiedenen Lösungsversuche und deren Verwerfung (§. 280 unten) s. *Kniep* §. 319 fgg. Wir müssen aber mit *J. Mommsen* und „den meisten Auslegern“ dabei beharren, daß das *factum* in l. 18 *dolus* und *culpa*, nicht *mora* ist (vgl. oben §. 253 zu Anm. 74).

28) welche in die erweiterte und perpetuirte Schuld des Erblassers *succediren* (l. 91 §. 4 D. v. o. 45, 1), allein unmöglich anstatt des Erblassers angefordert werden können.

29) z. B. l. 38 D. *min.* 4, 4.

30) l. 122 §. 3 D. v. o. 45, 1 ist nur fakultativ zu verstehen.

folgen kann, und nicht etwa erst wiederholt werden muß, um in *moram* zu versetzen³¹⁾; *quaestio facti* ist es, ob bei bloß indirekter Redeweise³²⁾ Anforderung da sei³³⁾. Daß auch die Klagemittheilung überall da, wo keine bloße Präjudizialklage angestellt wird, als Anforderung zu gelten habe, ja daß sie die stärkste Mahnung enthalte³⁴⁾, ist sicher; allein nicht nur ist falsch, daß Klagemittheilung zur Begründung nothwendig sei³⁵⁾; die Folgen der Klagemittheilung dürfen mit denen der *mora* nicht identifizirt werden³⁶⁾.

Ausnahmsweise greift *Mora* ohne Anforderung (*re ipsa, ex re, in re, in rem mora fieri intelligitur*) platz: 1. in Fällen, wo dem Schuldner des Schuldgrundes halber auf eine Anforderung zu warten nicht gegönnt sein soll³⁷⁾, — 2) wo die Anforderung seitens des Gläubigers versucht, von Seite des Schuldners vereitelt wird³⁸⁾. — Daß der Schuldner

31) l. 38 D. min. 4, 4 l. 59 §. 5 D. mand. 17, 1 l. 122 §. 3 D. v. o. 45, 1 sind fakultativ zu verstehen; l. 32 §. 1 D. h. t. spricht von keiner Wiederholung, sondern von Aufrechterhaltung und Preisgebung der ersten Anforderung (*omissa debiti repetendi instantia* — vgl. *Madaï* §. 7 a. G. §. 9. F. Mommsen S. 38 Anm. 5. S. 320 Anm. 2. S. 322 Anm. 4.

32) z. B. „ich brauche mein Geld“ — Zusendung quittirter, unquittirter Rechnung — *verba enunciativa* im Gegenfaze der *verba incitatoria* der Postglossatoren (*Madaï* §. 7) — bloße Andeutung (*Книеп* §. 52) — *facta concludentia, non concludentia* —

33) s. die Anm. 32 Uff.

34) *Madaï* §. 6.

35) Derselbe §. 5 F. Mommsen S. 39 f. u. a. l. 3 pr. D. h. t. — *tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniat ad iudicem* — und *si ante quam ad iudicem perveniretur, in mora heres fuit* —

36) Die Wirkungen der gerichtlichen Belangung (§. 100. 3) kehren zwar bei der *Mora* wieder; aber nicht alle Wirkungen der *Mora* auch bei der gerichtlichen Belangung; bei letzterer nur Prästation der Nebensache, dort Prästation des Interesses (§. 281 a. G.); bei der *Mora* schlechthin *perpetuatio obligationis*, nicht so bei gerichtlicher Belangung; von *mora* ist hier nur bei Bindifikationen, wo vorher keine *mora* möglich ist, die Rede (l. 15 §. 3 l. 17 §. 1 D. r. v. 6, 1; doch s. l. 46 §. 4 C. episc. 1, 3. — S. übrigens *Madaï* §. 6. F. Mommsen a. a. O. *Книеп* §§. 58—60.

37) *furtum* und *condictio furtiva*: l. 8 §. 1 D. cond. furt. 13, 1; — *turpis causa* und *condictio ob t. c.*: l. 1 C. cond. ob turpem c. 4, 7; — *Dejection* und *interd. de vi*: l. 19 in f. cf. l. 1 §. 35 D. de vi 43, 16.

38) was nicht etwa bloß durch absichtliche *latitatio*, sondern auch durch Abwesenheit des Schuldners von seinem Wohnort in Verbindung damit geschieht, daß er Niemanden, der mit seiner Defension betraut ist, daheim hat (l. 23

auch um der Person des Gläubigers willen, nämlich weil er ein Minor oder diesem gleich zu achten ist, ohne Anforderung in moram komme, wird besser nicht behauptet³⁹⁾. — Auch daß der Ablauf einer Zahlungsfrist die Anforderung ersetze (s. g. dies

§. 1 D. h. t. — si forte non extat, qui conveniatur — Ann. 18). Nur unter Umständen, nicht schlechthin schon da, wo Niemand da ist, den Gläubiger interpelliren könnte, ist hier mora ex re (aliquando . . in re moram esse decerni solet, si forte etc. l. 23 §. 1 cit.). Daß Einflagung und Klagenmittheilung (soweit eine solche ohne Anwesenheit oder Vertretung des Schuldners möglich ist) vorausgesetzt werde (Kniep §. 61), dürfte zu weit gehen; auch Niederlegung der Anforderung vor Gericht (vgl. Windscheid §. 278. 3) ist in l. 23 §. 1 cit. und l. 2 D. naut. foen. 22, 2 nicht gefordert. Immerhin aber muß die Anforderung in's Werk gesetzt und insoweit vollzogen werden, als dies in Abwesenheit des Schuldners möglich ist, etwa so wie die Postulation bei der *damni infecti postulatio* (l. 4 §. 5 D. *damni inf.* 39, 2 — *domum denunciatur* — *et si in aliena domu habitat, ibi ei denuntietur* — *quodsi nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum, vel procuratori ejus, vel certe Inquilinis*. §. 6 — *si non sit (cui denuntietur) . . est tutius libellum ad ipsas aedes proponere ut ita monitus defensor existat*). Von einer derartigen Denuntiation scheint l. 32 §. 1 D. h. t. zu handeln; die Anforderung erfolgt hier entweder an den (abwesenden) Schuldner selbst (*domino ipsi*), dadurch daß an ihn geschrieben, und das Schriftstück (*libellus*) in sein Haus gesandt wird, — oder (mündlich) an einen Sklaven desselben; damit erscheint die Anforderung als vollzogen und mora erwiesen, wenn der Schuldner selbst nicht heimkehrt (*sui potestatem facit*); entgegengesetzten Falles muß (ob an den Sklaven oder an den Herren denunciirt sei) die Instanz des Anforderns (*debiti repetendi instantia*) erneuert werden, wenn sie nicht aufgegeben, vielmehr mora vom Augenblicke der Denuntiation an (*protinus*) da sein soll. Dem Verreisenden durch Boten oder Briefe zu folgen ist der Gläubiger nicht verbunden. — Eine Ausdehnung dessen, was für den Fall der Absenz gilt, auf Fälle da der Schuldner wahnsinnig oder unmündig ist und keinen Vormünder hat, scheint (auch ohne die von einer Spezialität handelnde l. 5 §. 20 D. *ut in poss.* 36, 4) nicht gerechtfertigt. Vom Verreisenden kann man Fürsorge für Vertretung verlangen; erfolgt die Abreise oder eine sonstige Absenz (in *vinculis hostiumve potestate*), aber derart, daß man diese Fürsorge nicht verlangen kann, so liegt keine Vereiltung der Anforderung, keine mora ex re vor (l. 23 pr. D. h. t. Vgl. F. Mommsenl. S. 76 Ann. 6; hinwider Windscheid §. 278 Ann. 12. Kniep §. 61).

39) *quamvis constitutum sit, ut minoribus 25 annis usurae omnimodo praestentur* (l. 87 §. 1 D. *leg. II. Paul.*), überdies *constitutum „in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa quae minoribus relicta sunt“* (l. 26 §. 1 in f. D. *fideic. lib.* 40, 5 Ulp.), und in *minorum persona re ipsa ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est* (l. 3 C. in *quib. caus. i. i. r. nec non est* 2, 41) — — so ist tamen hoc non pro mora habendum (l. 87 §. 1 cit.), dieser von selbst eintretende Anspruch auf Zinsen und Früchte vielmehr *favore actatis* (l. 5 C. *act. e. e. v.* 4, 49) und nur insolange begründet, als die Minderjährigkeit dauert, während die wahre mora, einmal begründet, bis zur Zahlung oder Restitution fortbauern müßte (*quam sufficit semel intercessisse ut perpetuo debeantur scil. usurae* — l. 87

interpellat pro homine), läßt sich nicht rechtfertigen, so sehr die Praxis daran festhält⁴⁰⁾.

§. 273.

Wirkung.

Die Mora ist eine Verschuldung, aber keine von der Art, daß sie (als causa obligationis) eine Obligation zu bewirken oder auch nur die vorhandene Obligation unmittelbar zu verändern, erweitern oder zu erstrecken vermöchte; wohl aber eine Verschuldung, welche ein Interesse des Gläubigers begründen kann, darum der Wahrnehmung des Richters anheimfällt (§. 281) und also mittelbar zur Erweiterung, Veränderung oder Erstreckung der Obligation führt¹⁾. Sache des Richters nämlich ist es

1. in die Aestimation und Kondemnation der Hauptsache

§. 1 cit. — Ferner wird zwar in l. 3 §. 2 D. adim. leg. 34, 4 auch die Transmissio eines einem Pupillen (!) hinterlassenen Fideicommisses (auf die Erben des Pupillen) mit einer re ipsa mora subsequuta in Verbindung gebracht; und Windscheid §. 278 Anm. 12 hält die Schwierigkeit die unserer Ansicht aus dieser Stelle erwachse für größer, als die Unterstützung die derselben aus l. 87 §. 1 cit. zu Theil werde. Allein näher betrachtet ist auch die mora, von der l. 3 §. 2 redet, ein bloßer Verzug, nicht die technische Mora — mit einer Transmissio in Verbindung, mit der die technische Mora nichts gemein hat, — nicht der Grund, an den das Recht, sondern die Bedingung, an welche die (gegen die mera subtilitas des Buchstabens interpretirte) voluntas defuncti die Wirkung der Transmissio geknüpft hat. Von Rechtswegen war die Transmissio schon begründet, wenn nur dies cedens legati erlebt war (l. 25 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1); der Buchstabe des Testators hatte sie auf den „Empfang“ des Vermächtnisses verlegt; nach dem wahren Willen des Testators sollte nicht erst mit dem Tage des „empfangenen“, sondern mit dem des „zu empfangenden“ Vermächtnisses d. h. sofort mit dem Verzuge des Queriten die Transmissio (statt Translation) begründet, dieser Verzug aber, dem Pupillen gegenüber, ohne vorgängige Anforderung begründet sein (cf. §. 1 eod.).

40) diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore (l. 41 §. 1 D. v. o. 45, 1); diei adjectio bewirkt, daß vorderhand gar nicht geflagt und angefordert werden darf, daß also erst nach Eintritt des dies gefordert und geflagt werden kann; das commodum, das vor dem dies nicht gefordert werden darf, wird durch ein incommodum aufgewogen, wenn nach Eintritt des dies gar nicht mehr gefordert zu werden braucht, damit mora platzgreife; da ist dann diei adjectio quellenwidrig nicht mehr pro reo. Vgl. Sintenis, prakt. gem. Civilr. §. 93 Anm. 71. Uebrigens geht diei adj. pro reo nur auf Zahlungsfristen; eine diei adj. pro creditore f. §. 279. I. 2.

1) §. 144, insb. Anm. 2 Anm. 4, und §. 117. 1 a. l. 21 §. 3 D. novat. 46, 2. Dem entgegen erhebt auch Kniep II. §. 98 vgl. I. §. 25 den Anspruch aus Mora über das Wesen eines „Anhängsels“ zur selbständig klagbaren Nebenforderung.

allen den Schaden und Nutzen mit aufzunehmen, den Kläger bei Nichtverzögerung der Leistung vermieden oder gehabt haben würde, wenn er nur gewollt hätte²⁾; als ein Nutzen, den Kläger dergestalt haben konnte, erscheinen bei Geldschulden Zinse; insofern auf solche verzugsshalber zu erkennen ist, heißen sie Verzugszinse³⁾; —

2. den Beklagten in der Sache selbst auch dann zu verurtheilen, wenn dieselbe (post moram) kasuell zu Grunde ge-

2) §. 244 C. 118 oben; §. 281a. §. 281c. 3. l. 21 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 38 §. 1 D. h. t.; darum Schätzung nach dem jetzt etwa höhern Werth, wenn die Sache selbst zur Prästation kommt: l. 21 §. 3 cit. l. 3 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1. §. 281c. 4.

3) Auf sie konnte nur in b. f. judiciis erkannt werden (l. 32 §. 2 D. h. t. l. 24 D. dep. 16, 3 l. 7 D. neg. g. 3, 5 arg. l. 22 D. h. t. Beispiele: l. 17 §. 4 D. h. t. l. 7 D. pign. act. 13, 7 l. 10 §. 3 D. mand. 17, 1 l. 38 pr. D. neg. g. 3, 5 l. 25 §. 1 D. dep. 16, 3 l. 2 C. eod. 4, 34 l. 13 C. a. e. 4, 49 l. 19 D. peric. 18, 6) — nicht etwa aus bloß formalen Gründen (certae pecuniae petitio), sondern aus dem materiellen, daß in b. f. judiciis das officium iudicis weiter ging, als in st. j. jj. (l. 24 D. dep. 16, 3 cf. l. 7 D. neg. g. cf. l. 24 D. praeser. v. 19, 5 l. 3 C. h. t. 4, 32. Vgl. oben §. 225. 2. 1); übrigens Ausdehnung zunächst auf Fideikomnisse, dann legat. sin. modo, endlich auf Vermächtnisse überhaupt (Gaj. 2, 280 Paul. R. S. III. 8, §. 4. l. 24 D. usufr. leg. 33, 2 Ulp. l. 34 D. h. t.). Madai C. 361–369; durch den Reichsdep.-Hauptschluß v. a. 1600 §. 139 sind Verzugszinse den „Creditoren“ ohne Unterschied gewährt; — auf sie muß erkannt werden, wenn die Schuld nicht ohnedies verzinslich, oder der Verzugszins größer ist als der vertragsmäßige oder gesetzliche (C. 119 Anm. 18, 19). Der Verzugszins ist aber das Interesse des Gläubigers (l. 60 pr. D. pro soc. 17, 2 und dazu Madai, dessen Auslegung jedoch nicht unbedenklich: arg. l. 10 §. 3 D. mand. 17, 1), pflegt zwar nach dem im Lande üblichen Zinsfuß (gewissermaßen von kurzer Hand) bemessen zu werden (l. 39 §. 1 D. leg. I. cf. l. 1 pr. l. 37 h. t.), ist von Justinian in l. 26 §. 1 C. h. t. 4, 32 auf 6% fixirt, aber in obigem Reichsgesetze auf seine wahre Natur zurückgeführt, indem zwar ex officio auf mehr als 5% nicht erkannt, dagegen dem Gläubiger „sein ganzes Interesse zu deduciren . . . und dem richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen sein soll.“ Bei Quantitätenschulden außer Geld kann auf keinen Zins, sondern nur auf das Interesse überhaupt geklagt werden (F. Mommsen C. 236 Anm. 4). Keine Verzugszinse sollen ausnahmsweise schuldig werden: der Fiskus aus seinen Kontrakten (l. 17 §. 5 D. h. t. cf. l. 6 pr. D. j. f. 49, 14) — wer schenkungsweise promittirt hat (l. 22 D. donat. 39, 5 cf. l. 38 §. 7 D. h. t.); in Betreff der pollicitatio s. die scheinbar sich widersprechenden l. 16 pr. D. h. t. l. 1 pr. D. poll. 50, 12. Madai C. 378 fgg. F. Mommsen C. 242. Kniep II. C. 176 fgg.: für die Frage, ob aus Pollicitationen Verzugszinse schuldig werden, haben wir uns jedenfalls an l. 1 pr. als die speziellere Entscheidung zu halten) — aus poenis (nicht mulctis): l. 1 C. fisc. usur. (10, 8) l. 9 D. mag. conv. 27, 8 Madai C. 380. 3.

gangen ist⁴⁾. In b. f. judiciis bedurfte es dazu wohl keiner besonderen Auskunst; in st. j. jj. dagegen war ohne die perpetuatio obligationis und deren Konstituierung auch hier (vgl. S. 252) nicht auszukommen. Der letzte Grund auch dieses Verzugseffektes liegt in der Verletzung des kreditorischen Interesses. Darum muß dem Schuldner auch hier der Beweis nachgelassen werden, daß der casus die Sache auch beim Gläubiger getroffen⁵⁾ und dieser ihn durch Veräußerung nicht von sich abzuwenden vermocht hätte⁶⁾.

Weitere Wirkungen hat die mora debitoris, so vielerlei ihrer auch schon angeführt wurden⁷⁾, nicht⁸⁾.

4) s. oben §. 244 Anm. 10. 11; — speziell auf unsere mora (in Obligationen) bezüglich: l. 5 D. r. cr. 12, 1 l. 39 §. 1 l. 108 §. 11 D. legat. l. 1. 23 l. 82 § 1 D. v. o. 45, 1 l. 58 §. 1 D. fidej. 46, 1 l. 31 pr. D. novat. 46, 2 l. 3 C. de usur. et fr. legat. 6, 47; l. 25 §. 2 D. sol. matr. 24, 3; l. 47 §. 6 D. leg. I.

5) vgl. das freilich in anderer Richtung gesprochene „utique cum interitura esset ea res et si restituta fuisset. —

6) §. 170 S. 662. 3; §. 100. 3. a; §. 244 S. 118 Anm. 11; hier besonders l. 47 §. 6 D. leg. I. — potuit enim . . . vendere — und dazu Donellus de mora, cap. VII. „Non enim, quid non habeat, sed quid haberet si vellet considerandum est“ und: „Quod si . . . non potuit distrahere . . . nec pretium restituere debet is cum quo actum est —“. Die gegentheilige Ansicht (daß der Beklagte schlechtthin zu verurtheilen sei) ließe sich nur rechtfertigen, wenn man im Momente der Mora einen Umsatz des Stichum in ein pecuniam dare oportere annähme — was novatio, nicht perpetuatio wäre (S. 252 Anm. 13 a. G.). Allerdings sprechen die vielen von Madai S. 304 aufgeführten Stellen (Anm. 4) in einer Art und Weise, als ob der Beklagte schlechtthin zu verurtheilen sei: bedenkt man aber, daß dem Beklagten jener Beweis nur sehr selten gelingen wird, so kann überall dort a potiori gesprochen sein. Das „omnimodo“ in l. 25 §. 2 D. sol. matr. 24, 3 geht nur gegen eine Unterscheidung von culpa und casus. Dem Resultate nach (daß einerseits die bloße Möglichkeit des Verkaufs zur Verurtheilung, andererseits der Beweis der Unmöglichkeit zur Befreiung führe) übereinstimmend u. a. Savigny Chst. Bd. 6 S. 184, F. Mommsen S. 197, Vangerow §. 588 Anm. 3, Windscheid §. 280. 2 a. G. — Für absolute Prästation des casus u. a. Madai §§. 46, 47, woselbst Beleuchtung der Kontroverse von ihren Anfängen an; den Beklagten weiter begünstigend, indem sie dem Gläubiger den Beweis auflagen „daß er verkauft haben würde“ oder daß er „Gelegenheit und Absicht zu verkaufen hatte“ sind die bei Windscheid a. a. O. Anm. 15 a. G. aufgef. Autt., darunter namentlich Rniep §§. 64. 65.

7) s. Madai §. 55.

8) namentlich nicht die, daß „Forderungsrechte, welche durch Privatbestimmung an eine Zeitdauer gebunden sind, nach dem Verzug durch den Ablauf dieser Zeitdauer nicht untergehen“. l. 3 §. 1 §. 2 D. de adm.

§. 274.

Endigung, Aufhebung.

Die Mora des Schuldners hört möglicherweise erst von jetzt an auf: so daß die bereits eingetretenen Wirkungen derselben fortbestehen und nur ihre Wirksamkeit für die Zukunft aufhört (Endigung der Mora), — oder aber sie erlischt mit allen ihren Wirkungen und aller ihrer Wirksamkeit, von jetzt und von allem Anfang an (Aufhebung der Mora) ¹⁾.

Erst von jetzt an endiget die Mora des Schuldners durch nachträgliche Oblation ²⁾. Dadurch „bessert“ Schuldner seinen Verzug, oder „reiniget“ er ihn von Schuld (emendatio, purgatio morae) ³⁾. Freilich muß er alles ⁴⁾ anbieten, was er schuldig ist, insonderheit auch was er durch die bisherige

leg. 34, 4 sagt nicht, daß das mit der gewissen Frist hinterlassene Vermächtniß durch mora erstreckt werden solle, sondern daß es nach dem wahren Willen des Testators jenen Endtermin gar nicht habe (s. oben §. 272 Anm. 39. — dagegen Windscheid §. 280 Anm. 21). Beweglicher scheint l. 59 §. 5 D. mand. 17, 1, aus welcher Mühlenbruch, Lehrb. d. P. R. §. 373. II. 4 den Satz schöpft, daß durch mora die temporales actiones alle zu perpetuae würden, und durch welche Madai (S. 402. 4) zu dem Zugeständnisse bewogen wird, daß jene Perpetuirung in Ansehung der durch Privatbestimmung temporalen Aktionen begründet sei. Allein abgesehen davon, daß es temporales actiones aus Privatbeliebung überhaupt nicht gibt, so will l. 59 §. 5 bei näherem Betracht nicht gesagt haben, daß wegen eingetretener Mora die sonst abgelauene actio perpetuirt werde, sondern umgekehrt: daß diese durch das Edikt an keinen dies geknüpft, also perpetua actio, durch Privatbeliebung an keinen dies habe geknüpft werden können (licet in mandato adjectum videatur etc.) Unter mandati obligatio ist hier das aus dem Mandate für den Mandator erwachsene debitum zu verstehen und auch dieses konnte, so wenig als die entsprechende actio, condictio, durch einen dies ad quem zur Expiration verbraucht werden.

1) Vgl. F. Mommsen S. 321 Abs 1.

2) l. 73 §. 2 l. 91 §. 3 D. v. o. 45, 1

3) ll. citt.

4) Theilzahlungen braucht der Gläubiger, wenn sie nicht ausbedungen sind, nicht anzunehmen (l. 41 §. 1 D. h. t.); in l. 21 D. r. cr. 12, 1 wird er zur Annahme einer Theilzahlung allerdings gezwungen (während Madai S. 238. 1 und Wolff S. 427 nur gültige Zureden annehmen); dann nämlich wenn er auf das Ganze klagen will, trotzdem ihm Beklagter einen Theil anbietet (F. Mommsen S. 148); allein damit ist noch nicht gesagt, daß er durch Ablehnung der Theilzahlung in moram komme (s. dagegen Savigny Oblig. I. S. 322; hinwider F. Mommsen S. 149. Anm. 14.

mora schuldig geworden ist ⁵⁾); desgleichen am rechten Ort und zur rechten Zeit ⁶⁾), sowie an die rechte Person ⁷⁾) anbieten; denn sonst wäre so gut wie nicht offerirt, oder aber Gläubiger zur Nichtannahme berechtigt ⁸⁾). Was vom Schuldner gilt, wenn er selbst anbietet, gilt auch von Dritten, die an seiner Statt anbieten: es sei nun, daß der Schuldner selbst mangels Handlungs- oder Dispositionsfähigkeit nicht anbieten kann, und also Vormünder oder Syndici für ihn zahlen oder offeriren müssen ⁹⁾), oder daß Dritte anstatt seiner zu zahlen Auftrag bekommen ¹⁰⁾), oder aber aus eigenen Stücken für ihn zahlen wollen; denn so gut man den Schuldner ohne seinen Willen gänzlich frei machen kann, so gut kann man ihn ohne seinen Willen von der vorhandenen mora purgiren ¹¹⁾). Zur richtigen Oblation gehört aber auch thatsächliche Erfüllungsbereitschaft, und zwar an dem Ort und zu der Zeit, da gezahlt werden soll; wo sie vorliegt, genügt mündliches, allenfalls auch schriftliches Anerbieten (verbalis oblatio); die zum Anerbieten unentbehrliche Willenserklärung braucht dann nicht Wort und Werk (realis oblatio) oder ins Werk gesetzte Erfüllung zu sein; — wo jene Bereitschaft nicht vorliegt, ist das Anerbieten thatsächlich kein Anerbieten, sondern eine bloße Verheißung oder Vor-

5) F. Mommsen S. 323 fg.

6) eo loco quo debetur: arg. l. 9 C. solut. et lib. 8, 43 cf. l. 39 D. solut. 46, 3 — quid enim si inopportuno tempore vel loco obtulerim? Vgl. übrigens oben S. 272 zu Num. 11—13.

7) d. i. an diejenige cui recte solvitur. Gegen des Donellus abweichende Meinung s. Madai S. 248 fgg., der jedoch gleich F. Mommsen (S. 160 Abf. 2 S. 315 fg.) auch seinerseits wenigstens der Oblation an Spezialmandatare (die ja nur Vollmacht zum Inkasso, nicht zur Annahmeverweigerung erhalten haben) die Wirkung einer mora accipiendi nicht schlechthin beilegt. Indessen darauf daß Gläubiger selbst wissen und in Schuld sein müsse (Madai S. 250), kann man sich nicht berufen (S. 272 Num. 15. 20); auch würde man an den Spezialmandatar nicht in Wahrheit recte zahlen können, wenn man sich zahlungshalber, so wie Madai zc. wollen, im Ablehnungsfalle noch an den Gläubiger selbst wenden müßte. Mit uns Mühlentbruch, Lehrb. d. R. II. S. 372. Thibaut, Syst. d. Pandr. (8. Aufl. S. 101. 9). Fritz, Erl. Hft III. 351. Sintenis, prakt. Civlfr. S. 93 Num. 120. Schilling, kritisch. Jahrb. Bd. 3 S. 245 fg.

8) vgl. überhaupt das sine justa causa ea accipere recusavit in l. 72 pr. D. solut. 46, 3.

9) F. Mommsen S. 143.

10) Derselbe a. a. D.

11) Gegen des auch hier abweichenden Donellus Ansicht s. Madai S. 247 fg. F. Mommsen S. 158 fg.

spiegelung, darum keine purgatio morae, wenngleich es nicht berücksichtigt würde. — Andererseits ist die bloße Zahlungsbereitschaft, und wenn sie bis zum äußersten gediehe, ohne den Hinzutritt einer Willenserklärung noch keine Oblation. Hieraus folgt aber weiter, daß eine die vorausgehende mora debitoris im eigentlichen Sinne des Wortes purgirende Oblation nicht ohne Nichtannahme oder mora creditoris denkbar ist. Denn selbstverständlich muß jene Willenserklärung an Jemand geschehen, also nothwendig Annahme oder Nichtannahme — und weil an Jemand, dem richtig geleistet werden kann und überhaupt richtig offerirt sein muß, entweder Leistung und Aufhebung der obligatio selbst oder aber moram accipiendi zur Folge haben. Die emendatio, purgatio der vorausgehenden mora liegt demnach in der Ablösung und Erlösung durch eine nachfolgende entgegengesetzte mora ¹²⁾.

Etwas ganz anderes als die Frage, ob Oblation ohne Annahme oder Nichtannahme überhaupt denkbar, und ob insbesondere purgatio morae nur durch Oblation, ohne Nichtannahme (Madai, Mommjen) möglich sei, ist die Frage, ob nicht unter Umständen die Bereitstellung zur Zahlung für sich, ohne die zur Oblation nothwendige Willenserklärung zur En-

12) Julian rechtfertiget dieselbe denn auch aus einer Art Kompensation zwischen mora debitoris und creditoris: — dum par utriusque causa sit: quare non potentior sit qui teneat quam qui persequitur? (l. 91 §. 3 D. v. o. 45, 1) — wie sie denn gleich der Komp. auch auf aequum et bonum zurückgeführt wird (ibid.). F. Mommjen hält zwar „Nichtannahme“ für nothwendig, wenn durch die Oblation Mora des Gläubigers begründet werden soll (§. 17 ab init.), aber nicht für nothwendig, wenn die Oblation nur Endigung der Mora des Schuldners herbeiführen soll; hier „könne es nur der Oblation bedürfen“ (S. 323 oben). Sollen hiezu außer allgemeinen Schlußfolgerungen auch Stellen dienen, in welchen purgatio morae (debitoris) lediglich an Oblation geknüpft wird (z. B. l. 91 §. 3 D. v. o. 45, 1 l. 72 §. 1 D. solut. 46, 3 l. 8 pr. D. cond. furt. 13, 1 f. denselben S. 323 Anm. 6), so kommt zu bemerken, daß leichter als Nichtannahme nichts zu subintelligiren ist, wo von Oblation und purgatio morae gesprochen wird; häufig ist das accipere nolle aber auch ausdrücklich ausgesprochen: z. B. l. 72 §. 2 §. 3 gegen §. 1 D. solut. 46, 3 l. 73 D. v. o. 45, 1 l. 26 D. sol. matr. 24, 3 l. 7 D. h. t. l. 6 l. 19 C. usur. 4, 32 l. 17 D. per. v. c. 18, 6. Aehnlich wie F. Mommjen aber auch schon Madai S. 480 Abs. 2. Vgl. mit S. 230 oben 1 und 2. An Abwesende (worauf Madai sich beruft) kann, wenn sie nicht zu finden oder nicht vertreten sind, u. E. nicht offerirt werden, auch nicht „mit Zeugen“.

digung der mora debitoris ausreichend sei? So nothwendig nun jene erstere Frage verneint werden mußte, so billig wird die zweite zu bejahen sein¹³⁾. Freilich muß dann aber aus denselben Gründen, aus denen purgatio morae, auch mora creditoris ohne Oblation angenommen werden.

Ist mit oder ohne Oblation die Mora des Schuldners von jetzt an und bis auf weiteres ausgeglichen, so kann nun von neuem angefordert und eine abermalige mora debitoris begründet werden¹⁴⁾.

Neben der purgatio morae wegen Nichtannahme oder Vereiltung der Oblation kommt nun aber noch eine Purgation durch Annahme vor. Freilich ist diese Purgatio nur eine „Quasi purgatio“, und das was angeboten und angenommen wird nicht dasselbe, was Schuldner schuldet, sondern ein anderes für jenes. So wenn sich der Gläubiger das, was der säumige Schuldner geben sollte, novationsweise versprechen läßt^{14a)}. Hier kann man immer noch Oblation als Grund der Purgation bezeichnen, muß aber, weil Schuldner weniger offerirt als er sollte (Versprechen statt Erfüllung — einen auf den ursprünglichen Stand reduzirten anstatt des durch mora erweiterten Gegenstandes), Annahme statt Nichtannahme hinzudenken¹⁵⁾. Würdiget man aber die Thatsache, daß sich ein Gläubiger mit einer geringeren als der schuldigen Leistung begnügt, insonderheit von der vorausgegangenen Mora ganz abzieht, in ihrer mehr moralischen als juristischen Bedeutung,

13) Hieher zählen wir die 2 Fälle, in denen Madai eine mora creditoris ohne Oblation, und zwar zutreffend um dessentwillen annimmt, weil es nur am Gläubiger liegt, daß nicht offerirt wird: 1) Es war Erfüllung an bestimmtem Ort und zur bestimmten Zeit ausbedungen; Schuldner trifft zahlungsbereit ein; Gläubiger bleibt aus — 2) Gläubiger verweigert dem zahlungsbereiten Schuldner die nothwendige Liquidation — Madai C. 263. C. 266 oben.

14) l. 17 D. peric. et comm. 18, 6.

14a) l. 8 pr. D. nov. 46, 2 — desinit periculum ad promissorem pertinere quasi mora purgata. vgl. l. 17 D. cond. furt. 13, 1.

15) Römer, welcher (bedingte Novation C. 216) gegen anderweitige Auffassungen der Purgation durch bedingte Novation (s. unten Anm. 19) den Gesichtspunkt der Oblation richtig hervorhebt, scheint doch insoweit im Unrecht, als er diesen von Marcellus (l. 72 §. 1–3 D. solut. 46, 3 l. 14 pr. D. nov. 46, 2) und wohl auch von Papinian (l. 17 D. cond. furt. 13, 1) eingenommenen Standpunkt als einen „durchaus schiefen“ bezeichnet (C. 212).

so liegt in derselben eine Verzeihung¹⁶⁾ der Mora, und der Grund dieser Quasipurgation dürfte darnach mehr in der aufopfernden Annahme als in der Oblation, und — worauf alles ankommt — nicht sowohl in der Aufhebung der alten Obligation und in der Novation¹⁷⁾, als in der Thatsache zu suchen sein, daß Gläubiger mit dem Schuldner von neuem und derart anbindet, daß er von dessen mora nichts mehr wissen will. Folgerecht haben wir aber dann eine Quasipurgatio in allen Thatsachen zu erblicken in denen eine Verzeihung der mora zum Ausdruck kommt: also möglicherweise nicht nur in einer wirksamen, sondern allenfalls auch in einer wegen Nichtigkeit der Novationsstipulation unwirksamen Novation¹⁸⁾; nicht nur in einer puren, sondern auch in einer bedingten Novation¹⁹⁾. In einer Fristbewilligung liegt noch keine Ver-

16) — ein Ding, das sprachlich mit Verzicht verwandt scheint, aber nicht wie dieser den bloßen Effect der Verschuldung, sondern die Verschuldung selbst tilgt.

17) allerdings hebt die novatio quae voluntaria est mit der alten Obligation auch deren Accessionen, also auch die mora auf (l. 18 l. 29 D. nov. 46, 2); allein Aufhebung der mora kann ebensowohl Zweck als Folge der Novation sein.

18) In l. 29 §. 1 D. v. o. 45, 1 kann die auf den gestohlenen Sklaven gerichtete condictio (condici poterit) nur die condictio furtiva sein; sie ist es, welche einerseits nicht novirt wurde (weil die Novationsstipulation auf rem meam mihi dari gieng), anderseits aber nachträglich, nach dem Tode des gestohlenen Sklaven, erlischt, und zwar wegen derselben Stipulirung durch die sie nicht novirt werden konnte, erlischt: deswegen weil in dieser Stipulirung, trotzdem sie nichtig war, eine Verzeihung der mora und darin ein Erlaß der perpetuatio obligationis lag. An eine condictio aus der Stipulation „quod ex causa conductionis d. f. oportet“ ist nicht zu denken, weil diese keine hominis, sondern eine quidquid d. f. o. condictio wäre, und weil, wenn von einer condictio aus dieser Stipulation ausgegangen würde, keine stipulatio da wäre, „wegen welcher“ diese Stipulationscondiction erlöschen könnte (l. 29 §. 1 cit. in fin.).

19) Auch darin ist Römer beizusplichten, daß er den Gesichtspunkt, nach welchem Donellus, Madai, Mommsen, Windscheid die bedingte Novirung purgirend wirken lassen — den der Fristbewilligung nämlich — verwirft (S. 213—222; vgl. die folgende Anmerkung 20); im Unrechte aber ist er, wenn er der bedingten Novirung die purgirende Wirkung schlechthin abspricht. Allerdings besteht in l. 31 pr. D. nov. 46, 2 (Venulejus) die Mora auch nach der bedingten Novirung fort; allein nach Marcellus wird sie ebendadurch, daß der alte Schuldgegenstand in die bedingte Novation bezuzirt wird, purgirt (l. 14 pr. D. nov. 46, 2 l. 72 §§. 1—3 D. solut. 46, 3), und es ist Grund zu der Annahme vorhanden, daß sich die beiden Juristen nur die Fälle, nicht die Rechtsätze verschieden dachten. Venulejus denkt den Fall, da Gläubiger von der Mora nichts

zeihung der Mora, sondern nur ein Abstand von sofortiger Einklagung²⁰); eine Form in der die Mora durch bloße Willenserklärung verziehen worden wäre, kommt in den Quellen nicht vor²¹). Nicht minder aber als ein Uebereinkommen über Nichtprästation der schon begangenen sonstigen culpa muß auch das über Nichtprästation der bereits eingetretenen Mora möglich sein. — Wie immer nun aber die Verzeihung der mora zum Ausdrucke kommt und in Kraft tritt, tilgt sie die Mora selbst und alle ihre Wirkungen und Wirksamkeit.

Nicht mehr von Endigung, Aufhebung, Sühnung der mora ist die Rede, wo die Obligation selbst endiget und aufgehoben wird. Ein von der Obligation getrenntes Dasein der mora gibt es nicht²²).

nachgelassen, vielmehr die alte Obligation mitsammt ihrer Perpetuation in die neue Obligation deduzirt, und alle Neuerung auf die Umstellung der Unbedingtheit in Bedingtheit beschränkt haben will; Marcellus dagegen denkt an einen Gläubiger, der auf das Anerbieten einer bedingten, überdies auf den ursprünglichen Schuldgegenstand beschränkten Promission eingegangen, kurz die Mora verziehen haben will. Ob Gläubiger diesen animus hatte, kann überhaupt nur quaestio facti sein. Wird nicht nur bedingt, sondern auch von einem neuen Schuldner stipulirt, so liegt schon in dieser Neuerung der Person Motives genug für die Novation; man braucht Verzeihung der Mora nicht als ihren Zweck zu denken: l. 56 §. 8 D. v. o. 46, 1.

20) Ob in einem solchen auch nur der Verzicht auf die Fortwirkung der bereits vorhandenen mora liegt (wie F. Mommsen S. 321 u. A. m. annehmen)? Ein anderes ist der dies vor dem keine mora entstehen, ein anderes die Frist vor deren Ablauf die schon vorhandene mora sammt Obligation nicht eingeklagt werden soll. Warum sollte mein pactum de non petendo nicht Aufschub lediglich der Klage sein können, warum muß es Verzicht auf Verzugszins auch nur binnen der Frist, warum Preisgebung der mora überhaupt sein (wie Windscheid §. 281, 2 anzunehmen² scheint)? Die l. 54 D. pact. 2, 14, welche man zwar nicht gerade von einem Fristvertrag verstehen muß, aber anders als daß das pactum wenigstens in personam creditoris konzipirt ist, nicht verstehen kann, bestätigt einerseits, daß binnen der pactirten Zeit keine Mora entstehen kann, erhärtet aber zugleich, daß die vor dem Pacte entstandene mora durch den Pact nicht purgirt wird. Willkürlich schränkt dies F. Mommsen auf den Fall ein, da die Wirkung der mora (Tob des Sklaven) noch in die Zeit vor dem Pacte falle (S. 329 Anm. 1 — gegen denselben Römer S. 217 Abf. 2.).

21) Durch pactum de non petendo als solches wird entweder auf die gesammte Obligation, oder nur auf sofortige Klagestellung verzichtet.

22) vgl. oben §. 244.

§. 275.

Mora creditoris.

Auch auf Seite des Gläubigers kann 1. von einer Mora weiteren und engeren Sinnes gesprochen werden; nur von Mora im weiteren Sinne, wo (trotz richtigen Offertes) zwar nicht angenommen wurde, allein nicht angenommen werden konnte¹⁾; von einer Mora engeren Sinnes, wo nicht angenommen werden wollte²⁾. Nur in letzterem Falle sprechen die Unsrigen³⁾ von Mora⁴⁾. Ohne Zweifel kann man bei dieser Mora engeren Sinnes von einer „Schuld“ des Gläubigers sprechen, insofern ihm die Nichterfüllung zuzurechnen ist⁵⁾; allein von einer Verschuldung (S. 249 Anm. 3 a. E.) desselben kann gleichwol keine Rede sein⁶⁾; sich selber zu schaden ist keine Verschuldung, und eine Schädigung auf Schuldners Seite ist nicht wahrzunehmen. Aber auch von Verpflichtungen oder Verbindlichkeiten, die dem Gläubiger aus seiner Mora entspringen, kann keine Rede sein⁷⁾. Keine Verbindlichkeit des Gläubigers, sondern eine Schmälerung seines Rech-

1) wie z. B. da, wo der Schuldner, bei welchem nach Art des Falles die Sache zu holen ist, sündlich zur Leistung bereit ist, und dies dem Gläubiger erklärt, dieser aber durch echte Noth verhindert, nicht erscheint: l. 3 §. 4 D. a. e. e. v. 19, l. 4 §. 2 D. peric. e. c. 18, 6 vgl. l. 18 pr. D. pec. const. 13, 5 — si valetudine impeditus, aut vi aut tempestate petitor non venit, zu welcher letzterer Stelle Madai S. 261.

2) l. 7 D. h. t. l. 73 §. 2 D. v. o. 45, 1 si pecuniam oblatam accipere noluit — l. 17 D. pec. const. 13, 5 l. 72 pr. D. solut. 46, 3 — sine justa causa accipere recusaverit —

3) ob auch die Quellen? z. B. l. 3 §. 4 D. a. e. e. v. cit.

4) Madai §. 42 S. 258 fg. F. Mommsen „Mora des Gläubigers . . . Die willkürliche Verzögerung der Erfüllung von Seiten des Gläubigers“ S. 135.

5) und mag das „per eum stare“ auch hier im Sinne der Zurechnung oder Schuld zu nehmen sein: z. B. l. 37 in f. D. mand. 17, 1. Madai a. a. O. und S. 228. S. 229 unten. F. Mommsen S. 135. S. 161.

6) Gegen die Annahme einer Verschuldung bei älteren Schriftstellern s. F. Mommsen S. 134 fg. u. S. 297 Abs. 2.

7) Hiegegen F. Mommsen selbst, indem er §. 31 rubrikmäßig von der „Verpflichtung des Gläubigers zum Schadensersatz“ handelt, im Texte u. a. von einer in den Quellen nicht bezeugten neg. gest. actio contr. des Schuldners gegen den Gläubiger spricht (S. 297 Abs. 2), und auch sonst auf diese Verpflichtung Folgerungen baut, z. B. S. 287 Abs. 1.

tes ist es, wenn er in Folge seiner mora nicht mehr so unbehindert klagen kann wie zuvor; wenn er erst allfällige Unkosten oder Schäden des Schuldners decken muß, falls er klagen will, und exceptionem doli befährt, falls er von seinem Klagerechte ohnedies Gebrauch macht⁸⁾. Gläubiger ist nicht obligirt, dem Schuldner den ihm durch seine mora verursachten Schaden zu ersetzen; allein er verfällt in die Verschuldung des dolus praesens dadurch, daß er ohne jenen zu ersetzen klagt (Bd. 1 S. 368).

Hiernach führt die Mora des Gläubigers für diesen selbst zwar allerlei Nachtheile, aber keine Verbindlichkeiten und keine Verschuldung mit sich. Dem Schuldner aber trägt sie Entschuldigung, oder Entschädigung, oder Befreiung ein — Entschuldigung, insoferne sie die etwa vorausgehende mora solvendi purgirt (§. 274) — Entschädigung, indem sie dem Schuldner von wegen der ihm durch die mora creditoris verursachten Kosten und Schäden das soeben erwähnte Retentionsrecht gibt — Befreiung, indem sie dessen etwaige Haftung für omnis culpa auf Prästation von dolus und lata culpa reduziert⁹⁾, ihn umsomehr der kasuellen Gefahr des offerirten Gegenstandes, wosfern er derselben ausgesetzt gewesen sein sollte, enthebt¹⁰⁾, die fernere Zins-

8) l. 8 D. tritic. leg. 33, 6 — doli m. placuit exceptione summo-
veri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit
heres. l. 1 §. 3 D. peric. e. c. 18, 6 — nec reddi vinum nisi quanti
conduxerit ab emtore reddatur — In b. f. judiciis konnte auch ohne ex-
ceptio posita, „per arbitrium“, auf Indemnität des Schuldners gebrungen
werden: l. 38 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1.

9) l. 17 l. 5 D. peric. v. c. 18, 6 l. 9 D. sol. matr. 24, 3; hieher
scheint uns auch zu gehören, was F. Mommsen S. 288 von Prästation
der fructus percipiendi und gesetzlicher Zinse (welche nun nicht mehr prä-
stirt werden müssen: l. 9 cit. arg. l. 28 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 l. 1
§. 3 D. usur. 22, 1) vorbringt.

10) so wenn er fungible Sachen schuldet und offerirt hat, und diese
nun ohne Schuld des Schuldners untergehen: l. 72 pr. D. solut. 46, 3
— etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non te-
neretur si creditor accipere voluisset. — Bei str. j. oo. haftet hier
Schuldner ipso jure fort und bedarf er exc. doli zu seiner Befreiung (l. 72
pr. cit.); wo ex bono et aequo geklagt wird, wie in rei uxoriae actione
wird er ipso jure frei (l. 72 pr. cit. in f. — wogegen F. Mommsen,
Beitr. I. S. 25 Anm. 37). Hieher vielleicht auch l. 73 §. 2 D. v. o. 45,
l. 1 und l. 9 §. 1 D. solut. 46, 3 (F. Mommsen III. S. 299 Anm. 6);
dagegen nicht auch l. 30 eod., wo sichtlich nur davon die Rede ist, daß

haft ¹¹⁾ und Verwirkung von Konventionalstrafen ausschließt ¹²⁾. Parallel diesen Befreiungen der obligirten Person geht eine Befreiung der obligirten Sache ¹³⁾; desgleichen muß die Entschuldigung, Entschädigung und Befreiung des Hauptschuldners auch dem Bürgen zu statten kommen ¹⁴⁾.

Diese Wirkungen kommen jedenfalls alle der *mora creditoris* im engeren Sinne zu; nicht wenige aber entspringen sicher auch schon aus der *mora ex.* weiteren Sinnes ¹⁵⁾ und da die Billigkeit, welche wohl allen diesen Wirkungen zu Grunde liegt ¹⁶⁾, auch da zutrifft, wo der Gläubiger nicht „gekonnt“ hat, das Unvermögen des Gläubigers dem Schuldner so wenig zur Last fallen darf, als sein Nichtwollen, so fragt sich, ob die genannten Wirkungen nicht ununterschieden aus aller und jeder *mora creditoris* entspringen ¹⁷⁾. —

man dem Gläubiger die Klage denegirt, wenn der belangte Schuldner offerirt, und Gläubiger (ohne die Richtigkeit des Offertes zu bestreiten) anstatt anzunehmen, auf der Klage besteht. (S. dagegen *J. Mommsen a. a. D.*). Hierauf könnten nun aber auch *l. 73 §. 2* und *l. 9 §. 1 cit.* gehen. Schwierigkeit macht *l. 102 pr. D. solut. 46, 3*; *J. Mommsen's* Textänderung (*debitoris* anstatt *creditoris* — *a. a. D.*) ist in Betracht zu ziehen.

11) *l. 6 C. h. t. 4, 32*;

12) *l. 23 §. 3 cf. §. 1 D. rec. 4, 8 l. 9 C. usur. 4, 32*; *arg. l. 4 §. 4 D. leg. comm. 18, 3 l. 9 §. 1 D. h. t.*

13) insoferne 1) *hypothecaria actio* versagt, wenn es am Gläubiger selbst liegt, daß ihm nicht gezahlt wurde: vgl. einstweilen die Formel bei *Keller v. Civilp. §. 33* und dazu *l. 6 §. 1 D. quib. m. pign. solv. 20, 6 l. 19 C. usur. 4, 32* — *cum Serv. etiam actio manifeste declarat etc.*; 2) der Verpfänder, welcher zu zahlen bereit ist, *pigneraticia actione* das Pfand zurückverlangen kann: *l. 9 §. 5 l. 20 §. 2 D. pign. act. 13, 7*; 3) der in *mora* befindliche Gläubiger das Pfand nicht verkaufen (*l. 5 C. distr. pign. 8, 28*), wohl aber 4) der Verpfänder nunmehr wirksam über dasselbe verfügen kann: *arg. l. 10 l. 12 C. pign. act. 4, 24* — nach diesen u. a. Stellen freilich nur nach Konstatirung der *mora* durch *solemnis depositio*. Vgl. *J. Mommsen S. 290*.

14) Dies folgt theils aus der accessorischen Natur der Bürgschaft (§. 255 bes. Anm. 32. 44), theils aus dem Grundsätze, daß der Hauptschuldner nicht mittelbar (durch Regreß des Bürgen) an den Gläubiger verlieren solle, was er unmittelbar gegen diesen gewonnen hat (§. 255 S. 187 Abs. 1 bes. S. 188). Direkte Quellenzeugnisse gibt es nicht. Vgl. *J. Mommsen S. 292 Abs. 2*.

15) oder wie *J. Mommsen* sich ausdrückt, aus der bloßen Oblation —

16) *l. 72 pr. D. solut. 46, 3* — *quia non teneretur si creditor accipere voluisset* —

17) Daß namentlich Befreiung von Prästation der *omnis culpa* nur bei der willkürlichen *mora* annehmbar sei, folgert *J. Mommsen* (S. 287 Abs. 1)

Wie das Offert erfolgen müsse, damit mora creditoris möglich sei, ist schon oben¹⁸⁾ erörtert. Daß dieselbe auch ohne Oblation eintreten könne, darf nicht zugegeben werden¹⁹⁾; wohl aber ist dafür gesorgt, daß der Schuldner da, wo er zu offeriren bereit ist, aber aus in der Person des Gläubigers liegenden Gründen nicht offeriren kann, sich die Vortheile der Oblation verschaffe, wie wenn er offerirt hätte²⁰⁾. — Wo keine Oblation, ist auch keine mora creditoris möglich: Besteht die Obligation in non faciendo, oder in einem durch keine Mit-

aus dem Sage, daß nur bei dieser mora „eine Lösung des eigentlichen obligatorischen Bandes“ platzgreife. Allein u. G. entspringt aus der mora keine Lösung des Bandes, weder des eigentlichen, noch des uneigentlichen, sondern nur ein gewisser Nachlaß des Bandes d. i. der Haftung, und diesen mag sich der Schuldner in allen Richtungen schon dadurch verdienen, daß er alles thut, was an ihm ist, gleichviel ob und wie weit man vom Gläubiger das Gegentheil sagen muß. Dem wichtigsten Einwande: daß der Verpfänder freie Verfügung über das Pfand solle erhalten könne (Anm. 13), ohne daß die Pfandhaft gelöst und Gläubiger an dem Nichtempfang schuld ist — ist schon im Rechte selbst, durch das Erforderniß der solennis depositio, begegnet, welche selbstverständlich nur um so mehr nothwendig ist, wenn Gläubiger nicht empfangen kann (l. 2 C. debitorem venditionem pign. imp. n. p. 8, 29 l. 8 C. distr. p. 8, 28).

18) §. 274 Anm. 4—12.

19) Vgl. Madai (gegen Bartolus, Mühlenbruch, Ratjen u. A.) zu l. 18 pr. D. pec. const. 13, 5 — l. 4 C. usur. pupill. 5, 56 — l. 1 §. 1 D. peric. e. c. 18, 6 — l. 6 D. opt. leg. 33, 5), F. Mommsen §. 18 S. 175—177, hinwider §. 18 S. 168—175.

20) Einer Interpellation des Gerichtes gedenkt l. 6 C. usur. 4, 32 für den Fall, daß wegen Abwesenheit des Gläubigers nicht offerirt werden kann. Mehr als eine Konstatirung und Befundung der Abwesenheit sowie der Zahlungsbereitschaft wird hierin nicht zu erblicken sein; Oblation selbst und mora creditoris liegt hierin nicht (F. Mommsen S. 169 b.); allein der Zinselauf hört auf wie wenn offerirt wäre (arg. l. cit.); darauf warum Gläubiger abwesend ist, oder auf sein „subjektives“ Verhältniß zu der Sachlage kommt es nicht an (s. dagegen F. Mommsen S. 169 c.); liegt überhaupt keine mora vor, so darf man so wenig eine willkürliche als unwillkürliche mora voraussetzen. — Abermals Interpellation des Gerichtes ist vorgezeichnet für den Fall, da der Schuldner wegen Illiquidität der Forderung nicht offeriren kann und Gläubiger sein Guthaben darzulegen oder einzuklagen säumt. Diese Unthätigkeit des Gläubigers ist keine mora (l. 4 C. usur. pupill. 5, 56 — agere . . non compellitur); aber Schuldner kann ihn zur Liquidirung mit dem Präjudize provoziren (laden lassen), daß außerdem der Zinselauf aufhöre (l. 4 cit.), oder Gläubiger das Recht des Pfandverkaufs verliere (l. 5 C. distr. pign. 8, 28). Vergl. Mommsen S. 170. 2, der jedoch auch hier wieder mora annimmt. Ueber den Ersatz der Oblation geht es hinaus, wenn Schuldner sich durch depositum judiciale seiner Schuld entlediget (l. 9 C. solut. 8, 43 cf. l. 19 C. usur. 4, 32 Nov. 91 c. 2. vgl. Madai S. 481 unten).

wirkung des Gläubigers bedingten Thun, da ist keine Oblation denkbar ²¹⁾. Ist Oblation möglich, eine Wiederholung derselben aber auf Grund derselben Obligation unmöglich, dann ist die Nichtannahme keine bloße Verzögerung, sondern eine Vereitlung der Erfüllung. ²²⁾

b. Kasus.

§. 276.

Casus bedeutet hier ¹⁾ einen durch Zufall eintretenden Unfall ²⁾. Der Unfall kann ebensowohl in bloßer Verschlechterung als im Untergange des schuldigen Gegenstandes, mithin nicht bloß darin, daß die schuldige Leistung überhaupt unmöglich, sondern auch darin, daß sie so wie sie erfolgen sollte unmöglich wird, bestehen ³⁾. Dagegen finden wir ihn als „casus“ nur im Inhalte der Obligation (dem Wofür der Haftung, dem Gegenstande der Verbindlichkeit oder Schuld), mit nichten in den Subjekten der Obligation ⁴⁾; kurz der Kasus ist ein die Sache, nicht das Subjekt der Obligation treffender Unfall ⁵⁾. Zuweilen erscheint das Wort auch da, wo man weder von

21) vgl. F. Mommsen S. 137. 1.

22) z. B. Bestellung des Fiacers zur bestimmten Stunde. Vgl. F. Mommsen S. 137. 2.

1) als ein innerhalb der Obligationen eintretendes und im Gegensatz zu dolus und culpa (z. B. l. 23 D. r. j. 50, 17) genanntes Ding. — Diesem casus am nächsten steht derjenige, welcher meine nicht in obligatione, aber in fremdem Besitze befindliche Sache trifft (Vd 1 S. 662. S. 354 3a).

2) Nur mehr Zufall, nicht auch Unfall ist der casus in der casualis conditio; nur mehr Unfall, nicht nothwendig Zufall der casus in l. 5 §. 6 D. de his qui effud. 9, 3; weder Zufall noch Unfall der casus im Responsum (Kasnistik). — Als Unfall wird unser Kasus möglicherweise gleich dolus und culpa zum Gegenstande der Prästation (z. B. l. 23 cit. l. 11 D. neg 3, 5; l. 22 C. eod. 2, 19), worin auch sein alter Zusammenhang mit dolus und culpa im System.

3) z. B. „aliquod damnum fatale“ l. 5 §. 4 D. commod. 13, 6 cf. l. 27 § 5 D. ad leg. Aq. 9, 2; l. 30 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2.

4) vgl. sämmtliche bereits citirte und noch zu cit. II.

5) Die scheinbare Willkür dieses Sprachgebrauchs würde schwinden, wenn, wie M. Voigt (Abh. der sächs. Akad. Bd. 6. Bedeutungswechsel S. 81. 8.) ausführt, „casus“ bis zum Ausgang der Republik noch Jahrlässigkeit (negligentia) bedeutete, mithin in der Leistung, dem Inhalte der Obligation zur Erscheinung kam. — Diese Einschränkung des Kasus ist übrigens durchaus nicht im Sinn der neueren Lehre (F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 241 fgg.; und hier unten §. 279 Anm. 10 a. G.)

Verschlechterung noch vom Untergang, wohl aber von einem dem Untergang in den meisten Fällen gleichkommenden Verlust und so gewissermaßen von Untergang bei lebendigem Leibe sprechen kann⁶⁾; hierorts halten wir ihn in seinem gewöhnlichen Vorkommen, als den zufälligen aber leiblichen Verderb oder Untergang der Sache fest, begreifen unter Sache aber nicht nur die in obligationem deduzirte körperliche Sache, sondern auch das in obligationem deduzirte opus, als die an Sachen verkörperte (nicht erst zu verkörpernde) Arbeit⁷⁾. Arbeit schlechthin (operae) kann vom Kasus nicht getroffen werden⁸⁾. Ferner wird mit der verpachteten, vermieteten Sache die Gebrauchsbefugniß des Pächters, Miethers vom Kasus zwar mitergriffen⁹⁾; allein unmittelbarer Gegenstand des Kasus ist nicht die in obligatione befindliche Gebrauchsbefugniß oder Gebrauchseinräumung, sondern die nicht in obligatione befindliche Sache¹⁰⁾; stets aber muß der Gegenstand, der von dem in die Obligation einschlagenden Kasus getroffen werden soll, in obligatione sein. Der Unfall, welcher dem darlehensweise empfangenen, vielleicht in Heimzahlung begriffenen Gelde begegnet, heißt auch casus¹¹⁾, ist aber nicht unser casus, weil er nur den im Eigenthum, nicht den in obligatione befindlichen Gegenstand trifft¹²⁾. — Als Zufall muß der Kasus

6) §. 279 Anm. 6 u. 7.

7) Der halbwegs fertige Bau kann dem Materiale und der in dasselbe verwendeten Arbeit nach zu Grunde gehen; nicht auch der ihm planmäßig für die Zukunft zugebauten Arbeit nach l. 36 l. 37 D. loc. 19, 2.

8) Entweder ist es die Person, über welche z. B. bei der locatio c. operarum der Unfall hereinbricht (§. 278 Anm. 12), oder aber die Sache, wie z. B. in dem von F. Mommsen S. 363 oben angeführten Falle (da das zu dreisende Getreide verbrennt); da es sich nur um operae, nicht opus handelt, trifft der Kasus den Inhalt der Obligation nicht: weder die schon geleisteten operae — sie sind geleistet; noch die künftigen — sie bestehen nur im Gedanken.

9) arg. §. 3 J. loc. cond 3, 24.

10) z. B. l. 19 §. 6 D. loc. 19, 2 — insula ruerit vel incendio consumpta sit —

11) §. 2 J. qu. m. re 3, 14) l. 1 §. 4 D. o. e. a. 44, 7. Wächter, über die Frage: Wer hat bei D. die Gefahr zu tragen? Arch. f. civ. P. XV. S. 130 unten.

12) Aus diesem außerhalb der Obligation liegenden casus kann also nicht gefolgert werden, daß der casus an und für sich keine Beziehung zur Unmöglichkeit der (in obligatione befindlichen) Leistung habe. S. dage-

aus irgend etwas anderem als aus unserem Willen seinen Ursprung nehmen¹³⁾; allein vom Standpunkte des Obligirten aus gefaßt ist ein Ereigniß *Rasus*, wenn es nur nicht auf dem Willen des Obligirten beruht; auf dem Willen Dritter mag es beruhen¹⁴⁾. Kein *Rasus* ist mithin der Unfall, der auf einer noch so leichten Schuld des Onerirten beruht¹⁵⁾, gleichviel ob er zu prästiren ist oder nicht¹⁶⁾; keiner der Unfall, der ohne Schuld, aber nicht ohne den Willen (nicht *sine facto*) des Obligirten eintritt¹⁷⁾. Wo der Obligirte die zu restituirende oder schuldige Sache, wiewohl von seiner Schuld nichts wissend, veräußert, fehlt es zum *Rasus* sowohl am Zufall als am Unfall; ob er durch dieses sein *factum* frei wird¹⁸⁾, oder trotz derselben forthatet¹⁹⁾: mit unserem *Rasus* hat die daraus entspringende „Unmöglichkeit der Leistung“ nichts zu schaffen²⁰⁾. Eine Mischung von *Rasus* und *Culpa* (in *majoribus casibus culpa interveniens* — s. g. *casus mixtus*) ergibt sich wo der Obligirte die Sache schuldhafter Weise in die Lage gebracht hat, in der ihr der *casus* zugestoßen ist²¹⁾.

Wo nun der Inhalt der Obligation vom *Rasus* betroffen wird, und auch keine *culpa* den Eintritt desselben veranlaßt hat (Anm. 21), kommt es um seinetwillen zu keiner Prä-

gen *J. Mommsen*, S. 244 Abs. 3. Vgl. übrigens l. 33 §. 1 D. sol. 46, 3 l. 42 D. j. d. 23, 3 und *J. Mommsen* anderwärts S. 250.

13) §. 28 J. r. d. 2, 1 — *ex voluntate* — *casu* l. 5 cf. l. 1 C. ad leg. Corn. sic. 9, 16 — *non voluntate sed casu fortuito* l. 23 D. r. j. 50, 17 — *casus* . . . *quaeque sine culpa accidunt* —

14) l. 23 cit — *fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, (allenfalls) incendia, impetus praedonum* —

15) l. 23 cit. — *quaeque sine culpa accidunt* —

16) vgl. *J. Mommsen* S. 243 Anm. 22.

17) Der promissor servi tödtet den in facinore ergriffenen Sklaven; nicht *casus*, sondern sein Strafrecht macht ihn frei: l. 96 D. v. o. 45, 1 l. 53 §. 3 D. legat. I. cf. l. 91 §. 1 D. v. o. 45, 1.

18) l. 1 §. ult. D. dep. 16, 3.

19) §. 16 J. leg. 2, 20 l. 112 §. 1 D. leg. I. l. 25 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 91 §. 2 D. v. o. 45, 1 cf. §. 3 J. leg. 2, 20.

20) Mit demselben einigermassen im Zusammenhange steht sie bei *Mommsen* a. a. O. S. 234 Abs. 1. Windscheid §. 264 Anm. 9 e.

21) Vgl. oben S. 273; l. 5 §. 7 l. 18 pr. D. commod. 13, 6 l. 13 §. 3 l. 11 §. 1 §. 4 D. loc. 19, 2 l. 1 §. 4 D. o. e. a. 44, 7. l. 3 C. peric. tut. 5, 38. §. 2 J. q. m. r. 3, 14. Hieher auch l. 11 D. neg. 3, 5: *J. Mommsen* S. 234 Anm. 10; dagegen Windscheid §. 264 Anm. 9 d.

station — *casus a nullo praestantur* ²²⁾; der Kasus führt zur ganzen, oder theilweisen Befreiung, mit nichten zur Veränderung (des ursprünglichen *dare facere oportere* in ein *praestare oportere*) ²³⁾. Richtig verstanden ist der Grundsatz *casus a nullo praestantur* so ausnahmslos gültig, als er aufgestellt ist. Zwar können Bedinge ²⁴⁾, *mora solvendi* (§. 273) und Litiskontestation (Bd. 1. S. 354. 3 a.) Prästation auch des *casus* nach sich ziehen und ist darnach auch von „Prästation des *casus*“ die Rede ²⁵⁾; allein näher betrachtet ist doch nur der Unfall ²⁶⁾, nicht auch der Zufall das was hier prästirt wird, und Grund der Prästation wieder nicht etwa der Zufall, sondern das Versprechen, die *Mora*, die Litiskontestation. Also der Kasus d. i. das, daß ein Schade zufällig eintritt, wird niemals prästirt. — Etwas anderes als der Kasus ist das *periculum* (§ 277), welches im Gefolge wie des *dolus* und der *culpa* so auch des Kasus vorkommt, und ebensowohl denjenigen treffen kann, der den Kasus nicht prästirt, als es stets denjenigen trifft, der ihn (weiter gesprochen) prästirt ²⁷⁾.

22) l. 23 D. r. j. 50, 17 cf. l. 107 D. solut. 46, 3 l. 1 §. 35 in f. D. dep. 16, 3 l. 2 §. 7 D. adm. rer. 50, 8.

23) Der Kasus hat keine perpetuierende, novierende, kondemnierende — er hat „liberatorische Kraft“ (Wächter a. a. O.) Nicht die Unmöglichkeit an und für sich liberirt, sondern es kommt darauf an, wodurch dieselbe bewirkt ist, ob *voluntate*, *culpa*, *dolo* des Obligirten, oder *fortuna*, *forte*, *casu fortuito*. Diese *fortuna* ist kein „rein Negatives“ (F. Mommsen S. 246). Darnach will nicht einleuchten, daß die „Unmöglichkeit“ für die durch *dolus*, *culpa*, *casus* eintretenden Veränderungen oder Aufhebungen der D. einen positiveren Ausgangspunkt darbiete, als ihn die älteren Lehre in *dolus*, *culpa* und *casus* hatte. s. dagegen F. Mommsen S. 245 fgg.

24) ausdrückliche: l. 1 §. 35 cit. cf. §. 6 eod. l. 7 §. 15 D. pact. 2, 14 — *nec quasi contra juris formam factum non servandum* — l. 39 D. mand. 17, 1; — stillschweigende, bei ästimatorischen Kontrakten: l. 1 §. 1 D. aestim. 19, 3 l. 54 §. 2 D. loc. 19, 2 l. 5 §. 3 D. commod. 13, 6 l. 10 pr. — §. 6 D. j. d. 23, 3 cf. l. 17 §. 1 D. praescr. v. 19, 5 l. 11 pr. D. r. cr. 12, 1 Paul. R. S. II, 4 §. 4 l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2 l. 69 §. 7 D. j. d. 23, 3 l. 21 C. eod. 5, 12. *Chambon*: l. v. contr. aest. S. 10—33.

25) l. 10 (11) D. neg. 3, 5.

26) l. 9 §. 2 D. loc. 19, 2 — *ut si quid (vi majori) accidisset praestaretur* — was auch bei dem *periculum praestare* (z. B. l. 7 §. 15 D. pact. 2, 14) gemeint ist.

27) Bei alternativer D. (aut *Stichum* aut *Pamph.*) steht, wenn dem Obligirten beides gehört, Eines stets auf seine Gefahr, trotzdem er es nicht prästirt: l. 34 §. 6 D. c. e. 18, 1.

§. 277.

Periculum.

Von einer „Gefahr“ ist vielfach ¹⁾, in einem besonderen Sinne aber bei Obligationen die Rede, und zwar im Hinblick auf den Schaden, zu dem der eine oder andere Theil nicht etwa bloß durch casus, sondern auch durch dolus, culpa, mora ²⁾ kommen kann. Wer die Gefahr der ebengedachten Verschuldungen trage, erhellt aus der Lehre von deren Prästation (§§. 267—75) ³⁾; wer dagegen die Gefahr des Rufes trage, ist mit obigem (§. 276) noch nicht erledigt.

Von einem „periculum“ bei Obligationen ist nun aber

1. überhaupt nur insoferne die Rede, als man aus der Obligation einen Nachtheil und nicht bloß einen in der Obligation selbst liegenden Nachtheil (Haftung, Exekution) zu fürchten und eintretenden Falls zu erleiden hat ⁴⁾. Insonderheit von einem periculum casus ist also a. bei einseitigen Obligationen, α. ohne weiteres in der Person des Gläubigers die Rede, indem er durch den casus seine Forderung verlieren, und also einen Nachtheil erleiden kann, der nicht schon im Dasein seiner Forderung liegt; β. in der Person des Dnerirten nur unter der Voraussetzung, daß das periculum vom Gläubiger auf ihn übertragen oder übergegangen ist (S. 315); sonst ist der casus ein für ihn entweder gleichgiltiges oder sogar vortheilhaftes Ereigniß; gleichgiltig, wenn er seine eigene Sache zu leisten hatte; vortheilhaft, wenn eine fremde; b. bei gegenseitigen Obligationen, insoferne ein Obligirter die ihm aus dem gegenseitigen Geschäfte zustehende Forderung ohne Aus-

1) z. B. in Ansehung gewisser Prozeßarten: Gaj. 4, 162 — des quod metus causa: l. 1 D. h. t. 4, 2 — von Strafen: Coll. X, 6 (infamiae periculo) l. 28 pr. §. 1 D. poen. 48, 19 (capitis periculum).

2) quodsi dolo fecit, jam quidem periculum ipsius est: l. 14 §. 3 D. furt. 47, 2; — periculum quod culpa contigit: l. 5 §. 7 D. commod. 13, 6 l. 39 §. 12 §. 14 D. adm. tut. 26, 7 l. 3 D. cond. ind. 12, 6; — custodiae periculum: l. 1 §. 4 D. furti adv. naut. 47, 5. Vgl. F. Mommsen Unmögl. d. L. S. 238 fg. Haffje S. 420 Anm. 1.

3) wozu nur noch hervorzuheben ist, daß eine Verschuldung die der Obligirte nicht prästirt, auf Gefahr des Gläubigers steht. Vgl. l. 14 §. 3 cit.

4) in derselben Weise wie da wo cum periculo prozeßirt wird, eine Einbuße außer dem Prozeßverluste gemeint ist. (Gaj. l. cit. u. 4, 13).

sicht auf seinerseitige Entlastung durch casus zu verlieren gefaßt sein muß; wo dagegen zufolge casus zwar dieseits und jenseits der Anspruch, allein ebensosehr dieseits wie jenseits die Verbindlichkeit und Haftung untergeht, wie dieses bei der locatio conductio rei der Fall ist ⁵⁾, da gibt es, aus der Obligation, keine Gefahr ⁶⁾; denn der Verlust wird durch die Befreiung ausgeglichen.

2. Von periculum bei Obligationen ist weiterhin nur da die Rede, wo die Gefahr aus der Obligation entspringt, dieselbe Gefahr nicht auch ohne die Obligation bestünde — wie dies wiederum bei der locatio conductio rei der Fall ist ⁷⁾.

3. Wie die Obligationen wirthschaftlich nicht alle bloß auf die Gewähr und den Austausch, sondern auch auf die Verbindung von Kapital und Arbeit ausgehen (Sozietät), ist auch die Gefahr des Rausus möglicherweise eine gemeinschaftliche (damnum societatis, damnum commune) ⁸⁾; bei einseitigen und bei tauschartigen Obligationen trifft die Gefahr stets nur die Eine Partei ⁹⁾.

4. Wer, wo der Rausus nicht prästirt wird (§. 276 a. G.), die Gefahr trage, scheint in dem Satze der Aelteren „casum sentit dominus“ noch immer zutreffender ausgesprochen, als die „Prinzipien der Neueren“ ¹⁰⁾ es mit sich bringen. Vor allem ist

5) l. 30 §. 1 l. 33 D. loc. 19, 2

6) Wächter, Wer hat bei D. die Gefahr zu tragen? Arch. f. civ. P. Bb. XV S. 104. 2.

7) Da z. B. der Einsturz des vermieteten Hauses und der für den Vermiether daraus entspringende Schaden auch ohne die Vermietung zu fürchten ist, während der conductor operis die Gefahr ohne Entgelt zu arbeiten nur aus diesem Kontrakte, und der Käufer die Gefahr ohne die Waaren zahlen zu müssen, nur aus dem Kaufe hat. Wächter a. a. O. S. 102. 1: „mit nicht durch „res meo periculo est, res mihi perit“ bezeichnen die Gesetze den Umstand, daß der Eigenthümer sein Eigenthum verliert etc.“

8) Wo Wächter a. a. O. das Gegentheil zu sagen scheint (z. B. S. 111. 2. S. 110), hat er nur die einseitigen oder die tauschartigen Kontrakte vor sich: arg. S. 206. 3.)

9) — meum, tuum periculum — debitoris, creditoris periculum u. f. f.

10) deren seit der epochemachenden, gegen das „casum sentit dominus“ gerichteten Abhandlung von Wächter zweierlei verfochten werden. Wächter selbst deduzirt aus zwei Sätzen: impossibilium nulla obligatio und casus a nullo praestantur die Gefahr für den Gläubiger sowohl in gegenseitigen als einseitigen Kontrakten; das Eine Prinzip (daß überall

in jenem Satze angedeutet, daß a. die Gefahr des Rufus eine „Sache“ betrifft¹¹⁾; denn ohne irgend etwas Sachliches ist dominium nicht denkbar; — in ihm ist denn auch angedeutet, daß, von periculum bei locatio conductio operarum keine, bei locatio conductio rerum und operis nur insoweit die Rede sein kann, als die verpachtete, vermietete Sache, oder das verdingene opus der Gefahr ausgesetzt ist (§. 276. Anm. 7. 8. 9.). Weiterhin gibt er b. dem natürlichen und aus keinem weiteren Satze zu deduzirenden Gedanken Ausdruck, daß die Gefahr dessen ist, dessen das gefährdete Ding ist, wie sie denn an und für sich keines Anderen sein kann¹²⁾. c. Buch:

der Gläubiger die Gefahr trage) zieht das andere nach sich: daß die Gegenseitigkeit der DD. bei den zweiseitigen Kontrakten eine gegenseitige Unabhängigkeit sei, wornach der Gläubiger seinerseits immerhin zahlen müsse, trotzdem er nichts dafür bekommt; prinzipmäßige Ausgestaltung sei emtio venditio, die Abweichung der locatio conductio rei entspringe der „besonderen Natur“ des Falles. Den Anderen (z. B. Windscheid §. 321 zu Anm. 16) ist Gegenseitigkeit der Gegenseitigkeit Prinzip, so daß „wer selbst seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht, auch die Gegenforderung nicht verlangen kann“, locatio conductio rei der Normalfall, emtio venditio von besonderer Natur, die Wächter'sche Deduktion nur für die einseitigen Obligationen statthaft. Die Besonderheit der emtio venditio wird darin gefunden, daß sie eine „aus einer Entäußerungserklärung entstandene Obligation“ und daß in Folge derselben die Sache bereits als in das Vermögen des Verkäufers übergegangen zu betrachten sei (Windscheid §. 321 Anm. 19 und die dort Agff.). F. Mommsen steht im wesentlichen auf derselben Seite, setzt das Besondere der emtio v. aber allgemeiner in die „Fiktion der Erfüllung“, nach l. 5 §. 2 D. resc. v. 18, 5 — ac si traditus fuisset — l. 14 l. 15 D. j. d. 23, 3 C. 331 C. 345 fgg.

11) vgl. das gewöhnliche „res est alicujus periculo“, „periculum rei pertinet ad aliquem“, res perit ei cui debetur etc.

12) Nur unter Preisgebung der Gegenseitigkeit (C. 55 C. 59 oben) gelangt man von jenen zwei Sätzen (imp. nulla o., und casus a nullo p.) aus zum periculum emtoris (vgl. F. Mommsen C. 347 und fgg.); — von dem Principe der Gegenseitigkeit aus aber hat man ein Prinzip nur für das periculum in gegenseitigen Kontrakten, kein einheitliches für alle Obligationen, ferner die Normen über emtio v. und l. c. operis gegen sich, endlich aber eine Folgerung, aus der sich vielmehr kein periculum, als eines des Einen oder Anderen ergibt; — was insonderheit die Deduktion aus dem „impossibillium nulla o.“ anlangt, so bezeugen die von Wächter C. 201 Anm. 22 cit. l. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 30 §. 4 D. ad l. Falc. 35, 2 l. 23 l. 33 l. 37 l. 83 §. 7 D. v. o. 45, 1 wohl periculum creditoris, dagegen nicht auch jene Deduktion. Kaum daß sich l. 22 §. 3 cit. (non cogi eum reddere, quod non habet) für sie verwerthen läßt. Der Satz selbst (imp. n. o.) dürfte nur angesichts der einseitigen DD., und anfänglich vorhandenen Unmöglichkeit aufgestellt sein. Bei gegenseitigen DD. handelt es sich weithin nicht um Möglich oder Unmöglich, sondern um Sein oder Nichtsein (C. 126 Abs. 2); bei nachfol-

hörtlich, wenn man den dominus als Eigenthümer faßt, trifft der Satz nicht zu; denkt man aber unter dominus weiter einen Jeden, der nach Maßgabe der Obligation die in obligatione befindliche Sache einerseits gut hat, andererseits aber nun auch haben muß: dann trifft der Satz allenthalben zu. Daß bei einseitigen D. der Gläubiger die Gefahr trägt¹³⁾, versteht sich dann von selbst; der andere Satz der Aelteren: *res perit ei cui debetur*¹⁴⁾ ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß wer die Sache gut hat, ihre Gefahr hat. Was die gegenseitigen D. anlangt, so ist der Käufer von der Perfektion des Geschäftes an in der Lage, einerseits sie gut zu haben, andererseits sie haben zu müssen; trägt er von jetzt an die Gefahr der Sache „als ob sie tradirt wäre“ (Ann. 10 a. E.), so will das besagen, daß sein Guthaben und sein Habenmüssen ihn als Eigenthümer darstellen noch bevor er Eigenthümer ist¹⁵⁾; — bei der *locatio conductio operis* muß der Verdinger das Werk von der Approbation, ja von dem Augenblicke an da dasselbe probemäßig fertiggestellt ist, haben¹⁶⁾; — bei der *locatio conductio rei* hat es was die Obligation anlangt, keine Gefahr, — weder für den Konduktor, der die Sache weder gut hat, noch haben muß; noch für den Lokator, der als solcher die Sache weder hat, noch haben muß; wenn er Eigenthümer ist, so trifft ihn die Gefahr, ihn als Eigenthümer, nicht als Lokator; der Untergang der Sache ist in der *locatio conductio rei* keine Gefahr, sondern ein Ende des Geschäftes und der aus ihm beiderseits entsprungenen und bisher bestandenen Haftungen (nicht der bisher erwachsenen Schulden); darum weil Pacht und Miethen nunmehr abgebrochen, beendet, nicht weil die Leistungen einerseits unmöglich geworden,

gender Unmöglichkeit ist nicht *nulla obligatio*; d. h. die anfangs vorhandene Obligation wird durch nachfolgende Unmöglichkeit entfernt nicht überall Null.

13) *z. B. l. 91 pr. D. v. o. 45, 1 l. 32 pr. D. cond. ind. 12, 6.*

14) nachgewiesen bei *J. Mommsen*, S. 346 Ann. 12.

15) eine Fiktion scheint nicht nothwendig, die Entäußerungserklärung nicht erschöpfend (vgl. Ann. 10).

16) *l. 36 l. 37 D. loc. 19, 2*; hiezu und zu den weiteren hier einschlägigen *l. 62 l. 59 l. 33 l. 15 §. 6 eod. l. 10 pr. D. l. Rhod. 14, 2* *J. Mommsen* S. 371—384.

oder gegenseitig u. dgl. m. sind, hört von jetzt an einerseits der Zins und anderseits die Gewährschaft auf¹⁷⁾. In der *locatio c. operarum* gibt es keinen *casus* (§. 276. Anm. 8), kein *Dominium*, kein *periculum casus*. Bei der *Sozietät* hinwiderum trifft der Satz: *casum sentit dominus* zunächst buchstäblich zu, indem alle die Sachen, welche *ex societate* in das Miteigenthum der Gesellschafter gekommen sind, auch auf deren gemeinsamen Gefahr aus dem *casus* stehen¹⁸⁾; allein überdies wird die Gefahr auch derjenigen Sachen gemeinsam, welche in die *Sozietät* konferirt¹⁹⁾, oder auch nur ihrethalben in Gefahr gebracht sind²⁰⁾ — und hierauf läßt sich unser Guthaben und Habenmüssen nicht mehr anwenden. Dagegen ist zu bedenken, daß bei der *Sozietät* das *damnum*, und insoferne auch das *periculum* ein Gegenstand vertragsmäßiger Bestimmung ist, daß die *Sozietät* selbst nichts anderes als ein Glück- und Gefahrgemeinschaftsvertrag, und daß die Gefahrgemeinschaft der konferirten und der *propter societatem* gefährdeten Sachen nicht gegen den Gedanken „*casum sentit d.*“, sondern aus einem andern Gedanken, dem des *Sozietätsvertrages* und seiner *Intention* selbst geschöpft ist. Uebrigens kann auch hier der *casus* nicht bloß Gefahr, sondern auch das Ende der *Sozietät* mit sich führen²¹⁾.

Andere Zufälligkeiten.

§. 278.

Außer dem *casus* (§. 276) gibt es noch eine Reihe von Zufälligkeiten, welche gleich dem *casus* erst nach *Perfektion* der *Obligation* eintreten und dem *Obligirten* die *Erfüllung* unmöglich machen, vom *casus* aber gleichwohl nichtsdestoweniger unterschieden werden müssen, weil sie

17) l. 9 §. 4 D. loc. 19, 2 — *temporis quod insecutum est mercedes ut indebitas reciperabis* — l. 19 §. 6 l. 30 §. 1 eod. Daß die *Sachenmiete* sich „streng genommen“ in die *Gefahrstheorie* nicht füge, schwebte wohl *Wächter* S. 203. l. vor.

18) arg. l. 52 §. 4 l. 58 pr. §. 1 l. 60 l. 61 D. h. t. 17, 2.

19) l. 58 §. 1 l. 52 §. 3 D. h. t.

20) l. 52 §. 4 l. 60 l. 61 D. h. t.

21) *z. B.* l. 58 pr. D. h. t. si id . . . extinctum sit . . . non puto societatem manere — was gleichbedeutend mit *pro socio agere posse* —

1. nicht im Inhalte der Obligation, sondern in der Person des Obligirten oder Gläubigers eintreten, so daß denn auch die Unmöglichkeit der Leistung nicht in deren Inhalt oder Gegenstand, sondern in der Person des Schuldners oder Gläubigers ihren Ausgangspunkt nimmt: — z. B. Krankheit, bei welcher der Obligirte die von ihm persönlich zu verrichtende Arbeit nicht verrichten, Verlust des *commercium rei*, ohne welches der Gläubiger die ihm zu verschaffende Sache nicht in Empfang nehmen kann; —

2. zwar im Inhalte der Obligation (nämlich an der Sache, welche gegeben, tradirt, restituirt, oder an der eine Gebrauchs- befugniß oder ein dingliches Recht gewährt werden soll) platzgreifen, aber einen Untergang oder Verderb der Sache nicht enthalten. Die Zufälligkeiten dieser letzteren Art lassen sich als der zufällige Verlust mit Ausschluß des Untergangs der Sache zusammenfassen¹⁾; als solche werden wir aber nicht nur den Verlust der Sache durch feindliche und räuberische Gewalt, durch Diebstahl und Flucht, durch Publikation, Abjudikation und Eviktion, sondern auch den durch Außerverkehrsetzung rechnen müssen, insoferne er ohne Zuthun des Obligirten eintritt; andernfalls muß die Außerverkehrsetzung nicht gerade Schuld des Obligirten, allein als auf einer Handlung des Obligirten selbst beruhend kann sie nicht mehr zufälliger Verlust sein²⁾. Eben darum müssen wir diejenige Entäußerung der Sache, welche durch eine Veräußerung von Seite des Obligirten erfolgt, vom zufälligen Verluste ausscheiden, wenn man sie je noch Verlust nennen sollte³⁾; das gemeine Verlieren erscheint

1) Donellus, comm. lib. XVI c. 6 Rubr.: De rei debita, quae salvo corpore rei contingit, amissione — dann Entgegenstellung von rem deperdere und perire: ibid. §. 2 Text zu not. b

2) Vgl. oben §. 276 zu Num. 13. Nach l. 91 §. 1 D. v. o. 45, 1 erscheint sie stets als Zufall, wenn „fundus religiosus vel sacer factus vel servus manumissus dem Obligirten nicht gehörte, stets als culpa, wenn er diesem gehörte (nicht ohne ihn extra comm. kommen konnte; letzteres wohl nur a potiori; man denke an den Fall, da die Debitation, Bestattung, Manumission in Unkenntniß der Obligation erfolgt.

3) Wir läugnen nicht, daß die Veräußerung („subjektive“) Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen (F. Mommsen, Unmöglichkeit d. Leistung, S. 40 oben), und ohne Schuld des Obligirten (aus Irrthum) vorkommen kann, — sondern behaupten nur, daß sie, weil durch freien Willen des Obligirten erfolgend, nichts zufälliges sein kann.

bis zum Beweise des Gegentheils als Schuld (l. 5 C. act. pign. 4, 24), an und für sich also nicht als Zufälligkeit. — Wo wir nun aber wirklich Zufälligkeiten dieser zweiten Art haben, ist die Unmöglichkeit zum Theil eine „objektive“ in dem Sinn, daß die Leistung nicht etwa bloß dem Obligirten, sondern überhaupt und schlechthin unmöglich geworden⁴⁾, mithin zugleich eine „absolute“ ist. So wenn die Obligation in dando und die Sache extra commercium gekommen ist⁵⁾. Zu einem anderen Theile ist sie zwar, wenn man von dem was denkbar ist, ausgeht, keine absolute Unmöglichkeit; wenn man sich dagegen an das hält, was wirklich der Fall zu sein pflegt, der absoluten zuzuzählen; so die Unmöglichkeit, entwichene, gestohlene, geraubte, vom Feind erbeutete Sachen zu restituiren, zu geben oder zu tradiren; Diebstahl, Raub, Plünderung, Piraterie stehen nicht selten mit Schiffbruch, Brand, Tod, überhaupt mit den Fällen kasuellen Untergangs in Einer Reihe, erscheinen als Unfälle, in denen die Sache „untergeht (perit)“⁶⁾, heißen zuweilen auch casus fortuiti⁷⁾. Die noch übrigen Fälle endlich, wie die der Publi-

4) also kein bloßes Unvermögen der Person, sondern wahrhaft Unmöglichkeit der Leistung — §. 123 Abs. 1; §. 290 unten.

5) vgl. Gaj. III. 97 Ulp. XXIV. 9 l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7 l. 35 pr. l. 91 §. 1 D. v. o. 45. 1 und besonders l. 98 §. 8 D. solut. 46, 3 — et si (rursus) servus effectus sit, alius videtur esse. — F. Mommsen (a. a. O. S. 5 unten) kombinirt diese Objektivität mit der anderen, daß die Unmöglichkeit im Gegenstande (nicht wie die „subjektive“ in der Person) ihren Grund hat, und zählt dann zu der „subjektiven u.“ nicht nur diejenige, welche „in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners“ ihren Grund hat, sondern auch diejenige, welche „in dessen Verhältniß zu dem Gegenstande der Obligation“, nämlich darin ihren Grund hat, daß der Obligirte entweder die faktische Disposition, oder das Recht an der Sache, oder beides zumal verloren hat. Allein in dem Verhältnisse zur Sache, daß er kein Recht an ihr hat, steht der Schuldner auch an, wenn dieselbe extra commercium gekommen ist; und doch liegt hier objektive Unmöglichkeit im Sinne der absoluten vor. Ueberhaupt möchten wir die Thatsache, daß Schuldner kein Recht an der Sache hat, lieber ein Nichtverhältniß als ein Verhältniß nennen.

6) nicht als ob an Fälle gedacht sei, in denen die Sache durch Diebstahl u. nicht bloß „verloren“, sondern „zu Grunde“ gegangen sei (Donellus l. cit.), sondern weil sie so gut wie untergegangen ist — (l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1 l. 14 §. 1 D. peric. 18, 6 l. 14 §. 10 D. furt. 47, 2 l. 53 (54) §. 3 eod. l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2 l. 9 D. v. s., 50, 16. F. Mommsen S. 29 Anm. 8.)

7) l. 6 C. pign. act. 4, 24 l. 30 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 l. 9 §. 4 D. loc. 19, 2. Was hier so gut als absolute Unmöglichkeit und darum auch als Kasus erscheint, ist uns anderwärts (bei der custodia) zu seinem größten Theile (ohne das furtum) als vis major vorgekommen (§. 272).

kation, Adjudikation, Eviction, sind nurmehr relative Unmöglichkeit⁸⁾. Diese besteht für den Obligirten, für einen bestimmten Anderen besteht sie nicht; für jenen besteht sie jetzt, ob aber für immer ist ungewiß. Mit bloßem Unvermögen der Person (Ann. 4.) darf sie nicht verwechselt werden⁹⁾.

Was nun aber die Frage betrifft: ob und wie weit die sub 1. u. 2. genannten zufällig eintretenden Unmöglichkeiten den Obligirten befreien, und wessen überall hier das *periculum* sei, so gilt

ad. 1. in Betreff der nachträglich in der Person des Schuldners oder Gläubigers eintretenden Unmöglichkeit das selbe was von der in jenen Personen gleich vornherein vorhandenen Unmöglichkeit; nur die Unmöglichkeit welche ihm selber zustoßt kann dem Gläubiger schaden¹⁰⁾. Was dagegen

8) bezüglich der Publikation s. namentlich I. 22 §. 5 D. mand. 17, 1; hinwider aber auch I 63 §. 10 D. pro soc. 17, 2.

9) Letztere besteht, wie Krankheit, Rechtslosigkeit, Mittellosigkeit in Defekten der Person und ausschließlich in diesen; jene dagegen in keiner bloßen Ohnmacht auf der einen, sondern zugleich in Macht, Recht, Besitz auf einer anderen Seite.

10) §. 245 S. 123 fg. Nachfolgende Unmöglichkeit aus der Person des Gläubigers: I. 19 §. 9 D. loc. 19, 2 Cum quidam operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset . . . cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas . . . solveres . . . fidem contractus impleri aequum est. §. 10 eod. I 4 D. off. assess. 1, 22; I. 38 pr. § 1 D. loc. 19, 2. Dafür, daß nachträgliche in der Person des Obligirten liegende Unmöglichkeit nicht befreie, setzt uns ein direkter Beleg; einen indirekten s. I 11 C. cond. ob caus. 4, 6; einen direkten Gegenbeweis würde I. 1 §. 13 D. extr. cogn. 50, 13 abgeben, wenn hier von einer in der Person des Obligirten (Advokaten) liegenden Unmöglichkeit die Rede wäre; allein wenn Severus reskribirte, daß nach dem Tode des Advokaten dessen Erben um Rückzahlung des Honorars um deswillen nicht belangt werden können, quoniam per ipsam non steterat, quominus ageret, so war die Unmöglichkeit nicht „in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners (des Advokaten)“, sondern an einem in dem Reskripte nicht wiederholt genannten von dem Advokaten unabhängigen Hindernisse gelegen gewesen; der Kaiser würde sonst gesagt haben: es sei nicht am Advokaten gelegen gewesen, daß er gestorben ist. U. G. ist nicht einzusehen, weshalb die subjektive Unmöglichkeit dem Schuldner, wenn sie nachfolgt, günstiger sein sollte als die vorhergehende. Aber F. Mommsen läßt auch die nachfolgende subjektive Unmöglichkeit „im Allgemeinen dem Schuldner zu statten“ kommen (S. 27 unten, S. 232 Abs. 1 S. 360 unten); und auch nach Windscheid §. 264 2 „kommt es bei der nachfolgenden Unmöglichkeit nicht darauf an, ob sie eine objektive oder subjektive ist“. Hieran ist die Ausdehnung des Kasus über den Inhalt der D. auf deren Subjekt bei den Aelteren, und seine Auflösung in Unmöglichkeit bei Mommsen schuld (vgl. oben §. 276 Ann. 23).

ad. 2. die in der Sache selbst eintretende Unmöglichkeit anlangt, so wird nicht nur nach der Art dieser Unmöglichkeit — ob sie eine absolute, oder gleich einer absoluten, oder eine bloß relative sei —, sondern auch nach der Art der Obligationen — ob sie *stricti juris* oder *bonae fidei* — zu unterscheiden sein. Zwar wo die Unmöglichkeit eine absolute, oder gleich einer absoluten ist, kommt auf den Unterschied der *st. j. u. b. f. oo.* nichts an; eine Prästation der nun einmal zufällig, rechtlich oder faktisch unverschaffbaren Sache, und eine diesbezügliche Kondemnation gibt es hier wie dort gleichmäßig nicht¹¹⁾; nur Cautionen (Repromissionen) und Cessionen, wo wie bei Raub und Diebstahl an ein dereinstiges Wiederbekommen oder klagbare Verfolgung des Thäters oder der Sache zu denken ist, können in Anspruch genommen und zur Voraussetzung der Absolution erhoben werden; und dieses wieder gleichmäßig bei *st. j. u. b. f. oo.*¹²⁾. Was dagegen die relative Unmöglichkeit anlangt, so bot wohl das *b. f. iudicium* Raum für den Gedanken, daß unverschuldete Unmöglichkeit zur Absolution führen könne, trotzdem die Sache noch existent und feil ist; nicht auch das *st. j. iudicium*¹³⁾. Und selbst in *b. f. iudicio* finden wir

11) Stipulation einer absolut unmöglich gewordenen (*extra comm. gekommenen*) Sache: l. 91 §. 1 l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1; Vermächtniß oder Stipulation von so gut wie absolut unmöglich gewordenen Sachen (Kriegsgefangenschaft *zc.*: l. 91 §. 1 *cit.* l. 53 §. 9 l. 47 §§. 2–4 D. leg. I. cf. l. 23 D. r. j. 50, 17 l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9 „*vis piratarum*“).

12) in *st. j. oo.*: l. 47 §. 2 §. 4 D. leg. I. sofern von Damnationislegaten die Rede sein sollte; bemerke hiebei (§. 4) das *statim damnandus si culpa heredis res perit*, und das hieraus für den entgegengesetzten Fall zu folgernde *non statim, sed si cautum non sit damnandus*. —; l. 5 §. 2 in *f. D. cond. e. d. c. n. s.* 12, 4 cf. l. 8 §. 10 D. mand. 17, 1 — in *b. f. oo.* l. 8 §. 10 *cit.* l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1 cf. l. 1 §. ult. l. 2 l. 3 D. dep. 16, 3.

13) Ist *actio arbitraria*, so wird das die Kondemnation für den Fall der Nichtrestitution involvirende *arbitrium ut restituatur* in Anbetracht der Sache selbst an den Beklagten nicht erlassen oder ihm unschädlich geworden sein, wenn er ohne Schuld die *facultas restituendi* verloren hatte (vgl. Bb. I §. 290 oben); die Sache erst wieder zu erwerben wäre Strafe gewesen, wenn er sie unentgeltlich verloren hatte; ihm dagegen Restitution des etwaigen Entgeltes oder was er sonst anstatt der Sache selbst in Händen hatte (*actio* — Hoffnung der Wiedererlangung), anzubefehlen, stund nichts entgegen (vgl. l. 1 §. ult. l. 2 D. dep. 16, 3). Was das *boni viri arbitrium* in den *arbitrariae aa.*, bewirkte das *aequum und bonum* in den *b. f. iudiciis* überhaupt (l. 33 cf. l. 35 *pr.* D. loc. 19, 2: Publikation des verkauften *fundus* noch vor der Tradition — des verpachteten; l. 13 §. 17 D. a. e. e. v. 19, 1

die Frage dahin ausgetragen, daß nicht nur allenthalben neben der Freiheit von Præstation eine Verbindlichkeit zur Restitution herläuft, sondern daß wofern von Gefahr die Rede sein kann, diese den Obligirten (z. B. Verkäufer) trifft (s. unten Anm. 17. 18). Auch ist wohl zuzusehen, ob für den Fall relativer Unmöglichkeit nicht Præstation der Sache selbst stillschweigend ausgemacht, und also auch in b. f. j. derentwegen zu kondemniren sei¹⁴⁾. Endlich darf selbst in b. f. judiciis das bloße

l. 7 §. 13 D. comm. div. 10, 3: Adjudikation der verkauften und noch nicht tradirten — der in mandato ceterisque b. f. judiciis zu restituirenden Sache. Ueberall hier durchgehende Scheidung der Præstation der Sache von Restitution des Erlöses etc.). — In stricti j. jj. dagegen mußte das dare oportere als untergegangen befunden werden, wenn die Sache selbst untergegangen oder so gut wie untergegangen und die Obligation durch keine culpa oder mora perpetuirt war (S. 252), nicht aber auch dann, wenn die Sache noch zu haben und zu beschaffen war; da gab es kein b. v. arbitrium, kein aequum et bonum, das seine Kondemnation von irgend einer moralischen Verschuldung abhängig machte; der Umstand daß die Sache dem Promittenten nachträglich entfremdet wird, wirkt so wenig befreiend, wie der daß sie ihm ursprünglich nicht gehörte. Darum unterscheidet in Betreff „verlorener“ Sachen bereits Donellus l. cit. §§. 2 bis 4 zwischen st. j. und b. f. jj., nur daß er die geraubten etc. Sachen den absolut unmöglichen nicht gleichstellt. F. Mommsen dagegen behauptet, daß auch in Ansehung der relativen (nach ihm „subjektiven“) Unmöglichkeit ein Unterschied zwischen st. j. und b. f. jj. nicht bestehe, dieselbe vielmehr hier und dort wie wahre Unmöglichkeit wirke (S. 32 unten u. fgg.). Allein l. 47 §§. 2—4 D. leg. I. beweist nichts, selbst wenn das Vermächtniß ein Damnationslegat sein sollte; denn das non comparere, in fuga esse steht der absoluten Unmöglichkeit gleich (§. 4 cit.: Si res perierit vel non compareat — l. 18 pr. D. commod. 13, 6); Donellus denkt an Gleichstellung der Vermächtnißforderung mit b. f. o. auf Grund der l. 3 C. in q. c. i. i. r. non est nec. 2, 40 (41). Für die Stipulation findet Mommsen selbst keinen sicheren Beweis; Kriegsgefangenschaft (l. 91 §. 1 l. 98 §. 8 D. solut. 46, 3) wird mit den mortis servorum, naufragium etc. verglichen: l. 18 pr. D. commod. 13, 6. cf. l. 53 §. 9 D. leg. I.; namentlich l. 85 (86) D. furt. 47, 2 läßt einen Schluß darauf, ob der Promissar hafte, nicht zu; wenn er aber nicht hafte, d. h. die gestohlene Sache nicht prästirt, wie wir glauben, so liegt der Grund wiederum in dem „untergangsartigen“ Verluste. All das anders bei Mommsen S. 33. Positive Anhaltspunkte aber dafür, daß in stricti juris oo. die bloß relative Unmöglichkeit in nichts befreie, dürften denn doch liegen 1) in l. 137 §. 4 D. v. o. 45, 1 in fin. „ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non vendat promiserit —; hier liegt nicht bloß Mittellosigkeit, sondern relative Unmöglichkeit der Leistung vor; vgl. l. 33 §. 1 D. solut. 46, 3 — 2) l. 53 §. 4 D. leg. I. — woferne die Worte quia potest redimere bedeuten sollten, daß die Sache noch zu haben nicht untergegangen ist, wie in §. 3 eod.). S. dagegen F. Mommsen S. 14 fg.

14) Eviction der verkauften, aber noch nicht tradirten Sache versetzt den Verkäufer, Eviction der verpachteten Sache den Verpächter in relative

Unvermögen der Person sich nicht als relative Unmöglichkeit ausgeben wollen ¹⁶⁾.

Nach all dem richtet sich die Gefahr, welche im Hinblick auch dieser Zufälligkeiten über den Parteien schwebt, insoweit als sie absolute oder so gut wie absolute Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, ganz und gar nach denselben Gesichtspunkten, welche über die Gefahr aus kasuellem Untergange entscheiden. Auch hier trifft sie bei einseitigen Obligationen den Gläubiger ¹⁶⁾, bei gegenseitigen den der in Folge der Obligation die Sache haben muß ¹⁷⁾. Wo die Sache der Obligation ungeachtet bei ihrem bisherigen Eigenthümer bleibt und zu verbleiben hat, führt die Obligation überhaupt keine Gefahr mit sich. Insoweit der Zufall dagegen bloß relative Unmöglichkeit der Leistung nach sich zieht, und der zu dieser Obligirte durch den Zufall überhaupt einer Befreiung theilhaftig werden soll, — eine Nachsicht die ihm nur in *h. judicis*, mithin nur in gegenseitigen Obligationen zu theil wird (§. 324 fg. vgl. §. 55 fgg.), — soll die Gefahr gleichwohl so viel als möglich von dem Gläubiger, d. h. von demjenigen, der die unmöglich gewordene Leistung anzun-

Unmöglichkeit zu tradiren oder zu Gebrauch und Nutzung zu überlassen; nichtsdestoweniger prästirt der Eine wie der Andere die Sache selbst (*das habere, oder das uti frui licere*): l. 9 pr. D. loc. 19, 2 cf. l. 71. 81. 35 pr. in f. eod. — u. §. wegen des in *emptio venditio* und *locatio conductio* stillschweigend enthaltenen Gewährschaftsversprechens (vgl. *J. Mommsen* §. 35. 1 u. §. 78. Anm. 14). Dasselbe wiederholt sich u. §. für die *Astermieihe* (l. 7 l. 8 *citt.*); der entgegen gesetzten Ansicht *Mommsens*, wornach der *Astervermiether* dem *Astermiether* nur insofern hafte, als ihm der *Vermiether* hafte (§. 35 Anm. 25 — Beitrag zur Frage nach dem *circulus vitiosus* hier unten §. 285), widersprecht das *quia ipse Titio tenearis* in l. 7 *cit.*

15) Vgl. oben Anm. 9. Wen die relative Unmöglichkeit von der Prästation der Sache nicht befreit, der wird auch durch Mittellofigkeit nicht frei (l. 137 §. 4 D. v. o. 45, 1); wen die relative Unmöglichkeit von der Prästation der Sache befreit, wie z. B. den Verkäufer des noch vor der Tradition abjudicirten Sachantheils, der wird frei, wenn er sie gleich noch so leicht kaufen könnte.

16) nach Maßgabe von l. 107 D. solut. 46, 3. — *Naturaliter (resolvitur verborum obligatio)* . . . *cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desit* — und der Gleichstellung des *si sit quidem in rebus humanis sed dari non possit* mit dem *si decesserit* in l. 91 §. 1 D. v. o. 45, 1, und insonderheit l. 91 §. 1 *cit. in fin.*

17) Dem scheint l. 14 (15) §. 1 D. peric. e. c. 18, 6 zu widersprechen; allein dieser Kauf ist ein Quantitätenkauf, bei dem es noch nicht zur Ausschcheidung der Waare (*signare trabes*) gekommen ist (vgl. l. 1 §. 1 eod. und §. 97 §. 5 v. unten, §. 108 §. 110. 2).

sprechen hatte, abgewendet werden, und der Schade an dem, der zu leisten hatte, haften bleiben. Stets zwar soll dieser von der Prästation der Sache selbst und des in ihr befangenen Interesses frei werden; allein seine Restitutionsverbindlichkeit erstreckt sich über die Sache hinweg auf das was er für dieselbe bekommen oder anstatt derselben zuhanden hat. Ist er Verkäufer, so braucht er zwar die Sache selbst oder das an ihrer Nichtleistung hangende Interesse nicht zu prästiren; allein den Kaufpreis muß er restituiren oder beim Käufer lassen, so daß hier die Gefahr in der That den Verkäufer trifft. So bei der Publikation¹⁸⁾. Im Falle der Adjudikation — eines Ereignisses, dem der Käufer nicht minder ausgesetzt war, als der Verkäufer — tritt abgesehen von dem etwaigen höheren und unentschädigten Interesse des Käufers gar keine Gefahr ein; der Verkäufer behält den Preis, restituirt dagegen die ihm zugesprochene Abfindungssumme¹⁹⁾.

In den Fällen, da die Leistung zwar ohne Schuld des Obligirten, aber nicht zufällig, sondern durch eigene That desselben absolut oder so gut wie absolut oder relativ unmöglich geworden ist, werden wir in derselben Weise entscheiden müssen, wie wenn die Unmöglichkeit zufällig eingetreten wäre²⁰⁾.

18) l. 33 loc. 19, 2 — ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si pluris mea intersit —

19) l. 13 §. 17 D. a. e. e. v. 19, 1 — quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis: auch im Falle der Adjudikation (des Ganzen sowie der pars pro di viso) rückt der Käufer an die Stelle des Verkäufers: l. cit. u. l. 7 §. 13 D. comm. div. 10, 3; das pretium, welches Verkäufer nach l. 7 §. 13 in fin. zu restituiren hat, ist nicht der Kauffchilling, sondern der Licitationspreis.

20) Bei absoluter und ihr gleichstehender Unmöglichkeit genügt, daß res sine culpa untergegangen oder abhanden gekommen: l. 107 D. solut. 46, 3 (Num 15) l. 91 §. 1 D. v. o. Arg. l. 45 D. o. e. a. 44, 7 bleibt Promittent zwar trotz der Manumission (welche absolute Unmöglichkeit der Leistung mit sich bringt) haftbar (wenn ihn kein casus noch ante moram befreit); allein er hat nicht nichtwissend (sine culpa) manumittirt. — Was die relative Unmöglichkeit anlangt, so kommt hier namentlich der Fall in Betracht, da der Obligirte die schuldige Sache, nicht wissend, daß er sie schuldet oder zu restituiren verbunden ist, veräußert, die Leistung also relativ unmöglich macht (vgl. S. 314). In b. f. iudicio muß er von Prästation der Sache frei sein, trotzdem diese durch seine That entäußert ist; denn hier kommt es auf seine Schuld, nicht auf seine That an (l. 1 §. ult. l. 2 l. 3 D. dep. 16, 3 cf. l. 35 pr. D. l. c. 192; — in st. j. j. muß er die Sache selbst prästiren, trotzdem er ohne Schuld um sie gekommen ist; denn hier fragt sich zunächst nur, ob überhaupt noch gegeben werden kann, und erst wenn die Leistung absolut oder so gut wie absolut unmöglich ist, um

c. Terminsversäumniß und Ortsveränderung.

§. 279.

I. Soll Versäumung ohne Mora ¹⁾ zur Veränderung der Obligation werden, so muß entweder

1. die gewisse Zeit zur Leistung selbst mitgehören, derart daß dieselbe nicht als Nebenbestimmung des Geschäftes, sondern als eine Qualifizirung des Obligationzinhaltes und wesentlicher Bestandtheil derselben ²⁾ zu denken, und bei nicht rechtzeitigem Leistung die Obligation nicht noch nicht erfüllt, sondern unerfüllt und nunmehr unerfüllbar ist. Bei vielen Stipulationen versteht sich diese Bedeutung des dies von selbst; in anderen wird sie erst durch ausdrückliche Bestimmung der Parteien geschaffen ³⁾; — oder es muß

2. die gewisse Zeit ausdrücklich oder stillschweigend ⁴⁾ im Interesse des Gläubigers (nicht pro reo — S. 299. Anm. 40) bedungen und dieses Interesse durch die Versäumung auch wirklich verletzt sein ⁵⁾. Hier wird der Obligirte die Prästation

Schuld oder Unschuld. Hiefür die bereits S. 314 Anm. 19 agff. II.; namentlich das Damnationslegat in l. 112 §. 1 D. leg. I., dann der allgemeineren auch für Fideikommiße gültige Gesichtspunkt: „ne factum cuius quam alteri damnum afferat“ in l. 25 l. 26 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1. Dafür, daß es sich überall hier um keine „für Vermächtnisse geltende Ausnahme“ (Windscheid S. 647b.) handelt, dürfte die Anwendung auf Stipulationen in l. 91 §. 2 D. v. o. 45, 1 zeugen.

1) welche allenfalls aber auch mora genannt wird — z. B. l. 114 D. v. o. 45, 1 vgl. oben §. 271 Anm. 1.

2) wie z. B. bei der stipulatio sisti, welche ohne den Tag, an welchem der Vorstand geleistet werden soll, so unvollkommen ist, wie wenn Quantitäten ohne Maß, ein fundus ohne Namen, ein Hausbau ohne Ort stipulirt wäre: l. 114 cit.

3) Ausdrücklich nur zu der bestimmten Zeit gewollte Leistungen haben wir in den „Fixgeschäften“ des Handelsrechtes, auf welche sich Art 357 des d. Hgb.'s bezieht; von ihnen handelt F. Mommsen, zur l. v. Interesse S. 224, 2. — Savigny, Obligr. S. 517 I. bezeichnet Zeitbestimmungen dieser Art als „überaus selten, und daher unerheblich“; daß gibt aber F. Mommsen (Unmögl. d. Leistung S. 218 Anm. 12) nur in Ansehung der ausdrücklich so getroffenen Zeitbestimmungen zu. In der That versteht es sich von tausenderlei Bestellungen, Engagements von selbst, daß sie nicht bloß zur festgesetzten Stunde, sondern auch nur zu dieser Stunde gemacht seien (Fiaferbestellung, Theater- und Eisenbahnbillets u.). Aber auch die Fixgeschäfte scheinen nichts seltenes zu sein.

4) z. B. l. 10 C. a. e. e. v. 4, 49.

5) was bei Geldleistungen stets der Fall ist: l. 12 §. 1 D. v. s. 50, 16 — minus solvit, qui tardius solvit; nam et tempore minus solvitur.

des dem Gläubiger durch die Verfäumniß verursachten Schadens d. i. des Zeitinteresses ⁶⁾ schuldig; dieselbe erscheint, wofür sie nicht in Gestalt eines Pönalversprechens fixirt ist ⁷⁾, in den bezüglichen Kontrakten stillschweigend mitversprochen ⁸⁾.

Befolgt man diese beiderlei Termine in gegenseitigen Kontrakten, so wird das schätzbare Interesse besonders in den Fällen ad. 1. leicht in dem für die verfäumte Leistung bedungenen Entgelt (Preis, Lohn, Akkordsumme, Honorar) seinen einzigen Anhalt und die entsprechende Würdigung haben ⁹⁾, und die Verfäumniß dann nicht sowohl als Veränderung denn als Begleichung der beiderseitigen Obligationen (mittels einer *exceptio non nondum adimpleti contractus*) wirken. Die Fälle der zweiten Art dagegen haben ihre Besonderheit zwar darin, daß die Leistung auch nach der Zeit noch möglich, mithin auch nach der Zeit noch in obligatione ist, dieser Obligation nun aber überdies auch noch das Zeitinteresse zuwächst; allein schon nach römischem Rechte scheint es beim Interessenten zu liegen, der weiteren Zögerung ein Ziel zu setzen, und anstatt auf Erfüllung und Zeitinteresse lieber wegen Nichterfüllung und auf das Interesse wegen Nichterfüllung zu klagen ¹⁰⁾; nach deutschem Handelsrechte kann er alles: auf Erfüllung und Zeitinteresse, oder nach vorgängiger Anzeige und abermaliger Fristsetzung bloß wegen Nichterfüllung klagen, oder aber von dem Vertrage abgehen gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre ¹¹⁾. Bis auf ein gewisses liegt es hiemit in der Macht des Interessenten die Fälle der nichtrechtzeitigen Leistung (sub 2.) gleich denen der Nichtleistung (sub. 1) zu behandeln. Handelsrechtlich darf auch in den Fällen sub. 1 (in Fixgeschäften nämlich) von dem

6) l. 5 pr. D. commod. 13, 6 — ratio temporis — l. 3 D. in lit. jur. 12, 3 — quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse — l. 10 C. cit. — quanti interest tua, tunc tibi praestitum fuisse — l. 11 D. re jud. 42, 1 — quanti interfuit mea Kalendis id fieri —

7) §. B. l. 10 l. 77 l. 113 pr. D. v. o. 45, 1.

8) l. 81 pr. eod. — et si non est . . additum, nisi steterit, poenam dari: id quanti interest, contineri — cf. §. 1 eod. arg. l. 126 §. 3 cf. l. 124 l. 114 eod.

9) §. B. ein gegen bestimmtes Honorar in die Abendgesellschaft bestellter Virtuose.

10) arg. l. 124 D. v. o. 45, 1 l. 43 D. jud. 5, 1.

11) Artt. 354–359 des D. Hdbg.

Vertrage abgegangen werden, als ob derselbe nicht geschlossen wäre; eine Anzeige an den anderen Theil ist hier nur nothwendig, wenn Interessent auch jetzt noch auf Erfüllung bestehen will (Art. 357). Die juristische Rechtfertigung dieses einseitigen Abgehens vom Geschäfte, eines einseitigen statt *mutuus dissensus*, dürfte schwerer sein als die der Unsechtbarkeit des Geschäftes durch *exceptio non adimpleti contractus*. Ein besonderes Recht ist handelsgesetzlich noch dem Verkäufer wegen Zahlungsaumsatz eingeräumt ¹²⁾. — Daß heutigen Tages ein anderes Zeitinteresse als das durch die technische *Mora* verschuldete nicht mehr zu prästiren sein soll ¹³⁾, dürfte auch angesichts des Handelsrechtes schwer zu behaupten sein.

II. Mit der Bestimmung eines gewissen Ortes kann wiederum

1. dergestalt kontrahirt werden, daß der gewisse Ort zur Leistung selbst mitgehört (vgl. I. 1) ¹⁴⁾ und „nicht am rechten Orte geleistet“ nicht bloß „nicht recht“, sondern überhaupt nicht geleistet ist ¹⁵⁾. Zu dieser Bedeutung gelangt der „gewisse Ort“ leichter bei Obligationen die in *faciendo*, als bei denen die in *dando* sind; am leichtesten und stillschweigend bei Leistungen, welche sich als Bearbeitung oder Inaedifikation von Immobilien darstellen ¹⁶⁾, immerhin aber auch bei anderem *facere* ¹⁷⁾, nicht ohne ausdrückliche Willenserklärung beim *dare* ¹⁸⁾. An und für sich nun bleibt hier die Obligation davon, daß an einem anderen Orte geleistet wird, unberührt. Insoferne sich

12) *procuratorischer Verkauf der Waare: Art. 354.*

13) F. Mommsen (Interesse: S. 227 Abs. 3).

14) so daß auch hier der *loci adjectio* ungeachtet das Geschäft ein „*pures*“ bleibt, der Zusatz des Ortes keine „Nebenbestimmung“ ist.

15) z. B. die verbundene Grabenöffnung (*fossam purgare*) geschieht auf des Nachbars, anstatt auf meiner Wiese. — Die verbundene Verfrachtung ist wenn an die falsche Adresse gar nicht erfolgt.

16) z. B. *insulam aedificari . . . non demonstrato loco (imperfecta erit stipulatio) l. 115 pr. D. v. o. 45, 1).*

17) z. B. „*te sisti certo loco*“ l. 115 pr. D. v. o. 45, 1.

18) Die *stipulatio servitutem (praedii)* dari ist zwar undenkbar ohne gewissen Ort; allein es ist nicht der *certus locus*, sondern das gewisse *praedium* das hier in der *demonstratio* vorkommt. Ein gewisser Zahlungsort wird nicht leicht, um so weniger stillschweigend den Sinn haben, daß anderwärts nicht gezahlt werden könne; eher ein gewisser Lieferungsort, nur daß sich hier in das *dare* ein *facere* (Fracht zc.) mengt.

aber mit der Ortsbestimmung eine ausdrückliche oder stillschweigende Zeitbestimmung — letztere dahin, daß binnen mäßiger Frist zu leisten sei — verbindet, kann Gläubiger, ob nun an anderem Orte geleistet ist oder nicht, anstatt auf Erfüllung wegen Nichterfüllung klagen, und ist also die ursprüngliche Obligation in eine Interesse-Obligation übergegangen¹⁹⁾; allein diese Veränderung der Obligation ist nicht von Orts wegen, sondern zeitlich aber, eingetreten.

2. Des öfteren findet der Zusatz des gewissen Ortes im Sinne einer wahren Nebenbestimmung statt, so daß die Leistung wohl allenthalben erfolgen, allein ein Interesse des Schuldners oder des Gläubigers in Frage gestellt sein kann, wenn sie nicht an dem bestimmten Orte verlangt oder angeboten wird. Dieses Interesse ist das „Ortsinteresse“, ein Seitenstück zu dem auf einer zeitlichen Nebenbestimmung beruhenden „Zeitinteresse“. Beide bewegen sich nur im Gegenjage des Hier oder Dort, des Jetzt oder Damals, nicht auf dem der Leistung und Nichtleistung. An einem anderen als dem bestimmten Orte braucht Gläubiger nicht anzunehmen²⁰⁾; erfolgt die Leistung mit Zustimmung des Gläubigers an einem anderen Orte, so kann darin ein Verzicht auf das Ortsinteresse liegen; außerdem oder wenn ohne den Willen des Gläubigers (an einem anderen Orte) geleistet wird²¹⁾, bleibt Klage auf das Ortsinteresse übrig²²⁾. Kommt es in der Hauptsache selbst zur Klage, und aber an einem anderen als dem bestimmten Leistungsorte, so bildet das Ortsinteresse einen Zu- oder Abschlag am Restitutionsobjekte, eine Mehrung oder Minderung der Kondemnationssumme, je nachdem die Leistung am rechten Orte im Interesse des Klägers oder — was als

19) für welche sich das oben zu Ann. 10 u. 11 Gesagte wiederholt und zu gelten hat, was Wächter, Grörtl. Heft II. S. 24. von ähnlichem Zeitinteresse sagt: „in einem solchen Falle kann Schuldner durch Nachholen der Sachleistung sich nicht mehr von der Klage aufs Interesse befreien.“ Vgl. I. 43 D. jud. 5, 1.

20) I. 2 §. 7 D de eo quod certo loco dari oportet 13, 4 — quamvis invitus accipere non cogar — I 9 I. 10 in f. eod. — creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur.

21) 3. B. an den solutionis causa adjectus: I 2 §. 7 eod.

22) nach Marcellus auch auf den Schuldgegenstand selbst, aber gegen den Entscheid Julians und des recipirten Ulpian: I. 2 §. 7 cit. Weiteres zu dieser Stelle unten Ann. 30 a. C.

daß gewöhnliche erscheint ²³⁾ — des Beklagten liegt ²⁴⁾. Zu solcher Wahrnehmung des beiderseitigen Interesses ist der Richter in b. f. iudiciis schon an und für sich ermächtigt und verpflichtet ²⁵⁾; in stricti j. j. war er dies nicht, wenn auf ein dare (certa res, quantitas) geklagt wurde; vielmehr konnte Gläubiger mit einer solchen Klage an einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte gar nicht klagen ²⁶⁾; glatt (pure) auf dare klagend, beging er pluspetitio loco, wenn er an einem anderen als dem Erfüllungsorte klagte ²⁷⁾. Also ward, um solche strenge Forderungen anderwärts klagbar zu machen, eine besondere Klagformel nothwendig — utilis de eo quod certo loco dari oportet actio ²⁸⁾, und jedenfalls auf ihren Grund hin der Rich-

23) l. 2 pr. eod. — quod si rei interest, minoris sit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, majoris pecuniae fiat. §. 8 eod. — vel excedere vel minuere quantitatem debeat — l. 8 — augeri — ; —

24) argg. l. 2 pr. eod. Arbitraria actio utriusque utilitatem continet — aber §. 8 eod.: — Julianus Iabeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse Ephesi recipere (mit Beispielen) — vgl. Wächter, Erörtt. 2. Hft. S. 60. Anm. 30 a. C.

25) arg. l. 7 pr. eod.

26) l. 1 eod. Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere — vgl. l. 5 — l. 7 D. h. t. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 42—45. — Kohn, die f. g. actio de eo quod certo loco, 1877 erstreckt diesen Satz auf incerti conditio (S. 71 fgg.), bemerkt jedoch selbst, daß „die Anwendbarkeit der actio arbitraria zum Ersatz der incerti conditio nicht durch direkte Quellenbelege zu erweisen“ sei (S. 77. Vgl. B.-Hollweg a. a. D. S. 45 Anm. 105). Aber angenommen, daß Kläger mit der (einer Interessenschätzung) zugänglichen incerti conditio zum Ortsinteresse gelangte: gilt dasselbe auch für den Beklagten? in einseitigem iudicium? §. 279, 4.

27) Wenigstens für die alte certae rei, pecuniae petitio wird Justinian in §. 33^o J act. 4, 6 nicht sagen wollen, „daß man überall ohne plus petitio klagen konnte, wenn man nur den Erfüllungsort in die intentio stellte,“ sondern daß man in dieser Klagsart den Erfüllungsort gar nicht in die intentio stellen konnte, mithin an einem anderen als dem Erfüllungsorte mit plus petitio klagen mußte (vgl. B.-Hollweg a. a. D. S. 42 Anm. 95, Kohn, a. a. D. S. 17). Von dem der also sicher durchfiel, konnte man sagen, es fehle ihm agendi facultas; an mangelnden Gerichtsstand ist nicht zu denken (Kohn S. 9, 1 — bei welchem überhaupt eine eingehende Erörterung der Frage, warum die direkte Klage nicht anging mit Kritik der verschiedenen Ansichten §§. 2—4; nur der Frage, ob bei conditiones certi überhaupt auf Interesse erkannt wurde (s. unten §. 281 Anm. 9) wird hier die gebührende Aufmerksamkeit nicht geschenkt (Doch s. denselben S. 198).

28) l. 1 D. h. t. — ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare.

ter zu der Wahrnehmung des Ortsinteresses wie für den Beklagten so auch für den Kläger ermächtigt²⁹⁾. Wichtiger als die Frage wie diese Vermittelung in der Formel zu denken sei³⁰⁾, ist für unser heutiges Recht die Frage, ob und in wiefern auch im heutigen Prozesse noch eine *minoris* oder *majoris pecuniae condemnatio* wegen Ortsinteresses begründet sei. Sie scheint nun aber ohne Unterschied der Klagsarten zum mindesten bei Geldforderungen je nach Wahl des Gläubigers noch immer begründet zu sein³¹⁾.

29) I. 2 §. 8 D. h. t.

30) Sicher war die *actio „arbitraria“* (I. 2 pr. 1. 3 l. 4 §. 1 l. 7 pr. 1 8 D. l. unic. C. h. t. 3, 18), unsicher aber sofort Fassung und Ziel dieses *arbitratus*: ob auf Zahlung am Erfüllungsorte gerichtet (*si arbitrato tuo Ephesi non solvat — cf. §. 31 J. act. 4, 6 — nisi arbitrio iudicis . . restituat vel exhibeat vel solvat, vel ex nox. causa dedat — Schröter, Zeitschr. f. Civilt. u. P. Bd. 7 S. 369, Wächter a. a. O.*), oder bloß auf Wahrnehmung des Interesses (*etwa quanti arbitrato tuo interfuit etc. Ephesi potius solvi etc. — in Anlehnung an l. unic. C. h. t. l. 2 pr. 1. 3 D. h. t. v. Savigny, Cyst. Bd. V. S. 132, Rudorff, Ed. perp. §. 96 und dazu Bekkers wohlberichtigte Note: Aft. Bd. 2 S. 133, 8; Kohn S. 149, 4*)? Indessen hätte das *arbitrium ut Ephesi solvatur* eine Unterbrechung des Prozesses und eine Wartefrist mit sich gebracht, für die kein Anhalt gegeben ist, überhaupt aber ein Verfahren nach sich gezogen, das unserm heutigen ähnlich ist, und mit welchem Wächter selbst das Wesen der *arbitraria actio de eo etc.* für antiquirt erachtet (s. die nächstfolgende Anmerkung) und welche an sich unwahrscheinlich ist. Füglicher Schritt man in der Regel sofort zu *Aestimatio* und *Condemnation* und nur „bisweilen“ (nicht stets, wie Savigny a. a. O. zu wollen scheint) zur *Absolution* gegen *Kautio*: wenn sichere Aussicht auf Zahlung am rechten Ort (*pecunia ibi oblata, vel deposita vel ex facili solvenda*) war (I. 4 §. 1 D. h. t.). Uebrigens dürften wir das Wesen unserer *arbitraria formula* nicht sowohl in der Anweisung zur Schätzung, als in der Ermächtigung auch des Beklagten Interesse wahrzunehmen erblicken; die einseitige Forderung ward damit einer Art *b. f. iudicium* unterzogen. — Fraglich ist auch, worin die *Utilität* zum Ausdruck gelangt sei; Wächter (a. a. O. Anm. 29 a.) erklärt bloß *materiellrechtlich*; Rudorffs Formel läßt keinerlei (Bd. 1 S. 302, 5) *Utilität* erkennen. Erhärtet sich Bekkers Vermuthung (a. a. O. S. 133 a. G.) und Kohns Ausführung (der hierfür eine *Antithese* zwischen dem *intendere dare sibi oportere* der direkten *condictio* und dem *peti quod interest* in I. 2 §. 7 D. h. t. in Anspruch nimmt S. 131), dann ist unsere *actio* eine *in factum actio* und als solche *utilis* (s. oben Bd. 1 S. 303).

31) Einzuräumen ist, daß nenngleich der Unterschied von *st. j.* und *b. f. jj.* noch nicht *Antiquität* ist (§. 228), der Richter in Wahrung des Ortsinteresses doch an keine besondere Klags- oder Prozeßart mehr gebunden, mithin namentlich die *arbitraria actio de eo quod certo loco dari oportet* in ihrer *Eigenthümlichkeit* nicht mehr bestehen kann. Gegen die abweichenden Aelteren s. Wächter a. a. O. S. 122 Anm. 119. Ferner ist richtig, daß wenn heutzutage das Urtheil nur in einer *Berurtheilung* in

d. Eviction.

D. de evictionibus et duplae stip. 21, 2. C. de evictionibus 8, 44 (45).

§. 280.

Die Eviction gehört hieher, insoferne eine bis dahin bestandene Evictionshaft (ob evictionem teneri, auctoritatis obligatio) durch sie in eine Evictionsschuld (evictionem praestare oportere, auctoritatis actio) verändert oder verwandelt wird. Allein Evictionshaft und Evictionsschuld sind weder allein stehende Obligationen, wie dies die Obligationen aus Verschuldung (als Delikte) sein können; noch sind sie — von emptio venditio abgesehen — bloße Bestandtheile oder Ausgeburten von anderweitigen Obligationen, wie die Haftungen und Schulden aus der Kontraktfulpa, Mora, Zeit- und Ortsbestimmung: Grundlage der Evictionshaft ist das dingliche Geschäft; nicht der Umstand, daß man eine Sache verspricht, wohl aber die Thatsache, daß man eine Sache gibt (sich als auctor hinstellt) und dafür empfängt¹⁾, erzeugt auctoritatis obligationem. Zwar kann diese Haftung zum Inhalte einer eigenen Stipulation erhoben werden; allein auch so lehnt sie sich an ein dingliches Geschäft (Tradition) an, hat in diesem ihre Voraussetzung und in seinem

Leistung an dem bestimmten Zahlungsorte besteht, von jener arbitrariſchen pluris oder minoris condemnatio wegen Ortsinteresses nicht die Rede sein kann; da kommt es entweder zur Partion, oder zur Befreiung durch casus, oder zur Exekution wegen verschuldeter Nichtleistung, zu einer (in dem l. g. Liquidationsverfahren) implicirten Restimation und Geldcondemnation wegen Nichtleistung, es sei nun mit jusj. in litem oder bloß richterlicher Restimation, hiebei zur Wahrung des klägerischen Interesses, allerdings auch des Ortsinteresses, allein zur Wahrung nur des klägerischen, unmöglich auch des gegnerischen Interesses (vgl. Wächter a. a. O.; K. Mommsen. Interesse, S. 211; Kohn, S. 205 fg.; Windscheid §. 282, 2). Allein diese Konsequenz ergibt sich nur, wenn das Urtheil in einer Verurtheilung in rem ipsam besteht. Abgesehen von der Frage, ob Kläger sich überall auf Realexekution einlassen müsse, ob er nicht nach prozeßualischen Grundsätzen anstatt derselben allenfalls Prästation des Interesses in Geld verlangen könne (§. 216 S. 27 unten u. fg. Schröter. jusj. in l. Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. VII. S. 391), dürfte aus dem römischen Rechte materiellrechtlich das übrig sein, daß es dem Gläubiger unbenommen sei, gegen Abzug des etwaigen gegnerischen Interesses auch an einem anderem als dem Erfüllungsorte zu klagen. vgl. Arndts B. §. 221 Anm. 4, Seuffert, prakt. Pandr. §. 242 Anm. 7.

1) Zuwägung des Erzes in der Mancipation und Paul. R. S. II. 17 §. 1: Venditor si ejus rei quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius; aliter enim non potest obligari.

Verlaufe die Bedingung ihrer Verwirkung. Der Grund, weshalb auch noch beim späteren, in ein obligatorisches Geschäft (Konsensualkontrakt) sublimirten Kaufe (*emptio, venditio*) der Verkäufer, trotzdem *emptio venditio* Eigenthumsübertragung intendirt und den Eigenthumsübergang auch zur nothwendigen Folge hat, wenn der Auktor Eigenthümer ist ²⁾ — gleichwohl nicht für Eigenthumsübergang ³⁾, sondern nur ob *evictionem* haftet, liegt darin, daß dieser Konsensualkontrakt doch nur der losgelöste Bestandtheil und Vorläufer eines dinglichen Geschäftes (*traditio*) ist, daß im dinglichen Geschäfte (*mancipatio, datio, traditio*) zwar obligatorische Zusätze wie die Evictionshaft Sinn und Grund haben, mit nichten aber auch eine *obligatio dandi* ⁴⁾; ein mehreres oder anderes als schon im dinglichen Kaufe (*mancipatio*) begründet war, sollte die Kaufsobligation auch nach ihrer Loslösung vom dinglichen Akte nicht enthalten ⁵⁾ — nicht bloß aus Konservatismus, sondern auch im Interesse des Käufers ⁶⁾. Ohne dingliches Geschäft also keine Evictionshaft. Wo wir rein obligatorische Geschäfte haben, wie in der für sich stehenden Stipulation, da gibt es eine *obligatio dandi*, aber keine Evictionshaft; wo wir dingliche Geschäfte haben, gibt es Evictionshaft. Stillschweigend verstand sich diese bei dem solennen (dinglichen) Kaufe (*mancipatio*); er machte den Käufer nothwendig zum Eigenthümer, wenn es der Auktor war; wenn er es nicht war, bestund *mancipations-* halber kein Grund zu einer Forderung und Klage auf Eigen-

2) l. 11 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1

3) l. 3 C. h. t. — *quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest* — cf. l. 12 l. 26 eod.

4) vgl. Bechmann an dem unten Anm. 7 agf. D. Mit diesem treten wir hier in Gegensatz zu der Bekker'schen Evictionstheorie, Jahrb. des gem. R. Bd. 6 S. 229 fgg.; aber auch zu Windscheid §. 392: „— in allen Fällen . . ., wo Jemand verpflichtet ist, Eigenthum u. zu verschaffen“

5) l. 1 pr. D. rer. permut. 19, 4 — *venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet.*

6) Ungefähr so wie man den Pfandgläubiger besser stellte, indem man das Pfandrecht von Eigenthum und Besitz löslöste und als bloßes *jus in re* dem Verlust durch Usurpation entzog, verfuhr man im Interesse des Käufers, wenn man sein Recht nicht auf das (der *hypothecaria* und der *exceptio rei venditae* ausgesetzte) Eigenthum stellte.

thum 7), wohl aber Grund zu einer Gewährschaftsklage (auctoritatis actio), sobald evincirt und damit die Gewährung der Eigenthums-Ergreifung und Behauptung für nichtbewährt erfun- den war 8). Gleich der solennen wird auch die formlose Hingabe zum Grunde einer Evictionshaft bei Tausch 9), Thei- lung 10), Vergleich 11), in solutum datio 12), dotis datio, bei die- ser (die gleich der Schenkung und dem Vermächtniß ohne Entgelt erfolgt — Anm. 1.) jedoch nur im Falle ausdrück- licher Zusage oder wenn mit Schätzung und zwar venditionis gratia übergeben war 13). Schenkung und Vermächtniß füh-

7) vgl. Bechmann, der Kauf, Th. I. S. 141 Anm. 1. „— Inner- halb der Mancipation gibt es einen Anspruch auf Leistung überhaupt gar nicht —“.

8) Vgl. Huschke, *Resum* S. 179 — 200. Rudorff, *Zeitschr. f. gesch. RW.* Bd. 14 S. 430. K. D. Müller, *L. d. R. R. v. d. Evi- tion* §. 3. Leist, *Mancipation und Eigenthumsstrabition* S. 126 ff. Jhering, *Geist. d. R. R.* II. S. 541. Bekker, *Alt. I.* S. 33, und nun insb. Bechmann, *a. a. O.* §§. 12. 13.

9) l. 1 §. 1 D. rer. permut. 19, 4 l. 29 C. h. t. l. 1 C. rer. perm. 4, 64 mit Unterscheidung eines faufsweisen und puren Tausches, und Zulassung auch einer Rückforderung im letzteren Falle; in factum actio (l. 1 §. 1 cit.) ad exemplum ex emto actionis (l. 1 C. cit.).

10) l. 66 §. 3 D. h. t. vgl. das quasi permutationem fecerint in l. 20 §. 3 D. fam. h. 10, 2.

11) l. 33 §. 1 (34) C. transact. 2, 4 — praescr. v. . . . agere potes. cf. pr. §. 2 eod. Die stipulatio placita servari muß auf das Be- halten des ex transactione Empfangenen sich erstreckend gedacht werden.

12) l. 4 C. h. t. — utilis . . . actio — nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet — wonach wohl utilis ex emto wie in l. 24 pr. D. pign. act. 13, 7. Indessen ist diese Behandlung der in solutum datio nicht die einzige; vielmehr gibt es noch zwei andere: einmal: so wenig als durch solutio erfolgt durch in solutum datio Tilgung der For- derung ohne Eigenthumsübergang; also manet pristina obligatio si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res: l. 46 pr. D. solut. 46, 3 — tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis: §. 1 cf. §. 2 eod. arg. l. 26 §. 4 D. cond. ind. 12, 6. Dann: die Forderung ist ob causam (rem) aufgegeben, kann im Evi- tionsfalle also tamquam causa non secuta fondizirt werden: l. 8 C. sent. et interl. 7, 45 — ob debitum reddendum . . . repetere non prohiberis. Von diesen 3 Auffassungen verträgt sich keine mit der andern, ist aber jede gleichberechtigt, darnach aber dem Gläubiger auch die Wahl zwischen allen Dreien zuständig. Darauf kommt (in Ansehung der beiden ersten Auffassungen) auch Römer, *Leistung an Zahlungsstatt* S. 54 und kommen die von ihm Num 20 Agff. hinaus. Seit der Glosse hat man dieselben aber auch miteinander zu verbinden gesucht. S. den selben S. 31 §. 4.

13) l. 1 pr. — §. 2 C. j. d. 5, 12 l. 16 D. eod. 23, 3 cf. l. 69 §. 7 eod. Wo kein Evictionsregreß, besteht dann aber billigerweise keine de dote (reddenda) actio: arg. l. 16 cit.

ren keine Evictionshaft mit sich ¹⁴). *Emtio venditio* ist zum rein obligatorischen Geschäfte, allein seitens des Verkäufers ¹⁵) zu keiner *obligatio dandi* geworden, vielmehr ein Grund zu bloßer Evictionshaft geblieben, freilich auch ein Grund zum Anspruch auf das bei der *Mancipation* verfallende *Duplum*, mithin zum Rechte auf *duplae stipulatio* ¹⁶). Wird dem Pfandgläubiger *evincirt*, so hat er allerdings *Regreß* gegen den *Verpfänder* (*pignoratitiam contrariam*); allein er hat ihn nicht erst wenn *evincirt*, sondern überhaupt wenn klar ist, daß ihm eine fremde Sache ohne den Willen des Eigenthümers *obligirt* ist ¹⁷); die *Verpfändung* bezweckt eine *rei obligatio* und eine Haftung für den Fall, daß nicht *obligirt*, nicht erst für den Fall, daß *evincirt* ist. An der Verbindlichkeit des *Verpächters* oder *Vermiethers* ändert die *Eviction* der *gepachteten* oder *gemieteten* Sache nichts ¹⁸).

Im Allgemeinen ist noch zu betonen, daß die Sache dem *Erwerber* auf dem *Rechtsweg* entwunden, oder doch nur gegen *Prästation* der *litis aestimatio* demselben verblieben sein muß, wenn *Eviction* da sein soll ¹⁹); — daß durch *Eviction* die *Evictionshaft* nicht überall, sondern nur dann in *Evictionsschuld* ver-

14) wenn sie in *Obligationen* bestehen, schon um deswillen nicht; da wird im *Evictionsfall* auf *Erfüllung* geklagt: l. 29 §. 3 D. leg. III.; überall aber steht die *Liberalität* im Wege (Anm. 1. — *quando nullum pretium interveniat*) cf. . . . *ne liberalitatis suae poenam patiat*: l. 62 D. aed. Ed. 21, 1; Paul. R. S. V. 11 §. 5 — *lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione repellitur*. — Thibaut, civ. Abh. 4. S. 48 sq. Vangerow III. §. 610 Anm. 2. Bekker, Jahrb. d. gem. R. Nr. VI. S. 245 fg.

15) anders auf Seite des Käufers: l. 1 pr. D. rer. permut. 19, 4 — *emtor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito* —

16) l. 2 D. h. t. — was heute nicht in Übung — vgl. fr. Vat. §. 10 l. 8 C. h. t.

17) l. 1 l. 6 C. si aliena res pign. 8, 15 (16) l. 9 pr. l. 32 l. 36 §. 1 D. pign. act. 13, 7.

18) l. 9 pr. D. loc. 19, 2.

19) „*nec citra iudicis disceptationem*“ l. 17 C. h. t.; — *Si servus venditus decesserit antequam evincitur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed fatum humanae sortis* — l. 21 §. pr. l. 64 §. 2 D. l. 26 C. h. t.; — l. ult. D. eod. Si . . . *pro derelicto habuero, amitti auctoritatem* . . . l. 25 eod. Si . . . *manumiseris . . . non evincitur* — wobei die Frage, ob nicht Haftung aus anderem Grunde, nicht ausgeschlossen: l. 26 eod. cf. l. 5 §. 5 D. p. v. 19, 5. Keinen *Evictionsregreß*, aber eine *actio ex emto* auf das Interesse, hat der Erbe des Käufers gegen den Verkäufer der fremden Sache, wenn er, der Erbe, der Eigenthümer ist: Arndts, P. §. 303. Anm. 7 l. 9 l. 41 §. 1 D. h. t. — aber auch l. 49 in f. D. mand. 17, 1.

wandelt wird, wenn dem Erwerber die Sache mangels des ihm gewährten Rechts ²⁰⁾ und ohne seine Schuld ²¹⁾ entwährt wird, auch nicht inzwischen aus einer anderen Ursache entgeht ²²⁾; — daß unter Umständen endlich die Evictionshaft selbst unterbleiben ²³⁾ und also trotz Eviction der Evictionsregreß ausgeschlossen sein kann. Die Umstände, unter denen die Evictionshaft selbst wegfällt, laufen alle auf Verzicht hinaus, auf ausdrücklichen oder stillschweigenden. Ein ausdrücklicher Verzicht ²⁴⁾ ist das *f. g. pactum de evictione non praestanda*; um wirksam zu sein, muß es jedoch *bona fide* bedungen werden ²⁵⁾; diese vorausgesetzt, befreit es nicht bloß von Præstation des Interesse, sondern auch von Rückgabe des Preises ²⁶⁾; so weit aber, daß der Auktor nun selbst evinciren dürfte, reicht es keinesfalls ²⁷⁾. Stillschweigend verzichtet, wer wesentlich eine fremde Sache kauft, theilungshalber übernimmt *re. re.*, und sich Evictionspræstation hiebei nicht ausdrücklich versprechen läßt ²⁸⁾; ferner wer vom Pfandgläubiger kauft, der offen als solcher verkauft, oder von welchem Käufer weiß, daß er kraft

20) nicht erst aus später auftauchenden Gründen (*futuri casus evictionis*), *z. B. ex praecepto principali*: l. 11 pr. D. h. t. — oder weil *emtor proprietatem amittit*, indem er die Sache selbst *religios* werden läßt: l. 51 §. 2 eod. — den Prozeß aus eigenem *error* oder *per injuriam judicis* verliert: l. 51 pr. eod. *fr. Vat. 8*, nicht *juris ratione*: l. 15 C. eod.

21) schuldhafte Vernachlässigung der *Usufapion*: l. 56 §. 3 D. h. t. — Versäumung der *Appellationsfrist*: l. 63 §. 2 eod. — gefliessentliche Wahl des ungeeigneten Rechtsmittels: l. 66 pr. eod. — schuldhafter Verlust des Besitzstandes wo dieser zum Siege verholfen hätte: l. 29 §. 1 eod. — Unterlassung der möglichen *litis denuntiatio* und damit Umgangnahme von der *defensio* durch den Auktor, wo diese helfen konnte: l. 53 §. 1 l. 55 §. 1 l. 56 §. 5 §. 6 eod.; bezüglich des Interesses wegen *Zmpensen* und Versäumung des *Retention*srechtes: l. 45 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1.

22) l. 21 §. 3 D. h. t.

23) vgl. l. 2 C. *creditorum evict. non deb.* 8, 46 (45) — *contractus . . vinculo evictionis non adstringit* —.

24) „*conventionem remittere evictionis periculum*“ l. 21 §. 2 C. h. t.

25) l. 11 §. 15 D. a. e. e. v. 19, 1 — *si ignorans alienum vendidit* — außerdem *dolo non caret et ideo emti judicio tenebitur*. cf. §. 18 eod. l. 2 in f. C. cit.

26) so *Ulpian* gegen *Julian* l. 11 §. 15 §. 18 D. a. e. e. v. 19, 1; so auch die herrschende Meinung: *Bangerow* §. 610 *Ann.* 4.

27) *arg.* l. 10 D. *distr. pig.* 20, 5.

28) l. 27 l. 30 C. h. t. l. 7 C. *comm. utr. jud.* 3, 38. *Glück, Komm. XX. C.* 234.

Pfandrechts verkaufe (also nur Satisfaktion, nichts von Haf- tung wolle²⁹⁾); er hat keinen Regreß gegen den Pfandgläubiger, wohl gegen den Schuldner³⁰⁾; endlich wer sich auf einen Hoffnungskauf einläßt³¹⁾. Dieses thut in Ansehung der singulae res namentlich der Erbschaftskäufer; res quae venit — ohne welche keine emtio venditio, und derenthalben Evictionshaft, wenn die Erbschaft zwar besteht, aber dem Verkäufer nicht zusteht³²⁾ — platzgreift ist hier die Erbschaft im Sinne subjektiven Erbrechts; was an einzelnen Sachen alles in diese Erbschaft falle, steht dahin und ist nur insoferne es in sie fällt, verkauft. Doch ist all das nur Naturale; durch Bedinge kann sowohl die res der Erbschaft zur spes, als die spes der Einzelsachen zur res gewandelt — jene der Evictionshaft entzogen, diese ihr unterworfen werden³³⁾.

So viel von der Evictionshaft im Allgemeinen.

Vom Interesse.

§. 281.

Ausgangspunkte.

Der Begriff des Interesse entwickelt sich in unseren Quellen

I. aus dem „*quanti ea res est, erit*“ der Damnationen¹⁾

29) wohl darum ist *multis constitutionibus effectum, creditorem evictionem non debere*: l. 11 §. 16 D. a. e. e. v. 19, 1 C. 8, 46 (45).

30) s. oben §. 270 Anm. 38.

31) l. 11 §. 18 D. a. e. e. v. 19, 1 — nisi forte quis etc. l. 2 §. 1 D. quar. rer. act. non datur 44, 5.

32) l. 7 D. her. vel act. vend. 18, 4; l. 8 l. 9 eod. und oben §. 246 Anm. 16.

33) l. 1 C. h. t. (8, 44 (45)).

1) der *condemnatio* in den Aktionen, der *damnatio* in den leges. a. Als Direktive der *condemnatio* ist diese Klausel denkbar bei allen Aktionen mit Ausnahme der *certae pecuniae petitio* (Gaj. 4, 49); bezeugt dagegen nur für die *arbitrarie* (sowohl in rem als in personam: *actiones* (l. 68 D. r. v. 6, 1 Gaj. 4, 163, 51 — si in rem agamus vel ad exh. . . illic ita est „*quanti ea res erit, tantam pecuniam . . . condemna*“ l. 18 pr. D. de dolo 4, 3 cf. l. 17 pr. eod. l. 2 D. in lit. jur. 12, 3), hiemit auch für die aus Interdikten edirten *actiones* (l. 3 §. 11 D. uti p. 43, 17 l. 6 D. de vi 43, 16; vgl. Bb. 1 §. 447 §. 744 unten); ferner für in *factum actiones* (Gaj. 4, 47 l. 7 pr. D. quod falso tut. auctore gest. 27, 6 cf. l. 9 §. 1 eod.) und *Deliktflagen* (*actio l. Aquiliae*: arg. l. 21 pr. §. 2 l. 22 l. 55 D. h. t.

und Stipulationen 2). Bildete hier eine Sache den Gegenstand der Intentio, des Factums, das zur Schätzung kommen sollte, so lag der „Sachwerth“ (verum rei pretium, rei aestimatio) dem Buchstaben quanti ea res erit am nächsten; allein oft zeigte sich, daß der Kläger, Damnifikat, Stipulator mit dem Sachwerth noch nicht schadlos gestellt, daß in Folge der Nichtrestitution, des Delictes, der Stipulationsverwirkung ein über den Sachwerth hinausgehender Vermögens-Entgang oder Verlust vorliege, daß also mit Erstattung des Sachwerths die durch Zerstörung, Vorenthaltung u. u. der Sache in dem Vermögen des Klägers entstandene Lücke (interesse) noch nicht ausgefüllt sei. Weithin ward nun in Fällen dieser Art durch „Interpretation“, d. i. nicht bloß verborum interpretatio, sondern Rechtsanwendung 3), statuirt, daß in dem quanti ea res erit

9, 2; actio furti: arg. l. 9 D. in lit. jur. 12, 3. Savigny, Syst. Bb. 5 S. 446 fg.; — actio vi bon. rapt.: l. 4 §. 11 D. h. t. 47, 8; l. 1 §. 4 D. si quis jus dic. non obt. 2, 3 l. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7; actio de dolo und quod metus nur insofern sie arbiträr gefaßt werden (l. 18 pr. §. 1 D. de dolo 4, 3 — zu allgemein F. Mommsen, Beitr. II. Zur l. v. Interesse S. 50 Anm. 17); de servo corrupto: l. 1 pr. D. h. t. 11, 3. Bei b. f. actiones entfällt sie, ersetzt durch quidquid d. f. o. ex f. b. (ejus condemna — z. B. Gaj. 4, 47); wohl ebenso bei st. juris actiones auf quidquid d. f. o. (wiewohl Heffen, Bedeutung und Anwendungen der Taxatio im R. R. Berlin 1879 S. 33 „die Worte „quanti ea res erit“ in allen incerti conditiones“ findet, freilich in Widerspruch mit seinen eigenen Formeln S. 38 oben und S. 42 — und trotzdem selbst Ph. G. Huschke derselben Ansicht zu sein scheint in seinen excursus de taxationibus (analect. cur. J. G. Huschke p. 268); für Konfessionen auf certa res erscheint sie u. a. bei Savigny, Syst. S. 612. F. Mommsen a. a. O. S. 86 Abt. 2; — — b. damnatio z. B. in der lex Aquilia: l. 2 pr. l. 27 §. 5 D. h. t. 9, 2.

2) a. praetoriae: im Allgemeinen l. 2 §. 2 D. stip. praet. 46, 5 — jud. solvi et rem r. hab. et damni inf. et his similes . . . hoc enim facere verba stipulationis „quanti ea res est“ l. 11 eod; im Besonderen l. 19 §. 1 D. jud. s. 46, 7 l. 8 §. 2 D. rem rat. 46, 8 l. 21 §. 7 D. o. n. n. 39, 1 l. 18 §. 10 D. damn. inf. 39, 2. b. voluntariae: innerhalb der facti alieni, dolum malum abesse, sisti etc. stipulatio l. 38 §§. 2, 13 l. 81 D. D. v. o. 45, 1 l. 5 §. 1 C. contr. stip. 8, 37 (38) l. 2 §. 5 l. 3 D. qui satisd. 2, 8 cf. l. 4 §. ult. D. si quis caut. 2, 11 l. 28 D. rec. 4, 8 l. 5 §. 3 D. collat. 37, 6 etc. F. Mommsen a. a. O. Anm. 20.

3) §. 10 J. de leg. Aq. 4, 3. Gaj. III. 212 l. 21 pr. §. 2 l. 22 l. 55 D. ad l. Aq. 9, 2 — vgl. Bb. 1 §. 31. Ob auch außerdem die Entwicklung des Interesse auf interpretatio, oder auf officium judicis beruhe, kann hier dahingestellt bleiben; zu vergleichen ist Bekker, Aft. S. 162 B., der für das quid veniat in actionem dieselben Ausgangspunkte annimmt, wie wir für das Interesse, aber hauptsächlich auf officium judicis abstellt.

nicht bloß der Sachwerth, sondern der ganze Belang des klägerischen Schadens oder Gewinnentgangs, d. i. das Interesse ⁴⁾, in die Stipulation oder Kondemnation deduzirt sei. Da ist dann das *quanti res est* zum Begriffe des Interesse erweitert und mit ihm identifizirt ⁵⁾, den Sachwerth und den anderweitigen Entgang nebeneinander in sich fassend ⁶⁾, wiewgleich derselbe Ausdruck (*quanti res est*) nebenher auch noch zur Bezeichnung des bloßen Sachwerthes und im Gegensatze zum Interesse gebraucht wird ⁷⁾. — Unter den Fällen, in denen *quanti ea res erit* kondemnirt oder promittirt wird, gibt es aber auch solche, in denen der Anspruch vornherein auf keine „Sache“ oder „Quantität“ geht, in denen also das *quanti ea res erit* von etwas anderem als einem sonstigen Entgang oder Interesse von allem Anfang an nicht verstanden werden konnte ⁸⁾.

Haben wir also Fälle, in denen *quanti res est* nothwendig nur das Interesse bedeuten konnte, — und Fälle in denen es erst von der Rechtsfindung vom Sachwerth unterschieden und zum Interesse erweitert wurde, so gibt es, wie schon an-

4) — *in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest quantumque lucrari potui* — s. g. *damnum emergens* und *lucrum cessans* (l. 13 pr. D. rat. 46, 8).

5) z. B. l. 21 D. ad l. Aq. 9, 2, besonders l. 8 §. 2 D. rat. 46, 8: — *quanti ea res est ei praestetur . . i. e. quanti interfuit ejus etc.* — wonach die Definition in l. 193 D. v. s. 50, 16 nur auf eine feste Formel gegangen sein kann, und in l. 179 eod. nur *veram*, nicht *rei* zu urgiren ist.

6) Der Sachwerth und der anderweitige Entgang werden innerhalb des *quanti res est* oder Interesse „foaestimirt“: l. 68 (67) D. furt 47, 2 — der anderweitige Entgang außer der *perempti corporis aestimatio „eo amplius“* zur Schätzung gebracht: §. 10 J. de leg. Aq. 4, 3 l. 22 §. 1 D. eod. 9, 2.

7) z. B. l. 9 §. 8 D. ad exh. 10, 4 l. 1 §. 4 D. si quis jus dic. 2, 3 l. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7 l. 2 §. 13 D. vi bon. r 47, 8 — womit jedoch nicht gesagt ist, daß „Interesse“ jemals etwas neben oder außer dem Sachwerthe sei, etwa der „Unterschied“ nämlich der außer dem Entgange des Sachwerthes im Vermögen des Interessenten noch überdies bestehe — wie dies z. B. Schröter, über das jusj. in l. (Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. VII): S. 393 unten u. fg. vgl. S. 389. *promiscuo* annimmt.

8) z. B. *stipulatio sisti, per te non fideri quominus ire, agere liceat* u. s. f. Anlässlich mancher vornherein nur auf Interesse denkbaren Aktionen fragt sich, ob nicht geradezu auf *quanti interest* *condemna* konzipirt gewesen sei; z. B. *actio de edendo*: l. 9 §. 8 D. ad. exh. 10, 4 die *actio* in f. de alienatione jud. mut. c. f. D. 4, 7 l. 1 §. 1 l. 3 §. 4 l. 4 §. 5: *haec actio in id quod interest competit*. l. 12 §. 1 D. si quis caut. in jud. sisti non obt. 2, 11: *quod intersit agentis* —.

gedeutet auch noch solche, in denen die Rechtsfindung über den Buchstaben nicht hinausging, vielmehr beim Sachwerthe stehen blieb ⁹⁾).

Seinen anderen Ausgangspunkt hat das Interesse

II. in dem *quidquid dare facere praestare oportet* ¹⁰⁾ persönlicher Klagen, insonderheit der *b. f. judicia*. Wenn wegen Nichterfüllung irgend einer dieser Obligationen, oder wegen Verwirkung der in denselben enthaltenen Haftungen (z. B. wegen Eviction) kondemnirt werden sollte, mußte wiederum zuvor das Objekt der Schätzung festgestellt sein. Wiewohl nun aber auch hier wieder eine Unterscheidung zwischen Sachwerth und Interesse geboten zu sein scheint ¹¹⁾, lautet der Entscheid doch allenthalben nur auf das Interesse und zwar so schlecht-hin, als ob an eine Einschränkung der Kondemnation auf den Sachwerth gar nicht zu denken gewesen sei. Freilich taucht bei Kauf und Pacht anstatt des Sachwerthes der Kauf- und Pacht-schilling als Gegensatz zum Interesse auf; und der Fälle, in denen von einem Sachwerth gar nicht die Rede sein konnte, gab es unter der Herrschaft des *quidquid d. f. p. oportet*

9) Ob dies bei den strengen Klagen auf *res certa* oder auf *certa quantitas* (außer *certa pecunia*) der Fall gewesen sei, ist unsicher (F. Mommsen S. 89 Anm. 16 und die daselbst aggr. dissentirenden Ansichten). Argumente für Bejahung dieser Frage möchte man schöpfen aus *l. 5 pr. §. 4 cf. l. 2 D. in lit. jur. 12, 3*; Argumente für Verneinung aus dem Umstande, daß eine Ausdehnung dieser Klagen über die *res* oder *quantitas certa* hinaus in anderer Richtung (auf *causa rei*) sicher stattgefunden hat (s. unten Anm. 32); daß eine *stricti j. a. (condictio furtiva)* sicher auf das Interesse geht: *l. 3 D. h. t. 13, 1*, daß bei der strengen Vermächtnißklage die Kondemnation in den Sachwerth unter besonderen Umständen platzgreift (*l. 71 §. 3 D. leg. I. l. 14 §. 2 D. leg. III.*) und hierin Abweichung von der Regel zu liegen scheint. — Der Ansicht, daß überall wo der Obligirte *justam causam* anführen kann, weshalb er die schuldige Sache nicht selbst beschafft (*l. 71 §. 3 cit.*), nur der Sachwerth zu prästiren sei (Buchta, Sinnenis, Arndts, vorsichtiger Heffen, Lagatio S. 23), ist insofern beizupflichten, als es anders als in Vermächtnissen keine solche *justa causa* gibt (vgl. F. Mommsen S. 100). Ueberhaupt kann von Ausnahmen der Interessoprästation nur noch in Ansehung von Strafflagen, und auch hier nur insofern die Rede sein, als die Strafe (nicht der Sachentgelt) sich nach dem bloßen Sachwerth richtet: *l. 50 pr. D. furt. (wenn jure domini defertur furti actio: l. 81 (80) §. 1 eod.) l. 2 §. 13 l. 4 §. 11 D. vi bon. r. 47, 8 l. 1 §. 4 D. si quis jus d. non obt. 2, 3*. Gegen andere Fälle s. Mommsen §. 11. §. 12.

10) Gaj. 4, 2.

11) z. B. *l. 19 §. 1 D. loc. 19, 2*.

nicht weniger als unter der *des quanti ea res est* ¹²⁾. Aber auch da wo neben dem Interesse ein Kauf- oder Pachtzuschilling in Betracht kommt, geschieht es nur der Vergleichung halber, nicht etwa so, daß z. B. der Kaufzuschilling und der anderweite Entgang zu prästiren wäre wie dort (sub. I.) der anderweite Entgang neben dem *verum rei pretium*. Den b. f. *judicii* entspricht es, daß einerseits das ganze, andererseits aber auch das bloße Interesse zur Prästation komme ¹³⁾; und da nun bei gegenseitigen Kontrakten das Interesse an der Leistung so gut unter den Werth der Gegenleistung (Kaufzuschilling etc.) herabsinken als über ihn hinausgehen kann ¹⁴⁾, war es einfacher, schlechthin das Interesse als Prästationsobjekt zu bezeichnen, wiewohl dasselbe zuweilen mit dem Werth der Gegenleistung zusammenfiel, und überall da wo es ihn überragte in sich begriff ¹⁵⁾.

Auch bei strengen Klagen auf ein *incertum* (*quidquid d. f. o.*) wird im Falle der Nichtleistung an eine andere Prästation als an die *des Interesse* gemeiniglich nicht zu denken sein. Großentheils beruhen dieselben auf Stipulationen eines *incertum* (*feri, non feri* ¹⁶⁾); und wie die Prästation des ganzen und bloßen Interesse in b. f. *judicii* als Intention schon der bezüglichen Kontrakte befunden wurde (Anm. 13), so ward die eventuelle Prästation des Interesses schlechthin als Intention schon der bezüglichen Stipulation erachtet ¹⁷⁾.

12) z. B. je nach Umständen in *mandati actio* l. 27 §. 2 l. 22 §. 4 D. l. 16 C. h. t. 4, 35 l. 27 (28) D. neg. 3, 5 Gaj. III. 161; — *loc. conducti*: l. 19 pr. D. loc. 19, 2; — *neg. gest.*: l. 20 (21) §. 3 D. h. t. 3, 5; — *pro socio*: l. 41 l. 42 im Gegenhalte zu l. 45 — l. 50 D. h. t. 17, 2; — *tutela*: l. 5 D. dol. m. 4, 3 l. 7 pr. l. 25 D. adm. tut. 26, 7 cf. l. 7 C. arbitr. tut. 5, 51 l. 23 C. adm. tut. 5, 37; — *emti*: l. 45 D. c. e. 18, 1 l. 13 §. 1 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1.

13) Darauf geht schon die Intention der bezüglichen Kontrakte: z. B. l. 11 §. 18 D. a. e. e. v. 19, 1 cf. l. 19 §. 1 D. loc. 19, 2.

14) vgl. das *interdum minoris quam res erit* in l. 9 §. 8 D. ad exh. 10, 4 und das *alias minus esse alias plus* in l. 6 D. de vi 43, 16; l. 60 l. 70 l. 74 §. 3 D. evict. 21, 2 l. 23 C. eod. 8, 45; z. B. l. 13 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1.

15) vgl. hiezu F. Mommsen S. 177 Anm. 3.

16) s. z. B. die bei F. Mommsen S. 85 Anm. 2 cit. §. 7 J. v. o. 3, 15 l. 43 D. jud. 5, 1 l. 8 D. v. o. 45, 1 etc. und die hier unten Num. 17 cit. II.

17) z. B. l. 68 D. v. o. 45, 1 — „*pecuniam te mihi crediturum spondes*“ *incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest*. l. 112 §. 1 eod. — *semper in satisfactionis*

Ueberhaupt hat die Præstation des Interesse, welche von dem *quidquid d. f. o.* ausgeht, ihren Grund in den Obligationen selbst; sie gehört ausschließlich dem Obligationenrechte an (Anm. 26—30), gehört zum Inhalte der Obligationen, jedoch aber gleich dem durch *quanti res est* ausgedrückten Interesse seltener zum ursprünglichen, häufiger zum eventuellen und veränderten Inhalt der Obligation ¹⁸⁾.

Verschieden von dem Interesse ist die *causa rei* (*commodum, lucrum rei*, Frucht der Sache im weitesten Sinne des Wortes) ¹⁹⁾. Diese steht zwar außer der Sache, kommt aber aus der Sache ²⁰⁾, und wird niemals ohne die Sache schuldig, wenn sie gleich ohne dieselbe noch schuldig bleiben kann ²¹⁾; auch ist sie nichts was jemals anstatt der Sache in obligationem käme; stets kommt sie zwar nach der Sache und zu der Sache in obligationem, und erscheint darum als „*accedend*“ ²²⁾; allein einmal in obligatione ist sie so primär als die Sache selbst in obligatione, und so wenig etwas, das erst eventuell oder anstatt der Sache zu prästiren wäre, daß man vielmehr umgekehrt so gut anstatt ihrer als anstatt

stipulatione venire quod interesset stipulantis — l. 133 D. eod. — complectitur ut condemnetur quanti interest. l. 19 D. rat rem 46, 8. In stip. (rat. r. d. h.) id continetur quod intersit stipulatoris. Idemque juris est in clausulis omnibus de dolo m. cf. l. 43 D. jud. 5, 1 — qui insulam . . fieri . . stipulatus est . . agere posse in id quod interest.

18) Namentlich wird auch die Præstation von Mängeln und des auf diesen beruhenden Interesse insofern zum Inhalte der O. zu zählen sein, als wir sie was actio emti anlangt als die Folge von ausdrücklicher oder stillschweigender Versprechung (entweder der Abwesenheit von Mängeln, — *sanum esse, fugitivum, furem non esse* — oder des *dolum, culpam abesse*) zu denken haben. Nur vom ädilizischen Standpunkte erscheint die Mangelhaftigkeit als ein strafbares, die ädilizischen Obligationen erst begründendes Vorkommen. Uebrigens wird bei der Præstation von Mängeln der verkauften Sache die Deckung des Minderwerths von der der weiteren aus dem Mangel etwa entsprungenen Schäden unterschieden; erstere entspricht dem Sachwerth, beide zusammen dem Interesse, dessen Præstation natürlich mehr voraussetzt als die des bloßen Mangels: z. B. l. 13 § 1 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 45 D. c. e. 18, 1.

19) vgl. oben §. 100 3 b.; §. 170 Anm. 2; §. 224.

20) vgl. l. 21 D. her. v. a. v 18, 4 — *pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur.*

21) l. 68 D. r. v. 6, 1 — *et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit.*

22) z. B. l. 4 D. j. d. 23, 3 l. 7 §. 13 D. comm. div. 10, 3.

der Sache prästiren muß, woferne die eine oder andere nicht selbst geleistet wird²³⁾. Darum ist die *causa rei* von allem was anstatt der ursprünglich schuldigen Sache in die Obligation eintritt²⁴⁾, darum namentlich vom Interesse²⁵⁾ zu unterscheiden. Letzteres ist stets etwas das anstatt eines anderen, schon zuvor entweder in *conditione obligationis* oder in *obligatione* gewesenen Dinges geleistet werden muß.

Das Interesse kommt, wofern es sich überhaupt rechtlich geltend macht, überall in *obligationem*; ohne Prozeß durch Kontrakt, Quasikontrakt²⁶⁾, Verschuldung²⁷⁾; mit Prozeß durch Litiskonfestation oder Kondemnation: (§. 281c. 13.); der Anlaß aber, aus dem es entspringt, ist nicht bloß in den Obligationen, sondern auch vor den Obligationen²⁸⁾, überhaupt im Vermögen gelegen²⁹⁾; und soweit es aus schon vorhandenen

23) So wird z. B. in den *arbitrariae actiones* die Restitution von *omnis causa* neben der der Sache befohlen, und im Falle der Nichtrestitution ihr Werth neben dem der Sache ästimirt und in *condemnationem* bezujirt (§. 170 Anm. 2—4).

24) wie die *actio* anstatt der Sache in §. 270 Anm. 25 u. S. 285, — wie zuweilen der Erlös aus der Sache anstatt ihrer selbst: l. ult. D. neg. 3, 5 l. 23 D. r. cr. 12, 1. Vgl. Jhering, Abhh. I. S. 78 — 85, der übrigens in dieser seiner eindringlichen Untersuchung „in wie weit der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben müsse“ jene Surrogate der *res* von der *causa rei* vielleicht nicht prinzipiell genug auseinander hält.

25) insonderheit auch vom Zeitinteresse, welches keineswegs bloß auf dem Entgang der *causa rei* beruht, und ganz andere Voraussetzungen hat (§. 279 I.) als die Prästition der *causa rei* (s. unten a. G. — hinwider F. Mommsen S. 45, Abs. 1).

26) In *condicione obligationis* ist nicht bloß das *factum* durch dessen Eintritt oder Nichteintritt prätorische und freiwillige Interesse-Stipulationen verwirken (Anm. 2 a. und b.), sondern auch jenes *factum* der Nichtrestitution um dessentwillen in dinglichen Klagen das *arbitrium ut restitatur* in Interesse-Kondemnation, der dingliche Anspruch mithin in eine Interesse-Obligation übergeht. (Anm. 1 a.; l. 2 D. in lit. jur. 12, 3 — *quod intersit agentis . . . aestimatur . . . cum culpa non restituentis vel non exhibentis puniuntur* — l. 68 D. r. v. 6, 1.

27) z. B. l. 3 D. in lit. jur. 12, 3; l. 16 C. mand. 4, 35 l. 20 (21) §. 3 D. neg. 3, 5 l. 41 l. 45 D. pro soc. 17, 1; l. 7 pr. l. 25 D. adm. tut. 26, 7 l. 23 C. eod. 5, 37 l. 7 C. arbitr. tut. 5, 51 l. 5 D. dol. m. 4, 3; l. 13 §. 1 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1; l. 19 pr. D. loc. 19, 2.

28) z. B. im Eigenthum des aquilisch Geschädigten —.

29) Das Affektionsinteresse entspringt auf dem Gebiet der Affekte, das Vermögens- oder Geldinteresse auf dem des Vermögens; die Verletzung von Affekten zieht zwar auch Obligationen nach sich, allein überall nur Straf-, nirgends Interesse-Obligationen (§. 239 Abs. 1). Ueber den Unterschied von Strafe und Interesse s. F. Mommsen S. 18, 2.

Ansprüchen entspringt, nicht bloß in Forderungen, sondern auch in dinglichen Ansprüchen³⁰⁾. — Die *causa rei* ist von altersher im Eigenthums- und Besitzprozesse daheim, als der Vorthheil den der Besitzer während des Prozesses von seinem Besitze hat, und den er von dem Tage der Litiskontestation an unterliegenden Falles an den Sieger zu restituiren hat³¹⁾. Dieses Recht wird in klassischer Zeit von Sachen die dem Sieger eigenthümlich oder dem Besitze nach zugehören, übertragen auf Sachen die er nur zu fordern hat, es sei nun mit strenger oder freier Klage³²⁾. Aber auch vor der Litiskontestation, vom Tage der Sachobligation selbst an kann man *causam rei* schuldig werden, ohne Geding, durch die Gerechtigkeit, daß wessen die Gefahr, dessen auch der Vorthheil sein soll³³⁾; oder infolge des Umstandes, daß die Sache *sine causa* in unserem Vermögen ist³⁴⁾, mithin selbst in strengen Klagen³⁵⁾; um so

30) arg. Ann. 26. Insoferne nun alles Interesse, das sich rechtlich geltend macht, in obligationem kommt, ist F. Mommsen im Recht, wenn er S. 59 sagt: „die Lehre vom *J.* ist nur insoferne von praktischer Bedeutung, als es sich um Interesse handelt, welches den Gegenstand eines obligatorischen Anspruches bildet, und nur mit Beziehung auf solche Fälle ist die gedachte Lehre im r. R. ausgebildet worden“; allein damit ist nicht gesagt und darf nicht gesagt sein wollen, daß dingliche Ansprüche außer dem Bereich des Interesses und der Lehre vom *J.* liegen.

31) Mit um seinetwillen werden in der *legis a. sacramento in rem* *Vindicien* ertheilt, (constituirt wer Besitzer sein sollte), *lis et vindiciae i. e. res et fructus* verbürgt (Gaj. IV, 16); um seinetwillen nach dem Erlaß des *interdictum uti possidetis* der Besitz constituirt und *fructus* licitirt und *cavirt*, und außer dem *Cascellianum sive secatorium iudicium* ein *fructuarium iudicium* gegeben (Gaj. IV, 166—169). Ueberall hier wird die *causa rei* mit der *res* selbst, dort durch *praedes*, hier *fructuaria stipulatione* in obligationem bezuzirt; im *interd. uti poss.* kommt sie aber auch schon *omissa stipulatione in iudicium (fructuarium)* und also unmittelbar in die *condemnationis-Obligation* (Gaj. IV, 169). Derart unmittelbar ist neuestens der Uebergang des dinglichen und possessorschen Anspruches in die *condemnationisobligation* überall.

32) s. besonders l. 38 §. 7 D. *usur.* 22, 1, dazu die übrigen §. 100 Ann. 6 „Geltung für *st. j. aa.*“ *citt.* Stellen.

33) Sicher und vorbildlich aus *emptio venditio*: l. 11 §. 1 D. *a. e. e. v.* 19, 1 — *quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.* §. 2 *Et in primis ipsam rem — etc.*; — D. *de periculo et commodo rei vend.* 18, 6 l. 7 *pr. eod.* l. 1 C. *eod.* 4, 48; *Thering a. a. O.* S. 1 fgg.; ob auch aus *Vermächtnissen*, s. Ann. 35.

34) l. 38 §§. 1—3 D. *usur.* 22, 1.

35) S. Anmerk. 32. Ob und aus welchem Grunde etwa die *Vermächtnißforderung* hieher gehöre, ist fraglich. Nach *Pandektenrecht* prästirt der Erbe allem Anscheine nach *causam rei* nicht erst *post*

mehr bei restitutorischen freien Forderungen ³⁶). Außerdem zieht noch mora die Prästation von omnis causa nach sich, jedoch nur in b. f. negotiis und nicht als selbstständige Obligation ³⁷).

Zur Auseinanderhaltung von causa rei und Interesse diene schließlich noch die Bemerkung, daß diese zwei Dinge nur in Sachobligationen mit einander in Beziehung treten, daß die Interesseobligation hier stets im Eventualverhältniß zur Sachobligation steht, und daß es aber eventuell ebensowohl wegen Nichtleistung der causa rei als wegen Nichtleistung der Sache selbst zur Interesseprästation kommen kann. Das Interesse wegen Nichtleistung der causa rei ist ein *lucrum cessans*.

§. 281 a.

Interesse und Interesseprästation.

In der Sache selbst muß

1. vor allem zwischen dem Interesse und der Prästation des Interesses unterschieden werden. Wie eine culpa vorkommen kann, ohne daß sie zu prästiren ist (§. 251), kann ein Interesse von der uns beschäftigenden Art (Geldinteresse) entstanden, und eine Prästation desselben gleichwohl nicht begründet sein. So kann innerhalb einer Obligation z. B. gerade durch culpa ein Interesse unserer Art entstanden, seine Prästation aber um deswillen nichtbegründet sein, weil die culpa in diesem Falle nicht zu prästiren ist. Beim casus denken wir an Fälle, in denen ein Interesse entsteht, aber ohne besondere Voraussetzungen nicht prästirt wird. Umgekehrt denken wir

lit. cont.; Distinktion und quaestio facti findet nur bei betagtem Vermächnisse, in Ansehung der fructus antecedentis temporis statt: vergl. l. 39 §. 1 l. 91 §. ult. D. leg. I. l. 34 D. usur. 22, 1 mit l. 3 §. 3 eod. l. 21 §. 2 D. ann. leg. 33, 1 l. 43 §. 2 D. leg. II.; nach l. 2 l. 4 C. usur. 6, 47 dagegen entschieden erst post lit. cont., sive in rem sive in personam agatur. Näheres hierüber s. einstweilen Arndts, Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. 48 S. 341 ff. C. A. Seuffert zu J. A. Seuffert's prakt. Pdr. §. 616 Anm. 5. Friedrich Brügger, über d. Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte, Inauguralabh. München, Ackermann 1877.

³⁶) l. 38 §. 4 D. usur. 22, 1 — verbum „restituas“ . . . plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur — §§. 5, 6 eod.

³⁷) §. 273 Anm. 3; §. 244 S. 117.

bei *dolus*, *culpa*, *mora solvendi*, Eviction an ein Interesse, das schlechthin oder gewöhnlich prästirt wird.

2. Dem Gesagten zufolge muß zwischen den Ursachen, aus denen Interesse, — und den Ursachen, aus welchen die Prästition des Interesse entspringt, unterschieden werden.

a. die Ursachen des Interesse erscheinen sprachlich als das Ding „an dem Jemand interessirt ist“, — entweder dahin, daß es nicht geschehen, eingetreten sein, oder bestehen möchte, — oder umgekehrt dahin, daß es geschehen, eingetreten, oder da sein möchte ¹⁾. Dieses „interesse alicujus“ fungirt in einer zweiten, abgeleiteten Bedeutung des Wortes Interesse als ein Wunsch oder Anliegen, ausgehend davon, daß das Interesse der ersten und ursprünglichen Bedeutung als ein Schade gedacht wird; dieser ruft den Wunsch oder das Anliegen hervor, daß die denselben verursachende Thatsache nicht eingetreten, oder daß die demselben vorbeugende Thatsache eingetreten sein möchte. Von diesem Interesse der abgeleiteten Bedeutung kann man wie von den Exceptionen sagen, daß es in *contrarium* konzipirt sei ²⁾; ist die das Interesse der ursprünglichen Bedeutung oder den Schaden verursachende Thatsache etwas positives (*factum*), dann geht das Interesse der abgeleiteten Bedeutung oder das Anliegen dahin, daß diese Thatsache nicht eingetreten sein möchte ³⁾; ist sie etwas negatives (*non factum*), dann geht es dahin, daß das Gegentheil hievon eingetreten sein möchte ⁴⁾. Von den beiderlei interessebegründenden Thatsachen erweisen sich aber die positiven zum Theil als *facta*, welche ihrer Wirkung (*damnum*, *malum*) nach die Anlage zu Delikten haben, die nöthige Imputabilität vorausgesetzt auch Delikte sind, und insoweit schon

1) *z. B.* — *quanti tua interest rem evictam non esse* (l. 23 C. evict. 8, 44 (45)); *quanti actoris interest id opus factum non esse* (l. 15 §. 7 §. 8 D. quod vi aut cl. 43, 24), *se vi dejectum non esse* (l. 1 §. 41 D. h. t. 43, 16); — *quod rem habere (traditam esse) interest actoris* (l. 1 pr. D. a. e. e. v. 19, 11. 22 §. 4 D. mand. 17, 1) — *interfuit nummos sibi redditos esse* (l. 3 D. in lit. jur. 12, 3) — *interest implesse eum mandatam* (Gaj. III, 161)

2) vgl. Bd. 1 S. 372 Abf. 3.

3) *z. B.* Thatsache der Eviction und Interesse (Anliegen) *rem evictam non esse* (Anm. 1).

4) *z. B.* Thatsache der Nichtausrichtung eines Mandates und Interesse (Anliegen) *implesse eum mandatam* (Anm. 1).

der allgemeinen Rechtsordnung nach und also gewissermaßen im öffentlichen Interesse nicht geschehen sollten, — zum Theil als Thatfachen, denen man nur im Privatweg, auf Grund ohnedies bestehender oder durch eigens hiewegen es sei nun ausdrücklich oder stillschweigend bestellte Haftungen (Obligatio-
nen) beikommen oder vorbeugen kann (Kontraktsskulpā — Evik-
tion, Mängel — Servitutenstörung (fieri quominus eat,
agat etc. etc.)). Die negativen interessebegründenden That-
sachen bestehen alle in der Negation einer Leistung, welche durch
eine eigens hiewegen bestellte Haftung (Obligation) gefördert
werden wollte, es sei nun, daß die Leistung unmittelbar in
obligatione, oder daß sie nur in conditione obligationis —
daß die negative Thatsache Nichterfüllung oder aber Verwirkung
einer Obligation ist. Was man neuerlich „Erfüllungsinteresse“
nennt, ist nichts anderes, als ein Anliegen dieser letzteren Art;
man könnte derartige Anliegen insoferne sie darauf gehen, daß
etwas das nicht geschehen ist, geschehen sein möchte, positives
Interesse nennen. In der That nennt man denn auch Anliegen
der entgegengesetzten Art in neuerer Zeit „negatives“ Interesse ⁵⁾.

b. Von der Prästation des Interesse läßt sich sagen, daß
sie keine besonderen Gründe hat. Eines besonderen Grundes
bedarf es, damit da wo ein Interesse (Schade) verursacht ist,
eine Klage entstehe oder aufrecht bleibe; ist eine solche (we-
gen dolus, culpa, mora, stillschweigenden Versprechens in An-
sehung der Eviktion und Mängel) begründet oder aufrechter-
halten, dann ist regelmäßig auch Prästation des Interesse be-
gründet; da bedarf es besonderen Grundes, damit anstatt des
Interesses nur rei aestimatio (§. 281. Anm. 9), oder nur
pretium, merces ⁶⁾ zu prästiren oder zu restituiren sei; außerdem
folgt Prästation des Interesse (ein quanti interest praestare
oportere) von selbst. Dolus, culpa, Mora, Versprechungen
ziehen allerdings die Prästation des Interesse nach sich und
mögen insofern als „zum Interesse verpflichtende Thatfachen ⁷⁾“

5) das s. g. „negative Vertragsinteresse“ ist nur eine Species dieses
negativen Interesses. Vgl. die §. 246 Anm. 9 Agff.

6) — ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris
mea intersit — l. 33 D. loc. 19, 2 vgl. oben §. 278 zu Anm. 17 u. 18.

7) z. B. J. Mommsen S. 59 §. 7, 1.

bezeichnet werden; allein, daß gerade das Interesse, nicht mehr und nicht weniger, zum Inhalte der durch sie begründeten, verwirkten, perpetuirten, veränderten Obligation wird, liegt nicht am Dolus *re. re.*; würde doch sonst für den Fall des dolus und den der *levissima culpa* verschieden befunden worden sein; daß überall gleichmäßig gerade das Interesse prästirt wird, hat seinen allgemeinen, über dolus, culpa etc. etc. erhabenen Grund in der Natur der Sache, wornach wenn etwas zu ersetzen (prästiren) ist, am natürlichsten was abgeht, das ganz und nur das, zu ersetzen sein wird. Wo freilich vornherein die Unterscheidung von *res* und *interesse* unmöglich, und einzig das *interesse* als ursprünglicher oder nachfolgender Inhalt der Obligation denkbar ist (§. 341; 342 unten), fallen der Grund der Prästation überhaupt und der des Interesse insonderheit zusammen.

§. 281b.

Kausalnexuß.

Ein „Kausalnexuß“ zwischen der Prästation des Interesse und den die Obligation oder die Forthastung begründenden Thatsachen besteht immerhin insoferne als ohne diese Thatsachen überhaupt von keiner Prästation, also auch von keiner Interesse-Prästation die Rede sein könnte. Weiterhin aber scheint dasjenige, was die Neueren hier von Kausalität oder Kausalnexuß handeln, entweder selbstverständlich oder etwas anderes denn Kausalität und darnach zum Theil auch an und für sich unrichtig zu sein. Sollten verschiedene Thatsachen verschiedene Interessen begründen, so wäre selbstverständlich, daß man auf Grund der einen Thatsache nicht das aus der anderen entsprungene Interesse fordern dürfte¹⁾; nichtsdestoweniger wird hieraus u. a. „ein eigener Folgesatz aus dem Wesen der Kausalität“ formirt²⁾. Geradezu falsch aber dürfte der Satz sein, „daß das Interesse nicht zu prästiren sei, wenn der Schade sicher auch sonst (ohne die

1) — und Julian hätte sich in l. 23 D. a. e. v. 19, 1 in der That schwer versündigt, wenn er das Interesse aus der Manumission als das Interesse an der Tradition (und Nichtmanumission) gefordert hätte. S. aber unten Anm. 29 a. G.

2) z. B. Cohnfeldt, die l. v. Interesse nach r. R. 1865: „Soll

zum Ersatz verpflichtende Thatsache) eingetreten wäre³⁾. Er verführt zu der Vorstellung, als ob eine Ersatzobligatio oder Strafverwirkung, nachdem sie einmal begründet ist, durch beliebig zufällige, spätere Ereignisse wieder aufgehoben werden könne, während die Quellen das Gegentheil aussprechen⁴⁾; solidarische Haftung Mehrerer aus gemeinsamer und ununterscheidlicher Schadensstiftung wäre nicht möglich⁵⁾, geschweige denn die Julianische Bestrafung der versuchten neben der wirklich erfolgten Schadensstiftung⁶⁾; anstatt daß Jeder in solidum, würde keiner von Beiden haften⁷⁾; um ihn — den Satz — zu halten, muß man Ausnahmen statuiren, welche die Regel selbst aufheben⁸⁾, Voraussetzungen machen, von denen die Quel-

Etwas von einer Thatsache abhängig sein, so muß es eben diese Thatsache, keine andere sein, von welcher es abhängig ist. Vgl. übrigens F. Mommsen S. 140

3) F. Mommsen, S. 146, Windscheid §. 258 S. 38 (bei dem er nur in anderer, nämlich positiver Fassung erscheint, indem das Interesse dann und nur dann zu prästiren sei, „wenn der Nachtheil, welcher eingetreten ist, nicht eingetreten sein würde, wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre.“ Vgl. auch Cohnfeldt S. 158 Abs. 2.

4) l. 27 §. 2 D. ad l. Aq. 9, 2 — legis Aquiliae actio durat — trotzdem der deteriorirte Sklave alsbald stirbt und auch sonst gestorben wäre — l. 16 §. 2 D. evict. 21, 2 — quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi nec ulla simili causa amitti — l. 44 §. 2 D. aed. Ed. 21, 1 — neque ex postfacto decrescit obligatio — l. 5 §. 4 D. servo corr. 11, 3 — nec extinguitur semel nata actio (manumissione, alienatione) — l. 57 §. 1 D. ev. 21, 2 — semel commissa (quanti interest) stipulatio resolvi non potest. Hieher auch l. 12 §. 2 D. rat. rem 46, 8 und l. 12 §. 1 D. si quis caut. 2, 11. arg. l. 10 §. 2 eod. — „commissa stipulatione“. Vgl. auch l. 37 D. mand. 17, 1. Einseitig und zweideutig bezieht F. Mommsen derlei Erscheinungen unter die Zeit „wornach das J. zu berechnen“ §. 19, so auch Cohnfeldt S. 158 Abs. 1; die Folge davon der u. G. zu verwerfende Satz, daß die Entscheidungen dieser Stellen keine praktische Bedeutung mehr haben sollen.

5) Sind der tödtlichen Streiche mehrere von Mehreren geführt, der Tod aber man weiß nicht aus welchem erfolgt, so haften Alle quasi omnes occiderint, und trotzdem omnes occiderint, obwohl ein Jeder sagen könnte, daß der Tod auch sonst, ohne seinen Streich nämlich, erfolgt wäre — l. 11 §. 3 D. ad leg. Aq. 9, 2 l. 15 §. 1 l. 51 eod.

6) Nach Julian l. 51 cit. haften Beide de occiso, wenn A tödtlich verwundet, B getödtet hat, und doch kann sich jeder auf das „auch sonst“ berufen.

7) weil überall hier der Schade „auch sonst“ oder ohne „die betreffende Thatsache“ auf Seite des Belangten erfolgt wäre.

8) so die Ausnahme, wornach zu prästiren ist, „wenn, nachdem der Nachtheil durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, herbei-

len nichts wissen⁹⁾; um ihn zu stützen, Stellen zitiren, welche nichts, oder das Gegentheil, oder was allgemein gelten soll, nur für einen einzelnen Fall, oder endlich mehr nicht sagen, als daß ein Interesse nicht zu prästiren sei, wo keines vorliegt¹⁰⁾. — Falsch ist aber auch der andere Satz: daß das Interesse nicht

geführt worden ist, eine andere Thatsache eintritt, welche ihn erzeugt haben würde, wenn er nicht bereits erzeugt gewesen wäre.“ Windscheid a. a. O. Anm. 15 gegen Ende, im Hinblick auf l. 7 §. 4 in f. D. quod vi aut cl. 43, 24 l. 37 D. mand. 17, l. l. 16 §. 2 D. de. evict. 21, 2. Die oben Anm. 4 agff. Stellen und Sätze hält Mommsen §. 19 alle für Ausnahmen, die zudem heute nicht mehr praktisch seien.

9) wie z. B. die, daß die in den Fällen der l. 11 §. 3 u. l. 51 D. ad l. Aq. nun einmal begründete actio nur wegen der commoda rei (von denen l. 11 §. 3 nichts weiß) fortbauern.

10) Halten wir uns hier und in den folgenden Anmerkungen an die bei Windscheid Anm 15 aufgeführten Stellen, jedoch ohne auf die dasselbst gezogenen Folgesätze weiter einzugehen, so sind irrelevant l. 36 §. 3 D. h. p. 5, 3 und l. 7 §. 4 D. quod vi aut cl. 43, 24; hier und dort ist zwar von Sachen die Rede, die „auch sonst untergegangen wären“; allein in l. 36 §. 3 nicht um hieraus Nichtprästation zu folgern; in l. 7 §. 4 nur um eine exceptio gegen die Prästation des eigenmächtigen Abbruches wegen Nothwehr zu geben (si pervenisset, absolvi debere): — das Gegentheil bezeugt eben diese l. 7 §. 4 in fin. — si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum — ferner l. 11 §. 3 l. 15 §. 1 D. ad l. Aq. 9, 2; — nur für den Fall, daß man Dritte thun läßt, was man selbst zu thun übernommen, gilt und paßt die Entschuldigung, daß der Schade auch bei eigener Leistung eingetreten wäre: l. 10 §. 1 D. leg. Rhod. 14. 2 l. 13 §. 1 D. loc. 19, 2 vgl. §. 257 Anm. 17; — daß keine Prästation, weil kein Interesse, ist ausdrücklich ausgesprochen in l. 27 §. 2 D. r. v. 6, 1, vom Standpunkte jedoch nur der in rem actio, nicht auch der legis Aq. actio; vom Standpunkte der letztern ist mit der Deterioration des Sklaven auch obligatio ex delicto da, und darum actio durat, trotzdem der Sklave alsbald stirbt (der Schade „auch sonst“ eingetreten wäre); vom Standpunkte der in rem actio dagegen ändert sich an dem Ansprüche des Klägers von der litisk. bis zum Urtheil nichts; erst mit dem Arbitrium kommt es zur Frage, ob Beklagter restitutionspflichtig, erst mit der Kondemnation zur Frage ob er schuldig sei, erst mit ihr zur Umwandlung der in rem actio (des dinglichen Anspruches der petitio) in eine obligatio. Ist die Sache noch vor dem Urtheil casu untergegangen, dann hat Kläger (wenigstens gegen den b. f. possessor — §. 100 Anm. 8) den Anspruch auf die Sache selbst verloren, noch bevor es ihrethalben zur Schuldfrage und Schuld gekommen ist; es kommt zu keinem Restitutionsbefehl in Ansehung der Sache selbst; sich zu beschweren aber, daß die Sache nicht so wie sie sollte sondern verschlechtert restituirt sei, hat der Kläger da wo die Sache selbst nicht restituirt zu werden braucht, keinen vernünftigen Grund und kein Interesse. Aehnlich verhält es sich in der restitutorischen quod metus actio (l. 14 §. 11 D. quod met. 4, 2 — lies non tenebitur), (wogegen F. Mommsen S. 204 Anm. 11); ähnlich ferner selbst in Forderungssachen, wenn die schuldige Sache entäußert (verkauft, manumittirt) wird und bevor es zu Mora kommt, casu zu Grunde geht (l. 21 D. her

zu prästiren sei, „wenn der Schade durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte vermieden werden können“¹¹⁾. Er verführt zu der Vorstellung, als ob eine allgemeine Verpflichtung zur Diligenz von Rechtswegen bestehe, und daß überall wo diese unterblieben, der Schade von dem Unvorsichtigen, Sorglosen selber zu tragen sei, wenngleich denselben ein Dritter schuldhafter Weise gestiftet hat. Dieser für das Privatdelikt und die Obligationen nicht minder als für das Kriminalrecht unhaltbaren Vorstellung beugt man zwar bis auf ein gewisses durch die Bemerkung vor, daß der aufgestellte Satz eine Ausnahme erleide „wo der Grund, weswegen das Interesse geleistet werden muß, Arglist ist“¹²⁾; ein Freibrief für kulpöse Beschädigung Dritter bleibt aber immer noch übrig, und die Quellen stellen auch diesen nicht aus. Alles, was man für ihn anführt, beschränkt sich darauf, daß man den Schaden, welcher erjaget werden soll, nicht selbst gestiftet haben müsse; dem Gedanken, daß die eigene Schuld Immunität oder Impunität für die fremde mit sich bringe, geben die Quellen nirgends Ausdruck¹³⁾. Daß aber die dolose Schadens-

v. a. v. 18, 4 l. 45 D. v. o. 45, 1); diese Entäußerung erzeugt keine neue obligatio wie *damnum inj. datum* und keine *perpetuatio* wie das kulpöse *factum* und *mora*; der Obligirte bleibt *rem* schuldig und wird von deren Leistung frei, bevor und ohne daß es zur Frage nach ihren früheren Schicksalen oder zu einem Interesse des Klägers kommt. Endlich wird auch der *Ghemann* in l. 4 D. imp. 25, 1, *si imp. necessarias non fecerit, deusta insula* freigesprochen), weil *nihil interest* (arg. „*tantum damnabit, quanti interest*“); wäre derselbe sofort mit Unterlassung der Impensen obligirt worden, so würde trotz des nachherigen Brandes Interesse und Prästationsschuld da sein; so nun aber ist es hiezu nicht gekommen.

11) F. Mommsen S. 157; Windscheid §. 258 zu Anm. 17. Hierin gegen diese bereits Kohnfeldt S. 142 c.

12) Windscheid, §. 258 zu Anm. 18 nach F. Mommsen S. 257 unten.

13) Betrachten wir von den angeführten Stellen zunächst die Regel *quod quis ex culpa sua sentit, non intelligitur damnum sentire* (l. 203 D. r. j. 50, 17), so spricht diese von einem Schaden aus eigener Schuld; das ist derjenige, dem man nur hätte vorbeugen können, der aber aus fremder Schuld herrührt nicht. Was die Einzelscheidungen anlangt, so wird die Mehrausgabe, die der Käufer in l. 11 §. 12 D. a. e. v. 19, 1 und l. 23 §. 8 D. aed. Ed. 21, 1 dadurch hat, daß er den Sklaven anstatt auszuliefern auslöst, von ihm nicht nur nicht vermieden, sondern durch positives Wollen verursacht (*maluit litis aestimationem sufferre*); — l. 45 §. 1 D. a. e. v. 19, 1 und l. 29 §. 1 D. evict. 21, 2 sprechen dem Käufer den Eviktionsregreß wegen Impensen ab, inso-

stiftung auch da, wo der Beschädigte dem Schaden vorbeugen konnte, schuldig macht, ist keine Ausnahme; das gleiche gilt auch von der culpaen Beschädigung, wofern sie nicht an und für sich frei ausgeht (S. 251; S. 252; §. 267) ¹⁴).

Was man nach der Natur der Sache und auch nach Maßgabe der Quellen in Ansehung des Kausalnexuſ vielleicht allein zu fragen Grund hat, ist einmal das, ob unter Umständen das Interesse nicht ohne Kausalnexuſ (zwischen der That des Prästationspflichtigen und dem eingetretenen Schaden) zu prästiren — dann das, ob das Interesse gewisser Art nicht trotz Kausalnexuſ (zwischen der onerirenden Thatfache und dem eingetretenen Schaden) nicht ganz zu prästiren sei. Erstere Frage taucht da auf, wo der (z. B. durch tödtliche Verwundung) bereits gestiftete, d. h. als nothwendige Folge begründete Schade (Tod) noch vor dem Eintritt aus dieser Ursache aus einer anderen Ursache (z. B. Todtschlag, Einsturz) erfolgte. Wäre hier der erste Thäter so haftbar wie der zweite, dann würde er einen Schaden prästiren müssen, der mit seiner That in keinem Zusammenhang ist. Indessen ein derartiger

fern er Retentionsrecht hat, nicht wegen unterlassener Sorgfalt; — wenn in l. 62 (61) §. 7 D. furt. 47, 2 Depositare oder Mandatare dem für den Deponenten, Mandanten in Händen habenden Sklaven ihr Eigen unvorsichtigerweise anvertrauen und von demselben bestohlen den Schaden selbst tragen müssen, so ist das ein lediglich von ihnen selbst gestifteter Schaden; — die Fallgrube der l. 28 §. 1 und l. 9 §. 4 D. ad l. Aq. 9, 2 veranlaßt zwar einen Schaden, den der Verunglückte hätte vermeiden können und darum selbst trägt; allein auf der anderen Seite fehlt ein Thäter, den man schuldig sprechen könnte; der Grundeigenthümer hat den Schaden mag man sagen gestiftet, aber er hat ihn da Warnung vorlag oder überflüssig war, nicht verschuldet; da geht kein Schuldiger frei aus; — wird der nicht tödtlich verwundete Sklave zu Tode kurirt oder vernachlässiget, so rührt dieser Schade (Tod) einzig vom Herren oder dem Arzte her, und ist der Thäter darum nicht wegen Tödtung belangbar; de vulnerato actio erit, non de occiso (l. 21 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1); — die Eviction auch für den Fall zu prästiren, da dieselbe wegen Nachlässigkeit des Käufers erfolgt, ist der Verkäufer nicht obligirt (§. 280 Anm. 21); habere licet, wenn wegen Verjämung der Usufapion evincirt wird (l. 56 §. 3 D. evict. 21, 1); zum Evictionsregresse fehlt es wieder an der Schuld des Gegners, nicht bloß an der Sorgfalt des Geschädigten.

14) Wo z. B. der Sklave wegen Unvorsichtigkeit der Spielenden getödtet wird, entsteht legis Aq. actio ohne Rücksicht ob er ausweichen konnte oder nicht; in dem Falle, da legis Aq. actio nicht entsteht, ist einzig die Unvorsichtigkeit des Sklaven an seiner Tödtung schuld, der Thäter außer Schuld: l. 9 §. 4 D. ad l. Aq. 9, 2.

Satz ist nicht recipirt worden ¹⁵⁾. — Ob zweitens aller Schade, der aus der onerirenden Thatsache hervorgegangen ist, zu prästiren sei, ist vor allem immer noch da streitig, wo der Schade *lucrum cessans* (§. 281. Num. 4.) ist. Der Gewinn, um dessen Prästition es sich hier handelt, ist — ganz anders als das *damnum emergens*, welches vorliegen muß, wenn es prästirt werden soll — nicht eingetreten, ja wird prästirt, weil er nicht eingetreten ist, freilich nur insoferne er wegen der dem Belangten zur Last fallenden Thatsache nicht eingetreten ist: da dieser Kaufalnerus nun aber mehr oder weniger unsicher ist, entstand bei den Unsrigen die Frage, ob man nicht innerhalb desselben abbrechen und einen Punkt statuiren solle, über welchen hinaus ein Gewinnentgang als zu unsicher ein für allemal nicht anzunehmen wäre, wengleich der Gewinn ohne die onerirende Thatsache vielleicht eingetreten wäre. Indessen ist auch diese Frage zu verneinen ¹⁶⁾, des weitern festzustellen, daß von Gewißheit des Gewinnes, bevor er gemacht ist, überhaupt keine Rede sein kann ¹⁷⁾, daß es auch eine allgemeine, ausdrückliche Norm über den nothwendigen Grad der Sicherheit des Gewinns nicht gibt ¹⁸⁾, daß den Römern aber ¹⁹⁾ immerhin so viel Sicherheit, als recht und billig ist, ganz allgemein dann vorhanden zu sein schien, wenn abgesehen von der interessegründenden Thatsache, und

15) trotzdem ihn Julianus vertritt (l. 51 D. ad l. Aq. 9, 2). Freilich kann Julianus Auffassung nicht die gewesen sein, daß ein nicht durch mich erfolgter Schade von mir zu prästiren sei, sondern nur die, daß der Versuch gleich dem Erfolg zu bestrafen sei, keine reipersekutorische, sondern eine kornelisch-strafrechtliche Auffassung. Ihm entgegen wahren Gelsus l. 11 §. 3 eod. und Ulpianus l. 15 §. 1 eod. den Kaufalzusammenhang (*non est passa ruina apparere an sit occisus*), und lassen gegen den ersten Thäter nur Klage wegen Verwundung zu.

16) trotzdem die althergebrachte und vielverbreitete entgegengesetzte, namentlich zwischen bloß mittelbarem und unmittelbarem Interesse oder Verlust unterscheidende Meinung an der *utilitas circa rem ipsam* sammt Exemplifikation in l. 21 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1 keinen schwachen Anhalt hat.

17) Gewiß ist, daß er ausgeblieben; ob er gemacht worden wäre, kann mit überflüssigerweise so präbizirter „absoluter“ Gewißheit in keinem Falle gesagt werden. Wo wie in dem Falle Rommjen's S. 175 Abs. 3 der Gewinn (Aluvion) noch vor der Eviction gemacht war, möchten wir eher von *damnum emergens* reden.

18) vgl. F. Rommjen S. 175 Abs. 3.

19) nach F. Rommjen's eigenen und scharfsinnigen Auseinandersetzungen in S. 17.

ohne die Supposition veränderter Sachlage der Gewinn lediglich vom Willen des Interessenten abgehängt wäre²⁰). Der Gewinn vom Gewinne setzt schon eine Bedingung (den ersten Gewinn) voraus, und wird darum nicht prästirt²¹). — Was

20) Daß dieser den Gewinn vielleicht nicht gewollt oder verkäuflich haben würde, kommt nicht in Anschlag; man geht vom Gegenteil aus (arg. §. 10 J. de leg. Aq. 4, 3 l. 25 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 — quia si manumissus non esset, jussu mulieris adire potuisset — und die übrigen bei F. Mommsen S. 179 Anm. 8 cit. II. außer Gaj. II. 212; ferner: ich brauchte nur zu manumittiren, um Erbe zu werden, nur zu optiren um das Vermächtniß zu bekommen l. 23 §. 2 D. ad l. Aq. 9, 2 l. 10 D. ad exh. 10, 4 — nur die Hand zu öffnen, um die mit der tribus verknüpften kaiserlichen Ehrungen zu empfangen l. 35 pr. D. leg. II. Aber auch die über das bloße Wollen hinausreichende, zum Erndten, Gelbanlegen, Vermiethen, Kaufen und Verkaufen nöthige wirthschaftliche Thätigkeit wird vorausgesetzt: l. 18 l. 19 pr. l. 24 D. loc. 19, 1 cf. l. 33 D. r. v. 6, 1, l. 39 §. 1 D. leg. I., l. 39 §. 1 D. leg. I cf. l. 62 pr. D. r. v. 6, 1 l. 2 §. 8 D. de eo quod certo loc. 13, 4. Daß Interessent sich vielleicht durch vorzeitige Veräußerung der Sache u. dgl. mehr um die Gewinnchance gebracht hätte: diese und ähnliche Suppositionen werden nicht gemacht (F. Mommsen S. 177 unten). — Daneben fehlt es nun aber nicht an der Einsicht, daß das Wollen und Handeln nicht überall zum Gewinnen ausreicht, daß insonderheit der Gewinn aus Kaufen und Verkaufen („Handeln“ — negotiari) ein präferirer sein kann; je nachdem (er etwa ein erfahrungsgemäßer ist oder nicht) wird er angenommen (l. B. l. 2 §. 8 D. de eo quod c. l. 13, 4 l. 18 l. 19 pr. l. 24 §. 4 D. loc. 19, 1) oder nicht (l. 21 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 19 D. per. et c. 18, 4 F. Mommsen S. 26); insonderheit mag die Distinktion der utilitas circa rem ipsam in l. 21 §. 3 cit. auf einen Gewinn hinauslaufen, der noch im Bereiche oder in der Potenz der Forderung oder ihres Gegenstandes selbst gelegen ist und außer dem Ergreifen irgend welcher weiterer Zuthaten und Eventualitäten nicht bedarf. — Hieher gehört der „arge Schnitzer“, den Julian in l. 23 D. a. e. e. v. 19, 1 gemacht haben soll, indem er den Verkäufer zweimal verantwortlich mache, einmal für das Interesse si manumissus homo non esset, dann für das daß er manumittirt wurde (Zhering, Abhh. S. 66 Anm. 1. F. Mommsen S. 140 fg.). Auch Marcellus scheint ihm diesen Vorwurf zu machen (notat: illa praestare . . . debet, quae haberet emtor, si homo manumissus non esset etc.). Vielleicht aber würde Julian replicirt haben: auch wenn der Verkäufer nicht manumittirt hätte, würde dem Käufer Prästation der hereditas liberti zustehen; denn so gut als der Verkäufer hätte auch er manumittiren und Patron werden (den Vortheil, den nun der Verkäufer hatte, selbst haben) können; ich habe nicht zwei unverträgliche Kaufalitäten kumulirt, sondern nur ein lucrum cessans mehr als Marcellus angenommen. Nebenher fragt sich, ob die Stelle nicht vielmehr von der causa rei (S. 334 Abs. 1.), als vom Interesse zu verstehen sei.

21) l. 15 D. usur. 22, 1 l. 2 §. 5 D. adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. Die Prästation des fetus secundus (des Jungen vom Jungen) scheint uns keine Ausnahme (F. Mommsen S. 189 zu Anm. 27) zu sein. Die Stelle denkt (wie auch Mommsen annimmt) an eine vom Fideikommißschuldner bereits erworbene Nachfrucht. Diese fällt unter die Prästation

Interessent durch die interessebegründende Thatſache an ſeinem bis dahin vorhandenen Vermögen einbüße (*damnum emergens*), iſt eine reine Thatfrage; und ein innerer Grund, weſhalb nicht überall aller derartiger Schade zu präſtiren ſei, ſcheint nicht vorzuliegen. Nichtsdeſtoweniger hat vor allem hier Juſtinaian in l. unic. C. de ſententiis quae pro eo quod interest proferuntur 7, 47 alte Zweifel vorgefunden, jedenfalls ſich zu entſcheiden veranlaßt geſehen, daß in gewiſſen Fällen das Interesse mit mehr als dem Duplum eines gewiſſen Etwas nicht präſtirt zu werden brauche, hierin aber die Saat von neuen und ärgeren Zweifeln ausgeſtreut²²). Noch weniger aber als die Einſchränkung auf ein Duplum darf die wegen Luxus als eine allgemeine gedacht werden²³). Dagegen bildet ein Schaden, den man ſich in unehrenhafter Weiſe zugezogen, niemals den

der *causa rei*, die ſo recht eine *utilitas circa rem ipsam* iſt, und nicht erſt vom Geſichtspunkt des *lucrum cessans* aus präſtirt wird, (S. 344 Abſ. 1).

22) Windscheid §. 258 Anm. 9. Die gewiſſen Fälle ſind *qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus*. Mit den „Kontrakten“ ſind jedenfalls die Delikts- und Quasideliktsobligationen (§. 247), mit der certa quantitas u. natura allem Anſchein nach aber auch alle diejenigen Kontrakte und Quasikontrakte ausgeſchloſſen, die keinen ſo ſichern Inhalt haben wie er „in vendit. et locc. et omnibus aliis etc.“ vorkommt oder vorkommen kann. Dieſer feſte Inhalt iſt denn auch das gewiſſe Etwas, deſſen Werth den Maßſtab für Abfindung des Interesse abgeben ſoll, wornach dann aber z. B. beim Kaufe ebenſowohl *actio emti* der Waare als *actio venditi* dem Preise ihr Interessemaximum zu entnehmen haben. Dabei kann dann nur an Fälle gedacht ſein, in denen wegen Nichtleiſtung des Preiſes oder Nichtleiſtung der Waare, oder was eins iſt: auf Erfüllung geklagt wird; würde wegen einer Schadensſtiftung durch *dolus* oder *culpa* geklagt, ſo müßte, trotzdem aus dem Kontrakte geklagt wird, doch wohl der Deliktsſtandpunkt eingehalten und alſo z. B. in dem Falle, wo das *pecus morbosum* den ganzen Stall anſteckte, nicht etwa deſwegen, weil es nur 200 koſtete nicht mehr als 400 präſtirt werden. Ueberhaupt auf Präſtation der Mängel, und aber auch auf Eviktion ſcheint das Geſetz nicht gerichtet, trotzdem die alten *duplae stipulationes* zu demſelben beigetragen haben mögen. — Im Weſentlichen iſt hier die herrſchende Meinung entwickelt. Im Uebrigen gibt das Geſetz nichts neues. Zu den bei Windscheid a. a. O. aufgff. Autoren und Anſichten, ſ. auch die von Rußbaumer, Dr. Gottfr., Ueber das Maß des Schadenersatzes. Eine civ. Abh. aus d. röm. R. Zürich, bei Höhr 1855.

23) daraus daß derjenige, welcher *damni inf. cautionem* zu leiſten hat, dem bedrohten Nachbarn nicht auch den Erſatz ſeiner Wandmalereien *cc. cc.* verſprechen muß, folgt nicht, daß derjenige, welcher dieſelben zerſtört, nicht zu präſtiren habe; *ex damni inf. stipulatione moderatam aestimationem faciendam* — l. 40 pr. D. *damni inf.* 39. 2. C. dargren Windscheid §. 258 1.

Grund zu flagbarem Interesse ²⁴⁾, so wenig, als ein Gewinn, den man anständiger Weise nicht machen konnte ²⁵⁾.

§. 281 c.

Zeit.

Die Zeit kommt im Interesse fünffach vor: als der Zeitpunkt, nach welchem sich das Urtheil, ob ein Interesse vorhanden und deßenthalben zu kondemniren sei, richtet; — als der Zeitraum, innerhalb dessen sich das Interesse entwickelt, zu- oder abnimmt; — als der Zeitpunkt, von welchem das Zeitinteresse datirt; — als der Zeitpunkt, nach dessen Kursen sich die Schätzung des Interesse richtet; — als der Zeitpunkt, nach welchem sich die Qualität der im Interesse etwa zu veranschlagenden Sachen richtet.

1. Die Frage, ob ein Interesse vorhanden sei, kann je nach der Zeit, von der man ausgeht, verschieden beantwortet werden müssen. Nicht nur können Ereignisse eintreten, welche ein z. B. zur Zeit der Klagestellung noch nicht vorhandenes Interesse nachher und vor dem Urtheil begründen, sondern umgekehrt sind auch Ereignisse möglich, welche ein zur Zeit der Klagestellung oder früher begründetes Interesse noch vor dem Urtheil oder vor der Klagestellung wieder aufheben ¹⁾. Welches immer also der Zeitpunkt sei, von welchem das Ob des Interesse abhängt: es ist von praktischer Bedeutung, daß er der, oder der, und nicht dieser oder jener sei. Zu dieser praktischen tritt eine gewisse theoretische Bedeutung. Würde nämlich der gesuchte Zeitpunkt überhaupt oder unter Umständen noch vor das Urtheil zu fallen kommen, so würde derselbe (ob er nun mit dem der Litiskontestation zusammen oder vor dieser fiel) in einer bestimmten Richtung mit der Litiskontestation ver-

24) l. 111. 77 (76) § 1. D. furt. 47, 2 — cum eo (unter der Bedingung) is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest (wenn er die Sache nicht selbst gestohlen hat).

25) l. 33 D. r. v. 6, 1 — fructus qui percipi honeste potuerunt. —

1) Das Interesse aus einer Verletzung der nachher aus einer anderen Ursache zu Grunde gegangenen Sache ist eines, wenn man von der Zeit der Verletzung — ist keines wenn man von der der Zerstörung ausgeht (vgl. oben §. 281 b. Num. 4); ein Interesse das nicht da wäre, wenn man von der Zeit z. B. der Litisk. ausginge, kann da sein, wenn man von der des Urtheils ausgeht und umgekehrt.

gleichbar sein; wie nach dem Zeitpunkt der Litiskontestation das Urtheil über das Dasein des Rechtes²⁾, so würde nach ihm sich das Urtheil über das Dasein des Interesse richten; und gleichwie nach der Litiskontestation eintretende rechtaufhebende Thatsachen für das Urtheil nicht mehr in Betracht kommen, blieben die nach unserem Zeitpunkt eintretenden interessetilgenden Thatsachen außer richterlichem Betracht. In der That nun gibt es einen solchen das Interessedasein noch vor dem Urtheil fixirenden, dem Urtheil präjudizirenden Zeitpunkt; bald ist er der der Litiskontestation, bald ein anderer. Aber nicht stets wird dem Urtheil also präjudiziert; nicht selten ist *rei judicandae tempus* auch der Zeitpunkt, nach welchem sich das Urtheil über das Dasein des Interesse zu richten hat. — Ob nun der fragliche Zeitpunkt erst der des Urtheils oder ein früherer und welches überall der etwaige frühere Zeitpunkt sei, entscheidet sich in einer abermals an die Litiskontestation mahnenden Weise. Wie diese ihren für die Rechtsfrage maßgebenden Einfluß vielleicht im Zusammenhange mit ihrer obligatorischen Bedeutung erlangt hat, so finden wir für das Interesse = Dasein nur solche Momente präjudizirend, die sich zugleich als Obligationen darstellen. Bildet Interesse den Inhalt der hier entstehenden Obligation und ist also eine Interesse = Obligation einmal begründet, so hat diese wie jede Obligation ihre bestimmten *modos tollendi*, und braucht, da sie Geldobligation ist (§. 367) keinen wie immer gearteten nachfolgenden *casus* zu fürchten³⁾. Ist aber eine Interesse = Obligation nicht begründet, trotzdem eine interessegründende Thatsache eingetreten, so wird der Anspruch des Interessenten (ob er nun in *rem* oder in *personam actio* sei) *annoch* auf *res ipsa* gerichtet und insofern ein Interesse *annoch* nicht vorhanden sein⁴⁾.

Hiernach ist für das Dasein des Interesses 1. bei Deliktobligationen ein für allemal mit dem Zeitpunkte des Deliktes⁵⁾ — 2. bei

2) s. oben Bd. 1. §. 100. S. 355. Abs. 2.

3) vgl. die oben §. 281 b. Anm. 4. agff. Stellen.

4) vgl. oben §. 281 b. Anm. 10. die Bemerkungen zu I. 27. §. 2 D. r. v. 6, 1.

5) s. die oben §. 281 b. Anm. 4 agff. Stellen u. vgl. I. 50 pr. D. furt. 47, 2.

Kontrakt- und Quasikontraktobligationen mit dem Augenblicke entschieden, da eine bloße Haftung in Schuld und zwar in Interesteschuld übergeht⁶⁾; — insonderheit 3. bei stricti juris actiones, insoferne sie auf Interesse giengen (§. 281. Ann. 9. 16. 17.), spätestens und allgemein in dem Zeitpunkte der Litiskontestation. Diese war der Zeitpunkt, in welchem das ursprüngliche dare facere oportere in ein condemnari oportere⁷⁾, mithin in eine Geldobligation, — in eine zwar von der Kondemnation abhängige, nach der strengeren Ansicht aber durch keine Naturalrestitution mehr lösbare⁸⁾ „*quanti ea res est*“ Obligation übergieng, während in b. f. iudicii die ursprüngliche Obligation auch noch nach der Litiskontestation erfüllbar, eine Verschuldung des Interesse wegen Nichterfüllung mithin erst durch die Kondemnation begründet, über das Dasein des Interesse insoweit erst die Zeit des Urtheils selbst entscheidend war⁹⁾. Freilich hatte die Litiskontestation nicht

6) In l. 37 D. mand. 17, 1 geht die Haftung des Mandanten (Hauptschuldners) für das künftig mögliche abesse des Mandatars (Bürgen) dadurch daß letzterer den schuldigen Sklaven leistet in eine Prästationsschuld („*aestimatio ejus*“) über, und zwar ein für allemal, so daß *etiamsi (servus postea) mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est*. Das Gleiche wird für alle Fälle zu behaupten sein, wo eine Haftung oder Verbindlichkeit durch *dolus* oder *culpa* in eine Schuld umschlägt (S. 247, Ann. 1). Uebergang der Haftung in Schuld ist auch die Verwirkung der *stipulatio servum fugitivum etc. etc. non esse u.* ähnlicher anderer; mit ihr ist über das Interesse ein für allemal entschieden, mag auch nachher evincirt *cc. cc.* werden (l. 16. §. 2. D. evict. 21, 2). Das Gleiche gilt vom Uebergang der Evictionshaft in Evictionsschuld.

7) Gaj. III. 180.

8) Gaj. IV. 114.

9) Die Regel in l. 3. §. 2. D. commod. 13, 6: *In hac actione sicut in ceteris b. f. jj. similiter in litem jurabitur: et rei judicandae tempus quanti res sit observatur, quamvis in st. j. iudicii litis cont. tempus spectetur* — ist buchstäblich keine für das Interesse, sondern nur eine für den Sachwerth (*quanti res sit*); (vgl. Savigny Syst. Bd. 6 S. 199. fgg. Schätzung des zu vergütenden Werthes, des zerstörten *cc. cc.* Gegenstandes nämlich); buchstäblich geht sie auch nur auf den Umfang dieses Werthes (*quanti res sit*); die Thatsache, daß die Sache zu schätzen und ihrem Schätzwerthe nach in *condemnationem* zu debuziren sei, ist dabei vorausgesetzt, nicht in Frage gestellt, so daß über den Zeitpunkt, nach welchem das Ob der Schätzung und Kondemnation zu beurtheilen sei, buchstäblich die Stelle nichts sagt. Immerhin aber dürfte derselbe Zeitpunkt der für das Quantum aufgestellt ist, auch für das Ob vorausgesetzt sein. Sollte die Stelle auch für das Interesse gelten, wie F. Mommsen S. 218 Ann. 16 ohne weiteres annimmt, so hätten wir in ihr einen stillschweigenden Beleg für das im Text Gesagte; nur daß wir für den Umfang des Interesse einen Vorbehalt

blos eine quasinovatorische, sondern auch eine interpellatorische Bedeutung; in dieser wirkt sie noch heute, für die b. f. judicia nicht minder als für strenge Klagen (s. unten 3). — Endlich ist aber auch noch das Urtheil selbst, in Gestalt der *condemnatio*, als *causa obligationis* (§. 95. II.) und insoferne *quantum interest* kondemnirt wird, eine das Interesse-Dasein gegen jede künftige Eventualität präjudizirende Thatsache ¹⁰⁾.

2. Für den Umfang des Interesse wird kein allgemein zu bestimmender Zeitpunkt maßgebend. Bei der *rei aestimatio* ist der Umfang dessen was zu schätzen ein für allemal bestimmt, und ein Zeitunterschied nur in Ansehung des Preises (Kurzes) und der Qualität ¹¹⁾ denkbar; bei der Schätzung des Interesses ist der Umfang dessen was zu schätzen, je nach Art des Falles zur Zeit des Urtheiles vielleicht noch so unbestimmt als zur Zeit der Litiskonfestation oder der noch früheren Schadensstiftung ¹²⁾. Jene Regel, welche den Zeitpunkt der Litiskonfestation oder des Urtheils als maßgebend für das *quantum res sit* hingestellt hat (Anm. 9), darf darum nicht auch schon als Regel für das *quantum interest* hingenommen werden. Vielmehr ist zu behaupten, daß wann immer die Interesteschuld entstanden, oder ein Interesse der ursprünglichen Obligation zugewachsen sei (3), stets alles zur Zeit des Urtheils ersichtliche Interesse zur Schätzung und Kondemnation zu bringen, auf die Prästation etwa ferneren Schadens oder Gewinnentganges aber noch überdies durch Kautio von Richteramts wegen Bedacht zu nehmen sei ¹³⁾.

machen (s. Text 2). Von Einzelentscheidungen kommt für die *st. j. actiones* in Betracht l. 8 D. *re jud.* 42, 1 *Si homo ex stipulatione petitus post litem cont. decesserit, absolutionem non faciendam et fructuum rationem habendam placet* l. 5 D. *de conf.* 42, 2 — wo die durch das (außergerichtliche) Geständniß begründete obligatio (*Stichum dare oportere*) durch die *LC.* in eine *quantum ea res est condemnari oportere* übergeht und nun fort dauert *et si servus decesserit*. Ueber l. 12 §. 3 D. *dep.* 16, 3 s. unten zu Anm. 15.

10) sonst könnte „daß der Schade auch sonst eingetreten wäre“ auch noch gegen *actio iudicati* geltend gemacht werden.

11) s. 3. B. l. 50 *pr. D. furt.* 47, 2 — *itemque et si nunc deterior sit etc. etc.*

12) wie wenn 3. B. die Erbeinsetzung des getödteten Sklaven (§. 10 I. *de l. Aq.* 4, 3) eine bedingte, und die Bedingung auch zur Zeit des Urtheils noch nicht eingetreten war, oder die durch *pecus morbosum* ausgebrochene Seuche noch nicht vorüber ist.

13) Eine unmittelbare Bestätigung für diese *cautio damni futuri ju-*

3. Verschieden von dem Schaden, daß die schuldige Leistung nicht erfolgt ist, ist der Schade, daß sie nicht rechtzeitig (*sua die, tunc, Kalendis*) erfolgt ist (§. 279. Anm. 6.). Die diesem Zeit-Interesse zu Grunde liegende Verspätung hebt möglicherweise mit *mora* (*solvendi* — §. 273), außerdem durch einen im Interesse des Gläubigers gestellten Termin (§. 279. I. 2) oder aber erst mit Litiskonfestation an (s. oben S. 360 fg.). So sind *Mora*, ein gewisser dies, und Litiskonfestation die zeitlichen Ausgangspunkte des Zeit-Interesses. Frucht- und Zinsentgang sind nur einzelne Erscheinungen dieses Interesses; präsumtivermaßen in ihm mitbegriffen ist das *damnum emergens* aus kasuellem, nach jenen Zeitpunkten eintretendem Untergang der Sache¹⁴⁾. Kommt es auch in *b. f. judiciis* zur Prästation dieses *post litem contestatam* eintretenden Risikos¹⁵⁾, so geschieht das wegen der hier datirenden (nicht obligirenden) Bedeutung der Litiskonfestation (s. oben Nro 2. a. C.). Eine eigene Obligation zur Prästation des Zeitinteresses gibt es überhaupt nicht; auch wo dasselbe nicht erst durch Litiskonfestation begründet wird, kann es nicht selbständig, sondern nur mit der schuldigen Leistung selbst eingeklagt und zuerkannt werden¹⁶⁾.

4. Die Veränderlichkeit der Preise nach Zeit und Ort tritt in den Quellen nur in Ansehung der in eine Obligation deduzirten Sachen¹⁷⁾ auf, so daß wir Bestimmungen über die

dicialis finden wir in den von *J. Mommsen* S. 120 Anm. 4 hiefür allegirten Stellen nicht: 1. 38 D. *pro soc.* 17, 2 geht auf ein kontraktmäßig zu prästirendes *damnum* und *lucrum futurum*; 1. 18 D. *rat.* 46, 8 auf Einflagung jeweiliger Schadens; 1. 23 D. *a. e. e. v.* auf *causa rei*. Nichtsdestoweniger wird dieselbe anzunehmen sein — jedenfalls für *arbitrariae actiones*, in denen sie mit zur *restitutio* (Bd 1. §. 170 Anm. 20), für *b. f. judicia*, in denen sie zum *officium iudicis* gehörte (vgl. §. 225. Anm. 1 l. 41 *pr. D. jud.* 5. 1. 1. 55. *a. e. e. v.* 19, 1.

14) §. 273. 2.; § 100, 3. a. l. 12 §. 3 D. *dep.* 16, 3 1 8 D. *re jud.* 42, 1.

15) l. 12 § 3 *cit.*

16) §. 244 insb. 1. — So kann es in einem und demselben Erkenntnisse zur Verurtheilung nicht nur in den Sachwerth und das Zeitinteresse, sondern denkbarerweise auch in ein Interesse aus der Nichtleistung und in ein Zeitinteresse kommen.

17) allerdings meistens fungibler Sachen (*J. Mommsen* S. 218), aber wie die *lex Aquilia* u. *condictio furtiva* zeigt doch auch in Ansehung aller anderen Sachen. —

der Interesseschätzung unterzulegende (Kurs-) Zeit jedenfalls nur insoferne haben, als in dem Interesse der Werth von Sachen mitenthaltten ist (§. 281. Anm. 6). In Ansehung der Sachen enthalten sie aber zwei sich scheinbar widerstreitende Regeln; einmal die, daß der Kurs derjenigen Zeit und desjenigen Ortes maßgebend sein solle, in welcher und an welchem zu leisten war; das ist im Zweifel der Tag und der Ort der außergerichtlichen oder gerichtlichen Anforderung; wenn Zeit oder Ort eigens, die Zeit überdies im Interesse des Gläubigers (§. 279. I. 2) bestimmt war, eben dieser Tag oder Ort¹⁸⁾; dann die, daß in b. f. judicii die Zeit des Urtheils, in st. j. j. dagegen die Zeit der Litiskontestation entscheide¹⁹⁾. Worauf immer der Unterschied in diesen Regeln beruhe, so dürfte eine Kombination derselben: dahin, daß im Falle des dies oder der Anforderung die Zeit des dies oder der Anforderung, außerdem die des Urtheils maßgebend sei — im Sinne unseres heutigen Rechtes sein²⁰⁾.

18) l. 22 D. r. cr. 12, 1 — *quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur. Sabinus . . si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset; si dictum non esset, quanti tunc fuisset cum petitum esset. l. 4 D. cond. trit. 13, 3 — idemque juris in loco esse. l. 59 l. 60 D. v. o. 45, 1. Durch „cum petitum esset“ ist die Ausdehnung auf die außerger. Anforderung gerechtfertigt (§. 272 Anm. 6). Nicht hierher gehört l. 5 pr. D. commod. 13, 6 (wogegen F. Mommsen S. 226 Anm. 14).*

19) l. 3 §. 2 D. commod. 13, 6 (Anm. 9). Wie theuer (quanti) die Sache zur Zeit der LG. oder des Urtheils sei, kann nur nach den Preisen zur Zeit der LG. oder des Urtheils erhoben werden. Weniger maßgebend sind die von F. Mommsen weiterhin (S. 221 Anm. 8) angezogene Paul. R. S. V. 7 §. 4 u. l. 31 §. 11 D. aed. Ed. 21, 1.

20) Die erste Regel spricht von Fällen, in denen eine gewisse Quantität, oder eine certa res (Stichus) strengrechtlich eingeklagt, mithin certa res intendirt und in judicium deducirt wurde; hier war im Momente der Litiskontestation ein condemnari oportere, anstatt der Sachschuld eine Geldschuld da, und zwar zu dem Betrage, den die Sache in diesem Augenblicke werth war; nur wo ein dies oder Anforderung eine frühere Fälligkeit mit sich brachte, sollte sich der Preis nach diesem früheren Zeitpunkt richten, und also gewissermaßen eine Ausnahme von der Regel (daß in strengen Klagen die Zeit der Litisk. maßgebend sei) bilden (cf. l. 37 D. mand. 17, 1 — *aliter in stip*). Die zweite Regel statuirt für strenge Klagen übereinstimmend mit der ersten den Zeitpunkt der LG. und läßt nur die Ausnahme bei Seite; daß sie für b. f. judicia anstatt der LG. das Urtheil setzt, widerspricht allem vorigen nicht und hat seinen guten Grund, weil hier niemals eine bestimmte Sache, stets ein quidquid d. f. o. intendirt und in judicium deducirt, die Sache selbst erst bei der Restitutionsfrage in Betracht gezogen wird. Damit ist aber nicht negirt, daß hier so gut wie in

Ausnahmen bestehen insofern, als die Schätzung sich in einigen Fällen nicht nach einem bestimmten, sondern nach demjenigen Tage richten soll, der den höchsten oder höheren Preis darbietet ²¹⁾).

5. Bei der Schätzung von Sachen, die im Laufe der Zeit schlechter oder besser werden können, kommt die Zeit auch noch in Ansehung der Qualität in Betracht ²²⁾. Wo nun der bloße Sachwerth zu erheben wäre, müßte wohl dieselbe Regel, welche bezüglich der Kurse gilt, auch bezüglich der Qualität gelten; darnach würde der Qualitätenunterschied, wenn er innerhalb des Interesses in Frage käme, sich nach derselben Regel richten; daß die Zeit der besten Qualität auszulesen sei, wäre wiederum eine Besonderheit ²³⁾.

§. 281. d.

Beweis und Schätzung.

Von der Schätzung des Interesse muß dessen Beweis unterschieden werden ¹⁾. Wie viel der getödtete Stichus werth

st. j. judicii im Falle des dies und der Anforderung dieser frühere Zeitpunkt zu Grunde gelegt wird (cf. l. 37 cit. — cum mandati agatur etc.). Darnach würden die beiden Regeln zu der Einen: daß abgesehen von dies und Anforderung (mora) je nach strenger oder freier Klage die LC. oder das Urtheil, bei dies u. mora aber überall der dies u. der Tag der Anforderung entscheidend seien. Der Grund weshalb in strengen Klagen die Zeit der LC. entscheidend war, ist antiquirt, u. darnach läßt sich die Wirkung nicht mehr festhalten. Ueberall also die Zeit des Urtheils, wo nicht ein dies pro creditore oder mora. Im Resultate übereinstimmend F. Mommsen. S. 222.

21) l. 2 pr. l. 21 pr. §. 1 D. ad. leg. Aq. 9, 2; — l. 8 §. 1 D. cond. furt. 13, 1 — *cujus temporis aestimatio fiat quaeritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit*—;— zufolge Mora (§. 273 Anm. 2) wird dem K. Käufer u. l. 3 §. 3. D. a. e. e. v. 19, 1 die Wahl gelassen zwischen der Zeit quo venit und der quo lis in condemnationem deducitur (utro tempore pluris vinum fuerit), item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur; „quo venit“ wird verstanden als ob es hieße quo emtor eum convenit (vgl. Savigny) a. a. D. S. 209 u. S. 210. not. 5. „stillschweigend vorausgesetzt, daß die Ablieferung auf der Stelle gefordert worden sei“; im Uebrigen mag hier der Umstand, daß ein bonae f. judicium vorliegt, und also das Interesse (seine Existenz und sein Umfang) sich nach der Zeit des Urtheils zu richten pflegte (Anm. 20) hereingewirkt haben.

22) arg. l. 50 pr. D. furt. 47. 2 — *itemque et si nunc deterior sit etc. etc.*

23) wie es z. B. speziell im furtum beruht, daß der Sachwerth nach der besten Zeit bemessen wird: *quia et tunc furtum ejus factum esse verius est* l. 50 pr. cit.

1) Vgl. z. B. die *quod intersit agentis aestimatio* in l. 2 D.

war, muß geschätzt, daß er zum Erben eingesetzt oder bei Vermeidung einer Konventionalstrafe zu leisten war, muß bewiesen werden. Der Beweis unterliegt den gemeinen Regeln; die Schätzung wird der gemeinen Regel entgegen, zur Strafe des Beklagten, dem Kläger selbst überlassen ²⁾, wenn dieser entweder eigenwillig die befohlene Restitution oder Exhibition verweigert ³⁾, oder fraude s. dolo, culpa lata ⁴⁾ den Kläger in die Lage versetzt hat, auf das Seinige verzichten zu müssen. Diese Schätzung muß Kläger eidlich bewähren (jusjur. in litem, Würderungseid) ⁵⁾. Daß er mehr als den wahren Werth in Ansatz bringen dürfe, ist nicht gemeint; weil aber Jeder das Seinige leicht zu hoch schätzt, oder Affektionsinteresse mit Vermögensinteresse, Sonderwerthe mit gemeinem Werthe vermenget, wird dem also selbstgefundenen Interesse gleichwol verum pretium und veritas entgegengesetzt ⁶⁾; darum bleibt auch dem Richter, ohne dessen Zulassung der Eid ja überhaupt nicht stattfindet, Ermäßigung des allzuhohen Ansatzes oder Vorsetzung einer Maximalsumme vorbehalten ⁷⁾. — Auf Schätzung von Sachen ist der Würderungseid nicht beschränkt ⁸⁾; was immer an Schaden oder Gewinnentgang vorliegt, kann in ihn aufgenommen werden; immerhin aber muß das Interesse, das er in Anschlag

in lit. jur. 12, 3 mit der difficilis probatio quanti cujusque intersit in 1. 11 D. praet. stip. 46, 5.

2) l. 8 D. in lit. jur. 12; 3 — cum . . . arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit. —

3) contumacia non restituentis — 1. 11. 2 D. in litem jur. 12, 3 l. 18 pr. D. dol. 4, 3 l. 68 D. r. v. 6, 1 l. 7 D. si serv. 8, 5 l. 16 §. 3. D. pign. 20, 1.

4) vergl. l. 4 §. 4 l. 5 §. 3 D. in lit. jur. 12, 3 mit l. 2. C. eod. 5, 53 l. 5 pr. D. dep. 16, 3.

5) er ist hierin „Geschworener“, gleich dem iudex, wenn dieser selbst schätzt: Schröter über das jusj. in litem. Zeitschr. f. Civilr. u. F. Bb. 7 S. 358.

6) z. B. l. 8 D. l. 2 §. 1 D. h. t. l. 5 §. 1 D. ne quis eum 2, 7. Schröter S. 359 II. S. 395 IV. Ruffbaumer a. a. O. §. 7

7) l. 4 §. 3 l. 5 §. 1 D. h. t. — licuit enim ei a primo nec deferre — 1. 8 eod. — potestate petitori in litem jurandi concessa. Ueberhaupt deferre jusj. judicem oportet, außerdem nulla religio nec ullum jusj. l. 4 §. 1 cf. §. 3 §. 4. l. 3 D. h. t. Schröter S. 404 V. J. Ch. Haffe Rh. Mus. f. Jp. Bb. 6 S. 179. c VI.

8) arg. l. 3 eod. — nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse — 1. 15 §. 7 §. 9 D. quod vi aut clam 43, 24 — quod interfuit (opus factum non esse) per jusj. quod in litem actor juraverit . . aestimandum erit.

nimmt, von einer Sache, und zwar von einer ihm schon zuvor (nicht etwa erst durch die eingeklagte Obligation) zugestandenem Sache ausgegangen sein ⁹⁾. Was immer zu beschwören ist, ob Sachwerth, ob Interesse, so denken wir den Würdungs Eid grundsätzlich als einen Schätzungseid; nur wie groß der Schaden sei, darf beschworen — das, daß und worin er eingetreten, muß bewiesen werden, oder notorisch sein. Auf diesem Grundsatz fußt die *constitutio Zenoniana*, in welcher ein Erlaß des Beweises beim *interd. de vi* in Ansehung des bei der Dejection erlittenen Verlustes an fahrender Habe verordnet und deren Einbeziehung in den Schätzungseid unter Vorsetzung eines Maximum gestattet ist (*juramentum Zenonianum*) ¹⁰⁾. Modificationen mußten und müssen sich aber auch aus der Natur der Sache ergeben ¹¹⁾. Uebrigens ist das *jusj. in litem* nur ein Ausdruck des Gedankens, daß Kläger den Belang sei-

9) Das Gebiet des *jusj. in litem* fällt darun mit dem der Realexekution, soweit diese nach römischem Rechte platzgriff, d. i. mit dem der *arbitrariae actiones* d. i. derjenigen *judicia* zusammen, in denen eine Condemnation nicht ohne vorgängigen Restitutions- oder Exhibitionsbefehl stattfand (§. 216 S. 26; l. 1 l. 2 D. h. t. 12, 3 l. 68 D. r. v. 6, 1 l. 7 D. si serv. 8, 5 l. 16 §. 3 l. 21 §. 3 D. pign. 20, 1 l. 18 pr. D. dol. 4. 3 l. 15 §. 7 — 11 D. quod vi aut cl. 43, 24 cf. oben Vb. 1 §. 87; — wird auch in b. f. *judicii* „in litem“ geschworen (l. 5 pr. D. h. t. cf. l. 3 eod. l. 1 §. 26 D. dep. 16, 3 l. 3 §. 2 D. commod. 13, 6 l. 48 §. 1 D. loc. 19, 2 l. 8 D. l. 1 l. 2 C. h. t. (tutelae), so gilt das nur für diejenigen b. f. *actiones*, in denen dem Richter ebenso wie in den *arbitrariae aa.* ein *arbitrium ut restituatur* eingeräumt war: *illa formula quae (in factum) ita concepta est: I. E. Si paret Am Am apud NmNm mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao reditam non esse, quanti etc. etc.* (Haffe, Rh Mus. f. Sp. Vb. 6. S. 34 fgg. Schröter a. a. D. S. 374 — 382 Heffe, Taxatio S. 27 Num. 21 u. S. 28 fg. S. 30 Num. 26). In st. j. jj. findet *jusj. in litem* nur ausbilsweise, gewissermaßen zur Instruktion des Richters, dem der Anhalt zur Schätzung entzogen ist, und nur zur Erhebung des Sachwerths statt (l. 5 §. ult. l. 6 D. h. t.) Eine eigene Kategorie findet Heffe S. 120 III. in dem *jusj. i. l.* bei der *furti actio*: l. 9 D. h. t.

10) l. 9 C. unde vi 8, 4 — *si non potuerit, qui vim sustinuit. quae perdidit singula probare.* — So müssen z. B. auch die *res amotae*, daß und was für welche beseitiget seien, als bewiesen gedacht werden in l. 8 §. 1 D. rer. amot. 25, 2

11) Namentlich das Worin und die Größe des Interesse werden oft nicht auseinanderzuhalten sein, z. B. in *instrumentis quae quis non exhibet* (l. 10 D. h. t.); wollte man das den Kläger nicht entgelten lassen, so mußte der Schätzungseid auch Beweis mit sich führen. Weiter geht Schröter, nach welchem der Eid grundsätzlich „auf beides geht, das Dasein und die Größe des Schadens“ (S. 408) und das *juram. Zenonianum* außer der Verpflichtung des Richters zur Taxation nichts Neues gebracht haben

nes Interesse selbst angeben soll; derselbe lag auch den gewissen prätorischen Taxationen (dumtaxat HS X milia condemna — Gaj. IV. 51. 52) zu Grunde ¹²⁾).

Nur wo das Interesse mit dem Entgang einer gewissen Summe Geldes zusammenfiel, bedarf es keiner Schätzung ¹³⁾; wo es Schätzung erheischt, erfolgt diese, schon fondemnationshalber, nach dem allgemeinen Werthmesser, d. i. in Geld. Die Interesseforderung ist denn auch stets eine Geldforderung ¹⁴⁾. Sie geht stets auf so viel Geld, als die dabei in Anschlag kommenden Sachen, Schäden ¹⁵⁾ und Entgänge ¹⁶⁾ an und für sich oder für Alle betragen; stets ist es pretium

soll (S. 410). Nach Heffe S. 117 der im wesentlichen mit Schröter geht, wäre die Lage des Klägers durch die const. Z. gerade im int. de vi sogar ersichert worden; nur hier habe er wo möglich beweisen müssen und bloß eventuell schwören dürfen. — Nicht zu verhindern ist, daß der Kläger Schäden, deren Dasein er erst zu erweisen hätte, stillschweigend in seinen Eid aufnimmt; ein Remedium hiegegen liegt aber im richterlichen Ermäßigungsrechte, das hinwider den Kläger zur Rechtfertigung seines Ansages und damit zum Beweise drängen wird.

12) Nach E. Ph. Huschke pag. 275 excursus de taxationibus (in den Analectis literariis curante J. G. Huschke; jetzt Heffe in der mehrmal cit. Abhandlung. Strenger als Heffter (obss. ad Gaj. comm. IV. pag. 61) u. Huschke schränkt Heffe dieses heute noch in der aestimatoria injuriarum actio verfolgbare Vorkommen auf die prätorischen durch keine fixe Geldstrafe gebundenen Strafflagen ein — ein Gebiet auf dem allerdings die klägerische Angabe ebensowohl als die prätorische Zielsetzung (taxatio) mit schließlichem Befinden des Richters (aestimatio) einen besonders guten Grund hatten.

13) vgl. 1 3 D. in lit. jur. 12, 3.

14) anders Windscheid, nach welchem, wenn „das Entzogene etwas Anderes als Geld“ ist, „die Interesseforderung zunächst auf Leistung dieses Anderen“ geht, „und nur, wenn die Leistung desselben unmöglich und in anderer Weise als durch Geld nicht ersetzlich ist oder wenn sie in direkter Weise unerzwingbar ist. Verwandlung in eine Geldleistung eintritt. Allein einerseits ist die Interesseforderung nichts anderes als der Anspruch auf Prästation des Interesse, das Interesse aber schon an und für sich eine Vermögensdifferenz und zwar ein Minuswerth, der nur im Werthe des Entganges, nicht schon in dem Entgangenen an sich gedacht werden kann; — andererseits ist jenes Andere, auf welches die Interesseforderung zunächst gerichtet sein soll, nicht Interesse, sondern das unmittelbar in obligatione oder conditione obligationis gelegene dare facere, oder aber ein Surrogat, das weder Sachwerth, noch Interesse, sondern ein durch Zufall u. Billigkeit gebotenes „wenigstens so viel“ ist (vgl. §. 281 zu Num. 18. 24. 25 §. 278 Anm. 11, 12).

15) z. B. Beschädigungen: körperliche (D. ad leg. Aquiliam) moralische (D. de servo corrupto); Verluste: von Sachen (1 13 §. 1 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1) von Rechten (1 15 §. 8 D. quod vi aut cl. 43, 24); Auslagen 1. 8 l. 16 C. evict. 8, 44); Bußen (1 22 pr. D. ad l. Aq. 9, 2).

16) §. 281 S. 341.

commune, worauf die Interesse-Schätzung abzielt; nicht nur Affektionsinteressen, sondern auch das sog. pretium singulare bleibt außer Berechnung ¹⁷⁾).

Der Unsicherheit der Schätzung, wie der Schwierigkeit der Schadensbeweise beugt man da wo man kann zweckmäßig durch kontraktliche Feststellung vor ¹⁸⁾).

Wie die Prästation des Interesse, vergleichbar der honorum collatio, nicht bloß re (durch Zahlung) sondern auch verbis (cautione) erfolgen kann, ist schon vorgekommen (§. 281. c. Anm. 13).

e. Novation und Delegation, Konversion und Transaktion.

§. 282.

Novation.

D. de novationibus et delegationibus. D. 46, 2 C. eod. 8, 41 (42)
§§. 3. 3a. J. quib. mod. obl. toll. 3, 29.

Von den Formen, worin sich Ansprüche jeder Art gewissermaßen umprägen ließen, war Eine die Stipulation. Diese Umprägung oder Umgestaltung erfolgte dadurch, daß das was ¹⁾

17) l. 33 pr. D. ad. l. Aq. 9. 2 — pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum. sed communiter fungi; F. Rommelen, S. 213—217 läßt gleichwohl pretium singulare zu, wegen Stellen wie l. 22 pr. §. 1 D. ad. l. Aq. 9, 2 l. 67 §. 1 D. furt. 47, 2 l. 66 §. 4 D. leg. II. Gaj. III. 212 §. 10 J. de leg. Aq. 4. 3; die gegentheilige Meinung der l. 33 pr. cit. sei nicht die des Paulus, sondern die des unpassend citirten Febius. Indessen sprechen l. 22 pr. cit. etc. etc. von keinem pretium singulare, sondern von gemeinen aus dem Untergang der Sache entspringenden weiteren Schäden (z. B. Werthminderung der übrigen 3 Pferde, wenn aus dem Biergespann eines zu Verlust gegangen ist). Pretium singulare, d. i. die utilitas singulorum der l. 33 pr. cit. geht nicht auf diese weiteren, in der Konjunktur der Umstände gelegenen Schäden, sondern auf das in den besonderen Verhältnissen einer Person gelegene Plus des Sachwerths. „Ein Königreich für ein Pferd“ ist Ausdruck für ein pretium, das weder auf Affektion, noch auf damnum emergens oder lucrum cessans, sondern einzig in der Lage der Person — auf der Noth des bedrohten Königs beruht, einzig für das Pferd (res) und aber auch von sonst Niemand als von diesem Könige geboten wird, mithin utilitatem singularem darstellt.

18) Rath und Beispiel: l. 11 D. praet. stip. 46, 5; contractus aestimatorii z. B. l. 69 §. 7 D. j. d. 23, 3 l. 21 C. eod. 5, 12.

1) veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim — Gaj. III, 179 — quidquid ex vendito dare facere oportet — l. 27

bisher den Gegenstand einer Forderung oder eines dinglichen Anspruchs gebildet hatte, mit der Absicht der Umgestaltung²⁾ „in stipulationem deduzirt“³⁾ — stipulirt und promittirt wurde. Sie bekam den Namen „Novation“; nur für diese freiwillige Umgestaltung von Ansprüchen steht der Name *novatio* fest (Bd. 1. S. 325). Umprägung, Umgestaltung (*transfusio atque translatio*)⁴⁾ ist einerseits nicht denkbar ohne Untergang des Alten in dem Werdeprozeß des Neuen⁵⁾; andererseits aber würde von keiner Umgestaltung die Rede sein können, wo das Neue von dem Alten nichts an sich hätte⁶⁾. So schließt die Novation sowohl einen Untergang als einen Uebergang in sich⁷⁾. Eine Stipulation, in der etwas schlechtjin Anderes oder Neues stipulirt wurde, konnte nicht mehr Novation sein⁸⁾ — so wenig

D. h. t. u. andere bei *Salpius*, *Nov. u. Deleg.* nach r. R. 1864 §. 29 zusammengestellte Formeln — *Salkowski*, z. Z. v. d. *Novation* 1866 S. 79 Abs. 2.

2) I. 2 D. h. t. Näheres gegen *Salpius* unten Anm. 24. S. 374 und §. 282 a.

3) z. B. l. 8 §. 1 l. 14 pr. l. 32 D. h. t. l. 76 §. 1 D. v. o. 45, 1 Vgl. l. 3 in f. D. resc. vend. 18, 5 l. 8 §. 2 l. 17 pr. D. ad SC. Vell.

4) l. 1 l. 2 l. 14 §. 1 l. 34 D. h. t. l. 71 pr. D. pro soc. 17, 2 l. 4 §. 1 in f. D. usur. 22, 1 cf. l. 34 §. 2 D. h. t. l. 60 D. fidej. 46, 1.

5) — cum ex praecedente causa ita nova constituitur, ut prior perimatur l. 1 D. h. t. — jure novationis vetustior contractus evanuit — l. 2 C. h. t. — tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio —

6) s. unten Anm. 8.

7) l. 1 D. h. t. u. die anderen Anm. 4 citt. II.

8) *Bangerow* §. 619 Anm. 1. 2) a. G. gibt das Erforderniß der Identität im Objekte (Liebe, Stipulation S. 158 fg., *Salpius*, a. a. D. §. 29, *Salkowski* a. a. D. S. 79–84) allenfalls für das ältere Recht zu, findet es dagegen im Just. R. entschieden u. gänzlich aufgegeben, und derselben Ansicht scheinen u. A. *Buchta* §. 291, I. *Arndts* P. §. 268, *Seuffert*, P. §. 292, *Windscheid* P. §. 353. Anm. 4, *Sintenis* prakt. gem. Civilt. §. 105, 2 und überhaupt alle diejenigen zu sein, welche in der Novation nur einen Ersatz der einen Obligation durch eine neue erblicken; anders *Keller* P. §. 277 zu Anm. 10, der gleich uns von einer „Umformung“ ausgeht. In den Stellen welche *Bangerow* für sich anführt, ist aber entweder die alte Sache wenigstens zum Theil oder dem Werthe nach in der neuen Obligation enthalten (l. 58 in f. D. v. o. 45, 1 cf. l. 9 §. 2 D. h. t., l. 8 C. h. t. — quantitate augendam vel minuendam — l. 28 D. h. t.); oder es liegt gar keine Novation, sondern eine gewisse Paction (l. 25 D. j. d. 23, 3 — quia et permutatio dotium conventionem fieri potest), Transaktion oder eine in solutum datio vor (l. 10 C. si cert. pet. 4, 2 — wo von Novation keine Rede ist). Die Institutionen wissen an entscheidender Stelle (*Gaj.* 3, 177. §. 3 J. qu. m. t. o. 3, 29) von einer Aenderung im Inhalte nichts; desgleichen l. 8 C. h. t. — Für Identität auch *Gide* an dem Anm. 12 a. D. S. 97. II.

als eine Stipulation die des Neuen nichts darbot (Anm. 19). — Der Untergang setzt ein Vorhandenes, der Uebergang wenigstens wenn er perfekt werden soll, etwas Entstehendes voraus; auf die Vollkommenheit dessen was untergeht, so wie dessen was entsteht, kommt für den Gedanken des Uebergangs nichts an. So gibt es denn keine Novation ohne einen vorausgehenden Anspruch⁹⁾, bei bedingtem Ansprüche nur bedingte Novation¹⁰⁾; die *naturalis obligatio* aber ist eine, wenn gleich unvollkommene, D., und selbst die peremptorisch exceptionsmäßige Forderung hatte nicht nur ihr *ipso jure esse*, sondern auch einigen praktischen Belang (Bd. 1 S. 371); beide sind novirbar¹¹⁾. Auch ohne nachfolgende Obligation gibt es keine Novation; allein wie weit diese neue Obligation existent sein müsse, darüber scheint man weniger einig gewesen zu sein, als in Betreff des vorausgehenden Anspruchs¹²⁾; recipirten Rechtes ward es

9) l. 1 §. 1 D. h. t. — *qualisc. igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest*, z. B. l. 83 §. 7 D. v. o. 45, 1.

10) l. 14 §. 1 D. h. t.

11) Von der *nat. o.* ist dies außer Zweifel: l. 1 §. 1 D. h. t. und oben S. 221. Schwieriger ist der Beweis für die *peremt. exc.* Forderung. Von den hiesür z. B. bei Bangerow §. 619 Anm. I. 1) Abs. 2 (vgl. Sulpius S. 281 fgg.) agff. Stellen ist selbst l. 14 D. exc. 44, 1 nicht sicher, da die Expromission der *Rehibition* vorgeht; in l. 20 D. ad SC. Mac. 14, 6 kann die Novation durch *nat. o.* ermöglicht, die *exceptio* aber in der *ignorantia facti* begründet sein (vgl. l. 2 C. eod. 4, 28); in l. 32 D. sol. matr. 24, 3 geht keine *peremt. exc. D.* voraus. Indessen genügt der Beweis in Anm. 13 auch hieher.

12) S. Sulpicius hielt nicht blos die Stipulation an einen Sklaven, sondern auch eine bedingte Stipulation zu sofortiger Novation genügend (Gaj. III, 179 u. dazu Salkowski's S. 438. 3 scharfsinnige, u. E. aber gleichwol nicht zu adoptirende Bemerkung). Und in der That: eine bedingte Stipulation und eine bedingte Obligation sind nicht Nichts; genug daß die neue Münze Hoffnungswerth hat, die Umprägung ist fertig — mochte S. Sulpicius denken. Auffallend nur, daß bedingtes Dasein nicht auch auf Seite der vorausgehenden D. genügend schien; vielleicht hatte aber S. Sulpicius auch hierin seine Meinung. — Die Promission des Sklaven ist wiederum nicht Nichts, vielmehr *naturaliter* obligirend (S. 46); aber warum nahm dann blos S. Sulpicius Novation an, warum nicht auch die Anderen, da sie doch in ähnlichen Fällen auktoritätsloser Promission (von Pupillen u. Frauen) allem Anschein nach der unterliegenden *nat. o.* halber Novation annahmen? (Gaj. III, 176 vergl. Witte, Rec. v. Sulpius in Münch. Viertelj. Bd. 8 S. 324 u. besonders Salkowski S. 426–436, der die verschiedenen Ansichten registrirt u. seinerseits von dem Satze ausgeht, daß Intercessionen dem Sklaven außer in *Pekuliar*sachen unmöglich, Expromissionen in *Pekuliar*sachen aber nur indirekt möglich waren: l. 30 §. 1 D. pact. 2, 14. S. 426–436). Nur eine *sponsio cum peregrino cum quo sponsus communitio non est* fand auch S. Sulp. nicht genügend

indessen, daß eine naturalis und eine nur ope exc. perpetuae ungiltige obligatio auch hier genüge, eine bedingte D. auch hier nur eine bedingte Novation aufkommen lasse¹³). Bloß betagte Forderungen werden durch eine unbetagte Stipulation, unbetagte Forderungen durch eine betagte Stipulation sofort novirt¹⁴).

Verschieden von der Frage ob novirt sei, ist die, ob in Fällen, wo novirt werden wollte, in der That auch stipulirt wurde, eine Novation aber gleichwol nicht zu Stande kam, nicht dennoch entweder die Stipulation tenent, oder die vorausgegangene Obligation aufgehoben oder unwirksam sein könne? Im allgemeinen läßt sich denken, daß die Novation mißlingen, und aber gleichwol etwas dabei herauskommen oder aber zu Grunde gehen kann. Allein näheres hierüber wird zweckmäßiger nach Betrachtung der Delegation zu sagen sein (§. 282 a. S. 387 fg.). Umgekehrt ist möglich, daß die Novation gelinge, die neue Forderung aber nichts taue. Dies zeigt sich schon darin, daß letztere peremptorisch exceptionsmäßig sein kann¹⁵).

(III. 179). Vgl. zu alledem übrigens auch Gaj. III, 119. Paul Gide, études sur la novation et le transport de créances en droit Romain, Paris 1879 legt nicht in die Tenenz, sondern in die Form der Stipulation das entscheidende Gewicht; wo diese formell in Ordnung war, da sei ihre sonstige Inutilität der Novation nicht im Wege gestanden (p. 51—63); fehlte es ihr an der Form, so ward dieser Mangel durch keine sonstige Utilität der Stip. ersetzt (p. 63—65). Indessen muß Gide die Fähigkeit zur Promission u. Sponsion in die Form der Promission u. Sponsion mit einbeziehen, um seinen „Gesichtspunkt“ (p. 64 not. 2) brauchbar zu machen; denn wie könnte er sonst erklären, daß die Sponsio mit dem Peregrinen nicht novirte, wenn alles noch so richtig gefragt u. geantwortet war? Nebstdem aber muß er dem Sklaven Promissionsfähigkeit absprechen (p. 60 nro. 6. p. 61 nr. 7), nämlich um des Gajus u. der Späteren Ansicht zu erklären; aber S. Sulpicius?

13) l. 1 §. 1 D. h. t. — dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter —; l. 8 §. 1 l. 14 pr. l. 24 D. h. t. Novatio non potest contingere ea stipulatione quae non committitur; Gaj. III, 179; — dafür daß auch eine peremptorisch exceptionsmäßige Stipulation genüge, bürgt hier, wo nicht schon das civiliter teneat in l. 1 §. 1 cit., so doch l. 8 §. 11 l. 9 l. 14 D. ad SC. Vell. 16, 1 (Salpius S. 150, Salkowsky S. 422, Bangerow §. 619 Anm. 1. 2, Windscheid §. 354 Anm. 5. 7); l. 91 D. solut. 46, 3 u. l. 32 D. h. t. wären für sich allein nicht beweisend.

14) letztere natürlich nicht sofort flagbar: l. 5 l. 8 §. 1 D. h. t.

15) zeigt sich insbesondere in l. 20 D. ad SC. Maced. 14, 6 l. 14 D. exc. 44, 1, wiewohl Windscheid §. 355 Anm. 6 diese Stellen auf Stipulationen ohne aufhebende Wirkung bezieht, mithin auf nichtnovatorische Stipp. zu beziehen scheint.

Ansprüche jedweder, selbst dinglicher Art sind der Novation zugänglich¹⁶⁾; was die persönlichen anlangt, so liegt es schon im Worte „Anspruch“ (actio), daß nicht Obligationen jedweden Grades novirbar sind; definitionsmäßig und in der Anwendung gelangen nur debita zur Novation¹⁷⁾. In Stipulationen, die wesentlich einseitig sind, mochte nicht wohl etwas anderes, als was man einseitig zu fordern hatte, deduzirt werden. Einseitig ist aber vornehmlich das debitum.

Zweck der Novation war entweder Sicherung, oder Abänderung, oder Uebertragung, oder endlich Aufhebung von Ansprüchen: Sicherung, insofern ein kaufskontraktlicher Anspruch mittelst der Stipulation in einen formalkontraktlichen, und damit prozeßualisch leichter durchführbaren Anspruch umgesetzt wurde¹⁸⁾ — Abänderung, insofern unter denselben Personen die neue Forderung mit neuen Modalitäten, oder mit zum Theil neuem Inhalt stipulirt¹⁹⁾ — Uebertragung, insoferne

16) arg. die stipulatio Aquiliana: §. 2 J. q. m. t. o. 3, 29 — quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes, tenes, possides — cf. l. 27 §. 8 D. pact. 2, 14 Bd. 1 §. 78 Anm. 2. 7.

17) l. 1 pr. D. h. t. — prioris debiti in aliam o . . . transfusio atque transl. — Gaj. III, 176 — si quod . . . debeas — l. 34 pr. — peculiaria debita — l. 1 C. h. t. — delegatio debiti — l. 75 §. 6 D. v. o. 45, 1 — quod ex test. mihi debes — l. 29 §. 1 eod. — quod ex causa conditionis dare facere oportet — u. s. f. Die Novation steht hierin dem Konstitutum (vergl. l. 7 C. h. t. §. 257 S. 200 oben) u. der Cession (§. 284) zur Seite. Würde eine Obligation, die zur Zeit noch bloße Haftung ist, novirt, wie das z. B. bei der stip. quidquid ex vendito d. f. oportebit (cf. l. 27 D. h. t.) der Fall sein könnte, so wäre futurum debitum novirt (vgl. l. 8 §. 2 D. h. t.); Haftungen als solche eignen sich zu Transaktionen und Konversionen, nicht zu Novationen.

18) z. B. Stipulation eines Kaufschillings: l. 27 D. h. t. l. 3 D. resc. vend. 18, 5 l. 14 D. exc. 44, 1 — der Verkaufsobligation: l. 4 pr. D. usur. 22, 1 — einer Darlehensschuld l. 20 D. ad. SC. Mac. 14, 6 l. 2 C. eod. 4, 28 — Societätsschuld l. 71 pr. D. pro soc. 17, 2 — Totalschuld arg. l. 66 §. 4 D. sol. matr. 24, 3 — der (reipersekutorischen) Diebstahlschuld arg. l. 83 §. 7 D. v. o. 45, 1. Vgl. übrigens oben S. 56.

19) Die Institutionen §. 3 J. q. m. t. o. 3, 29 Gaj. III, 177 u. l. 8 C. h. t. sprechen nur von Aenderung in den Modalitäten — Gaj. cit.: — forte si conditio aut dies aut sponsor adjiciatur aut detrahatur 178. Sed quod de sponsore diximus, non constat — s. aber §. 3 J. cit. — si fidejussor adjiciatur aut detrahatur — l. 8 C. h. t. — si quis . . . aliam personam adhibuerit. Zur Modification des Inhalts s. oben Anm. 8. Daß wo nicht an den Personen, so doch sonst etwas geneuert werden muß, sagen die oben cit. II. klar. Windscheid §. 353 Anm. 6a versteht dieselben aber dahin, daß man ohne Aenderung gemeiniglich nicht noviren

die Person des Schuldners oder des Gläubigers gewechselt — Aufhebung, indem ein nicht stipulirter Anspruch durch Novation acceptilirbar, und durch die Eine (aquilianische) Stipulation alle möglichen Ansprüche durch Eine Acceptilation lösbar wurden²⁰). Zu all dem war Stipulation theils schicklich, größtentheils nothwendig. Satisfaktion, also eine Art Zahlung, brachte die Novation fast allenthalben mit sich, da dem bisherigen Gläubiger oder Klageberechtigten aus der Stipulation an Stelle seines bisherigen Anspruchs bald ein neuer Anspruch²¹), bald eine sonstige Vergütung für den Verlust der bisherigen Forderung²²) erwuchs. Nur wenn schenkungshalber delegirt (dem Donatar ein Schuldner überwiesen) wurde, bekam der alte Gläubiger nichts, oder doch nur *beneficii debitorum*. Allein dieser Solutionseffekt ist nicht Zweck, sondern unwillkürliche Folge der Novation²³), mithin nicht maßgebend für den Begriff der Novation²⁴); erst die Delegation (bei der

wolle, immerhin könne; oder aber es liege das Neue schon darin, daß die Obligation neu begründet werde, wie namentlich in der stip. Aquiliana (Anm. 16). In letzterer haben wir aber nicht nur Neubegründung, sondern auch Verbalobligation anstatt Delikt- u. anderer D. (§. 1 J. eod.) und Bereinigung der vielen D. in Eine Stipulation §. 2 J. eod. Aus dem Konsumtionsgedanken (*ne bis de eadem re* — vgl. unten Anm. 24 g. C). beduzirt das Erforderniß des *novum Gide*, chap. III., bes. S. 93 fg.).

20) s. die vorige Anmerkung a. C.

21) bei Novation unter denselben Personen ein neuer Anspruch gegen denselben Schuldner — bei Novation in *debiti delegatio* ein solcher gegen einen neuen Schuldner — bei Novation in der Delegation der Forderung allenfalls ein Anspruch gegen den Delegatar —

22) bei Novation in der Delegation der Forderung allenfalls Befreiung des Deleganten von einer seinerseitigen Schuld an den Delegatar —

23) selbstverständlich auch so nicht ohne praktische Konsequenz, und darum in den Quellen nicht selten hervorgehoben u. verwerthet: z. B. die von Witte S. 333 fg. allegirten l. 21 §. 3 D. ann. leg. 33, 1, l. 19 §. 4 D. donat. 39, 5, — l. 11 pr. §. 1 D. pignorat. act. 13, 7, — l. 31 §. 1 D. novat. 46, 2, — l. 56 §. 7 D. v. o. 45, 1 l. 10 D. h. t.

24) Die neueren Definitionen der Novation sind mehr und mehr von dem Gedanken beherrscht, daß dieselbe eine Art Zahlung sei. Von ihm aus kommt nicht erst Witte S. 334 zu der „Zilgung einer bestehenden Schuld durch Constituirung eines einseitigen Forderungsrechtes“; schon Savigny, *Oblig. I.* S. 167 findet, daß die N. zwar „eine etwas zweideutige Natur“ habe, „Surrogat der Erfüllung zu sein“ aber „meistens ihre wahre Natur“ sei; von der Befriedigung geht auch Puchta §. 291 aus; „Zilgung einer D. durch Constituirung einer neuen“ wird dann zum Tenor der Definition; nurmehr dieser steht bei Arndts §. 268 Seuffert §. 292 Rongerow §. 619 Anm. 1, Windscheid §. 353 und so nun auch Paul Gide, a. a. D. p. 3 „*convention, par laquelle on éteint une ancienne dette en lui substituant une dette nouvelle*; — in einer minder präcisen Weise

Novation nur mitunterläuft) bezweckt Zahlung, aber auch sie nur in ihrem gewöhnlichen (der Definition in l. 11 D. h. t. vorschwebenden) Vorkommen (da sie zahlungshalber stattfindet)²⁵⁾. —

Was die Novation behufs Uebertragung insonderheit anlangt, so erfolgte novationsweise Uebertragung der Schuld²⁶⁾ selbstverständlich nicht ohne Zustimmung und Mitwirkung des Gläubigers (weil nicht ohne Promission des neuen Schuldners an den stipulirenden Gläubiger²⁷⁾), dagegen ebenso wohl ohne Vorwissen als auf Geheiß des bisherigen Schuldners²⁸⁾; novationsweise (vom bisherigen Gläubiger liberirende) Uebertragung der Forderung selbstverständlich nicht ohne

auch schon Höpfner, Comm. über d. Inst. des Heinneccius §. 986, Unterholzner, Schulverh. §. 288. Der Translationsgedanke, der in der Legaldefinition u. bei den Aelteren (z. B. Donellus, comm. lib. XVI cap. XX §. 2, Vinnius, comm. ad Inst. III. 29, §. 3) vorherrscht und u. A. noch von Keller, Pandvork. §. 277 („Umformung“) Eintenis §. 105 („welche die erstere in sich aufnimmt“) festgehalten wird, tritt bei dieser neueren Auffassung zurück und macht einer Novation platz, bei der zwischen der alten u. neuen Schuld gar kein stofflicher Zusammenhang mehr zu bestehen (Ann. 8), id quod debetur nicht mehr in stip. deduzirt zu werden braucht, und die Parallele mit dem in iudicium deducere verschwindet. Die Reaktion, welche sich hiegegen bei Liebe (Stipulation S. 157. S. 341) Christiansen, Instit. S. 482 fg., Kunze, die Oblig. u. Singularsucc. §. 33 findet, hat in Salpius, der jenes in stipulationem deducere für die ältere Zeit dem in iudicium deducere geradezu gleichstellt, so denn auch von der Nothwendigkeit des animus novandi entbindet, ihren Höhepunkt erreicht; geht er hierin gleich zu weit (vgl. darüber Witte a. a. D. S. 321—329), so ist damit das Wesen der Novation doch richtiger getroffen als durch den Solutionsgedanken. Daß letzterer nicht der der Novation, eine Art solutio vielmehr nur Folge nicht Grund der N. sei, wird namentlich von Windscheid gelehrt u. ausgeführt §. 353 Ann. 2; allein beherrscht von der Vorstellung, daß die N. „ein auf Ersatz einer D. durch eine andere gerichtetes Geschäft“ sei, will er doch nicht darüber absprechen, ob die N. nicht wenigstens nach heutigem Recht in die Kategorie „der Leistung an Erfüllungsort“ gehöre (a. a. D. a. E.) —

25) z. B. l. 37 §. 4 D. op. lib. 38. 1 — solutionis enim vicem continet haec delegatio — l. 8 §. 3 D. ad. SC. Vell. 16, 1 — solvit enim et qui reum delegat —

26) „delegatio debiti“ — l. 1 C. h. t.

27) l. 1 C. h. t. — nisi consentiente et stipulanti promittente debitoro jure perfici non potest — cf. l. 3 eod.

28) l. 8 §. 5 D. h. t. l. 91 D. solut. 46, 3 Ohne Geheiß des bisherigen Schuldners heißt das Geschäft im Gegenseze zur Delegation nurmehr expromissio, wiewohl ein expromittere in jeder Novation liegt, das Wort denn auch für jede Novation, ja selbst für die Uebernahme einer schon getilgten Schuld (l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16, 1) vorkommt: Windscheid §. 353 Ann. 8.

Mitwirkung des bisherigen Schuldners (weil nicht ohne seine Promission an den neuen, stipulirenden Gläubiger), aber auch selbstverständlich nicht ohne Geheiß oder Vollmacht von Seite des bisherigen Gläubigers²⁹⁾. Delegation heißt die Novation überall, wo Forderung oder Schuld auf Geheiß des Gläubigers oder Schuldners durch einen neuen Gläubiger³⁰⁾ oder von einem neuen Schuldner stipulirt wird. Nicht etwa bloß das Geheiß, der Auftrag, die Anweisung zur Promittirung, Stipulirung, sondern auch die auf Geheiß u. vollzogene Stipulation u. Novation selbst heißt Delegation; ja nur diese letztere ist die „perfekte“ Delegation³¹⁾. Häufig kommt sie als

29) Gaj. II, 38 —

30) Gegen *Salpius* der trotz l. 27 D. h. t. l. 37 §. 4 D. operis lib. 38, 1 (s. auch l. 31 §. 1 D. h. t. — *jusserit doti promittere* — l. 34 pr. D. eod. l. 32 D. r. cr. 12, 1 u. vgl. l. 8 §. 5 in f. l. 21 D. l. 6 C. h. t. l. 39 D. don. i. v. e. u. 24, 1) die Delegation von Forderungen (s. g. *Activjucceſſion*) verwirft, s. *Witte* S. 374 fg. *Salpowski* S. 122.

31) l. 1 C. h. t. — Ob „delegare“ in l. 17 D. h. t. *Delegare scriptura vel nutu ubi dari non potest, debitorem suum quis potest* — bloßes Geheiß (*Salpius* S. 40) oder ob hier nur definiert werden will, was von Seite des Deleganten zur Delegation zu geschehen hat, ohne damit sagen zu wollen, daß das stipulari, promittere nicht auch zum delegare zu gehören habe? Sicher auf das bloße Geheiß u. geht das delegare in l. 24 pr. D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 21 pr. D. donat. 39, 5 l. 33 D. h. t. l. 2 C. cond. ind. 4, 5 (*Salpius*, S. 40), — wogegen es als „*alium reum dare creditori*“ (l. 11 pr. D. h. t. cf. l. 4 D. cond. c. d. 12, 4 l. 13 §. 23 D. a. e. e. v. 19, 1, l. 22 §. 2 l. 64 §. 4 D. sol. matr. 24, 3 *Salp.* S. 41) die Stipulation des Delegatars an den Delegaten bereits mitbegreift; „*delegatio*“ begreift die Stipulation u. etwaige Novation so gewöhnlich mit, daß sie „durch Stip.“ geschieht (l. 11 §. 1 D. h. t.) und wie schon oben bemerkt ohne Stipulation „imperfekt“ ist. Darum für das bloße Geheiß anstatt delegare häufiger *jubere* (*Salp.* S. 41); „*mandare*“ komme, bemerkt *Salp. a. a. D.*, nur in Verbindung mit *solvere* (z. B. l. 56 D. sol. 46, 3), nicht mit *promittere* vor; *jussus* u. *Mandat* seien auch nicht wie man bisher annahm gleichbedeutend, sondern verschiedene Dinge; letzteres ein obligatorischer Vertrag, der das mandirte Geschäft nur indirekt (*mandati a. dir. u. contr.*) zum Geschäft des Mandanten mache, und bei der Delegation weder zwischen dem Deleganten u. Delegaten, noch zwischen dem Deleganten und Delegatar vorkomme; der *jussus* eine einseitige Willenserklärung, vermöge deren die Leistung des Delegaten an den Delegatar als unmittelbar an den Deleganten erfolgt erscheine, eine *actio mandati* zwischen dem Deleganten und Delegaten aber nicht bestehe (*Salp.* §. 9 §. 10 S. 55). Allerdings komme die Delegation zur Zahlung und die zum *Inſaſſo* mit „*Mandat*“ u. *mandati actio contr. u. dir.* vor (l. 45 §. 4 D. mand. 17, 1, l. 57 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 u. a. m.); allein dort hätten wir den Fall, da der Delegat mit der Zahlung in Vorschuß geht, u. das *Mandat* der Delegation (dem *Jussus*) nur als Deckungsvertrag zu Grunde liege („ungedeckte Anweisung“ im Ge-

Ueberweisung eines Schuldners des Deleganten an den Gläubiger des Deleganten und zwar so vor, daß Delegatar sich vom

gensatz zur Anweisung „auf Baarfonds“, à déconvert, bill of accommodation); hier ein Mandat nur zwischen dem Deleganten u. Delegatar, während zwischen dem Delegaten und Deleganten jussus sei. Gegen diese Distinction ist schon von Salpius selbst bemerkt worden, daß mandare nicht bloß neben oder hinter, sondern auch anstatt u. abwechselnd mit jubere vorkomme (l. 108 D. solut. 46, 3 l. 38 cf. l. 36 l. 37 D. j. d. 23, 3); ferner aber läßt es sich mit Ungenauigkeit der Sprechweise kaum entschuldigen, wenn in vielen Stellen die Delegation zur Zahlung nicht bloß da wo Delegat in Vorschuß geht, sondern auch wo er Schuldner des Deleganten ist, als Mandat bezeichnet wird (s. bes. l. 77 §. 6 D. legat. II. Witte S. 355); fällt doch ohnehin auf, daß „mandare debitori, creditori“ nur den Deckungs- oder Valutavertrag zwischen Deleganten u. Delegaten, Deleganten u. Delegatar bedeuten soll, während doch der Gedanke an einen „Auftrag“, also etwas Jussusartiges im Vordergrund, Accept u. Vertrag erst in weiterer Perspektive des Wortes Mandat steht; zudem bemerkt Witte S. 350—2 sicher mit Recht, daß auch aus dem Mandat enisernit nicht überall eine actio mandati entspringe (vgl. oben S. 36. 1). Gleichwol dürfte Salpius auch hier insoweit im Rechte sein, daß ein Unterschied zwischen jussus u. mandatum existirt, wenn er ihn gleich nicht richtig definiert. Vielleicht ist davon auszugehen, daß der jussus auch hier (vgl. oben S. 222 fg.) nur in Ansehung eigener Sache platzgreift; an den Delegaten (als Zahlungs- oder Promissionsanweisung) nur auf Grund eines eigenen Guthabens des Deleganten an den Delegaten (z. B. l. 38 §. 1 l. 64 D. solut. 46, 3; l. 32 D. reb. er. 12, 1, l. 36—38 D. j. d. 23, 3), oder auf Grund der ihm selbst vom Delegaten zugedachten Schenkung oder dotis promissio (z. B. l. 9 pr. D. cond. e. d. c. n. s. 12, 4, l. 2 §. 2 §. 3 l. 33 §. 3 D. donat. 39, 5 l. 19 D. j. d. 23, 3 cf. l. 59 pr. eod.) oder auf Grund des ihm von jenem zugedachten Darlehens (l. 5 pr. D. quod juss. 15, 4; vgl. l. 19 §. 3 D. instit. 14, 3); in allen diesen Fällen auch an den Delegatar, als Ermächtigung zum Inkasso oder zur Stipulation, (arg. Gaj. II, 38, l. 39 D. don. i. v. e. u. 24, 1 l. 34 pr. D. h. t.). Die eigene Schuld des Deleganten an den Delegatar ist keine eigene Sache, die den Grund zu einem jussus abgeben könnte, wornach sich denn ein jussus in der Delegation zur Expromission dieser Schuld auf Grund dieser Schuld nicht finden dürfte — vgl. z. B. l. 22 §. 2 l. 45 §. 7 D. mand. 17, 1). Was der Schuldner, Schenker zc. jussu (mit Wissen u. Willen (z. B. l. 8 §. 5 in f. D. h. t. l. 14 pr. D. fundo dot. 23, 5 oben S. 222 Anm. 24) des Gläubigers, Donatars zc. an den Dritten leistet, das ist recht gethan und muß als solches vom Jubenten anerkannt — die jussu creditoris an einen Dritten geleistete Zahlung oder Promissio kann nicht auch jetzt noch vom Deleganten gefordert oder eingeklagt werden; eine Folge davon ist der Satz, daß quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. (l. 180 D. r. j. 50, 17 cf. l. 49 l. 64 D. solut. 46, 3 l. 15 §. 1 D. statul. 40, 7 — u. zwar ipso jure: Salp. S. 115 unten fgg.), sowie die significatio „exactae pecuniae“, wornach nicht nur Zahlung, sondern auch eine zufolge Delegation (jussus) geleistete Promissio des Schuldners als Beirreißung, und also ganz abgesehen von Novation (Expromission) als Aufhebung der Schuld gilt (l. 187 D. v. s. 50, 16 l. 21 §. 1 D. donat. 39, 5) — als eine Art Zahlung des delegirten Schuldners an den Deleganten, von welcher die in der delegatio debitoris gleichfalls liegende Zahlung des Deleganten an den (gegen ihn forderungs-

Delegaten versprechen läßt, was er, Delegant, vom Deleganten zu fordern hat (nicht was Delegant vom Delegaten)³²⁾. Hier geht die Forderung des Delegatars gegen den Deleganten durch Novation (*novationis jure*)³³⁾, die des Deleganten an den Delegaten insoweit als er *expromittirt* ist³⁴⁾ durch die in der *Expromittirung* liegende Leistung unter³⁵⁾. Aber auch was Delegant dem Deleganten schuldig ist, kann der Delegatar stipuliren³⁶⁾: was namentlich da veranlaßt sein mochte, wo Delegant dem Delegatar nichts schuldete, sondern diesen schenkungs=³⁷⁾, *credi-*

berechtigten) Delegatar — I. 18 D. *fidej.* 46, 1 l. 8 §. 3 D. *ad SC. Vell.* 16, 1 . . *solvit enim qui reum delegat* I. 37 §. 4. D. *op. lib.* 38. 1 cf. I. 64 D. *solut.* 46, 3 . . *et tu a me et ego a creditore meo liberor* I. 26 §. 2 D. *mand.* 17, 1 l. 32 D. *r. er.* 12, 1 l. 21 §. 1 D. *don.* 39, 5 — zu unterscheiden ist. — Darin daß also die *jussu* an einen Dritten erfolgte *numeratio, promissio* als an den Jubenten selbst geleistet erscheint, liegt die von *Salpius* dem *jussus* beigelegte Unmittelbarkeit der Wirkung. Genau dieselbe Wirkung hat aber auch das anstatt des *jussus* *intercedirende mandatum* (I. 108 D. *solut.* 46, 3 l. 77 §. 6 D. *leg. II.*) — nämlich der einen *jussus* ersetzende Bestandtheil des Mandats, das zwar über den *Jussus* hinausgeht u. eine viel weitere Anwendung u. Folge (*obligatio* diesseits u. jenseits) hat, allein in seiner nächsten Bedeutung, als Auftrag, auch Genehmigung, Geheiß, kurz *jussum* in sich birgt (I. 1 §. 3 D. *quod juss.* 15, 4 — *etsi mandaverit pater vel dominus, videtur jussisse*). Ein selteneres Vorkommen scheint das, daß umgekehrt dem *jussus* je nach Umständen die Bedeutung des Mandats, mithin einer zur Deckung obligirenden Willenserklärung, beigelegt wird (I. 38 D. *j. d.* 23, 3). An und für sich obligirt die Delegation, der *Jussus* den Deleganten, wie *Salpius* mit Recht bemerkt, nicht. Nur insoferne „*periculo ejus*“ stipulirt wird, hat der Delegatar, wenn *nomen non bonum*, gegen denselben einen Regreß; dann steht in der Delegation zugleich ein Mandat: §. 2 J. *mand.* 3, 27 l. 22 §. 2 l. 45 §. 7 D. *eod.* — Daß *nominis, debiti delegatio* oft bloß *Cession* bedeute, ist von *Salpius* §. 6 nachgewiesen; aber daß es die „*eigentliche*“ Delegation (mit Novation) niemals bedeute, sondern diesfalls stets von *debitoris delegatio* die Rede sei, ist nicht erwiesen. S. I. 1 C. h. t. *Vat. fr.* §. 260 §. 263. *Witte*, S. 345.

32) *Gaj.* III, 176 l. 3 §. 1 C. h. t. l. 8 §. 2 D. *ad SC. Vell.* 16, 1 l. 45 §. 7 D. *mand.* 17, 1, dazu die vielen Stellen, in denen Delegatar stipulirt, was ihm Delegant schuldig, u. vielleicht nur nicht gesagt ist, daß Delegant dem Deleganten schuldig ist: z. B. I. 8 §. 2 §. 4 §. 5 l. 26 l. 32 l. 34 §. 2 D. h. t. l. 75 §. 6 D. v. o. 45, 1. Seinem Gläubiger durch Delegation einen neuen Schuldner zu dessen alter Forderung zu geben war so gewöhnlich, daß darnach sogar die Delegation definiert wurde (I. 11 *pr. D. h. t.* und dazu *Witte* S. 342 gegen *Salpius*).

33) I. 3 §. 1 C. h. t. *Gaj.* III, 176 cf. I. 34 §. 1 D. l. 2 C. h. t.

34) vgl. I. 18 D. *fidej.* 46, 1 — *dare intelligitur quanta ei debetur* —

35) s. oben Anm. 31 gegen Ende.

36) Anm. 30.

37) z. B. I. 34 *pr. D. h. t.*

tirungs³⁸⁾ oder auch nur vertretungshalber³⁹⁾ stipuliren ließ. „Abstrakte“ d. i. auf keine vorhergehende Schuld ausdrücklich bezogene Stipulationen (in welche weder etwas das der Delegant dem Delegatar, noch etwas das der Delegat dem Delegatar schuldig war, wörtlich deduzirt wurde) können jedenfalls nur unter der Voraussetzung novatorisch gewirkt haben, daß nebst dem animus novandi auch die Relation der Stipulation zu einer vorausgehenden Schuld durch irgendeine Demonstration vor der Stipulation hergestellt war⁴⁰⁾. An und für sich waren abstrakte Stipulationen nur zu Delegationen ohne vorausgehende Schuld (sowohl des Delegaten an den Deleganten als des Deleganten an den Delegatar) und also ohne Novation geeignet⁴¹⁾; denn auch ohne vorausgehende Obligation können Delegationen zu Promissionen und Stipulationen stattfinden⁴²⁾.

38) J. B. I. 32 D. r. cr. 12, 1.

39) J. B. I. 34 pr. D. h. t.

40) An Beispielen für novatorische Delegationen, in denen also abstrakt stipulirt wurde, sind die Quellen zum mindesten arm. Nach Witte S. 347 lassen sich „für die Novation der zwischen dem Deleganten und dem Delegaten bestehenden Obligation durch abstrakte promissio zwei Stellen anführen“ nämlich l. 4 D. u. l. 2 C. h. t.; allein auch diese wenigen Stellen sind, zum Theil nach Witte's eigenem Geständniß, sehr unverläßlich. In l. 29 §. 1 D. v. o. 45, 1 geht die Formel abstrakt auf hominem dari; allein ebenso bestimmt geht hier keine Novation vor sich — (arg. in f.). Salpius läßt bei der „reinen“ Delegation (d. i. bei der mit abstrakter Stipulation) denn auch gar keine Novation zu (S. 103); ihr stellt er nach einem Worte von Thöl die „titulirte“ entgegen. Für die Möglichkeit hinwiederum auch abstrakte Stipulationen mit gewissen causis in Rapport zu setzen, spricht l. 23 D. j. d. 23, 3 — in stipulatione non est necessaria dotis adjectio —

41) Salkowski S. 121 „es ist dies der Gegensatz von einfacher oder reiner u. novatorischer Delegation“ —

42) was gegen die Aelteren, welche in der Delegation (zur Promission) nur eine Unterart der Novation erblickten, bereits in den Abhh. von Heise u. Cropp II S. 350 u. von Meyerfeld, L. v. d. Schenkungen I S. 242 fgg., aufgestellt u. ausgeführt, von Salpius aber bis zu dem u. G. unhaltbaren Satze gesteigert ist, daß „in der klassischen röm. Jurisprudenz die Verblendung der Delegation mit der Novation durchaus unbekannt“ sei (§ 5). S. dagegen auch Witte S. 341. 1. Windscheid §. 353 Anm. 9 a. G. — Nach dem was oben Anm. 31 über den jussus bemerkt worden ist, und vorausgesetzt daß nur „delegirt“ wird, wo jussus platzgreift, würde nun aber da wo zwischen dem Anweisenden und dem Assignaten nichts als ein Kreditmandat vorliegt, nicht mehr von Delegation die Rede sein können. Findex doch auch mandati obligatio zwischen ihnen statt. Mancherorts ist hier auch nur von Mandat die Rede (J. B. I. 59 pr. cf. l. 56 pr. D. mand. 17, 1 l. 45 §. 4 l. 12 §. 5 eod. l. 19 §. 3 D. don. 39, 5). Das Gegenheil scheint l. 8 §. 6 D. ad SC. Vell. 16, 1 zu bezeugen; aber heißt hier die Delegation des non debitor nicht vielleicht ge-

Die Delegation in der vollen und perfekten Bedeutung des Wortes, geschehe sie nun mittelst Zahlung (numerazione) oder Promission, ist ein Geschäft des Deleganten mit dem Delegatar — Zahlung, Schenkung, Kreditirung — ein Geschäft nur zwischen zwei Parteien⁴³⁾, nicht wie die Sozietät zwischen mehreren Parteien oder ein Geschäft zwischen dem Deleganten, Delegatar und Delegaten⁴⁴⁾; die Stipulation (zwischen Delegatar und Delegaten) ist kein Geschäft für sich, sondern eingelegetes Stück des Einen Geschäftes (der Delegation)⁴⁵⁾, der Promissor (Delegat) nicht Partei, sondern persona interposita⁴⁶⁾; jussus oder Mandat (Ann. 31. 42 a. E.) des Deleganten an den Delegaten dienen und führen zur Einlage, sind also wiederum nicht Geschäfte für sich sondern Bestandtheile zu dem Einen Geschäftes (des Deleganten mit dem Delegatar). Rechtliche Folgen hat dieses Eine Geschäft allerdings nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch zwischen dem Delegatar und dem Interpositus, so wie zwischen diesem und dem Deleganten; allein fürs erste treten diese letzteren Folgen nicht nothwendig oder überall ein⁴⁷⁾; fürs andere aber treten sie nicht für sich, sondern nur theils zum Behufe der Delegation, als Mittel zum Zweck (Delegationsstipulation), theils infolge der Delegation als deren Neben-, Nach- oder Rückwirkung ein. Was insonderheit die Stipulation anlangt, so ist diese aller-

rade deswegen Delegation, weil (in fraudem SCi) der non debitor „als“ debitor überwiesen wurde?

43) nach l. 11 pr. D. h. t. welche als Definition allerdings zu enge (Thöl S. 128 Ann. 4), aber für das, was sie gibt, treffend ist, ein dare des Deleganten an den Delegatar —

44) mithin kein „zusammengesetztes“ Geschäft zwischen mindestens drei Personen“ (wie Salpius S. 91 sagt und Thöl S. 127 zu meinen scheint, der denn den Accent auch auf das Verhältniß zwischen dem Delegatar u. Delegaten legt) — wenn die Personen alle Parteien sein sollen.

45) anstatt dessen auch Zahlung (numeratio) eingelegt sein kann —

46) Ueber derlei Zwischenpersonen bei Geschäften s. einstweilen m. Pandb. 1. Aufl. S. 1599 nro 3. Ob hieher nicht die interpositi pararii bei der Delegation durch nomina transcripticia (Gaj. III, 130) gehören? S. über dieselben Salpius S. 92 (Seneca, benef. III. c. 15. II. c. 13). Vgl. übrigens auch l. 5 §. 2 D. don. i. v. e. u. 24, 1 mit §. 3 u. l. 39 eod.

47) Die Delegation mittelst Zahlung hat keine weitere Folge zwischen dem Delegatar und Delegaten; wenn B der dem A schenken will, auf dessen Geheiß dem C promittirt, entsteht keine weitere Folge zwischen dem Interpositus u. dem Deleganten.

dingß „eine rein abstrakte, einfache, ein bloßes Summenversprechen“⁴⁸⁾ und von anderen Stipulationen (die nach ihrem wesentlichen Inhalte ja doch alle abstrakt sind) dadurch ausgezeichnet, daß die causa dieser Stipulation zwischen denen die sie kontrahiren, überhaupt nicht existirt⁴⁹⁾; allein daß diese Stipulation nun auch von einer besonderen rechtlichen Selbstständigkeit, und insonderheit „von ihren materiellen Grundlagen unabhängig“ sei⁵⁰⁾, kann nicht zugegeben werden. Vielmehr wird sie, als eingelegter Theil der Delegation nicht an sich, sondern in ihrem Zusammenhange mit diesem gewürdigt. Ist diese nichtig⁵¹⁾, dann ist auch die Stipulation ungiltig; daß sie „rein“, „abstrakt“, „Summenversprechen“, „Baargeld“ ist, hilft ihr nichts; ob Promittent sich schuldenhalber delegiren ließ, dem Deleganten selbst schenken wollte, oder in Vorschuß ging, ist gleichgiltig; ohne die Delegation selbst kann auch ihr Theil nicht bestehen⁵²⁾. Ist dieselbe von rechtlicher Wirksamkeit, so vermag allerdings Delegat in der Regel gegen seine Promission nicht aufzukommen, wemgleich es an dem Grunde seiner Inter-

48) *Salpius* §. 21 bes. *S.* 119 *Thöl* §. 131.

49) Während jede Stipulation entweder *solvendi*, *donandi* oder *credendi causa* geschehen muß (vgl. *Bd.* 1 *S.* 582), so wird doch hier zwischen dem Delegaten u. Delegatar weder gezahlt, noch kreditirt oder geschenkt; allerdings wird auch durch die Stipulation hier gezahlt, kreditirt, oder geschenkt — von Seite des Deleganten an den Delegatar; die causa zu jener Stipulation fällt zusammen mit der der Delegation. Wenn *Salpius* *S.* 119 bemerkt, daß „die materiellen Grundlagen des Geschäfts (! — nämlich der Stipulation) in den beiderseitigen Beziehungen der Contractanten zum Deleganten“ liegen, so kann unter den materiellen Grundlagen nicht die *causa stipulationis* gemeint sein, deren es nur eine nicht mehrere geben kann; der Motive gibt es mehrere u. verschiedene auf beiden Seiten.

50) wie sich *Salpius* a. a. *O.* ausdrückt, während *Thöl* §. 131 konkreter u. darum unverfänglicher spricht —

51) z. *B.* als eine *donandi causa inter virum et uxorem* erfolgte Delegation —

52) *l.* 39 *D. don. i. v. e. u.* 24, 1 *Julian.* — *inanem fuisse eam stipulationem* (*l.* 5 §. 3 *eod. nihil agitur* cf. §. 4 *ac si nihil promississet*); weitere Eventualitäten daselbst. Wie die Delegation, welche *donatio inter v. e. u.* ist, wäre die *sine t. a.* seitens eines Pupillen erfolgende Delegation zu behandeln, mag sie nun Schenkung oder Zahlung zc. sein (*nec delegare potest* — *l.* 15 *D. sol.* 46, 3), desgleichen die seitens eines *furiosus* (*l.* 16 *D. d. m. exc.* 44, 4); daß in diesen Fällen der Delegat wenn er gezahlt hat insoweit als seine Zahlung in *rem furiosi*, *pupilli processit*, geschützt wird (*l.* 16), steht nicht entgegen.

ponirung⁵³⁾, oder an dem der Delegation selbst⁵⁴⁾ fehlt; allein diese Rechtsbeständigkeit der Stipulation wird auf keine formalen Gesichtspunkte zurückgeführt, wie man nach der „abstrakten Stipulation“ und dem „Summenversprechen“ meinen möchte, sondern bald auf den Satz, daß Delegatar nur fordere was ihm gebühre⁵⁵⁾, oder darauf daß diesen das Deckungsverhältniß nicht zu kümmern brauche, ja nicht kümmern dürfe⁵⁶⁾, oder daß Delegantin sonst indotirt würde⁵⁷⁾ — sämmtlich Sätze, in denen sich die Unterordnung der Stipulation unter den Zweck des Ganzen, d. i. unter die datio des Deleganten an den Delegatar, unwillkürlich darthut.

Ausnahmsweise kommt Delegat gegen seine Promission auf; vor allem, sagt man, dann, wenn die Stipulation demonstrativ den Inhalt der vorausgehenden Obligation in sich aufnimmt (titulirte D.); hier stünden die Exceptionen aus dieser D. nun auch dem Delegaten oder nun auch gegen den Delegatar zu, je nachdem stipulirt worden „was Delegant dem Delegatar“ oder „was Delegat dem Deleganten schuldet“⁵⁸⁾; wo

53) an dem s. g. Deckungsverhältnisse: er hat z. B. quasi debitor, aber ohne wirkliche Schuld, oder dolo circumscriptus sich delegiren lassen: l. 4 §. 20 §. 21 D. dol. m. exc. 44, 4.

54) an dem s. g. Valutaverhältniß: die Delegation ist Zahlung, Delegant aber nicht verus debitor des Delegatars (arg. l. 7 §. 1 eod.); — die D. ist Schenkung, diese aber ultra modum: — l. 21 §. 1 D. don. 39, 5 — die D. ist Kreditirung (indem Delegatar die Stipulation zu Geld machen soll), in der Delegation aber eine antivell. Intercession versteckt.

55) Suum receipt, petit, persequitur: l. 12 l. 33 D. h. t. l. 5 §. 5 D. dol. m. exc. 44, 4 l. 1 §. 10 D. quar. r. act. n. det. 44, 5 l. 44 D. cond. ind. 12, 6; daß der Delegatar nur suum petit leuchtet besonders ein wenn die Delegation Zahlung ist und die Schuld des Deleganten an den Delegatar in Wahrheit besteht. Es trifft aber auch noch zu, wenn diese Schuld in Wahrheit nicht bestand; auch so hat Delegatar, was ihm Delegant geben wollte, freilich mit der Haftung aus einer condictio indebiti des Deleganten. Daß dem Delegatar aus diesem indebitum des Deleganten exc. nicht zusteht, erhellt per arg. aus l. 2 §. 4 D. don. 39, 5 und l. 7 §. 1 D. d. m. exc. 44, 4.

56) l. 19 D. h. t. — Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est; aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur —

57) l. 20 §. 1 D. d. m. exc. 44, 4.

58) vgl. Thöl §. 131 Anm. 5, der hier im Delegatar einen Vertreter des Deleganten re. erblickt (l. 32 D. solut. matr. 24, 3) — *Salpius* §. 22 der hier eine Succession in die vorausg. D. sieht, — *Windscheid*

dieser man kann sagen formale Grund nicht vorliege, müßten besondere sachliche Gründe platzgreifen, wenn Delegat sich gegen den Delegatar soll schützen können⁵⁹). Indessen dürften wie für die Regel so auch für die Ausnahmen lediglich sachliche Erwägungen entscheidend gewesen sein⁶⁰).

Novation hier und Delegation mit Promission dort sind einander schneidende, nicht deckende Begriffe. Wo nun aber Novation innerhalb der Delegation vorkommt, ist zwar Uebertragung einer Forderung oder Schuld ihr, der Novation, Zweck; allein mit diesem ihrem Zwecke steht sie im Dienste der Delegation, zur Vermittlung der Zuwendung des Deleganten an den Dele-

§. 355 2, a. u. b. der in solcher Bezugnahme auf die alte Schuld die Kundgebung einer Voraussetzung des Versprechens wahrnimmt.

59) z. B. exceptio SC. Vellejani: l. 19 D. h. t. l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1 cf. §. 5 §. 6 l. 24 pr. l. 17 pr. D. l. 2 C. eod. — Konkurrenz einer *indebiti promissio* mit einer *indebiti* oder einer *ex causa donandi* interponirten *stipulatio*: l. 2 §§. 3. 4 D. don. 39, 5 l. 7 pr. §. 1 D. d. m. exc. 44, 4. Hieher wird denn auch noch die von uns vorweggenommene *donatio i. v. e. u.* (Ann. 51. 52) gerechnet — *Salpius* §. 21.

60) Für den formalen Gesichtspunkt tritt am beweglichsten l. 37 §. 4 D. op. lib. 38, 1 (cf. l. 1 §. 10 §. 11 D. quar. r. a. n. d. 44, 5) ein: „*si in id, quod patrono promisit, alii postea delegatus sit, posse eum liberari ex hac lege; nam verum est, patrono eum expromississe, quamvis patrono nunc non debeat.*“ Da sollte derselbe denn aber auch in l. 2 §. 3 §. 4 l. 7 pr. §. 1 cit. (s. die vor. Ann.) maßgebend gewesen sein, weil auch hier *pecuniam quam me tibi debere existimabam sponderim, promisero*; der Satz daß *doli exceptio quae poterat deleganti opponi cessat in persona creditoris cui quis delegatus est* (l. 19 D. h. t.) erscheint dann nicht mehr als Regel, der Fall wo dem Delegaten die *exc.* zusteht, nicht mehr als Ausnahme, sobald die Delegation titulirt ist: man muß l. 19 auf die reine Delegation einschränken, und es eben so regulär finden, daß dem Delegaten bei titulirter D. die *exceptio* zusteht, als sie ihm andernfalls versagt ist. Abgesehen von l. 37 §. 4 cit. gibt es aber keine Stelle, in der auf die Fassung oder Bezugnahme der Stipulation ausdrücklich Gewicht gelegt wäre; daß dem Delegaten die gegen den Deleganten zugestandene *exc.* gegen den Delegatar *re. nicht* zustehet, wird wie schon bemerkt nicht auf die Fassung der Stip., sondern auf sachliche Gründe zurückgeführt, und so dürften denn auch die Ausnahmen auf etwas anderes als sachliche Gründe nicht zurückzuführen sein. So erklärt es z. B. l. 7 §. 1 cit. nicht als eine Konsequenz aus der Form der Stipulation, sondern als eine „*Humanität*“, daß der Delegat sich im gedachten Falle nicht bloß gegen den Deleganten, sondern sofort gegen den Delegatar selbst Schadens erwehren kann. Möglich daß l. 37 §. 4 cit. nicht die Fassung, sondern nur die Thatsache (daß auf Grund der vorausgegangenen *operarum promissio* delegirt worden sei) urgirt haben will (bezgl. l. 32 D. solut. matr. 24, 3), und daß der Delegat hier nicht wegen des Konzeptes, sondern wegen des besonderen Inhaltes seiner Promission (weil er ein verbotener ist) *exceptionem* hat.

gatar, der mittelst der Promission (je nachdem stipulirt wird, was er an den Deleganten, oder was Delegant an den Delegaten zu fordern hatte) entweder einen neuen Schuldner, oder aber die Forderung des Deleganten erhält. Novirt aber wird stets nur die Eine Schuld entweder des Deleganten oder des Delegaten, allenfalls eine Mehrheit von Schulden des Deleganten oder Delegaten⁶¹⁾; eine „Doppelnovation“, in der die Schuld des Deleganten und Delegaten zumal novirt (novationis jure getilgt) würde, gibt es nicht⁶²⁾. —

Eine andere Form, in der alte Forderungen oder Schulden in neue umgeprägt wurden, war die Buchung des *nomen transcripticium*⁶³⁾. Aber auch das *chirografum* muß zu demselben Zwecke gedient haben⁶⁴⁾.

Im heutigen Rechte ist die Novation behufs Aenderung überflüssig, die Novation behufs Acceptilation hinfällig geworden. Zur bloßen Aenderung in den Modalitäten, zur bloßen Mehrung oder Minderung des Obligationseinhaltes bedarf es keiner neuen Obligation; zu all dem genügen *pacta adjecta*, welche nach heutigem Rechte auch *ex intervallo* sowohl

61) l. 34 §. 1 D. h. t.

62) obwohl dies Witte bei Delegationen mit abstrakter Stipulation für möglich und durch l. 3 C. h. t. bezeugt hält (S. 347—350). Ihn besticht der Schlußsatz, wornach auch zwischen dem Delegantem u. Delegaten „novationis jure“ liberirt zu sein scheint. Allein ebenso nahe liegt, daß infolge der Novation (zwischen Delegantem und Delegatar) das Band zwischen dem Delegantem u. Delegaten gelöst (quod jussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esset — Anm. 31) sei; nicht novationis, sondern solutionis jure wird hier der Delegat vom Delegantem frei. Ueberhaupt ist auch bei abstrakter Stipulation Novation nur durch Bezugnahme auf eine vorhandene Schuld denkbar (S. 378 u. Anm. 40); eine doppelte Bezugnahme auf die eigene und eine fremde Schuld ist aber bei der Promissio des Delegaten undenkbar, wenn er nicht zweifach schuldig werden soll.

63) den Gedanken der Uebertragung u. damit Novation scheint hier, abgesehen von dem durch Keller zweideutig gewordenen „*transcripticium*“, schon der Ausdruck *a re in personam, a persona in personam*, zu enthalten: Gaj. III, 128. Nach Sulpicius dagegen wird derselbe auch hier wie bei der reinen Delegation durch den des Baargeldes u. der Zahlung ausgeschlossen (S. 99 Abs. 2). Gegen die novatorische Funktion jener Buchungen s. auch Paul Gide l. cit. p. 185 fgg. Hinwider Witte.

64) l. 6 C. Th. de denunci. vel. edit. resc. 2, 4 Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est . . .

pro actore als pro reo erfolgen können⁶⁵). Mit der Acceptilation muß auch die Novation behufs Acceptilation Antiquität sein⁶⁶). Soweit wir dagegen Formalkontrakte haben (§. 226 S. 56 Abs. 1 a. E.), haben wir auch die Möglichkeit cautionaler Novation; Delegationen aller Art, insonderheit auch Delegationen mit Novation sind im heutigen Rechte so gut mittelst formloser als durch formalkontraktliche Versprechung möglich⁶⁷). Die Delegation von Forderungen ist durch die Cession wohl schon bei den Römern seltener, allein weder bei ihnen noch bei uns überflüssig oder werthlos geworden⁶⁸); die Delegation von Schulden bleibt möglich und von praktischem Werth, wengleich eine derivative Schuldenübernahme nicht bloß partikularrechtlich, oder nicht bloß für gewisse Geschäftsgruppen (Gutsübernahmen) gemeinen Rechtes sein sollte⁶⁹).

§. 282 a.

Noviren kann der Regel nach derjenige, an welchen richtig gezahlt werden kann¹); folgerecht also der Gläubiger selbst und für sich allein nicht schlechthin²), wohl sein Vormund³);

65) vgl. §. 248 S. 138 mit S. 137 unten u. fg.

66) Wäre unsere Quittung eine formalaktliche Schuldentilgung, so wären immer noch eine Art aquilianischer Versprechungen u. Novationen behufs Quittirung möglich.

67) Hiernach halten wir den formlosen Vertrag zur Novation weder für überall (Bähr, Windscheid, Salpius), noch für nirgends (Gneist, Förster, Keller, Baron u. hiezu Paul Gide p. 9) ausreichend, — die Novation seit dem Ausfall der Stipulation nicht für unmöglich (Gneist Förster, Gide) — einen Formalkontrakt weder für überall (Keller, Baron), noch für nirgends nothwendig; wir unterscheiden nach den Zwecken der Novation und bedürfen für die cautionalen oder formalen eines Formalkontrakts. Der formlose Vertrag selbst scheint uns nie Formalkontrakt sein zu können. S. indeß Windscheid §. 354 Anm. 1 u. die dort. Ngff.).

68) vgl. Witte S. 376 Abs. 1. Daß freilich dem Delegaten eine exceptio die in der alten Forderung ihren Grund hat, gegen den Delegatar niemals zustehet, kann nicht eingeräumt werden (Anm. 52. 59. 60). Ein Nebeneinander von Delegation u. Cession s. l. 3 C. h. t.

69) Delbrück, Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuß. R. 1853 Windscheid, §§. 338–340 „Sondernachfolge in die Schuld“.

1) — dies allem Anschein nach ein Sabinussatz: l. 10 D. h. t.

2) der Mündel nicht ohne den Vormund: l. 20 §. 1 cf. l. 9 pr. D. h. t.; der interdizirte prodigus nur soferne die Novation Melioration ist: l. 3 D. h. t.

3) jedoch nur si hoc expediat: l. 20 §. 1 l. 34 §. 1 D. h. t.

wenn der Gläubiger frei von Vormundschaft und nicht interdiziert ist, er selbst und allein, wengleich er korreale Mitgläubiger hätte ⁴⁾, nicht so schlechthin dann wenn er bloß solidarische Mitgläubiger hätte ⁵⁾. Ohne Ausnahme ist zwar die Regel nicht ⁶⁾; allein immerhin erscheint sie als einzige Richtschnur. Man möchte meinen, auch wer vom Gläubiger dazu Vollmacht habe, könne noviren, habe Novationsrecht, wengleich ihm der Infasso fehlt. In der That ist aber nicht er, der mit dem Willen des Gläubigers stipulirt, sondern dieser, der ihn stipuliren läßt, der Novationsberechtigte u. Novirende; das „*jus novandi*“ besteht eben sowohl darin daß man Dritte zur Novationsstipulation ermächtigen, als darin daß man selbststipulirend noviren kann ⁷⁾; dasselbe kommt außer dem Gläubiger seinen Vormündern u. Generalprokuratoren (*omnium bonorum pp.*) ⁸⁾, mit nichten den bloß ad hoc ermächtigten, nicht novirenden, sondern in der Novation nur interponirten Mandataren, Delegataren ⁹⁾ zu. Haus söhnen kam es in Ansehung ihrer Pefuliarforderung und unter der Voraussetzung der *administratio concessa* zu, jedoch auch so nicht schlechthin ¹⁰⁾.

Der Umstand daß das was zuvor schon schuldig war, in eine Stipulation deduzirt wurde, bewirkte die der Novation wesentliche Umgestaltung der alten Schuld noch nicht, brachte zwar eine neue Obligation, dagegen aber keine Konsumtion der alten mit sich ¹¹⁾; vielmehr stunden, woferne nichts weiteres

4) l. 31 §. 1 D. h. t. — eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus —

5) s. oben S. 72.

6) l. 10 D. h. t. — excepto eo si mihi aut Titio (solutionis causa adjecto) stipulatus sim: nam Titius novare non potest, licet recte ei solvitur. Umgekehrt kann der interdizierte Verschwender nie quittiren, wohl aber unter Umständen noviren — der Vormünder wohl stets quittiren, nicht schlechthin noviren: Anm. 3.

7) l. 20 pr. D. h. t. Novare possumus aut ipsi, si sui juris sumus, aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur l. 34 pr. eod. — novandi . . . jus habeat (filius servusve), utique si ipsi stipulentur . . . si alium jubeant stipulari, interest etc.

8) l. 20 §. 1 eod. — diesen auf Grund der namentlich zum Infasso berechtigenden Generalvollmacht.

9) vgl. oben S. 282 S. 379 u. Anm. 39.

10) keinesfalls zum Behufe von Schenkungen und lieber überhaupt nicht zu ihrem Nachtheil: l. 34 pr. eod.

11) arg. l. 2 D. h. t. — ita demum fieri nov., si hoc agatur ut

hinzukam, nunmehr zweierlei Obligationen — aus denen freilich mehr als einmal nicht zu leisten war — nebeneinander¹²⁾. So sehr also das *deducere in stipulationem* an das *deducere in iudicium* mahnt¹³⁾, bestund doch der große Unterschied, daß letzteres schlechtthin, jenes dagegen nur nach der besonderen Intention der Parteien konsumirt; — nicht willkürlich: in *iudicium* ward nicht bloß das was, sondern auch das daß Jemand schuldig sei, deduzirt; bestund der Satz oder das Gesetz, daß mehr als einmal *lis* nicht kontestirt werden soll, so ward mit der einmaligen Litiskontestation die alte Schuld nothwendig konsumirt; in *stipulationem* dagegen ward der äußeren Form nach nur das was Jemand schuldete deduzirt; ein Satz oder Gesetz, wornach idem nicht mehrmal sollte schuldig sein oder werden können, bestund nicht; sollte durch Einführung des alten Schuldgegenstandes in eine Stipulation gleichwol die alte Schuld selbst konsumirt werden, so mußte zu der Stipulationsform noch eine besondere Intention hinzukommen. Es ist nun zwar denkbar, daß diese besondere Intention vor Alters als eine *praesumptio juris et de jure* bestund, daß die Deduzirung des alten Schuldgegenstandes als eine der alten Schuld, und daß die Deduzirung zugleich als eine Auflassung der alten Schuld an die neue verstanden oder als so von den Parteien gemeint und gewollt erachtet wurde. Allein auch so wäre die Konsumtion durch Stipulation, ganz anders denn die durch Litiskontestation, als ein Ausfluß der Privatbeliebung dargestanden, und vielmehr gegen die Form der Stipulation als

novetur obligatio 3. B. l. 8 §. 1 D. h. t. *Legata vel fec. si in stipulationem fuerint deducta et hoc actum ut novetur, fiet novatio* — §. 2 §. 5 l. 14 pr. l. 32 (*novandi causa*) D. h. t. Vgl. oben §. 282 Anm. 2 u. 24 g. C.

12) So da wo schon mangels *novum* oder Novationsrechtes keine Novation entstand: l. 18 D. v. o. 45, 1 *Qui bis idem promittit, is eo jure* (b. i. aus den zwei Promissionen, Obligationen) *amplius quam semel non tenetur* —, so denn aber auch da wo es mangels des *id actum* (*animus nov.*) zu keiner Novation kam: l. 2 in f. l. 8 §. 5 D. h. t. — *uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur* — l. 9 pr. l. 28 eod. Zu l. 18 cit. s. Calpius, welcher (von seiner Konsumtionstheorie aus) diese Stelle freilich anders auslegt (S. 177).

13) und mit diesem auch in den Quellen verglichen wird, 3. B. l. 76 §. 1 D. v. o. 45, 1 *Cum stipulamur, quidquid te d. f. oportet, id quod praesenti die duntaxat debetur, in stip. deducitur, non ut in iudicii, etiam futurum* —

aus dieser erwachsen; fernerhin aber wissen wir zwar von Praesumtionen jener besonderen Intention (*animus novandi*), allein von keiner *praesumptio juris et de jure*; so weit der Blick zurückreicht, ist einerseits *animus novandi* zur Novation nothwendig, und andererseits Stipulirung des alten Schuldgegenstandes ohne den *animus novandi* und ohne Novation möglich. Höchstens Vorliebe für Konsumtion u. Novation läßt sich der älteren Zeit zuschreiben, da sie vielerlei Praesumtionen zu Gunsten derselben zuließ; Justinian begünstiget umgekehrt das Nebeneinander der Obligationen; anstatt daß man vordem dem Eintritt der Novation durch Clauseln vorzubeugen sich veranlaßt fand¹⁴⁾, muß man denselben nunmehr durch eine ausdrückliche Willenserklärung herbeiführen¹⁵⁾.

Kommen wir schließlich auf die Frage zurück, ob da wo novirt werden wollte, wegen irgend eines Hindernisses aber nicht novirt werden konnte, nicht gleichwol entweder die alte

14) l. 8 C. h. t. — *etsi non verbis exprimatur „ut sine novatione . . causa procedat“; hoc enim naturalibus inesse rebus volumus* —

15) l. 8 C. h. t. — *nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint* — cf. §. 3 J. q. m. t. o. 3, 29 — *quae (constitutio) apertissime definiit, quoties hoc ipsum intra contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt* —. Den alten Streit, ob nun die Novationsabsicht überall ausdrücklich erklärt sein müsse, s. Bangerow Bd. 3 §. 619, Windscheid §. 354. Windscheid selbst schließt sich denen an, welche in dem *voluntate solum, non lege esse novandum* das entscheidende Wort der Konstitution erblicken und darum von der Vorschrift der Ausdrücklichkeit dispensiren — nicht ohne dafür den historischen Zusammenhang geltend zu machen. Indessen steht nicht sowohl jenes „*voluntate . . esse novandum*“ als das „*nisi specialiter remiserint . . et hoc expresserint . .*“ im Tenor der das Erforderniß des *animus* statuirenden Konstitution; erst nachträglich, entgegen der alten Rechtsgewohnheit, nach welcher ein Willensausdruck („*ut sine novatione*“) zur Nichtnovation nöthig war, bemüßiget sich der Gesetzgeber zu sagen, daß zur Novation der Wille nothwendig, kein Gewohnheitsrecht (*lege*) ausreichend sei. Wie dieser Wille zu erklären sei, ist zuvor bestimmt. Windscheid verkennt die Schwierigkeit gegen den Buchstaben der Konstitution aufzukommen nicht und bietet denn mit Röver (Zeitschr. f. Rg. Bd. 11 S. 212 fgg.) alle Kunst, insonderheit die Pandekten, gegen denselben auf. Ob es aber nicht mehr in Justinians Sinn wäre, die Pandekten nach seiner Konstitution, als diese nach jenen umzustimmen? Nicht nur keine Präsumtionen, sondern auch keine *facta concludentia*, überall nur ausdrückliche und eigens hierauf (*specialiter*) gerichtete Erklärungen sollten den *animus novandi* erschließen. „*Delegation*“, in Ansehung einer vorausgehenden Forderung oder Schuld vorgenommen, erscheint uns freilich nach wie vor als direkter Ausdruck des *animus novandi*.

Forderung untergehen, oder eine neue entstehen könne (s. oben S. 371), so muß zuvörderst die Möglichkeit einer solchen Erscheinung eingeräumt werden. Denn weder ist der Untergang der alten Forderung eine Bedingung unter der stipulirt, noch das Zustandekommen der neuen Forderung eine Bedingung, unter der die alte Forderung darangegeben wird; beides ist Voraussetzung, keines Bedingung¹⁶⁾. In Wirklichkeit müssen wir denn auch I. da wo inter easdem personas novirt werden will 1. trotz Nichtuntergangs der alten Forderung den Aufgang einer neuen annehmen, wo der Untergang der alten Forderung und damit die Novation nur mangels „Novationsrechtes“ (s. oben Anm. 1—19) in der Person des Stipulators unterbleibt¹⁷⁾; desgleichen 2. den Aufgang einer neuen ohne Untergang einer alten Forderung, wo dieser deswegen unterbleibt, weil die vermeintliche alte Forderung gar nicht existirt¹⁸⁾; daß dagegen 3. eine wirklich vorhandene Forderung untergehe ohne daß eine irgendwie tenente neue Forderung entstehe, ist nach dem recipirten Rechte nicht mehr möglich, und war auch nach dem kontroversen Rechte nur insoweit möglich, als ohne neue Forderung Novation möglich war¹⁹⁾. II. Soll die Stipulation (heute der formlose Vertrag) zur Expromission oder Delegation einer bisherigen Forderung oder Schuld dienen, so geht die Frage ob und wieweit hier die neue Forderung auch ohne Novation zur Existenz komme, ganz u. gar in jener anderen Frage auf, ob und wieweit die Wirksamkeit der Dele-

16) Vgl. hiezu den Konflikt zwischen Ulpian u. Gellus in Betreff der possessionis traditio an einen furiosus: quodammodo recessit sub conditione — immo vult dimittere quia existimat se transferre — Bd. I S. 523 Anm. 8.

17) vgl. Windscheid § 355. 1 a. E. arg. l. 9 D. h. t. (würde der Pupille auch mit dem animus novandi stipulirt haben, so hätte er actionem tutelae nicht konsumirt, sondern nur eine actio mehr hinzugefügt); l. 16 eod. — adjicit potius stipulationem.

18) s. die indebiti promissio in l. 31 D. cond. ind. 12, 6 l. 2 l. 3 C. eod. 4, 5.

19) §. 282 Anm. 12. An Konsumtion der alten Forderung ist nicht zu denken, insolange sie nicht in die Stipulation bezuzirt und diese Stipulation irgendwie tenent ist. Ist sie so weit tenent, daß Promittenti ipso jure oder naturaliter obligirt ist, dann liegt nach recipirtem Rechte nicht nur Konsumtion, sondern auch Novation vor. Ist die Stipulation nichtig, oder bedingt u. anoch pendent, so werden wir ebensowenig Konsumtion als Novation annehmen können.

gationsstipulation von der *causa stipulationis* (Delegationsgrund — Valutaverhältniß) und dem Interpositionsgrund (Deckungsverhältniß) abhängt. Der Umstand nun daß die stipulirte alte Forderung oder die stipulirte alte Schuld in Wirklichkeit nicht besteht, vermag in einer besonderen Kombination von Umständen dem Delegaten zwar einen Schutz unmittelbar gegen den Delegatar zu gewähren (§. 282 Anm. 59); allein ungiltig ist die Stipulation nicht²⁰⁾; ohne jene besonderen Umstände ist die neue Forderung unanfechtbar. Das gleiche gilt von dem Falle, wo es zur Novation nur an der Dispositionsbefugniß des Deleganten²¹⁾ oder Delegatars²²⁾ fehlt. Ist die Delegation nichtig (§. 282 Anm. 51. 52), dann kommt in ihr nichts auf, weder Novation noch Stipulation. Wo die neue Forderung trotzdem daß novirt werden wollte u. nicht novirt werden konnte, gleichwol aufkommt, können die Voraussetzungen irgend einer *sine causa condictio* gegeben sein. Inwieferne, wenn u. gegen wen, gehört in den Beschrieb dieser Obligationenſpezies — —

§. 283.

Die Transaktion kommt nicht bloß als Beilegung eines Streites, oder als Fixirung unbestimmter oder Terminirung bestimmter Ansprüche, sondern auch als Abänderung von Verträgen vor (Bd. 1 S. 385 Abs. 1). In dieser Funktion geht sie nicht auf die aus dem Vertrage etwa erwachsenen Schulden, sondern auf die mit dem Vertrage sofort vorhandenen Haftungen, z. B. bei Pachtungen nicht auf Abänderung an dem fälligen Pachtschillinge, wohl aber auf Abänderung an den künftigen Pachtschillingen u. den künftigen Gegenleistungen des Verpächters, d. i. auf Abänderung an den derzeit bestehenden und in die Zukunft wirkenden beiderseitigen Haftungen¹⁾.

20) sie könnte z. B. wirksam eingeklagt werden, wenn Delegat sich zuvor beim Deleganten Schadens erholt hätte.

21) der etwa *sine t. auct.* den Delegaten seine an den Deleganten bestehende Schuld an den Delegatar expromittiren heißt —

22) der etwa *sine t. auct.* sein an den Deleganten bestehendes Guthaben von dem Delegaten stipulirt.

1) Die Möglichkeit derartiger Vertragsänderungen durch formlose Uebereinkunft unterliegt für das heutige Recht keinem Bedenken. Aber auch nach

Des weiteren werden wir die Transaktion aber auch als Abänderung von Schulden zu denken haben, und zwar einmal an Stelle der Novation, da wo diese den Zweck der Abänderung der Schuld in ihren Modalitäten, zum Theil in ihrem Inhalte hatte (S. 372. 383), dann da wo die Abänderung über die Novation hinausgreift, indem nicht nur eine neue Schuld an Stelle der alten platzgreifen, sondern überdieß von der alten in der neuen nichts mehr sein soll. Eine solche Umwandlung z. B. einer Geldschuld in eine Getreideschuld²⁾ kam nach römischem Rechte durch keine formlose Beredung zu Stande, sondern erheischte Stipulation; allein damit daß stipulirt wurde war die Novation nicht ein-, die Transaktion nicht ausgeschlossen³⁾.

Konversion nennt man die Wandelung, welcher ein Rechtsgeschäft möglicherweise während seiner Errichtung oder doch noch vor seiner Perfektion unterliegt, indem es als ein anderes ausfällt als es zunächst intendirt ist⁴⁾; Wandelung im Charakter des Geschäftes, freilich nur im Gegensatze des Wortklautes zu seinem wirklichen Bestande, bedeutet hier die Konversion. So weit hat sie mit der Veränderung von Obligationen nichts zu schaffen. Allein denkbar ist, daß die Parteien

römischem Rechte dürften Konsensualkontrakte *nuda conventione* flagbar veränderlich gewesen sein, etwa nach dem *arg. des minus a potiore*, da *nuda conventione* der Konsensualkontrakt ganz und gar erneuert werden konnte; auch muß was bei Vermächtnissen umso mehr bei Konsensualkontrakten möglich sein (l. 8 §. 6 D. *transact.* 2, 15 — oder ist hier eine *stipulatio* hineinzudenken?). — Uebrigens heißt, was wir hier Transaktion nennen, bei den Aeltern uneigentliche oder kumulative Novation (Euffert *prakt. Pandr.* §. 292, u. dessen Anm. 2).

2) l. 10 C. *si cert. pet.* 4, 2.

3) Der Begriff der Transaktion war unabhängig von den Mitteln durch welche sie realisirt wurde; der Begriff der Novation abhängig von dem der Translation (§. 282 Anm. 8). Freilich mehren sich die Stimmen derer, welche in der Novation wesentlich nichts als den Ersatz einer D. durch eine andere erblicken, u. also noch Novation sehen wo wir nurmehr Transaktion annehmen. Vgl. §. 282 Anm. 24.

4) Insoferne läßt sich der Name „Konversion“ denn doch rechtfertigen. S. dagegen Römer, die Konversion v. Rg. *Archiv f. civ. R.* Bd. 36 nro 4 S. 67 oben; Windscheid §. 82 Anm. 15. Den einzig sichereren Fall gibt die Kodizillarklausel; in Fällen wie l. 5 pr. D. *resc. v.* 18, 5 cf. l. 8 pr. l. 19 D. *acc.* 46, 4 kann man zweifeln, ob vornherein etwas anderes als ein bloßes *pactum conventum* gemeint oder gewollt sei; l. 3 D. *test. mil.* 29, 1 handelt vom Nichtverzicht, nicht von mangelhafter Erklärung u. s. f.

ein schon bestehendes Geschäft in ein anderes verwandeln, z. B. eine Sozietät in eine Aktiengesellschaft, und eine derartige Wandlung eignet sich mehr als jede andere für den Namen „Konversion“ u. enthält je nach der Art der Geschäfte auch Veränderungen bestehender Obligationen, z. B. der unbeschränkten Haftung pro socio in eine auf den Betrag der Aktie beschränkte.

f. Cession.

D. de hereditate vel actione vendita 18, 4. C. eod. 4, 39.

§. 284.

Eine derivative Uebertragung von Forderungen, durch welche der Empfänger Gläubiger, der Obligirte also dessen Schuldner geworden wäre, kam im römischen Rechte nicht auf¹⁾; eine derivative Uebertragung, durch welche der Empfänger forderungs- und klageberechtigt wurde, wie wenn er Gläubiger, der Obligirte sein Schuldner wäre, dermaßen daß der Geber wenig mehr als den leeren Namen des Gläubigers behielt²⁾, kam auf, und erhielt bei den Unfrigen nicht ohne Vorgang der Quellen den Namen Cession³⁾. Diesen Effekt hatte nicht schon das *mandatum in rem suam*, dessen man sich in Ermangelung eines Cessionsaktes neben der Novation seit langem bediente⁴⁾; denn bis zur Litiskontestation war immer noch ein Rückgang des Mandates möglich⁵⁾; nach jener ward der Mandatar wohl

1) Gaj. II, 38 u. dazu die weiterhin zu nennenden, bis spät hinab reichenden *utiles actiones*. Vgl. dessen S. 339 fgg.

2) s. dieses Wort bei Bähr, zur Cessionl. Jahrb. f. Dogm. I. S. 422 unten; vgl. Windscheid §. 329 Anm. 8.

3) Technisch auf die derivative Uebertragung von Forderungen eingeschränkt ist *cedere, cessio* in den Quellen noch nicht, wohl aber hierfür häufiger gebraucht als außerdem: Mühlenbruch, d. L. v. d. Cession 3. Aufl. S. 221; Schmid, Grundlehren d. Cession Bd. I S. 3.

4) Gaj. II, 38 *Obligaciones nihil eorum (in jure cessionis etc.) recipiunt . . §. 39 . . sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri*. Vat. fr. §. 260 l. 4 §. 18 D. exc. d. m. 44, 4 l. 13 §. 1 D. pact. 2, 14 l. 1 l. 3 C. nov. 8, 41 (42) u. a. m.

5) l. 16 D. procur. 3, 3. *Ante litem c. libera potestas est vel mutandi procuratoris vel ipsi domino iudicium accipiendi l. 1 C. o. e. a. 4, 10 (Lod) Mühlenbruch S. 178, Bähr a. a. O. S. 368 Anm. 17, Calpius Nov. u. Deleg. S. 391 Abt. 1, Krasnopolski, Entl. in d. L. v. d. Cession der Fg. (als Manuscr. gedr. 1872) S. 4 fg. (mit beson-*

Gläubiger, sogar direkter Gläubiger, aber einer neuen Obligation⁶⁾). Als man dagegen dazu kam, eine Cession von Forderungen nicht erst im Mandat, sondern allmählig in jedem Geschäft zu erblicken, welches die Intention einer unmittelbaren Hingabe der Forderung enthielt, und auf Grund desselben den Cessionar zwar nur utiliter, aber suo nomine klagen ließ⁷⁾): da war

derer Rücksicht auf den cognitor i. r. s.). — l. 55 D. proc. 3, 3 spricht von einem procurator i. r. s. der zugleich utilem actionem hat (eigenberechtigt ist) (Salpius S. 402, aber auch schon Mühlenbruch S. 74 unten u. fgg.). — l. 3 C. nov. 8, 42 läßt eine Bindung zwischen dem procurator i. r. s. u. dem debitor noch vor der CC., durch Abschlagszahlung und Denunciation zu (Mühlenbruch S. 76, Windscheid §. 331 Anm. 4); als interpolationsverdächtig erscheint die Stelle bei Bähr S. 378, Salpius S. 392; indessen vgl. l. 13 §. 1 D. pact. 2, 14 Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, et ideo servandum erit pactum conventum cf. l. 8 §. 2 D. quib. m. hyp. 20, 6 und Krasnopolski's gründliche Bemerkungen zu l. 55 cit. S. 7 S. 16 u. zu l. 3 C. nov. cit. S. 9 fg.

6) Ob gleichwol schon das mandare actionem (i. r. s.) ein „cedere“ actione war? Mühlenbruch S. 83 bezeichnet das mandatum actionum geradezu als die „Form durch welche die Cession erfolgte“; Dirksen, man. lat. gibt sub v. „cedere“ §. 2 als Syn. „mandare (actionem) an, gestützt auf l. 1 §. 16 D. si quadrup. 9, 1 und l. 76 D. solut. 46, 3, von denen l. 76 cit. allerdings beweisend scheint: denn mit vel cum convenisset ut mandarentur actiones scheint kein Gegensatz gegen die vorhergehende cessio, sondern nur deren Spaltung in ein convenire ut mandarentur aa. und in das mandatum subsecutum gemeint zu sein. Unzweifelhafter Beleg dagegen sind l. 8 §. ult. D. mand. 17, 1 u. l. 24 pr. D. min. 4, 4. Die vielen von Briss. sub. v. „cedere“ §. 3 agff. II. beweisen nur unter der Voraussetzung, daß zur Zeit dieser Stellen ein cedere actione überall noch nur in Gestalt des Mandates erfolgen konnte.

7) Die erste Verleihung dieser utiles aa. erfolgt nach Salpius a. a. O. §§. 62—65 (s. aber auch schon Mühlenbruch S. 188 fgg., fernerhin Krasnopolski in Betreff der prozeßualischen Motive für diese Neuerung: §. 5) aus Anlaß von Universalsuccessionen: durch das SC. Trebellianum (Gaj. II, 253); in Folge von hereditatis venditio: ex resc. D. Pii l. 16 D. pact. 2, 14 l. 5 C. her. vend. 4, 39; venditio bonorum: Gaj. IV, 35; — zufolge von Singularartiteln, vorbildlich beim pignus nominis (l. 18 pr. D. pign. act. 13, 7 l. 4 C. quae res pign. 8, 17 l. 7 C. her. vend. 4, 39); ad exemplum creditoris (des Pfandgläubigers) erhält sie derjenige welcher diesem das nomen abkauft (l. 7 C. cit. l. 8 eod.), und so denn überhaupt der nominis emtor (l. 3 C. o. e. a. 4, 10 l. 33 C. don. 8, 54); ad similitudinem ejus qui nomen emit finden sie sich bei nominis in dotem datio (l. 2 C. o. e. a. 4, 10), desgleichen bei nominis in solutum datio (l. 5 C. quando fisc. 4, 15 und dazu oben §. 280 Anm. 12 ab init.); dann beim legatum nominis (l. 18 C. legat. 6, 37), ganz zuletzt erst bei donatio nominis (l. 33 C. donat. 8, 54 Salpius §. 65); eine utilis actio aus transaktionsweiser Ueberlassung der Forderung liegt wohl schon der l. 96 §. 2 D. solut. 46, 3 zu Grunde. Zu dem „suo nomine“ s. 3. B. l. 5 C. quando fisc. 4, 15 l. 18 C. legat. 6, 37. Speziell

der Erwerber so gut wie Gläubiger. Zwar ist noch unsicher, wie er das ward, und mehr noch bestritten, von wann an er es wurde; allein als sicher darf man so viel annehmen, daß er es nicht auf Grund eines fingirten Mandates ward⁸⁾; als wahrscheinlich, daß er es auf Grund seines Kaufes *u.*, kurz seines Erwerbstitels und auf den Belang der verkauften *u.* Forderung ward⁹⁾, daß er es denn aber auch sofort mit dem

darüber, daß (entgegen der Ansicht von Windscheid, Schmid, Bähr) diese *utilis a. dem procurator i. r. s.* als solchem nicht zugestanden habe, Krasnopolski S. 4.

8) Dieser Erkenntniß hat — im Gegensatz zu Mühlenbruch und der durch diesen zur Herrschaft gelangten Ansicht — Windscheid die Bahn gebrochen (Aktiv S. 127—135; vgl. n. Pand. 1. Aufl. S. 562); auf dieser sind Bähr (zur Sessionlehre, Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 f. bes. S. 404) u. Salpius (Nov. u. Deleg. S. 396 fg.) weitergegangen. Das *suo nomine agere* ist mit der Fiktion eines Mandates *u.* also einer *directa u. alieno nomine* zu intendirenden *actio unvereinbar* (Windscheid); so wenig *Rutiliana u. Serviana actio* (Gaj. 4, 35) — so wenig als die *procuratoriae, cognitoriae u. die utiles aa.* beim Universaltheilnahmß (Gaj. II. 252. 3) haben Mandat *u. utilis a.* in unseren Fällen etwas miteinander gemein (Salpius). In der Lostrennung der *utilis* von der *mandata actio* liegt eine Rückkehr zu der älteren Lehre (vgl. Mühlenbruch S. 40), in der Fiktion des Mandates die Restauration einer in den Basiliken XXIV, 3. c. 5 *u.* einem Scholion (2 zu XXXVIII. 18. c. 2) sich breit machenden Vorstellung; diese wird von Schmid S. 183 fg. denn auch gegen Windscheid verwerthet; daneben s. aber auch Scholion 1. zu XXIV, 3 c. 5, welches sich strenge an unsere Quellen hält.

9) Damit daß ein Mandat nicht fingirt wurde ist noch nicht gesagt wie unsere *utilis a.* formulirt wurde, damit denn auch noch keine Sicherheit darüber wie Cessionar mit der *utilis a.* als forderungsberechtigt gedacht, oder wie die Forderung auf ihn übertragen war. Dafür daß er „als Gläubiger“ fingirt wurde, schwindet der Anhalt, den auch wir einst nach Windscheid (S. 131 Anm. 32) in l. 8 C. *her. vend.* 4, 39 (*exemplo creditoris*) zu haben glaubten, wenn man sieht daß hier (wie in l. 7 C. *h. t. velut ipsi creditori*) *creditor* der Pfandgläubiger und *exemplum* die Analogie, nicht die Supposition oder Fiktion ist (Salpius S. 411, Krasnopolski S. 28 fg.). Dagegen dünkt uns nach wie vor treffend was Windscheid über den Grund *u.* den Inhalt der *utilis a.* gesagt hat: daß die gekaufte *u.* Forderung nur den Inhalt (Belang), den Grund der Klage dagegen nicht sie, die Forderung, sondern der Kauf *u.* der Forderung bilde. Darnach würde die Thatsache des Kaufes *u.* der Forderung zur *intentio* — unsere *utilis actio* zur *in factum actio* (Bd. 1 S. 303 Abs. 1), der Betrag der Forderung zur *condemnationssumme* — ein Resultat, auf welches, ohne der wesentlichen Uebereinstimmung mit Windscheid bewußt zu sein, auch Salpius hinauskommt (S. 408 S. 411 fg. S. 415 unten). Auch bei den adjektivischen Aktionen bildet die fremde Forderung nur den Belang, dagegen die Thatsache der Präposition, des *Iussus* den Grund weshalb Beklagter (*suo nomine*) schuldet (Windscheid S. 135 oben; diese Pandb. oben S. 258. I. 1). — Schmid (S. 14) formulirt fiktivisch *u.* zwar *exemplo creditoris*, obwohl er ein

Kaufe zc. und mit sofortigem Ausschluße des Cedenten ward; daß der Schuldner bis zur Certioration noch an den Cedenten zahlen kann¹⁰⁾, geschieht nicht „weil Cedent noch Gläubiger ist, sondern obwohl er es nicht mehr ist“ (Salp.)¹¹⁾.

Mandat fungirt haben will. Eine in factum actio nehmen auch Bemann (Münch. Viertelj. X S. 209) u. Krasnopolski (S. 30) an; allein ersterer geht auf die Formulirung nicht näher ein; letzterer stellt auch die cedirte Forderung u. deren causa in die intentio.

10) l. 4 C. quae res pign. 8, 17 l. 17 D. transact. 2, 15 cf. 1, 3 C. nov. 8, 42.

11) Analogie: l. 12 §. 2 l. 32 l. 51 D. solut. 46, 3 l. 26 §. 1 l. 29 pr. — §. 3 D. mand. 17, 1. — So Bähr a. a. O. S. 414 fg. S. 423 fgg., Salpius S. 401 S. 405 S. 418, Schmid a. a. O. Bb. II S. 296, Brunß, in Holtzend. Encycl. I S. 335 — — wogegen Windscheid mit vielen Anderen (z. B. Seuffert §. 300 Anm. 1, Arndts §. 256 zu Anm. 1) der Mühlenbruch'schen Lehre noch insoweit beipflichtet, daß er den Cedenten für bis zur Certioration des Schuldners berechtigt hält, im übrigen aber sich von derselben dahin absondert, daß er in der Denunciation des Cessionars an den Schuldner eine Besitzergreifung an der Forderung erblickt, und eine solche denn auch für nothwendig erachtet, wenn die Cession perfect werden soll. Weniger befremdlich als diese Besitzergreifung (Bähr S. 425 fgg.) war vielleicht die Praevention, welche Mühlenbruch zwischen dem Cedenten und Cessionar walteten und entscheiden läßt (S. 186 unten). Mit der Annahme, daß der Kauf zc. der Forderung den Grund für die Eigenberechtigung des Käufers zc. bilde, ist sowohl diese Praevention, als das Erforderniß der Besitzergreifung und die einstweilige Fortdauer des Forderungsrechtes in der Person des Cedenten unvereinbar. Allein eine Schwierigkeit steht auch dieser Annahme, d. i. der im Texte angenommenen, an sich einfacheren Theorie entgegen. Wir erblicken dieselbe nicht in l. 3 C. nov. 8, 42 (Windscheid, Pandb. §. 331 Anm. 8); denn diese Stelle spricht von keinem Geschäft, in welchem der Gläubiger seinem Gläubiger die Forderung „gegeben“ u. aus welchem dieser utilem actionem erworben habe, sondern lediglich von dem Falle, da jener um zu zahlen actionem mandirte; eine actio solutionis causa mandata (l. 3 cit.) u. ein nomen in solutum datum (z. B. l. 5 C. quando fisc. 4, 15) ist nicht einerlei. Auch l. 23 §. 1 D. her. vend. 18, 4 dürfte nicht ernstlich im Wege stehen, da Hermogenian arg. l. 23 pr. bei der nominis venditio noch an eine bloße Obligation zur Cession zu denken scheint. Bedenklich dagegen ist die Art und Weise, wie Mandat und utilis a. nebeneinander vorkommen — ein Mandat noch nach der nominis in solutum datio, nach dem Eintritte des legatum nominis etc., also noch nachdem utilis a. erworben und Cessionar (nach unserer Theorie) mit Ausschluße des Cedenten eigenberechtigt geworden ist: l. 5 C. quando fisc. 4, 15 l. 18 C. legat. 6, 37 l. 6 C. o. e. a. 4, 10 l. 14 §. 1 C. fidej. 8, 40 (41) cf. l. 5 l. 8 C. her. vend. 4, 39 l. 2 C. contr. jud. tut. 5, 58 Wie kann da Cedent, wenn er bereits ausgeschlossen ist, noch mandiren? Indessen, wenn das Mandat nach der utilis actio noch etwas Wünschenswerthes hatte, konnte das dem Cedenten ipso jure verbliebene Recht zu einem Mandate an den Cessionar verwerthet werden, ohne daß es im Uebrigen noch irgend eine praktische Geltung hatte (vgl. die praktische Belebung der sonst todtten exceptionmäßigen Forderung, Bb. I S. 371 u. was E. A. Seuffert

Verschieden von den Fällen in welchen mittelst eines auf actionis, nominis datio zielenden Geschäftes cedirt wird, sind die Fälle in denen der Gläubiger zur Cession erst obligirt¹²⁾,

zu l. 6 D. her. v. 18, 4 in Seuff. Pandr. §. 297 Anm. 4 S. 161. 4 bemerkt); wünschenswerth aber mochte dem utiliter Berechtigten das Mandat sein, weil er, wenn Mandatar, nur das Mandat, nicht den (vielleicht lichtscheuen) Erwerb darzutun hatte. Die beiden ersten Reskripte (l. 5 u. l. 18 citt.) sind gegen Cessionare erlassen, die gerne den Vortheil des Mandats ohne wirkliche Intervention des Mandates gehabt hätten. Daß directa actio penitus tollenda sei (l. 27 in f. D. proc. 3, 3), ist vielleicht im Gegensatz zu Fällen gesagt, da sie an Einen, der auch utilem actionem hat, noch mandirt werden kann. Beim Universalideikommiß und Erbschaftsverkauf ist mit der utilis actio auch schon exceptio doli des Schuldners gegen den Cedenten begründet (l. 27 §. 7 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 16 pr. D. pact. 2, 14); ignorantia muß jenen entschuldigen, wenn er sich der exceptio nicht bedient (l. 17 D. transact. 2, 15); das Gleiche gilt beim pignus nominis (l. 18 pr. D. pign. act. 13, 7); warum nun ein Anderes bei den Specialcessionen durch Kauf, Vermächtniß, in solutum datio u. s. f.? l. 55 D. proc. 3, 3 mag im Sinne Ulpian's noch auf utiles aa. aus Anlaß von Universalsuccessionen zu beschränken sein (Satp. S. 402); im Sinne der Compilation geht sie auf unsere utiles aa. überhaupt; wohl spricht sie nur gegen einen Vorzug des Cedenten; allein dieser kann nicht bloß in Ansehung einer Konkurrenz vor Gericht, sondern auch Betreffs der im Rechte abgesprochen sein; wenn Cessionar in diesem vorgeht, hat Cedent kein Recht. — Daß utilis actio vererbt (l. 33 pr. C. donat. 8, 53 (54)), ist allerdings nicht entscheidend (Windscheid). — Man kann noch fragen ob utilis actio denn überhaupt sofort mit nominis emtio zustehe, ob sie nicht erst in jure ertheilt werde, u. demgemäß das Recht des Cessionars (von Denunciationen abgesehen) nicht erst von jetzt datire? Allein hiegegen s. Anm. 19. —

12) Im allgemeinen s. das actionem debere in l. 21 D. her. vend. 18, 4, 3. B. aus Mandat: l. 8 in f. §. ult. arg. l. 10 §. 6 (ut eum deleet) l. 14 pr. D. mand. 17, 1 l. 49 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 27 §. 5 D. mand. 17, 1 (vgl. oben §. 87 Anm. 23) — Geschäftsführung des negotiorum gestor: l. 53 §. 3 D. furt. 47, 2 l. 24 pr. D. min. 4, 4 — Tutel: argg. l. 2 D. quando ex fact. tut. 26, 9 l. 9 pr. D. adm. 26, 7 — Protutel: l. 53 §. 3 D. furt. 47, 2 — aus Vermächtnissen: legatum nominis §. 21 J. leg. 2, 20 l. 44 §. 6 D. leg. I., außerdem l. 39 §. 3 eod. l. 15 pr. D. ad leg. Aq. 9, 2 — Kauf: l. 13 §. 12 l. 31 pr. D. a. e. e. v. 19, 1, l. 14 pr. D. furt. 47, 2 l. 35 §. 4 D. e. e. 18, 1 l. 14 pr. D. mand. — locatio conductio: l. 25 §. 8 D. loc. 19, 2 — depositum u. commodatum: l. 16 D. dep. 16, 3 arg. l. 12 D. re jud. 42, 1 (nur wenn dolo adversarii res absit, bedarf es hier des außerordentlichen, allem Anschein nach noch in actione iudicati platzgreifenden „Suffurses“ — vgl. l. 63 l. 69 D. r. v. 6, 1) — pignus: l. 38 D. evict. 21, 2. Ueberallhier ist die Cession in obligationem bezugirt u. mit der betreffenden Kontrakt- oder Quasikontraktklage flagbar geworden, nicht schon mit dem ersten Dasein des Kontraktes oder Quasikontraktes, sondern im Verlaufe u. je nach dem Gange des Geschäftes und als Gegenanspruch wider andererseits fällig gewordene Praestationen. Selbstverständlich kann die Cession einer Forderung auch den anfänglichen Inhalt einer Versprechung bilden, und ist es nur Zufall, daß uns Belege dafür fehlen. Nomi-

oder nur retentionssweise¹³⁾, oder officio judicis¹⁴⁾ zu cediren genöthiget ist; hier muß regelmäßig Cession erst folgen, wenn der auf die Forderung Berechtigte forderungsberechtigt werden soll¹⁵⁾. Allein verschieden von den Fällen, in welchen jemand vermittelt eines auf actionis, nominis datio zielenden Geschäftes unmittelbar wenn auch nur utiliter forderungsberechtigt wurde, sind auch die Fälle in denen Jemand aus Geschäften und Thatsachen welche an und für sich eine bloße Obligation oder sonst einen Anspruch auf Cession begründeten, utilem actionem ohne Cession bekam¹⁶⁾. Hier spricht man bald von

nis venditio wäre an sich Beispiel für eine vornherein auf Cession gerichtete Obligation, wenn sie nicht als nominis datio behandelt worden wäre.

13) Hierher gehören das s. g. beneficium cedendarum actionum, insoweit es wirklich auf einer Singularität, nicht auf jus commune (Obligation) beruht (§. 236. 6 §. 256. 3) — das Recht auf Oblation und Cession in der Person des Pfandbesizers: l. 19 D. qui pot. 20, 4 — das Recht auf Cession in der Person des Pfandbesizers, dem die verpfändete Sache als eine von dem Dnerirten zu befreiende vermacht ist: l. 57 D. leg. I., sowie in der Person derer, welche aus fremdem Delikte haften u. gegen den Kläger Cession der actio wider den Delinquenten verlangen können: l. 6 §. 4 D. naut. 4, 9 — ferner Fälle in denen sich das Verlangen nach Cession als Gegenanspruch des Beklagten ex eadem causa in dinglichen Klagen darstellt u. ordentlichweise (d. i. abgesehen von der etwa eintretenden s. g. fingirten Cession) nur retentionssweise geltend machen läßt: l. 63 D. r. v. 6, 1 cf. l. 69 eod. — etwas ähnliches möglicherweise bei persönlichen Klagen: l. 14 §. ult. D. servo corr. 11, 3.

14) in dinglichen Klagen, soferne die Cession von Aktionen als einer causa rei in die Restitution fällt: l. 40 §. 2 D. her. pet. 5, 3 l. 61 D. adm. tut. 26, 7 cf. l. 21 D. r. v. 6, 1, oben §. 170 Anm. 2—4, — in persönlichen Klagen, insoferne irgend eine actio des Beklagten als eine Art Bereicherung auf Kosten des Klägers erscheint u. cedirt werden muß, wenn Absolution eintreten soll: l. 3 §. 1 D. tribut. 14, 4.

15) Ohne Grund spricht man hier von „nothwendiger“ Cession Mühlenbruch §. 37; oder man müßte die Tradition, welche ex vendito etc. erfolgt, als „necessaria traditio“ auszeichnen. Daneben spricht man von „Zwangsverbindlichkeit zur Cession vermöge gesetzlicher Vorschrift“ s. z. B. Vangerow, §. 574 Anm. 4; allein diese gesetzliche Zwangsverbindlichkeit löst sich größtentheils in gemeine Obligationen u. dingliche Ansprüche auf.

16) Dies war in den oben Anm. 12—14 agff. Fällen nicht schlechthin oder überall der Fall (vgl. Mühlenbruch §. 14, 1, §. 44; Windscheid Actio §. 20 — gegen Buchta, P. §. 281, Arndts P. §. 255, Savigny, Oblig. I. S. 246, Seuffert, pract. P. R. §. 298 Anm. 8; hinwider E. A. Seuffert in eben dieser Anmerkung in med.); so z. B. hat der zahlende Bürge gegen seinen Mitbürgen ohne Cession der Klage keine utilis actio (l. 11 C. fidej. 8, 40 (41) vgl. oben S. 192. 3. a.), der Prinzipal aus dem Kaufe seines Procurators nur actionem mandati auf Cession der actio ab evictionem, nicht utilem actionem (l. 49 D. a. v. a. p. 41, 2 cf. l. 68 D. procur. 3, 3). Allein in nicht wenigen jener

„gesetzlicher“¹⁷⁾, bald von „fingirter“¹⁸⁾ Cession. Allein zum Unterschiede von der utilis actio, welcher eine nominis datio zu Grunde liegt, und welche dem Cessionar „zusteht“¹⁹⁾, sind

Fälle ward es unter Umständen, in einigen ohne weiteres der Fall. Nur causa cognita bekommt der Prinzipal utiliter die Klage, welche ihm der procurator erst cediren sollte: jedoch wie es scheint auf die bloße Konstatirung des Vertretungsverhältnisses hin bei praetorischen Stipulationen (l. 18 §. ult. D. damn. inf. 39, 2 l. 5 D. stip. praet. 46, 5); bei freiwilligen Stipulationen zc. nur wenn außerdem die Sache des Prinzipals auf dem Spiele stand: l. 5 cit. — ut . . dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis ejus venditis — l. 2 D. instit. 14, 3 „— si modo aliter rem suam servare non potest“, oder wenn der Schuldner vor den Augen des Prinzipals an dessen Procurator versprochen hatte (l. 79 D. v. o. 45, 1), oder wenn der Prinzipal Mündel, der Vertreter Tutor oder Curator war und aus den Geldern des Mündels Forderungen erworben hatte (l. 2 D. quando ex facto tut. 26, 9 l. 9 pr. D. adm. tut. 26, 7); wo ohne Vertretungsverhältniß ein Anspruch auf Cession besteht, finden wir utilem actionem ohne Cession nur, wenn die Röhzung zur Cession (mittels Retention) versäumt ist u. ohne Gewährung der utilis actio eine captio vorläge: l. 63 D. r. v. 6, 1 l. 57 D. leg. I, hieher wohl auch l. 1 §. 13 D. tut. et rat. 27, 3 u. l. 2 C. contr. tut. 5, 58. Ohne weiteres finden wir utilem actionem des Prinzipals aus Kontrakten des Procurators, wo umgekehrt auch utilis ad exemplum institoriae actionis gegen den Prinzipal geht: l. 13 §. 25 D. a. e. e. v. 19, 1; ferner des Prinzipals aus der cautio judicatum solvi u. der Judikatsforderung des Procurator: l. 28 D. proc. 3, 3 cf. l. 7 C. Th. cogn. et proc. 4, 12. — Nicht unter diese Fälle der s. g. fiktischen Cession rechnen wir den in l. 1 C. o. e. a. 4, 10; wenn er je ächt sein sollte (Salpius S. 398), wie als Satz der Compileratoren, ist er als actionis datio zu denken (S. unten Anm. 19). — Wenn Mühlenbruch S. 474 hier „ohne Cession“ klagen läßt, so ist damit nicht der Uebergang der Klage, sondern nur die geschäftliche Cession negirt, Karstens Ausholung S. 67 fgg., also wohl unbegründet.

17) Mühlenbruch, S. 470 fgg. Buchta P. §. 281 („cessio legis“).

18) Karsten, fingirte Cession S. 4, Savigny, Obligr. I. S. 246.

19) Dieses Wort („actio utilis tibi competit“) kommt merkwürdigerweise für einen Fall vor, in welchem man eher an dekretale Gewährung als an ediktale Zuständigkeit denken möchte (l. 1 C. o. e. a. 4, 10. Gord. a. 242); Mühlenbruchs (S. 195) u. Salpius (S. 393) Einwendungen gegen die Authentizität jener Worte an dieser Stelle verbieten darum gewürdigt zu werden (s. oben Anm. 16 gegen Ende); hingegen aber auch Krasnopolski's Verweisung auf die l. 2 C. eod. (S. 17). Die Sache selbst daß hier utilis actio zustehe (vgl. Mühlenbruch S. 179 im Zusammenhalte mit S. 180 Abs. 1), ist am direktesten widersprochen von Karsten (a. a. D. S. 83), indem sie nach seiner Ansicht überall erst „durch den Praetor ertheilt“, vor dieser Ertheilung die Cession (trotzdem der entscheidende Moment für sie in jenes materielle Rechtsgeschäft allerdings verlegt worden sei) denn auch „nicht ganz beschafft“ war. Allein so gewiß die utiles actiones aus der emptio bonorum, und aus dem SC. Trebellianum nicht dekretal, sondern ex edicto oder ex Senatus consulto begründet waren, so wenig wird es den utiles actiones aus unseren Epe-

diese ferner liegenden *utiles actiones* größtentheils von dekretaler Natur ²⁰⁾, mithin auf keiner „gesetzlichen“ Cession, vielleicht überhaupt auf keiner Cession, auch keiner fingirten, beruhend ²¹⁾. Dekretal können sie vor ihrer Dekretirung nicht „zustehen“; ob sie zu dekretiren seien, wird nach der Zeit der Rogation zu bemessen sein ²²⁾. Keinesfalls eine Cession bewährend

zialcessionen an einem allgemeineren Grunde gefehlt haben. Freilich an ediktale Proposition ist in der spätklassischen Zeit, in der diese Spezialcessionen aufkamen, nicht zu denken; wohl dagegen an Reskripte (Mühlenbruch S. 180), auf deren Grund der Magistrat die *utilis actio* zwar „ertheilte“ (z. B. l. 5 l. 8 C. hered. v. 4, 39 — „*utilis persecutio tribuitur*“), allein so nothwendig ertheilte, als er je eine ediktaliter proponirte *actio* ertheilte (*tribui placuit* — *tribuitur*), und auf deren Grund die Partei ein so gutes Klagerecht hat, als ob sie *ex lege*, *Senatus consulto*, *edicto magistratum* und als ob sie direkt *suo nomine* berechtigt wäre (arg. z. B. l. 5 C. quando fisc. 4, 15 — *experiri potest suo . . . nomine utili actione, recte utetur* — l. 18 C. legat. 6, 37 — *directas quidem actiones habere non potest; utilibus autem suo nomine experietur*). Anstatt der Reskripte sind, besonders für ältere Fälle, *responsa prudentium* zu denken, arg. z. B. (l. 5 cit. — *placuit cf. l. 9 pr. D. adm. tut. 26, 7* — *quo casu Julianus saepissime scripsit utilem actionem pupillo dandam* —). Uebrigens denkt Karsten, trotzdem er *actionem* erst in *jure* ertheilen läßt, unseren Quasigläubiger doch schon mit der Denunciation an den Schuldner forderungsberechtigt (S. 84 Anm. 1).

20) Von den in Anm. 16 enthaltenen Fällen scheint nur die *utilis a. des* Prinzipals aus dem Gestum des *procurator praesentis* (l. 79 D. v. o. 45, 1 — *competit*), dann die aus der *cautio jud. solvi* u. *Judikat* (l. 28 D. proc. 3, 3) u. aus dem quasijust. Gestum des *Procurators* (l. 13 §. 25 D. a. e. e. v. 19, 1 — *competit*, ferner die des Mündels (l. 9 pr. cit. — *scripsit esse dandam* —) an *fine causae cognitio* geknüpft. — S. namentlich das *praetorische auxilium* in l. 63 D. r. v. 6, 1 und die *jurisdictio praesidis* in l. 57 in f. D. leg. I.

21) Man weiß nicht, ob diese *utiles aa.* fingirte Klagen waren, geschweige denn was in ihnen fingirt wurde. Denkt man an Fiktion, so ist auch die, daß der Prinzipal (*dominus*, Mündel) selbst kontrahirt habe, möglich. Nur in den wenigen Fällen in denen diese *utilis actio* außer der Vertretung vorkommt (Anm. 16), wäre eine andere Fiktion als die der Cession kaum denkbar.

22) Vgl. Mühlenbruch S. 187 Abs. 1. Dagegen Savigny, Obligr. I. S. 249 „— diese Auffassung ist ohne Grund. Vielmehr ist die fingirte C. in Gedanken in die Zeit zu versetzen, in welcher die rechtliche Nothwendigkeit der Cession begründet wird, in welcher also die wirkliche Cession erzwungen werden konnte, welches nun der dazu Berechtigte im Vertrauen auf unsere Rechtsregel unterlassen hat. Ist sie einmal in dieser Zeit entstanden, so kann sie durch später eintretende Thatsachen nicht wieder entkräftet werden“. Hiezu soll sprechen 1) l. 1 C. o. e. a. 4, 10 (welche gerade in Ansehung ihrer *utilis actio* nicht unverbächtig ist — u. wenn ächt, von keiner dekretalen, oder fingirten, sondern von einer *utilis actio* erster Ordnung d. i. von einer gegen Zahlung cedirten *actio* spricht (Anm. 19 u. Anm. 16 gegen C.); 2) l. 57 D. leg. I., wegen der Schlußworte *quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per*

sind diejenigen *utiles actiones*, welche aus f. g. Verträgen zu Gunsten Dritter vorkommen²³⁾; geschweige denn diejenigen persönlichen Klagen, welche man dem nachrückenden Pfandgläubiger, Käufer oder Zahler bei der f. g. hypothekarischen Succession gibt; denn daß diesem Successor überhaupt eine persönliche Klage zustehet ist unerwiesen²⁴⁾. —

Hätte schließlich noch im römischen Rechte selbst die Cession der Forderungen direkten Uebergang der *actio* nach sich gezogen²⁵⁾, so wäre schwer zu denken, daß der Cessionar nicht direkt Gläubiger geworden sein sollte²⁶⁾; dann würde man

jurisdictionem ei praestabitur — womit aber doch wohl nicht gesagt ist, daß ihm etwa auch dann „*actiones exhiberentur*“, wenn sie jetzt verjährt wären, damals dagegen noch anstellbar waren. — oder daß in anderen Fällen *utilis actio* defretirt würde, wenn Kläger jetzt ohne sie *rem amissurus non sit*, während er damals *rem amissurus* war u. s. f.

23) Wenn bei solchen Verträgen „derjenige, der die Leistung an den Dritten ausbedingt, gar nicht die Absicht hat, für sich selbst ein Forderungsrecht zu gewinnen“ (Unger, Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 10 S. 77), und in Anbetracht des dem Dritten Bedungenen ein Forderungsrecht auch nicht gewänne, dann könnte die *utilis actio*, welche dem Dritten in den gewissen Fällen zustehet, unmöglich der Ausdruck für eine cedirte Forderung sein, und unsere Frage wäre in der Weise erledigt, wie es nach Karsten S. 109 der Fall sein sollte. Allein mehrfach steht nicht nur dem Dritten *utilis actio*, sondern auch dem Passizenten eine *directa actio* aus seinem Gebinge zu (l. 13 pr. D. pign. act. 13, 7. l. 3 C. donat. quae sub mod. 8, 55. l. 8 C. exhib. 3, 42 (woferne man diesen Fall gegen Unger a. a. D. S. 46 unter die Verträge z. G. D. rechnet) cf. Paul. R. S. II. 12 §. 8); hier wäre eine fingirte oder dergl. Cession möglich, u. wird eine solche denn außer den Aelteren auch noch von Mühlenbruch S. 96—100, Buchka, L. v. d. Stellv. S. 113, Schmid, a. a. D. S. 460 fg. u. U. angenommen. Indessen liegt es überall hier näher, in der *utilis actio* diejenige Forderung gewährt zu sehen, welche Passizent dem Dritten erwirkt haben wollte (l. 3 C. cit. — *utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere* —; das ist aber nicht die Forderung die er selbst erwirkt, sondern eine welche dem Dritten unmittelbar aus dem pactum entspringen soll.

24) Schon die Glosse zu l. 29 D. fam. herc. 10, 2 bemerkt: — *illud est certum, personali cessa et hypothecariam transire — sed econtra forte non est idem*. Vgl. ferner Keller gegen Bachofen in Richter's u. Schneiders Jahrb. Bd. XII S. 1012.

25) wie dies das von Arndts §. 254 Anm. 5 hervorgehobene „*actionem transferre*“ — dazu Rubr. C. ne liceat pot. 2, 13 (14) u. Schmid II. S. 173 Anm. 22., ferner das „*cessio actionum*“ l. 33 pr. C. don. 8, 53 (54) (Justinian) zu bezeugen scheint — nicht minder der Umstand „daß in den uns erhaltenen auf die Cession bezüglichen Constitutionen jener Zeit von dem doppelten Klagrecht des Cessionars (*alieno u. suo nomine*) keine Spur ist“ (Krasnopolski S. 19 u. dessen Bemerkung gegen die von Schmid allegirte Stelle aus Theoph. IV. 10. 2).

26) Krüger (l. 23 pr. C. mand. 4, 35 Justinian.) liest freilich *cre-*

auch schwer umhinkönnen, den debitor cessus als Schuldner nunmehr des neuen Gläubigers zu denken²⁷⁾, trotzdem hinter jeder Schuld eine Haftung steht (§. 35 unten fg.; §. 212; S. 848 oben) — ein Ding, welches wenigstens da wo es nichts als Haftung ist, nicht cedirt wird (s. §. 285 nro 5). Indessen wenn sich ein Vorgang der gedachten Art noch aus dem römischen Rechte selbst nicht erweisen²⁸⁾, höchstens vermuthen läßt²⁹⁾, so steht der direkten Cedirbarkeit doch kein unüberwindliches logisches Bedenken entgegen³⁰⁾, und die gemeine Rechtsanschauung von heute ist für sie. Mit der direkten Cedirbarkeit wird aber ein direkter Forderungsübergang nur für den Fall da der Gläubiger selbst, oder wer für ihn Vollmacht

ditores (κατὰ ποδ. zu Basil. XIV, 1, 85), anstatt des creditorem Anderer (j. B. Arndts a. a. D.).

27) die Lesart creditorem in l. 23 pr. C. cit. (Anm. 26) mag dazu beigetragen haben, daß Arndts die Cession auch noch nach r. R. als „wahre Uebertragung“ der Forderung auf einen „anderen Gläubiger“ erscheinen läßt (§. 254 zu Anm. 5), wiewohl er sich gegen die Singularsuccession in Forderungen eher ablehnend verhält (§. 254 Anm. 5 a. G.), das Wesen der Cession in einer Uebertragung bloß der Ausübung des Forderungsrechtes erblickt (§. 254 S. 439, 9. Aufl.), und so denn auch nirgends herkommen läßt, daß er den debitor cessus als „Schuldner des neuen Gläubigers“ betrachte. Entschieden trennt Bähr (S. 360 fgg.) die Forderungs- von der Schuldseite, indem er in der Cession einerseits eine „Singularsuccession“ des Cessionars in das Gläubigerrecht (vgl. namentlich S. 413 oben mit S. 360 fg.), andererseits aber doch nur eine procuratorische Berechtigung des Cessionars gegenüber dem Schuldner (S. 361), den Schuldner also trotzdem Cessionar Gläubiger geworden ist, auch jetzt noch dem Cedenten u. nur diesem obligirt denkt (S. 361); oder ist Cessionar trotz dem „Eigenthum an der Forderung“ u. der „Singularsuccession“ nicht Gläubiger geworden? — Ueberwiegend denkt man seit Mühlensbruch auch die Cession des heutigen Rechts als die Berechtigung zur Ausübung der Forderung. Für Cedirung der Forderung selbst (Singularsuccession) haben sich erklärt: Delbrück, Uebernahme fremder Schulden 1853, Windscheid, Aktio u. Pandd. §. 329. Seuffert, §. 297 Anm. 4 („im heutigen Rechtsbewußtsein des Volkes stellt sich die übertragene F. als eine dem Cessionar eigene ebenso dar wie eine veräußerte körperliche Sache als Eigenthum des Erwerbers“) Rudorff zu Puchta §. 280 a., Bruns in Holkenb. Encycl. S. 398, Calpius Nov. S. 345. Vgl. mein krit. Bl. nro. 2 S. 43.

28) s. j. B. das actionem transferre auch schon in l. 35 §. 4 D. c. e. 18, 1.

29) Am entschiedensten spricht sich für diesen Vorgang Krasnopolski aus: §. 8, insb. a. G.

30) Es handelt sich darum, so wie das römische Recht den Erben in locum defuncti bezüglich aller seiner Vermögensrechte succediren läßt, den Cessionar in locum creditoris bezüglich dieser seiner Forderung einrücken zu lassen.

hat, die Forderung dahin gibt; wo Jemand außerdem den Schuldner eines Anderen zu belangen berechtigt wird (Anm. 16—18), ist immer noch utilis actio, noch immer kein direkter Forderungsübergang vorhanden, wenn mit jener utilis actio gleich auch hier im eigenen Namen geklagt wird.

§. 285.

Unabhängig von der Frage, ob Cessionar direkter Gläubiger, oder zwar Nichtgläubiger, dagegen über die cedirte Forderung kraft eigenen Rechtes u. ausschließlich dispositio befugt und auf ihren Belang klageberechtigt, — gleichviel auch, ob er dieses Recht unmittelbar von dem Gläubiger (durch actionis, nominis datio, direkte und wirkliche Cession §. 284 S. 392), oder ob er es erst mittelst des Gerichtes, durch Defret (§. 284 Anm. 16. 20 vgl. Anm. 19), oder aber auf Grund eines bloßen Anspruches auf Cession ipso jure (vielleicht unter Fiktion einer Cession — §. 284. Anm. 20. 21) erlangt hat, — besteht die Folge, daß er

1) von dem Augenblicke der Zuständigkeit oder Verleihung der Klage an in Ansehung der Forderung so wie klageberechtigt nun auch im Uebrigen dispositio befugt ist¹⁾; — daß er

2. von jetzt an alles Recht aus der Forderung allein und mit Ausschluß des Gläubigers hat²⁾; — daß er

3. dieses Recht zwar derivativ hat, indem die Forderung welche er geltend macht oder um die er den Schuldner belangt,

1) arg. l. 13 §. 1 D. pact. 2, 14 (§. 284 Anm. 5 a. G.); in Betreff der Weiterveräußerung arg. l. 33 §. 1 C. don. 8, 53 (54) (Substitutionsvollmacht) Der procurator i. r. s. konnte mit der cedirten Forderung post lit. c. gegenüber seinem (widerklagenden) Gläubiger kompensiren (l. 18 pr. D. comp. 16, 2, Mühlensbruch S. 612). Daß gleichwol schon der procurator i. r. s. auch ante lit. c. kompensiren konnte, interpretirt G. A. Seuffert (a. a. O. 5); jedenfalls für den Cessionar mit utilis a. muß dies angenommen werden. Daß ein Dritter, der einen Beklagten mit seiner (des Dritten) Forderung zu kompensiren ermächtigt (l. 18 §. 1 eod.), heute überall schon stillschweigend cedire, Beklagter also wirklich kompensiren könne (Bähr, Jahrb. f. Dogm. I), wird nicht angenommen von Dernburg Comp. 2. Aufl. S. 378 fg. u. beanstandet von G. A. Seuffert a. a. O. S. 162.

2) s. im Allgemeinen oben §. 284 Anm. 2. 3 insonderheit zu l. 2 §. 5 l. 23 §. 1 l. 20 pr. l. 6 D. h. t. G. A. Seuffert in §. 297 Anm. 4 S. 161 von Seufferts pr. Pandr.; zu l. 20 pr. cit. auch Windscheid, §. 331 Anm. 11.

dieselbe ist, welche Cedent hatte oder ipso jure noch hat, einerseits also mitsamt ihren Accessionen³⁾ und Privilegien⁴⁾, andererseits aber auch mit den gegen sie selbst begründeten Exceptionen und Einreden⁵⁾ fortbesteht — daß er aber

4. dasselbe Recht im eigenen Namen hat (§. 284 Anm. 7 a. E. u. Anm. 8), nicht in dem des Cedenten⁶⁾, mithin Privilegien, welche personae sind und nur dem Cedenten zustunden, nicht in Anspruch nehmen (Anm. 4), hinwider Exceptionen und Einreden, die der Person gelten, um deswillen weil sie den

3) Pfandreht: l. 6 l. 7 C. o. e. a. 4, 10 cf. l. 14 §. 1 C. fidej. 8, 40 (41) l. 6 D. her. vend. 18, 4 l. 34 pr. D. leg. III; nicht hieher gehört die der hhp. Succession geltende l. 2 C. de his qui in prior. 8, 18 (19) — Bürgschaft: l. 23 pr. D. her. vend. 18, 4 — adjektive Haftung: l. 14 pr. eod. — Zinse: arg. l. 34 pr. D. leg. III.

4) man sollte denken nur privilegia causae (§. 72. 3), und dem entspricht auch l. 42 D. adm. tut. 26, 7 — in rem s. p. datus privilegium pupilli (cf. l. 19 §. 1 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5) non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem (cf. l. 68 l. 196 D. r. j. 50, 17). Allein gestützt auf l. 43 D. usur. 22, 1 (über welche Stelle näheres oben §. 244 Anm. 3) u. l. 7 C. priv. fisci 7, 73, wornach Zins- u. Prioritätsprivilegien des Fiskus auf Cessionare übergehen, nimmt man gleichwol überwiegend an, daß privilegia personae nicht minder als privil. causae auf den Cessionar übergehen können. Den verschiedenen Vermittlungsversuchen (Mühlenbruch S. 566 fgg., Schmid II. S. 125 fgg., Buchta, Weiske's Rechtsl. III. S. 658 und mit diesem Windscheid §. 332 zu Anm. 10, Euffert §. 301 zu Anm. 2) kann man die Frage zur Seite stellen, ob die Privilegien fiskalischer Forderungen nicht privilegia causae seien?

5) arg. l. 5 D. her. vel act. vend. 18, 4 u. im allg. Bb. 1 S. 372 Abs. 1, Mühlenbruch §. 60 — insonderheit auch mit der ipso jure eingetretenen Kompensation, wiewohl diese keine Aufhebung und l. 23 §. 1 D. her. vend. 18, 4 kein Argument ist. Vgl. unten §§. 287. 288. Dernburg Comp. 2. Aufl. S. 406 Anm. 2. Eisele, die Comp. S. 305. c. — namentlich auch für den Fall, da die Forderung des Cedenten zur Zeit der Cession noch nicht fällig war: Eisele S. 309. 2.

6) worauf eigentlich Bähr a. a. O. zurückkommt, wenn er a. a. O. S. 180 der Cession immer noch „im Wesentlichen die Natur des mandatum ad agendum“ zuspricht; desgleichen Arnolds §. 256 Anm. 6, der ihm beipflichtet und schon früher Vangerow §. 575 ab init., etwas anders Franke über die dem Cessionar aus der Person d. Cedenten zustehenden Einreden (Arch. f. civ. P. Bb. 16 S. 431): „der Cessionar verfolgt die D. des Cedenten“ und „klagt aus dessen Recht“. S. dagegen oben §. 284 Anm. 8, Windscheid §. 332 Anm. 2. — Belege dafür, daß der Cessionar suo nomine klagt, haben wir freilich nur für die utilis actio aus nominis datio: allein daß in anderen Fällen alieno nomine geklagt worden sei, ist ungleich schwerer zu denken als das Gegentheil.

Cedenten trafen, nicht erleiden darf⁷⁾, auch Kompensation mit Gegenforderungen, welche gegen den Cedenten zur Zeit der Cession noch nicht begründet oder noch nicht fällig waren, sich nicht gefallen zu lassen braucht⁸⁾, dagegen mit der cedirten Forderung, sobald sie fällig ist, so gut kompensiren als klagen kann (Anm. 1); daß ihm in Ansehung der cedirten Forderung seine persönlichen Privilegien so gut zu statten kommen wie bezüglich jeder eigenen Forderung⁹⁾, umgekehrt aber auch Privilegien des Schuldners gegen seine Person entgegenstehen¹⁰⁾.

7) *Exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios* — l. 7 pr. D. exc. 44, 1. Nicht aus dem Gesichtspunkte, daß Cessionar nur als Procurator des Cedenten erscheine (Anm. 6), wohl aber aus dem „daß durch die Cession der F. die Lage des Schuldners rechtlich nicht verschlechtert werden dürfe“ wurde die Zuständigkeit auch der personae coh. exc. früher vertheidiget (Franke, S. 419). Allein muß der Schuldner sich nicht der justitia distributiva fügen, die dem Schuldner ebensowohl Vortheile als Nachtheile aus der Cession erwachsen läßt? (s. Anm. 4 u. l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. 8, 6 — nec fit ulla injuria ei etc.). Vgl. Windscheid §. 332. Anm. 2. Die Schwierigkeit der Frage beginnt indessen erst bei den einzelnen Fällen. Denn so sehr es sich empfiehlt, daß Einreden die der Schuldner einst aus Acht u. Exkommunikation (vgl. Franke S. 420 zc.), neuerdings aus der Fremdenqualität des Cedenten (wegen Nichtcaution) ableitet, den Cessionar nicht treffen (Puchta S. 661), so schwer spricht man demselben die Einrede aus einem in personam des Cedenten geschlossenen pactum de non pet. ab (Franke S. 424 unten u. fg.). Gerne befreit man ihn von der Einrede der Competenz, wo diese nur in der Person des Cedenten ihren Grund hat (vgl. Schmid II. S. 411 α gegen Bangerow §. 575 Anm. 1, S. 117. 3, Windscheid §. 332. 1); nicht unbedenklich hinwider ist es den Satz daß auctoris dolus emptori non objicitur (l. 4 §§. 27–34 D. doli m. exc. 44, 4) auf die Cession anzuwenden, trotzdem exc. doli (zum Unterschiede der exc. metus) in personam ist (l. 4 §. 33 eod. Franke S. 430 fgg.). Diese und andere Fälle dürften aber schließlich doch nur dazu führen, daß Persönlichkeit u. Sachlichkeit der Exceptionen je nachdem es sich um Forderungen oder in rem actiones handelt verschieden bestimmt wird; durch den dolus praeteritus mag z. B. die hereditatis petitio in l. 4 §. 28 eod. unberührt bleiben; eine durch ihn erschlichene Forderung ist peremptorisch afficirt. Vom bloßen dolus praesens läßt sich dasselbe nicht sagen (vgl. den von Franke S. 424 agf. Zanger tract. de exc.).

8) Dernburg, S. 409, Eisele, Komp. S. 306, S. 308. I. Anders bei Gegenansprüchen ex eadem causa, welche zur Zeit der Cession noch nicht entsprungen, allein kontraktlich oder quasikontraktlich schon begründet waren. Dernburg a. a. O. Abs. 2. —

9) Schmid II. S. 387 Abs. 1, Windscheid §. 332. 2 Abs. 2. — gegen Mühlenbruch §. 58, welcher unseren Satz jedoch nicht durchaus negirt: S. 582.

10) Mühlenbruch §. 60, Schmid II S. 406 B.

5. Gegenstand der Cession sind nirgends bloße Haftungen¹¹⁾; am häufigsten Schulden, möglicherweise aber auch bloße Verbindlichkeiten¹²⁾, diese dann aber nur mit den *ex eadem causa* entsprungenen Gegenansprüchen (Anm. 8). Nicht minder als persönliche sind aber auch dingliche Ansprüche cedirbar und Gegenstand einer ebensowohl freiwilligen als erzwingbaren oder durch Verleihung der *actio* zu ersetzenden Cession¹³⁾.

Nur auf die freiwillige Cession, und auf diejenige, welche auf Grund einer kontraktmäßigen Obligation zur Cession stattfindet, kann sich beziehen was man

1. von der Haftung des Cedenten für Existenz und allenfalls auch Bonität der Forderung (*nomen esse, bonum esse*) lehrt¹⁴⁾. Auch ist diese Haftung ihrer Art nach verschieden, je nachdem die Cession freiwillig oder auf Grund einer Obligation stattfindet.

a. Findet die Cession freiwillig, d. i. entweder ohne voraufgehende Obligation oder sonstige Nöthigung (§. 284 Anm. 12—14), oder doch ohne Obligation zur Cession gerade dieser Forderung statt, so ist die Haftung des Cedenten Eviktionshaft¹⁵⁾. Denn dann ist die Cession nicht nur (*nominis*) *datio*

11) was im Allgemeinen durch den Titel *de hereditate vel actione vendita* — durch den Sprachgebrauch der *nominis venditio, datio, actionem, debitum transferre, actione cedere* u. a. m. belegt, und aus dem Umstande erklärlich ist, daß denkbareweise nur Rechte cedirbar sind, bei bloßer Haftung z. B. *ex mandato, societate* irgendwelche Rechte, Ansprüche noch nicht geboren sind (§. 212. §. 215. 2. §. 217. 1. 2). Würde gleichwol bei bloßer Haftung cedirt, so könnte als Gegenstand der Cession nur *futura actio* cedirt sein — was ohne Zweifel angeht (vgl. l. 8 §. 2 D. nov. 46, 2). Fälschlich führt Mühlenbruch die Uncedirbarkeit der Haftungen *ex mandato* etc. auf Persönlichkeit der Obligation zurück (s. unten Anm. 26 —); die sehr bestrittene Frage, „ob ein Obligationsinteressent das aus einem gegenseitigen Vertrage ihm zustehende gesamte Recht (z. B. ein Miethsman) durch Cession auf einen Anderen übertragen könne (der Vermiether den Cessionar als den Miethberechtigten anzusehen habe) verneint Mühlenbruch S. 310 u. G. mit Recht; der Grund aber liegt u. G. darin, daß der Miethsman nur seine Klagen, d. i. nur die in Schulden erwachsenen Obligationen des Vermiethers, nicht aber dessen Haftung von sich auf Andere übertragen kann.

12) z. B. *actio depositi* u. a. m.

13) S. hierüber Windscheid §. 337 u. die dort. Agff.

14) vgl. Seuffert, Pandr. §. 300 „wenn er freiwillig für eine Gegenleistung cedirte“ —

15) — im Gegensatz zu dem Falle sub b. Das gerade Gegentheil lehrt Schliemann, der in Verkennung der dinglichen Grundlage der

— was sie stets ist, wosferne sie durch den Gläubiger, gleich viel ob freiwillig oder gezwungen, geschieht — mithin eine Art dinglichen Geschäftes aus dem allein Evictionshaft entspringen kann (§. 285 S. 334), sondern auch von jener Anfänglichkeit oder Ursprünglichkeit, bei welcher Cedent allein auctor und auctoritatis obligatio behaftet sein kann (a. a. D.)^{15a}). Als eine datio erscheint namentlich auch hier der Verkauf¹⁶) und spontan pflegt namentlich er zu sein. Wegen Nichtexistenz der Forderung ist er niemals nichtig, sine re¹⁷); die Forderung geht nicht minder als das Eigenthum in Factum u. Jus auseinander; was dort die Sache, körperliche Sache, ist hier das Factum der actio, exactio; wie der Verkauf von körperlichen Sachen bei mangelndem Eigenthum keine venditio sine re, so ist der Verkauf von Actionen bei mangelndem Forderungsrecht von Bestand; seine res ist das Factum einer Action, deren Durchsetzung das habere licere; sie, die Durchsetzung, nicht das esse nomen bildet den Gegenstand der Haftung; wohl dagegen wirkt das non esse nomen gleich der Insolvenz des Schuldners (bonum non esse) ein Grund der Nichtdurchsetzung, die Verwirkung der Haft. Was vom Verkauf gilt auch von der Hingabe der Forderung in solutum, zum Vergleich, Tausch, in dotem¹⁸), durch Vermächtniß

auctoritas u. auctoritatis obligatio bei der schlechthin freiwilligen nominis datio keine Evictionshaft annimmt, bei der Cession aus Obligation zu dieser Cession (b. 1) eine annimmt (§. 24 Abs. 1. S. 63 A. S. 68. S. 70). In nominis venditio steht er eine bloße obligatio ad cedendum (§. 63 A.).

15^a) vgl. den cessionis auctor in l. 23 pr. C. mand. 4, 35.

16) s. oben S. 335; §. 284. Anm. 7; — daß Zahlung der Valuta auch hier von Einfluß: l. 14 §. 1 C. fidej. 8, 40 (41).

17) vgl. E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 300 Anm. 5. Dagegen Schliemann S. 64 Abs. 1., der zwischen ipso jure u. ope exc. nichteristenden Forderungen unterscheidet, und dort eine vend. sine re, hier eine mit res annimmt; allein wenn der debitor qui nactus est exceptionem justam nicht mehr debitor ist (desinit esse debitor — §. 106 Anm. 1), so muß das auch für die Cession gelten, der Fall daß debitor non est (l. 4 D. h. t.) sowohl hier wie dort vorliegen, und also gleichmäßig hier wie dort venditio sein oder nicht sein; l. 4 l. 5 D. h. t. l. 74 §. 3 D. evict. 21, 2 fassen den Fall da ein nomen ohne debitor verkauft wird, in's Auge u. wissen wohl von Praestation, aber nichts von Nichtigkeit.

18) Die Cessio in solutum könnte auch als eine j. g. „relative freiwillige Cession“ (s. unten b. 2) aufgefaßt werden: dahin daß Gläubiger

u. Schenkung, nur daß in den letzten drei Fällen eine Evictionshaft an und für sich auch hier nicht besteht (§. 336); hievon abgesehen findet naturaliter Evictionshaft, deren Wirkung aber, wiederum naturaliter, nur für den Fall statt, daß sich die Klage wegen Nichtberechtigung des Auktors als unrealisierbar erwiesen hat¹⁹⁾.

b. Findet die Cession auf Grund einer Obligation zur Cession 1) dieser Forderung statt, so kann Cedent wegen Durchfalls der Klage wiederum haften müssen; allein der Grund der Haftung ist keine auctoritas, sondern jene Obligation, auf welche die Cession dieser Forderung zurückgeht. Je nach ihrer Intention bestimmt sich denn auch, ob der Obligirte lediglich das Factum der Cession^{19a)}, oder zudem die Cession einer existenten Forderung²⁰⁾, oder die Cession einer guten Forderung überdies schuldig war²¹⁾. Eine Regel oder Praesumption besteht diesfalls nicht. Findet dagegen 2) die Cession auf Grund einer Obligation statt, welche nur auf Vermögenszuwendung überhaupt (z. B. dotis constitutio) — oder zwar auf Cession, aber nur einer in genere bestimmten Forderung

zwar auf Grund einer Obligation, aber ohne zur Cession obligirt zu sein, cedirt. Möglich ist auch daß von den verschiedenen Behandlungen der in solutum datio, denen wir in den Quellen begegnen (§. 280 Anm. 12), eine diesen Ausgangspunkt nimmt (S. zu denselben auch Schliemann S. 46—55); allein eine andere faßt diese Vergabung als einen Verkauf, und darnach ist die cessio in solutum ein schlechthin freier Handel, die Schuld nicht causa warum, sondern Valuta wofür Cedent seine Forderung abtritt.

19) Gegen die alte Regel, Cedent hafte für esse nomen, nicht auch bonum esse ist Schliemann mit Erfolg aufgetreten, vgl. Windscheid §. 336 Anm. 4, Arndts §. 257, Baron, Pandd. §. 251 — — auch nicht ohne Grund, insoferne man dieser Regel alle und jede Haftung des Cedenten, ohne Unterscheidung freiwilliger u. anderer Cession unterwerfen wollte. Allein für die Fälle, da diese Haftung Evictionshaft ist, dürfte es bei der alten Regel immerhin sein Bewenden haben (l. 4 l. 5 l. 74 §. 3 citt.).

19^{a)} nur dieses kann praesirt werden sollen, wo eine actio unter die zu restituirende causa rei gehört oder Beflagter eben herauszugeben hat was er hat: vgl. G. A. Seuffert a. a. D. Anm. 4 zu l. 31 pr. D. a. e. o. v. 19, 1; weitere Fälle s. in §. 284 Anm. 12, namentlich auch in der hereditatis venditio (vgl. S. 339).

20) wie überall, wo sich jemand kontraktlich zur Cession einer gewissen Forderung (vorderhand nur) obligirt und dies aus onerosem Grunde thäte —

21) hieher die von Windscheid §. 336 Anm. 3 nro. 3 angeführte eigenmächtige Geldanlage durch Verwalter —

gerichtet ist²²⁾, so läßt sich schwer denken, daß andere als existente u. wenigstens zur Zeit des Contractes mehr oder weniger gute Forderungen gemeint seien, so daß mit der Cession von nichtexistenten oder uneinbringlichen Forderungen die Obligation schlechthin oder häufig nicht erfüllt wäre²³⁾. Ueberhaupt findet in diesen beiden Arten von Fällen (b. 1 u. 2) da wo die cedirte Forderung kontraktswidrig nichtexistent oder uneinbringlich ist, eine Klage entweder auf Erfüllung oder wegen Nichterfüllung der Obligation, also nicht wegen Eviction statt. Der Umstand daß diese Forderung, oder dieses Genus von Obligationen nach dem Contracte an Güte zurückgeht, kann dem Cedenten nicht zur Last fallen.

In der Evictionshaft und der derselben entspringenden Vertretungspflicht (§. 280 Anm. 21) liegt auch die Verpflichtung zur Bereitstellung der Beweisdokumente, welche äußersten Falles in der Regreßklage, vorher möglicherweise durch *actio ad exhibendum* zur Geltung kommt²⁴⁾; — die obligatio zur Cession obligirt auch zur Leistung dessen was Pertinenz der Forderung ist, und als solche sind Schuldscheine zc. zu betrachten²⁵⁾.

2. Etwelche Forderungen sind aller u. jeder Cession entzogen²⁶⁾; die Verordnung dagegen, daß litigiöse Forderungen

22) diese beiden Arten von Fällen gehören unter die von Schliemann S. 25 B. so genannte relative freiwillige Cession.

23) vgl. Schliemann S. 28 unten u. fgg.

24) arg. l. 3 §. 9 D. ad exhib. 10, 4.

25) welche bei freiwilliger Cession denn auch mit ausgefolgt zu werden pflegen, ja deren Traditio oft geradezu als Cession hingestellt wird: z. B. *chirographum legare* l. 44 §. 5 D. leg. I. l. 59 D. leg. III (*cautiones deferre ad aliquem* l. 2 C. ne lic. pot. 2, 14) Bähr S. 427.

26) ob *actiones vindictam spirantes* (weil sie sich nicht als Vermögensrechte behandeln lassen: Anm. 16 Mühlenbruch §. 26 I. 1., a. b. vgl. oben Bd. 1 S. 280 Anm. 16; weil „ihre Erfüllung nur in Person dieses bestimmten Gläubigers möglich“ sei: Windscheid §. 335 a. u. Anm. 1), ist seit den Glossatoren bestritten; Schmid II. 288 kann sich für die Verneinung auf Scholion 1 Abs. 2 zu Basil. XXIII. l. c. 1 (ed. Heimb. II. p. 586) stützen; — *Personalservitutensforderungen* vgl. l. 4 D. nov. 46, 2 Windscheid a. a. O. Anm. 4 u. andere „*obligationes personae cohaerentes*“ (l. 4 cit.) Mühlenbruch §. 27. II., worunter sich jedoch manches ungehörige einmischt, wie z. B. die Uncedirbarkeit in den Fällen S. 307 l. a. b. nicht in der Persönlichkeit der Obligation, sondern weil sie vorerst in bloßer Haftung beruht, ihren Grund hat s. oben nro. 5. In Betreff der Alimentenforderungen s. denselben S. 329 3; — *accessorische Forderungen*: Mühlenbruch §. 28; s. dagegen Windscheid §. 335 Anm. 15; Forderungen gegen den Haus-

überhaupt nicht²⁷⁾, was immer für Forderungen aber an feinen Mächtigeren²⁸⁾, Forderungen gegen einen Mündel nicht an dessen gegenwärtigen oder ehemaligen Vormund²⁹⁾ cedirt werden sollen, hat nur Sinn in Betracht der freiwilligen Cession, und der auf Grund einer freiwilligen Obligation vorgenommenen Cession solcher Forderungen³⁰⁾.

3. Nur einen einzelnen Fall der freiwilligen Cession, die durch Verkauf, betrifft die *lex Anastasiana* (l. 22 C. mand. 4, 35) und deren Ergänzung (l. 23 eod. Justinian.); erstere läßt den Käufer wider den *debitor cessus* nur bis auf den bezahlten Preis und Zins hieraus klagen³¹⁾, und nimmt außer einigen zwar kaufartigen, aber keine *litis redemptio* bezweckenden Geschäften (§. 2) noch überflüssigerweise die Schenkung ausdrücklich aus (§. 3); letztere dagegen faßt eigens den Fall in's Auge, wo zur Umgehung des Gesetzes ein Theil der Forderung verkauft, der andere verschenkt würde, verbietet, um solche Umgehung des Gesetzes ein für allemal abzuschneiden, die Theilung des Geschäftes in Verkauf u. Schenkung schlechthin (pr.), erklärt die Schenkung für nichtig, u. spricht die Klage aus dem verschenkten Forderungstheil zum Vortheile des Schuldners sowohl dem Cedenten wie dem Cessionar ab (§. 1); dergleichen soll, wenn die ganze Forderung scheinbar verschenkt, in der That verkauft wird, der Ueberschuß der Forderung über

vater konnten an dessen Kind nicht cedirt werden, solange es in der Gewalt stand (l. 7 D. o. e. a. 44, 7); nach neuestem Rechte ist dies nicht mehr unmöglich, wenigleich abgesehen vom kastrensischen u. quasiastr. *Petulum* die Einflagung während des Gewaltverhältnisses unmöglich ist.

27) l. 5 cf. l. 3 C. litig. 8, 36 (37) vgl. oben Bd. 1 §. 100. l. §. 134 Anm. 30.

28) l. 2 C. ne liceat potent. 2, 13 (14) c. 2 X de alien. jud. mut. c. f. 1, 42 „Unter den heutigen Verhältnissen hat das Verbot sehr an Bedeutung verloren“ Windischeid §. 335 Anm. 19; Sintonis gem. Prakt. Civilr. Bd. 2 §. 128 Anm. 40 spricht ihm die Anwendbarkeit überhaupt ab, während er den R. A. v. 1551 §. 79 u. R. P. D. v. 1557 Tit. 29 §. 4 (worin den Juden die Cession von Forderungen, welche sie gegen Christen haben, an Christen verboten ist) nicht bei Seite geschoben haben will, außer wo die Juden den Christen privatrechtlich gleichgestellt sind (Anm. 45).

29) Nov. 72 c. 5. — bei Vermeidung der Nichtigkeit und Verlust der Forderung zu Gunsten des Mündels.

30) Vgl. Seuffert §. 299 Anm. 8 zur Cession litig. Forderungen.

31) — *usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur* — (§. 1).

die bezahlte Valuta dem Schuldner zu statten kommen (§. 2). Weßhalb daselbe nicht auch dann gelten soll wenn lediglich verkauft wird, ist nicht abzusehen³²⁾. Eine naturalis obligatio auf den Rest ließe sich wohl mit dem Worte des Gesetzes³³⁾, dagegen nicht mit seinem strafartigen Charakter und insonderheit nicht mit dem Umstande vereinigen, daß über den bezahlten Preis hinaus auch die Pfänder nicht sollen in Anspruch genommen werden können³⁴⁾. Der Beweis aber, wie viel bezahlt sei, trifft den Käufer³⁵⁾.

7. Beschränkung.

§. 286.

Die Eintreibung von Forderungen (actio, exactio — §. 210 §. 212 §. 216) unterliegt je nach Umständen, theils jure singulari, theils jure communi, bald was die Zeit, bald was den Gegenstand oder den Umfang, bald was die Selbständigkeit des Einschreitens anlangt, gewissen Schranken.

1. Die Forderung kann klagbar und unbetagt (actio nata — Bd. 1 S. 402), und aber vorderhand nichtsdestoweniger inexigibel sein. In diese Lage kommt sie

a. durch ein s. g. Moratorium, welches dem zahlungsunfähigen Schuldner unter Siftirung der Verjährung¹⁾ auf 5 Jahre²⁾ durch ein Indult entweder der Gläubiger³⁾ oder des Regenten⁴⁾ verwilliget wird. Erstereß liegt in der Hand des-

32) vgl. Windscheid §. 333 Anm. 4.

33) l. 20 §. 1 — vel aliquam . . actionem —

34) §. 1 cit. — contra debitorem vel res ad eum pertinentes —

35) Die Permission zur Klage selbst wird nur bis zur Valuta ausgestellt (Anm. 31): darnach läßt sich nicht behaupten „die Uebertragung berechtige an und für sich den Erwerber, die Forderung nach ihrem vollen Betrage einzuklagen; das Gesetz begründet nur ein Hinderniß ihrer rechtserzeugenden Kraft“ (Windscheid §. 333 Anm. 7). Die im Text aufgestellte Ansicht ist die herrschende.

1) l. 8 in f. C. qui bon. cedere possunt 7, 71 — nullo praejudicio . . ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando. Bd. 1 S. 403 Anm. 36 a C.

2) l. 8 cit. — quinquennale spatium — quinquennii dilatio (Quinquennellen) —

3) l. 8 cit. cf. l. 7 §. 17 — l. 10 pr. D. pact. 2, 14.

4) l. 2 l. 4 C. de precib. imperatori off. 1, 19 R. F. D. Tit. 23 §. 4, Bayer, Concursprozeß §. 36.

jenigen oder derjenigen, welche den Mehrbetrag der Forderungen für sich haben; bei gleichem Betrage entscheidet die Mehrheit der Personen, bei gleichem Betrage und gleicher Zahl die dem Indulte günstige Meinung⁵⁾; — letzteres soll nur unter der Voraussetzung Geltung haben, daß die seinerzeitige Bezahlung der Schulden ausreichend verbürgt wird⁶⁾; die gemeine Voraussetzung, daß das Reskript durch keine unwahre Angaben oder Verschweigung von maßgebenden Thatfachen erschlichen sei, gilt selbstverständlich auch hier⁷⁾. — Daß der Schuldner aus dem Moratorium eine Einrede („moratorium praescriptionem“⁸⁾) auch gegen spätere Gläubiger gewinne, ist nur bei landesherrlichem Indulte u. auch hier nur insoferne denkbar, als man dasselbe ausdrücklich hierauf erstreckt, publicirt und von der oben erwähnten Bürgschaft entbunden (Anm. 6) denkt⁹⁾. Dem Bürgen kommt das Privileg des Hauptschuldners zu statten¹⁰⁾; —

b. durch *cessio bonorum*, in Folge deren der Schuldner gegen Forderungen aus der Zeit vor der *cessio* bis auf weiteres durch eine *exceptio* geschützt ist; die Wiederholung der Klage in einer Zeit da der Schuldner wieder zu Kräften gekommen, ist durch diese *exceptio* nicht ausgeschlossen¹¹⁾.

5) I. 8 cit. cf. I. 8 1 9 §. 2 D. pact 2, 14 Summae autem applicare debemus etiam usuras.

6) I. 4 C. cit. S. aber Bayer a. a. D. über die entgegenstehende Praxis.

7) Bb. 1 E. 232. 4; R. P. D. a. a. D.

8) I. 2 C. cit.

9) arg. I. 58 §. 1 D. mand. 17, 1 — cum proponas eum a fuisse etc. vgl. Windscheid §. 276 Anm. 4. — Was vom späteren Gläubiger muß von der späteren Forderung überhaupt gelten. Nur die später laufenden Zinsen werden im Zweifel vom Moratorium mitbegriffen sein. Ueber letztere s. Holzschuher, Cas. III. §. 216. 4.

10) arg. I. 58 §. 1 cit. Vgl. übrigens oben S. 186.

11) I. 3 C. de bonis auct. jud. poss. 7, 72 Gordian, cf. I. 4 pr. §. 1 I. 6 D. cess. bon. 42, 3. Gläubiger, welche sich am Konkurse betheiliget haben, aber nicht befriediget worden sind, können nach §. 152 der R. D. für das d. R. „ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen“. Während des Konkurses aber findet „zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger“ kein Recht auf „Arreste u. Zwangsvollstreckungen weder in das zur Konkursmasse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt“. Umsoweniger wird ein solches Recht den Gläubigern, welche sich am Konkurse nicht betheiliget haben, einzuräumen sein, so daß, wenigstens insoweit, die im Texte angeführte gemeinrechtliche Bestimmung der I. 3 C. cit. (trotz §. 4 des Einführungs-gesetzes zur R. D.) fortbesteht.

2. Durch das *f. g. beneficium dationis in solutum* ¹²⁾ bekommt der Schuldner vom Regenten das Recht, anstatt des schuldigen Geldes mit Immobilien zu zahlen. Voraussetzung ist, daß er sich nicht durch Verkauf Geld schaffen kann ¹³⁾; Modalität, daß er unter mehrerem das bessere, daß er es gegen richterliche Schätzung, und daß er es unter Sicherstellung gegen Eviction an den Gläubiger abtrete. Dergestalt bleibt dem Schuldner die Exekution erspart; der Gläubiger aber würde mehr auch durch die Exekution nicht erzielen ¹⁴⁾. Weitere Begünstigungen sind den Kirchen und milden Stiftungen (*venerabiles domus*) zugestanden ¹⁵⁾.

3. Durch das *f. g. beneficium competentiae* (Rechtswohlthat des Nothbedarfs) erleidet die Beitreibung der Forderung eine Einschränkung im Umfang. Infolge desselben soll der Schuldner, wofern er sich der Rechtswohlthat nicht durch Arglist unwürdig macht ¹⁶⁾, nur „auf so viel als er thun kann“ (*in quantum facere potest*) kondemnirt werden. Hierunter ist jedenfalls nach neuestem Rechte nicht die Praestation von allem was er hat, sondern nur von so viel, als er ohne Schmälerung seines Nothbedarfs entbehren kann, verstanden ¹⁷⁾.

12) Nov. 4 c. 3. pr. §. 1 Auth. Hoc., nisi debitor zu l. 16 C. solut. 8, 43 *Marejoli*, in *Löhrs Magazin* Bd. IV. S. 230, Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 162 fgg.

13) Gegen weitere Vorausss. s. *Windscheid* §. 342 Anm. 12.

14) Diesen Gesichtspunkt so wie den einer *Art cessio bonorum singularis* s. Nov. cit. pr. in med. „*Agnoscant autem creditores etc.*“

15) Nov. 120. c. 6 §. 2. Auth. „*Hoc jus porrectum*“ zu l. 14 C. ss. eccl. 1, 2. Die Begünstigung besteht darin, daß Gläubiger nicht gerade das beste in Anspruch nehmen kann, u. daß er mit $\frac{1}{10}$ Zuschlag zum Schätzwerthe übernehmen muß. Abfindung durch pfandweise Immission u. Aufrechnung der Früchte auf Kapital u. 3% Zinse soll nicht wo möglich (*εἰ μὴ δυνήθῳσι*), sondern nur wenn Gläubiger will (*si noluerit*) platzgreifen.

16) l. 10 l. 22 §. 1 l. 51 pr. l. 52 D. re jud. 42, 1 l. 21 §. 6 D. rer. amot. 25, 2 l. 4 §. 1 §. 2 D. quod cum eo 14, 5 l. unic. §. 7 C. rei ux. 5, 13.

17) l. 173 D. r j. 50. 17. Paul. In condemnatione personarum quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. Vgl. l. 19 D. re jud. 42, 1 Paul. — Imo nec totum quod habet (donator), extorquendum ei puto; sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat —. Das „et ipsarum“ in l. 173 verräth die Hand der Kompilatoren. In l. 19 steht et ipsi im Gegensatz zu den Gläubigern, auf welche gegenüber dem Schenker dadurch Rücksicht genommen (*ratio habita*) ist, daß das

Der Nothbedarf ist ¹⁸⁾ nach der Quantität, nicht nach der Qualität des Vermögens oder Einkommens ¹⁹⁾, fernerhin zwar nicht nach standesmäßigem Auskommen, aber doch nicht ohne Rücksicht auf die Person und Lebensgewohnheit des Schuldners ²⁰⁾ zu bemessen. Auf anderweitige Gläubiger wird bei Bestimmung des Nothbedarfs regelmäßig kein Bedacht genommen ²¹⁾. — Prozeßualisch erscheint dieses Vorrecht als eine *exceptio* ²²⁾, welche nach römischem Rechte gleich jeder anderen noch in *jure*

quantum facere potest nicht wie sonst ohne Rücksicht auf die *Passiva*, sondern *deducto aere alieno* bemessen wird; ein solcher Gegensatz fehlt dem *et ipsarum* in l. 173, wornach wohl an eine (minder vorsichtige) Ueberarbeitung der l. 19 in l. 173 zu denken ist. Darnach wird es aber auch wahrscheinlich, daß Paulus selbst die Einschränkung des *quantum f. p.* auf das was man mit Vorbehalt des Nothbedarfs vermag, noch nicht allgemein beliebte; selbst dem Schenker (dem *pinguius succurritur* — l. 49 D. *re jud.* 42, 1) meint er ihn bloß verwilligen zu müssen (*imo nec totum quod habet extorquendum ei puto*). Also dürfte es erst nach Paulus zu jener allgemein einschränkenden Auslegung des *quantum f. p.* gekommen sein (vgl. Windscheid §. 267 Anm. 1 u. die dort Agff.). Vorausgesetzt indessen, daß die *cessio honorum* mit ihren Vortheilen (worunter Ausschluß der Personaleref.) auch noch dem *Judicatus* zu statten kam, (u. warum sollte dem nicht also sein? — vgl. l. 8 D. h. t. 42, 3) ist der Vortheil, den unser *Beneficium* bei buchstäblicher Auslegung dem Verurtheilten geboten haben soll (Ausschluß der *Perf.-Eref.*), schwer einzusehen, und also möchte man mit Unterholzner (*Schuldvv.* §. 181. d.) annehmen, daß dasselbe von Anfang an auf den Vorbehalt des Nothbedarfs gegangen sei; oder liegt die Vermittlung darin, daß seit der *lex Julia de bonis cedendis* gewissermaßen alle Schuldner durch *cessio b.* das Recht des *quantum f. p.* bekommen hatten, nun aber diejenigen, denen dasselbe von früher her zustand, es allmählig durch ausdehnende Interpretation, in neuer Auflage, als Anrecht auf den Nothbedarf erhielten? In der Person des Schenkers finden wir dieses schon bei Pomponius l. 30 D. *re jud.* 42, 1.

18) nach Analogie der l. 6 D. *cess. bon.* 42, 3

19) d. h. ohne Rücksicht auf den Ursprung u. Zweck desselben — ob es z. B. als *Ususfructus* von einer gewissen persönlichen Qualität ist, oder ob nicht. Was also der Schuldner an Renten, Alimenter etc. hat, fällt in die *Execution*, sofern es den Nothbedarf überschreitet: l. 6 *cit.*

20) Das *egere*, welchem vorgebeugt werden soll (Anm. 17), ist beim Kranken eher als beim Gesunden, bei verschiedenen Ständen etc. verschieden vorhanden. S. übrigens Holzschuher, *Cas.* III, §. 231 nro. 5, *Windscheid* §. 268.

21) Nur bei dem des Schenkers wird eine Ausnahme gemacht (s. die unten Anm. 41 *citt.* II. u. vgl. oben Anm. 17); der Gläubiger aus einem Schenkungsversprechen ist kein so „wahrer“ Gläubiger, als andere, und muß darum auch diesen etwas übrig lassen: l. 49 D. *re jud.* 42, 1. Zwischen mehreren Donatoren entscheidet *Praeventio*: l. 19 *pr.* §. 1 D. *re jud.* 42, 1.

22) l. 7 *pr.* D. *exc.* 44, 1 l. 63 §. 2 D. *pro soc.* 17, 2 l. 17 §. 1 D. *sol. matr.* 24, 3 l. 41 *pr.* D. *re jud.* 42, 1 l. 33 D. *nov.* 46, 2 — ist übrigens unmöglich in Gestalt *exclusorischer* *Exceptionen* denkbar.

oder vor der Litiskontestation, in späterer Zeit mindestens vor dem Urtheil vorgebracht, und also noch im Urtheil berücksichtigt u. anerkannt werden mußte²³⁾, während sie nach heutiger Praxis auch noch in der Exekutionsinstanz zulässig ist²⁴⁾. — Materiellrechtlich ist diese exceptio „personae cohaerens“²⁵⁾, und so denn auch vornherein überall nur aus persönlichen Rücksichten eingeräumt. Und zwar steht sie gewissen Personen als solchen, mithin in allen Klagen und gegen alle Gläubiger zu; oder aber der Schuldner ist ihrer nur wegen seiner besonderen persönlichen Beziehung oder Stellung gegen diesen Kläger theilhaftig. In der ersteren, allgemeinen Weise sind nur die Soldaten privilegiert²⁶⁾; — dagegen haben Kinder die nun sui juris, *Kridare* welche nun wieder zu Vermögen gekommen sind, unser Privileg nur gegen Gläubiger mit denen sie noch als Hauskinder kontrahirt²⁷⁾, oder gegen Gläubiger zu deren

23) Dem daß diese exc. noch in jure etc. vorgebracht werden mußte, steht nicht entgegen, daß sie unter Umständen noch in *actione iudicati* vorgebracht werden konnte (l. 5 pr. D. quod cum eo 14, 5 l. 41 §. 2 D. re jud. 42, 1 l. 17 §. 2 D. sol. matr. 24, 3 l. 33 pr. D. don. 39, 5); rechtzeitig vorgebracht aber und in die Formel (als Kondemnationsklausel) aufgenommen, zwang sie den Richter (der überall auf ein certum kondemniren mußte — Gaj. 4, 52) wenigstens dann eine Vermögensschätzung vorzunehmen, wenn die Mittel des Schuldners zur Deckung der Forderung nicht notorisch ausreichten. Wo sie notorisch ausreichten, allenfalls auch den Nothbedarf überstiegen, konnte von der Kondemnationsklausel selbst Umgang genommen werden (l. 30 D. re jud. 42, 1). Diese richterliche Vermögensschätzung bildet ein Seitenstück zu der des *Peculium*s in der *de peculio actio*; die Klagen auf *quod facere potest* u. *de peculio* werden denn auch anderweitig miteinander verglichen (l. 47 §. 2 D. pec. 15, 1) Ob sich heutigen Tages der Richter anstatt Vermögensschätzung u. Fixirung der Urtheilssumme mit einem Exekutionsvorbehalt (daß dem Verurtheilten nicht alles zu nehmen etc. sei) begnügen darf? (Sintenis, Zeitschr. f. Civilr. u. P. XV. S. 339—341, Francke, Arch. f. Civ. P. XV. S. 403).

24) Auf die in Anm. 23 cit. II. kann man sich hiesür nicht berufen.

25) l. 7 pr. cit. l. 13 D. sol. matr. 24, 3 — *quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur*. Unvererblichkeit: l. 12 eod. l. 24 §. 1 l. 25 l. 41 pr. in f. D. re jud. 42, 1 Richterstreitung auf den Bürgen: l. 24 pr. D. re jud. 42, 1 l. 41 pr. in f. eod. l. 63 §. 1 D. pro soc. 17, 2: es wäre denn daß der *fidejussor* als Defensor intervenirt; Defensoren haben das Benef. des Defensus: l. 63 §. 1 cit. vgl. l. 23 D. re jud. 42, 1 l. 14 pr. D. sol. matr. 24, 3.

26) l. 6 pr. l. 18 D. re jud. 42, 1.

27) l. 2 pr. — l. 7 D. quod cum eo 14, 5 l. 37 §. 2 D. adm. 26, 7 l. 49 D. re jud. 42, 1 — nicht delinquirt (l. 4 §. 2 D. quod cum eo 14, 5) — nicht trügl. als ob sie sui juris wären (l. 6 eod.).

Gunsten sie bona cedirt²⁸⁾ haben; in allen Klagen haben es Eltern gegen ihre Kinder²⁹⁾, Ehegatten unter einander³⁰⁾; in dotis actione hat es nicht nur der Ehemann³¹⁾, sondern auch der Schwiegervater³²⁾, und die Kinder aus dieser Ehe³³⁾, nicht die Erben überhaupt³⁴⁾; in funeraria actione hat es der Ehemann, ob er nun aus seiner dotis obligatio, oder nur subsidiär, als der gewesene Gatte, hafte³⁵⁾; in der Klage aus dem Dotalversprechen hat es strenge genommen nur der Schwiegervater³⁶⁾, und auch dieser nur dann unbedingt, wenn bei bestehender Ehe geklagt wird³⁷⁾; in actione pro socio hat es (jure fraternitatis quodammodo) der Socius³⁸⁾; aus dem Schenkungsversprechen der Schenker³⁹⁾, dieser nicht nur aus dem

28) §. ult. J. act. 4, 6 l. 4 pr. D. cess. bon. 42, 3. Zweifelhaft ob nicht auch gegen neuere Gläubiger, wegen l. 4 § 1 eod. (Thibaut civv. Abhh. nro. 16, Bangerow § 174 Anm. 2); indessen s. Windscheid §. 267 Anm. 8. Nicht auf dieses Beneficium geht l. 3 C. bon. auct. jud. p. 7, 72.

29) §. 38 J. act. 4, 6 l. 54 D. sol. matr. 24, 3 l. 16 l. 17 D. re jud. 42, 1 — ob nicht auch Kinder entgegen den Eltern? l. 30 eod. — quod maxime inter liberos et parentes —

30) l. 20 D. re jud. 42, 1.

31) §. 37 J. act. 4, 6 l. 12 l. 15 pr. l. 17 §. 2 D. sol. matr. 24, 3 l. un. §. 7 C. rei ux. 5, 13.

32) l. 15 §. 2 l. 16 D. sol. matr. 24, 3 l. 21 D. re jud. 42, 1.

33) l. 18 pr. D. sol. matr. 24, 3.

34) l. 24 §. 1 D. re jud. 42, 1 l. 12 D. sol. matr. 24, 3: weshalb denn auch der Vertreter des Ehemannes die exceptio nur bei dessen Lebzeiten hat l. 23 D. re jud. 42, 1.

35) l. 27 §. 1 §. 2 cf. l. 22 — l. 27 pr.; — l. 28 D. re jud. 42, 1.

36) l. 17 pr. D. sol. matr. 24, 3; die Ehefrau und ein dritter Promittent haben es wohl auch; allein erstere hat es nicht um dieser actio willen, sondern nur als Ehefrau (s. oben Anm. 30 u. l. 17 §. 1 eod.); der dritte Promissor hat es nur soferne er donandi causa promittirt hat, mithin nicht als dotis promissor sondern als donator (l. 33 D. j. d. 23, 3). Darnach dürfte l. 33 cit. als lex specialis der l. 84 eod. u. l. 41 pr. D. re jud. 42, 1 vorgehen. (Ander's Windscheid §. 268 Anm. 13. Vgl. Beschnann, Dotalrecht Bd. 2 S. 85, Uygularz, Dotalr. S. 111 fgg.)

37) außerdem nur ex causa et persona: l. 84 cit. cf. l. 21 l. 22 pr. D. re jud.

38) so §. 38 J. act. 4, 6 u. l. 63 pr. D. pro soc. 17, 2, wclch letztere Stelle das Benef. ausdrücklicly auch dem socius unius rei gibt, während es l. 16 D. re jud. 42, 1 auf den socius omnium bonorum einschränkt. Einen neueren Vereinigungsversuch bei Reuter, Zeitschr. f. Civ. u. P. R. F. Bd. 21. 1.

39) l. 19 §. 1 l. 30 l. 41 pr. l. 49 D. re jud. 42, 1 l. 33 D. j. d. 23, 3 pr.

ursprünglichen Versprechen, sondern auch aus dem *constitutum* ⁴⁰⁾, dagegen nicht gegen den *Delegatar* ⁴¹⁾.

Nicht bloß *naturaliter* ist derjenige, dem die *Rechtswohlthat* des *Nothbedarfs* zusteht, das Ganze schuldig (S. 54. 3) ⁴²⁾. Allein einmal auf ein *Minus* kondemniert würde er, Dank der *exceptio rei judicatae*, auf den Rest nicht mehr belangt werden können, wenn derselbe dem *Gläubiger* nicht rechtzeitig durch *Kautio* gesichert wäre ⁴³⁾. Wenn *Praxis* u. *Doktrin* heutigen Tages von dieser *Caution* Umgang nehmen, so läßt sich dies nur durch die *Annahme* rechtfertigen, daß die *Caution* (*nuda promissio*), nicht daß die *Fortdauer* des *Klagrechts* sich von selbst verstehe.

Dieselbe *Schonung*, wie sie in den oben angeführten Fällen *jure singulari* besteht, kann man sich gegen diesen oder jenen *Gläubiger* auch *vertragsmäßig* sichern ⁴⁴⁾. Auf das *vertragsmäßig* erworbene *Schonungsrecht* kann *vertragsmäßig* verzichtet werden, auf das *gesetzlich* zustehende nicht *vertragsmäßig* ⁴⁵⁾.

4. Durch den *Konkurs* der *Gläubiger* erleidet die *Selbständigkeit* ihrer *Forderungen* eine *Einschränkung*. Denn während bis dahin zur *Befriedigung* am nächsten ist, wer zunächst kommt ⁴⁶⁾, so beginnt jetzt unter denselben eine *Art Societät*; die *Befriedigung* ist zur „*communis causa*“ aller *konkurrirenden Gläubiger* geworden ⁴⁷⁾, der *Schuldner* zum „*communis debitor*“ ⁴⁸⁾, sein gesamtes, im *Momente* der

40) l. 33 pr. D. don. 39, 5.

41) l. 33 D. nov. 46, 2 l. 41 pr. D. re jud. 42, 1.

42) l. 47 §. 2 D. pecul. 15, 1 — *universum debet* — ganz anders als der *adjectivisch* haftende *Gewalthaber* (l. cit. vgl. S. 204 b.).

43) l. 47 §. 2 cit. l. 63 §. 4 D. pro soc. 17, 2 So nicht bloß „im älteren Rechte“: arg. l. un. §. 7 C. rei ux. 5, 13; l. 8 C. sol. matr. 5, 18 schließt die *Nothwendigkeit* der *Kautio* nicht aus.

44) l. 49 D. pact. 2, 14.

45) Daß der *Privilegirte* *faktisch*, durch *Nichteinwendung* der *exceptio* c. verzichte, kann nicht ausgeschlossen werden; *vertragsmäßiger* *Verzicht* dagegen ginge wohl überall (*Sintenis*, *Zeitschr. f. Civilt. u. P.* Bb. 15 S. 138 fg.), nicht bloß in dem Falle der l. 14 §. 1 D. sol. matr. 24, 3 *contra bonos mores*.

46) l. 6 §. 7 D. quae in fraudem cred. 42, 8 — *sibi enim vigilavit* — l. 10 §. 16 l. 24 eod.

47) Cic. ad Att. I. 1 §. 3 l. 5 §. 2 D. ut in poss. legat. 36, 4 — *nam is qui possidet, non sibi sed omnibus possidet* —

48) §. B. l. 6 C. bon. auct. jud. poss. 7, 72.

Konkurseröffnung begründetes⁴⁹⁾ Vermögen (Konkursmasse) Gegenstand einer *communio*⁵⁰⁾; den Besitz in den sie immittirt werden, hat keiner bloß für sich (Anm. 50), sondern ein jeder zur gemeinschaftlichen, nach Proportion der Forderungen zu beschaffenden Befriedigung Aller⁵¹⁾; ihre vorher verschiedenen Loose sind jetzt gleich⁵²⁾. Freilich ist dieser Grundsatz mehrfach durchbrochen; nicht etwa dadurch, daß in der Masse befindliche fremde Sachen von ihren Herren, Deponenten u. dgl. m. separat in Anspruch genommen werden⁵³⁾: denn diese Sachen gehören überhaupt nicht in das Vermögen, in welchem die Konkursgläubiger ihre Satisfaktion zu suchen haben; noch dadurch, daß die s. g. Massagläubiger im voraus zu befriedigen sind⁵⁴⁾: denn diese sind nicht mehr Gläubiger des Gemeinschuldners und müssen, den nothwendigen Ausgaben auf die das vergleichbar, als von der Masse selbst u. ipso jure abgehend gedacht werden⁵⁵⁾; — nicht durch das Vorrecht der Pfandgläubiger vor den chirografarischen Gläubigern⁵⁶⁾: denn jenen steht ein

49) Vgl. R. D. §. 1 §. 11 §. 43. So auch schon nach röm. R.: arg. l. 4 pr. D. cess. bon. 42. 3. Aber auf das was dem Schuldner „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört“ kann der Konkurs nicht beschränkt sein; man bedenke z. B. Früchte u. Renten aus dem Vermögen nach Eröffnung des Konkurses. Zur Kasuistik, was alles in die Konkursmasse gehöre, kommt u. a. die *hereditas jacens* in Vergleich. Im übrigen s. die Commentare von Bolderdorff, Petersen, Hullmann zur R. D. §. 1

50) l. 10 pr. eod. — *quandam habere communionem in rerum possessione* —

51) l. 6 §. 7 cit. — *qui vero post possessa bona debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praecipere ceteris* — l. 6 C. cit. — *possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest.*

52) l. cit. — *cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.*

53) *futurum eum qui vindicat, aut privilegia: l. 24 §. 2 D. h. t. 42, 5* — Separationsrecht ex jure domini: Bayer, Th. d. Concursprozesses, 4. Aufl. §. 51; R. D. f. d. d. R. §. 35: „auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts“ vgl. §. 39.

54) l. 8 D. dep. 16, 3 — *Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit; nam deducto eo bonorum calculus subduci solet. cf. l. 72 D. ad leg. Falc. 35, 2.*

55) wozu nicht nothwendige Ausgaben denjenigen treffen müssen, der sie veranlaßt. Uebrigens unterscheidet die R. D. „Masseschulden u. Massekosten“, (worunter die Konkurskosten), u. statuirt einen Vorrang der ersteren vor diesen §§. 50—53.

56) l. 6 C. bon. aut. jud. poss. 7, 72 — *potiores eos (qui pig-*

über das Eigenthum selbst erhabenes Recht auf Satisfaktion aus der Sache noch vor der Konkursöffnung zu; — — wohl dagegen 1) dadurch, daß nicht überall alle Gläubiger ununterschieden in das ganze vorhandene Vermögen des Schuldners konkurriren, sondern zuweilen eine Auscheidung einer gewissen Vermögensschicht zum Vortheile einer gewissen Gläubigergruppe stattfindet⁵⁷⁾, — dann 2) dadurch, daß in Begünstigung theils gewisser Personen, theils gewisser Sachen innerhalb einer und derselben Konkursmasse etwelche Forderungen mit einem Vorbefriedigungsrechte (*privilegium exigendi* — Konkursprivilegium) ausgestattet worden sind. Derartige *privilegia personarum* sind das

des Fiskus⁵⁸⁾ —

des Regenten und seiner Gemalin⁵⁹⁾ —

der politischen Gemeinden⁶⁰⁾ —

zu Gunsten aller (mit Ausnahme der Straf-)Forderungen⁶¹⁾; —

der Ehefrau⁶²⁾, der wirklichen und der putativen⁶³⁾, sowie der Braut⁶⁴⁾ zu Gunsten der Totalforderung⁶⁵⁾ —

der Bevormundeten in Ansehung ihrer Pflégenschaftsforderungen gegen Tutoren, Protutoren, Geschäftsführer und deren Erben⁶⁶⁾; —

noris res acceperunt) quam te chirographarium creditorem haberi, non ambigitur — arg. l. 10 pr. eod. — pro quibus hypothecae non sunt constitutae — Vgl. R. D. §. 39 §. 40 §. 41 §. 12 und Einf. G. §§. 14. 15.

57) Erbrechtliche *separatio bonorum*: D. de *separationibus* 42, 6 C. de *bon. auct. j. poss. et de separationibus bonorum* 7, 72 — deutschrechtliche Partikularkonkurse in Lehen-, Stamm- u. Fideikommissgütern: R. D. §. 45 — eine Sonderbeliebung der R. D. §. 44.

58) l. 6 pr. D. j. f. 49, 14, cf. l. 34 D. h. t. 42, 5 l. 10 pr. D. 2, 14. Zu derlei *priv. personarum* vgl. übrigens §. 285 Anm. 4 a. G.

59) l. 6 §. 1 D. j. f. 49, 14.

60) l. 38 §. 1 D. h. t. 42, 5 (*respublica*) —

61) l. 17 D. j. f. 49, 14 l. unic. C. *poenis fiscalibus creditores praeferrunt* 10, 7.

62) l. 19 pr. D. h. t. 42, 5 l. 12 C. *qui pot.* 8, 18.

63) l. 22 §. ult. D. *sol. matr.* 24, 3.

64) l. 74 D. j. d. 23, 3 l. 17 §. 1 D. h. t. 42, 5.

65) daß das *privilegium* gleichwol nicht *causae* ist, erhellt aus l. 19 pr. cit. „*ipsi mulieri*“ und aus der Nichtvererbung: l. un C. *priv. dot.* 7, 74.

66) l. 19 §. 1 — l. 22 pr. D. h. t. 42, 5 l. 44 D. *adm. tut.* 26, 7. Das *privil.* ist *personae*, kommt dem Cessionar so wenig zu statten als

privilegia causae sind das

der *actio funeraria* aus der Beerdigung desjenigen, über dessen Nachlaß der Konkurs ausgebrochen, oder aus dessen Beerdigung der Gantirer noch vor Ausbruch des Konkurses Schuldner geworden ist⁶⁷⁾; übrigens steht das Privileg dieser Ersatzforderung zur Seite mit was immer für einer Klage sie geltend gemacht wird⁶⁸⁾, —

der Forderungen aus der Krankheit, an welcher der Schuldner verstorben ist, —

des rückständigen Gesindelohnes⁶⁹⁾, —

der Forderung aus einem Darlehen, welches zum Wiederaufbau eines Gebäudes⁷⁰⁾, oder zur Anschaffung, Erbauung, Reparatur eines Schiffes gegeben wurde⁷¹⁾ —

der Forderung aus dem Verkaufe eines Schiffes⁷²⁾ —

der Kapitals- und Zinsforderung des *Socius* aus der Reparatur des gemeinschaftlichen Hauses⁷³⁾ —

der unverzinslichen Bank-Depositen⁷⁴⁾, — nach der Praxis der *actio depositi directa* überhaupt —

des auf Hinauszahlung eines privilegierten Gläubigers von einem Dritten entweder unmittelbar oder mittelst Darlehens an den Schuldner verwendeten Geldes⁷⁵⁾.

Innerhalb der privilegierten Forderungen kehrt zunächst der

dem Erben: l. 42 D. adm. tut. 26, 7 l. 19 §. 1 cit.; gegen den *bonorum curator* geht es nicht: l. 22 §. 1 D. h. t. 42, 5.

67) l. 17 pr. D. h. t. 42, 5. Was aus Beerdigung nach Eröffnung des Konkurses schuldig wurde, mußte schon an sich unter die *Massaschulden* fallen; vgl. unten Anm. 74.

68) l. 17 pr. cit. — *familiae h. causa an qua alia* —

69) beides nach der Praxis: vgl. Vangerow §. 59, 3, Arnolds §. 227.

70) l. 24 §. 1 D. h. t. 42, 5 l. 25 D. r. cr. 12, 1 (Ed. D. Marei) l. 1 D. cess. bon. 42, 3.

71) l. 26 l. 34 D. h. t.

72) l. 34 cit.

73) l. 52 §. 10 D. pro soc. 17, 2.

74) l. 24 §. 2 D. h. t. l. 7 §. 2 D. dep. 16, 3 — ein Privileg das sich nicht etwa bloß auf das aus diesen Depositen Vorhandene erstreckt: l. 8 eod.; sind die Depositen selbst noch vorhanden, so bedarf es keines Privilegs — *vindicari . . . puto posse a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*: l. 24 §. 2 cit. u. oben Anm. 55. 67. Hierzu ferner das „*ante privilegia*“ in l. 7 §. 2 D. dep. 16, 3. Ueber Grund u. Geltung dieses Priv. s. jetzt Fuchs, Arch. f. Civ. P. Bd. 62 S. 183.

75) l. 24 §. 3 D. h. t. l. 2 D. cess. bon. 42, 3.

Grundsatz der Gemeinschaft oder proportionellen Gleichberechtigung wieder⁷⁶⁾; dann aber ist auch diese Gemeinschaft wieder von Privilegien durchbrochen, indem bereits nach römischem Rechte zum mindesten das Privilegium des Fiskus einen Vorzug vor anderen Privilegien behauptet⁷⁷⁾, das Privilegium der Totalsforderung den späteren privilegierten Forderungen, namentlich auch denen des Fiskus vorgeht⁷⁸⁾, das der Bankdepositen aber allen anderen nachsteht⁷⁹⁾.

8. Kompensation.

§. 287.

D. de compensationibus 16, 2 C. eod. 4, 30.

In Betreff der aus verschiedenem Grunde entspringenen, aber gleichartigen, gegenseitigen Forderungen kam es noch im klassischen Rechte zu dem Satz *ipso jure compensari*¹⁾. Damit ist gesagt, daß von selbst kompensirt — und nur gesagt, daß von selbst kompensirt — nicht auch daß von selbst Forderung und Gegenforderung bis zum gleichen Betrage aufgehoben werde²⁾. So sehr ist diese von selbst eintretende

76) l. 32 D. h. t. 42, 5 arg. l. 7 §. 3 D. dep. 16. 3.

77) l. 34 D. h. t. 42, 5 Paul. R. S. V. 12. 10.

78) l. 9 C. j. d. 5, 12.

79) l. 24 §. 2 D. h. t. 42, 5 — *post privilegia potiores eorum causam esse placuit* — Nicht selten betrachtet man die Leihenkosten, die fiskalischen Forderungen, u die gegen den Banquier soweit das deponirte Geld noch vorhanden ist, als schon nach r. R. gleichmäßig privilegiert (Windscheid §. 271. Anm. 18–20). Indessen dürften die Leihenkosten der l. 45 l. 14 §. 1 D. relig. 11, 7 u. die noch vorhandenen Depositen der l. 24 §. 2 D. h. t. u. l. 7 §. 2 D. dep. 16, 3 beide nicht sowohl als privilegierte Forderungen, sondern erstere als Massaschulden (zu Anm. 56. 57), letztere als Separationsobjekte (Anm. 55. 76) zu denken sein.

1) l. 21 D. h. t. Paulus. *Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari* — Wenn kein Sprichwort sind die hervorgehobenen Worte doch ein Schlagwort, zu dem die Juristen sich einigten. S. dagegen Lenel, zur L. von den Exec., Beil. über ipso j. c.

2) Bis auf Scheurl's (Beitr. I. S. 169) u. meine gleichzeitigen Bemerkungen (Pandb. I. Aufl. §. 149 ab initio u. Bekkers u. Muth. Jahrb. d. gem. R. I. 2 „Noch einmal ipso j. c.“) hatte sich der ganze seit den Glossatoren um das ipso j. c. geführte Streit auf die Worte ipso jure gemorfen; daß unter compensari eine gegenseitige Aufhebung gemeint sei, setzte man stillschweigend u. ohne alles u. jedes Bedenken voraus. Mit dieser Aufhebung läßt sich aber das ipso jure nicht in Uebereinstimmung bringen, wenn man es nach der ältesten u. einfachsten Deutung (Martinus) schlechtweg mit „von selbst“ übersetzt; das gleichfalls zu den

Kompensation von Aufhebung der Forderungen verschieden, daß sie, anstatt in Aufhebung zu bestehen, umgekehrt im Dasein und auf dem Fortbestande der gegen einander in's Gewicht fallenden Forderungen beruht³⁾. Dem Bilde der Abwägung entsprechend müssen diese da sein um auf einander zu wirken;

Glossatoren zurückreichende, u. namentlich in diesem Jahrhundert (Bethmann-Hollweg, Buchta u.) vertretene bedingte, nämlich vom Willen des Gegengläubigers abhängige „von selbst“ ist in sich unbefriedigend und durch kein Wort der Quellen legitimirt; daß ipso jure nicht „von selbst“, sondern den Gegensatz zu ope exc. bedeute (meine L. v. d. Kompensation 1849. Ubbelohde, über d. Satz i. j. c. 1858. Schwanert, d. Comp. 1860) trifft in gewissen Erscheinungen des Kompensationsrechtes (z. B. l. unic. C. h. t.) ohne Zweifel und namentlich in dem Sinne zu, daß die Kompensationseinrede auch noch nach der Litist. vorgebracht werden kann (Schwanert, Eisele, Komp. nach r. u. gem. R. 1876); allein gerade da wo ipso jure in Verbindung mit compensari vorkommt, werden Folgerungen aus ihm gezogen, wie sie sich aus dem materiellrechtlichen „von selbst“ ohne weiteres, aus dem prozeßualischen Gegensatz zu ope exc. dagegen nur unsicher und künstlich ergeben (l. 21 cit. l. 4 C. h. t.). Dasselbe dürfte sich auch gegen die besondere, prozeßualische Bedeutung einwenden lassen, welche Eisele (Uebersicht S. 206) dem ipso jure für den klassischen Prozeß gibt; dasselbe gegen Dernburg, der in dem ipso jure etwas wie suo jure, den Gegensatz der Selbstberechtigung zu richterlichem Ermessen erblickt (Gesch. u. Theorie d. Comp. nach röm. u. neuerem R. 2. Aufl. S. 37). Aus „invito reo“ aber (Lenel S. 148) lassen sich jene Folgen überhaupt nicht ableiten. Mit der im Texte festgehaltenen Ansicht stimmt Windscheid insofern überein, als er den „rechtlichen Vorgang bei der C. nicht so gedacht haben will, als wenn die beiden . . . Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an gegenseitig ohne weiteres aufheben, vernichten“, vielmehr dahin, daß „jedes Forderungsrecht seine rechtliche Existenz behält“ (§. 349. 1); dagegen weicht er von derselben ab, insofern ihm die R. gleichwol allgemein „Aufhebung eines Forderungsrechtes durch ein anderes Forderungsrecht“ ist (§. 348), hinwiderum das compensari in „ipso j. c.“ eine bloße „Kompensationskraft“ zu sein scheint (§. 348: „die Ausdrücke compensare u. Compensation bezeichnen aber . . . auch die von der Gegenforderung ohne alles Hinzuthun des Schuldners ausgehende Kompensationskraft“), und darin daß „es dem Gläubiger überlassen ist, ob er das Forderungsrecht zur Compensation verwenden oder in anderer Weise verwerthen will“ — worin eine Hinneigung zum bedingten „von selbst“ hervortritt. Vgl. Denselben auch §. 349 Anm. 12 in med.; über den Grund und die Folge dieser Differenz s. u. A. Anm. 20. 36. — Buchstäblich bedeutet ipso jure allerdings nicht von selbst; steht ihm aber nicht etwa bloß exceptio, sondern factum hominis überhaupt entgegen, dann bedeutet es thatsächlich „von selbst“. Zu vergleichen das dotem impensis nec. ipso jure minui (§. 37 J. act. 4. 6).

3) l. 4 C. h. t. Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem (lies compensatione eam) haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates — l. 11 D. cum alter alteri . . . debet . . . concurrentis . . . quantitatis usuras non esse praestandas — l. 21 — id quod invicem debetur compensari —

Wirkung und Gegenwirkung bestehen nur indem sie sind und so lange sie sind; abgesehen vom Rechte, welches also befindet und gutheißt (Anm. 1), sind es lediglich die Forderungen, welche den Effekt einer Kompensation hervorbringen, welche aufeinander wirkend von einander betroffen werden, nicht akut, sondern stetig, so lange sie bestehen.

Die von selbst eintretende Kompensation, oder Wirkung und Gegenwirkung der sich gegenüberstehenden gleichartigen Forderungen ist zuoberst gegenseitiges Retentionsrecht⁴⁾, d. i. der Vortheil, in so weit als die Forderungen sich decken, und insolange als sie gegeneinander bestehen, nicht zahlen zu müssen⁵⁾. Schon hieraus ließ sich Zinseinstützung innerhalb der kongruenten Quantitäten⁶⁾, Kondiktionsrecht für den Fall irrthümlicher Zahlung⁷⁾, und bis auf eine gewisse Befreiung des Schuldners⁸⁾ u. seiner Bürgen⁹⁾ ableiten. Allein nicht nur

4) Nach Dernburg a. a. O. S. 189. 2 wären „Retention u. Compensation ihren nächsten Wirkungen nach diametral entgegengesetzte Institute“; s. aber z. B. l. 4 D. h. t. — quod ex compensatione reus retinere potest (worunter nicht etwa das was nach der comp. übrigbleibt, sondern das was durch die comp. nicht gezahlt zu werden braucht, gemeint ist); l. 20 eod. — jure compensationis retinere; was in l. 4 C. pet. her. 3, 31 „compensatio“, heißt in l. 17 in f. D. eod. 5, 3 „retentio“; l. 1 C. rer. amot. 5, 21 wo compensationis aequitas darin besteht, daß non prius exsolvi quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit — Bölderndorff, Comm. zum Konkursgesetz §§. 46—49. Wo immer man mit einer Leistung zurückhalten darf, bis eine gewisse Gegenleistung erfolgt, wird man von Retentionsrecht reden dürfen, umfomehr als es „kaum irgend ein Rechtsinstitut gibt, über dessen Charakterisirung die Ansichten vielfältiger auseinandergehen“ als dieses (Dernburg a. a. O. S. 366 Abs. 1) Anderseits wollen wir nicht gesagt haben, daß die von selbst eintretende R. nichts sei als Retentionsrecht, oder daß sie nicht wenigstens eine besondere Spezies des Retentionsrechtes sei, in nichts verschieden etwa von dem Retentionsrecht, bei welchem wir außer der Retention kein Recht haben (l. 51 D. cond. ind. 12, 6).

5) vgl. l. 3 D. h. t. — interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere —

6) konstituirte von Se verus: l. 11 D. l. 4 C. h. t.

7) l. 10 §. 1 D. h. t. — quasi indebito soluto (anstatt faktischer Geltendmachung der von selbst eingetretener R. — compensare potens —); argg. l. 13 C. h. t. l. 30 D. cond. ind. 12, 6.

8) doch kommt das Wort desinere nos invicem esse obligatos und factam videri . . ipso jure invicem liberationem nur für das Gebiet der b. f. judicia, ersteres für den Fall vor, in welchem sich nicht erst die Forderungen, sondern die causae obligationum selbst kompensiren (par negligentia): l. 10 pr. D. h. t. Vgl. meine Besprechung von Eisele, Komp.: Münch. Viertelj. Bd. 19 S. 12 Abs. 2.

9) l. 4 l. 5 D. h. t. — an und für sich nicht auch seines gleich starken Mitschuldners (duo rei deb. — S. 175 fg.).

den Vortheil nicht zu allen zu müssen: auch den Nachtheil innerhalb derselben Grenze nicht klagen zu dürfen, forderte die „*aequitas compensationis*“¹⁰⁾. Noch bevor es zum *ipso jure compensari* gekommen war, hatte man es für unbillig erachtet, daß ein Gläubiger klage oder auf das Ganze klage, wenn der Schuldner u. Gegengläubiger Abrechnung begehrte und zur (außergerichtlichen, vertragsweisen) Kompensation bereit war¹¹⁾; eine *exceptio doli* führte diesfalls — nicht zur Kompensation, wohl aber zur definitiven Abweisung des Klägers¹²⁾. Seitdem *ipso jure R.* platzgriff, erschien alles was er in Gemäßheit der von selbst eingetretenen Kompensation nicht fordern sollte, wenn gefordert, als zu viel gefordert — wenn eingeklagt als zu viel und darum übel (*male*) geklagt, er mußte seine Klage auf den ihm etwa zuständigen Saldo beschränken, wenn er nicht (wegen *pluspetitio*) sachfällig werden wollte¹³⁾. Bei dieser Strenge ist es jedoch nicht geblieben; noch vor der *l. ult. C. h. t.* konnte man der von selbst eingetretenen *R.* ungeachtet seine ganze

10) *l. 6 C. h. t. l. 1 C. rer. amot. 5, 21.*

11) *l. 2 D. h. t. Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. Julian. Vgl. dazu meine Komp. S. 77. Dernburg S. 185; gegen Eisele's Auslegung meine Anm. 8 agf. Besprechung in Münchener Viertelj. Bd. 19 S. 8 II. 1. Vgl. unten Anm. 17.*

12) Unsere Behauptung daß eine unmittelbare Kompensation durch *exc. doli* unmöglich sei, gegen Dernburg u. Ubbelohde jetzt aufs gründlichste erhärtet von Eisele §§. 7—9.

13) *Paul. R. S. II. 5, 3 — compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis — u. dazu meine Besprechung von Eisele's Komp. S. 13 l. 4 D. h. t. — sicut enim cum totum peto a reo, male peto — cf. Gaj. 4, 68; hieher auch l. 21 D. h. t. mit der Konsequenz daß procurator absentis non debeat de rato cavere, quia nihil compensat (durch außergerichtliche Kompensation wie vordem — *l. 2 eod. u. oben zu Anm. 11*), sed ab initio minus ab eo petitur (insoferne Kläger, um keine *pluspetitio* zu begehen, sich auf Einklagung des Saldo's beschränkt. — Die Sachfälligkeit wegen *pluspetitio* war allerdings hart, wenn Beklagter mit einer dem Kläger unbekanntem Gegenforderung erst in *judicio* herausrückte (Eisele S. 138); allein dieselbe Härte bestund auch für andere Fälle, z. B. für den einer erst in *judicio* vorgeschützten Abschlagszahlung. Und konnte Kläger nicht um die *causa infortiationis in jure* interrogiren? *l. 21 D. interrog. 11, 1.* — Fraglich scheint uns ob *pluspetitio* nur angenommen wurde, wo sich *certa pecunia* und überhaupt bestimmte Summen gegenüberstanden — oder auch da wo zwar gleichartige aber erst richterlich zu fixirende Quantitäten opponirt wurden wie z. B. in *l. 1 C. rer. amot. 5, 21 u. etwa l. 8 C. h. t.* wenn der Belang der *fructus percepti* nicht schon „*constituiri*“ ist.*

Forderung ohne die Gefahr der Sachfälligkeit einflagen¹⁴⁾; was zu viel war, kam in der Kondemnation zum Abzug (*minutio condemnationis*). Insoferne¹⁵⁾ darf jetzt der Gegenkläubiger seine ganze Forderung einflagen; dazu daß er sie einflagen soll, ist es wohl nicht gekommen¹⁶⁾.

Aufhebung der Forderung hatte die *compensatio* als solche bisher nirgends bedeutet¹⁷⁾; Aufhebung ward sie auch jetzt, da sie von selbst eintrat, nicht. Selbst so lange man mehr als den Ueberschuß nicht fordern oder einflagen durfte, war sie keine Aufhebung; wurde von der einen oder anderen Seite geflissentlich gezahlt und angenommen, so war das eine richtige Zahlung¹⁸⁾; ward die Gegenforderung im Prozeß von den Parteien oder dem Richter außer Acht oder nicht zugelassen, so stand ihrer Geltendmachung für die Zukunft nichts mehr im Wege¹⁹⁾; weder richtige Zahlung dort, noch direkte Klagbarkeit hier sind ohne den Fortbestand der Forderung denkbar. Sowol durch die geflissentliche Zahlung, wie durch die einseitige Konsumirung oder Judizirung der einen Forderung ward die andere, ohne weiteres u. ohne Rückwirkung²⁰⁾, wieder frei, frei

14) Ueber das Zeitverhältniß zwischen I. 2 §. 2 C. plus pet. 3, 10 Justinian. u. I. ult. C. h. t. siehe Eisele a. a. O. S. 148.

15) — von dem in I. 2 §. 2 cit. verordneten Sportelersfakt abgesehen —

16) was der Fall wäre, wenn die Forderungen innerhalb der gegenseitigen Deckung der Verjährung unterlägen. Für diese Windscheid §. 350 Anm. 2; gegen dieselbe Seuffert §. 287 Anm. 13 a. G. Dernburg S. 474 u. die von ihm S. 473 Anm. 3 Agff.

17) In der *actio* des *argentarius* (*cum compensatione agere*) bedeutete sie die einseitige Salbostellung des Klägers (Gaj. IV. 64); in *b. f. iudicii* war sie die richterliche *minutio condemnationis* und nur mit Hilfe des Judikats aufhebend (Gaj. IV. 61); als außergerichtliches Geschäft (I. 2 D. h. t. I. 76 D. v. s. 50, 16 I. 20 §. 2 D. statul. 40, 7 I. 4 D. qui pot. 20, 4) wirkte sie damals wie heute aufhebend, aber damals wie heute nur auf dem allgemeineren Grunde gegenseitigen Erlasses (vgl. I. 51 §. 1 I. 52 §. 2 D. pact. 2, 14) oder einer in *solutum datio* (I. 76 I. 4 citt.; cf. I. 48 D. r. v. 6, 1 in fin. wo in Gestalt der *compensatio admissa* restituirt wird). Die verschiedenen Ansichten über das Wesen des Kompensationsvertrages u. über die Frage, ob der gegenseitige Erlass synallagmatisch oder wie zu denken sei, s. jetzt Römer, Abhh. aus dem r. R. dem Handels- u. Wechselr. I. Hft. 1877. III. Die Komp. durch Vertrag S. 92 fgg. — Vgl. übrigens auch oben zu Anm. 11.

18) Rückforderung war ja nur bei irrtümlicher Zahlung zuständig (Anm. 7).

19) I. 7 §. 1 D. h. t. I. 1 §. 4 D. contr. tut. 27, 4.

20) Vgl. Windscheid §. 350 Anm. 2 „Aber für die Vergangenheit

gewissermaßen von dem Drucke den die erstere auf sie geübt hatte; von selbst wie sie eingetreten war fiel die Kompensation wieder hinweg; die Preisgebung oder Bereitung der Wirkung (des Nichtzahlenmüssens) hatte das Ende der Gegenwirkung (des Nichtklagendürfens) zur Folge; die Gegenforderung ward nun wieder so klagbar als sie es an und für sich war, so klagbar als sie es zu der Zeit gewesen war, da sie allein gestanden hatte, oder als sie es von ihrem ersten Dasein gewesen wäre, wenn sie nicht schon bei diesem eine gleichartige Forderung auf Seite des Schuldners vorgefunden hätte. Da wo man unsere Kompensation zu suchen hätte, wenn sie ein *modus tollendi obligationem* wäre — in den Titeln *de solutionibus et liberationibus* sucht man sie vergebens; als bloße Defension steht sie am Schluß der Schuldklagen, hinter gewissen Exceptionen (*SC. Vell., exc. non numeratae pecuniae*), ist aber weder selbst eine *exceptio*, noch gibt es eine *exceptio compensationis* (Anm. 12); sie ist nicht nur *ipso jure*, sondern auch *civili jure*²¹⁾ da; der Schutz den sie gewährt, besteht weder in einer *exceptio*, noch in reiner Negation, sondern nur in der durch die fort und fort existente Gegenforderung zu qualificirenden Negation: daß Kläger nicht so viel fordern dürfe. — War die von selbst eintretende Kompensation keine Aufhebung von Forderungen, insolange man ihrethalben auf das Ganze oder überhaupt nicht klagen durfte, so ist das um so weniger nach neuestem Rechte der Fall, da man klagen darf, das beiderseitige Klagrecht also nicht bloß der rechtlichen Macht (*posse*), sondern auch der Befugniß nach von der von selbst eingetretenen Kompensation unberührt bleibt. Vollends jetzt besteht letztere nur mehr in Retentionsrecht, d. i.

bleiben die rechtlichen Wirkungen, welche die C. bis dahin erzeugt hat, bestehen“ (3. B. Ausschluß des Zinsentlaufes), wogegen es §. 349. 4 heißt, daß wenn Schuldner von seinem Einrederecht keinen Gebrauch macht „dadurch die Hemmung des Forderungsrechtes wieder rückwärts aufgehoben werde“ (mit Begründung in Anm. 12).

21) u. zwar durch *jus* im engsten Sinne des Wortes d. i. durch das *placuit* der Juristen. Entgegen unserer eigenen, seitdem mehrfach acceptirten Bemerkung, daß nicht *placuit inter omnes*, sondern *placuit, inter omnes i. j. compensari* zu lesen sei, halten wir jetzt I. 12 D. *qui satisd.* 2, 8, wornach sogar *convenit inter omnes* für eine Beliebung der Juristen (nicht für einen Vertrag wie *placet inter eos* 3. B. I. 52 §. 7 D. *pro soc.* 17, 2) vorkommt.

in jener ersten u. nunmehr einzigen Wirkung: insofern die Gegenforderung besteht innerhalb der sich deckenden Beträge nicht zahlen zu müssen und in deren Konsequenzen (Zinsensiftirung, Kondiktionsrecht, Ausschluß der Verjährung und Mora). Selbst diese Wirkung ist keine unansbleibliche (perpetuum), seitdem Justinian die Opposition der Gegenforderung an das Erforderniß der Liquidität geknüpft hat²²).

Damit an Kompensation zu denken sei, müssen Forderung und Gegenforderung gleichartig²³), oder besser gleichgiltig, und zwar von so absolut indifferentem Inhalte sein, daß man mit ihnen gleich wie mit bloßen Zahlen rechnen kann. Nur so kann von „gegenseitiger Abwägung“, nur so von der Zumuthung die Rede sein, daß Jedweder sich mit der gleichen

22) Dieses Erforderniß datirt aus derselben l. ultima C. h. t., in welcher Justinian die letzte exceptio doli aus dem Gebiete der Kompensation auswies, verordnend, daß die Kompensation von nun an auf jede Art von Klagen hin ipso jure vorgenommen werden solle (Compensationem ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus — l. ult. cit. pr.). Damit war, wie sich § 288 zeigen wird u. aber auch schon aus dem Wortlaut (ex actionibus . . fieri) hervorgeht, nicht unsere von selbst eintretende, sondern die von Seite des Beklagten entweder geltend zu machende, oder aber erst zu begehrende, und jedenfalls vom Richter judikatmäßig zu realisirende Kompensation gemeint. Mit Beseitigung der exc. doli war zweierlei erreicht: daß jetzt niemehr summotio actoris, überall nur minutio condemnationis eintreten konnte; daß die Opposition der Gegenforderung auch noch post lit. cont. platzgreifen konnte (Eisele §. 16). Diese letztere Folge gab sichtlich den Anstoß, an Stelle der gefallenen letzten Schranke eine neue, das Erforderniß der Liquidität zu setzen (satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina cum res jam fuerit approbata, tum ex altera parti quae jam pene convicta est, opponi compensationem — Eisele §. 16 u. meine Besprechung desselben S. 23—29). Daß aber „die Vorschrift der Liquidität von Justinian nur für den Fall aufgestellt ist, wenn der Beklagte Compensation erst nach der lit. cont. geltend gemacht hat“ (Eisele, S. 339), oder was eins ist: daß der Tenor der Konstitution nur auf nachträgliche Kompensationseinreden gehe, möchten wir umsoweniger einräumen als keineswegs gewiß ist, daß Justinian auch nur die Motive des Gesetzes nur, und nicht etwa bloß vorzugsweise aus den nachgeschleppten Einreden entnommen habe. Darum scheint uns das Erforderniß der Liquidität auch neben der Eventualmaxime zu bestehen (vgl. Windscheid §. 350 Anm. 13). Allerdings dagegen ist nicht absolute Liquidität (Brachyl. III 18, 7 „de quo nulla quaestio est), sondern nur verhältnismäßig „leichte Liquidabilität“ Dernburg §. 66, Eisele S. 338), oder daß die Feststellung der Gegenforderung nicht unverhältnismäßig längere Zeit brauche als die der Forderung (Windscheid §. 350. 5), verlangt. Ueber die Anwendung im Einzelnen s. §. 288.

23) „par species“ Paul. R. S. II. 5, 3 Gaj. 4, 66.

Quantität dessen was er schuldet anstatt dessen was er zu fordern hat begnüge²⁴). Eine derartige Gleichartigkeit ist aber nur zwischen Quantitätenforderungen möglich²⁵). — Soll Kompensation von selbst eintreten, so muß die Gleichartigkeit sofort mit Koexistenz der beiderseitigen Forderungen da sei; außerdem (§. 288) können die Forderungen verschieden sein, dann aber nur vermittelt Schätzung der Kompensation durch die Parteien oder den Richter entgegengeführt werden (§. 288. Anm. 8).

Peremptorisch = exceptionsmäßige Forderungen haben auch keine Kompensationskraft²⁶); desgleichen Forderungen, die noch nicht fällig sind²⁷); wohl dagegen Forderungen, welche fällig, und nur gestundet sind²⁸), sowie Forderungen, denen nur die Klagbarkeit (nicht auch die Defensiv) abgeht²⁹).

Nur zwischen Schulden tritt Kompensation von selbst ein³⁰); auch müssen sie nicht bloß gleichartig, sondern auch von bestimmter Größe (*certa pecunia etc.*) sein, wenn die Wirkung der von selbst eintretenden Kompensation eine ohne weiteres bestimmte³¹) sein soll.

Prozeßualisch hat die von selbst eingetretene Kompensation die Einrede der Kompensation d. i. der Thatsache, daß so u. so weit bereits kompensirt sei, Beklagter also mehr nicht als so u. so viel zu zahlen brauche, zur Folge (§. 424). Diese Einrede steht dem Beklagten nicht nur wenn er selbst Gegengläubiger ist, sondern auch dann zu, wenn ihm

24) Windscheid §. 350 Anm. 8, Giesele §. 26: *aliud pro alio invitato creditori solvi non potest: l. 2 §. 1 D. r. cr. 12, 1.*

25) Kasuistik: Dernburg S. 485 fgg.

26) l. 14 D. h. t. Bb. 1 S. 369 Anm. 2.

27) l. 7 D. h. t.

28) l. 16 §. 1 eod. — *aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis* (s. g. Schonfrist — 3. B. *tempus judicati*).

29) l. 6 D. h. t. — *etiam quod natura debetur, venit in compensationem* §. 219 S. 40 §. 220 Anm. 19 §. 50. 52.

30) l. 1 D. h. t. *Comp. est debiti et crediti inter se contributio* — l. 2 — *eundemque debitorem* — l. 4 — *debere* l. 5 — l. 7 *pr.* — *debetur* — l. 21 — *quod invicem debetur etc.* l. 2 C. h. t. — *pecuniae debitae* — l. 4 eod. *si constat pecuniam invicem deberi* — l. 8 eod. — *debitae quantitatis* —

31) — eine so bestimmte, daß ihretwegen einst *plus petitio* möglich war (Anm. 13) (der man freilich nur in st. j. j. stattgab).

die Befreiheit des Gegengläubigers zu statten kommen soll^{31 a)} — und sie steht dem Beklagten nicht nur gegen den Kläger, wider welchen er die Gegenforderung hat, sondern sie steht ihm gegen jeden Kläger zu, der aus der von selbst kompensirten Forderung klagt³²⁾.

Sind der von selbst kompensablen Forderungen auf der einen oder anderen Seite, gleichzeitig oder nacheinander, mehrere, oder sind der Forderungen mit denen oder gegen die man kompensiren kann, mehrerlei, eigene und fremde³³⁾, so greift die (von selbst eintretende) Kompensation, gleichzeitig oder nach einander, zwischen allen platz; so viel in Folge dessen diesseits oder jenseits an Zinsen sistirt wird (Anm. 6), bleibt sistirt (Anm. 20); von der dereinstigen Abmachung der Parteien oder gerichtlichen Verhandlung u. richterlichem Entscheide aber hängt es ab, welche und wieviel von diesen Forderungen u. Gegenforderungen wider einander aufgehoben werden³⁴⁾,

31^{a)} bezügl. des Bürgen u. anderer Korrealschuldner s. oben Anm. 9; bezügl. des dritten Pfandbesizers s. Windscheid §. 350 Anm. 18; bez. des Ehegatten bei Gütergemeinschaft s. Dernburg S. 452 unten. Hieher wohl auch die Berufung des Haussohns auf die Gegenforderung des Vaters in l. 9 §. 1 D. h. t.

32) also dem Cessionar: §. 285 Anm. 5. Derjenige von *duo rei credendi*, welcher selbst nicht Gegenschuldner ist, klagt zwar aus keiner *ipso jure* kompensirten Forderung; denn die von selbst eintretende Kompensation ist nur *personae exemptio* (S. 175); ob ihm aber der Beklagte *arg. l. 10 D. duob. r. 45*, 2 gleichwol Befreiung aus der Kompensation gegen den Mitgläubiger entgegen halten kann, „wenn der Gläubiger dem Mitgläubiger regresspflichtig ist“? (Windscheid §. 350 Anm. 20, Dernburg S. 464 Abs. 1, S. 466 unten fgg., Eisele S. 304 b, welcher der Analogie ohne Unterschied ob der Kläger dem Mitgläubiger oder dieser jenem regresspflichtig ist, Raum gibt; — gegen die Analogie z. B. die bei Eisele *citt. Krug, Sintenis, Vangerow, Savigny*). Alles kommt auf den Grund an, weshalb von *duo rei promittendi si socii sunt* einem Jeden des Anderen Kompensation zu statten kommt; läge er darin, daß der *socius*, überhaupt der Regressberechtigte ein Dispositionsrecht über des *Socius* zc. Gegenforderung haben soll, so fände die Analogie nicht statt. — Daß der Schuldner des Haussohnes gegen den diese Forderung einklagenden Vater mit seiner Gegenforderung wider den Vater kompensirt (l. 9 *pr. D. h. t.*), gehört nicht hieher; es ist seine Forderung, die der Vater hier einklagt.

33) z. B. seitens des verklagten Bürgen dessen eigene Gegenforderung u. die des Hauptschuldners; seitens des klagenden *reus credendi* dessen eigene u. die des anderen *reus* —

34) l. 5 *D. h. t.* — *aequissimum est, eligere fidejussorem, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit; sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.*

welche und wie viel von ihnen gegen einander in Rechnung, oder aber als alleinberechtigter Ueberschuß übrig bleiben³⁵⁾. Irgend eine Priorität der von selbst eintretenden Kompensirung oder eine Praevenirung der einen oder anderen Forderung durch die eine oder andere³⁶⁾ gibt es nicht; darum auch keine „Replik der Kompensation“ gegen die Einrede der Kompensation³⁷⁾; die Einrede der Kompensation, d. i. daß man gegenforderungshalber nichts oder nicht so viel zu zahlen schuldig sei, begründet sich nur aus dem Gesamtstande der Rechnung, so daß man gegen dieselbe denn auch aus diesem und nur aus diesem³⁸⁾ aufzukommen vermag.

So wenig als Verjährung (Anm. 16) oder Zinselauf (Anm. 6) ist innerhalb der sich deckenden Quantitäten Mora denkbar³⁹⁾, oder ein Verfall von Konventionalstrafen wegen Nichtleistung⁴⁰⁾. Die Einschränkungen, welche der Konkurs der Gläubiger für letztere mit sich bringt, lassen die von selbst und vor der Konkursöffnung eingetretene Kompensation unberührt⁴¹⁾.

35) die Forderungen diesseits u. jenseits fallen, bildlich gesprochen, alle ins Gewicht; die Schalen sinken oder steigen je nachdem hier oder dort das Gewicht sich mehrt; definitiv abstellend greift erst factum hominis ein.

36) so daß z. B. in dem Falle, da A gegen eine Gegenforderung von 10 nach einander Forderungen auf 10, 10, 10 bekommt, nur die ersten 10, nicht auch die beiden späteren wider die Gegenforderung in Kompensation fielen, vielleicht insofge der Vorstellung, daß die Forderungen von der von selbst eintretenden Kompensation exceptionsmäßig „behaftet“ werden (Windscheid §. 349. 2. 6) —

37) wenn etwa Kläger anstatt auf den ihm zuständigen Saldo, eine jüngere Forderung einlagt, und Beklagter nun eine Gegenforderung vorstückt, welcher bereits die ältere Forderung des Klägers kompenstrend gegenüberstund (Windscheid §. 349. 6).

38) im Falle der Anm. 36 also auf Grund der anderweiten nicht eingeklagten Forderungen —

39) die bereits begründete Mora muß insoweit also von dem Augenblicke der Koexistenz der Forderungen an aufhören. Vgl. Dernburg S. 589. 3, Windscheid §. 349 Anm. 7. Unsererseits (Komp. S. 17) ist dies nie geläugnet, sondern nur die Beweisraft von l. 31 § 1 D. her. pet. 5, 3 in Abrede gestellt worden. Mit Recht bestreitet Schwanert a. a. D. S. 5 u. Eisele S. 269 fg. (der übrigens die Wirkung selbst läugnet) auch die Beweisraft von l. 40 D. r. cr. 12, 1. Dagegen liegt ein Argument u. a. in der Zinsensistirung.

40) Dernburg a. a. D., Windscheid a. a. D. Anm. 8. Dagegen Eisele a. a. D., Schwanert a. a. D. Aus l. 54 §. 1 D. loc. 19, 2 läßt sich der Satz allerdings nicht beweisen; die exc. doli hat nicht in der Gegenforderung, sondern weil die Strafe contra voluntatem wäre, ihren Grund.

41) Von der Masse belangt bringt der Gegengläubiger seine ganze

§. 288.

Zwischen Gegenansprüchen *ex eadem causa* kam es von jeher zur Kompensation in *bonae fidei judiciis*¹⁾. Dieselbe müssen wir uns aber verschieden denken, je nachdem Anspruch und Gegenanspruch gleichartig, oder ungleichartig waren. Ersterenfalls trat Kompensation von selbst ein, in demselben Sinne und mit denselben Folgen, als wir eine von selbst eintretende Kompensation zwischen Forderungen *ex dispari causa* kennen gelernt haben²⁾; ja das *ipso jure compensari* hier scheint für das *ipso j. compensari* zwischen streng rechtlichen u. *ex dispari causa* entsprungenen Schuldforderungen vorbildlich gewesen zu sein³⁾. Aufgehoben werden die sich deckenden Größen auch hier nur mit Hilfe des Judikats. — Zwischen ungleichartigen Ansprüchen *ex b. f. negotio* kam es entweder überhaupt nicht oder doch nicht von selbst zur Kompensation. Entweder nämlich ist das Geschäft, aus welchem Anspruch und Gegenanspruch entspringen, tauschartig wie *emptio venditio*, *locatio conductio*, und bilden die in Frage stehenden beiderseitigen Forderungen wie Waare und Preis den primären u. essentiellen Inhalt des Kontraktes: zwischen solchen Ansprüchen kommt es zu keiner Kompensation; das aus der Gegenseitigkeit entspringende Recht bewendet hier auf bloßer Reten-

Gegenforderung, in dem Umfange in welchem sie bereits kompensirt hat u. kompensirt ist, zur Aufrechnung (vgl. *l. 9 pr. D. h. t. — solidum per compensationem servamus, quamvis si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur* — Dernburg §. 51); defendirend u. retinirend ist er an den Prozentsatz nicht gebunden (Konkurs-Ordn. f. d. deutsche R. §. 46 mit Rodig in §. 48, 3 „falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder daß die Eröffnung des Verfahrens beantragt war“). Die Konkursordnung gibt dasselbe Recht auch da, wo wegen Nichtgleichartigkeit der *KK.* nicht von selbst kompensirt ist (§. 47). Klagen muß sich der Gegengläubiger in den Konkurs fügen; soweit man aber Kompensation nun gegen ihn geltend macht, ist nur der etwaige Ueberschuß seiner Forderung auf den Prozentsatz eingeschränkt. S. übrigens die Commentare zur Konk.-O. von Bölderndorff, Petersen, Hellmann).

1) §. 224. 1. bes. Anm. 2.

2) §. 287 bes. Anm. 8 — nur daß der Umfang der beiderseitigen Ansprüche u. damit auch der der bereits eingetretenen Kompensation gar oft erst der nachträglichen Feststellung bedarf (vgl. §. 286 Anm. 31).

3) vgl. Scheurl, Beitr. z. Bearb. d. r. R. I. S. 152, u. meine Bemerkungen gegen Eisele, in der Münchener Viertelj. Bd. 19 S. 2 fgg.

tion (s. g. *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁾); ein mehreres würde zur Aufhebung nicht bloß der Forderungen, sondern des Geschäftes selbst führen; — oder das Geschäft ist nicht tauschartig⁵⁾, oder von den beiderseitigen Ansprüchen keiner zum essentiellen Inhalte des Kontraktes gehörig⁶⁾, oder aber nur der eine von beiden für dieses Geschäft essentiell und vornherein Geldforderung⁷⁾: hier kann es erst nach vorgängiger Schätzung des einen oder anderen, oder der beiderseitigen Ansprüche zur Kompensation kommen, es sei nun vertragsweise durch die Parteien, oder judikatmäßig durch den Richter⁸⁾; allenfalls findet der Richter Kompensation überhaupt nicht sachgemäß⁹⁾. — Ob nun aber *ipso jure* (von selbst) kompensirt wird, oder nicht von selbst: niemals bedurfte hier der Beklagte, um auf Grund seines Gegenanspruches zur *minutio condemnationis* oder zur *absolutio* zu gelangen, einer *exceptio*; nichtsdestoweniger erstreckt sich das Liquiditätserforderniß der *l. ult. C. h. t.* auch auf diesen Kompensationsfall¹⁰⁾.

Gegenansprüche, nicht mehr *ex eadem causa* (*obligationis*), wohl aber *ex eadem re* gab es von jeher auch gegen-

4) vgl. über diese *exc. Sintonis*, prakt. gem. Civilr. Bd. 2 §. 97 Anm. 61, Buchta, Vorll. §. 232, Keller, Jahrb. d. gem. R. IV. S. 369, B. A. Buchta, das. V. S. 96 fg., Bekker, das. V. S. 117 fgg. — u. s. z. B. die *exc. doli* des Käufers gegen den vor Tradition der Waare auf den Preis klagenden Verkäufer in *l. 5 C. evict. 8, 45* u. ähnliche *exceptiones in factum* in *l. 5 §. 4 D. dol. m. exc. 44, 4 l. 25 D. a. e. v. 19, 1 Gaj. IV. 126.*

5) z. B. *depositum, commodatum, pignus; mandatum, societas* —

6) z. B. Restitution von Nebensachen auf Seite des Verkäufers, von Zinsen auf Seite des Verkäufers.

7) z. B. Kauf- oder Pachtstillingsforderung einerseits, ein Anspruch auf Früchte u. dgl. anderseits.

8) bedenke z. B. den Abzug den der Miethsmann in *l. 27 pr. D. loc. 19, 2* wegen Gebrauchsbehinderung, in *l. 61 eod.* wegen Aufwandes am Miethzins macht.

9) woher dann das *pensationis rationem non habet*; wie etwa wenn es sich einerseits um Restitution (z. B. der geliehenen *species*), anderseits um einen den Werth der Sache übersteigenden Gegenanspruch handelt; oder die *Spezies* hat für den Kläger besonderen Gebrauchswerth und eine *exc. doli* die letzteren wegen Nichtbefriedigung des Beklagten zur *Summotion* bringen könnte, ist nicht gestellt u. s. f.: *l. 18 §. 4 D. commod. 13, 6, cf. l. 5 C. evict. 8, 45 l. 5 §. 4 D. dol. exc. 44, 4 l. 25 D. a. e. v. 19, 1.*

10) Gegen Giesele, der dies widerspricht (S. 200 fg.) u. unsere eigene frühere Vermuthung gilt was oben §. 286 Anm. 22 über *Lenor* u. *Motive* der *l. ult. C. h. t.* gesagt ist.

über von dinglichen Ansprüchen. Eine Kompensation aber tritt hier nirgends von selbst, sondern (von Abrechnung der Parteien abgesehen) überall erst ex actione und durch den Richter ein. Dieses Kompensationsrecht des Richters erscheint bald als unmittelbarer Ausfluß seines Officiums¹¹⁾, bald abgeleitet aus einer exceptio doli¹²⁾; war jener in b. f. judiciis die Aequität (insonderheit der Kompensation) zu wahren ipso jure angewiesen (exceptio doli b. f. judiciis inest), so bekam er hier (in in rem actione) dieselbe Vollmacht zum mindesten durch ausdrückliche Einstellung der exceptio doli in die Formel¹³⁾; damit freilich aber nicht nur die Befugniß u. Macht zur Kompensation (minutio condemnationis), sondern auch die zur völligen Abweisung des Klägers, wenn er nach dem Verhalten des Klägers und nach Lage der Umstände vielmehr summotionem als minutionem condemnationis für gerecht befand¹⁴⁾. Nach l. ult. C. h. t. sollte nun aber auch aus in rem actionibus die Kompensation schlecht hin ipso jure vorgenommen werden, der Gegenforderung halber also keine exceptio mehr stattfinden,

11) l. 38 in f. D. r. v. 6, 1 — nisi reddit (impensam) . . eo deducto tu condemnandus es . l. 11 D. nox act. 9, 4 (Ulp.) — officio judicis consequetur ut indemnitas maneat. Val. l. ult. D. her. pet. 5, 3 (Scaev.) — etsi non exciperetur, satis per off. judicis consuli — l. 38 eod. (Paul.) . . . nec exceptio doli mali desideratur — l. 1 §. 4 D. si pars her. pet. 5, 4 (Ulp.) — officio judicis invicem compensatio erit admittenda — (Celsus).

12) l. 48 eod. (Papin.) — exceptione doli posita per officium judicis (sumtus) aequitatis ratione servantur; . . . admitta compensatione . . . dominus restituere cogitur (mozu §. 286 Ann. 17); l. 27 §. 4 eod. (Paul.): — per d. m. exceptionem ratio eorum (sumtuum) haberi debet —

13) nicht als ob diese exceptio jemals minutorisch (l. 22 D. exc. 44, 1 — nicht exclusorisch l. 2 §. 2 eod.) gewesen wäre (§. 287 Ann. 12), sondern auf daß sie 1) dem Richter die Vollmacht zur Kondemnation in dem durch die Formel gewiesenen Belange für den Fall entzöge, daß Kläger unbilligerweise hinter seiner Schuldigkeit zurückbliebe — 2) auf daß der Richter, einmal zur Wahrung der Aequität angewiesen, treffenden Falles nicht nur in Consequenz der exceptio abweisen, sondern auch in Consequenz der Aequitas kompensiren könne. Letteres ward ihm (vielleicht allmählig) auch ohne Position der exceptio doli zugestanden (Ann. 11. 12. 14).

14) Der Gegensatz der Summotion in Consequenz der exc. doli, zur Kompensation auf Grund des officium tritt klar hervor in l. 11 D. nox act. 9, 4: „— doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur, ut indemnitas maneat.

überall nur *minutio condemnationis*, niemehr *summotio* platzgreifen. Ein Grund, an andere Gegenansprüche als *ex eadem re* zu denken, liegt nicht vor¹⁵⁾; Zeugnisse für Kompensirung dinglicher Ansprüche mit nichtkonnexen Gegenansprüchen besitzen wir keine¹⁶⁾; Justinian neuert nur die Art, nicht die Fälle der Kompensation. Aber das Liquiditätserforderniß erstreckt sich auch hieher. —

Gegenansprüche *ex eadem causa* gibt es nun aber auch noch aus strengrechtlichen Obligationen¹⁷⁾. Sind die diesen Obligationen zu Grunde liegenden Kontrakte und Quasikontrakte gleich alle einseitig, so daß aus ihnen eine klagbare Forderung nur auf einer Seite entspringt, und die *actio* unter anderem auch darum *stricti juris* heißt, weil sie einseitig ist (§. 224), so sind von diesen *causis obligationum* doch namentlich die Kontrakte nur zum Theile schon von Natur aus einseitig; theilweise sind sie künstlich, weil mit Abstraktion von den ihnen materiell zu Grunde liegenden Geschäften oder sonstigen Anlässen angelegt, und einseitig, nicht als ob ihnen keine Gegenansprüche aus jenen Geschäften *cc.* entgegenstehen könnten, sondern weil ihnen solche nicht entgegen stehen sollen. Ungefähr um dieselbe Zeit nun aber, da das *ipso jure compensari* zwischen strengrechtlichen Forderungen *ex dispari causa* sich Bahn brach, ward Kompensation von konnexen Gegenansprüchen in *stricti juris judiciis* ermöglicht: dermaßen daß es hier wie in *b. f. judiciis* zur Abschätzung des Gegenanspruches und *minutio condemnationis* kam¹⁸⁾. Die Vermittelung dieser

15) Gewöhnlich läßt man Gegenforderungen *ex dispari causa* auch gegen dingliche Ansprüche, — bei einiger Zurückhaltung jedoch nur dann zu, wenn der dingliche Anspruch in einen Geldanspruch verwandelt ist (Dernburg S. 353 fg., Giesele S. 325 fg.).

16) Ein Zeugniß (wenigstens für *hereditatis petitio*) wäre *l. ult. D. her. pet. 5, 3*, wenn die *erogatio* nicht *ex ea* (*hereditate*) wäre.

17) Das Verdienst auf diese hingewiesen zu haben gebührt Ubbelohde über den Satz *ipso j. c. §. 9*: *l. 58 — l. 60 l. 70 pr. §§. 1. 3 l. 116 §. 4 D. leg. l. 1. 1 §. 4 D. contr. tut. 27, 4, cf. l. 9 D. rem pap. salv. f. 46, 6 l. 4 §. 6 eod.*

18) Hierauf ging das mysteriöse Reskript M. Aurels in §. 30 *J. act. 4, 6*. Eine *exceptio doli* mit der angestammten Wirkung der *Summotio* mag dem Beklagten zur Geltendmachung solcher Gegenansprüche auch vor dem Reskripte verliehen worden sein; neu dagegen war daß *exceptione doli posita compensatio* (richterliche Kompensation mit *minutio con-*

richterlichen Kompensation geschah (wie zum Theil die der Kompensation ex eadem re in in rem actionibus (Anm. 11—14) durch exceptio doli; durch sie bekam der Richter auch hier mittelbar dieselbe Vollmacht die er in b. f. judiciis ipso jure hatte. Fort und fort, bis auf Justinian hinab, mußte der Beklagte in strengrechtlichen Klagen exceptionem doli vor-schützen, wenn er auf Grund von konnexen Gegenansprüchen zur Kompensation gelangen wollte; zu demselben Zwecke wird exceptio doli auch noch in dinglichen Klagen im Gebrauch gewesen sein; an diese Exceptionen knüpft Justinian an wenn er in l. ult. C. h. t. verordnet: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.* —

Nach all dem können im Prozeß zur Kompensation durch den Richter oder was eins ist zur Minderung der Kondemnation eingewendet u. benützt werden

1. in persönlichen Klagen

a. gleichartige Gegenforderungen ex eadem oder ex dispari causa; hier ist die Vorschützung der Gegenforderung nichts als Geltendmachung einer schon von selbst eingetretenen Kompensation¹⁹); Aufhebung der kongruenten Quantitäten erfolgt erst durch die richterliche Kompensation, mit Hilfe des Judikats (*condemnationis minutio*); —

b. ungleichartige Gegenansprüche nur ex eadem causa. Hier ist ipso jure noch keine Kompensation da; sie erfolgt erst mit dem Judikat; —

2. in dinglichen Klagen: Gegenansprüche ex eadem causa. Hier ist wieder Kompensation erst mit dem Judikat da.

demnationis) inducebatur (Theoph. ad h. t. — *χωρα δίδεται τῷ δικάσ-
τη, δέξασθαι τὴν κομπ. καὶ εἰς ἑ μὲν καταδικασαὶ νομίματα.* Die
Institutionen gedenken dieses Reskriptes im Zusammenhange mit der Kom-
pensation in b. f. judiciis; mit Recht; thatsächlich ward durch das Res-
skript die *compensatio ex eadem causa*, wie sie von altersher in b. f. ju-
diciis daheim war, auf die st. j. übertragen. Für die formelle Ver-
mittlung durch *exc. doli* lag das Vorbild in der *in rem actio* (Anm. 11
—14). Ob auch in den praetorischen Stipulationen (l. 10 §. 3 eod.)?
Die weitere Begründung dieser Auffassung des M. Aurelischen Reskriptes
u. seine Beziehung zu l. ult. C. h. t. s. in meiner Besprechung von
Eisele S. 12. III.

19) vgl. Windscheid §. 349. 4.

Ausnahmsweise ausgeschlossen ist die gerichtliche Geltendmachung oder Postulirung der Kompensation

wider die *actio depositi directa* ²⁰⁾ —

wider die reſuperatoriſchen, gegen Eigenmacht gerichteten Beſitzklagen ²¹⁾ —

gegen Steuer- und Rauffchillingsforderungen des Fiſcus ²²⁾ —

gegen Forderungen von Gemeinden, auf welchen deren ordentliche Einnahmen beruhen ²³⁾ oder die aus Widmungen an die Gemeinde ſtammten ²⁴⁾.

Gegenforderungen gegen den Fiſcus kann man überdies nur bei demjenigen Amte (*statio*) geltend machen, an das man ſchuldig iſt ²⁵⁾.

9. Aufhebung.

D. de solutionibus et liberationibus 46, 3 C. cod. 8, 43. J. quibus modis tollitur obligatio 3, 29 (30).

§. 289.

Ueberhaupt.

Ihrem Wortſinne nach iſt *solutio* jedwede Aufhebung, weil Löſung, der *obligatio* ¹⁾, und alſo der Befreiung (*liberatio*)

20) l. 11 C. dep. 4, 34 Justinian. l. ult. §. 1 in f. C. h. t. §. 30 J. cit.

21) l. ult. §. 2 C. h. t. Klagen gegen die „*possessionem alienam perperam occupantes*“ (l. cit.) ſind jedenfalls das *Interdictum de vi u.* die ſpäter entwickelten Klagen gegen Invaſion in den Beſitz Abweſender u. gegen Prohibition des Beſiſes durch Mittelsperſonen Bd. 1 S. 746–749 Dagegen dürfte der Prefariſt unter den „*occupantes*“ *alienam p.* nicht begriffen ſein, nicht jeder *malae f. possessor* „unter den „*perperam occupantes*“, geſchweige denn unter den „*occupantes*“. Nur wo das int. de vi oder jene „*momenti actiones*“ zutreffen, iſt die Ausnahme ſicher.

22) l. 46 §. 5 D. j. f. 49, 14 — *excepta causa tributorum et stipendiorum, item pretio rei emtae, et quod ex causa annonaria debetur* — cf. l. 20 D. l. 7 C. h. t.

23) hieher aus l. 3 C. h. t. jedenfalls die Forderungen *ex calendario, ex vectigalibus, ex frumenti vel olei publici pecunia*, Schulden aus Umlagen (*tributa*) u. wohl auch die *pecunia quae statutis sumtibus servit* . .

24) hieher der *debitor fideicommissi*, wahrſcheinlich auch der *debitor alimentorum* (aus Alimentenſtiftungen?) Eifele, S. 350.

25) l. 1 C. h. t.

1) l. 54 D. h. t. *solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem; d. h.* die Wortbildung iſt von

gleich²⁾; dagegen dem Wortgebrauche nach nur diejenige Aufhebung der Obligation oder Befreiung des Obligirten, welche durch eine Leistung, und zwar durch Leistung dessen, wozu man obligirt ist³⁾, erfolgt, und mit „Erfüllung“ übersetzt zu werden pflegt⁴⁾. Auf Obligationen, von welchen zur Zeit noch ungewiß ist, ob sie in ein Müssen (*dare facere oportere*) übergehen, d. i. auf bloße Haftungen (§. 23. 2) findet diese engere Bedeutung der *solutio* naturgemäß keine Anwendung⁵⁾; erst Verbindlichkeiten und Schulden können durch „Erfüllung“ gelöst oder getilgt werden. — Der gemeine Sprachgebrauch hat das Wort *solutio* aber noch weiter eingeschränkt: auf diejenige Erfüllung nämlich welche in einer Geldleistung besteht und eine Geldschuld voraussetzt (Zahlung — §. 290)⁶⁾.

Von den Aufhebungen, welche nurmehr *liberationes*, nicht *solutiones* e. S. (Erfüllung) sind, stehen etwelche der *solutio* e. S. insoferne näher, als sie, wie diese, Befriedigung für den Gläubiger mit sich führen: so die *datio in solutum*⁷⁾, das Kompensationsgeschäft (§. 287 Anm. 17)⁸⁾, die *Novation* (§. 282.

dem Wesen der Obligation, als einer Bindung, Haftung, nicht wie der spätere Wortgebrauch (der das Mittel an Stelle des Zweckes setzt) von dem Aufhebungsmittel ausgegangen. Anwendung: 3. B. l. 4 §. 7 D. re jud. 42, 1 l. 107 D. h. t. — *resolvitur . . . cum res . . . sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit.*

2) l. 4 §. 7 cit. — *omnem omnino qui ea obligatione liberatus est.*

3) l. 176 D. v. s. 50, 16 — *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.* Anwendung: 3. B. in der formula *hypothecaria* (*solutum vel satisfactum*).

4) wiewohl diese eine Verheißung (*promissio*) voraussetzt, welche nicht jeder Obligation zu Grunde liegt, — oder eine Pflicht, welche das Wesen keiner Obligation ausmacht §. 206.

5) Für die Haftung 3. B. des Mandanten, Deponenten gibt es eine *solutio* e. S. erst von dem Augenblicke an, da die Haftung durch Auslagen u. des Mandatars, Depositaris in eine Schuld (*dare oportere*) übergeht; bis dahin ist nur eine *solutio* weiteren Sinnes (Lösung der Haft) durch Tod u. (s. unten Anm. 16) möglich.

6) S. die *nummorum solutio* in l. 54 cit. (Anm. 1) als gebräuchliche Bedeutung im Gegensatze zur ethymologischen, wiewohl der Praetor in l. 4 §. 3 D. re jud. 42, 1 um nicht zweideutig zu reden „*pecuniam solvere*“ sagen mußte.

7) welche, von dem Privilege in §. 286. 2 abgesehen *invito creditore* nicht möglich ist: l. 2 §. 1 D. r. cr. 12, 1: *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* l. 16 C. pr. J. h. t. Zu derselben s. im Allgemeinen noch §. 280 Anm. 12.

8) daß *datio in solutum* u. das Kompensationsgeschäft *satisfactorisch* sind, bedarf keines Beweises —

§. 282^a)⁹), Transaktion (§. 111, 2), *res judicata* (§§. 96—99, §. 110), Eid (§. 111, 3), Acceptilation und *pactum de non petendo* (Schulderlaß §. 291)¹⁰) und bei solventer Erbschaft die Konfusion¹¹), dagegen u. E. nicht der *f. g. concursus duarum causarum lucratarum* (§. 292). • Die Befriedigung aus allen jenen Aufhebungen, welche nicht *solutio e. S.* sind, wird dieser als *satisfactio* entgegengesetzt, und hat mit der Satisfaktion, welche die Bestimmung aller Obligation ist (§. 207), das gemein, daß sie anstatt der Erfüllung platzgreift¹²) — dem Gläubiger also nicht das gibt, was er zu fordern hat, oder (was eins ist) nicht das wofür der Obligirte haftet, sondern anstatt dessen ein anderes¹³). Allein das Surrogat, und die Befriedigung, welche der Gläubiger hier, durch die gewissen Aufhebungsarten, erhält, ist nicht überall von pekuniärer, sondern wie beim Eid, Judikat u. Schulderlaß auch von bloß moralischer Natur, während die Satisfaktion um derentwillen überhaupt Obligationen (Haftungen) entstehen und bestehen, in Ansehung ihrer Mittel¹⁴) längst durchweg pekuniär ist (§. 210); auch ist die allgemeine Bestimmung der obligirten Person oder Sache, dem Gläubiger allfällig zur Satisfaktion zu dienen, über den Willen der Obligirenden u. Obligirten erhaben, während die Satisfaktionen hier mehr oder weniger mit dem Willen der Parteien an die Stelle der Erfüllung treten¹⁵).

9) über ihren satisfactorischen Charakter s. S. 373, und insb. die selbst Anm. 23 allegirten II.

10) das *pactum d. n. p.* auch Bd. 1 §. 111, 1. Das Satisfactorische dieser letzteren Aufhebungsarten i. in der Pfandklage.

11) — *cum in eandem personam jus stipulantis promittentisque devenit*: l. 107 D. h. t. — *si debitor heres creditori extiterit* (oder umgekehrt) l. 75 eod., oder wenn der Schuldner Sklave war und nachher in potestatem des Gläubigers gerieth, §. 6 J. nox. act. 4, 8. Ueber den Grund dieser Aufhebung s. Fitting, Korr. Obl. §§. 17—21, Baron, Gesamtr. §§. 30—32, Windscheid §. 352 bes. Anm. 3. 5. In Betreff der etwa übrig bleibenden *naturalis o. f.* §. 220 E. 49 zu Anm. 23.

12) l. 52 D. h. t. *Satisfactio pro solutione est*.

13) während *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit* (l. 176 cit.), *solutio e. S.* also dem Gläubiger just das gibt was er zu fordern hat.

14) nicht überall auch „nach dem Dinge, das befriediget werden soll“ (S. 9 §. 210 Abs. 2).

15) ohne weiteres so die in *solutum datio*, wofern sie nicht als Privileg platzgreift (§. 286), desgleichen die Novation, Transaktion, und der

Von den Ereignissen, welche Obligationen ohne Erfüllung oder Befriedigung aufheben, befreien einige trotzdem zu leisten oder zu satisfaziren möglich wäre, — andere nur insofern als noch nichts zu leisten und zu satisfaziren war.

Nichts zu leisten und nichts zu satisfaziren ist da wo die Obligation annoch bloße Haftung (annoch zu keinem Leistenmüssen entwickelt) ist; hier kommen als Aufhebungen vor: Tod, Kündigung, Zeitablauf, Geschäftsende¹⁶⁾, *contrarius consensus* (*mutuus dissensus* — §. 291). Hier dürfte von Befreiung schlechthin zu reden sein.

Trotzdem es sich um eine Obligation handelt, bei welcher Leistung oder Satisfaktion möglich wäre, heben auf: abermals der Tod, dieser aber nur innerhalb der Strafobligationen¹⁷⁾ — der Untergang der Sache, woferne keine Perpetuation oder Umwandlung der Obligation durch *Pact*, *Mora*, *Culpa*, oder Streitbeginn platzgreift¹⁸⁾ — Ablauf der Zeit, insofern er durch einen *dies actionis* oder im Bunde mit Verjährung zur Verjährung wird (Bd. 1 §. 113. §. 114) — Selbsthilfe, insoferne sie Verwirkung einer Forderung nach sich zieht (Bd. 1 S. 265. b. S. 266. 2); *antiquirt* ist die Aufhebung von Rechten durch *capitis deminutio*¹⁹⁾; *i. i. restitutio* kann zwar auch zur Aufhebung von Obligationen führen²⁰⁾, allein nicht nur folgt hier die Aufhebung nicht unmittelbar aus der Restitution (d. i. aus dem restitutorischen Dekrete) selbst, sondern erst mittelbar aus der durch das restitutorische Dekret gewährten Defension, oder aus dem durch dasselbe befohlenen Schuldverlaß (Bd. 1 §. 122, insb. S. 438 Abs. 1 und Anm. 22. 26. 27); die Tendenz der *i. i. r.* ist auch da wo sie die Aufhebung von

Schuldverlaß; gewissermaßen auch der Eid u. das Judikat (worauf Gläubiger und Schuldner es ankommen lassen), die Konfusion (insoferne die Erbschaft gebliffentlich angetreten wird).

16) Vgl. §. 217. 3 u. f. einstweilen nur §§. 5—8 J. de societate 3, 26; §§. 9—11 J. de mandato 3, 27; l. 4 l. 13 §. 7 l. 25 §. 2 l. 60 pr. D. loc. 19, 2.

17) Bd. 1 §. 85 zu Anm. 6—9 u. Anm. 16.

18) §. 273. 2; §. 266, 3; Bd. 1 §. 100, 3 a.

19) vgl. darüber Gaj. III 84, IV 38; D. de capite minutis 4, 5, insb. l. 2 §. 1 l. 7 §. 1 l. 8 — l. 10 eod.; oben §. 215. 4.

20) bedenke namentlich die *i. i. r. propter aetatem* (Bd. 1 S. 418 Abs. 1) u. die *propter metum* (ebendas. S. 427. 4).

Obligationen nach sich zieht, nicht einseitig auf diese, sondern auf Rückgängigmachung des Gestum aus dem die Obligationen entsprangen selbst und überhaupt gerichtet, mithin ähnlich der Resolutivbedingung vielmehr eine Resolution als eine Solution, vielmehr eine Entkräftung der Ursache, als eine Endigung der Folgen, so denn auch überall wo hiezu der Anlaß vorliegt auf Restitution nicht bloß auf Einer Seite gerichtet (Bd. 1 S. 438 zu Anm. 3).

Die Gründe weshalb hier Tod und Zeit, Untergang der Sache u. Vergewaltigung des Schuldners nicht nur die Obligation aufheben, sondern auch den Gläubiger um sein Gut haben bringen, liegen in allen diesen Erscheinungen offen vor. Um ebendeshwillen aber, weil sie den Gläubiger um sein Gut haben bringen, verdienen sie vor den bloßen Befreiungen (d. i. der Aufhebung bloßer Pfandungen) wie vor den Aufhebungen durch Leistung und Befriedigung als Vertilgung der Forderungen ausgezeichnet zu werden²¹⁾.

Von dem Satze: „wie gebunden, so gelöst“²²⁾ ist im Justinianischen Rechte wenig²³⁾, im heutigen nichts mehr übrig; der Unterschied civiler und honorarischer Aufhebung besteht bereits im klassischen Rechte fast nurmehr in der Form (der *Defensio ipso jure u. ope exceptionis*)²⁴⁾; *naturales obligationes* bleiben nur übrig, wo die Lösung ohne Befriedigung des Gläubigers erfolgt, und auch da nur insoferne die Lösung nicht trotzdem eine naturale ist²⁵⁾, oder nicht ihrer ganzen An-

21) Aus dem bisher Gesagten dürfte von selbst erhellen, daß man mit den zwei Hauptkategorien G. Hartmanns (die Obligation §. 7 S. 62) (aus Zweck u. Mittel — Befriedigung u. Klage) nicht ausreicht.

22) I. 35 D. r. j. 50, 17, cf. 1 95 §. 4 l. 107 D. h. t. Gaj. III, 170, cf. 173 Künke, Kursus §. 632 u. M. Viertelj. XV. S. 521 D.

23) die Beschränkung der Acceptilation auf Verbalobligationen, Lösbarkeit durch bloßen Consens nur wo durch bloßen Consens kontrahirt ist (II. cit.), und etwa die Unterscheidung „civiler“ und „natürlicher“ Solutionsarten (l. 107 cit.), (da der Satz einer Epoche ausschließlich civilen Rechtes angehören könnte) —

24) Bd. 1 §. 106.

25) s. oben S. 49 B. Die Aufhebung durch Untergang der Sache ist unbefriedigend, aber gleichwol natural (l. 107 cit.), darum ohne *naturales residuum*; die Confusion ist civil (l. 107 cit.), bei gezwungener, mit Restitution verbundener Erbschaft unbefriedigend u. hier denn auch eine *Naturalobligation* übrig lassend; das *Judicat* kann als Freisprechung von

lage nach gegen das Uebrigbleiben einer naturalis o. geht²⁶⁾.

§. 290.

Insonderheit von der Zahlung.

Die Sachen womit gezahlt wird, bestehen in der Zahl (numero), und zwar in Geld (pecunia numerata), wie denn nur Geldschulden „gezahlt“ werden¹⁾. Von den verschiedenen Eigenschaften des Geldes^{1^a)} kommt bei der Zahlung vorab seine Fungibilität²⁾ in Betracht. Wo individuell bestimmte Geldstücke (certorum nummorum corpora) zu leisten sind, ist so wenig wie von einer eigentlichen Geldschuld von Zahlung zu reden³⁾; anders wenn nur in einer bestimmten Geldsorte, innerhalb derselben aber nur der Zahl (nicht einem bestimmten corpus nach) zu leisten ist⁴⁾. — In was für Geld zu zahlen sei, bestimmt sich überhaupt darnach was für Geld schuldig ist. Da diese Bestimmung von den Disponenten nicht überall unzweideutig, erschöpfend oder für alle Fälle ge-

wirklich bestehender Schuld nur moralisch befriedigen (§. 436), ist keine naturale Aufhebung, und läßt nat. obligationem bis auf ein gewisses übrig (§. 220 Anm. 27-30).

26) wie dies von der Verjährung der temporales aa. entschieden (Bd. 1 S. 395 Abs. 1), von der der perpetuae aa. vielleicht zu behaupten ist (ebendas. S. 404 Abs. 1).

1) Darnach Zahlung = solutio engsten Sinnes (§. 289 Anm. 6). So nicht sowohl der juristische (Windscheid §. 342 Anm. 1), als der gemeine Sprachgebrauch; eher dürften die Juristen, die „Zahlung“, um für solutio weiteren Sinnes ein Wort zu bekommen, dem gemeinen Sprachgebrauche zuwider da u. dort erweitert, als sie nach dem Vorbilde der solutio engsten Sinnes zu einer Geldzahlung gemacht haben (s. in dieser Richtung die Citate bei Gruchot die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem d. R. 1871 S. 7-12). — Dem Wortsinne nach ist „Zahlung“ = numeratio; allein während erstere sich mit dem Begriffe der Aufhebung verband, blieb letztere (zwischen Gründung u. Aufhebung) neutral.

1^a) Differenzen über die Zahl der rechtlich relevanten Geldfunktionen bei neuesten juristischen Schriftstellern s. Knieß, Geld u. Credit, I. S. 227 fg.

2) l. 1 pr. D. c. e. 18, 1 — usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate — l. 94 §. 1 D. h. t. — in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem —

3) denn hier geschieht die Leistung nicht mehr der Zahl nach.

4) Gruchot (S. 97 dd.) will (nach Karlowa, Münchener krit. Viertelj. XI. S. 555) selbst hier keine „eigentliche Geldschuld“ u. keine „eigentliche Zahlung“ annehmen. Allein wahr ist nur, daß hier die gewisse Münzsorte (so gut wie das beim Geld überhaupt möglich ist) als Waare (Bluntzschli, bei Gruchot S. 97 Anm. 58) gehandelt sein kann.

troffen ist, so ist zuvörderst auf Grund allgemeiner Auslegungsregeln

1. als Währung^{b)} im Zweifel die im Lande

5) d. i. die staatliche Gewährung durch welche gewisse Stoffe (Metall oder Papier) in einzelnen Stücken (Münzen, Scheinen) als die gewissen Theile (Thaler, Gulden; Dukaten, Mark u. s. f.) einer gewissen Einheit (Pfund) von Edelmetall (Gold, Silber) gewährt (durch Stempelung beurkundet und garantirt) werden. Der hiebei angewandte Maßstab heißt Münzfuß der den Münzen oder Scheinen aufgedruckte Antheil an Edelmetall Nennwerth. Dieser Nennwerth kann (bei Münzen) von dem wirklichen Antheil des Geldstückes an Edelmetall (Feingewicht) vornherein (sofort mit der Ausprägung) verschieden sein, es sei nun daß die Ausprägung zufällig über oder unter dem Nennwerthe ausgefallen, oder aber daß sie geflissentlich unter demselben erfolgt ist. Letzteres kann gesetzlich oder ungesetzlich der Fall sein, kam gesetzlich sonst auch bei Courant (Grobgeld) wenigstens insoweit vor, als man den s. g. Schlaghaß (Prägevergütung) vom Feingewicht abzog, u. kommt gesetzlich, ja begrifflich bei der Scheidemünze vor, deren Gegenpaß zu Courant nicht allein darin besteht, daß sie zu kleineren Theilen des Pfundes, sondern auch darin, daß sie zu kleineren Theilen des Nennwerthes ausgeprägt wird, als dieses bei Courant gesetzlich jemals der Fall ist, oder aber von dem Edelmetall, dessen angeblichen Werththeil sie bildet, überhaupt nichts enthält (Kupfer, Nickel). Verschieden endlich vom Feingewicht der Münze ist, vonwegen des nothwendigen Zusatzes von gemeinem Metall (Legirung), deren gesetzliches Gewicht (Schrot), und das Mischungsverhältniß des edlen und unedlen Metalls (Feingehalt, Korn). So weit als hier das Wesen des Geldes aus der Währung entwickelt ist, kommt es, freilich nur als Metallgeld, auch in unseren Quellen, namentlich bei Paulus l. 1 pr. D. c. e. 18, 1, vor; denn mahnend an die *pecunia forma publica populi Romani signata* nennt er es eine *materia forma publica percussa* u. trifft damit die Beurkundung oder Gewährung; spricht er ferner von seiner *publica ac perpetua aestimatio* (s. das *uniforme pretium* u. die *imminutio aestimationis* in l. 2 l. 3 C. vet. num. pot. 11, 10), so kann damit nur der Nennwerth gemeint sein (Hartmann, ü. d. rechtl. Begriff des Geldes u. den Inhalt von Geldschutden, S. 114, nebst den von diesem verglichenen l. 1 §. 1 l. 35 pr. l. 9 D. auro 34, 2, wozu aber auch Goldschmidt, Zeitschr. f. Hdsr. Bd. XIII S. 381); denn nur dieser ist staatlich und ständig; der Tauschwerth (den es gegenüber der Waare, als *pretium*) hat, ist (von diocletianischen Tarifen abgesehen) privatlich und unbeständig. Aus dem Tauschverkehre dagegen und seinem Bedürfniß nach einem allgemeinen (durch die Publizität u. Beständigkeit seines Werthes Allen genehmen) Tauschmittels leitet er die Entstehung des Geldes ab (*quia non semper nec facile concurrebat ut cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.* — Auch auf den Zwangskurs einzugehen, der sich, als höchste Eigenschaft des Geldes, auf Grundlage der Währung erhebt u. aus der Eigenschaft eines allgemeinen Tauschmittels entwickelt, hierin selbst aber noch nicht gelegen ist (vgl. Goldschmidt, Zeitschr. S. 370. 378) — hat Paulus l. cit. keinen Anlaß. Vorhanden war er bei den Römern nicht minder als bei uns (s. unten Anm. 9); vom Zwangskurse der alten kaiserlichen *Solidi* handelt l. 1 C. de vet. numism. pot. 11, 10. Hartmann S. 115.

übliche⁶⁾, oder aber die dem Schuldner günstigere Währung anzunehmen⁷⁾ —

2. als Geld im Zweifel das Geld im technischen Sinne des Wortes verstanden⁸⁾. Geld im technischen oder eigentlichen Sinn ist aber nur dasjenige, welches zu seinem Nennwerthe in Zahlung genommen werden muß (Zwangskurs hat)⁹⁾. Folgerecht ist im Zweifel schuldig und allein zahlungsmäßig

6) d. i. in dem Lande da contrahirt, überhaupt obligirt wird: l. 34 D. r. j. 50, 17 — si non pareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur — cf. l. 114 eod. Die im Lande übliche Währung kann Währung eben dieses Landes (die in diesem Lande gesetzliche Währung) im Gegensatze zu ausländischer sein, wie z. B. vordem in Südd. die rheinische Guldenwährung im Gegensatze zur österreichischen — oder aber eine fremde Währung im Gegensatze zu einer andern fremden (z. B. österr. u. holl. Dukaten — vgl. Savigny Obligr. Bd. 1 S. 466 Anm. 1; daß die Landeswährung im Lande nicht üblich sei, wird leicht darauf hinauslaufen, daß sie nicht mehr Landeswährung ist — in desuetudinem abiit. — Entgegen unserer Regel scheint nach dem HOb. Art. 336 die am Zahlungsorte übliche Währung angenommen werden zu müssen (vgl. Windscheid §. 256 Anm. 3 d.).

7) woferne von den verschiedenen Währungen an dem Kontraktorte keine vorherrscht: l. 34 cit. — Quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum est, redigenda summa est — Windscheid §. 256 Anm. 2.

8) s. oben Bd. 1 S. 121 zu Anm. 7 u. S. 118 zu Anm. 5.

9) Diese höchste Eigenschaft des Geldes finden wir der pecunia forma publica signata in keinem römischen Gesetze beigelegt, noch von den Juristen erörtert (vgl. Anm. 5 a. G.); die Jurisdiktion aber exercierte sie stillschweigend; denn unter dem Geld, in das der Richter überall zu condemniren angewiesen wurde, konnte nur publica pecunia u. dieses nur nach seiner perpetua aestimatio gemeint sein. Also bestand ein Zwang, nicht nur überhaupt Geld anstatt von was immer für Forderungen und Ansprüchen, sondern auch Geld zu seinem Nennwerthe in Zahlung zu nehmen; wer sich dessen weigerte, verfiel in moram accipiendi, mochte seine Geld-Forderung nun condemnationis oder was immer sonst für eine causa haben (§. 275 Anm. 2 — sine justa causa accipere recusaverit.). Auch die Verwaltung setzte den Zwangskurs voraus, wo sie geflissentlich leichter prägte (Hartmann S. 113 fg.) und Münzwardeine zur Prüfung der Staatsmünzen (numularios) aufstellte (Fuchs, Arch. f. c. P. Bd. 62, S. 186). In neueren Gesetzen kommt die ausdrückliche Vorschrift des Zwangskurses (z. B. daß „die gemeinen Reichs-Münzen .. von männiglich im Reich . . in Bezahlung ausgegeben u. genommen werden“ sollen — Reichs-Münz O. v. 1559 §. 11) namentlich als etwas Exceptionelles für gewisse Arten Papiergeld im Gegensatze zu Metallgeld, für ausländische Währung im Gegenhalte zur inländischen, für Scheidemünze gegenüber von Courant vor (s. z. B. die bei Struchot S. 78 S. 85 S. 91 agff. Gesetze); für Metall-Courantgeld einheimischer Währung wird dasselbe stillschweigend vorausgesetzt; desgleichen daß dieses zu seiner Währung d. i. zu seinem Nennwerth anzunehmen sei (ausdrücklich ausgesprochen im Wie-

einheimisches und ihm gesetzlich gleichgestelltes fremdes Geld¹⁰⁾ — Metallgeld und ihm gesetzlich gleichgestelltes Papier, (also wirkliches Papiergeld)¹¹⁾ — grobes (Courant-) ¹²⁾ — vollwichtig geprägtes¹³⁾ — unverdorbe-

ner-Münzvertrag Art. 8 „zu dem angegebenen Werth“). Die bloße Vorschrift daß irgend welche Scheine oder Münzen von den öffentlichen Kassen anzunehmen seien, begründet den Zwangskurs noch nicht (Beispiele bei Gruchot S. 79). — Mit dem Metall-Courantgeld inländischer Währung ist der Zwangskurs stillschweigend und ausnahmslos verbunden; es ist das Original-Geld; alles andere ist nur imitirtes, dem Originale durch Verleihung des Zwangskurses gleichgestelltes Geld. Ohne Zwangskurs ist also weder „vollkommenes“ (Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. S. 1124 ff. Münz. Viertelj. a. a. D. S. 378), noch originales, noch imitirtes, geschweige denn eigentliches Geld oder Geld im technischen oder „streng juristischen“ (Hartmann S. 374) Sinne vorhanden (vgl. Goldschmidt, Handb. S. 1119, Windscheid §. 255 Num. 21).

10) so der Wiener-Münzvertrag v. 24. Jan. 1857 Art. 8, das Preuß. A. L. R. Th. I. Tit. 16 §. 78, cf. §. 76 — 3. B. die ehemaligen Vereinsmünzen der Zollvereinsstaaten (Gruchot, S. 88 unten fg.) — ferner das b. Ob. für d. K. Sachen § 665 — mit nichten also fremdes Geld außerdem, selbst wenn es im Inlande gangbar ist vgl. die von Gruchot S. 89 Num. 34 agt. preuß. Kabinettsordre von 1832). Allein hievon sind nicht nur andere Partikulargesetzgebungen (3 B. gh. hessischer Entwurf eines b. G. B. I. Art. 287 — Gruchot S. 92, abgewichen; auch in der gemeinrechtlichen Doktrin findet sich der Satz vertreten, daß ausländisches Geld, wenn es am Orte der Zahlung Kurs hat, Zwangskurs habe — freilich nur zu seinem Kurswerthe (Windscheid §. 256. 2. b. p. 3). Wäre dies richtig, so gäbe es einen Zwangskurs des Geldes nicht nur nach seinem Nennwerth, sondern auch nach seinem Kurswerth. Allein: ist Geld, das zum Kurse, d. i. nach seinem Kaufpreise genommen wird, nicht Waare, und kann Gläubiger gezwungen werden, anstatt Geld Waare zu nehmen? Vgl. Hartmann §. 10, Goldschmidt, Handb. S. 62, S. 1070 fg. S. 1117 ff. S. 1129 Note 44.

11) Hartmann S. 85 fg., Gruchot S. 78, 82. Dem Reichspapiergeld ist der Zwangskurs abgesprochen durch RGesetz vom 30. April 1834.

12) mit der selbstverständlichen (im Wienermünzvertrag Art. 14 allein zugelassenen) Ausnahme von Summen, welche unterhalb der kleinsten Courantmünze stehen (Gruchot S. 91 fg.); nach den nunmehrigen Reichsgesetzen, nach welchen nur Goldmünzen courant sind (Goldwährung), mit der Modifikation, daß die (nur zu $\frac{1}{10}$ ihres Nennwerthes geprägten) Silbermünzen nur unterhalb 20 Mark, diejenigen Münzen aber, welche, obwohl unedlen Metalles (Nickel, Kupfer), fiktivisch den Nennwerth von Bruchtheilen edlen Metalls bekommen, nur unterhalb 1 Mark angenommen werden müssen (Reichsmünzgesetz v. 9. Juli 1873 Art. 9).

13) d. i. solches das zu dem ihm aufgeprägten Nennwerth auch wirklich ausgeprägt ist. Vgl. das *debitum pondus* in l. 1 C. de veteris numism. potestate 11, 10) Die unterwichtig geprägte Münze steht außer der Währung u. damit außer dem Begriffe des Geldes, gleichviel ob zufällig oder vom Staate selbst u. geflüßentlich unterwerthig geprägt ist. Denn nicht was geprägt u. gestempelt, sondern was der (gesetzlichen) Währung gemäß geprägt u. gestempelt wird, ist gewährt, und Geld. Vgl. Goldschmidt, Handb. S. 1139, Karlowa, a. a. D. S. 545, Savigny a. a. D.

nes¹⁴⁾ Geld — zum Nennwerth¹⁵⁾ — dies alles vorausgesetzt aber in jedweder Sorte¹⁶⁾. Was übereinstimmend mit dem was

§. 444, Windscheid §. 256 Anm. 13. Eine Modifikation des Gesagten liegt darin, daß eine zufällige Abweichung der Ausprägung vom gesetzlichen Münzfuß u. Gewicht (in Feingewicht u. Schrot) innerhalb einer minimalen Grenze gesetzlich nachgesehen ist (Remedium — R. v. 4. Dez. 1871 §. 9 u. R. Münz. G. Art. 2). — Diese Bestimmung trifft gleich der vorigen selbstverständlich nur das Metallgeld.

14) keinesfalls das anders als durch den Umlauf an Werth verringerte (gekippte, durchlöcherter, verfälschte) Geld (Gruchot §. 106); ob aber auch die naturgemäße Abnutzung durch den Umlauf dem Zwangskurs eine Grenze setzt? Gesetzliche Verpflichtungen der Staatskassen zur Einziehung solchen Geldes (Karlowa a. a. D. S. 545 fgg.), oder gesetzliche Feststellung des Remediums (Windscheid §. 256 Anm. 15) berechtigen noch nicht zur Bejahung dieser Frage (Goldschmidt Handb. S. 1139 R. 71 Zeitschr. Bd. 13). Uns scheint die staatliche Gewährung einer Münze dadurch, daß von dieser Gewährung ein noch so langer u. starker Gebrauch gemacht ist, nicht sistirt zu werden; einmal erteilt dauert sie fort, bis *res in contrarium acta* — durch eigene Einziehung u. Eingriffe von außen (durch welche die Münze aufhört die gewährte zu sein). Die *reproba pecunia* der l. 24 § 1 D. pign. act. 13, 7 scheint auch keine bloße Abnutzung zu bedeuten. Vgl. dazu die *species proba* u. das *aeternales vultus violare* in l. 1 l. 3 C. de veteris numism. potestate 11, 10.

15) dies namentlich auch wenn inzwischen die Währung verändert oder die bedungene Münzsorte ausgegangen ist — wessfalls dann die alte Währung in die neue nach dem beiderseitigen Nennwerthe umzurechnen ist. Dies wird besonders seit G. Hartmann (§§. 11—13) u. gegen Savigny a. a. D. S. 442 fgg. auch mehr u. mehr zur herrschenden Ansicht. Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. S. 380 fg. Rnies, S. 324 fgg. und auch zu der praktischen Seite der Kontroverse Windscheid §. 256 Anm. 21.

16) Die Geldschuld ist eine Quantitäten (Fungibilitäten)-Schuld, die Fungibilität welche dem Gelde beigelegt ist (Anm. 2) eine Fungibilität nicht nur der einzelnen Stücke derselben Sorte, sondern auch der verschiedenen Sorten derselben Währung untereinander; denn die Sorte drückt keinen Unterschied der Art, sondern nur des Ausmaßes aus: Seneca de benef. VI, 5 *Cum omnis solutio (Zahlung) non idem reddat, sed tantumdem, pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos* (Gruchot S. 87). Die im Kontrakt genannte Sorte ist also im Zweifel nur in *demonstratione*, nicht in *intentione*, oder wie Goldschmidt (Handb. S. 1147) sich ausdrückt, nur in *solutione*, nicht in *obligatione* — es wäre denn eine gewisse Sorte nicht bloß genannt, sondern bedungen, nicht bloß demonstirt, sondern intendirt, partirt — „effektiv bedungen“. — All das hat denn namentlich auch für den Fall von Darlehensschulden zu gelten, wiewohl bei Darlehen sich der Schuldgegenstand *re* bestimmt, *re* lediglich die gegebene Sorte da ist, und die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung daß etwas anderartiges als das Empfangene zurückgegeben werden könne, das Dasein eines Darlehens selbst ausschließt. Es hat gleichwol dasselbe zu gelten: denn in Wahrheit ist die andere Sorte, in der gezahlt wird, nichts anderes, von dem was gegeben wurde der Art nach verschiedenes; tantumdem aber (l. 80 D. h. t.) kann, von der Scheidemünze abgesehen, in allen Sorten gleichmäßig heimgegeben wer-

schuldig ist gezahlt werden will, muß Gläubiger bei Vermeidung der mora creditoris (§. 275) annehmen, und wird wahrhaft „gezahlt“; jede Zahlung in einer anderen als in der kraft ausdrücklicher u. stillschweigenden Bestimmung schuldigen Geldart ist wider Willen des Gläubigers unmöglich, und wenn mit diesem erfolgend in Wahrheit nicht mehr Zahlung, sondern Leistung an Zahlungsstatt (datio in solutum)¹⁷⁾.

Die oben aufgestellten Regeln setzen eine Geldschuld und zwar eine solche im technischen Sinne des Wortes Geld voraus (§. 441 nro. 2). Wo Papiergeld schuldig ist, das keinen Zwangskurs hat, liegt weder unsere Geldschuld¹⁸⁾, noch im Falle der Leistung unsere Zahlung, sondern solutio weiteren Sinnes, und zwar solutio einer Waarenschuld, welche entweder in natura zu erfüllen oder nach ihrem wahren Werthe d. i. nach ihrem Kurswerthe zur Zeit der Praestation¹⁹⁾ zu praestiren ist; Erstattung nach dem Nennwerth müßte eigens bedungen sein. Wo in fremdem, dem einheimischen nicht gesetzlich gleich gestellten Gelde gehandelt wird, muß die Intention der Parteien entscheiden, ob sie dasselbe als Geld (nach dem Nennwerth), oder als Waare (nach dem Kurswerth) wollen; ersterenfalls darf und muß es nach dem Nennwerth gegeben und gefordert werden, aber nicht weil es Zwangskurs, sondern weil es den Willen der Parteien also für sich hat. Dieser muß denn auch bewiesen werden. —

Die Geldschuld ist ein dare oportere, die Zahlung also Eigenthumsübertragung²⁰⁾. Zu den Konsequenzen dieses Satzes²¹⁾ gehört die, daß in Ermangelung des Eigenthumsüberganges Forderung und Klage aus dem bisherigen Schuld-

ben. Vgl. Gruchot (mit Belegen aus alten u. neuen Gesetzen, alter u. neuer Doktrin S. 83—87), Windscheid §. 256 Anm. 3

17) vgl. §. 289 Anm. 7; Gruchot, S. 67 unten bis S. 78.

18) also z. B. in dem Falle wo gegen solche Banknoten „verkauft“ wird, wegen Ermangelung des wahren pretiam auch kein wahrer Kauf, sondern ein Innominatkontrakt (Tausch) —

19) vgl. §. 281 b. 4 (S. 362 fgg.).

20) l. 11 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 — emtor nummos venditoris facere cogitur.

21) z. B. l. 17 D. h. t.; l. 14 §. 8 eod. l. 9 §. 2 D. auct. et cons. tut. et cur. 26, 8 §. 2 J. quib. al. lic. 2, 8; l. 87 D. h. t.

grund fortbesteht²²⁾; von einer Evictionshaft ist da wo auf Grund einer vorausgehenden Obligation gegeben wird, keine Rede²³⁾. Der Satz selbst aber ist nicht buchstäblich, sondern in dem allgemeineren Gedanken der Leistung dessen was man schuldig ist, der Erfüllung dessen was man versprochen hat, in Anwendung gebracht, ausdehnend und einschränkend. Trotz mangelnden Eigenthumsübergangs wird der Schuldner nachträglich frei dadurch, daß Gläubiger das empfangene Geld konsumirt²⁴⁾, vermengt²⁵⁾, usukapirt²⁶⁾; trotz eintretenden Eigenthumsüberganges wird der Schuldner nicht frei, wenn das Empfangene (repetitione) kondicirt oder evincirt werden kann²⁷⁾; damit Gläubiger habe, was ihm gebührt, kommt mehr auf den Erfolg, als das Recht, mehr auf das Behalten, als das Erhalten an. Wo der Schuldner trotz mangelnden Eigenthumsüberganges dadurch daß Gläubiger konsumirt oder vermengt frei wird, geschieht dies also wohl allenthalben unter der Voraussetzung der Redlichkeit des Gläubigers (nescire rem alienam)²⁸⁾. Unter besonderen Umständen gilt der Gläubiger für bezahlt noch bevor ihm gegeben, geschweige denn Eigen-

22) arg. l. 98 pr. D. h. t. — si ea res evicta sit . . ex . . promissione agere posse.

23) s. oben §. 280 bes. S. 335. Eine solche ist denn auch in der Person dessen, der in versiegelten, mit dem Betrage u. seinem Namen überschriebenen Rollen, Paketen, Beuteln u. „Zalt“, nicht vorhanden, es sei nun daß man nur dem ersten oder (wie dies, wenigstens für den Fall eines Defectes, namentlich in der sächsischen Praxis geschieht) jedem weiteren mit dieser Rolle u. Bezalten eine Klage gegen ihn gibt. Letztere kann nicht wohl eine andere als die stillschweigend cedirte des ersten Empfängers sein. S. indessen Pagenstecher, Pand.-Prakt. S. 419 fgg. u. überhaupt Gruchot S. 108 ff.

24) l. 17 l. D. h. t. l. 19 §. 1 D. r. cr. 12, 1. cf. l. 14 §. ult. D. h. t.

25) l. 78 D. h. t.

26) l. 60 D. h. t. cf. l. 54 pr. D. evict. 21, 2.

27) l. 61 l. 55; l. 20 cf. l. 98 pr. D. h. t. — harum . . rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas.

28) sonst kann ja Gläubiger das Empfangene nicht behalten (condictio furtiva). Vgl. (Windischeid §. 342 zu Anm. 8 l. 17 D. h. t. l. 9 §. 2 D. auct. et cons. tut. 26, 8 cf. l. 11 §. 2 D. r. cr. 12, 1. Entschieden vorausgesetzt ist bona fides des Empfängers in l. 78 D. h. t.; geschwiegen ist in l. 19 §. 1 D. r. cr. 12, 1. Keine nummi alieni sind in l. 14 §. ult. D. h. t. Vgl. Anm. 51.

thum übertragen ist: da nämlich wo der Schuldner durch gerichtliche Hinterlegung (i. g. depositum judiciale) frei wird (§. 275 Anm. 20 a. G.). Die besonderen Umstände sind dieselben, unter welchen der Schuldner sich durch Interpellation des Gerichtes die Vortheile der mora creditoris auf Grund bloßer Zahlungsbereitschaft, ohne wirkliches Offert, verschaffen kann (§. 275 S. 311); aus „in der Person des Gläubigers liegenden Gründen“ kann er hier nicht zahlen, dort nicht offeriren²⁹⁾.

Theilzahlungen braucht der Gläubiger, wenn sie nicht bedungen sind, nach herrschender Lehre und auch nach Maßgabe der Quellen nicht anzunehmen³⁰⁾. Schwieriger ist es den inneren Grund dieses Satzes anzugeben³¹⁾. Keine bloßen Forderungstheile pflegen die verschiedenen „Posten“ eines Guthabens zu sein³²⁾; keine solche sind die mehreren in Einer

29) Außer den §. 275 Anm. 20 a. G. cit. II. werden auch noch l. 1 §. 3 l. 7 D. usur. 22, 1 l. 2 l. 6 C. eod. 4, 32 l. 28 D. adm. tut. 26, 7 angeführt; allein hier, wie in l. 19 C. usur. 4, 32 kommt die Deposition noch nicht anstatt Zahlung, als Befreiung, sondern nur in Verbindung mit Oblation, behufs Aufhebung einer etwa vorhandenen mora solvendi u. Begründung einer mora creditoris — allem Anscheine nach zu dem besonderen Zwecke der Konstatirung, daß Alles offerirt worden — vor (vgl. §. 274 Anm. 4). Vgl. auch l. 41 §. 1 in fin. D. usur. 22, 1.

30) Zu dem §. 274 Anm. 4. Bemerkten vgl. Gruchot §. 6. Nach den bei diesem excerptirten Quellen soll die Zahlung nicht „zipfflet“ geschehen. Nicht beweisend sind aber l. 13 §. 8 D. a. e. e. v. 19, 1 u. l. 9 C. h. t. 8, 43. Eine Besonderheit enthält die d. Wechsel-D. Art. 38 (Gruchot S. 117 fg.).

31) Sagt man, die Forderung gehe auf ein „ungetrenntes Ganze“ (Gruchot a. a. O. S. 111 u. die dort Agff. besonders auch der dort S. 119 cit. Hahn obs. ad Wesenb), so folgt nicht, daß sie auch auf ein untrennbares Ganze gehe; sagt man in Einem Athem, mit dem bloßen Theile werde aliud pro alio gezalt, so verwechselt man Qualität mit Quantität; das angebliche „Postulat der Natur“ aus welchem Donellus (comm. de j. civ. lib. XVI. c. 10) argumentirt: ut quomodo quidque contractum sit eodem modo et dissolvatur (vgl. oben S. 438 Abs. 2) — geht auf die Form, nicht den Inhalt der solutio und ist an sich problematisch. Wollte man sich aber auf das Interesse des Gläubigers stützen, so ließen sich Fälle denken, in denen ein solches fehlt. Savigny's (u. Uciat's) abweichende Meinung möchte darnach mehr äußerlich als innerlich verlassen sein.

32) Freilich können sie es sein. Läßt man Theilzahlung zu wo „eine (Eine?) Forderung aus mehreren Posten besteht“, wie buchstäblich in den Motiven des b. G. f. Sachsen zu §. 695, also ohne Unterscheidung ob Eine oder mehrere Forderungen bestehen, so statuirt man eine Ausnahme von der Unzulässigkeit der Theilzahlung für den Fall, da die Gesamtschuld

Person zusammengekommenen Forderungen³³), noch die unter mehrere Personen getheilten (Partial-) Obligationen³⁴), noch endlich, wo ipso jure kompensirt wird, der Saldo³⁵). Dagegen dürfen, was die Zahlung anlangt, von der fälligen Hauptschuld die Zinsen nicht getrennt werden, wenngleich sie stipulirt, mithin (§. 244) dem Bestande nach selbständig sein sollten³⁶).

Sind der Schulden mehrere, so braucht der Schuldner nicht alle auf einmal zu zahlen, und es steht in seiner Macht zu bestimmen, welche er zahlen und gezahlt haben will³⁷). In Ermangelung einer vom Schuldner ausgehenden Bestimmung kommt die Reihe an den Gläubiger³⁸), und zwar nicht bloß so, daß dieser seine Bestimmung nur beim Empfange³⁹) treffen kann; denn eine derartige Bestimmung des Gläubigers ist nothwendig zugleich eine des Schuldners⁴⁰); sondern so, daß er auch noch nach der Zahlung verfügen kann⁴¹); nur muß dieses sofort nach der Zahlung⁴²) — etwa durch sofortige Bu-

aus Einem Kontrakt u. Einer Forderung allmählig oder ratenweise erwachsen ist — z. B. der Gesamtrückstand eines Pächters; jene Motive meinen aber unter der „einen Forderung“ mehrere Forderungen, und dann liegt keine Theilzahlung u. keine Ausnahme (ältere Doktrin) vor — (Gruchot S. 119).

33) l. 15 D. quib. m. pign. solv. 20, 6 — cogendum accipere etc.

34) §. 234; l. 117 D. v. s. 50, 16 — non potest videri minus solvisse is, in quem amplioris summae actio non competit.

35) Nicht bloß wo Kontokorrent-Rechnung oder Buchung besteht (vgl. Gruchot S. 119. 13^a), sondern überhaupt wo kompensable Forderungen widereinander entstehen, wird der Saldo (da mehr nicht gezahlt zu werden braucht) zur einzigen und ganzen Schuld (vgl. oben §. 287 S. 422).

36) arg. l. 19 C. usur. 4, 32 — wogegen Eintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. 2 §. 103 Anm. 79; hinwider Gruchot S. 120 u. die dort Agff.

37) l. 1 l. 101 §. 1 D. l. 1 C. h. t.

38) l. 1 C. cit — convertitur electio ad eum qui accepit . .

39) vgl. l. 2 D. h. t. — in re agenda —

40) l. 2 D. h. t — ut . . liberum sit . . debitori non dare, si alio nomine exsolutum . . velit. Umgekehrt mag auch der Gläubiger wenn die Bestimmung vom Schuldner ausgeht, den Empfang ablehnen; allein dieses können ist, wenn anders richtig offerirt wird, kein Dürfen, u. verfehlt in moram accipiendi (Gruchot, S. 223).

41) Zutreffend hat l. 1 cit. von der Stelle an da sie von der Bestimmung des Gläubigers redet (quotiens vero non dicimus id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat —) nur diese nachträgliche Verfügung im Sinn (arg. l. cit in fin. — constituere in praesenti, hoc est statim atque solutum est —).

42) s. die vorige Anm. a. C. und l. 3 pr. eod. — postea non permittitur —

chung (*acceptum ferre*), Quittirung an den Schuldner — und im Sinne des Schuldners⁴³⁾ geschehen. In demselben Sinne verfügt endlich das Recht, wenn es an einer Bestimmung auch des Gläubigers, insonderheit auch, wenn es an einer billigen Bestimmung desselben fehlt⁴⁴⁾; nur daß die Zinsen als vor dem Kapitale gezahlt gelten⁴⁵⁾, zumal solche die nicht flagbar gefordert werden konnten⁴⁶⁾, ist nicht so sehr im Sinne des Schuldners, als der über den Parteien stehenden Gerechtigkeit verfügt⁴⁷⁾.

Die Personen anlangend kann zahlen, wer (im Sinne der *datio*) geben kann. Dazu genügt aber nicht schon Eigenthum, sondern erst Dispositionsmacht (§. 57), während wer die Dispositionsmacht über das nöthige Geld hat, nicht selbst Eigenthum zu haben braucht. Wer zahlen könne ist also eine Frage lediglich der Dispositionsmacht; genug daß man über das nöthige Geld verfügen kann⁴⁸⁾; man braucht weder selbst der Schuldner zu sein, noch für ihn oder von ihm Vollmacht zu haben⁴⁹⁾; der Gläubiger, welcher lediglich darum ablehnte, daß ein Dritter zahlt, verfele in Mora (S. 311 vgl. mit S. 303 zu Anm. 11). Ob es an der Dispositionsmacht nun aber wegen feh-

43) nach dem Grundsatz: was Du nicht willst daß Dir geschehe (l. 1 cit. — *in quod ipse si deberet esset soluturus* — und *ita agere ut suam ageret* —) 3. B. „in id quod non est in controversia, aut in illud quod pro alio quis fidejusserat, aut ejus dies nondum venerat“ (l. 1 cit.). Zur Richtiqstellung dieser beiden letzteren Fälle vgl. l. 3 §. 1 und l. 4 l. 5 pr. D. h. t. Uebrigens braucht nur im Sinne desjenigen Schuldners verfahren zu werden, der in Wahrung seines Interesses nicht ungebührlich verfährt, 3. B. das Kapital vor dem Zinse gezahlt haben möchte (*arg. l. 5 §. ult. l. 6 eod.*). Vgl. auch Text zu Anm. 36; weiterhin Anm. 44

44) Als *gravior* (den Schuldner drückendere) *causa* erscheint wie schon aus der vorigen Anm. hervorgeht die *liquide*, die *praesente*, die *cum satisfactione*; ferner die *cum poena* (l. 4 eod.), die *famose* (l. 7 eod.), die *ätere* (l. 5 pr. eod.), die in eigenem Namen kontrahirte (l. 4 cit.).

45) l. 1 C. h. t. l. 48 in f. D. h. t.

46) nicht auch solche, die erst dadurch daß Schuldner sie zahlt zum Dasein kämen, und die von ihm nur irrthümlich gezahlt würden: l. 5 §. 2 D. h. t. Vgl. hiezü §. 223. 1.

47) — *potius ex jure sumitur* — l. 6 cf. l. 5 §. ult. u. Anm. 43 a. G.

48) vgl. bayr. Ebr. IV. 14 §. 2 „als ihm die Rechte . . . frey zu walten u. zu schalten gestatten“.

49) pr. J. q. m. t. o. 3, 29 l. 23 D. h. t. *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus* l. 39 D. neg. g. 3, 5. Konsequenzen: l. 40 D. h. t.

lenden Eigenthums, oder wegen abgängiger Handlungsfähigkeit oder aus Mangel an einer Vollmacht gebricht: hier wie dort ersetzt der Erfolg das Recht; Konsumtion, Vermengung, Usupation verwandeln die bloß gewollte aber verfehlte Zahlung nachträglich in wirkliche Zahlung⁵⁰⁾; — auch hier wo es zur Dispositionsmacht an Handlungsfähigkeit fehlt, wird außer der Konsumtion und Vermengung noch bona fides als Voraussetzung genannt⁵¹⁾; — bezahlt werden kann selbstverständlich nur der Gläubiger; allein daß die datio an ihn geschehe, ist einerseits nicht nothwendig, anderseits nicht überall genügend: nicht nothwendig, indem dieselbe nicht nur mit direktem Erfolge der Zahlung an alle diejenigen gechehen kann, welche hiezu für ihn oder von ihm Vollmacht haben⁵²⁾, oder kontraktlich, als Adstipulatoren⁵³⁾ oder solutionis causa adjecti⁵⁴⁾ empfangsberechtigt sind, oder an die mit Wissen und Willen des Gläubiger

50) Ueber den Ersatz des fehlenden Eigenthums s. oben Anm. 24—28; was für ihn, gilt auch vom Ersatz der fehlenden Vollmacht: wenn Jemand etwa für einen Anderen mit dessen Geld, aber ohne Vollmacht zahlt, oder wenn er mit dessen Geld für sich selbst zahlt, während er nur Vollmacht für diesen zu zahlen hat (l. 17 D. h. t.); denn damit fehlt es auch am Eigenthum zur datio. Was aber den Ersatz der fehlenden Dispositionsbefugniß wegen abgängiger Handlungsfähigkeit (z. B. §. 2 in f. J. quib. al. 2, 8) anlangt, so s. l. 14 §. 8 D. h. t. Pupillum s. t. a. nec solvere posse etc.; l. 9 §. 2 D. auct. tut. 26, 8 setzt eine indebiti solutio, §. 2 J. quib. al. lic. 2, 8 eine mutui datio voraus.

51) l. 9 §. 2 cit. Vgl. oben Anm. 28. Ob nun aber damit, daß b. fides als Voraussetzung genannt ist, b. fides auch gefordert ist — in dem Sinne, daß Gläubiger außerdem noch fordern und klagen könne? Das liegt den Worten (daß nur dann liberabitur pupillus) wohl am nächsten; allein wird der Pupille vom Gläubiger frei, dann ist der Gläubiger (der des unrichtig gezahlten Geldes halber auch seinerseits an den Pupillen gebunden war) auch vom Pupillen frei. Vielleicht nun will die Stelle sagen: durch gutgläubige Konsumtion wird der Gläubiger (der sonst trotz Konsumtion, weil er dolo m. desiit possidere, noch in rem actione u. ad exhibendum, oder condictione furtiva belangt werden könnte) (§. 2 J. quib. al. 2, 8 l. 11 §. 2 D. r. cr. 12, 1) vom Pupillen frei; so lange dies nicht der Fall ist, kann auch von Zahlung keine Rede sein, trotzdem Gläubiger nicht klagen könnte. So wäre die Voraussetzung der bona fides dann auch zu Anm. 28 zu verstehen.

52) für ihn: Tutoren, Kuratoren, Aktoren: l. 14 §. 1—7 D. h. t.; Tutoren u. Kuratoren mit obervormundschaftlicher Einschränkung: l. 25 C. adm. tut. 5, 37 Justinian. §. 2 J. quib. alien. 2, 8; — von ihm: Prokuratoren, als General- oder Spezialmandatare: l. 12 pr. D. h. t.

53) §. 252, bes. S. 162 unten.

54) l. 12 §. 1 l. 9 pr. l. 10 l. 11 D. h. t. und zur Unterscheidung derselben von bloßen Mandataren u. Delegataren namentlich l. 106 eod.

gers⁵⁵⁾ oder mit dessen nachträglicher Genehmigung⁵⁶⁾ gegeben wird, — sondern auch ohne und gegen den Willen des Gläubigers und ohne Vollmacht, freilich mit nur indirektem oder erst nachträglichem Erfolg gezahlt werden kann: mittelst datio an den Gläubiger des Gläubigers, überall wo billigerweise ratihabirt werden müßte⁵⁷⁾; mittelst datio an irgendwelche dritte Person, wenn diese noch nachträglich selbst Gläubiger

55) *voluntate ejus*: l. 106 D. h. t. arg. l. 39 D. neg. 3, 5 — *sine voluntate ejus* — cf. l. 108 § 1 D. legat. I. — *quando ne solutione quidem invito me facta libereris*. Der Empfänger empfängt hier mit der (nur in eigener Sache möglichen) Genehmigung (*jussu* — l. 64 l. 49 D. h. t.) des Gläubigers, ist also Delegatar (Delegation mittelst *numeratio* oder wie man sagt „zur Zahlung“ §. 282 S. 371 u. Anm. 31 S. 376 unten) oder Assignatar (wogegen Gruchot, der S. 59. 2 an die Stelle des *jussus* an den Schuldner ein Mandat an den Empfänger setzt), und empfängt mit der Wirkung als ob dem Gläubiger selbst gegeben wäre (l. 180 D. r. j. 50, 17 *quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset* l. 11 §. 5 D. pign. act. 13, 7 *solutam pecuniam accipiendum etc.*).

56) l. 12 §. 4 l. 49 l. 58 D. l. 12 C. h. t. l. 9 C. neg. 2, 19 l. 9 D. eod. 3, 5 l. 80 §. 5 D. furt. 47, 2.

57) Hiefür spricht l. 6 D. exc. d. m. 44, 4: — *exceptione d. m. creditor removebitur. Idem est si creditori ejus numeratam pecuniam ratam creditor non habet*. Um dieses Zeugniß zu entkräften muß man unterstellen: entweder *dolum praeteritum* (der Gläubiger habe arglistigerweise an den Gläubiger zahlen lassen und dann die Ratih. verweigert — Müller, Arch. f. civ. P. Bd. XV. 12. S. 275), wo doch nur von *exc. d. praesentis* gesprochen wird; oder die *exc. doli* sei auf Gegenforderung des Schuldners aus der Zahlung gestützt (Windscheid §. 342 Anm. 42), während sie in der Stelle selbst auf Nichtratihabition des Gläubigers beruht. — Zu viel (direkte Befreiung) scheint l. 11 §. 5 D. pign. act. 13, 7 zu beweisen. In der That dürfte die Befreiung hier *ipso jure* platzgreifen, diese Besonderheit aber in einem besonderen, wir meinen in einen Aferpfandrecht des ersten Vermiethers an den *invectis et illatis* des Afermiethers beruhenden Anrechte des Schuldners auf Zahlung an den ersten Vermiether beruhen. Um der Gefahr vorbeugen zu können, daß seine Invekten noch haften, nachdem er seinen Zins gezahlt hat, muß er letzteren an den ersten Vermiether zahlen können; und das entschied Julian — *scribit ei solvi posse*. Weiter als bis zum Betrage seines Zinses haften die Invekten u. Klafen des Afermiethers auch dem ersten Vermiether nicht; und davon handelt der weitere Theil der Stelle. Andere Erklärungen der Stelle bei Busch, Arch. f. civ. P. Bd. XXXI S. 12—20, Windscheid a. a. D. — Dem Extrem, Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers gar nicht, oder nur für Einen Fall zuzulassen, steht das andere gegenüber: sie schlechthin zuzulassen. Es sind Umstände denkbar unter denen Gläubiger Zahlung an seinen Gläubiger billigerweise verbieten konnte; da muß *exceptio doli* entfallen. Aber nicht der Umstand daß ausdrücklich verboten worden ist (Gruchot S. 53 unten), sondern der daß billigerweise verboten werden konnte bringt die *exceptio* in Wegfall; l. 24 C. neg. 2, 19 beweist das Gegentheil nicht.

wird⁵⁸⁾, oder der Gläubiger durch sie zur Befriedigung gelangt⁵⁹⁾; — nicht genügend, wenn es dem Gläubiger an der zur Aufhebung der Forderung nöthigen Dispositionsmacht fehlt⁶⁰⁾; auch bietet hier nicht schon Konsumtion, sondern erst das Frommen des Empfanges den, überdies nur indirekten, Ersatz der fehlenden Dispositionsmacht⁶¹⁾.

Was endlich den Zahlungsort und die Zahlungszeit anlangt, so wird darunter nicht der Ort und die Zeit verstanden da gezahlt wird, sondern der Ort und die Zeit da zu zahlen ist. Ersteres ist, da mit beiderseitigem Willen überall und jederzeit gezahlt werden kann, nicht vorauszu sehen und entzieht sich also der rechtlichen Bestimmung; letzteres dagegen ist schon mit dem Dasein der Schuld bestimmt. Der Ort und die Zeit da zu zahlen ist, sind aber gleichbedeutend mit dem Orte und der Zeit, da die Zahlung an- oder vorgenommen werden muß, wenn nicht *mora creditoris* oder *debitoris* entstehen⁶²⁾, oder das Orts- oder Zeitinteresse zur Praestation kommen soll (§. 279) — oder was eins ist, der Ort und die Zeit, da die Zahlung angeboten oder gefordert werden darf, so daß an einem anderen Orte das Angebot und die Anforderung von Orts- u. Zeitwegen ohne *Mora* abgelehnt werden könnten, oder doch nur mit Praestation des Orts- oder Zeitinteresses angenommen zu werden brauchten. Würde an einem anderen als dem bestimmten Ort oder Tage aber geleistet oder angenommen, von

58) l. 96 §. 4 D. h. t.

59) als ihr Erbe: l. 11 §. 5 D. pign. act. 13, 7, — durch Restitution oder sonstwie: l. 34 §. 9 l. 28 l. 61 D. h. t.

60) wie dem Pupillen, dem keine *auctoritas tutoris*, dem Minor dem kein *consensus curatoris* nachhilft: s. oben §. 55 l. 2. Anm. 27 §. 57, 1 b. §. 2 J. quib. alien 2, 8 l. 15 l. 66 D. h. t.; l. 7 §. 2 l. 32 D. min. 4, 4

61) „Bereicherung“ ist insoferne gefordert, als das Verlieren (*perdere*) oder Bergenden (*male consumere*) (l. 7 §. 2 l. 32 citt.) des empfangenen Geldes den Empfänger ärmer machen würde, wenn er in Einem die Forderung verlöre; genug daß nicht verloren oder vergeuet ist (l. 47 §. 1 D. h. t. — *hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est*). Die Bereicherung braucht nicht auch jetzt noch, da der Empfänger klagt u. ihm *exceptio doli* entgegenstehen soll (§. 2 J. cit. l. 15 l. 66 cit.), vorzuhalten; *salvam* (§. 2 J. cit. l. 15 cit.) ist das Geld, wenn es nur einmal gut — so gut als ein richtig gezahltes Geld verwendet werden konnte, angewendet, wo nicht baar vorhanden ist: l. 47 §. 1 cf. pr. eod.

62) §. 272 Anm. 9; §. 274 Anm. 6 und §. 311 oben. *επιβουλας*

dem Ablehnungs- oder Weigerungsrechte also kein Gebrauch gemacht, so würde die Leistung immerhin Zahlung sein; es läßt sich nicht denken, daß eine Geldschuld einzig um deswillen, daß nicht an dem rechten Orte oder zu der rechten Zeit geleistet ist, gar nicht geleistet oder nicht gezahlt wäre⁶³). — Was nun aber des weiteren insonderheit den Zahlungsort anlangt, so ist dieser mit dem Dasein der Schuld entweder als *locus certus*⁶⁴) oder *incertus* bestimmt. *Certus* (eine gewisse Stadt u.) ist er nur in Folge einer hierauf gerichteten Nebenbestimmung⁶⁵) in Kontrakt oder Vermächtniß: es sei nun daß dieselbe ausdrücklich⁶⁶) oder stillschweigend getroffen werde⁶⁷). Fehlt es an einer solchen, dann fehlt es folgerecht auch an einem „bestimmten Zahlungsorte“ und besteht für denselben keine andere

63) Was §. 279. II. 1 bezüglich der *obligatio dandi* in Ansehung des bestimmten Ortes bemerkt ist, steigert sich von der Seltenheit zur Unmöglichkeit, wenn man an Geldschulden denkt. Was diesbezüglich von dem bestimmten Orte, gilt auch von der bestimmten Zeit (vgl. ebendas. I 1). Wo sonst eine Leistung, weil nicht am rechten Ort oder Tage erfolgt, gar nicht erfolgt ist, bleibt immer noch Leistung (*Praestation*) in Geld im Hintergrund; wie sollte nun wo vornherein nur Geld schuldig ist, dieses je nicht an einem anderen Orte oder Tage, als dem bestimmten, gezahlt werden können, da doch die Kondemnation in Geld leicht an einem anderen Orte als dem Zalorte u. stets später als zur Zahlungszeit erfolgt. Das *non posse* z. B. in l. 9 D. de eo quod certo loco 13, 4 bedeutet also nicht Unmöglichkeit sondern Unerlaubtheit.

64) D. de eo quod certo loco dari oportet 13, 4, l. 22 D. r. cr. 12, 1 etc.

65) Die Bestimmung des gewissen Zahlungsortes gehört nicht unter die essentiellen Bestimmungen des Geschäftes, wie es bei der Kontrahirung von *obligationes faciendi* u. ollenfalls auch *dandi* der Fall sein kann. Vgl. oben §. 279 II. 2 mit 1.

66) §. 33 J. act. 4, 6 u. z. B. manche der §. 279 II. 2 beiläufig *citt. ll.*

67) *ubi testator voluit vel ubi verisimile est eum voluisse*: l. 47 pr D. leg. I. — eine Wahrscheinlichkeit für welche sich bei (wahren) Geldschulden (s. oben Anm. 2. 3 18) u. also für die eigentliche Zahlung freilich seltener Anhaltspunkte finden werden als bei anderen Schulden. Vgl. z. B. den Fall der wahren Geldschuld in l. 47 §. 1 eod.: *sin vero non fuit certa species* (d. i. *certum corpus nummorum* z. B. *ex illa arca* l. 38 D. jud. 5, 1), *ibi erit praestandum* mit dem vorbergehenden. Immerhin aber könnte die Praesumption, welche l. 50 D. jud. 5, 1 für Fideikommiss aufstellt (*ut ibi petatur fideicommissum ubi major pars hereditatis est*) auch für Geldfideikommiss gelten — (doch s. l. 38 D. jud. 5, 1 u. Anm 73 a. C.) und für Darlehensschulden (*mutuum*, nicht *foenus*) was l. 12 §. 1 D. commod. 13, 6 für das *Commodat* als Recht des *Commodators* hinstellt: *ut referretur res commodata* — (doch s. Anm. 73 a. C. und S. 457 oben).

Schranke als die der Schicklichkeit⁶⁸⁾ und der Praesenz: daß der Gläubiger (in eigener Person oder vertretungsweise)⁶⁹⁾ da fordere wo der Schuldner (in eigener Person oder vertretungsweise)⁷⁰⁾ ist, — der Schuldner (in eigener Person oder vertretungsweise)⁷¹⁾ anbiete, wo der Gläubiger (in eigener Person oder vertretungsweise)⁷²⁾ ist. Dies vorausgesetzt, kann man sagen: überall muß gezahlt werden, wo man angefordert wird⁷³⁾,

68) §. 272 Anm. 9.

69) s. oben S. 293; S. 296 unten.

70) s. oben S. 293 unten bis S. 297.

71) s. oben S. 303.

72) s. oben S. 303 Anm. 7 und in diesem §. Anm. 52—58.

73) Nichts anderes als dies sagen die Stellen, in welchen es heißt, daß in Ermangelung eines certus locus „ibi dari, (solvi) debet (praestandum est) ubi petitur“: l. 38 l. 50 pr. D. jud. 5, 1 l. 47 §. 1 D. leg. I. l. 1 D. ann. leg. 33, 1. Der Klageort ist nur Einer der Orte an denen man fordern oder zahlen darf. Gewöhnlich aber nimmt man das ubi petitur nur für den Ort der Klage (s. statt Aller Windscheid §. 282 Anm. 5 Reaz, L. v. Erfüllungsort §. 12 u. §. 13 II u. neuestens Schulin, F., zur L. vom Erfüllungsort u. vom Gerichtsstand der Obligation nach r. R., Basel 1879 S. 30); allein sicher ist, daß petere auch für die bloße außergerichtliche Anuehung des Schuldners steht, wie denn auch schon diese aktionenartig ist (§. 272 Anm 6); und daß mit ubi petitur nur dann so recht ein locus incertus vorliegt (und ein solcher muß vorliegen wo nicht locus certus ist, wenn überall gezahlt werden muß, wo man den Schuldner anfordert, während der Klageort wie der Gerichtsstand schon etwas von einem locus certus hat; auch läßt sich ein innerer Grund warum nur am Klageort sollte gezahlt werden müssen, nicht angeben; in der Lehre von der Mora ist diese Bestimmung nicht enthalten (Anm. 62). Nur unter der Voraussetzung, daß das Römische Recht unter dem ubi petitur nur den Klageort oder Gerichtsstand verstehe, ist man zu der Behauptung gekommen, daß die Bestimmungen des r. R. über den Zahlungsort für uns keinen praktischen Werth haben (Gruchot, S. 172); was man aber in Doktrin u. Gesetzgebung an die Stelle des Klageortes gesetzt hat (Wohnort, bald des Gläubigers, bald des Schuldners, bald gegenwärtiger, bald früherer, zur Zeit des Kontraktes bestehender Wohnort — Kontraktort Gruchot §. 10), läßt sich nur insoweit rechtfertigen, als ein derartiger mehr oder weniger „bestimmter Ort“ mit der stillschweigenden Absicht der Kontrahenten zusammentrifft, also eine Geldschuld mit einem locus certus, nicht incertus vorliegt, wie allenfalls bei Darlehen der Ort der Aufnahme. Das römische Recht selbst hat für den Fall daß kein „bestimmter Leistungsort“ gegeben ist, zwar außer dem ubi petitur noch andere Bestimmungen (ubi (res) est l. 38 D. jud. 5, 1 l. 11 §. 1 §. 4 D. ad exh. 10, 4 l. 12 §. 1 D. dep. 16, 3 — ubi relicta est l. 47 pr. D. leg. I. — ubi major pars hereditatis est l. 50 pr. l. jud. 5, 1); allein dieselben setzen überall die Verbindlichkeit zur Restitution oder Leistung bestimmter Sachen, zum Theil besondere Kontraktis oder Quasikontraktisarten (wie namentlich Vermächtniß) voraus. Selbst bei Vermächtnissen aber tritt die Regel ubi petitur wieder in ihr Recht ein, sobald es sich um wahre Geld-, überhaupt Quantitäts-

und überall darf man anfordern, wo man den Schuldner trifft⁷⁴⁾; überall darf man aber auch zahlen, wo man den Gläubiger trifft⁷⁵⁾. — — Was hier von dem Zahlungsorte gesagt ist, findet auch auf die Zahlungszeit seine entsprechende Anwendung. — —

Was von der Zahlung, gilt weithin von der Aufhebung der Obligationen durch Leistung des schuldigen Gegenstandes, Erfüllung überhaupt; weiter natürlich⁷⁶⁾) von der Erfüllung der obligationes dandi als der der oo. in faciendo; am weitesten von den anderen Quantitätenschulden. Doch gehen diese nicht nur in dem Dinge womit Schulden zu zahlen sind, ihren eigenen Weg; was von der Zahlung bei einer Mehrheit von Schulden in Frage kommt, findet bei der Erfüllung von Quantitätenschulden kaum jemals eine Anwendung. Dagegen ist außer dem übrigen Zahlungsrechte, z. B. dem Zahlungsorte, auch noch dasjenige was in der Lehre vom certum u. incertum betreffs der generellen Obligationen vorkommt (§. 242. 2. b. §. 243), allen Quantitätenschulden gemeinsam; die obligationes dandi, welche auf individuell bestimmte Sachen gerichtet sind, stehen den Geld- u. a. Quantitätenschulden in Betreff der Frage was in obligatione sei u. (§. 240), insonderheit aber auch in Betreff des Erfüllungsortes entgegen. Ist dieser

tenschulden handelt: 1. 38 D. jud. 5, 1; über Fideikommiss insbeson dere s. unten Anm. 85. Darlehen scheinen nach 1. 45 §. 1 D. jud. 5, 1 am Orte des Geldempfanges den Zahlungsort zu haben; allein im Zusammen hang mit 1. 45 pr. begründet dieser Ort wol ein besonderes forum (contractus, und zwar auch noch für actio iudicati, dagegen keinen besonderen Zahlungsort, Ganz anders Reaz S. 62 und Schulin S. 29.

74) Nur da, wo der Zahlungsort ein locus certus ist, kann der Ort der Anforderung u. der der Zahlung (invito creditore) auseinandergehen (vgl. S. 293 oben). Uebrigens versteht sich von selbst, daß der Ort der Anforderung nicht da ist wo sie ausgesprochen, sondern da wo sie vom Schuldner oder seiner Vertretung vernommen wird; und umgekehrt so der Ort der Oblation. —

75) vgl. 1. 39 D. solut. 46, 3 1 137 §. 2 D. v. o. 45, 1 — vel quia ubique potest solvere — Hiemit übereinstimmend Schulin S. 30. 1. Dagegen setzt dies Windscheid §. 282, 2 nur unter der Bedingung „wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat“. Allein daß der Schuldner bringen muß setzt schon eine besondere (ausdrückliche oder stillschweigende) Bestimmung voraus, ist also keine Regel für den Fall da nichts bestimmt ist (s. unten S. 457).

76) Natürlich findet auf die obligg. faciendi keine Anwendung, was für die Zahlung als datio (Eigenthumsübertragung) gilt.

dort im Zweifel da wo man sich trifft, so ist er hier im Zweifel da wo man die Sache trifft — ubi res est⁷⁷⁾. Diese Regel muß als Einschränkung der bei Geld- u. a. Quantitätenschulden bezüglich des Leistungsortes waltenden Freiheit betrachtet werden; denn sobald der Schuldner arglistig die Sachlage ändert, ist der Gläubiger von dem Ort der Sache entbunden und kann er diese überall verlangen wo er den Schuldner trifft⁷⁸⁾ — Praestation des durch den Dolus verschuldeten etwaigen Ortsinteresses überdies vorbehalten⁷⁹⁾; nur mit diesem Vorbehalt hat von jetzt an auch der Schuldner die Freiheit erlangt, die Sache da leisten zu können, wo er den Gläubiger trifft. Man möchte meinen, daß bei arglistiger Ortsveränderung der bisherige Ort als Erfüllungsort, etwa wahlweise neben einem neuen, festgehalten werde⁸⁰⁾, so daß man statuiren könnte: der Erfüllungsort sei hier da wo die Sache ist oder sein sollte; allein eine solche Regel läßt sich für gewöhnlich nicht nachweisen; dagegen gilt sie für einen Fall, in welchem gewisse Sachen sich aus Gründen der öffentlichen Ordnung an einem gewissen Orte befinden sollen⁸¹⁾. Hievon abgesehen gilt die Regel ubi res est und ihr Umschlag in das ubi petitur vom Augenblicke doloser Ortsveränderung an allgemein⁸²⁾. Zwar sollen Legate individuell bestimmter

77) S. die Anm. 12 unten cit. II. und dazu I. 26 §. 1 D. leg. I. In I. 12 §. 1 D. dep. 16, 3 wird dieselbe Regel für alle bonae fidei iudicia in Anspruch genommen; damit ist nicht gesagt, daß sie bei strengen DD. nicht gelte; in der That gilt sie auch hier (3. B. I. 26 §. 1 cit. I. 38 D. jud. 5, 1), Reaz sucht sie trotz I. 12 §. 1 cit. auf einzelne bf. oo. einzuschränken S. 49–52.

78) I. 38 D. jud. 5, 1 — nisi si dolo m. heredis subductum fuerit; tunc enim ibi dari debet, ubi petitur — natürlich also auch da wo geklagt wird: I. 11 §. 1 D. ad exh. 10, 4. Vgl. I. 47 pr. I. 26 §. 1 D. leg. I. I. 12 §. 1 D. dep. 16, 3

79) nach Analogie des §. 279 II. 2 Bemerkten —

80) wie dies im Sinne Schulins zu sein scheint, der eine solche Wahl bis auf ein gewisses selbst da noch annimmt, wo sich die Sachlage ohne Schuld des Schuldners ändert: S. 22 Alin. 2 u. vgl. dazu S. 20 1–5.

81) I. 4 §. 5 D. de edendo 2, 13 — ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit. . . so namentlich wenn er die zu ebirenden Instrumente anderwärts hat; hoc enim primum deliquit, quod alio instrumentum transtulit — vgl. I. 6 pr. eod.

82) namentlich auch für den Kauf: I. 1 §. 3 I. 2 pr. I. 4 §. 2 I. 15 D. peric. 18, 6 I. 9 D. a. e. e. v. 19, 1. Aber nicht hieher gehört I. 3

Sachen, woserne sie den Gegenstand von Forderungen bilden, entrichtet werden *ubi res (certa) relicta est*⁸³); allein das ist nur ein Umlaut von *ubi res est*⁸⁴); — zwar sollen Fideikommissse *ubi major pars hereditatis est*, entrichtet werden; allein hierin liegt nur der nothwendige Entscheid über den Ort *ubi res est*, keine neue Regel vor⁸⁵); nur daß bei Fideikommissen der Erbe auch auf sein Domizil solle verweisen können, ist etwas Besonderes⁸⁶). Daß der Schuldner die Sache dem

§. 4 D. a. e. 19, 1 — quod a Brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet. Der hier verkaufte Wein ist kein „Wein von Brundisium“, kein „dort gezogener oder lagernder“ Wein (Reaß S. 45), kein Wein der sich im Augenblicke des Kaufabschlusses in B. befindet (Schulin S. 15), sondern ein „ab Brindisi verfanster“, vielleicht in dortiger Umgegend gezogener u. lagernder, vielleicht in Griechenland gewachsener u. dort oder sonstwo annoch lagernder Wein. Brindisi ist hier *locus certus*.

83) l. 47 pr. §. 1 l. 108 pr. D. leg. I.

84) vgl. die Ann. 83 cit. II. mtt l. 26 §. 1 eod. u. l. 38 D. jud. 5, 1. Darnach muß Legatar denn auch der Ortsveränderung folgen, wenn diese ohne *dolus* des Onerirten vor sich geht: l. 47 pr. D. leg. I. — *ibi praestabitur, quo transtulit* —

85) Denken wir ein Universalfideikommiss (*hereditas fideicommissa*), so ergibt sich auf die Frage, wo zu leisten sei, als zuständig der Ort nach der gemeinen Regel der: *ubi hereditas est* (l. unic. C. ubi sc. pet. op. 3, 17); als der Ort wo die *hereditas* (hinterlassen) ist, in kaum ausweichlicher Weise der *ubi major pars hereditatis est* (l. 50 pr. D. jud. 5, 1) — und zwar der wo der größere Theil der Aktiva ist, *cum non loci sit aes alienum* (l. 50 §. 1 eod. — Modif. *ibid.* in f.). Daß nun bei der Regel „*ubi major pars hereditatis est*“ an *hereditas fideicommissa* gedacht sei, dafür spricht nicht nur der Umstand, daß dann die Regel natürlich ist und in der allgemeinen Regel *ubi res est* aufgeht, — sowie der Umstand, daß in den einschlägigen Stellen der Onerirte „*heres*“ heißt (l. 50 §. 2 l. 51 eod.), — sondern speziell l. 52 §. 3 eod., wornach bei Singularfideikommissen, wenn individuell bestimmte Sachen hinterlassen sind, die Verweisung auf den Ort *ubi major p. h. e.* entfällt, und die Regel daß da geleistet werden muß *ubi res est* in ihr Recht tritt. Unterstützend auch l. 52 §. 1 §. 2 §. 4 eod. Nur daß bei Quantitäten-Fideikommissen im allgemeinen gleichfalls der Ort *ubi major p. h. e.* gegolten habe, möchte man aus l. 52 §. 2 cit. folgern; allein warum denn diesfalls bei Fideikommissen etwas anderes als bei Legaten (l. 38 D. jud. 5, 1)? (vgl. Ann. 73 gegen C.). Reaß denkt nur an Singularfideikommissse, überdieß nur an generische oder Quantitäten-Vermächtnisse S. 58 Min. 1.; Schulin läßt für *legata* u. *fideicommissa* ununterschieden daß *ubi res est* gelten, „außerdem aber auch *ubi relicta res est*“; des Ortes *ubi major p. h. e.* gedenkt er nicht S. 12. 6.

86) l. 50 §. 2 D. jud. 5. 1 Sed et rescriptum est „*ut illic sc. petatur, ubi domicilium heres habet*“ — wahrscheinlich nur wenn ein Unibsc. nicht da wo *major p. h. e.* eingeklagt wird; hier hat er zweierlei *praescriptiones fori*: dahin wo *major p. h. e.* oder dahin wo er domizilirt. Aber beide Praescriptionen gehen durch begonnene Erfüllung

Gläubiger bringen muß, kommt gewiß oft vor⁸⁷⁾; allein dann haben wir bereits wieder einen locus certus, der die Folge nur einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Beliebung, nicht einer gewissen Obligationenklasse oder Rechtsregel⁸⁸⁾ ist. Auf eigene Gefahr und Kosten kann der Gläubiger die Sache anstatt zu holen sich auch schicken lassen; damit wird nur die Art, nicht der Ort des Empfanges ein anderer⁸⁹⁾. Was bei individuell bestimmten Sachen gilt auch von Quantitäten aus einer konkret ausgehiedenen Masse⁹⁰⁾. — Die aktive u. passive Legitimation zur Zahlung bestimmt sich für alle Arten der solutio w. Sinnes gleichmäßig; nur wird der Mangel der Legitimation verschiedene Folgen haben, je nachdem es sich um eine obligatio dandi oder faciendi handelt.

§. 291.

Schulderlaß.

D. de pactis 2, 14 C. 2, 3. D. de acceptilationibus 46, 4 C. 8, 44.

Dieser ist ein Verzicht (auf die Forderung), der hier wie sonst aus beliebigem Grunde¹⁾, dagegen hier nicht einseitig²⁾, hinwiderum hier wie sonst in beliebiger Form³⁾ und nach

u. Annahme am Orte der Klage (l. 50 §. 2 l. 51 eod.) sowie durch den Gebrauch anderweitiger Defensionen (l. 52 pr. eod.) verloren.

87) und läßt sich im röm. Rechte noch am ehesten für das Kommodat nachweisen: l. 12 §. 1 l. 10 §. 1 l. 20 D. commod. 13, 6 vgl. l. 20 §. 2 D. praescr. v. 19, 5 l. 17 §. 1 eod. Reaß c. 91.

88) wie sie z. B. von Reaß schlechthin für Kommodat, Darlehen u. ähnliche Kontrakte aufgestellt wird (§. 20).

89) arg. l. 11 §. 1 D. ad exhib. 10, 4 l. 47 pr. D. leg. l. l. 38 D. jud. 5, 1; es wird beim Schuldner, aber durch die aufnehmende Post etc. empfangen. Vgl. im Allg. Jhering, in dessen Jahrb. B. 4 S. 428. Reaß §. 21

90) l. 47 §. 1 D. leg. l. l. 38 D. jud. 5, 1.

1) nach einer feineren Nuance des Wortes „Schulderlaß“ allerdings nur donandi animo — wie das pactum de non petendo im auerlesenen Sinne des Wortes auch donationis causa . . . liberalitate remittit l. 1 D. transact. 2, 15, vgl. mit l. 28 §. 1 §. 2 in f. l. 51 pr. §. 1 D. pact. 2, 14. Zu den Vermögenszuwendungsgründen überhaupt vgl. Bb. 1 S. 582.

2) vgl. einstweilen meine Pand. 1. Aufl. S. 1576 b.

3) dies kann man schon nach römischem Rechte sagen, da das pactum de non petendo (§. 111, 1) von beliebiger Form, namentlich auch stillschweigend möglich (l. 2 pr. §. 1 z. B. l. 3 l. 27 §. 9 l. 30 §. 1 §. 2 l. 35 l. 40 pr. D. pact. 2, 14) und auf alle Forderungen anwendbar war; eine gewisse Form verlangte der Schulderlaß nur, wo er formal wirken sollte (imaginaria solutio per aes et libram, acceptilatio).

heutigem Rechte durchweg mit direkter (ipso jure aufhebender) Wirkung platzgreift⁴⁾. Fraglicher ist, ob es auch nach heutigem Rechte einen Verzicht von einer gewissen gebundenen Form gibt, deren wir uns bedienen können wenn wir wollen, und welche, wenn wir uns ihrer bedienen, formal wirkt, wie das noch in unseren Quellen bei der Acceptilation der Fall ist⁵⁾. Gewiß nun ist daß wir in der Quittung einen Verzicht von der gewissen Form eines schriftlichen Empfangsbekennnisses haben; allein daß wir in derselben auch eine formale Schuld-aufhebung haben, wird so wenig angenommen, daß man ihr die Bedeutung eines Schulderlasses und damit einer Schuld-aufhebung überhaupt abzusprechen pflegt, oder doch nur unter der Voraussetzung einer erst zu beweisenden Intention beilegt⁶⁾, wessfalls sich dann erst fragt, ob die Wirkung eine formale sein solle oder nicht⁷⁾. Richtiger aber wird die Quittung (Quittirung, Ausstellung der Quittung) stets als ein Schulderlaß⁸⁾ und ununterschiedlich als ein formal wirkender Schulderlaß zu betrachten sein⁹⁾. — Ein Verzicht „auf Geltendmachung der

4) Bd. 1 §. 111. 1 a. E. u. vgl. dazu Windscheid §. 357 Anm. 9, der diese Ansicht als herrschende Meinung aufführt u. verteidigt.

5) vgl. Anm. 1; l. 19 §. 1 D. accept. 46, 4 u. beispielsweise l. 4 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 35 §. 6 D. m. c. d. 39, 5.

6) Windscheid §. 357 zu Anm. 10-13.

7) Formale Wirksamkeit nimmt dann Windscheid an, indem er die Quittirung „vollkommen der römischen Acceptilation entsprechen“ läßt (zu Anm. 14 a. a. D.).

8) so schon Pfordten Abhh. aus d. Pand. R. S. 299 fgg.

9) so Bähr, Anerkennung §§. 58-67, 2. Aufl., bes. §§. 59-61.

Nie sonst ist ein Formalgeschäft dieses nach bloßer Intention der Parteien; ist schon das Rechtsgeschäft ein Geschäft des Rechtes (vgl. einstweilen meine Pandd. 1. Aufl. §. 312 u. dazu Thon, Rechtsnorm u. subj. R. S. 354), so muß das umsomehr vom Formalgeschäfte gelten. Entweder also erläßt Jeder, der sich dieses Rechtsmittels bedient, formal, oder Keiner. Auch daß die Quittung bald bloßer Beweis, bald Erlaß oder Verzicht sein soll, also bald Rechtsgeschäft, bald keines, ist mißlich, man sollte meinen, daß die Folgerung des Verzichtes aus dem Empfangsbekennniß entweder überall zu machen sei, oder nirgends. Daß diese Folgerung an und für sich nicht überall, sondern nur da möglich sei „wo der Gläubiger bei Ausstellung der Quittung gewußt . . . daß noch nicht erfüllt sei“ (Windscheid a. a. D. Anm. 13), hat den Umstand gegen sich, daß Acceptilationen auf den Fall einer (durch Empfang) bereits aufgehobenen Schuld sogar gefaßt sind, um so sicherer also — gewissermaßen als Universalchutzmittel für den Schuldner — auch in Wirklichkeit noch nach anderweitiger Aufhebung der Forderung eingesetzt werden konnten; durch die Acceptilation tritt Befrei-

Forderung“ schließt, wenn er nur in rem, d. h. weder auf Person noch Zeit gefaßt ist¹⁰⁾, den auf die Forderung selbst in sich, und kann weder als Unterart noch als Gegenstück des Schulverlasses gedacht werden¹¹⁾. Ein bloßer Verzicht auf klagweise Geltendmachung ist denkbar, aber nicht üblich¹²⁾. Der *contrarius consensus*, welcher Obligationen die durch bloßen Konsens entstanden und noch nicht darüber hinausgekommen sind, durch bloßen Konsens rückgängig machen soll¹³⁾, war nach klassischem Rechte noch nicht Schulverlaß;

ung ein *licet pecunia soluta non sit* (l. 19 §. 1 D. h. t.); um so mehr muß *Acceptilatio* u. Befreiung plaggreifen, wenn bereits gezahlt ist; die Befreiung hier freilich nicht materiellrechtlich, wohl aber prozeßualisch, als eine dem Schuldner kraft *Acceptilatio* mit Abstraktion von Zahlung *re ipso jure* zustehende Defension. Ganz dasselbe läßt sich von der Quittung sagen, wenn man ihr überhaupt die Bedeutung eines Schulverlasses beilegt. Freilich spricht, was das r. R. anlangt, gerade dagegen, daß die Quittung überhaupt eine Schuldauflösung sei, nichts mehr, als die so eben cit. l. 19 §. 1; denn im Gegensatze zur *acceptilatio* „*apocha* (*liberatio*) *non alias* (*contingit*) *quam si pecunia soluta sit* (obwohl *si pecunia soluta sit*, eine *liberatio* durch Quittung nicht mehr möglich ist, die Stelle also an innerem Widerspruch leidet). Allein andererseits kommt späterhin eine „*exceptio*“ (*replica*) *non numeratae pecuniae* ganz wie beim Schuldschein vor (l. 14 §§. 1—3 C. n. n. pec. 4, 30 l. 4 C. apoch. publ. 10, 22) — hier wie dort ein Beweis für formale Rechtskraft.

10) wie das beim *pactum de non petendo* vorkam; §. 111 Anm. 2.

11) so wenig als das in rem abgeschlossene *pactum d. n. p.* Vgl. Arndts B. §. 267 Anm. 1 b. und die von Arndts hervorgehobenen l. 33 C. *transact.* 2, 4 l. 5 C. *remiss. pign.* 8, 25 *Debitum . . quod per pacti conventionem . . remisisti* l. 7 §. 10 D. h. t. 2, 14 — *quod semel remisit debitor*; hiegegen Scheurl, Beitr. Bd. II S. 17 Windscheid §. 357 Anm. 6. Allerdings bleibt der Schuldner nach dem *pactum d. n. p.* „*nihilominus obligatus*“ (§. 3 J. exc. 4, 13); allein die *exceptio* welche ihm zur Seite steht (§. 3 cit.), paralytirt nicht etwa bloß das Klagrecht, sondern jedwede Geltendmachung der Forderung, welche für den Gläubiger von pecuniärem Werthe sein könnte; namentlich läßt es keine *naturalis obligatio* übrig (§. 106, insb. S. 371; §. 111, 1; vgl. S. 49 §. 220 B.). Auch rührt die Thatsache, daß der Schuldner (*ipso jure*) *nihilominus obligatus manet*, nicht etwa von der Intention der Parteien, sondern aus der civilen Ohnmächtigkeit des bloß magistratisch ratihabirten, garantirten *pactum* (l. 7 §. 7 D. *pact.* 2, 14) her — einer für uns nicht mehr wirkenden Ursache (§. 111. 1 a. G. §. 108).

12) Namentlich war das *pactum d. n. p.* kein solcher: s. die vorige Anm., und gegen Bölderndorf, (3. L. v. Erlaß, 1850) die Ausführung von Scheurl a. a. O., Arndts, krit. Ueberschau II. S. 154, Windscheid §. 357 Anm. 6.

13) §. ult. J. l. 80 D. h. t. l. 58 D. *pact.* 2, 14 l. 1 l. 2 l. 3 l. 5 pr. §. 1 §. 2 D. *de resc. vend.* 18, 5 l. 1 l. 2 C. *quando liceat ab emt. disc.* 4, 45. Vgl. oben §. 289 S. 437.

denn aus bloßem Konjense erwachsen bloße Haftungen¹⁴⁾. Seitdem und so weit durch bloßen Konjens auch Schulden entstehen können — wie noch nach römischem Rechte Schenkungs- und Dotalschulden (§. 248. Anm. 13), nach heutigem jede bürgerschaftsweiße Einschuldung (§. 257) — muß der *contrarius consensus* auch Schuldverlaß sein können¹⁵⁾. Daß aber jemals jedwede Schuld durch *contrarius consensus* erlassen werden könne¹⁶⁾, wäre eine zwar praktisch gleichgiltige, aber innerlich unwahre Behauptung. Allerdings werden z. B. auch Darlehensschulden heutzutage durch bloßen Konjens und *ipso jure* aufgehoben; allein was hier aufgehoben wird, ist nicht durch bloßen Konjens da; nur der bloß *consensu* Entstandenes aufhebende Konjens ist der antithetische d. i. der *contrarius consensus*.

Die aktive und passive Legitimation zum Schuldverlaß richtet sich im Ganzen und Großen nach denselben Gesichtspunkten wie die zur Zahlung (§. 290 S. 448); der Gesichtspunkt der *datio* fehlt u. damit seine Konsequenzen. So z. B. bedarf der Schuldner, welcher hier nirgends (auch bei der formalen Quittung nichts) gibt, in Wahrheit überall nur empfängt, keiner Dispositionsmacht, sondern nur der halben Handlungsfähigkeit (§. 55 I. 2 b.), um in den Erlaß einstimmen und liberirt werden zu können.

§. 292.

E. g. concursus duarum causarum lucratarum.

§ 6 J. legat. 2, 20.

Der Umstand, daß Gläubiger dieselbe Sache, welche er zu fordern hat, aus irgend einem anderen Grunde als aus dem

14) Selbst aus *emptio venditio* ist keiner der beiden Theile ohne weiteres — ohne Kreditirung oder Zahlungsoffert von der anderen Seite — schuldig oder klagweise belangbar.

15) Daß er nicht noch im römischen Rechte gegen die *pacta legitima* u. *praetoria* § 248 Anm. 13. 14) vorkommt, dürfte zum Theil in dem späten Aufkommen der ersteren, zum Theil in der alten Gewöhnung liegen, unter dem *contrarius consensus* Aufhebung von Obligationen (Haftungen) zu denken, während man aus den *pactis praetoriis* nur *actiones* (u. *debita*) entstehen sah.

16) worauf die von Windscheid §. 357 Anm. 9 angeführte herrschende Meinung zu gehen scheint —

dieser Forderung erhält, befreit im Allgemeinen den Schuldner noch nicht¹⁾; vorausgesetzt auch, daß sein Erwerb keinem Rückfall²⁾ ausgesetzt ist. Zwar kann dem Gläubiger die Sache die er hat, nicht gegeben werden³⁾, und ist insoweit durch den aus dem zweiten Grunde stattfindenden Erwerb der Sache eine Unmöglichkeit der Leistung aus dem ersten eingetreten; allein diese Unmöglichkeit ist, so wenig sie auch am Schuldner liegt, weder der eigentliche *Rasus*⁴⁾, noch eine dem *Rasus* gleichgestellte anderweite Zufälligkeit⁵⁾, mithin nur eine den Schuldner an und für sich nicht befreiende (weil nur relative Unmöglichkeit involvirende) Zufälligkeit⁶⁾. Es muß also etwas besonderes hinzukommen, wenn Schuldner gleichwol frei werden soll. Eine solche Besonderheit liegt in der Unverträglichkeit mehrerer lucrativen Erwerbsgründe. „Ueberlieferung ist es, daß zwei lucrative Erwerbsgründe, welche in Betreff einer und derselben Sache (*res, species*) und zu Gunsten einer und derselben Person gleichzeitig neben einander bestehen, nicht beide realisiert werden können“⁷⁾. Ähnlich wie bei der gewissen Klagenkonkurrenz⁸⁾ schließt die Verwirklichung des einen die des an-

1) §. 6 J. cit. u. arg. der Anm. 12—15 cit. II.

2) wie 3. B. 1 82 pr. I. 108 §. 5 §. 6 D. leg. I.

3) §. 245 Anm. 11 Gaj. IV, 4; vgl. I. 108 §. 4 D. leg. I. — *nec bis eadem res praestari possit — I. 34 §. 3 eod. — eadem res saepius praestari non potest, eadem summa . . . multiplicari potest* — zwei Sprüche, welche G. Hartmann, die Obligation, Univers. über ihren Zweck und Bau 1875 S. 12 fg. nicht so primär auffaßt, als sie lauten.

4) §. 276 Z. 2 u. 3 u. vgl. was hiemit und mit Anm. 5 im wesentlichen übereinstimmend Hartmann S. 8 Abs. 2 bemerkt.

5) namentlich nicht der dem *Rasus* gleichgestellte (eine „absolute“ Unmöglichkeit involvirende) Verlust der Sache §. 278. 2.

6) §. 278 ad 2 S. 324. Eine nur relative Unmöglichkeit liegt vor, weil diese Sache nur dieser Person, und weil sie nur jetzt nicht gegeben werden kann; namentlich ist denkbar daß sie der Schuldner vom Gläubiger erwerbe und dann gebe (Arnolds, Forti. d. Glüd'schen Komm. Th. 46, Abth. 2 S. 254 fg., Hartmann S. 13 fg.). Das *nec in pendente esse der inutilis stipulatio ob id quod . . . res stipulationis esse desinere potest* (§. 2 J. inut. stip. 3, 20) liegt hier nicht vor, weil Gläubiger nicht schon im Augenblicke der Stipulation, überhaupt nicht im dies cedens der Obligation Eigentümer war.

7) So glauben wir das *traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse* (§. 6 J. cit.) mit besonderer Rücksicht auf das *concurrere non posse* wiedergeben zu müssen.

8) mit welcher zuerst Hartmann S. 66—70 eingehend verglichen hat — s. dieselbe übrigens oben Bd. I S. 343 d. α.

deren aus. Bekommt man durch Schenkung, Vermächtniß, oder einen sonstigen lukrativen Erwerbstitel ^{8 a)} eine Sache, welche man aus einem Schenkungsversprechen oder aus einem anderen Vermächtniß zu fordern hat, so kann nun nicht mehr auf Erfüllung oder Entrichtung aus diesen letzteren Erwerbsgründen geklagt werden. Und zwar tritt durch den Erwerb aus dem einen Erwerbegrunde entgegen dem anderen nicht etwa ein bloßes *agere non posse* ^{8 b)}, zumal kein bloßer Forderungs- oder Klagen-Ausschub ein, vielleicht bis zu der Zeit, da der Erwerber die Sache veräußert oder verliert ⁹⁾, — oder ein zwar definitiver, aber nur indirekter Klagen-Ausschluß ¹⁰⁾, — sondern eine so fertige und direkte Befreiung und Aufhebung der Forderung, als wir sie aus dem bestem Aufhebungsgrunde eintreten sehen ¹¹⁾. Buchstäblich aber muß Gläubiger dieselbe Sache ¹²⁾, muß er sie ganz ¹³⁾, unwiderruflich ¹⁴⁾, und frei von Auflagen ¹⁵⁾ empfangen, — sonst bleibt ihm die Forderung ganz, oder zum Theil, oder bis zum Ersatze seines Entganges (II. citt.); buchstäblich muß er auch die Sache selbst (in natura) empfangen, wenn das Zusammentreffen der mehreren lukrativen Erwerbegründe überhaupt oder direkt befreien soll; unter Umständen tritt aber

8^{a)} nicht schlechtthin Erbgang: arg. l. 108 §. 6 D. leg. I. cf. l. 9 D. evict. 21, 2; überhaupt nicht *dotis promissio*: l. 19 D. o. e. a. 44, 7

8^{b)} wie man nach §. 6 J. cit. vermuthen möchte —

9. l. 66 §. 1 D. leg. II. — *neque postea parte alienata revocare actionem semel extinctam* —

10) wie man aus dem *exceptione repelli* in l. 84 §. 2 D. leg. I. schließen möchte, aber nicht schließen darf, da nicht *eadem species*, sondern *pretium* geleistet ist — Vgl. Anm. 16.

11) l. 17 D. o. e. a. 44, 7 *Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent. liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset* l. 66 §. 1 cit. — *liberationem obtingere . . actionem extinctam* — l. 83 §. 6 D. v. o. 45, 1 — *evanescit stipulatio* — l. 21 §. 1 D. legat. III. — *extingui placuit* —

12) 3. B. l. 66 §. 2 cf. §. 1 §. 3 D. legat. II. l. 34 §. 3 D. legat. I. Auch *fundus* u. *proprietas (nuda) fundi* ist nicht dasselbe u. darum *aestimationem* (nicht *pretium*) *petere* in §. 9 J. legat. 2, 20.

13) 3. B. nicht bloß *quoad usumfructum* — §. 9 J. legat. 2, 20 l. 82 §. 2 legat. I., nicht mit *alcibischem* Abzug l. 108 §. 5 D. legat. I.

14) *eo modo quo avelli non possit* — l. 82 §. 2 D. legat. I. 3. B. ohne daß sie bedingt einem Anderen vermacht ist, oder ohne daß diese Bedingung eintritt — l. cit. in f., l. 83 §. 6 D. v. o. 45, 1; ohne *fideikommissarische* Auflage zur Restitution l. 34 §. 8 D. legat. I.; nicht in insolventem Vermögen l. 108 §. 6 eod.

15) l. 34 §. 8 cit.

wenigstens indirekte Befreiung (ope exc.) ein, wengleich nur aestimatio oder pretium rei empfangen ist¹⁶). Wäre der Grund, aus welchem er empfängt, kein lufrativer, wohl aber der aus welchem er fordert, so tritt Befreiung des Schuldners nicht ein¹⁷); mehr als das verdient aber bemerkt zu werden, daß derselbe nun nicht mehr die Sache selbst, sondern die Entlastung des Gläubigers praestiren, diesen mithin so stellen muß, als ob er die Sache lufrativ habe¹⁸). Wäre der Grund aus welchem empfangen wird, ein lufrativer, dagegen der, aus welchem gefordert wird, ein oneroser, so tritt abermals Befreiung des Schuldners nicht ein¹⁹); bestünde dieser onerose Forderungsgrund in einem Kauf, so wäre zwar eine Praestation des habere non licere undenkbar und darum ein Eviktionsregreß unmöglich; immerhin aber ein Interesse, daß Käufer die Sache nicht durch den Verkäufer und für sein Geld hat,

16) Nach §. 6 J. cit. scheint schlechtthin die Sache selbst geleistet sein zu müssen — si rem habet, agere non potest . . . si aestimationem, agere potest; allein hier ist eadem res duobus (also duorum) testamentis vermacht, also der Fall gegeben, in welchem nach l. 34 §. 2 D. legat. I. u. l. 53 §. 2 eod. das einemal die Sache, das anderemal die Aestimation gefordert werden kann, und also ein concursus c. d. II. in eandem rem gewissermaßen vornherein ausgeschlossen sein soll. Dasselbe gilt dann, wenn die lufrativ erworbene Sache von anderwärts vermacht, in dem Vermächtniß der Sache aber nach dem erweislichen Willen des Testators deren Aestimation inbegriffen war: l. 21 §. 1 D. legat. III. Anders liegt der Fall in l. 84 §. 2 D. leg. I., da zwar auch duorum testamentis vermacht ist, allein das zweite Testament von dem Erben des ersten herrührt, und nun der Erbe des zweiten dem Foppellegatar den Preis der Sache zahlt. Hier exceptio.

17) — qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex causa lucrativa petere.

18) Ist die Sache kaufweise erworben, so geht die Klage aus dem lufrativen Titel usque ad pretium: §. 6 J. cit. l. 34 §. 7 l. 84 §. 5 in fin. D. legat. I. l. 73 D. legat. II. l. 102 §. 2 D. legat. III.; das Schuldner in l. 84 §. 5 in f. cit. auch hominem actoris facere muß, ist unter der Voraussetzung gesagt, daß der onerose Erwerbgrund (Kauf) zwar abgethan (quod si iudicio ex emto actum fuerit), die gekaufte Sache aber vom Verkäufer (der hier zugleich ex causa lucr. schuldet) gleichwol nicht geleistet ist. Abweichend von den II. cit. gehen §. 9 J. eod. (l. 20) und der zweite Fall in l. 84 §. 5 cit. auf die Sache oder deren Aestimation selbst (§. 9 cit. — recte eum agere et fructum petere, Julianus ait . . . ut jubeat aestimationem praestari; — l. 84 §. 5 cit. Julianus: — hominem consequi debet); allein in §. 9 konfurriren die Erwerbgründe nicht in eandem rem (s. oben Ann. 12 a. G.); in l. 84 §. 5 (Fall 2) hat wohl der Erbe u. Verkäufer das Geld, nicht auch der Legatar u. Käufer die Sache.

19) l. 19 D. o. e. a 44, 7 — integras actiones retinent —

denkbar und also *actio empti* möglich²⁰); ist bereits gezahlt, so hat er sein Geld umsonst hingegeben und Klage auf Rückgabe desselben²¹): ist noch nicht gezahlt, *exceptionem doli* gegen den etwa klagenden Verkäufer²²).

Diese Unverträglichkeit der mehreren *lucrativen* Erwerbsgründe erscheint in den Quellen als Gegenstand der Tradition²³), nicht der Diskussion oder Begründung²⁴), — ähnlich wie etwa die *Revokabilität* der Schenkung unter Ehegatten²⁵). Wahrscheinlich also ist sie von der klassischen Jurisprudenz mehr hingenommen, als für deduzirbar erachtet worden — das *concurrere non posse* kein natürliches oder logisches, sondern ein von der Rechtsbeliebung frei statuirtes Nichtkönnen — die Befreiung durch den *concursum* kein Folgefaß, sondern ein Satz für sich. Aus ethischen Motiven, aus denen die römischen und andere Schenkungs-Besonderheiten entsprangen, mag auch die Ausbeutung der mehreren *lucrativen* Erwerbsgründe versagt worden sein²⁶). Diese noch in der neueren Zeit²⁷) vorherr-

20) l. 9 D. *evict.* 21, 2; vgl. §. 280 Anm. 19 a. G.

21) l. 29 D. *a. e. e. v.* 19, 1 l. 84 §. 5 l. *legat.* I. (*Quod si pretio soluto etc.*) Paul. R. S. II. 17 §. 8.

22) l. 84 §. 5 *cit.* (*qui servum etc.*).

23) — *traditum est etc.* Anm. 7.

24) Sie wird interpretirt, nicht disputirt, zeuge sämtlicher bisher angeführter Stellen. Das Gegentheil behauptet Hartmann S. 5 u. A. entgegen von Thibaut, der dieselbe eine „sonderbare“ aber „keinem Zweifel unterworfen“ Vorschrift des r. R's. genannt hat. Allein gerade diejenige Stelle, welche wenn irgend eine, begründend zu sein scheint (l. 108 § 4 D. *leg.* I. *African.* — *tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam. nec bis eadem res praestari possit* —), wird durch Hartmann selbst aus dem Bereiche des *concursum d. e. l.* ausgewiesen, indem sie das *Legat* nach der *lucrativen* Stipulation vielmehr gar nicht aufkommen lasse, als eine Aufhebung desselben durch *concursum* begründe. Für diese scharfsinnige Bemerkung sprechen auch durchschlagende Gründe: darüber, daß aus der Stipulation bereits geleistet sei, kein Wort in der Stelle — das *Legat* nicht *evanesens* oder *extinctum*, sondern *inutile* — der Entscheid noch nicht *sententia recepta: magis placet* —

25) *Moribus apud nos receptum est etc.* l. 1 D. *d. i. v. e. u.* 24, 1.

26) wie etwa wegen der Härte, mit der man Wohlwollen, wegen der Liberalität, mit der man Liberalität lobt, wenn man dem Schenker nicht *acceptilirt* oder ihn oder seine Erben) zu *praestiren* zwingt, trotzdem man alles bekommen hat, wofür er in Haft ging, oder (*testamento*) haftbar machte — einzig um deswillen, weil man nicht von ihm hat —

27) namentlich seit W. Sell, über die r. r. Aufhebungsart der *DD.* durch *c. d. c. l.* Zürich 1839. Vgl. die Recension in Richters a. Schneiders Jahrb. Bd. 8 S. 961—970, Hartmann S. 4.

schend vertretene Wahrscheinlichkeit wird um so größer, je verschiedener die f. g. inneren Gründe sind, aus denen man das Problem neuestens zu lösen versucht hat, und je weniger man auch durch den einen oder anderen befriediget wird²⁸). Namentlich muß dies auch von der nunmehrigen Erklärung aus dem Zwecke der Obligation²⁹) behauptet werden. Selbst angenommen, daß die Leistung dessen, wofür man haftet (die f. g. Erfüllung der D.) Zweck der Obligation sei, so wäre doch z. B. das Schenkungsversprechen des Titius dadurch daß Promissar das Versprochene vom Maevius, der ihm gleichfalls schenkungsweise versprochen, gegeben erhält, noch nicht erfüllt; denn nicht schon in der Sache als solcher, sondern in ihrer Beschaffung (dando), und nicht allein in ihrer Beschaffung, sondern in ihrer Beschaffung durch Titius läge der Zweck dieser Obligation; Promissar soll vom Titius empfangen, beschenkt werden, eine Liberalität nicht bloß in Worten, sondern in der That empfangen; das geschieht dadurch daß ihm Maevius gibt, nicht, wenn gleich er ihm dieselbe Sache schenkt. Es geschähe, wenn ihm Maevius Namens des Titius die von diesem versprochene Sache gäbe³⁰) — weßfalls dann aber sein eigenes Versprechen noch unerfüllt wäre. Gibt Maevius in des Titius Namen, dann ist dessen Liberalität erfüllt, die seinige unerfüllt; gibt er im

28) Am ehesten noch ließe sich denken, daß einst der Grundsatz, den wir für die Stipulationen aufgestellt finden (extingui obligationem, si in eum casum incidit, a quo incipere non potest — l. 140 §. 2 D. v. o. 45, 1 §. 2 J. inut. stip. 3, 20) allgemein gegolten, in seiner Anwendung auf nachträglichen Eigenthumserwerb dagegen sich nur für den Fall erhalten habe, da die beiden Erwerbsgründe lufrativ sind. In der That kommt dieser Grundsatz mit der Kasuistik des conc. d. c. l. mehrfach in Berührung (z. B. l. 82 pr. D. leg. l.), und Donellus macht davon (wie Hartmann S. 64 freilich tabelnd bemerkt) auch wirklichen Gebrauch. Gleichwol bietet der Gang jener Kasuistik zu wenig Anhalt für diese Hypothese. Dagegen aber daß der Grund in der Unmöglichkeit des rem meam dari (Böding), oder überhaupt in der unverschuldeten Unmöglichkeit (F. Mommsen, dazu Windscheid §. 361 Anm. 7), oder in dem Willen des Testators-Promissors (Arndts) liege, müssen wir uns außer dem Eingange dieses §. kurzweiliger auf Hartmann S. 5—20 beziehen.

29) Hartmann bes. §. 7.

30) §. 290 Anm. 48. 49. Wenn Savigny lehrte, daß im c. d. c. l. der Zufall erfülle, u. darum den c. d. c. l. unter das Prinzip stellte, daß auch ein Dritter für den Schuldner erfüllen könne (Hartmann S. 64 Anm. 5), so war das Prinzip richtig, die Subsumirung aber falsch. Denn im c. d. c. l. leistet Niemand für den Anderen —

eigenen Namen, so ist seine, nicht des Titius Liberalität erfüllt. Nun aber müssen wir zum Schlusse des allgemeinen Obligationentheiles auf dessen Anfänge zurückkommen: zu der Behauptung nämlich, daß der Zweck der Obligation nicht in der Leistung, sondern in der Satisfaktion dafür, daß die Leistung nicht erfolgen sollte, gelegen sei (§. 209)³¹⁾. Warum Titius, wenn er in unserem Falle nicht leistet, satisfaktionsfrei sein soll, wäre, so viel sich mit einiger Sicherheit erkennen läßt, aus dem gesammten römischen Rechte nicht abzusehen, wenn es den Alten nicht sittlich mißfallen hätte, daß man dieselbe Sache öfter als einmal geschenkt haben wolle.

31) Dem dort Gesagten mag unterstützend beigelegt werden, daß die Aktionen — und ein großer Theil der Obligationen sind Aktionen, S. 14 Abf. 2, S. 23. 2, S. 34, S. 36, 1 Bd. 1 §. 92, insb. Anm. 1, l. 51 D. o. e. a. 44, 7 — in der *condemnatio* u. s. f. ihren Zweck, in der vorgängigen Leistung des *Petitum* (Erfüllung des Anspruchs) nur die Bedingung haben, unter welcher (seitdem alle Aktionen liberatorisch sind (Bd. 1 S. 288. 4, S. 323 §. 95 Anm. 1, S. 355 Anm. 12) Befreiung (*absolutio*) eintritt.

2598

26700

Lehrbuch

der

Pandekten

von

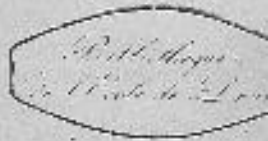
Dr. Moïse Brinz,

Professor des römischen Rechts an der Universität München.

Zweiter Band.

Zweite Abtheilung.

Zweite, veränderte Auflage.



Erlangen,

Verlag von Andreas Deichert.

1882.

1812

1812

1812

1812

1812

1812

Inhaltsübersicht

zum II. Bande, Abtheilung II.

| | Seite | |
|--|-------|---|
| 10. Die Obligationen im Einzelnen. | | 2. Konsensualschulden, |
| §. 293. System | 467 | §. 307. aus constitutum debiti, Schenkungs- und Dotalversprechen, pollicitatio, votum, Auslobung, Wette und Spiel — |
| A. Reipersekutorische OD. | | §. 307a. aus aleatorischen Geschäften überhaupt und Versicherungen insbesondere |
| U. Schulden. | | §. 308. aus Zinsversprechen |
| §. 294. Ueberhaupt. | 468 | §. 309. aus Kautionen |
| I. Initialschulden. | | b. Formalschulden. |
| §. 295. Ueberhaupt. | 471 | 3. Verbalschulden, |
| a. Kaufschulden. | | §. 310. aus Stipulation — Eid — formlosem Versprechen — |
| 1. Realschulden. | | 4. Literalschulden, |
| a. kontraktliche. | | §. 311. aus Schuldscheinen |
| §. 296. Die Darlehensschulb. | 473 | §. 312. aus Staats- u. dgl. Obligationen |
| §. 297. SC. Macedonianum. | 481 | II. Eventualschulden, |
| §. 298. Pecunia trajecticia — foenus nauticum. | 493 | §. 313. überhaupt. |
| §. 299. Innominatrealkontraktliche Schulden. | 501 | B. Haftungen und Verbindlichkeiten |
| β. quasikontraktliche: | | §. 314. überhaupt; |
| §. 300. Die Zurückforderungen (condiciones sine causa). | 503 | 1. aus Realkontrakten |
| §. 301. condictio furtiva | 522 | a. genannten — |
| §. 302. condictio ob turpem v. injustam causam | 528 | §. 315. im Allgemeinen |
| §. 303. condictio ob causam datorum: 1) cond. causa data, causa non secuta | 533 | §. 316. aus Kommodat |
| §. 304. 2) condictio indebiti | 541 | §. 317. aus Depositum |
| §. 305. s. g. condictio sine causa specialis | 551 | §. 318. aus dem Pfandkontrakt |
| §. 306. Vermächtnißschulden | 553 | b. aus ungenannten |
| | | §. 319. überhaupt |

Inhaltsübersicht.

| | Seite | | Seite |
|--|-------|---|-------|
| c. aus Quasikontrakten, | | | |
| §. 320. überhaupt; | 631 | §. 330. überhaupt; | 751 |
| §. 321. aus negotiorum gestio | 632 | §. 331. aus locatio conductio rei | 753 |
| §. 321a. insonderheit Leichenbestattung | 655 | §. 332. aus l. c. operarum | 762 |
| §. 322. aus Tutel und Kuratel — Protutel — falsus tutor | 658 | §. 333. aus l. c. operis | 764 |
| §. 323. aus Communio (res communis — hereditas communis — confinium) | 670 | 3. aus dem Mandat. | |
| §. 324. ad exhibendum actio — ? | 679 | §. 334. Das Mandat und die Mandatsobligationen | 771 |
| aus Konsensualkontrakten, | | 4. aus der Sozietät. | |
| a. aus den 4 alten: | | §. 335. Die Sozietät und die Sozietätsobligationen. | 782 |
| 1. aus Kauf und Verkauf. | | b. aus neueren: | |
| §. 325. Der Kauf als Geschäft | 690 | §. 336. insonderheit aus Kautionen | 794 |
| §. 325a. Der Geschäftsverlauf (Proceß) | 701 | §. 337. aus ungenannten (Konsensualkontrakten). | 800 |
| §. 326. Die Kaufobligationen | 711 | B. Deliktsobligationen (Schulden). | |
| §. 327. insonderheit wegen Mängeln der Sache | 714 | §. 338. überhaupt; | 801 |
| §. 327a. nach Kaufrecht, | 715 | §. 339. aus Furtum | 803 |
| §. 327b. nach ädil. Edikt, | 719 | §. 340. aus Sachbeschädigung | |
| §. 328. insonderheit wegen Eviction. | 732 | 1. auf Grund der lex Aquilia | 806 |
| §. 329. Auflösung und Rescission | 749 | §. 341. 2. aus verwandten Fällen; | 812 |
| 2. aus locatio conductio | | §. 342. aus Zwang und Drohung | 816 |
| | | §. 343. aus verwandten Fällen | 820 |
| | | §. 344. aus Trug und Arglist | 821 |
| | | §. 345. aus Verführung der Gläubiger | 825 |

Zweite Abtheilung.

Die Sachenhaftung (rei obligatio — Pfandrecht).

| | | | |
|---|-----|---|-----|
| §. 346. Ueberhaupt | 835 | §. 352. Priorität und hypothekarische Succession | 859 |
| §. 347. I. Gegenstand | 837 | §. 353. 2. Pfandverkauf (pignoris distractio) | 866 |
| §. 348. II. Wofür der Haftung (Pfandschuld) | 839 | IV. Kontrahirung und Auflösung der rei obligatio. | |
| III. Inhalt und Form der Haftung oder das Pfandrecht. | | §. 354. Kontrahirung | 872 |
| §. 349. Ueberhaupt | 845 | §. 355. Auflösung | 878 |
| §. 350. 1. Pignoris persecutio | 848 | §. 356. V. Solidarität der rei obligatio | 879 |
| §. 351. Hypothecaria actio | 850 | | |

10. Die Obligationen im Einzelnen.

System.

§. 293.

Da die Obligationen alle, neben dem Eigenthum und den jura in re, innerhalb des Vermögens stehen (Bd. 1 S. 445), kommen sie gerechterweise zunächst nach dieser ihrer allgemeinsten Seite, d. i. nach der Vermögensseite, zur Abschichtung. Hiernach müssen zuvörderst die reipersekutorischen Obligationen von den poenalen (und damit den Deliktsobligationen) geschieden werden¹⁾; denn jene sind ein vollkommenerer Vermögensbestandtheil als diese (Bd. 1 §. 85 S. 279 Abs. 1); in den Institutionen stehen die Deliktsobligationen nicht bloß hinter, sondern außer den übrigen Obligationen (§. 210 S. 9). Wenn wir ferner innerhalb der persönlichen Obligationen Schulden, Verbindlichkeiten, und bloße Haftungen unterschieden haben (§. 217 S. 212), so ist auch dieser Unterschied ein wesentlich pekuniärer. Die bloßen Haftungen sind noch nicht actio, mithin noch nicht reipersekutorisch, also auch noch nicht reipersekutorisch, noch nicht unter den actiones, petitiones, persecutiones, welche außer dem Eigenthum und den jura in re in's Vermögen gehören²⁾; die bloßen Haftungen müssen also den Schulden und Verbindlichkeiten, welche das Müssen, d. i. die Klagbarkeit, in ihrem Begriffe haben, oder deren Klagbarkeit doch nur vertagt, und also gewiß ist³⁾, nachstehen. Auch der Unterschied zwischen den Schulden und den bloßen Verbindlichkeiten ist ein pekuniärer⁴⁾, indem jene nicht nur ein Aktivum im Vermögen des Gläubigers, sondern auch ein Passivum in dem des Schuldners bilden,

1) Daß nicht gar alle actiones, welche ex delicto entspringen, poenal sind (Bd. 1 §. 85 S. 280 Abs. 1), kann nicht hindern, daß wir die poenalen mit den Deliktssklagen zusammenwerfen; sind doch die poenalen sämtlich Deliktssklagen, wenngleich das Umgekehrte (Bd. 2 S. 157) nicht vollständig zutrifft.

2) Bd. 1 §. 124 Anm. 3.

3) Bd. 2 S. 21 unten; §. 217 ab init. u. S. 37, 2.

4) §. 217, S. 33.

diese dagegen niemals ein Passivum im Vermögen des Obligirten, und nicht schon an und für sich ein Aktivum in dem des Gläubigers bedeuten ⁵⁾). Nichtsdestoweniger können wir die Verbindlichkeiten nicht getrennt von den bloßen Haftungen darstellen: darum weil sie nicht getrennt von diesen, als eigene Obligationsgebilde, sondern nur mit und neben diesen vorzukommen pflegen ⁶⁾).

Unsere oberste Eintheilung der *DD.* wird also sein:

A. Reiperssekutorische *DD.*

1. Schulden.

2. Haftungen und Verbindlichkeiten.

B. Strafschulden.

A. Reiperssekutorische Obligationen.

1. Schulden.

Ueberhaupt.

§. 294.

Die aus den Delikten und Quasidelikten entspringenden Obligationen sind durchweg und nichts als Schulden; die aus den Kontrakten und Quasikontrakten entspringenden Obligationen dagegen sind theils Schulden, theils Verbindlichkeiten, theils bloße Haftungen. Durch den Hinzutritt verschiedener Eventualitäten können nachträglich auch die bloßen Haftungen und Verbindlichkeiten zu Schulden werden (§. 312). Solche Schulden sind um eben deswillen, weil sie nicht schon durch den Kontrakt selbst, sondern erst nachträglich, durch generisch bestimmte, aber bloß accidentelle Thaten (z. B. Gegenleistung, Verschuldung, Eviktion) zu Stande kommen, keine reinen Kontrakt- oder Quasikontraktsschulden; ihnen entgegen sind diejenigen Schulden, von denen wir gesagt haben, daß sie aus Kontrakten und Quasikontrakten entspringen, lediglich oder unmittelbar aus dem Kontrakt oder Quasikontrakt, mit diesen selbst, nothwendig, und,

5) Z. B. in dem des Kommodators nur insoferne ihm die ausgeliehene Sache gehört; oder, wenn sie ihm nicht gehört, nur insoferne ihm *actio commodati* einen Ersatz gewährt für eine auf ihm lastende Haftung (da er in Betreff derselben Sache an einen Dritten obligirt sein kann).

6) Eine Ausnahme hiebon dürfte nur in Gestalt einseitiger Versprechungen (in *faciendo*) vorkommen.

wenn kein dies inzwischen tritt, sofort da. Schulden von dieser letzteren Entstehungsweise können wir darum Kontrakt- oder Quasikontraktsschulden schlechthin, oder reine Kontraktsschulden, oder, nur halbdeutsch zwar, aber am anschaulichsten, Initialschulden, — die der anderen Herkunft kontraktliche und quasikontraktliche Eventualschulden, oder kurzweg Eventualschulden nennen.

Was insonderheit die reinen Kontraktss- (Initial-) schulden anlangt, so können ihnen dem Gesagten zufolge nur solche Kontrakte zu Grunde liegen, mit deren gewissem (unbedingtem) Dasein auch das (sofortige oder seinerzeitige) Dasein einer Schuld gewiß ist. Das sind die *contractus certi* der Quellen (§. 217 S. 36, 1). Diese waren früher nur *re, verbis, literis* — noch nach prätorischem und kaiserlichem Rechte sind ihrer einige (*constitutum d.*, Schenkungs- und Dotalversprechungen) auch *consensu* möglich. Von den Realkontrakten gehören nur das Darlehen und gewisse Innominatrealkontrakte, von den 4 alten Konsensualkontrakten gehört keiner hieher. Ueberhaupt gehört kein irgendwie gegenseitiger Kontrakt (S. 56. 57) hieher; denn entweder ist hier, inso lange als nicht auf einer Seite erfüllt oder die Erfüllung bereit, oder kreditirt ist, die Klage, und damit das Dasein einer klagbaren Obligation, also auch einer Schuld ausgeschlossen¹⁾; oder es ist auf der einen Seite erfüllt, kreditirt u., allein dann ist die Gegenseitigkeit selbst aufgehoben oder aufgeschoben²⁾. Bei gegenseitigen Kontrakten ist es also nicht der Kontrakt in seinem essentiellen Bestande, sondern der Kontrakt mit der accidentellen Zuthat der Vorleistung oder Kreditirung, was die sofortige Klagbarkeit ausmacht. Auch ist dann die einseitig klagbare Obligation leicht bloße Verbindlichkeit, nicht Schuld³⁾. —

Von den Quasikontraktobligationen sind nur die aus der f. g. grundlosen Bereicherung (Zurückforderungen, *condictiones sine causa*, *repetitiones*) schlechthin, und die aus Vermäch-

1) S. namentlich unten die Kaufsobligationen: §. 326.

2) S. namentlich die *obligationes locati conducti*: §§. 330—333.

3) Z. B. die Obligation des Verpächters zur Konzession der Nutzung: §. 331.

nissen gewöhnlich vom Augenblicke ihrer Existenz an, also durch den Quasikontrakt selbst schon Schulden; die aus der *negotiorum gestio*, Tutel, Kuratel, *coheredium* und *condominium* sind gegenseitig und zunächst bloße Haftungen; *ad exhibendum* ist man einseitig und sofort klagbar obligirt; allein diese *obligatio* ist zunächst eine bloße Verbindlichkeit.

Mit den *actiones certi* und *incerti* (Bd. 1 §. 83) fällt der Unterschied der *contractus certi* und *incerti*, mithin der reinen Kontrakt- und der Eventualschulden, nicht zusammen. Abgesehen davon, daß in der Eintheilung in *certi* und *incerti actiones* die dinglichen Klagen mitbegriffen sind, kommen *actiones incerti* auch aus den *contractus certi* oder reinen Kontraktschulden vor. Wo überhaupt eine *in personam actio* einmal begründet ist, muß auch das Dasein einer Schuld oder Verbindlichkeit entschieden sein; also kann der Unterschied der *certi* und *incerti actiones* nurmehr auf den Gegenstand oder Umfang der Forderung, nicht mehr auf ihre Existenz gehen. Ihrem Gegenstand oder Umfange nach konnten aber auch die Aktionen aus den *contractus certi* d. i. den reinen Kontraktschulden unbestimmt sein, theils objektiv, theils subjektiv, so daß derselbe erst der richterlichen Feststellung oder Erkenntniß bedurfte. Aus den *contractus incerti* waren durchaus *incertae actiones* (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) gegeben, trotzdem der Erfolg zu einer auch ihrem Gegenstand und Umfang nach bestimmten Schuld geführt haben konnte. Da diese Kontrakte durchaus gegenseitig und *bonae fidei* waren, sollte, wer aus ihnen klagte, mit seiner Forderung einerseits dem billigen Ermessen des Richters unterworfen, dafür aber auch von der Gefahr der *certi petitio* frei sein. Aber nur wer aus ihnen klagte. War einmal eine Schuld vorhanden, so gab es auch eine Schuldklage (*condictio*), gleichviel ob dieselbe aus einem bestimmten oder unbestimmten Kontrakte herrührte (§. 227).

Zuerst innerhalb der (reipersekutorischen) Schulden werden wir demnach I. die Initialschulden

II. die Eventualschulden gesondert betrachten.

I. Initialschulden (reine Kontrakt- und Quasikontraktsschulden).

Ueberhaupt.

§. 295.

Die reinen Kontraktsschulden sind je nach der Art des Kontraktes aus dem sie entspringen, kausal oder formal (§. 56. 61. 64). Jene kann man auch die natürlichen, diese die gemachten Schulden nennen; jene die natürlichen, weil sie sich, mit ihrem inneren Grunde, offen geben und ohne diesen nichts sind oder sein wollen ¹⁾; diese die gemachten ²⁾, weil sie ohne einen inneren Grund, mittelst künstlichen Ersatzes desselben, ihr Dasein behaupten, und wenn sie keiner Anfechtung unterliegen, auch durchsetzen können. Von dieser letzteren Art waren nur die *verbis* und *litteris* kontrahirten Obligationen. Ohne solche gewisse, nicht erst gewillkürte, sondern vom Rechte im engsten Sinne des Rechtsgeschäftes aufgestellte ³⁾ und zum Ersatz des inneren Grundes geforderte Form gibt es auch heute keine Formalkontrakte und keine Formalschulden ⁴⁾. Aus bloßem Konjense konnten zwar noch im römischen Rechte ⁵⁾ und können um so mehr heute vornherein Schulden entspringen; allein sie sind keine Formalschulden; eine *causa donandi* oder irgend eine *causa credendi* gehört

1) Sie zählen denn auch mit unter jenen flagbaren DD., welche wir neben den flaglosen als „*naturales*“ kennen gelernt haben: §. 219 S. 41 zu Num. 5.

2) Vgl. zu diesen das „*nomina facere*“ als „alten Kunstausdruck für den wahren Literalkontrakt“ (Savigny, verm. Schr. Bd. 1 S. 213. 1. — Cic. off. III, 14 Seneca, benef. III. 15 l. 9 pr. D. pact. 2, 14 pr. J. lit. obf. 3, 21) — als eine Fabrikation von Schulden, welche *ipso nomine* anstatt *numeratione*, und *litterarum* anstatt *rei obligationem* produziert (Gaj. III. 132 cf. 131 wo bereits Lachmann vorgeschlagen und im wesentlichen Huschke festgehalten hat, was jetzt Studemund liest: *numratio autem pecuniae rei facit obligationem* — während Savigny (S. 227) nach Göschen *numratio a. pec. jure naturali facit o. anahm.*

3) Vgl. einstweilen meine Pandb. 1. Aufl. S. 1389 Abs. 1.

4) §. 248 zu Num. 26 — 31 §. 150 S. 588 — und nun Bekker, R. d. Besitzes S. 86 Num. 1.

5) Wir meinen hiemit nicht die 4 alten Konsensualkontrakte S. 137 oben, sondern die weiter unten (§. 307 fg.) im Einzelnen zu betrachtenden s. g. *pacta praetoria* und *legitima*.

zu ihrem Namen, Begriffe, Dasein. — Kausale Initialschulden entspringen aber viel früher als aus bloßem Konsense aus Realkontrakten 6). Der Realkontrakt wirkt, wenn die demselben unterliegende res Realität im engeren Sinne, d. i. *datio, numeratio* ist, so naturgemäß schulden erzeugend, daß die Forderung, wenngleich sie durch Willensübereinkunft daneben, also kontraktlich, entstanden ist, dennoch *re quaesita actio* heißt 7), — daß eine solche auf dem bloßen Grunde der res zu Stande kommt, wenn der über der res geschlossene Kontrakt fehlschlägt 8), — daß endlich auf dem bloßen Grunde der res, ohne daß kontrahirt wird, obligirt werden kann, so gut als ob kontrahirt worden sei 9). Neben den Initialschulden aus Realkontrakten kommen also Initialschulden aus (Real-)Quasikontrakten vor; beiderlei re begründete Schulden nennen wir Realschulden. Dieser ihrer fundamentalen Verwandtschaft halber lassen wir beide unmittelbar auf einander folgen, trotzdem hiemit die Reihe der Schuldkontrakte unterbrochen wird 10). Von derart kontraktlichen (initialen) Realschulden enthalten unsere Quellen nurmehr die Darlehensschuld und gewisse Innominat-

6) Vgl. §. 248 S. 135 Anm. 7. 8.

7) §. B. l. 9 C. si certum pet. 4, 2. Vgl. dazu daß *numeratio pecuniae rei facit obligationem*, oben Anm. 2 a. G.

8) §. B. die sog. *condictio Juvenciana*: l. 32 D. r. cr. 12, 1 u. ähnliche *sine causa condictiones* an Stelle der fehlschlagenden *credita pecunia*: l. 11 §. 2 l. 12 l. 13 pr. l. 18 §. 1 l. 19 pr. §. 1 pr. eod. — die *mutua pecunia* als Ingredienz einer fehlschlagenden *stipulatio*: l. 9 §. 5—7 D. h. t. Ueberall hier kommt *ex re actio*: arg. l. 46 D. o. e. a. 44, 7. Das Gegentheil scheint zu sagen l. 3 §. 1 D. o. e. a. 44, 7. *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis. ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi. ut obligatio constituatur*; allein wie die Fortsetzung der Stelle zeigt, schwebt hier dem Juristen nur die Antithese des *animus obligandi* zu dem *animus non obligandi* (*donandi*), nicht die des *animus* zum *Nonanimus* oder des *animus* zur bloßen *res* vor.

9) Vgl. oben §. 249. 2 u. besonders das *re obligatur* bei Gaj. 3. 91. Bekker, Aft. I. S. 112. VI. Daher kommt es denn auch, daß in l. 19 pr. D. h. t. unter „obligirender *numeratio*“ Quasikontrakte: wie Kontraktfälle *promiscue* vorgetragen werden. So denn auch das *ex numeratione ipsa petere* in l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 und die Identität der *actio* aus einem *mutuum* u. *indebitum solutum* Gaj. 3, 91 l. 5 §. 3 D. o. e. a. 44, 7. S. unten §. 296 Anm. 24.

10) wie bei Gajus der *sine causa cond.* nach dem Realkontrakte des *mutuum* und vor den Verbal- u. übrigen Kontrakten Erwähnung geschieht (III. 90. 91).

realkontrakte ¹¹⁾; quasikontraktliche (initiale) Realschulden aber sind die den repetitiones (condictiones sine causa) entsprechenden Schulden und die Vermächtnißschulden ¹²⁾.

Also werden unter der Rubrik der Initialschulden nach einander in Betracht kommen

a. Kausale, und zwar

1. Realschulden α. kontraktliche,
β. quasikontraktliche;

2. Konjunktualschulden;

b. Formale, und zwar

3. Verbalischulden,

4. Literalischulden.

a. Kausalschulden.

1. Realschulden.

α. kontraktliche.

Die Darlehensschulden.

D. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione 12, 1. C. de rebus creditis et de iurejurando 4, 1. si certum petetur et de condictione 4, 2.

§. 296.

1. Das Geschäft oder der Kontrakt, aus welchem diese Schuld nothwendig und, von etwaigem dies abgesehen, sofort entspringt (Darlehen, mutuum), ist eines von denjenigen Kreditgeschäften, bei welchen sich der Kreditgeber der zu kreditirenden Sache zu Gunsten des Kreditnehmers ganz und gar entäußert ¹⁾. Denn kreditirt wird hier Geld oder was

11) Nicht nur formal: sondern zugleich realkontraktlich war vor Alters das Nexum — vgl. hiezu §. 248 E. 137 zu Anm. 18 u. E. 135 Anm. 7.

12) Vgl. E. 469 unten. Außerdem entspringen aus Quasikontrakten nirgends sofort Schulden, wie den übrigen auch res nur mehr im weiteren Sinne des Wortes — irgend ein Sachliches, keine datio, kein Vermögenszugang (vgl. S. 134 unten) — zu Grunde liegt. Diesen übrigen Quasikontrakten werden wir also erst unter den „Haftungen und Verbindlichkeiten“ begegnen (§§. 320—324). Vgl. übrigens E. 469 unten u. fg.

1) 1. 2 §. 3 D. h. t. Creditum . . a mutuo differt, qua genus a specie, cumal in Ansehung des Gegenstandes: nam creditum consistit

sonst an Sachen durch Gebrauch verbraucht wird, dies und das im Interesse und auf Ersuchen des Kreditnehmers, zu seinem beliebigen Gebrauche, darum zu eigen ²⁾ und im Vertrauen auf Rückempfang nur der Gattung, freilich auch der Quantität und Bonität nach ³⁾. Das Darlehen ist also

a. zuunterst ⁴⁾ ein Geben (datio). Ohne etwas bekommen zu haben wird man nicht Darlehensschuldner. Die Darlehensschuld ist eine Schuld, bei welcher nicht bloß wie bei den Schulden überhaupt etwas aus dem Vermögen des Schuldners heraus, sondern zuvor schon ebensoviel in dasselbe hineingekommen sein muß ⁵⁾. Also ist das Darlehen eine datio im technischen Sinne des Wortes: Uebereignung, nicht bloße Besitzesübertragung ^{6a)} oder gar nur Detentionseinräumung. Indessen auch hier kommt mehr auf den Erfolg als das Mittel an (S. 445), mehr darauf, daß der Zweck des Darlehens erreicht, als daß der Eigenthumsübergang eingetreten ist; hat der Empfänger so wirksam disponirt, oder ist ihm eine so wirksame Disposition möglich, wie wenn er Eigenthümer geworden wäre, so soll er Darlehensschuldner werden wie wenn er Eigenthümer geworden wäre, trotzdem er es nicht geworden ist. Darum können Konsumtion, Vermengung, Usufapion auch hier den

extra eas res quae pondere, numero, mensura continentur . . . dann aber mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia; creditum autem interdum etiamsi nihil proficiscatur — und l. 2 §. 2 eod. Appellata est . . . mutui datio ab eo quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio

2) l. 2 §. 1 eod. u. Anm. 1.

3) l. 2 pr. eod. Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus . . . sed idem genus —; daß dieselbe Quantität zurück erwartet wird (l. 11 §. 1 eod.), liegt im Rückempfang; daß dieselbe Bonität (l. 3 eod.), wohl auch.

4) Vgl. das „subesse“ rem, causam l. 7 §. 2 §. 4 D. pact. 2, 14.

5) unterscheidet sich hiedurch von den Formalschulden und denen aus Schenkungsversprechen — steht insofern als vorgeleistet sein muß nicht nur den Innominatrealkontraktschulden, sondern auch den Eventualschulden aus gegenseitigen Kontrakten, — dagegen insofern als nur das was in das Vermögen hineingekommen ist, wieder heraus muß, den repetitiones (§. 300) zur Seite.

5a) Die condictio possessionis, zu welcher es bei bloßer Besitzübertragung kommen kann (arg. l. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6. Unterholzner, Schuldverh. II. S. 13. Windscheid §. 370 Anm. 9) ist keine Kreditklage (vgl. unten Anm. 26, ferner §. 300 Anm. 23).

Eigenthumszugang ersetzen, aus einem Geschäfte das anfänglich kein Darlehen, überhaupt kein Rechtsgeschäft und kein Kontrakt war, noch nachträglich ein Darlehen machen⁶⁾. Darum kann umgekehrt der Eigenthumszugang stattgefunden haben, und trotzdem auch sonst nichts zum Darlehen fehlt, ein solches gleichwol im Ungewissen sein, einzig darum, weil der Erfolg ungewiß ist: denn auch hier soll zum Bekommen nicht schon das Erhalten, sondern erst das Behalten und Behaltenkönnen genügen⁷⁾. Ferner muß bekommen wer Schuldner werden soll, und er muß von Demjenigen bekommen der Gläubiger werden soll⁸⁾. Allein auch das muß in freiestem Sinne des Wortes verstanden werden. Was der Kreditgeber einem Dritten mit Willen des Kreditnehmers gibt,

6) Dies ist bezüglich der Konsumtion in §. 2 J. quib. alien. 2, 8 l. 12 in f. l. 13 § 1 l. 19 §. 1 — quapropter si eandem etc. l. 11 §. 2 D. h. t. ausdrücklich ausgesprochen, bezüglich der Vermengung und Usurpation durch Analogie (l. 78 l. 60 D. solut. 46. 3 l. 67 D. j. d. 23, 3 §. 445) begründet. Die Sanirung durch Konsumtion setzt bonam fidem des Empfängers voraus (§. 2 J. l. 11 §. 2 citt. §. 445 Anm. 28 — aber auch Mandry, zu l. 9 §. 1 D. ad Sc. Mac. Familiengüter. I. §. 311 — 313. Die Vermengung soll, wenn Geld gegeben wird, den Empfänger zum alleinigen Eigenthümer machen (l. 78 cit. Arndts §. 151 Anm. 2. Windscheid, §. 189 Anm. 8 u. die dort Agg.) — entgegen dem was sonst bei der Vermengung gilt (Bd 1 §. 146. II.). Indessen reicht zur Begründung der in l. 78 cit. gewährten *furti actio* der Eigenthumsübergang überhaupt, gleichviel ob der Empfänger nur Mit- oder Alleineigenthümer wurde, hin; ob das *ejus fieri* nun knapp Alleineigenthum sein sollte? — Die Sanirung durch Konsumtion bringt A. Pernice (Labeo II. §. 262 Anm. 2 a. (S. §. 263. 3) mit der Thatsache in Verbindung, daß auch das *mutuum* ein *utendum dare* ist, 3. B. l. 4 pr. l. 11 pr. D. r. cr. 12, 1.

7) Dies u. a. nach Analogie dessen was für die Zahlung gilt (§. 445 Anm. 27). Freilich können wir die Fälle, in denen dort das Hingeebene *avocirt* werden kann, nicht alle ebenso bei der *mutui datio* denken (3. B. Vorbehalt der Rückforderung); allein Wegnahme mit einer Pfandklage (l. 20 D. solut. 46. 3) ist auch hier, und zwar nicht bloß im Falle hypothetischen (*jure romano* an Mobilien möglicher), sondern auch im Falle der Hauptpfandverpfändung denkbar. Einen direkten Beleg aber und einen speziell den Kreditgeschäften entnommenen Fall s. l. 36 D. h. t. (wo namentlich der Schluß — *cum incertum sit an ex ea stipulatione tibi deberi possit* zu vergleichen mit l. 98 pr. D. solut. 46, 3 — *quo casu certum erit remanere eas*).

8) — ein Grundsatz der auch für die *sine causa cond.* gilt (§. 300) — hier und dort nicht des Beweises, wohl aber der Festhaltung gegen scheinbare Abweichungen bedarf — in der That sich denn aber auch in den scheinbarsten Abweichungen bewährt (s. die folgenden Numm. 9 — 11 u. §. 300 Anm. 28—42).

bekommt dieser selbst⁹⁾; was dieser durch einen Dritten als Darlehen des Titius mit dessen Willen empfängt, bekommt er von Titius: es sei nun, daß der Dritte bloß zur Auszahlung interponirt ist¹⁰⁾, oder daß er für Titius auch kontrahirt¹¹⁾. Andererseits ist dieses Bueinanderbekommenmüssen nicht bloß objektiv, sondern auch subjektiv zu denken; ob und wie viele Mittelpersonen dazwischen liegen ist gleichgültig; die Schluß- oder Hauptpersonen aber müssen sich etwas so persönliches ist das Sichkreditiren — als solche wissen und wollen¹²⁾. Wird neben dem Kreditnehmer sonst wer obligirt, so ist das eine bloß adjektivische, auf in rem versum gestützte Obligation¹³⁾. — Nach dem Begriffe der Kreditirung aber scheint sich der der

9) arg. l. 180 D. r. j. 50, 17. Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset. In l. 14 C. h. t. 4, 2 unterschreibt nicht der Kreditnehmer.

10) gleichviel ob zur Auszahlung mit seinem oder des T. Gelde: l. 34 pr. D. mand. 17, 1. . . quodsi a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiet; id enim benigne acceptum est — l. 15 D. h. t. Singularia quaedam . . . obligaris mihi quamvis meos nummos non acceperis — l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 — si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam vel nostram etc. Vgl. Ann. 13a.

11) l. 2 C. per quas pers. 4, 27. Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem conditio — l. 9 §. 8 D. h. t., wo u. G. ab init. anstatt des schiefen oder überflüssigen „velut tuos“ voluntate tua (sed) zu lesen (vgl. meine frit. Bi. Nr. 2 S. 26 S. 31, 4. Aufl. S. 1609), aber auch das creditor meus et futuro debitori nostro) am Ende nicht minder bedenklich ist als das meus et (dazu Glück a. a. D. S. 20. Mommsen, Dig. h. t.) Ohne unsere Konjektur (voluntate tua) kommt man zu dem Satze, daß wir ohne unser Geld und ohne unseren Willen Darlehensgläubiger werden können, z. B. Unterholzner, Schuldverh. II, S. 15. VI. Windscheid, §. 370 Ann. 17 § 313 Ann. 6. Thering, Jahrb. II. S. 92 fgg. Mandry, Familiengüter. II. S. 330 Ann. 4. Arndts, P. §. 246 Ann. 3. Wie läßt sich dieser Satz aber mit dem Bewußtseinsmomente des credere vereinigen? (Ann. 12).

12) — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — l. 32 D. h. t. vgl. die conditio Juvenciana oben §. 295 Ann. 8 Der Kreditnehmer des Kreditnehmers ist nicht Kreditnehmer des ersten Kreditgebers: l. 15 C. h. t. 4, 2.

13) der Städte aus Darlehen an ihre Vertreter (l. 27 D. r. cr. 12, 1), der Mündel aus denen an ihre Vormünder l. 3 C. quando ex facto tut. 5, 39), von Prinzipalen aus denen an ihre Prokuratoren (l. 7 §. 1 C. quando cum eo 4, 26), piae causae aus denen an die Bischöfe rc. Nov. 120 c. 6 §. 3.

mutui datio erstreckt zu haben^{13a)}. — Weitere Erstreckungen der mutui datio liegen darin, daß derjenige, welcher kreditungsweise behalten darf, was er sonst zahlen müßte, zu bekommen scheint, und also jede Quantitätensschuld in eine Darlehensschuld verwandelt werden kann¹⁴⁾, — sowie darin, daß man dem Schuldner anstatt Geld zu geben sich solches selber zu schaffen überlassen kann, indem man ihm zu diesem Zwecke eine beliebige Sache übergibt, entweder so, daß er sie verkaufe und den Erlös als Darlehen habe¹⁵⁾ — oder so, daß die Sache mit Schätzung übergeben und die Schätzungssumme geborgt wird¹⁶⁾. — Die datio muß, um mutui datio zu sein,

b. mit einer Auflage (lex, modus) erfolgen (§. 134 Anm. 2). Diese geht nach obigem (Anm. 3) dahin, daß dem Geber Quantitäten derselben Art und Qualität zurückzugeben seien¹⁷⁾. Sie kann ausdrücklich gemacht werden, versteht sich aber auch stillschweigend, daraus daß „mutuum“ (ein „Darlehen“) gegeben wird¹⁸⁾. Zwar leiteten die römischen Juristen das „mutuum“

13a) Nur vom Begriffe der datio aus konnte es als Nachsicht und Singularität (Anm. 10) bezeichnet werden, daß Titius mutuo dans ist, wo Sejus gibt u. c.; die Kreditierung war schon an sich und für sich von weiterer Anlage.

14) also nicht bloß die Verbindlichkeit dessen, der z. B. als Depositar, Mandatar mir mein Geld restituiren soll und nun mit meinem Willen (brevi manu traditione) als Geber behalten darf l. 34 pr. D. mand. 17, 1), sondern auch die Schuld dessen, der mir z. B. als Mandatar Geld schuldig geworden ist (l. 15 eod. — quum ex causa mandati mihi pecuniam debeas et convenerit ut crediti nomine eam retineas — was in meiner l. Pand. ausl. S. 390 fg. noch nicht gewürdigt ist); Ulpian rechtfertigt hier die datio aus der celeritas conjungendarum actionum: „ut videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta (l. 15 cit. l. 3 §. 3 D. ad SC. Mac. 14, 6). Von Novation kann hier keine Rede sein (vgl. unten Anm. 21 zu l. 6 C. h. t.).

15) l. 11 pr. D. h. t. l. 7 §. 3 D. ad SC. Mac. 14, 6 l. 19 pr. D. praescr. v. 19, 5 l. 34 pr. D. mand. 17, 1. S. g. contractus mohatrae.

16) l. 8 C. si cert. 4. 2.

17) Gaj. III. 90 — quas res . . . aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non caedem, sed aliae ejusdem naturae reddantur. Vgl. Anm. 3.

18) l. 2 pr. cit. „Mutuum“ damus recepturi non eandem speciem etc l. 3 cit. Cum quid „mutuum“ damus, etsi non cautum sit „ut aequae bonum nobis redderetur“, non licet debitori deteriorem rem quae ex eodem genere sit reddere; nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur etc.

aus quod ex meo tuum fit ab ¹⁹⁾; nichts destoweniger erblickten sie in der „mutui“ datio auch die Intention der besagten Auflage (Anm. 17, 18). Die wirkliche Wortbedeutung war in der That die eines „Wechsels“, bei dem es auf Heimzahlung gewissermassen in gleicher Münze d. i. in derselben Art und Güte abgesehen war. Aus derselben Wortbedeutung folgt, daß eine mutui obligatio, condictio auf mehr als gegeben wird, nicht möglich ist, und daß, wenn weniger schuldig werden soll, als gegeben wird, nur so viel zu Darlehen gegeben ist, als heimgezahlt werden muß ²⁰⁾. Darum entsprang aus der mutui datio eine petitio nur auf die bestimmte gegebene Summe, und konnte demnach das dieser datio beigefügte Zinsgeding nicht klagbar werden ²¹⁾; Verzugszinsen waren schon durch die Natur der Darlehensklage als einer stricti j. actio ausgeschlossen (§. 273 Anm. 3). Auch unser „Darlehen“ trägt den Gedanken, daß man nur das Geleiehene schuldig werden soll, in sich; allein einerseits ist der

19) Gaj. l. cit. in fin.; l. 2 §. 2 D. eod. Paul.

20) l. 11 §. 1 eod. Vgl. l. 9 C. h. t. (4, 2) — quod dedisti solum restitui tibi iubebit — aber auch l. 9 C. non num. p. 4, 30 — ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constat. —

21) nicht aus der mutui datio: weil es über die certa pecunia hinausging; nicht selbständig weil aus bloßem pactum l. 24 D. p. v. a. 19. 5 — pecuniae creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi — arg. l. 31. 22 C. usur. 4, 32 l. 7 D. naut. foen. 22, 2. vgl. Bekker Alt. I. S. 119. Ausnahmen, welche die Regel bestätigen: zu Gunsten der civitates (l. 30 D. usur. 2', 1), der Argentarii (Nov. 136, c. 4), accessio zum Getreidedarlehen (l. 12 C. usur. 4, 32). Nicht entgegen steht die mutua pecunia foenebris (z. B. l. 16 C. h. t. 4, 2 l. 34 §. 1 D. h. t.) oder die mutua sub usuris data pecunia (l. 7 §. 9 D. ad SC. Mac. 14, 6); denn mutua war und hieß das dargeliehene Geld auch dann, wenn die Schuld anstatt re durch verba begründet und in die Stipulation außer der sors Zinse mit aufgenommen wurden (foenus — s. unten §. 297 Anm. 17), oder wenn neben und außer der realkontractlichen mutui datio Zinsen in eigener Stipulation versprochen wurden (z. B. l. 8 C. usur. 4, 32). Andererseits kann aus l. 6 C. h. t. 4, 2... Si vero citra vinculum stipulationis etc. für die Nothwendigkeit der Zinsstipulation nichts gefolgert werden, da das Restript nur entscheidet, daß man eine vorausgehende Schuld durch Aufsetzung eines Darlehensinstrumentes nicht noviren könne. — Bloß daraus, daß dem mutuum das b. f. iudicium verschlossen blieb, glauben wir die Unstatthaftigkeit des Zinsgedings nicht folgern zu können (s. dagegen Pernice, Labeo I. S. 417); umgekehrt dürfte die Unstatthaftigkeit des Zinsgedinges dazu beigetragen haben, daß dem Gelddarlehen nicht nur stricti j. jud. überhaupt, sondern certae pecuniae petitio insonderheit eröffnet wurde. — Vom mutuum auch hierin abweichend die trajecticia pecunia (§ 298 Anm. 14).

Sinn für *certae pecuniae petitio* verloren gegangen, anderseits jedwedes Geding sowohl selbständig als mit dem Hauptgeschäft klagbar geworden²²⁾; so kann heute dem Darlehen ein Zinsgeding beigelegt, und der Zins mit dem Darlehen oder selbständig eingeklagt werden. Auch Verzugszinse können mit jenem eingeklagt werden. *Gratuitum* war das *mutuum* schon nach römischem Rechte nur zufällig — nur dann nämlich wenn keine Zinse daneben oder damit stipulirt (Ann. 21) wurden^{22a)}.

Ob endlich außer der *datio* und *conventio* bei der Frage nach *mutui obligatio* auch der Zweck in Betracht kommt, zu welchem entlehnt und geborgt wird? ob wenn dieß „zu einem verbotenen Schuldzweck“ geschieht, dem Empfänger „eine Einrede zusteht“? ^{22 b)}.

2. Aus dem so eben beschriebenen Geschäfte, und nur aus diesem erwächst *mutui obligatio*, die stets und überall *debitum*²³⁾, Darlehensschuld ist. Eine eigene Klage ward ihr ethalben nicht aufgestellt²⁴⁾; vielmehr fiel sie in den Bereich der *actio*

22) s. oben §. 248. 2. S. 138 -- und vgl. §. 298 Ann. 14 a. G.

22a) Die *gratuita pecunia* s. in den bei Pernice a. a. D. Ann. 2 gedruckten Stellen u. l. 8 D. in q. c. pign. 20, 2; dazu Unterholzner, Schuldverh. II. S. 11. I. gegen Glück, Komm. Bd. 12 S. 4.

22b) Unterholzner (a. a. D. S. 12. III.) stützt diesen Satz auf arg. l. 2 §. 1 D. quar. r. actio 44, 5 cf. l. 12 §. 11 D. mand. 17, 1 l. 16 C. h. t. 4, 2. Von diesen Stellen beweist l. 16 zu viel und zu wenig. Dagegen erhellt aus l. 2 §. 1 cit., daß wer einem Spieler, auf daß er spielen könne, etwas abkauft, ob *evictionem* nicht klagen — d. h. aus diesem (in Ansehung der *Eviction* gewährten, Kredite) nicht klagen kann. Desgleichen beweist l. 12 §. 11 cit., daß wer *luxurioso adulescenti quasi perdituro* kreditirt, keine Klage hat. Dieses *perdituro* mahnt an A. Pernice, welcher beim *mutuum* das *utendum dare* urgirt haben will, und als eine Konsequenz dieser Intention vielleicht auch die aufnehmen dürfte, daß ein geflissentlich zum *abusus* gegebenes Darlehen in *jure* gar nicht mehr als *mutuum* gewürdigt wird.

23) l. 11 §. 1. l. 28 D. l. 6 l. 10 l. 17 C. h. t. 4, 2 vgl. l. 10 l. 38 D. h. t.

24) In unserer Literatur ist allenthalben von *mutui actio*, *condictio* die Rede, als ob es neben *actio commodati*, *depositi* etc. eine eben so spezielle *mutui actio* gegeben habe. Witte, die Bereicherungsklagen S. 52 spricht denn auch von „einer Formel dieser Klage“ die auf andere Obligationenfälle übertragen worden sei. Ganz anders und in unserem Sinne Bekker, Aft. I. S. 98 Abs. 1 u. S. 99 Abs. 1, und jetzt Baron, Abh. aus dem röm. Civilpr. I. die *Conditionen* §. 4. Aus unseren Quellen bietet sich als eine Stelle, welche auf eine eigene *actio mutui* hinweisen könnte, die l. 5 C. quib. non obj. l. t. pr. 7, 35 dar. Allein mehr, als daß in dieser späten Zeit die *Genusklagen* der *certae pe-*

„si certum petetur“ wenn Geld, in den der *condictio triticaria*, wenn eine sonstige Quantität dargeliehen war²⁵). Ersteren Falles galt für sie noch das besondere Recht der *certa pecunia credita*²⁶). Erst in der 4. Periode dürfte sich eine eigene Darlehensklage herausgebildet haben (Anm. 24). Entschieden haben wir heute eine solche — gesetzt daß wir überhaupt noch eigene Klagen haben. Sie zeichnet sich vor anderen Schuldklagen nur noch durch die Möglichkeit der *exceptio Sc. Macedoniani* (§. 297) aus; die *exceptio non numeratae pecuniae* ist entweder bloße Beweiseinrede, und dann keine Eigenthümlichkeit dieser Schuld; oder aber wie wir annehmen wahre *exceptio*, und dann der Schuldschein-, nicht der Darlehensforderung zugehörig (§. 310). Die Möglichkeit von Gegenansprüchen *ex eadem causa*²⁷) besteht u. G. noch für das klassische Recht, *ex rescripto D. Marci* (§. 288 S. 432 Abs.).

In seiner Totalität kann das Darlehensgeschäft sowohl bedingt als unbedingt sein²⁸). Ein *periculum culpae* ist bei demselben, da der Empfänger Eigenthümer wird und nicht eandem rem zurückerstatten muß, nicht denkbar; das *periculum casus* liegt, da nur tantundem zurückgegeben werden muß, beim Schuldner (§. 276 zu Anm. 11 und 12): es wäre denn, daß er durch *mora accipiendi* von derselben befreit wird (§. 275

cuniae und *certain rei condictio* sich in einzelne Klagen auflösen, läßt sich aus dieser Stelle nicht beweisen. Möglich ist, daß auch hier noch mit „mutui“ *actio* keine besondere Formel oder *actio*, sondern wie mit *indebiti* etc. *condictio* nur ein besonderer Fall oder eine gewisse materielle *causa* der Genusklage gemeint ist. Für Herausbildung eigener Klagen in Diocletians Zeit spräche sicherer l. 6 C. h. t. 4, 2, wenn wir in der „*falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa*“ etwas Formulares oder doch einen Klagebestandtheil zu denken haben sollten.

25) l. 1 pr. D. cond. trit. 13, 3 l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 — *ex numeratione ipsa pecuniam creditam petere* — u. dazu Beffer a. a. O. u. S. 97 Abs. 1 und die *cond. certi in mutuo* in Schol. 1 zu Basil. XI, 1 Nr. 7. Heimb. I. S. 55⁹ (wozu Anm. 24).

26) Gaj. 4, 171; 3, 124: nur in der *lex Cornelia* (3, 124 cit.) ward unter *certain pecunia credita* jedwede andere *credita* Sache begriffen.

27) von Brunß, in Holzendorff's Encycl. S. 435 doch wohl nur in Ansehung des heutigen Rechts hervorgehoben — vgl. Windscheid §. 371 Anm. 2 a. G., „3. B. wegen des durch das hergegebene verdorbene Getreide angerichteten Schadens.“

28) Wesentlich bedingt ist das *foenus nauticum*, aber nicht in seiner Totalität, nicht in Ansehung der *datio* und *petitio*, sondern bloß in der *petitio* §. 298 zu Anm. 12, 13.

Ann. 10), oder durch besondere Bedinge von derselben vorn-
hercin frei ist²⁹⁾. Von der Aufhebung dieser Schuld gilt
nichts besonderes; jene eigenthümlichen, nur ein Aufhören für
die Zukunft bedeutenden Endigungen bloßer Haftungen (§. 38, 3,
§. 437 Abs. 2) kommen hier, wo es bloß Schulden gibt,
nicht vor. — Das *foenus nauticum* (*pecunia trajecticia*)
f. §. 298.

§. 297.

D. ad SC. Maced. (14, 6); D. 4, 28.

Das SC. *Macedonianum*¹⁾ wollte „Klagen aus Geld-
darlehen an Haus söhne auch nach dem Tode des Vaters“²⁾

29) Ein solches besonderes Bedinge ist die Verabredung, durch welche
trajecticia pecunia auf Gefahr des Gläubigers zu stehen kommt; allein
ob hier dann noch der römische Darlehenskontrakt vorliegt? §. 298. In dem
Falle der l. 24 D. p. v. 19, 5 ist die Gefahr beim Gläubiger (*si Sem-
pronius eam pecuniam s. d. m. amisisset . . . nihil eum eo nomine prae-
stare debuisse*); allein nicht erst in Folge Bedinges, und nur weil *non
tam foenerata pecunia quam quasi mandatum* vorliegt.

1) Daß der *Macedo* des *Et's* der Haus söhn, nicht der *foenerator*
ist, darf man gegen den abermaligen Einspruch von Dietzel SC. Mac.
1856 S. 70 Ann. 2) nach den Worten des *Et's* u. Theoph. IV. 7 §. 7
für entschieden halten (Glück, Comm. Bd. 14 S. 302 fgg. Dückers
de SC. Mac. diss. p. 6 sqq. Mandry, Familiengütern. Bd. I. S. 436. VI.);
unsicher dagegen ist das Verhältniß des *Et's* zu einer *lex Claudia* bei
Tacitus Ann. XI, 13 (*Legē latae saevitiam creditorum coercuit. ne in
mortem parentum filiusf. pecuniam darent. Glück S. 303. Dückers
p. 2 sqq. Mandry S. 433 I*), noch nicht entschieden sein Verhältniß
zu dem Rechte seiner Zeit und zu der Kontrahierungsweise derer die mit
Haus söhnen anbanden (Ann. 2. 3).

2) l. 1 D. h. t. *Verba SC. M. „ . . . etiam post mortem parentis
ejus, cujus in potestate fuissent.“* Warum ausdrücklich *etiam post
mortem*? Uns scheint — bei der Unbeschränktheit der Gesetzesworte: *ne
cui . . . actio petitioque daretur* — sicher, daß dieses *etiam post mor-
tem* auch stillschweigend zu verstehen war; ward es gleichwol ausgespro-
chen, so muß gerade darin der Nerv des *Et's* gelegen sein. In der That
geht denn auch aus den Worten des *Et's* selbst hervor, daß das *nomen*
des *filiusf.* vor dem *Et.* noch durch den Tod des Vaters gut werden
konnte, bei Lebzeiten desselben und *durante patria potestate* also schon
vor dem *Et.* irgendwie schlecht war, daß also das *Et.* wo nicht ausschließ-
lich so doch hauptsächlich darauf ausging, dem Gläubiger die Aussicht auf
den Tod des Vaters zu benehmen — (*ut scirent . . . nullius posse filiusf.
bonum nomen expectata patris morte fieri*). Aber warum war *du-
rante potestate* das *nomen* zuvor schon *non bonum*? war etwa seine
Erigibilität für die Zeit der Hauskindschaft schon zuvor eingeschränkt,
vielleicht durch eben jene *lex Claudia*? oder *jure communi*, nach welchem
gegen den Sohn selbst vielleicht nur *actio*, aber keine *executio* (Ann. 3 ff.),
gegen den Vater aber sicher nur die beschränkte *de peculio actio* zustund?
oder *de facto*, indem selbst Personalexekution nicht zur Befriedigung

ausgeschlossen wissen. Der Grund hievon lag in der Erfahrung, daß derlei Geschäfte nach ihrer bisherigen Wirksamkeit moralisch verderblich und selbst für das Leben der Väter gefährlich seien³⁾. Darnach erscheinen in der Rechtsanwendung gegen den Buchstaben des St's vor allem diejenigen Gelddarlehen ausge-

führte? — Dem „*bonum nomen . . . patris morte fieri*“ am Ende entspricht allem Anschein nach das *incertis nominibus credere* im Eingang; denn das *incertum* hier ist keines der Existenz, sondern der Einbringlichkeit (vgl. Dückers p. 8 sqq.); der Zusatz *ne quid amplius diceretur* ist dunkel, wenn er auf eine gewisse Ausdrucksweise der Rucherer bei Konstatirung solcher *incerta nomina* gehen sollte, — verständlich wenn er der Ausdrucksweise des Senatuskonsultes gilt und bejagen will, daß dieses sich schonend ausgedrückt habe, wenn es von *incertis nominibus* spreche, wo *nomina in mortem patris facta* vorliegen. Sollte diese letztere Bemerkung vom Senate selbst gemacht sein, dann müßte *dicatur* (statt *diceretur*) stehen, wie Dückers auch liest; möglicherweise ist dieselbe aber von dem referirenden Juristen eingeschaltet: dann ist die überlieferte Lesart *diceretur* in ihrem Recht

3) l. 3 pr. cit. — *Cum inter ceteras sceleris causas . . . aes alienum adhibuisset* — l. 3 §. 3 eod. — *nam pecuniae datio perniciose parentibus eorum visa est* — § 7 J. *quod cum eo* 4, 7 — *quae ideo Senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur.* Theoph. ad h. l. in fin. Tacitus l. cit. — *ne in mortem parentum filius pecuniam darent* — (in mortem — nicht in diem mortis), vgl. Cicero pro S. Roscio, cap. 22. *Patrem occidit Roscius: qui homo? adolescentulus corruptus . . . luxuries igitur hominem nimirum et aeris alieni magnitudo et indomitae animi cupiditates ad hoc scelus impulerunt.* cf. Ovid. *Metam.* I. v. 148 „*Filius ante diem patrios inquit in annos, Victa jacet pietas et virgo caede madentes*“. Weniger aufgeworfen und darum auch weniger entschieden ist bis zur Stunde die Frage, ob die Gefahr für das Leben des Vaters bloß in der moralischen oder aber auch in der juristischen Folge des Schuldenmachens der Hausföhne gelegen gewesen — wiewohl von Dückers thatsächlich auch hierauf geantwortet ist (p. 22—25). Als juristische Folge der Schulden werden wir dieselbe nur dann denken können, wenn ihr ethischen Exekution, und zwar Personalexekution (mit ihrer Freiheitsberaubung und Schande) gegen den Haussohn möglich war (vgl. Mandry, S. 412. 5); Vermögensexekution würde thatsächlich gegen den Vater gegangen sein (wenn sie ins *peculium* ging), oder (wenn ins *pec. castrense*) den Sohn nicht ärmer gemacht haben als wenn er den Vater tödtete und dann zahlte. Die Möglichkeit der Personalexekution wird von Dückers l. cit. nach Vorgang von Cujacius und Rudorff RG. I. S. 123 denn auch angenommen, während Mandry (§. 45 §. 47 S. 434 fg.) dieselbe aufs eingehendste bestreitet. Vielleicht aber bedeutet der Satz, daß der filius sich „*civiliter*“ obligiren könne, gerade das, daß er seine Person autonom (*contractu*) dem Gläubiger aussetzen könne — hierin seine Civität bewähre (vgl. oben S. 46 zu Anm. 10 und 11); die hiesfür beiläufig in §. 216 Anm. 9 genannten Stellen weiter zu verfolgen, wäre nicht möglich, ohne den Argumenten Mandry's gleiche Rücksicht angedeihen zu lassen. —

nommen, welche vom Gewalthaber genehmiget⁴⁾ oder ihm zu statten gekommen sind⁵⁾; ferner Gelddarlehen, um derentwillen das Hauskind nicht als solches, sondern als Soldat (oder Quasijoldat), mithin als paterfamilias und bis zum Betrage seines soldatischen (oder quasijoldatischen) Vermögens haftet⁶⁾. Darlehen dieser letzteren Art sind schon an und für sich, nicht etwa erst durch das St., bloß gegen das Kind klagbar; neben ihm, das als paterfamilias haftet, ist nicht noch einmal der Vater belangbar⁷⁾. Daß ein *peculium castrense* zur Zeit des Dar-

Erklärlich ist das Verbrechen freilich auch aus der bloßen moralischen Folge des Schuldenmachens (Dückers p. 24); und daß ein Vaternord nur der Anlaß des Gesetzes, desselben Verhütung nicht sein ausschließlicher Zweck gewesen, wird man unbedenklich annehmen dürfen (Mandry S. 441 *Verba Sci: saepe materiam peccandi malis moribus praestaret* —).

4) vornherein, l. 7 §. 11 D. h. t. — *quamquam si ipse pater eum proposuisset merci suae etc.* l. 12 arg. l. 14 D. l. 4 C. h. t. — *permittente patre* — l. 5 eod. — *jussu patris*; Wissen gilt für Wollen: l. 12 D. h. t.; — nachträglich: l. 7 pr. C. l. 7 §. 15 vgl. l. 9 §. 3 in f. l. 16 D. h. t.

5) es sei nun vornherein in seinem Interesse gegeben oder erst nachher in demselben verwendet: l. 7 §. 12 D. h. t.; dazu verwendet muß es stets sein: l. 7 §. 12 cit. — *Non tamen vertisse videbitur etc.* l. 7 §. 14 §. 2 §. 3 l. 17 D. l. 5 C. h. t.

6) Durch l. 7 §. 1 C. h. t. Justinian. — allem Anscheine nach eine der *quingenta decisiones*, die vor Abfassung der Pandekten getroffen wurden (Fitting, *castr. pec.* S. 166. 169) — ist entschieden, daß jedes Gelddarlehen das der *filiusf. miles* aufnimmt, durch *praesumptio (juris et de jure)* als in *causam castrensem* aufgenommen erscheine. Darnach ist nun jedes Gelddarlehen an einen *filiusf. miles* vom St. befreit, ein jedes nun aber auch nur gegen den *filiusf.* und nur bis zum Belange des *pec. castr. exigibel*. Daß kastrensische Darlehen an einen *filiusf. miles* von jeher, und zwar um deswillen weil hier *filii. vice patrum. funguntur*, nicht unter das St. fielen, ist an sich klar, und wird durch l. 1 §. 3 l. 2 D. h. t. bestätigt; neu ist nur, daß jetzt jedes Gelddarlehen an jene kastrensisch sein soll; vielleicht ist aber auch das nicht sowohl ein neues, als ein bis dahin kontroverses und durch l. 7 §. 1 entschiedenes Recht. War schon früher behauptet, daß gegen den *filiusf. miles* und bis zum Belange des *pec. castrense* auch nichtkastrensische Schulden desselben sollten eingeklagt werden können (l. 7 D. *castr. pec.* 49, 17 l. 31 pr. D. *relig.* 11, 7 Fitting S. 160), so mag es auch an der Behauptung, daß dieselben soweit ohne Rücksicht auf das SC. klagbar seien, nicht gefehlt haben; Justinian hat dann diese Behauptung gebilligt, und, vielleicht neu, durch die Präsumtion, daß jedes Gelddarlehen an den *ff. m. kastrensisch* sei, begründet. So Fitting S. 169 — S. 171, der hiemit jedenfalls mehr erklärt als alle Andern. Daß namentlich Nipian bei der durch l. 7 §. 1 gebilligten Ansicht gestanden sei (Fitting S. 170), läßt sich nach der Art wie er in l. 1 §. 3 l. 2 D. h. t. *excerpiert* ist, nicht abprechen.

7) l. 18 §. 4 §. 5 D. *castr. p.* 49, 17. Fitting, S. 159, 4. Hierin, und in nichts anderem, liegt der Grund der weitverbreiteten Ansicht, daß

lebens bestanden haben müsse, wenn dieses klagbar sein sollte⁸⁾, ist nicht gemeint⁹⁾; wohl aber daß das Kind zu dieser Zeit bereits Soldat gewesen sein müsse¹⁰⁾. Für Ausdehnung auf Quasifoldaten und deren quasikastrensisches Peculium spricht kein äußerer, umsomehr der innere Grund¹¹⁾; dagegen auch letzterer nicht für Ausdehnung auch auf das adventitium irregulare, geschweige denn regulare¹²⁾. Liegt zwar ein Darlehen, überdies Gelddarlehen, aber ein Darlehen nur durch Schuldverwandlung, ohne Geldempfang (§. 296 Anm. 14), vor,

das kastrensische Darlehen vom SC. Maced. nicht nur in Ansehung des Sohnes, sondern auch des Vaters, befreit sei (Reiche Literaturangaben bei Fitting S. 166 Anm. 3).

8) Arndts P. §. 282 Anm. 3 Dückers p. 116 u. die bei Fitting S. 173 Anm. 7 Agff., — dagegen Diezel S. 23 fgg. Windscheid §. 373 Anm. 6. 2 u. die bei Fitting ebendas. Agff.

9) trotz des „nisi castrense peculium habet“ in l. 1 §. 3 cit.; denn so kann geschrieben sein, im Hinblick auf die Geltendmachung der Darlehensforderung, die das Dasein eines pec. castr. allerdings voraussetzt. Daß übrigens Ulpian hier nicht allgemeiner wie Justinian in l. 7 §. 1 lediglich die soldatische Eigenschaft des Darlehensempfängers nannte, kann seinen Grund darin haben, „daß jeder filiusf. miles . . ein pec. castrense hat . . und bestünde es in nichts weiterem als seinen Kleidern“ (Fitting S. 173 vgl. Windscheid a. a. D.), wornach qui pec. c. habet nur ein anderer Ausdruck für qui miles est wäre; — oder Ulpian wählte diesen Ausdruck um den filiusf. veteranus mitzubegreifen, der nicht mehr miles ist, aber ein pec. castrense haben und diesfalls wie der ff. miles belangt werden kann (hierüber Fitting S. 168 Anm. 2).

10) l. 7 §. 1 cit. Sin autem filiusf. miles pecuniam creditam accepit. etc.

11) vgl. Windscheid a. a. D. Anm. 6. 3. Dückers p. 119, der jedoch so wenig für den Quasimiles als für den Veteranen auch die Präsumtion der l. 7 §. 1 (daß jedes Gelddarlehen an den miles ein kastrensisches sein soll), zuläßt, wiewohl ihm die Stelle bekannt ist „quod si praelatus accepit pecuniam mutuo, videtur eam vertere in utilitatem ecclesiae.“

12) Denn nicht schon das freie Verfügungsrecht (Glück S. 349 Dückers p. 18 p. 120. Schwanert S. 344), sondern daß er ein solches „durch seine Lebensstellung“ (Windscheid §. 373. I. die bei Glück S. 349 Anm. 94 Agff., und insbesondere Lauterbach, disp. 109 §. 26. Seuffert, P. §. 312. 11), d. i. als miles und quasipaterf. hat (l. 2 D. l. 7 §. 1 C. h. t.) stellt den filiusf. außer das SC. Selbst da wo jemand ein quasif. peculium, oder genauer ein Vermögen hat, das ihm „ad similitudinem castronsis peculii“ gehören soll, während er seiner Lebensstellung nach kein Quasimiles ist, cessirt das SC. nicht (vgl. l. 7 C. bon. quae lib. 6, 61 und Windscheid a. a. D. a. C.). Um so weniger kann das irreguläre Adventizgut eine Ausnahme vom SC. begründen (wogegen Windscheid a. a. D. Anm. 6. 3 a. C. und die das. agff. Bl. f. R. N. XXXIII. S. 155 fg.). Für Ausdehnung sogar auf advent. regulare Diezel S. 151 fg. S. hingegen Dückers p. 121.

so trifft das St. schon seinem Buchstaben nach nicht zu¹³⁾. Darum ging das Sprüchwort filiofamilias credi non licere¹⁴⁾ über den Rahmen des St. hinaus und wird als zu weit bezeichnet¹⁵⁾. Liegt dagegen ein Baar-Darlehen vor, so trifft der Sinn des St's. wie sein Buchstabe zu, ob sich nun mit demselben eine Verbal-Kontrahierung verbindet oder nicht¹⁶⁾ und ob das mutuum in der verborum obligatio aufgeht¹⁷⁾ oder nicht¹⁸⁾. Mutui datio vorausgesetzt war ein „Darlehen“ vorhanden, wenn gleich nur verborum obligatio platzgriff (§. 296 Anm. 21); vor der Auszahlung aber, durch bloße Stipulation, war weder ein Darlehen, noch das Macedonianische credere da¹⁹⁾; ob das

13) Verba Sci: — qui filiof. mutuum pecuniam dedisset — l. 3 §. 3 D. h. t. — nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est — l. 7 §. 3 eod. — verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri l. 3 C. h. t. — origo enim potius obligationis quam titulus actionis (nämlich certae pecuniae creditae) considerandus est.

14) l. 4 D. h. t.

15) l. cit. — non ad verba referendum est sed ad numerationem — wobei die verba jedwede nicht numeratione erfolgende Kreditierung begreifen mögen, also 1) selbst den Fall da durch Anweisung auf eine schon vorhandene Schuld kreditirt wird (§. 296 Anm. 14) — 2) sicher den Fall da formell verbis kreditirt wird, es sei nun, daß numeratio mitunterläuft (Anm. 16—18), oder nachfolgt, oder vorausgesetzt wird. Ueberall, will l. 3 cit sagen, verlangt das St. klingende Münze; ob die actio creditae pecuniae auf diese (numeratione, re), oder auf verba (stipulatione) gegründet sei, ist ihm gleichgültig, wenn numeratio vorliegt; wo diese nicht vorliegt, hilft das Dasein einer certae pecuniae creditae actio nichts; das „verbis credere“ (l. 2 §. 5 D. h. t.) ist noch nicht das Macedonianische credere.

16) l. 9 §. 3 §. 4 D. r. cr. 12, 1 — sive re fuerit contractus factus, sive verbis. sive conjunctii — l. 3 §. 4—6 D. h. t.

17) wie dies entschieden dann galt, wenn gleichzeitig stipulirt und ausgezahlt wurde: l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 — quotiens pecuniam mutuum dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum — l. 7 D. nov. 46, 2 — quia id agitur, ut sola stipulatio teneat. Et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri — Vgl. hierzu den Fall wo unter Kontrahierung einer passiven Konrealstipulation zu Darlehen gegeben wird: l. 7 §. 8 D. h. t.

18) wie entschieden dann, wenn erst hinterher stipulirt ward: l. 126 §. 2 cit. arg. l. 3 C. contr. stip. 8, 38 l. 9 §§ 4—7 D. r. cr. 12, 1 — wogegen wir in dem umgekehrten Fall, da die Stipulation vorausging, auch das Gegentheil werden annehmen müssen. Natürlicher Weise ward auch hier numeratio stipulationis implendae gratia; heißt letztere, wofern numeratio nicht nachfolgt, ja doch res imperfecta: l. 9 §. 3 D. quod met. 4, 2.

19) arg. l. 3 §. 4 D. h. t. Si a filiof. stipulatus sim . . . mutua jam patrif. data est l. 6 eod. — si a patref. stipulatus sis, credas postea filiof. facto — arg. l. 7 §. 8 D. h. t.

Geschäft gegen das Sk. sei, entschied sich nach der Zeit der *mutui datio*²⁰⁾. Dem Gesagten zufolge wäre heutigen Tages das Dasein eines Darlehens und *exceptio SC. Mac.* dadurch nicht ausgeschlossen, daß an die Stelle der *mutui obligatio* eine Wechsel- oder Schuldscheinforderung gesetzt wird²¹⁾. — Keine Besonderheit ist es, daß manche Geschäfte dem Sk. verfallen, trotzdem sie keine Baardarlehen sind, darum weil sie dieses nur in *fraudem legis* nicht sind²²⁾. In *fraudem Sci* kann ein Geschäft, das nach Absicht der Parteien ein Darlehen sein sollte, sich in ein *s. g. depositum irregulare* einkleiden; hier verfällt es dem Sk. sicher²³⁾; fraglicher ist, ob ein wahrhaftes *depositum irregulare* dem Sk. unterstehe; wir vermögen in dem *depositum irregulare* zwar weder eine anfängliche noch eine nachträgliche *mutui datio* zu erblicken (§. 317 Nr. 1); nichtsdestoweniger dürfte *pecunia mota* das *SC.* platzgreifen²⁴⁾.

20) also darnach, ob der Darlehensempfänger zur Zeit der *mutui datio* Hauskind war. S. die Num. 19 *citt.* II.

21) S. dieselben unten §. 311.

22) *Fraus Senatus consulto cogitata* (l. 3 §. 3 D. h. t.) ist jedenfalls dann vorhanden, wenn derjenige, welcher baar leihen konnte, einen Verkauf und Kreditirung des Kaufschillings um des Sk.s willen vorzieht (wie in l. 7 §. 3 D. h. t.), — jedenfalls nicht vorhanden, wenn etwas anderes als ein Verkauf vornherein nicht intendirt ist und die Kreditirung des Preises erst nachfolgt (l. 3 §. 3 *cit.* ab *init.* l. 7 §. 3 *cit.* ab *init.*); — aber wie, wenn es sich vornherein um ein Baardarlehen handelte, und der Gläubiger zu einem Verkaufe schreitet, weil er baar nicht leihen konnte (*ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem* l. 3 §. 3 *cit.* *inf.*)? Gewiß thut er auch hier, was er nicht sollte; allein von einer *fraus cogitata* kann keine Rede sein; verfällt er dem Sk., so geschieht dies weil er zwar nicht gegen den Buchstaben, aber gegen den Sinn des Gesetzes handelt. Nach l. 3 §. 3 nun aber scheint er, je nach der Syntax, entweder wegen *fraus in legem* dem Sk. zu verfallen, oder aber derselben zu entgehen. Dies führt uns zu der Behauptung, daß *non potuit* nicht von dem wirthschaftlichen Nichtkönnen, sondern von dem rechtlichen Nichtdürfen zu verstehen sei. Mandry nimmt dagegen eine *fraus* auch ohne Absichtlichkeit an (a. a. O. I S. 451 unten).

23) nach Art des Falles, wo in Umgehung des Gesetzes ein Verkauf mit Gestattung den Kaufschilling je nach Bedarf leihweise zu benützen stattfindet; vgl. l. 4 pr. D. r. er. 12, 1 mit l. 7 §. 3 D. h. t.

24) Sofort greift es platz nach Mandry S. 452; allein wenigstens l. 3 C. h. t. (*origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est*) spricht nicht dafür. Gestützt auf l. 9 §. 9 D. r. er. 12, 1 behandelt auch Dückers, de *SC. M.* diss. Berol. 1866 p. 34 das *depositum irr.* ohne weiteres als *mutuum*; allein l. 9 §. 9 behandelt keinen Fall, den man als *depositum irregulare* bezeichnen könnte, sondern ein regu-

Das Darlehen muß einem Hauskinde gegeben sein, der Buchstabe des St.'s geht nur gegen „Hausjöhne“; allein „nur um so mehr“ wird das St. auch auf Haustöchter und Enkel angewandt²⁵⁾. Ist die Hauskindschaft in Schweben, dann ist es auch das St.²⁶⁾; da sein muß sie im Augenblicke der Auszahlung (Ann. 19. 20). Wie über die Hauskindschaft sollte auch über das St. kein Stand erhoben sein²⁷⁾; allein das Solda-

läres Depositum (das nichts als Depositum ist), hinterher aber durch nunmehrige Uebereinkunft der Parteien zum mutuum, und zwar zum schlichten mutuum wird, dieses denn auch nicht erst pecunia mota ist (s. dies bezügl. l. 9 § 9 im Gegensatz zu l. 10 eod.). Für die Dückers-Mandry'sche Ansicht darf man auch nicht etwa l. 4 pr. D. r. cr. 12, 1 verwerthen wollen, in der das Geschäft vornherein ausdrücklich mit mutui rogatio beginnt, und vielmehr ein depositum in das mutuum, als ein mutuum in das depositum kommt. Geht dagegen das Geschäft vom Depositum, mithin vom Bedürfnis des Deponenten aus, wird ausdrücklich oder stillschweigend Gebrauchsgestattung und also auch der Nachlaß des tantundem (statt idem) reddi ausgesprochen und zwar von allem Anfang an ausgesprochen (l. 10 D. r. cr. 12, 1. Quod si ab initio etc.) — was alles unerläßlich scheint, wenn man weder von depositum, noch mutuum, sondern von depositum irregulare soll sprechen dürfen — dann ist jedenfalls bis zu dem Augenblicke da Depositar von seiner Befugniß Gebrauch macht (antequam pecunia mota est — l. 10 cf. l. 9 §. 9), u. G. aber auch nachher, vomwegen der origo obligationis (l. 3 C. h. t.) keine mutui datio (§. 31 Ann. 15) und also möchte man meinen, kein Vorwurf für das SC. Mac. da. Indessen ist bezeugt, daß das Geschäft vom besagten Augenblicke an zum creditum (im Sinne der certa pecunia credita) wird (l. 10 cit.), und darnach wahrscheinlich, daß die pecunia von jetzt an nicht nur credita, sondern im Sinne des Senatusconsultes auch mutua pecunia ist. Denn ob das Geld „gegeben“ oder mit Erlaubniß des Eigenthümers genommen wird, ist gleichgiltig; wie dort durch Annahme offenbaret man hier durch Wegnahme (pecuniam movere) den animus possidendi (arg. l. 9 §. 9 cit.); weder fehlt es am Geben, noch am Eigenthum, noch am Consense. Auch wird es nicht auffallen, daß wenn man Geld nicht darlehensweise hingeben, man solches auch nicht mit der Ermächtigung, es leihweise zu nehmen, deponiren darf. Zwar mag das mutuum letzterenfalls im depositum aufgehen; allein derartige steht dem St. auch sonst nicht entgegen (Ann. 17); — zwar steckt im depositum irregulare ein nur bedingtes mutuum; allein Bedingtheit steht auch sonst dem St. nicht entgegen (l. 1 § 1 D. h. t. —). Daß die Rogation nicht vom Geldempfänger ausgegangen sei, darf man nicht einwenden: denn Darlehen kann man auch anbieten. — Wird Geld gegen tantundem zu sofortigem Eigenthum hingegeben, dann scheint uns überhaupt kein depositum mehr vorzuliegen, auch kein irreguläres (wogegen Windscheid a. a. O. zu Ann. 1); in l. 24 l. 25 D. dep. 16, 3 l. 31 D. loc. 19, 2 ist die Gebrauchsgestattung und damit die Bedingtheit des Eigenthumsüberganges nur nicht ausgesprochen.

25) l. 9 §. 2 l. 14 D. l. 6 §. 1 C. h. t. Vgl. Bd. 1 §. 32 S. 125 c.

26) jedoch so, daß interim deneganda est actio l. 1 §. 1 D. h. t.

27) l. 1 §. 3 D. h. t.

tenthum bringt eine Art Emancipation mit sich, wie wir meinen auch das Quasifoldatenthum (Ann. 6—12). Hinter dem Buchstaben des St.'s bleibt die Rechtsanwendung zurück, insofern sie dem St. nicht stattgibt, wenn das Hauskind nicht als solches erscheint²⁸⁾, der Gläubiger den wahren Sachverhalt nicht kannte und nicht zu kennen brauchte²⁹⁾.

Der Weisung des Senates *ne cui qui filiof. mutuan pecuniam dedisset . . actio petitioque daretur* entsprach die Jurisdiktion durch Gewährung nur einer *exceptio*³⁰⁾. Nur in diesem Sinne ist von einer *exceptio Sci* die Rede, oder „gibt der Senat eine *exceptio*“³¹⁾. Nach dem Buchstaben des Gesetzes sollte gegen Niemand eine Klage platzgreifen, weder gegen das Kind, noch den Vater, noch gegen sonstigen; allein seinem Sinne nach handelte es sich doch nur um Schutz für das Kind und den Vater, so wie deren Erben³²⁾; eine Klage

28) l. 3 pr. D. h. t. — publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur — §. 1 eod. — vectigalia conducta habebat — l. 2 C. h. t. — cum sui juris esse publice videretur. —

29) l. 3 pr. cit. — non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia — §. 2 — qui scire non potuit — l. 7 §. 8 l. 19 eod. — qui sciret — aut scire potuisset — l. 1 C. h. t. — cum se patremf. diceret, ejusque affirmationi credidisse te justa ratione edocere potes. —

30) Das *jus commune*, nach welchem Darlehen jeder Art auch das Hauskind obligirten, mithin *ipso jure* klagbar wurden, konnte durch das St. nur modificirt, nicht in sein Gegentheil verkehrt werden: etwa dahin, daß von nun an die Hausvatereigenschaft des Darlehensempfängers zur Begründung der *actio ipso jure* mitgehörte, und den Kläger, der diese Behauptung nicht machte, ohne weiteres *actionis denegatio* getroffen hätte. Also von dem Verhältnisse des St.'s als eines *jus singulare* zum *jus commune*, nicht davon, daß das St. bei demselben Darlehen das einmal platzgriff, das anderemal nicht (wie Schwanert S. 345 fg. zu meinen scheint), möchten wir die Gewährung einer bloßen *Exception* ableiten. Daß diese noch in *jure* vorgeschützt werden mußte, um beachtet zu werden, daß wo sie noch in *jure liquid* war, *denegatio actionis* ohne weiteres platzgriff (vgl. l. 9 §. 2 l. 1 §. 1 l. 7 §. 6 D. h. t. Schwanert a. a. O. Mandry S. 465 §. 49), sonst aber vor den *judex fam.* ist nichts besonderes; nur daß sie auch noch gegen *actio judicati* platzgriff, hat sie bloß mit der *exc. SC. Vell.* gemein (l. 11 D. h. t.).

31) l. 7 pr. §. 1 §. 2 §. 4 §. 7 §. 8 §. 10 §. 11 D. h. t.; nur ihrem Grunde nach ist sie gleich allen f. g. *Civilexceptionen* aus dem Gesetze; ihrer Form oder Existenz nach ist auch sie aus dem *Edikte prätorisch* Bd. I S. 376 Abs. 1. Vgl. Mandry a. a. O.

32) über letztere f. l. 7 §. 10 D. h. t.

gegen Dritte wird darum nicht für unmöglich erachtet³³⁾ — zum Beweise, daß es *exceptiones* gibt, welche *perpetuae* und doch nur *personae cohaerentes* sind³⁴⁾ — wie denn überhaupt Forderungen in Ansehung gewisser Personen *peremptorisch* ungiltig, in Ansehung anderer dagegen *rechtsbeständig* sein können³⁵⁾. Nach dem Buchstaben des Gesetzes sollte die Klage nur demjenigen verjagt werden, der das Darlehen gegeben hatte; seinem Sinne nach gilt das aber von jedem, dem aus diesem Darlehen *ipso jure* die Klage zusteht³⁶⁾.

Unabhängig von direkter oder indirekter, totaler oder partialer Richtigkeit einer Forderung ist die Frage nach ihrem *naturalen Dasein*³⁷⁾; diesem steht der Buchstabe des *Ed.*'s nicht entgegen³⁸⁾; seine Tendenz ist dafür³⁹⁾; die Rechtsanwendung nimmt sie grundsätzlich an⁴⁰⁾, setzt ihrer Geltend-

33) l. 7 §. 11 eod.: *Interdum tamen et si Sco locus sit, tamen in alium* (cf. §. 10) *datur actio*: so schlechthin, wenn ein Dritter den fremden Haussohn als *institor* aufgestellt hat (l. 7 §. 11 cit.): Bürgen und andere *Intercedenten* nehmen am Schutze des *Ed.* nicht schlechthin, sondern nur insoferne Theil, als sie sonst *Regress* gegen das Kind hätten, diesem also nehmen dürften, was ihm das *Ed.* gibt: l. 9 §. 3 cf. §. 4 D. h. t. Ist das Darlehen *solidarisch* aufgenommen, so ist die Klage gegen denjenigen statthalt, der entweder nicht Hauskind ist, oder nichts bekommen hat: l. 7 §. 8 D. h. t.

34) Bb. 1 C. 372 M. 2. Daß *exc. SC. Mac. „perpetua“* f. l. 9 §. 4 D. h. t.

35) vgl. Bb. 1 §. 106. C. 307. Abs. 2.

36) also nicht nur gegen die *Successoren* des Darleihers (l. 7 §. 6 D. h. t.), sondern auch gegen diejenigen, welche durch *Stipulation*, *Abstipulation*, *Korrealstipulation* beim Darlehen an einen *filiusf.* Klagrecht erlangen: l. 7 §. 7 D. h. t. — darum *zweifelsohne* auch gegen denjenigen, der ohne selbst gegeben oder *stipulirt* zu haben der Darlehensgläubiger geworden ist (§. 296 Anm. 10—13).

37) f. oben §. 220. 2 a. u. b., bej. Anm. 4; Bb. 1 §. 106 Anm. 9 a. C.

38) *ne cui . . . actio petitioque daretur* —

39) es will nicht sowol den Schuldner befreit, als den Gläubiger gestraft wissen: *arg.* l. 9 §. 4 D. h. t.; dies ist aber bei *singulärer* Klaglosigkeit von *Kontrakten* entscheidend für Entstehung einer *Naturalobligation*: §. 220. 2 b.

40) Im Allgemeinen f. oben §. 220 Anm. 21; des näheren: *Soluti rentio*: l. 9 §. 4 l. 10 D. h. t. l. 19 pr. l. 40 D. cond. ind. 12. 6. Sicher ist hienach *indebiti condictio* ausgeschlossen: ob das Kind nun während der Gewalt, oder nachher zahlt (ll. cit. *Mandry* C. 504, 2); ob aber auch *sine causa condictio* des Vaters, wenn das Kind unbefugter Weise mit dessen Geld gezahlt hat und wegen eingetretener *Konsumtion* nicht mehr *vindizirt* werden kann? l. 14 D. r. cr. scheint diese *condictio* all-

machung aber Schranken, insoferne sonst der Zweck des St.'s vereitelt würde ⁴¹⁾. Mit dem (binnen der väterlichen Gewalt eintretenden) Tode des Hauskindes ging seine naturalis obligatio unter ⁴²⁾; mit der Befreiung aus väterlicher Gewalt hört so wenig sein Exceptionsrecht als seine naturalis obligatio auf; jenes hat er auch noch gegen die actio judicati (in der Executionsinstanz" ⁴³⁾; diese tritt von jetzt an in unbeschränkte Geltung. So weit er nunmehr dieser seiner naturalis obligatio

gemein zu versagen, l. 9 § 1 D. h. t. allgemein zu gewähren. Da die Zahlung sonst irrevokabel wird, wenn Gläubiger bona fide konsumirt hat, sucht man gewöhnlich durch Suppositio einer bona fides dort, einer mala fides hier zu helfen — trotz des „ex omni eventu“ in l. 9 §. 1; so namentlich Windscheid, indem er „ex omni eventu“ nur für „eventuell“ (wenn nicht vindiziert werden kann) erklärt (§. 373 Anm. 16). Andere, z. B. Puchta, emendiren (die condictio der l. 9 §. 1 in eine vindicatio); wieder Andere verzichten auf weitere Vereinigungsversuche (z. B. Schwanert S. 195 Anm. 18 u. meine l. Pand.ausfl. S. 391). Ueber all das s. Mandry, S. 509 Anm. 6. Mandry selbst hat eine neue Auskunft dahin aufgestellt, daß l. 14 nur indebiti, l. 9 §. 1 sine causa conductionem vor Augen habe; daß letztere ohne Unterscheidung der bona oder mala f. eintretenden Konsumtion platzgreift, wird aus der Besonderheit der Sachlage (weil der Vater für seinen Verlust sonst keine Hilfe hätte) erklärt (Mandry, S. 508. b. a. S. 510. β. bis S. 513). Indessen fällt es schwer, den Spruch des Marcellus in l. 14 auf indebiti condictio zu beschränken — wie sich unten §. 302 des näheren zeigen dürfte. — In der Frage, ob das Kind aus seinem peculium zahlen könne, möchten wir (trotz l. 14 cit.) eher Mandry folgen, der dies für den Fall der libera administratio bejaht (S. 50, 51), als Schwanert, der dies schlechthin verneint (unter Berufung auf l. 6 C. h. t.) S. 352; — Novation: l. 2 C. h. t. — Si . . . suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit — arg. l. 20 D. h. t. (wozu Anm. 45) l. 19 D. nov. 46, 2; — 3) Bürgschaft und Pfandrecht: arg. l. 9 pr. §. 3 D. h. t. — 4) Constitutum debiti: arg. l. 2 C. h. t. — vel alias agnovit debitum. — 5) Kompensation: vgl. Mandry S. 522.

41) Hieraus dürfte zu erklären sein, daß der ff insolange als er in patria p. ist, seine Darlehensschuld nicht schlechthin noviren, nämlich nicht an den Gläubiger selbst expromittiren kann: arg. l. 2 C. l. 20 D. h. t. cf. l. 19 D. nov. 46, 2. Durch Zahlung wird die Gefahr, welcher das St. vorbeugen will, beseitigt; soluti retentio gilt also (woferne nicht der Vater kondiktionsberechtigt ist — Anm. 38) gleichviel ob der ff durante p. pot. oder nachher zalt. Nicht dasselbe gilt von pignoris obligatio; sie kann der ff. denn auch erst nachdem er sui juris geworden wirksam vornehmen: arg. l. 9 pr. D. h. t. Für constitutum müssen wir dasselbe gelten lassen, was für Novation, während Kompensation der solutio gleichzustellen ist.

42) l. 18 D. h. t. — nicht als ob naturales oo. sich nicht vererben könnten, sondern weil der filiusf. keine Erben hatte.

43) l. 11 D. h. t.

spontan gerecht wird — durch Novation und Delegation, Pfandbestellung, Zahlung —, soweit jedenfalls verzichtet er eben hiemit auf sein Exceptionsrecht ⁴⁴); es fragt sich aber, ob er von jetzt an nicht darüber hinaus, ob er nicht abgesehen von seiner naturalis obligatio und deren freiwilliger Erfüllung, durch irgendwelche Willenserklärung, auf sein Benefizium verzichten könne? Gewiß muß er, was er nur als paterfamilias zu thun vermag, auch wissend, daß er es sei, thun ⁴⁵); anzunehmen aber ist, daß er bei diesem Bewußtsein das was er als Hauskind gethan, nunmehr ratihabiren und also nicht minder durch konkludente Fakta als durch direkte Willenserklärung auf sein Benefizium verzichten könne ⁴⁶). Anstatt des freigewordenen

44) 1. 9 pr. D. h. t. — usque ad pignoris quantitatem — ; weiteres über diese Einschränkung sofort in Anm. 46 a. G.

45) Auf pf. factus geht die ignorantia facti in 1. 20 D. h. t. Hierauf hat bereits Mandry als auf eine Möglichkeit verwiesen (S. 517 — anderweite Ansichten daselbst Anm. 8); Analogien dafür im Erbrecht, z. B. 1. 14 l. 15 D. qui test. 28, 1 (wiewohl die Bewußtlosigkeit hier — 1. 20 cit. — auf dem Boden des jus singulare — nicht Nichtigkeit mit sich führen kann, wie dort). Uebrigens ist die der Novationsstipulation in 1. 20 cit. entgegenstehende exceptio nach ihrer Fassung nicht exc. SC. Mac („nisi contra SC. factum sit“), sondern eine aus der Thatsache jenes Irrthums geschöpfte exceptio in factum („nisi ignorans se patremf. factum expromiserit“) (vgl. auch hiezu Mandry a. a. O.); ihrem letzten Grunde nach ist freilich auch sie eine exc. SC. Macedoniani; nur sollte der Richter auf jene Spezifizirung des si non contra SC. M. factum sit eingeschränkt werden

46) In 1. 7 § 16 D. h. t. cessat das SC. in Ansehung der ganzen Forderung, wiewohl nur pars debiti gezahlt ist; der ganzen Forderung: sonst würde nicht nebst dem, daß soluti retentio plagreiß (nec solutum repetere potest) noch vom Nichteintritt des SC. cessabit Sc.) die Rede sein; erstere geht auf den gezahlten Theil; letzterer auf den Ausschluß der exceptio gegen den Forderungsrest (S. dagegen Windscheid § 373 Anm. 17 b — „davon zu verstehen, daß das Et eben für das Gezahlte wegfallen“); hiefür auch der Anschluß an § 15, wo auch von einer Theilzahlung (solvere coeperit) und dem Wegfall des Et's überhaupt die Rede ist. Dieser totale Wegfall läßt sich nur daraus erklären, daß der zum pf. gewordene Sohn in Theilzahlung den Verzicht auf die ganze Forderung ausgesprochen, oder das Darlehen genehmiget hat. Kann er dies durch ein konkludentes Faktum thun, so muß er es auch durch bloße Willenserklärung können. Die 1. 2 C. h. t. läßt ihn durch Novation „oder sonstwie agnosciren“; diese Worte auf irgendwelche Anerkennungswesen einzuschränken (Mandry S. 493), scheint uns nach vorigem nicht zulässig. Auch ist der Wille, mit dem jetzt ratihabirt wird und der mit welchem das Darlehen aufgenommen worden ist, ein ganz anderer; dieser war der des Hauskindes und vom Et betroffen; jener ist der eines Hausvaters, steht außer dem Bereiche des Et., und dürfte in die Macht desjenigen Hausvaters succe-

Hauskinder können auch dessen Kuratoren zahlen; allein wenn damit das St. außer Kraft gesetzt werden soll, müssen sie den Sachverhalt kennen ⁴⁷⁾.

Bei uns ist das SC. Mac. nie recht heimlich geworden ⁴⁸⁾; vielleicht wäre es niemals aufgekommen, wenn die Emanzipationen in Rom so regelmäßig und in so jungen Jahren des Kindes stattgefunden hätten wie bei uns. Dann würde es aber auch nicht zu jenen Rechtsentwicklungen im Begriffe des Darlehens, der *naturalis obligatio* u. a. m. gekommen sein, die aus Anlaß gerade dieses Senatusconsultes sich ergaben.

dirt sein, unter dessen Herrschaft das ehemalige Hauskind das Darlehen aufnahm, und von dem wir gewiß wissen, daß er *ratihabiren* konnte (Anm. 4. — S. dagegen Mandry S. 492). — Wenn nun aber in der Theilzahlung durch das freigewordene Kind eine Genehmigung der ganzen Forderung liegt: warum in der Verpfändung (l. 9 pr. cit. — Anm. 42, nicht dasselbe? Vielleicht meint Ulpian: Wer eine Zahlung als Theilzahlung leistet, bekennt sich hiemit zum Ganzen; wer ein Pfand gibt, will nicht mehr als dieses (nur dieses, nicht sich haftbar machen); die *denegatio exceptionis* würde sich dann nur auf die *hypothecaria*, nicht auch die in *personam actio* zu beziehen haben (s. dagegen Mandry S. 395).

47) d. h. wissen, daß diese Schuld von ihrem Mündel (nicht etwa von seinem Vater) und aus der Zeit seiner Hauskindschaft (nicht aus der seiner Freiheit) u. dgl. m. herrührt. So zu verstehen l. 8 D. h. t.: *Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet* (anders Mandry S. 504 und die von ihm ebend. Anm. 3 Ngff.). Allerdings kommt, wenn das Hauskind selbst zahlt, auf dessen Irrthum oder Nichtirrhum nichts an (l. 14 in f. D. r. er. 12, 1. Mandry S. 503); allein was vom Prinzipal, gilt nicht auch von seinem Vertreter; hier kommt es zu einer dort unmöglichen Nachfrage. Gehört es in die *administrandi potestas* der Vormünder, Schulden die nicht eingeklagt werden können, zu zahlen? Würde diese Frage im allgemeinen bejaht — bleibt ja doch dem Mündel der Regreß, wenn der Vormünder die Zahlung nicht aus guten Gründen rechtfertigen kann — so mußte man doch für die gedachten Irrthumsfälle einen Vorbehalt machen; hier konnte man einerseits dem Mündel keinen Regreß geben, anderseits ihn doch auch nicht im Schaden lassen; darum *repetitio* (für den Mündel, mit dessen Geld gezahlt ist, nicht für den Kurator, wie Mandry zu meinen scheint).

48) S. Stryck, *usus mod. Pand. ad h. t. § 1.* Kreittmayer, Anm. über den *Cod. Max. Bav. civ. P. IV. cap. 2 §§. III. IV. Nr. 9.* Nicht aufgenommen ist es im allg. bürgerl. österr. Gb., in dem des Kantons Zürich, im *Code civil.*

§. 298.

Pecunia trajecticia — foenus nauticum.

D. de nautico foenore 22, 2. C. eod. 4, 33.

Geld, welches Schiffern oder Händlern ¹⁾ zu dem Ende dargeliehen wird, daß es über See gehe, heißt pecunia trajecticia ²⁾; für den Fall, daß es mit Zins oder Kapitalszuschlag zurückerstattet werden soll, foenus nauticum ³⁾. Ein solches Geld mochte selbst dann, wenn es der juristischen Regel gemäß rechtlich auf Gefahr des Schuldners stand (§. 286) ⁴⁾, oft genug dem Gläubiger zu Grunde gegangen sein ⁵⁾; so erklärt sich wenigstens, weshalb gerade bei diesem Falle von Darlehen der Kreditgeber die Gefahr auch rechtlich auf sich nahm, und das Recht es zuließ, wenn er das Risiko durch eine Gewinnchance ⁶⁾ ausglich. Auf den Fall der glückenden Ueberfahrt hin sollte er sich für die Dauer der Gefahr Zinse oder Kapitalszuschlag in ursprünglich beliebiger Höhe stipuliren oder ausbedingen können ⁷⁾. Daneben blieb es dem Kreditgeber unbenommen,

1) vgl. die naucleri u. negotiatores in Nov. 106.

2) l. 1 D. h. t. Trajecticia pecunia est quae trans mare vehitur — wornach freilich alles Geld das man mit über See nimmt, trajectizisch ist; allein der Mühe werth, das hervorzuheben, findet man nur bei kreditirtem Geld.

3) In dem „foenus“ ist zuweilen das Kapital mitinbegriffen, ja Kapital zunächst, und daß es ein gewinnbringendes (wucherndes) ist, dazu gedacht: l. 3 C. — nauticum foenus . . dedisse Zuweilen steht es = usura 3. B. l. 4 pr. D. h. t. Vgl. hiezu Glück, Komm. Bd. 21 S. 151 Abf. 1 gegen S. 150 zu Anm. 60. Matthiaß, d. foenus n. u. b. gesch. Entw. der Bodmerei 1881. S. 33.

4) was auch durch die lex Rhodia nicht ausgeschlossen war (Glück a. a. O. S. 168) —

5) denn oft genug wird der Schuldner omnia secum dem Sturme ausgesetzt haben —

6) „periculi pretium“ — l. 5 D. h. t.

7) Paul. R. s. II. 14 §. 3 Trajecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest — l. 1 l. 2 l. 4 pr. D. h. t. Dafür daß anstatt der Zinse auch ein Kapitalszuschlag gewissermaßen ein Ubersum anstatt der Zinse verabredet werden konnte, spricht das Achtel, welches nach der Nov. 106 praef. nicht nach Maßgabe der Zeit (non in tempus aliquod certum numerandum), sondern wahlweise anstatt der seit l. 26 C. usur. 4, 32 gestatteten (seit Nov. 106 theilweise in Getreide stipulirbaren) 12% Zinse (usurarum nomine) als Maximalsumme sollte bedungen werden können. S. auch die agenda obligatio in l. 5 §. 1 D. h. t. Zhering's Neuerung s. unten Anm. 36.

sein Risiko nach Ort und Zeit einzuschränken⁸⁾, indem er eine bestimmte Linie und eine bestimmte Frist festsetzte, in welcher das Schiff auslaufen und ankommen sollte⁹⁾.

Ein mit solcher Verabredung hingegebenes Geld mag wohl noch *mutuum* genannt werden¹⁰⁾, weicht aber vom gemeinen Darlehen immerhin so beträchtlich ab, daß der Zweifel, ob in Wahrheit noch *mutuum* im Sinne des so genannten römischen Realcontractes vorliege, wohl begründet ist. Zwar insolange als die Seereise noch nicht angetreten ist, richtet es sich nach dem gemeinen Darlehen¹¹⁾; von dem Tage dagegen, da das Schiff verabredungsgemäß (Num. 8. 9) unterwegs ist, ist nicht nur die Gefahr beim Gläubiger, sondern auch eine eigenthümliche Bedingtheit vorhanden. Ohne daß man sagen kann, daß das Darlehen selbst bedingt gegeben sei, ist von jetzt an doch die Forderung eine bedingte, und so lange in Schweben, bis das

8) Ueber den Zusammenhang der Zeit mit der Gefahr der Schifffahrt s. die bei Glück § 176 Num. 21 gedruckte Stelle des Vegetius de re milit. V. 9.

9) so daß der Kreditgeber Kapital sammt Zuthat fordern konnte, wenn das Unglück zwar binnen der bestimmten Zeit, aber *loco navigii non servato* (arg. l. 3 C. h. t.) — wie wenn es auf der rechten Linie, aber nach der bestimmten Zeit eintrat: arg. l. 3 l. 4 pr. l. 6 D. h. t. Wenn in l. 6 cit. ausgemacht wird, daß der Kreditgeber nur dann fordern könne, *si salva navis intra statuta tempora pervenerit*, so kann damit (trotzdem Glück §. 189 diese Worte ohne Anmerkung wiedergibt) unmöglich gemeint sein, daß die Ankunft des Schiffes überall mit zur *conditio existens* gehöre, oder daß die Forderung nicht plaggreife, wenn das Schiff zu spät komme; wird doch am Schluß der Stelle der Fall da das Schiff *post diem* zu Grunde geht, für sich allein als ausreichend zur Forderung hingestellt. Ebensovienig kann in l. 4 pr. cit. mit den Worten *post diem praestitutum et condicionem impletam* ein Mehreres, als daß der Unfall *post diem* eintrete, verlangt sein; entweder ist alternativ (*et = vel*) ein anderes (*si navis pervenerit*), oder es ist appositivisch dasselbe (das *post diem* als Bedingung) gemeint. Ueber diese letztere Stelle s. unten Num. 19; jene Worte der l. 6 cit. müssen mit dem Nachdruck auf *pervenit (non perit)* gelesen werden: damit kommt alles in Ordnung.

10. l. 6 D. h. t. . . *usuris maritimis mutuum dando* . . l. 4 C. h. t. *Trajecticiae* . . *pecuniae quae periculo creditoris mutuo datur* l. 122 §. 1 D. v. o. 45. 1

11) ist es noch nicht trajettivisch (l. 1 D. h. t.), feiner *marina tempestas*, keinem *infortunium naufragii* ausgesetzt (l. 3 l. 4 C. h. t.), auf *usurae communes* beschränkt (l. 1 C. h. t. Fhering, das *foenus nauticum* Jahrb. Bd. 19 S. 4. 2), und auf Gefahr des Schuldners (arg. l. 1. — *Sed videndum etc.*), kann es, wenn die Möglichkeit oder die bestimmte Zeit zur Fahrt vergeblich vorbei ist, auch eingelagert werden. —

Schiff an seinem Bestimmungsorte ¹²⁾, und, wenn eine gewisse Frist für die Fahrt (Gefahrübernahme) gesetzt worden, nicht binnen dieser angelangt ist ¹³⁾. Weiterhin nun aber ist die mit dem Eintritt der Bedingung vorhandene Forderung von der Art wie sie durch die gemeine und namentlich auch durch eine in der gemeinen Weise bedingte (§. 296 Anm. 21) *mutui datio* nicht erzeugt werden konnte. Denn auch ohne *Stipulation*, durch bloße *datio* und *conventio*, kann *foenus nauticum* kontrahirt werden ¹⁴⁾. Von den *Innominatrealkontrakten* aber ist dieses nicht minder verschieden: dadurch, daß es noch immer *credita pecunia*, nicht erst *praescriptis verbis* verfolgbar, also wohl eine eigene Spezies von Kreditgeschäften ist ¹⁵⁾.

Diese Eigenthümlichkeit der *trajecticia pecunia* greift nicht ohne dahin gehendes Bedinge platz ¹⁶⁾. Auf eine längere Zeit als auf die der Fahrt kann das Zinsprivileg oder die Kapitalmehrung auch durch Beding nicht erstreckt werden ¹⁷⁾; mit der Zeit der Gefahr ist auch das Recht auf die außerordentliche Gewinnchance vorüber; sollte das Kapital darüber hinaus beim Schuldner zu bleiben bestimmt sein ¹⁸⁾, so können von

12) l. 4 C. h. t. — *antequam ad destinatum locum navis perveniat* — cf. l. 12, 2 §. 1 cit.

13) l. 6 D. h. t. — *cum traj. p. ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non existente conditione defecisse videtur* Vgl. oben Anm. 9.

14) l. 5 §. 11 7 cf. l. 4 §. 1 D. h. t. Vgl. §. 296 zu Anm. 20 u. 21. Glück erblickt den Grund dieser Erscheinung in der Gefahrübernahme (S. 156 & 167), Jhering in der Besonderheit der *usurae maritimae* (S. 20), am richtigsten wohl Matthiass im griechischen, den Zinspakt wie die Zins freigebenden Rechte (a. a. O. S. 34. S. 28).

15) Auf eine eigene *trajecticiae pecuniae petitio* deutet l. 6 cit. „*petitio ejus*“; ein Nothbehelf ist die von Glück behauptete *condictio legis* S. 200. Savigny (Ehrt. VI. S. 131 m.) vermuthet einen *Innominatkontrakt*. S. hinwider Kleinschmidt, *foenus n.* S. 45 fg. Matthiass, S. 11 vgl. S. 5 & 7 u. §. 8.

16) l. 4 in f. cf. l. 1 l. 2 C. l. 1 l. 4 pr. D. h. t.

17) Paul. R. S. l. cit. — *quamdiu navigat navis. infinitas usuras recipere potest.* l. 1 C. h. t. — *tamdiu liberam esse (t. p.) ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum adpulerit, manifestum est.*

18) vgl. die *stipulatio foenoris post diem periculi separatim interposita* in l. 4 §. 1 D. h. t. — im Gegenhalt zu den Fällen, wo das Kapital nach der Ankunft des Schiffes heimfällig werden sollte: z. B. l. 2 l. 3 C. h. t., sowie zu den *Poenalstipulationen*, welche für den Fall der verspäteten Heimzahlung bedungen wurden: l. 8 l. 9 D. h. t. Darüber wie diese Bußen

nun an mehr als die gemeinhin erlaubten Zinse nicht laufen¹⁹⁾. Nach dem typischen Vorkommen der „*trajecticia pecunia*“ zu schließen wird der Ankauf von Waaren im überseeischen Hafen (Rückfracht und Import) der gewöhnliche Zweck dieser Kreditnahme gewesen sein²⁰⁾; allein möglicherweise handelte es sich doch auch um Ankauf von Waaren zum Export²¹⁾ und diesfalls konnte das Risiko des Gläubigers vom Geld auf die Waaren übertragen werden; das Geld ward dann „*trajektizisch*“, trotzdem es noch am Ort der Aufnahme konsumirt wurde (l. 1 D. h. t.). Darf man annehmen, daß auch das auf den Bau oder die Ausrüstung des Schiffes gegebene Geld *trajektizisch* gemacht werden konnte, so fehlt es beim römischen *foenus nauticum* an keinem der Anlässe zum „*Bodmereikontrakt*“²²⁾; auch Pfandbestellung, namentlich an der Ladung, ist dem römischen Institute nicht fremd²³⁾; allein in diesem besteht das Pfand nicht

mit dem Geleitsflaven (l. 4 §. 1 D. h. t. l. 23 D. o. e. a. 44, 7 l. 122 §. 1 D. v. o. 45, 1) in Verbindung gebracht, ein Ersatz für Entgang seiner *operae* (u. G. nicht zu „*Spefen*“), zum Betrag der *poena*, und zu einer *Superdividende* über die *legitimae usurae* wurden, s. *Jhering* S. 8 u. 10 fg.

19) Nur indem wir ein über die Zeit der Gefahr hinaus bei dem Schuldner bleibendes Geld voraussetzen, erklärt sich das *et condicionem impletam* und das *discusso periculo* in der von der Glosse und so viel wir sehen auch von den Unsrigen vernachlässigten l. 4 pr. D. h. t. Das *periculum creditoris* hat zweierlei Endpunkte: den etwaigen dies *praestitutus* und (wenn kein dies *praest.* ist) die Ankunft des Schiffes; mit dem einen oder anderen ist *periculum discusso* und dann *majus legitima usura foenus* von nun an nicht mehr schuldig werden. Selbst *Jhering*, der die Kombination von See- und gemeinem Darlehen nachdrücklichst verfolgt S. 4, 2 S. 17, benützt l. 4 pr. nicht. während l. 4 §. 1 eod. durch ihn vollständig klar wird (vgl. oben Num. 18).

20) Entgegen dem *Terminus traj p* und seiner Definition in l. 1 D. h. t., entgegen auch dem was er S. 7 selbst ausführt („*Baars Geld . . . nöthig mit auf die Seereise zu nehmen* u. c.), fällt es auf, wenn *Jhering a. a. O.* S. 6 sagt: „daß der Schiffer das Darlehen nicht mit zur See nahm, um am Bestimmungshafen Waaren anzukaufen, wie man aus dem Namen *pec. traj.* folgern könnte, halte ich für ausgemacht“. Auch war der Schiffer allerdings „ein armer (wo nicht todter) Mann“, wenn das Schiff sammt Geld unterging; allein daß er Schiff und Darlehen verlor, war gerade beim Seedarlehen nicht der Fall. Vgl. *Matthias* S. 14 I.

21) um Export und Import in l. 122 §. 1 D. v. o. 45, 1. *Matthias* S. 15 II.

22) vgl. *Beseler*, d. *Privat* §. 256.

23) l. 6 D. h. t. l. 122 §. 1 D. v. o. cit. weitergehend. *Matthias* S. 18 III.

ohne die persönliche Forderung; in der deutschen Verbodnung haben wir eine rei ohne personae obligatio.

Bei der Uebersetzung der trajecticia pecunia auf Waaren und Schiff ist das römische Recht nicht stehen geblieben; nicht bloß mit trajektizischem Gelde und was diesem gleich steht (Anm. 21) sollte man sich in Wag und Gefahr ergehen, nicht bloß der See sollte das Kapital gegen freien Zins preisgegeben werden dürfen²⁴⁾: zu jedwedem Zwecke — die turpis causa stillschweigend, das Hazardspiel ausdrücklich ausgenommen — soll Geld mit der Bestimmung kreditirt werden können, daß je nach der Erreichung oder Nichterreichung des Zweckes nichts oder mehr als das Gegebene zurückgefordert werden kann²⁵⁾. So mag vor allem in den Fällen des ob causam datum (wo sonst causa non secuta einfache condictio (repetitio) platzgreift)²⁶⁾, verabredet werden, daß causa secuta zwar wie sonst nichts, hingegen causa non secuta das Gegebene und darüber zurückzuerstatten sei²⁷⁾; daß dermaßen der Zweck (die causa, condicio) zur Strafe des Empfängers auswachsen kann, thut nichts zur Sache²⁸⁾. Aber auch da wo der Zweck zu dem kreditirt wird, auf Seite des Empfängers liegt, indem dieser auf einen Erwerb ausgeht, zu dem er fremden Geldes bedarf²⁹⁾, soll nach dem Vorbilde des foenus nauticum gewonnen und verloren werden können³⁰⁾: nur daß hier im Gegen-

24) l. 5 pr. §. 1 D. h. t.

25) l. 5 pr. D. h. t. — si modo in aleae speciem non cadat . . . recepturus quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam.

26) l. 5 pr. cit. — veluti ea ex quibus conditiones (nicht conditiones wie Manche lesen zu müssen glaubten — Glück, Komm. Bd. 21 S. 155).

27) Die causa ob quam heißt hier (l. 5 pr. cit.) conditio, u. G. nicht im technischen Sinne, sondern in dem weiteren, wornach es für modus steht. Wird dieser modus, der Zweck, allenfalls die Voraussetzung, erfüllt, dann bleibt das Gegebene beim Empfänger, ist die Gefahr für ihn vorüber; wird nicht erfüllt („conditione non existente . . . ut si non manumittas, si non illud facias, si non convaluero et cetera“), dann ist der Geber recepturus quod dederit et insuper aliquid propter pecuniam.

28) l. cit. — conditione quamvis poenali non existente recepturus. Diese Gruppe von Fällen verfaunt, z. B. Matthiass §. 4.

29) l. cit. — Si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim . . . et athletae unde se exhiberet exerceretque — dazu die Beleuchtung aus den Allen bei Glück a. a. D. S. 165 fg.

30) l. cit. „nec dubitabis“ etc.

sätze zu den vorigen Fällen *conditione existente* gewonnen, *non existente* verloren wird ³¹). Der Kreditgeber steht hier in einer Quasifozietät mit dem Schuldner, indem er an dessen Gewinn und Mißgeschick theilnimmt; dort steht er zu demselben auf dem Fuße des *do ut facias*, aber mit einer Strafandrohung für den Fall *si non facias* ³²).

Gewinn oder Verlust des Gläubigers sind in diesen Fällen des *j. g. foenus quasi nauticum* an und für sich unabhängig von dem Schicksal, welches das Geld selbst oder an sich hat; nur ob der Empfänger thut, was er thun soll, den Erwerb macht, zu dem er unterstützt wird, steht als die Bedingung für Verlust oder Gewinn des Gebers da; ob das Geld beim Empfänger verloren geht oder nicht, wird in *l. 5 pr. cit.* nicht in Betracht gezogen, während bei dem richtigen *foenus nauticum* der Verlust des Gläubigers ohne den Untergang des Geldes oder der das Geld vertretenden Ladung oder Barke nicht denkbar — die Gefahr des Geldes die des Gläubigers ist. Eben hiemit aber ist dem Prinzipie des *foenus nauticum*, daß das besondere Risiko auf eine besondere Gefahr beschränkt sei (*Ann. 17—19*), auch beim *foenus quasi nauticum* Rechnung getragen; die Tragung der gemeinen Gefahr des Geldes kann auch hier den Gläubiger nur nach den gemeinen Grundsätzen (auf Grund ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedings, *mora acc.*) treffen ³³).

31) *l. cit.* — *ut si cepisset, redderet* — *ut si vicisset redderet.*

32) Bei dieser Erklärung der von *Corn. van Eck* unter die *septem damnatas II Pandd.* oder die *crucis Icc.* gerechneten *l. 5 pr. cit.* geht der *Florentinertext* gegen die mannigfaltigen Varianten und Emendationen, mit denen sie heimgesucht worden ist (*Wülf S. 154—156*), siegreich hervor; nur daß *non vor manumittas* muß er sich nach seinem eigenen Nachgang (*si non facias, si non convalvero*), dann nach den *Basiliken* und *Mommsen* gefallen lassen.

33) Bei der Kreditirung auf den *captus piscium*. Sieg des Athleten, ist das Risiko auf die Unsicherheit des Fischfangs, des Kampfes gestellt. Tritt die Bedingung des Fanges, Sieges nicht in Gemäßheit dieser Unsicherheit, sondern weil das kreditirte Geld auf jenen Zweck gar nicht verwendet wurde, kasuell zu Grunde gina oder *fulpos* anderweitig konsumirt wurde, nicht ein, so kann Gläubiger keinesfalls insofge seines Waagnisses verloren, er kann nicht verspielt, er kann nur insofge der Uebernahme auch dieser gemeinen Gefahr (des *rei periculum*) und durch Verzicht auf Prästation der *culpa* das Recht, nicht auf *foenus*, aber auf *tantundem*, verloren haben. Daß nun der Kreditgeber hier das *rei periculum* mit übernommen habe, dürfte im Zweifel ebenso sehr zu vermuthen sein, als daß er auf Prästation von *culpa* nicht verzichtet habe. In der

Foenus nauticum und quasi nauticum sind aleatorisch, nicht affekuratorisch³⁴). Dies steht nicht im Widerspruche damit, daß das foenus quasi nauticum nicht in aleae speciem übergehen darf; denn ein gewagtes Geschäft und das Würfel- oder Hazardspiel selbst sind nicht einerlei³⁵).

Die Beschränkungen, welche das foenus nauticum, (umso mehr das quasi nauticum) in Ansehung der Zinse und Kapi-

anderen Gruppe von Fällen des foenus quasi nauticum ist von dem periculum debitoris auszugehen. Besteht dieses in „Vehrung der Obligation“ und dient diese zur Strafe desselben für sein „Nichtthun“ (Ann. 28), so muß der Fall, da er nur wegen kasuellen Unterganges des empfangenen Geldes nicht zu seiner Leistung kam, von der Verwirkung der Strafe, und damit von dem Eintritt der Bedingung si non feceris ausgenommen: — das si non feceris muß gleich dem si per te non steterit quominus faceres verstanden werden; wogegen kein Grund zu seiner Befreiung vorliegt, wenn er sich kulpos um die Vergeltung für das facere gebracht und dieses darnach unterlassen hat. Eine Probe dafür, daß in diesen letzteren Fällen der Kreditgeber das periculum rei stets mitübernimmt, liegt in dem periculi pretium est am Eingange der l. 5 pr. cit. Dieses periculum kann nur das rei periculum sein; darin daß Gläubiger nichts zu fordern hat, wenn der Zweck zu dem er gegeben, erreicht ist, kann das periculum nicht liegen; wohl darin, daß der Zweck nicht erreicht wird, und gleichwol nichts zurückzufordern ist. Die Kommentatoren verfolgen diese Frage nicht (s. z. B. Glück §. 1140), im Allgemeinen Matthiaß §. 4. 1. und S. 27 zu Ann. 1.

34) s. dagegen Windscheid §. 372 Ann. 9: „das foenus n. nur eine Form des Versicherungsvertrages“ — und Thering, der den Kapitalisten, welcher in Seedarlehen machte, als den „Assekurateur der alten Welt“ bezeichnet haben will (S. 6); hinwider Beseler a. a. D. Ann. 3. Matthiaß S. 27. Bei der Assekuranz bekommt der Versicherte, wenn der Unfall eintritt, beim foenus n., wenn er nicht eintritt. Auch mag man wohl alle Assekuranzgeschäfte aleatorisch, nicht umgekehrt alle aleatorische Geschäfte affekuratorische nennen. Vgl. unten Ann. 36.

35) Bei letzterem ist das Risiko Selbstzweck, die Handlung der Parteien nur auf Provokation und Organisation des Zufalls gerichtet; bei ersterem das Risiko sekundär, irgend ein wirtschaftliches Bedürfnis primär. Vgl. Windscheid §. 372 Ann. 8 „es muß wenigstens von der einen Partei ein anderes Interesse verfolgt werden, als das des bloßen Gewinnes“. Unter aleae species kann also nicht das Genus aleatorische Geschäfte, die alea selbst mitinbegriffen, sondern nur „die Spezies des Hazardspieles“ gemeint sein. Gibt Jemand ein Darlehen nach Art des foenus nauticum, so steht das Bedürfnis des Empfängers im Vordergrunde des Geschäftes, das Wagnis des Gläubigers ist Zuthat. Gäbe Jemand ein Darlehen mit der Bestimmung, daß es mit Zuschlag heimgegeben werden solle, wenn morgen schön Wetter wird, sonst nicht, dann ist unter der Form eines Darlehens lediglich gespielt, nichts als Risiko da, das Geschäft unter diejenige Spezies von Geschäften zu subsumiren, welche man Hazardspiel nennt.

talsmehrung durch I. 26 §. 1 C. usur. 4, 32 Justinian., vorübergehend durch Nov. 106 cf. Nov. 110, erfahren haben, sind schon in der früheren gemeinrechtlichen Praxis nicht beachtet³⁶⁾. und durch das Reichsgesetz vom 14. Nov. 1867 positiv beseitiget worden³⁷⁾.

36) Das ablehnende Verhalten der Praxis gegen das Zinsmarimum von 12% in I. 26 C. cit. würde nun nachträglich durch die Theorie gerechtfertiget sein, wenn die I. 26 §. 1 cit. so wie jetzt Ihering a. a. O. S. 18. 3 will gar nicht die Seezinse, sondern nur die beim foenus nauticum den Seezinsen möglicherweise vorausgehenden und nachfolgenden Landzinse (s. oben Ann. 11. 18. 19) betroffen hätte. Indessen ist es 1) unmöglich von den *trajecticiis contractibus* der I. 26 §. 1 cit. gerade die trajektischen (marinen) Zinse durch das Verbot nicht betroffen zu denken; daß die marinen Zinse zu den „*usurae*“ gehören, und also wohl auch unter dem Titel *de usuris* und nebst den *communes usurae* mitbehandelt werden konnten, zeigt der Sprachgebrauch (z. B. Paul. R. S. II. 14, 3 l. 4 pr. l. 6 pr. l. 7 D. l. 1 l. 2 C. h. t.); I. 26 §. 1 cit. war eine *generalis sanctio* und auf jedwede Gattung von Zinskontrakten gerichtet; darum, nicht als ob foenus nauticum dem neuen Zinsgesetz nicht unterworfen gewesen sei, steht I. 26 §. 1 cit. in dem Titel *de usuris*, nicht in dem *de nautico foenore*; — 2) I. 1 C. h. t. Diocl. et M. spricht die *traj. pecunia, quae periculo creditoris datur*, von den Schranken der *communes usurae*, buchstäblich nicht von allen Zinsschranken frei; die Kompilatoren begingen also schlechterdings keine Gedankenlosigkeit, wenn sie I. 1 C. h. t. trotz der I. 26 §. 1 cit. in die Sammlung mit aufnahmen; — 3) 12% sind allerdings kein großes *periculi pretium*, wenn nur das eine oder andere Mal um diesen Preis kreditirt wird; aber wenn „der Kapitalist, welcher in Seedarlehen machte, der Affekuradeur der alten Welt war“ (Ann. 34), so hat er Niemanden als sich selbst versichert — gegen den Untergang in Einem von vielleicht 99 Fällen, indem er den Ausfall in dem Einen Male durch die Superdividende in den 99 Fällen deckte; — 4) die Nov. 106 war für die Interpretation der I. 26 §. 1 nicht „ohne Interesse;“ sie zeigt, daß man gewohnheitsmäßig, also ganz abgesehen von dem *jus novum* Justinians, auch beim foenus nauticum nicht außer Rand und Band ging, sondern ein gewisses, von den *centesimae* sich nicht weit entfernendes Maß und Ziel einhielt; — 5) wenn I. 26 §. 1 cit. nur die Landzinse beim foenus n. traf: warum sie — da doch ihrthalben den Gläubiger keine Gefahr traf — auf 12% erhöht? Einen unbedingten Anhänger hat Ihering gleichwol sofort an Matthiaß S. 29 gefunden.

37) nicht vom Gesichtspunkt der Versicherungen (Windsch. §. 372 Ann. 9), sondern von der Erwägung aus, daß man den Gewinn nach Größe der Gefahr bemessen lassen müsse, (Glück a. a. O. S. 201 oben. Zu cap. 19 X, 5, 19 (wo zweifelsohne *usurarius non est censendus* zu lesen) vgl. Neumann, Gesch. d. Wuchers S. 17 fgg. Junk, Gesch. d. kirchl. Zinsverbotes, Lüb. 1876.

Innominatrealcontractliche Schulden.

D. de praescriptis verbis et in factum actione 19, 5. D. de aestimatoria 19, 3 de rerum permutatione 19, 4. C. de permutatione 4, 64.

§. 299.

Von den Innominatrealcontracten (§. 248 S. 135, S. 238) können diejenigen, welche nach dem Schema *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* verlaufen¹⁾, hiernach auf eine Gegenleistung gehen, und also von tauschartiger Natur sind²⁾, sofortige Schulden erzeugen; bei denjenigen, welche dem *do ut des*, oder dem *facio ut des* entsprechen, ist dies nothwendig der Fall; denn hier ist der Empfänger, von einem etwaigen dies abgesehen, auf die Gegenleistung sofort mit der Perfektion des Contractes belangbar, und diese Gegenleistung (dare) erfolgt überall aus seinem Vermögen. Sie ist unmittelbarer Gegenstand der Schuld; muß aber wegen Nichterfüllung geklagt werden³⁾, dann steht das Interesse des Klägers an Stelle der Gegenleistung⁴⁾.

Von dieser infolge Nichterfüllung blos veränderten, ihren Anspruch dagegen aus dem Contracte, nämlich aus der *re basirten* Uebereinkunft der Parteien herleitenden Schuld verschieden ist jene andere, welche aus der Nichterfüllung erst entspringt, und Zurückerstattung des Empfangenen zum Inhalte hat; sie wird *condictione* (*causa data causa non secuta*) verfolgt (§. 303), während auf die Gegenleistung oder wegen Nicht-

1) l. 5 pr. D. h. t. 19. 5.

2) bald der Tausch selbst (l. 5 §. 1 D. h. t. 19, 5), bald der *emptio venditio* verwandt (l. 1 pr. D. h. t. 19, 3), welcher die *permutatio* selbst *vicina* ist (l. 2 D. h. t. 19, 4), oder *quasi genus locati conducti* (l. 1 §. 9 D. dep. 16, 3 cf. l. 5 §. 2 l. 22 l. 15 D. h. t. 19, 5) die doch auch auf Umtausch beruht.

3) Wir im heutigen Rechte halten überall eine Klage auf Erfüllung für wenigstens möglich; die römische *actio* geht, von der Klausel der *arbitrarie actiones* und denjenigen, welche eine Restitution ausdrücklich offen lassen (*nisi restituat*) abgesehen, formell schlechthin auf *condemnation*, mithin auf eine Geld-, meistens Interesseprästation, und ist nur indirekt, insofern als alle *actiones absolutoriae* geworden (S. 228. 4) sind, zunächst Klage auf Erfüllung.

4) l. 5 §. 1 D. h. t. 19, 5 — *in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea, illud de quo convenit, accipere* — cf. l. 1 §. 4 D. h. t. 19, 4.

leistung in electiver Konkurrenz praescriptis verbis (in factum civilis incerti) actione geklagt wird⁵⁾. Ob hier praescriptis v. a. geklagt werden muß, nicht auch diese Schuld gleich allen anderen condictione verfolgt werden kann⁶⁾, muß man fragen⁷⁾, schließlich aber doch bejahen⁸⁾.

In Betreff des Risikos gilt, wenn anders der Kontrakt auf dem einfachen do oder facio ut des bewendet, nichts besonders⁹⁾; der Schuldner praestirt dann nur culpam¹⁰⁾, und zwar omnem¹¹⁾. Wo der Innominatkontrakt zwar noch auf Gegenleistung geht, aber kein bloßer Tauschkontrakt ist, vielmehr der emptio venditio, locatio c. societas, mandatum sich annähert, oder wo er nur mehr auf Rückgabe des Empfangenen geht und also den genannten Realkontrakten gleicht, normirt sich auch casus und culpa periculum nach diesen Vorbildern; da pflegen denn aber auch keine sofortigen Schulden da zu sein (§. 294).

5) Wenn in l. 1 §. 4 D. h. t. 19, 4 nur condictioni locus est (quasi non secuta), so beruht dies wohl darauf, daß der hier in Frage kommende Tausch durch bloßen Konsens geschlossen (cf. §. 2 eod.), die Tradition von der einen Seite erst nachgefolgt ist. — Das „in factum“ geht nicht auf die intentio, sondern nur auf den in den praescriptis verbis „demonstrirten“ Thatbestand (l. 6 C. transcr. 2, 4 — p. v. rem gestam demonstrat — Savigny, Eynfl. Bd. 5 S. 96—100. — Den Gegensatz der sofort mit dem Kontrakte (re, numeratione) zu der erst causa non secuta entspringenden Obligation s. z. B. l. 19 pr. D. r. cr. 12. 1 l. 18 §. 1 l. 18 §. 1 D. don. 39, 5. — Daß die Konkurrenz von conditio c. d. c. n. s. mit p. v. actio auch heute noch zu Recht bestehe, s. §. 303 Anm. 14.

6) §. 227 Anm. 2, 3.

7) Eine konkrete Entscheidung fehlt; und warum Ausstellung dieser praeser. v. a., wenn conditio zustund?

8) Daß aus Innominatrealkontrakten überhaupt Obligationen (auf das Versprochene) entspringen, ist nicht ursprüngliches Recht, mußte erst eingeführt, und in Gestalt der Frage, ob eine Klage zustehet, ausgetragen werden. Die hier möglichen Obligationen waren aber nicht überall Schulden, sondern wenn in faciendo auch bloße Verbindlichkeiten und Haftungen, die ihnen zu Grunde liegenden Kontrakte bonae fidei negotia (§. 28 I. act. 4, 6); so kam man zur Ausstellung einer auf alle Fälle passenden bonae fidei actio — womit nun aber die Klagbarkeit überhaupt ausgesprochen und die Zuständigkeit auch einer stricti juris actio (conditio) in Schuldfällen u. G. nicht ausgeschlossen war (§. 227 Anm. 2).

9) l. 5 §. 1 D. h. t. 19, 5 — si scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit. —

10) l. 5 §. 1 cit. — ac tu duntaxat culpam praestare debes. Eine solche ist auch bei der Klage in l. 17 §. 2 eod. vorausgesetzt.

11) vgl. §. 266 Anm. 10.

B. Quasikontraktliche Realſchulden.

Die Zurückforderungen

(conditiones sine causa).

§. 300.

Obligationen, kraft deren man aus ſeinem Vermögen herausgeben muß, was entweder niemals in daſſelbe hätte kommen, oder von einem gewiſſen Momente an, auch ohne Mahnung, nicht länger in demſelben hätte verbleiben ſollen, heißen Zurückforderungen (repetitiones)¹⁾, nach ihrem allgemeineren Weſen als Schuldforderungen conditiones²⁾, nach den Gründen um derenwillen das Zurückzugebende niemals hätte empfangen, oder nicht länger hätte behalten werden ſollen, bald generell conditiones sine causa³⁾, bald ſpeziell *condictio causa data causa non secuta* (Rubr. D. 12, 4), *cond. indebiti* (Rubr. D. 12, 6 C. 12, 5), *cond. ob turpem vel injustam causam* (Rubr. D. 12, 5 C. 4, 7), *cond. furtiva* (Rubr. 13, 1 C. 4, 8); eine Mittelſtufe zwiſchen der generellen und den ſpeziellen Bezeichnungen bildet die der *cond. ob causam datorum* (Rubr. C. 4, 6). Bemerkenswerth iſt, daß für kontraktmäßige Obligationen auf Rückgabe, ſie mögen nun Schulden (*ex mutuo*) oder bloße Verbindlichkeiten (z. B. *ex commodato, deposito, pignore*) ſein,

1) z. B. l. 9 §. 1 D. *cond. c. d. c. n. s.* 12, 4 l. 4 l. 5 l. 7 l. 8 D. *ob turp.* 12, 5 l. 52 l. 65 pr. D. *cond. ind.* 12, 6 l. 14 in f. D. r. cr. 12, 1 l. 1 C. *cond. ind.* 4, 5.

2) §. 227. Vgl. z. B. l. 1 C. *cond. ind.* 4, 5 *Pecuniae indebitae . . . esse repetitionem jure conditionis.*

3) l. 66 D. *cond. ind.* 12, 6 *Haec condictio ex aequo et bono introducta quod alterius apud alterum sine causa, deprehenditur revocare consuevit.* l. 1 D. h. t. 12, cf. Rubr. D. de *conditione sine causa* (sc. *ejus quod sine causa a me ad te pervenit etc.*) 12, 7 C. de *cond. ex lege et sine causa vel injusta causa* 4, 9 l. 6 D. *don. i. v. e. u.* 24, 1. Erleben, die *cond. sine causa*. 1850 Inhaltſangabe: §. 1. Nach M. Voigt, über d. *cond. ob causam* und über *causa u. tit.* im Allgemeinen (§. 65, S. 550, Abſ. 1 und §. 80), wäre der Name *cond. sine causa* nur für gewiſſe ſpezielle Fälle außer der *furtiva u. injusta causa* gebraucht, alſo allenthalben eine ſ. g. *cond. s. c. specialis*; allein als Kollektivbezeichnung für die „vitioſen Qualitäten der *causa*“ führt Voigt ſelbſt neben *injusta causa u. non justa causa* auch *sine causa* an (§. 469); auch Witte (die Bereicherungſtügen 1859 S. 160 S. 182) ſchränkt den Namen auf eine gewiſſe Gruppe von cc. (*causa data c. n. s. u. cond. indebiti*) ein; ſ. dagegen aber nur z. B. die Rubr. *Cod.* 4, 9 im Gegenhalte zu Rubr. *Cod.* 4, 5 u. 4, 6 u. l. 6 D. *don. i. v. e. u.* 24, 1. Darüber daß alle dieſe Konditionen-Namen nachklaſſiſch ſein, ſ. jezt Baron, *Abhh. a. d. Civilp.* I. Die *Conditiones* §. 5. Vgl. dazu hier unten §. 306 Anm. 1.

das Wort *repetitio* nicht vorkommt; es ist aufgespart für die Fälle, wo etwas aus dem fremden Vermögen „zurück“ muß, was dieses⁴ rechtlicher Weise nicht bei sich behalten kann: indem es niemals dahin hätte kommen, oder in demselben, auch ungenutzt, nicht hätte verbleiben sollen; das ist bei Kontraktobligationen nirgends der Fall.

Das diesen Schulden zu Grunde liegende Nichtsollen bemißt sich nicht etwa bloß moralisch⁴); es sind durchweg rechtliche Gesichtspunkte, nach denen der gewisse Vermögenszugang oder Fortbestand mißbilligt wird; im allgemeinen Mangel einer *justa causa*⁵), abgefürzt Mangel einer *causa*, oder Grundlosigkeit⁶) des Vermögenszugangs- oder Verbleibs; im besondern (I.) Grundlosigkeit mangels eines auch nur seiner Gattung nach rechtmäßigen Erwerbes (*condictio furtiva* und verwandte cc.)⁷) — (II) Grundlosigkeit wegen des zwar seiner Gattung nach rechtmäßigen, allein 1) nach der Besonderheit a) seines Grundes oder b) Zweckes vom Rechte verbotenen (*condictione ob turpem vel in justam causam s. ex injusta causa* zu verfolgenden) — oder 2) in seinem Erfolge dem autonom gesetzten und also gewissermaßen gesetzlichen Zwecke oder Modus widerstrebenden, darum rechtswidrigen Erwerbes (*condictio causa data, causa non secuta, cond. indebiti*, allenfalls f. g. *condictio sine causa „specialis“*⁸). Mit derart grundlosem Erwerbe trifft die

4) wie man nach der Herleitung unserer Konditionen *ex aequo et bono* (l. 66 D. cond. ind. 12, 6), dem ihre „Natürlichkeit“ (l. 15 pr. D. cond. ind. 12, 6) entspricht, vermeinen möchte. —

5) l. 1 §. 3 D. cond. s. c. 12, 7 — *posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.*

6) l. 66 cit. — *quidquid alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit* — l. 4 D. cond. s. c. 12, 7. *Nihil refert utrum ab initio sine causa quid datum sit, an causa propter quam datum sit, secuta non sit.*

7) eines Erwerbes, der nur gegen Ungenossen rechtmäßig (l. 5 §. 2 D. capt. et postlim. 49, 15 Gaj. 4, 16 in f.), völkerrechtlich selbst gegen diese einer *repetitio* unterworfen (z. B. Livius I. c. 32), unter den Eigenen aber Verbrechen (*furtum, vis*) ist.

8) Eine ähnliche oberste Zweitheilung der Grundlosigkeit hat Witte, (an dem Anm. 3. agf. D., besonders S. 160 S. 182 N. 2), indem er zwei Möglichkeiten annimmt; einmal die, daß das Gesetz den der Uebertragung zu Grunde liegenden Willen verwirft, dann die, daß der faktische Zustand dem Willen des Gebers nicht entspricht, während er sich auf denselben

Thatsache, daß Einer auf Kosten des Andern bereichert ist, überall⁹⁾ zusammen; allein nicht auch trifft umgekehrt mit der Thatsache, daß Einer auf Kosten des Andern bereichert ist, überall Grundlosigkeit des Erwerbs und unsere *condictio* zusammen¹⁰⁾; anstatt der Grundlosigkeit des Erwerbes die „Bereicherung auf fremde Kosten“ zur Grundlage der *condictiones sine causa* zu machen ist falsch¹¹⁾. Aber auch damit, daß Einer

als alleinigen Rechtsgrund stützen soll; allein die Antithese des an sich rechtmäßigen und unrechtmäßigen Erwerbes kommt hierbei nicht zum Ausdruck und so deun die *cond. ob turpem u. injustam causam* mit der *condictio furtiva* in Eine Gruppe zu stehen, während sie in den Digg. zwischen *cond. e. d. e. n. s.* und *cond. ind.* steht, und auch nach unserer Eintheilung mit zu letzteren gehört. Daß die Haupteintheilung von der „vitiösen Qualität der *causa*“ und deren Unterarten auszugehen habe, spricht auch W. Voigt (über die *cond. ob causam* und über *causa* und *tit.* im Allgemeinen, 1862 S. 621) aus; allein so wenig als seinen diesfälligen Quellenbefund (VI. Abth. 6. Kap.), vermöchten wir die von ihm aufgestellten Kategorien der Zeit und Existenz (§. 64, 65) in Kürze darzustellen. Zu wenig generalisirte Buchta (P. §. 307), und Seuffert (P. §. 435^a), gar nicht Keller (P. §. 299); Arndts (P. §. 340) bezeichnet es als „gemeinsch. Voraussetzung, daß eine Vermögensänderung in an sich rechtsgiltiger Weise stattgefunden,“ und schließt damit die ganze Eine Hälfte (*cond. furtiva* etc.), vielleicht die älteste *cond. aus.* Ueber Windscheid s. unten Num. 13. — „*Condictio ob rem datorum*“ (I. 1 pr. I. 52 I. 65 pr. D. *cond. ind.* 12, 6) wäre kollektivbezeichnung für alle sub. II. 1. b. und 2. genannte Konditionen, wenn *res* für Zweck überhaupt stünde; nun dieser Terminus aber lediglich für den von der Handlung getrennt zu erreichenden Zweck zu stehen scheint (II. cit.), so befinden sich nur die *cond. e. d. e. n. s.* und die *ob turpem vel inj. causam* innerhalb, die *cond. ind.* außerhalb der *cond. ob rem datorum*. Im Allgemeinen über *causa* und *res* s. W. Voigt a. a. O. §§. 1—13. Lotmar, über *causa* im r. R. S. 32—39.

9) In den berühmten Fällen der I. 23 D. r. cr. 12, I. 49 D. neg. g. 3, 5 I. 1 C. reb. alien. 4, 51 I. 1 C. comm. rer. al. 4, 52 scheint zunächst (vor Untergang und Ersetzung) grundlose Bereicherung ohne fremden Schaden vorzuliegen; in der That ist aber nur ungewiß, auf wessen Kosten sie gehe.

10) Ungefähr dieses wird der Sinn von Savigny's Worten sein, wenn er (Eyst. Bd. V. Beil. XIV. not a S. 564) sagt: „Also nicht jede Bereicherung des Andern aus meinem Vermögen gibt mir ein Recht zur Rückforderung, sondern wenn ich für die eingetretene Bereicherung ein Recht zur Rückforderung habe, so ist die darauf zu richtende Klage eine *Condictio*. . . .“

11) Heißt es: *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem* (I. 206 D. r. j. 50, 17), so wird die bloß ökonomische Thatsache des *detrimento alterius fieri locupletiozem* nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit einer Rechtswidrigkeit (*injuria*) als Ursache des *iniquum* hingestellt. Wird dieselbe Thatsache in I. 14 D. *cond. ind.* 12, 6 für sich allein als *iniquum* hingestellt, so kann das auf einer Auslassung beruhen; beide Fragmente sind aus demselben Juristen (Pomponius); allein wenn auch nichts ausgelassen, und jede dem

auf Kosten des Anderen ohne dessen Zuthun bereichert worden, ist unsere Grundlosigkeit noch nicht gegeben¹²⁾. Ob man dagegen grundlosen Erwerb, oder grundlose Bereicherung, oder „ungerechtfertigte Bereicherung“ sage, ist gleichgiltig, woferne man nur festhält, daß überall ein Rechtsmangel die Mangelhaftigkeit des Erwerbes begründen muß¹³⁾.

Einen zum Schaden des Anderen glückende Bereicherung iniquum sein sollte, so braucht doch nicht jedes derartige iniquum auch schon eine *condictio* zu begründen. Das iniquum in l. 14 cit. soll, wenigstens im Sinne der Kompilatoren, nur (gegen den der durch *repetitio* zum Schaden des Anderen reicher würde) die Verjagung einer *repetitio* begründen cf. l. 13 §. ult. eod. Erleben S. 5 fgg. Nehulich verhält es sich mit l. 17 D. solut. 46, 3. Zu dem ne ex aliena jactura lucrum capiat in l. 12 §. 1 D. distr. pign. 20, 5 vgl. diese Stelle §. 302 in Anm. 8 S. 530 a. G.). In l. 33 D. cond. ind. 12, 6 und l. 14 §. 1 D. comm. div. 10, 3 haben wir Fälle vor Augen, in denen Einer sichtlich auf Kosten des Anderen bereichert, dem Geschädigten die *condictio* ausdrücklich und mit Entscheidungsgründen aberkannt, und wegen des iniquum auf bloßes Retentionsrecht verwiesen wird. Dies wird auch durch l. 14 D. dol. m. exc. 44, 4 und l. 49 D. r. v. 6, 1 bestätigt. Bedenken erregen freilich Stellen, in denen etwas anderes oder mehreres als Bereicherung auf fremde Kosten nicht vorzuliegen scheint, und *condictio* dennoch zusteht; so namentlich l. 23 l. 31 §. 1 D. r. cr. 12, 1 cf. l. 24 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1; in l. 23 haftet der Bereicherte ausdrücklich quasi ex re tua locupletior factus. Bei näherem Betracht unterscheiden sich die Fälle hier von denen in l. 33 und l. 14 §. 1 citt. aber nicht bloß dadurch, daß in ihnen sich der Gewinnende selbst, gewissermaßen mit eigener Hand (Verkauf) bereichert, während er dort zu seiner Bereicherung selbst gar nichts thut, und der Verlierende so zu sagen allein den Verlust besorgt, und dadurch, daß der Gewinn ex re aliena, durch Ausbeutung einer fremden Sache, eines fremden *Petulium*s gemacht wird, während er dort aus der eigenen Sache des Bereicherten hervorgeht: die da in l. 23 l. 31 §. 1 citt. der *condictio* unterliegen, haben ohne *justa causa* den Gewinn aus fremder Sache (§. 302 Anm. 8); die derselben (in l. 33 l. 14 §. 1 citt.) nicht unterliegen, haben den Gewinn auf Grund ihres Eigenthums und des *Accessions*rechtes. Daß wir mit all dem bereits in die Tagesfrage (der *condictio* gegen den *h. f. possessor*) (§. 302 Anm. 8), eingreifen versteht sich von selbst.

12) arg. l. 33 l. 14 §. 1 citt. doch wohl auch nach Windscheid's Ansicht nicht; s. indeß denselben: Zwei Fragen aus d. L. von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Programm 1878 S. 30).

13) Wenn Windscheid §. 422 auf die Frage: „Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte?“ antwortet: „Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer allgemeinen Formel zu antworten“, so ist vielleicht stillschweigend vorausgesetzt oder zu bemerken für überflüssig erachtet, daß die Rechtfertigung aus dem Rechte erfolgen müsse; denn sonst wäre wenigstens insoweit eine allgemeine Formel möglich gewesen. U. G. ist es aber nicht überflüssig, die Rechtfertigung als eine aus dem Rechte zu definieren, nicht nur weil es eine Rechtfertigung auch aus anderen Dingen, z. B. dem Glauben, der Moral gibt, sondern auch weil außer dem Rechte in der That die Moral (*aequum et bonum*) innerhalb unserer Kondition eine Rolle spielt, freilich auf einem anderen Punkte als

Verschieden von dem Grunde weshalb etwas nicht bei dem Anderen sein sollte, ist der Grund, weshalb dieser Andere zur Rückerstattung obligirt ist¹⁴⁾. Dieser Grund ist ein moralischer; nicht als ob jetzt, nachdem gegen Bereicherungen der gedachten Art eine Obligation zur Rückerstattung mit *condictio* konstituiert ist, in jedem einzelnen Falle die Moral obligirte, sondern so, daß der Grund zur Einführung dieser Obligationen und Konditionen *ex aequo et bono* geschöpft wurde¹⁵⁾; einmal eingeführt besteht die *condictio* zu Recht, sowohl in der Gattung (als Institut), wie im einzelnen Falle, hier wie dort auf Grund der Voraussetzungen und Umstände unter denen einst die Einführung derselben als *aequum et bonum* erschienen war, ganz allgemein also nicht ohne *res*¹⁶⁾, des näheren nicht ohne grundlosen Vermögenszugang. Aus Billigkeit und Gerechtigkeit (*ex aequo et bono*) hat das Recht an diese gewisse Thatsachen den Effekt strengrechtlicher Obligationen, Aktionen geknüpft, den Gefürzten zur *condictio* ermächtigt. Dürften wir das Vorbild für diese nationale *repetitio* in der alten internationalen *repetitio* (Ann. 7) erblicken, so wäre das *jus gentium* mit der Einführung *adversus hostem* vorangegangen, das *jus civile* mit der Uebertragung auf die Volksgenossen nachgefolgt. — Die Vorstellung als ob die Begründung unserer *obligatio* auf einem fingirten oder auf einem stillschweigenden Vertrag beruhe, ist für die Einführung der Gattung so falsch wie für die Entstehung der einzelnen Fälle; eben daß es keines

auf dem der Grundlosigkeit (S. den nächstfolgenden Text). Ist der ungerechtfertigten Bereicherung aber einmal durch das Unrecht eine Grenze gezogen, so ergeben sich als weitere allgemeine Formeln die von uns oben sub I. und II. aufgestellten Kategorien des grundlosen Erwerbes oder der ungerechtfertigten Bereicherung von selbst.

14) *z. B. §. 1 J. q. m. re c. o. 3. 15 — re obligatur l. 2 D. cond. furt. 13, 1 Condictio . . furiosi et infantes obligantur — l. 7 §. 2 eod. Condictio . . heredem quoque obligat. —*

15) Vgl. l. 66 D. cond. ind. 12, 6 *Haec condictio ex aequo et bono introducta quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit. Nisi quod alterius apud alterum s. c. deprehenditur, sondern die condictio, oder die obligatio, ist ex aequo et bono aufgenommen.*

16) so daß Gajus (III, 91) und die Institutionen (§. 1 J. q. m. r. c. o. 3, 15) unserer Konditionen innerhalb der Realcontracte gedenken, Digesten und Kodex aber anschließend an das Kreditum von ihnen handeln.

Vertrages bedürfe, oder daß der Bereicherte sich ohne Vertrag für so gebunden erachte, als ob er die Rückgabe versprochen hätte, war hier wie bei anderen Quasikontrakten das Postulat der Billigkeit und Gegenstand rechtlicher Sanktion¹⁷⁾.

Die reale Grundlage unseres Quasikontraktes besteht darin, daß etwas von dem Einen in das Vermögen des Anderen gekommen ist. Dieß gilt nach allen Richtungen im weitesten Sinne des Wortes. Was in das Vermögen gekommen sei, ist gleichgiltig, wenn dieses nur einen Zuwachs an Werth, gleichviel ob in Gestalt von einzelnen Sachen oder Rechten (jura in re, Forderungen), oder nur im Ganzen, nach seinem Totalwerthe, durch Erlaß oder Expromittirung von Schulden¹⁸⁾, durch Zahlung für¹⁹⁾, durch Arbeitsleistung an den Anderen²⁰⁾ oder auch nur durch Unterlassung einer obliegenden Kautions²¹⁾ erfahren hat. Sogar etwas, das nicht mehr in's Vermögen gehört, aber nichts destoweniger von Werth und ein schätzbares Gut, so denn auch Gegenstand von Mein und Dein ist — der Besitz nämlich²²⁾ — kann noch Gegenstand unserer Zurückforderung werden²³⁾. — Wie etwas von Einem in des Anderen

17) §. 249 2. zu Anm. 10 und 11. Gegen die frühere Herleitung insbesondere der *cond. s. c.* aus einem fingirten oder doch stillschweigenden Vertrage vgl. speziell in Ansehung der *indebiti conditio* Erleben a. a. D. §. 3, Witte, a. a. D. §. 6 E. 41 unten. Darüber, daß die Kategorie der Quasikontrakte überhaupt „nicht römisch sondern Gajanisch“ und wie Gajus zur Aufstellung derselben gekommen sei, s. jetzt Baron, Abth. aus dem röm. Civilpr. I. die *Conditiones* E. 36 fg.; zur Rechtfertigung der Kategorie aber oben §. 247 a. G.

18) l. 4 l. 10 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 — l. 7 §. 1 D. exc. d. m. 44. 4 — ut etiam adv. hunc. . .

19) l. 9 §. 1 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 — itaque adversus mulierem *conditio ei competet* — l. 50 pr. D. don. i. v. e. u. 24, 1 — *facta (locupletior) videtur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est* —

20) l. 26 §. 12 D. cond. ind. 12, 6 — *posse condici, quanti operas essent conducturas* —

21) l. 5 §. 1 D. usfr. ear. rer. 7, 5 l. 7 pr. D. usfr. quemadm. cav. 7, 9 vgl. §. 193 Anm. 11.

22) E. hieher *Ed. I* §. 124 I. 1 und dazu namentlich l. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 — *si possessionem tuam fecissem* — l. 66 §. 6 D. leg. II. — *aliena possessio* — l. 3 §. 12 D. ad exhib. 10, 4 — *si possessionem suam contendant* — l. 80 §. 7 D. furti 47, 2 — *cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio*. Heißt doch einmal um meines Besitzes willen die Sache selbst mein (*Ed. I* §. 135 Anm. 1).

23) *conditio possessionis*: l. 2 D. cond. trit. 13, 3 l. 25 §. 1 D. furt. 47, 2; — l. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6; cf. l. 33 eod. Eoweit

Vermögen gekommen sei, ob durch Geben oder Thun, ob durch eine Gabe engeren oder weiteren Sinnes (promittendo, expro-
 die II., in denen es sich ausdrücklich um cond. poss. handelt. Hierzu kommen
 solche in denen stillschweigend, aber allem Anschein nach nur von poss. cond.
 die Rede ist; und zwar zu der ersten Gruppe I. 12 §. 2 D. cond. furt. 13, 1
 I. 22 pr. D. pign. act. 13 7 — multo magis in eo etc. und ein wei-
 teres Argument für possessionis condictio im Falle des furtum possessionis
 in I. 80 §. 7 D. furt. 47, 2; zu der anderen: I. 1 pr. D. cond. trit.
 13, 3 — Quasi fundum quoque etc. cf. I. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6
 in welsch beiden II. freilich nicht nackte possessio (vgl. W. Voigt, über die
 cond. ob caus. S. 331 Anm. 280); die von Voigt in demselben Zusam-
 menhange referirte I. 13 pr. D. m. e. don. 39, 6 scheint uns wegen der
 inzwischen gekommenen usucapio (consumptio) auf rei cond. zu gehen (s.
 Anm. 26). — Unzweifelhaftige Voraussetzung: daß possessio selbst sine causa
 an den Anderen gelangt sein müsse; vgl. Bruns, Besitzlagen S. 187
 Windscheid, P. §. 161 Anm. 2; in I. 33 cit. ist dies nicht der Fall,
 weshalb et si . . . possessionem tradidisset, conditionem non habebit.
 In meinen Pand. (I. Aufl. S. 398) ist weiterhin behauptet, daß possessio
 alles gewesen sein müsse, was Kondizent hatte, hingab oder verlor; hie-
 mit trifft im wesentlichen zusammen die Darstellung W. Voigts, cond.
 ob c. S. 329—332; wahrscheinlich theil er auch den weiteren Satz,
 daß wo rei vindicatio zusteht, possessionis condictio ausgeschlossen
 sei. Dem entgegen eröffnen Bruns (die Besitzlagen S. 18) und Wind-
 scheid (Pand. §. 161) der poss. condictio ein viel weiteres Feld, indem
 sie dieselbe Jedem einräumen „der Besitz gehabt und sine causa an einen
 Anderen verloren hat . . . ohne Rücksicht, ob er daneben auch Eigenthum
 hat und ob der Verlust nur den Besitz als solchen betraf, oder das Eigen-
 thum mit“ (Brunns S. 200), — also überall „wo Jemandem sein Besitz
 wider oder ohne seinen Willen entzogen worden ist, vorausgesetzt, daß nicht
 ein besonderer rechtfertigender Grund für die Besitzergreifung des gegenwär-
 tigen Besitzergreifers vorliegt.“ (Windscheid a. a. O. zu Anm. 4). In-
 dessen finden wir 1) von cond. furtiva abgesehen kein sicheres Zeugniß dafür,
 daß unter Umständen wo res kondizirt oder vindizirt werden konnte, possessio
 kondizirt worden wäre; wenn Windscheid als solches I. 4 §. 2 (etwa auch
 §. 1 eod. ?) D. r. cr. 12, 1 oder I. 19 §. 2 D. de prec. 43, 26 betrachten
 sollte (s. denselben a. a. O. Anm. 2), so sind die diesfälligen conditiones
 als possessionis cc. zum mindesten nicht bezeichnet, ja selbst, daß sie sine causa
 cond. seien, ist nicht gesagt, durch den Standort nicht angezeigt, durch die
 Sachlage zum mindesten nicht nothwendig (indem die betreffenden Konditionen
 entweder gemeine, ex b. f. negotio entsprungene Schuldlagen — I. 19
 §. 2 cit. I. 4 §. 1 cit. vgl. §. 227 Anm. 2 §. 217 zu Anm. 12 bis 15 —
 oder aber die auch in Betreff gegenwärtiger Frage anomale condictio fur-
 tiva sein können: I. 4 §. 2 — ea . . . condici possunt. glossa: a furibus
 vel m. f. possessoribus etc. vgl. Gaj. II., 79 — furibus et quibusdam
 aliis possessoribus und dazu Bekker, Mit. I S. 105 Anm. 16, ferner
 gegenwärtige Anm. a. G. und unten §. 301 Anm. 12). Nur I. 31 §. 1
 in f. D. dep. 16, 3 scheint ausdrücklich von einer sine causa (indebiti)
 condictio zu sprechen, und zwar unter Umständen unter denen man den
 Kondizenten, wenn in die Stelle nichts (z. B. depositum irregulare) hinein-
 getragen werden soll, als Eigenthümer denken muß (vgl. I. 12 D. usufr.
 quemadm. cav. 7, 9); — allein wiederum ist von poss. condictio keine
 Rede; possessio hatte der Depositar auch keine zu verlieren (vgl. die erste
 Alternative der Glossa); indebiti dati mahnt eher an rei condictio: viel-
 leicht ist, allem Anschein entgegen, von keiner indebiti, sondern von einer

mittendo, acceptilatione, delegatione), ist wie schon gesehen (Ann. 18—21), abermals gleichgiltig; genug daß ein Vermögenszugang stattgefunden hat; ausnahmsweise können sogar Sachen, die dem Vermögen des Anderen gar nicht zugewendet,

rei furtivae condictio die Rede, bei welcher das indebitum datum als Einwand und Rechtfertigung zugleich dient (der Eigenthümer hat cond. fart. trotzdem er die Sache dem Dieb nachträglich selbst gegeben hat; denn das Gegebene ist indebitum datum — vgl. die zweite Alternative der Stoffe (A30)); — anderseits ist 2) für den Gedanken, daß condictio poss. da statufinde, wo Kondizent mehr als possessionem nicht hatte, ein ausserordentliches Zeugniß enthalten in l. 2 cit. (D. 13, 3) — si non sit (dominus), possessionem eum condicere (wobei l. 25 §. 1. cit. ungenau referirt, als ob Gaius im Dejectionssalle überhaupt nur poss. conditionem gegeben habe, während er (gegen Labeo und mit Sabinus) dem dominus rei conditionem gibt (wozu A. Pernice, Labeo I S. 313 Ann. 10)); die in l. 15 §. 1 cit. (D. 12, 6) nur possessionem tradirten, mögen gleichfalls nicht mehr gehabt haben; von dem der nummos alienos gegeben, ist es gewiß. Wo man seine Habe durch furtum oder vis verliert, genügt es zur cond. poss., daß man mehr als possessionem nicht hatte; wo man sie selbst hingibt, muß man nicht nur nichts anderes gehabt, sondern etwas anderes als possessionis datio, traditio auch nicht gewollt haben; so müßen in l. 15 §. 1 cit. wissentlich alieni nummi gegeben und empfangen sein! arg. l. 19 §. 2 eod. (wo keine cond. poss., trotzdem pro parte alieni nummi gezahlt sind; — dies gegen Mandry, Arch. f. civ. P. Bd. 48 S. 224); — endlich sind 3) die Fälle nicht selten, in denen wie die Sache selbst auch deren Besitz sine causa oder ex injusta causa bei einem Dritten ist, und aber condictio possessionis so wenig als cond. rei statt hat, deswegen, weil Kläger Eigenthümer ist, und Bunditation hat: 3. B. l. 5 §. ult D. don. i. v. e. u. 24, 1 — ut si quidem extet res, vindicetur; si consumta sit, condicatur hactenus etc. cf. l. 6 eod. — sine causa aut ex inj. causa; mit der Konjunktion hört das Eigenthum auf, und fängt condictio an, aber nicht possess. cond., — hätte der Geber bloß possessionem gehabt und diese geschenkt (l. 46 eod.), dann wäre cond. poss. nothwendig und möglich gewesen; desgleichen l. 12 in f. D. r. cr. 12, 1 — si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit etc. l. 19 §. 1 eod. l. 29 D. cond. ind. 12, 6; ferner l. 22 §. 3 D. pign. act. 13, 7 — a praedone enim fructus et vindicari possunt et consumti condici — desgl. l. 3 C. cond. ex lege 4, 9 l. 4 §. 2 in f. D. fin. reg. 10, 1; Konjunktion setzt denn auch die condictio der fructus ex injusta causa percepti in l. 4 §. 1 D. r. cr. 12, 1 voraus. Ist doch auch der Spruch neminem rem suam nisi furi condicere posse so weit gefaßt, daß damit dem Eigenthümer condictio überhaupt versagt scheint (l. 12 D. usfr. quemadm. cav. 7, 9). Nach all dem muß auch dem Einwande von Bruns, daß es dem Eigenthümer 3. B. im Falle der Dejection (l. 2 D. cond. trit. 13, 1) „überlassen bleiben müße, ob er sich für den Eigenthümer ausgeben oder nur Besitz behaupten will,“ daß also auch der Eigenthümer possessionem kondiziren könne — zu begegnen sein. Dies geschieht u. G. durch die Eintäumung, daß wo dem Eigenthümer condictio ausnahmsweise zusteht, wie bei furtum und nach der recipirten sabinianischen Meinung auch bei Dejection, derselbe sich allerdings anstatt rei auch mit possessionis condictio begnügen und diese verlangen kann; daraus folgt aber nicht, daß ihm da, wo er der Regel nach nur vindiziren kann, irgendswann possessionis condictio zustehe.

und vielleicht jetzt noch in ihrem bisherigen Eigenthum sind, vom Eigenthümer und dem Eigenthume nach (mit rei conditio und dare oportere) kondizirt werden; anstatt zu gewendet müssen diese Sachen entwendet sein (rei furtivae im engeren und weiteren Sinne²⁴). Das ist eine nicht mehr sicher erklär- bare Besonderheit²⁵). Nichts besonderes dagegen ist es, daß Sachen, welche wegen Nichteigenthums oder Dispositionsmangels auf Seite des Gebers in das Eigenthum des Empfängers nicht übergegangen sind, durch Konsumtion, Vermengung, Usufapion kondizirbar werden²⁶). — Auch abgesehen von den Fällen, in denen die Sache durch furtum oder vis von Einem an den Anderen kommt, braucht diese durch kein Geschäft des Einen mit dem Anderen von jenem an diesen befördert zu werden; zwar sind die mehreren Arten grundlosen Vermögenszuganges ohne ein solches Geschäft nicht denkbar; allein allgemeines Erforderniß ist dasselbe nicht²⁷). — Gleichgiltig ist auch, durch

24) Gaj. IV., 4, II. 79 §. 14 J. act. 4, 6 l. 2 §. 26 D. vi bon. rapt. 47, 7 l. 1 §. 1 l. 2 D. cond. trit. 13, 3 l. 12 in f. D. usufr. quem adm. cav. 7, 9.

25) Gajus weiß für diese Ausnahme nur odium furum anzugeben; Bekker, Alt. I S. 105, erklärt aus einer Zeit da „der Begriff des dare noch weniger genau präcisirt war“, A. Pernice, Labeo I S. 313 aus „der alten Verwechslung des Besitzobjektes mit dem Besitze;“ aber auch an eine Zeit ließe sich denken, wo man an res nec mancipi mit dem Besitz auch kein Eigenthum verlor; am befriedigendsten vielleicht immer noch an die Formel der völkerrechtlichen rerum repetitio (Liv. I. c. 32 — illasque res dedier . . . quas res dari fieri solvi oportuit — meine Pand. I. Aufl. S. 397); was jenseits praeda und Eigenthum ward, also mit dari oportere zurückgefordert werden konnte, ward diesseits furtum, vielleicht erster Fall interner repetitio und darum noch der Urformel anhängend. Savigny's utilitarische Erklärung (Eyst. V. S. 553) gibt auf die Frage warum dare oportere keine Antwort. An den völkerrechtlichen Ursprung unserer repetitiones überhaupt und der cond. furtiva insonderheit mahnt auch l. 25 D. rer. amot. 25, 2. S. übrigens auch §. 301 Anm. 1.

26) vgl. was diesbezüglich von der Zahlung (§. 290 S. 445) und dem Mutuum (§. 296 S. 475 Anm. 61) gilt; in Betreff unserer Konditionen: l. 12 in f. l. 14 l. 19 §. 1 D. r. cr. 12, 6 l. 29 cf. l. 41 D. cond. ind. 12, 6, l. 22 §. 2 D. pign. act. 13, 7 (consumtio) cf. l. 78 D. solut. 46, 3 (commixtio) l. 13 pr. D. m. c. d. 39, 6 (usucapio).

27) In l. 33 D. cond. ind. 12, 6: Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, conditio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur — muß man conditio indebiti l. n. h. denken; damit es zur indebiti conditio komme, muß Zahlung, und damit ein Geschäft zwischen Beiden vorausgegangen sein (nam is qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit). Daß das Geschäft kein allgemeines Erforderniß sei, zeigen l. 23 l. 31 §. 1 D. r. cr.

wenn etwas vom Einen an den Anderen gekommen sei; genug daß es dem rechtlichen Ergebnisse nach von demjenigen, der konditionsberechtiget sein will, an denjenigen der belangbar sein soll, gelangt ist; unmittelbarer Uebergang vom Gläubiger an den Schuldner ist hier so wenig als beim Darlehen (§. 296 Anm. 8—11) nothwendig; diesseits und jenseits kann eine Zer-
setzung der Personen stattfinden: dort ein Anderer in Empfang nehmen, ein Anderer zurückgeben müssen²⁸); hier ein Anderer hingeben, ein Anderer zurückforderungsberechtigt sein²⁹). Allein stets muß, damit dieses möglich und geboten sei, derjenige, welcher conditione belangbar sein soll, als der nach Maßgabe des Rechts³⁰) eigentliche Empfänger, derjenige welcher konditionsberechtiget sein soll, als der nach derselben Maßgabe eigentliche Geber oder Verlierende³¹) erscheinen; nur sie beide dürfen in Ansehung des unstatthafter Vermögenszuganges Partei, jener Andere muß Einer sein durch welchen, nicht von welchem oder an welchen der Vermögenszugang stattfindet — *interposita persona* — Durchgangs- oder Mittelsperson. Dies ist hier und dort nur infolge von Vertretung, freilich von Ver-

12, 1; l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10, 1. l. 22 §. 2 D. pign. act. 13, 7 l. 55 in f. D. cond. ind. 12, 6 l. 3 C. cond. ex leg. 4, 9. Ist es möglich, daß etwas ohne Geschäft vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam (l. 1 §. 3 D. cond. s. c. 12, 7), dann ist ohne dasselbe auch *condictio s. c.* möglich. In dem Falle der l. 33 cit. fehlt es nicht nur an dem zur cond. *indebiti* nöthigen Geschäft, sondern an der zu jedweder *repetitio* nothwendigen Grundlosigkeit des Erwerbes (Anm. 5, 11 und unten §. 302).

28) *His solis pecunia condictitur quibus quoquo modo soluta est etc. etc.* l. 49 D. cond. ind. 12, 6 vgl. §. 3 B. l. 12 D. solut. 46, 3 und dazu oben S. 449 in med. sowie die Glosse zu l. 49 cit.

29) *Nec novum ut quod alius solverit, alius repetat* — l. 5 D. cond. ind. 12, 6.

30) d. i. durch die zwischen diesen zwei Personen von Rechts wegen stehenden Forderungen: auf Herausgabe oder Anrechnung des Empfangenen dort (Valutaverhältnis) — auf Ersatz, Anrechnung (Regreß, Deckung) hier — vgl. Gaj. III, 111; l. 67 §. 1 D. cond. ind. 12, 6. Im letzteren Falle kann der Regreß selbst wieder *condictio s. c.* sein, §. 3 B. l. 9 §. 1 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 12 l. 13 D. nov. 46, 2 arg. l. 7 §. 1 exc. d. m. 44, 4 — *etiam adversus hunc* — l. 26 §. 12 in f. D. cond. ind. 12, 6 — *non potest condicere . . . patrono.*

31) §. 3 B. l. 7 §. 1 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 — *quoniam pecunia ad eum pertineret* — l. 5 D. cond. ind. 12, 6 — *ad quem bona pertinent*

tretung im weitesten Sinne möglich³²⁾. Eigentlicher Geber

32) auf Seite des Schuldners (Empfängers): dadurch, daß der unmittelbare Empfänger von jenem oder für jenen Vollmacht hat oder Ratihabition erhält: l. 6 §. 1 cf. §. 2 l. 57 §. 1 D. cond. ind. 12. 6 l. 16 pr. D. rem rat. 46, 8 cf. l. 34 §. 6 D. solut. 46, 3 l. 3 §. 2 D. transact. 2, 15 und dazu S. 449 in med. u. fg. Außer Tutoren und Kuratoren, Prokuratoren, Mandataren, Syndici, neg. gestores gehört hierher auch der paterf., der die dos mit Zustimmung der Tochter zurückempfängt: l. 34 §. 6 D. solut. 46, 3. Prokuratoren, welche zu dem Empfang weder Generalvollmacht (vgl. l. 6 pr. in f. D. cond. ind. 12, 6) haben, noch ein Spezialmandat oder Ratihabition erlangen, bleiben in eigener Person verantwortlich: l. 6 §. 1 cit.; desgleichen der paterf. der ignorante filiaf. hinimmt: l. 34 §. 6 D. solut.; desgleichen Vertreter überhaupt insofern als sie ihre Vollmacht überschreiten: l. 57 §. 1 l. 16 pr. cit.; — auf Seite des Gläubigers (Gebers) dadurch, daß 1) Vertreter im engeren Sinne (Tutoren, Kuratoren, Prokuratoren, Mandatare, Syndici, neg. gestores, in rem patris vertretende filiaf.) mit Vollmacht oder Genehmigung für den Vertretenen hingeben, zahlen: l. 6 §. 3 arg. l. 6 pr. l. 57 pr. l. 46 arg. l. 53 l. 67 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 l. 22 pr. l. f. D. rat. r. 46, 8 l. 80 §. 7 D. furt. 47, 2 l. 3 §. 1 D. de in rem verso 15, 3 ob sie mit eigenem oder des Prinzipals Geld zahlen u. ist (der Deckung halber) gleichgiltig (l. 6 §. 3 cit.), es wäre denn, daß der Empfänger sciens indebitum hinimmt, und also *condictio furtiva* plaggreift, die demjenigen zusteht, in dessen Eigenthum das gezahlte Geld ist oder war, also möglicherweise dem Vertreter; allein mitten in dieser Abweichung bewährt sich die Regel, indem Ratihabition der vom Vertreter mit eigenem Gelde geleisteten Zahlung des Prinzipals zum eigentlichen Geber macht, mithin eine *condictio indebiti* des Prinzipals in effektiver Konkurrenz mit der *condictio furtiva* des Vertreters erzeugt (l. 67 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 l. 80 §. 7 D. furt. 47, 2); — daß 2) die Hingabe delegationsweise geschieht. Im weiteren Sinn ist auch der Delegat Vertreter (des Deleganten nämlich) und von wegen des Deckungsverhältnisses (S. 377 unten, fg. S. 381) nicht er, sondern Delegant der wahre Geber, sowie nur dieser dem Delegatar Partei (S. 379). Daß in der That dem Deleganten *condictio* zustehe, erhellt aus l. 9 pr. D. cond. e. d. c. n. s. 12, 4, aber nicht minder aus derjenigen Stelle, die am Anfang und Ende das Gegentheil zu sagen scheint: l. 7 pr. D. cond. e. d. c. n. s. 12, 4. Daß hier im ersten Falle der Delegat selbst kondiziert, hat seinen Grund darin, daß er in Ansehung der zu kondizirenden Zahlung gar nicht Delegat war, daß er aus dem Totalversprechen *ante nuptias* nicht zu zahlen brauchte (*exceptione doli mali tueri se potuisset* — cf. l. 21 l. 41 §. 1 D. j. d. 23, 3) und (auf Kosten der Delegantin) gar nicht zahlen durfte; aus demselben Grund hat der Delegant auch im dritten Falle selbst die Kondition (*si ante nuptias solvisset*). Wir haben es also in l. 7 pr. cit. mit keiner von den Ausnahmen oder Modifikationen unserer Regel zu thun, wie Anm. 34—42. Auch in l. 2 C. cond. ind. 4, 5 kondiziert der Delegat selbst, allein die Grundlosigkeit der Gabe bestund nicht zwischen ihm und dem Delegatar, sondern zwischen ihm und dem Deleganten; daher cond. seitens des Deleganten gegen den Deleganten; — 3) daß der *fidejussor* ebensowohl in fremdem (des Schuldners) als in eigenem Namen bezahlen kann, und ersterenfalls gleich einen hiezu ermächtigten Vertreter behandelt wird: l. 47 D. fidej. 46, 1; — 4) daß dasjenige, was von Seite des wirklichen Erben an Legatäre oder Erbschaftsgläubiger entrichtet ist, nach einer gegen Erbschaftsantritt oder Ab-

oder Empfänger ist der Vertretene. Nicht mehr Empfänger ist, wer in weiterer Folge von dem unstatthafter Vermögenszuge Nutzen zieht³³⁾; nur durch Vertretung (Intervention, Interposition), nicht durch beliebige Weiterbegebung kann sich die Zurückforderung über den unmittelbaren Empfänger hinaus erstrecken. Auf der aktiven Seite bleibt mitunter trotz Vertretung das Klagerrecht beim unmittelbaren Geber; es sind das Fälle in denen der letztere nach dem gewöhnlichen Rechtsgang für dasjenige was er hingegeben hat, auf denjenigen, dem die *condictio* zusteht, den Rückgriff hat³⁴⁾; gibt man die *condictio* dem unmittelbaren Geber, so kommt er „auf geradem Wege“

flinenz erfolgten i. i. *restitutio* so angesehen wird als ob in Vertretung der Erbschaft und also desjenigen geleistet sei, an den der Nachlaß nunmehr gelangt: l. 5 D. *cond. ind.* 12, 6 (i. i. r. des minor: non ipsi *condictionem* competere, sed ei ad quem bona pertinent) l. 61 eod. (Abstinenz: *Condiction*srecht der Gläubiger auf das was nach dem gewissermaßen rückwärts eröffneten Konkurse an einzelne Gläubiger über die Solvenz der Erbschaft hinausgezahlt ist). Was dagegen vermeintliche Erben oder *praedones* in jener Richtung leisten, thun sie meist *suo nomine* und wird dann von ihnen selbst *condizirt*: arg. l. 31 pr. D. *her. pet.* 5, 3 l. 38 §. 2 D. *her. pet.* 5, 3 l. 19 §. 1 D. *cond. ind.* 12, 6; andernfalls kann von ihnen nicht *condizirt* werden (s. *cond. ind.*). Was dritte Personen Namens des Erben und ohne Vollmacht oder Genehmigung zahlen, kann nur dann vom Erben zurückgefordert werden, wenn aus dem Nachlaß gezahlt ist: l. 46 D. *cond. ind.* 12, 6.

33) l. 49 D. *cond. ind.* 12, 6 *His solis pecunia condecitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.* Nur Analogien (aus dem *mutuum*) bieten die von der Glosse zu *proficit* beigezogenen l. 13 C. o e a. 4, 10 und l. 15 C. si *certum pet.* 4, 2. Dagegen, daß der in l. 49 ausgesprochene Satz über den Fall der „Zahlung“ hinaus auf beliebig anderweite Vermögenszuwendungen zu erstrecken sei, scheint l. 31 §. 1 D. r. cr. 12, 1 zu sprechen, indem hier die *condictio* über den Dieb hinaus auf den Käufer des gestohlenen Sklaven greift; allein Gegenstand dieser *condictio* ist der *ex peculio* des gestohlenen Sklaven angeschaffte und eigenthümlich an den Käufer gekommene *homo*; er ist *ex peculio* und somit unmittelbar *ex patrimonio* seines wahren Herren an den Käufer gelangt und darum ganz abgeheben davon, wie der Inhaber des *peculium* (*servus*) an ihn gelangt ist, gegen den Käufer als ein unmittelbar an diesen gelangter Werth *condizirbar*.

34) was sowohl in l. 53 D. *cond. ind.* 12, 6 — *si autem alius rogatu etc. etc.*, als in l. 7 §. 1 D. *exc. d. m.* 44, 4 und l. 2 §. 4 D. *don.* 39, 5 der Fall ist. Im dritten Falle der l. 7 pr. D. *cond. c. d. c. n. s.* 12, 4 (*si autem verus debitor fuisset etc.*) trifft es nicht zu; allein hier steht die Zurückforderung dem Delegationen nicht als solchem, sondern weil er (*ante nuptias*) auf eigene Faust gezahlt hat, zu (Ann. 32 in med. zu Nr. 2); dem Delegationen aber, der seine ursprüngliche Forderung gegen den Delegationen durch dessen *Promission* an den *sponsus* verloren hat, bleibt seine Klage wider den Delegationen auf *Cession* der *condictio*.

zu dem Seinigen³⁵⁾, und ist zudem Eine Klage erspart³⁶⁾; gibt man ihm die *condictio* gegen den Empfänger neben seinem Regreßrecht gegen den Vertretenen, so daß er außer diesem letztern Klagerecht auch noch das gegen den Empfänger hat³⁷⁾, so ist in erhöhtem Maße für seine Deckung gesorgt³⁸⁾, und der Billigkeit Rechnung getragen³⁹⁾. Eine solche Konzession an die Mittelsperson mag sich besonders dann empfohlen haben, wenn es mit der unstatthafter Vermögenszuwendung erst bis zur Promission gekommen war⁴⁰⁾; billig aber war sie auch außerdem⁴¹⁾; insonderheit bestund von Seite des Empfängers kein gerechter Einwand wider dieselbe⁴²⁾. — Endlich genügt der Vermögenszugang, auf daß *repetitio* begründet werde⁴³⁾; ob das Zugegangene dem Erwerber auch verbleiben müsse, damit das einmal begründete Kondiktionsrecht fort dauere,

35) l. 53 cit. — *recta via ipsum qui nummos dedit, suum petere* —

36) l. 53 cit. — *tam benignius quam utilius est* —

37) l. 7 §. 1 cit. — *ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione cui sum obligatus* —

38) dieß selbst dann, wenn er zwischen beiden Klagen bloß die Wahl haben sollte; umsomehr aber dann, wenn er nach dem Mißlingen der einen noch zur andern greifen darf.

39) l. 7 §. 1 cit. — *et habet haec sententia Juliani humanitatem* — l. 53 cit. — *tam benignius quam utilius est* —

40) wie in l. 7 §. 1 cit. und l. 2 §. 4 D. cit.; durch Gewährung einer *exceptio doli* wider den Promissar, und einer *condictio* auf Liberation schneidet man hier vor allem die Nothwendigkeit einer Zahlung ab, die dann doch wieder rückgängig zu machen war.

41) wie in l. 53 cit.

42) namentlich nicht der aus dem *suum recepit* (*repetitio nulla est ab eo qui suum recepit* — §. 381 zu Anm. 55); denn wir setzen ja Fälle voraus, in welchen der Empfänger zurückgeben muß, also non *suum recepit*. Wird ja doch selbst in Fällen wo er *suum recepit*, und also grundsätzlich die Mittelsperson ihre Deckung rückwärts beim Delegantem u. zu suchen hat, jener zuweilen *repetitio u. exceptio* wider den Empfänger und Stipulator selbst gegeben (§. 382 Anm. 59. 60). Diese *repetitio* kommt als *liberationis condictio* vor: l. 2 §. 3 D. donat. 39, 5.

43) Wenn es in l. 71 pr. D. v. s. 50, 16 — „*pervenisse*“ proprie illud dicitur, quod est remansurum heißt, so ist unter dem *remansurum* nur an eine Entschiedenheit des Zugangs gedacht, die durch keine Bedingtheit, überhaupt nicht von Rechtswegen aufgeschoben ist; dies zeigt der Zusammenhang mit der vorausgehenden Unterscheidung zwischen *accipere u. capere*: — ideoque non videtur quis capere quod erit restitutus; dazu die Glosse zu *pervenisse*, und ähnliches oben §. 290 S. 445 zu Anm. 47 und l. 35 cf. l. 34 §. ult. D. evict. 21, 3. Im Gedanken an die nach dem Zugang möglichen gemeinen Verlustfälle könnte man von keinem *pervenisse* sagen, daß es *remansurum* sei.

ist eine weitere von dem Inhalt unserer Obligation abhängige Frage⁴⁴).

Es geht diese Obligation ihrem Inhalte nach aber auf nichts anderes als auf idem oder tantundem; entweder ist dasselbe Ding, was grundlos vom Einen an den Anderen gekommen ist, oder eben so viel als dieses, Gegenstand der Zurückforderung, Inhalt der Schuld⁴⁵). Und zwar ist vornherein entweder idem oder tantundem schuldig, überhaupt der Inhalt dieser Obligation von deren Anfang bis zu deren Ende keiner Veränderung unterworfen, von Anfang bis zu Ende unveränderlich entweder idem oder tantundem⁴⁶). Verschieden von

44) Diese Frage ist auf einem verwandten Gebiete und für den Konsumtionsfall dahin formulirt, ob der Obligirte nach der Konsumtion *desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse?* l. 17 D. quod met. 4, 2. In der Sache selbst s. unten zu Anm. 54–56. „Althergebrachtes Dogma“ ist es, daß die Fortdauer des Kondiktionsrechtes von der der Bereicherung abhängt (Mandry, zur l. v. Gegenstand der Condd., Arch. f. Civ. P. Bd. 48 S. 235), bekämpft zuerst von Erleben, condd. s. c. I. Abth. S. 182 §. 12 unter Zustimmung meiner Pandd. I. Aufl. S. 404, Witte, Bereicherungskl. S. 140 fgg., thatsächlich auch von M. Voigt, condd. s. c. S. 319 fg., Seuffert, Pandd. §. 436 S. 452 Anm. 26a; die Majorität aber ist auch in neuerer und neuester Zeit bei der alten Lehre; bezüglich der neueren Zeit s. Witte S. 140 (Wächter, Buchla, Rindis etc.), bezüglich der neuesten Windscheid §. 424 Anm. 3, der selbst wesentlich der alten Lehre beipflichtet; eine Mittelstellung nimmt Mandry a. a. O. ein.

45) Daß „aut ipsum aut tantundem repetitur“ gilt nicht bloß von der *cond. indebiti* (l. 7 D. cond. ind. 12, 6 l. 25 D. p. v. a. 19, 5), sondern von den *repetitiones* überhaupt.

46) Mandry (zur l. vom Gegenstand der Conditionen, Arch. f. Civ. P. Bd. 48 S. 235) glaubt das tantundem auf Fälle beschränken zu sollen, da das indebite (wohl auch sonstwie sine causa) gezahlte Geld nachträglich konsumirt oder vermengt wird, so daß anfangs idem und erst nachträglich tantundem schuldig werde; allein in l. 1 und l. 3 C. cond. ind. 4, 5 wird (nach vorausgegangener Geldzahlung) ohne weiteres „quantitas“ kondizirt; *indebiti condictio* ist nicht bloß überhaupt mit *mutui obligatio* zusammengestellt (l. 5 §. 3 D. o. e. a. 44, 7 §. 1 J. q. m. r. C. 3, 14 (15) §. 6 J. obl. quasi ex c. 3, 27 (28)), sondern namentlich auch *eadem actione* wie das *mutuum* zu verfolgen (l. 5 §. 3 cit. vgl. Baron, Abhh. I. die Condd. §. 4), folgerecht nur auf *certa pecunia, d. h. certa quantitas* (§. 296 Anm. 24 und Anm. 3 — *recepturi non eandem Speciem quam dedimus, sed idem genus* —), nicht auf *ipsa nummorum corpora* anstellbar; — es erscheint als Eigenthümlichkeit der *condictio furtiva*, daß bei Gelddiebstahl *ipsa nummorum corpora* kondizirt werden (s. unten Anm. 52); hierin liegt ein *arg. e contrario* für die sonstigen Fälle des Geldzuganges; — daß die Parteien von Anfang idem, nicht tantundem intendiren, kann man nicht geltend machen, da sie überhaupt nicht kontrahiren, also überhaupt nicht intendiren; — ist vornherein idem

dem was in obligationem kommt, ist das was erst in actionem kommt; etwas derartiges gibt es auch hier. — Id ipsum, was von dem Einen grundlos an den Anderen gekommen ist, bildet den Inhalt der Obligation dann, wenn sich dies mit Sachen von spezifischer Bedeutung (species) zugetragen; allem Anschein nach aber auch dann, wenn mit Jungibilitäten, die nicht Geld sind ⁴⁷). Ist dagegen Geld, oder sind Dinge übergegangen, welche in natura nicht zurückerstattet werden können, wie operae, habitatio ⁴⁸), oder welche beim Erwerber nur als Aktionen, Befreiung von Schulden, oder als Kautionsfreiheit erscheinen (Num. 18—21): dann kommt tantundem in obligationem, tantundem in genere, wenn Geld ⁴⁹), — tantundem dem Werthe nach (pretium, aestimatio, pecunia ⁵⁰), wenn ein

schuldig, so wird durch einen im Gegenstand eintretenden Untergang die Obligation entweder aufgehoben, oder es tritt, bei verantwortlicher Verschuldung, nach der strengrechtlichen Natur der *condictio* eine *perpetuatio obligationis* ein (§. 247 Abs. 1 a. G. §. 252. §. 301); ist vorneherein tantundem schuldig, so kann es ohnehin zu keiner Veränderung kommen; wenn idem schuldig ist, und verloren (nicht unter-) geht, oder aus dem Vermögen des Obligirten ausscheidet, dann tritt abermals bald Untergang der Obligation, bald unveränderter Fortbestand der Obligation (auf idem) ein; je nach Umständen kann es aber letzterenfalls trotz Nichtleistung von idem zur Absolution kommen (durch Restitution von etwas anderem, das anstatt idem in actionem kommt); vgl. unten zu Num. 55. 56.

47) Hierin glauben wir Mandry (a. a. O. S. 221) und seiner Folgerung aus I. 65 §. 6 D. cond. ind. 12, 6 (In frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet). Vgl. dazu Wächter, Arch. f. Civ. P. Bd 15, S. 125. Windscheid §. 242 Num. 3. Arndts §. 341 Num. 9 — gegen R. Voigt, S. 326 Num. 269. 270, der nur wo „besondere Eigenschaften der Quantität maßgebend in Betracht kommen (bonitas), Obligation auf Geld, sonst Obligation auf tantundem in eodem genere eintreten läßt. — Abweichend von Mandry u. A. denken wir dagegen das pretium nicht als etwas das mit der Konsumtion in obligationem, sondern (trotz des repetet pretium) als etwas das erst in actionem oder condemnationem kommt, so daß die Obligation auch nach der Konsumtion auf idem gerichtet bleibt (s. weiteres hierüber unten Num 57). Zur Unterstützung dieser Ansicht können die Basiliken XXIV, 6 Nr. 66 Al. 5 angeführt werden.

48) I. 26 §. 12 D. cond. ind. 12, 6 — nec volens quis reddere potest — vgl. I. 65 §. 7 §. 8 eod.

49) Vgl. I. 2 pr. D. r. cr. 12, 1 — non eandem Speciem . . . Sed idem genus —

50) I. 25 D. p. v. 19, 5 kennt ein tantundem bloß ex eodem genere; allein sie gibt uns auch das Räthsel einer operarum indebite datarum *condictio* auf, bei welcher weder ipsae noch tantundem ex eodem genere kondizirt werden kann, während *indebitum datum* nur ipsum oder als tantundem ex eodem genere kondizirt werden könne.

in natura unresituirbares oder ein unkörperliches Ding wie Promissio *z.* übergegangen ist⁵¹⁾. Nur in Einem Falle geht die Obligation selbst dann, wenn Geld schuldig ist, auf idem: in re furtiva ipsorum corporum condictio competit⁵²⁾.

Ist nun idem in obligatione, so ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, daß das Condictionsrecht erlischt, wenn die schuldige Species casu zu Grunde geht; es erlischt weil die Obligation gegenstandslos geworden ist⁵³⁾, nicht darum, weil die Bereicherung aufgehört hat; was für den Fall gelte, da die schuldige Species durch Schuld des Obligirten zu Grunde gegangen oder verschlechtert ist, versteht sich hiernach von selbst⁵⁴⁾. Nicht minder richtet sich der Fall, da die Sache verloren geht, oder veräußert wird, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 278 2. u. ad 2): so daß wenn die Sache nicht unwiderbringlich (absolut) verloren oder wenn sie bloß veräußert ist, die Obligation auf idem fort dauert; freilich nicht ohne eine gewisse Ermäßigung für den Fall schuldlosen Verlustes; denn namentlich in dem Falle schuldloser Veräußerung ist ihm nachgelassen, anstatt der Sache den Erlös so weit er ihn selbst oder aus ihm hat, zu restituiren⁵⁵⁾, und wenn er nichts mehr hat, absolvirt zu

51) I. 26 §. 12 cit. — Sed hae operae recipiunt aestimationem — posse condici, quanti operas essem conducturus — I 65 §. 7 cit. — pecuniam condicam — §. 8 eod. — teneberis ad pretium ejus — I 10 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 — pecunia condicetur —

52) I. 7 §. 1 I. 8 pr. D. cond. furt. 13, 1 — zusammenhängend wohl damit, daß hier der Verlierende Eigenthümer bleibt, — sich durch Auflassung des Eigenthums denn auch der condictio begeben kann (I. 10 §. 2 §. 3 I. 11 I. 12 eod.).

53) Der anfängliche Gegenstand ist dahin, und eine Perpetuation oder ein Ersatz in Ermangelung von culpa oder mora nicht eingetreten (§. 276 §. 266 Nr. 3 S. 247 Abs. 1 a. G.).

54) Hier ist bei der Strengrechtlichkeit der condictio die Obligation perpetuirt, d. i. trotz Unterganges der Sache auf dieser selbst beharrend, und in ihren ganzen oder theilweisen Werth zu kondemniren (s. die vorige Anm.) — eine Verschuldung aber nur bei Kenntniß der wirklichen Sachlage denkbar — dann aber (in Ermangelung einer Entschuldigung) wohl omnis culpa zu prästiren.

55) I. 26 §. 12 D. cond. ind. 12, 6 — hominem indebitum (dedi) et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes — eine der Stellen, worauf sich die alte Lehre stützt (s. z. B. Arnolds §. 341 Anm. 9). Allein was hier refundirt wird ist nicht in obligatione; in dieser ist ipsum corpus (si paret eum hominem dare oportere), und in dieses wäre der Obligirte auch zu kondemniren, wenn er nicht restituiren wollte was er ex pretio hat; was

werden⁵⁶⁾; gleich einer Veräußerung gegen dauernden Entgelt wird die Konsumtion behandelt⁵⁷⁾. Schuldlos unwiderbringlicher Verlust befreit wie *casus*, verschuldeter *perpetuirt*, er mag ein absoluter oder relativer sein⁵⁸⁾. — Ist tantundem in obligatione, so kann, ob nun tantundem der Gattung oder dem Werthe nach schuldig ist, auf das was der Obligirte hat, nicht mehr ankommen; was er bekam, ist er vorherein nicht schuldig, und was er schuldig ist — das Genus — die Aestimation — kann er so wenig haben als verlieren. Diese Konsequenz hat nichts aufstößiges wo Dinge, welche in natura nicht zurückerstattet werden können, grundlos übergegangen sind und also die Aestimation in obligationem gekommen ist; hart dagegen berührt sie uns da wo Geld z. B. aus beiderseitigem Irrthum *indebite* gezahlt und in Empfang genommen wurde, und Em-

er *ex pretio* hat, kommt erst in *actionem*, jedenfalls zur Würdigung des Richters, vielleicht aber auch schon in die *formula actionis*, als eine Art *exceptio* oder Kondemnationsklausel (etwa: *nisi sine fraude eam rem distrahit, neve dolo malo quod ex pretio habet non restituit*); seine Restitution ist Grund zur Absolution, nur der homo selbst Gegenstand der Kondemnation, Prästation. Zu dieser Alternative von Prästation und Restitution vgl. §. 270 S. 285 Anm. 36. Gegenansprüche aus Aufwand auf die Sache scheint der Richter hier ohne formulare Ermächtigung berücksichtigen zu können (l. 5 pr. inf. D. cond. e. d. i. n. S. 12, 4); — sollte der Richter auch auf Restitution ohne *exceptio* erkannt haben, dann war die *condictio* in der That eine *arbitraria actio* (vgl. §. 278 Anm. 13 und das was über die *condictio de eo quod certo loco* in §. 279c Nr. 2 vorkommt

56) Dies verlangt die Konsequenz. Wenn absolvirt wird, wer den noch übrigen Pfennig restituirt, muß absolvirt werden, wer nichts restituirt, weil er nichts mehr hat.

57) Nach dem Muster von l. 26 §. 12 cit. dürfte nämlich l. 65 §. 8 D. cond. ind. 12, 6 zu fassen sein: *In frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet*. Angenommen nämlich, daß hier idem in obligationem kommt (Anm. 47), werden wir auch diese Obligation bis zur Kondemnation unverändert fortbauend, das *pretium* aber als den Werth denken dürfen, welchen der Obligirte in Gestalt der Konsumtion aus der Sache gezogen hat und noch hat, und darum restituiren muß, wenn er nicht kondemniert werden soll. Zwar scheint *pretium* als Inhalt der Obligation selbst, nicht bloß als das was in *actionem* venit, hingestellt zu sein (*pretium repetet*); bedenkt man aber, daß in diesem Falle idem schlechterdings nicht mehr zu bekommen ist, und daß der Konditionsberechtigte überall *pretium* bekommt, es mag nun kondemniert (prästirt), oder restituirt werden, so ist leicht möglich, daß das *pretium repetet* nur im Gedanken an den Erfolg der Forderung, nicht in dem an die Konzeption der Formel gesetzt sei.

58) arg. l. 26 §. 12 cit. — *sine fraude* etc.

pfänger nun ohne Rücksicht auf das Schicksal des empfangenen Geldes tantundem prästiren soll. Allein ohne Rechtfertigung ist sie auch hier nicht ⁵⁹⁾). Eine Probe für ihre Richtigkeit aber liegt darin, daß Einschränkungen auf die noch vorhandene Bereicherung nur in der *condemnatio*, also nicht in *intentione*, *obligatione*, und daß sie nur unter besonderen Umständen vorkommen ^{59a)}).

Gegenstand der *sine causa ec.* sind nicht bloß Sachen, welche buchstäblich und unmittelbar aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen gekommen sind, sondern auch Sachen, welche dieser aus den grundlos vom Anderen erworbenen Sachen gewonnen ⁶⁰⁾, oder möglicherweise Dinge, welche er mittelst fremder Sache von einem Dritten (d. i. einem Anderen als dem Eigenthümer der Sache) erworben hat ⁶¹⁾. Was namentlich die Früchte anlangt, die jemand aus grundlos erworbenen Sachen gewonnen hat (Anm. 60), so sind sie gleich der Sache, woraus sie gewonnen wurden, selbst auch

59) Steht einmal fest, daß der Empfänger einer Zahlung im Falle der Grundlosigkeit tantundem schuldig werde, dann liegt hierin die Vorschrift, jede Zahlung (wie im Konto-Kurrent) als *credita pecunia* zu behandeln, gleich dieser zu hüten und eventuell zu prästiren — eine Vorschrift, welche denjenigen trifft, der sich grundlos zahlen läßt, und diesem gegenüber so unbillig nicht ist. Gilt bei anderen Jungibilitäten nicht dasselbe (Anm. 47), so ist doch auch keine andere Jungibilität so absolut jungibel, wie das Geld (in *frumento ind. solato et bonitas est*), auch keine außer dem Geld Gegenstand einer kontokurrenten Buchung. Dazu kommt, daß auf Billigkeit zwar das Institut, mit nichten auch der einzelne Fall unserer Konditionen beruht (Anm. 15. 16).

59a) l. 66 D. solut. 46, 3 l. 5 D. don. i. v. e. u. 24, 1. Erleben, a. a. D. S. 185 fg. S. 202 fg.

60) Früchte, und zwar 1) *fructus naturales*: l. 15 pr. l. 65 §. 5 l. 26 §. 12 D. cond. ind. 12, 6 l. 7 §. 1 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 l. 38 §. 1 D. usur. 22, 1 l. 4 §. 1 D. r. cr. 12, 1 l. 18 D. exc. 44, 1 l. 22 §. 2 D. pign. act. 13, 7 — 2) *civiles*: l. 55 D. cond. ind. 12, 6; — *partus ancillae*: l. 7 §. 1 cit.

61) *pretia* aus veräußerten fremden Sachen: l. 23 §. 1 D. r. cr. 12, 1, trotzdem *pretium hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percipitur* (l. 21 pr. D. her. v. a. vend. 18, 4) — Sachen aus verausgabtem fremdem Gelde: l. 24 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 31 §. 1 D. r. cr. 12, 1. Näheres hierüber §. 302 Anm. 8. Was jemand mittelst eigener, wenngleich grundlos erworbenen Sachen von einem Dritten erwirbt, wird nicht Gegenstand der *Obligation*, *Kondition*; als solcher steht hier die Sache da, mittelst deren erworben wurde; das was er mittelst ihrer erwarb, kann nur in *actionem*, *condemnationem* kommen (s. oben zu Anm. 55. 56).

grundlos erworben, kommen also gleich jener und nach ihr selbst auch in obligationem, und können daher gleich jener selbst auch kondizirt werden, und zwar ebensowohl für sich allein, als mit und neben jener ⁶²⁾; weder hier noch dort sind sie als Nebensache zu denken; Nebensachen kommen in diesen st. j. actiones überhaupt nicht vor ⁶³⁾. Früchte die man aus fremden, aber ex justa causa und bona fide erworbenen Sachen, also nicht grundlos, erwirbt, können nebenjächlich vindizirt, durch Konsumtion lukrirt, niemals kondizirt werden (§. 145 S. 551); Früchte die man aus fremden und unrechtmäßig besessenen Sachen (als praedo) erwirbt, müssen vindizirt und können, wenn konsumirt, kondizirt werden (§. 145 Anm. 42). Daß gegen denjenigen, welcher aus der per errorem indebite oder sonstwie grundlos erworbenen Sache Früchte perzipirt, letztere kondizirt werden können (Anm. 62), enthält keinen Widerspruch, weder gegen das Fruchtrecht des bonae fidei possessor (§. 143 I. 1. §. 145, insb. zu Anm. 42), noch gegen den Satz, daß der ex justa causa besitzende bonae fidei possessor den Erlös oder Gewinn aus der Sache nicht hinauszugeben brauche (§. 302 bes. Anm. 8). Zwar darauf daß hier der Empfänger Eigenthümer, nicht bloß bonae fidei possessor wird, kann man sich nicht stützen; denn wäre der bonae fidei possessor restitutionsfrei, so müßte es der Eigenthümer nur um so mehr sein. Wohl dagegen kommt in Betracht, daß unser Eigenthümer, wenn er bloßer bonae fidei

62) für sich allein: l. 26 §. 12 D. cond. ind. 12, 6 — fundum indebitum dedi et fructus condico — l. 33 §. 2 cf. §. 1 D. usur. 22, 1 l. 7 §. 1 D. cond. e. d. e. n. s. 12, 4 — fructus quoque (condici) poterunt —; mit u. neben der Sache selbst: l. 15 pr. D. cond. ind. 12, 6 und allenfalls l. 38 §. 1 cit.

63) l. 15 pr. cit. scheint freilich das Gegenteil zu sagen, da von Accessionen die Rede ist, welche nach der „naturalen“ Beschaffenheit dieser Konditionen „in conditionem kommen“, und namentlich fructus quos is cui solutum est bona fide percepit, „in conditionem venient“. Indessen kann conditio hier ebensowohl die Obligation, Schuld, als die Aktion bedeuten, und folgericht auch das Naturale der Kondition darin bestehen, daß dasjenige was der grundlos empfangenen Sache als Zuwachs oder Frucht accedit, gleich der Hauptsache selbst als grundlos empfangen erscheint und gleich jener zum Gegenstand der Kondition wird, und mit in die Obligation (nicht bloße Aktion) fällt. Zum Belege des im Texte ausgesprochenen Satzes s. l. 1 C. cond. ind. 4, 5 — usuras .. ejus summae praestari tibi frustra desideras; actione enim conditionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est. Cf. l. 13 C. usur. 4, 32.

possessor wäre, unter den obwaltenden Umständen zwar bona fide, aber (weil indebite) ohne justa causa, also grundlos besäße, mithin auch als bonae fidei possessor kein einigermaßen sicheres Recht auf die perzipirten Früchte (§. 302 Anm. 10), geschweige denn ein solches auf den Erlös aus der Sache hätte (§. 302 Anm. 8).

Den Unterschied von idem und tantundem im Inhalte unserer Obligation durchkreuzt die aktionenrechtliche Scheidung von certi und incerti condictio. Certi conditionem haben wir sowohl da, wo die obligatio auf tantundem, als da wo sie auf idem geht (certae pecuniae condictio — certae rei condictio bei grundlosem Zugang von Sachen spezifischer Art, sowie von Quantitäten, welche nicht Geld sind (Anm. 47); incerti conditionem haben wir da, wo die obligatio wiederum auf tantundem, und nur da wo sie auf tantundem geht; hier aber nur dann wenn der grundlose Vermögenszugang in Dingen stattfand, welche in natura nicht zurückerstattet werden können oder nur als Aktionen, Liberationen dem Vermögen des Erwerbers zu gute kommen (zu Anm. 48 u. fg.), mithin nur aestimatio (tantundem §. 517) in obligationem kommen kann⁶⁴). Wird condictio possessionis so hingestellt, als ob possessio selbst intendirt werde⁶⁵, so bildet doch auch hier nur eine aestimatio d. h. ein quidquid d. f. o. die Intention und ist also auch sie überall incerti⁶⁶).

§. 301.

Condictio furtiva.

D. de cond. furtiva 13, 1 C. eodem 4, 8 §. ult. J. de obl. quae ex del. 4, 1.

Entwendet, anstatt zugewendet, ist die res furtiva nicht bloß sine justa causa, sondern ex injusta causa beim Dieb

64) I. 3 D. cond. s. c. 12, 7 l. 12 D. nov. 46, 2 l. 5 §. 1 D. usufr. ear. rer. 7, 5. Ist in den Fällen grundloser Promission oder Liberation zuweilen gesagt, daß ipsa obligatio oder liberatio oder omissa cautio fondizirt wird (z. B. l. 1 pr. D. cond. s. c. 12, 6; l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1; l. 5 §. 1 cit.), so ist gleichwol nur incerti c. gemeint (l. 3 D. cond. 12, 7 l. 5 §. 1 cit.) Möglicherweise erwirkt aber der Beklagte hier Absolution dadurch, daß er acceptilirt, promittirt, kavirt; insofern geht die condictio auch darauf ut liberetur etc.: z. B. l. 7 pr. §. 1 D. d. m. exc. 44, 4.

65) z. B. l. 2 D. trit. cond. 13, 3 l. 25 §. 1 D. furt. 47, 2.

66) M Voigt, § 329 Anm 277. arg. l. 12 § 2 D. cond. furt. 13, 1, sowie der Umstand, daß possessio nicht res ist, ihre condictio also nicht zu der auf res ipsa zählen kann.

und seinen Universalsuccessoren. In ausgezeichnet rechtswidriger Weise erworben wird sie, wengleich nicht im Vermögen des Diebes, von diesem und seinen Universalsuccessoren dennoch geschuldet¹⁾ und also Gegenstand einer Schuldklage (*condictio*), geschuldet überdies auch ohne Interpellation mit den Folgen der *mora solvendi*²⁾. Trotzdem *res ipsa* kondizirt wird³⁾, kommt im Schätzungsfalle nicht bloß *verum rei pretium*, sondern das ganze Interesse des Kondizenten in die Klage⁴⁾, und als Interesse der höchste Werth, den die Sache seit der Entwendung gehabt hat⁵⁾. Auch wird *res ipsa* in allen den Wandlungen schuldig, welche sie vom Augenblicke der Entwendung an durchmacht; in Ansehung der *furti actio* und *condictio furtiva* bleibt die entwendete Sache trotz Spezifikation *res ipsa* (§. 149 Num. 28); es liegt beim Kondizenten, ob er diese in der früheren oder in ihrer gegenwärtigen Gestalt zurückfordern, eventuell geschätzt und ersetzt haben will⁶⁾, ohne dabei Spezifikations-, Produktions- oder Meliorationskosten sich abziehen lassen

1) Wollte man daß *dare oportere* der *condictio furtiva* anstatt historisch (§. 300 Num. 24, 25) dogmatisch zu erklären versuchen, so möchte man in jenen Worten den Schuldgedanken — daß der Dieb auf alle Fälle mit seinem Vermögen prästiren müsse — ausgedrückt finden; demselben Gedanken entspricht es, daß er ohne weiteres in *mora* ist (Num. 2. 33).

2) §. 272 Num. 37; l. 8 §. 1 D. h. t. — *semper enim moram facere videtur* l. 17 D. h. t. — *mora quae eveniebat ex furto* l. 20 eod. — *quia videtur . . . semper in restituendo ea quae nec debuit auferre, moram facere* — also Fortbestand der *condictio*, wenn die Sache ohne vorgängige *purgatio morae* zu Grunde geht (l. 8 pr. 1 20 l. 16 D. l. 2 C. h. t. §. 273, 2) und Haftung auch für die Früchte (l. 8 §. 2 D. h. t. — §. 273, 1). *Purgatio* der *mora* (und damit Aufhebung der *condictio* — Num. 33) erfolgt nur durch Oblation, nicht etwa durch *damni pro fure decisio* (l. 7 pr. eod.) oder Bereitschaft zur Aufnahme des Konditionsprozesses (l. 20 eod.); Novation der Konditionsobligation dagegen ist *Solutio*: l. 17 eod.

3) l. 7 §. 1 D. l. 8 pr. D. h. t. — §. 300 Num. 44. Nach l. 8 pr. D. h. t. scheint sich zwar die *condictio rei ipsius* nach Untergang der letzteren in eine *condictio incerti (aestimationis)* zu verwandeln; es ist aber wohl möglich, daß der Gegenstand der *condictio* zuweilen nach dem der *condemnatio* anstatt der *intentio* bezeichnet wird.

4) l. 3 D. h. t. — *id venire in conditionem certum est, quod intersit agentis* —

5) l. 8 §. 1 D. h. t. — *cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur . . . id tempus spectandum quo unquam plurimi fuit* — vgl. §. 281c Num. 21.

6) l. 13 l. 14 §. 2 §. 3 D. h. t. l. 52 §. 14 D. furt. 47, 2

zu müssen 7); ipso jure kann er beides fordern, die alte und die neue Sache; es begegnet ihm aber *exceptio doli*, wenn er nach Erlangung der einen oder anderen oder ihres Werthes auch noch auf die andere klagt 8). — Der Entwendung gleichgestellt ist jede Aneignung, welche noch unter den Begriff des *furtum* fällt 9); nur darf der Bestohlene nicht trotzdem *furtum* vorliegt, schließlich dennoch den Besitz haben 10). Uebrigens erstreckt sich *condictio furtiva* auf Dejection 11) und einige andere Besitz-Entziehung- oder Vorenthaltungsfälle 12). —

7) l. 13 cit.

8) l. 14 §. 2 cit.

9) also namentlich der Raub: l. 10 §. 1 D. h. t. l. 1 §. 1 D. cond. trit. 13, 3, ferner eine Entwendung, welche sich mit Zuwendung verbindet: l. 18 eod. — *furtum sit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit* — l. 43 pr. l. 80 §. 6 D. furt. 47, 2 l. 38 §. 1 D. solut. 46, 3. In l. 18 cit. wird zur Begründung der *condictio furt.* ein mehreres als wissentliche Annahme des *indebitum* nicht vorausgesetzt; nichtsdestoweniger fordern Franke (Beitr. I. S. 95 fgg.), Schirmer, Zeitschr. f. Civl. u. P. R. §. Bd. 11 S. 159 u. A. m., daß eine Vorspiegelung seitens des Empfängers hinzukommen müsse, — wie das in den übrigen II. citt. der Fall, keineswegs aber als *conditio sine qua non* vorkommt. So denn auch namentlich Bangerow, §. 625 Anm. 1 Nr. III. und mit ihm Windscheid, §. 420 Anm. 16, Seuffert, f. §. 426 Anm. 19. Uebrigens bleibt es dem Zahler unbenommen, anstatt *condictione furtiva* mit *condictio indebiti* zu klagen; vorausgesetzt nur, daß *nummi consumti etc.* sind. Daher kann es kommen, daß dem Einen (der *suis nummis* für einen Anderen in *debitum* gezahlt hat) *furtiva*, dem Anderen (der *ratihabirt* hat) *indebiti condictio* zusteht (l. 80 §. 7 D. furt. 47, 2) — wornach die *condictio* des *Ratiohabenten* auch in l. 18 D. h. t. die *indebiti cond.* ist.

10) wie dies beim *furtum manifestum* möglich ist: l. 10 pr. D. h. t. Nur in diesem Sinn, nicht als ob *condictio furt.* nicht auch gegen Unterschlagung u. dgl. m. ginge, setzt dieselbe „Ablation“ voraus: l. 21 §. 10 D. furt. 47, 2; nur bei *furtum manifestum* ist *actio furti* noch möglich, wo *cond. furt.* es nicht mehr ist (anders Bekker, Recht d. Besitzes bei d. Römern 1880. S. 90 unten u. S. 91 a. G.)

11) l. 2 D. cond. trit. 13, 3 cf. l. 1 §. ult. eod.

12) Wenn *extinctae res, licet vindicari non possunt, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt* (Gaj. 2, 79), so scheint damit ausgesprochen, daß es eine *furtiva condictio*, oder doch eine mit dem Rechte derselben ausgestattete *condictio* auch ohne *furtum* gibt, — u. G. in den Fällen der *injusta possessio*, wohin bereits die Dejection, namentlich aber auch der anvertraute Besitz vom Augenblicke der Vorenthaltung an (zu §. 136 Anm. 5 u. l. 22 §. 1 D. non. act. 9, 4 vgl. l. 1 §. 9 l. 2 D. uti poss. 43, 17. Savigny, Besitz. 7. Aufl. S. 103), möglicherweise also die Fälle der l. 4 §. 1 D. r. cr. 12, 1 l. 19 §. 2 D. prec. 43, 26, — wohin aber auch die *der vi fluminis importata (et retenta)* gehören können (l. 4 §. 2 D. r. cr. 12, 1. Vgl. oben §. 300 Anm. 23 S. 509 unten.) Strenger schließt Hering, Jahrb. XVI S. 251 fg. mit dem „*subripere*“ in dem antiquirten Falle der l. 1 §. 1 D. si is qui test. lib. 47, 4,

Liegt nur *furtum possessionis*¹³⁾ vor, so ist auch nur *possessionis condictio* (§. 300 Anm. 23) möglich; verschieden hievon ist der Fall wo *furtum rei* vorliegt, und aber ein Anderer als der Eigenthümer *possessionem* hatte; hier haben wir *condictionem rei furtivae* und *possessionis* nebeneinander (s. unten zu Anm. 23 u. 28). — Daraus, daß bei der *cond. rei furtivae* Kläger Eigenthümer sein darf, folgt nicht, daß er es überall sein müsse, oder daß es Beklagter nicht sein könne¹⁴⁾.

Außer dem Thäter selbst und seinen Universalsuccessoren ist mit dieser *condictio* Niemand belangbar¹⁵⁾. Selbst der Thäter ist unbelangbar, wenn ihm die Macht sich selbständig kontraktlich zu obligiren abgeht¹⁶⁾: unter Ehegatten wird die *condictio furtiva* bald durch *rerum amotarum actio*¹⁷⁾, bald durch eine *condictio ex injusta causa*¹⁸⁾ ersetzt, bald aber allein, unter Verfassung der *actio furti*, gewährt¹⁹⁾. Die Erben des Thäters succediren in dessen Obligation, haften also unabhängig von Besitz oder Existenz der Sache²⁰⁾, und was immer sie be-

mit den Räubern (l. 2 §. 26 D. vi bon. rapt. 47, 8) und ihresgleichen (abigei, expilatores, effractores) ab, während Windscheib (Programm 1878 S. 17) sich uns nähernd fragt: „ob vielleicht unredliche Besitzer, die trotz Mahnung nicht herausgeben“?

13) l. 1 §. 3 D. furt. 47, 2 vgl. §. 10 J. de o. quae ex del. 4, 1. Ob auch l. 15 §. 1 D. h. t. 47, 2, nach der Glosse zum *furtum poss.* in l. 1 §. 3 cit.?

14) Bd. 1 S. 577 u nun Bekker, Recht d. Besitzes b. d. Römern 1880 S. 28 Anm. 1. Ob freilich auch, in dem Fall der l. 18 D. h. t. Eigenthum beim Beklagten sei (Denselben S. 29 Anm. 1) ist fraglich.

15) l. 5 D. h. t. — nunquam enim ea conditione alius quam qui ipse fecit tenetur, aut heres ejus. l. 7 §. 2 eod. — quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus — also weder der Vater, noch der Helfer oder intellektuelle Urheber l. 5 l. 6 eod. Die *condictio*, welche nach l. 4 u. l. 19 eod. de eo quod ad eum pervenit wider den Gewalthaber des Thäters geht, kann also nicht mehr *cond. furtiva*, sondern nur *cond. ex injusta causa* sein; die daneben angezogene *noxalis actio* ist keine *condictio*.

16) Sklaven konnten nur *poenam* flagbar schuldig werden (§. 220 S. 46), mithin trotz eigener Thäterschaft unserer reipersekutorischen (l. 7 §. 2 D. h. t.) *condictio* nicht verfallen (l. 15 D. h. t.); ein gleiches müssen wir für Unmündige behaupten, umso mehr für *furiosi* und *infantes*; als Erben können freilich Alle belangbar werden: l. 2 D. h. t.

17) l. 26 D. rer. amot. 25, 2 *Rerum amotarum actio condictio est.* vgl. l. 25 l. 1 eod.

18) l. 25 eod.

19) l. 3 §. 2 eod.

20) l. 7 §. 2 D. h. t.

sitzen, nach Maßgabe ihrer Erbtheile, nicht ihrer Bereicherung²¹⁾. Sind der Thäter mehrere, so haften sie solidarisch ganz so wie bei anderen Schadensersatzklagen (Anm. 31 gegen Ende).

Das Kondiktionsrecht erwirbt wer zur Zeit der Entwendung Eigenthümer ist²²⁾; neben ihm aber auch wer zu derselben Zeit bloßen Besitz hatte²³⁾. Einmal erworben geht es bloß auf Universalsuccessoren über²⁴⁾, und durch den Verlust des Eigenthums, wenn dieser nicht auf dem Willen des Eigenthümers selbst beruht, nicht unter²⁵⁾. Im Besitze oder Besitzer braucht der Eigenthümer zur Zeit der Entwendung nicht zu sein, damit er Kondiktionsrecht erwerbe²⁶⁾; anders als *actio furti* entgeht *condictio furtiva* dem Eigenthümer auch dann nicht, wenn derjenige bei dem die Sache entwendet wurde, nicht bloß Detention und *actionem furti*, sondern z. B. als Pfandgläubiger

21) l. 9 D. h. t.

22) Falsch wäre es, etwa nach l. 1 D. h. t. (*Soli . . domino competit*) zu sagen: *cond. furtiva* stehe dem Eigenthümer zu; denn dem Singularsuccessor des bestohlenen Eigenthümers steht sie schon nicht mehr zu; — theils falsch theils zweideutig wäre es, etwa nach l. 11 zu sagen: *cond. furtiva* stehe dem Eigenthümer zu, dem entwendet wurde (*ei . . cui res subrepta est*); denn dem Erben steht sie zu, ohne daß „ihm“ entwendet wurde; ferner ist buchstäblich nicht „dem“ Eigenthümer entwendet, wenn dem Pfandgläubiger zc. (Anm. 23) entwendet wurde; und doch hat er *condictionem*. S. unten zu Anm. 27 u. 28. — Eine Konsequenz unseres Satzes in Ansehung der *fructus pendentes* s. l. 12 §. 5 D. *usufr.* 7. 1. Daß Tutoren und Kuratoren die Klage haben, ist nichts besonderes; denn sie haben sie nur als *personam domini sustinentes* und *eorum nomine*: l. 56 §. 4 D. *furt.* 47. 2.

23) l. 12 §. 2 D. h. t. trotz l. 14 §. 16 in f. l. 80 §. 7 D. *furt.* 47, 2 cf. l. 22 pr. D. *pign. act.* 13, 7 l. 2 D. *cond. trit.* 13, 3; oben S. 508 u. Anm. 23. Gegen die alte Meinung, daß die in l. 12 §. 2 citirte *incerti condictio* keine *furtiva* c sei, s. Glück, *Comm.* Bd. 13 S. 224 Anm. 12.

24) l. 11 D. h. t. — *nec legatarius condicere potest* — *competit . . vel heredi ejus* —

25) l. 12 pr. l. 10 §. 2 D. h. t. *Tandiu . . condictioni locus erit, donec domini facto dominium ejus ab eo recedat* — z. B. Vermächtniß, Veräußerung II. *citt.*, Provokation zur *communi div.* a. l. 12 §. 1 D. h. t. Wie wenn die Veräußerung eine bedingte, und die Sache pendente *conditione* entwendet ist? l. 14 pr. D. h. t.

26) l. 12 D. h. t. — *Si res mihi subrepta tua remaneat* (wie wenn sie z. B. mir dem *commodatar* entwendet ist), *aeque condices*. Daß hier an eine Entwendung vom Detentor gedacht sei, s. auch die Glosse. So wenig aber als Detentor braucht Kondizent Besitzer gewesen zu sein (arg. Anm. 22 u. 23). Die Behauptung Glück's (*Comm.* Bd. 13 S. 219, 3), daß Kondizent „die gestohlene wirklich im Besitz gehabt“ haben müsse, hat nichts für sich, namentlich nicht den hiesür citirten Voët ad *Pand. h. t.* §. 2.

(Ann. 23) den Besitz selbst hatte und possessionis conditionem erwarb²⁷⁾; beiderlei Konditionen kommen hier unabhängig von einander zur Durchführung²⁸⁾. Wo dagegen mit der e. furtiva des Einen e. indebiti des Anderen konkurriert (Ann. 9 a. E.), kann nur einmal geklagt werden²⁹⁾. Furti actio und conditio furtiva bestehen wieder unabhängig von einander³⁰⁾; nicht so ganz rei vindicatio und furtiva conditio; denn beide sind reipersekutorisch³¹⁾.

27) Die Praxis ist geneigt allen die furti actionem hatten, also auch bloßen Detentoren, conditionem furtivam (incerti) zu geben (s. Glück u. Voët a. a. O.) — verkennend freilich, daß die incerti conditio in den Fällen der Ann. 23 possessionis conditio ist.

28) wenigstens enthalten die Quellen nichts was dem entgegenstände. Autoren, welche freilich nicht nur Eigenthum, sondern auch Besitz zur Entstehung der cond. furt. fordern (Glück a. a. O. Ann. 100), können keine Konkurrenz von conditio furtiva possessionis und rei zugeben.

29) l. 18 D. h. t. — altera conditione altera tollitur.

30) l. 7 pr. §. 1 D. h. t. l. 55 (54) §. 3 D. furt. 47, 2

31) so daß nach Durchsetzung der rei vindicatio zwar noch etwas für die conditio furtiva, nicht aber auch umgekehrt übrig sein kann. Uebrigens besteht ein alter Streit, ob die conditio furt. reipersekutorisch oder poenal sei (Glück E. 231 fg. Windscheid § 425 Ann. 4). Da die Quellen sie ausdrücklich als reipersekutorische bezeichnen (l. 7 § 2 cit. l. 55 (54) §. 3 D. furt. 47, 2) und der Strafflage entgegensetzen (l. 7 § 1 eod.), so ist dieser Streit nur aus der Vorstellung erklärlich, als ob alle aus Delikten entspringende Klagen, mithin auch furtiva conditio Strafflagen sein müßten. Allein nicht jede zufolge Delikts gegebene Klage ist auch schon Strafflage; sie muß überdies strafhalber aufgestellt sein (Bd. 1 §. 85 Num. 17—19). Vekteres ist hier nicht der Fall; odio furum ist zu der Strafflage (actio furti) nicht eine Straf- (d. h. eine aus dem Unrecht des Damnikanten geschöpfte) Klage, sondern zu den das Recht des Damnikanten verfolgenden (reipp.) Klagen (rei vindicatio, actio ad exhibendum) eine weitere und ergiebigere Rechtsklage (reipersecutio) hinzugefügt worden, indem man aus dem Thatbestand des furtum nicht nur eine Delikts- oder Unrechtsschuld (actio furti), sondern auch eine (quasikontraktliche) Realschuld ableitete. Dem widerspricht in dem ganzen Rechte der conditio furtiva lediglich nichts: nicht die Solidarität der Haftung unter mehreren Dieben; denn diese ist nicht etwa die wie sie bei actio furti sondern so wie sie bei jeder Schadenersatzklage ist (l. 1 C. h. t. — electionem esse, actum demum, si ab uno satisfactum sit, ceteros liberari — (§. 233. I. 2 §. 235. 2. 3) — nicht das noxae servum dedere potest in l. 4 D. h. t.; denn damit ist keine noxalis actio, sondern nur eine weitere Modifikation gemeint, welche die conditio erleidet, wenn sie gegen den Herrn des diebischen Sklaven (Ann. 15) stattfindet (Haftung bis zu dem quod ad eum pervenit, und Verkauf von dem Uebrigen durch Ueberlassung des Sklaven); s. dagegen Windscheid a. a. O., der u. a. hieraus unsere conditio „ihrer wesentlichen Natur nach Deliktsklage“ sein läßt. Selbstverständlich wird die Realschuld dadurch daß der Dieb sofort in mora und zum Ersatz aus äußerster Verhalten ist, nicht schon zur poena.

Dem reipersefutorischen Charakter unserer *condictio* entspricht es, daß sie nach Wiedererlangung der Sache (*recepta re*) erlischt³²⁾; bemerkenswerther ist, daß schon durch Oblation nicht bloß die *Mora*, sondern die *condictio* selbst untergehen soll³³⁾.

§. 302.

Condictio ob turpem vel injustam causam.

(D. 12, 5 C. ob inj. c. 4, 7 C. de cond. ex . . injusta causa 4, 9).

Seiner Gattung nach rechtmäßig, allein nach der Besonderheit

a) seines Grundes unrechtmäßig, darum einer *condictio ex injusta causa* 1), (d. h. *condictio rerum ex injusta causa acquisitarum*) unterworfen 2), ist der Erwerb z. B. aus verbotener Schenkung 3), aus erzwungener Promission 4), aus verbotenem Spiele 5), Vergleiche 6), aber auch aus fremder Sache, wenn man denselben ohne ein hierauf zustehendes Recht macht 7);

32) l. 55 (54) §. 3 D. furt. 47, 2.

33) l. 17 D. h. t. — als ob diese Schuld von der *mora* untrennbar sei vgl. Anm. 1. — Wegen anderer Erlöschungsfälle s. Anm. 2: 25, 29.

1) *causa* bedeutet hier weder den über die Vermögenszuwendung hinausliegenden Zweck (*res, causa futura, causa ob quam*), noch das derselben vorausgegangene Motiv (*causa praeterita, Ursache*); vielmehr ist sie diesmal, wie die Beispiele zu Anm. 3—7 zeigen, das die Vermögenszuwendung enthaltende Geschäft selbst als gewissermaßen die *proxima* (unter den obwaltenden Umständen unrechtmäßige) *causa* des Erwerbes (Erwerbsgrund).

2) l. 25 D. rer. amot. 25, 2 — *jure gentium condici posse puto res ab his qui non ex justa causa possident* — l. 6 D. h. t. — *veterum opinionem . . quod ex inj. c. apud aliquem sit, posse condici.*

3) l. 6 D. don. i. v. e. u. *Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet* cf. l. 5 ult. eod.; — also *donatio intra virum et uxorem: ll. citt.*; — *immodica donatio: l. 21 §. 1 D. don. 39, 5* — *in hoc quod legis modum excedit, habeo contra te conditionem.*

4) l. 7 D. h. t. *Ex ea stipulatione quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.*

5) l. 4 §. 1 §. 2 D. aleat. 11, 5 l. 1 C. aleat. 3, 43.

6) l. 23 §. D. cond. ind. 12, 6 — trotzdem diese Stelle unter dem Titel *der ind. cond.* steht. —

7) 1) „*fructus ex injusta causa percepti condicendi sunt* —“ z. B. gegen Pfandgläubiger, Pächter die ohne Konzession, oder über die Zeit hinaus erndten (l. 4 §. 1 D. r. cr. 12, 1), gegen *malae f. possessores, praedones* (l. 15 D. usur. 22, 1 l. 4 §. 2 in f. D. fin. r. 10, 1 l. 3 C. cond. ex leg. 4, 9 l. 22 §. 2 D. pign. act. 13, 17), vorausgesetzt überall, daß sie nicht nur *percepti*, sondern auch *consumti* sind (ll. citt.).

dem nicht nur gutgläubigen, sondern auch wahrhaft *ex justa causa* besitzenden *bonae fidei possessor* steht ein Recht nicht nur auf die Früchte, sondern auch auf den Erlös und jeden anderen Erwerb aus der Sache zu *); dem der einen bloß pu-

Was von den *fructus naturales* gilt auch von den *civiles*: l. 55 D. cond. ind. 12, 6 (wofelbst der *domino obligatus* sc. *praedo* am Eingang auf die *cond. ex inj. causa* des *dominus*, dagegen die *condictio* am Ende — *praedoni fructus posse condici* — auf die *condictio indebiti* des an den *praedo* *indebiti* zahlenden Miethers *ic.* geht. Vgl. *Cujac. in libr. Quaest. Papin. ad h. l.* Der *bonae f. possessor* hat auf die Früchte ein Recht (*quoad fructus pene domini loco est* — *fructus consumptos suos facit* — §. 145 Num. 29. 31); — 2) anderweitiger, 3. B. durch den Verkauf der fremden Sache, oder durch Kauf mit fremdem Gelde erzielter Erwerb: l. 23 l. 31 §. 1 D. r. cr. 12, 1. Ob auch gegenüber dem Recht des *bonae f. possessor*, darüber s. Num. 8. Voraussetzung ist, daß dem *dominus* die Sache oder das Geld selbst verloren gegangen (unvindicirbar geworden) ist: l. 23 cit.: *mortuo eo* — l. 31 §. 1 cit.: *Si extant (nummi) vindicare eos dominus potest* — Vgl. über diese Voraussetzung Num. 9.

8) Das ist der innere Grund aus dem wir uns in dieser zwischen *Jhering* (*Doqm. Jahrb. XVI* S. 230 fgg. vgl. desselben *Abth.* aus dem *r. R.* S. 79—85) u. *Windscheid* (zwei Fragen aus d. *L. v. d. Verpflichtung* wegen ungerechtfertigter Bereicherung, *Programmi der Leipz. Jur. Fak.* 1878 und *Pandb.* §. 422 bes. Num. 8 4) mit dem Aufgebot aller Kräfte durchgekämpften Frage — ob der von einem *bonae fidei possessor* aus der Sache erzielte Erlös von dem Eigenthümer dann wenn die Sache selbst nicht mehr vindicirt werden kann — gegen jeden, oder nur gegen den bloß *putativ* titulirten *bonae fidei possessor* kondicirt werden könne — auf *Jhering's* Seite stellen. In einem „*Thatbestand, welcher Eigenthum gegeben haben würde, wenn er nicht irgend einen Mangel gehabt hätte*“ (*B. Programm* S. 33) geht der Titel des *bonae fidei possessor* nicht auf; in Verbindung mit *b. fides* und Besitz gibt er in *rem actionem*, mannigfaltigstes Klagerecht, Fruchtrecht, und überhaupt nur nicht *plenum jus domini* (§. 143); jedenfalls ist und heißt er *justa causa possessionis*, ist und heißt er der rechte und rechtmäßige Grund, aus welchem zunächst der Besitz der fremden Sache an ihn gekommen ist und auf welchem er weiterhin alle Befugniß und Macht des Eigenthums mit der minder vollen (*publizianischen*) Rechtswirkung ausübt, namentlich also die Sache verkauft. Daß gerade der *Kaufschilling* den er löst, und in sein Eigenthum bekommt, *sine justa causa* an ihn komme, ist — vorausgesetzt überall, daß *ex justa causa* besessen war — nicht denkbar; mit demselben Rechte müßten wir sonst das Eigenthum durch *Usufapion* u. *Spezifikation ex injusta causa* an ihn gelangen lassen. Ist demnach die Einnahme des *Kaufschillings* durch unseren *bonae fidei possessor* „gerechtfertigt“, und trägt sie gleich allem was der *bf. possessor* als solcher thut, den Stempel der *justa causa* an sich, so muß die *Kondicirung* desselben durch den Eigenthümer schlechthin, mag nun die Sache selbst noch vindicirbar sein oder nicht, ausgeschlossen sein; denn ist das „*sine justa causa*“ Lösung der *condictio s. c.*, so muß das Dasein der *justa causa* ihren Ausschluß bedeuten; daß der *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit* wird nicht im Gegensaße zum *pretium*, sondern in dem zu den *fructus extantes* ausgesprochen;

tativen, es sei nun einen bloß ausgebildeten, oder keinen rechtsbeständigen Titel hat, steht es nicht zu; wider ihn geht sine causa condictio auf den Erlös oder sonstigen Erwerb aus der von ihm veräußerten fremden Sache, sobald es sich entschieden

es ist eine Besonderheit, daß der bonae fidei possessor von den Früchten etwas zurückerstatten muß; daß er etwelche behält folgt der Regel, daß er den Gewinn behält (vgl. Fhering, Jahrb. XVI S. 257 oben). Bestätigend zu diesem aus dem Grunde der s. c. condictio u. der bonae fidei possessio geschöpften Entscheide kommen im allgemeinen hauptsächlich die Erwägung, daß der Eigenthümer vom periculum suae rei frei würde, wenn er nach Untergang der Sache pretium kondiziren könnte, — sowie daß in Konsequenz der gegnerischen Ansicht Bereicherungen, welche den bonae fidei possessor positiv nicht haftbar machen (Usufapion, Konsumtion), oder doch nicht der condictio unterworfen (Verbindung, Spezifikation) einer condictio s. c. unterliegen müßten (vgl. Fhering a. a. O. S. 278 fg.) Windscheid läßt zwar herkommen, daß die Bereicherung aus fremder Sache auch da, wo jene ohne Zuthun des Geschädigten erfolgt, durch den Zutritt eines Grundes gerechtfertigt sein könne (a. a. O. S. 30 Pandd. §. 422 zu Num. 4); daß aber die justa causa der b. f. possessio ein solcher Grund sei, wird von ihm (nicht sowohl widersprochen als wenn wir recht sehen) ignorirt. — An äußeren Gründen steht voran der, daß keine Stelle die condictio wider den wahrhaft titulirten b. f. possessor zuläßt, weder in Ansehung des aus dem Verkaufe erzielten Preises, noch wegen anderer mittelst der Sache gemachten Gewinnes oder Erwerbes. Bezüglich l. 23 l. 31 §. 1 D. r. cr. 12, l. 24 §. 1 D. a. e. e. v. 19, l. vgl. §. 300 Num. 11 und bemerke zu l. 31 §. 1 u. l. 24 §. 1, daß der ex peculio erfolgte Kauf einen titulus verus wohl für den dominus abgibt, dem das peculium gehört (arg. l. 31 §. 1. . . videndum ne dominus integram ex emto actionem habeat. . .), nicht auch für den b. f. possessor, dem das peculium nicht gehört; überdies meint Windscheid a. a. O. S. 14 selbst, daß die in diesen Stellen gewährte condictio eine von dem Käufer an den dominus cedirte indebiti condictio sein könnte. Offenbar ein bloßer Putativtitel liegt in l. 18 §. 1 D. r. cr. 12, l. vor. In l. 30 pr. D. a. e. e. v. 19, l. steht am Schlusse ausdrücklich eine condictio „quasi res mea ad te sine causa pervenerit“ zu; unmöglich kann also der Beklagte ex justa causa bekommen haben, wenn er gleich bona fide bekommen haben sollte; in der That hat er die zu kondizirenden nummi zwar bona fide, aber (da der Sklave sie gestohlen) nur als quasi peculiares, darum ohne wahren Titel, nicht etwa ex emto bekommen, wie es der Fall gewesen wäre, wenn sie in das mit samt dem Sklaven gekaufte peculium wirklich gehört hätten. Desgleichen werden wir denjenigen der nullo jure munitus fremde Sklaven verkauft (l. 1 C. reb. alien. 4, 51), und denjenigen der illicitam venditionem sich erlaubte (l. 1 C. comm. r. al. 4, 52), doch wohl für einen ohne justa causa, wo nicht gar für einen mala fide besitzenden Verkäufer halten (vgl. hiezu selbst W. a. a. O. S. 6), angenommen daß beide Stellen (auch l. 1 C. 4, 52?) von einer condictio reden oder eine solche wenigstens unterstützen. In l. 12 §. 1 D. distr. pign. 20, 5 ist zwar dem dominus gegen den Verpfänder einer aliena res eine Klage gegeben, nachdem es zur pignoris distractio gekommen und der Kauffchilling an den Gläubiger gezahlt ist, überdies gegeben, ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat. Allein ganz anders als in

hat, daß der Eigenthümer um die Sache selbst gekommen ist⁹⁾).

1. 23 D. r. cr. 12, 1 cit. steht hier dem dominus die Klage gegen den Verpfänder nebst dem daß er gegen den Käufer vindiziren kann, zu (si necdam pignus evictum est); von einer *condictio* ist keine, sondern es ist nur von *utilis* (blos *emtoris*?) *actio* die Rede; und endlich wird anderwärts unter Verpfändung einer *aliena res* die der wesentlich fremden Sache verstanden (l. 1 pr. l. 16 §. 7 vgl. mit l. 18 D. pign. 20, 1; s. dagegen Windscheid a. a. O. S. 6 Nr. 7) so daß die *actio* des dominus die *rei vindicatio* (quia dolo m. desiit possidere) sein könnte. In l. 74 §. 1 D. evict. 21, 2 wird zwar dem Pfandkäufer ohne jeden Anhalt dafür, daß eine *malae f. possessio* zu Pfand genommen sei, eine Klage gegen den Schuldner gegeben; allein diese Klage ist *actio emti*, steht erst *post evictionem* zu, enthält einen *Evictionsregress*, und geht hier wohl darum direkt gegen den Schuldner, weil *jussu judicis pignus captum* und also nicht durch den creditor sondern *per officium* (an Schuldners statt) verkauft ist. Nichts beweist l. 19 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 (vgl. pr. eod. — *virum . . . scientem alienum possidere*); l. 39 D. stip. serv. 45, 3 gibt dem Geschädigten zwar eine *condictio*; aber der Eigenthümer welcher aus der Stipulation seines Sklaven nur darum erwirbt, weil die Stipulation auf ihn konzipirt wird, während sie, weil *ex re* oder *operis fractuarii* oder *b. f. possessoris* eingegangen, letzteren hätte erworben werden sollen, erwirbt *sine justa causa*. An dieser fehlt es auch dem Verkäufer in l. 49 D. neg. g. 3, 5, dem Erben ebendas. und in l. 14 §. 11 §. 15 l. 32 pr. D. relig. 11, 7 l. 50 §. 1 D. her. pet. 5, 3, ganz abgesehen davon, daß hier *negotiorum gestorum* und *funeraria actio*, nicht *condictio* in Frage steht. Ueber l. 21 C. ss. eccl. 1, 2 s. Jhering, Jahrb. XVI S. 272—274, über l. 17 pr. D. r. v. 6, 1 Windscheid (Programm S. 14 fg.). — Als eine Stelle, welche unseren *b. f. possessor* von der *condictio* dessen, was er aus der Sache erworben freispricht, dürfte l. 67 D. j. d. 23, 3 in f. (— *eum lucrifecisse . . . si quid ex ea pecunia paravit antequam ea dos fieret* —) zu betrachten sein; was der Mann vor der Ehe in *dotem* bekommt, besitzt er *pro suo* (l. cit. — *quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit* —), *pro suo* nicht im Sinne eines *Putativtitels*, sondern im Sinne eines wahren, nur nicht eigennamigen *Titels* (§. 159 Num. 13); er besitzt es aus einem wahren *Titel*, wenn die Geberin gleich *SklaVin* war; denn nur der *dotis datio*, nicht der *datio* überhaupt war die *SklaVin* unfähig; genug daß der Mann existimavit *mulierem liberam esse*, so konnte er *usucapiren* und das Geld umfänglich *lucrifiren*. (Ganz anders Windscheid a. a. O. S. 22 — 3. B. *lucrifecisse* bedeute nur „daß das Geld zur Zeit seiner Verwendung noch nicht *Dotalgeld* geworden sei“). Mit dem Gesagten will l. 67 cit. freilich nicht erschöpft sein. — Dagegen möchten wir das Wort, daß *pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur* (l. 21 D. her. vend. 18, 4), weil im Vergleiche mit l. 23 D. r. cr. 12, 1 etc. zu viel beweisend, nicht in Anspruch genommen haben (s. dagegen Jhering a. a. O. S. 231 fg. S. 279. V.).

9) So lange der Eigenthümer die Sache selbst vindiziren kann, fehlt es an dem zur *condictio* nothwendigen *Entgang*; darum das *mortuo eo* in l. 23 D. r. cr. 12, 1, darum für alle Fälle *Voraussetzung* der *Konfuntion* in l. 31 §. 1 eod., der *Erfügung* in l. 1 C. reb. al. non al. 4, 51 l. 1 C. comm. rer. 4, 52. Vgl. hiezu den *Untergang* der Sache in l. 49 D. neg. g. 3, 5 — und oben Num. 7 Nr. 2 a. C.

Nicht ohne Widerspruch ließ man den Putativtitel zur Usurpation, nicht ohne Widerspruch und Distinktion zur Publiziana, zum Fruchterwerb ließ man ihn eher gar nicht genügen¹⁰⁾; kein Wunder daß er, den Eigenthümer um das Surrogat seiner Sache zu bringen, nicht stark genug schien; -- nach der Besonderheit

b) seines Zweckes unrechtmäßig und einer *condictio ob turpem vel injustam causam* ausgesetzt ist der Erwerb, mit welchem man sich die Unterlassung einer schmähhlichen oder verbotenen, oder die Vornahme einer ohnedies schuldigen Handlung abkaufen läßt¹¹⁾; umso mehr müßte derselben *condictio* unterliegen, was man für eine unsittliche oder strafbare Handlung¹²⁾ bekommt, wenn diesfalls nicht *utriusque turpitudinis* und darum *condictio* ausgeschlossen wäre¹³⁾; daselbe gilt von dem Falle, da man für Unterlassung einer gebotenen Handlung empfängt¹⁴⁾. Wo die Verwerflichkeit allein auf Seite des Gebers ist¹⁵⁾, kann an *repetitio* vornherein nicht gedacht werden¹⁶⁾;

10) s. oben Bb. 1 §. 160 zu Num. 8–10; §. 178 Nr. 5; wozu aber auch §. 145 zu Num. 57.

11) „*ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas, ne mihi injuriam facias: l. 2 pr. l. 4 §. 2 D. h. t.; — ut rem mihi reddas depositam apud te etc.: l. 2 §. 1 l. 9 pr. §. 1 D. h. t. l. 6 l. 7 C. h. t. 4, 7* (weßfalls möglicherweise Konkurrenz mit einer Kontraktsslage l. 9 §. 1 cit.). Hieher auch „*ut secundum me in bona causa iudices*“ im Sinne derer, die *condictio* zuließen; im Sinne derer die sie verwarfen, liegt auch hier Bestechung, und zwar *utriusque turpitudinis* vor (l. 2 §. 2 D. h. t. — s. unten Num. 13 u. vgl. l. 3 C. h. t. 4, 7. „Schmähhlich oder verboten“: l. 1 C. h. t. 4, 7 — *ob turpem causam et quam fieri prohibitum est* —

12) „*ob stuprum*“ l. 4 pr. eod. — *ut hominem occidas etc.*

13) l. 1 §. 2 l. 3 l. 4 pr. §. 1 l. 8 D. h. t. cf. l. 5 pr. §. 1 D. cond. s. c. 12, 7. Hieher denn auch die Bestechung: l. 2 §. 2 D. h. t. cf. c. 1. C. Th. si certam pet. de suffr. 2, 29.

14) so namentlich für Unterlassung einer Anzeige: l. 4 §. 1 D. h. t. — *si dederit fur. „ne proderetur“*, quoniam *utriusque turpitudinis* versatur, cessat *repetitio*. Findet hier gleichwol *condictio* statt, so geschieht es nur, weil durch die Person des Gebers ein Dritter (Gewalthaber), der selbst an der *turpitudinis* nicht theilgenommen, zu Verlust gerathen ist: l. 4 §. 4 eod. — *Quod si a fugitivo etc.* l. 5 eod. vgl. l. 5 C. h. t. 4, 7. Bei einer Wette mit *inhonesta causa* ist wohl auch *utriusque turpitudinis*; um eben deswillen soll aber auch Keiner gewinnen, also Jeder „*suum annulum duntaxat repetere*“ l. 17 §. 5 D. praescr. v. 19, 5

15) wie *nova ratio* in dem Falle der l. 4 §. 3 eod. Anders als die *meretrix* der *leno* behandelt: l. 5 C. h. t. 4, 7.

16) l. 4 §. 3 cit.

im Falle der beiderseitigen turpitude ist sie erst durch eine Art Kompensation oder das commodum possessoris ausgeschlossen¹⁷⁾. Ist ob turpem causam bloß versprochen, so steht dem Promittenten exceptio doli oder in factum auch dann zu, wenn utriusque turpitude ist¹⁸⁾: hier ist Empfänger noch nicht im Besitz; würde derselbe nachher sein Versprechen erfüllen, dann ist Empfänger im Besitz, und wenn turpitude beiderseitig, condictio ausgeschlossen, trotzdem ex stipulatione, und zwar inani gezahlt wurde; denn an die Stelle dieser (ope exc.) aufgehobenen Stipulation ist pristina causa d. i. die turpitude als Grund der datio getreten¹⁹⁾. — Nicht zu verwechseln mit der turpis causa ist der verwerfliche, die Stipulation ipso jure entkräftende Gegenstand des Versprechens: wiewohl selbst er noch turpis causa heißt²⁰⁾.

§. 303.

Condictio ob causam datorum und condictio indebiti.

Seiner Gattung nach rechtmäßig, allein im Erfolge seinem rechtlich gesetzten und rechtmäßigen Zwecke oder aber seinem Modus nicht entsprechend, darum rechtswidrig und einer condictio ob causam datorum¹⁾, insonderheit

1. einer condictio causa data, causa non secuta²⁾ ausgesetzt ist

a) der Erwerb, den man zu einem mit dem Geber ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten, ehrbaren und erlaubten, allein nicht sofort durch den Empfang selbst erreichbaren Zweck gemacht hat: wenn der Zweck³⁾ nicht erreicht wird. Von

17) l. 8 eod. — possessorem potiore esse — l. 2 C. h. t. 4, 7.

18) ihm also, falls er sofort gegeben hätte, nicht mehr geholfen werden könnte: l. 5 C. h. t. 4, 7 — quamvis enim..

19) l. 8 D. h. t. 1. 5.

20) §. 24 J. inut. stip. 3, 20.

1) Vgl. oben §. 300 S. 504 u. Anm. 8.

2) die spezieller condictio „ob rem dati re non secuta“ heißt (l. 14 l. 16 D. h. t. 1. 65 pr. §. 4 D. cond. ind. 12, 6), allgemeiner cond. ob causam datorum (C. 12, 4) genannt wird, den sonderbaren Namen e. causa data causa non secuta, aber nur in der Titelfrubrik hat.

3) Man möchte mit Windscheid §. 423. 3 von „Voraussetzung“ anstatt Zweck reden, wenn diese nicht ebensowohl auf Vergangenes als Künftiges ginge (vgl. Denselben a. a. O. b.), während unsere datio, nur

dieser Art ist der Erwerb aus mortis causa donatio, wenn der Tod nicht eingetreten zc.⁴⁾ Hier findet datio zu dem Zwecke einer mortis c. donatio (einer posthumen Liberalität)⁵⁾ statt; erfolgt der Tod nicht, oder nicht vor dem des Empfängers, dann ist der vereinbarte Zweck der datio unerfüllt, die datio nicht zur donatio⁶⁾, das Geschäft aus dem der Empfänger bereichert werden wollte und sollte, gar nicht existent, der Erwerb darum rechtlich grundlos geworden. Das gleiche gilt von der vor der Ehe geschenehen in dotem datio, wenn die Ehe nicht erfolgt⁷⁾. Auch die dos (eine gewisse Unterstützung der Ehe) ist Zweck der datio, welche ohne Ehe nicht zur dos zu werden vermag⁸⁾, und also von dem Augenblicke an, da die Ehe nicht erfolgt ist, wiederum so zweck- wie vertragswidrig und also rechtlich grundlos erfolgt ist⁹⁾. Allerdings bilden mors non insecuta, nuptiae non secutae gewissermaßen die Parole der *condictio causa data causa non secuta*, und gewinnt es so den Anschein, als ob nicht der Zweck, sondern etwas wie Voraussetzung oder *juris conditio* Ursache der *condictio* sei; in der That aber hat hier die Voraussetzung oder *juris conditio* nur sekundäre Bedeutung; weil ohne den Tod oder die Ehe der Zweck der datio unerreicht bleibt, nicht zunächst um deswillen daß eine Voraussetz-

auf Künftiges geht und der Zweck gleich dem den Zweck mitunter ersetzenden *Modus* (Auflage) gleichfalls. Zudem s. unten, zu Ann. 9 u. 10.

4) I. 12 D. h. t. l. 35 §. 3 cf. l. 29 D. m. c. don. 39, 6. Wie potest defendi (Ann. 4), daß auch da, wo das Eigenthum sofort überging, dem Schenker *mors non insecuta* eine in rem actio zusteht? (l. 29 cit.). Nur *utilem actionem* nimmt die Glosse an, unter Hinweis zunächst auf l. 30 eod. Vgl. §. 216 S. 29 u. Ann. 12.

5) *cum magis se quis velit habere quam eum cui donat* — pr. J. don. 2, 7.

6) l. 32 D. m. c. d. 39, 6 *Non videtur perfecta donatio m. c., antequam mors insequatur.*

7) l. 6 pr. — l. 10 D. h. t.

8) l. 3 D. j. d. 23, 3 l. 6 D. h. t.

9) Bemerkst zu werden verdient, daß nach Auflösung der Ehe keine *condictio* der Dos stattfindet, namentlich auch keine *c. sine causa* (*specialis*), wenngleich das *dotis nomine datum* jetzt *ex justa causa* beim Manne zu sein aufgehört hat (§. 305, 3a). Von altersher hielt man hier, wosfern nicht stipulirt war, eine eigene Klage (*rei uxoriae actio*) für nothwendig. Der Erklärung von Manns, das Pönitenzrecht, eine h33. Kompilation, 1879 S. 20 fg., ist schwer zu folgen.

ung oder *conditio* nicht zutrifft, findet die *condictio* statt ¹⁰⁾. So wesentlich ist der Zweck, daß ohne seine Erfüllung nur ein Stück des Geschäftes (*datio*), nicht das Geschäft selbst und ganz (*m. c. donatio u. dos*) möglich wird; die *condictio* findet statt, weil das Geschäft, aus dem erworben werden wollte, gar nicht aufkam; eine bloße Voraussetzung kann falsch sein, und das Geschäft bleibt dasselbe: da findet dann *condictio* nicht statt (Num. 10). — In diesen beiden Fällen ist der Zweck schon im Namen des Geschäftes vereinbart und ausgesprochen, in beiden Fällen aber auch nicht schon mit der Gabe oder Vermögenszuwendung selbst erreicht, sondern über diese hinausgreifend, und ohne ein gewisses künftiges Geschehniß ¹¹⁾ (*mors, nuptiae*) nicht erreichbar; —

b) Der Erwerb, den man *sub modo* gemacht hat: wenn der *modus* unerfüllt geblieben ist ¹²⁾. Hierher gehört der Fall des *Innominatrealcontractes* nach dem Schema *do ut des, do ut facias* ¹³⁾ beim Ausbleiben der Gegenleistung ¹⁴⁾ — der *donatio sub modo* wegen Nichterfüllung des *Modus* ¹⁵⁾, ob dieser nun in der Leistung des Donatars an den Geber ¹⁶⁾ oder an einen Dritten ¹⁷⁾, oder etwa gar in der eines Dritten an

10) Läge der Grund der *condictio* primär in dem Nichtzutreffen der Voraussetzung, so müßte letzteres überall dieselbe Wirkung haben; dieses ist aber nicht der Fall; namentlich da nicht, wo ein Vergangenes vorausgesetzt (ob *causam praeteritam* gegeben *ic.*) wird: l. 52 l. 65 §. 2 l. *cond. ind.* 12, 6. Nur wo die Voraussetzung in einem Zwecke oder in einem *Modus* enthalten ist, hat ihr Nichtzutreffen — nicht an sich, sondern weil mit diesem ein Zweck oder *Modus* unerfüllt ist — unsere Folge.

11) „*ut aliquid obtingat*“ l. 35 §. 3 in f. D. m. c. d. 39, 5.

12) s. im Allg. l. 35 §. 3 D. m. c. d. 39, 6 — *quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut L. Titius (aut ut aliquid obtingat, — u. dazu Num. 19 unten.*

13) der seiner Gattung nach nichts anderes ist als eine *sub modo* erfolgte Vergabung; vgl. meine *crit. Bl. Nr. 1 S. 29* fgg.

14) l. 5 §. 1 D. *praeser. v.* 19, 5 l. 11 l. 15 l. 16 D. h. t. In Betreff der Streitfrage, ob diesfalls auch noch heute *repetitio in confuturum* mit *p. v. a.*, vgl. G. A. Seuffert, zu *Seuff. Pand. §. 370* Num. 15.

15) am allgemeinsten in l. 8 C. h. t.

16) wesfalls immer noch *Innominatrealcontract* nach obigem Schema (z. B. l. 1 C. *don. quae sub modo* 8, 55). Die Auflage *ut facias* kann darin bestehen, daß Empfänger den Geber etwas z. B. in fundo des Empfängers thun lasse; hierauf geht das *ut ego aliquid faciam* in l. 35 §. 3 cit.

17) z. B. l. 3 C. *don. quae sub modo* 8, 55.

den Geber bestehe¹⁸⁾ — überhaupt der einer *datio sub modo*, ob die *datio* nun die Intention einer Schenkung trotz des *modus* oder die eines Entgeltes für Erfüllung des *modus* habe¹⁹⁾. Der hat nicht rechtmäßig, wer was er nur *sub modo*, d. i. *cum onere* empfangen hat, ohne Erfüllung der Auflage behalten will; —

c) der Erwerb, den wir ob *conditionem*, d. i. aus der Erfüllung einer einem Dritten für letztwillige Honorirung gestellten Bedingung machen: wenn dieser Dritte seinerseits von der Erfüllung keinen Gebrauch macht oder machen kann²⁰⁾. Eine solche *mortis causa capio* (die man *conditionis implendae gratia* macht) will der Erblasser nicht selbständig, sondern nur in Verbindung mit jener anderen (*heredis institutio*, *legatum*, *libertas*); wollte sie der Erwerber behalten, trotzdem letztere nicht zu Stande gekommen ist, so hätte er sie gegen den Willen des Disponenten; er hätte sie zugleich gegen den Willen des Gebers, indem er sie trotz Nichterfüllung des Zweckes hätte, zu welchem der bedingt Honorirte gegeben hat. Nach beiden Gesichtspunkten hat der Erwerber hier ohne rechtmäßigen Grund; nach dem letzteren reiht sich der Fall dem der *condictio* wegen Nichterfolg des ausdrücklich gesetzten Zweckes an (s. oben a.); —

d) der Erwerb den ein *falsus procurator* macht, indem er eine wirklich bestehende Forderung des angeblichen oder vermeintlichen Prinzipals einzieht: wenn keine *Matihabition* nach-

18) Ich schenke der Frau meines Freundes unter dem *modus*, daß letzterer mit mir reise (l. 7 C. h. t., wo „*conditio*“ *modus* sein kann, vgl. 3. B. l. 1 C. de his quae sub cond. 6, 45).

19) *ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur*: l. 1 pr. l. 3 §§. 3–5 D. h. t. — *ut servum emat et manumittat*: l. 5 §. 2 eod. — *ne Stichum manumittas*: l. 3 §. 1 cf. pr. eod. — *ut a lite discedatur*: l. 1 pr. eod. — *ne ad iudicem eatur*: l. 3 pr. eod. — (*acceptilatio*) *ut ex promissorem daret*: l. 4 eod. — *ut Capuam eas*: l. 5 pr. eod. Hieher ist auch die *Kollation* zu rechnen, welche behufs Theilnahme an der Erbschaft geschieht, und wenn nachher vom Konferenten nicht *agnoscirt* wird, zurückgefordert werden kann: l. 13 eod.

20) er schlägt Erbschaft oder Vermächtniß aus: l. 1 §. 1 D. h. t.; ist ohnedies frei: l. 3 §. 6 §. 7 eod.; die ganze Disposition ist oder wird ungiltig: l. 2 eod.

folgt 21). Entschieden ist hier der Zweck, zu welchem gegeben wurde, unerfüllt, die *datio* gar nicht zu der intendirten *solutio* geworden. Zum Unterschiede von den Fällen *sub a. u. c.* liegt hier aber ein Zweck vor, der sofort mit der *datio* erfüllt sein wollte und konnte 22), — ein Seitenstück der *indebiti solutio* — zugleich aber ein Fall, wo der Zweck der *datio* (Befriedigung des *dominus* — *solutio*) erst mit nachfolgender *ratihabitio*, also nur getrennt von der *datio* erreicht werden konnte, mithin *ratihabitio non intercedente condictio „ob rem“ datorum* Platzgreift, während da wo die Zahlung zugleich mit der *datio* erreicht werden soll und aber nicht erreicht wird, von keinem *ob rem datum* und keiner *res* oder *causa non secuta* und von keiner diesfälligen *condictio*, sondern von *condictio indebiti* die Rede ist 23); —

e) der Erwerb den man aus einem Vergleiche macht: wenn der Vergleich von demjenigen der aus ihm bekommen hat, durch faßbaren Betrug erzielt ist 24). Hier ist der Zweck des Vergleiches, die Beilegung des Streites 25), nicht erreicht; denn ein solcher Vergleich ist, auch abgesehen von der *condictio*, anfechtbar 26). Hier allerdings war der Zweck etwas in und mit dem *ob transactionem datum* und ungetrennt von diesem zu erreichendes; daher mag es kommen, daß die *condictio des ob transactionem datum* als ein eigener Konditionsfall und in An-

21) l. 14 D. h. t. — Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta esset . . . quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitio non intercedente (ab ipso procuratore repetetur). Die *ratihabitio non intercedens* ist m. G. nicht identisch mit der *res non secuta*, sondern nur Grund, weshalb *res ob quam (solutio)* nicht erfolgt ist.

22) *retrotractio* im Falle der *Ratihabitio*, ohne weiteres sofort im Falle der wahren *Procuratur* u. *Vollmacht*.

23) l. 65 pr. §. 4 §. 5 D. cond. ind. 12, 6.

24) l. 65 pr. §. 1 D. cond. ind. 12, 6 — Si . . . evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est — wozu die Bd. 1 §. 111 Num. 27 cit. II. und l. 3 §. 2 D. transact. 2, 15.

25) l. 65 §. 1 cit. — hoc ipsum quod a lite disceditur, causa videtur esse —

26) l. 65 §. 1 cit. — transactio imperfecta est et repetitio dabitur — ; er ist imperfekt, hat sein Ziel nicht erreicht; die vorher zulässige Klage kann wiederangestellt, der *exceptio rei transactae* kann mit einer Replik aus der *evidens calumnia* etc. begegnet werden — l. 42 C. transact. 2, 4 — eas retractari praecipimus — . Die *repetitio* besteht neben, nicht in der *Rescissibilität* —

grenzung an *indebiti conditio* aufgeführt wird²⁷⁾. Darum daß der Streit gar keinen Grund hatte, indem derjenige, welcher aus dem Vergleiche bekam, lediglich nichts anzusprechen hatte, war der Vergleich nicht zweckwidrig, und findet *conditio des ob t. datum* nicht statt²⁸⁾. Aus anderen Gründen kommen vergleichshalber zwar noch Konditionen vor; allein diese gehören dann nicht mehr unter jene eigenthümliche *conditio des ob transactionem datum*, sondern sind eine schlichte *conditio causa data causa non secuta*²⁹⁾ oder eine *c. indebiti*³⁰⁾ oder eine *c. ex injusta causa*³¹⁾, oder eine *f. g. c. sine causa specialis*³²⁾.

In allen diesen Arten von Fällen ist der Zweck und was mit zum Zwecke gehört (*modus, conditio*) zwischen den Parteien vereinbart oder letztwillig festgestellt; einseitige und stillschweigende Voraussetzungen, Absichten, Hoffnungen mögen den Geber immerhin täuschen³³⁾; ob *causam praeteritam* findet keine *conditio* statt (Anm. 10), u. E. darum weil sie kein Gegenstand der Vereinbarung ist.

Im allgemeinen entsteht noch die Frage 1. ob nicht anstatt *causa non secuta* überall auch *causa nondum secuta* fondizirt werden könne? 2. ob etwas darauf ankomme, warum der gesetzte Zweck oder Modus ausgeblieben ist? 3. bei wem, in

27) l. 65 pr. cit. cf. l. 23 pr. §. 2 D. cond. ind. 12, 6.

28) l. 65 §. 1 cit. — licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum quod a lite disceditur, causa videtur esse.

29) — so wenn wegen einer vorhabenden Transaktion gegeben und diese nicht erfolgt ist: l. 23 pr. D. c. ind. 12, 6 — idem puto etc.

30) wenn wegen eines bloß vermeintlich vorausgegangenen Vergleichs, also eine vermeintliche Vergleichsschuld gezahlt ist: l. 23 pr. cit. ab init. —

31) wenn in unstatthaftem (Alimenten-) Vergleiche gegeben ist: l. 23 §. 2 eod.

32) wenn aus einem statthaften Vergleiche gegeben ist, dieser aber nachher wieder aufgelöst wurde, die *causa* ob *quam* also esse desiit (§. 305 3. a.).

33) l. 3 §. 7 D. h. t. — qui dedit ea spe . . repetere non posse, opinione falsa deceptum — l. 4 eod. „quum convenisset“ vgl. C. r. l. Abth. I. S. 61 oben. Von den bloß zufälligen Erwartungen muß die mit der *datio* (3. B. *collatio* l. 13 D. h. t. — in *dotem datio* etc.) nothwendig gegebene Voraussetzung unterschieden werden; letztere braucht nicht ausgesprochen zu werden. Vgl. hiezu §. 248 S. 140 unten.

Ansehung des Richterfolgs die Beweislast sei? In der That ist aber

ad 1. das Recht des Gebers, das Gegebene auch noch vor entschiedenem Richterfolg zu fondiziren (jus poenitendi) nicht allgemein, sondern nur da begründet, wo dies die besondere Intention, oder die gemeine Natur des Geschäftes mit sich bringt oder gestattet ³⁴⁾

34) *Mortis e. donatio* scheint nach Paul. R. S. III. 7 §. 2 allgemein, mithin ihrer Natur nach (etwa als letztwilliges Geschäft) Neurecht zu enthalten; allein nach I. 13 §. 1 D. m. c. d. 39, 6 (Julian) ist dies nur je nach Intention der Parteien der Fall — *et sic potest donari . . ut reddatur etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit. si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit* — und damit stimmt Paulus in I. 35 §. 4 eod. buchstäblich überein; — nach der Natur des Geschäftes (Buchta, P. §. 308 a. E.) steht Neurecht zu, wo jenes den Charakter des Mandates, die datio also die Bedeutung einer Deckung für den Mandatar (Empfänger) oder Instandsetzung desselben hat: z. B. *si pecuniam ideo acceperis ut Capuam eas (l. 5 pr. 1). h. t.)* — *si quis dederit Titio X ut servum emat et amittat (§. 2 eod.)*, darnach auch *si dedero. ut Stichum manumittas l. 3 §. 2 §. 3 eod.*, — *si accepit servum ut manumittat (§. 3 eod.) cf. l. 54 pr. D. mand. 17, 1* — *si servum quis tradiderit alicui ita ut ab eo . . manumitteretur (l. 5 §. 1 D. h. t.) cf. l. 27 §. 1 l. 30 D. mand. 17, 1 vgl. Witte S. 118 fgg. u. die dort Agff.: Erleben, Fagensieher, Mühlenbruch, Schilling; ist aber die besondere Intention oder Natur der Grund des Neurechts, so muß es heute wie damals gelten (s. dagegen Arnolds §. 235). — Gegen die alte Lehre, als ob jede ob causam datio ein Innominatkontrakt, jeder Innominatkontrakt erst causa secuta perfekt, darum jus poenitendi bei jeder ob causam datio begründet sei (vgl. darüber Vangerow, der sie wesentlich vertheidiget: III. §. 599 Num IV.) zuerst Gans, Abh. 3 „Ueber die fabelhafte Lehre von den Innominatkontr. u. das jus poenitendi 1819; Erleben II §. 2 S. 16 – 23 §. 3 S. 30 u. ff.; Witte S. 109 fg. Immer noch weitverbreitet aber, wo nicht herrschend ist der Satz, daß wo Innominatkontrakt, da auch jus poenitendi sei: denn causa nondum secuta entbehre jeder Innominatkontr. des Rechtsgrundes (Liebe, die Stipulation, S. 359 ff. im wesentlichen ebenso Wächter, *doctr. de cond. c. d. c. n. s. p. 117–128*, Windscheid, §. 321 Nr. 2), oder wäre, in den Zeiten vor praescr. v. actio, der Geber ohne jus poenitendi in der Hand des Empfängers gewesen: da wohl dieser (zwischen Heimschlagung und Gegenleistung) die Wahl gehabt haben würde, nicht auch jener (Windsch. Vorauß. S. 165 fg. Pand. §. 321 Num. 11). Allein, wenn causa nondum secuta die datio ohne Rechtsgrund, und wie man beifügt, sofort mit der datio auch Rückforderung begründet wäre (Donellus, *comm. j. c. 14, 33* Wendt, Neurecht S. 56), müßte jede datio, welche auf Kredit stattfindet, auch mutui datio, bis auf weiteres ohne Rechtsgrund, auch jede ohne justa causa erfolgte datio mit einer und derselben *condictio* fondizirbar sein (Mauns a. a. O. S. 4); und wäre es in der Zeit vor der praescr. v. actio uneben gewesen, daß der Schuldner ein Wahlrecht gehabt hätte, das dem Gläubiger nicht zustund, so müßte es auch uneben gewesen sein, wenn in der Zeit nach Einführung der p. v. actio der Gläubiger ein Wahlrecht*

ad 2. darauf, warum der Erfolg ausbleibt, ob *casu* oder *culpa* des Empfängers, kann nach dem Grunde dieser Konditionen nichts ankommen; denn die entscheidende Grundlosigkeit ist in dem einen wie im anderen Falle da. Darum *condictio* selbst bei kasueller Unmöglichkeit der Gegenleistung *z. c.*³⁵⁾; sogar der Umstand, daß Geber selbst den Erfolg unmöglich macht, schließt — ganz abgesehen vom Reurecht — die Rückforderung noch nicht aus³⁶⁾. Allein seitdem bei *Innominatreal*kontrakten auch auf Erfüllung geklagt werden kann, ist überall da, wo diese Klage (*p. v. a.*) wegen kasuellen Unterganges des Forderungsobjektes versagt werden muß, auch *condictio c. d. e. n. s.* ausgeschlossen³⁷⁾; wo eine *praeser. v. actio* mit *condictio* nicht konkurriert, entsteht die *condictio* ohne Rücksicht auf den Grund der Erfolglosigkeit³⁸⁾.

ad 3. Wo *causa non secuta* geklagt wird, gehört der Nichterfolg mit zur Begründung der Rückforderung folgerecht auch mit zum Beweise des Klägers³⁹⁾.

Schon aus der allgemeinen Zurückforderungslehre erhellt,

bekam, daß dem Schuldner nicht mehr zusteht. Derselbe Grund, der das *jus poenitendi* für eine frühere Periode begründete, würde es für die spätere und heutige ausschließen. Vgl. Witte S. 111—117. — Auf Grund von Fehlern, welche er den einschlägigen Texten vorwirft, und eines Scholiums, das selbst die *cond. causa d. e. n. s.* mit der *cond. c. d. e. n. s. d. n. m. secuta* vermengt (Basil. XI. 1. Nr. VII. Schol. 1. Heimb. I S. 559 unten) erklärt Manns a. a. O. (s. bes. Kap. 8—11) das *jus poenitendi* für byzantinisches, von den Kompilatoren interpolirtes Recht (S. darüber meine Anzeige in Münch. Vj. R. Z. Bd. 4 S. 210). Darüber daß das II. citt. vorkommende *jus poenitendi* nichts „Besonderes“ (Manns, S. 65 unten) oder gar „Monströses“ (Derselbe S. 54), sondern nichts anderes als die bei allen letztwilligen Geschäften und Mandaten *jure communi* zulässige *contraria voluntas* sei, vgl. die *contraria voluntas* in I 1 C. si manc. 4, 57.

35) I. 16 D. h. t. — *et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi ut Stichum mihi dares* — (Celsus).

36) 3. B. I. 1 §. 1 D. h. t. *Si parendi condicioni causa tibi X dedero, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere.*

37) I. 5 §. 1 D. p. v. a. 19, 5 l. 10 cf. I. 8 C. h. t. I. 3 §. 3 I. 5 pr. D. h. t.

38) 3. B. nuptiis non secutis sogar in dem Falle, da die Geberin selbst *affinitatem renunciavit* (I. 38 §. 1 D. usar. 22, 1 vgl. oben Num. 36; Witte §. 14).

39) vgl. Erleben S. 499. Witte S. 160. S. 169. Dagegen Windscheid, Voraussetz. S. 189 Nr. 117. Bähr, Anerkennung, S. 64. Wider Beide Witte §. 24.

daß das ob causam datum jedweden Vermögenszugang in sich begreife ⁴⁰⁾ — daß es datum engeren Sinnes mithin entweder Eigenthumsübertragung sein, oder durch nachträgliche Konjuntion u. diesem gleichgestellt werden müsse ⁴¹⁾ — daß es, obwohl ein Geschäft zwischen denen welche zur Kondition berechtigt und obligirt werden sollen ⁴²⁾, im Geben und Nehmen sich nicht unmittelbar zwischen diesen zu bewegen brauche ⁴³⁾ — Beklagter das Empfangene nicht überall noch haben müsse, um auf Zurückerstattung belangt werden zu können ⁴⁴⁾.

§. 304.

2. Insonderheit einer *indebiti condictio* ¹⁾, genereller einer ob causam datorum e. ausgesetzt, wenn man sich die causa auf den durch die datio selbst zu erreichenden Zweck auszu dehnen erlaubt (vgl. §. 300 Num. 8 a. E.) — ist der Erwerb, welcher aus Zahlung, überhaupt Erfüllung einer beiderseits irrthümlich angenommenen Schuld hervorgegangen ist ²⁾. Ein solcher Erwerb entspricht dem beiderseits übereinstimmend gesetzten an sich rechtmäßigen Zweck der datio — dem Zwecke, solutio (Schuldaufhebung) zu sein — in der Wirklichkeit und dem Erfolge nach nicht, und ist darum grundlos, kondizirbar ³⁾. Nicht weil das in der Vergangenheit gedachte aber nicht existente debitum einen falschen Grund zur Zahlung abgab, sondern weil es zur Setzung eines unerreichbaren Zweckes führte und eine wahre solutio unmöglich machte, während datio zu Recht besteht, greift con-

40) z. B. *acceptilatio*: l. 4 l. 10 D. h. t. *promissio*: l. 1 §. 1 D. cond. sine c. 12, 7.

41) §. 300 Num. 26.

42) s. die oben sub 1a—e agff. Fälle dieser *condictio* —

43) §. 300 E. 312—314.

44) §. 300 E. 515 unten, bis E. 520.

1) D. de *condictione indebiti* 12, 6 C. eod. 4, 5.

2) l. 1 §. 1 D. h. t.

3) Vgl. Windscheid §. 426. 1. „Es muß zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet sein. — Häufig, so neuestens *Manus* (Pönitenzrecht E. 33 unten) deduzirt man die *indebiti condictio* aus einer *causa praeterita* (dem vermeintlichen debitum), und sucht sich der l. 52 D. cond. 12, 6 (ob causam praeteritam . . ut . . repetitio non sit — cf. l. 65 §. 2 eod.) durch Subtilität (z. B. daß die datio zur causa sich hier primitiv, dort sekundär verhalte) zu erwehren.

dictio indebiti platz ⁴⁾). Es ist ob rem oder causam, und zwar behufs eines gewissen Zweckes (Schuldaufhebung) gegeben; und findet nun, da in Wahrheit nicht gezahlt, res non secuta ist, nicht buchstäblich *condictio ob rem dati, re non secuta*, oder was eins ist, *cond. causa data, causa non secuta* statt, so geschieht das aus dem lediglich äußeren Grunde, weil man bei dem „*causa secuta*“ lieber nur an die Fälle des zeitlich von der Gabe getrennten Erfolges dachte, während er hier in und mit derselben da sein soll. Anmuthend ist die Lehre, daß *indebiti condictio* ohne *indebiti solutio* möglich sei; genug daß die Erfüllung von irgend einer (vermeintlichen) „Verbindlichkeit“, „einer obligatorischen oder irgend einer andern“ stattgefunden habe ⁵⁾; allein bezeugt ist sie nicht ⁶⁾.

4) Jener „falsche Grund“ wäre die „*falsa causa*“ (*praeterita*), derentwegen keine *condictio* platzgreift (Anm. 3); über den Grund weshalb keine, s. oben §. 303 S. 538 Abs. 1 a. G.

5) Windscheid §. 426. 1.

6) Bei Erfüllung von Verbindlichkeiten in unserem Sinne (bloßer Verbindlichkeiten im Gegenseite von Schulden) ist an *condictio* (weil es an Eigenthumsübertragung fehlt) überhaupt nicht zu denken. Was Windscheid a. a. O. nichtobligatorische Verbindlichkeit nennt, ist ein dinglicher Anspruch; „erbrechtliche“ Ansprüche (s. Denselben a. a. O. Anm. 2), die nicht entweder dingliche oder obligatorische wären, scheint es uns nicht zu geben. So z. B. ist der *ibid.* unter Allegation von l. 36 *fam. herc.* 10, 2 u. l. 4 *C. de jure et f. ign.* 1, 18 so genannte erbrechtliche Anspruch auf Erbschaftstheilung entsprechend dem gemischten Charakter der Theilungsfragen ein gemischt dinglich-obligatorischer Anspruch (§. 20 J. act. 4, 6), zu welchem ein eigenthümliches Zwangsrecht sich beimischt oder zu Grunde liegt (Bd. 1 §. 176 zu Anm. 19). — Daß nun aber irgendsonstwo als im Falle der Schuldenzahlung *ind. condictio* platzgreife, dürfte durch die von Windscheid a. a. O. Anm. 2 allegirten Stellen nicht bezeugt sein. Am ehesten denkt l. 3 §. 10 *D. ne cui plus* 35, 5 an eine *indebiti c.*; allein die Auszahlung von Vermächtnissen ist eine Schuldenzahlung (§. 306), und findet nicht direkt, sondern nur *quasi plus solutum sit* eine *ind. cond.* statt, so liegt der Grund nicht im Mangel eines *debitum*, sondern weil die *omissa cautione* stattfindende Zahlung nicht buchstäblich „Plus“ „Zahlung“ ist (während Arndts §. 341 Anm. 2 von einer uneigentlichen Obligation ausgeht). Dasselbe was von der Auszahlung von Legaten überhaupt gilt auch von der des *usufructus legatus* (welche auch *datio* ist — §. 217 Anm. 8) l. 7 *pr. D. usfr. quemadm.* 7, 9. Daß aber auch die *condictio* wegen grundloser Erbschaftstheilung (l. 36 l. 4 *citt.*) *indebiti condictio* sei, muß bezweifelt werden; kaum eine *quasi solutio* würde der Jurist die Erfüllung dieses Anspruches, kaum ein *quasi debitum* diesen Anspruch genannt haben. Sollte hier nicht eine *sine causa c. = specialis* nach Art der *indebiti c.* vorliegen? Vgl. §. 305. 3b.

Als nichtschuldig gilt hier nicht bloß was überhaupt keinen 7), sondern auch was einen nicht zu Recht bestehenden Schuldgrund für sich hat 8); als nicht zu Recht bestehend nicht nur was ipso jure, sondern auch was ope exceptionis ungiltig ist 9), sowie was zeitweilig zu Recht bestanden, aber hinterher seinen rechtlichen Effekt verloren hat 10); wogegen die Naturalschuld so wenig als die bloß betagte ohne Rechtsgrund ist, und also gleich dieser die Befugniß zur Retention des einmal Bezaltten (soluti retentio) begründet 11). Was ipso jure kompensirt ist, wird behandelt als ob es nicht mehr schuldig sei (§. 287 Anm. 7). Was man weder klage-, noch kompensations-, sondern nur retentionsweise erzwingen kann 12), wird als Schuld betrachtet, und braucht, wenn einmal bezalt, nicht zurückgegeben zu werden 13). Verschieden von dem was nur noch nicht schuldig ist, aber gewiß schuldig sein wird

7) z. B. l. 23 pr. §. 4 l. 22 pr. § 1 l. 58 eod. — *falsa causa* im Gegenseite zu der jure nicht vorhandenen (l. 23 pr. cit.).

8) l. 54 D. h. t. Papin. — *ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt . . . solutione secuta* —

9) Bb. 1 §. 106 Anm. 2 l. 40 pr. l. 56 l. 34 §. 11 l. 26 §. 7 D. h. t.: *Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debetur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non potest.* Der in diem debitor ist schon jetzt haßbar; was er zalt, ist nur noch nicht schuldig, nicht ohne, sondern nur ohne einen schon jetzt reifen, hinwider aber aus einem künftig sicher wirksamen Grunde gezalt, darum nicht kondizirbar: l. 10 l. 16 §. 1 l. 17 D. h. t. Vgl. oben §. 212 zu Anm. 3 u. 4.

10) l. 54 cit. — *vel non habuerunt effectum* — worunter nicht etwa exceptionsmäßige Forderungen, sondern *causae* nach der Art einiger in l. 2 §. 1 l. 3 D. h. t. (z. B. *si quid ex testamento solutum sit, quod postea . . . inofficiosum . . . apparuerit* —) vgl. die Glosse zu l. 54 cit.

11) s. oben §. 221 Anm. 1.

12) z. B. Erfass für Auslagen auf Inaebiffation in l. 33 D. h. t.

13) Das spricht l. 51 D. h. t. aus, wenn man über den Subjektswechsel hinwegsieht: *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus* (wir die Gläubiger), *ea, si solverimus* (wir die Schuldner) *repetere non possumus.* Sonst könnte nur an Preisgebung des Retentionsobjektes, und daran zu denken sein, daß dieses nicht zurückgefordert werden dürfe (wie Erglehen cond. s. e. l. § 100 fg. Anm. 33. Dernburg, Komp. 2. Aufl. S. 368 fg. u. gleich ihnen Windscheid §. 426 Anm. 12 annimmt); allein die Preisgebung des Re-

(Ann. 9), ist dasjenige was vielleicht (sub conditione) schuldig ist; gezahlt während die Schuld noch im Ungewissen ist, gilt es als indebite gezahlt¹⁴). Nichtschuldig ist endlich nicht nur was überhaupt von Niemand oder an Niemand, sondern auch was von Jemand oder an Jemand geschuldet wird —, in Ansehung aller Anderen nämlich; wer was ein Anderer schuldet als seine Schuld zahlt, oder wer was er an den A schuldet als an den B schuldend zahlt, zahlt eine Nichtschuld¹⁵); wogegen überall ein debitum gezahlt wird wo eine wirklich bestehende Schuld als solche gezahlt wird: mag nun der Zahlende Schuldner sein, oder nicht, mag er um einer wirklichen oder bloß vermeintlichen (anderweitigen) Schuld willen zahlen¹⁶).

Intentionsobjektes ist kein solvere, und daß man id ipsum was man nur retinieren darf, nicht auch fordern darf, versteht sich doch wohl von selbst.

14) l. 16 pr. cf. §. 1 l. 17 l. 18 D. h. t. Keine per errorem ind. sol. cond. ist die in l. 2 §. 1 D. v. o. 45, 1 u. l. 26 §. 13 D. h. t. — quasi indebita — Vgl. §. 233 C. 76. 1 Ann. 27.

15) l. 65 §. 9 D. h. t. Indebitum non est tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat solvat — 3. B. l. 19 §. 1 eod. — si is qui heredem se . . . falso existimans creditori hereditario solverit — cf. l. 31 pr. D. her. pet. 5, 3 l. 38 §. 2 l. 25 in f. D. solut. 46, 3; l. 101 eod.

16) l. 44 D. h. t. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est Dieser Ausspruch wäre zu allgemein und mit l. 65 §. 9 eod. (Ann. 15) im Widerspruch, wenn man von Demjenigen, der die ihm von A schuldigen 100 vom B als von B schuldig empfängt, sagen könnte, daß er suum recipit. Es ist dies aber nicht der Fall; vielmehr empfängt suum nur wer die ihm von A schuldigen 100 als von A schuldig empfängt; nur diesfalls ist gleichgiltig, durch wen er sie empfängt, ob durch den Schuldner selbst oder einen Anderen, und ob letzterer um einer wirklichen oder einer bloß vermeintlichen Schuld (an A) willen zahlt. Alius quam verus debitor ist dieser letztere: vgl. 3. B. l. 12 (Sed si per ignorantiam etc.) l. 13 l. 19 D. nov. 46, 2 l. 66 l. 96 §. 1 D. solut. 46, 3 l. 9 §. 1 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 l. 78 §. 5 l. 46 §. 2 D. j. d. 23, 3. Haben die vermeintlichen Erben in l. 19 §. 1 etc. (Ann. 15) als Schuldner (suo nomine: l. 31 pr. D. her. pet. 5, 3) u. darum indebitum gezahlt, so zahlen sie in l. 5 C. her. pet. 3, 31 als Repräsentanten der Erbschaft, das was vom Erblasser her, durch wen immer, geschuldet wird, mithin ein debitum Auch vom Delegatar heißt es suum recepit, mit Ausschluß der condictio (zwischen Delegatar u. Delegaten) (§. 282 Ann. 55); allein dieses beruht hier u. C. nicht auf der Intention was versprochen, gezahlt wurde, sondern darauf daß das Geschäft sich nicht zwischen dem Delegatar u. Delegaten, sondern

Das Geschäft muß beiderseits wahrhaft als Zahlung intendirt, mithin beiderseits auf eine vermeintliche Schuld hin, (in der irrthümlichen Vorstellung von einer in Wahrheit nicht bestehenden Schuld) erfolgt sein¹⁷⁾. Wo gestiftentlich eine Nichtschuld gezahlt würde, wäre keine Zahlung, sondern etwa Schenkung¹⁸⁾, oder Erfüllung einer bloßen (moralischen) Pflicht¹⁹⁾, oder eine Mentalreservation (später zurückfordern zu wollen), überall also keine *condictio da*²⁰⁾. Finden sich Stellen, in denen die Zurückforderung ohne ausdrückliche Voraussetzung des Irrthums gegeben wird, so muß dieser wohl da und dort als stillschweigend vorausgesetzt erachtet²¹⁾, öfter dagegen an eine Zurückforderung aus anderem Grunde als dem der irrthümlichen Zahlung gedacht werden²²⁾. Keine Mentalreservation aber (bei welcher man *sciens indebitum* und mit stillschweigendem und einseitigem Vorbehalt zahlt) ist der Zweifel ob man wohl schuldig sei, und die Hoffnung das Gezahlte vielleicht noch zurückzubekommen; eine solche Ungewißheit ist hier schließlich dem Irrthum gleichgestellt worden²³⁾; wo die Zurückerstattung für den Fall „da das Nichtschuldige offenbar würde“ ausbedungen wird, stund das Rückforderungs-

zwischen dem Delegantem und Delegatar bewegt (s. §. 282 Anm. 55 S. 381.)

17) — *secuta per errorem solutione* — l. 54 D. h. t. — *sciens se non debere solvit, cessat repetitio.* l. 1 §. 1 eod. l. 24 l. 26 §. 3 §. 8 eod. l. 9 pr. C. h. t. — *Si non per errorem solutum est, repeti non potest* — l. 9 §. 5 D. juris et f. ign. 22, 6.

18) l. 53 D. r. j. 50, 17 *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.*

19) l. 62 D. h. t. *Fideicommissum in stipulatione deductum tamen non debitum fuisse, quia tamen a sciente, fidei explendae causa promissum esset, debetur.* cf. l. 7 C. h. t.

20) l. 50 D. h. t. — *sciens hac mente dedit ut postea repetere* —

21) j. B. l. 39 D. h. t.

22) so u. G. an eine *condictio ex injusta causa* in l. 23 §. 1 l. 26 §. 1 u. überhaupt l. 26 D. h. t. — wo wir denn erraticische Fragmente hätten — oder an eine *cond. causa data causa non secuta* in l. 34 §. 6 D. solut. 46, 3 — eventuell an eine *cond. sine causa specialis* (Anm. 14 §. 305b. Anm.

23) l. 11 C. h. t. Justinian a 530; anders der Zweifel gegenüber der *bona fides* in der Erziehung: Bd. 1 S. 631 unten.

recht von jeher fest²⁴⁾; nur daß hier von keiner *per errorem indebiti soluti condictio* die Rede sein konnte²⁵⁾. — Der Empfänger muß den Irrthum des Gebers theilen; würde er, den Irrthum des Gebers benützend wissentlich eine Nichtschuld sich zahlen lassen, so beginge er *furtum*, und fände *furtiva condictio* gegen ihn statt²⁶⁾.

Indebiti per errorem solutio kann nun aber da, *repetitio* nichts destoweniger vornherein ausgeschlossen sein. Das war bei allen Zahlungen, welche auf Grund einer Damnation erfolgten, der Fall²⁷⁾ und ist es bei Judikatzahlungen noch heute²⁸⁾; — auch Bußen, einmal gezahlt, sollen nimmermehr

24) l. 2 pr. D. h. t.

25) Bähr, Auerk. 2. Aufl. S. 79 nimmt eine *condictio ob causam datorum* an; da l. 2 pr. cit. aber „*negotium contractum est inter eos*“ als Grund angibt, möchte eher an eine *condictio* aus einem (dem *mutuum* ähnlichen) Realcontract (Schuldvertrag), als an das quasicontractliche Ding irgend einer *sine causa condictio* zu denken sein. Freilich, *qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit.* (l. 33 D. h. t.)

26) S. oben § 301 Num. 3. Zu l. 18 D. cond. furt. 13, 1 stehen neben einander, *furtiva*, u. *indebiti condictio* zu; aber jene dem Procurator (der *suos nummos solvat*), diese dem Prinzipal (der *ratihabirt*); und *altera conditione altera tollitur*. Zu der in § 301 Num. 9 erwähnten Streitfrage ist noch zu bemerken, daß als *verum creditorem* sich jeder *simulit*, der *sciens indebitum* quittirt.

27) § 71. oblig. quae quasi ex contr. 3, 28 *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem indebitum solutum sit. Sic namque definiunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse.* l. 4 C. h. t. *Ea quae per inficiationem in lite crescut, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est* — cf. Gaj. 4, 9 — *ex quibus (causis) adversus inficiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni inj., legis Aq., aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt.* Paul. R. S. l. 19, 1 — *item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est.* Darüber wie die *litis-freuzenz* auf Damnation (durch den Richter, die Partei, das Gesetz) zurückgeht, siehe Rudorff, Zeitschr. f. g. RW. Bd. 14 S. 331 fg.

28) l. 1 C. h. t. l. 36 D. fam. herc. 10, 2 l. 74 § 2 D. jud. 5, 1 l. 29 § 5 D. mand. 17, 1 l. 2 C. comp. 4, 31. Zu l. 5 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 ist u. G. kein Judikatsfall, sondern ein Damnationslegat gemeint (s. dagegen Witte, S. 95 unten). Daß die aus einem rechtskräftigen Judikate erfolgte Zahlung nicht zurückgefordert werden kann, versteht sich ohne Ausnahme (§. 220 a. G.); etwas besonderes liegt erst darin, daß auch die aus einem nichtigen Judikate erfolgte Zahlung nicht zurückgefordert werden kann — (l. 36 l. 74 §. 2 cit.). Ob aber dasselbe, was von einem nichtigen Judikate, auch von einem selbst faktisch nicht existenten, also bloß eingebildeten oder vorgeschüpften Judikate gilt

zurückgefordert werden; allein abgesehen von dem Falle, da eine judikatmäßige Buße gezahlt wird, *indebiti condictio* also nicht sowohl straf-, als damnationshalber ausgeschlossen ist, geht diese Ausnahme nur auf Bußen, die zu der Zeit da sie gezahlt wurden, schuldig waren, es aber jetzt da man kondiziren möchte nicht mehr sind^{28a}); — buchstäblich können endlich Zinse,

(wie wir Pand. 1. Aufl. S. 415 mit Bangerow, aber gegen Arndts und Sutenis annehmen)? Der Ausspruch *quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem quod quis se putat condemnatum* (l. 36 cit.) würde, wenn er für sich stünde, für diese weitergehende Ansicht sprechen; nun aber bezieht er sich auf den Fall eines nichtigen Urtheils; anderseits steht in (der von uns früher nicht berücksichtigten) l. 5 §. 1 cit. ein ähnlicher Ausspruch (*si falso existimans se damnatum dare promississet*) für sich und derart, daß wir zunächst an eine bloß eingeleitete Damnation denken: und hier greift *condictio* platz. Darnach möchten nun auch wir den Ausschluß der *indebiti condictio* nunmehr auf Fälle wirklicher (wenn auch nichtiger) Damnation beschränken. Der Grund weshalb die *condictio* hier (l. 5 §. 1) zusteht, dort ausgeschlossen ist, liegt aber nicht in der Nähe oder Ferne des Prozesses (Witte S. 95 unten, fgg.), — auch nicht in Präsuntion einer Transaktion (Witte S. 94, gegen welchen u. a. Paul. R. S. I. 19 §. 1: *Ex his causis quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest* und Bd. 1 S. 382 Anm. 17 S. 384 Anm. 29), sondern in der „Auctorität der Damnationen“ (l. 29 §. 1 cit. — *propter auctoritatem rei iudicatae repetitio . . cessat*), die nicht so bloß nebenher soll angefochten werden können, wie es durch *ind. condictio* der Fall wäre — hinwider aber ohne ein wenigstens faktisch existentes Urtheil zc. nicht denkbar ist (vgl. Bd. 1 S. 384 Anm. 31).

28a) Allgemein scheint die Zurückforderung von Bußen ausgeschlossen in l. 42 D. h. t. und l. 46 D. r. j. 50, 17 — nur unter besonderen Umständen in l. 3 §. 14 D. tab. exh. 43 5 (Ulp. lib. 68 ad Ed., woraus auch l. 42 cit.) und l. 1 §. 2 D. leg. Jul. ambitus 48, 14 cf. l. 23 §. ult. D. h. t. — Glück, Comm. Bd. 13 §. 831 Nr. 2, Unterholzner, Schuldverh. II §. 318 not. s., Franke, civ. Arch. Bd. 22 S. 357 fgg. Bangerow, Bd. 3 §. 625 Anm. 1. I. 1e., und auch Puchta §. 309 not. f sind nach den in l. 3 §. 14 und l. 1 §. 2 cit. enthaltenen Beispielen für den im Texte ausgesprochenen Satz. Unentschieden sind Arndts §. 341 Anm. 10 a. G. und Windscheid §. 426 Anm. 17 a. G. Dagegen knüpft Karlowa (der röm. Civilp. 3. B. der Legisaktionen S. 200) die *poenae* an die *Damnatio* (der Polizeistrafgesetze) und also an die *Litiskrescenz* an; vgl. auch meine 1. Pand.-Aufl. S. 415. Indessen rechtfertigt auch dieser letztere Gesichtspunkt den Satz noch nicht in seiner Allgemeinheit; denn die prätorischen Strafen beruhen insgesamt auf keiner *Damnatio*. Daß er in der That auch nicht allgemein bestanden habe, beweist l. 23 §. ult. D. h. t., wo der *poena*, welche aus *Litiskrescenz* erwächst, die anfängliche *poena* entgegengesetzt und *repetitio* gestattet wird, wenn *poenae* der letzteren Art *ex falsa causa* gezahlt werden. Selbst l. 42 cit. spricht nicht ganz allgemein (*non solent repeti*); l. 46 aber mahnt an eine i. i. *restitutio* gegen die Verurtheilung, bei welcher nicht auch „*restitutio*“ der einmal gezahlten Strafe plaggreifen soll (vgl. l. 1 §. 2 cit.). So weit hätte hier der Ausschluß der *repetitio* ein doppeltes Gebiet und

woferne nur das Kapital schuldig war, niemals zurückgefordert werden²⁹); wohl dagegen kommen dieselben, insoferne sie über das gesetzliche Maß, oder aber sonst indebite und nur aus Irrthum gezalt werden, am Kapital in Abrechnung, und wo dieses nicht mehr angeht, folgerecht als indebite gezaltes Kapital zur Zurückforderung³⁰).

Nachträglich erlöschen (evanescere) kann eine schon begründete *indebiti condictio* dadurch, daß was oder wer zur Zeit der Zahlung noch nicht schuldig oder noch nicht forderungsberechtigt war, nachträglich schuldig oder forderungsberechtigt

zweierlei Grund gehabt: den der *litiskrescenz*, sofern die *poena* auf *Damnation* beruhte; den des so zu sagen kritischen Zeitpunktes, wenn die *poena* zur Zeit der Zahlung wirklich schuldig gewesen war, und eine *repetitio* erst *ex nunc* denkbar gewesen wäre (l. 3 §. 14 l. 1 §. 2 *citt.*); aus zwei verschiedenen Ursachen ergab sich der Satz: *poenae non solent repeti*; wo eine nichtschuldige auch auf keiner *Damnation* beruhende *poena per errorem* gezalt wurde, fand und findet *ind. c.* statt.

29) *Si non sortem quis sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debita solvit* — l. 26 pr. D. h. t.

30) Noch nach *justinianischem* Rechte stehen zwischen den nichtschuldigen und den klagbaren Zinsen die bloß *partirten* (§. 223. 1) und darum nicht klagbaren (*Paul. R. S. II. 14 §. 1*) Zinse mitten inne. Letztere können, wenn auf sie gezalt wird, weder auf das Kapital angerechnet, noch (innerhalb des gesetzlichen Maßes) zurückgefordert werden (l. 5 §. 2 D. *solut.* 46. 3 l. 3 C. *usur.* 4, 32 — *neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt*), unterscheiden sich also von den klagbaren Zinsen außer der *Klaglosigkeit* nur dadurch, daß eine nicht eigens (*proprio titulo*) auf sie (die *partirten*) oder überhaupt auf „Zinse“ erfolgte Zahlung nicht an ihnen, sondern am Kapital oder an anderen klagbaren bedungenen Zinsen — l. 5 §. 2 *cit. ab init.* und unten: *Quod generaliter constitutum est etc.*) abgeht. Als eigens auf sie erfolgt galt die zwar ununterschiedlich, aber unmittelbar nach dem Zinsversprechen erfolgte Zahlung. Nach heutigem Rechte sind alle bedungenen Zinsen klagbar; zwischen den klagbaren und den nicht schuldigen Zinsen gibt es kein Mittel Ding mehr. (Vgl. übrigens §. 223 *Ann.* 3). Die das gesetzliche Maß überschreitenden oder die schlecht hin nichtschuldigen und irrthümlich gezalten Zinse gehen am Kapital ab (l. 102 §. ult. D. *solut.* 46, 3 cf. l. 11 §. 3 in f. D. *pign. act.* 13, 7), werden mithin als Kapitalzahlung erachtet, folgerecht als indebite gezaltes Kapital zurückgefordert, wenn die Zinszahlung nach oder zugleich mit der Kapitalzahlung geschah (l. 26 pr. *cit.*: — *quasi sors indebita repetuntur*). „Anrechnung auf das Kapital“ ward durch *Sept. Severus* konstituiert; was dann, wenn letzteres schon gezalt, und also Anrechnung nicht mehr möglich war, fand verschiedene Beurteilung (l. 18 C. *usur.* 4 32); durch l. 18 *cit.* ist wenigstens so viel entschieden, daß eine *condictio* stattfindet; ob *sortis* oder *usurarium condictio* scheint auch zwischen l. 26 pr. und l. 18 noch nicht ausgetragen.

wird³¹⁾; — nachträglich zerstört werden: durch Konsumtion, indem eine elektiv konkurrirende *condictio* angesetzt³²⁾, oder die Bedingung einer sie verdrängenden *Stipulation* perfekt³³⁾, oder eine *condictio* wider den A in eine *condictio* wider den B umgesetzt wird³⁴⁾. —

Der Irrthum gehört mit zur Begründung unserer Schuld³⁵⁾, also auch mit zu ihrem Beweise³⁶⁾. Wo freilich der Beweis der Nichtschuld erlassen ist, wie das in der Person der Pupillen, Minderjährigen, Frauen, Soldaten und Bauersleute der Fall sein soll³⁷⁾, und da, wo Beklagter den Empfang läugnet und überwiesen wird, der Fall ist³⁸⁾, braucht auch der Irrthum nicht bewiesen zu werden, und muß sich Beklagter durch den Beweis der Schuld vertheidigen. — Um aber bewiesen werden zu

31) was: eine zur Zeit der Zahlung bedingte Forderung geht in eine unbedingte F. über: vgl. oben Anm. 14; hierzu vergleiche den Fall, da bei genereller oder alternativer D. das Eine vorerst nur zum Theil geleistet, Schuldner also vorderhand noch gar nicht liberirt wird, folgerecht kondizirt, die *condictio* aber auch durch Leistung des übrigen Theils beseitiget werden kann (l. 2 §. 1 D. v. o. 45, l. 1. 26 §. 13 D. h. t. und unten §. 305 Anm. — wer: l. 25, l. 96 §. ult. D. solut. 46, 3.

32) l. 18 D. furt. 47, 2. S. oben Anm. 26 cf. l. 11 §. 6 in f. D. a. e. e. v. 19, l. 1. 2 D. cond. s. c. 12, 7.

33) l. 22 pr. l. 25 §. 1 D. rem rat. 46, 8 — in locum . . conditionis interponi stipulationem (de rato). Hier und dort ist die *condictio* wider den Procurator bis zur Ratihabitionsverweigerung, d. i. bis zur Verwirfung der *Stipulation* als vorhanden gedacht; sonst könnte sie nicht perimirt werden; im Falle der Ratihabition ginge sie in eine *condictio* wider den Ratihabenten über: l. 22 in f. cit.

34) s. die vorige Note a. G.

35) l. 10 C. ign. j. et fact. 1, 18 — Per ignorantiam . . repetitionem indebiti soluti competere —

36) Gegen Puchta § 309: „Der Beweis . . des Irrthums liegt dem Kläger nicht ob“ s. l. 25 pr. in fine D. prob. 22, 3 l. 6 C. h. t. Römer, die Beweislast hinsichtl. d. Irrthums, 1852 S. 56 fg. und daselbst die Bezeugung der herrschenden Lehre; seitdem insb. auch Bähr, Anek. §. 21. Witte S. 161 fgg.

37) Gegen diese in l. 25 §. 1 eod. enthaltenen Privilegien vermag der Umstand, daß sie allem Anscheine nach interpolirt sind (Cujac. obs. lib. XXI c. 26. Gneist, d. formellen WB. d. n. r. D. R. Bähr, a. a. D. S. 85. Witte, S. 210 Anm. 1) nichts, umsomehr dagegen die Praxis, welche von denselben nichts wissen will (Römer a. a. D. S. 65 unten; Benfey, L. v. Beweise bei d. cond. ind., Zeitschr. f. Civilt. u. P. Bd. 14 S. 215 oben), oder höchstens für Unmündige und Minderjährige zuläßt (Bähr a. a. D.).

38) l. 25 pr. eod.

können, muß der Irrthum glaubhaft sein; dies ist wenigstens regelmäßig der grobe Irrthum nicht³⁹⁾.

Schon in der allgemeinen Zurückforderungslehre begriffen ist der Satz, daß die (hier unter dem Titel der Zahlung erfolgende) Vermögenszuwendung nicht gerade Eigenthumsübertragung (*datio*) zu sein braucht⁴⁰⁾; daß die vermeintliche Zahlung bis zu dem Grade perfekt sein muß, daß wenn eine wirkliche Forderung vorläge, auch wirklich gezahlt wäre⁴¹⁾; daß zwar die Zahlung ein Geschäft ist⁴²⁾ und darum *indebiti condictio* ein solches zwischen dem Geber und Empfänger voraussetzt⁴³⁾, dieses Geschäft und diese *condictio* aber gleichwol zwischen anderen als den leibhaftig oder unmittelbar gebenden und empfangenden Personen platzgreifen kann⁴⁴⁾; daß der Empfänger

39) vgl. Bb. 1 §. 161 zu Num. 16, ferner Dernburg, frit. Zeitschrift III S. 449, der nur entschuldbaren Irrthum für erweislich hält, — Witte, der §. 13 zwar gegen Windscheid ausführlich für das Erforderniß der Entschuldbarkeit eintritt, dagegen Dernburgs Behauptung anstreitet, immerhin aber „in den meisten Fällen“ nur den entschuldbaren Irrthum für probabel hält (S. 162). Für die Nothwendigkeit der Probabilität s. u. a. Savigny, Syst. III. S. 447. Erleben S. 70 sq., Rudorff zu Puchta §. 309. i. Abweichende Ansichten bei Holzschuber, Theor. u. Kas. S. 471 sq. Kriß, Rechtsfälle I über ign. j. S. 244 sq. Die Quellen verlangen regelmäßig einen *error facti* (l. 9 §. 5 D. ign. j. et f. 22, 6 l. 6 l. 7 l. 10 C. eod. 1, 18 und gestatten nur benigne einmal, mit Rücksicht scheint es auf dritte Personen (Bürgen), *ignorantiam juris*: l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36, 4.

40) §. 300 S. 508. — Da so mannigfaltig als der Inhalt der Forderungen, auch der der vermeintlichen *solutio* sein kann (z. B. l. 12 l. 22 §. 1 l. 65 §. 7 D. h. t. l. 35 D. s. p. u. 8, 2), kann diese auch in einer *promissio* bestehen (wenn eine vermeintliche Kautionsverbindlichkeit bestand: l. 31 D. h. t. l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36, 4); oder eine *promissio* ist das was in *solutum* gegeben wird (z. B. vom Delegaten an den Deleganten, indem er an den Delegatar promittirt: l. 2 C. h. t. vgl. S. 376 Anm. unten). Auch *Acceptilationen* können in *solutum* (z. B. einer vermeintlichen Gegenschuld) gegeben werden (arg. l. 23 D. accept. 46, 4 l. 81 §. 5 D. leg. I.).

41) daß also z. B. das Geld in das Eigenthum des Empfängers gekommen, oder konsumirt etc. sein muß: §. 300 Anm. 26 §. 290 S. 444 unten; insb. l. 19 §. 2 l. 29 D. h. t. l. 19 §. 1 D. r. cr. 12 l.

42) l. 33 D. h. t. — *qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit* —

43) s. oben §. 300 Anm. 27.

44) s. oben §. 300 S. 511—514; in Betreff der *ind. cond.* insbesondere: seitens des Empfängers: l. 6 §. 2 cf. §. 1 l. 57 §. 1 D. h. t. l. 34 §. 6 D. sol. 46, 3 l. 16 pr. D. rat. rem. 46, 8; seitens des Gebers: l. 5, l. 46 l. 61, l. 57 pr. l. 6 §. 3 l. 67 §. 1; l. 6 pr.; l. 47, l. 53 D. h. t. l. 18 D. cond. furt. 13, 1.

nicht überall auch jetzt noch haben, und daß er wenigstens Geldempfangen auf eigene Gefahr haben müsse⁴⁵⁾.

§. 305.

3. Nurmehr den auf alle unsere Zurückforderungen gemeinsam passenden Namen sine causa condictio¹⁾ haben Fälle, welche die Definition der eigens benannten Conditionenfälle überschreiten, das allgemeine Wesen derselben dagegen einhalten. Je seltener man jenen Namen als Generalbezeichnung gebrauchte, desto häufiger wird man unter ihm diese besonderen Fälle gedacht haben; jedenfalls ist unter der condictio sine causa unserer Titelfrubriken die von den Unsrigen sogenannte condictio s. c. specialis zu denken.

Wiewohl man nun aber vermuthen möchte, daß neben jeder unserer Conditionengruppen einige sine causa conditiones herlaufen, so lassen sich derlei Abzweiger mit Sicherheit doch nur verfolgen:

a) neben der condictio causa data causa non secuta, da, wo die causa ob quam eine vorübergehende, und die condictio nicht causa non oder nondum secuta, sondern causa finita²⁾, also weil was ex justa causa gegeben worden, ad non justam causam verlaufen ist³⁾, platzgreift;

b) neben indebiti condictio, da wo die causa (res) ob quam wie bei dem indebitum per errorem solutum eine solutio, deren Gegenstand aber ein wahres debitum war, dieses debitum nun aber nachträglich zu einem indebitum geworden ist⁴⁾, oder aber irrthümlich als bezahlt erachtet und darum

45) s. oben §. 300 S. 515—520. Ausbrücklich bei indebiti condictio bezeugt durch l. 7 D. h. t. l. 5 §. 3 D. o. e. a. 44, 7.

1) D. de conditione sine causa 12. 7 C de cond. ex lege et sine causa vel injusta causa 4, 9. Vgl. §. 300 Anm. 3.

2) l. 11 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1.

3) l. 1 §. 3 D. h. t. — wie dieß der Fall, wenn unter Darangabe (arrha) gekauft, nun aber der Kauf wieder aufgelöst oder aber vollzogen (l. 11 §. 6 cit — quia jam sine causa apud venditorem est annulus), oder wenn ein Schuldchein ausgestellt, nun aber gezahlt (l. 2 C. h. t.), Verlorenes ersetzt, nun aber wiedergefunden ist (l. 2 D. h. t. — quasi sine causa datum condici posse —)

4) Auch hier ist causa finita und res ad non justam causam rediit — wie da wo Verlorenes schuldigerweise ersetzt, nun aber wiedergefunden

quittirt (acceptilirt)⁵⁾, oder aber kein debitum, sondern ein sonstiger Anspruch⁶⁾ befriediget, — oder kein bereits entschiedenes debitum^{6a)} gezahlt wurde; — eine irrthümliche Creditirung, keine irrthümliche Schuldzahlung, aber immerhin etwas Irrthümliches liegt zu Grunde der *f. g. condictio Iuveniana* (§. 295 Anm. 8, §. 296 Anm. 12)⁷⁾; —

c) neben *condictio ob turpem vel injustam causam*, insofern die *causa ob quam* wohl auch als eine *turpis* oder *injusta causa* angesehen werden könnte, in Anbetracht des Umstandes aber, daß dann (weil *turpitude* etc. beiderseitig) *condictio* ausgeschlossen wäre, lieber *nulla causa* (mithin ein *Erwerb sine causa c.*) angenommen wird^{7a)}.

Neben den Fällen dagegen, die wir unter der *condictio ex injusta causa* begriffen haben, und welche in der *condictio furtiva* ihren Ableger haben (§. 302. 1.), kommt *condictio sine causa* nicht vor: man müßte denn die *cond. ex inj. c.* selbst für eine *sine c. c.* halten⁸⁾. Daß eine Person, die kontraktlich

ist (l. 2 D. h. t. — *non indebitum dedit . . . aber vestimentis inventis quasi sine causa datum . . . condici posse*), und da wo die zum Nießbrauch vermachte Summe (ohne Kautio) hingegeben, nun aber der Nießbrauch erloschen ist (l. 5 §. 1 D. usfr. ear. rer. 7, 5).

5) Daß hier (*liberatio*) kondizirt werden könne (cf. l. 4 l. 10 D. cond. c. d. 12, 4), wird nicht zu bezweifeln sein; l. 19 §. 1 D: acc 46, 4 (*quod acceptilatione liberatio omnimodo contingit, licet pecunia soluta non sit*), will nur sagen, daß man, der Form *acceptumne habes* entgegen, eine nicht bezahlte Schuld *acceptiliren* könne, nicht daß die *Acceptilation* einer nicht bezahlten Schuld überall unanfechtbar sei. Vgl. übrigens §. 291 Anm. 9.

6) z. B. der auf Erbschaftstheilung in l. 36 in f. D. fam. herc. 10, 2. Vgl. oben §. 305 Anm. 6.

6a) vgl. §. 304 Anm. 14, §. 283 Anm. 27.

7) wo die *causa ob quam* anstatt der vermeintlichen *solutio* ein vermeintliches *creditum* ist. Diese *condictio* haben gemeinen Grund der *repetitiones* für sich (*quia pecunia mea a me ad te pervenit etc.* l. 32 D. r. er. 12, 1) und kann nurmehr *sine c. c.* heißen. Vgl. Arndts §. 345 Anm. 2d.

7a) l. 5 pr D. h. t. *Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit . . . non tam turpem causam . . . quam nullam fuisse* — §. 1 eod.

8) wie dies z. B. Puchta §. 312 b. Arndts §. 345 b. c. thun. Indessen ist 1) von diesen Fällen in D. h. t. keiner aufgenommen, in der Rubrik des *Cod. h. t.* aber die *sine c. c.* der *ex injusta causa* eher entgegenesetzt als gleichgestellt — 2) die *injusta causa* als der rechtswidrige Grund, aus welchem erworben wurde, im Gegensatz zu der *causa ob quam* erworben wurde — weit entfernt ein bloßer Ableger zu sein, wie die

nicht obligirt werden konnte, auf Bereicherung haftet, ergibt noch keine repetitio, geschweige denn unsre cond. s. c.⁹⁾. Nichts als eine indebiti condictio ist endlich jene condictio, welcher persona locum facit¹⁰⁾ — d. h. welcher anstatt des (akuten) Irrthums der (habituelle) Zustand gewisser Personen Raum schafft, so daß sie ohne Unterschied des Wissens oder Nichtwissens (generaliter), mithin selbst bei geßiffentlicher Zahlung einer Nichtschuld kondiziren können¹¹⁾.

Vermächtnißschulden.

§. 306.

Vermächtnißschulden sind nur diejenigen Vermächtnißobligationen, zu deren Erfüllung der Dnerirte aus seinem Vermögen einen Aufwand zu machen hat. Dies ist überall da der Fall, wo der Dnerirte von seinen Sachen oder Rechten zu Gunsten des Honorirten ablassen oder diesem Eigenthum oder Rechte an den Sachen Dritter verschaffen muß; der Umstand, daß schließlich jedes Vermächtniß auf Kosten der Erbschaft erfolgt, der Dnerirte mithin in oder aus der Erbschaft seine Deckung haben muß, hindert nicht, daß diese seine Obligation eine Schuld sei, sondern bewirkt nur, daß diesem seinem Passivum ein Aktivum gegenüberstehe. Wo dem Dnerirten nichts als die Verabfolgung von Erbschaftssachen obliegt, das

sub 1—3 des Textes enthaltenen Fälle der cond. s. c. — einer der 2 Haupt- oder Stammgründe aller repetitiones (s. oben §. 300 C. 504) — 3) in den von Puchta und Arndts hieher citirten Stellen manches nicht hieher gehörige enthalten, z. B. 1 65 §. 3 D. cond. ind. 12, 6, welche von einer condictio causa data c. n. s. l. 18 C. usur. 4, 32, welche von einer cond. indebiti handelt, etc.

9) s. dagegen Puchta, P. 312 u. dessen Citat (l. 34 pr. D. min. 4, 4), mit welchem nicht bewiesen ist, daß hier die Kontraktklage nicht zusehe, während für Fälle ähnlicher Art (§. 220 Anm. 14) durch l. 1 §. 15 D. dep. 16, 3 1 3 §. 4 D. neg. 3, 5 bewiesen ist, daß die bezüglichlichen actiones keine Konditionen sind.

10) l. 29 D. cond. ind. 12, 6. Interdum persona locum facit repetitioni. utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is cui bonis interdictum est. solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant nummi, vindicabuntur. consumtis vero condictio locum habebit.

11) Vgl. hiezu §. 304 zu Anm. 37.

Eigenthum ohne ihn auf den Honorirten übergegangen ist, — oder wo, wiederum ohne den Dnerirten, Rechte an Erbschafts- sachen oder Erbschaftsforderungen an den Honorirten gekommen sind, und gegen den Dnerirten aus dem Vermächtnisse nur auf Einräumung der Detention oder Duldung, oder auf Verab- folgung von Forderungsbehehlen (Dokumenten, Pfändern) ge- klagt werden kann, — oder wo der Honorirte aus einem lega- tum liberationis von selbst frei ist, und die Acceptilation oder das poctum d. n. p., welches er vom Dnerirten fordern kann, diesen nicht ärmer macht, sondern nur förmlicher rechtlos stellt, — überall hier haben wir keine Schulden, sondern bloße Verbind- lichkeiten aus dem Vermächtniß¹⁾ vor uns.

1) Aus legatis scheint keinerlei Obligation anders als auf dem Grunde der Damnation möglich gewesen zu sein, der ausdrücklichen, wie der (seit dem SC. Neronianum) stillschweigenden Damnation. Und nicht nur anstatt anderweiter, im gegebenen Falle unzureichender Legatsformen, sondern auch neben diesen und trotzdem sie wirksam angeordnet waren, muß seit dem SC. Neron. ein Damnationslegat angenommen worden sein (vgl. Marzoll, z. d. L. v. d. Vermächtnissen, Zeitsch. f. Civilr. u. P. Bd. 9 S. 89 oben, Arndts, Forts. d. Glück'schen Comm. Bd. 46 S. 39 fg. zu Anm. 82, gegen Mayer, L. v. d. Leg. u. Fidei- mß. §. 2 Anm. 12 — argg. l. 84 §. ult. l. 103 §. 2 D. leg. l. 1. 76 §. 8 D. leg. II., dazu die Herleitung des Sconsultes aus der Praxis, anderweitigen Legatsformen das Damnationslegat vorsichtshaber beizufügen: Mayer a. a. O. §. 5. Arndts a. a. O. S. 41 fg.). Bei diesem Ursprung war die persönliche Klage aus dem Testamente gleich derjenigen aus Stipulationen überall stricti j. actio (Savigny, Syst. Bd. V. Weil. XI.), gleichviel ob die Obligation in dando oder in faciendo, Schuld oder bloße Verbindlichkeit war: nur daß sie ersteren Falles certi, außerdem nur incerti conductio, actio sein konnte: l. 9 §. 1 D. r. cr. 12, l. 1. Competit haec actio (certi cond.) etiam ex legati causa — cf. Gaj. II, 104; l. 8 §. 6 D. lib. leg. 34, 3 (actio incerti ex test. auf Realisirung einer liberatio legata) l. 8 D. usfr. ear. rer. 7, 5 (legatum certi und incerti; letzteres in der Auf- lage einer Satisfaktionsleistung zu Gunsten des legatarius, usufructuarius bestehend), cf. l. 13 D. ut legat. 36, 3 l. 34 pr. in f. D. leg. III. Wo diese „personalis actio“ (l. 84 §. ult. l. 85 D. leg. I.) als eine auf Te- stament oder Legat beruhende, mithin nach ihrem materiellen Grunde cha- rakterisirt werden soll, finden wir allerdings nirgends den Namen con- ductio, sondern nur actio (ex testamento legatorum l. 76 §. 8 D. leg. II. ll. citt. Baron, Abhh. aus d. Civilp. I. die Condd. §. 5 l. 2. I.), wie denn überhaupt den klassischen Konditionen- Namen (conductio certi, in- certi, triticaria) die Hervorhebung der Intention oder des Inhalts eigen, die des Grundes fremd zu sein scheint (Baron a. a. O.). — Die fidei- commissorum persecutio war, insoweit man sie überhaupt noch als actio denkt (Bd. 1 §. 78 Anm. 2), überall personalis actio (arg. l. 1 C. comm. leg. et fc. 6, 43 Justinian), ist aber spätestens seit l. 1 C. cit. mit der personalis ex testamento actio, wie diese für jegliches Legat schon

2. Konfensualschulden,

§. 307

Insb. aus *constitutum debiti*, Schenkungs- und Dotalversprechen, *pollicitatio*, *votum*, Auslobung; Wett- und Spielschulden.

Aus den Konfensualkontrakten des *jus gentium* (§. 137) entspringen zunächst bloße Haftungen¹⁾, aus dem *constitutum debiti* (*proprii* und *alieni*) das auf bloßem Konfense beruht (§. 136 Anm. 14) zwar Schuldklagen, aber doch nur auf Grund vorausgehender Schuld (§. 197 fgg.), — aus Schenkungs- und Dotalversprechen (welche durch Justinian ohne *Stipulation* möglich geworden sind — §. 136 Anm. 13) dagegen sofort und selbständig Schulden, vorausgesetzt nur, daß sie *glatt* (*pure*) abgegeben und auch durch keine *juris conditio* (wie das Dotalversprechen durch Ehe) aufgeschoben oder in Schwebe sind²⁾. Aus *Pollicitationen* und Gelübden (§. 141 zu Anm. 36, 37) entspringen, trotzdem sie nicht einmal auf Konfens, sondern auf bloß einseitiger Willenserklärung beruhen, vorausgesetzt nur, daß ihre Erfüllung ein Vermögensopfer verlangt, Schulden; allein dazu muß die *Pollicitation* entweder ausdrücklich ehrenhalber³⁾, oder um eines sonstigen zulässigen Grundes willen⁴⁾ erfolgt, oder aber schon zum Theil in Erfüllung übergegangen sein⁵⁾; und nur wenn ehrenhalber *pollicitirt* und die Ehrung auch bereits erfolgt ist, liegt eine vollkommene, d. i. schlechthin vererbliche Schuld (*aes alienum*) vor; sonst kann mit dem Tode des *Pollicitanten*

in klassischer Zeit bestund, in Eins aufgegangen. (Der Vorschlag, in den Worten der l. 1 cit. — *omnibus . . tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare etc.*, anstatt *legatariis* und *fideicommissariis* in *legatis* und *fideicommissis* zu ändern, dürfte an dem folgenden *non solum personalem actionem* (*sc. iis*) *praestare* scheitern.

1) s. oben §. 294 zu Anm. 1—3.

2) Von dem Schenkungsversprechen ist des näheren in der allgemeinen Lehre von den Schenkungen (im Buche von den Handlungen), vom Dotalversprechen in der von der Dos (im Familienrechte), zu handeln.

3) ob *honorem . . decretum sibi vel decernendum* — l. 1 §. 1 D. de *pollicitationibus* 50, 12.

4) l. 1 §. 1 j. B. l. 4 l. 7 l. 12 §. 1 eod.

5) l. 1 §§. 1—5 l. 5 l. 6 §. 1 §. 2 l. 8 l. 9 l. 11 l. 14 D. h. t.

Untergang oder Herabminderung der Schuld eintreten⁶⁾. Das Gelübde ist seinem Begriffe nach stets ein bedingtes (von Erhöhung der Himmlischen abhängiges) Versprechen⁷⁾.

Die Auslobungen unserer Praxis sind ins Weltliche übersetzte Gelübde, einseitige Versprechungen an das Publikum anstatt an die Gottheit, so wesentlich bedingt wie jene, keine bloßen Offerte, welche erst acceptirt werden müßten⁸⁾, sondern bedingte Versprechungen, welche durch Erfüllung der Bedingung zu Schulden werden, und Denjenigen der erfüllt zum Gläubiger machen, auch ohne daß und bevor er weiß, daß er in dem, was er gethan, die Bedingung eines Versprechens erfüllt hat⁹⁾.

Stets bedingt ist, im Augenblicke ihrer Kontrahirung, auch die Wett- und Spielschuld; stets ein Sieg ihre Bedingung;

6) Untergang, wenn ob honorem pollicitirt, der Pollicitant aber nicht nur vor erfolgter Ehrung gestorben ist, sondern auch mit der Erfüllung der Pollicitation noch nicht begonnen hatte (l. 11 D. h. t.; l. 6 pr. l. 9 ab init. und l. 14 eodem setzen darum stillschweigend voraus, daß die Ehrung erfolgt sei &c.); Herabminderung — und zwar auf $\frac{1}{5}$ der Erbschaft zu Gunsten der „auswärtigen“ Erben, auf $\frac{1}{10}$ zu Gunsten der eigenen (Kinder) — wenn mit der Erfüllung zwar begonnen, die Erbschaft aber zur Vollendung ungenügend, und der Grund zu rücksichtsloser Vererbung der ganzen Schuld (pollicitatio ob honorem und honor secutus) nicht gegeben ist (ll. citt.); daß dann, wenn ob honorem pollicitirt, der honor nicht erfolgt, aber opus etc. begonnen ist, die Sache so zu behandeln sei, wie wenn sine causa pollicitirt, die Erfüllung aber begonnen sei, deminutio also eintreten könne, ist eigens rescribirt (l. 6 § 1 eod.).

7) s. die zahlreichen Beispiele bei *Brissonius, de formulis*, lib. I. No. 159--180, in denen die Bedingung überall, wenn auch nicht überall grammatikalisch, zum Ausdruck kommt. Das Korpus J. enthält nur eines, das „pro salute principis“: l. 233 §. 1 D. v. s. 50, 16; außerdem wird seiner nur erwähnt, um den Unterschied zwischen *personae* und *rei obligatio* zu zeigen (l. 2 pr. D. pollicit. 50, 12, vgl. §. 208 Anm. 1 a. G.), erhöhte Handlungsfähigkeit zu verlangen (l. 2 §. 1 eod.; vgl. oben S. 46), auf eine eigenthümliche Art der Erfüllung *sepositio*, bei Gelobung einer Vermögensquote) und Vererblichkeit aufmerksam zu machen (l. 2 §. 2 eod.), und um den Provinzialstatthalter untertags walfahrten zu lassen (l. 15 D. off. praes. 1, 18).

8) wie u. a. Böcking, Einl. in d. Pandd. d. h. v. R.'s §. 107 S. 378. Jhering, Jahrb. IV. S. 98. S. 101 Abs. 2. Regelsberger, Vorberh. §. 42. Windscheid §. 309 annehmen --

9) Wäre die Auslobung bloßes Offert, so würde z. B. derjenige, welcher die Entdeckung macht, auf welche auslobungsweise ein Preis gesetzt ist, damit den Preis noch nicht verdient haben; er müßte ihn erst acceptiren, und würde seinen Erben keinen Anspruch auf denselben hinterlassen, wenn er vor Innewerdung der Auslobung verstarbe. Weiteres über diese Materie in dem Buche von den Handlungen (vgl. 1. Aufl. S. 1549 fg.)

also stets ein Kampf ihre Voraussetzung; dort ein Kampf in Worten (Behauptung und Gegenbehauptung), hier ein Kampf in Werken, es sei nun der Kunst und Stärke (*pro virtute*)¹⁰⁾, oder des Zufalls und Glückes (*alea*, Hazardspiel)¹¹⁾. Das Spiel ist ohne Kampf¹²⁾, mithin auch ohne Sieg und Siegespreis, (*victoriae pretium*) und ohne Siegespreis selbst als Kampfspiel möglich¹³⁾; die Wette ist ohne Kampf, Sieg, und Siegespreis nicht möglich. Letzterer wird bei der Wette so gewöhnlich versprochen, bei den Römern so gewöhnlich stipulirt, spondirt, daß die Wette *sponsio* heißt. Bei Spielen kommt das Versprechen gewöhnlich formlos¹⁴⁾ und in konkludenter Handlung, mittelst „*Sezen*“, d. i. einer halb hypothekarischen, halb Faustpfandweisen Aussetzung des Forderungsgegenstandes als Siegespreises zum Ausdruck¹⁵⁾.

Was nun aber insonderheit die Spielschulden anlangt, so ist noch durch ein Senatuskonsult das Spielen um Geld, in=

10) l. 2 §. 1 l. 3 D. de aleatoribus 11, 5.

11) so daß die Kampfeshandlung möglicherweise zur bloßen Provokation des Zufalls herabsinkt, wie beim Würfelspiel (*alea ludere*), welches Prototyp der Glücks- oder Hazardspiele ist (D. de aleatoribus 11, 5, C. de aleatoribus et alearum lusu 3, 43), in unserem Lottospiele aber sein ebenbürtiges Seitenstück und nichts wesentlich anderes im Differenzgeschäft hat.

12) z. B. Tanz — sogar einseitig: Seifenblasen —

13) In dem Grade als sich das Spiel von der *alea* entfernt, pflegt es „nicht um Geld“ gespielt zu werden — z. B. Schachspiel.

14) Val. Max. 4, 3, 3 — *pactum victoriae pretium* —

15) Dieses „*Sezen*“ (z. B. l. 4 pr. D. h. t. *Quod vescendi causa* ... *ponitur l. 1 C. h. t. — assem... deponere et ludere — Virgil. Buc. Ecl. III. v. 29* *Dam. — Ego hanc vitulam — Depono — Men. De grege non ausim quidquam deponere tecum .. verum .. pocula ponam Fagina* —) erscheint den Römern selbst als ein Verpfänden (Virg. l. cit. — v. 31 — *tu dic, mecum quo pignore certes* — vgl. Rudorff, die Pfandlagen, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 13 S. 195, besonders die daselbst Anm. 30 cit. Stellen. Muther, Sequestration, §. 32 fgg. gegen Keller u. Bachofen, die von diesem Pfand nichts wissen wollen), unterscheidet sich von anderem Verpfänden vor allem dadurch, daß der Forderungsgegenstand selbst zugleich Pfand ist, von hypothekarischer und Faustpfand-Verpfändung dadurch, daß das Pfand weder einfach beim Verpfänder zu bleiben, noch auch völlig an den Pfandgläubiger ausgeantwortet, vielmehr auf ein gewissermaßen neutrales Gebiet, zwischen Beiden, versetzt zu werden pflegt. Eher auch werden wir ein solches Pfand anstatt verpfändet (dinglich obligirt), gleich dem *pignus manifestarium* bloß zur Pfändung ausgelegt zu denken haben; allerdings erzählt man von irgend einem Interdiktschutze zu Gunsten derselben so wenig, als von einer sonstigen *pignoris persecutio*.

sofern es kein Kunst- oder Kraftspiel ist, verboten, mithin zu einem unrechtmäßigen Erwerbgrund geworden¹⁶⁾; nach den Justinianischen Konstitutionen, welche jenes Verbot auf alle Spiele mit Ausnahme von fünfem erstreckt und selbst den Einsatz in den 5 ausgenommenen Spielen beschränkt haben¹⁷⁾, ist das verbotswidrige Versprechen und Setzen ipso jure null und nichtig (Bd. 1 §. 20 zu Anm. 5), die Zurückforderung erst in 50 Jahren verjährbar¹⁸⁾, und eventuell zum öffentlichen Nutzen von jedem Dritten verfolgbar¹⁹⁾. Trotzdem diese Verbote nicht glossirt sind, hat man sie doch früher als geltendes Recht gelehrt²⁰⁾, und betrachtet sie auch neuerdings wieder als solches, freilich mit der Modifikation, daß anstatt der fünf uns unbekanntem Spiele alle Nichtazardspiele sollen um Geld gespielt werden dürfen²¹⁾. Wetten sind wörtlich nirgends, dagegen im Sinn der Geldspielverbote dann untersagt, wenn auf den Ausgang von Hazardspielen²²⁾ oder außerdem auf den Zufall gewettet wird²³⁾.

16) l. 2 §. 1 D. h. t. cf. l. 3 l. 4 pr. — § 2 eod.; oben §. 302. Das Spielen um Gßmaaren ist nur innerhalb der Familie oder des Gefindes nachgesehen (l. 4 pr. eod.), daß gerade um Geld gespielt werde, also zum Verbote nicht nothwendig. Umso mehr ist unser Spielen „um die Beche“ im St. mit verboten.

17) l. 1—1. 3 C. h. t. — Sed nec permittimus etiam in his ludere ultra unum solidum, si multum dives sit — l. 1 cit. — ceteris autem longe minori pecunia —

18) l. 3 cf. l. 1 C. h. t. cit.

19) So wenigstens nach l. 1 C. h. t., während in der l. 3 C. eod. nur noch von der Gemeinde und dann vom Fiskus die Rede ist.

20) s. jetzt Dr. Ernst Landsberg, über d. Entstehung der Regel quidquid non agnoscit glossa etc., Bonn 1880 S. 18 S. 24. III. S. 25. IV. S. 27. V. S. 30 unten. S. 49. 52 S. 58. S. 59. S. 62. 71. S. 73 unten. S. 77. Erst mit der Entstehung dieser Regel im 17. Jahrh. entsteht auch der Irrthum, als ob eine un glossirte Stelle als solche, und darum selbst der von jeher anerkannte Codextitel 3 43 ungiltig sei: S. 79. Vgl. meine Besprechung obiger Schrift in der M. Viertelj. Bd. 23, 4;

21) Seuffert, prakt. Pandr. §. 369 Anm. 4. Freilich fehlt es auch nicht an Stimmen, wornach, konsequent dem Wegfall der 5 Ausnahmen, alles Spielen um Geld verboten sein soll — z. B. Sintenis, prakt. gem. Civilr. §. 123 Anm. 1. Belege dafür, daß die Gerichtspraxis der Theorie folgt, s. Seuff. Arch. I. 345. IX. 289. XIII. 94, woselbst namentlich auch die vor dem Spiele zur Berichtigung von Spielschulden erfolgte Anweisung nichtig ist l. 345. Etwas anderes als die Gerichtspraxis ist die Regierungspraxis, welche Lotterien veranstaltet und Spielbanken genehmigt.

22) arg. l. 3 D. h. t.

23) Bangerow, III. §. 673 Anm. 3.

§. 307a.

Aus aleatorischen Geschäften überhaupt und Versicherungen insbesondere.

Aleatorisch (gewagt — Glücksverträge), d. i. je nach dem Entscheide des zum Richter erhobenen Zufalles jeder Partei auf Kosten der anderen gewinnverheißend, jeder zum Vortheil der anderen mit Verlust drohend sind nicht bloß die Geschäfte, welche wie der Einsatz beim Hazardspiel und die Wette bei diesem, jenes Risiko zum Selbstzwecke haben, sondern auch Kontrakte, welche wie das *foenus nauticum* und *quasi nauticum*, *emptio spei*, die modernen Versicherungsverträge, zwar dieselben wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, wie sie der Kreditirung und zinslichen Geldanlage, der *emptio venditio* und den Kautionen vorschweben, hiemit aber die Nebenabsicht eines besonderen Risikos zu Gunsten der einen oder anderen Partei verbinden¹⁾. Was insonderheit unsere „Versicherungen“ anlangt, so sind sie in der That Sicherungen von kautionaler Natur; gerichtet auf Ersatz des positiven Schadens (*damnum emergens*), welchen Unfälle von was immer für einer Art an erworbenem Gute anrichten²⁾, — oder des Erwerbs=Entganges, den der natürliche Tod einer Person, oder Unfälle welche deren Erwerbsfähigkeit aufheben oder schmälern, im Gefolge haben³⁾. Versicherungen dieser letzteren Art, die Lebensversicherungen nämlich, haben anstatt dieses kautionalen möglicherweise föneratorischen Charakter⁴⁾. — Das besondere Risiko besteht für den Versicherungsnehmer darin, daß er leicht für einen Schaden zahlt, der gar nicht eintritt, oder daß die Summe der eingezahlten Prämien samt *Interusurium* die Versicherungssumme übersteigt; für den Versicherer darin, daß er oft über

1) Vgl. §. 298 Anm. 35; §. 325.

2) Elementarschäden, Schäden aus Krieg, Frevel, Spekulation (Konjunktur) — Feuer-, Hagel-, See- u. c. Versicherungen, wie sie u. a. Thöl, Handelsr. I. §§. 297—301 aufzählt —

3) Lebens- und Unfallversicherungen —

4) indem bei denselben möglicherweise nicht sowohl die Absicht, den Relikten einen Ersatz für den Wegfall des Ernährers zu gewähren u. dgl. obwaltet, sondern vielmehr eine je nach Umständen sehr lohnende Geldanlage gemacht werden will —

das Empfangene erstatten muß. Das Wagniß, welches je für den einzelnen Fall auf Seite des Versicherers größer ist als auf der des Versicherungsnehmers, pflegt jener dadurch zu mindern, ja selbst in gewinnbringendes Geschäft zu verwandeln, daß er (für sich allein oder in Gesellschaft) das Versichern gewerbmäßig treibt, und so je einen großen Verlust durch viele kleine Gewinne, und die Größe der Gefahr durch die Größe der Prämien ausgleicht⁵⁾. — Dem Zwecke nach Kautionen, allenfalls foenus, sind die Versicherungen ihrer Form nach von realkontraktlicher Anlage, ein do ut des. Ueberall läßt sich der Versicherer dafür, daß er den Ersatz des Schadens oder Erwerbseinganges auf sich nimmt, etwas zahlen (periculi pretium), und nirgends wird er vor Bezalung der Prämie obligirt, geschweige denn schuldig; föneratorische Geschäfte sind vor der Hingabe des anzulegenden Geldes ohnehin nicht denkbar. Allein realkontraktlich ist die Versicherung nicht schon da wo der Versicherer nicht vor der Prämienzalung obligirt wird, sondern erst da, wo vor der Prämienzalung auf keiner, namentlich auch nicht auf des Versicherungsnehmers Seite, eine Obligation entsteht⁶⁾. Nun geschieht es aber oft, daß der Versicherungsnehmer noch vor Zalung der Prämie, durch Acceptirung des Versicherungsantrages, obligirt wird, zur Zalung der Prämie nämlich; hier ist das Versicherungsgeschäft ein Konsensualkontrakt, aus welchem der Versicherungsnehmer sofort, der Versicherer aber nie vor Bezalung der Prämie und niemals ohne Eintritt der gewissen Bedingung (Unfall, Tod), schuldig wird. Von einem solchen Falle abgesehen, pflegt es aber zu keiner Klage gegen den Versicherungsnehmer zu kommen, indem vor einer Prämienzalung der Vertrag noch nicht perfekt ist, die

5) Ist bei den Versicherungen gegen *damnum emergens* und bei den Unfallversicherungen der Verlust für den Versicherer im Einzelnen größer als sein Gewinn, so sind dafür im Großen die Unfälle selbst seltener. Bei Lebensversicherungen steigt die Prämie nicht nur nach der Größe des Assuranzkapitales, sondern auch nach der Wahrscheinlichkeit kürzerer Lebensdauer — letzteres selbstverständlich nach Durchschnittsberechnungen, wie solche für anderen Zweck auch in unseren Quellen vorkommen (l. 68 D. ad leg. Falc. 35, 2).

6) z. B. Statuten des österr. „Anker“ Art. 5 „— der Vertrag (!) tritt erst nach geleisteter Vorauszalung dieser Prämie . . in Kraft —“

Nichtzahlung der etwa weiterhin fällig werdenden Prämien aber Auflösung des Vertrages und statuten- oder vertragsmäßig den Verfall der schon bezahlten Prämien nach sich zu ziehen pflegt⁷⁾. Daß wider den Versicherer dagegen nicht nur von dem Versicherungsnehmer selbst und seinen Erben, sondern von jedem Dritten geklagt werden kann, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen ist⁸⁾, bildet eine Fortsetzung der Ausnahmen von der Unstatthaftigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, welche noch im römischen Rechte aufgekommen sind⁹⁾. Daß die Versicherung selbst nicht bloß das eigene Gut, sondern auch fremdes Vermögen oder Leben zum Gegenstand haben kann, ist nichts Singuläres, sondern nur eine Spezies von Intervention (§. 252).

§. 308.

Aus Zinsversprechen.

Unselbständig in Ansehung ihrer Entstehung, dagegen selbständig in Ansehung ihres Bestandes sind die Zinsschulden aus Zinsversprechungen¹⁾. Die Zinsversprechung geschieht unter der stillschweigenden Bedingung, daß das zu verzinsende Kapital schuldig werde oder sei; die auf Versprechen beruhende Zinsschuld entsteht und wächst niemals vor der Entstehung und ohne den Fortbestand dieser Kapitalschuld; allein fortbestehen kann sie nach Aufhebung der Kapitalschuld²⁾.

7) z. B. a. a. O. Art. 7. In dieser Art von Bestimmungen ist wesentlich nichts anderes als eine *lex commissoria*, wie sie beim Verkaufe vorkommt, enthalten.

8) wie denn namentlich Lebensversicherungen oft zu Gunsten von Nichterben eingegangen werden —

9) vgl. einstweilen meine *Pandb.* 1. Aufl. §. 374. §. 375.

1) im Gegensatz zu den Verzugszinsen, dagegen nicht auch im Gegensatz zu allen und jeden s. g. gesetzlichen Zinsen: §. 244, bes. zu Anm. 18 u. 19. Hierzu noch I. 1 C. jud. 3, 1.

2) Es ist bloße Willenspräsumtion, daß im Zweifel die Zinsschuld vor der Kapitalschuld gezahlt sei (§. 290 Anm. 43 a. G.), das Gegentheil nicht ausgeschlossen, z. B. I. 18 C. h. t. 4, 32 (*usurae*) post sortem *red-ditae* —. Freilich gibt es einen *modus tollendi obligationem*, durch welchen mit der Kapitalschuld ohne weiteres die Zinsschuld aufgehoben wird (I. 26 pr. C. usur. 4, 32 *Eos qui principali actione per exc. 30 v. 40 a. . . . ceciderunt, . . . non posse super usuris vel fructibus praeteriti tem-*

Daß Zinse auch für ein bisher unverzinsliches Kapital versprochen werden können, ist selbstverständlich; daß sie als ein Entgelt nur für künftigen Kapitalsgebrauch, also nicht rückwärts versprochen werden können, liegt in ihrem Begriffe³⁾. Wie die Kapitalschuld selbst mit keinem dies endiget⁴⁾, hat auch die Zinsschuld keinen Endtermin; etwas anders als die Zinsschuld ist der Zinsenlauf, der mit einem dies endigen kann⁵⁾; etwas anderes als ein Endtermin sind die Zahltermine, welche für den auf unbestimmte Zeit bedungenen Zins ausgemacht zu werden pflegen (Zinstermine); durch diese wird jede Zinsschuld erst nachdem sie bis zu einer gewissen Größe angewachsen ist klagbar, und also auch bis dahin betagt⁶⁾. Wird zu diesen Terminen gezinst, so mag der Betrag der Zinse, woserne nur das Kapital fortbesteht, in's Ungemeßene anwachsen⁷⁾; anders, wenn die Verzinsung in's Stocken geräth und nun mehrere Zinsraten (mit oder ohne Kapital) auf einmal gefordert, eingeklagt,

poris aliquam movere quaestionem — was also nicht bloß in Betreff der Offizialzinse, sondern allgemein entschieden ist, trotzdem der Zeit nach bloß die Kapitalschuld verjährt ist, die (selbständige) Zinsschuld noch unverjährt fortbestehen könnte — arg. l. 1 C. jud. 3, 1). Nicht dasselbe, was von der Verjährung, gilt von der Novation; diese kann auf die Kapitalschuld beschränkt werden; l. 18 D. nov. 46, 2 bezeichnet als notwendige Folge der Novation (der Kapitalschuld) nur das Aufhören des Zinslaufes — *Novatione . . facta . . usurae non currunt*:

3) und Unterschiede vom *pretium*, das eine bestimmte Summe sein muß, während der Zins eine in's Unbestimmte wachsende Größe ist; rückwärts versprochen wäre der Zins ein *pretium*. Die in l. 40 D. r. cr. 12, 1 und l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 *usurarum nomine* bedungenen *Denare* laufen zwar nicht sofort, sind aber obgleich bedingt von Anfang und für die Zeit vom Tage des Kontrakts an, also in *futurum*, nicht in *praeteritum*, stipulirt. (vgl. l. 64 l. 126 pr. D. v. o. 45, 1).

4) Nur die *temporales actiones* endigen mit einem dies; die *perpetuae actiones* sind zwar verjährbar, aber auch perpetuirbar, die ihnen zu Grunde liegenden Schulden also mit keinem bestimmten Tage, sondern nur durch eine so und so lange Versäumung zu Erbe (Bd. 1 S. 401 oben; vgl. Bd. 2 S. 437 Abs. 3 — „Ablauf der Zeit“ und Abs. 2.)

5) Denkbarerweise wird ein Zins nur auf bestimmte Zeit lang versprochen. Die dies *triginta* aber z. B. in l. 135 pr. D. v. o. 45, 1 sind keine solche „bestimmte Zeit lang“, sondern ein Zinstermine (vgl. die Glosse zu dies (*quoslibet*)) und zwar der bei den Römern übliche *Novatizins* (vgl. l. 40 D. si certum pet. 12, 1).

6) ob man nun sage, es sei bis zum Zinstage bloß die Haftung, mit ihm die Schuld — oder es sei mit dem ersten Tage sofort eine Schuld, mit dem Zinstage erst *petitio, solutio da* (§. 217 S. 37. 2.).

7) l. 10 C. h. t.

oder novirt werden wollen; hier darf der Betrag der Zinsen des Kapitals nicht übersteigen⁸⁾. Von altersher unterlag auch der Prozentsatz einer gewissen Schranke⁹⁾, und der Anacotismus ist früh der Ueberschreitung erlaubten Zinsmaßes an die Seite gestellt worden¹⁰⁾.

8) I. 26 §. 1 cond. ind. 12, 6 Ulp. Supra duplum . . nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur — I. 0 C. h. t. Antonin. Carac. — quotiens tempore solutionis (die erst zu zahlende) summa usurarum excedit eam computationem dupli (d. i. des einbezüglich des Kapitalbetrages sich ergebenden Duplums), sollen die Zinsen nicht ultra sortis summam eingetrieben werden. I. 27 §. 1 eod. Justinian.: wonach diese Zinsenlaufschränke entgegen älteren Gesetzen namentlich auch für den Fall unterstellten Pfandes, und ausdrücklich für jede Art von Zinsen gelten soll

9) Justinian statuirte in einer generalis sanctio (I. 26 §. 1 h. C. h. t.) ein Zinsmaximum von 60% (1/2 centesima) als Regel, gestattete dem Handel 8, für foenus nauticum und aus anderen als Gelddarlehen 12, den Vornehmen (illustribus personis sive eas prae cedentibus) dagegen nur 40%; mehr als 60% sollte auch kein gesetzlicher Zins betragen; die Umgehung des Verbots durch Kapitalsablässe (siliquarum nomine vel sportularum) wird, bei Vermeidung entsprechender Kapitalschuld- und Zinsenminderung, eigens verboten, nicht minder die Vorschlebung anderer Personen, die Reichsgesetze (R. F. D. v. 1577 Dep. Abich. zu Speier v. 1600 §. 139) setzten das justinianische Zinsmaximum von 60% auf 50% herab; ob nur das der (dort genannten) Konventional- und Darlehensverzugszins, oder (mit Ausnahme des foenus nauticum und des etwa faktisch sich höher berechnenden Verzugsinteresses) auch das aller noch übrigen gesetzlichen und privilegierten Zins, war streitig (s. z. B. einerseits Arnolds §. 210. Eitenis, prakt. gem. Civilt. II. S. 102 fg. Glück, Komm. Bd. 11 §. 1133 — anderseits Zeuffert, prakt. P. R. §. 233). Dem Zinsnahmverbote des kanonischen Rechtes (c. 4. c. 7. XIV. q. 4. de usuris), X 5, 19 eod.) ist man in der Praxis früher ausgewichen, später entgegengetreten. S. die §. 298 Anm. 37 angeff. Autoren.

10) I. 27 D. re jud. 42. 1 Modest. Praeses provinciae usuras usurarum contra leges et sacras constitutiones condemnavit — I. 29 D. h. t. Marcian. Placuit sive supratatutum modum quis usuras stipulatur fuerit sive usurarum usuras quod illicite adjectum est pro non adjecto haberi et licitas peti posse. Daß dort leges und sacrae constitutiones, hier ein placitum, erklärt sich, wenn die Unzulässigkeit der Zinseszinsen aus dem (gesetzlichen) Modus der Zins abgeleitet wurde. Übrigens ließ sich die Unstatthaftigkeit von Zinseszinsen auch aus dem Begriffe der Zinsen ableiten: I. 29 C. h. t. Justinian: — usuras quidem semper usuras manere et nullum aliarum usurarum incrementum sentire — strenge genommen freilich nur die Unstatthaftigkeit von Zinsen aus künftigen Zinsen (welch letztere dadurch, daß aus ihnen, von ihrem Verfalltage an, Zinsen laufen sollen, thatsächlich zum bisherigen Kapital geschlagen oder mit ihm verbunden werden (s. g. anacotismus conjunctus); bereits verfallene Zinsen durch Novation zum Kapital zu machen und von diesem Zinsen zu stipuliren, ging nicht gegen den Begriff der Zins, und schien den Älteren denn auch zulässig (veteribus quidem legibus . . . fuerat concessum — I. 28 C. h. t.); Justinian aber wollte von dieser bloß juristi-

Nach heutigem Reichsrechte ist zwar, was den Prozentsatz anlangt, der Grundsatz der Vertragsfreiheit an die Spitze gestellt¹¹⁾, allein daneben gleichwol ein Zinsmaximum (6⁰/₁₀) festgehalten. Nämlich nur ein Zinsgeding, in welchem das Zinsmaximum nicht überschritten ist, soll volle Vertragskraft haben, jedes andere dagegen nach mindestens halbjähriger Dauer mit halbjähriger Frist kündbar sein. Da nun aber nicht bloß der Zins, sondern das Kapital dazu gekündigt und auch rechtzeitig gezahlt werden muß, wenn das Zinsgeding seine Kraft verlieren soll, so hat dieses reichsgesetzliche Zinsmaximum nur für den Fall Bedeutung, da der Schuldner nicht ohnedies schon binnen eines halben Jahres und halbjährig kündigen darf¹²⁾; in der That ist kein Zins-, sondern ein Zeitmaximum eingeführt, über welches hinaus ein mehr als 6⁰/₁₀ verzinsliches Kapital nicht unkündbar gemacht werden darf¹³⁾. Vertragsfreiheit ist reichsgesetzlich nur in Ansehung des Prozentsatzes eingeführt; das Verbot des Anatocismus besteht nach ausdrücklicher Bestimmung des Reichsgesetzes (§. 4) gemeinrechtlich¹⁴⁾ fort; desgleichen stillschwei-

sehen Umwandlung des Zinses in Kapital abgesehen, was einmal Zins war als Zins festgehalten (*usuras quidem semper usuras manere*), und demnach auch den *f. g. anatocismus seperatus* verworfen wissen. Gegen abweichende Ansichten vgl. *Arnolds* §. 209. Anm. 2.

11) Reichszinsengesetz vom 14. Nov. 1867 §. 1. Vgl. *Mandry Arch. f. civ. P.* Bd. 60 N. F. 10. S. 172.

12) Man möchte sich ein Zinsmaximum auch als Einschränkung richterlicher Zinsbemessung denken; allein wo dem Richter abgesehen von Zinsgedingen auf Zinse zu erkennen zusteht, wie in Fällen des Verzugs und sonstiger Interessen (§. 244 Anm. 15. 18. 19), ist ein Zinsmaximum einerseits überflüssig, weil dieselben Zinse gesetzlich oder doch von Rechtswegen ihr gewisses Maß haben und auch darum „gesetzliche“ Zinse heißen mögen (vgl. *Hdgb.* Art. 287.), andererseits zum Theile unzutreffend, weil da wo das Verzugs-Interesse sich thatsächlich höher als auf den landesüblichen Zins berechnet, ein Zinsmaximum nicht gelten soll (*Dep. Abth. a. a. D.*).

13) Im Königreich Bayern, für welches durch Landesgesetz vom 5. Dezember 1867 völlige Vertragsfreiheit in Ansehung des Prozentsatzes eingeführt ist — gilt diese Einschränkung der Vertragsfreiheit nicht. Das Handelsgesetzbuch war von dem älteren gemeinen Rechte noch nicht wesentlich abgewichen; es hat mehr als 6⁰/₁₀, jedoch ohne Limitirung der Höhe, in römischer Weise bei kaufmännischen Schulden, außerdem nur da wo dieses die Landesgesetze gestatten, zu nehmen erlaubt Art. 292 vgl. Art. 278—293).

14) Handelsrechtlich ist der Saldo aus Kontokorrenten verzinslich, wengleich Zinse in demselben mitbegriffen sind (Art. 291), also ein Zins aus verfallenem Zinse erlaubt vgl. oben Anm. 10 a. G. In Bayern ist das Verbot des Anatocismus auch nur in Ansehung verfallener Zinse aufgehoben (*a. a. D.* Art. 1.).

gend die Grenze des Zinsenanlaufs bis zum *alterum tantum*; dagegen ist die Vertragsfreiheit außer auf den Prozentsatz auch noch auf die übrigen Arten der Kreditvergütung (Vorabzug von Zinsen oder Provisionen) erstreckt (§ 1)¹⁵⁾. Überhaupt aber will das Reichszinsgesetz nur ein Minimum von Vertragsfreiheit für das ganze Reich festgesetzt haben (§ 5); in derselben weiter zu gehen¹⁶⁾ ist den Landesrechten unbenommen¹⁷⁾. Diese Freigebung des Zinsmaßes hat nun aber eine Reaktion in Gestalt strafrechtlicher Verfolgung gewisser Fälle des Wuchers nach sich gezogen¹⁸⁾. Das Zinsversprechen ist bei uns gleich jedem anderen formlos bindend¹⁹⁾.

§. 309.

Aus Kautionen.

Als schon nach römischem Rechte durch bloßen Konsens errichtete Kautionen lassen sich vielleicht bloß die des Mandators beim Kreditmandate¹⁾, und die des Konstituenten — insofern das *constitutum*, insonderheit das *constitutum debiti alieni* überhaupt eine Kaution enthält²⁾ — bezeichnen; sonst ist die Kaution, wo nicht *rerum obligatio* (Pfandhaft), in unseren Quellen überall durch Stipulation kontrahirt. Diese stipulirten Kautionen sind nun aber nur zum Theile, — nämlich nur insoweit als sie die Sicherung schon vorhandener oder eben erst entstehender Schulden bezwecken, und dies durch bloße Stipulirung³⁾ oder Korrealintervention, es sei nun in Gestalt der *duo rei debendi* oder der *fidejussio* (§§. 253—256), nicht durch ein bloßes Indemnitätsversprechen⁴⁾ bewirken — vornherein

15) Mandry a. a. O. S. 175. d. c. S. 173 cc.

16) und also namentlich von obigem Zeitmaximum Umgang zu nehmen. — 17. z. B. oben Anm. 13.

18) Gesetz betr. den Wucher 24 Mai 1880.

19) Über Zinsversprechen bei Darlehen s. oben §. 296. Anm. 21 u. 22.

1) s. oben §. 257. Anm. 6 — die aus dem *constitutum debiti*.

2) s. oben §. 257 zu Anm. 24 und 26.

3) — *ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione* — Bb. 1 §. 101. Anm. 22.

4) s. g. *fidejussor indemnitis* Schadlosbürge. Als ein solcher ist schon der *fidejussor fidejussoris* (§. 255 S. 189); aber auch jede andere *fidejussio* zu denken, bei welcher „in initio contractus“ ausbedungen ist, daß Gläubiger die Wahl zwischen dem Bürgen und Schuldner nicht haben,

Schulden; zum anderen Theile sind sie, wiewohl stipulirt, bloße Haftungen, welche, dem Wesen der Haftung entsprechend, erst „verwirken“ müssen, um klagbar und Schulden zu werden (§. 314 und §. 336). Nach heutigem Rechte ist auch hier an die Stelle der Stipulation, wofern die Kaution nicht eben in der Stipulirung liegen sollte (Anm. 3), der bloße Consens getreten; wo die Kaution in der Stipulirung liegen sollte, sind auch heute Formalkontrakte (Wechsel, Schuldschein) nothwendig⁵⁾.

b. Formalschulden.

3. Verbalschulden.

§. 310.

Stipulationen, d. i. Versprechungen, welche darum, weil sie mündlich, in Frag und Antwort und Aug in Aug abgenommen werden, ipso jure ohne Rücksicht auf ihren Grund obligiren, sind unter uns nicht in Übung¹⁾. Überhaupt ist die Feierlichkeit, und damit die besondere Wirksamkeit des mündlichen Wortes auf dem Gebiete des Civilrechtes fast ganz abgethan²⁾. Dem Eid als solchem wird eine obligatorische Kraft wohl von den Kanonisten, von den Civilisten dagegen überwiegend nirgends mehr beigemessen³⁾. Nicht ohne weiteres

sondern diesen zuerst betragen (l. 5 l. 19 C. fidej. 8, 41), oder daß der Bürge nur für das haften solle, was vom Schuldner nicht einzubringen ist (l. 41 pr. D. fidej. 46, 1 l. 6 pr. D. nov. 46, 1). Wo man sich in dieser Weise von einem Intervenienten versprechen läßt, ohne daß von fidejubere die Rede ist (l. 42 pr. D. r. cr. 12, 1 l. 116 D. v. o. 45, 1 l. 21 D. solut. 46, 3), liegt eine fidejussio gleichwol vor (vgl. namentlich l. 6 pr. cit.) Durch das beneficium excussionis ist die Bürgschaft weder ipso jure, noch schlechthin zur bloßen Indemnitäts-haftung geworden (§. 256, 4).

5) vgl. § 224 C. 56 Abs. 1 a. G.; §. 284 C. 381 Abs. 1 C. 384 oben; §. 311.

1) Daß die Titel de verborum oblig. u. de contrahenda stipulatione glossirt sind, ist erklärlich, wenngleich die Stipulation auch damals außer Übung war. Keine Titel enthalten zum größten Theile allgemeines, von der formalen Wirkung der Stipulation unabhängiges Obligationenrecht. Ferner tritt die Stipulation nicht bloß abstrakt und generell, sondern auch fausal und konkret auf, — da nämlich wo stipulirt werden mußte, weil der Fall für bloßen Consens oder einen Realkontrakt nicht gegeben war (z. B. Schenkungsversprechen, fidejussio, stipulationes praetoriae); hier wird nicht sowohl der Verbalkontrakt, als die Schenkung, Bürgschaft, Kaution glossirt. Dazu, ob wir noch stipuliren können. Vgl. Savigny, D.R. II. C. 244.

2) Grundsätzlich erscheint sie nur noch in der Kirche, wie namentlich in den Sakramenten festgehalten; von daher haben wir sie noch bei der Eheschließung und im Eid.

3) Vgl. Bb. 1 §. 111 C. 387 §. 101 C. 360. Nicht selbst causa

jedoch ist in der Praxis der formlose Vertrag an die Stelle der Stipulation getreten. „Die römische stipulatio endete . . . nicht, wie man mitunter annahm, in dem formlosen, sondern in dem schriftlichen Vertrage. Erst die römisch-canoniatische Doctrin des Mittelalters, welche die Urkunde stets als bloßes Beweismittel betrachtete, abstrahirte in Folge dieses Irrthums aus dem praktischen Rechtsleben den Satz, daß der Vertrag durch formlose Consenserklärung perfekt werde, indem sie dabei die perfectirende Wirkung der Urkundentradition ignorirte“ — 4).

4. Literalschulden 1).

§. 311.

Daß der Schuldschein (chirografum²⁾) Schuldgrund, nicht bloß Schuldbeweis sei, darf als justinianisches Recht bezeichnet werden³⁾. In diesem finden wir ihn als Grund einer Klage⁴⁾, als Gegenstand der Anfechtung durch *exceptio, denuntiatio*

obligationis, wohl aber Freizug einer andern gegen Anfechtung ist der Eid durch die *Auth. Trid. „Sacramenta puberum“*.

4) Zur Rg. der röm. und germ. Urkunde v. Dr. Heinrich Brunner 1880 Bd. 1 S. 66. Vgl. Unger, Inhaberpapiere, S. 68 fg.

1) *J. de literarum obligatione* 3, 21 *C. de non numerata pecunia* 4, 30.

2) Darüber, daß *chirografum* technisch Schuldschein bedeute, s. Gneist formelle Verträge S. 331—336. Eine andere, technische, aber viel weitere Bedeutung bekommt das Wort bei Brunner, an dem §. 310 Anm. 4. agf. D. S. 44: „Die vom Vertragsgegner des Destinatar's ausgestellte Urkunde heißt mit Rücksicht auf den Beweiszwed (? — Gaj. III., 134) der Handschrift technisch *chirografum*. Für die vom Destinatar selbst ausgestellte Urkunde fehlt es an einer technischen Bezeichnung. Ich nenne sie die schlechte Zeugen-Urkunde“.

3) Nur dieses soll, zur Unterstützung der Bähr'schen Aufstellung, hier durchgeführt werden. Ist es richtig (u. vgl. dazu Bähr selbst, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2te Aufl. §. 37), dann beand sich die Praxis, welche den Schuldschein bis auf Bähr fast übereinstimmend als bloßes Beweismittel behandelte — (s. denselben §. 65) und großentheils noch behandelt (vgl. darüber Windscheid §. 412 b. Anm. 1) auf einem Abweg (vgl. Brunner's Bemerkung oben §. 310 a. G.). Ist es richtig, dann wird sich die Schuldscheinausstellung nicht nur als Kontrakt, sondern auch als Formalkontrakt erweisen, daß dieser nicht ohne *litera* zu Stande komme, sicher sein, in wiefern er dagegen überhaupt Kontrakt und obligierend sei, ob als Geständniß selbst, oder als stillschweigendes Versprechen, oder als die vielgebrauchte Anerkennung (vgl. darüber Windscheid §. 412 b. Anm. 1), fraglich bleiben.

4) *l. 9 C. ad exhib. 3, 42 — chirographa tua, ex quibus jam nihil peti potest. cf. C. Th. si certum petatur de chirographis 2, 27 l. 3 C. Th. denunt. 2, 4 — cum quis ad debitum . . . chirographo convenitur —*).

und *condictio*⁵⁾, als ein Mittel zur *Novation*⁶⁾, und endlich als ein Ding, das zu guter Letzt durch Sanktion einer *poena dupli* gegen Ablenkung der Unterschrift oder des Empfanges geschützt und also den alten *Damnationsobligationen* an die Seite gestellt wird⁷⁾. Dieses letztere ist ohne obligatorisches Wesen des *Schuldscheines* schwer, alles vorige ohne dasselbe gar nicht denkbar⁸⁾. Diese Erscheinungen sprechen viel mächtiger für den *literalkontraktlichen* Charakter des *Schuldscheins* im späteren und *justinianischen* Rechte, als die Unsicherheit seiner *historischen* Ableitung⁹⁾ oder der *Institutionentitel de literarum obligationibus* selbst sammt *Theophilus* Bedenken gegen denselben erwecken¹¹⁾.

Aber nicht nur obligatorische, sondern auch *formalkontraktliche* Wirkung §. 248, 3. §. 226 ist dem *Schuldschein*, genauer der *Schuldscheinausstellung* des *just. Rechtes* beizumessen. Denn die *Anfechtung*, der er unterliegt, findet durchaus wegen *Grundlosigkeit* (mangels einer *justa causa*) seiner *Ausstellung* statt¹¹⁾;

5) s. im Allgemeinen J. und C. h. t. l. 25 §. ult. D. prob. 22, 3, im Besonderen unten Anm. 11. 16. 17. 30. 31. 32. 37.

6) l. 5 und allenfalls l. 13 C. h. t. vergleichen mit l. 6 C. Th. de nant 2, 4 — debiti, quod ex . . . quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est (s. oben S. 383 Anm. 64). Die *delegatorische* Funktion s. l. 6 C. h. t.

7) *Auth.* zu l. 4 C. h. t. aus *Nov.* 18 c. 8. Vgl. dazu §. 304. Anm. 28 a. Ein nachträglich infolge *Fidesdelation* abgelegtes *Geständniß* hebt die Wirkung der *Ablenkung* auf (*Nov. cit.*).

8) Keine *exceptio* ohne *actio*, mithin keine gegen bloße *Beweismittel* Bd. 1 S. 319 Z. 3 v. unten; — keine *condictio* ohne einen *Vermögenszugang*, der hier nur in einem *Forderungserwerb* gelegen sein kann (vgl. oben §. 300 S. 508); keine *Novation* noch nach *just. Rechte* ohne *verborum* oder *literarum obligatio* (s. oben S. 383 Abs. 1).

9) der das obligatorische *chirogramm* der *Peregrinen* (*Gaj.* 3, 134) übrigens nahe genug liegt. *Brunner a. a. O.* S. 49 spricht von einer allgemeineren Anwendung des *Chirographum* im 3ten Jahrhundert, wendet aber hier und unter dem Titel der „*dispositiven Urkunde*“ S. 60 dem *Schuldschein* kein besonderes Augenmerk zu.

10) Durch *J. h. t.* ist nur negirt, daß der *Schuldschein* ohne weiteres (*wirksam*) *obligierend* sei, dagegen ausdrücklich ausgesprochen, daß er, wenn seiner *Anfechtung* mehr ausgesetzt (*dum queri non potest*) (*wirksam*) *obligire*. Daß er ohne weiteres nur nicht *wirksam*, wohl aber *ipso jure* *obligire*, ist die nothwendige Folge davon, daß als *Ausschub* der *obligirenden* Kraft nur eine gewisse *Anfechtbarkeit* (*Querel*) hingestellt wird. *Theophilus ad. h. C.* gibt nichts wesentlich anderes.

11) Die *querela non numeratae pecuniae* ist nur *Spezifizierung* der *Grundlosigkeit*: als fehle es dem *Schuldschein* *just* an demjenigen *Grunde*,

ipso jure gilt er also mit Abstraktion von aller und jeder materiellen causa; er hat obligatorischen Effect schon dadurch, daß die Schuld gewollt und dieser Wille in Gestalt der Schuldscheinausstellung zur Erscheinung gekommen ist (§. 226).

Diese formalkontraktliche Wirkung des Schuldscheins ist nun aber einer so leichten Aufsechtbarkeit ausgesetzt worden, und hat damit so weitgehende Abschwächungen erfahren, daß namentlich ihrethalben die obligatorische, geschweige denn die formalkontraktliche Natur desselben von den Glossatoren an grobentheils verkannt worden ist und von den Mehreren noch heute verkannt wird¹²⁾. Lautet nämlich

1. der Schuldschein auf ein bloßes Schuldbekennniß¹³⁾ und ist dieses ohne Angabe eines Grundes ausgestellt (s. g. cautio indiscreta)¹⁴⁾, dann kann zwar immerhin ipso jure aus ihm gefordert und geklagt, und muß er vom Aussteller, falls nicht auf Grund desselben kondemnirt werden soll, wegen Grundlosigkeit angefochten werden¹⁵⁾; allein entgegen der Regel, daß Excipient den Grund seiner Einrede, Kläger den Grund seiner Klage beweisen müsse, ist hier der Excipient und Kondemcent beweisfrei; Gläubiger muß wenn er seine Klage durchsetzen, oder der Rückforderung des Schuldscheines vorbeugen will, den Grund desselben und seine Rechtmäßigkeit darthun. Also hilft dieser Schuldschein, was den Beweis und die Durchsetzung der Forderung anlangt, dem Gläubiger, wenn Schuldner nur will, nichts. Nichtsdestoweniger ist er nicht ohne obligatorische und formalkontraktliche Kraft; er ermächtigt und verpflichtet den Richter zur Kondemnation, wenn ihn der verklagte

auf den er lautet (numeratio); — gegenüber der cautio indiscreta spezifiziren sich exceptio und condictio als die Behauptung, daß indebite oder sonst sine causa cavirt worden sei; — gegenüber der cautio ex causa praecedente desgleichen, oder als die Behauptung, daß nicht aus dieser sondern aus einer anderen (den l. 1 C. aleat. 3, 4; Aussteller nicht verbindenden) causa cavirt sei l. 5 l. 13 C. h. t. l. 25 §. ult. cit.

12) s. oben Num. 3.

13) Gaj. III. 134 — chirografis . . si quis debere se . . scribit —

14) l. 25 § ult cit — Sin autem . . cautio . . indiscrete loquitur —

15) 3. B. l. 25 §. ult. — sin . . cautio indebite exposita esse dicatur —

Schuldner nicht ansicht¹⁶); er gibt dem Gläubiger, wenn Schuldner ihn ansicht oder diffidirt, der Gläubiger aber überführt, Anspruch auf das Doppelte¹⁷).

Die *cautio indiscreta* besagte noch weniger als ein Schuldschein, der zugleich Empfangsbekentniß ist (2.). Fand man Grund, diesen letzteren derart abzuschwächen, wie sich sofort zeigen wird (sub. 2), so konnte man die *cautio indiscreta* nicht mehr gelten lassen als jenen. Die Abschwächung der *cautio indiscreta* dürfte darum etwas Sekundäres, eine Folge der *querela n. n. pecuniae* (2) sein.

2. Ein Schuldschein, der zugleich Empfangsbekentniß, unmittelbar Empfangsbekentniß und mittelbar (weil auf Empfang aus einem Darlehen lautend) Schuldbekentniß¹⁸), oder unmittelbar Schuldbekentniß, und mittelbar (weil auf Schuld wegen Empfanges lautend) Empfangsbekentniß¹⁹) --- und dessen *Valuta* demgemäß als (darlehensweise) „empfangen“ einzuklagen ist²⁰), unterliegt, neuestens zwei Jahre lang²¹), der *querela non numeratae pecuniae*, damit einer Aufsechtung, die der Schuldner nur zu nennen, nicht zu beweisen braucht, und mit welcher er den Schuldschein nicht erst *excipiendo*, sondern auch ohne Abwartung der Klage *denunciationsweise* entkräften kann²²).

Ist der Aussteller vor Geltendmachung der Querel, aber innerhalb des *Biennium*s gestorben, so steht diese seinen Erben und gegen den Erben des Gläubigers binnen der noch übrigen

16) vgl. l. 15 C. h. t. — eo supersedente tali auxilio uti —

17) Daß Auth. zu l. 4 namentlich auch auf Aufsechtung der *cautio indiscreta* geht, ist in Auth. u. Novelle zwar nicht ausdrücklich enthalten; allein anderseits läßt sich nicht einsehen, warum nur gerade die Aufsechtung durch *exc. n. n. p.* verpönt sein sollte. Hiezu den nächstfolgenden Text.

18) etwa „befeume von X 100 zu Darlehen bekommen zu haben“ — z. B. l. 14 C. solut. 8, 43 „chirografum acceptae pecuniae mutuae“ l. 5 C. si cert. 4, 2 „olei accepti scriptura“.

19) etwa „befeume dem X für baarempfangene 100 ebensoviel schuldig zu sein“ — J. h. t. „debere se quod numeratum . . . sit“.

20) — ubi quasi credita pecunia petitur — l. 5 C. h. t. . .

21) l. 14 pr. C. h. t.

22) Die Querel als *exceptio* s. J. h. t. l. 3 l. 5 l. 7 l. 8 l. 12 l. 14 l. 16 C. h. t. — als schriftliche *denuntiatio*, und zwar außergerichtlich wenn Gläubiger anwesend oder amteshalber nicht leicht zugänglich ist, sonst gerichtlich: l. 14 §. 4 C. h. t. Auth. aus Nov. 100 c. 1 zu l. 14 §. 4 cit.

Zeit, hat sie der Aussteller selbst noch geltend gemacht, für immer zu²³⁾. Die Gläubiger und Bürgen des Ausstellers sind zu derselben unabhängig von letzterem berechtigt, gleichwie auch dieser unabhängig von jenen²⁴⁾. Zwei Jahre lang hat also auch dieser Schuldschein nur wenn der Aussteller, seine Erben, Gläubiger, oder Bürgen auf die Querel verzichten, eine obligatorische — und nur im Falle, da der Aussteller diffitirt oder querulirt und aber überwiesen wird, eine strengrechtliche, gewissermaßen kondemnatorische und die Einrede der Zahlung ausschließende Wirkung²⁵⁾. Von dieser letzteren, erst justinianischen Wirkung abgesehen konnte man denselben, wenn querela n. n. p. opponirt ward, „als vergeblich ausgestellt“ bezeichnen²⁶⁾, entweder Beweis der Zahlung vom Kläger oder Absolution verlangen²⁷⁾, seiner ungeachtet das bereits bestellte Pfand vindiziren, zurückverlangen, oder verweigern²⁸⁾; wie denn umgekehrt die Bestellung eines Pfandes noch nicht als Beweis der numeratio gilt, die querela n. n. p. nicht ausschließt²⁹⁾. Sind die zwei Jahre dagegen unbenützt verstrichen, dann ist dieser Schuldschein zwar noch der Diffession ausgesetzt, über Anfechtung dagegen erhaben³⁰⁾, Echtheit vorausgesetzt also absolut und lediglich darum weil also geschrieben steht obligatorisch³¹⁾.

Was übrigens die querela n. n. p. noch insonderheit anlangt, so geht sie nach ihrem Wesen als Anfechtung eines formell

23) l. 8 C. h. t.

24) l. 15 C. h. t.

25) Auth. zu l. 4 C. h. t.; nach dem Wortlaute der excerptirten Novelle, und aber auch nach der Natur der Sache trifft die poena dupli den dritten Diffitenten und Querulanten nicht.

26) l. 1 C. h. t.

27) l. 3 C. h. t.

28) l. 1 C. h. t. all das zweifelsohne nicht bloß dann, wenn aus dem Schuldscheine bereits geklagt und Beklagter in Folge der exc. n. n. p. absolvirt, oder wenn bereits denunciationsweise querulirt war, sondern auch so daß wenn die Vindikation oder Zurückverlangung des Pfandes der Bestand der Pfandschuld durch den Schuldschein erhärtet werden wollte, dessen Entkräftung incidenter, durch querela n. n. p., erfolgte.

29) l. 3 C. h. t.

30) J. h. t. — dum queri non poterit. —

31) Vorher wirkt er auch obligatorisch (Num. 3 7) einredelos erst jetzt; vielleicht daß er darum erst von jetzt an als Literalkontrakt erscheint in J. h. t.

bindenden Kontraktes, auf das gemeine Recht der *condictio sine causa* sowie der *exceptio doli*³²⁾ zurück; daß aber Querulant, trotzdem das Empfangsbekanntniß gegen ihn beweist oder beweisen zu müssen scheint, des Beweises gleichwohl überhoben, nach einer gewissen Zeit dagegen schlechthin gebunden wird, ist eine Singularität, welche besonderer Erklärung bedarf. Ohne Zweifel entsprang sie aber aus der Erfahrung, daß Empfangsbekanntnisse häufig noch vor dem Empfang ausgestellt werden, — und aus der Erwägung, daß die Lage des Schuldners diesen auch gewöhnlich zu solcher Zuvoorkommenheit nöthiget. So ward denn durch eine *praesumptio juris* das *chirografum pecuniae numeratae* als ein *chirografum pecuniae numerandae* verstanden, wornach sich die Veränderung der Beweislast von selbst ergab³³⁾. Ebenso natürlich war die Vermuthung, daß ein Empfangsbekanntniß, welches längere Zeit unbeanstandet in den Händen des Gläubigers belassen wurde, auf wirklichem Empfang beruhe; in ausgleichender Gerechtigkeit — damit der besonderen Schwäche des Schuldscheines mit Empfangsbekanntniß auch eine besondere Stärke entspreche — ward diese Vermuthung, ursprünglich erst nach fünf Jahren, zur *praesumptio juris et de jure* erhoben.

Der *querela n. n. p.* ist nur der Schuldschein, welcher zugleich als Empfangsbekanntniß erscheint, zugänglich³⁴⁾.

32) Gaj 4, 116 — die *exc. n. n. pecuniae* kann auch als *exc. doli generalis* werden: l. 3 C. h. t

33) Gneist, S. 21. Bähr a. a. O. S. 301. Vgl. auch oben Bd. 1 S. 590.

34) l. 5 C. h. t — *n. n. p. exceptionem ibi locum habere ubi quasi credita pecunia petitur.* — Im Gegensatze zu dem folgenden *cum autem ex praecedenti causa debiti in chirografum quantitas redigitur, non requiritur an tunc cum cavebatur numerata sit, sed an justa causa praecesserit* — kann obige *credita pecunia* nur als im engeren Sinn des Wortes *credita*, d. h. nur als darlehensweise gegebenes Geld verstanden werden; die auf einen Schuldschein mit Empfangsbekanntniß gestützte Klage war eine *certae pecuniae creditae petitio* engeren Sinnes, worunter die Darlehensklage — eine Darlehensklage aber nicht im Sinne einer re begründeten *condictio*, sondern einer durch *litera* mit unterlaufender *numeratio* begründeten *condictio*, ähnlich der *verbis* mit unterlaufender *numeratio* begründeten Darlehensklage (§. 296 Anm. 21. §. 297 zu Anm. 16–20). Man konnte man eine solche Darlehensklage nicht nur auf ein *chirografum numeratae pecuniae*, sondern auch auf eine *cautio indiscreta* stützen; allein da der Kläger hier die *numeratio* erst eigens und unanfänglich behaupten mußte (s. oben 1), war die Gegenbehauptung der Nichtzahlung lediglich *Negation*, keine *Que-*

3. Der *Schuldschein*, welcher sich — anders als die *cautio indiscreta* — auf einen speziellen und — anders als die *numeratae pecuniae cautio* — auf einen keiner Umdeutung in eine *causa futura* fähigen vorausgehenden Schuldgrund stützt, hat die den Formalkontrakten zukommende Kraft unge schmälert behalten³⁵). Zwar absolut verbindlich, wie der *Schuldschein* mit Empfangsbekennniß nach verjährter Querel, wirkten diese *Schuldscheine* nicht; allein absolute Verbindlichkeit oder Unanfechtbarkeit gehört nicht zum Wesen der Formalkontrakte. Wohl dagegen gehört es zu diesem, daß der Anfechtende den Grund seiner *exceptio* oder Klage, d. i. die Grundlosigkeit der formalen Bindung beweise; und diese Eigenschaft der Formalkontrakte trifft hier zu; der Aussteller, oder wer sonst sich gegen *Schuldscheine* dieser Art schützen muß, hat zu beweisen, daß die Ausstellung ohne rechtmäßigen Grund erfolgt sei³⁶); ja diese Beweislast ist hier drückender als sonst, indem — wohl mit Rücksicht darauf, daß im *Schuldscheine* selbst bereits ein Beweis zu Gunsten des Klägers vorliegt — der Anfechtungsbeweis ein *Schriftenbeweis* sein muß³⁷), insonderheit also *Eidesdelation* ausgeschlossen ist.

rel, keine Anfechtung, auch an keine Zeit gebunden. — Aus einer *cautio* endlich, die zwar *discret*, aber auf keine *numeratio* gestützt ist, kann, wenn anders aus ihr geklagt werden soll, keine *Darlehenklage* erhoben, mithin auch keine *querela n. n. p.* veranlaßt werden.

35) So die *quantitas ex praecedenti causa debiti in chirografum redacta* (l. 5 C. h. t.) der *Schuldschein pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus* (l. 13 eod.) — Verschieden von dem vorausgehenden Schuldgrund, ist die vorausgehende Schuld. Letztere muß von der Ausstellung des *Schuldscheins* zeitlich getrennt, ersterer braucht wie z. B. *transactionis donationis causa* nicht vor derselben da zu sein; genug daß sie keine *causa futura* (ob quam) ist. Ob nicht II eitt. selbst von vorausgehenden Schulden sprechen, lassen wir dahin gestellt; jedenfalls muß von dem *Schuldschein ex praecedenti debito* daselbe gelten was vom *Schuldschein aus vorausgehendem Schuldgrund*. Die zahllosen *Diatriben* über die *causa praecedens* s. *Windscheid* §. 412 b. Num. 2.

36) z. B. daß sie vermeintlich debite, in der That indebite, nämlich wegen einer bloß vermeintlich vorausgegangenen Schuld erfolgt sei (l. 5 in f. C. h. t. — *requiritur an justa causa debiti praecesserit*) — oder daß der angebliche Grund in Wahrheit gar nicht bestanden, vielmehr zu ganz anderem Zweck kavirt worden sei (l. 13 eod. — *quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet, negotium subsecutum est* — oder daß die angezogene *causa transactionis donationis* unter den gegebenen Umständen verboten gewesen sei. —

37) l. 25 §. ult. D. prob. 22, 3 — *nisi evidentissimis probationibus*

Was von dem Schuldschein aus voraufgehendem Schuldgrund, muß auch vom Schuldschein aus voraufgehender Schuld gelten. Ob die Ausstellung dieses letzteren dann Novation sein soll³⁸⁾, oder nur ein neuer Schuldgrund neben dem alten³⁹⁾, ändert an den beschriebenen Folgen desselben nichts; wohl dagegen muß die voraufgegangene Schuld nicht minder als der voraufgehende Schuldgrund in dem Schuldscheine spezialisirt sein, wenn dieser nicht zur *cautio indiscreta* werden soll⁴⁰⁾. Als einen auf voraufgegangener Schuld gestellten, darum der *querela n. n. p.* nicht unterstellten Schuldschein würden wir aber auch denjenigen erachten müssen, der sich ausdrücklich auf eine zeitlich bestimmte Darlehensschuld, nicht auf bloßen Darlehensempfang stützt⁴¹⁾.

Schließlich darf man darin, daß ein Schuldschein, welcher volle formal kontraktliche Wirkung haben soll, die Angabe des materiellen Schuldgrundes enthalten muß, keinen Widerspruch erblicken; dieses Erforderniß ist nicht aufgekomen, um den Schuldschein obligatorisch zu machen, sondern um der außerordentlichen Anfechtbarkeit desselben vorzubeugen; nicht zum Beweise der Schuld, sondern zur Hintanhaltung der *Querel* ist die *causa praecedens* erforderlich.

§. 312.

Schuldscheine sind auch die „Obligationen“, welche von Staaten, Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Grundherrschaften u. a. m. ausgestellt den jeweiligen Inhaber der Schuldverschreibung zur Erhebung und Beitreibung von Kapital und Zins ermächtigen, und dergestalt eine Hauptart der *j. g. Inhaberpapiere* (Obligationen au porteur) bilden¹⁾.

in scriptis habitis ostendere paratus sit — l. 13 C. h. t. — per apertissima rerum argumenta scriptis inserta —

38) vgl. oben Anm. 6.

39) wie dies möglicherweise der *I. C. h. t.* vorschwebt. --

40) vgl. l. 13 C. h. t. — *eamque causam specialiter promissor edixerit* —

41) Ein derartiges *Praeteritum* wäre der Umbentung in das *Futurum* nicht mehr fähig.

1) Daß der Ausdruck „Obligation“ neben dem von „Papier“ zu der

Als Schuldscheine haben sie 1. deren gemeinsames Wesen an sich, sind sie also, nach obiger Annahme (§. 311) keine bloßen Beweis-Dokumente, sondern, Ausstellung vorausgesetzt²⁾, und in Verbindung mit dieser, Schuldgrund³⁾. In ihrer Vergangenheit, als ein Gezeichnetes, das in der Aushändigung eines schriftlichen Schuldbekennnisses bestand, und welches, wie sich zeigen wird, auch noch über die Grenzen der Urkunde hinaus wirken kann⁴⁾, sind sie Schuldgrund; als etwas Gegenwärtiges, Bestehendes, in der Hand des Remittenten oder desjenigen, an den sie weiterbegeben oder sonst wie gekommen sind, Befindliches sind sie Beweis-Dokument für die durch die Skriptur und deren Ausstellung entstandene Schuld⁵⁾. Als Schuldgrund sind sie ein Literal- und darum Formalkontrakt. Aus der besondern Wirkung, welche diesem hier zugestanden wird, erhellt, daß wir in ihm einen Formalkontrakt von ursprünglicher, d. i. die Bestreitung aus dem materiellen Schuldgrund schlechthin ausschließender Strenge vor uns haben. Denn nach vorherrschender Ansicht und Uebung besteht die Forderung aus diesen Schuldscheinen nicht bloß ipso jure ohne

üblichsten Bezeichnung dieser Schuldscheine geworden sei, s. Künze, die l. v. d. Inhaberpapieren oder D. D. au porteur, 1857 S. 267. Ferner derselbe S. 270: „Das Inhaberpapier (jedes?) ist ein Schuldschein nicht minder wie andere Schuldscheine.“ Als Schuldscheine werden unsere D. D. in der Literatur denn auch allenthalben bezeichnet.

2) Ohne Ausstellung kein Schuldgrund und keine Forderung. Dies wird von Brunner in der Anm. 9 zu nennenden Schrift (S. 27.) historisch unter anderem aus dem „Datum“ der Urkunde nachgewiesen. Die „Kreation“ dieser Obligationen besteht darnach in einem Kontrakt, keiner einseitigen Willenserklärung (Skripturakt). Vgl. unten Anm. 11 u. Anm.

3) Diese Bedeutung der Inhaberpapiere ist von Einert (über das Wesen und die Form des Literalk. 1852 §. 1 S. 77–91) in Anregung gebracht, von Bähr (Anerkennung §. 68 §. 58 Anm. 8 Künze, (Obligation und Singularsucc. §. 3 §. 62) und Unger (die rechtl. Natur d. Inhaberpapiere, 1857 §§. 12–14) geltend gemacht worden, namentlich aber von letzterem vielmehr in Opposition gegen als im Anschluß an die literalkontraktliche Natur des Schuldscheins (s. E. 100 S. 174.; Unger geht von keiner der vorhandenen Spezies, sondern von einer konstruirten, auf Intention der Parteien beruhenden und ohne Form möglichen Gattung von Formalkontrakten aus (§. 12; s. hinwider meine Bemerkung oben §. 282 Anm. 67 a. G., ferner Bd. 1 §. 150 zu Anm. 40 und dazu Bekker, Besitztum S. 86 Anm. 1).

4) Unger a. a. O. S. 125: „das Papier Bedingung für Entstehung nicht für das Bestehen der D.“

5) Unger, a. a. O. S. 86: „die Urkunde beweist nicht bloß das abstrakte Forderungsrecht, sie begründet es auch“.

Rücksicht auf den materiellen Grund der Ausstellung; eine Bestreitung derselben mangels Grundes soll auch *ope exceptionis* nicht platzgreifen⁶⁾. Hierin, nicht erst in der Art und Weise der Uebertragung, liegt es, daß dem Inhaber keine *exceptio* aus der Person des Vormannes entgegengehalten werden darf⁷⁾. — Was die „Obligationen“ vor anderen Schuldscheinen aber besonders auszeichnet, ist, daß sie nicht bloß Schuldgrund und Beweisdocument, sondern 2. eine Vollmacht zur Einhebung und Beitreibung der Forderung für Jeden sind, der in den Besitz des Papiers gelangt, und daß diese Vollmacht mündtödt gemacht werden muß, wenn man ohne sie zur Geltendmachung der Forderung gelangen soll (Ann. 24). Diese Bedeutung kommt dem gemeinen Schuldscheine nicht bei; der lautet auf Namen; zu seiner Benützung ist nur ermächtigt, wer diesen Namen trägt, also das Forderungsrecht selbst und ursprünglich hat, oder wer das Forderungsrecht oder die Vollmacht zu seiner Geltendmachung aus einem außer dem Schuldscheine liegenden Grunde herzuleiten vermag. Mehr aber als dieß, daß ausschließlich der Inhaber zur Geltendmachung der Forderung ermächtigt sein solle, ist in den Obligationen *au porteur* nicht enthalten, so denn auch in denjenigen, welche sich über das aus ihnen entspringende Recht äußern, nicht ausgesprochen⁸⁾. Das Papier ist hier Vollmacht, aber auch hier

6) vgl. Unger a. a. D. überhaupt §. 22, ferner S. 87 Ann. 6. S. 154 Ann. 18.

7) Besteht keine *exceptio* gegen die Forderung als solche — und nur *exceptiones rei cohaerentes* können überhaupt gegen einen Nachmann geltend gemacht werden. (Bd. 1 S. 372 Abs. 1 vgl. § 285. 3 u. 4.) — so versteht sich von selbst, daß eine solche auch den Nachmann nicht trifft; um dies zu erklären, braucht man zu keiner *Delegation* zu greifen, wie Unger a. a. D. §. 18, oder zur *Kreation* und *Possession* wie Kunze, noch zur *Singularsuccession*, die doch nichts hält (vgl. Unger a. a. D. S. 41 fg. gegen Renaud); dann braucht man aber auch die *Cession*, welche sich zu der (ohne Mitwirkung des Schuldners erfolgenden Uebertragung der Forderung) doch einfacher und leichter darbietet, als die *Delegation*, und der gemeinen Annahme entspricht, nicht beiseite zu setzen.

8) Wenn Kunze a. a. D. S. 287, 3 bemerkt: „Die regelmäßige Fassung . . . ist die, daß durch einen ausdrücklichen und positiv formulirten Vermerk („Inhabervermerk“) als Gläubiger (der jedesmalige Inhaber oder Vorzeiger, *porteur*) bezeichnet wird“, so dürfte dies über den wirklichen Thatbestand ebenso sehr wie über das Bedürfnis hinausgehen;

nicht Forderung⁹⁾; Innehabung des Papiers und der Forder-

mehr als das Versprechen an den Inhaber zalen zu wollen, dürfte sich in unseren O. kaum finden; warum sie zugleich über die Gläubigerschaft präjudiziren sollen, ist nicht einzusehen. Daber geht auch der Entwurf für das Zürcher-Gesetzbuch §. 1373 mit dem Erforderniß „der klaren Bestimmung, daß der jeweilige Inhaber der Urkunde der Gläubiger sei“ — zu weit. Nach Brunner ist dem Inhaberpapier nur diejenige Form der Ausstellung wesentlich, aus welcher . . . hervorgeht, daß dem Präsentanten als solchem die Geltendmachung „des verbrieften Rechtes zustehen soll (in der Ann. 9 cit. Schrift S. 60.)

9) Ist dieses richtig, dann sind die Theorien, nach welchen das Papier Verkörperung der Forderung (Cavigny, Bluntschli, Beseler, Goldschmidt u. A.) oder des schulbnerischen Willens (Werber) ist, und wonach dann wer das Eigenthum am Papier hat, oder als Eigenthümer desselben *jure et de jure* präsumirt wird (Inhaber), Gläubiger sein muß, (s. über und gegen dieselben Unger a. a. O. §§. 7–10) unrichtig. Wohl nicht wesentlich anders steht es mit der Ansicht, welche die Forderung zu einem an das Papier geknüpften „Realrecht“ macht (Bekker, über die „Gelbpapiere“ Jahrbuch v. Bekker u. Muther, Vb. 1 S. 293). Unrichtig ist dann aber auch die Theorie, nach welcher das Papier zunächst nur Symbol der Forderung, dann aber diese doch in jenem „inkorporirt“, die „Seele im Leibe“ ist (Kunze a. a. O. S. 274 II. S. 277 §. 65). Irgend ein Recht, es sei nun Forderung, Eigenthum oder was sonst für eines zu verkörpern, geht ebenso sehr gegen den Begriff und das Element des Rechts, als wenn man umgekehrt den Besitz, der immer noch faktisch und körperlich ist, zur reinen *res juris*, d. i. zum Rechte macht. Zu jener Verkörperung konnte nur dogmatische Verlegenheit oder eine für Sachen des Rechts zu große Lebhaftigkeit der Anschauung führen. Unversänglicher für die Jurisprudenz war es, in den Inhaberpapieren die Forderung ganz fallen zu lassen, und wie dies bei der Papiergeldstheorie der Fall ist, sich einzig an den Körper, das Papier zu halten (s. darüber Unger a. a. O. §. 1); allein haltbar ist auch diese Theorie nicht, u. G. schon deswegen, weil diese Papiere keinen Zwangskurs haben (§. 290 zu Ann. 9 u. diese Ann. a. G.); anderes glaubt Unger gegen dieselbe anführen zu müssen (S. 6 fg.). — Dieses war geschrieben, als mir Brunners „Werthpapiere“ zu Gesicht kamen, und in ihnen entgegen der Verkörperungstheorie die Frage: „haben denn Rechte überhaupt einen Körper? dürfen wir der gangbaren Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche Sachen oder Rechte eine Untereintheilung der letzteren in körperliche und unkörperliche Rechte hinzufügen?“ Die Frage ist schon so gestellt, daß selbstverständlich die Verneinung folgt. Der prinzipiellen Verneinung ist eine Illustration der praktischen Konsequenzen jener Theorie beigelegt. Findet aber nicht ein Rückfall in die Verkörperungstheorie statt, wenn man denjenigen, der das Eigenthum am Papier hat, zum Gläubiger macht? (S. d. e. n. s. e. l. b. e. n., S. 26, und unten Ann. 21). Verfallen aber nicht auch wir in die Verkörperung, wenn das „Papier Vollmacht“, irgend eine Vollmacht „Papier“ ist — ? hat die Vollmacht eher als das Recht einen Körper? ist sie nicht selbst Recht, oder rechtsartig? Dem ist zu entgegnen: die Vollmacht gehört zu den Rechtsgeschäften, nicht zu den Rechten; sie besteht im fortbauernenden Willen dessen, der da ermächtigt; der Wille verkörpert sich, indem er zum Ausdruck gelangt, allenfalls zu schriftlichem Ausdruck. Das Inhaberpapier ist Verkörperung des wirklich oder fiktiv —

ung fallen nicht zusammen¹⁰⁾. Wer Inhaber der Forderung d. i. Gläubiger sei, bestimmt sich durch den Abschluß des Kon-

Ann. 15) fortdauernden Ermächtigungswillens nicht der daraus fließenden rechtlichen Macht (Vollmacht).

10) Die Unterscheidung finden wir zuerst bei Thöl (Handelsr. 3. Aufl. Bd I. §§ 54–56, nunmehr 6. Aufl. Bd I §§. 225–229), indem er Legitimation (zur Geltendmachung und Uebertragung der Forderung) und die Forderung oder Gläubigerschaft selbst auseinanderhält, und das Papier nur auf die Legitimation bezieht. Während wir aber in dem (ausgestellten) Papiere die Vollmacht (genauer die Ermächtigung) und also, wenn man die Vollmacht eine Legitimation nennen darf die Legitimation selbst erblicken, welche wenn echt nicht negirt werden kann, findet Thöl in demselben eine bloße Legitimationsnachweisung, welche durch direkten Gegenbeweis entkräftet werden kann. Mit dieser Erniedrigung der Vollmacht zu einem Vollmachtsbeweise bleibt aber Thöl wenn wir nicht irren hinter der Intention des Inhaberpapiers zurück; die Erklärung „an den Vorzeiger zahlen zu wollen“ verliert ihre Bedeutung, wenn der Erklärende entgegen darf: Du bist zwar Vorzeiger, aber ohne Vollmacht. Auch Unger (ber a. a. D. S. 29 Ann. 2 in anderer Weise gegen Thöl opponirt) unterscheidet zwischen Legitimation und Forderung, erblickt aber in der Innehabung des Papiers die Legitimation zur Forderung („als Gläubiger im Prozeß“) S. 125. Entsprechend seiner Annahme, daß Legitimation keine Berechtigung (also wohl auch keine Vollmacht), sondern Nachweisung einer behaupteten Berechtigung sei (S. 29 Ann. 2), hat ihm der Inhaber in dem Papiere einerseits nicht die Forderung selbst (§. 21), anderseits aber zwar einen Beweis für seine Gläubigerschaft, hinwider aber auch einen bloßen Beweis für seine Gläubigerschaft („es wird . . . vom Haben des Papiers auf die Gläubigerschaft geschlossen“ S. 129); hiemit scheint uns aber fürs erste über das Bedürfnis hinausgegangen; was kümmert es den Schuldner, ob der Inhaber gerade Gläubiger, oder sonst zur Klage ermächtigt sei? zweitens wird einer Reihe von Gegenbeweisen Thür und Thor eröffnet (S. 130 fg.), welche den Werth dieser „Werthpapiere“ nur drücken können, während nach unserer Theorie ipso jure keine Bestreitung, geschweige denn direkte Gegenbeweise zulässig sind (siehe Ann. 6, 7). Zutreffend Brunner a. a. D. S. 73 „der Inhaber wird . . . als Destinatar der Leistung nicht bloß vermuthet. Es besteht nicht etwa nur eine durch Gegenbeweis zerstörbare Präsumtion, daß er zur Ausübung des Rechtes befugt sei.“ und S. 74.: „Diese Konsequenz . . . ist gewollt, sie ist in dem Wortlaut des Papiers ausgesprochen und ist geschichtlich begründet“. Prinzipiell hält auch Brunner Papier und Forderung auseinander, bei dem „Inhaber“ als solchem nur ein Recht der Geltendmachung erblickend (S. 5 S. 17 S. 20 Abs. i S. 22 S. 24 II. u. f. f.); zählt er diese Papiere ja zu den Urkunden, welche dispositiv, hier Schuldgrund und Beweisdokumente, und in beiden Eigenschaften für die Ausübung (Geltendmachung) gleichwie für die Uebertragung des in ihnen verbrieften Rechtes privatrechtlich nothwendig sind (S. 8 I u. 2 S. 58 S. 69 S. 73). Nichtsdestoweniger scheint er bei dieser Funktion von Urkunden an keine Vollmacht zu denken; vielmehr leitet er das Ausübungsrecht, welches der Inhaber des Papiers als solcher hat aus einem „Verf. rechten der Leistung an Dritte“ ab, welches nach älterem deutschen Recht und mit „tiefergehender Ausnahme“ von dem rezipirten römischen Rechte diesen Dritten (Destinatar) zur Einklagung der Leistung im eigenen Namen berechtige,

traktet¹¹⁾, und durch Succession¹²⁾; an wen der Schuldner zahlen dürfe und müsse, darnach wer das Papier in Händen hat; ob letzterer zugleich Gläubiger sei, ist eine Frage, welche vindiktions- bezw. exceptionens- kondiktions- oder sonst (z. B. ex deposito) klageweise zwischen ihm und einem Dritten, nicht zwischen ihm und dem Schuldner in Frage kommen kann¹³⁾. Daß Schuldner

„ohne daß die Frage aufgeworfen wird, ob er die Forderung erworben habe oder nicht (S. 22. I. S. 23 Z. 2.).“ Allein wenn diese Berechtigung keine Vollmacht ist, muß sie selbständiges Forderungsrecht sein, wie denn die pacta in favorem tertii, wo sie ausnahmsweise gelten, dem Dritten die Forderung selbst beschaffen; tertium non datur; Forderungsrecht selbst giebt aber Brunner dem Inhaber als solchem nicht zu.

11) der Schuldscheinausstellung (s. g. Begebungsvertrages) (Ann. 2) Erst mit der Ausstellung (der die s. g. Emission erst nachfolgen kann), kommt es zur Obligation; im Stadium der bloßen Ausfertigung des Schuldscheines haben wir eher nichts als Kunze's (S. 286). „werdende“ oder „schwebende“ Obligation. Die Skriptur allein macht hier Niemanden, u. G. namentlich denjenigen nicht zum Gläubiger, der ohne vorhergegangene Ausstellung zum Inhaber des Papiers würde (vgl. unten Ann. 23). Nicht bloßer Inhaber, sondern Gläubiger wird, an wen der Schuldschein ausgestellt d. i. an wen er als den Activ-Kontrahenten übergeben wird. Die Ausstellung folgt nothwendig an den Gläubiger selbst; die dazu erforderliche Uebergabe entweder an den Gläubiger selbst oder an einen hiezu ermächtigten Dritten. So kann es kommen, daß der Gläubiger selbst niemals „Inhaber“ wird. Eine anderweitige Schuld kann derjenigen, welche durch den Schuldschein entstehen soll, selbstverständlich auch hier vorausgehen; gewöhnlich aber unterläuft ein Darlehen, das auch hier häufiger gar nicht zum Real-Contrakt werden, vielmehr im Formalkontrakt aufgehen wird (vgl. §. 297 zu Ann. 17 u. 21)

12) und zwar, wenn anders die Gläubigerschaft durch Innehabung des Papiers nicht bedingt ist, nothwendig durch Universal- und Singular- successi- on, u. G. aber auch durch Singular- successi- on, nur daß wir diese (gegen Renaud, Beitr. z. Theorie der Inhaberpapiere Zeitschr. f. d. R. Bd. 14 S. 315 fgg.) für nichts von der Cession verschiedenes, vielmehr die Cession selbst für eine Singular- successi- on halten, entweder für eine indirekte, wenn man an den römischen Cessions- schranken festhält, oder für eine direkte, wenn man sie fallen läßt (Vgl. auch Unger, S. 43). Die Supposition von Delegationen (Unger S. 111 fgg.) oder von Novationen ohne Delegation und Stipulationen (Kunze §. 69 II. 2.) ist zu künstlich oder gewagt, und geht zum Theil von einer falschen Voraussetzung aus (s. oben Ann. 7 a. G.). Darüber, daß zur Cession auch hier die Urkunde nicht überhaupt, sondern nur damit sie vollwirksam sei, nothwendig ist, s. unten zu Ann. 19)

13) Brunner, a. a. O. S. 59. „Gegen den Inhaber konnte (schon in den Anfängen des Inhaberpapiers) ein Dritter, dem das Papier abhanden gekommen, nur dann durchdringen, wenn das Beweisverfahren ergab, daß jener es in rechtswidriger Weise erworben habe. Dem Schuldner war es dagegen nicht gestattet, dem Präsentanten die Thatsache rechtswidrigen Erwerbs entgegen zu halten.“ S. 59: „Die Entbehrlichkeit des Rechts- oder Vollmachtsnachweises darf bei dem neuen Inhaberpapier heute geradezu als internationales Recht bezeichnet werden“

an den Inhaber zahlen darf, liegt im Interesse des Schuldners; daß er an ihn und nur an ihn zahlen darf und an ihn zahlen muß, im Interesse des den größtmöglichen Werth des Papiers¹⁴⁾ anstrebenden ersten Gläubigers (Remittenten). Dieser Intention der Parteien entsprechend ist der Inhaber des Papiers von Rechtswegen zur Geltendmachung der Forderung berechtigt, wie wenn er ein *mandatum ad agendum in rem suam* erhalten hätte¹⁵⁾. Das Inhaberpapier, das unter dem Namen von „Obligationen“ umläuft, ist demnach im römischen Rechte nicht speziell, wohl aber generell oder potenziell vorgebildet¹⁶⁾. Als Schuldgrund bringt der Schuldschein au porteur den Formalkontrakt in urrömischer Strenge

14) welches nicht Träger der Forderung selbst zu sein braucht, um zu den „Werthpapieren“ zu zählen, sondern ein solches dadurch ist, daß es eine dem Forderungsrechte selbst effektiv nahekommende Vollmacht darstellt. Werth hat es allerdings schon als Beweisdokument; nichtsdestoweniger zählt der gemeine Sprachgebrauch die gemeinen Schuldscheine nicht zu den „Werthpapieren“ vgl. Brunner S. 6 II.

15) In Wirklichkeit hat er wohl ein *mandatum ad agendum*, aber keines in *rem suam*. Zum Behufe größter Zirkulationsfähigkeit wird die Vollmacht gewissermaßen formal, mit Absehen davon ob der Inhaber das Papier mit oder ohne Recht, kraft eines Erwerbsgrundes (in *rem suam*) oder als bloßer Vollmachtsträger (*alieno nomine procurator*) habe, ausgestellt. In dieser Intention liegt indeß zugleich das Verlangen, daß die Vollmacht die bestmögliche sei; die bestmögliche ist aber die des *procurator ad agendum in rem suam datus*; sie ist un kündbar, und (vorausgesetzt nur, daß Schuldner von dem Vorgange weiß oder wissen kann) den *dominus* (Gläubiger) selbst ausschließend (S. 394). Dieser Intention entspricht das Recht durch die im Text genannte Fiktion, nicht formelmäßig, aber thatsächlich, indem es den Inhaber klagen läßt, wie wenn er die beste Vollmacht hätte. Der Grund aus welchem der Inhaber zur Klage zugelassen wird, ist keine bloße Präsumtion welche einen Gegenbeweis zuließe (Anm. 10), sondern eine Fiktion, welche Gegenbeweis und Einrede ausschließt. Folgerichtig darf dann auch Schuldner bei Vermeidung der Doppelzahlung an den ohne Papier sich meldenden Gläubiger nicht zahlen; denn der Nichtbesitz hier läßt einen Besitz anderwärts und damit das Dasein einer unkündbaren und ausschließlichen Vollmacht vermuthen. — Die Unkündbarkeit und Ausschließlichkeit der insolge Kaufes *cc.*, überhaupt eines Erwerbstitels, mithin in *rem* des Mandatars mandirten *actio* erhellet aus den §. 284 Anm. 10 allegirten und mit denen in Anm. 5 ebendas. zu vergleichenden Stellen. Um ebendeswillen ist der Text zu Anm. 5 zu weit gefaßt, und also falsch.

16) Wäre die *utilis actio* des Cessionars in einer Mandatsfiktion beruhend, wie Mühlenbruch, und zum Theil Schmid annimmt (§. 284 Anm. 8. 9.), dann wäre unsere Fiktion sogar in ihrer Spezialität, wie wohl für einen neuen Fall, in den Quellen enthalten; denn in dem fingirten Mandat können Mühlenbruch und Schmid nur die des *procurator in rem suam datus* denken.

zum Vorschein; als Vollmacht lehnt er an die Urform der Cession an¹⁷⁾. Die salernitanischen Urkunden des zehnten Jahrhunderts¹⁸⁾ können ebensowohl römisch als germanisch, und ohne „jene tiefgreifende Ausnahme von den Grundfällen, welche im übrigen seit der Rezeption des römisch kanonischen Rechtes in Deutschland herrschend geworden sind“^{18a)}, gedacht sein. Eine Vollmacht auf „ungewisse Person“ auszustellen war nicht mehr bedenklich, seitdem man eine solche zum Erben einsetzen und mit Vermächtnissen honoriren konnte. —

So weit das Wesen dieses Schuldscheines auf den Inhaber. Von den Konsequenzen desselben ist hier nur diejenige hervorzuheben, welche durch das d. Handelsgesetzbuch Art. 306—308 verkümmert, wo nicht aufgehoben worden ist: die, daß die Gläubigerschaft ebensowohl wie von der Inhaberschaft auch vom Eigenthum am Papier unabhängig ist oder sein sollte. Zwar werden Eigenthum am Papier und Gläubigerschaft ohne Zuthun des Rechts (via facti) gewöhnlich zusammenfallen; bei dem Umstande, daß man ohne Papier weder zu Zins noch Kapital kommt, wird man sich die Forderung kaum einmal getrennt von der Uebergabe des Papiers cediren lassen, bildet vielmehr Uebergabe des Papiers den regelmäßigen Ausdruck des Cessionswillens. Allein gemeinrechtlich nothwendig ist dieser Ausdruck oder diese Form zur Cession doch auch hier nicht¹⁹⁾; der Cessionar kann Gläu-

17) Unser Inhaber ist als solcher nicht Cessionar, weder direkter noch indirekter; denn sonst wäre er Gläubiger, direkter oder indirekter, was er beides nicht ist. Wohl aber ist er (mag er nun in Wirklichkeit Gläubiger (Cessionar, Erbe), oder Procurator, oder malae fidei possessor sein), fingirter procurator in rem suam datus (fingirter indirekter Cessionar), was er nicht sein könnte, wenn es, auch die Möglichkeit direkter Cession vorausgesetzt, nicht immerfort so wie denkbar auch möglich wäre, daß man indirekt d. i. in Gestalt des mandatum in rem suam cedire. Vgl. hiezu S. 284, S. 394 Anm. 11 unten u. fg.

18) in denen Brunner S. 58 die ältesten Inhaberpapiere findet —
18a) Brunner S. 23 Abs. 2 vgl. oben Anm. 10. q. G.

19) Konsequenter verlangen die Vertreter der Verkörperungstheorien Uebereignung des Papiers; minder konsequent Unger a. a. O. S. 120. Konsequenter seinem Satze, daß das Papier die Forderung nicht sei, negirt Thöl dieses Erforderniß in S. 230 S. 696 „Die Uebergabe des Papiers ist . . . erforderlich, damit er dieser leichten Legitimationsnachweisung lediglich durch den Besitz nicht entbehrt. Da aber die Forderung unabhängig von der Beweisurkunde ist, so ist zur Uebertragung der Forderung dieser

biger werden, ohne daß er Eigenthum am Papier erlangt; der Cedent aufhören Gläubiger zu sein, indeß er Eigenthümer des Papiers bleibt. Nun kommen aber selbst solche Schriftsteller, welche zur Uebertragung der Forderung Uebertragung des Papiers nicht für nothwendig halten, zu der Ansicht, daß die Gläubigerschaft nicht ohne Eigenthum am Papier und daß mit dem Eigenthum am Papier überall die Gläubigerschaft verbunden sei. Diesen Sinn legen sie nämlich den Worten des Hdgb's bei, welches dem redlichen Erwerber „das Eigenthum“ gibt, hienach dann „das früher begründete Eigenthum ausdrücklich erlöschen“ läßt²⁰⁾, und auch die kraft desselben entstandenen Pfand- und sonstigen dinglichen Rechte aufhebt. Der Wortlaut geht nicht über das Eigenthum am Papier hinaus; allein „der Ausdruck Eigenthum, welcher das vollste Recht an der Sache bezeichnet, soll offenbar, da die Sache lediglich um der Forderung willen vorhanden und von Werth ist und abgesehen von derselben werthlos ist, die Forderung bezeichnen“²¹⁾. Ist diese Auslegung richtig, dann dürfen diejenigen, welche ihr folgen, nicht gleichzeitig lehren, daß die Cession dieser Forderungen ohne Uebereignung des Papiers möglich sei, oder daß die Forderung ohne sie nur nicht vollwirksam übertragen werden könne; dann gerathen wir aber auch in die Lage, von zwei redlichen Besitzern, denen beiden dasselbe Papier abhanden gekommen ist, dem einen früher, dem anderen später, dem letzteren das Unrecht auf Amortisation und Geltendmachung gewähren zu müssen, während gemeinrechtlich das frühere Recht

Wille genügend und die Uebergabe des Papiers, welche zuweilen sogar unmöglich ist, nicht nothwendig. Hiemit stimmt auch Brunner überein, wenn er S. 7 im allgemeinen bemerkt, daß man daraus, weil eine Forderung aus einer (Dispositiv-)Urkunde entstanden, nicht folgern dürfe: diese Forderung könne ohne die Urkunde nicht übertragen werden; desgleichen wenn er S. 8 die Uebereignung der Urkunde nur zur „vollwirksamen“ Uebertragung des Rechtes fordert. Allein anderseits machen diese beiden Autoren die Gläubigerschaft nach Maßgabe des Handelsgb's vom Eigenthum am Papiere gleichwol abhängig (Thöl §. 223 S. 667 Brunner S. 26. S. 69 fg.); darnach erscheint ihnen Uebergang der Forderung ohne den des Papiereigenthums nicht möglich.

20) also den Erwerb des redlichen Besitzes (getragen wahrscheinlich von der Kreationstheorie) zum originären Eigenthumserwerb macht.

21) Thöl, a. a. O. S. 667 fg. Brunner, a. a. O.

das stärkere wäre, und der frühere redliche Besitzer etwa zugleich Eigenthümer, der spätere bloß redlicher Besitzer ist. Der Singularität könnte man schon darin genug haben, daß der bloße redliche Besitz zum Eigenthum erhoben, die vindication passiv auf den unredlichen Besitzer beschränkt, und da die Unredlichkeit bewiesen werden muß, eigentlich in eine *condictio furtiva* verwandelt ist²²⁾, so wie daß von zwei redlichen Besitzern wiederum der jüngere dem älteren vorgeht. Zu diesem Erlöschen des Eigenthums vor dem redlichen Besitze, und der Erhebung des redlichen Besitzes zum Eigenthum mögen avitizische Remissionen mitwirken; darum enthalten sie aber auch einen Rückfall in ein sonst überwundenes Stadium der Eigenthumsentwicklung, (Abhängigkeit des Eigenthums vom Besitze — Bd. 1 S. 474 S. 496 Abs. 2), der dem Begriffe und Ansehen des Eigenthums schadet, und den „Papieren“ nichts nützt. Der Werth, der ihnen durch Bevortheilung des redlichen Besitzes zuwächst, geht ihnen durch Schädigung des Eigenthums verloren. Die „Verkehrsfähigkeit“ verlangt dieses Opfer nicht; das Geld ist so verkehrsfähig als das Inhaberpapier und bedarf dieser Anomalien nicht.

Singularitäten sind es auch, wenn entgegen dem Inhaber irgendwelche Exceptionen gestattet, oder aber umgekehrt irgendwelche Nichtinhaber zur Geltendmachung der Forderung zugelassen werden. Erstere lassen sich aber höchstens aus dem Gesichtspunkte des *Mißbrauchs* der *Vollmacht* rechtfertigen²³⁾,

22) Nicht mit Unrecht demnach bemerkt Brunner S. 70 oben, daß diese vindication nicht als eine römische aufgefaßt werden könne.

23) Kein bloßer Mißbrauch der Vollmacht, sondern keine Vollmacht, darnach auch keine Zahlspflicht läge vor, wenn das Papier „nicht ausgestellt“ wäre (Anm. 2 u. 11). Wie schwankend im übrigen Doctrin und Praxis in Betreff der Exceptionen sind, erhellt an dem oben Anm. 6 agf. D.; doch scheint man ziemlich einig darin, daß eine Anfechtung vom Gesichtspunkte der *causa* der Ausstellung ausgeschlossen, mithin jedenfalls nur aus dem der Legitimation, oder wie wir sagen, der Vollmacht zulässig sein solle. Hieher gehören die Fälle des unredlichen Besitzes, in denen sich aber weiterhin die Frage aufwirft, ob die Einrede nur aus Anlaß einer Intervention des Gläubigers (Prinzipalintervention) opponirt werden dürfe, oder ob sie von dem Schuldner, dem die Unredlichkeit des Besitzes bekannt ist, opponirt werden müsse, wessfalls mit der Opposition der Einrede eine Citation des Gläubigers zur Intervention zu verbinden wäre. Brunner S. 73 fg. negirt unter Bezugnahme auf sächs. Ob., den Dresdner Entwurf eines Obligr. u. R. D. H. G. sowohl die Berechtigung als die Ver-

letzteres kommt nur in Verbindung mit Amortisation des Papiers vor²⁴⁾.

Die bisher geschilderten „Obligationen“ sind nur eine Spezies der Inhaberpapiere. Mit ihnen sind noch nicht einmal alle diejenigen Inhaberpapiere erschöpft, welche sich gleich unseren „Obligationen“ als Schuldscheine darstellen²⁵⁾. Unter den Inhaberpapieren, welche keine Schuldscheine sind oder zu sein brauchen, ragen hervor die Aktie²⁶⁾ und — wenn man davon absieht, daß der Wechsel nach deutschem Wechselrecht nicht auf den Inhaber gestellt werden darf, oder wenn man auch den Ordre-Wechsel insofern als er mit Blankoindossament versehen werden kann, den Inhaberpapieren zuzählt — die Tratte. Auf das Wesen dieser Papiere kann aber darum, weil sie zu den Schuldscheinen nicht zählen, hierorts nicht eingegangen werden.

pflichtung des Schuldners, im Interesse des Gläubigers Einreden zu erheben; hält dagegen unter Umständen Zahlungssperre auf Antrag des Gläubigers für zulässig S. 75.

24) Die Frage, ob man in der Amortisation eine Anomalie oder Konsequenz zu erblicken habe, dürfte weder schlecht hin zu bejahen, noch schlecht hin zu verneinen sein. Darin daß hier Jemand als Gläubiger auftritt, welcher Papier-Inhaber nicht ist, liegt lediglich die Bemährung des Sages, daß Inhaber- und Gläubigerschaft nicht zusammenfallen; hingegen liegt darin, daß mittelst der Amortisation Jemand ohne Papier zur Geltendmachung der Forderung zugelassen wird, eine Anomalie. Dieses geschieht aber erst nachdem das Papier für todt erklärt und die in demselben liegende Vollmacht also für erloschen und gewissermaßen die Möglichkeit der Papier-Innehabung selbst aus der Welt geschafft ist. Daß diese Todeserklärung einerseits auf Gerechtigkeit gegenüber dem Rechte der Gläubiger, anderseits auf Billigkeit gegenüber dem Schuldner beruht, der wegen Gefahr der Doppelzahlung Anspruch auf Sicherheit hat, bedarf keiner Ausführung. Eine i. i. restitutio (Thering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 49 Anm. 20 Brunner, a. a. D. S. 11) enthält die Amortisation nicht. vgl. Unger a. a. D. S. 126.

25) z. B. Banknoten, Lotterieloose, Versicherungspoliceu — und wenn man den „Schuldschein“ über die „Geldpapiere“ hinaus auf obligationes in faciendo erstreckt (vgl. Unger a. a. D. S. 89, auch die „dem eigentlichen Verkehr entzogenen“ (Kunze a. a. D. S. 528) Theaterbillets, Concert- Eisenbahn- und Dampfschiffahrtskarten, Badebillets, Sp- und Trinkarten u. dgl. m. (Unger a. a. D. Bekker a. a. D. S. 273. Kunze a. a. D. S. 527 fg. Thöl, a. a. D. S. 324 Anm. 1 Brunner S. 63—68)

26) „die Aktie gewährt nicht ein Forderungsrecht, sondern ein Mitgliedsrecht, mit welchem eine Theilhaberschaft an dem Gesellschaftsvermögen verbunden ist“ (Brunner a. a. D. S. 10) Dies geht u. G. zu weit. In der pars societatis sind vornherein Haftungen und eventuell Schuldantheile mitbegriffen. Die Aktien sind stets Haft-, eventuell Schuldscheine, aber allerdings nicht bloß das, allenfalls auch Eigentümstheile.

II. Eventualschulden.

§. 313.

Aus allen Obligationensgründen, welche nicht schon vornherein Schulden erzeugen (§. 294), können solche nachträglich erwachsen — Eventualschulden (§. 469) entstehen. Also nicht sofort Schulden, sondern bloße Haftungen oder doch nur Verbindlichkeiten und Haftungen sind am Anfang und aus der causa obligationis selbst da bei dreien der vier alten genannten Realkontrakte (commodatum, depositum, pignus), möglicherweise bei ungenannten Realkontrakten¹⁾, gewissen Quasikontrakten (neg. gest., communitio rei, hereditatis), Tutel und Curatel, Detention einer zu exhibirenden Sache(?), durchweg aus den vier alten Konsensualkontrakten (emptio venditio, locatio conductio, mandatam, societas), und je nach ihrem Inhalte aus den heute ins Unbegrenzte möglichen ungenannten Konsensualkontrakten. Irgend etwas vornherein Ungewisses muß nachträglich eintreten, um die bisherige Haftung oder Verbindlichkeit der einen oder anderen Partei in eine Schuld zu verwandeln — irgend eine zu praestirende Verschuldung, Ausgabe, Einnahme, Gegenleistung, Eviction, oder irgend ein zu praestirender Kasus. Diese Ungewisheiten oder Möglichkeiten liegen im Bereiche des Geschäftes, das in dem einschlägigen Kontrakte oder Quasikontrakte unternommen, übernommen oder eingegangen ist; sie werden nicht etwa erst durch Beredung und Bedinge der Parteien ausgemacht und zu Bedingungen erhoben, unter welchen man schuld-fällig werden solle, sondern haben diese Wirkung von Rechtswegen, und verstehen sich von selbst. Dem entsprechend sind alle diese Kontrakte und Quasikontrakte bonae fidei negotia²⁾;

1) insonderheit aus denjenigen, welche auf keine Gegenleistung (do ut des etc.) sondern nach Art der genannten Realkontrakte auf eine bloße Rückgabe, und zwar gleich commodatum, depositum, pignus zunächst nur auf Rückgabe des in bloße Detention oder bloß zu Besitz Empfangenen gehen, mithin zunächst eine bloße Verbindlichkeit erzeugen. Bloße Verbindlichkeit ist auch denkbar bei Inominatkontrakten nach dem Schema do ut facias: dann nämlich, wenn dieses facere kein Geld kostet oder werth ist.

2) § 225 insb. zu Anm. 1 6.

umgekehrt gibt es kein *bonae fidei negotium*, welches sofort Schuld, nicht zunächst bloße Haftung mit etwaiger Verbindlichkeit wäre. In Ansehung der Aktionen und Konditionen, welche sich einerseits als ein bloß mögliches Ergebnis dieser Geschäfte herausstellen, anderseits als ein Ding, ohne dessen Entstehung der naturgemäße Verlauf des Geschäftes selbst oft nicht denkbar ist, heißen sie *incerti* (§. 217,1 u. S. 58), und sind sie zum Theil zunächst „unfertig“³⁾. Als *b. f. contractus* sind diese Geschäfte sämtlich gegenseitig, so denn eventuell beiderseits schuldengebärend. Zwischen den beiderseitigen Eventualschulden, und lediglich zwischen ihnen bewegt sich die im *b. f. iudicium* als solchem hergebrachte Kompensation⁴⁾; es sei nun, daß dieselben sofort mit ihrer Entstehung auf Geld gehen, mithin *ipso jure* kompensirt, und etwa nur über die Höhe ihres Betrages ein richterliches in der Kondemnationsminderung sich bethätigendes Erkenntniß nothwendig wird⁵⁾, oder sei es, daß die eine oder andere Eventualschuld auf etwas anderes als Geld geht, und erst durch den Richter oder die Parteien in Geld angeschlagen und zur Kompensation gebracht werden muß⁶⁾. Unbenommen war es dem römischen Kläger, die Eventualschuld anstatt *b. f. actione* mit *condictio* einzuklagen; damit entging er ursprünglich den Kompensationen wenigstens mit ungleichartigen Gegenforderungen *ex eodem negotio*⁷⁾; wenn er

3) nach Analogie von *l. 9 §. 3 D. quod met. 4. 2.* wäre z. B. ein Mandat, in welchem es nicht zur Ausrichtung des Geschäftes, darum nicht zur Ersatzforderung des Mandatars kam, kein naturgemäß abgelaufenes Geschäft.

4) Die Kompensation greift überhaupt nur zwischen Schulden, also nicht z. B. zwischen der Verbindlichkeit des Depositaris zur Restitution und der Haftung des Deponenten für etwaige Auslagen, wohl aber zwischen der durch wirklich erfolgten Aufwand und der wegen praestationsmäßiger Nichtrestitution hin und wieder erzeugten Praestationsschuld statt (vgl. §. 287 zu Anm. 30. 31 §. 288). Im Gegensatz zu der im *b. f. iudicium* als solchem hergebrachten Kompensation ist die in *str. j. iudicio (ex eadem causa)* von *M. Aurel* eingeführte *R.* zu denken (§. 288 ab init. und S. 432 fg.)

5) vgl. §. 288 Anm. 2 und dazu z. B. *l. 19 §. 3 D. loc. 19, 2* wo wegen Nichtannahme des Getreides Praestations des Interesses schuldig, dieses bemessen und bei der Kondemnation in Abzug gebracht wird. Zu *officio iudicis convenire habere rationem* vgl. das *compensationis rationem non habere* in *l. 7 §. 1 D. comp. 16. 2).*

6) vgl. §. 288 S. 430.

7) zwischen gleichartigen Gegenforderungen *ex eodem b. f. negotio* griff Kompensation *b. h.* daß mehr als der Uberschuß nicht gefordert werden

certae pecuniae petitionem anstrenge⁸⁾, lief sein Gegner vielleicht die Gefahr der Litisfrescenz⁹⁾, allein andererseits lud er selbst die Gefahr der Restipulation¹⁰⁾ und der pluspetitio, diese namentlich auch infolge Nichtachtung einer von selbst eingetretenen Kompensation¹¹⁾ auf sich; den Vortheil, den ihm st. j. actio entgegen ungleichartigen Gegenansprüchen ex eadem causa verschaffte, verlor er materiellrechtlich spätestens durch das vielberufene Restript M. Aurels¹²⁾, und was er darnach noch prozeßualisch voraus hatte, durch Justinian¹³⁾.

Im Allgemeinen muß die Eventualschuld, welche aus Haftungen oder Verbindlichkeiten entspringt und tacita (juris) conditione platzgreift, von der auf eigenem Geschäft (Novation, Transaktion) beruhenden Obligationen- und Schuldenverwandlung (§§. 282—283) unterschieden werden. Im Einzelnen können dieselben ohne Wiederholung erst bei der (nun folgenden) Darstellung der bloßen Haftungen und Verbindlichkeiten, in welchen sie eventuell mitenthalten sind, und deren mögliches Ergebnis oder Endziel sie bilden, mit in Betracht kommen.

B. Haftungen und Verbindlichkeiten.

Ueberhaupt.

§. 314.

Im voraus und allgemeinen ist hier nur die Bemerkung zu wiederholen, daß aus mehreren genannten und ungenannten Realkontrakten sowie aus allen alten und den meisten neuen Konjunktionalkontrakten, und endlich aus mehreren Quasi-

bürfe, von jeher platz; dieser Satz galt konsequent wohl auch für den Fall, da stricto jure geklagt wurde —

8) z. B. als Verkäufer certum pretium fondiziert cf. l. 9 D. r. cr. 12, 1

9) Gaj. 4, 13, 171. — eine credita pecunia war z. B. das pretium der vorigen Ann. nach erfolgter Tradition —

10) Gaj. l. cit.

11) Ann. 7 und §. 287 zu Ann. 13 und diese selbst.

12) Eine exc. doli mit minutorischem Erfolg gewährt M. Aurel dem Verklagten in stricti j. iudicio, u. G. wegen Gegenansprüchen ex eodem negotio; eine exceptio doli mit der gemeinen summatorischen Wirkung ist vielleicht schon vorher gewährt worden (§. 288 Ann. 18).

13) So lange die Kompensation noch Vorschüzung einer exceptio erheischte, konnte sie nach der Litiscontestations nicht mehr geltend gemacht werden; Justinian läßt nun aber l. ult. C. comp. 4, 30 die Defension durch Kompensation in allen Klagsarten ipso jure zu (§. 287 — Ann. 22).

kontrakten fürs erste bloße Haftungen und etwa Verbindlichkeiten, nur eventuell und nachträglich Schulden ¹⁾ entspringen (§. 294 vgl. §§. 212, 214. 215. 217.). Insbesondere die Verbindlichkeit verlangt kontraktlichen oder quasikontraktlichen Ursprung; daß der Obligirte nicht aus seinem Vermögen zu leisten, sondern nur zu restituiren habe was bloß in seinen Besitz oder nur in seine Detention gekommen ist, bildet wohl das allgemeinste und sicherste Merkmal einer Obligation, die wir — trotzdem sie klagbar ist — von der Schuld, und — weil sie klagbar ist — von der bloßen Haftung unterscheiden mußten. Soll aber die „Verbindlichkeit“ einerseits als obligatio, anderseits aber die obligatio in ihrer technischen Erscheinung festgehalten werden, dann ist nicht überall wo der Obligirte etwas von der gedachten Art zu restituiren hat, auch schon unsere Verbindlichkeit da; dann fehlt es an dieser nicht etwa bloß da, wo der Besitzer nur in rem actione restitutionspflichtig ist ²⁾, sondern auch da wo er einer in personam actio unterliegt, diese jedoch eine Deliktssklage, arbiträr, und also die Restitution nicht sowohl befehlend und erzwingend als nachlassend ist ³⁾; in „obligatione“ ist hier die allfällige poena, nicht die freigelassene Restitution ⁴⁾. Aus Delikten, scheint es, kann man nur schuldig werden; der Dieb ist schuldig, conditione belangbar, trotzdem er in natura restituiren und seiner reipersekutorischen Obligation etwa ohne Vermögenseinbuße gerecht werden kann (§. 30; zu Anm. 32). Auch dem deutschen Sprachsinne muthet nicht zu viel zu, wer die „Verbindlichkeit“ auf Obligationen aus Kontrakten und Quasikontrakten, und

1) Die Thatsache, daß es in einem gewissen Kontraktssalle, z. B. Depositum, zu keiner Schuld kommt, vielmehr z. B. Depositär ohne dies frei wird, sei vielmehr ein non incidere in obligationem als ein bloßes liberari — meint Pomponius I 81 §. 1 D. solut. 46, 3, indem er obligationem mit debitum identifizirt; daß Depositär überhaupt nicht obligirt (obligatorisch tenent, oder haftbar) werde, kann seine Meinung nicht sein.

2) für welchen Fall das „obligatum esse“ ausdrücklich abgesprochen ist in §. 1 J. act. 4, 6; s. §. 215 Anm. 2.

3) wie z. B. actio quod metus, actio de dolo §. 31 J act. 4, 6 —

4) Ein „obligatum esse (ad restituendum)“ wird betreffs dieser Restitutionen sich nicht finden lassen; I 17 cf. I 18 D. quod met. 4, 2 (quoniam hereditariam suscepit obligationem) geht auf die Straf- oder Kondemnationsschuld, nicht auf die arbiträre Restitution.

damit rechtschaffenen Ursprunges einschränkt. — Den Kontrakt oder Quasikontrakt vorausgesetzt kann eine Verbindlichkeit aus demselben sofort ⁵⁾, oder erst nachträglich, es sei nun weil vorneherein ein Klagaufschieb besteht ⁶⁾, oder weil der Obligirte erst nachträglich in den Besitz einer zu restituirenden Sache kommt ⁷⁾, entspringen; kommt sie erst nachträglich zu Stande, so liegt anstatt ihrer bis zu ihrem Eintritt eine bloße Haftung ⁸⁾ vor.

Da die Obligation, welche bloße Haftung ist, nur eventuell zur klagbaren Obligation (Verbindlichkeit oder Schuld) wird, so hat sie wesentlich die Bedeutung einer Kaution ⁹⁾; umgekehrt ist eine ganze Gruppe von Kautionen, und zwar die Gruppe derjenigen Kautionen, die nurmehr Kautionen, (nicht zugleich Bürgschaft u. dgl.) heißen, nichts als Haftung (§. 336); sie müssen erst „verwirken,“ um klagbar und Schulden zu werden; der Unterschied zwischen ihnen und unseren bloßen Haftungen ist mehr äußerlich als begrifflich ¹⁰⁾; und lediglich im weitesten Sinne des Wortes sind ja alle Obligationen Kautionen ¹¹⁾.

5) z. B. die Verbindlichkeit des Depositarz zur Restitution der depoirten Sache: cf. l. 1 §. 22 D. dep. 16, 3 vgl. §. 114 Anm. 32

6) z. B. Verbindlichkeit des Kommodatarz zur Restitution der entlehnten Sache: l. 17 §. 3 D. commod. 13, 6 — *intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque* — vgl. §. 316 Anm. 14.

7) z. B. der Mandatar, Vormund in den Besitz der dem Mandanten, Mündel zu restituirenden Sache: l. 8 §. 10 l. 10 §. 2 §. 3 l. 20 pr. D. mand. 17, 1; arg; l. 1 §. 22 D. tut. et rat. 27, 3

8) z. B. eine Haftung des Mandatarz, Vormüunders, die allenfalls in seine Detention gelangenden Sachen des Mandanten, Mündels an die- jen abzuführen —

9) s. über diese im Allgemeinen Bd. 1 §. 101 insb. S. 360 Abs. 1., ferner oben §. 309 und unten §. 336.

10) Die „Kaution“ wird durch einen eigenen lediglich auf sie gerichteten Vertrag (Stipulation) kontrahirt; unsere Haftungen bilden nur den nächsten Effekt von Kontrakten und Quasikontrakten, welche nicht nur diese Sicherung, sondern irgend einen Güter-Tausch (*emptio venditio, locatio conductio, Innominatkontrakte nach dem Schema do ut facias, facio ut facias*), eine Güter- oder Geschäfts-Verbindung (*societas*), einen Geschäftsbetrieb (*mandatum*), einen Güter-Versatz (*pignus*), oder eine Güter-Verleihung (*commodatum*), Bergung (*depositum*) oder etwas der Societät, dem Mandat, Kommodat, Depositum ähnliches, ungenanntes vorab- und mitbezwecken und enthalten, so denn auch zum Theil „Geschäfte“ im engsten Sinne des Wortes sind, theils *re*, theils *consensu*, durchweg aber formlos begründet werden; — die „Kaution“ ist stets, unsere Haftung niemals einseitig; stets steht ihr eine Gegenhaftung allenfalls auch Verbindlichkeit gegenüber (§. 224 insb. S. 57); die „Kaution“ ist eine Haftung, welche den Fall, da sie zur

Die Kontrakte und Quasikontrakte aus denen zunächst bloße Haftungen entspringen, sind wesentlich gegenseitig¹²⁾ und die Quelle der mannigfaltigsten, im voraus unbestimmbaren beiderseitigen Ansprüche (Verbindlichkeiten — Schulden). Anstatt aus ihnen, kann man schlechtweg auf die aus ihnen etwa nachträglich entsprungenen Schulden, d. i. mit der Schuldklage oder einseitig klagen (fondiziren) (S. 36, 1 S. 63, S. 586 fg.); wer aber einmal aus dem Kontrakte oder Quasikontrakte klagt, klagt aus einem Obligationsgrunde, aus welchem ebensowohl er als der Beklagte schuldig geworden sein kann und aus welchem keiner vor dem anderen Befriedigung verlangen darf; dem entsprechend war die Klageformel so gefaßt, daß die Intention derselben einerseits für alle möglichen Ansprüche des Klägers aus diesem Kontrakte, Quasikontrakte Raum ließ, andererseits der Gleichberechtigung des Beklagten und seiner Gegenansprüche nicht praejudizirte¹³⁾, darum auch dem Richter die Macht gab, diese mit jenen zum Ausgleich zu bringen¹⁴⁾. Daß dieser Klage entsprechende Judicium ist ein Prozeß, in welchem womöglich alle aus diesem Geschäft entsprungenen Verbindlichkeiten und Schulden zur Erledigung kommen sollen¹⁵⁾, und welches ohne besonderen Vorbehalt von keinem Theile öfter als einmal in's Werk gesetzt werden kann¹⁶⁾. Anstatt in der Defensivem kann

Schuld wird, in Gestalt einer eigentlichen Bedingung in sich trägt, während unsere Haftungen denselben Fall tacite in sich enthalten; — die Kautio ist, trotzdem sie das Wesen einer Haftung hat, eine bedingte Obligation, unsere Haftung dagegen, trotzdem sie das Wesen einer Kautio hat, eine unbedingte Obligation; — die „Kautio“ wird, wenn ihre Bedingung eintritt, stets Schuld, und zwar Geldschuld (*quanti ea res est*, allenfalls ein *cortum*); unsere Haftung kann auch in eine bloße Verbindlichkeit auslaufen (aus einem Mandate z. B. in bloße Restitutionspflicht erwachsen).

11) Bd. 1 S. 360 Abs. 1

12) bloße Verbindlichkeiten konnten auch aus einseitigen Kontrakten entspringen, aus Stipulationen in *faciendo* nämlich —

13) beides durch Fassung auf *incertum*: „*quidquid*“ d. i. nicht nur „je nach Schätzung“ (des *incertum*, oder der *certa res*) sondern auch je nach Abzug (von Gegenansprüchen) —

14) dieses durch den Zusatz *ex fide bona* oder *ex aequo et bono*, *quantum aequius, melius* —

15) „womöglich alle;“ hat der Beklagte überschießende Gegenansprüche, so ist dies nicht möglich; denn er macht diese nur defensiv (retentions- und kompensationsweise) geltend (I. 18 §. 4 D. *commod.* 13, 6.

16) infolge der Formel *quidquid z. B. ex commodato d. f. o.* konnte ohne *praescriptio pro actore* aus diesem Kontrakte nur einmal verklagt

aber jede der beiden Parteien ihre Forderungen auch in eigener Klage anbringen ¹⁷⁾).

1) aus Realcontrakten

a., genannten (*commodatum, depositum, pignus*)

§. 315

im Allgemeinen.

J. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 15.

Obligationen aus *Commodat, Depositum, Pignus* entspringen überall nur

1) *re*; insolange die Sache nicht zu *Commodat*, Pfand oder in *depositum* gegeben wird, ist ein *Commodatum*, *Depositum*, Faustpfand, also Name und Begriff dieser Dinge nicht vorhanden¹⁾, wengleich ein Uebereinkommen zu leihen, zu Faustpfand zu geben oder in *depositum* zu nehmen bereits zu Stande gekommen, und nach heutigem Rechte als bloßes *pactum de contrahendo*, klagbar sein mag. Dieselben entspringen also nur zusätzlich, auf Grund der *res*, als ein Modus der Hingabe und des Empfanges, die da nicht voll oder uneingeschränkt, sondern als ein bloßes *utendum, custodiendum, cavendum dare* keinesfalls auf immer, nach neuerer Uebung nur zu *Detention* oder Besitz²⁾, gegen bedingte oder unbedingte Rückgabe und mit verschiedenen anderen stillschweigenden Klauseln erfolgen (§§. 316—318). Aus diesen modifizirten Hingaben entspringen Obligationen.

2) beiderseits sofort und unbedingt; allein sofort und unbedingt Obligationen nur von der Art der bloßen Haftung, beim *Depositum* sofort und unbedingt auch eine Verbindlichkeit zur Restitution³⁾; ob diese Haftungen oder diese Verbindlichkeit in Schulden übergehen ist ungewiß⁴⁾; aber auch ob die Haf-

werden (Gaj. 4, 130). Irgend einer Einschränkung des *Petitum*s bedürfen wir auch heute noch.

17) l. 7 §. 1 D. comp. 16, 2 und das System der *directae* und *contrariae actiones* —

1) Darum kann z. B. in l. 20 D. commod. 13, 6 unter dem *argentum commodatum* nur an das beim *Commodatar* gewesene und von diesem zurüdgehörte Silberzeug gedacht werden —

2) nach älterer Uebung bekam der *Depositar* und Gläubiger die Sache nicht selten zu eigen (*fiducia cum amico; cum creditore* — Gaj. 2, 59, 60)

3) §. 3 J. q. m. r. c. o. 3, 15 — *de ea re quam accepit restituenda tenetur* — l. 1 §. 22 D. dep. 16, 3 — *statim posse depositi agere*.

4) Wäre z. B. aus dem *depositum* sofort und gewiß ein *debitum*

tung des Kommodatars und Faustpfandgläubigers unter Anderem nicht in eine Verbindlichkeit (zur Restitution) übergehen werde ist ungewiß⁵⁾.

3) Das Wo für dieser Haftungen besteht von Rechtswegen einerseits in der Restitution der Sache⁶⁾ „und alles dessen was aus dieser an den Empfänger zu kommen hat⁷⁾; anderseits in der Praestation von nothwendigen, dem Uebernehmer der Sache nicht etwa selbst obliegenden Aufwandes⁸⁾, beiderseits in der bald mehr bald minder strengen Praestation von Verschuldungen⁹⁾; Bedinge können den Umfang dieser Haftungen erweitern und verengen, von der Praestation des dolus aber nimmermehr befreien¹⁰⁾.

4) Die allfälligen Verschuldungen aus diesen Kontrakten sind prozessualisch alle unter den Ausdruck der „Nichtrestitution“ gebracht (s. unten §. 316 Anm. 36, 37 §. 317 Anm. 51 §. 318 Anm. 25); wer dazu aufgefordert nicht restituirt, gilt als schuldig, wofern ihm nicht eine (von der Jurisprudenz aufgestellte, in der Formel nisi restituat nicht ausgedrückte Entschuldigung, z. B. vis major) zur Seite steht.

5) Aus diesen Kontrakten, als einer Quelle von möglicherweise beiderseitigen Schulden (§. 590) kann jede der beiden Parteien klagen, jede so, daß damit alle ihre möglichen Ansprüche eingeklagt sind und dem Beklagten die defensive Geltendmachung und Befriedigung seiner Gegenansprüche aus demselben Kontrakte unbenommen ist (§. 590); jede von beiden hat dem-

da, so könnte auch beim depositum irregulare nicht ungewiß sein, ob ein debitum zur Existenz kommen werde; nun heißt es aber, daß hier antequam mota sit pecunia „debitum iri non est certum“ l. 10 D. r. cr. 12, 1.

5) Zwar heißt es ohne weiteres auch vom Kommodatar und Gläubiger; daß sie de re ipsa restituenda tenentur (§§. 2 - 4 J. h. t.); allein dieses teneri ist nicht sofort klagbar, ist sofort bloße Haftung, noch nicht Verbindlichkeit; man kann nicht wissen, ob die geliehene Sache nicht noch vorher kasuell zu Grunde geht, ob die Pfandschuld gezahlt, ob das de re restituenda klagbar, d. i. Verbindlichkeit weiden wird.

6) nur daß diese Haftung des Depositaris sofort klagbar, also sofort auch schon Verbindlichkeit ist —

7) im allgemeinen die „plena significatio“ von „restituas“ l. 38 §. 4 D. usur. 22, 1). im besonderen §§. 316 - 318, überall 2, a.

8) S. unten §§. 316 - 318, überall 2, b.

9) S. unten §§. 316 - 318, überall 4.

10) §. 267 Anm. 8 l. 17 pr. D. comm. 13, 6.

nach *commodati*, *depositi* *pignoratitiam actionem*; die des Kommodators, Deponenten, und Verpfänders heißt aber *directa*, die des Kommodatars, Depositarers, Pfandgläubigers nur *contraria*¹¹⁾. Anstatt aus diesen Kontrakten und auf all das was er hieraus zu fordern hat, kann ein Jeder aber auch auf das was ihm der Andere aus diesem Geschäfte nach Abzug seiner etwaigen Gegenansprüche schuldig sein sollte, einseitig klagen (kondiziren S. 37. 63.).

§. 316.

D. *commodati* 13, 6 C. de *commodato*, 4, 23.

Was insonderheit die Haftungen und Verbindlichkeiten, eventuell Schulden aus dem Kommodate anlangt, so liegt ein solches

1. nur da vor, wo Einer vom Andern eine nicht ihm selbst gehörige Sache¹⁾ nur zum Gebrauch²⁾ gegen seinerzeitige Rückgabe³⁾ unentgeltlich⁴⁾ empfängt⁵⁾. Daß die Sache eine körperliche sei, ist gewöhnlich, nicht nothwendig der Fall⁶⁾; desgleichen daß eine bewegliche⁷⁾. Nur zum Gebrauch, nicht zum Ver-

11) dies wohl darum, weil Restitution des Empfangenen den zum Theil nächstfertigen, überall aber das greifbarste Stück im Inhalte dieser Obligationen, wohl auch den häufigsten Anlaß zur Klage bildet, die in dieser Richtung aber nur vom Kommodator u. erhoben werden kann. So sehr steht *directa* im Vordergrund, daß sie *principalis* heißt und eigens gesagt werden muß, daß *contraria sine principali moveri potest* l. 17 §. 1 D. h. t. Wie stark jedenfalls innerhalb der *directa actio* die Restitution ins Auge fiel, zeigt sich darin, daß alle Schuldverfällung (*condemnatio*), so verschiedenartig sie an sich auch sein mochte, auf „Nichtrestitution“ gestellt wurde.

1) l. 15 D. dep. 16, 3

2) — *res aliqua utenda datur* — *non ita res datur, ut ejus fiat* — §. 3 J. h. t.

3) — *et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur* — §. 2 J. h. t.

4) — *gratuitum enim debet esse commodatum* §. 2 in f. J. h. t. l. 17 §. 3 D. h. t. — *voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare* — *ejus qui beneficium tribuit.*

5) vgl. oben §. 315, 1.

6) Die *habitatio*, welche nach *Bivianus* zu Kommodat gegeben werden kann, ist nicht als *res soli*, sondern (*amplius*) als etwas Unkörperliches gedacht (l. 1 §. 1 D. h. t.). Der Kommodator kann selbst eine bloße *habitatio* (Bd. 1 §. 195) haben, und dann unmöglich *rem soli*, wohl dagegen sein Recht zu Gebrauch ausleihen.

7) *Labeo* hatte noch an Beweglichkeit festgehalten, an *res soli* zwar ein *utendum dare*, aber kein *commodare* zugelassen, daß *commodare* mit-

brauch wird kommodatsweise geliehen (entlehnt); damit ist nicht ausgeschlossen, daß auch fungible und konsumtibile Sachen derart geliehen⁸⁾, wohl dagegen eingeschlossen, daß sie anders als in ihrer Spezialität nicht zurück⁹⁾, und zu mehr als bloßer Detention und custodia nicht hingegeben¹⁰⁾ werden dürfen; mithin auch ein bloßer Besitzer, der Dieb u. s. f. Kommodator sein könne¹¹⁾. Auf wie lange letzteres der Fall, und von welcher Art der Gebrauch sein soll, bestimmt sich nach Vorschrift des Kommodators¹²⁾, in Ermangelung dieser nach der Natur der Sache¹³⁾.

2. Die sofort mit dem Kommodat vorhandene Haftung¹⁴⁾

a. des Kommodatars geht auf Einhaltung der Gebrauchsgrenze (Ann. 12), auf seinerzeitige Rückgabe der Sache¹⁵⁾ nebst Zubehör¹⁶⁾, in beiden Richtungen auf custodia¹⁷⁾, und zwar auf diligens custodia¹⁸⁾, mithin auf custodia engeren Sinnes¹⁹⁾: als Verhütung jeden Schadens, dem durch irgend-

hin als eine species des utendum dare gefaßt. Die Sabinianer nahmen ein „Kommodat“ auch an unbeweglichen, Vivianus die Möglichkeit eines solchen selbst an unförperlichen Sachen an l. 1 §. 1 D. h. t. u. vorige Ann.

8) l. 3 §. ult. l. 4 D. h. t. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.

9) Ann. 3 u. arg. Ann. 8

10) l. 8 D. h. t. Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. l. 9 eod. Nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat vgl. Ann. 1.

11) l. 15 l. 16 eod. Bezüglich der custodia s. oben S. 267 u. unten Ann. 17–19.

12) — modum commodati finemque praescribere ejus est qui beneficium tribuit — l. 17 §. 3 D. h. t. Hierher das temporale ministerium; in l. 2 C. h. t. — anderseits das furtum usus: l. 5 §. 8 D. h. t.

13) §. B. l. 17 §. 3 D. h. t. — Igitur si pugillares mihi commodasti etc. l. 3 C. h. t.

14) als obligatio bezeichnet in l. 17 §. 3 cit. — suscepta obligatio inter dandum (dantem) accipiendumque (accipientemque) —

15) §. 2 J. h. t. — de ea re ipsa restituenda tenetur — cf. l. 2 l. 3 C. h. t.

16) §. B. dessen was aus ihr agnascirt (arg. l. 14 §. 15 D. furt. 47, 2 cf. l. 1 §. 23 §. 24 D. dep. 16, 3) — was sie „anhat“ (l. 14 §. 15 cit. — nam et si etc.) — was sie mit sich führt (l. 5 §. 13 D. h. t. l. 5 §. 9 eod. — die Zute mit dem Fohlen).

17) l. 5 §. 5 §. 14 §. 15 l. 10 §. 1 D. h. t. §. 16 J. obl. quae ex del. 4. 1 cf. l. 14 §. 15 D. furt. 47, 2 l. 5 §. 9 §. 13 D. h. t. l. 1 §. 23 §. 24 D. dep. 16, 3

18) l. 5 §. 5 D. h. t.

19) S. 264 Ann. 16.

welche Sorgfalt vorgebeugt werden kann, also nicht schlechtthin des Schadens den Dritte stiften ²⁰⁾, nicht schlechtthin wiewohl hauptsächlich des Diebstahls ²¹⁾, regelmäßig nicht der vis major ²²⁾; auf diligentia auch außerdem ²³⁾. Diligentia außerhalb der custodia ist aber ein mal die Bewahrung der Sache vor eigenen schädlichen Handlungen ²⁴⁾, also vor eigener aquilischer culpa ²⁵⁾, vor Abnützung oder Schädigung der Sache durch unerlaubten Gebrauch ²⁶⁾, dann die Instandhaltung der Sache durch den zur Benützung derselben unmittelbar nothwendigen, darum mitgehörigen Aufwand ²⁷⁾; — — die

b) des Kommodators geht auf Redlichkeit in der Gebrauchseinräumung ²⁸⁾ — auf Einhaltung derselben, nachdem

20) hieher das Julianische *Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det* (l. 19 l. h. t.), womit nicht gesagt ist, daß wir dies nie, sondern nur daß wir es nicht immer verhüten können; l. 7 §. 1 enthält den Fall, da verhütet werden könnte.

21) §. 269 Anm. 40 S. 275 Z. 19 v. unten.

22) §. 269 3. a. Die l. 18 pr. D. h. t. bezeichnet *latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fagas servorum* als *casus qui custodiri non solent*; *furtum* ist einer der verhütet zu werden pflegt, nicht schlechtthin verhütet werden kann. Unter Umständen können aber selbst jene Fälle der vis major verhütet werden: wenn man noch Zeit hat seine eigenen Sachen zu bergen (l. 5 §. 4 D. h. t.), wenn man bei dem bedungenen Gebrauche bleibt, sich nicht dem *casus mixtus* aussetzt (l. 5 §. 7 D. h. t. S. 314). So reicht die custodia und die Haftung für custodia selbst bis in den *casus* hinein; aber freilich ist dann der *casus* durch culpa bedungen, eine culpa in custodiendo da.

23) Darum ist z. B. in l. 5 §. 2 in f. §. 9 l. 18 pr. eod. von diligentia überhaupt die Rede, und in Stellen die bloß von Praestation der custodia (*diligentia in custodiendo*) sprechen (Anm. 17), die Praestation anderweiter Diligenz nicht ausgeschlossen.

24) welche Sorgfalt nicht mehr „custodia“ heißt §. 268 zu Anm. 3),

25) l. 7 §. 1 l. 10 pr. l. 18 §. 1 l. 19 D. h. t.

26) l. 5 §. 8 l. 10 pr. cf. l. 5 §. 7 l. 23 D. h. t. Der unerlaubte Gebrauch kann die Sache schlechter, minderwerth machen als sie außerdem wäre (z. B. l. 23 D. h. t.), oder gar zu ihrem Untergange führen (l. 5 §. 7 eod. — *casus mixtus*); die Haftung hiefür ist zweifellos. Aber wie wenn durch den unerlaubten Gebrauch keinerlei Schaden entsteht? Es scheint nicht auf den Schaden des Kommodators, sondern nur auf den (unbefugt angeeigneten) Vortheil des Kommodatars anzukommen. Dies genügt auch zu der konkurirenden *actio forti* l. 5 §. 8 cit.

27) Fütterung — kleine Kurkosten; dagegen nicht der Aufwand zur Beseitigung von Krankheiten oder sonstigen Unfällen (*faga*, Verlaufen von Thieren), welche den Gebrauch vielmehr ausschließen, als begleiten: l. 18 §. 2 D. h. t.

28) l. 18 §. 3 D. h. t.

sie einmal geschehen ist²⁹⁾, — auf Erstattung nothwendigen, dem Kommodatar nicht selbst obliegenden Aufwandes auf die Sache³⁰⁾.

Diese beiderseitigen Haftungen können durch Bedinge näher bestimmt³¹⁾ oder abgeändert³²⁾ — nur die Praestation des dolus kann nicht abbedungen werden³³⁾.

3. Die Haftung des Kommodatars für Restitution wird zur Verbindlichkeit in dem Augenblicke da der Kommodator dieselbe fordern und also ihrethalben klagen kann³⁴⁾.

4. Die Haftungen werden zu Schulden

a. seitens des Kommodatars:

wenn er sich etwas wofür er haftet zu Schulden kommen läßt (Verschuldung); also die Gebrauchsgrenze überschreitet (Anm. 12); die bereits eingetretene Verbindlichkeit zur Rückgabe trotz Anforderung geflißentlich nicht erfüllt (*contumacia non restituentis*)³⁵⁾; die Sache durch Unterlassung

29) I. 17 §. 3 l. 5 §. 8 — *si quidem ad hoc commodavero . . . teneri me tibi contrario iudicio* — l. 21 pr. D. h. t.

30) I. 18 §. 2 l. 21 pr. D. h. t. Hieher kann man auch die Rückerstattung des Schadensersatzes rechnen, welchen Kommodatar dem Kommodator wegen Verlustes der Sache geleistet, und aber umsonst geleistet hat, nachdem diese an den Kommodator unentgeltlich zurückgelangt ist; nur daß hier Kommodator anstatt des Ersatzes die Sache selbst zurückgeben kann: I. 17 §. 5 D. h. t. Eine solche Haftung kann durch Kaution formal begründet werden: l. 13 pr. eod.

31) Zeit und Ort der Rückgabe: l. 5 pr. D. h. t. l. 2 C. h. t. „*temporalis ministerii*“

32) in Ansehung der Verschuldung: Uebernahme der *custodia* selbst gegen sonst nicht in dieselbe fallende Gefahren (*fuga hominis, hostilis incursus* l. 5 §. 6 cf. l. 18 pr. D. l. 1 C. h. t.); Uebernahme von *omne periculum* (in Gestalt der *res aestimata data* l. 5 §. 3 eod.; Einschränkung der Haftung auf den Fall des *dolus* (nebst *culpa lata* — S. 255) l. 5 §. 10 eod.

33) I. 17 pr. D. h. t.

34) vgl. oben Anm. 15. 16 mit Anm. 29.

35) Daß hier Kommodatar den durch *jusjurandum in litem* zu bestimmenden Ersatz schuldig wird, beweist u. a. l. 3 §. 1 §. 2 D. h. t. u. die durch *nisi restituat* bedingte *condemnatio* (Gaj. 4. 47). Insofern aber gerichtlicher Restitutionszwang eintritt — ob dieser hier schon nach römischem Rechte (l. 68 D. r. v. 6, 1) plaggriff, hängt davon ab, ob *commodati actio* zu den arbiträren zählte (Bd. 1 §. 87. 3 bes. zu Anm. 13 u. 14) — wird unter Zurückstellung der Ersatzschuld auf Erfüllung der Verbindlichkeit bestanden — was nach dem Reichscivilproceß dem Kläger freisteht (§. 216 S. 28 oben). Fragen kann man, ob die Ersatzschuld nicht überhaupt erst durch die *condemnatio* entstehe; allein richtiger wird es sein, nur da *condemnatio* zu lassen, wo eine Schuld bereits besteht, als diese durch *condemnatio* erst zu begründen (vgl. Bd. 2 §. 87 S. 290 oben).

der ihm obliegenden custodia zu Schaden bringt oder in Verlust gerathen läßt³⁶⁾; die Sache durch Unterlassung der ihm außerdem obliegenden Diligenz in Schaden oder Verlust gerathen läßt³⁷⁾; — wenn die Sache durch einen Zufall, den er auf sich genommen (Num. 32), oder verzugs halber trägt, in Schaden oder Verlust geräth³⁸⁾.

Prozessualisch erschien der Kommodatar überall hier „wegen Nichtrestitution“ schuldfällig (Num. 36. 37);

b. seitens des Kommodators:

wenn er sich bei oder nach der Hingabe etwas zu Schulden kommen läßt wofür er haftet (Verschuldung), also wenn er bei der Hingabe selbst unredlich verfährt und Kommodatar dadurch in Schaden geräth³⁹⁾, oder wenn er nach der Hingabe den Kommodatar vorzeitig im Gebrauche unterbricht⁴⁰⁾ —

36) Prozessualisch gestaltet sich auch diese Schuld als Kondemnirbarkeit wegen „Nichtrestitution.“ Die in verschlechtertem Zustande zurückgegebene Sache gilt als „nichtrestituirt;“ wird der schuldige Ersatz nicht hinzugeleistet, so tritt Kondemnation ein wie wenn nichts zurückgegeben wäre: etwa gegen Zurücknahme des Zurückgegebenen? oder geht die Kondemnation vornherein nur auf den Betrag der Deterioration? I. 3 §. 1 D. h. t. Für den Fall da die Sache (manuels custodia) zu Grunde oder verloren gegangen ist, ist Kondemnirbarkeit wegen Nichtrestitution buchstäblich begründet; bei bloßem Verlust (vgl. §. 278. 2) aber allenfalls nur gegen Kaution von Seite des Klägers (I. 13 pr. cf. I. 17 §. 5 D. h. t. u. oben Anm.). Auch muß die dem Kommodatar „obgelegene“ custodia unterlassen sein; gegen etwelche Gefahren ist custodia noch denkbar, wo sie sonst nicht obliegt, muß dann aber vom Kommodatar, damit sie ihm obliege, eigens übernommen sein (s. bes. I. 5 §. 5 in f. und überhaupt Anm. 17).

37) Prozessualisch wird er auch hier überall wegen „Nichtrestitution“ schuldig. Dieses versteht sich nach obigem (Anm. 36) von selbst in Fällen aquilischer culpa (wo mit der Kommodatsschuld eine Deliktsschuld konkurriert I. 18 §. 1 l. 7 §. 1 D. h. t.) und wo Kommodatar die Sache durch Unterlassung des ihm obliegenden Aufwandes schlechter werden oder zu Grunde gehen läßt (Text zu Anm. 27); es versteht sich aber auch für den Fall, da Kommodatar die Sache vertragswidrig gebraucht hat (Anm. 26); denn auch hier restituirt er nicht so, wie er restituiren sollte; die zur Restitution gelangende Sache ist eine mißbrauchte statt gebrauchte, hat ein anderes Schicksal (causa) hinter sich als sie haben sollte.

38) Hier wird der Kommodatar aus seinem Versprechen, nicht mehr durch Verschuldung schuldig, wenn der Zufall gleich ein solcher ist, daß ihm allenfalls durch custodia vorgebeugt werden konnte (Anm. 22). Im weiteren Sinne des Wortes nimmt man den Zufall auch durch Litiskonfession und Mora auf sich (vgl. unten Depositum §. 317 Anm. 51).

39) vgl. Anm. 28. — I. 18 §. 3 cit. — si sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est — wo die Schuldfälligkeit wieder durch Kondemnirbarkeit ausgedrückt ist — cf. I. 17 §. 3 cit. in f.

40) vgl. Anm. 29. — I. 17 §. 3 cit. — suscepta obligatio . . .

wenn der Kommodatar Auslagen macht, derentwegen der Kommodator haftet ⁴¹).

Hier und dort ist mit der Schuld auch *actio da, directa* oder *contraria* ⁴²), mit der *actio Kondemuirbarkeit*, welcher nur durch Restitution ⁴³) oder Praestation ⁴⁴) ausgewichen werden kann. Anstatt der Restitution kann auch einmal Cession einer Klage genügen ⁴⁵); oder Kommodatar braucht zuweilen die Nichtrestitution nicht zu praestiren bevor nicht ihm eine Klage cedirt ⁴⁶), oder cavirt ⁴⁷) wird. — Der Einwand von Gegenforderungen dagegen hält die Verbindlichkeit zur Restitution nicht auf, begründet also keinen Aufschub weder der Praestation wegen Nichtrestitution, noch der Kondemnation ⁴⁸). — Auf Seite des Kommodatars kann mit der Kommodatsschuld eine Deliktsschuld koncurriren ⁴⁹). — Mehrere Kommodatare haften in

converti (tar) in mutuas praestationes actionesque civiles — die anfängliche Haftung ist zum praestare oportere geworden, die Praestation zum Ausdruck der Schuld — arg. l. 21 pr. D. h. t. Als *furtum usus* wird diese Verschuldung nicht erachtet, so daß dem Kommodatar hiewegen nur *commodati a.* zusteht (l. 21 pr. cit.)

41) vgl. Num. 30. — l. 18 §. 2 D. h. t.

42) anstatt anderem denn auch lediglich *agi debere etc.* der Ausdruck für die Schuldfälligkeit z. B. l. 18 §. 2 eod.

43) vgl. die Formula Gaj. 4. 47

44) z. B. l. 3 §. 1 D. h. t.

45) wenn den Kommodatar die Schuld daß er nicht restituiren kann, nicht trifft, ihm aber auf Restitution gegen einen Dritten eine Klage zusteht: wie z. B. wenn ihm behufs Verpfändung geliehen ist, und er es an Entpfändung nicht hat fehlen lassen (*si a me culpa absit repignerandi*), *creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi adhuc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem* l. 5 §. 12 D. vgl. l. 3 C. h. t.

46) z. B. die *legis Aq. actio* gegen den Dritten, wenn dieses Schadens halber (*omissae custodiae causa?* Num. 20) der Kommodatar *commodati actione* belangbar ist: l. 7 §. 1 D. h. t.

47) z. B. l. 13 pr. D. h. t. — *si non apparentis rei nomine condemnentur* —

48) l. 4 C. h. t. l. ult. C. h. t. Unter dem praetextus debiti ist hier jedwede Schuld mithin auch die *ex eadem causa* begriffen; damit daß der Praetext auch einer solchen Schuld die Restitution nicht aufhalten soll, ist noch nicht gesagt, daß es ihrthalben auch nicht zur Kompensation oder Deduktion kommen soll: dann nämlich, wenn es wegen Nichtrestitution zur Kondemnation kommt. Beim depositum ist ausdrücklich alles — Kompensation, Deduktion, Retention (*exceptio doli*) — ausgeschlossen (l. 11 C. dep. 4, 34 cf. l. ult. C. comp. 4, 31. §. 30 J. act. 4, 6); hier dagegen nur *recusatio restitutionis* d. i. Retention; auch läßt l. 18 §. 4 D. h. t. das *jus pensationis* in allen Fällen bestehen, da *contrario judicio* geklagt werden kann.

49) z. B. *legis Aq. actio* (Num. 25); nach l. 18 §. 1 D. h. t.

mehrfachem Sinne solidarisch: solidarisch im Sinne der Ganzhaftung (§. 232 S. 71 Ab. 1 S. 70 II. 1), insoferne als die Haftung zur Verbindlichkeit wird und auf dieser bewendet; diese Verbindlichkeit (zur Rückgabe) trifft (wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes (§. 229 §. 223 I. 1) einen Jeden ganz, so daß insolange als sie überhaupt besteht⁵⁰⁾, gegen Jeden in solidum geklagt⁵¹⁾ werden kann⁵²⁾, Keiner vor gänzlicher Befriedigung des Gläubigers frei wird⁵³⁾, ein Jeder der sich weigern wollte, die Zurückgabe allein oder ganz zu bewirken, in Schuld (*contumacia non restituentis*) verfiel⁵⁴⁾, hinwider aber auch Jeder der eine mit Ausgaben verknüpfte Restitution allein besorgen müßte, gegen die Uebrigen regressberechtigt würde (§. 233 zu Anm. 18); — solidarisch im Sinne der Alleinhaftung (§. 232 II. 3 u. S. 71 Ab. 1), insoferne die Haftung in Schuld übergeht und sich als Schuld nur des

bestünde hier (wie bei *Dep.* und *pignus*) effektive Konkurrenz, derart daß schon mit Anstellung der einen Klage die andere erlöschete — *si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur*; nach I. 7 §. 1 eod. dagegen bestünde prinzipiell kumulative Konkurrenz und nur billigkeitshalber ein Anspruch des Beklagten, daß Kläger auf die andere Klage verzichte (*aequissimum est ut commodati agendo remittat actionem*) — was in Anbetracht des pönalen Charakters der *legis Aq. actio* (§. 9 J. de leg. Aq. 4. 3 l. 11 §. 2 in f. l. 23 §. 8 D. eod. 9, 2) innerlich begründet ist; daß dem Commodatkläger *legis Aq. actio* wenigstens auf das Plus bleibt, das diese *actio* gewähren kann, (I. 7 §. 1 cit.), ist dann ein Ueberrest der alten Konsequenz; — *actio furti* (I. 5 §. 8 cit. Anm. 12), welche kumulativ neben *actio comm.* bestanden haben muß, während *condictio furtiva* nur so weit als Kläger nicht schon mit der *actio commodati* entschädigt war —

50) d. h. nicht von dem Einen oder Anderen erfüllt, oder in eine Schuld des Einen oder Anderen oder Aller übergegangen ist —

51) ein Einwand daraus, daß er nicht allein hafte, nicht entnommen — eine Entschuldigung darin daß ihn die Anderen hindern, nicht gefunden werden kann.

52) §. 233 I. 1. C. insb. zu Anm. 17; auf diese Solidarität der Verbindlichkeit geht, zeuge der Motivierung aus Untheilbarkeit, I. 5 §. 15 D. h. t. Allerdings lenkt sie nachher auf eine andere Solidarität ab (*et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me praestare debere*); allein damit wird nur dem weiteren Einwande des Beklagten vorgebeugt: daß wenn er auch wegen Nichterfüllung seiner Restitutionsverbindlichkeit sollte schuldig gesprochen werden müssen, dies nur *pro parte* zu geschehen habe.

53) cf. I. 1 §. 43 D. dep. 16, 3 — *nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur*. Sie sind nur „*quodammodo duo rei*,“ nur *si alter conventus praestiterit, liberabit alterum* — I. 5 §. 25 cit. —

54) vgl. die §. 233 Anm. 21 citirten Worte der I. 33 §. 1 D. adm. tut. 26. 7.

Einen oder Anderen herausstellt, der dieselbe nun zwar allein⁵⁵⁾, aber ganz⁵⁶⁾ praestiren muß; leicht freilich ist die Verschuldung eine gemeinsame Aller oder Mehrerer, wessfalls dann wieder eine Solidarität, welche Ganzhaftung Aller oder Mehrerer ist, vorliegt⁵⁷⁾; daß um der Schuld eines Einzelnen willen Alle, wengleich Jeder nur pro parte, schuldig würden (Allhaftung — §. 232 II. 3 u. §. 71 A. 1), ist hier nicht der Fall⁵⁸⁾; wohl dagegen kann es auch hier billig werden, daß bei gemeinsamer Verschuldung Aller die gemeinsame Schuld in Brüche geht und insoferne Allhaftung (ohne Ganzhaftung) entsteht⁵⁹⁾. — Anders als die Haftung mehrerer Kommodatare gestaltet sich die der mehreren Erben des Einen Kommodatars. Ist diese Kommodatschaftung noch in der Person des Erblassers zur Kommodatschuld geworden (actio commodati ex facto defuncti begründet)⁶⁰⁾, dann vererbt diese Eine Schuld auf Alle, aber auf Jeden nur pro parte⁶¹⁾; es kommt zu keiner Solidarität, sondern zu Partialobligationen. War der Erblasser selbst zwar bereits restitutionspflichtig, aber noch nicht schuldfällig geworden, so greift eine Vererbung dieser Verbindlichkeit überhaupt nicht schlechthin, geschweige denn auf Alle, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Sache an die Erben gelangt, und nur in der Person desjenigen oder der-

55) Von den § 232 Anm. 6 cit. II. s. bef. I. 10 D. dep. 16, 3

56) vgl. I. 9 eod. I. 5 §. 25 D. h. t. — et dolum . . . in totum me praestare —

57) §. 233 zu Anm. 22 und arg. der hier oben in Anm. 52 aus I. 5 §. 15 gedruckten Worte. So z. B. würde das Abhandenkommen der Sache, das durch keine vis major entschuldiget, noch auf die Schuld eines Einzelnen zurückgeführt zu werden vermag (vgl. I. 13 pr. D. h. t.) als eine Schuld (custodiae omissio) Aller zu betrachten und von Jedem in solidum zu praestiren sein.

58) arg. I. 10 D. dep. 16, 3. Nec adversus coheredes ejus, qui dolo carent, actio competit.

59) vgl. I. 22 D. dep. 16, 3. vgl. §. 232 II. 2.

60) vgl. I. 17 §. 2 D. h. t.

61) arg. I. 3 §. 3 I. 17 §. 2 D. h. t. In I. 3 §. 3 cit. ist, damit Theilung platzgreife stillschweigend vorausgesetzt, daß der Erblasser selbst facultatem restituendi verschert hatte, also schuldfällig geworden war; liegt diese facultas restituendi zur Zeit der Vererbung noch vor, so wird von jetzt an jeder der mehreren Erben, der dieselbe hat und gleichwol nicht restituirt, aus eigener Schuld (ex suo facto — I. 17 §. 2), u. in solidum schuldig (I. §. 3).

jenigen platz, an die sie gelangt ⁶²⁾; — war der Erblasser selbst noch gar nicht restitutionspflichtig geworden, so entsteht die Frage, ob den Erben das Recht auf den etwa noch übrigen Gebrauch zustehe ⁶³⁾; restitutionspflichtig können sie selbst jedenfalls nur unter denselben Voraussetzungen werden wie der Erblasser. Daß Restitutionsmöglichkeit vorausgesetzt von den mehreren Erben jeder für sich und in solidum verschuldet und schuldig wird ⁶⁴⁾, ist ihnen mit den mehreren Kommodataren gemeinsam. Gleich dem Erben kann auch der Gewalthaber des Kommodatars in die Möglichkeit der Restitution und darnach eigener Verschuldung kommen, *de peculio* also auch wegen eigener Verschuldung, nicht bloß wegen einer des Kindes *zc.* belangbar werden ⁶⁵⁾.

Der Kommodatar hat dafür, daß er den Diebstahl praestiren muß, die *actio furti* (§. 268, *Ann.* 16). Mehreren Kommodataren steht diese Klage nach Art aktiver Korrealität zu ⁶⁶⁾.

§. 317.

D. depositi vel contra 16, 3 C. eod. 4, 34.

Haftungen, Verbindlichkeit, eventuell Schulden aus dem Depositum sind

1. regelmäßig nur da vorhanden, wo einer vom Anderen eine nicht ihm selbst gehörige Sache ¹⁾ unentgeltlich ²⁾ in

62) l. 3 §. 3 *cit.* — *nisi forte habuit facultatem totius rei restituendae, nec faciat.* — Es vererbt die Haftung für Restitution nur, wenn die Erben in die Lage kommen sollten restituieren zu können; eine Haftung dafür, daß sie sich in diese Lage versetzen, kann nicht vererben, da sie zuvor nicht da war.

63) Diese Frage wird, da das Kommodat zwar *ex officio* entspringt aber eine *obligatio* beiderseits erzeugt (l. 17 §. 3 D. h. t.), zu bejahen sein.

64) l. 17 §. 2 D. h. t.

65) So ist l. 3 §. 5 *cf.* §. 4 D. h. t. zu verstehen.

66) l. 5 §. 15 *in f.* D. h. t. — *ambobus competit furti actio: l. 6 eod. ut altero agente alterius actio contra furem tollatur.* Daß Beide *custodiam* vernachlässiget haben, ist vorausgesetzt und wenn dem Diebstahl überhaupt vorgebeugt werden konnte eher nothwendig als bloß gewöhnlich der Fall. Wird *commodati* ein Anderer belangt, als der sich *furti actione* gedeckt hat, so kann er, auf seine Gefahr, den Kläger ab- und an denjenigen verweisen der *furti agendo lucrum sensit ex re commodata.* (l. 7 *pr.* *eod.*); ein Regreß findet zwischen denen, welche aus eigener Schuld in *solidum* haftbar werden, nicht statt (§. 236. *Ann.* 25).

1) l. 15 D. h. t.

2) l. 1 §. 8 §. 9 l. 34 D. h. t.

Gewahrjam³⁾ übernimmt⁴⁾ oder übernehmen läßt⁵⁾, damit denn auch die Verbindlichkeit zur jederzeitigen Zurückgabe derselben Sache an den Deponenten oder an wen dieser will⁶⁾ eingeht⁷⁾ und Eigenthum und Besitz beim Deponenten läßt⁸⁾, also bloß in den Besitz des Letzteren gelangt⁹⁾. Allein ausnahmsweise, über die Grenzen des eigentlichen Depositums hinaus¹⁰⁾, ist auch da noch von Depositum die Rede (s. g. depositum irregulare) und depositi actio möglich, wo, Deponirung von Quantitäten vorausgesetzt, bloß in gleicher Quantität und Qualität (tantundem) zurückerstattet zu werden braucht¹¹⁾; nur muß, damit noch etwas vom Depositum übrig, und kein Darlehen da sei, der Anstoß zum Geschäfte vom Deponenten und dessen Bedürfniß ausgehen¹²⁾; der Uebergang von Besitz und Eigenthum, nebst dem hiemit verbundenen periculum, kann auch erst von dem Augenblicke da sein, da Depositum von der ihm ein-

3) l. 1 pr. D. h. t. — custodiendum datum — l. 6 eod. l. 7 C. h. t. — nicht perferendum (l. 1 §. 11 D. h. t.), tradendum (§. 12 eod.), recipiendum (§. 13 eod.)

4) vgl. § 315, 1.

5) gestaltet daß er, der apud alterum deponere jubet, selbst Depositum sein will, und der Andere für ihn detinirt: l. 1 §. 14 eod. — zum Unterschiede von einem Depositionsmandat — ibid.

6) l. 1 §. 33 l. 26 pr. D. h. t.

7) § 3 J. q. m. r. c. 3, 15 l. 2 pr. D. r. cr. 12, 1; zu jeder Zeit da Deponent will: l. 1 §. 22 D. h. t. — statim posse ... agere: hoc enim ipsum dolo facere eum quod repositenti rem non reddat. Vgl. Bd. 1 S. 402 zu Anm. 32.

8) l. 17 §. 1 D. h. t.

9) arg. l. 9 §. ult. D. r. cr. 12, 1 — animo enim coepit possidere.

10) vgl. die depositi notissimos terminos in l. 24 D. h. t. und den pecuniae depositae modus in l. 26 §. 1 eod.

11) l. 25 §. 1 l. 26 §. 1 D. h. t. l. 10 D. r. cr. 12, 1 l. 24 §. 2 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5 cf. l. 7 §. 2 D. h. t. l. 31 D. loc. 19. 2 Zu l. 24 D. h. t. Papin. ist (arg. l. 25 §. 1 eod. Papin.) diese Möglichkeit nicht negirt, sondern nur als quaestio hingestellt (in qua quaestione); das verzinsliche Depositum, das der Jurist am Ende zuläßt, ist nothwendig ein irreguläres. — Glück, Komm. B. XV §. 940 S. 161 A. G. F. Schmid, über das dep. irreg., Arch. f. civ. P. B. III. S. 80, 81 Mühlhäuser, dep irreg. 1879. S. 10 fg

12) vgl. z. B. l. 9 §. ult. D. r. cr. 12, 1 — qui mutuum rogavit, im Gegenseße zu l. 24 D. h. t. — qui beneficium in „suscepienda“ pecunia dedit — l. 26 §. 1 eod. „suscepi“ l. 24 eod. — quid est enim „commendare“ aliud quam deponere? — l. 28 eod. — XXV quos apud me esse voluisti — Mühlhäuser, S. 8 unten.

geräumten Verbrauchsbefugniß Gebrauch macht¹³⁾. Auch daß der Besitz beim Deponenten bleibe, ist nicht durchaus, beim depositum apud sequestrem nämlich dann nicht der Fall, wenn

13) Gemeiniglich nimmt man schlechthin sofortigen Uebergang von Eigenthum und periculum an (Puchta, P. S. 321 e. Arndts P. S. 286. Bng. S. 630. Seuffert, P. S. 317, 1. Unterholzner, Schuldverh. S. 660, 4. Windscheid S. 379 und nun auch Mühlhäuser a. a. O. S. 12). „Mit Unrecht sieht Brinz in diesem Fall (da das Eigenthum u. nicht sofort übergeht) den eigentlichen Fall des dep. irr.“ — (Windsch. a. a. O. Anm. 6); hier sei zunächst bloßes Depositum. Darauf, daß hier der eigentliche Fall des dep. irregulare vorliege, können wir nicht bestehen; dagegen darauf, daß hier überhaupt ein dep. irregulare und zwar von allem Anfange an bestehe, nicht erst von dem Verbrauch des Geldes u. an, wie W. annimmt, müssen wir beharren. So wenig z. B. da wo bei käuflicher Uebernahme einer Sache anstatt Zahlung des Preises Rückgabe der Sache erlaubt wird, noch emtio venditio da ist (arg. l. 17 §. 1 in f. D. praeser. v. 19, 5) trotzdem es nachher zur Zahlung des Preises kommt, so wenig kann wo statt der übernommenen Sache ein anderes zurückgeben vornherein gestattet wird, das eigentliche Depositum da sein; sonst würde der Begriff eines Kontraktes nicht von seinem Inhalte, sondern von seinem Erfolge, der Begriff des Depositums nicht von dem was in ihm ausgemacht oder intendirt, sondern von dem was nachmals der Empfänger beizubringen, abhängen. Die l. 1 §. 34 D. h. t. will nicht sagen, daß da wo mit dem Nachlaß ut si voluisses utaris deponitur wird, das regelmäßige Dep. vorliege (depositi teneberis), sondern nur, daß diese Klausel der sofortigen Verbindlichkeit (zur Rest.) oder Klagbarkeit nicht im Wege stehe (priusquam utaris. dep. teneris). Wird dem Uebernehmer von Geld auf dessen Bitte nachträglich der Verbrauch gestattet, dann war anfänglich ein bloßes Depositum, und ist nachträglich ein Darlehen da (l. 9 §. ult. D. r. cr. 12, 1); wird demselben der Verbrauch zwar vornherein, aber nur bedingt, und so gestattet, daß die Gestattung ein bedingtes Darlehen, also neben der Hinterlegung des Geldes ein zweites Geschäft ist, dann liegt zunächst abermals das eigentliche Depositum, und eventuell nachträglich ein Darlehen vor (l. 4 pr. D. r. cr. 12, 1) — gleichwie in dem angezogenen parallelen Fall zunächst eine venditio, und dann ein Darlehen; daß dagegen ein Depositum, das der Empfänger nach anfänglicher Kontraktbestimmung lediglich nach seinem Belieben so und so behandeln kann, noch ein reines Depositum sei, kommt nicht vor. Die l. 29 §. 1 D. h. t. geht auf unsere Frage nicht ein. Also kann namentlich in dem dritten Falle der l. 31 D. loc. 19, 2, wo gleichwie in l. 10 D. r. cr. und l. 1 §. 34 D. h. t. vornherein ausdrücklich Verbrauchsbefugniß gewährt wird (ut in simili re solvi possit — quod si ab initio cum deponerem, uti tibi, si voles permisero), kein reines Depositum vorliegen, so wenig als jetzt schon eine Kreditirung im e. S. (creditam non esse, antequam mota sit: quoniam debitum iri non est certum); hier haben wir denn ein dep. irregulare, in welchem Besitz, Eigenthum und Gefahr nicht sofort auf den Empfänger übergeht (arg. l. 21 cit — si ita datum esset „ut in simili re solvi possit“ conductorem culpam dumtaxat debere); Besitz und Eigenthum erlangt er erst durch Ausübung seiner Befugniß (vgl. l. 9 §. ult. D. r. cr. 12, 1 — animo enim coepit possidere). Eher könnte man zweifeln ob bei sofortigem Eigenthums- und Gefahr- Uebergang auch nur ein irregulare dep. vorliege: um deswillen weil hier sofort eine Kredit-

dieses *omittendae possessionis causa*¹⁴⁾ platz greift; greift es lediglich *custodiae* halber platz, dann bleibt der Besitz wo er ist¹⁵⁾. In diesen beiden Arten der vertragsmäßigen oder frei-

tirung e. S. vorliegt (l. 31 cit. — *ut ejusdem generis redderetur . . . in creditum iri — ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret*) allein der Begriff der Kreditirung ist weiter als der des Darlehens; trotz Kreditirung liegt hier (wegen mangelnder Rogation des Empfängers) noch immer kein Darlehen vor; die Deponirung ist nur noch irregulärer als im vorigen Falle; die Quellen sprechen auch in solchem Falle noch von *Depositum* und geben *actio depositi* (l. 31 cit. — *idem juris esse in deposito etc.* l. 25 §. 1 D. h. t. — *judicio depositi condemnandus* — l. 26 §. 1 eod. — *actione dep. peti possunt*; — in l. 24 §. 2 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5 l. 7 §. 2 D. h. t. wird dem *depositum irregulare* für den Fall der Zinsnahme nur das Privileg (vgl. §. 286 Anm. 74), nicht das Wesen eines excessiven *Depositum*s abgesprochen. Ob ein *dep. irregulare* mit sofortigem Uebergang von Eigenthum und Gefahr vorliege, hängt von der Intention der Kontrahenten ab; sie gilt als vorhanden, wenn ohne weiteres Rückgabe von *tantundem* ausgemacht ist (l. 25 §. 1 cit.), aber auch, wenn gar nichts ausgemacht, die betreffende Quantität unvergeschlossen u. hingegeben ist l. 31 cit. — *Si quis pecuniam ita deposuisset, ut neque clusam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere nisi tantundem pecuniae solveret; secundum quae videri triticum factum Saufeji* —); damit daß das *dep. irregulare* sofortige oder eventuelle Kreditirung und aber immerfort noch b. f. *negotium* ist, ward es dem Zinsgebilde zugänglich, während das eigentliche *Depositum* (weil keine Kreditirung) nur *Verzugszins*, das *mutuum* (als *st. j. negotium*) nicht einmal *Verzugszins* zuläßt oder zuließ (l. 24 Anm. l. 26 §. 1 l. 7 §. 2 D. h. t.). Verschieden von den *Verzugszinsen* aus dem *dep. regulare* (l. 24 l. 25 §. 1 l. 29 §. 1 (?) D. l. 2 C. h. t.), von den bedungenen aus dem *dep. irregulare* (l. 24 cit. in f. l. 26 §. 1 l. 7 §. 2 cit.), sind die *Gebrauchszins*e welche wegen unbefugten Gebrauchs aus dem *dep. regulare* schuldig werden: l. 3 l. 4 C. h. t. §. 244 Anm. 19.

14) damit inzwischen von den Deponenten keinem *usucapio* von statten gehe: l. 17 §. 1 in f. D. h. t.

15) l. 39 D. a. v. a. p. 41, 2 vgl. §. 139 zu Anm. 4. Nach l. 17 pr. §. 1 D. h. t. *Florentinus* würde der *Sequester* stets den Besitz erhalten (§. 1 — *nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet*). — , Verhinderung der *Usucapio*n für den einen wie den anderen Deponenten Zweck dieser Besitzübertragung (*si id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus accedat*), — endlich ein Streit über die zu *sequestrirende* Sache überall Anlaß dieser Deponirung sein (*pr. nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur*); statt dessen bezeichnet *Julian* die Unterbrechung der *Usucapio*n als Folge, nicht als Zweck der Besitzübertragung (l. 39 cit.), eben diese Besitzübertragung als eine Sache besonderer Beliebung und Erweisung l. cit.), und für den Fall, da sie stattfindet, als den Zweck der Deponirung *apud sequestrem*, im Gegensatz zu denjenigen Fällen, da die Sache *custodiae causa* beim *Sequester* deponirt wird (l. cit. : — *si omittendae possessionis causa . . . si custodiae causa deponatur*). Was den ersteren dieser zwei *Sequestrationszwecke* anlangt, so werden wir ihn wohl aus dem Eigenthums- und Besitzstreit (*uter possideat*) erklären müssen — als ein Aus-

willigen Sequestration ist stillschweigend inbegriffen, daß die Deponirung durch zwei oder mehrere Parteien gemeinschaftlich geschehen muß¹⁶⁾; ferner versteht sich, wenigstens bei der Deponirung welche possessionis omittendae causa geschieht, auch das von selbst, daß dereinst, es sei nun an diesen oder jenen, in solidum zu restituiren ist¹⁷⁾; endlich aber weicht, seinem Zweck und Anlaß entsprechend, das dep. apud. s. von anderen Deponirungen auch noch dadurch ab, daß die Verbindlichkeit zur Restitution hier nicht sofort (Num. 7), sondern nur sub conditione platzgreift¹⁸⁾. Doch können auch sonst besondere Umstände die Restitutionsverbindlichkeit oder Klagbarkeit aufschieben¹⁹⁾. — Was

Instrumente, mit welchem die Parteien in autonomer Uebereinkunft der magistratischen Vindiciertheilung (possessionis constitutio) in der rei vindicatio, der fructus licitatio im interd. utrubi (vgl. Bd. 1 S. 737 zu Num. 24 und Gaj. 4, 16) vorbeugen: darnach dürfte die possessionis omittendae causa, welche Julian als den Einen Sequestrationszweck setzt, mit dem Falle, welche Florentin als den Einzigen Sequestrationsfall bezeichnet, nämlich der Fall cum aliqua res in controversiam deducitur zusammenfallen, und Florentin von anderen Sequestrationsfällen entweder nichts gewußt, oder nichts gehalten haben, alle anderen aber in der custodiae causa begriffen sein. Derselbe andere Fälle sind der, wo zwar aus Anlaß eines Besitzstreites apud s. deponirt wird, allein nicht die im Streit befangene Sache selbst, sondern nur etwas darauf Bezügliches (instrumenta: l. 5 C. h. t. cf. l. 6 eod. l. 5 C. comm. utr.; 3, 38 im Gegensatz zu l. 17 pr. §. 1 l. 33 D. h. t. l. 9 §. 3 D. dol. mal. 4, 3), — wo die Deponenten nicht miteinander im Streit um die Sache, wohl aber in Gemeinschaft bezüglich der Sache sich befinden und einen (wenn auch nur körperlich) getrennten Besitz sich nicht zu gestatten trauen (condominium: l. 5 D. fam. herc. 10, 2 cf. l. 5 C. comm. utr. j.; 3, 38; — dos: Furcht vor Verschwendung des Mannes l. 22 §. 8 D. 24, 3. In diesem letzteren Falle jedoch bereits obrigkeitliche Sequestration, auf Anrufen des Interessenten vgl. l. 5 C. comm. utr. 3, 38 l. 10 D. fam. 10, 2 l. 5 §. 2 D. h. t. l. 1 §. 36 in f. §. 37. Die autonome Deponirung apud sequestrem geht von der obrigkeitlichen (necessaria) Sequestrirung aus und führt zu ihr zurück. Zur Geschichte der Seq. s. Muther, Sequestration u. Arrest im R. R. 1856; über die Seq. im heutigen Recht S. 112 Num. 53. Eine Anerkennung der Schwierigkeit bei Bekker, Besitzrecht, S. 180

16) quod a pluribus . . . custodiendum reddendumque traditur l. 6 l. 17 pr. D. h. t.

17) — quod a pluribus in solidum etc l. cit.

18) — quod a pluribus in solidum sub certa conditione custodiendum reddendumque traditur — l. cit. Die certa conditio, lex (l. 5 §. 2 cf. l. 6 C. h. t.) ist da wo streitshalber deponirt wird, der Sieg (auf Seite dessen der die Sache in solidum zurückfordert), außerdem etwa Endigung der Gemeinschaft oder anderweitiges Uebereinkommen: vgl. l. 5 C. l. 33 D. h. t.)

19) — quid enim si in provincia res sit, vel in horreis, quorum

2. die sofort mit der Deponirung vorhandenen Haftungen anlangt, so ist die

a. des Depositar's dem Gesagten zufolge regelmäßig eine für Restitution derselben Sache, nebst Zubehör ²⁰⁾, allein, trotzdem er ein custodiendum empfängt, nicht auch für custodia c. S. und überhaupt nicht für diligentia ²¹⁾, sondern nur für das dolum m. abesse und was dem gleich steht ²²⁾, es wäre denn ein anderes bedungen ²³⁾, oder durch Zudringlichkeit bei der Uebernahme begründet ²⁴⁾; für Restitution an einem Anderen als dem jeweiligen Lagerorte nur kraft Bedinges (locus certus) und auf Kosten des Deponenten ²⁵⁾, oder zwar nach Verlangen, aber wieder auf Kosten und Gefahr des Deponenten ²⁶⁾, oder sofern ein Ortswechsel durch Arglist des Depositar's selbst eingetreten ²⁷⁾, oder wenn ohne Verabredung eines gewissen Restitutionsortes apud sequestrem deponirt wird ²⁸⁾; für Restitution an denjenigen der aus dem Depositum forderungsberechtigt ist ²⁹⁾, dies jedoch mit Nachlaß zu Gunsten gewisser anderer Personen ³⁰⁾. Diese Haftung nimmt insoweit, als sie

aperiendorum conditionis tempore non sit facultas, vel conditio depositionis non extitit? l. 1 §. 22 D. h. t.

20) l. 1 §. 23 §. 24 D. h. t. — ne nuda res veniat — daß quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita . . (l. 1 §. 5 eod.), faun also nicht den Sinn haben, als ob Accessionen nicht mit zur Restitution kämen. Vgl. unten Anm. 59.

21) §. 269 zu Anm. 20 vgl. §. 267 Anm. 22. Ueber den Grund warum vgl. §. 267 Anm. 21 und dazu das deponi apud se pati in l. 15 D. h. t.

22) s. unten Anm.

23) l. 1 §. 6 §. 7 D. h. t.

24) l. 1 §. 35 eod. — Si se quis deposito obtulit . . ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos. Vgl. §. 267 Anm. 21 a. G.

25) l. 12 pr. cf. l. 5 §. 1 D. h. t.; §. 290. S. 452 Z. 5 fgg. S. 455 oben.

26) l. 12 §. 1 D. h. t.

27) restitui debet eo loco quo sine d. m. ejus est — l. 12 §. 1 cit.

28) hier apud Praetorem: l. 5 §. 1 D. h. t.

29) also gemeinglich an den Deponenten selbst, gleichviel ob er ein Recht auf die Sache hatte oder nicht (l. 1 §. 39 D. h. t. — Si praedo vel fur deposuerint . . recte depositi acturos —), dessen Erben (l. 14 pr. eod.) und sonstige Rechtsnachfolger (l. 1 §. 19 l. 31 pr. eod. — is deportatus est).

30) l. solcher, die Deponenten, aber nicht forderungsberechtigt sind (servi, ff.); an sie darf Depositar zurückgeben, so lange der Forderungs-

wegen dolus malus und was ihm gleich steht verstrickt, der deliktweise Unmündige gleich dem Mündigen auf sich ³¹); den Gewalthaber trifft sie adjektivisch sowohl in Ansehung des eigenen als des fremden Dolus ³²); selbsteigene Empfangnahme ist zur Begründung derselben nicht nothwendig ³³); —

b. des Deponenten: eine für Schadloshaltung des Depositors ³⁴), soferne dessen Auslagen nicht durch gewisse Vortheile kompensirt sind ³⁵); — für Redlichkeit bei der Deponirung selbst ³⁶).

3. Die Haftung des Depositors für Restitution ³⁷) ist sofort auch schon Verbindlichkeit (klagbar): nicht in dem Sinne, als ob Depositor schuldig werde, wenn er das Empfangene nicht

berechtigte nicht verbietet (l. 11 D. h. t.); 2. solcher die weder Deponenten, noch aus dem Depositum forderungsberechtiget, aber vom Deponenten befohlene Eigenthümer sind; an diese soll Depositor, wenn sie sich vor dem Deponenten melden, hinausgeben (l. 31 §. 1 D. h. t.). Bei sonstiger Einsprache berechtigter Dritter brauchte der Depositor vordem nur gegen cautio defensum iri zu restituiren (l. 11 in f. C. h. t.); neuestens sind solche Einsprachen untersagt, und der Dritte an den in den Besitz zurückgelangten Deponenten (depositor possidens) verwiesen (Auth. zu l. 11 cit.)

31) l. 1 §. 15 D. h. t. Bd. 1 S. 189 oben. Der Sklave, welcher sich kontraktlich nicht klagbar obligiren kann (§. 220 S. 46), ist auch nach seiner Freilassung und trotzdem er sich dolum malum zu Schulden kommen ließ und aus Delikten civiliter obligirt wird, aus dem Depositum nicht belangbar: l. 1 §. 18 eod. Daß es der Haussohn ist (l. 1 §. 42 eod.) versteht sich obenhin (§. 220 S. 46)

32) l. 1 §. 42 eod. — nach der Emancipation übrigens nicht einmal mehr intra annum: l. 1 §. 21 eod.

33) Ann. 5. — Si . . jusseris apud libertum tuum deponere . . Si tuo nomine h. e. quasi te custodituro . . tecum depositi esse actionem — im Gegensatze zu dem Falle da man ein Mandat im Sinne eines Kreditmandates (ut periculo tuo apud eum deponam) zur Deponirung bei einem Dritten ertheilt oder für solche Bürgschaft leistet: l. 1 §. 14 l. 30 D. h. t.

34) l. 5 pr. D. h. t. — de indemnitate ejus, qui depositum accepit (agitur judicio contrario) l. 12 pr. l. 23 eod. wo restituto statt constituto zu lesen, und das Komma nach nomine zu streichen ist.)

35) Verköstigung des deponirten und aber zur Arbeit für den Depositor verhaltenen Sklaven: l. 1 §. 9 in f. D. h. t. — si vero nihil aliud quam cibaria praestabat, nec de operis (die da wirklich geleistet wurden) quicquam convenit, depositi (nicht etwa praeser. v. oder gar locati s. conducti) actio est. Ein Argument für Kompensation in dem vorhergehenden: si operae ejus servi cum custodia pensabantur — ferner in l. 18 §. 2 D. commod. 13, 6 — cibariorum impensae naturali sc. ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset —

36) dieses nach der Natur des Dep. als bf. negotium. und nach Analogie des Commodats (§. 316 Ann. 28). —

37) — de ea re quam accepit restituenda tenetur — §. 3 J. q. m. r. c. 3, 15

sofort wieder zurückgibt, sondern in dem, daß er (von Entschuldigungsgründen und Bedingungen abgesehen) schuldig wird, wenn er auf Verlangen des Deponenten nicht zurückgibt³⁸⁾. Man kann fragen ob er vorher und wider den Willen des Deponenten auch nur restituiren dürfe³⁹⁾ und wird antworten müssen, daß er es nicht schlechthin darf⁴⁰⁾; der Freundesdienst (*officium*), den der Depositar übernimmt⁴¹⁾, darf zwar nicht nach Belieben des Deponenten ausgebeutet, aber gleich dem des Mandatars (§. 334) auch nicht unzeitig gekündet werden⁴²⁾. Weder der Umstand aber, daß Depositar nicht stets ohne weiteres restituiren muß, noch der daß er nicht stets zu jeder Zeit restituiren darf, schließt das Dasein der Restitutions-Verbindlichkeit vom ersten Momente der Deponirung an aus: genug, daß Deponent von diesem Augenblicke an fordern darf; damit ist auch sofort *actio nata* vorhanden; ohne klagen zu können, könnte er auch nicht fordern⁴³⁾. Das „sofort restituiren müssen“ ist denn auch etwas dem Depositum eigenes⁴⁴⁾, kann durch keinen dies beseitiget werden⁴⁵⁾, bleibt auch für das irreguläre

38) l. 1 §. 22 D. h. t. — *eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscipit, quod repositenti rem non reddat* —

39) ob also nicht im Gegensatz zum Kommodatar, der eine gewisse Zeit hindurch die Sache behalten darf (§. 316 Anm. 29 40.), der Depositar die Sache eine gewisse Zeit hindurch behalten muß —

40) nach Maßgabe dessen, was gegen den Sequester gilt: — *plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscipit, contra legem depositionis deponere, nisi justissima causa interveniente* — l. 5 §. 2 D. h. t. Allerdings ist hier eine *lex depositionis* (*conditio* — Anm. 18) wie sie beim gemeinen Depositum nicht ist; allein in b. f. negotio gibt es auch stillschweigende *leges* (§. 225, 1).

41) der des gemeinen Depositar's ist nicht mind' *officium* als der des Sequesters (l. 5 §. 2 cit.) ein *fidei ejus commissum* (l. 1 pr. §. 4 l. 5 pr. D. h. t.) —

42) Schon nach den Grundsätzen der *mora creditoris* darf dem Deponenten nicht überall und jederzeit restituirt werden (§. 275 z. 311 §. 274 Anm. 4—12; die *bona fides* dieses Kontraktes kann aber, je nach Umständen, leicht mehr fordern als bloß schicklichen Ort und schickliche Stunde.

43) vgl. Bd. 1 §. 114 Bd. 2 §. 272 zu Anm. 3. 8.

44) vgl. oben §. 315, 2.

45) so namentlich nicht durch das Gedinge „*ut post mortem tuam reddas*“ oder „*ut post mortem meam reddas*“ — *possum enim mutare voluntatem et ante . . . repetere: l. 1 §. 45 §. 46 D. h. t.* Jedes derartige Gedinge, wenn es den Deponenten binden soll, machte das Depositum zu einem Gegenstande des Interesses für den Depositar, also zu dem

Depositum aufrecht ⁴⁶⁾, kann ohne daß daraus ein besonderes Depositumgebilde würde, das depositum apud sequestrem nämlich, nicht ausgeschlossen werden, und führt endlich selbst zur Ausschließung jedweder Retentions- und Kompensationseinrede ⁴⁷⁾.

4. Die Haftungen werden zu Schulden

a. seitens des Depositors: wenn er sich etwas wofür er haftet, zu Schulden kommen läßt (Verschuldung); also seine Verbindlichkeit zur Rückgabe trotz Anforderung geßfentlich d. i. der vorhandenen facultas restituendi ungeachtet nicht erfüllt ⁴⁸⁾; durch dolus malus, oder culpa lata, abstrakte oder konkrete, die Sache zu Schaden bringt oder in Verlust gerathen läßt ⁴⁹⁾; —

was es nicht ist und nicht sein darf: l. 5 §. 2 D. commod. 13, 6 l. 1 §. 5 D. o. e. a. 44, 7 cf. l. 1 §. 9 D. h. t.

46) l. 1 §. 34 D. h. t.

47) l. 11 C. h. t. — reddere illico modis omnibus compellatur nullaque compensationem vel deductionem vel exceptionem doli opponat. — Ausschließung der Kompensation zc. ist einer aus den modis omnibus —

48) l. 1 §. 21 D. h. t. — si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te, nisi restituas, quia res apud te est — eine Art des dolus (contumacia), welche von dem dolus m. e. S. ebendasselbst ausdrücklich unterschieden wird: tunc enim quaerendum an dolo m. feceris, cum rem non habes. Erster Fall der fides rupta, mit iusjurandum in litem (l. 5 pr. l. 1 §. 26 D. h. t. vgl. §. 281 d.) Im Uebrigen ist das zum Commodat §. 316 Anm. 35 Bemerkte auch hieher zu beziehen. — Wäre der Depositor Sequester, so würde vor Eintritt der conditio dieses Depositums die Restitutionsverbindlichkeit selbst noch nicht da sein (l. 1 §. 22 in fin. D. h. t.)

49) Prozeßualisch heißt auch diese Verschuldung überall „Nichtrestitution:“ l. 1 §. 16 D. h. t. Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse. Wie das non redditum aber durch interpretatio einerseits erweitert wurde, ward es anderseits verengt, indem der Depositor nicht überall wo „nicht restituirt wurde“ für schuldjällig (condemnirbar) erachtet ward, sondern (von Bedingungen, Mora und Litiskonfestation abgesehen — Anm. 52, 53) nur da wo er trotz facultas restituendi nicht restituirte (Anm. 50), die Restitution auch nicht etwa aus gerechtem Zweifel an der Legitimation des Postulanten verweigert (l. 13 pr. D. h. t.), oder durch dolus malus bewirkt hatte, daß er nicht oder nicht vollständig restituiren konnte. Diesem dolus malus ist aber die culpa lata jeder Art insonderheit auch hier gleichgestellt; daß namentlich der dolus qui solus in depositum venit (l. 1 §. 10 in f. §. 47 D. h. t.) nur im Gegensatz zur „culpa“ d. i. zur culpa levis (vgl. §. 266 Anm. 10), nicht mit Ausschluß der culpa lata zu verstehen sei, beweist nicht nur das dolo proximum in l. 7 pr. D. h. t., sondern direkt l. 1 C. u. l. 32 D. h. t.; daß endlich

wenn ein Praestationsfall den er durch Gedinge auf sich genommen hat, eingetroffen: die Sache also durch freiwillig übernommenen Raus oder leichteren Schuldfall zu Grunde gegangen oder geschädiget ist⁵⁰⁾ —

wenn ein Praestationsfall derselben Art durch Litiskontestation oder Mora eingetreten ist⁵¹⁾; —

b. seitens des Deponenten: wenn Depositar durch Unredlichkeit des Deponenten, zu Schaden kommt, oder Auslagen hat, die diesem obliegen⁵²⁾.

Mit der Verbindlichkeit und mit den Schulden sind auch Klagen da, mit ersterer *actio depositi directa*, mit letzteren *actio depositi theils directa, theils contraria*, mit letzteren aber auch *condictio*⁵³⁾; insonderheit mit der *actio depositi*

die *culpa lata in coner.* der *culpa l. in abstr.* auch hicher gleich sehe, zeigt dieselbe l. 32 *Culpa levis* also, von der man nicht sagen kann, daß Depositar sie sich in eigener Sache nicht zu schulden kommen lasse, wird entschuldigt, umso mehr jede Restitut unsunmöglichkeit an der derselbe nicht schuld ist (l. 1 §. 22 D. h. t.) Das Verlieren kann *levis culpa* (l. 20 eod.), Weiterdeponirung berechtigt l. 16 eod.), Veräußerung oder Restitution an einen Nichtberechtigten entschuldbar sein (l. 1 §. ult. — l. 4 l. 1 §. 32 eod.); Verlassung dagegen dessen was man eingesperrt halten sollte, ist Vernachlässigung der übernommenen *custodia* und macht schuldjählig, wenngleich sie aus Mitleid geschah (l. 7 pr. D. h. t.); ähnlich die Veröffentlichung dessen was man geheim halten mußte (l. 1 §. 38 eod.); ist einmal *bona fides* verletzt, so fragt man nicht mehr ob die Schuld klein oder groß sei (l. 11 eod.)

50) l. 1 §. 35 l. 1 §. 6 §. 7 D. l. 1 C. h. t. Dem ausdrücklichen Versprechen der Praestation der *levis culpa* gleich steht das Einzubringen zur Uebernahme des Depositum; aber nur Uebernahme der *levis culpa*, nicht auch des *casus* schließt dasselbe in sich: l. 1 §. 35 D. h. t.

51) durch Litisk.: l. 12 §. 3 l. 1 §. 20 D. h. t.; durch Mora: §. 273. l. 2. Daß durch diese beiden Faktoren sich die Haftung namentlich auch auf *levis culpa* erstreckt, erhellt a potiori und aus §. 100. 3. §. 273. l. 1. Voraussetzung des *casus periculum* aus Litisk. in, daß die Restitutionsmöglichkeit damals vorlag (l. 12 §. 3); daß natürlicher Tod den Verklagten nicht trifft *cum interitura esset ea res etsi restituta esset actori* (l. 14 §. 1 D. h. t.), ist nichts Besonderes (§. 273 zu Num. 5. 6. §. 100. 3. a.).

52) s. oben

53) heißt es l. 13 §. 1 D. h. t. *non enim quemquam hoc ipso quod depositum accipiat, condictione obligari verum quod dolum malum admiserit* — so ist damit ausgesprochen, daß mit dem Depositum an sich noch keine Schuld da sei, und bei bloßer Verbindlichkeit, geschweige denn Haftung, nicht kondizirt werden könne. Daß dagegen nur wenn die Schuld durch Verschuldung bewirkt wird *condictio* da sei, wird nicht gemeint sein; vielmehr dürfte der Hauptfall statt aller stehen. Ohnehin ist der Jurist mit *directa actio* befaßt.

directa können auch actio ad exhibendum, in rem vindictio, actio furti und condictio furtiva konkurriren⁵⁴). Zur depositi actio ist selbst der Haussohn zugelassen⁵⁵); als b. f. actio geht sie wenn directa nicht bloß auf (nuda) res, sondern auch auf causa rei⁵⁶), auf letztere jedoch nicht selbständig⁵⁷). Vererbung greift diesseits wie jenseits platz⁵⁸), seitens des Depositarers sowohl die Haftung und Verbindlichkeit des Defuncten⁵⁹), als dessen bereits eingetretene Schuld⁶⁰). Die Solidarität der Obligation kommt hier wie beim Commodate (S. 599) in allen ihren Varietäten (§. 232) vor: auf passiver Seite in den Phasen der Haftung, Verbindlichkeit und Schuld, sowohl wegen Untheilbarkeit des Inhalts⁶¹),

54) l. 1 C. l. 29 l. 33 D. h. t.

55) l. 19 D. h. t. vgl. Bd. 1 §. 73 Anm. 2.

56) l. 1 §. 23 §. 24 D. h. t. Vgl. oben Anm. 22 §. 316 Anm. 16; §. 281 S. 344 Abf. 2 bis S. 347.

57) Vielleicht geht hierauf der Satz: Quae depositis rebus accedunt non sunt deposita — l. 1 §. 5 D. h. t. Vgl. übrigens §. 244 zu Anm. 6 u. S. 117 folg.; die Dinge, welche depositis rebus accedunt, sind keine Accession im Sinn einer Dargegabe, Zwang; ob aber nicht Fortinenz?

58) l. 1 §. 19. l. 25; l. 1 §. 37 D. h. t.

59) so daß der Erbe durch eigene Kontumaz und Schuld noch schuldig werden kann: l. 9 l. 10 l. 22 l. 1 §. 43 §. 47 D. h. t.; — beides jedoch nur unter der Voraussetzung der facultas restituendi (vgl. §. 316 Anm. 62).

60) l. 7 §. 1 eod.

61) Der Inhalt der Verbindlichkeit, die Restitution, wird im großen Ganzen als untheilbar betrachtet (— nisi integrae rei restitutione . . liberari non posse — l. 22 D. h. t.); folgerecht muß von den mehreren Depositarern oder den mehreren Erben des Depositarers ein jeder ganz restituieren, wenn er nicht schuldig werden soll; daß auch wahlweise gegen jeden einzeln in solidum geklagt werden kann, wäre nicht notwendig (§. 233 I. 1 S. 71), ist aber angenommen (l. 1 §. 43 D. h. t.). Uebrigens kann es kommen, daß von den mehreren Depositarern einer oder der andere von seiner Verbindlichkeit ohne Restitution frei wird (ohne Schuld die facultas restituendi verliert — cf. l. 20 D. h. t.), oder daß die Restitutionsverbindlichkeit vererbt und von den mehreren Erben dieser oder jener gar nicht in den Besitz gelangt (Anm. 59), oder daß sie das numero theilbare Depositum (Geld) unter sich vertheilt haben; dort bleibt die Klage nur gegen den Besitzer übrig; hier ist, sofern alle solvent sind, Einrede der Theilung gestattet (l. 22 cit. — Nam si dividerint decem millia etc.) — Der Inhalt der Schuld ist insoferne sie auf Praestacion in Geld geht, theilbar und wird, wenn einmal verschuldet, dann auch nur zu Theilen vererbt (l. 7 §. 1 D. h. t.); der Theilbarkeit unter den mehreren Depositarern selbst dagegen tritt die Untheilbarkeit des Grundes der Schuld (der Verschuldung) entgegen (Anm. 62). bezüglich der Erben s. Anm. 62. a. C.

wie wegen Untheilbarkeit des Grundes⁶²⁾; als eine im Singularis⁶³⁾ und eine im Pluralis⁶⁴⁾; als Ganz-, Allein- und gewissermaßen auch Allhaftung⁶⁵⁾; als volle und halbe Solidarität⁶⁶⁾; auf aktiver Seite kommt der Satz, daß aus der Untheilbarkeit der Leistung (Restitution) nicht auch schon das Recht zur selbständigen Geltendmachung der Forderung auf das Ganze für jeden Einzelnen folgt (§. 233. I. 1.), zur mannigfachen Anwendung⁶⁷⁾. Korrealität ist all diese Solidarität nirgends ohne besonderes dahin zielendes Gedinge⁶⁸⁾. — Die Verschuldung des Depositors, welche auf dolus oder culpa lata beruht, ist Treubruch⁶⁹⁾, der durch jus jurandum in litem⁷⁰⁾, allenfalls durch

62) Was die mehreren Depositare durch gemeinsamen Dolus verbrechen, praestiren sie solidarisch: *adversus unumquemque eorum agi poterit; nec liberabitur alter si cum altero agitur; non enim electione sed solutione liberantur etc.* l. 1 §. 43 cit.; was mehrere Erben des Einen Depositors derart verbrechen, geht nur unter besonderen Umständen (*si dividerint X millia*), und nur unter der Voraussetzung allseitiger Solvenz in Theile: l. 22 D. h. t.

63) indem nisi pro solido res non potest restitui (l. 22 cit.) mithin der Eine Depositor nur ganz oder gar nicht restituiren kann.

64) mehrerer Depositare, mehrerer Erben des Depositors (Ann. 60—62)

65) Ganzhaftung in den Fällen, da von Mehreren Jeder das Ganze restituiren, oder praestiren muß (Ann. 61. 62); — Alleinhaltung, insoferne von Mehreren Jeder nur für seine eigene Schuld aufzukommen hat, und im gegebenen Falle nur Einer dolo oder culpa lata verbrochen hat (— *solus in solidum tenetur.* l. 1 §. 43 in f. l. 9 l. 10 D. h. t.); — Allhaftung, insoferne als bei mehreren Erben auch wenn sie facultatem restituendi haben, die Kondemnation doch gegen Jeden der belangt wird, nur auf einen Theil gehen soll (l. 22 in f. D. h. t.).

66) Halbe Solidarität liegt in dem soeben erwähnten Falle vor.

67) Man läßt zwar Jeden für sich klagen, sorgt aber für die Andern wenn das Restitutionsobjekt theilbar ist, durch Theilung l. 1 §. 36 D. h. t., wenn es untheilbar ist, durch Kautio oder Sequestration l. 1 §. 36 §. 37 eod., dieses selbst dann wenn die Majorität zurückverlangt (l. 14 pr. eod.). l. 81 §. 1 D. solut. 46, 3 empfiehlt, wo es ohne Klage und ohne daß alle Berechtigte erscheinen zur Restitution kommen soll, den Praetor, will übrigens auch denjenigen nicht verurtheilen, der sine Praetore, wenn nur sine dolo malo restituirt. Für den Fall daß das Restitutionsobjekt zwar theilbar, aber versiegelt ist, darf die Eröffnung (behufs Theilung) nur vor Gericht oder ehrbaren Personen geschehen (l. 1 §. 36 cit.). Dies und weiteres §. 283. l. 1. a. — Auffallend ist l. 1 §. 31 eod. wornach in Einem Falle — wenn der servus communis duorum (rem communem?) deponirt hatte — sogar Theilung der actio platzgreifen sollte (*unicuique dominorum in partem competit depositi actio*). Ob aber pars hier nicht in bloßer Rücksicht auf Praestation und Kondemnation gemeint ist? cf. §. 27 eod.

68) S. besonders l. 1 §. 43 D. h. t. und §. 254, 1 bes. Ann. 1 u. 3.

69) *fidem frangere, perfidiae crimen* l. 1 §. 4 D. h. t. vgl. Ann. 48.

70) Ann. 48.

Verurtheilung in das Doppelte⁷¹⁾, und, vorausgesetzt nur, daß man die Verurtheilung in eigenem Namen erleidet, durch Infamie geahndet wird⁷²⁾. Die Verschuldung begründet eine Schuld⁷³⁾, von welcher sich Depositar durch Restitution oder einen Pakt befreien muß, wenn er Absolution erlangen will; ein Rufuß nach eingetretener Veruntreuung befreit ihn nicht mehr⁷⁴⁾. Anstatt Restitution der Sache selbst kann auch hier Herausgabe dessen was man anstatt derselben in Händen hat genügen⁷⁵⁾; umgekehrt ist unter Umständen noch nicht restituirt, trotzdem die Sache selbst cum omni causa restituirt ist⁷⁶⁾.

Manches aus diesem Quellendetail ist nur für das Depositum ausgesprochen, gilt aber auch für das Commodatum und umgekehrt.

§. 318.

D. de pignoratitia actione 13. 7 C. eod. 4.24.

1. Unter dem Pfandkontrakt denkt man hier nicht an die Kontrahirung der rei (pignoris) obligatio (§. 213), sondern an die in der Verpfändung unterlaufende Kontrahirung persönlicher Obligationen zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger. Das Aufkommen dieser persönlichen DD. ist von dem der rei obligatio unabhängig¹⁾; auch daß der Kontrakt ein Real-

71) wenn nicht ex voluntate, sondern ex necessitate, und zwar in der Noth des Aufzuhres, von Brand, Einsturz, Schiffbruch deponirt worden (s. g. dep. miserabile) und gegen den Thäter selbst geklagt ist. Der selbst nicht schuldige Erbe haftet bloß auf das Einfache und ein Jahr: l. 1 §. 1 — §. 4 l. 18 D. h. t. Andere Fälle, z. B. Ueberschwemmung können nicht ausgeschlossen sein.

72) l. 10 C. h. t. l. 1. D. de his qui inf. 3, 2 vgl. Bb. 1 § 54 Anm. 33. Also brauchte für den Depositar nur ein Defensor einzutreten, um Jenen vor Infamie zu bewahren?

73) Vgl. das incidit in obligationem l. 81 §. 1 D. solut. 46, 3 und dazu §. 314 Anm. 1.

74) etiamsi sine dolo malo postea perierit (die dolo m. verkaufte, dann behufs Restitution wiedergekaufte Sache), teneri te depositi, quia semel dolo fecisti cum venderes. l. 1 §. 25 D. h. t.

75) Herausgabe des Preises oder der Klage auf den Preis, wenn man unschuldig verkauft hat, und nicht in der Lage ist zurückkaufen zu können. l. 1 §. 47 — l. 4 pr. D. h. t.

76) Dies dann, wenn sich Depositar nur gegen Bezahlung zur Restitution hat bewegen lassen, und also immer noch dep. actio zuständig ist: l. 34 D. h. t.

1) arg. l. 9. §. 4 l. 11 §. 2 l. 22 pr. §. 2 l. 32 D. h. t. Derenburg,

(Faustpfand-) Kontrakt sei, ist schon nach römischem Recht nicht nothwendig²⁾. Darnach ist auch gleichgiltig, was verpfändet sei:

b. Pfandr. nach den Grundf. des heutigen r. R's §. 16 Abs. 3: „es genügt, daß der eine Theil eine Sache als Pfand gab, der andere sie in dieser Qualität annahm; es ist . . . keineswegs gefordert, daß sich in der Rechtswelt ein Pfandrechth objektivire.“ Dies gilt selbst von dem Falle, da das Pfandrechth durch Eigenthum des Gläubigers an der Pfandsache ausgeschlossen ist: l. 45 D. r. j. 50, 17 cf. l. 29 D. h. t. Dernburg. §. 16 Anm. 7. „— bleibt jedenfalls actio contr. bestehen;“ s. dagegen Keller §. 312 zu Anm. 2. Ein hieher gehöriger Fall war auch der Verpfändung an den Procurator oder Tutor des Gläubigers, da Pfandrechth weder für diesen noch für jenen entstand, wohl aber pign. actio dir. gegen jene: l. 11 §. 6 D. h. t.

2) Vgl. Dernburg a. a. D. S. 140 fgg. Scheurl, M. Viertelj. II. S. 441 unten, Stölzel, z. L. vom Faustpfand, Arch. f. civ. P. Bd. 45, 11. S. 263 II. Arndts, §. 288 zu Anm. 2, Windscheid §. 381 zu Anm. 4.). Hätte man bloß Digesten und Röder vor sich, so käme man kaum auf den Gedanken, daß pigneratitia actio directa und contraria nicht ebenso wohl aus hypothekarischer als aus Faustpfand-Verpfändung entspringen (s. namentlich l. 1 pr. l. 11 §. 5. l. 16 §. 1 l. 36 §. 1 D. l. 7 C. h. t. l. 34 cf. l. 33 D. damn. inf. 39 2. und dazu Stölzel, S. 367—369); nur die Institutionen §. 4. cit. welche den Pfandgläubiger in einer Reihe mit dem Depositar und Kommodatar als re obligirt hinstellen, sowie der Grundsatz, daß aus einem nudum pactum von gewissen Ausnahmen abgesehen keine (persönlichen) Obligationen entspringen, hat zu der Annahme führen können, daß aus dem hypothekarischen Pfandkontrakte an sich keine (Puchta P. §. 320 ab init. u. not. h.) nur utiliter (z. B. Puchta a. a. D., Keller P. §. 312 a. G.) oder doch nur nach Erlangung des Besitzes directae (directa und contraria) pign. actiones entspringen können (Sintenis, prakt. gem. Civilr. §. 71 zu Anm. 16 Schmid, Grundl. der Cession S. 80. Weitere Literatur zu diesen verschiedenen Ansichten s. Stölzel S. 376—377; S. 379—385.) Indessen ragt unter den persönlichen pigneratizischen D. die Verbindlichkeit des Gläubigers (zur Restitution) hervor (vgl. Keller a. a. D., u. s. oben §. 315 Anm. 11); diese ist freilich nur re kontrahirbar, leicht sie u. directa p. a., dem Institutionenverfasser vor Augen, zumal er nur sagt, daß Gläubiger re obligirt werde, nicht abspricht, daß er und der Verpfänder auch ohne res obligirt werden können (vgl. Stölzel S. 379 Abs. 1); bloße Haftungen möchten beiderseits ohne res denkbar sein. Ließen Kommodat und Depositum ohne Hingabe sich überhaupt denken, so würden wir wahrscheinlich bei ihnen dieselbe Erscheinung haben wie beim pignus: neben einer re zu begründenden Verbindlichkeit hin und her auch ohne die res Haftungen; denn diese Geschäfte sind bonae fidei negotia, deren obligatorische Wirkung zeuge der emptio venditio zc. an und für sich mehr als nudam conventionem nicht fordert, und nur soweit dies naturnothwendig ist, rem voraussetzt; das pignus hat rem nicht nothwendig (l. 1 pr. D. h. t.), und darum mögen denn gleich der rei obligatio auch die persönlichen Obligationen (Haftungen) nuda conventiono begründet werden. So halten auch wir (vgl. Stölzel S. 386) die Statthaltigkeit der pign. aa. bei der Hypothek nicht erst für ein Produkt späterer Entwicklung (Dernburg, Scheurl, Windscheid a. a. D.), wiewohl wir in ihrer Erklärung von Stölzel (S. 370 fg.) abweichen, und auch unsere frühere (auch Scheurl'sche) Erklärung (1. Aufl. der Pandd. S. 315) nicht mehr aufrechterhalten können (S. gegen dieselbe Windscheid a. a. D. Anm. 4.). Einer Abänderung der Formel für Forderungen aus hypoth.

ob eine körperliche oder unkörperliche³⁾, ob eine bis dahin freie oder eine bereits verpfändete Sache⁴⁾ — gleichgiltig, mit was für Worten verpfändet sei, wenn nur eine Verpfändung vorliegt⁵⁾ — genügend endlich, daß „pignus kontrahirt“ ist, gleichviel ob dies durch Vertrag oder Testament⁶⁾, ob durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Pfandkontrakt⁷⁾, ja selbst ob durch die Parteien oder an ihrer Statt durch den Richter⁸⁾, ob durch die Macht des Eigenthümers oder die der Magistra-

Verpfändung bedurfte es nicht, wenn die *demonstratio* der *pign. in pers. actio* gleich auf „*pignori dare*“ ging; im weiteren Sinne des Wortes war auch die Hypothek ein *pignus* und *pignori dare* (vgl. l. 9 §. 2 mit l. 1 pr. D. h. t. l. 15 D. *pign.* 20, 1 — *hypothecae dare* und dieses synonym mit *pignori dare* in l. 16 §. 1 eod. (vgl. Dernburg Ann. 11). Ältere Autoritäten für die hier vertretene Ansicht s. bei Dernburg Ann. 12 u. Stölzel S. 379 fgg.). Keinen haltbaren Beleg hat die oben erwähnte *utilis pign. actio*; „denn in l. 34 D. *damn. inf.* 39, 2 ist von keiner *utilis*, in l. 27 D. *pign.* 20, 1 von keiner *pigneratitia*, in l. 5 §. 21 D. *ut in poss. legat.* 36, 4 zwar von einer *utilis pign. actio*, aber weder von Hypothek noch Faustpfand die Rede“ (meine *Pandb.* 1. Aufl. S. 315, vgl. Stölzel S. 384 oben).

3) vgl. l. 16 §. 2 — l. 18 §. 1 D. h. t. insb. *pignus nominis*: l. 18 pr. eod.

4) insonderheit *subpignus*: l. 2 C. *si pignus pignori datum sit* 8, 23 — wozu zu unterscheiden die vom Gläubiger mit Willen des Schuldners verpfändete Sache dieses letzteren in l. 27 D. h. t.

5) l. 33 D. h. t. — *potest pign. actione uti ad recipendam antichresin*; nam *cum pignus sit* (denke an die *demonstratio* des „*judicium quod de pignore dato proponitur* l. 42 D. h. t.), *hoc verbo poterit uti*. l. 30 eod. — *si debitor sua voluntate concessisset ut retineret* —

6) Als *hypothecae (pignoris) datio* (l. 1 C. *comm. leg.* 6, 43), läßt sich die testam. Verpfändung wie jedes Vermächtniß auch als ein Kontrakt (Quasikontrakt) des Gl's mit dem Erben denken, der durch das Testament eingeleitet, und durch den Erbschaftsantritt perfekt wird (vgl. Ann. 9. a. G. Sintenis, *Pfandr.* S. 262 ff.). Sowohl als Pfandgebung aber wie als Pfandkontrahierung dürfte sich das testam. Pfand der Formel unserer *pign. aa.* leicht gefügt haben.

7) auf welchen das s. g. gesetzliche Pfand zurückgeführt wird: *arg. rubr. D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* 20, 2 C. 8, 15 und 3 B. I. 4 pr. §. 1 l. 3 l. 6 l. 7 pr. D. h. t. (20, 2) l. 2 C. h. t. (8, 15) l. *unic. §. 1 C. rei ux. a.* 5, 3 l. 2 C. *servo pign.* 7, 8 §. 5 *fragm. de jure fisc.* — all das nur um die Pfandklagen anwendbar zu machen; denn wo man Pfandrecht gewähren will, muß man den Pfandklagen Raum schaffen. Als ein Beleg für Statthastigkeit unserer *pigneratitiae aa.* bei gesetzlichem Pfandrechte dürfte l. 11 §. 5 D. h. t. (13, 7) zu betrachten sein. —

8) d. i. den Theilungsrichter, in dessen Hand von den Parteien die *divisio (rei, hereditatis, confinii)* und damit auch die allfällige Bestellung eines Pfandes (*arg. l. 22 §. 3 D. fam. h.* 10, 2), sowie die Zuweisung eines schon vorhandenen (ererbten) Pfandes gelegt ist. —

tur⁹⁾ geschehen ist; nur für die Form der Klagen war dieser letztere Umstand nicht gleichgiltig (Num. 9).

2. Die zwischen dem Verpfänder oder Pfandschuldner einer-, und dem Pfandgläubiger anderseits entspringenden *DD.* sind als bloße Haftungen sofort mit der Thatsache der Verpfändung vorhanden, und zwar

a. seitens des Pfandgläubigers als Haftung für Restitution des Pfandes auf den Fall hin, da dieses entweder sofort mit der Verpfändung oder nachträglich, namentlich durch Interdikt oder dingliche Pfandklage in seinen Besitz gelangen und dann die Bedingung der Pfandlösung (*pignoris solutio*) eintreten, oder wenn eine *pignoris obligatio* gar nicht vorlag, auch kein Retentionsrecht mehr da sein sollte¹⁰⁾, — in eben dieser Richtung als Haftung für (Prästation von) *omnis culpa*, wodurch er das Pfand zu Schaden bringen sollte, mithin auch für all die Sorgfalt, welche ein sorgfältiger Hausvater zur Erhaltung seiner Sachen anbietet (*diligentia diligentis*)¹¹⁾, — insonderheit auch für *custodia*¹²⁾. Darüber was in der Resti-

9) — ein Gegensatz, der in *l. 26 pr. D. h. t. Ulp.* zum Ausdruck kommt: *Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus constitui posse . . . rescripsit.* Diese magistratische Pfandkonstituierung erscheint anderwärts als Pfandkontrahierung (*l. 3 §. 1 D. de reb. eorum qui sub tut. (27, 9) Ulp. l. 35 D. reb. auct. jud. poss. (42, 5) Marcian.*), ist aber nicht nur in der *missio in possessionem* (si in possessionem ventum sit — *l. 26 §. 1 D. h. t.*), sondern auch beim *pignus in causa judicatis* vorhanden (s. die *auctoritas jubentis, decernentis* in *l. 1 l. 2 C. si in e. j. p. e. s. 8, 23*). Obwohl also diese beiden magistratischen Sicherungsmittel noch in klassischer Zeit als Pfandbestellung erkannt wurden, und also wohl schon damals (nicht etwa erst durch Justinian *l. 2 C. praet. pign. 8, 21*) mit dinglicher Klage ausgestattet sein werden, finden wir doch in Fällen der *in possessionem missio* anstatt unserer *pigneraticia* eine *in factum* (*l. 9 pr. D. reb. auct. j. poss. 42, 5 Ulp. l. 15 §. 34 D. damn. inf. 39, 2 Ulp.*) oder eine *utilis ad exemplum pign. actionis actio* (*l. 5 §. 21 D. ut in poss. legat. 36, 4 Ulp.*), — wornach irgend etwas in der Formel — ursprünglich vielleicht „*pignus*“, später noch etwa „*pignori dare*“ — der direkten Anwendung unserer *pigneraticia actio* auf die *Missionsfälle* entgegengestanden sein muß. Ob nicht auch der direkten Anwendung auf *pignoris capio*? (Stölzel S. 382)

10) Num. 1. 22.

11) *l. 14 D. h. t.* — *quae dilig. pf. in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur* — womit nicht etwa *dilig. quam suis* gemeint ist. —

12) §. 4 *J. h. t. l. 14 §. 16 D. fart. 47, 2.* Zweifeln kann man, ob *custodia* nicht bloß dem Faustpfandgl. obliege, von welchem §. 4 *J.*

tution des Pfandes, mithin auch in der Haftung dafür alles inbegriffen ist, s. unten 3. Anm. 23—34; —

b) seitens des Verpfänders als Haftung für Restitution und *omnis culpa*, falls er das Faustpfand bitt-, pacht- oder miethweise zurückempfangen und dieses zu pfandrechlichem Verkaufe kommen sollte¹³⁾, — für Indemnität des Pfandgläubigers¹⁴⁾ in Ansehung des Schadens, der diesem durch Arglist des Verpfänders bei oder nach der Verpfändung¹⁵⁾, oder durch nothwendige Auslagen¹⁶⁾, oder dadurch daß ihm eine fremde oder bereits obligirte Sache verpfändet ist¹⁷⁾, oder dadurch daß er dem Verpfänder das Pfand exhibiren und ihn dasselbe verkaufen lassen muß¹⁸⁾, zugeht. Bei gesetzlichem, richterlichem, und magistratischem Pfande ist Arglist bei der Verpfändung nicht denkbar.

3. Die Haftung des Gläubigers für Restitution wird zur

cit. sicher, l. 14 §. 16 cit. möglicherweise (*pignoris accepti*) spricht, und von welchem allein man in vollem Sinn des Wortes sagen kann, daß er die Sache vom Verpfänder anvertraut bekommen hat (vgl. Bb. 1 §. 139 a. G. mit §. 269 C. 267 §. 3 v. unten). Wäre dieser Zweifel begründet, so hätte selbstverständlich nur der Faustpfandgläubiger *actionem furti*, wogegen selbst er wegen *vis major* nicht haftete (l. 13 §. 1. D. h. t.), falls dieses nicht ausdrücklich bedungen (also namentlich *custodia* nicht ausdrücklich von ihm übernommen) wäre (§. 269, bes. zu Anm. 30).

13) l. 22 §. 3. D. h. t.

14) vgl. hiezu im Allgemeinen l. 6 pr. l. 8 §. 1 l. 31 D. h. t.

15) bei der Verpfändung: Täuschung über die Substanz des Pfandes l. 1 §. 2 l. 36 pr. D. h. t. oder das Eigenthumsrecht l. 36 §. 1 eod. überhaupt *si malitiose in pignore versatus sit* l. 9 pr. D. h. t. Konkurrenz des *Stellionates*: l. 1 §. 1 l. 16 §. 1 l. 36 pr. §. 1 D. h. t.; — nach der Verpfändung: l. 3 D. h. t.

16) l. 8 pr. D. l. 7 §. 1 D. h. t. Ausführung: l. 25 D. h. t. Bloßes Retentionsrecht würde nicht genügen: l. 8 pr. cit.

17) l. 9 pr. l. 16 §. 1 l. 32 l. 36 §. 1 D. h. t. Darauf, ob Verpfänder hievon weiß, kommt bei der *pigneratizischen* Haftung nichts an (l. 16 §. 1 cf. l. 36 §. 1 D. h. t.); das *crimen stellionatus* dagegen konkurriert nur bei wissentlicher und dem Pfandgläubiger nicht bekannt gegebener Verpfändung fremder oder bereits obligirter Sachen (l. 1 §. 2 l. 16 §. 1 l. 36 §. 1 cit.). Nach unsern bis jetzt noch partikulären Hypothekengesetzen ist diese Haftung und dieser Betrug zum Theil unmöglich. — Haftet der Verpfänder dafür, daß die Sache fremde ist, so haftet er um so mehr um einer dem Gläubiger widersprechenden *Eviction* willen (arg. l. 24 pr. D. h. t.); nicht mehr *pigneratizisch* dagegen, sondern *utiliter ex empto* wegen einer nach *pignoris impetratio* stattfindenden *Eviction* (l. 24 pr. cit.).

18) l. 6 pr. D. h. t.; in Ansehung dieses Schadens und dieser Haftung kann es vor der Verschuldung auch noch zum Kautionszwang kommen (l. 6 pr. cit. vgl. unten Anm. 46.)

Verbindlichkeit¹⁹⁾, wenn er in den Besitz des Pfandes gekommen, nachher sein Pfandrecht aber erloschen²⁰⁾ oder gar nicht aufgefunden²¹⁾ und auch kein Retentionsrecht oder mehr noch als das zu seinen Gunsten vorhanden ist²²⁾. — Gegen-

19) und also klagbar, so daß wo für uns die Haftung zur Verbindlichkeit wird, dem Römer nascitur directa pignoratitia actio: l. 9 §. 3 D. h. t.

20) was solutio, satisfactio, oblatio geschieht (l. 9 §. 3 l. 24 §. 1 l. 11 §. 3 l. 10 l. 20 §. 2 D. h. t.), durch Oblation der solutio nicht irgend einer satisfactio (l. 10 cit.). l. 6 §. 1 D. q. m. p. s. 20.6. Was die formula der hypothecaria negativ und conjunctiv voraussetzt (eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per eum stare, quominus solvatur) setzt demnach die actio pign. directa affirmativ und alternativ voraus (daß gezahlt oder satisfactum, oder daß Beklagter selbst daran schuld sei, daß nicht gezahlt ist). So wenig ferner in der formula hypothecaria nach quominus solvatur das Kellerische satisve fiat gestanden sein kann (arg. l. 6 §. 1 in f. D. q. m. p. s. 20.6; vgl. meine Pand. 1. Aufl. S. 335 unten), so wenig kann der Gläubiger mit der pign. dir. belangt werden, wenn er sich auf Satisfaktion statt Zahlung nicht eingelassen hat. Uebrigens ist was bei der hypothecaria formulare Klagsbedingung, bei der pign. directa nur materielle Klagsbedingung; eine Folge hievon ist, daß Kläger Zahlung oder Oblation der Zahlung auch noch in judicio nachholen kann (l. 9 §. 5 D. h. t. — licet non recte egit). Etinde 3. B. das si per eum stetit quominus ei solvatur in der Formel, so hieße es nicht erst recte agitur in l. 20 §. 2 D. h. t. Dadurch daß der Verpfänder dem Gl. das Pfand (um weniger) abkauft, wird dieses Erforderniß nicht aufgehoben: l. 40 pr. cf. §. 1 D. h. t. l. 8 §. 2 D. h. t. (si unus ex heredibus portionem suam solverit l. 11 §. 4 l. 20 §. 1 eod. Näheres über solutio: l. 9 §. 3 (omnis pecunia) l. 24 §. 1 (nicht reproba pecunia l. 11 §. 5 (creditori creditoris) insonderheit Zahlung des Astermiethers an den ersten Vermieter. Die verschiedenen Satisfaktionsweisen s. l. 9 §. 3 l. 10 l. 11 §. 1 §. 2 D. h. t. l. 1 pr. C. etiam ob chirogr. 8, 26 und generaliter dicendum est, quotiens creditor recedere voluit a pignore, videri ei satisfactum; ein Verzicht der auch nuda conventio (nicht einseitig) möglich ist (l. 9 §. 3 cit.); die Thatsache aber, daß über die Forderung lis contestata ist, mit dem Schuldner selbst, oder seinen Bürgen, gilt nicht für Satisfaktion: l. 11 pr. D. h. t.; in der Restitution, welche nur in Erwartung vorgespiegelter und dann ausbleibender Zahlung erfolgt, liegt kein Verzicht.

21) wenn die Voraussetzung oder die Bedingung desselben nicht eingetreten ist: si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero . . . vel conditio defecit ob quam pignus contractum est . . . l. 11 §. 2 D. h. t.

22) Retentionsrecht hat der Gläubiger 1. wenn sein Pfandrecht erloschen, der Schuldner ihm aber noch anderweitig, aus einer bloß chirographarischen Forderung, schuldig ist: l. 1 §. 2 cf. §. 3 C. etiam ob chirogr. pecuniam pignus teneri 8, 26. — 2. wenn ihm eine fremde Sache verpfändet, ein Pfandrecht also gar nicht entstanden ist; hier wie dort steht pign. actio directa, aber hier wie dort nur nach vorgängiger solutio, satisfactio, oder mora acc. zu (l. 1 §. 2 cit. — vel offeratur . . . satisfecerint —; l. 9 §. 4 D. h. t. — soluta pecunia potest pignoratitia experiri). Nicht bloß Retentionsrecht (an den übrigen ihm verpfändeten Sachen) sondern auch pign. act. contr. hat der Gläubiger, wenn der

stand auch dieser Verbindlichkeit²³⁾ ist Restitution im weitesten Sinne des Wortes: vor allem also Restitution der *possessio*²⁴⁾ wenn eine solche beim Gläubiger ist²⁵⁾, und diesfalls nicht nur der *res ipsa*²⁶⁾, sondern auch von *omnis causa*²⁷⁾, namentlich also all des Erwerbes, den er mittelst des Pfandes, im Zweifel also nicht für sich, sondern für den Pfandgeber gemacht hat²⁸⁾; sodann aber was er nach Ausübung seines Pfandrechts (*pignoris distractio*) über sein Guthaben hinaus durch Mehrerlös²⁹⁾ oder besondere zu Gunsten des Verpfänders abge-

Pfandkäufer eine Eviction erleidet, deren Praestation der Gl. übernehmen durfte und die er nun wirklich praestirt l. 8 §. 1 vgl. mit l. 22 §. 4 l. 23 D. h. t. Mehr als Retentionsrecht aber hat der Gläubiger, wenn zwar gezalt, das Geld aber als Kaufschilling, um welchen Gläubiger das Pfand gekauft hat, beim Verpfänder geblieben ist (l. 20 §. 3 cf. l. 34 l. 39 D. h. t.; hier „*pign actio inhiibenda est.*“ Kein Retentionsrecht hat der Hypothekengläubiger, nachdem einmal die erste Forderung getilgt ist (l. 40 §. 2 in f. D. h. t. cf. l. 1 §. 3 C. etiam ob chirogr. 8, 26).

23) vgl. mit ihr die in §. 316. 3. §. 317. 3.

24) l. 40 §. 2 D. h. t. — *possessionem pignoris quae corporalis apud eum fuit, restituere debet* — cf. l. 35 §. 1 eod.

25) Ob eine solche auch beim Hypothekargläubiger ist, nachdem er in Besitz gelangt ist, oder ob er, wie der in *possessionem missus*, bloße Detention habe (und also bloß diese restituiren müsse) ist streitig (Stölzel a. a. O.).

26) welche nach erfolgter Spezifikation (Unwiderherstellbarkeit wie bei *silva* und *navis* vorausgesetzt — vgl. Bd. 1 S. 575) nicht mehr vorhanden und von besonderem Bedinge abgesehen denn auch nicht mehr Pfand ist; dies selbst nach Cassius Ansicht: l. 18 §. 3 D. h. t. Immer noch *res ipsa* ist das durch Affreszenz (eines *ususfructus*) oder Alluvion vergrößerte Pfand (l. 18 §. 1 D. h. t.), nicht minder als die in der *domus* mitverpfändete *area*, die in der *area* mitverpfändete *domus* (l. 21 eod.).

27) nach Analogie von §. 316. Ann. 16 §. 317 Ann. 20. Steht in l. 9 §. 5 D. h. t. neben der *res ipsa* das *Interesse*, so dürfte damit über die Restitution hinaus an die *condemnation* gedacht sein. Nicht mit der *omnis causa* zu verwechseln ist die rechtliche Lage (*conditio*, „*sua causa*“), in der die Sache von Hand zu Hand geht (l. 18 §. 2 eod.); hinwiederum aber ist zu der *causa* in diesem letzteren Sinne nicht der *partus ancillae* zu rechnen, der in l. 18 §. 2 mit der *sua causa* wahrscheinlich erst durch Versekung aus l. 18 §. 1 in Zusammenhang gebracht ist.

28) wie die Früchte des Pfandes, die er nicht etwa bedingenerweise antichretisch (*pacto antichretico*) oder auch ohnedieß (l. 8 pr. D. in q. c. 20, 2), auf Rechnung entweder von Zinsen (l. 8 pr. cit.) oder des Kapitals selbst (l. 39 D. h. t.) behalten darf, welche vielmehr accessorisch zu der verpfändeten Sache selbst nur pfandweise bei ihm sind (l. 3 C. in q. c. p. tacite 8, 5 — wegen Paul. R. S. II. 5 §. 2 f. Huschke, Studien S. 37⁰) und Zeitschr. f. Civilt. und P. Bd. 20. S. 263 fg.), und also mit der Hauptsache selbst pfandfrei werden; wie ferner alles was er wegen eines an der Pfandsache verübten Deliktes *actione furti, condictione furtiva, a. quod metus* von einem Dritten (nicht vom Verpfänder selbst) erzielt hat (l. 22 pr. D. h. t.)

29) *Superflui redditio*; ist zwar *pluris* verkauft aber noch nicht gezalt,

schlossene Verkaufsbedingungen³⁰⁾ hat. Zur vollständigen Restitution der *res ipsa* gehört eine *cautio de dolo*³¹⁾, und wenn das Pfand ein Grundstück ist, auch eine *de jure ejus*³²⁾; eine Sicherung dagegen auch noch dahin, daß die Sache nicht *asterverpfändet* sei, gehört nicht mehr zu derselben³³⁾. Noch vor der Verbindlichkeit zur Restitution kann eine zur Exhibition begründet sein³⁴⁾.

4. Zur Schuld verwandelt sich

a. die Verbindlichkeit des Gläubigers auch hier buchstäblich dann wenn er „nicht restituirt“ und infolge dessen nicht bloß belangbar, sondern auch kondemnirbar wird³⁵⁾; interpretationsweise dagegen erst dann, wenn er in einer gewissen schuldhaften Weise nicht restituirt. Prozeßualisch ist eine solche Nichtrestitution niemals vor dem richterlichen Befunde,

so soll der Verpfänder entweder warten, oder sich die Klagen des Pfandgläubigers und Verkäufers cediren lassen, dieses aber nur auf Gefahr des letzteren: 1. 24 §. 2 D. h. t.; Zahlung durch Delegation des Käufers braucht sich jener nicht gefallen zu lassen: 1. 42 eod. (*cum in venditione . . suum negotium creditor gerat*). Außer dem Mehrerlöse selbst können auch Zinsen desselben zur Restitution kommen: 1. 6 §. 1 l. 7 l. 42 eod.

30) so die *venditi actio*, welche demselben aus einem zu Gunsten des Schuldners mit dem Käufer abgeschlossenen Einlösungsvorbehalte zusteht; trotzdem dem Schuldner hier auch *vindictio* und *in factum actio* zustehen, soll er auch *Cession* jener *venditi actio* verlangen können: 1. 13 pr. D. h. t.

31) 1. 15. D. h. t. — *de dolo debet repromittere* —

32) 1. 15 cit. — *ne forte servitutes, cessante uti creditore, omisae sint* — beide Cautionen wohl nur in soferne als gegen Nachklagen wegen hinterher entdeckter Schäden oder Verluste, wenn sie *pignoratitia actio* erhoben werden wollten, dem Gläubiger *exc. r. judicatae* zustünde (*arg. Gaj. IV, 131. 131a.*). Darnach wäre diese Cautionverbindlichkeit anlässlich der in *judicio* erfolgenden Restitution entstanden, dann aber zu einem Rechte des Schuldners überhaupt geworden, so daß dieser, wenn Gläubiger außergerichtlich restituiren, aber nicht cediren wollte, wegen Nichtrestitution *pign. a. klagen* könnte.

33) Sieher das *nec quicquam amplius praestare oportet* in 1. 40 §. 2 D. h. t.; steht dem *Asterpfandgläubiger* nach Zahlung *u. des* ersten Gläubigers ja doch weder *pignoris persecutio* noch *retentio* (1. 40 §. 2 cit.), und auch nicht etwa zu seinen Gunsten dem ersten Gläubiger ein *Retentionsrecht* zu (1. 1 §. 3 C. *etiam ob chirogr.* 8, 26).

34) 3. B. der Fall in 1. 6 pr. D. h. t. *Ann. 18*; Exhibition von Urkunden (1. 43 pr. D. h. t.). Von dieser *pignoratitia in personam actione* zu bestrafenden Exhibition muß diejenige Exhibition unterschieden werden, welche (wie 3. B. in 1. 27 D. *pign.* 20, 1 zufolge des *dolo malo desinere possidere* — cf. 1. 8 D. *ad exh.* 10, 4) *ad exhibendum actione* verlangt wird (1. 3 §. 3 D. eod. und unten §. 324).

35) vgl. oben § 315, 4.

daß der Beklagte zu restituiren habe, und daß er entweder aus Ungehorsam (*contumacia*) nicht restituirt, oder aus eigener und verantwortlicher Schuld nicht oder nicht vollständig restituiren kann, vorhanden; — materiellrechtlich dagegen kann sie auch schon vor der Klage vorliegen, insoferne nämlich, als die Unmöglichkeit der Restitution noch vor der Klage eingetreten und verschuldet ist³⁶). Verantwortlich aber ist der Empfänger der Sache hier wieder für *omnis culpa*³⁷), sowie für Unterlassung der *custodia*³⁸); —

b. die Haftung des Verpfänders

α. ist eine Schuld, wenn die arglistige Schädigung, für die er haftet, bei der Verpfändung eintritt³⁹); oder wenn (obgleich unwissentlich) eine fremde oder bereits verpfändete Sache verpfändet wird⁴⁰); —

β. wird zur Schuld, wenn es zur Restitutionsverbindlichkeit kommen und diese nicht erfüllt werden sollte⁴¹), — die

36) Vgl. dazu §. 266 zu Anm. 12—14.

37) Zur *aquilischen culpa* gehört wenigstens theilweise das *male tractavit vel debilitavit* in l. 24 §. 3 D. h. t.; eine sonstige fleine oder große Fahrlässigkeit kann *duplae promissio* bei *pignoris distractio* sein (l. 22 §. 4 D. h. t.).

38) *arg. die furti actio* in l. 22 pr. D. h. t.; eine *vis major*, für die der Gl. nicht aufkommt, ist die obrigkeitliche Wegnahme der Sache in l. 43 §. 1 D. h. t.

39) vgl. oben Anm. 15: z. B. Unterschlebung eines anderen als des demonstribten Pfandes l. 36 pr. D. h. t.; gefliissentliche Verpfändung einer fremden oder bereits obligirten Sache (l. 16 §. 1 l. 36 §. 1 eod.): nur daß in letzterem Falle die Schuld durch *ratihabition* des Eigenthümers gehoben werden kann (l. 20 pr. D. h. t.), sowie durch *Konvaleszenz* des Pfandes, d. i. dadurch daß wer selbst verpfändet hat, nachher Eigenthümer wird. Dadurch, daß derjenige welcher Eigenthümer ist, durch Erbgang an die Stelle desjenigen tritt, der verpfändet hat, tritt *Konvaleszenz* nicht ein (l. 41 D. h. t.); in die Haftung des Verpfänders (daß *res aliena* verpfändet ist), tritt der erbende Eigenthümer ein; dafür hat aber der Gläubiger kein Pfandrecht nämlich nicht die *utilis pignoris persecutio*, die bei *konvaleszirendem Pfandrechte* zustünde (l. 41 cit.). *Konkurrenz des Stellionates mit pign. contr.* Anm. 17.

40) l. 16 §. 1 cf. l. 9. pr. D. h. t: Wenn Gläubiger insofge davon daß ihm *res aliena* oder *obligata* verpfändet ist, *Eviction* erleidet, so verwandelt sich die zuvor vorhandene *Ersatzschuld* in eine *Evictionsschuld*, welche auch *contraria pign. actione* zu verfolgen ist (*arg. l. 24. pr. D. h. t.*), mit *utilis ex emto actio* aber, wenn die *Eviction* nach vorgängigem Pfandzuschlag an den Gläubiger erfolgte (l. 24 pr. cit.).

41) l. 22 §. 3 D. h. t. vgl. oben zu Anm. 13.

arglistige Schädigung, wegen welcher er haftet, nachträglich eintritt⁴²⁾, oder desgleichen eine kulpöse Schädigung⁴³⁾; wenn Gläubiger Auslagen hat, für die jener haftet⁴⁴⁾; wenn er aus dem Pfandverkauf eine Eviction prätirt, um derentwillen er den Regreß gegen den Verpfänder hat⁴⁵⁾. Als einen Uebergang der Indemnitäts-Haftung in eine bedingte Schuld können wir den Retentionszwang fassen, auf welchen Gläubiger wider den Schuldner ein Recht dann erwirbt, wenn er die bewegliche Sache an diesen zum Verkauf ablassen muß⁴⁶⁾.

Aus allgemeineren Sätzen ergibt sich, daß Hauskinder, Dispositionsbefugniß vorausgesetzt, ein Pfand geben⁴⁷⁾ und pignoratitiam actionem dir. allenfalls auch für sich selbst erwerben⁴⁸⁾ — sowie daß sie umgekehrt für eigene Forderungen auch ein Pfand erwerben, pign. actionem directam regelmäßig nicht in eigener Person erleiden können⁴⁹⁾; daß Pupillen ohne

42) z. B. durch trügerische Verleitung zur Zurückgabe des Pfandes (l. 3 D. h. t.), durch nachträgliche Unterschiebung eines anderen Pfandes (l. 36 pr. D. h. t.); hier und dort auch *furti* und *ad exh. actio* (ll. ctt.) neben der *contr. pign.* (l. 3 cit.).

43) z. B. eine solche unverdiente Behandlung des verpfändeten Sklaven, welche den Erlös aus *pignoris distractio* herabgedrückt, oder den Verkauf selbst unmöglich gemacht hat (— *minoris vendidit* — *persecutionem pignoris inanierit* l. 27 D. pign. 20, 1). Die Stelle setzt voraus, daß *crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum . . . quia forte causa ceciderat* (vgl. l. 30 §. 1 D. ad l. Aq. 9. 2 Cujac. op. omn. Prat. Tom. IV. p. 1257); auch scheint Marcellus selbst nur an *ad exhibendum actio* (bei Tödtung — Num. 34) und *quasi damni injuria actio* (bei Blendung u. Fesselung) und erst Ulpian in sin. an die *pign. contraria* zu denken.

44) l. 8 pr. l. 25 D. l. 7 §. 1 C. h. t.

45) l. 22 §. 4 l. 23 D. h. t. In l. 8 §. 1 eod. ist nur von einem Retentionsrechte des Gläubigers die Rede; allein zufällig gibt es hier Retentionsobjecte; will er diese preisgeben und dann erst klagen (*pign. contr.*), so ist das seine Sache.

46) l. 6 pr. D. h. t. vgl. oben Num. 18 u. 34.

47) arg. l. 18 §. 4 D. h. t. — *si liberam peculii administrationem habuit* — l. 19 eod.

48) War das Pfand aus dem *peculium* gegeben, so fiel die *actio* dem Gewalthaber zu (ll. ctt.); wird aus dem Adventizgut verpfändet (was durch das Kind regelmäßig nur kraft väterlicher Vollmacht geschehen kann), dann gehört auch die *actio* in das Adventizgut, und nur deren Ausübung dem Vater.

49) Für Fiskusforderungen kann er selbst sich Pfänder geben lassen, *pign. dir. a.* aber geht gegen den Vater (arg. l. 28 §. 1 D. h. t.); bei Adventizforderungen müssen wir abermals das Kind auch als Pfandgläubiger, den Vater aber als kontrahirend und (gegen *pign. dir. a.*) defendirend denken (arg. l. 38 D. h. t.); das irreguläre Adventizgut bringt auch

ihren Tutor kein Pfand nehmen⁵⁰⁾, mit dem Effekte der dir. pign. a. gleichwol ein Pfand geben können⁵¹⁾; daß Procuratoren und Vormünder diese persönlichen Pfandklagen erst spät für und gegen ihre Mandanten oder Mündel begründen können⁵²⁾; daß in der Haftung und Verbindlichkeit der Mehreren, an welche in Einem (simul) verpfändet, oder auf welche das Pfandrecht des Einen vererbt ist, kein Unterschied besteht⁵³⁾, daß die Sache selbst einem Jeden von ihnen ganz haftet⁵⁴⁾, und daß die Mehreren von denen in Einem verpfändet, oder auf welche die Eine Pfandschuld übergegangen

hierin Modificationen mit sich. Daß beim pec. castr. das Kind selbst Kontrahent, Kläger und Beklagter ist, versteht sich von selbst.

50) propter metum pign. actionis: l. 38 D. h. t.

51) dieses insoferne, als unsere pign. in pers. actio von dem Zustandekommen der rei obligatio unabhängig ist (Ann. 1).

52) Wie man, entsprechend dem obligatorischen Wesen des Pfandrechts, rei obligationem per liberam personam nicht erwerben konnte (l. 11 §. 6 D. h. t.), so ward 1) der Vormünder, Procurator, an den verpfändet wurde, mit der directa pign. actio in eigener Person verhaftet (l. 11 §. 6 cit.); nur der Pfandkontrakt zwischen dem Procurator und Kolonen galt unmittelbar als zwischen diesem und dem Grundherren abgeschlossen (l. 21 pr. D. pign. 20, 1). Erst Justinian hält sich daran, daß die condictio beim mutuum dem Mandanten unmittelbar erworben werden kann, und will nun ebenso den Pfandkontrakt (ohne Zweifel ebensowohl in seiner persönlichen wie in seiner dinglichen Folge) behandelt wissen (l. 2 C. per quas pers nob. acq. 4, 27); 2) Verpfändungen durch Vormünder und Procuratoren wurden, was Obligierung der Sachen anlangt, und Vollmacht oder Rationabition (bei Vormündern das decretum de alienando) vorausgesetzt, zunächst tutionsweise (l. 16 pr. D. h. t.), dann direkt möglich (l. 3 C. si aliena res 8, 16); directa pign. actio aber stund ihnen selbst zu (l. 11 §. 7 l. 12 D. h. t.) und scheint anders als indirekt dem Vertretenen nicht zugekommen zu sein. Der Vollmacht und Rationabition steht Perision des ausgenommenen Geldes in rem domini (pupilli in l. 1 l. 3 C. Si al. res 8, 16) und arglistiges Wissen und Geschehenlassen (von Seite des dominus) gleich (l. 2 C. eod.).

53) Nicht etwa, daß ihr Pfandrecht in Theile geht, ist mit dem aequalis omnium causa est (l. 20 §. 1 D. h. t.) ausgesprochen; bei der Untheilbarkeit der Restitution (vgl. §. 316 Ann. 50. 51 §. 317 Ann. 63) haftet jeder ungetheilt für diese, tritt er je nach Umständen restituendi facultas) in die Restitutionsverbindlichkeit ein, wird jeder aus seinem dolus, culpa, custodiae omissio solus und in solidum schuldig (vgl. §. 317 Ann. 67), schadet es dem Pfandrechte von Keinem aus ihnen, daß die Pfandschuld theilweise, zu Gunsten von diesem oder jenem, gezahlt wird (l. 11 §. 4 D. h. t.).

54) trotzdem die Pfandschuld an diesen oder jenen zu dessen Antheil gezahlt ist (non debent ceteri heredes creditoris injuria affici — l. 11 §. 4 D. h. t.); hinwider aber steht in dem Erlöse, der beim Verkaufe des

gen ist, solidarisch, jedoch aber erst wenn die ganze Schuld bezahlt ist, auf Restitution zu klagen berechtigt sind⁵⁵).

b., aus ungenannten Realkontrakten.

§. 319.

D. de praescriptis verbis et in factum actionibus 19, 5 C. de rerum permutatione et praescriptis verbis.

Von bloßer Haftung und von Verbindlichkeit

1. aus ungenannten Realkontrakten kann heutzutage nur mehr da die Rede sein, wo eine Vergabung oder sonstige Leistung (*res — dare, facere*) die Grundlage einer Obligation für den Empfänger, und die Erfüllung dieser Obligation den Modus bildet, unter welchem die Hingabe oder Leistung erfolgt¹). Eine weitere, negative Voraussetzung ist, daß das Geschäft nicht unter den Begriff eines genannten, d. i. mit eigennamiger *actio*²) ausgestatteten, realen oder konsenju-

ganzen Pfandes eingeht, die Deckung auf welche der abgefundenen Gläubiger Anspruch hatte, und welche die noch übrigen Gläubiger Dank der Bezahlung des einen aus ihnen, nunmehr ohne Konkurrenz von jenem für sich haben; offenbar darum sollen sie das ganze Pfand nicht ohne eine Auflage zu Gunsten des Schuldners (*oblato debitori eo quod coheredi eorum solvit — l. 11 §. 4 cit.*) verkaufen können; vertreten ließe sich freilich auch das Gegenteil (*quae sententia non est sine ratione — l. cit.*)

55) l. 8 §. 2 D. h. t. vgl. Anm. 54. In dieser Solidarität der Berechtigung liegt aber bekanntermaßen nicht schon das Recht, in *solidum* allein klagen zu können (§. 233 S. 72).

1) Nicht schon der Umstand, daß Empfänger sich nur gegen Vorleistung obligirt (§. 135. S. 138), dürfte den Fortbestand der ungenannten Realkontrakte (gegen welchen neuestens wieder Blausak, zur Gesch. der neg. g. S. 80) rechtfertigen, sondern erst das durch den Modus bezeichnete Verhältnis der Gabe zur Gegenleistung (*arg. Anm. 3*). Z. B. bei Verpachtungen pflegt stillschweigend Vorausleistung des Verpächters bedungen zu sein ohne daß es deswegen zu einem Realkontrakte kommt; denn vor der Leistung ist hier der Konsens und die Obligation zur Leistung, und diese nicht als *res quae subest*, sondern als *einerseitige solutio* gedacht. Diese Auffassung der Vorleistung war nach römischem Recht bei ungenannten Kontrakten (nach Pernice *Labeo* S. 466. 12. 13 ursprünglich und bis ans Ende der Republik auch bei Kauf und Miete — vgl. Degenkolb, *Platz. und Miete* §. 11.) nicht möglich; hier mußte *res subesse*. Das ist bei uns nicht mehr notwendig; jede Vorleistung kann *solutio* sein, ja wird es sein: ausgenommen die Fälle wo sie *sub modo* erfolgt (*Anm. 3*).

2) Gewöhnlich fehlt es schon dem Kontrakte selbst am Eigennamen: *Natura enim rerum conditum est ut plura sint negotia quam vocabula* (l. 4 D. h. t.), und gewiß ist daß dann wenn der Kontrakt selbst keinen

alen³) Kontraktes falle; ob es dann dem Schema *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* folgend, ähnlich dem Kaufe oder der Miethe, auf eine *Gegenleistung*⁴⁾ — oder aber, außerhalb jenes Schemas sich bewegend, ähnlich den genannten Realkontrakten bloß auf Rückgabe einer in Empfang genommenen Sache⁵⁾, — oder ähnlich dem Mandat, oder der Sozietät auf eine Geschäftsverrichtung⁶⁾ oder Geschäftsbetheiligung⁷⁾ gehe, — oder ob es sich nur mehr um einen Modus, von Schenkungen nämlich⁸⁾, handle, ist gleichgiltig. Ein Geschäft gibt es, das je nach seinem Ausgangspunkt und Zwecke bald diesem bald jenem der 4 alten Konsensualkontrakte, und aber dadurch daß es Restitution offen läßt (*aut eandem mihi afferres*), in Einem den

technischen Namen hat, nur die Zuflucht zu der Generalklage des ungenannten Realkontraktes übrig bleibt (so Julian in l. 3 eod. zu verstehen); allein möglich ist, daß der Kontrakt selbst einen Eigennamen hat, und aber eine eigennamige *actio* gleichwol nicht aufgestellt ist (*arg. D. de rerum permutatione* 19, 4); da bleibt denn auch nur die Generalklage übrig; so gehen l. 1 pr. und l. 3 D. h. t. von dem Mangel eigener Aktionen aus.

3) Fügt sich das Geschäft seinem Gegenstande nach z. B. unter *emptio venditio* oder *locatio conductio* (*si pecuniam dem, ut rem accipiam, ut facias*) und hat es keine andere Besonderheit, als daß die *Gegenleistung* nur gegen Vorleistung übernommen wird, dann mag es wie den Namen, so auch die *actio* und übrige Natur des Konsensualkontraktes (z. B. in Ansehung des *periculum* haben (l. 5 §. 1 §. 2 D. h. t. Paulus); ist dagegen nicht sowohl einerseits Vorleistung und andererseits *Gegenleistung* als *Modus* der Hingabe gewollt und gesetzt (*quod ideo tibi dedi ut Stichum dares* — S. 504 unten), dann bleibt das Geschäft ein ungenannter, neben der kontraktlichen Klage auf *Gegenleistung* die *quasikontraktliche condictio ob causam datorum* in sich schließender Realkontrakt (l. 16 D. cond. causa d. e. n. s. 12, 4 Celsus — S. 535. b.). So dürfte sich des Celsus Entscheidung entgegen den Paulianischen Sätzen rechtfertigen und halten lassen. Anders Witte, *Bereicherungsklagen*, S. 106, entgegen Unger an dem S. 138 Num. 24, a. D., in welcher Num. noch die weitere meist entgegenstehende Literatur. (Vgl. Num. 1).

4) „*vicina . . . emptioni*“: l. 2 D. rer. permut. 19, 4 vgl. l. 1 eod. l. 1 D. e. e. 18, 1 l. 25 D. h. t. „*quasi genus locati et conducti* — l. 1 §. 9 D. dep. 16, 3 l. 5 §. 2 §. 5 in f. l. 22 l. 15 D. h. t.

5) *darlehensartig*: l. 10 l. 26 D. h. t. — *kommodats-* oder *depositumsartig* (wie namentlich das *inspiciendum, experiendum, dare*) l. 1 §. 2 l. 17 §. 2 §. 4 l. 20 pr. l. 23 D. h. t. — der *Wettverfaß* in l. 17 §. 5 eod. — das *Prefarium*: l. 2 §. 2 l. 19 §. D. prec. 43, 26.

6) l. 5 §. 4 D. h. t. — *si pacti simus ut tu a meo debitore exigas . . . ego a tuo . . . tutius erit . . . p. v. dari actionem* —

7) l. 13 §. 1 l. 17. §. 3 D. h. t.

8) l. 9 l. 22 C. don. 8, 54 l. 8 C. h. t. cf. l. 1 C. don. quae sub modo 8, 55 l. 16 pr. D. h. t.

genannten Realkontrakten gleich; dies ist der *f. g. Trödelkontrakt* oder *contractus aestimatorius* 9).

2. Was die aus diesen Kontrakten entspringenden Obligationen anlangt, so sind

a. die des Empfängers möglicherweise sofortige Schulden (§ 299); möglicherweise — soferne sie (nach dem Schema *do ut facias, facio ut facias*) auf eine in *faciendo* bestehende Gegenleistung, oder nach Art der genannten Realkontrakte auf Restitution gehen — Verbindlichkeiten, in Ansehung der künftig etwa zu prästirenden Verschuldungen oder Eingänge aber zunächst überall bloße Haftungen. Bloße Haftungen sind sie auch als *obligationes dandi* oder *restituendi* bis auf weiteres dann, wenn das *dare* oder *restituere oportere* von irgendwelchen Eventualitäten abhängt 10). Für was für Verschuldungen gehaftet werde, und wer die Gefahr des Zufalls trage, entscheidet sich nach dem Muster des dem ungenannten Kontrakte zunächst liegenden genannten Kontraktes 11).

b. Seitens des Gebers, überhaupt dessen, der unter Auflage einer Gegenleistung oder Restitution mit einer Leistung vorangeht, entsteht wenigstens nach heutigem Rechte überall und so nothwendig als auf Seite des Empfängers eine Obligation; denn wenigstens nach heutigem Rechte ist der ungenannte Realkontrakt in allen Fällen als *b. f. negotium* zu erachten, mithin den Geber *z. c.* jedenfalls zur Einhaltung der

9) Aus *l. 1 pr. D. de aestimatoria 19, 3 l. 13 pr. D. h. t. l. 44 D. pro socio 17, 2 l. 17 §. 1 D. h. t.* setzt sich folgende Definition desselben zusammen: *Si rem aestimatam vendendam tibi dedero, ut aut eandem mihi afferres, aut pretium, quove pluris vendidisses tibi haberes.* Vgl. meine „Kritische Blätter, No. 1 (zu Chambon, Beiträge zum Oblig. R. I.) S. 18.

10) *z. B.* das *experiendum dare ut si in triduo displicuissent, redderes* — *l. 20 pr. D. h. t.* oder die *datio areae ut insula aedificata partem mihi reddas* — *l. 13 §. 1 eod.* — oder das *quaestionis habendae causa aestimatum dare* in *l. 8 eod.*

11) Dies zeigt sich namentlich darin, daß diese Haftung und Gefahr aus dem Trödelkontrakte verschiednen ausfällt, je nachdem er *emtionem venditionem*, oder *Mandat*, oder *Societät z. c.* imitirt: *l. 17 §. 1 D. h. t.* — *si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum etc. l. 11. pr. D. r. cr. 12.1 Paul. R. S. II, 4 §. 4.* hinwider *l. 1 §. 1 D. aestim. 19, 3;* zum Theil denselben Anhalt, zum Theil die gemeinen Anhaltspunkte des *mea causa, tua causa* in Betreff anderer Fälle *l. 17 §. 2 §. 3 §. 4 l. 5 § 1 l. 20 §. 1 §. 2 l. 23 l. 24 D. h. t. Krit. Bl. a. a. D. S. 37. 5.*

bona fides obligierend ^{11a}). Hierzu können je nach der konkreten Art des Geschäftes, indem es in Depositum etc., Kauf etc. hineinspielt, Obligationen wegen etwaiger Auslagen ¹²), Eviction ¹³), Mängel der Sache ¹⁴) kommen. Abgesehen von dem Falle, da der Geber etc. sofort beim Kontrakte selbst gegen bona fides verstößt und damit sofort verschuldet und schuldig wird, sind diese Obligationen vorerst bloße Haftungen.

3. Zu klagbaren Obligationen, Verbindlichkeiten oder Schulden, werden

a. die bloßen Haftungen des Empfängers dadurch, daß die Eventualität, unter der allein es zu einem restituere, facere, dare oportere kommen soll, eintritt ¹⁵) — daß er in eine zu prästirende Verschuldung verfällt ¹⁶), — daß insolge des Geschäftes etwas an ihn kommt was er bedingenermaßen oder ex fide bona an den Geber etc. zu erstatten hat ¹⁷) —

b. die bloße Haftung des Gebers dadurch, daß er den

11a) Vgl. unten Num. 23 vgl. l. 1 §. 1 D. de aestimatoria 19, 3 — est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in b. f. iudiciis diximus.

12) arg. l. 5 §. 4 D. h. t. — quamvis et impendia sequantur —

13) l. 5 §. 2 in f. D. h. t.; §. 280 Num. 9.

14) l. 19 §. 5 D. aed. Ed. 21, 1 — Sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi; et utrumque posse ex hoc Edicto experiri — wogegen (l. 62 eod.) ad res donatas Edictum aedilium curulium non pertinere dicendum est — und (l. 63 eod.) non similiter locationes ut venditiones fiunt.

15) Vgl. oben Num. 10. Die Eventualität, unter welcher allein z. B. die Haftung für Rückgabe des Sklaven in l. 8 D. h. t. in die (klagbare) Verbindlichkeit zur Rückgabe übergeht, ist die Erfolglosigkeit der Tortur (neque de eo compertum esset). Verschieden von der Eventualität, unter der es erst zum reddere, facere, dare oportere kommt, ist die Nichtleistung eines zuvor klagbaren reddere, facere, dare, um derentwillen es nicht überhaupt erst zur Klage, sondern in römischer Weise anstatt zur Klage auf Erfüllung, zur Klage wegen Nichtleistung, Nichterfüllung kommt: z. B. l. 8 cit. — et is non redderetür l. 1 §. 2 D. h. t. — non exhibita fide (sc. restitutionis) l. 5 pr. — tu non manumisisti §. 1 — ut damneris quanti interest mea §. 4 — ego aedificavi et tu cessas — l. 7 eod. — cessaveris . . . agam p. v. ut solvas quanti interest mea l. 9 eod. — si fidem contractus non impleat, incerti a. tenebitur, so daß entweder promissa (obligatio) praestabitur, aut condemnatio sequetur (womit das liberatorische des Iudicium d. i. Zulässigkeit der Erfüllung bis zur Kondemnation ausdrücklich gewahrt ist).

16) z. B. l. 23 D. h. t. — excidit annulus et in Tiberim devolutus est . . . posse agi etc.

17) z. B. l. 24 D. h. t. — ut . . . quanto minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset . . . Titio restitueret —

Empfänger nachträglich durch unredliches Verfahren zu Schaden bringt, die zu prästirende Auslage gemacht, die der Evictionshaft unterliegende Sache evincirt wird¹⁸⁾.

4. Die diesen Verbindlichkeiten und Schulden entsprechenden, auf deren Erfüllung oder Berichtigung, besser auf das Interesse wegen Nichterfüllung (Num. 15) gerichteten Klagen erscheinen fast alle unter dem Namen einer praescriptis verbis actio. So namentlich auch die Klage, welche dem Empfänger gegen den Geber zusteht¹⁹⁾. Mit diesem Ausdrucke wechselt der einer „civilis in factum“ oder kurzweg „in factum“ actio²⁰⁾. So weit auf die besagten Verbindlichkeiten und Schulden p. v. actio ging, waren sie demnach sämmtlich civile Obligationen. Allein gleichwie diese Klage zu keiner Zeit nachweislich auf gar alle Fälle des Innominatkontractes erstreckt worden ist²¹⁾, so scheint sich die Annahme civiler Obligation auf Grund derselben überhaupt nur allmählig und aus verschiedenen Gesichtspunkten Bahn gebrochen und keinen einheitlichen Abschluß gefunden zu haben²²⁾. Als bonae fidei negotia können diese

18) 3. B. l. 5 §. 2 in f. — evictus est . . in me dandam actionem — vgl. oben Num. 11a — 14.

19) l. 7 §. 2 D. pact. 2, 14 vgl. l. 5 §. 2 in f. D. h. t. — Dies vorbehaltlich einer älteren (Julianischen) Meinung (Num. 23).

20) l. 1 §. 1 §. 2 l. 6; l. 1 pr. l. 10 D. h. t. — wo dann, weil actio civilis, die intentio also auf ein oportere konzipirt ist, daß in factum nicht auf die Intention, sondern auf die Demonstration (hier praescripta verba) zu beziehen ist (Sav. Syst. Bd. 5. S. 98, Bekker, Aktionen, I. S. 146 fgg.). Die in der Titelfrubrik neben der p. v. a. genannten in factum actiones müssen demnach prätorische, ein factum intendirende Aktionen sein — deren etwelche in dem Bereiche der Innominatkontrakte auch vorkommen: 3. B. l. 5 §. 2 in f. §. 3 D. h. t. l. 7 §. 2 D. pact. 2, 14.

21) l. 5 §. 3 D. h. t. Quod si faciam ut des, et postea quam fecissas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur — cf. l. 15 eod. — nisi si quis etc. l. 16 §. 1 eod. l. 4 C. dol. m. 2, 21 und die (prätorischen) in factum actiones der Titelfrubrik. — Wegen l. 5 §. 3 cit. s. indessen auch Num. 26 a G.

22) Einen Anhalt für civile Obligation gab in den Fällen des do ut des, do ut facias das suae rei legem dicere der XII. T. (Bruns, tab. V. 3) cf. l. 3 C. c. e. 4. 38 l. 20 §. 1 D. pact. dot. 23, 4 l. 8 in f. D. h. t. l. 48 D. pact. 2, 14, dazu in frit. Bl. Nr. 1 S. 31. Pernice, Labeo I S. 483. 10 S. 474 fgg.; — auf Fälle, da man nur im weiteren Sinne des Wortes, unter Vorbehalt von Besitz und Eigenthum, gegen Restitution, hingab, mag man die civile Obligation aus dem vorigen Grunde erstreckt haben (arg. l. 19 §. 2 D. prec. 43, 26 l. 17 §. 3 §. 5 l. 20 pr.

Kontrakte weder von jeher, noch durchweg betrachtet worden sein; um eben deswillen muß die p. v. a. lange zum Theil als *stricti juris actio* oder *condictio*, zum Theil als *bonae fidei actio* gegolten haben²³). Ediktaliter aufgestellt wurden allem Anscheine nach nur p. v. actiones aus einzelnen causis; die Vorstellung als ob eigens oder überhaupt für die Innominatkontrakte „die“ p. v. a. oder „eine“ p. v. a. aufgestellt worden sei, dürfte sich, so verbreitet sie ist²⁴), nicht bewähren; vielmehr wird in allen den Fällen, wo der Empfänger civiliter obligirt schien und „schuldig“ war oder wurde, die gemeine Schuldklage, *condictio*, und soferne diese *incerti* war, *praescriptis verbis actio* (*condictio*) zugestanden, und eine eigene Proposition von p. v. actiones nur in den Fällen stattgefunden haben, in denen man

D. h. t. — wonach auch die *in factum actio* aus dem *inspiciendum dare* in l. 23 D. h. t. eine *civilis in factum a.* sein kann — cf. l. 1 pr. §. 2 l. 10 D. h. t.). Ein anderer Grund, aus welchem später selbst in Fällen des *facio ut facias* auf civile, zugleich aber auf gegenseitige Obligation geschlossen und also b. f. *negotium* angenommen wurde, ist der des *συνάλλαγμα* (*contractus* — l. 7 §. 2 D. pact. 2, 14), mit welchem das *negotium aliquod* Ulpian's in l. 15 cf. l. 19 pr. l. 22 in f. D. h. t. identisch sein dürfte. Anstatt des *negotium* schlägt bei Paulus l. 5 §. 4 D. h. t. die Aehnlichkeit mit den civilen Konsensualkontrakten vor. Der Unfertigkeit der Entwicklung geben auch Pernice a. a. O. und Bekker, *Alt. II* S. 152 Ausdruck. Darüber, daß verschiedene b. f. actiones früher als Nichtbonae-f. Actionen bestanden, handelt Bekker selbst *Alt. I* S. 162. S. 167 und jetzt *Wlassak*, zur *Gesch. der neg. gestio* §§. 1. 2.

23) „Nach den Institutionen (§. 28 J. act. 4, 6) ist die hier erwähnte Klage *bonae fidei*,“ (*Savigny*, *Syst. Bd. 5* S. 99). Aber gerade nach den Institutionen scheint nur p. v. a. „*quae de aestimato proponitur et quae ex permutatione venit*“ *bonae fidei* zu sein. Hätte ferner Julian die Klage, welche aus dem *do ut des*, *ut facias* auf *dare, facere* zu seiner Zeit stattfand, als b. f. *actio*, jenes *negotium* mithin als b. f. *negotium* gedacht und gefasst, so hätte er gegenseitig civile Klagen zugestehen müssen, wie später *Maurician* und *Ulpian*; nun aber gibt er gegen den Geber eine prätorische *in factum actio*. Dies versteht sich leicht, wenn damals die Klage gegen den Empfänger zwar civil, aber überdies *stricti juris* (*condictio*) war. Daß von demselben Julian die Stelle herrührt, in welchem eine *condictio incerti* mit p. v. a. identifizirt wird (l. 19 §. 2 D. *prec* 43, 26), ist ein weiterer Beleg für den ursprünglich streng rechtlichen Charakter der p. v. a., und für die Gefährlichkeit der Konjekturen sowie für die Solidität der *Wommersley'schen* Kritik (vor welcher das *id est* p. v. a. in l. 19 §. 2 *cit.* unbeanstandet besteht, während man sonst wohl auch ohne die 4 Handschriften *Savigny's* ändert wie z. B. neuestens *Baron*, *Abh.* aus dem röm. *Civill. I.* die Konditionen S. 228, zuvor *Bekker*, *Aktionen I.* S. 110 *Ann.* 33).

24) vgl. neuestens wieder *Wlassak*, a. a. O. S. 80 und die dort *Agff.*

außer der *condictio* eine *b. f. actio* gewährt haben wollte²⁵⁾. Bereits vom Standpunkte der justinianischen Compilation aus aber dürfte der *Innominatrealkontrakt* in allen Fällen als *b. f. negotium* zu betrachten, die diesbezügliche *p. v. actio* also überall als *b. f. actio*, und in dieser Eigenschaft überall auch zu Gunsten des Empfängers gegen den Geber gewährt sein²⁶⁾.

25) Daß „die *condictio incerti* wie jede andere *condictio* eine abstrakte Klage ist“ (vgl. §. 296 Anm. 24), wird jetzt von Baron a. a. O. ausgesprochen und trifft mit unserer Behauptung, daß überall, wo Schulden, auch Konditionen plaggreifen, mögen sie nun *certi* oder *incerti* sein, zusammen. Allein Baron ist unter Bezugnahme auf Bekker (Mft. I. S. 111. Anm. 34) der Ansicht, daß die *incerti condictio* ohne Demonstration wie ohne *praescripta verba* konzipirt worden sei, und kommt also nothwendig zu der Behauptung, daß *condictio incerti* und *p. v. actio* zwei ganz verschiedene Dinge (§. 12 bes. S. 229 oben) seien. Hält man dem entgegen an der bisherigen (u. G. auch von Bekker a. a. O. nicht aufgegebenen) Ansicht, wornach die *incerti actiones* eine demonstratio, oder anstatt deren *praescripta verba* haben (z. B. Keller, r. Civ. P. §. 46 S. 191), fest, dann erklärt sich, daß die *actio ex stipulatu* (welche doch wohl *stricti juris* oder *condictio* ist, und einen eigenen Namen hat) eine demonstratio aufweist (Gaj. 4, 136), und daß Julian eine *incerti condictio*, die keinem eigennamigen Geschäfte entspringt und keinen eigenen Namen bekommen hat, als eine *p. v. actio* bezeichnen konnte (l. 19 §. 2 D. prec. 43, 26); denn wenn der Fall, aus welchem *incerti condictio* plaggriff, kein eigennamiger war, blieb nur die Gattungsklage mit *praescr. verbis* übrig. Ein *Innominatkontrakt*, in dem *p. v. a. ex fide bona* eigens aufgestellt wurde, ist jedenfalls der *contractus aestimatorius*: §. 28 J. act. 4, 6 l. 1 pr. D. de aestimat. 19, 3; ob auch der Tausch (§. 28 J. cit.)? Möglich, daß nachdem einmal ein Muster einer *p. v. actio ex fide bona* aufgestellt war, dieses in anderen Fällen ohne edictale Proposition nachgeahmt wurde (vgl. l. 2 §. 2 D. prec. 43, 26. Ulp. l. 9. l. 1 §. 2 eod. l. 4 C. d. m. 2, 21 l. 1 §. 2 D. h. t.).

26) So dann, wenn wir die *Mauricianische*, allem Anscheine nach recipirte *civilis incerti i. e. p. v. actio* des Empfängers gegen den Geber als *b. f. actio* betrachten dürften; war einmal das *do ut des, ut facias* als *b. f. negotium* betrachtet, welcher andere Fall des *Innominatrealkontraktes* sollte es dann nicht sein? Und wie sollen wir den *Mauricianischen*, wie überhaupt einen Kontrakt als gegenseitig denken, wenn er nicht *b. f.* ist? da „man doch ganz allgemein Gegenseitigkeit dieser Aktionenkategorie als eines ihrer charakteristischen Merkmale“ ansieht (Zimmermann, echte und unechte *neg. gestio* S. 11). — Daß l. 5 §. 3 D. h. t. nur von *de dolo actio*, nicht von *negotium* spricht, hat vielleicht doch in der Besonderheit des Falles — etwa darin, daß ausdrücklich gar nicht kontrahirt wurde — seinen Grund; die Institutionen aber (§. 28 J. act. 4, 6) reden vielleicht nur von den im Edikte aufgestellten Fällen der *p. v. bonae f. a.*, ohne sagen zu wollen, daß nur in diesen Fällen *ex fide bona p. v.* geklagt werde. In den *civiles incerti actiones* aus den Schriften der ältern Juristen (Labeo, Neratius, Julian l. 1 §. 1 l. 6 D. h. t.) dürften Ueberreste der ursprünglich überall strengrechtlichen *p. v. a.* zu erblicken sein.

Jedenfalls ist dies nach heutigem Rechte der Fall 27). Die Konkurrenz einer *condictio causa data causa non secuta* in den Fällen des *do ut des, do ut facias* ist durch das Dasein einer Klage auf Gegenleistung auch heute nicht ausgeschlossen 28).

• c. aus Quasifontrakten.

§. 320.

Ueberhaupt.

pr. — §. 4 J. de obligationibus quae quasi ex contr. nascuntur 3, 28.

Ohne Vertrag, infolge der bloßen Thatsache, daß etwas ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen gekommen ist, entstehen Schulden (§. 300); ohne Vertrag, infolge der bloßen Thatsache, daß Sachen oder Geschäfte des Einen nicht ohne rechtlichen Grund beim Anderen, aber bloß bei diesem (nicht in dessen Vermögen) sind, bestehen bloße Haftungen und Verbindlichkeiten. Der rechtliche Grund, aus welchem mit dieser Wirkung Sachen und Geschäfte des Einen beim Anderen sind, ist irgend eine freiwillige oder unfreiwillige Vertretung. Eine freiwillige, jedoch ohne Vertrag platzgreifende Vertretung ist die des *dominus* durch den *negotiorum gestor* (§. 321); eine unfreiwillige die des Mündels durch den Tutor oder Kurator (§. 322); bis auf ein gewisses aber auch die des *Kondominus* durch den *Kondominus*, des Miterben durch den Miterben, des Konfinen durch den Konfinen (§. 323). Entspringen Haftungen und Verbindlichkeiten aus der Inhandnahme fremder Sachen und Geschäfte auch wo diese nicht vertretungsweise platzgreift (i. g. *unecte negotio, quod falso tutore actum est*), so beruht dieses auf dem *argumentum a potiore*). Außerdem gibt es hier nur Obligationen, welche erst mit einer Bereicherung diesseits oder jenseits und nur bis zu dieser vorhanden, und als Schulden nach Art der *sine causa condictions* zu denken sind. Nicht mehr vertretungsweise und möglicherweise auch schon im Vermögen hat man, was in-

27) §. 228 zu Anm. 4.

28) §. 303 Anm. 14. Voraussetzung ist nur, daß die Vorausleistung nicht die Bedeutung der Erfüllung einer *consensu* kontrahirten Obligation, sondern die der *datio sub modo* gehabt habe (Anm. 1 a. G. Anm. 3).

folge der *actio ad exhibendum* vorgezeigt, allenfalls restituirt werden muß; richtiger aber liegt dieser keine, als eine Quasikontrakt-Obligation zu Grunde (§. 324).

Die Obligationen (Haftungen und Verbindlichkeiten) haben auch hier in einer Thatfache ohne Vertrag (*res*) ihre Ursache, und in Billigkeit (*aequitas*) ihren Grund¹⁾. Die Thatfache, welche die Obligirung des Definenten, Gerenten verursacht, ist aber von der Art, daß sie billigerweise auch den Prinzipal oder Genossen in eine Obligation, zunächst freilich überall in eine bloße Haftung verstrickt. Die entsprechenden Aktionen sind bei dieser Gegenseitigkeit folgerecht durchweg *bonae fidei*.

§. 321.

aus *negotiorum gestio*.

D. de neg. gestis 3, 5 C. eod. 2, 19.

Negotiorum gestor im engeren Sinne heißt derjenige, der nur gestor, nicht etwa auch *dominus* dieser Geschäfte ist, also nur wer fremde Geschäfte gerirt; der *alieni negotii gestor* nicht bloß ist (etwa blindlings ist), sondern es auch sein will, und wiederum nichts als der gestor, nicht etwa Usurpator des Geschäftes und seines Nutzens, also gewissermaßen nur „stellvertretender *negotiorum gestor*“¹⁾ sein will; endlich derjenige welcher nur *negotiorum gestor*, nicht etwa zuvor schon Mandatar, Tutor, Kurator, und nur darum und bloß folgeweise Geschäftsführer ist²⁾. Im Hinblick auf einen *negotiorum*

1) vgl. oben §. 300 S. 507.

1) ein Wort, das wir Zimmermanns L. v. d. stellv. neg. gestio 1876 entnehmen, aber im Sinne unseres § 320 über den engeren Begriff der Stellvertretung hinaus erstrecken.

2) Er ist in l. 20 C. h. t. gezeichnet als derjenige, welcher *citra mandatum* (§. 1 J. obl. quae quasi ex c. 3, 28 — *sine mandato negotium alienum sponte gerit* — *sponte* im Gegensatz zu der *necessitas muneris* (*tutoris vel curatoris*). — in Paul. R. S. I. 3 §. 3 (*Consult. III.*) als *voluntarius procurator*. In engerem und weiterem Sinne nebeneinander steht das Wort in Basil. lib. XVII tit. 2 Nr. 23: *omnes enim actiones, quae sunt ex negotio gesto, quatuor sunt: mandati, tutelae, negotiorum gestorum et protutelae*. Genauer aber ist die Mandatsfrage auch im weiteren Sinne des Wortes nicht *ex negotio gesto*, sondern *ex mandato* (*suscepto*): — *nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit* (l. 6 §. 1

gestor dieses engeren, unseren Quellen vorzugsweise vorzuziehenden Sinnes³⁾ mag schon das praetorische Edikt abgefaßt sein, welches in dem Falle da quis negotia alterius, sive quis negotia quae cujusque cum is moritur fuerint gesserit, ein iudicium verheißt⁴⁾. Hiemit ist nicht ausgeschlossen, daß der Prätor zunächst an Prozeßführung durch Procuratoren dachte⁵⁾;

D. mand. 17, 1 Ulp.), und etwas ähnliches läßt sich auch von der tutelae actio sagen, die da mit ihren Eigenthümlichkeiten von allem Anfange an nicht ex negotio gesto, sondern von dem officium tutelae ausgeht (§. 322).

3) Vgl. Windscheid §. 430 „die technische Bezeichnung“ u. Ann. 1a. Selbst Wlassak zur Gesch. der neg. g. 1879 S. 92 bemerkt, daß „der Ausdruck „neg. gestio“ zur Zeit Ulpian's nachweisbar bereits in den weitaus meisten Fällen im engeren Sinne gebraucht worden sei.“ Cicero top. 66 stellt denjenigen qui negotia aliena curasset dem cui mandatum est entgegen.

4) Eine scharfsinnige Vertretung des entgegengesetzten Standpunktes: daß das Edikt so weit gedacht als gesprochen habe, enthält das so eben citirte Buch von Wlassak (s. bel. §. 3). Daß die Rechtsbildung sonst eher vom Besonderen zum Allgemeinen fortschreitet, während sie diesmal den umgekehrten Weg gegangen wäre, verhehlt sich der Vf. nicht, und schwächt er nicht ohne Erfolg ab (S. 30-32); gewagter war es, das edictum de negotiis gestis hinter die Entstehung der tutelae und mandati actio zurück zu datiren.

5) worauf die Stellung des Edictum de neg. g. nach den s. g. Stellvertretern im Prozesse (D. 3, 3 u. 4) allerdings hinweist (Wlassak, S. 42); vgl. auch l. 1 D. h. t. — ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur. — In der That findet sich denn auch neg. g. actio zwischen dominus und procurator vor: l. 51 §. 1 D. aed. Ed. 21, 1 arg. l. 3. D. tut. 27, 3. Allein daraus darf man nicht schließen, daß neg. g. actio ursprünglich auch oder vorzugsweise „mandirter“ Geschäftsführung gegolten habe. Cicero unterscheidet ebensowohl den procurator (top. 42) als den negotiorum gestor (top. 66) vom Mandatar. So scheint folgerichtig nicht schon in der Aufstellung eines procurator (omnium rerum) als solchen ein Mandat erblickt worden zu sein (vgl. Pernice, Laeoe I. S. 493. 8.); in dem was er als procurator thut, handelt er bald mit, bald ohne Mandat (z. B. Besitz- und Eigenthumswerb: l. 13 pr. D. a. r. d. 41, 1 l. 42 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 Paul. R. S. V. 2 §. 2; Kreditirung: l. 10 §. 8 D. mand. 17, 1; Prozeßvertretung: Gaj. 4, 84 l. 25 §. 1 D. min. 4, 4). Hiernach ist es nicht auffällig, daß er bald negotiorum g., bald mandati actione haftet (l. 51 §. 1 D. aed. Ed. 21, 1); einen allmätigen Uebergang der Procuratur in das Mandat (Pernice a. a. O. S. 495. 11 a. G.) oder eine anfängliche Richtung des Edictes de neg. g. auf „autorisirte“ Geschäftsführung (Wlassak S. 40 unten) braucht man darum nicht anzunehmen. Wie der als Procurator aufgestellte Agent im Einzelnen negotiorum gestor (qui sponte gerit) sein und heißen konnte, wenn, wie zu vermuthen, in dieser Aufstellung noch kein Mandat zu den einzelnen Geschäften enthalten war (vgl. hiezu jetzt Hölder, M. Vierteljahr. N. F. Bd. V. — über Eisele's und Schloßmann's) Procuratur — S. 22), — so bekam der negotiorum gestor, welcher als Procurator nicht aufgestellt war, den Namen (voluntarius) procurator (s. oben Ann. 2). Ob derjenige, welcher

auch nicht im Widerspruch, daß ein derartiges *Judicium* aus der Geschäftsführung des Kurators platzgreift (§. 323), und daß *negotiorum gestorum directa actio* auch wider denjenigen geht, welcher das fremde Geschäft zum eigenen Nutzen übernommen. Ging *directa neg. g. actio* wider denjenigen, der nur dem Geschäftsherrn zu lieb in das Geschäft eingetreten war, so mußte sie wider denjenigen, der dies eigennützig gethan, nur um so mehr gehen⁶⁾; diese Erstreckung ist eine Folge der ursprünglich engeren Fassung und deren Probe zugleich; — das *curationis judicium* aber scheint nur ein *utile negotiorum gestorum judicium*, die Geschäftsführung des Kurators also trotz des auch auf sie passenden Wortlautes nicht auch schon im Sinne der Ediktsworte *de negotiis gestis* gelegen gewesen zu sein⁷⁾.

generale mandatum de universis negotiis gerendis bekommen (l. 25 §. 1 D. *min.* 4, 4) mit einem *o. r. procurator* identisch sei, müssen wir nach all dem fragen; wäre der Procurator, welcher dicht neben diesem Generalmandatar steht, und ihm entgegengesetzt ist, ein *omnium rerum procurator*, wie er es allem Anschein nach ist, so wäre l. 25 §. 1 *cit.* selbst ein Beweis gegen jene Identität.

6) l. 6 §. 3 D. *h. t.* — *imo magis et is tenebitur* — Zimmermann, *ächte und mächte n. g.* 1872 S. 29 setzt an die Stelle des *argum. a pot.* „praktische Angemessenheit“. „Praktische Vortheile“ der *neg. dir.* etwa anstatt *cond. s. c.* macht er mit Recht geltend (z. B. *omnis culpa*) S. 31.

7) Es fehlt allerdings nicht an einer Reihe von Stellen, in denen von *neg. g. actio* für oder wider den Kurator ohne den Zusatz *utilis* die Rede ist (l. 5 §. 6 D. *adm. tut.* 26, 7 l. 4 §. 3 l. 13 in f. D. *tut. et rat.* 27, 3 l. 7 §. 2 D. *curat. fur.* 27, 10 l. 1 C. *quod cum eo* 4, 26 — l. 3 §. 5 D. *h. t.* und l. 3 C. *transact.* 2, 4 sind neutral); allein l. 7 C. *arb. tut.* 5, 51 spricht von einem *neg. g. utile judicium*, und wenn in l. 17 C. *h. t.* die *successores curatoris neg. g. utili actione* belangt werden, so läßt sich dies nur daraus erklären, daß der *curator* selbst nur *utili a.* belangbar war. Auch die „Ähnlichkeit“, welche zwischen dem Tutor und Kurator einer- und unserem *negotiorum gestor* andererseits in l. 20 C. *h. t.* verfolgt wird, spricht dafür, daß *n. g. a.* auf den Kurator nicht direkt angewandt worden sei. In der *Digestenrubrik* 27, 3 erscheint die *curationis causa actio* denn auch allgemein als *utilis actio*. Daß man von *neg. g. actio* schlechtthin sprach, wo diese *actio* bloß *utilis* war, ist leichter denkbar, als daß man von *utilis n. g. a.* sprach, wenn sie direkt platzgriff. Oder ist *curationis judicium*, das nach *rubric. Dig.* 27, 3 „*utile*“ heißt, darum weil in l. 11 D. *auct. tut.* 26, 8 *curationis judicium* schlechtthin steht, weniger *utile*? Besondere Gründe, weshalb in l. 17 und l. 7 *cit.* und nur hier von *utilis a.* gesprochen wird (etwa daß der Fall einer *cessatio* oder Versäumung vorlag), lassen sich neben der *Rubrik de utili curat. c. jud.* nicht vermuthen. Endlich mögen die römischen Juristen selbst in der Distinction von *utilis* und *directa actio* nicht

Daneben läßt sich denken, daß man je nach Bedürfniß neg. g. actio überall gewährte, wo der Wortlaut des Edictes zuträfe; wengleich kein negotiorum gestor im Sinne des Edictes da war⁸⁾, und daß man in solchen Fällen neg. g. actio allenfalls auch direkt gewährte⁹⁾. Ein solches Bedürfniß wird überall da eingetreten sein, wo Jemand fremde Geschäfte anstatt freiwillig nothwendig, anstatt bewußt unbewußt unternommen hatte, ein Anspruch diesseits oder jenseits begründet schien, eine eigene Klage aber nicht bestand und eine andere als neg. g. nicht für nothwendig befunden wurde. Daß dies bei Geschäftsführung aus Mandat und Tutel jemals zuträfe, läßt sich nicht behaupten, da sich nicht beweisen läßt, daß hier eigene Klagen (mandati, tutelae actio) nicht eben so früh bestanden haben, als neg. g. actio¹⁰⁾; daß es aber infolge sonstiger nothwendiger Geschäftsführung der Fall war, ist im allgemeinen und im besondern bewiesen¹¹⁾; und auch darüber daß nöthigenfalls¹²⁾ bei unbewußter Intervention neg. g. actio platzgriff, läßt sich nicht hinauskommen¹³⁾.

peinlich gewesen sein: l. 47 §. 1 D. h. t. Paul. Nec refert directa quis, an utili actione agat vel conveniatur: maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum.

8) Wesentlich hierauf geht Zimmermanns Unterscheidung einer ächten und unächten neg. gestio in dem Num. 6 citirten Buche; das hieher gehörige Ergebnis seiner Untersuchung s. S. 41 unten u. fg. Mit Zimmermann thatsächlich übereinstimmend Windscheid, Pand. §. 430, Thibaut, P. §. 628, Köllner (Grundz. der n. g. obligatio S. 27 fgg., Brinkmann, Verh. der a. comm. div. u. a. n. g. zu einander S. 15, Keller, Pand. §. 318, Böcking, Inst. d. röm. Civilr. 1862 S. 158, Lothar Seuffert, d. L. v. d. Natih. d. Rechtsgeschäfte S. 15. S. 21.

9) vgl. oben Ann. 7 a. C.

10) s. dagegen Wlassak §. 6 §. 9.

11) im allgemeinen l. 3 §. 10 D. h. t. Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se neg. alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit — und dazu Wlassak betreffs ausweichender Erklärungen (S. 141—150); desgleichen l. 18 C. h. t. (vgl. denselben S. 150 fg.); — im besondern nicht nur die necessitas servilis in l. 18 §. 2 D. h. t. cf. l. 6 §. 5 l. 36 eod., und die in der Gefahr des Pfandverfalles liegende Nöthigung zur Zahlung (l. 3 C. h. t.), sondern auch die necessitas muneris (l. 20 C. h. t.), da auch die Kuratel, direkt oder indirekt, neg. g. actionem nach sich zieht.

12) vgl. Zimmermann a. a. D. S. 41 unten. — „aber nur im Nothfall“.

13) angesichts der l. 49 D. h. t.; über die Unheblichkeit von l. 3 C. r. v. 3, 32 s. Zimmermann S. 23 fg. Wenn l. 49 cit. in scheinbar dreierlei Fällen trotz mangelnden Bewußtseins des neg. alienum auf

In all dem dürfte aber nur der Anbau, nicht die ursprüngliche Anlage der *neg. g. actio* zu erblicken¹⁴⁾ und die Unterscheidung einer mit der ursprünglichen und nachträglichen *negotiorum gestio* zusammentreffenden echten und unechten *negotiorum*

neg. g. actio verweist, so geschieht diese Verweisung u. G. deswegen, weil eine andere Klage in ihnen nicht Platz greift. Daß in dem letzten der 3 in l. cit. genannten Fälle (wo der vermeintliche Erbe gegen den wirklichen Erben auf Erfaß der unbewußt für jenen gemachten Leistungen dringt) eine anderweite Klage nicht zusteht, ist gewiß. Auch daß in dem ersten Falle (wo der Käufer des Sklaven die von diesem dem Verkäufer gestohlene Sache verkauft) *neg. g. actio* nur aushilfsweise stattfindet, ist klar; denn sonst würde darauf, daß die verkaufte Sache zu Grunde gegangen, und also nicht mehr vindizierbar ist, nichts ankommen; auch würde der „echte“ *neg. gestor pretium* herausgeben müssen, ob nun die von ihm verkaufte Sache noch existirt oder untergegangen ist. Auffallend allerdings, aber auch verdächtig ist es, wenn inmitten dieser beiden Fälle *neg. g. actio directa* überall gegeben wird *si negotium quod tuum esse existimares. cum esset meum, gessisses*, scheinbar ohne Rücksicht darauf ob *alia actio* ist oder nicht ist! Ob das „ut dari deberet“ darum kein bloßes Glossen einleitet? Fehlt es doch dieser Vergleichung *ut dari deberet*) auch an der Logik, da der vorhergehende Fall selbst in die Kategorie der Fälle gehört, in denen Jemand *suum neg.* zu geriren meint, während er *alienum* gerirt. — Entgegen dem Einwand, daß im ersten Falle ja doch eine andere Klage zustehe, indem es dem Verkäufer an einer *justa causa* zum Besitze der gestohlenen Sache und zum Erlöse daraus gefehlt, der Eigenthümer also *condictionem sine causa* erworben habe (§. 302 Anm. 8 bei. S. 531 in med.; — dazu daß *titulus verus* des Erwerbs die *cond. s. c.* ausschließt s. auch noch Zimmermann a. a. O. S. 45. II. III. IV.), möchten wir es nicht so sehr mit Windscheid §. 431 Anm. 18 und Zimmermann S. 25 unten, S. 42, Anm. 59 halten, welche in der *neg. g. a.* hier nur eine andere Form der *cond. s. c.* erblicken, als mit Cujacius (Tract. ad Afric. h. l.) der sich auf den Standpunkt des Klägers stellt, und jenachdem dieser das Geschäft als für ihn gut betrachtet, *neg. g. actionem*, sonst *condictionem s. c.* postulirt. Einen Beleg dafür, daß hier ein „unechter“ Fall der *n. g. a.* vorliegt, gibt l. 22 §. 10 D. mand. 17, 1., wo im Falle unbewußter *alieni neg. gestio* anstatt der direkten *contraria* eine *utilis* (in *factum*) *actio* vorkommt.

14) Ein Beleg hierfür ist u. a. darin zu erblicken, daß die Statthaf- tigkeit der *neg. g. a.* bei der freiwilligen Geschäftsführung nicht erst behauptet zu werden braucht, wohl aber bei der nothwendigen (l. 3 §. 10 cit.) — daß Ulpian die *neg. g. actiones* als für den Fall der auftraglosen Geschäftsführung eingeführt bezeichnet (l. 5 pr. D. o. e. a. 44, 7); — daß das *scientem suum n. gerere* von Julian als Voraussetzung auch der *n. g. a. directa* bezeichnet wird (l. 6 §. 4 D. cf. l. 14 C. h. t. l. 22 §. 10 in f. D. mand. 17, 1 l. 20 C. fam. herc. 3, 36 Zimmermann a. a. O. S. 18—23.) — Ganz entgegen Wlassak (s. oben Anm. 4), halb die weitverbreitete Ansicht, daß *directa n. g. actio* von allem Anfang an anders begründet gewesen sei, als *contraria* — sie durch jede faktische, diese durch spontan-gewollte Glück, Buchta, Chambon, *neg. g.* §. 4, Rühstrat, Arch. f. civ. P., Arndts, Bangerow und besonders Aarons Beitr. z. L. v. d. n. g. I. S. V.).

gestio¹⁵⁾ überdies dadurch begründet sein, daß in den Fällen der letzteren Art bald nur *directa actio*, bald die beiderseitigen Klagen nur mit Einschränkung, bald wenigstens *contraria a.* nur mit Einschränkung stattfindet¹⁶⁾.

In allen Fällen setzt n. g. actio die Gestio eines fremden Geschäftes¹⁷⁾ voraus. Ob das Geschäft ein fremdes und wessen es sei, bestimmt sich bald „durch die Sache selbst“¹⁸⁾, d. i. durch den Gegenstand, oder aber durch den Zweck des Geschäftes¹⁹⁾, bald durch *Ratihabitio*²⁰⁾; letzteres jedoch nur dann, wenn das Geschäft für den *Ratihabenten*²¹⁾, und falls es eine Bereicherung für den Dritten, dessen es sachlich ist, mit sich bringt, nicht in der irrthümlichen Meinung, daß es des *Ratihabenten* sei, geführt worden ist²²⁾. Umsomehr

15) Zimmermann a. a. D. S. 7.

16) s. unten Nr. 2 a—f.

17) Die diesbezügliche „äußerst sorgsame“ Dogmengeschichte s. bei Arons a. a. D. Gegen dessen eigene Formel und gegen diesfällige Formulierungen überhaupt Windscheid §. 430 Anm. 1, welcher selbst das *alienum n.* durch „thätig werden in fremden Angelegenheiten“ nur wiedergibt.

18) „*re ipsa*“ — „*ipso gestu*“ l. 6 (5) §. 11 (§. 13) D. h. t.

19) durch den Gegenstand des Geschäftes, insoweit dieser in das Vermögen des Gerenten selbst, oder eines Dritten und wessen er fällt, mag das Geschäft nun eine gemeine Handlung (*insulam fulcire*: l. 10 §. 1 D. h. t. *rem fructuariam reficere*: l. 48 D. usfr. 7, *rem perferendam accipere*: l. 6 §. 2 D. h. t. *tam filium quam familiam ejus exhibere*: l. 34 D. l. 11 C. h. t.), oder ein Rechtsgeschäft sein (*debitum solvere*: l. 12 l. 16 C. h. t. l. 52 pr. l. 43 l. 45 §. 2 l. 49 D. h. t. *debitum exigere*: l. 23 l. 6 §. 9 eod. *litem agere*: l. 31 §. 2 §. ult. D. h. t.); — durch den Zweck des Geschäftes, je nachdem es im Interesse der eigenen oder einer fremden, und wessen Person oder Habe unternommen wird, wie z. B. das *necessario rem emere*: l. 22 D. h. t. das *pecuniam dare ne occideretur etc.* l. 6 §. 8 l. 1 l. 3 §. 9 eod. l. 37 D. usur. 22, l. das *damni infecti cavere* l. 40 l. 41 l. 6 §. 1 l. 46 pr. §. 1 eod. die *redemptio ab hoste* l. 21 pr. eod. Möglicherweise ist ein und dasselbe Geschäft dem Gegenstande (der Sache) nach des Einen, seinem Zwecke nach eines Andern: z. B. *pupillare negotium*, das von einem Dritten dem Tutor zu Lieb (*ne tutelae iudicio teneatur*) gerirt wird (l. 5 (6) §. 2 (pr.) D. h. t.; ein Geschäft des T., welches Gerent unter den Geschäften des S., und für diesen gerirt (l. 31 (32) §. 1 D. h. t.). Weiteres hierüber unten 2. d. und Anm.

20) l. 5 §. 12 (l. 6 §. 10) D. h. t. — *alienum negotium gestum est, sed ratihabitio efficit ut tuum negotium gestum videatur* — cf. §. 11 (9) eod. — *nullum negotium tuum gestum est . . sed ratihabitio . . fecit tuum negotium.*

21) — *tua contemplatione gestum*: l. 5 (6) §. 9 (11) in f. eod.

22) Auf diesen Fall ist — in Vergleichung mit l. 5 (6) §. 12 (10)

kann man durch *Mandat* ein fremdes Geschäft zu dem seinigen machen²³); allein niemals greift dann zwischen dem Mandanten und Gerenten u. g. *actio* platz²⁴), während *Ratihabition* umgekehrt keine *mandati actio* erzeugt²⁵). Uebrigens kann *Ratihabition* auch zu Geschäften hinzutreten, welche schon *re ipsa* des *Ratihabenten* waren; hier macht die *Ratihabition* das Geschäft nur mehr zum gewollten des *Ratihabenten*, nicht erst zum Geschäfte des *Ratihabenten*; daß es gewollt ist, bewirkt *Indemnität* für den Gerenten in dem Falle, da es schlecht geführt ist, vorausgesetzt nur, daß die *Ratihabition* nicht arglistig erwirkt wurde²⁶); daß es gewollt ist, bewirkt rechtlichen Erfolg

— des *Pedius* Satz, daß *quod alii acquisitum est ipso gestu*, nicht *tuum negotium* werden könne — zu beschränken. *arg.: cum te heredem putarem — hoc facto meo alter locupletatus . . . sit.*

23) indem das *Mandat* zu einem Geschäfte erteilt wird, das nicht *re ipsa* des Mandanten ist: 3. *B. l. 3 §. 11 l. 20 (21) §. 3 l. 27 (28) D. h. t.*

24) — ein anderes ist das Verhältniß zwischen dem Mandanten und demjenigen, dessen Geschäft mandirt wird; dieses kann ebensowohl das der *negotiorum gestio* als abermals *Mandat* sein (*Num. 82*). Hievon mehrere unten *Nr. 2f.*

25) *l. 5 §. 11 §. 12 (l. 6 §. 9 §. 10 D. l. 9 l. 19 C. h. t. cf. l. 8 (9) D. h. t. l. 3 C. r. v. 3, §2 l. 20 C. fam. h. 3, 36.* Die Schwierigkeit, welche hiegegen aus *l. 60 D. r. j.* erwächst (*sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione*), bietet all den Lösungsversuchen, welche bei *L. Seuffert a. a. O. S. 49—52* zusammengestellt sind, Trost. Jedenfalls spricht die Stelle nur von *contraria actio*; *mandati directa* mußte schon der infamirenden Wirkung halber ausgeschlossen sein. Auch handelt sie von einem Geschäfte, welches schon *re ipsa*, und zwar seines Zweckes halber (als *Intervention*) des *Ratihabenten* war, mithin *negotiorum g. actionem* auch ohne die *Ratihabition* nach sich zog (vgl. den Text zu *Num. 26. 27*). — Dürfte man in dem zweiten Satze (*sed et si quis*) trotz dieser Subjektö-Neuerung den Fall des ersten Satzes (*si quis*) *non prohibet pro se intervenire (mandare creditur)* voraussetzen, dann wäre die *Mandatsklage* auch für den zweiten Satz erklärt: als ob es hieße: *sed et si quis qui non prohibuit pro se intervenire, ratum habuerit, q. g. e., o. m. a.* — so daß der Sinn der wäre: Wer der für ihn stattfindenden *Intervention* nicht in den Weg tritt (da er ihr in den Weg treten könnte), bleibt der hiedurch wider ihn begründeten *Mandatsklage* verhaftet, auch wenn er (*sed et si quis*) nachher noch ausdrücklich genehmiget, während wenn kein *Mandat* vorausginge nur *n. g. a.* platzgreifen könnte. — Daß *ratihabitione mandato comparatur* (*l. 12 §. 4 D. solut. 46, 3*) beweist nicht, daß aus beiden Handlungen dieselbe Klage entspringe: s. unten *Num. 29.*

26) *l. 8 (9) D. h. t. Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, neg gestorum te mihi non teneri — . . . si dolus malus a te absit.*

des Geschäftes, wenn es diesen ohne den Willen des Geschäftsherrn nicht haben konnte²⁷). *Negotiorum gestorum obligatio* wird auch durch die Indemnitätsertheilung nicht aufgehoben, weder n. g. o. des Gestors in Ansehung dessen, was aus dem Geschäfte an ihn gelangt ist, noch n. g. o. des Geschäftsherrn in Ansehung dessen, was der Geschäftsführer aufgewendet hat²⁸); eine *mandati obligatio, actio* wird durch *Ratihabition* auch hier nicht bewirkt²⁹).

27) z. B. Befreiung des Schuldners, von dem eingenommen oder beigeschrieben wurde, l. 23 (24) D. l. 9 C. h. t. l. 3 C. contr. stip. 3, 38; Veräußerung der Sache, welche verkauft und tradirt wurde: l. 3 C. r. v. 3, 31 l. 20 C. fam. herc. 3, 36. Ueberall hier handelt es sich um „Verfügungen über das Vermögen des Geschäftsherrn“, welche ohne *Ratihabition* des letzteren nicht rechtswirksam, ob aber ohne dieselbe auch nicht zur Grundlage einer *neg. g. a. directa* werden können, wie Windscheid §. 430 zu Num. 10 sagt? *Da re ipsa* immerhin des Gläubigers, Eigenthümers zc. Geschäft geführt ist, möchte man n. g. a. *directam* zulassen, und in der Anstellung der Klage selbst die *Ratihabition* erblicken. l. 62 D. solut. 46, 3 in fin. kann man hiegegen nicht anführen; diese Stelle handelt von dem Fall, da der Gläubiger zuvor *ratum non habuit*, und dann wider den Ererenten (*Ration*) klagen will. Einzuräumen ist, daß die einschlägigen Stellen fast alle eine *ratihabition* voraussetzen: l. 9 C. h. t. l. 5 (6) §. 11 (9) §. 12 (10) l. 14 C. cond. e. d. 12, 4 l. 80 §. 5 bes. in fin. D. fart. 47, 2; l. 3 C. r. v. 3, 32 l. 20 C. fam. herc. 3, 36; allein l. 19 C. h. t. spricht so, als ob die *Ratihabition* in der Klage selbst liegen könnte (*neg. g. actione ratum faciens venditionem agere potest*).

28) Die Frage des Pomponius (l. 8 (9) D. h. t. ob im Falle schlechter *Gestio* (l. 9 cit.) nicht eine *Pendenz* der n. g. *actio* bis zur *Ratihabition* angenommen werden müsse — weil n. g. *actio* d. i. das *ex neg. gesto* erwachsene *debitum*, wenn einmal entstanden, durch bloße *voluntas* nicht mehr zu beheben sei — beantwortet *Scævola* (*ibid.*) dahin, daß der Wegfall der *neg. g. actio* nur den der *directa* wegen schlechter *Gestio* bedeute, daß im Uebrigen die *Obligationen* aufrecht bleiben, und daß jener auch ohne die *Supposition* einer *Pendenz* zu rechtfertigen sei, weil Anstellung der Klage wegen schlechter *Gestio* nach erfolgter *Ratihabition* eine *Reprobation* der *Approbation* und darum unstatthaft wäre.

29) l. 8 cit. in fin. — *utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem neg. g. actio* l. 20 C. fam. herc. 3, 36 — *mandati, si praecessit, coheres venditoris agere potest, vel neg. g. si ratam fecerit venditionem* — cf. l. 19 C. l. 5 §§. 11, 12 (l. 6 §. 9 §. 10) D. h. t. Nicht entgegen steht, daß *ratihabition* *mandato comparatur* (l. 12 §. ult. D. solut. 46, 3 l. 1 §. 14 cf. l. 3 §. 10 §. 11 D. de vi 43, 16); denn *Mandat* und *Ratihabition* können in vielen Punkten gleichgehalten sein, ohne daß deswegen *mandati actio* im Falle der *Ratihabition* platzgreifen hat (z. B. ll. *citt.* l. 3 §. 2 D. jud. solvi 43, 7 l. 1 pr. D. appell. 19, 5 l. 152 §. 2 D. r. j. c. 10 in 6to 5, 13); müßte ja sonst umgekehrt im *Mandatsfalle* auch n. g. *actio* platzgreifen, gegen l. 6 §. 1 D. mand. 17, 1. Wegen l. 60 D. r. j. 50, 17 s. Num. 25.

Was nun die der auftraglosen Geschäftsführung entspringenden Obligationen anlangt, so können solche bei ihrer realkontraktlichen Grundlage (§. 320 Anm. 1. §. 249 S. 147)³⁰⁾ diesseits wie jenseits nicht vor der Inhandnahme des Geschäftes platzgreifen, und unterscheiden sie sich an erster Stelle hiedurch von den Obligationen aus dem Mandat, und späterhin auch von denen aus der Tutel. Vorausgesetzt ist überdies, daß die Geschäftsführung entweder 1. nach dem Sinne des Edictes bewußt und spontan in fremder Sache und für den Dritten platzgreife, oder daß 2. einer der Fälle vorliege, da nach dem Buchstaben des Edictes direkt, oder wegen Abweichung vom ursprünglichen Sinne desselben nur *utiliter n. g. actiones* zugelassen sind. Vorausgesetzt nun, daß die Geschäftsführung

1. nach dem ursprünglichen Sinne des Edictes bewußt und spontan in fremder Sache und für den Dritten platzgreift, Gerent also nur Geschäftsführer sein will³¹⁾, ebensowenig gegen den Willen des Geschäftsherrn als aus Auftrag desselben³²⁾,

30) *Wlassak a. a. O. §. 6.* Die Grundlage ist durch die Konstruktionen einer Willensgemeinschaft oder gar eines Vertrags, wie sie zur Definirung des *utile gestum* unternommen wurden (Ruhstrat, *Arch. f. civ. P. Bd. 32 §. 4*, Dankwardt, *neg. g. §. 20 §. 21*, Chambon, *n. g. S. 51 fg.*, Leist, *civ. Stud. Heft 2 §. 48* und unten Anm. 33 S. 642), angegriffen, aber nicht überwunden worden. So wenig in *L. 1 D. relig. 11, 7* der Wille des Todten, so sehr das *factum* oder die *res des funus* der obligirende Grund für die *funeraria actio* ist, so sehr ist die Gestion in ihrer vollen Einseitigkeit der obligirende Faktor, der Wille des *Dominus* dagegen ein Moment, welches *n. g. actionem* ausschließt (als Prohibition — Anm. 51 —, als Preisgebung des Geschäfts — Anm. 33, 2), oder welches als Ursache eines gewissen Wirtschaftssystems an dem Gerent nichts neuern darf (Anm. 33, 2; 39), oder welches, ohne Mandat zu sein, das Geschäft, welches außerdem kein Geschäft dessen wäre, für den gehandelt wird, oder kein *utile gestum*, zum Geschäft desselben erhebt, oder als *utile gestum* erscheinen läßt, und also *n. g. actionem* mittelbar begründen hilft (*L. 30 (31) pr. l. 45 (46) pr. D. h. t.*), oder welches als *Natishabition*, mithin nicht als Mandat oder Vertrag fungirt (Anm. 25, 29). Nicht ganz so Windscheid §. 430 zu Anm. 18 und Anm. 17.

31) nicht Selbstinteressent: vgl. oben zu Anm. 1 und *L. 18 (19) §. 2 D. h. t. — gerendi negotii mei habuit affectum — arg. l. 5 §. 5 (l. 6 §. 3) eod. — negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa —*

32) Gegen den Willen des Herrn handelt, wer wider dessen ausdrückliches (*L. 7 (8) §. 3 D. l. ult. C. h. t.*) oder stillschweigendes Verbot handelt; im Auftrage des Herrn handelt nicht nur, wer auf dessen ausdrückliches Mandat, sondern auch wer auf dessen stillschweigende Zulassung hin handelt (*L. 60 D. r. j. 50, 17 Anm. 25*). Der Hauptfall, in dem man in die Lage

überdieß in dringender Noth³³⁾ und auf Rechnung des Her-

kommt, weder gegen den Willen noch ex mandato des Geschäftsherrn zu handeln, ist der seiner Abwesenheit; *absentium utilitas, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur etc.* wird als Motiv des Ediktes hingestellt (l. 1 cf. l. 2 D. h. t. dann §. 1 J. oblig. q. quasi ex c. 3, 28 und l. 5 D. o. e. a. 44, 7 und j. B. l. 1 pr. D. q. m. p. s. 20, 6 *Debitoris absentis amicus negotia gessit*; vgl. Dankwardt, die neg. g. 1855 §. 10); allein in dieselbe Lage kann man auch bei Anwesenheit desselben kommen: *si furiosi negotia gesserim* (l. 3 §. 5 D. h. t.) — *impuberis* (l. 2 C. h. t.) — *ignorantis* (l. 31 (32) §. 1 l. 47 (48) D. h. t.) — wenn das Mandat an einen Dritten erging (l. 30 (31) pr. l. 45 (46) pr. §. 1 D. h. t.) oder keine Rechtskraft hatte (l. 18 (19) §. 2 eod.). Daß das Geschäft ein vom Herren gewolltes ist, schließt n. g. a. nicht aus, wenn der Wille nur kein Mandat ist: arg. l. 30 l. 45 §§. 1. 2. cit.; darum schließt auch Ratihabition die Klage nicht aus: Num. 25. 29. 30.

33) Die *urgentes necessitatis rationes*, von denen l. 2 C. h. t. spricht, sind 1. subjektive: a. aus der Person des *dominus negotii*, indem er durch Abwesenheit oder sonstwie (Num. 32) selbst eingzugreifen verhindert, oder sein eigenes Eingreifen vereitelt und für seine Vertretung nicht schon anderweitig (Tutel, Kuratel), insonderheit auch nicht derart gesorgt ist, daß ein Anderer *donandi animo* zu greifen im Begriffe steht (l. 2 in f. C. h. t. vgl. l. 5 (6) §. 14 (12) D. h. t.) Ohne diese subjektive Nothwendigkeit ist die Gestion durch Dritte eine unberufene (im Gegensatz zu der erlaubten ungerufenen von Leiß, civil Studien auf dem Gebiet dogm. Analyse, Heft 2. „das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten“); — b. aus der Person des Geranten (*servilis necessitas etc.* Tutel, Kuratel). Inwiefern trotz dieser Nothwendigkeit, also in Ermangelung der Spontaneität der Gestion n. g. a. stattfinden, s. oben zu Num. 7. 11; eine Beschränkung der n. g. actiones greift, wo diese der Unfreiwilligkeit ungeachtet stattfinden, nicht platz, mögen sie nun *directae* oder *utiles* gewesen sein; — 2. objektive — *res necessaria* (l. 9 (10) §. 1 l. 5 (6) §. 8 (§. 6) l. 21 (22) l. 26 (27) §. 1 l. 45 (46) pr. D. h. t.) — so daß das Geschäft als solches ein nothwendiges sein muß. Der Streit, ob nicht gleichwol ein nütliches Geschäft genüge (Wächter, Arch. f. civ. P. XX. 11). ist dadurch veranlaßt, daß n. g. a. mehrfach durch ein *utiliter gestum* bedingt erscheint. Allein hie- mit ist in den betreffenden Stellen vielmehr eine Steigerung als ein Nach- laß von dem Erforderniß der Nothwendigkeit enthalten, indem ein Geschäft an sich nothwendig, aber von seinem Herren selbst aufgegeben sein kann, von einem Dritten gerirt also beschwerlich (*oneratura*) würde, wenn er es bezahlen müßte (l. 9 §. 1 cit.), — ferner das Geschäft nicht bloß in seiner Unternehmung nothwendig, sondern auch der Ausführung nach ersprießlich sein muß: (l. 2 D. h. t. — *si utiliter gessit* — *utiliter in rem impendit* — l. 2 C. h. t. — *si negotia eorum urgentibus necessitatibus* (objektive wie subjektive) *utiliter gerantur*. Nur wo man in eine ganze Ver- mögens- oder Gütsverwaltung eintritt, muß im Detail auch bloß nütliches in Anschlag kommen; dieses jedoch nur insoferne als das bloß Nütliche kein *Novum* ist; der Gesichtspunkt des Hergebrachten und Neuen überragt hier den des Nothwendigen und Nütlichen (l. 10 (11) D. h. t. Weiteres hierüber unten Num. 88. 89, ferner l. 13 §. 1 D. usur. 22. 1). — Nicht selten läßt man das Requisite des Nothwendigen ganz fallen, stellt alles auf das *utile gestum* ab, und findet dieses bald da, wo dem Herren

ren³⁴⁾ handelt, greifen mit der Inhandnahme des Geschäftes³⁵⁾

eine nothwendige Ausgabe erspart (Jakobi, Rechtsbegriff der Bereicherung, Jher. Jahrb. f. D. Bd. 4 S. 222), bald da, wo eine Ausgabe gemacht ist, die der Herr auch gemacht haben würde, oder die „im Interesse des Geschäftsherren“ gemacht ist (Windscheid §. 430 Anm. 17), bald da, wo Gerent annehmen durfte, daß der Herr im Nichtverhinderungsfalle ebenso gehandelt haben würde (Sturm, das neg. utiliter g. 1878 S. 150). Indessen ist im Falle des Mißerfolgs dem Herren nichts erspart, und *actio contraria* gleichwohl möglich (l. 9 (10) §. 1 in f. D. h. t.), und kann gespart und im Sinne und Interesse des Herren gehandelt sein, wo etwas bloß Nützliches gethan ist, während *res necessaria* Bedingung wenigstens der vollen n. g. obligatio ist. (Gegen Sturm s. insb. Ruhstrat, M. Viertelj. N. F. Bd. 2 S. 365–374; über den Zusammenhang dieser Definitionen mit den Theorien vom fingirten oder Vertragswillen s. oben Anm. 30). — Das Erforderniß der Nothwendigkeit erstreckt sich schließlich auch noch auf das Maß des Aufwandes: *si plus quam oportet impenderit, recipiatur eum id quod debuerit* — l. 24 (25) cf. l. 30 (31) §. 4 D. h. t. Nothdurst aus der Person des Dominus und Nothwendigkeit in der Sache sind ursprüngliches Erforderniß; in der Person des Gerenten umgekehrt Freiwilligkeit; hier aber Ausdehnung. — Schadet der zufuelle Mißerfolg dem Gerenten nicht, so hilft ihm die bloß eingebillete *utilitas* nichts: l. 9 (10) in f. D. h. t. Windscheid §. 430 Anm. 21.

34) Dieses ist nicht der Fall, wenn er *donandi animo* handelt (l. 4 D. l. 12 C. h. t.), *pietatis respectu* (l. 1 l. 11 l. 15 C. l. 26 (27) §. 1 D. h. t.), *amicitia ductus* (l. 43–44) D. h. t.); wobei zu bemerken, daß *pietas* und *amicitia* hier nur insoferne in Betracht kommen, als sie einen *animus donandi* involviren; man kann *Pietät* und *Freundschaft* üben, nebst dem daß man sein Geld wieder haben will (arg. l. 5 (6) §. 8 (6) l. h. t. l. 14 §. 7 D. relig. 11, 7). Also nur der *animus donandi* schließt die zur n. g. a. *contraria* nöthige Willensrichtung aus. Auf Rechnung des Herren dagegen handelt, wer *eo animo* gerit, ut *aliquem sibi obliget* (l. 14 §. 1 l. 29 pr. D. comm. div. 10, 3 l. 18 (19) §. 2 D. h. t.). Ein solcher scheint uns aber auch derjenige zu sein, welcher durch die Gestion eine Schuld an den Herrn abtragen will. Oder kann er dies anders als vermittelst Kompensation und also vorgängiger Obligirung des Herrn? wenn nicht, so hat er auch im Falle irthümlicher Schuldannahme keine *ind. condictio*, sondern die n. g. a. *contraria* S. dagegen Windscheid §. 430 Anm. 15.

35) deren Definition eben so wichtig als bestritten ist (Ruhstrat, z. E. v. d. n. g. in den Jhering'schen Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 227 — S. 238). U. E. darf man aber z. B. die Reparatur eines Hauses nicht erst in dem Augenblick unternommen denken, da dasselbe gestützt u. wird, sondern mit jeder Handlung, welche dieselbe zum Zweck hat, also auch schon mit den vorbereitenden Handlungen, also gegen Ruhstrat, und mit Leist a. a. O. S. 94 fg. S. 158 fg. Stinzing, Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3 S. 175. Jakobi, Jher. Jahrb. f. D. Bd. 4 S. 215 fg. namentlich in der Beschaffung der zu dem Geschäfte nothwendigen Mittel, insonderheit in der Aufnahme des dazu nothwendigen Geldes (l. 21 (22) D. h. t.). Die Aufnahme von Geld steht denn auch schon dem Aufwande auf das Geschäft gleich (l. 2 D. h. t. — *impenderit vel ipse se in rem absentis alicui obligaverit* — Anm. 38). Ob das also begonnene Geschäft

sofort und beiderseits Obligationen platz; sofort bloße Haf-
 tungen³⁶⁾: des Geschäftsherrn für volle Deckung³⁷⁾ des Ge-
 schäftsführers³⁸⁾, des Geschäftsführers für ersprießliche und
 sorgfältige Gebarung³⁹⁾, sowie für Restitution alles dessen, was
 aus dem Geschäfte an ihn kommen sollte⁴⁰⁾; dadurch daß der

auch *utiliter coeptum* (l. 9 (10) in f. D. h. t.) und ob es auch in der
 Folge *utile gestum*, und etwa *blos eventu (casu) inutile* sei, ist eine an-
 dere Frage (Ann. 33 S. 642).

36) arg. l. 2 D. h. t. — *eo casu (si quid impenderit etc.)
 nascitur actio*; etwas ist *actione nondum nata* bereits in *rerum
 natura*: die *obligatio* als bloße Haftung nämlich. Ferner muß dem Ge-
 stor *praestari, quidquid eo nomine abest vel a futurum est*; — die (ge-
 gegenwärtige) Præstition eines erst möglichen künftigen Schadens kann aber
 nur in Verwahrung der quasikontraftlich vorhandenen Haftung in eine,
 allenfalls *jussu judicis* zu stipulirende, Kaution bestehen (§. 336).

37) volle Deckung (des *quidquid abest*) im Gegensatz zu der auf jen-
 seitige Bereicherung beschränkten Deckung (s. unten Nr. 2)

38) arg. l. 2 D. h. t. — *quidquid utiliter* (Ann. 33) *in rem ejus
 impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit,
 habet eo nomine actionem* — l. 9 (10) pr. l. 27 (28) eod. — *id ei
 abesse videtur in quo obligatus est* — cf. §. 321a. Ann. 2 a. G.;
 l. 18 (19) §. 4 eod. — *contra quoque usuras, quas praestavimus vel
 quas ex nostra pecunia percipere potuimus quam in aliena negotia
 impendimus, servabis n. g. a. l. 18 C. eod.* — *sumptuum factorum
 usuras praestari bona fides suasit.*

39) §. 1 J. de obl. quae quasi ex c. 3, 28 — l. 12 (11) l. 5 (6)
 §. 14 (12) D. l. 20 C. h. t. mit Nachlaß bis zur Haftung für *dolus* in
 Fällen besonders dringender und wohlgemeinter Gestion: l. 3 §. 9 D. h. t.,
 andererseits mit Steigerung bis zur Haftung für *casus* im Falle von Neu-
 erungen (l. 10 (11) D. h. t.), oder eines vorausgegangenen Gedinges (!)
 (l. 22 C. h. t.), oder eigennützigter Ausbeutung des fremden Geschäftes
 (arg. l. 31 (32) pr. D. h. t.). Daß die Obligation mit der Verschuldung
 nicht erst beginnt, wie diese Stellen sich ausdrücken, zeigt das „*quidquid
 non ut oportuit gessit*“ in l. 2 eod. Ob das Erforderniß ersprieß-
 licher Gebarung (*utiliter gerere* — Ann. 33) nicht schon in dem der
 Sorgfalt enthalten sei, kann man fragen. Keinesfalls büßt *Gerent* (außer
 dem Falle der l. 10 und l. 22 cit.) auch den Mißerfolg, für den er
 nicht kann (*habere n. g. a. si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit
 secutus*: l. 9 (10) §. 1 in f. l. 21 (22) l. 36 (37) D. überhaupt l. 22
 C. h. t. l. 36 §. 1 D. h. t.), vorausgesetzt nur was überall zum vollen
 Effekt der n. g. mitgehört: daß *Gerent* sich auf das Nothwendige und in-
 nerhalb einer Vermögens- oder Güteradministration auf das Hergebrachte
 beschränkt hat (l. 10 (11) D. h. t.). Vgl. oben Ann. 33 a. G. und un-
 ten 2. g.

40) argg. l. 2 D. h. t. — *quidquid . . . ex his negotiis retinet* — l. 9
 eod. — *quid fiet si a debitore meo exegerit et probaverim? quemad-
 modum recipiam?* l. 18 (19) 4 eod. *Non tantum sortem, vel etiam
 usuras ex aliena pecunia perceptas n. g. judicio praestabimus, vel
 etiam quas percipere potuimus* — l. 30 (31) §. 3 eod. — *ejus sc. pe-
 cuniae (usuras), quae purgatis necessariis sumtibus superest.* l. 36 (37)
 §. 1 l. 37 (38) D. l. 20 C. h. t. cf. l. 13 §. 1 D. usur 22, 1. Daß

Geschäftsführer im Verlaufe des Geschäftes sein Eigen oder seine Person wirklich daransetzt, geht die Haftung für Deckung — dadurch daß er aus Ungeschick oder Mangel an Sorgfalt den Herren in Nachtheil bringt, geht seine eigene Haftung in Schuld — dadurch daß er aus dem Geschäfte zu Besitz oder Erwerb kommt, oder während er hätte kommen sollen nicht kommt, geht dieselbe in Verbindlichkeit oder Schuld über, und entsteht dort *contraria*, hier *directa n. g. actio*⁴¹⁾. Beide Klagen greifen zwischen dem Gerenten und demjenigen, dessen das Geschäft ist, statt, wengleich Gerent einen Anderen für den Geschäftsherrn gehalten hat⁴²⁾; oder aber gegen denjenigen, der das Geschäft durch Ratihabition zu dem seinigen gemacht hat⁴³⁾. Auf einen der Fälle da das Geschäft ein fremdes, zugleich aber nullius ist, hat das Edikt selbst noch Rücksicht genommen: auf den Fall nämlich, da das Geschäft zu einer *hereditas jacens* gehört⁴⁴⁾; hier ist zunächst diese, dann der Erbe obligirt. Entsprechendes muß überall gelten, wo für ein Gemeinwesen oder sonst einen mit Vermögen dotirten oder zu dotirenden Zweck gehandelt wird.

Die hier genannten Obligationen treten in vollem Umfange ein, woferne nur die obenerwähnten Voraussetzungen der vollen oder echten *neg. gestio* erfüllt sind; der Umstand, daß der Geschäftsherr unmündig ist, sollte am Wesen der Sache nichts ändern⁴⁵⁾; denn nicht auf dem Willen des Geschäfts-

das *restituendum* aus dem Vermögen des *Dominus* komme, ist nicht notwendig: l. 7 (8) §. 1 l. 22 (§. 23) D. h. t. Windscheid §. 430 Anm. 9. Doch versteht sich l. 22 cit. nur von einer Gesamtgeschäftsführung oder aber von dem Falle erfolgter Ratihabition.

41) s. die Anm. 39 u. 40 citt. II.

42) l. 5 §. 1 §. 10 (6 §. 8) D. h. t. Hieher gehört auch l. 25 (26) eod.; vgl. Zimmermann S. 39 gegen Windscheid §. 431 Anm. 8; — ferner l. 14 §. 1 D. comm. div. 10, 3, u. C. auch l. 44 (45) D. h. t., in der wir, gegen Zimmermann S. 73, weder Grund noch Anhalt für eine *inechte n. g. a. contr.* erblicken. — Wegen l. 30 (31) §. 1 s. unten 2. d. Anm. 70.

43) s. oben Anm. 20 – 22.

44) l. 3 pr. und dazu die *negotia hereditaria* in l. 21 (22) D. h. t.

45) wogegen Windscheid §. 430 a. C. „Handlungsunfähige Geschäftsherrn haften überhaupt nur bis zum Belange der noch jetzt vorhandenen Bereicherung“. Weiteres unten Anm. 47.

herren, sondern auf der Thatsache (res) der Gestion beruhen diese Obligationen (Num. 30). Wohl dagegen mag

2. unter den Fällen in welchen zwar dem Buchstaben nach alterius negotia gerirt worden, ein negotiorum gestor aber im Sinne des Ediktes nicht gegeben ist,

a. obenan derjenige zu stehen kommen, in welchem Gerent gegen den Willen des Geschäftsherrn, oder doch ungerufen (Num. 33) eingreift. Wo gegen den Willen des Herren gehandelt wird, ist von dem Augenblicke des Verbotes an jede Obligation des Herren, *contraria actio* also gänzlich ausgeschlossen⁴⁶⁾, während kein Grund vorliegt, weshalb *directa* nicht in ihrem ganzen Umfange platzgreifen sollte. Wo nur ungerufen gehandelt wird, ist der Geschäftsherr nicht außer Obligo, aber seine Haftung beschränkt sich auf die vorhandene Bereicherung. Ungerufen handelt, wer für einen Pupillen und ohne Ermächtigung durch den Tutor handelt, da doch dieser selbst handeln könnte; allein bis zur vorhandenen Bereicherung steht ihm *contraria actio* zu⁴⁷⁾. — Wo man

46) l. ult. C. h. t. l. 7 (8) §. 3 cf. l. 30 (31) §. 4 D. h. t. l. 14 §. 3 in f. D. relig. 11, 7 l. 40 D. mand. 17, 1. l. ult. C. cit. dezi- dirt nur den Fall, da das Verbot erst im Laufe der Geschäftsführung eintritt.

47) Wären unter den von Windscheid §. 430 Num. 4 für beschränkte Haftung des Pupillen angeführten Stellen bloß l. 36 (37) und l. 5 §. 2 (l. 6 pr.) D. h. t., so wäre der Beleg für jene kaum erbracht; denn die Beschränktheit der Haftung beruht in l. 36 leicht in der Umgehung des Tutors (*cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt*), in l. 5 §. 2 aber sicher darauf, daß nicht pupilli, sondern tutoris contemplatione gehandelt ist (s. unten 2. d.). Daß der Haftung des *furius* ohne Schranke gedacht wird (l. 3 §. 5 D. h. t.), macht auch die pupillaris- sche Klausel verdächtig und muß durch Hineinlegung unschädlich gemacht werden (Windscheid a. a. O.). Dazu kommt, daß l. 29 D. comm. div. 10, 3 den Pupillen für volle Deckung haften läßt: — *teneri . . ut impendia restituat officio iudicis*. Oder sollten hier unter den *impendiis*, im Gegensatz zu den vorausgehenden *Impensen* nur die in natura vorhandenen, und darum „restituierbaren“ Verwendungen gemeint sein? Unter den von W. angeführten Stellen befindet sich aber auch l. 2 C. h. t., in welcher die Beschränktheit der Haftung auf Bereicherung ohne weiteres und so grundsätzlich ausgesprochen ist, daß ohne die Supposition einer Interpolation (in q. l. f. h.) gegen dieselbe nicht aufzukommen ist. Außer ihr scheint l. 14 (15) D. h. t. irgend eine Besonderheit in der Haftung des Pupillen vorauszusetzen. Ferner kann nicht verkannt werden, daß ander- weitig der Pupille s. t. a. nur in quantum l. e. belangbar wird (s. die §. 220 Num. 4 mit Ausnahme von l. 44 D. o. e. a. 44, 7 c. 11). Indessen

b. wissentlich eines Anderen Geschäft, aber nicht für diesen (Num. 31), sondern eigennützig für sich übernimmt und ausbeutet, steht vermöge des *argumentum a potiore* (Num. 6) n. g. a. *directa* in vollem Umfange, ja bis zur Prästation des *casus*, *contraria* dagegen nur bis zur vorhandenen Bereicherung aufrecht⁴⁸). Wer

c. in dem guten Glauben sein eigenes Geschäft zu geriren, ein fremdes vollführt, kann ebensowohl der *directa* n. g. a. unterliegen, als *contrariam* haben; allein wie diese *contraria* nicht auf volle Deckung (*quod ei abest*), sondern nur auf Ersatz dessen gerichtet ist, was Verent durch Verwendungen aus dem Seinigen dem Dominus erspart hat⁴⁹), so geht auch um-

sind das lauter Fälle, in denen der Pupille selbsthandelnd auftritt, und durch seine eigene Handlung sich hätte obligiren, oder andere liberiren sollen, und also *auctoritatis interpositio* möglich war (vgl. l. 3 § 4 D. h. t.), während es der *neg. gestio* eigen ist, daß der dominus nichts thut und an *auct. interpositio* nicht zu denken ist. Wo davon die Rede ist, daß, *ubi ex re venit actio*, der Pupille und Wahnsinnige obligirt werden (l. 44 D. o. e. a. 44, 7), steht von der Einschränkung nichts. Wenn gleichwol der Pupille auch hier nur bis zur Bereicherung haften sollte, so könnte das nur als Privileg erklärt werden, und wäre fraglich, ob es den Handlungsunfähigen überhaupt (Windscheid a. a. O.) zu staten komme. Für W. s. übrigens auch noch l. 14 (15) D. h. t. (Num. 94).

48) l. 5 (6) §. 5 (3) D. h. t. — *non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.* Prästation des *casus*: arg. l. 31 (32) pr. D. h. t. — *praedo non videtur* — l. 6 §. 2 D. comm. d. 10, 3.

49) l. 48 (49) D. h. t. — *si . . . res tuas proprias legatas solvisses* —. Die Frage, wie hier der wirkliche Erbe durch die Leistung des vermeintlichen frei werde (*quando . . . liberarer*), involvirt Entscheidung über die Lesart (*quandoque de ea solutione liberarer* — *quandoquidem ea s. l.*). Ist, wie wir annehmen möchten, Befreiung „durch diese Zahlung“ der Befreiung „von dieser Zahlung“ vorzuziehen, dann ist auch die von Zimmermann zu guterletzt (S. 81) vorgeschlagene Antwort nicht haltbar. Denn nicht durch (den von Z. supponirten) nachträglichen Untergang der Zahlung, sondern *ea solutione* soll liberirt sein; auch sieht man nicht ein, wie der wirklich Onerirte dem vermeintlichen schuldig werden soll, wenn er nicht durch diesen, sondern durch den Untergang der vermachten Sache frei wird; denn daß er durch diesen frei würde, steht fest (l. 23 D. v. o. 45, 1 cf. l. 8 D. peric. e. c. 18, 6). Sprachlich vollkommen zutreffend ist die von Z. zuvor aufgestellte aber (mangels (?)) der *certa pecunia* nicht festgehaltene Erklärung aus dem Ausschlusse der *indebiti condictio* wegen Zahlung aus einem *Damnationslegat*; durch Zahlung unter solchen Umständen (*ea solutione*), wird der Onerirte allerdings frei; Legatar hat was ihm vermacht ist, es kann ihm nicht mehr genommen werden (l. 82 pr. D. leg. I.), und er hat es unentgeltlich — so daß die Zimmermann'sche Hinweisung auf den Ausschluß der *condictio* und die

gefehrt *directa actio* nicht auf alles, was dem *Dominus* durch die Gebarung des *Gerenten* entgangen, sondern nur auf das, was infolge derselben aus dem Vermögen des *Dominus* oder mittelst desselben in das des *Gerenten* gekommen ist⁵⁰); steht hier n. g. *actio* ja doch nur subsidiär, obgleich in Konkurrenz mit der *condictio s. e.* zu (Ann. 13 a. E.). — Als ein fremdes Geschäft, das ich in dem Glauben, daß es das meinige sei, gerire, läßt sich auch der Aufwand betrachten, den ich in eine fremde Sache, meinend, daß sie mein sei, mache. Wenn hier dem *Gerenten* gleichwohl bloßes Retentionsrecht zugestanden, also namentlich n. g. a. e. so wenig wie eine *condictio s. e.* gegeben wird⁵¹), so liegt der Grund wohl darin, daß der Bereicherte solchen Vermögenszuwachs nicht ohne (gerechten) Grund, sondern kraft seines Eigenthums und des Accessionsrechtes hat⁵²). Findet sich hinwider für einen Fall, da die Verwendung auf die fremde Sache in einer Verbindung besteht⁵³), in *factum actio* als Nothwendigkeit bezeichnet⁵⁴), so ist diese in *factum actio* nicht aus der grundlosen Bereicherung, noch aus der Geschäftsführung heraus gedacht, sondern einzig dem Bedürfnisse nach Ersatz für fehlende *ad exhibendum actio*, d. i. für die unmöglich gewordene Wiederherstellung der Selbständigkeit der Sache entsprungen⁵⁵).

Kämmerer'sche Erklärung aus dem *conc. caus. lucrat* (a. a. D. E. 341 fgg.) zusammen die Lösung enthielten. Vielleicht ist sie denn auch ebenso sachlich wie sprachlich gerechtfertigt.

50) l. 48 49) cit. — de pretio — also nicht etwa auf den vollen Werth der von dem *Gerenten* verkauften Sache, wenn dieser noch so leichtfertig und ungeschickt verkauft hat; *dolus*, *culpa*, oder das Erforderniß der *diligentia* sind hier nicht denkbar. Zu l. 48 im übrigen Ann. 13.

51) l. 48 D. r. v. 6, 1 l. 14 D. d. m. exc. 44, 4 (Paul.) l. 33 D. cond. ind. 12, 6 Julian

52) vgl. oben §. 300 Ann. 11. 27. Das „*quia nullum negotium inter nos contraheretur*“ (l. 33 cit.) (worauf Zimmermann E. 86 das Gewicht legt) geht nur gegen die *cond. indebiti* (Ann. 27 cit.).

53) l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1 — *si statuæ meæ brachium alienæ (tuæ) addideris etc.*

54) l. 23 §. 5 cit. in f. Paul.

55) l. cit. — *ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.* Dem Bestreben Zimmermanns, dieses Recht aus der Verbindung mit dem der *Impensen* auszugleichen, die Verschiedenheit desselben aus einem historischen Prozesse zu erklären, und die in *factum actio* aus Verbindung

Kein *alienum negotium* gerirt, wer *commune negotium* gerirt⁵⁶⁾; folgerecht kann er keine *n. g. a.* für oder gegen sich begründen⁵⁷⁾, wohl *communi d.* oder *familiae herc. iudicium* wenigstens dann, wenn er nicht lediglich sein eigenes Geschäft zu geriren vermeint⁵⁸⁾, und ein wirklich gemeinsames Geschäft gerirt. Denn denkt man bei „gemeinsamem“ Geschäft an *condominium*, so ist nicht jedes die *res communis* betreffende Geschäft auch schon gemeinsam. Vielmehr muß unterschieden werden zwischen den Geschäften, welche rechtswirksam nur die ideellen Theile (*partes rei, hereditatis*), einzeln oder zusammen, zum Gegenstande haben können — wie *alienatio, obligatio*⁵⁹⁾ —, und denjenigen, deren Gegenstand die Sache naturnothwendig oder füglich zu keinem ideellen Theile, sondern nur ihrem ganzen Umfange oder einem körperlichen Theile nach sein kann — wie das bei den (körperlichen) Gebrauchshandlungen⁶⁰⁾, aber auch bei der Pfandlösung, Bußzahlung und *noxae solutio* der Fall ist⁶¹⁾. Gemeinsam — so daß Gerent nicht für seinen Theil handeln kann, ohne daß er zugleich für den anderen handelt⁶²⁾ — sind nur die Geschäfte der letzteren Art; trotzdem in ihnen ein fremdes steckt,

als eine *utilis n. g. a. contraria* auf die Impensen auszu dehnen (§. 90 — 95), dürfte darum nicht beizupflichten sein. — Warum aber in l. 33 cit. bloß Retentionsrecht, während *inaedificatio* doch auch Verbindung ist? Wer *inädifizirt*, macht Impensen; daß er gerade seine Sachen in den fremden Boden steckt, ist häufig nicht der Fall.

56) l. 9 §. 4 D. reb. auct. iud. poss. 42, 5 — *hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur.*

57) l. 9 §. 4 cit. l. 25 §. 16 D. fam. h. 10, 2.

58) l. 29 D. comm. div. 10, 3 — *diversa causa est ejus, qui putat se in rem propriam impendere* —; wogegen l. 14 §. 1 eod. in letzterem Falle nicht bloß Retentionsrecht, wenn von dem *condominus c. div. iud.* geklagt wird, sondern *manente communione* ein *utile iudicium*, und zwar *n. g. (utilem) actionem* gibt (vgl. zu dem *utile iud. in med. die n. g. a. in fin.*).

59) u. dgl. Verfügungen mehr: Bb. 1 §. 131 zu Anm. 19 — wozu weiter die *Defensio* durch *damni infecti cautio*: l. 6 §. 7 D. comm. div. 10, 3 l. 39 (40) D. h. t.

60) Bb. 1 §. 131 zu Anm. 2. *Locatio* ist zwar zu ideellem Theile möglich, aber nicht gut möglich: l. 6 §. 2 D. comm. div. 10, 3 — *quia videtur partem suam non potuisse expedite locare* —

61) l. 18 §. 6 l. 25 §. 14 D. fam. herc. 10, 2 l. 25 §. 13 §. 15 eod.

62) l. 6 §. 2 D. comm. div. 10, 3. — *id . . . gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit* —

gilt ihr Unternehmer nicht als *alieni negotii gestor*; denn man nimmt an, daß er von seinem Eigen ausgeht und das Fremde nur nothgedrungen mitbesorgt⁶³); *communi d. a.* aber findet unter der oben (Anm. 58) genannten Voraussetzung statt; fehlt es an dieser, so dürfte eine *in factum* oder *utilis neg. g. a.* bis zur Bereicherung auch hier begründet sein⁶⁴). Keine gemeinsamen Geschäfte, sondern theils eigene, theils fremde Geschäfte sind diejenigen, welche sich auf mehrere *partes* (*rei* oder *hereditatis*), eigene und fremde erstrecken. Hier ist keine *communi div. a.*, sondern konsequent diesseits wie jenseits die volle n. g. *obligatio* begründet, wenn *animo negotii alieni gerendi* gehandelt und *ratihabitio* erfolgt ist⁶⁵). *Utiles* und auf Bereicherung beschränkte n. g. *actiones* müssen aber auch hier platzgreifen, wenn es am Wissen und Wollen des Gerenten⁶⁶) oder an der nachfolgenden Genehmigung fehlt. — Eine *commune negotium* gerirt der *in poss. bonorum* eingeweihte Gläubiger⁶⁷).

d. Ein und dasselbe Geschäft kann ungetheilt verschiedener Herren sein: des Einen der Sache, des Anderen dem Zwecke nach (Anm. 19 a. E.). Der Intention des Gerenten nach ist es hier bloß für denjenigen geführt, dessen es seinem Zwecke nach ist. Darum besteht auch nur gegen diesen Anspruch auf volle Deckung⁶⁸). Anlaß zur *directa actio* wird hier öfter für

63) l. 29 D. comm. d. 10, 3 — *neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor* — l. 25 §. 16 D. fam. her. 10, 2 — *propter suam partem causam habuit gerendi et ideo n. g. a. ei non competit.* l. 9 pr. D. auct. jud. 42, 5.

64) l. 14 §. 1 D. comm. d. 10, 3 Anm. 58. vgl. l. 9 pr. in f. §. 4 D. reb. auct. jud. 42, 5 l. 22 §. 10 in f. D. mand. 17, 1.

65) l. 20 C. fam. h. 3, 36 l. 19 C. h. t. l. 6 §. 2 in f. D. comm. div. 10, 3.

66) l. 14 §. 1 cit. Anm. 63.

67) l. 9 pr. §. 4 cf. §. 2 §. 5 D. reb. auct. jud. 42, 5.

68) So wenn *pupillare negotium* dem Tutor zulieb (*ne tutelae iudicio teneatur*) gerirt wird: l. 5 (6) §. 2 (pr.) D. h. t. Anm. 50. Windscheid §. 431. 3 („Weiß er dagegen“ und Anm. 10) nimmt hier den Tutor, überhaupt denjenigen, für welchen gehandelt und für den n. a. erreicht wird *ne iudicio teneatur*, nicht als *dominus negotii* an; darnach bleibt aber die volle neg. g. *obligatio* zwischen diesem und dem Gerenten unerklärt. Auch in l. 45 (46) pr. h. t. liegt ein Geschäft mit zweierlei Herren vor, während l. 60 §. 1 D. mand. 17, 1 gar kein *neg. alienum*

denjenigen vorliegen, dessen das Geschäft der Sache nach ist. Ob sie dann aber bloß bis zur Bereicherung oder unbeschränkt zusteht, dürfte davon abhängen, ob Gerent diese Sachlage kannte⁶⁹), oder nicht⁷⁰).

e. Ein und dasselbe Geschäft hat zweierlei Herren, wenn es ein Pefuliargeschäft ist. Je nachdem es für den Gewalthaber oder das Kind geführt sein will, besteht gegen diesen oder jenen n. g. a. contraria auf volle Deckung, im anderen Falle nur bis zur Bereicherung⁷¹). Directam actionem, wie überhaupt actionem, hat nur der Gewalthaber.

enthält. Ferner führt Windscheid anderwärts (§. 430 a. E.) die Beschränkung der Klage auf Bereicherung auf die Person des Pupillen (in l. 6 pr. cit.) zurück, sowie auch Zimmermann S. 35. 3. Indessen scheint es doch schon der natürlichen Billigkeit zu widersprechen, daß man von demjenigen, um dessen Geschäft es dem Intervenienten nicht zu thun war, unbeschränkt (auch wenn das utiliter gestum eventum non habuit) zu entschädigen sei. Daraus, daß ich Anspruch auf volle Deckung gegen V. habe, wenn ich dessen Geschäft in der Meinung führte, daß es des P. sei (Ann. 42. Zimmermann S. 33 S. 40. 6), ist das Gegentheil nicht zu folgern. Denn hier ist es mir zwar nicht um den P., aber doch um das Geschäft des P. zu thun, und um nichts anderes als dieses, während es mir dort nur um den Tutor, um das Geschäft des Pupillen dagegen so wenig als um den Pupillen selbst zu thun war. Vgl. übrigens Ann. 52.

69) In l. 5 §. 2 cit. (Ann. 68) ist wesentlich das Geschäft des Pupillen für den Tutor gerirt; daß hier Gerent dem Pupillen unbeschränkt hafte, ist billig. Nicht dasselbe ließe sich behaupten, wenn Gerent für den Tutor in einer dessen Tutel vermeintlich nicht berührenden Sache gehandelt hätte.

70) In l. 30 (31) §. 1 D. h. t. administrat Gerent unter den Geschäften des S unwissend eines des T. Da Gerent ob eam quoque speciem dem S und daneben auch dem T hafte, so will dieser Fall nicht behandelt sein, wie der, da Gerent einfach negotium S gerirt, während er negotium T zu geriren meint, und da Obligationen nur zwischen ihm und T entstehen (Ann. 42); vielmehr ist anzunehmen, daß Gerent, der nicht bloß dies oder das, sondern alles (negotia) für S thun will, auch alles, was er in dieser Richtung unternimmt, sei es nun sachlich des S oder des T., durch den Zweck, zu dem er handelt, zum negotium des S macht und darum diesem im vollen Umfange, wenn auch nur gegen Kautio in Hinblick auf T belangbar wird. Daß er nebstdem dem T darum, weil auch diesem datur actio, unbeschränkt hafte, dürfte in derselben Weise wie vorher Ann. 69 a. E. zu negiren sein. S. dagegen Zimmermann S. 40. 6.

71) l. 5 (6) §. 8 (6) D. h. t. Ist contemplatione des Gewalthabers gehandelt, so greift n. g. a. c. direkt gegen diesen platz, und von einer Klage gegen das Kind ist nicht weiter die Rede; wenn contemplatione des Kindes, so wäre zwar n. g. a. c. wiederum direkt gegen dieses möglich (§. 220 S. 46 §. 258 S. 203. a.); allein wie gewöhnlich wird auch in l. cit. aus dem gestum anstatt gegen das Kind wider den pf. geklagt,

f. Aus einem und demselben Geschäft kann Gerent mandatsshalber und n. g. actione klagen⁷²⁾ und belangt werden⁷³⁾: dies beides im vollen Umfange, wenn er das Geschäft des T nicht bloß im Auftrag eines Dritten, sondern auch wissend daß es des T sei, und mit der Absicht, für ihn zu geriren, unter-
nommen⁷⁴⁾; hier bekommt er im Mandanten einen Bürgen für seine Deckung durch den dominus negotii⁷⁵⁾. Handelt er lediglich auftragshalber, es sei nun, daß er den Sachverhalt nicht kennt, oder daß er, trotzdem er ihn kennt, doch nur im Auftrag des Mandanten, und nicht für den T. (contemplatione Ti) gehandelt haben will⁷⁶⁾, so steht ihm regelmäÙig nur die Klage aus dem Mandate zu⁷⁷⁾; nöthigenfalls aber auch n. g. a.⁷⁸⁾, allein auf mehr als die Bereicherung nicht⁷⁹⁾. Daß gleiche gilt umgekehrt gegen ihn, wenn er von dem Verhältniß des Geschäftes zu T. nichts gewußt oder für diesen nichts gewollt hat⁸⁰⁾; hat er es gekannt, so steht dem T.

de peculio nämlich. Diese Beschränkung auf das Peculium ist keine der n. g. obligatio, sondern eine des Gläubigers, der anstatt gegen das Kind wider den Vater klagt. Verschieden von dieser aus der Gestion für das Kind abjektizisch wider den Vater erhobenen Klage ist denn auch die Klage, welche, trotzdem für das Kind und nicht für den Vater gerirt ist, ledig-
lich aus der Thatfache, daß im Geschäfte des Kindes zugleich eines des Vaters enthalten war, gegen den Vater erhoben wird. Sie ist nicht mehr abjektizisch, sondern direkt n. g. contraria (Witte, Bereicherungskfl. S. 37 fgg.), freilich auf Bereicherung beschränkt, und insofern „unedt“ (Zimmer-
mann S. 71 Nr. 6). Zwischen den beiderlei Klagen findet in l. cit. ein dunkler Uebergang statt, seine Aufklärung dürfte aber in l. 5 (6, §. 13 (11) D. h. t. liegen.

72) l. 3 §. 11 D. h. t.

73) l. 5 (6) §. 6 (4) eod.

74) l. 3 §. 11 cit. — si cum proposuissim Ti negotia gerere, tu mihi mandaveris ut geram — l. 5 §. 6 cit. — si et tuum gessit sciens — l. 4 l. 14 C. h. t.

75) l. 3 §. 11 cit. — quemadmodum .. si fidejussorem accepero negotia gesturus —

76) j. B. l. 20 (21) §. 3 l. 27 (28) D. h. t.

77) l. 27 cit. l. 53 D. mand. 17, 1 arg. l. 14 §. 15 D. relig. 11. 7.

78) vgl. l. 41 (42) D. h. t. — si vero quasi mandatu servi, etiam (b. h. außer der vorhergenannten neg. g. a. auch) de peculio et de in rem verso actio vonwegen des Mandats: — sicherer das von Windscheid §. 431 Num. 6 aus l. 14 §. 15 D. relig. 11, 7 geschöpfte Argument.

79) arg. l. 14 §. 15 cit. — lucrari enim heredem iniquum est —

80) l. 22 §. 10 D. mand. 17, 1 — si praesentium mandatum exsecutus, id egit, n. g. actio absentibus non est, nisi forte adversus eos qui mandaverint — (vgl. Num. 24. 82).

die n. g. a. wider ihn voll zu⁸¹⁾. Daneben hat dieser wahlweise die n. g. a. directa auch gegen den Mandanten⁸²⁾. — Wer eine Sache zur Ueberbringung an einen anderen übernimmt, braucht nicht Mandatar, kann bloßer Nuntius des Einen⁸³⁾ und n. g. gestor des Anderen sein⁸⁴⁾. Der irrthümliche Glaube an ein Mandat des Geschäftsherrn hält den animus negotii pro eo gerendi und den vollen Effect der Gestion nicht auf⁸⁵⁾.

g. Volle Deckung gebührt dem Gerenten für das was nothwendig zu thun war, und von ihm auch so wie er mußte (ut oportuit — utiliter) gethan wurde; für den Erfolg steht er nicht ein (Ann. 39). Dasselbe gilt da wo er bloß Nützlichendes unternimmt dann, wenn dies in den Kreis einer ganzen Vermögens- oder Gutsverwaltung fällt, deren Uebernahme selbst nothwendig war, und das Nützliche was er anstrebte keine Neuerung war. Neuerungen, sie mögen an sich noch so nützlich sein, unternimmt er auf eigenes Risiko⁸⁶⁾: gegen dieses (fajuellen Mißerfolg und Schaden) bringt er den Nutzen in Abzug, den er gleichfalls durch Neuerungen dem Herren verschafft hat⁸⁷⁾.

81) l. 22 §. 10 cit. — his autem qui absentes fuerunt, n. g. actionem esse —

82) indem die Mandatsertheilung zu fremden Geschäfte selbst eine n. gestio ist — vorausgesetzt nur, daß die Mandatsertheilung nicht selbst wieder ex mandato des dominus negotii erfolgt: l. 27 (28) — cui vel mandati vel n. g. actione obligatus est — l. 20 (21) §. 3 D. h. t. l. 22 §. 10 D. mand. 17, 1.

83) l. 1 §. 1 D. procur. 3, 3.

84) Darum ist in l. 5 (6) §. 4 (2) von bloßer n. g. a. die Rede. E. dagegen Windscheid §. 431 zu Ann. 7, und Zimmermann E. 38.

85) l. 5 pr. D. h. t.

86) l. 10 (11) — si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur —

87) l. 10 (11) cit. — lucrum vero absentem; quod si in quibusdam lucrum factum erit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. Unter dem damnum ist fajuelle, keine kulpöse Beschädigung verstanden. Darum enthält l. 33 §. 1 D. pro socio 17, 2, welches von damnum quod culpa praebuit spricht, keinen Widerspruch gegen l. 10 cit. E. dagegen Windscheid §. 430 Ann. 5. — Ueberragt der zu verrechnende Nutzen den zu büßenden Schaden, und ist er aus Mitteln des Gerenten erzielt, dann muß man auf diesen bis zur vorhandenen Bereicherung auch klagen lassen (arg. 2. b.)

Ob nun aber ein Fall der *n. gestio* im engeren oder weiteren Sinne vorliege: überall können in einer und derselben Geschäftsführung je nach dem Gange der Gestion (*prout gerit*) diesseits wie jenseits der Schulden mehrere mit verschiedenem Inhalt (*in singulas res*) und nacheinander (*per tempora*) entstehen, gerade wie wenn ebensooft kontrahirt würde (*velut ex pluribus causis*)⁸⁸). Hiemit ist die Möglichkeit eröffnet, daß ein Gestor, der anfangs noch nicht schuldfällig werden konnte, es noch im Laufe der Geschäftsführung wird⁸⁹), oder daß er bis auf ein gewisses Ergebnis derselben beschränkt, auf ein späteres in *solidum* belangbar ist⁹⁰), oder daß bis zu demselben Punkte auch noch adjektivisch gegen einen Dritten, nachher nur mehr gegen ihn selbst geklagt werden kann⁹¹). Allein andererseits entspringt aus der Gestion sofort mit ihrem Beginne eine beiderseitige Haftung, welche so weit als die Geschäftsführung im Sinne des Gerenten konzipirt ist und so lange diese dauert, einheitlich besteht, und gegenüber der Mehrzahl der etwa aus ihr erwachsenden Schulden ebenso Eine Obligation bildet, als der Quasikontrakt, welcher auf der geschäftlich-realen Anbindung des Gerenten mit dem *dominus negotii* beruht, gegenüber der Mehrzahl der aus der Geschäftsführung sich etwa ergebenden Detailgeschäfte, Ein Kontrakt ist⁹²); und wie man vom Standpunkt der mehreren Schulden

88) I 37 pr. D adm. tut. 26, 7 Papinian: Tutorem qui tutelam gerit. Sabinus et Cassius, prout gerit, in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis, obligari putaverunt. Daß was hier von der Geschäftsführung des Tutors gesagt ist, auch von der des *neg. gestor* gelten solle, zeigt Papinian in der Rußanwendung, welche er sofort §. 1 und §. 2 macht.

89) er war beim Beginne der Gestion Sklave des *dominus negotii*, wird später frei und verharret in *eodem actu* — §. 1 eod.

90) anfänglich Haussohn, wird er emancipirt, verharret in derselben Geschäftsführung, kann *secundum Sabini et Cassii sententiam* insoweit er als Haussohn schuldig geworden ist, nur in *id quod facere potest*, im übrigen in *solidum* belangt werden — §. 2 eod.

91) §. 2 cit.

92) I. 15 (16) D. h. t. Sed et cum alius negotia mea gerit, non multa negotia (d. h. non multae negotiorum gestiones) sunt, sed unus contractus, nisi ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet: hoc enim casu si nova voluntate aliud quodque adgredi coeperit, alius contractus est (Paul.); zu letzterem vgl. I. 14 (15) eod. (Paul.

die Belangbarkeit der Person nach dem Zeitpunkt der einzelnen Schulden bemessen und also nach zeitlichen Abschnitten der Geschäftsführung unterscheiden mochte, so konnte man von der Einheit des Kontraktes und der Haftung (oder dieser Obligation) aus zu der entgegengesetzten Behandlung kommen, die Belangbarkeit einheitlich, und zwar wie die Requisite von Rechtsgeschäften nach dem Momente des Abschlusses, hier nach dem Beginn der Geschäftsführung entscheiden⁹³). Beiderlei Standpunkte sind von verschiedenen Juristen eingenommen⁹⁴).

aus Pomp.) — nisi si ab initio quasi unum negotium gesturus accessero etc.

93) l. 14 (15) D. h. t. (Paul.): Pomponius ... in negotiis gestis initio cujusque temporis condicionem spectandam ait — z. B. der dominus neg., der contraria belangt werden soll, wird während der Geschäftsführung aus einem Pupillen mündig, aus einem Sklaven oder Haussohn frei und sui juris.

94) Im Anschluß an Sabinus und Cassius läßt Papinian den gerirenden Sklaven in l. 37 §. 1 cit. (Ann. 94) nach seiner Mannmission schuldig werden, trotzdem er beim Beginne der Geschäftsführung noch Sklave war, und als solcher seinem Herren nicht obligirt wird. Es kommt nur hinzu, daß, insoweit die frühere Gestion mit der späteren konnex war, der freigewordene Gestor nun auch noch rückwärts schuldig sein soll. Desgleichen distinguirt Papinian die Grequirbarkeit des Haussohnes (Ann. 95) auf Grund des Sabinusfakes nach dem was er noch als Haussohn, und was er nach der Emancipation schuldig geworden ist. Dagegen läßt Paulus im Geleise von Pomponius den dominus negotii, trotzdem er noch während der Geschäftsführung mündig wird vorausgesetzt nur, daß eine und dieselbe Geschäftsführung fort dauert nicht anders oder weiter haftbar und schuldig werden, als er es von Anfang war (l. 14 (15) cit. Ann. 92). Aus der Einheit der Haftung heraus entscheidet Paulus auch in l. 16 D. adm. tut. 26, 7, daß der dominus entweder nichts oder alles anerkennen müsse: während Marcellus den einzelnen Geschäften und Schulden nachging. Bemerkenswerth ist, daß Papinian die Verantwortlichkeit des Gerenten, Paulus die des Dominus in Betracht zieht; allein zu behaupten, daß Papinian nicht ebenso in Betreff des Dominus wie in dem des Gestors nach Sabinus, und Paulus nicht ebenso in Betreff des Gestors wie des Dominus nach Pomponius entschieden hätte, sind wir nicht im Stande — Auf eine Differenz der Anschauung in Dairung der Obligationen je nachdem (bewußt oder unbewußt) von der bloßen Haftung oder Schuld ausgegangen wird, sind wir schon früher gestoßen (§. 217 S. 37. 2); nicht minder auf die Thatsache, daß ebensowohl als mehreren Schulden Eine Haftung, umgekehrt mehreren Haftungen Eine Schuld gegenüberstehen kann (§. 235 S. 82 f. §. 253 S. 172 Abs. 1). — Ein Fall, in welchem man nur von den einzelnen Schulden und ihrem Datum ausgehen kann, ist der der Zinsenprästation (l. 20 C. h. t. — quae tibi ab eo deberi patuerit cum usuris compelletur reddere — und Ann. 38), und der der Verschuldungen (Ann. 39).

Dieselben sind dogmatisch, in dem Unterschiede der Haftungen und Schulden, begründet; mit einem historischen Umschwunge des die Geschäftsführung zuerst rein äußerlich, später auch innerlich, nach dem Willen des Vererben, auffassenden Rechtes dürften dieselben nichts zu thun haben⁹⁵⁾.

Negotiorum g. iudicium erscheint allenthalben als b. f. iudicium⁹⁶⁾. Das billige Ermessen, welches bei der Schätzung der jeweiligen Ansprüche stattzufinden hat, bewährt sich namentlich in dem Fall, da eine ganze Vermögens- oder Gütsverwaltung übernommen, und der Gestor die aus seinen Neuerungen entsprungnen Verluste zu prästiren hat (S. 652 g.); hier werden ihm die aus denselben erzielten Gewinne in Abzug gebracht, wengleich er nichts eigenes darangekehrt hat, er also vererben wegen keine Klage hätte (Ann. 87). Diese Reputation ist verschieden von dem Kompensationsrechte, welches jeder der beiden Parteien zu Gunsten ihrer klagbaren Ansprüche ex eodem negotio anlässlich der directa oder contraria actio in Gemäßheit des b. f. iudicium zusteht (§. 288).

§. 321 a.

Ein Geschäft, dessen Verrichtung im öffentlichen Interesse liegt, ist die Leichenbestattung¹⁾. Ihrethalben besteht zu Gunsten dessen, der sie von selbst vornimmt oder vornehmen läßt, ohne daß sie sein Geschäft ist²⁾, wider denjenigen dessen

95) S. dagegen Wlassak S. 68–74.

96) z. B. §. 28 J. act. 4, 6 l. 5 (6) §. 6 (4) l. 17 (18) l. 37 (38) D. l. 18 C. h. t. l. 5 D. o. e. a. 44, 7 — woneben die Behauptung, daß demselben ursprünglich keine civilis obligatio zu Grunde gelegen sei (Wlassak §. 2), bedenklich ist, und auch das Argument aus der editalen Proposition der actio noch der in Aussicht gestellten Erhärtung bedarf. Dasselbe gilt von Höbbers (Göttinger gel. Anz. 1880 S. 910) in der Besprechung von Wlassak's n. g. aufgestellter Hypothese: daß auch honorariae actiones ex fide bona konzipirt sein könnten. Allerdings heißt es auch von der funeraria actio, daß sie ex bono et aequo oritur: l. 14 §. 6 D. relig. 11, 7.

1) D. de religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat (11, 7) C. de religiosis et sumtibus funerum 3, 44. — l. 43 D. h. t. — propter publicam utilitatem ne insepulta cadavera jacerent —

2) l. 14 § 15 cod. Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei cui mandavit, sive debet —

sie ist, eine eigene, mit der *negotiorum gestororum contraria a.* im Wesen identische, jedoch aber freier als diese zu behandelnde Klage, die *actio funeraria*³⁾. Freier ist sie darin, daß unter Umständen selbst gegen das Verbot des Dominus gestattet werden darf⁴⁾; daß dagegen die Bestattung mit dem *animus negotii alieni gerendi* sowie mit dem *animus obligandi* geschehe, gehört zum Wesen dieser Obligation nicht minder als zu der durch *n. gestio* überhaupt⁵⁾; wird man unter Umständen (*ex causa*) auch da noch zur Klage zugelassen, wo man sein eigenes Geschäft zu besorgen meinte, so liegt auch hier eine Ausdehnung der Klage über ihre ursprüngliche Grenze vor⁶⁾. Gleich der *n. g. a.* dient auch *funeraria a.* nur zur Aushilfe, für Fälle, in denen dem Bestatter keine andere Klage zusteht⁷⁾; nur utiliter kann derjenige, welcher im Auftrage eines Dritten beerdigt hat, *funeraria actione* gegen den Erben klagen⁸⁾.

Hingegen hat es wieder seine Besonderheiten in Ansehung der Frage, wessen das Geschäft ist, wie weit dieses geht und wie die Forderung im Konkurse rangirt. Geschäftsherr⁹⁾ und also Beklagter ist der Erbe und anderweite Universalsuccessor des Bestatteten¹⁰⁾, beim Tode der Frau wer deren Dos lukrirt¹¹⁾

3) Gegen G. Dietzel, de act. fun. commentatio, Lips. 1853 §. 11: generaliter dixerim, cognationem utriusque inter se edicti omnino nullam posse constitui — siehe l. 14 §. 13 D. eod. — *judicem justum non meram negotiorum gestororum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi* — §. 11 eod. — *f. a. uti non poterit, quia non hoc animo fecit quasi alienum negotium gerens* —

4) l. 14 §. 13 §. 14 cit. — mithin *funeraria a.* noch geklagt werden kann, wo *n. g. contraria* nicht mehr möglich wäre: s. oben §. 321. 2. a.

5) l. 14 §. 11; §. 7 l. 14 §. 9 eod. — *sumtus consequetur quem non donandi animo fecit* —

6) l. 14 §. 11 cit l. 32 pr. eod. — *utilem esse ei funerariam* — Vgl. oben §. 321. 2. c.

7) l. 14 §. 12 §. 15 in f. eod. — *non posse f. agere, quia habet mandati actionem.* Vgl. oben §. 321 zu Num. 2 und S. 685.

8) l. 14 §. 15 cit. — *quodsi pupillus mandavit sine tutoris auctoritate etc.: lucrari enim heredem iniquum est.*

9) *ad quos funus pertinet — adversus quos datur actio: l. 14 §. ult. eod.*

10) l. 14 §. ult. l. 15 eod.

11) l. 16 eod. — *aequissimum enim visum est veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis ita de dotibus funerari* — l. 17 l. 18. *Impensa enim funeris aes alienum dotis est. l. 19 l. 20 l. 32 §. 1 eod.*

in Gemeinschaft mit deren Erben¹²⁾, äußersten Falles der Gatte¹³⁾, beim Tode des Hauskinds der Hausvater¹⁴⁾, wofern es nicht Haustochter und dotirt¹⁵⁾, oder Haussohn und mit einem kastrensischen *peculium* ausgestattet ist¹⁶⁾. Personen, welchen die Bestattung von dem Verstorbenen übertragen wurde, können, wenn sie etwas dafür bekommen haben (*pecunia accepta*) oder bekommen sollen (*pro hoc emolumentum ei relictum est*) und den Auftrag nicht ausrichten, dazu von der Obrigkeit gezwungen oder (*accepta pecunia*) *de dolo* belangt¹⁷⁾ oder mit dem Verluste des Hinterlassenen gestraft werden¹⁸⁾; eine *funeraria actio* steht jenes Auftrages halber gegen sie nicht zu. Anstatt dessen, dem die Beerdigung obliegt, können nicht nur Private, sondern auch die Obrigkeit, aus Mitteln der Erbschaft, interveniren¹⁹⁾. — Zum *funus*, auf das *funeraria actio* gebaut ist²⁰⁾, gehört die Hinausführung der Leiche²¹⁾, die Beschaffung des etwa noch nothwendigen Begräbnißplatzes²²⁾, der nothwendigen Ausstattung des Leichnams²³⁾ und des Grabes²⁴⁾. Nur was auf die Bestattung innerhalb dieser Grenzen verausgabt ist, kann mit der *funeraria actio* verlangt werden, nicht was darüber hinaus-

12) l. 22 — l. 27 pr. eod.

13) l. 28 eod. — *Quodsi neque heredes habeat, neque pater solvendo sit, maritum in quantum facere potest pro hoc conveniri: ne injuria ejus videretur quondam uxorem ejus insepultam relinqui.* Das *benef. comp.* steht dem Gatten auch sonst zu: l. 27 §. 2 eod. Trotz Lukrirung der Dos haftet der geschiedene Gatte nicht, wenn die Frau sich wiederverheirathet hat: l. 29 pr. eod.

14) l. 21 eod.

15) l. 22 l. 29 §. 1 l. 30 eod.

16) l. 31 pr. eod.

17) l. 14 §. 2 eod.

18) l. 12 §. 4 eod.

19) l. 12 §. ult. — l. 14 §. 2 eod.

20) l. 12 §. 2 eod. *Praetor ait: Quod funeris causa sumtus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum ad quem ea res pertinet, judicium dabo.*

21) *funus ducere, elatio mortui*: l. 14 §. 3 eod., namentlich auch *peregre mortui*; *et si quid ad custodiendum corpus vel etiam commendandum factum sit* (§. 4 eod.).

22) l. 14 §. 3 in f. l. 37 pr. eod.

23) l. 37 pr. cf. l. 14 §. 5 eod.

24) l. 37 §. 1 — *quod monumenti (munimenti?) i. e. causa muniendi ejus loci factum sit, in quo corpus impositum sit* — und dazu l. 42 D. l. 4 C. h. t.

geht²⁵⁾; innerhalb derselben aber mehr oder weniger je nach Stand und Vermögen des Todten²⁶⁾. — Obwohl die Bestattung endlich Sache der Erben *re. ist* und gegen sie die Klage geht, will der Quasikontrakt doch als mit dem Todten, nicht mit den Erben eingegangen betrachtet sein²⁷⁾; folgerecht ist die Erbschaftschuld, insoweit sie die Erben angeht (Num. 9—15), eine Erbschaftsschuld, welche den Vermächtnissen vorgeht²⁸⁾, und Separationsrecht genießt, nebst dem aber mit einem Vorzugsrecht gegenüber den anderen Erbschaftsgläubigern ausgestattet ist²⁹⁾. Pupillen haften nicht über den Betrag der Erbschaft³⁰⁾.

§. 322.

aus Tutel und Kuratel.

D. de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa
actione 27, 3 C. arbitrium tutelae 5, 51.

Das Rechtsverhältniß zwischen Tutor und Mündel geht in dem der Obligation nicht auf¹⁾, ist ursprünglich überhaupt nicht Obligation²⁾, außer der *vis ac potestas* des Tutors lediglich *officium* gewesen, und direkt obligierend erst aus einem

25) 1 14 §. 6 eod. — *continet (funeraria a.) funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtuum* — wie z. B. nicht auch funeris translatio (Dietzel §. 3). cf. 1 40 l. 44 §. 1 D. l. 10 C. h. t. Mitbestattung von ornamenta (1 14 §. 5 D. eod.), circuitus porticationum l. 37 § 1 in f. eod.

26) 1. 12 §. 5 l. 14 §. 6 eod. Möglicherweise ist die Klage abzuweisen, weil der Aufwand zu gering war: §. 10 eod.

27) 1. 1 u. l. 14 § 13 eod. — *de suo enim expedit mortuos funerari* —

28) 1. 45 eod. *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur* —

29) eod. — *quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint* — ein Privileg, welches sich auf die Beerdigungsschuld erstreckt, die gegen den Gantirer bei Lebzeiten Kontahirt ist (l. 17 D. reb. auct. jud. 42, 5. Vgl. oben §. 286 Anm. 67. 68).

30) arg. l. 14 l. 15 eod. — *Si autem pupillus etc.*

1) Nebst meinen Pandd. 1. Aufl. §. 197. 2 und §. 291 f. gegen Buchta, F. §. 332 jetzt Windscheid §. 432 Anm. 4.

2) vgl. Wlassak, z. Gesch. d. neg. g. §. 9, der sich seinerseits auf Phering und Kunze bezieht — übrigens zu weit geht, wenn er die Tutel ursprünglich auch nicht „Pflicht“ (*officium*), sondern einseitig Recht (*vis ac potestas*) sein läßt. C. Gellius N. A. V, 13 §. 2 — *ex moribus populi R. primum juxta parentes locum pupillos tenere debere, fidei tutelaeque nostrae deditos* — §. 3 Hujus moris .. multa sunt testimonia atque documenta in antiquitatibus perscripta — M. Cato: .. majores sanctius habere defendi pupillos, quam clientes non fallere — *re. Rudorff I C. 40.*

gewissermaßen exoterischen, d. i. der Tutel weder eigenthümlichen noch wesentlichen³⁾ Grunde, aus dem der Gestio oder Administration nämlich, geworden. Direkt obligirt ist der Tutor, umsomehr der Pupille, gleich dem negotiorum gestor und dominus negotii erst von der Inhandnahme der Geschäfte an⁴⁾); eine Obligation zur Gestio (Haftung für Gestio) oder eine obligatorische Verschuldung wegen Nichtgestio bestand bis auf M. Aurel nicht; bis dahin war gegen die Nichtgestio nur durch obrigkeitlichen Zwang⁵⁾, sowie vom Standpunkte des officium, der eigentlichen Pflichtverletzung, aus und mit dem hiegegen gebotenen mehr publicistischen und kriminalistischen als privatrechtlichen Mittel der Remotion aufzukommen⁶⁾. Und auch als M. Aurel dieselbe der tutelae actio zugänglich machte, geschah es nur utiliter⁷⁾); die Tutel an sich ist nicht „obligirend“ und der realkontraktliche Grund der Gestio bei Nichtgestio nicht gegeben. Zwischen der direkten tutelae actio endlich, welche der negotiorum gestorum actio verwandt, Geltendmachung von Obligationen ist und quasi(real)kontraktlichen Grund hat, auf der einen, — und den publicistisch-kriminalistischen Affkuationen wegen Verdächtigkeit oder Saumsal auf der anderen Seite liegt die rationibus distrahendis actio, welche gegen Treubruch geht und pönal ist⁸⁾, darnach den Uebergang

3) administratio steht auch dem Kurator zu; administratio steht nicht jedem Tutor, namentlich dem Geschlechtstutor nicht zu: Ulp. 11, 25 Gaj. I. 190. Rudorff, d. R. d. Vormundschaft Bd. 1 §. 4 Begriff der Tutel, bes. S. 37 fgg.

4) l. 4 §. 3 D. rem pup. 46, 6 — nec actio tutelae eum qui non gessit, tenet — unten Num. 7. Vgl. §. 321 Num. 32.

5) l. 1 pr. D. adm. tut. 26, 7 cf. l. 2 D. fer. 2, 12.

6) l. 4 §. ult. D. susp. tut. 26, 10 qui nihil gesserunt non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.

7) l. 1 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 — id enim a D. Marco constitutum est ut qui scit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset. l. 39 §. 11 eod. — utilem tutelae dari placuit. l. 4 §. 3 D. rem pup. 46, 6 — sed utili actione conveniendus est — während unmittelbar zuvor noch nec actio tutelae eum qui non gessit tenet — wonach wir offenbar eine ältere Theorie annehmen müssen, „nach welcher die tutelae actio nur wegen gestio angestellt werden kann. Dieser Theorie gemäß müssen auch das Edikt und die Klageformel ausdrücklich auf gestio gestellt gewesen sein“ (Ribbentrop, Correalobl. S. 54).

8) l. 1 §. 20 §. 23 D. h. t. l. 55 §. 1 D. adm. tut. 26, 7 —

vom officium zur obligatio gebildet haben und zeitlich der tutelae actio voraus gegangen sein dürfte⁹⁾, in der Mitte. Sie ist schlechthin nicht ohne Gestion, und auch nicht vor Ende der Tutel möglich¹⁰⁾, — übrigens für uns Antiquität¹¹⁾.

Was demnach an Obligationen durch Inhandnahme der Geschäfte des Pupillen sofort und direkt, oder was an solchen schon durch die Delation der Tutel utiliter begründet wird, sind zuvörderst wieder bloße Haftungen¹²⁾: seitens des Tutors für den Eintritt in die Gestion vom Augenblicke, da er die Delation erfährt¹³⁾, für Redlichkeit und Sorgfalt in der Gestion, wobei jedoch, was Sorgfalt anlangt, nicht mehr verlangt wird, als er bei sich selber hergebracht hat^{13a)}, — endlich für Rechnungslegung am Ende der Tutel,

non tam invito domino contrectare . . videntur quam perfide agere. Näheres über dieselbe in der 1. Aufl. §. 291 Abs. 1.

9) Jedenfalls ist sie schon in den XII T. gewährt: l. 55 §. 1 cit. vgl. Wlassak S. 104.

10) l. 2 pr. D. h. t.; — l. 1 §. ult. eod.

11) Glück, der sie ausführlich behandelt, Bd. 32 §. 1365. d. S. 223 behauptet ihre Geltung; Windscheid das Gegentheil, aber erst auf Grund des Reichsstrafgesb. §. 246 §. 266. Gegen dieselbe Sentenz, praet. gem. Civilt. §. 150 Anm. 1.

12) welche, besonders auf Seite des Tutors, als „periculum“ vorkommt (in l. 1 C. de peric. tut. et curat. 5, 38 sind die notitiae causa tutores dati „periculo obligati“), übrigens auch als ein gerere ut oportet debere, suspectum facere debere, als Grundlage für Kaution (Anm. 18).

13) l. 1 §. 1 D. de administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus 26, 7: Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor (nec excusationem si quam habet, alleget intra tempora praestituta) suo periculo cessat. Id enim a D. Marco constitutum est etc.

13a) arg. l. 1 pr. D. h. t. — praestando dolum, culpam et quantum in suis rebus diligentiam. l. 33 pr. D. adm. tut. 26, 7 l. 2 l. 7 C. arb. tut. 5, 51. Diese Diligenz ist nicht nur eine in faciendo, sondern auch in non faciendo; l. 1 pr. D. h. t. In omnibus quae fecit tutor cum facere non deberet, item in his quae non fecit (cum facere deberet) rationem reddet. — Was alles zu thun und zu lassen ist, sowohl in der administratio e. S. als in der auctoritatis interpositio, geht zum Theil aus dem Begriffe der Vermögensverwaltung (in welcher custodia vor allem enthalten ist), zum Theil aus besonderen Verwaltungsvorschriften für Tutoren und Kuratoren hervor, und muß der Lehre von der Vormundschaft vorbehalten werden (vgl. darüber einweilen meine Pandd. 1. Aufl. §§. 286–289, bei die Veräußerungsbeschränkungen durch die Oratio D. Severi, Veräußerungsverbote, und Vorschriften über Geldanlegung in §. 289). — Daß und inwieferne der Tutor einerseits culpam, und zwar auch levem (l. 7 C. arbitr. tut. 5, 51), daneben aber doch nur

Abstattung des sich etwa zu Gunsten des Pupillen ergebenden Saldo¹⁴⁾ und Restitution alles dessen was aus Anlaß der Tutel an Sachen des Pupillen in die Detention des Tutors gekommen¹⁵⁾ oder von diesem für den Pupillen erworben worden ist, oder hätte erworben werden sollen¹⁶⁾, — seitens des Pupillen für volle Deckung des Tutors in Ansehung all des Entgangs, der ihm zu Nuß und Frommen des Pupillen aus der Geschäftsführung erwachsen ist (Indemnitätshaftung)¹⁷⁾. So lange diese Obligationen bloße Haftungen sind, ist noch keine actio, wohl aber was die Haftung des gesetzlichen und des von niedern Magistraten bestellten Tutors anlangt, magistratischer Zwang zur Verstärkung derselben durch Kaution, und zwar nicht bloß durch die prätorische stipulatio (satisdatio) rem pupilli salvam fore, sondern auch durch judicialis cautio¹⁸⁾ da.

diligentiam quam suis praestare könne, vgl. oben §. 266 Anm. 10; darüber daß zuweilen von diligentia schlechtthin die Rede ist (z. B. l. 10 D. adm. tut. 26, 7) vgl. Windscheid §. 438 Anm. 5: „er kann sich im Falle einer solchen (culpa levis) nur durch Gegenbeweis befreien.“

14) l. 9 C. arbitr. tut. 5, 51 — ut tam rationem, quam si quid reliquorum nomine debet, reddat, apud Praetorem convenire potes —

15) z. B. l. 1 C. de in lit. jur. 5, 53: — instrumenta ad puberem pertinentia restitui desiderabis.

16) arg. l. 7 C. arbitr. tut. 5, 51 quidquid . . . minores amiserint vel, cum possent non adquisierint —

17) l. 1 §. 6 D. contr. tut. 27, 4 — an contr. iudicio tutelae indemnitatem consequatur — quodcumque . . . gessit pro utilitate pupilli, id contr. j. consequetur — l. 3 pr. eod. — iudex . . . utilitatem pupilli spectabit et an tutor ex officio sumptus fecerit — Zu diesem Entgang zählt nicht bloß quae pro pupillo vel in rem ejus impensa sunt, sondern auch was der Tutor an Forderungen gegen den Pupillen aus der Zeit vor der Tutel hat stehen lassen (l. 1 §. 5 §. 6) — mag es auch verzährt sein (§. 7 eod.). — Auf den eventus kommt es auch hier (vgl. §. 321 Anm. 39) nicht an: l. 3 §. 6 eod. Sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est. Die Geschäftsführung hier ist insoweit, daß sie überhaupt platzgreife, Nothwendigkeit; im Einzelnen kann es auch hier (vgl. §. 321 Anm. 33) nicht bloß auf das Nothwendige, dagegen auch nicht bloß auf das Hergebrachte, nicht einmal durchweg auf die Größe des pupillarischen Vermögens ankommen: l. 3 pr. cit. — si plus . . . impenderit, quam est in facultatibus? . . . consequi . . . posse . . . si expedit pupillo ita tutelam administrari — wiewohl non in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli —

18) Näheres über erstere unten §. 336 und meine Pandd. 1. Aufl. S. 1332; — über letztere l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2 da in allen bf. iudiciis „arbitr. prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea (societate, tutela etc.).“

Der Uebergang dieser Haftungen in Verbindlichkeiten und Schulden erfolgt zwar sofort, nachdem anlässlich der Tutel etwas von Sachen des Pupillen in die Detention des Tutors gekommen ist, was er seinerzeit restituiren muß, oder nachdem der Entgang im Vermögen des Tutors für welchen der Pupille haftet, oder Einnahmen oder Verschuldungen für die der Tutor haftet — eingetreten sind; allein die Klagbarkeit dieser Verbindlichkeiten und Schulden ist bei der Rücksicht, welche der Pupille dem Tutor schuldet, bis nach Endigung der Tutel aufgeschoben¹⁹⁾, gleich der *tutela actio* auch die aus der *stipulatio rem p. salvam fore* nicht vor Ende der Tutel da²⁰⁾.

Mehrere Tutoren haften

1) wenn sie sämmtlich *gerentes* sind, vermöge der Ungetheiltheit ihres *Officiums*²¹⁾ *ipso jure in solidum*²²⁾. Da sie aber hiedurch unwillkürlich für einander Bürgen werden, und mehreren Fidejussoren und Mandatoren das *beneficium divisionis* verliehen worden ist, ward dasselbe auch für sie als billig befunden²³⁾ und nach dem bei den mehreren Bürgen gegebenen Vorbild ins Werk gesetzt²⁴⁾. Voraussetzung, Wirkung und Art der Geltendmachung dieses Privilegs sind also hier dieselben wie dort²⁵⁾. Auch ein Anspruch auf Klagen-

19) l. 1 §. ult. l. 4 pr. l. 9 pr. — §. ult., insb. §. 4 D. h. t. 27, 3: — *traditum est pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse — absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret* — §. 7. *Ceterae actiones, praeter tutelae, adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni, injuriae, condictio* — aber auch Kontrakt- u. a. Ansprüche etwa aus Vaters Zeiten her (§. 4 eod.) — weßfalls Spezialtutoren oder Kontutoren nöthig (§. 4 cit.).

20) l. 1 l. 4 §. 4 D. rem. p. s. f. 46, 6.

21) *officium individuum*: l. 46 §. 1 D. admin. 26, 7 cf. l. 11 pr. l. 13 D. ad munic. 50, 1 l. 6 D. fidej. et nom. 27, 7. Vgl. oben §. 236 zu Anm. 15.

22) l. 55 pr. D. adm. tut. 26, 7 — *tutorum quidem periculum commune est et in solidum tenentur* — l. 2 ab init. und in fin. C. divid. tut. 5, 52.

23) l. 1 §. 10 D. h. t. 27, 3 — *aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus* —

24) l. 1 §. 11 cit. — *dividi . . . exemplo fidejussorum*. Vgl. oben §. 236 zu Anm. 3

25) Voraussetzung: l. 1 §. 11 cit. — *si . . . omnes solvendo sunt* — §. 12 eod. Sed *etsi non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio* — vgl. §. 236 C. 85 Abs. 1; — Wirkung: Be-

cession²⁶⁾ und allenfalls utilis actio²⁷⁾ zu Gunsten dessen, der keine Virilportion, oder aber nicht mehr als diese, aber für das alleinige Factum seines Mitvormunds gezahlt hat, kommt hier wie dort vor²⁸⁾; nur daß dieses Recht hier selbst derjenige haben kann, der bloß portionem virilem prästirt hat: dann nämlich, wenn das obligirende (verschuldende) Factum nicht von ihm ausging²⁹⁾; wie er es umgekehrt selbst dann nicht haben kann, wenn er alles gezahlt hat: Dann nämlich, wenn die Verschuldung auf Arglist beruhte, und er daran Antheil hatte³⁰⁾; hier muß das Privileg der Theilung selbst cessiren³¹⁾. Von einem Recht auf Vorausklagung derjenigen, die den Schaden gestiftet haben, ist nur in so weit die Rede, als die Anderen noch gar nicht in die Gestion eingetreten waren, und der Schade nicht auf bloßer Unterlassung beruht³²⁾. —

freierung von Nachforderungen: §. 236 zu Anm. 9; — Art: s. die zweierlei Formen der Geltendmachung §. 256 S. 191.

26) vgl. §. 236 S. 87. 6 §. 256 S. 192. 3.

27) Ob utilis tutelae actio? Windscheid §. 443 Anm. 16. Unmöglich ist utilis tutelae actio trotz l. 46 D. solut. 46, 3 nicht. Vgl. oben §. 284 Anm. 9 und l. 1 §. 18 D. h. t.

28) l. 1 §. 13 §. 14 §. 18 eod. l. 2 C. div. tut. 5, 52 ab init. und in fin.

29) l. 1 §. 13 cit. — si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a D. Pio et ab imperatore nostro et divo patre ejus utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

30) l. 1 §. 14 eod. — nec enim ulla societas maleficiorum etc. est.

31) §. 236 S. 85 Abs. 2.

32) l. 39 §. 11 D. h. t. In eum qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit. Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit, citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat. Soweit ist offenbar der Gegensatz eines Schadens aus bloßer Unterlassung und durch irgend welche Geschäfte maßgebend für Gleichstellung oder Unterordnung. Allein nebst dem geht die Stelle von demjenigen aus, qui tutelam gerere noluit, der also in die Gestion gar nicht eintrat, und so denn auch nur utili tutelae actione haftet (in eum utilem tut. act. dari placuit — vgl. oben Anm. 7); nur gegen einen solchen contutor kann erst post ceteros qui gesserunt geklagt werden (l. cit.), selbst gegen ihn aber nur dann erst post ceteros, wenn diese handelnd an dem in ihre Hand gelangten Pupillengut Schaden gestiftet, nicht wenn sie durch Saumsal geschadet haben; in dieser steht ihnen wer gerere cessavit gleich. Windscheid §. 443 zu Anm. 10 läßt aber denjenigen der mehreren Tutoren, der an dem Schaden selbst nicht schuld ist, überhaupt „erst in zweiter Stelle“ haften, und beruft sich außer l. 39 §. 11

Als tutores gerentes werden für den ganzen Bereich der Vormundschaft auch diejenigen betrachtet, welche die Gestion den übrigen mandatsweise oder gegen *satisfactio* überlassen oder durch Uebereinkommen in die Gestion sich getheilt haben³³); zum Theil auch diejenigen, welche in die Gestion noch gar nicht eingetreten sind³⁴). Erfolgt dagegen

2) eine Scheidung in tutores gerentes und non gerentes (*honorarii* und *quasi-honorarii*) oder eine Theilung der Administration (*divisio tutelae*) durch Testament oder Obrigkeit³⁵), so tritt dort eine Rangordnung³⁶), hier eine Abschichtung der

cit. weiterhin auf l. 55 §. 2 D. adm. tut. 26, 7 l. 8 C. eod. 5, 37 l. 5 in f. C. in quib. cas. tut. habenti 5, 36 l. 6 C. arb. tut. 5, 51, l. 2 l. 3 C. div. tut. 5, 52 l. 2 C. her. tut. 5, 54 l. 1 C. si tut. vel curat. 5, 64. Von diesen Stellen besagen aber l. 55 §. 2 D. cit. l. 6 C. in f. l. 2 C. 5, 52 ab init. und in f. das Gegentheil, — l. 8 C. handelt wie l. 39 §. 11 cit und l. 2 C. 54 von dem Falle da der Eine gerere cessavit, der Andere gessit, — l. 1 C. von dem der excusatus non gessit, — l. 3 C. von dem Gegensatz der gerentes und non gerentes (die letzteres *conventionibus* d. i. durch Majoritätsbeschluß wurden); — l. 5 C. von einem Falle, da den Tutoren Kuratoren beigefügt werden, die dann allerdings aus der Administration der Tutoren erst nach diesen, und wenn diese *tempore finitae tutelae* noch solvent waren, später (da jene nicht mehr solvent sind) nicht mehr haften. Ausdrücklich ist wer (von mehreren gerirenden Tutoren) an dem Schaden nicht selbst Schuld, *ex facto alterius condemnatus praestiterit*, auf den Regreß gegen den Thäter beschränkt, in l. 1 §. 13 D. h. t. — Wenn Windscheid neben der angebliehen Rangordnung unter den mehreren tutores gerentes diesen auch noch das *beneficium divisionis* (s. oben Anm. 24) beläßt (§ 443 zu Anm. 15), so scheint er dieselben in verschiedener Lage zu denken: die Einen etwa so, daß sie „sich in gleicher Lage befinden“ (etwa in concreto miteinander gehandelt haben?) und so daß nur Einer gehandelt und „geleitet“ hat; ersterenfalls *benef. divisionis*, letzterenfalls *excussionis* (s. Windsch. a. a. O. zu Anm. 9 u 15. Allein l. 1 §. 11 D. h. t. 27, 23 gibt das *beneficium divisionis* ohne Unterschied ob Einer oder Alle gehandelt haben; l. 1 §. 13 eod. aber setzt einen Fall voraus, in dem nur Einer gehandelt (*ex facto unius*), der Andere aber gleichwol kein *benef. excussionis* gehabt hat, vielmehr (*pro parte virili* wenigstens) zahlen gemußt hat, und darum daß das Faktum des Einen war, nur einen Regreß gegen diesen hat.

33) l. 55 pr. D. adm. tut. 26, 7; l. 5 D. magistr. conv. 27, 8 l. 2 in f. C. div. tut. 5, 52.

34) zu Anm. 32.

35) zu der wir den ediktmäßigen Majoritätsbeschluß (l. 3 §. 5 D. jud. solv. 46, 7) hinzurechnen —

36) *ordo conventionis*: so daß zwischen dem gerirenden und nicht gerirenden Tutor (welch letzterem der *cessans* theilweise gleichsteht: zu Anm. 32) kein Recht auf Theilung, vielmehr auf Seite des non gerens ein Recht auf Vorausklagung des tutor gerens besteht: l. 3 §. 1 §. 2 D. adm. tut. 26, 7 — *hos quoque excussis prius facultatibus ejus qui*

Haftungen³⁷⁾, allenfalls auch hier eine Rangordnung innerhalb derselben³⁸⁾ ein.

gesserit, conveniri, oportere, dati enim sunt quasi observatores actus ejus et custodes etc. vgl. die constitutiones quae jubent ante conveniri eum qui gessit in l. 55 §. 2 D. adm. 26, 7 l. 3 C. div. tut. 5, 52 vgl. l. 60 §. 2 D. r. n. 23, 2. Auch die Haftung der Bürgen und Quaßbürgen (nominatores) des gerirenden Tutors muß der des nichtgerirenden vorgehen: arg. l. 11 §. 1 l. 13 D. ad munic. 50, 1 l. 4 C. magistr. conv. 5, 75; nicht so ganz die der (Municipal-)Magistrate, die den Tutor bestellt haben: denn so viel bezeugt die im übrigen korrupte l. 1 §. 15 D. h. t. 27, 3 sicher, daß durch zahlreiche Reskripte die Haftung der Magistrate hinter die der Kuratoren zurückgestellt worden sei, und erst Interpretation ist es, daß diese Reskripte den Fall, da der contutor suspecti postulationem versäumt (also ein dolus oder sonstige nequitia des anderen Tutors einen Fehler in der Bestellung dieses Tutors herausgestellt hatte), nicht betreffe. Wahrscheinlich knüpft übrigens l. 1 §. 15 an l. 1 §. 14 an (da seitens der Tutoren eine dolose Schädigung des Pupillen stattgefunden hatte), hat ihrerseits nicht einen dolus communis Alter (wie l. 1 §. 14), sondern einen dolus communis Einiger der Kontutoren vor Augen, so daß, da die letzteren non solvendo sind (statt „si sint solvendo contutores), die Frage entsteht, ob die Reihe zunächst an die noch übrigen unschuldigen oder an die Magistrate komme — an welcher letztere sie hier ausnahmsweise (weil ein schlechter Tutor bestellt worden) zunächst kommt. Gilt dies von den tutores gerentes, dann umsomehr auch von den non gerentes. Anders noch in m. Pand. 1. Aufl. S. 1343 unten. Die Collectio Juliani de tutelis (ed. Mommsen ad h. l. §§. 11—15) ist so verwirrend als der Text selbst. Rudorff (Vorm. Bd. 3 S. 173 Anm. 7) schweigt; Cujacius (vgl. über ihn und die ältere Literatur Glück Bd. 30 S. 397 Anm. 65) emendirt gleichfalls si non sint solvendo, läßt dagegen das non bei „si non tutor conveniatur ob hoc“ hinweg. Mit beiden Cujacischen Emendationen stimmen die Basiliken (lib. 38 tit. 3 c. 1 §. 7) überein. Windscheid §. 443 Anm. 6 a. C. und Anm. 10 in med. citirt l. 1 §. 15 cit. als Beleg für nachgehende Haftung der Magistrate. Die l. 46 §. 6 D. adm. 26, 7 betrifft einen Fall, der nach dem der tutela divisa entschieden wird (arg. in f.); l. 4 C. mag. conv. 5, 75 sieht von der Haftung der Magistrate ab.

37) l. 2 in med. C. de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur 5, 52 — In divisionem . . administratione deducta sive a Praeside sive testatoris voluntate, unum quemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus (seu curatoribus) non sustinentibus, nisi etc. l. 2 C. de peric. tut. et curat. 5, 38 l. 46 §. 6 D. adm. tut. 26, 7 — pro ea parte conveniri oportere, pro qua parte administravit — l. 51 l. 55 pr. in f. eod.

38) indem die Haftung der Tutoren trotz aller divisio tutelae doch nicht schlechthin auf diese oder jene Vermögenssichtie beschränkt ist, sondern — weil die Tutoren personae, nicht rei dati sind — sich je nach der Einsicht, welche der Tutor der Einen Vermögensgruppe in die Sachen oder Geschäfte der anderen Gruppe bekommt, sich auf die Person und die Geschäfte des anderen Tutors erstreckt und namentlich zur Verschuldung wegen unterlassener suspecti postulatio führen kann: l. 2 C. divid. tut. 5, 52 — nisi (vgl. dieselbe Stelle oben Anm. 37) per dolum aut culpam

Den Obligationen aus der Tutel stehen die aus der Protutel zur Seite³⁹⁾. Wer nämlich die Funktionen eines Tutors in Sachen eines Unmündigen, überhaupt einer Person die einen Tutor haben kann⁴⁰⁾, ohne Tutor zu sein⁴¹⁾, oder nichtwissend, daß er es ist⁴²⁾, als Tutor (pro tutore) übernimmt, der haftet seinem Quasi-Mündel, und obligirt ihn, wie wenn er wirklicher Tutor wäre, oder daß er es ist wüßte⁴³⁾; auf die entsprechenden Verbindlichkeiten und Schulden gehen protutelae actio directa und contraria⁴⁴⁾. Die Ausdehnung

suspectum non removerunt etc.; l. 47 §. 2 l. 39 §. 3 §. 7 D. adm. tut. 26, 7); hier kommt der Mitvormünder dann nach dem Urheber des Schadens an die Reihe: l. 2 C. cit. — cum alter eorum non solvendo effectus sit — l. 12 D. rem pup. salv. 46, 6; auch erst nach den Bürgen oder Bestellern (Magistraten) desselben: l. 46 §. 6 D. adm. tut. 26, 7.

39) D. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit 27, 5 C. de eo qui pro tutore negotia gessit 5, 45.

40) l. 1 §. 1 D. 27, 5. Pro tutore . . negotia gerit qui munere tutoris fungitur in re impuberis — wäre er mündig, oder noch unboren, so wäre selbst Protutel nicht möglich: l. 1 §. 6 eod. — eam esse personam oportet, cujus aetas recipiat tutorem. — Um ebendesswillen darf er auch nicht alieni juris sein. So denn auch hier der Nothbehelf der neg. gestororum actio l. 1 §. 6 cit. Ob der Protutor auch Tutor sein könnte, ist gleichgiltig: l. 1 §. 2 eod. „prot. actio sollte nur für den Fall, da der Tutor ungewiß, nicht die Tutel unmöglich war, aushelfen.“

41) Dieser Fall ist in l. 1 §. 1 cit. und Windscheid §. 444. 2; in l. 1 §. 1 cit. mit der Alternative sive se putet tutorem, sive sciat non esse — als der einzige hingestellt. Es ist aber nur der gewöhnliche (S. folg. Num.) Der es ist und weiß, daß er es ist, ist stillschweigend ausgeschlossen, obwohl l. 1 pr. eod. auch schon dahin ausgelegt wurde, als ob es in protut. actione auf das esse tutorem oder non esse gar nicht ankäme (Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr. S. 939 Anm. 27, dagegen meine Pandd. I. Aufl. S. 1361).

42) l. 3 D. 27, 5.

43) l. 4 eod. Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret. Eine Verschärfung dieser Haftung für den Fall, da der Protutor weiß, daß er nicht Tutor ist (Windscheid a. a. O. Anm. 7 und Zimmern zu l. 85 und l. 53 §. 3 D. furt. 47, 2 Arch. f. civ. P. I. S. 252 fgg.) scheint nicht gerechtfertigt. l. 1 §. 8 eod. In protutelae actione etiam usurae veniunt: — l. 5 eod. Ei qui p. t. n. g. contrarium iudicium competit.

44) Anm. 43 a. G. Nicht sowohl die Thatsache, daß mitunter Nichttutoren als Tutoren gerirten, als die häufige Ungewißheit, ob Gerent Tutor gewesen (oder die Ausflüchte von der einen oder anderen Seite, daß die Tutel nicht zu Recht bestche) haben nach l. 1 pr. eod. zur Aufstellung dieses Judiciums geführt. Um dieser Ungewißheit und der Erschwerung des Prozesses durch den Beweis der Vorfrage, ob Tutel bestanden, die Spitze abzubrechen, stellte man neben tutelae actio, bei welcher man Tutor sein muß, eine Klage, bei der man es sein oder nicht sein kann, und ließ es von interrogatio in iure abhängen, ob mit der einen oder andern

der tutelae actio auf den Fall der Nichtgestion ging hier natürlicherweise nicht an⁴⁵⁾; einmal angetreten dagegen obligirt die Gestion auch ihn zur Weiterführung⁴⁶⁾, und die Entdeckung allein, daß er gar nicht Tutor sei, entbindet ihn von jener noch nicht⁴⁷⁾; — auch einen „finis protutelae“, nach welchem erst geklagt werden könnte, gibt es nicht⁴⁸⁾.

Falsus tutor⁴⁹⁾ ist nicht jeder Protutor, sondern nur derjenige, welcher als Tutor fungirt, ohne es zu sein (vgl. Num. 41 u. 42), interpretationsmäßig noch derjenige, welcher Tutor ist, aber als Tutor auctorirt ohne auctoriren zu können⁵⁰⁾. Ferner, nicht jeder falsus tutor ist Protutor: denn falsus tutor kann man auch da sein, wo keine Tutel möglich ist⁵¹⁾. Das Edikt quod falso tutore auctore gestum esse dicatur ist denn auch aus ganz anderem Grunde aufgestellt als das de eo qui pro tutore prove c. n. g.: nicht wegen Haftungen zwischen dem Mündel und Protutor, sondern im einseitigen Interesse des Dritten, welcher sich falso tutore auctore auf Geschäfte oder Prozesse mit dem wirklich oder scheinbar Bevormundeten im guten Glauben an die Auctorität⁵²⁾ oder in jugendlichem Leichtsinne⁵³⁾ oder nothgedrungen⁵⁴⁾ eingelassen und dadurch Schaden erlitten hat⁵⁵⁾. Daß der Dritte getäuscht sei, ist wie bemerkt regelmäßige Voraussetzung;

Klage vorzugehen sei (arg. l. ult. D. quod falso tut. 27, 6). Vgl. m. Pand. 1. Aufl. S. 1362 oben.

45) l. 1 §. 9 D. 27, 5. — neque enim attingere debuit qui tutor non fuit —

46) l. 1 §. 9 cit. — hactenus (eorum quae non gessit) tenebitur, si alius gesturus fuit —

47) wohl die Mittheilung an die Nächsten des Pupillen l. 1 §. 9 cit.

48) l. 1 §. 3 eod. l. 1 §. 3 D. contr. tut. 27, 4 l. 26 D. adm. tut. 26, 7 l. 4 §. 4 D. rem pup. v. adol. salv. f. 46, 6.

49) D. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur 27, 6.

50) l. 1 §. 2 eod. — puta furiosus vel ad aliam regionem datus —

51) l. 11 §. 2 D. eod. Andere Meinungen über das Verhältniß von Protutoren zu den falsi tt. s. Neustetel, Arch. f. civ. P. I. S. 246.

52) l. 1 §. 6 l. 2 eod.

53) l. 4 cf. l. 3 l. 6 eod.

54) l. 5 eod. — si a praetore compulsus est ad iudicium accipiendum —

55) 3. B. 1. 10 D. eod.: Während falso t. a. nichtig geklagt wird, verjährt die Klage, wird usufapirt —

daß der Auktorirende getäuscht habe, ist es nur zum Theile. Das Rechtsmittel, welches der Prätor dem Getäuschten eingeräumt hat, ist nämlich theils i. i. restitutio⁵⁶⁾, theils eine Strafflage⁵⁷⁾. Erstere ward unter der Bedingung *si id actor ignoravit* verliehen, daß der falsus tutor auch getäuscht haben müsse, ist nicht gesagt; die Jurisprudenz ließ dieses Rechtsmittel denn auch gegen einen Protutor⁵⁸⁾ zu; — letztere setzte dagegen einen Beklagten, der *dolo malo auctor factus esse dicetur*. mithin der Täuschung beschuldigt wird, ausdrücklich voraus⁵⁹⁾. Die bloße Wissenschaft, daß man nicht Tutor ist, reicht zum *dolus malus* nicht überall aus⁶⁰⁾. Die Strafflage ist indessen nicht *mere poenalis*, sondern *rei persecutionem continens*⁶¹⁾, in *factum*, und einjährig⁶²⁾; ihrer Mehrere haften solidarisch, der Strafflage entsprechend, aber ohne Benefizien^{62a)}.

Daß aus der *cura (personarum)* nicht *tutelae* oder *tutelae utilis*, sondern *negotiorum gestorum utilis*, wo nicht *directa*, platzgriff, ist schon vorgekommen (§. 321 Anm. 7). Durch den Mangel der Auktoritas, welche der Tutel wesentlich ist, sowie des besonderen Treuverhältnisses⁶³⁾, war die Kuratel der Tutel zu unähnlich, als daß man die Klagen aus ihr denen der Tutel anpaßte. Insbesondere in dem Mangel des Treuverhältnisses dürfte es auch seinen Grund haben, daß hier keine *rationibus distrahendis actio* zusteht⁶⁴⁾; aus der Unterstellung unter *negotiorum gestio* kommt es, daß auch

56) l. 1 § 6 D. eod.

57) l. 7 pr. eod.

58) l. 1 §. 5 eod. — der in Unterscheidung von anderen *falsi tutores* nur derjenige sein kann, der sich selbst für den Tutor hielt, und also unmöglich getäuscht haben konnte —

59) l. 7 pr. eod.

60) l. 7 §. 1 eod. — *quid si compulsus aut metu, ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit?* —

61) l. 7 §. 2 §. 3 l. 9 §. 1.

62) l. 9 §. 1 cit. l. 11 §. 1.

62a) l. 7 §. ult. l. 8 eod. Vgl. §. 236 C. 85 Abs. 2.

63) Rudorff, Vorm. I. C. 40.

64) arg. l. 1 §. 19 §. ult. vgl. mit l. 4 §. 3 und bes. l. 2 pr. D. tut. et rat. 27, 3.

während der Cura geklagt werden kann⁶⁵), wiewohl diesbezüglich die cura minoris späterhin der Tutel gleichgestellt erscheint⁶⁶). Anderseits hat der Gesichtspunkt der negotiorum gestio nicht verhindert, daß der Kurator wie der Tutor auch wegen Nichtgestio (cessatio) haftet⁶⁷), diligentiam quam suis prästirt⁶⁸); daß seine Haftung zu derselben Kaution wie die des Tutors erhoben werden kann⁶⁹), sowie daß bei mehreren Kuratoren Solidarität, Getheiltheit und Rangordnung innerhalb der Haftungen nach denselben Unterschieden vorkommt, wie bei der Tutel⁷⁰).

Wie dem Tutor ein Protutor steht dem Kurator ein Prokurator mit der analogen Haftung und Obligirung, wenn auch mit keinem eigenen Judicium, zur Seite⁷¹).

Den Altersvormund müssen wir nach heutigem Rechte gleich dem Tutor haften und obligiren lassen, ob er nun einem Unmündigen oder Minderjährigen vorsteht⁷²). —

Tutelae iudicium ist bonae fidei⁷³). Es findet auch gegen die Erben statt, gegen die des Tutors nicht nur vonwegen der finita tutela bereits vorhandenen Verbindlichkeiten und Schulden⁷⁴), sondern auch wegen des damals noch in Schwebe gewesenen, nun aber eingetretenen Debets⁷⁵), überdies von wegen Schulden, die der eigenen Haftung des Erben entspringen;

65) l. 4 §. 3 cit. l. 16 §. 1 eod. l. 26 D. adm. tut. 26, 7.

66) l. 2 l. 14 C. admin. 5, 37 Rudorff III. S. 58.

67) arg. Rubr. D. 26, 7 — periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non — oder sind hier non gerentes gemeint? Wahrscheinlicher geht das non auf Beide, die non gerentes und cessantes: denn auch ihr periculum ist dasselbe (Anm. 70).

68) Wlassaf, 3. Gesch. d. neg. g. S. 90 fg.

69) J. de satisfactione tutorum vel curatorum l. 24 D. de fidej. et nom. et her. tut. et cur. 27, 7 C. tut. vel curat. qui satis non dedit 5, 42 D. rem pupilli v. adolescentis salvam fore 46, 6.

70) l. 2 C. div. tut. 5, 52 cf. l. 2 C. si ex plur. tut. vel cur. 5, 40 l. 2 C. exc. 5, 62 §. 1 J. satisf. tut. v. cur. l. 24 l. 30 §. 1 D. exc. 27, 1; arg. l. 2 cf. l. 1 l. 3 C. quo quisq. ord. conv. 11, 35 und dazu m. Pand. 1. Aufl. 1130; l. 8 C. magistr. conv. 5, 75.

71) arg. Rubr. D. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit 27, 5.

72) vgl. Windscheid §. 438 Anm. 1 a. G. und Anm. 17 a. G.

73) §. 28 J. act. 4, 6 l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2.

74) l. 2 l. 4 C. hered. tut. vel cur. 5, 54 l. 1 §. 1 D. fidej. et nom. et hered. tut. v. c. 27, 7 l. 1 C. in lit. jur. 5, 53.

75) arg. l. 38 pr. cit.

denn in Ansehung der von dem Tutor begonnenen, aber nicht vollendeten Geschäfte geht die Haftung auf den Erben, wenn er volljährig ist, über⁷⁶⁾; eine solche wird neu begründet, wenn er eigenmächtig zu geriren fortfährt⁷⁷⁾. — Von dem Unmündigen vor der Zeit angestellt, würde die Klage nicht konsumirt⁷⁸⁾; richtig angestellt kann sie nur ausnahmsweise, vermittelst einer replicatio doli gegen exc. rei judicatae, wiederholt werden⁷⁹⁾.

§. 323.

aus Communio.

Von den Obligationen, welche

1. ex re communi entspringen¹⁾, müssen unterschieden werden sowohl Obligationen, welche behufs Theilung konstituiert werden²⁾, als Obligationen, welche der Kondominus nicht als solcher, durch kein commune negotium, sondern als negotiorum gestor durch negotium alienum an dem intellektuellen Eigenthumsantheil des Miteigenthümers begründet³⁾. Sie sind ex re⁴⁾, nur aus einer Sache, die Mehreren gemeinjam ist, aber gleichviel, ob sie es mit oder ohne einen Gesellschaftsvertrag ist⁵⁾. Diese res communis erzeugt Obligationen, und zwar zuvörderst Haftungen für ein gewisses Thun⁶⁾

76) l. 1 pr. D. de fidej. et nom. et heredibus tutorum vel curat. 27, 7. Daß der Erbe hier nur für culpa lata in abstr. einstehe, scheint uns aus l. 1 pr. l. 4 § 1 D. eod. l. 17 C. neg. g. 2, 19 (m. Pand. 1. Aufl. S. 1331) nicht mehr hervorzugehen, durch l. 4 §. 1 cit. vielmehr widerlegt zu werden.

77) l. 4 pr. D. eod.

78) l. 4 §. 2 D. h. t. (27, 3).

79) z. B. wegen ungebuchter und bei der Rechnungslegung nicht zum Vorschein gekommener Einkassirungen.

1) §. 3 J. de obl. quae q. ex contr. 3, 28 D. comm. div. 10, 3 C. 3, 37.

2) Bb. 1 §. 176 zu Ann. 10; ferner §. 5 J. off. jud. 4, 17.

3) §. 321 S. 648 fg.; dazu l. 6 §. 7 D. h. t.

4) l. 46 D. o. e. a. 44, 7 l. 29 D. h. t. — magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur —

5) l. 2 pr. D. h. t.

6) l. 14 pr. D. h. t. In hoc iudicium venit quod . . . agi debuit ab eo qui scit se socium habere. l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10, 2 — diligentiam praestare debet qualem in suis rebus — cf. l. 6 §. 11 D. h. t.

und Lassen⁷⁾ — für Betheiligung an den Geschäften, welche zur Erhaltung und Bewirthschaftung der Sache nothwendig, und darum (entgegen den Dispositionen über die ideellen Theile) gemeinsame Geschäfte Aller sind⁸⁾, folgerecht für proportionelle Entschädigung dessen der etwa das Geschäft allein führen und die Auslagen allein machen würde⁹⁾, — folgerecht aber auch für proportionelle Restitution oder Prästation, wenn man den Nutzen oder Gewinn über seinen Theil ziehen¹⁰⁾ sollte, — für Unterlassung alles dessen, was der Sache zum Schaden gereichen könnte¹¹⁾. Nur diese durch die gemeinsame Sache selbst gebotenen Gestionen und Unterlassungen sowie der durch dieselben verursachte Aufwand, Entgang oder Uebergewinn von Nutzungen aus der gemeinen Sache fallen in den Bereich der Haftungen ex re communi; anderweitige Gestionen oder Unterlassungen können eigens bedungen¹²⁾, oder kraft Miteigenthums geboten sein^{12a)}: woferne der Bruch dieser Abmachungen, oder die Verletzung dieser Rechte weder einen Schaden für die Sache, noch einseitigen Aufwand, Entgang oder Gewinn aus derselben mit sich führt, können dieselben zu Prohibitionen, Kauttionen oder zur Kündigung der Gemeinschaft (actio c. d.) selbst führen¹³⁾: Obligationen und Kondemnationen ex re communi und in communi div. iudicio finden ihret halben nicht statt¹⁴⁾.

7) arg. l. 3 pr. D. h. t. si quid in his damni datum factum-ve est —

8) §. 321 Anm. 62 63.

9) arg. l. 3 pr. cit. — si quid eo nomine abest — l. 4 §. ult. l. 5 l. 8 §. 4 l. 9 l. 11 l. 15 D. h. t.

10) arg. l. 3 pr. cit. — aut ad eum pervenit — l. 4 §. 3 l. 6 §. 2 l. 6 §. 4 l. 29 pr. l. 11 eod.

11) Anm. 15 l. 8 §. 2 l. 10 pr. l. 26 l. 28 D. h. t.

12) vgl. l. 3 §. 1 D. h. t.

12a) nämlich „seinem Genossen denjenigen Gebrauch zu gestatten, zu welchem derselbe kraft seiner Mitberechtigung oder kraft getroffener Vereinbarung befugt ist, so wie sich seinerseits desjenigen Gebrauchs zu enthalten, welcher ihm durch die Mitberechtigung des Genossen oder durch getroffene Vereinbarung versagt ist“ Windscheid §. 449, 1.

13) l. 13 §. 3 D. quod vi aut cl. 43, 24 Bb. 1 §. 174 S. 696; l. 12 D. h. t.; l. 26 D. s. p. u. 8, 2 — itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit — Näheres in der folg. Anm.

14) Mit diesem Vorbehalt ist die „Richtung der actio communi dividundo“ auch auf jene anderweitigen Gestionen zc. (Windscheid

Diese Haftungen entspringen *ex re communi*, jedoch wie schon ihr Inhalt zeigt, nicht alle schlechthin aus der bloßen Thatfache, daß *res communis* ist, manche nicht ohne Wissen, daß *res communis* und daß man Miteigenthümer ist. Ohne dieses Wissen ist keine Haftung für eigenes Thun oder Lassen denkbar¹⁵), wogegen die Haftungen, welche auf Entschädigung für Auslagen oder Restitution von Perzeptionen gehen, auch unwissentlich platzgreifen können und platzgreifen¹⁶). Von Seite desjenigen hinwiderum, der durch seine Gestio des Anderen Haftung für Entschädigung verwirken soll, ist ein Wissen und Wollen wie für den *negotiorum gestor* nothwendig; ob er diesen oder jenen für seinen Miteigenthümer halte, ist gleichgiltig¹⁷); daß er die Sache nicht für sein ausschließliches Eigen halte, mithin wissentlich *commune negotium gerere*, den *animus* irgendwen obli-

a. a. D. Ann. 4) hinzunehmen. In l. 3 §. 1 D. h. t. ist zwar dem *arbitrator in comm. div. j.* auf die Abmachungen der Parteien schlechthin zu achten geboten, dabei jedoch wahrscheinlich nur an die Theilungsmodalitäten gedacht (vgl. l. 21 D. h. t. l. 21 C. fam. h. 3, 36; die Glosse verweist zunächst auf l. ult. D. h. t. und l. 21 D. cit.; dann auf l. 15 C. fam. herc. 3, 36, wo in fin. von einem *placitum divisionis* das *usque ad pactum stetit* und darauf folgendem f. h. jud. die Rede). Einen Fall, in welchem die Abmachung der Parteien ohne Zweifel zur *condemnation* (*personalis praestatio*) in c. d. jud. führt, enthält l. 23 D. h. t.; allein hier trifft die Richteinhaltung der Abmachung auch mit Entgang auf der einen und Mehrbezug auf der anderen Seite zusammen. Ebenso l. 28 D. h. t. (das durch verbotswidriges Vorgehen gestiftete *damnum* kann per c. d. j. *sarciri*). Kommt es wegen Streitigkeiten unter den mehreren *usufructuaris* oder wegen einer *Kommunmauer* nicht theilungshalber zu einem c. d. jud. (l. 13 §. 3 D. usufr. 7, 1; l. 4 D. serv. leg. 33, 3; l. 3 §. 1 §. 2 D. o. n. n. 39, 1), so hat man doch auch hier an keine Obligationen, *condemnationen*, *Prästationen*, sondern an bloße Befehle des *arbitrator* und *Kautionen* zu denken (arg. die Nebeneinanderstellung der c. d. a. mit prätorischer *Intervention*: *cur enim . . . ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest jurisdictione sua componere?* l. 13 §. 3 cit.; — *prohibebo c. d. iudicio vel per praetorem — per praetorem vel per arbitrum c. d. l. 3 §. 1 §. 2 cit.*, wozu meine Pand. l. Aufl. S. 716, 3 l. 6 §. 9 in f. l. 10 §. 2 l. 15 D. h. t. „*ut ei pars traderetur*“ Bd. 1 §. 176 Ann. 15.

15) l. 14 pr. cit. — *agi debuit ab eo qui scit* —

16) So wenig als bei der *negotiorum gestio* vom *dominus negotii* ist hier ein Wissen oder Wollen von Seite des *condominus* irgendwo verlangt: 3. B. l. 3 pr. l. 11 l. 29 pr. D. h. t.

17) l. 29 pr. D. h. t. — während l. 6 pr. eod. im Irrthumsfalle von einem (durch *Haloander* beseitigten, durch die *Basiliaken* bestätigten) *utile c. d. iudicium* spricht —

giren zu wollen haben könne und wirklich habe, ist nothwendig¹⁸⁾; außerdem wird der *condominus negotii* weder *ex communione* noch überhaupt klagbar schuldig; dem Gestor bleibt nur *Retentionrecht*, dieses allerdings auch in *communi div. iudicio*¹⁹⁾. Auf diesem Punkte, da der Miteigenthümer Einer das gemeinsame Geschäft allein in die Hand nimmt, richtet sich die Obligation aus der *Communio* nach denselben Gesichtspunkten wie die *negotiorum gestorum obligatio*; wir werden darum auch annehmen dürfen, daß das *negotium commune* so nothwendig wie wissentlich sein müsse, wenn die Haftung des Miteigenthümers eine unbeschränkte sein soll²⁰⁾, und daß es von diesem nicht untersagt sein dürfe, wenn er überhaupt dafür soll aufkommen müssen²¹⁾. Allein so weit auch diese beiderlei Obligationen oder Obligationsgründe zusammengehen: immerhin geht die aus der *Communio* weiter, indem sie nicht erst mit der Inhandnahme eines Geschäftes anhebt, sondern bis auf ein gewisses mit der *Communio* selbst platzgreift; nicht bloß

18) I. 29 pr. cit. I. 14 §. 1 cit. (zu welcher letzterer Stelle §. 321 Anm. 63).

19) — so aut wie wenn vindizirt würde — I. 14 §. 1 cit.

20) I. 25 §. 15 D. fam. herc. 10, 2 — 'si unus cogente necessitate fecerit' — Anderweitig ist allerdings bloßes Interesse verlangt (I. 6 §. ult. D. h. t. si interfuit aedium hoc fieri. Windscheid §. 449 zu Anm. 10), was denn auch wohl mit dem Gesichtspunkt der *voluntas* und *consuetudo* der Eigenthümer in Zusammenhang gebracht wird (Brinckmann, Verhältniß der *actio comm. div.* und der *actio neg. g.* zu einander 1855 S. 36); allein dicht neben der *cogens necessitas* in I. 25 §. 15 cit. steht auch ein bloßes *si expedit*. Eine Vermittlung liegt vielleicht darin, daß der *Verent* in den citirten Fällen sich in der Alternative befindet, eines oder das andere (*noxam dare-praestare*) thun zu müssen, und erst auf Grund dieser Nothlage des weiteren (vgl. §. 321 Anm. 33, 2) gefragt wird, ob auch zukömmlich gewählt sei. Vgl. auch I. 8 §. 3 D. h. t. So können denn auch in I. 18 §. 1 C. fam. h. 3, 36 die *sumptus* insoweit daß etwelche gemacht wurden, nothwendig gewesen sein, und die Frage nach der *bona fides* nur das Maß des Aufwandes betreffen.

21) arg. I. 28 D. h. t. Sabinus: in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse — der Geheimmte kann wegen Besitzstörung (I. 12 eod.) etwa auf *cautio damni infecti* (trotz I. 32 D. damni inf. 39, 2) oder auf Auflösung der Gemeinschaft klagen, und wenn in Folge des Verbots die Sache Schaden gelitten hat, hieraus *comm. div.* klagen. S. dagegen Brinckmann, *der a. a. D. §. 60 Nr. 16* das Gegentheil behauptet, aber nur dafür, daß aus dem untersagten Aufwand (zuweilen nur) bis zur Bereicherung geklagt werden könnte, einen Anhalt hat: in I. 17 §. 4 D. instit. 14, 3.

auf den Fall einer Gestio, sondern auch auf den der Nichtgestio gerichtet ist; endlich nicht bloß auf den Fall, da der Eine oder Andere gerirt, sondern auch auf den, da gemeinsam gehandelt wird, Anwendung findet²²⁾; — während im Grade der Haftung bei der Kommunion insoferne ein Nachlaß stattfindet, als hier nur *diligentia quam suis* prästirt wird (§. 267 Anm. 33).

Sind schon die Haftungen *ex re communi* nicht alle durch das Miteigenthum selbst und an sich da, so können sie sich ohne Zuthaten um so weniger in Schulden verwandeln. Dieser Zuthaten sind möglicherweise dreie: Verschuldungen, Auslagen, Perzeptionen²³⁾. Kommt etwas *ex re communi* über den treffenden Theil bloß in die Detention des Einen oder Anderen, so erwächst die Haftung in bloße Verbindlichkeit²⁴⁾. Erst die Schulden bilden die *personales praestationes* aus der Kommunion und in *comm. div. j.*; sie eine von Anfang nicht abzuwendende, sich summirende und kompensirende²⁵⁾ Vielheit von Obligationen auf dem einheitlichen Grunde des Miteigenthums und der dualistischen Haftung. Eine im *Kon-
dominium, Koheredium, Konfinium* beruhende Eigenthümlichkeit der Haftungen hier ist es, daß sie diesseits wie jenseits von gleichem Inhalte sind, und also die Möglichkeit nicht bloß eines *bonae fidei*, sondern auch eines *duplex iudicium*, was *c. d. j.* beides ist²⁶⁾, gewähren. Ohne das Vorhandensein dieser Haftungen wäre *aquiliſche culpa* und *uranfängliche Obligation* durch *Impensen* und *Perzeptionen* möglich; allein der

22) Bis auf den *casus* erstreckt sich die Haftung unter denselben Umständen wie bei *neg. gestio*: l. 6 §. 2 D. h. t. — *si non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut damnum ad ipsum respiciat.* Vgl. §. 321 Anm. 39.

23) Diese Trias von Schuldeventualitäten lautet in (sabinischem?) Kapibarstil: *si quid in his damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi* (l. 3 pr. D. h. t.). Betont man, daß außer diesen 3 Dingen und der *divisio rerum ipsarum quae communes sint*, „*nihil*“ in *c. d. j.* venit (l. 3 pr.), so liegt darin auch eine Gewähr für das zu Anm. 12—14 Gesagte.

24) weßfalls es zunächst zu bloßen richterlichen Befehlen (*Restitutionsbefehlen*) läme (vgl. z. B. l. 4 §. 3—6 D. h. t.).

25) vgl. l. 52 §. 2 D. *fam. herc.* 10, 2.

26) *b. f. jud.*: §. 28 J. act. 4, 6 l. 14 §. 1 l. 24 pr. D. *comm. d.* 10, 3 l. 3 C. *comm. utriusq.* 3, 38; — *duplex jud.*: l. 10 D. *fin. reg.* 10, 1 und überhaupt *Bd. 1* §. 89 insb. Anm. 1.

Quasikontrakte wären dann so viele als Schulden und eine Verschuldung in non faciendo nicht denkbar²⁷⁾; die judicialis cautio de damno futuro hätte gleich dem ab initio der Kontrakte datirenden Pfandrecht für futurae obligationes ohne die schon jetzt vorhandene Haftung keinen Boden in der Gegenwart²⁸⁾. Wären Kommunions-Obligationen ex re communi überall erst mit dem Augenblicke vorhanden, da sie als Schulden zu Tage treten, so würden dieselben keinen anderen Grund haben können, als das sie begründende Faktum, insonderheit die Schuld wegen Sachbeschädigung keinen anderen Grund als die Aquilische Pönalschuld, und also nicht abzusehen sein, wie eine derartige Schuld des Miteigenthümers sich vererben konnte; nun aber vererbt sie sich²⁹⁾ deswegen, weil sie vor ihrer Geburt in rerum natura, und zwar damals bereits Obligation (Haftung) war, in dieser Obligation ihren tiefen, von der einfachen Deliktsschuld verschiedenen, quasikontraktlichen Grund und ihren reipersekutorischen Charakter hat³⁰⁾.

Einmal entstanden können die Kommunionsschulden auch noch nach dem Untergang der gemeinschaftlichen Sache³¹⁾, sowie nach der Aufhebung der Communio oder nach dem Austritt aus derselben³²⁾ eingeklagt werden, und zwar comm. div. actione; doch kann comm. div. actio, bei welcher es zu keiner rerum divisio kommt, nur utilis sein³³⁾. — Besteht Communio

27) während eine solche nicht bloß durch das quod agi debuit in l. 14 pr. D. h. t. und das Erforderniß der diligentia (Anm. 6), sondern — auf dem Gebiete des Kohereditiums allerdings — konkreter und demonstrativer in l. 25 §. 18 D. fam. h. 10, 2 bezeugt ist.

28) über jene s. §. 322 Anm. 18; über diese vorläufig s. B. I. 9 pr. D. qui pot. 20, 4 — wo eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, während (Gaj. 4, 131) sane quidem obligatio contracta intelligitur —

29) l. 10 pr. D. h. t. — quamvis legis Aq. actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestat si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aq. actio nascitur.

30) vgl. §. 321 Anm. 39 in med. und S. 653 fg.

31) l. 11 l. 25 D. h. t.

32) Austritt: l. 6 §. 1 D. h. t., Aufhebung d. i. außergerichtliche Theilung, sofern sie sich auf die personales praestationes nicht miterstreckte: arg. l. 6 §. 1 cit. Dasselbe muß auch für den Fall der gerichtlichen Theilung gelten: arg. l. 4 §. 2 D. h. t.

33) l. 11 l. 6 §. 1 cit. — licet hic c. d. iudicio locus non sit,

zufolge Gesellschaftsvertrages, so konkurriert in Ansehung der Kommunionsschulden mit *c. d. actio* die *actio pro socio*³⁴); besteht sie auf Grund gemeinsamen Erbgangs, so konkurriert mit *familiae h. iudicium* die *c. d. a.* in Ansehung der einzelnen *res communes* nicht nur behufs Theilung, sondern auch behufs Lösung der aus jenen entsprungenen Obligationen³⁵).

Gleich dem direkten führt auch das publizianische Miteigenthum, führen gemeinschaftliche Superfizien und Emphyteuse, Servituten- und Pfandgemeinschaft zu quajikontraktlichen Obligationen von der gleichen Art und Entwicklung sowie zur *utilis c. d. actio*³⁶).

quia a communione discessum sit, utili tamen locum futurum, quod datur de praestationibus quotiens communis esse desiit.

34) l. 1 D. h. t.

35) l. 44 pr. D. fam. h. 10, 2.

36) Uebersicht: l. 7 pr. — §. 13 D. h. t.; dazu l. 10 §. 1 l. 19 §. 4 eod. l. 4 in f. D. aqua 43, 20; l. 29 D. fam. herc. 10, 2 l. 2 C. h. t. Sämmtliche Stellen haben *c. d. actionem* fast alle nur betreffs Theilung im Auge, — womit denn auch §. 179 III. §. 203 Anm. 35. §. 199, insb. Anm. 13, 15, 19 zu vergleichen ist, zu welsch letzterer Anm. 19 jedoch modifikationsweise neben l. 19 §. 2 §. 4 D. h. t. auch l. 4 in f. D. aqua 43, 20 (als ein *utile c. d. j.* bei mehreren *praedialss.* an Einer aqua) hinzuzufügen ist. Nur l. 19 §. 2 cit. faßt den Fall einer Personalprästation ins Auge und — verwirft, übereinstimmend mit l. 31 §. 7 D. neg. g. 3, 5 *communi d. a.*, mithin auch das Dasein einer Kommunionsschuld, und verweist auf *neg. g. act.* Allein die letztere dieser beiden Stellen handelt sicher von einer *praedialservitut* zu einem *commune praedium* (*sententia praedio datur* — Steinlechner, Wesen der *juris commanio* 2. Abth. S. 222 Abs. 3); hier ist, so lange das Miteigenthum dauert, eine *comm. div. a.* in Ansehung der Servitut schon behufs Theilung, selbst der bloßen Ausübung nach, unmöglich; müßte ja zuvor ein *c. d. j.* behufs Ausübungsregulirung des Miteigenthums selbst möglich sein, während ein solches nirgends vorkommt, ja durch die Intention dieses *Judiciums* ausgeschlossen ist (Vd. 1 §. 176, bes. S. 708 Z. 3); wo aber *c. d. a.* behufs Theilung nicht angeht, dürfte sie überhaupt nicht zulässig erschienen sein. In l. 19 §. 2 cit. aber ist nur von einer uns *per eundem locum* schuldigen *via*, also wohl (gegen Steinlechner Abs. 5, wie in l. 4 D. aqua 43, 20 und in der zweiten Hälfte von l. 19 §. 4 D. h. t. von keiner gemeinschaftlichen Servitut die Rede und der Gedanke an *comm. d. a.* insofern gerechtfertigt, als Weg und Wasser trotz Getrenntheit des Rechtes in *fando alieno* räumlich zusammengehen, und darum namentlich an Ausübungsregulirung durch den *arbiter c. d.* gedacht werden kann. So beim Wasser, wenn es nicht von Anfang *temporibus* aut *mensura* getheilt ist (l. 19 §. 4 l. 4 cit.). Bei Wegrechten ist an eine derartige Theilung nicht zu denken; hier kommt dagegen die Auslage zur Sprache (l. 19 §. 2 cit.). Wiederum nun aber wird betreffs dieser *personalis praestatio* die *c. d. a.* darum verweigert, weil hier von keiner Theilung die Rede sein

2. Aus der Erbsgemeinschaft³⁷⁾ entspringen Haftungen in derselben Richtung³⁸⁾ und von derselben Art³⁹⁾ wie *ex re communi*. Bilden doch die durch Erbsgemeinschaft gemeinsam gewordenen Sachen mit den aus dieser Sachgemeinschaft entsprungene Obligationen, gleichwie sie Gegenstand des *communi div. jud.* sein können (Anm. 35), zugleich den häufigsten Gegenstand — die *res* und *praestationes* — der Erbtheilungsflage⁴⁰⁾. Die Erbsgemeinschaft greift aber weiter als die *rerum communio*, und so gibt es *Kommunionsobligationen in familiae h. judicio*, wo *communi d. j.* nicht mehr ausreicht⁴¹⁾.

kann; zu dieser fehlt es, was das Recht anlangt, bei der Mehrheit oder Getrenntheit der *Servituten* (der *praedia* bei Prädiäl-, — der *personae* bei Personal-Servituten) an der *communio juris* (*quae enim communio juris separatim intelligi potest?*), was aber die Ausübung anlangt, an dem Stoff zu faktischer Theilung. — Nur bei Prädiälservituten also, an denen es nur mittelbar (durch Miteigenthum am *praedium dominans*) oder bloß faktisch (Einheit des Weges, der Wasserleitung auf fremdem Boden bei Mehrheit der Rechte) eine Gemeinschaft gibt, sind *Kommunionsobligationen* ausgeschlossen, für die Fälle der unmittelbaren Rechtsgemeinschaft, voran des *publizianischen* Miteigenthums, müssen sie so möglich als denkbar sein.

37) *D. familiae herciscundae* 10, 2 C. 3, 36.

38) *propter damnum (dolum, culpam)*: l. 17 l. 16 §. 4 §. 5 l. 25 §. 16 D. h. t.; *sumptus*: l. 18 §. 3 §. 6 l. 52 §. 2 eod.; *lucrum*: l. 19 l. 51 pr. l. 52 §. 1 l. 56 eod.

39) sie sind *ex re*: *nam et hos conjunxit ad societatem non consensus sed res*: l. 25 §. 16 D. h. t.; aber wiederum weithin nicht ohne die *Zuthat des Wissens* vorhanden: l. 44 §. 3 l. 16 §. 4 (*quasi heres fecerit*).

40) l. 22 §. 4 D. h. t.

41) z. B. Erbsgemeinschaft, welche in die Zeit der *hereditas jacens* zurückreicht: l. 16 §. 6 l. 25 §. 15 l. 44 §. 3 D. h. t., bezgleichen in die Zeit, da erst der eine von mehreren Erben angetreten hat: l. 25 §. 28 eod.; — ferner die Gemeinschaft, welche ererbte *solidarische* Haftungen (— *si (ex stipulatione hereditaria) reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi conditio stipulationis hereditariae extiterit, habebunt f. h. j. cum eo propter quem commissa sit stipulatio*: l. 44 §. 5 l. 25 §. 12 §. 13 D. h. t.) und Schulden — (*ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur* — worauf *judicialis cautio*, moferne zur Zeit des *fam. h. j.* die Schuld noch besteht: l. 25 §. 10 l. 44 §. 7 cf. l. 18 §. 5 eod.), bezgleichen untheilbare, den mehreren Erben auferlegte *Vermächtnisse* (l. 25 §. 11 l. 44 §. 8 eod.), die *cautio legatorum servandorum causa* (l. 25 §. 15 l. 18 §. 6 D. h. t.), der zur *optio, electio legati* diesseits wie jenseits *nothwendige Konsens* (l. 25 §. 17 eod.) mit sich bringen; ererbte *solidarische* Forderungen lassen entweder

3. Die Grenzgemeinschaft⁴²⁾ enthält kein Miteigenthum, und insoweit keine Kommunionsobligation; allein die alte Grenze kann unauffindlich, der strittige Raum (*finis, locus*) nothwendig wie Miteigenthum zu behandeln⁴³⁾ und folgerecht auch die Quelle von Quasi-Kommunionsobligationen wegen Beschädigung oder Bewirthschaftung dieser Bodenstrecke sein⁴⁴⁾. Wird die strittige Grenze aufgefunden, so ist der Nutzen, welchen ein Grenznachbar aus derjenigen Strecke geschöpft hat, die sich als Eigenthum des Gegners erweist, nicht *ex re communi* bezogen: gleichwol soll er in *finium reg. iudicio* zur Prästation kommen⁴⁵⁾; nur Früchte sollen bloß insoweit sie nach der Litiskontestation gezogen werden oder zu ziehen wären, im Grenzscheidungsprozesse zum Austrag kommen; vor der Litiskontestation bezogen verbleiben sie dem Besitzer, wenn er *b. f. possessor* war, — oder sind sie kondizirbar, wenn er *m. f. possessor* war⁴⁶⁾. Endlich ist aber die Grenze selbst oder an sich etwas den Grenznachbarn Gemeinsames (*confinium*), sie mithin Gegenstand „gemeinamer Geschäfte“ und so denn gleich dem *commune negotium* bei der *res communis* Quelle von Kommunionsobligationen⁴⁷⁾.

keine vereinzelte Vertreibung (§. 233 I. 1. a.), oder nur eine partielle Verurtheilung (§. 233 I. 1. b.), so wie so keine Kommunionsobligation und keine *fam. h. j.* zu (I. 25 §. 9 D. h. t. cf. I. 4 §. 3 D. si serv. 8, 5).

42) D. *finium regundorum* 10, 1 C. 3, 39.

43) Bb. 1 §. 177 S. 710 zu Anm. 10—13.

44) *arg. l. 56 D. fam. herc. 10, 2* — wozu jedoch unten Anm. 46.

45) — *non inique damnatio eo nomine fiet l. 4 §. 1 D. h. t.* — wiewohl *Flor. non* fehlt. Vgl. dazu Glück Bb. 10 S. 445 Anm. 63.

46) *l. 4 §. 2 D. eod. Paul.* Nach *l. 56 D. fam. herc. 10, 2 Paul.* sollen *praeteriti quoque temporis fructus* sowohl in *finium r.* als *fam. h. jud.* kommen. Sollte letzteres, was *finium r. j.* anlangt, nicht auf *fructus* aus dem als Miteigenthum zu behandelnden *locus* oder aus dem *confinium* (z. B. Grenzbäumen) zu beschränken sein? (Vgl. oben zu Anm. 44) s. dagegen Windscheid, der *l. 4 §. 2* wenigstens für unser heutiges Recht verwirft.

47) *damnum: §. 6 J. off. jud. 4, 17* — *quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, v. g., quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit; — sumptus: l. 4 §. 1 D. eod.* — *Si mentor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis. § 6 J. off. jud. 4, 17; — lucrum: l. 56 D. fam. h. 10, 2,*

§. 324.

Ad exhibendum actio¹⁾.

Auß der Detention von Sachen entspringt unter Umständen die Belangbarkeit auf Exhibition²⁾ derselben.

Das allgemeinste, was man von den diese Belangbarkeit bedingenden Umständen sagen kann, ist, daß seitens dessen, der die Vorweisung verlangt, ein Interesse daran vorliegen müsse³⁾.

Gleichwie nun aber in den Quellen selbst dieses Interesse wiederum allgemein, im Gegensatze zu bloß faktischen oder gar aus Unrecht entsprungenen Interessen⁴⁾, auf ein rechtliches Interesse, vielmehr auf eine justa und probabilis causa des Verlangens eingeschränkt wird⁵⁾, so zeigt das Detail derselben, daß das Dasein nicht jedweden Anspruches auf die Sache als das erforderliche rechtliche Interesse an der Vorweisung, oder als die justa ac probabilis causa der ad exhibendum actio erscheine, daß also nicht „Jeder, welcher einen Anspruch in Ansehung der Sache geltend machen will,“ die Vorweisung zu verlangen berechtigt sein kann, gleichviel ob der Anspruch ein dinglicher oder obligatorischer sei⁶⁾. Nur Vindikationen, Interdikte und Noxalklagen erscheinen im Hintergrunde der actio ad exhibendum (als „direkte“ oder „Haupt“klagen, Ann. 32), und als die Gründe, aus denen das nöthige Interesse an der Exhibition entspringt⁷⁾.

1) D. 10, 4 C. 3, 42 §. 3 J. off. jud. 4, 17.

2) „Vorweisung“ übersetzt für die meisten, aber nicht in allen Fällen (s. unten 3 und den Text zu Ann. 27).

3) l. 3 §. 9 §. 12 in f. l. 7 §. 7 D. h. t. l. 13 eod. — *cujus pecuniariter* (Mommсен — statt *peculiariter*) *interest*.

4) l. 19 l. 3 §. 11 eod.

5) l. 3 §. 11 cit.

6) wie z. B. Buchta §. 397, Keller §. 381, Windscheid §. 474. 2, Arndts §. 346, Seuffert § 433; Baron §. 326 annehmen; enthaltamer, aber noch nicht enthaltfam genug Sintenis §. 127, 1. — Die für den obligatorischen Anspruch citirten Stellen sprechen von Interdikten (l. 3 §. 5 D. h. t.), dinglichen Rechten und *possessio* (§. 12 eod.), sowie von *noxalis actio* (§. 7 eod.). Weiteres Ann. 13. 24.

7) So der Ulpian'sche die *causae ad exhibendum agendi* auseinandersetzende Kommentar: l. 3 §. 1 — §. 14 D. h. t. Vindikationen und Noxalklagen werden als solche unwillkürlich reproduzirt in l. 12 §. 2 eod. Hier und dort ist zwischen den die *causa* bildenden Klagen *optio* eingeschoben;

1. Vorab die Vindikationen, und unter diesen voran rei vindicatio gehen gegen den Beklagten nur in seiner Eigenschaft als Besitzer, und zwar als Besitzer dieser bestimmten, im angeblichen Eigenthum des Vindikanten befindlichen Sache. Ohne die Gewißheit, daß die beim Beklagten befindliche mit der in der Vindikation zu designirenden Sache identisch ist, riskirt Vindikant Vergeßlichkeit der Klage; Vorweisung dieser Sache ist darum nicht nur in seinem Interesse, sondern auch etwas wofür er einen rechten und gerechten Grund anführen, und was dann auch der Besitzer rechtschaffener Weise (*ex aequo et bono*) nicht ablehnen kann. Dasselbe gilt von allen anderen in *rem actiones*⁸⁾, insoferne sie restitutorisch und auf eine bewegliche⁹⁾ Sache gerichtet sind; nach römischem Rechte namentlich auch von der in *libertatem* und *patriae potestatis* vindi-

m. C. ist aber auch diese nur als Vindikationslegat und also auf Grund einer künftig möglichen Vindikation zu denken (Anm. 18. 19). Daß mit den *multae causae* in l. 3 §. 1 und mit dem *non solum eis . . . verum ei quoque ejus interest* in l. 3 §. 9 D. h. t. nicht Thür und Thor für alle möglichen Ansprüche eröffnet werden will, erhellt aus der Ausführung von l. 3 §. 9 mit §. 10; wahrscheinlich will §. 9 (im Anschluß an ein formulars „*ejus interest*“) nur sagen: auch wenn man noch nicht oder zur Zeit nicht Eigenthümer, usufructuar, überhaupt berechtigt ist, kann man doch schon das zur a. a. e. erforderliche Interesse haben — was denn auch sofort durch § 10 aus Julian belegt wird. In l. 15 D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4 hat Kläger eine Forderung (*dare oportere*), aber kein Eigenthum, und darum keine *ad exh. actio*. — Dieses „Resultat weicht freilich stark ab von den Ansprüchen fast aller unserer Lehrbücher“ (welche ebenjowohl wegen beliebig persönlicher als dinglicher Ansprüche die Klage zulassen — Anm. 6), bemerkt Demelius (die Exhibitionspflicht 1872, S. 151, dazu meine Anzeige in M. Vierteljahrschr. Bd. 14 S. 295), der ihnen entgegentritt, und gleich uns die Forderungsrechte mit Ausnahme der Nothklagen ausschließt. Unkritisch herein J. A. Alfolter, die a. a. *exh. Inaug. Diss.* 1880 §. 6.

8) l. 3 §. 3 D. h. t. — *qui in rem acturus est qualicumque in rem actione* — womit aber wiederum nicht jede gemeint ist — wohl die dingliche Pfandklage (§. 3 cit.), *ususfructus petitio* (§. 4 eod.), nicht die Vindikation von Prädialservituten, *superficialia* oder *emphyteuticaria* (arg. den Text zu Anm. 9).

9) Dies nach l. 56 D. procurat. 3, 3 l. 38 D. jud. 5, 1 Demelius §. 14; hinwider Windscheid §. 474 Anm. 20 u. a. auf Grund von l. 8 D. h. t., wo jedoch der *fundus* nur als Gegenstand der *petitio* genannt ist. In dem Falle des Erkenntnisses bei Seuff. Arch. Bd. 16 Nr. 48 ist die *actio ad exh.* schon durch das Dasein eines Forderungsrechtes (welches Zulassung zur Schätzung mitbegreift) so unzulässig wie überflüssig. Allerdings beweist er, daß etwas dem *recognoscere, optare* ähnliches (ein *inspicere*) auch an Grundstücken möglich ist; und daß das „*producere*“, worauf sich Demelius stützt, nicht buchstäblich genommen

catio¹⁰⁾; ferner von gewissen Interdikten¹¹⁾, von der Royal-
klage¹²⁾. Nicht dagegen gilt es von Forderungsklagen über-
haupt, wenn sie gleich auf eine bestimmte Sache gerichtet sind;
diese sind davon, daß Beklagter sie besitze, unabhängig; Gläu-
biger klagt darauf, daß er sie bekomme, ohne darnach zu fra-
gen, ob Beklagter sie habe, geschweige denn darnach, ob, was
dieser hat, mit dem, was er bekommen soll, identisch sei. Von
hier aus fehlt es also den Forderungsklagen an dem zur actio
ad exhibendum nothwendigen Interesse¹³⁾.

werden dürfe, zeigt die Exhibition in Gestalt des tollere pati (s. unten 3).
Aber ein Interesse an vorgängiger Inspektion, wie es nach obigem
Falle bei einer Forderungsklage möglich ist, wird bei bevorstehender Vin-
dication nicht ersichtlich sein.

10) l. 12 pr. D. h. t. cf. l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1.

11) nicht allen possessorischen (wie meine Pandd. 1. Aufl. S. 462 und
Vangerow III §. 707 Ann. II annehmen), sondern i. utrobi (Demelius
S. 136), dieses aber noch heute (gegen Demelius S. 151); und von
den interd. adip. poss. wenigstens i. quorum bonorum; ob auch Sal-
vianum? (Demelius S. 136).

12) bei welcher nicht der Gegenstand der Præstation oder in personam
actio, sondern der Gegenstand der (der vindicatorischen Restitution parallelen)
noxae deditio zur ad exh. actio führt (l. 3 §. 7 D. h. t.).

13) Dies erleidet eine Modification nur durch die mixta (in perso-
nam und in rem) actio — also nur dadurch, daß eine Forderungsklage
nicht bloß Forderungsklage ist, — richtiger also keine Modification.
Weber Modification noch Ausnahme liegt darin, daß cui furtum factum
est . . . habet et ad exhibendum actionem; denn unmittelbar vorher
geht, daß er außer furti a. und condictio furtiva (die nur dem Eigen-
thümer zusteht) auch Vindication hat: l. 7 §. 1 D. cond. furt. 13, 1 —
(vgl. l. 22 §. 1 D. rer. am. 25, 2 l. 44 D. a. r. d. 41, 1 — et furti
et ad exh. teneri eum arbitror, et vindicari exhibitio(s) ab eo
porcos posse — l. 2 D. expil. hered. 47, 19 — si qui vindicaturus
exhiberi desideret — l. 17 §. 2 D. praescr. v. 19, 5 l. 30 cf. l. 29 D.
c. e. 18, 1 cf. l. 1 §. 3 D. aleat. 11, 5); ad exhib. actio kann neben
Forderungsklagen begründet sein, wenn eine vindicatio hinter ihr steht s. auch
l. 33 D. neg. g. 3, 5 l. 30 cf. l. 29 D. c. e. 18, 1 l. 17 §. 2 l. 1 §. 3 c. it.
u. unten Ann. 24), nicht aber auf Grund einer hinter ihr stehenden Forderungs-
klage. Bedenken erregt allein l. 12 §. 2 D. h. t., wo nicht bloß vindic-
candi oder optandi gratia, sondern auch von einem der furti acturus est,
ad exh. beklagt wird; wäre doch auch ein Interesse an der Exhibition,
nämlich das der Refognoszirung zum Behufe des künftigen Diebstahl-
beweises, hier sehr einleuchtend. Allein andererseits ist die nova causa, welche
(l. cit.) da sein soll, wenn nach angestellter ad exh. causa „iterum furtum
factum sit“ nicht verständlich, wenn man nicht mit Demelius S. 149
furti noxali actione acturus denkt; das Refognoszirungsinteresse in
Betreff der gestohlenen Sache wird durch die zur Zeit der Compilation
allerdings veraltete actio furti non exhibiti (§. 4 J. obl. q. ex del. 4, 1)
vollständig befriedigt worden sein. Wegen l. 16 D. off. praes. 1, 18
s. Demelius S. 150.

2. Die Vindizirbarkeit von Sachen kann in so weit reif sein, daß es in der Person dessen, der vindizieren will, keines Eigenthumserwerbsgrundes mehr bedarf, und sofortige Vindikation nur dadurch ausgeschlossen ist, daß a. noch dahin steht, was erworben sei, und damit dies entschieden werde, vom Erwerber erst eine Auswahl zwischen mehreren bei einem Dritten befindlichen Sachen getroffen werden muß (*optio vel electio legata*); daß b. die Sache accessorisch mit einer fremden Sache verbunden und nur auf so lang, als diese Verbindung dauert, aus dem Eigenthumsverband mit dem bisherigen Eigenthümer ausgetreten ist¹⁴). Bedarf es hier ad b. nur einer Wiederauflösung jener Verbindung, damit der alte Eigenthümer wieder zu seinem Rechte komme, dann hat er auch ein Interesse und einen rechtlichen Grund, dieselbe zu verlangen, und diesem Verlangen in dem nach Exhibition (welche die Lostrennung voraussetzt) Ausdruck zu geben, was mit Ausnahme des *ignis junctum* auch zugestanden ist¹⁵). Desgleichen ist ad a. mit der Wahl auch ein Recht auf Ermöglichung derselben¹⁶) vermachet, und dieses in Gestalt der *actio ad exhibendum* gewährt¹⁷). — Ueberall hier erscheint die *actio ad exhibendum* als eine Präparation der Eigenthumsklage¹⁸), die ad b. allenfalls noch einer *servitutis (ususfructus)* und *pignoris vindicatio*; dagegen nirgends einer Forderungsklage¹⁹); die *aequi-*

14) vgl. Bd. 1 §. 146 zu Anm. 8—20.

15) l. 6 l. 7 pr. — §. 2 D. h. t. Bd. 1 §. 146 Anm. 20. 21. Auch das bloß in der Defensivse geltend zu machende *jus tollendi* setzt ein wiedererstehendes Eigenthum voraus: l. 9. in f. D. *impens.* 25, 1 — *si futurum est ejus quod abstulit* (entgegen der Konjektur „*profuturum est*“); über diese Verwandtschaft und die Unterschiede s. *Demelius* S. 123 §. 25.

16) arg. l. 8 §. 3 D. *opt. v. elect. leg.* 33, 5 — *ut . . . facultatem mihi eligendi praestet* — l. 12 §. 2 D. h. t. — *si quis optandi gratia ad exh. egisset* —

17) l. 3 l. 4 l. 8 §. 3 D. *eod.* 33, 5 l. 3 §. 6 D. h. t.

18) Ein *legatum per vindicationem* ist auch die *optio v. electio legata*. Zu der *optio, electio „data“* (l. 2 pr. §. 2 §. 3 l. 8 §. 2 l. 9 §. 2 l. 13 pr. l. 15 D. h. t. 33, 5) vgl. l. 9 pr. *eod.* In l. 20 *eod.* ist das Wahlrecht in „*quae volet*“ und die Form des *legatum sinendi modo* eingekleidet; aber auch hier *res continuo ejus fit, simul ac si dixerit eam sumere*; von ad *exh. actio* wird hier jedoch nicht gesprochen. Vgl. die folgende Anm. a. C.

19) Man kann fragen, ob *actio ad exhibendum* nicht ebenso wie im Fall der *optio data* dann begründet wäre, wenn ein Wahlrecht in der Form

tas exhibitionis muß den Mangel eines Forderungsrechtes ersetzen; wo eine Forderung auf datio der einen oder anderen Sache bestünde, würde in der Forderung auf datio die auf Exhibition mitbegründet, eine eigene actio ad exhibendum also überflüssig sein²⁰).

3. Daß Eigenthum kann vorhanden, vindikation aber unzulässig sein, da der Gegner nicht nur das Eigenthum nicht läugnet, sondern auch den Besitz nicht hat, die Sache vielmehr nur auf seinem Grund und Boden lagert, und er deren Bearbeitung oder Abfuhr hindert²¹). Hier ist actio ad exhibendum nicht ohne Eigenthum, wohl aber ohne vindikation des Exhibenten²²). Für den Fall, daß die Sache erst zu fordern wäre, ist ad exh. actio ausdrücklich verweigert²³); für den Fall, daß

eines Damnationälegates (etwa *servum quem volet dare damnas esto*) hinterlassen wurde. Allein hier lag vor dem künftigen Eigenthumserwerb durch datio eine obligatio zur datio, und in der Verweigerung der Einsichtnahme eine Vereitelung der datio (*per eum stare quominus daret*), damit ein Grund zur Klage auf *quanti interest* nicht erst mit der Requititätsklage ad exhibendum, sondern aus der Damnation, mit *condictio*. In l. 38 D. jud. 5, 1 ist von Klagen aus Legaten in taktischer Ordnung, zuerst von der *personalis*, dann von der in *rem actio* die Rede; der ad exhibendum actio wird dabei nur in Verbindung mit der in *rem actio* gedacht.

20) Ohne Zweifel kann man auch aus Kontrakten oder Quasikontrakten (wie z. B. vielleicht in l. 9 C. h. t.) auf Exhibition berechtigt sein: allein diese Berechtigung kommt dann in der betreffenden Kontrakt- oder Quasikontraktklage, nicht in der actio ad exh. zum Ausdruck (vgl. Demelius §. 26 a. G.).

21) l. 5 §. 5 D. h. t. — *licet non possideas* l. 25 D. a. e. e. v. 19, 1 cf. l. 15 D. h. t. — *post traditionem sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur* — l. 16 pr. D. praeser. v. 19, 5 — *nec patiaris me cretam tollere* — hierher auch l. 17 § 6 D. a. e. 19, 1 l. 9 §. 1 D. h. t. Daß hier der Besitz des Klägers außer Frage ist, zeigt die Konkurrenz einer *injuriarum actio* (l. 25 cit.) statt possessoriischen Interdiktes. Vgl. Bd. 1 S. 742 Abs. 2.

22) während nach Demelius S. 59 eine vindikation solcher Sachen „natürlich zusteht“. Vgl. Denselben auch S. 267 unten u. S. 268 oben. S. dagegen aber auch l. 15 D. h. t.

23) in l. 25 cit., dadurch daß actio ad exh. erst *post traditionem* zusteht, und in sin. daß *rem suam tollere prohiberi* als Bedingung dieser Klage genannt ist; — in l. 16 pr. cit. aber der voraus gegangene Eigenthumserwerb (*quia mea facta est cum voluntate tua exempta sit*) als Grund der actio a. e. genannt ist. Wo auf Ueberlassung der Sache eine Forderung besteht, mag Gläubiger aus dieser auf Duldung des tollere klagen (Num. 20). In l. 25 cit. aber bestund aus dem Kauf eine Forderung bloß auf Zulassung der Weinlese, nicht auch der Kelterung und der Abfuhr; darum eine actio aus dem Kaufe nur vor der Tradition (d. i. Dul-

sie ins Eigenthum bereits übergegangen ist, steht sie zu, da der Eigenthümer in seinem Eigenthum einen gerechten Grund auf Wegnahme, der Widersacher in seinem Grundeigenthum einen bloß formalen Grund zur Verhinderung derselben hat. Die Exhibition ist hier Zulassung zur Wegnahme.

4. Vindikation wäre möglich, in Anbetracht des Umstandes aber, daß der Dritte nur *alieno nomine*, überdieß ohne rechtliches Interesse zu weiterer Detention, vermuthlich also auch ohne Lust sich auf den Eigenthumsstreit einzulassen besitzt, vorderhand zu weitgehend; der Mangel eines rechtlichen Detentionsgrundes läßt die Exhibition als Billigkeit, der Umstand daß sie wahrscheinlich sofort auch in Restitution übergehen wird, als Interesse des Klägers, und wegen des klägerischen Eigenthums als rechtlich begründetes Interesse erscheinen; darum auch hier eine vorläufige, die Vindikation hinter sich lassende *actio ad exhibendum*²⁴).

ding der Lesē) *si uvam legere prohibeatur*: nach der Tradition keine *actio emti*, wohl aber (auf Grund des Eigenthums) *actio ad exhibendum*. Etwas anderes als bloßes *tollere* ist das *effodere* in l. 15 D. h. t.; darum hier *Interdikt* oder in *factum actio*.

24) l. 33 D. dep. 16, 3. Ein Sklave hat seines Herrn Geld unbefugter Weise *apud sequestrem* deponirt. Legitimirt sich der Herr soweit als Eigenthümer, als zur *ad exh. actio* gehört (l. 3 §. 9 D. h. t. Num. 48), so wird der Sequester wahrscheinlich nicht bloß exhibiren, sondern auch restituiren (vgl. Demelius, d. Exhibitionspflicht S. 74 fg.). In gleicher Weise erklärt sich die *actio ad exh.* in Betreff der weder in's Eigenthum noch *depositionis*: oder *mandatsweise*) in *custodiam mariti* eingebrachten Paraphernien (l. 9 §. 3 in f. D. j. d. 23, 3), umgekehrt der in Händen der Frau befindlichen Sachen des Mannes (l. 33 D. neg. g. 3, 5) — *neg. g. actionem* hat hier die *actio ad exh.* neben, nicht hinter sich; ferner l. 38 pr. D. de pecul. 15, 1, wo wieder *vindicatio*, nicht etwa *depositi actio* hinter der *ad exh. actio* steht; ferner l. 2 D. commod. 13 6 und l. 8 C. h. t., wo *commod.* und *dep. actio* ausgeschlossen, aber anstatt sofortiger *vindicatio ad exh. actio* zugelassen ist; desgleichen l. 1 §. 32 D. depos. 16, 3 — und zu all dem Demelius a. a. O. S. 74—78. In gleicher Weise rechtfertiget sich auch das Vorkommen der *ad exh. a.* in Deliktssachen: besonders in Diebstahlsfällen, da der Damnikat vindicationsberechtigt ist: es sei nun daß ihm außer *furtiva condictio* auch noch *furti actio* (l. 7 §. 1 D. cond. furt. 13, 1 l. 44 in f. D. a. r. d. 41, 1 l. 17 §. 2 D. praeser. v. 19, 5 cf. l. 1 §. 3 D. aleat. 11, 5) oder (weil *res hereditaria* entwendet oder der Dieb selbst nicht mehr am Leben oder der Herr des Diebes Beklagter ist), keine *furti actio* zusteht: l. 2 §. 1 D. expil. her. 47, 19 l. 40 D. nox. act. 9, 4; l. 1 pr. D. priv. del. 47, 1; l. 30 cf. l. 29 D. c. e. 18, 1. In solchen Deliktssachen kann, wenn Damnikat *vindicaturus est* (l. 2 §. 1 cit.), die Exhibition freilich auch *refofnoszirungshalber* verlangt werden. Vgl. auch hiezu Demelius S. 78-80.

Nach all dem gibt es Fälle, in denen man, um zum *judicium directum* zu gelangen, *ad exhibendum* klagen muß²⁵⁾, und Fälle, in denen man, anstatt sofort zu vindiziren, *ad exhibendum* klagen kann. Nach Maßgabe dieser letzteren Fälle (Nr. 4) läßt sich auch behaupten, daß man überall, wo vindiziren auch *ad exhibendum* klagen kann; allein eine solche bloß mögliche *ad exh. actio* ist nutzlos, wenn Beklagter das Vindikationsrecht selbst bestrittet, und sich mit bloßem Wahrscheinlichkeitsbeweise nicht zufrieden gibt²⁶⁾.

Die Exhibition ist in allen Fällen Produktion²⁷⁾, in dem Falle sub 3. freilich nur eine passive, als Gewährung des Eintrittes, in eben diesem Falle Selbstzweck, als Duldung der Abfuhr (*tollere*) das ganze Verlangen des Eigenthümers befriedigend, die (hier gar nicht mögliche) Vindikation nicht bloß vorbereitend, oder hinauschiebend und so lange als möglich meidend, sondern ersetzend²⁸⁾. Sonst wird mit ihr zunächst Refognoszirung²⁹⁾, Auswahl³⁰⁾, Wiederherstellung der Sache³¹⁾ oder die gütliche Restitution selbst (Nr. 4) bezweckt — hiemit aber Vindizirbarkeit oder die sonstige Verfolgbarkeit der Sache (durch Interdikt oder Nothklage) entweder vorbereitet oder vorausgesetzt³²⁾. Nun kann aber bei der *actio ad exhibendum*

25) I. 1 D. h. t. *Haec actio perquam necessaria est* — I. 3 §. 7 eod. — *ad exh. a. est necessaria* — hieher die Fälle oben No. 1–3. Ob eine *actio ad exhibendum* schon mit der Vindikation durch *legis actio* in Verbindung stand, und einer der Fälle, in denen sie angestellt werden mußte, der war, da Beklagter die bewegliche Sache nicht vor Gericht brachte (Gaj. 4, 16 fg.), kann hier dahin gestellt bleiben.

26) s. unten Anm. 48.

27) I. 3 §. 8 D. hom. lib. exh. 43, 29 „— *in publicum producere* —“

28) wogegen consequent (vgl. Anm. 22) Demelius: „Keine *actio ad exh.* ohne *judicium directum*“ §. 19.

29) I. 3 §. 7 D. h. t. *Si quis noxali iudicio experiri velit . . . si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero designare non possit nisi ex praesentibus, quia aut servum non recognoscit aut nomen non tenet? nonne aequum est ei familiam exhibere, ut noxium servum agnoscat? . . .* I. 3 §. 8 cit. — *in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere* —

30) *facultas eligendi* (I. 8 §. 3 D. opt. v. elect. leg. 33, 5) — *de gustatio* (I. 3 eod.).

31) *ut excludatur (gemma inclusa)* I. 6 D. h. t.

32) Im Allgemeinen: I. 2 D. h. t. *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia* (zu „*experiundi*“ s. 3. B. I. 3 §. 7 §. 14 D. h. t. I. 33 in f. D. neg. g. 3, 5); — im Besonderen: I. 3 §. 7 D. h. t. — *ut noxium servum agnoscat: quod ex causa*

auf Restitution nicht bloß gehofft³³), sondern auch geklagt werden, wahrscheinlich so, daß mit dem Petitum auf Exhibition das auf Restitution kumulirt (dem nisi exhibeat das neque restituat beigefügt) und *judicium directum* erspart wird³⁴). Dies ist allem Anscheine nach da der Fall, wo das *judicium directum* restitutorisch und dinglich wäre, das dingliche Recht des Klägers vom Beklagten zugestanden, die Exhibitions- und Restitutionsverbindlichkeit aber aus einem anderen Grunde geläugnet³⁵), — oder wo das dingliche Recht selbst, aber nur aus Gründen objektiven Rechts bestritten wird³⁶). Andererseits steht es aber auch dem Beklagten frei, sich gegen die Klage auf Ex-

debet fieri ad designandum eum, cujus nomine noxali quis agit, recensitione servorum facta; dazu l. 6 pr. D. r. v. 6. l. Si in rem aliquis agat, debet designare rem — (Wangerow §. 707 Anm. II. 1. Glück, Komm. Bb. 11 Bb. §. 741 S. 181 a.); — l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1 — *quandiu cohaerent, dominus vindicare non potest* — l. 17 D. h. t. — *exhibuit enim et nihil impedit directam actionem*; — l. 33 dep. 16, 3 — *agere ad exhibendum et exhibitam vindicare* — besgl. l. 1 §. 32 eod. l. 38 pr. D. pec. 15, 1 l. 2 D. commod. 13, 6 l. 44 in f. D. a. r. d. 41, 1. — Diese nachfolgende actio heißt also *directa actio, directum judicium* (l. 17 cit. l. 3 §. 13 D. h. t.). Daß „das Vorhandensein dieser anderen Klage allgemeine Voraussetzung der actio a. e. sei“ (S. 116. Alfölder, die actio a. e. und ihre Bedeutung für das heutige Prozeßrecht 1880 §. 1) ist nicht buchstäblich zu nehmen, da in den beiden Fällen ad 2. diese andere Klage noch nicht vorhanden, in dem Falle ad 3. aber nur der Intention, nicht auch dem Anlasse und Petitum nach (da wir den Beklagten nicht als Besitzer denken) begründet ist (Anm. 21.). Auch Demelius („keine actio ad exh. ohne *judicium directum*“) geht, wie schon bemerkt (Anm. 28) zu weit. Richtig stellt Lenel ein *suum esse ait, fein vindicaturum esse* in die *demonstratio* (vgl. l. 3 §. 1 D. h. t. — *non utique dominum se dicit* —), trotzdem er den Satz von Demelius unterstreicht.

33) wovon Demelius allein zu sprechen scheint (§. 16 §. 54), mit ihm Lenel.

34) In l. 22 §. 1 D. rer. am. 25, 2 *actione ad exh. consequi poterit heres id quod amotum est* —; in l. 5 §. 6 D. h. t. ist ad exh. actio davon abhängig, ob der Beklagte *restituendi facultatem* hat; in l. 7 §. 4 §. 7 eod. erfolgt *condemnation nisi restituat*“, in l. 9 §. 7 §. 8 eod. (wozu vielleicht das *exhibere* und *reddere* in l. 9 C. h. t.) *Restitutione* sammt *causa* (vgl. §. 3 J. off. jud. 4, 17 wo von *Exhibitione* der *res* sammt *causa* die Rede ist) — was Alfölder S. 12 fg. von der Hauptklage verstanden haben will —; durch l. 9 §. 5 D. h. t. (*quamvis non de restituendo sed de exh. agatur* — Lenel) wird die Möglichkeit der Kumulirung nicht ausgeschlossen.

35) wegen Nichtbesitzes (vgl. l. 3 §. 15 l. 5 §. 36 l. 15 D. h. t. §. 3 J. off. 4, 17 — oder weil kein Fall accessorischer oder lösbarer Verbindung gegeben sei. —

36) wie das z. B. bezüglich der *ruta* und *caesa* einmal bestritten gewesen zu sein scheint: l. 17 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1. Demelius S. 74.

hibition sofort durch Exceptionen gegen die Sache selbst und also definitiv zu vertheidigen: vorausgesetzt nur, daß er dies in Kürze, oder durch streithindernde Einreden oder durch eine exceptio doli mali (praeteriti) zu thun vermag³⁷⁾.

Da die actio ad exhibendum nicht nur personalis ist³⁸⁾, sondern auch auf aequitas beruht³⁹⁾, geschieht es nicht ohne Grund, daß man die s. g. Exhibitionspflicht als obligatio denkt⁴⁰⁾. Nichtsdestoweniger bestehen hiegegen erhebliche Bedenken. Gegen die Natur der Obligationen spricht die Wandelbarkeit der Exhibitionspflicht; exhibiren muß man nur insoferne man exhibendi facultatem hat; wo man diese ohne Arglist verliert, ist die Exhibitionspflicht erloschen⁴¹⁾. Diese Abhängigkeit der Belangbarkeit vom Besitze ist charakteristisch für den dinglichen Anspruch im Gegensatz zu dem Forderungsrechte und stellt das exhibere oportere neben das restituere oportere desjenigen, der nur in rem actione tenetur⁴²⁾. Das Gleiche gilt von der Erstreckung der Belangbarkeit auf den Fall des dolo malo desinere possidere⁴³⁾, und der hiemit zusammenhängenden Ab-

37) Der Richter qui ad exh. actione iudicat kann weniger leicht zu erlebigenbe Exceptionen zum directum iudicium verweisen und sich für hier auf den Exhibitionsbefehl beschränken (si obscurior vel quae habeat altior-rem quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa — l. 3 §. 13 cit.); dies setzt voraus, daß wider die Sache selbst excipirt wurde; daß auf die Sache selbst (b. i. auf Restitution) auch geklagt wurde, ist nicht nothwendig. Diesfalls kann nun aber derselbe Richter über die Exception auch selbst befinden müssen, und zwar nicht nur wenn der Befund ein leichter, sondern auch wenn streithindernde Exceptionen (veluti pacti conventi, juris iurandi, rei iudicatae) oder exc. doli mali (praeteriti s. specialis — vgl. Demelius S. 161) vorgeführt sind (l. cit.).

38) l. 1 §. 3 D. h. t.

39) l. 3 §. 7 §. 14 eod.

40) wie dies allenthalben, z. B. in den Anm. 6 genannten Compens-bien durchweg geschieht. Doch läßt Senuffert dieselbe „in manchen Fällen ihrer Anwendung als dingliche Klage erscheinen“ (§. 159) und behandelt sie darum zum Theil unter den Eigenthumsklagen (§. 159, zum Theil unter den Obligationen (§. 433).

41) l. 3 §. ult. — l. 6 §. ult. l. 15 D. h. t.

42) vgl. hiezu §. 215 S. 23 Nro. 4. Donellus, comm. de j. c. lib. 20 cap. 9 §. 2, der sich u. W. zuerst dem obligatorischen Charakter der ad exh. actio widersetzt hat.

43) eine Imitation der perpetuatio obligationis (§. 264 S. 246 §. 266 Anm. 13. 14) auf dem Gebiete dinglicher Ansprüche, durch ein Senatus-consult für hereditatis petitio autorisirt und für die rei vindicatio gleichwie für hereditatis petitio in deren Eigenschaft als in rem actiones begründet: l. 27 §. 3 D. r. v. 6, 1 vgl. Bb. 1 §. 167 Anm. 9. Für ad

wesenheit von Verschuldungen durch culpa⁴⁴⁾, von der Unvererblichkeit der actio, oder was eins ist: daß ad exh. actio in der Person des Erben activ wie passiv neu begründet werden muß, und nur ex dolo defuncti und soweit der Erbe dadurch reicher geworden ist, ein Uebergang der actio gegen den Erben stattfindet⁴⁵⁾; desgleichen endlich von dem Umstand, daß man die ad exhibendum actio nach den Hauptfällen ihres Vorkommens und nach dem Hauptanlaß ihrer Einführung als einen Ausfluß des Eigenthums betrachten muß⁴⁶⁾. Eher wird man sich darnach mit Donellus für den dinglichen Charakter des Anspruches auf Exhibition entscheiden, und damit die Personalität der Klage und das Billigkeitsprinzip in Einklang zu bringen suchen, als daß man um dieser beiden Punkte willen eine Obligation da festhält, wo ihr sonst alles widerstrebt⁴⁷⁾.

exh. a. (Ann. 41) bestund diese Klausel schon nach Labeo (l. 15 D. h. t.) also wohl formular (Venel); ob aber um der Personalität der actio willen (Venel)?

44) arg. l. 9 §. 3 D. h. t. — Si quis rem deteriorem exhibuerit . . . teneri. Sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata l. 17 eod. Erst Litiskonfession vermag auch hier eine Haftung für culpa zu erzeugen (vgl. l. 12 §. 4 l. 11 §. 2 D. h. t. l. 27 §. 2 D. r. v. 6, 1 Bd. 1 §. 167 zu Ann. 17).

45) l. 12 §. 6 D. h. t. Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest; igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit — —

46) l. 1 D. h. t. — maxime propter vindicationem inducta est — und anstatt vielem nur das Julianische quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri l. 3 §. 14 D. h. t. Gaj. III, 51 — Si rem aliquam nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum — Donellus l. c. — actionis in rem proprium (judicium ad exh.) est et ita proprium, ut in aliam actionem non cadat —

47) So beträchtlich Donellus in seiner sonstigen Argumentation ist (l. cit. §§. 3, 4), so bedenklich ist die Erklärung der „personalis actio“ (in utroque actionem personae cohaerere et persona sublata finiri, ut neque heredi detur, neque in heredes): sind die vererblichen Forderungsfällen nicht personales? U. E. reißt sich ad exh. a. den Zwangsrechten an, welche als integrirende Bestandtheile dinglicher Rechte vorkommen (Bd. 1 §. 176 zu Ann. 19 — die Verweisungen in Ann. 19 — ferner das fructuarium per arbitrum (manente usufructu cogi reficere —). Ein Zwangsrecht, keine Obligation liegt der aquae pluviae arcendae actio (S. 173 Ann. 45) zu Grunde, und auch sie sei non in rem, sed personalem (ibid. Ann. 41), was wir dort materiellrechtlich zu erklären versucht haben, allein eher dort wie hier eine bloß formularische Bedeutung hat; das Zwangsrecht z. B. aus der servitus oneris ferendi konnte nicht ohne Nennung der Person des Beklagten intendirt werden (— jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda — Bd. 1 §. 188 Ann. 2). Die aequitas exhibitionis aber braucht nicht noth-

Den Exhibitionsprozeß betreffend genügt es hervorzuheben, daß der Klagegrund, also namentlich das Eigenthum, oder die vereinstige Zuständigkeit des *judicium directum* nur bis zur Wahrscheinlichkeit bewiesen zu werden braucht⁴⁸⁾, daß die Kondemnation auf Prästation des Interesses wegen Nichtexhibition gerichtet⁴⁹⁾, durch einen Exhibitionsbefehl und Nichtpartition (*nisi exhibeat*) bedingt, und wenn die Nichtpartition auf *contumacia* beruht, durch *jus jurandum in litem* zu würdigen ist⁵⁰⁾. Wegen zeitweilig mangelnder *facultas exhibendi* tritt Aufschub der *actio* gegen Kaution ein⁵¹⁾. War die Klage im formularen Sinne des Wortes *personalis* (Anm. 47), dann war sie schwerlich ohne *intentio*⁵²⁾.

Die Klage auf Exhibition von Urkunden (*rationes, instrumenta, chirografa*) unterliegt denselben Erfordernissen, wie die auf Exhibition von sonstigen Sachen; so daß für den Fall, da Kläger Eigenthum an dem Material, auf dem die Urkunde geschrieben ist, mithin auch Eigenthum an der Urkunde selbst (§. 146 Num. 2) nicht zu behaupten vermag, *actio ad exhibendum cessirt*⁵³⁾. Weil diese Konsequenz aber dann, wenn die Urkunde gleichwol für den Kläger verfaßt ist, in Unbilligkeit ausartet, tritt in diesem Falle eine *in factum actio* an Stelle der *ad exh. actio*⁵⁴⁾.

wendig in einer Obligation, sie kann auch darin ihren Effect haben, daß die *actio* eine *arbitraria*, und also der Richter *ex aequo et bono* zu verfahren berechtigt und verpflichtet ist (§. 31 J. act. 4, 6 cf. l. 3 §. 13 D. h. t.)

48) E. einerseits l. 3 §. 9 D. h. t. — *judex . . . summam debet cognoscere, an ejus intersit* — anderseits l. 3 §. 13 eod., wonach der Richter den erst zu beweisenden Exceptionen nicht allen stattgeben darf (Num. 37 — überhaupt Demelius §. 31). S. hief Venel a. a. D. a. 6.

49) Gaj. III, 51 §. 3 in f. J. off. j. 4, 17 l. 7 §. 7 D. h. t. l. 10 D. in lit. jur. 12, 3. Der Nebensachen wegen f. l. 9 §. 7 §. 8 l. 11 pr. D. h. t.

50) l. 3 §. 2 D. h. t. l. 10 D. in lit. jur. 12, 3.

51) l. 5 §. 6 D. h. t.

52) was Demelius §§. 3—8 annimmt, Venel dagegen auf Grund des *incerti agere* in l. 33 D. dep. 16, 3 und des *oportere* in l. 37 D. v. s. 50, 16 Paul. lib. 26 ad Ed. verweist.

53) l. 3 §. 14 D. h. t. — *Si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri* —

54) l. cit. *Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exh. agi non possit, in factum tamen actio detur etc.* Nur in diesem Falle, nicht auch schon „wenn eine Urkunde in unseren Angelegenheiten

2) aus Konsensualkontrakten

a. aus den 4 alten

1. aus Kauf und Verkauf.

§. 325.

Der Kauf als Geschäft.

Kauf (*emptio venditio*) heißt das Geschäft, in welchem eine Sache um einen Preis (*pretium*) gegeben oder versprochen wird.

Heute wie vor Alters kann darin, daß, Zug um Zug, die Sache wie der Preis, gegeben und genommen wird, der Kauf selbst bestehen, der Kauf also „Naturalkauf“, vielleicht besser „Realkauf“ (auch „Baarkauf“), das Produkt keiner vorausgehenden oder vorauszudenkenden Obligation oder Kontrahierung, namentlich also nicht Erfüllung, Vollzug oder Lösung vorausgehenden Kaufkontraktes, Kaufversprechens, vorausgehender Kaufobligationen oder „Kaufes“ im anderen konsensualen und obligatorischen statt realen Sinne des Wortes, vielmehr unmittelbarer Tausch, Austausch und anstatt Folge der Grund von Obligationen sein¹⁾. Dies ist nicht nur da der Fall, wo

angefertigt ist“ (Baug. Bd. 3 §. 708 I. Anm. 3 und früher Windscheid § 474. 6, wogegen derselbe jetzt: *ibid.*), oder überall, wo man ein rechtliches Interesse an der Urkunde hat, ohne eine Hauptklage (*jud. directum*) auf dieselbe zu haben (Ziebarth, die Realexek. und Obligation S. 91). Ueberhaupt s. Demelius §. 26, insonderheit auch in Betreff l. 18 D. l. 9 l. 4 l. 6 C. h. t. Daneben aber, daß Demelius das *exhiberi ac reddi debet* in l. 9 C. cit. zum Inhalt einer *sine causa condictio* macht, mag die Frage am Platze sein, ob dem Schuldner, wenn er gezahlt hat, nicht auch *utilis in rem actio* auf den Schuldschein, nach Art der § 216 Anm. 12 angff. Fälle, und auf diesem Grunde *ad exh. actio* zusteht? — In Betreff des heutigen materiellrechtlichen Anspruchs auf Urkundenedition s. Demelius §. 55.

1) Nach Bechmann (der Kauf nach gem. Recht I. Th. Gesch. des Kaufs. 1876), dem wir den Namen und die Definition des „Naturalkaufes“ entnehmen (S. 8 I.) und welcher gleich Erner (Tradition S. 338) und wohl auch Pernice (Labeo I S. 456. 3) den Naturalkauf an den Anfang der Entwicklung stellt, ist dieser dergestalt, daß ihm keine „Verebung und Verhandlung“ vorhergeht, „nur in seltenen Fällen, bei den allereinfachsten Fällen des Lebens denkbar.“ Die Einfachheit dieser Fälle ist zuzugeben, die Seltenheit zu bestreiten. Wichtiger ist, daß Bechmann

wie alltäglich, z. B. am Bäckerladen, an der Schenke, ohne weiteres gegeben und gezahlt, und nichts gesprochen oder gethan wird, was ein Versprechen bedeutet²⁾, sondern möglicherweise auch da, wo dem Zug um Zug erfolgenden Geben und Nehmen wo nicht Verhandlungen, so doch Beredungen vorausgehen. Die Beredungen können sich auf Erkundigungen um den Preis und die Waare, andererseits auf Angaben (*dicere*) in der einen und anderen Richtung beschränken, wonach eine Erklärung, daß gekauft und verkauft sein solle (Kaufkontrakt, Kaufabschluss) in ihnen schlechterdings nicht enthalten ist³⁾, noch aus ihnen hervorgeht, das Uebereinkommen vielmehr einzig in der That, des Gebens und Nehmens, enthalten ist⁴⁾. Ueberall hier denken wir den Kauf als ein „Zug um Zug“ d. i. gleichzeitig (*a tempo*) stattfindendes gegenseitiges Nehmen

und gleich ihm wohl unsere Theorie überhaupt, für das Justinianische und heutige Recht in allen den Fällen, in welchen dem Kauf eine „Beredung und Verhandlung“ vorhergeht, diese Beredung und Verhandlung auch schon als Kaufvertrag oder Kaufkontrakt, diesen einem späteren Sprachgebrauche entsprechend selbst als „Kauf“, das darauffolgende Geben und Nehmen, wenn es gleich Zug um Zug erfolgt, nie mehr als Kauf selbst, sondern überall nur als Vollzug eines (vorhergegangenen) Kaufes erachtet (S. 13. III. S. 564 Abs. 1), eine Beredung, welche blos „thatjächliche Vorbereitung“ ist, überhaupt einen Kauf, der blos Austausch, und nicht gegenseitige Obligation ist, als eine blos „historische Realität“ (S. 427 Abs. 2), den „ursprünglichen Naturalkauf als (bloßen) Vollzugsakt in das Kontraktssystem hinübergenommen“ bezeichnet (S. 564 Abs. 1). Taucht bei *Bechmann* diesbezüglich ein Bedenken auf, so ist es auf S. 613 Abs. 1 der Fall.

2) . . *graeca mercamur fide;*

Cum a pistore panem petimus, vinum ex oenopolio,

Si aes habent, dant mercem. Eadem nos disciplina utimur:

Semper oculatae manus nostrae sunt, credunt quod vident.

Plaut. *Asin.* I 3, 46.

3) wie denn namentlich *Bechmann* selbst (S. 352 fg.) das blos „deklarirende“, „constatirende“ *dicere* von dem „constitutiven“ *promittere* wohl unterscheidet und auf *Ulpian's* „*dictum a promisso . . discernitur*“ etc. (I. 19 §. 2 D. aed. Ed. 21, 1) verweist. — §. Denselben auch S. 417 Abs. 3 und S. 418 unten u. fg. S. 427 Abs. 2 S. 457 §. 60 Abs. 2.

4) In den alltäglichen Fällen des „Einkaufens“ wird der Kauf nicht mit der Beredung, auch nicht schon mit der Inhandnahme der Sache durch den Käufer, sondern erst durch Auszahlung des Preises (der ein Uebereinkommen in Worten gar nicht vorausgeht) perfekt — ganz so wie die *imaginaria venditio* der *mancipatio* nicht vor Zuwägung des Preises perfekt wurde.

und Geben; man gibt indem man nimmt, und man nimmt indem man gibt⁵⁾; an dem zur *emptio venditio* nothwendigen Konsense fehlt es dabei nicht: allein anstatt bloß in Worten oder Versprechungen, gibt er sich unmittelbar in Werken oder in der That kund; der Kauf kann mit bloßem Worte abgeschlossen werden: damit ist nicht gesagt, daß er es muß; es ist Rechtens geworden, daß das bloße Wort eine Obligation, und daß die bloße Obligation da, wo nicht sofort gehandelt werden kann oder will, anstatt der Handlung sei: wo gleichwohl sofort gehandelt wird, ist für das bloße Wort und die bloße Obligation kein Raum. — Ist dem wirklich so, dann haben wir aber nicht nur wo „Zug um Zug“, sondern möglicherweise selbst da, wo die Leistungen nach einander erfolgen, auch heute noch einen Realkauf: es sei nun, daß mit oder ohne Kredit gehandelt wird⁶⁾. Wird nämlich zwar auf der einen oder anderen Seite im voraus, aber ohne irgendwelche Kreditirung, also unter der Voraussetzung, daß die Gegenleistung alsbald erfolge, oder, was eins ist, mit der Intention des Realkaufs (daß nur gegen baar verkauft, nur gegen effektive Leistung gekauft sein wolle) gegeben: dann mag es, seitdem der Kauf durch bloßen Konsens geschlossen werden kann, in der Macht des Gebers liegen, aus der in der Hinnahme liegenden Zustimmung des Empfängers zum Baar- oder Effektivkauf die Zustimmung zu dem Minus eines Kaufes auf Kredit oder Obligation zu folgern und also nachträglich, wo noch kein Kauf war, einen Kauf zu setzen⁷⁾; allein abgesehen von diesem nachträglichen, in dem freien Willen des Gebers stehenden Genügen ist vor der Gegenleistung noch kein Kauf, mit der Gegenleistung ein Realkauf vorhanden⁸⁾. —

5) vgl. Bechmann S. 569 „so daß kein Theil seine Leistung aus der Hand (gibt), ohne die Gegenleistung dafür in die Hand zu bekommen.“

6) daß namentlich der Kreditkauf nicht im Gegensatz zum „Naturalkauf“ stehe, ist von Bechmann aufgestellt und ausgeführt S. 11 Abs. 3 E. 329 Abs. 2, dann §§. 43–46.

7) Von hier aus dürfte auch Bechmanns Argument auf S. 613 Abs. 1 zu entkräften sein.

8) Abgesehen von den XII T. (Bd. 1 §. 141 S. 523) stünde jeder Partei, welche ohne vorausgehende Obligation und ohne Kreditirung vorausleistet bei Nichterfolg der Gegenleistung eine *condictio c. data c. non secuta* (wegen Nichtperfizierung des nur zum Ende der Perfizierung

Immer vorausgesetzt, daß die Vorleistung nicht die Folge eines vorausgehenden Kaufkonsenses, mithin nicht schon Erfüllung oder Lösung einer Kaufobligacion, sondern unmittelbare Kaufsinitiative sei, kommt ein Realkauf immer noch auch dann zum Vorschein, wenn auf Kredit gegeben, namentlich also wenn der Preis kreditirt wird⁹⁾; denn womit immer sich der Verkäufer anstatt Zahlung begnügt — ob mit einer erst zu errichtenden, besonderen, oder mit der aus dem Konsense abzuleitenden Obligation: stets läßt er das Geld „beim Käufer stehen“ und muß dies so betrachtet werden, wie wenn er es eingenommen und wieder hergeliehen hätte¹⁰⁾. Nicht daß Käufer

bereits halbweg erfüllten Kaufes (vgl. Bekker, Aktionen I S. 155; dagegen Bechmann S. 65, wozu meine Anm. I unten S. 326) zu. Durch die XII T. ist dieses Rückforderungsrecht da, wo die Sache vorausgegeben wurde, zum Vindikationsrechte gesteigert; daß der Kauf nicht perfekt geworden, besagt die Vindikation nur umsomehr. Selbst da, wo der Vorausleistung der Sache ein Kaufkonsens vorausging, möchten wir (bei dem innigen Zusammenhang des Real- und des Konsensualkaufrechtes) in der Vindikation nicht bloß Rücknahme der Sache, sondern auch Rückgängigmachung (poenitentiam) des bereits abgeschlossenen Kaufes erblicken. Darnach halten wir auch da die *condictio* für nicht ausgeschlossen, wo der Preis vorausgeleistet ist, und die Waare ausbleibt.

9) Von „Kreditkauf“ pflegt man nur da zu sprechen, wo der Preis kreditirt wird. In der That ist auch da kreditirt, wo vorausgezahlt und die Waare „stehen gelassen“ wird. Stets aber setzt die Kreditirung voraus, daß man abgesehen von derselben einseitig fordern könnte; darum ist da, wo noch keineswegs erfüllt ist, nie von Kreditirung die Rede, trotzdem beides, Waare und Preis gegenseitig stehen bleiben. Daß da, wo die Waare „ohne ausgesprochene Rücksicht auf Zahlung“ (und auch thatsächlich ohne Erwartung alsbaldiger Zahlung) hingegeben wird, eine Kreditirung der Waare, — und nur da, wo der Preis ausdrücklich gestundet wird, Kreditirung des Preises vorliege (Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. S. 81 zu Anm. 20 vgl. 18. 19), will nicht einleuchten.

10) In §. 41 J. r. d. 2, 1 ist auf beide Fälle, den der besonderen Obligation (veluti expromissore dato aut pignore dato — heute Schuldschein, Wechsel) und den der natürlichen (si is qui vendidit fidem emtoris secutus fuerit, vgl. Bechmann S. 579 und §. 81) Rücksicht genommen. Daß das Ausreichen des bloßen *fidem sequi* hier „nicht auf die XII T. zurückgeführt wird“ (Bechmann S. 343 und §. 79 S. 80), scheint streng (dicendum est); daß dagegen die Stelle, wie sie vorliegt, „keine streng dogmatische Exzege“ zulasse, vielmehr „als eine nicht geschickt verarbeitete Zusammenstellung des Rechts von zwei verschiedenen Perioden aufzufassen sei“ (Der selbe S. 344), dürfte zu bestreiten sein. Die Sache, weil man den Käufer für gut hält, sofort und ohne Rücksicht, ob er zahlt oder sonst satisfazirt, hinzugeben oder aber sie anstatt gegen baar nur gegen reelle Satisfazirung abzugeben, sind zwei verschiedene, nicht bloß in der Art des *satis habere*, sondern auch durch den Moment des Eigenthumsüberganges

obligirt ist, oder als obligirt behandelt werden kann, sondern daß Verkäufer trotzdem seinerseits geleistet ist oder geleistet wird, sich auf das bloße Obligirtsein des Käufers einläßt und daran bis auf weiteres genug hat, macht das Wesen des Kreditkaufes aus; dieses ist aber da, wo Verkäufer den Käufer schon so für gut hält, und den Preis ohne besondere Obligation stehen läßt (*fidem emtoris sequitur*), nicht minder der Fall, als da, wo er nur gegen *satisfactio* leistet¹¹⁾. Entsprang jemals aus dem bloßen Konsense keine Obligation, so lag eine Kreditirung auch schon darin, daß Verkäufer an der bloßen Fides des Käufers genug hatte¹²⁾.

Also ist das „Kaufen“ und „Verkaufen“, bei dem wir unwillkürlich an ein Erwerben und Veräußern, und erst gelehrt an den bloß obligatorischen Kaufsabschluß denken, als ein unmittelbares gegenseitiges Geben und Nehmen, das Obligationen¹³⁾ mit sich führen, ja¹⁴⁾ erzeugen und dadurch „Kontrakt“ sein kann, dagegen nicht selbst als Folge von Obligationen oder deren bloßer Vollzug gedacht werden darf, noch immer und für alle Zeiten, weil naturnothwendig, möglich.

Nicht nur aber währt der Realkauf noch für sich und

verschiedene Fälle (hier *non aliter emtori acquiruntur, quam si etc.*, dort *statim rem emtoris fieri*), und mußten sich entgegengesetzt werden, ob sie nun dem historischen Vorkommen nach gleichzeitig waren oder nicht.

11) Daß die *satisfactio* dem bloßen *fidem habere emtori* sprachlich entgegengesetzt wird (s. außer §. 41 J. cit. namentlich l. 19 D. c. e. 18, 1), kann, da seitens des Käufers im letzteren Falle nichts „gethan“ wird, nicht befremden. Gäbe es ein Substantivum aus *satis habere*, so wäre darin das bloße *fidem habere emtori* neben den *Satisfactionen* inbegriffen.

12) Dies möchten wir den Erörterungen von Bechmann §. 44 S. 347 unten bis S. 353 hinzugesügt haben. Stets ist das *fidem sequi* Kreditirung, ob die *fides* bereits Obligation ist oder noch nicht ist, ob sie (neben der *venditio imaginaria*) in *Rezum* oder (neben formlosem Kaufe) in *Sponsio* gefaßt, oder ob sie in ihrem obligatorischen oder noch nicht obligatorischen Urzustande belassen wird. Wo freilich keinerseits geleistet wird, ist auch keinerseits kreditirt; ob aber, wenn die beiderseitigen Obligationen je von einander unabhängig gewesen sein sollten (§. 326 Anm. 1), nicht Jeder dem Anderen, indem er seine Forderung stehen ließ, kreditirte? Dagegen Derselbe S. 469; hinwider l. 2 §. ult. D. r. cr. 12, 1.

13) ob *evictionem* — *vitia*.

14) *lege venditioni dicta* —

neben dem Konsensualkaufe — er lebt auch in dem Konsensualkaufe fort. Letzterer selbst ist aus dem Realkaufe hervorgegangen¹⁵⁾ und hat sich bis zur Stunde von diesem nicht emanzipiren können; anstatt ein bloß obligatorisches Geschäft zu sein, hat er Voraussetzungen und Folgen, wie sie kein obligatorisches Geschäft hat, oder wie sie der Konsensualkauf nur vom Realkauf her haben kann¹⁶⁾. Daß *nec emtio, nec venditio sine re quae veneat potest intelligi*¹⁷⁾, will nicht bloß sagen, daß eine Sache als Kaufsobjekt demonstrirt, sondern daß eine solche auch existiren oder zur Existenz gelangen müsse, wenn von einem Kauf soll die Rede sein können¹⁸⁾. Vom Standpunkte des Realkaufes versteht sich dieser Satz von

15) Pernice, *Labeo* I S. 456. 3. 4. S. 457. 6. *Bechmann* S. 13 III. S. 417. S. 436 fgg., überhaupt §§. 54—70, letzterer von der Kaufsberedung vor der Vorberebung zur *imaginaria venditio* ausgehend (S. 418).

16) Vgl. hiezu und zu dem Folgenden Pernice a. a. O. S. 457. 5. S. 462. 8.

17) I. 8 pr. D. h. t.

18) *Donellus*, *comm. lib. XIII c. 1 §. 5* hat diesen *Sabinus*satz von einem bloßen Demonstrationserfordernisse verstanden. Allein abgesehen davon, daß der Satz in dieser Bedeutung zu nichtsagend wäre, beweist die Fortsetzung der I. 8 pr. cit. das Existenzerforderniß: *fructus und partus futuri* können nur unter der Bedingung ihres Zustandekommens (pr. — *ut quum editus esset partus, jam tunc . . venditio facta esse intelligatur* — *Bang.* §. 632 *Ann. I. 1*), der *captus piscium vel avium* vel *missilium* nur insoferne unbedingt gekauft werden, als *emtio aliae* beabsichtigt und also gewissermaßen *spes zur res quae venit* erhoben wird (§. 1 eod. I. 11 §. 18 I. 12 D. a. e. e. v. 19, 1). Sind 2 Sachen als Paar verkauft, so ist der Kauf nichtig, wenn auch nur Ein Pärting schon todt war (I. 44 D. c. e. 18, 1). — Kein Gegenbeweis liegt darin, daß unter Umständen der Kauf von *res extra commercium tenent* ist (s. die oben §. 246 *Ann. 2 u. 3 citt. II.* und dazu noch I. 39 §. 3 I. 69 §. 4 D. *evict.* 21, 2); denn hier werden keine nicht existenten, sondern nur Sachen verkauft, welche Käufer nicht haben kann; daß darum, weil Käufer die Sache nicht haben kann, der Kauf nichtig sein müsse, ist in unserem Satze nicht ausgesprochen. Auch darin, daß der Kauf eines abgebrannten Hauses nicht schlechthin nichtig ist (I. 57 pr. D. h. t.), liegt kein Gegenbeweis; denn *res*, und zwar das *Principale (area)* ist immer noch da. — Nach all dem kann es nicht „gleichgültig sein, ob die Waare beim Abschluß bereits existirt oder nicht“ (*Thöl*, *Handelsr.* 6. *Ausfl.* §. 251 S. 802). Allerdings ist entschieden, daß die Bestellung von *Arbeiten (opera)*, zu denen der Arbeiter den Stoff hergibt, Kauf sei (I. 20 D. c. e. 18, 1 I. 2 §. 1 D. *loc. cond.* 19, 2); allein daß dieser Kauf vor Herstellung der Waare perfekt sei, oder daß auf Herstellung *actio emti* statt *locati* geklagt werden könne, ist nicht entschieden.

selbst; von dem des Konsensualkaufes aus würde er schwerlich entstanden, der Kauf könnte durch das Preisversprechen tenent sein. — Beim Realkauf muß das Kaufsobjekt aber weiterhin auch in konkreter Gestalt da sein, wenn der Kauf selbst perfekt werden soll; ein Genuskauf ist als Realkauf undenkbar¹⁹⁾; allem Anscheine nach hat sich diese Beschränktheit des Realkaufes auf den Konsensualkontrakt vererbt, trotzdem von ihm aus ein Genuskauf (als Versprechen eines homo oder von so und so viel Maßen Weines zc.) mit sofortiger Perfektion möglich war. In den Quellen des römischen Rechts findet sich kein Genuskauf; in dem Sage *nulla emtio . . sine re quae veneat* war die konkrete Sachexistenz, wie sie zum Realkaufe naturnothwendig ist, für den Kauf überhaupt gefordert (§. 242 Anm. 17). Mangels der konkreten Existenz des Kaufsobjekts ist der Kauf sogar dann, wenn nicht in genere, wohl aber aus einer konkreten Masse ein noch unausgezeichnetes Quantum oder aus einer gewissen Zahl von Spezies eine oder mehrere, aber unbestimmt welche („beschränkt generell“ §. 241 S. 102 oben, §. 242. c. a. G.), gekauft werden, wenigstens in Betreff der Gefahr noch nicht perfekt (§. 243. 2. insb. Anm. 10); auch hierauf würde man, wenn der Kauf von allem Anfang an ein Konsensualkontrakt gewesen wäre, nicht verfallen sein, während der Realkauf natürlicherweise darauf führte. — Wäre der Konsensualkauf als bloß obligatorisches Geschäft zu denken, so gäbe es so wenig als einen eigenen Titel *pro stipulatu*, einen eigenen Titel *pro emtore*; so gut wie jener würde dieser in dem *pro soluto* aufgehen. Nun aber existirt er als ein von diesem verschiedener, mit denen *pro legato*, *pro donato*, *pro dote* (aus denen man *initiativ* Eigenthum erwirbt) zusammengestellter Titel²⁰⁾. Auch in Ansehung der *bona fides* wird verfahren, als ob der Verkaufskontrakt keine bloße Obligirung sei²¹⁾. — Daß der Käufer vom Augen-

19) vgl. Bechmann S. 690. „Ist der Vollzug selbst Austausch, so kann davon keine Rede sein, so lange nicht beide Objekte individualisirt sind“ —

20) I. 27 D. *usurp.* 41. 3.

21) Vb. 1 §. 162 zu Anm. 25. Zu beidem s. Bechmann S. 582. II.

blicke der Perfektion an die Gefahr trägt, ist beim Realkaufe selbstverständlich, und rechtfertiget sich für den Konsensualkauf nur dann, wenn man den Käufer auch hier, trotzdem er erst eine Forderung hat, als Erwerber betrachtet, d. h. dem Realkäufer gleichstellt (§. 277 Anm. 4 insbesondere Anm. 10—12 und S. 319.)²²⁾. — Nicht minder führt die Bestimmung, was für Sachen Kaufsobjekte sein können — daß es operae und opera nicht sein können, bloße Nutzungen nicht zu sein pflegen — auf den Realkauf zurück²³⁾. — Die Haftung des Verkäufers wegen Eviction und die wegen Mängeln der Sache greifen nicht vor der Tradition platz²⁴⁾ — als ob der Verkauf erst mit dieser da sei. Leges, welche die Sache selbst betreffen und dinglich wirken sollen, wie der Vorbehalt von Servituten, müssen bei der Tradition gesprochen werden²⁵⁾.

22) Pernice, *Labeo* I. S. 462. 8. Gerechtfertiget wäre dieselbe Erscheinung auch dann, wenn Forderung und Gegenforderung von einander unabhängig dastünde, d. h. gegenseitig nur in der Entstehung („genetisch“), nicht auch in der Durchführung („funktionell“, *Bechmann* z. B. S. 568 S. 592). Allein das ist selbst für die Vorzeit (§. 326 Anm. 1), geschweige denn für die geschichtlich sichere Zeit bedenklich (§. 277 Anm. 10 und vgl. hier unten zu Anm. 28). Wesentlich wie *Bechmann* übrigens auch *Hofmann*, *Periculum beim Kaufe* S. 179.

23) Wäre gegenseitiges Versprechen der Ausgangspunkt des Kaufes, so hätten operae und opera in demselben wohl auch noch ein Unterkommen gefunden; in das gegenseitige Nehmen und Geben fügten sie sich nicht mehr; operae schlechthin nicht, opera dann nicht, wenn es sich bloß um sie, und nicht um die zu bearbeitende oder verarbeitende Sache zugleich handelt, d. h. wenn die Sache des Bestellers selbst ist; anders wenn auch sie vom Arbeiter herrührt (l. 20 l. 65 D. h. t.). In diesem letzteren Falle hatte noch *Cassius* materiae emtionem und operarum conductionem nebeneinander angenommen. — Auch die bloßen Sachnutzungen lassen sich nicht eigentlich geben und nehmen und sind gleich den operae und opera in der locatio conductio daheim (§§. 330—333). Erscheint bei der pacht- oder miethweisen Ueberlassung von Nutzungen (l. c. rei) gar die zu nutzende Sache als Geschäftsobjekt, so kann an das veräußernde Geben und Nehmen des Realkaufs um so weniger gedacht werden. Kann gleichwohl der Usufruktuar den Ususfructus ebensowohl verkaufen als verdingen (l. 12 §. 2 D. usufr. 7, 1 Bd. 1 §. 193 zu Anm. 6), und kommt überhaupt je früher desto mehr abwechselnd mit locatio rei eine venditio vor, so ist anstatt der res oder des uti frui die Gebrauchslizenz gemeint. Näheres hierüber *Voigt*, *jus nat.* Bd. IV S. 575 fgg. *Degenkolb*, *Platzrecht und Miethe* S. 138 §. 3. *Demelius*, *Zeitschr. f. Rg.* Bd. 2 S. 193—195. *Bechmann* S. 421—426.

24) s. unten §. 326 Anm. 8. §. 328 Anm. 9.

25) *Bd.* 1 S. 791 *Abf.* 1 z. B. 1. 35 D. s. p. u. 8, 2 l. 8 D. a. e. e. v. 19, 1 vgl. *Bechmann* S. 268 oben.

— Daß auch der gesetzliche Eigenthumsvorbehalt für den Fall der Nichtzahlung und Nichtkreditirung²⁶⁾ hierher gehöre, muß bezweifelt werden²⁷⁾. Ist dagegen endlich beim Realkauf keine Leistung ohne die andere, so liegt nichts näher, als daß beim Konsensualkauf von allem Anfange an keine der beiderseitigen Obligationen unabhängig von der anderen, d. h. daß die beiderlei Forderungen nicht nur in ihrer Entstehung, sondern auch in ihrer Durchsetzung von jeher gegenseitig waren²⁸⁾; konnten diese Obligationen ja doch nur ein Ersatz der realen Leistung sein (vgl. oben zu Anm. 10 und unten §. 326 Anm. 1). Alles in allem: das Verkaufen kann, anstatt unmittelbar That und nichts als Gabe zu sein, in Wort und That, Versprechen und Erfüllung, Obligation und Solution auseinandergehen: gleichwohl wird es einheitlich als ein Geben zusammengehalten, auf der Stufe des Wortes als kein bloßes Versprechen, auf der That nicht erst als Solution gedacht²⁹⁾. Das will es hei-

26) welchen Pernice (Labeo I S. 46. 7) und Bechmann (§. 21 bes. S. 200 Abs. 1 §. 22 S. 211 zu Anm. 1 §. 84) beide aus dem Mancipationkauf ableiten, aber in verschiedener Weise begründen, Ersterer singular (vgl. diese Pandd. Bd. 1 S. 590), Letzterer regulär. Letzterenfalls wäre der XII Tafelsatz zum mindesten nicht nothwendig gewesen. S. weiter Anm. 27. Für die Singularität namentlich Erner, Rechts-erwerb durch Tradition S. 338 fgg. Ueber angeblichen Einfluß des griechischen Rechts Hofmann, periculum beim Kauf S. 172.

27) Ohne Zahlung oder Satisfaktion ist vom Standpunkte des Realkaufes allerdings kein Kauf; ob aber auch keine Eigenthumsübergabe vorhanden? Allerdings ist „ein Baarkauf eben erst dann vorhanden und abgeschlossen, wenn der letzte Zug gemacht ist,“ und „bleibt bis dahin die Wirkjamkeit des ersten suspendirt“ (Bechmann S. 211 vgl. S. 200 fg.); ob aber was vom Kauf, an und für sich auch vom Eigenthumsübergang gilt? Vgl. Bd. 1 §. 141 S. 523 fg. Erner a. a. D. S. 340.

28) das Gegentheil hievon wird wieder von Bechmann §§. 70. 71. 78. 79 vertreten.

29) Vgl. Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 291: „Die verkaufsweise Eigenthumsübertragung ist als Materialakt nach R.R. (bloß nach R.R.?) ein einziges juristisches Ganzes. Sie kann als Kauf Zug um Zug auch äußerlich so auftreten, sie ist nun aber freilich auch als in zwei Akte zerlegbar zugelassen worden: den Kaufkontrakt und die animo tr. e. a. d. vorgenommene Sachtradition ex causa venditionis. Aber innerlich stehen beide Akte in Betreff des Eigenthums doch immer als eine Einheit da, die nur zwei äußerlich trennbare Seiten — die materielle und die formelle — darbietet.“ Pernice, Labeo I S. 466. 32 „— Thatsache, daß das r. R. die strenge Differenzirung zwischen Kaufabschluss und Tradition, wie die klassische Jurisprudenz sie annahm, auf einer früheren Ent-

ßen: der Realkauf lebt im Konsensualkaufe fort. Ferner: das Kaufen und Verkaufen kann anstatt gegenseitiger Leistung auf ein gegenseitiges Versprechen herabgehen; anstatt daß wie beim Realkauf ohne gegenseitige Leistung oder Kreditirung von der Einen Seite der Kauf selbst noch nicht perfekt ist, liegt dort der Kauf ohne jegliche Leistung oder Kreditirung vor; dagegen ist dann die Klage auf Leistung nicht ohne Gegenleistung oder noch fortwährenden Kredit möglich. Das Synallagma des Urkaufes ist, nachdem einmal ein Kauf ohne Leistung möglich geworden, in der Entstehung (als Gegenseitigkeit von Versprechungen) festgehalten, und in der Durchsetzung (durch Klage) reproduzirt worden. Auch hierin lebt die Realität des Realkaufes fort. Fragt man endlich, warum jener Zusammenhalt des Perfektions- und Vollzugsmoments bloß auf Seite der Sache, nicht auch auf der des Preises vorkomme, so rührt das wahrscheinlich aus der Urform des Kaufes, der Mancipation, her. Denn nach dieser stehen sich Waare und Preis nicht gleich, nicht beide gleichmäßig als Objekt des Erwerbes, sondern die Waare als das einzige Erwerbsobjekt, oder als das Objekt des einzigen Erwerbes, der Preis dagegen als bloßer Erwerbsgrund gegenüber³⁰).

Ökonomisch betrachtet ist der Kauf Tausch, von anderen Fällen des Tausches nur dadurch ausgezeichnet, daß eines der Tauschobjekte Geld sein muß, und daß das Geld (§. 290) von Staatswegen die Bestimmung hat, Tauschobjekt zu sein, während alle anderen Sachen erst durch private Bestimmung diese Verwendung bekommen³¹). Juristisch aber hebt er sich

wicklungsstufe nicht kannte" — S. 462. 8 „Grundauffassung, daß mit der Perfektion des Vertrags die Sache schon ins Vermögen des Käufers übergegangen sei.“ Bechmann S. 562 Abs. 1 „— daß die Leistung des Verkäufers mit nichts den abstrakten Charakter der Zahlung hat: daß in ihr vielmehr der Kauf, der sich zunächst im Kontrakte vollzieht, gewissermaßen sich fortsetzt oder wieder auflebt“ oder (S. 563 Abs. 3) „sich im Vollzuge wiederholt“ oder (S. 612 oben) „reproduzirt“, vgl. Denselben auch S. 614 III.

30) Die mancipatio (Gaj. I 119) erscheint als einseitiger Erwerbssakt, das aes lediglich als Ding, um welches erworben wird (hoc aere etc.). Vgl. unten Anm. 33.

31) Bechmann S. 340 fg.

dermaßen von allem übrigen Tausche ab, und ist er vor diesem derart ausgezeichnet und führend (z. B. S. 336 und §. 327b. Anm. 76a. Vgl. Bechmann S. 341 Abs. 1), daß trotz aller Verwandtschaft³²⁾ nach der gemeinen Ansicht beide gar nicht als Arten Einer Gattung erscheinen³³⁾, und daß die Sabinianer wohl den Tausch in den Kauf, nicht diesen in jenen aufzulösen bestrebt sind³⁴⁾ — wahrscheinlich um „Begriff und Vortheil des klagbaren Konsensualkontraktes auch auf den Tausch auszudehnen“³⁵⁾. Zu der Ausdehnung des Kaufbegriffes auf den Tausch, d. i. zur Identifizirung von beiden ist es nicht nur nach römischem Rechte nicht gekommen, sondern wird und kann es niemals kommen; denn ohne den Gegenstand von Waare und Preis ist kein Kauf denkbar, und daß der Preis in etwas anderem bestehen könne als in Geld, oder daß jegliche Sache die Bedeutung von Geld haben könne, war die falsche Meinung der Sabinianer³⁶⁾. Der „Vortheil“, anstatt bloß durch Vollzug, dann *re* (§. 299. §. 319), endlich durch bloßen Konsens perfizirt werden zu können, ist zwar nicht mehr im römischen Rechte, wohl aber, wenngleich zögernd

32) z. B. l. 2 D. *permut.* 19, 4 — *quoniam permutatio vicina esset emtionem* —

33) *Gaj.* III, 141 — *aliudque esse . . . permutationem rerum, aliud emtionem et venditionem.* — Juristisch wäre der Begriff des Tausches aus dem des Kaufes positiv verdrängt, wenn wir den Kauf lediglich als Erwerb, und zwar nur als einseitigen Erwerb, als Gegenstand des Erwerbes lediglich die Sache, und den Preis nur als *justa causa* des Erwerbes denken dürften (Huschke, *Rezum* S. 37). Dem *Mancipationskauf* entspricht in der That keine Auffassung mehr als diese (Anm. 30); beim formlosen Realkauf aber, und vollends beim Konsensualkauf tritt sie zurück; hier wird so gut Geld um die Sache als die Sache um Geld erworben, versprochen, erworben. Selbst beim *Mancipationskauf* ist es nur die juristische Form, welche den Tausch verdrängt; ökonomisch bleibt überall so gut das Geld als die Waare Gegenstand des Erwerbs; *ja quaerenda pecunia primum.*

34) *ibid.* — *putant per permutationem rerum emtionem et venditionem contrahi eamque speciem emtionis venditionisque vetustissimam esse.*

35) Bechmann S. 7. Hartmann, *U. vom Gelde* S. 40 fgg. — wogegen Pernice (*Labo* I S. 465), welcher das *vendere* (Veräußerung) als Gattung und die Einschränkung des *pretium* auf Geld, damit die Differenzirung von Kauf und Tausch als ein frühestens seit *Labo* datirendes Ereigniß betrachtet.

36) *l. cit.* — *nostri praeceptores putant et in alia re posse consistere pretiam* —

und nicht sofort nach Rezeption des r. Rechtes³⁷⁾ bei uns vom Kauf auf den Tausch wie die Innominatrealkontrakte überhaupt erstreckt worden (§. 248. C. 135. C. 138. §. 337).

§. 325a.

In wichtigeren Fällen hat der Kauf, wie jedes bedeutendere Rechtsgeschäft, einen auch äußerlich in gewissen Stadien verlaufenden, und dem des streitigen Verfahrens vergleichbaren Prozeß¹⁾. Da pflegt ohne sofortige Tradition und Zahlung abgeschlossen, also der Aktion des Vollzugs die der Vereinbarung vorausgeschickt zu werden; gleicht letztere (*conventio*) der Streitvereinbarung in *jure* (*litiscontestatio*, *judicium accipere*), jener dem *judicium* selbst, so mahnt das die Verhandlung eröffnende Offert an eine *demonstratio*, das in Gegenofferten, Behaupten und Nachgeben sich hinziehende „Handeln“, Verhandeln an *intentio* und *contentio*^{2a)}. Buchstäblich Exceptionen kommen auch hier vor, bloß als Beschränkungen freilich oder Minderungen des offerirten Kaufsobjektes, nicht als Ausschluß der durch die Konvention zu begründenden Obligationen²⁾; wie dort manches in die Formel aufgenommen werden muß, wenn es in *judicium* kommen und vom Richter wahrgenommen werden soll, während anderes sich von selbst versteht, so kommt hier manches nicht in *obligationem*, wenn es nicht durch ausdrückliches *dictum*, *promissum* kontrahirt, oder kommt es umgekehrt stillschweigend mit in *obligationem*, wenn es nicht ausdrücklich *excipit*, *recipit*, *deducit* wird; nur Bedingungen können dem *convenire* bloß hier, nicht auch bei dem durch *litis contestatio* gestellt werden³⁾.

Das Offert geht mitunter vom Kaufsliebhaber aus, und ist dann Angebot eines Preises um eine gewisse Sache; häufiger findet es, als Feilbietung, in der Person des Verkäufers

37) Stinzing, Münchener Vierteljahrsschr. Bd. 4 S. 496.

1) vgl. Fhering, Geist d. r. R. III, 1 §. 53 (3. Aufl.).

1a) l. 8 C. resc. vend. 4, 44 — *vixque post multas contentiones etc.*

2) Es käme hiernach nur die *exceptio quae minuit*, nicht die *quae excludit condemnationem* (Bd. 1 §. 106 a. C.) in Vergleich.

3) Nicht minder als die Legislation muß auch die *litiscontestatio* zu den *actus legitimi* (l. 77 D. r. j. 50, 17) gezählt worden sein.

statt; es sei, daß sich die Preisbestimmung mit der Feilbietung sofort verbindet, oder, auf Anlangen des Kaufs Liebhabers etwa, erst nachfolgt. Jedenfalls gehört die Erklärung, zu welchem Preise verkauft werden wolle, mit zum Offerte; das „Handeln“, „Markten“ dreht sich dann um den Preis, der Abschluß wird zum *convenire de pretio* (Ann. 34). — Was für Sachen offerirt werden müssen, damit ein „Kauf“ möglich sei, ist schon oben (§. 325 Ann. 23) bemerkt worden. Zu wiederholen ist, daß, vorausgesetzt nur, daß es existent sei, alles was „res“ heißt, auch feil oder käuflich sein kann, und daß unter jener Voraussetzung selbst *res extra commercium*, nicht zwar mit dem Effekte des Eigenthumsserwerbes, wohl aber mit dem von Kaufsobligationen verkauft werden können⁴). — Der Sachen können mehrere zumal offerirt werden, ob sie nun eine *universitas rerum distantium* bilden, oder nicht, ob sie als zusammengehörige Sachen (*Paare* u.) offerirt und gehandelt werden, oder ohne diese Rücksicht; ob alle zusammen um einen Preis oder Stück für Stück jedes um seinen Preis, ob alle zusammen um einen *Reversional-* (*Bauschal-*), oder um einen nach Maßgabe von Gewicht, Maß, Zahl berechneten Preis, endlich ob alle mit gleichem Rang, oder etwelche als *Accession*, andere als *Prinzipale*⁵). Ein Kauf trotz Mehrheit der Sachen entsteht aber nur, wenn um Einen Preis gekauft wird⁶), wobei zu bemerken ist, daß die mehreren Sachen je im einzelnen angeschlagen, und aber doch um Einen Preis geboten und gekauft werden können⁷); letzteres ist jeden-

4) vgl. oben §. 325 Ann. 17 - 19. 23 §. 246, insb. zu Ann. 2 - 8. 13.

5) vgl. 3. B. I. 33 pr. D. aed. Ed. 21, 1 — *quod in venditione accessurum esse dictum est . . . quod principaliter veniit* — mit l. 5 D. instruct. 33, 7 — „*fundum et instrumentum*“ —

6) l. 34 pr. D. aed. Ed. 21, 1 — *referre in universos an in singulos pretium constituatur, ut scil. interdum una, interdum plures venditiones contractae intelligantur* — cf. §. 1 l. 35 l. 36 eod. l. 35 §. 6 D. h t

7) l. 34 § 1 D. aed. Ed. 21, 1 *Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit. tamen una emtio est etc.* cf. l. 35 §. 7 D. h. t. 18, 1 — *unum pretium omnium C metretarum in semel dictum an in singulas eas* —

falls dann gemeint, wenn die mehreren Sachen als zusammengehörig gehandelt werden⁸⁾). Wird der Preis für eine Mehrheit oder Masse von fungiblen Sachen nicht in Bausch und Bogen, sondern nach Maß, Gewicht oder Zahl bestimmt, so ist das Geschäft mit der Vereinbarung des Preises noch nicht fertig⁹⁾. — Etwelche Sachen müssen, wenn sie nicht stillschweigend als mitofferirt gelten sollen, ausdrücklich ausgenommen werden; es sind das vor allem die Pertinenzen, d. h. Sachen, welche, gleichviel ob mit der offerirten Sache körperlich verbunden oder nichtverbunden, als zu ihr oder für sie gehörig gelten¹⁰⁾. Sachen, welche trotz ihrer körperlichen Verbindung mit der offerirten Sache, oder trotzdem sie bisher zum Gebrauche oder zur Bewirthschaftung derselben dienten, doch nicht zu derselben gehörten¹¹⁾, müssen, wenn sie mit ihr verkauft werden sollen, so ausdrücklich mit offerirt werden, wie wenn etwas außer allem und jedem Verbaude mit der Sache stehendes mit dieser verkauft werden wollte¹²⁾. Unnoch außer

8) l. 34 §. 1 cf. pr. l. 35 D. aed. Ed. 21, 1 l. 44 D. h. t.

9) l. 35 §. 5—§. 7 D. h. t. oben §. 243. 2. §. 325 C. 696 in med.

10) l. 17 pr. D. a. e. e. v. 19, 1 Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet; aedium autem multa esse quae aedibus affixa non sunt — hinwider multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi — § B l. 13 §. ult. l. 14 — l. 16 l. 17 — l. 18 eod. l. 242 D. v. s. 50, 16. Diese Eigenschaft kommt einer Sache dadurch, daß sie zum Gebrauch einer andern dient, wie z. B. instrumentum fundi, domus, noch nicht bei l. 14 D. supp. leg. 33, 10); sie muß ausschließlich und auf immer (perpetui usus causa) für die Sache, deren sie sein soll, bestimmt (l. 17 §. 7 D. a. e. e. v. 19, 1), auch dafür nicht etwa erst angeschafft, sondern auch bereits in Verwendung gekommen (l. 17 §. 5 §. 10 §. 11 eod.), und insofern gewissermaßen zum Bestandtheil derselben und zu einer nur um ihretwillen bestehenden Habe geworden sein (quasi pars aedium vel propter eas habentur — l. 13 §. ult. eod.); gegen die Unterscheidung „willkürlicher“, „gesetzlicher“ oder „präsumtiver“ Pertinenzen s. einwärts meine Pand. 1. Aufl. S. 1513.

11) Die dolia in horreis defossa gehörten zu den horreis und mußten also ausdrücklich ausgenommen werden, wenn sie nicht mitverkauft sein sollten: l. 76 pr. D. h. t. Das Gleiche kann bei den 60 Fässern in l. 60 eod. (s. folg. Anm.) der Fall gewesen sein; damit daß 60 „darenegehen“ sollten, konnten die übrigen „ausgenommen“ sein.

12) l. 60 D. h. t. — dolia 60 emtori „accessura“ (comprehensum erat lege venditionis). l. 78 pr. eod. Fistulas emtori accessuras . . dictum erat — l. 34 pr. eod. — accedere servum Stichum l. 68 pr. eod. si cum fundum venderes in lege dixisses quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emtori accessurum esse —

Verband mit der Sache sind Rechte d. i. Servituten, die dem zu verkaufenden Grundeigenthum an einer dem Verkäufer verbleibenden Sache zustehen sollen¹³⁾. Ob, wenn Etwas mit einem Anderen offerirt wird, Eines Accession und das Andere Principale sei, ist quaestio facti¹⁴⁾ — was es zu bedeuten habe, daß das Eine Accession, das Andere Principale ist, quaestio juris. Rechtsens ist aber, daß eine solche Accession in allem übrigen gleiches Recht mit der Hauptsache genieße¹⁵⁾ und nur im Falle der Eviction und der ädilizischen Mängel da wo die Hauptsache mit dem Doppelten zu prästiren ist, einfach zu gewähren sei¹⁶⁾. Trotz Wichtigkeit der Hauptsache kann also der Kauf

13) l. 6 § 6 D. a. e. e. v. 19, 1 — si fundum vendidero et ei fundo iter accessorium dixerō — l. 40 §. 1 D. h. t. — aquam accessuram dixit — § l. 11 §. 8 D. a. e. e. v. 19, 1. In vendendo fundo quae^{est} tam . . . ita demum (praestanda sunt) si dicta sunt, veluti viam, aquam, aquaeductum praestari, vgl. Bd. 1 §. 197 Num. 6. 7.

14) Ob ein solches Subordinationsverhältniß überall vorlag, wo man von „accedere“ sprach? trotzdem daß die Sache etwa propter accessionem gekauft war, oder daß das Accedirende mehr werth ist, als das zunächst Offerirte (l. 34 pr. D. h. t.)? Dieselbe Frage entsteht in Betreff unserer „Dareingabe“. Nach l. 44 pr. D. aed. Ed. 21, 1 muß diese Frage immerhin bejaht werden; Aediles noluerunt hominem ei rei accedere quae minoris esset . . . propter dignitatem hominis . . . hominis venditioni quidvis adjicere licet; nam . . . plerumque pluris est in peculio quam in servo —

15) l. 11 §. 17 D. a. e. e. v. 19, 1 — omnia quae diximus in re distracta, in hoc quoque (si accessorium quid dixerit) sequenda sint, ut tamen etc.

16) l. 11 §. 17 cit. — ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur — l. 45 D. aed. Ed. 21, 1 — dupli pretii et accessionis (nicht auch duplae accessionis) condemnari jubet — cf. l. 44 pr. eod. — Hiernach kann auf die Accession so selbständig geklagt werden, wie auf die Hauptsache; als Accessionen, welche nur mit der Klage auf die Hauptsache zu fordern sind, konnten nur Bezugszinsen u. dgl. angegeben werden (§. 245). Folgerecht muß Käufer auf die Accession auch dann klagen können, wenn der Kauf in Ansehung der (nichtexistirenden) Sache gar nicht möglich war (vgl. l. 22 D. v. o. 45, 1 l. 1 §. 2 D. pign. act. 13, 7); daß er den Kauf hier einhalten müsse, ist damit, daß er auf die Accession so gutes Recht habe wie auf die Hauptsache, nicht gesagt; l. 5 D. de instr. v. instr. leg. 33, 7 spricht dagegen (nihil legatum erit). Umfoweniger kann umgekehrt der Kauf wegen Nichtexistenz bloß des Accessoriums nichtig sein; behält das nihilominus in l. 34 pr. D. c. e. seine gewöhnliche Bedeutung, so enthält es auch einen positiven Beleg für die Wichtigkeit unseres Satzes; „sed“ steht nicht im Gegensatze zur Existenz des Kaufes, sondern im Gegensatze zur Nichtexistenz der Accession.

von wegen der Accession aufrecht erhalten, — mit nichten kann umgekehrt der Kauf wegen Nichtigkeit der Accession auch als in der Hauptsache nichtig betrachtet werden (Anm. 16). Trotz Mehrheit der Sachen kommt es hier überall nur zu Einem Preise und nur zu Einer Obligation des Verkäufers wie des Käufers¹⁷⁾. — Dinge, welche der Käufer ausnehmen muß, sind fernerhin Theile der Sache¹⁸⁾, sowie Theile seiner bisherigen Herrschaft über die Sache. In letzterer behält der Verkäufer die zu verkaufende Sache, wenn er sich für seine Person oder sein Grundeigenthum an derselben eine Servitut „ausnimmt“, „vorbehält“, „abzieht“. Freilich muß er, um dies mit dinglichem Effekte zu thun, die „Ausnahme u.“ bei der Tradition der Sache wiederholen¹⁹⁾. Letzteres gilt auch für den Fall, da er umgekehrt einem zu verkaufenden Grundeigenthum ein Recht d. i. eine Servitut „zuspricht“, die demselben nicht ohnedies zusteht und stillschweigend mit übergeht (Anm. 13)^{19a)}. Auch ein Pachtgeding, ein Wohnungsverbehalt für sich oder Andere, überhaupt ein Gebrauchs- oder Nutzungsvorbehalt, der nur obligatorisch wirken soll²⁰⁾, desgleichen Verwahrungen gegen die sonst platzgreifenden Auktoritäts- oder Garantieobligationen (§§. 327. 328), gehört mit in den Kreis der ausdrücklich zu bedingenden Reservatrechte²¹⁾.

Der Preis, zu welchem die Sache offerirt, oder der um die Sache geboten wird, muß nicht bloß in Geld (pecunia numerata — §. 290), sondern auch in einer bestimmten Summe Geldes bestehen²²⁾. Das bringt schon der Begriff

17) l. 6 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1 — *utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum* —

18) l. 40 §. 3 D. h. t. — *frumenta sata receperat* — §. 4 — *omnem fructum receperat* — l. 80 eod. — *manu sata excipiuntur* — l. 77 eod. — *lapidicinae in eo fundo ubique essent exceptae erant* —

19) s. die *lex traditioni dicta* Bb. 1 §. 197 Anm. 4–7 im Vergleich zu der Abmachung bei der „*venditio*“. l. 6 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1. Ferner l. 8 §. 1 eod.

19a) Bb. 1 §. 197 Anm. 5; §. 188 Anm. 10.

20) l. 79 D. h. t. l. 13 §. 30 D. a. e. e. v.

21) Ueber diese und über Nebenbedingungen in *bf contractus*, insbesondere *emptio venditio* s. überhaupt Bachmann §§. 91–93.

22) §. 1 J. h. t. — *certum pretium esse debet* —

des Tausches²³⁾ mit sich. Daß die Parteien die Größe des Preises kennen, oder selbst bestimmen, wird nicht oder nicht mehr gefordert; genug, daß er bestimmt ist²⁴⁾, oder durch einen Dritten, auf den die Parteien abstellen, bestimmt wird²⁵⁾; dem eigenen Entscheid der einen oder anderen Partei darf er nicht überlassen sein, wenngleich derselbe nicht als Willkür, sondern als billiges Ermessen gemeint wäre²⁶⁾. Ein Kauf dieser letzteren Art wäre „imperfekt“ in dem Sinne, daß er nichts ist und nichts wird, ob die bedungene Willenserklärung nachher erfolgt oder ausbleibt; was einmal Sache vertragsmäßigen Uebereinkommens ist, wie Waare und Preis, soll nicht einseitig perfizirt werden können; folgerecht kann eine Veräußerung oder ein Sachversprechen, welches unter Voraussetzung, aber ohne Vereinbarung eines Preises abgeschlossen wird, kein Verkauf sein; wohl ist, wenn die Sache unter jener Voraussetzung nicht bloß versprochen, sondern gegeben wird, schon nach römischem Rechte ein Kontrakt, Innominatkontrakt nämlich, da²⁷⁾; nach heutigem Rechte ist ein solcher durch bloßes Versprechen möglich²⁸⁾. Wo die Feststellung des Preises einem Dritten überlassen wird, ist das Geschäft wiederum imperfekt, allein imperfekt im Sinn eines bedingten, durch ein künftiges Ereigniß (hier Arbitrirung des Preises) perfizirbaren Kaufes²⁹⁾. — Würde der Preis schenkungshalber unter dem Werth der Sache

23) der ohne konkrete, darum bestimmte Leistung auf beiden Seiten nicht denkbar ist — (§. 325 Anm. 19).

24) l. 7 §. 1 D. h. t. — „quantum pretii in arca habeo“ . . . magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate ignoratum est — weshalb denn namentlich auch in Fällen wie oben Anm. 9 pretium certum est. S. dagegen Bechmann S. 544 unten.

25) was freilich erst durch eine der justinianischen Decisionen entschieden ist: §. 1 J. h. t.

26) l. 35 §. 1 D. arg. §. 1 J. h. t.

27) arg. l. 22 pr. D. praescr. v. 19, 5 — quasi de novo negotio in factum dandum esse, i. e. praescr. v. Dagegen Windscheid §. 386. 6.

28) z. B. die Bestellung von Virtualien auf einen gewissen Tag durch einen Hotelbesitzer u. vgl. unten §. 331.

29) Gerade das „ut sub conditione stare contractus“ ist in der Decision entschieden worden (§. 1 J. cit.). Vgl. Windscheid §. 386. 6, Unterholzner, Schuldverh. II S. 230 Note e. Thöl, Handelsr. §. 252. 1.

bestimmt, so läge neben der Schenkung ein Kauf vor; denn auf die Höhe des Preises kommt es, damit ein Kauf vorliege, nicht an³⁰⁾; war doch die *venditio nummo uno* kein Scheinkauf³¹⁾. Ein anderes aber als ein niedriger ist der Scheinpreis; bei solchem besteht kein wahrer, darum kein Kauf³²⁾. — Wird ein Preis, gleichviel ob hoch oder niedrig, in Wahrheit bedungen, so mag beliebiges andere mitbedungen werden; um Geld, nicht bloß um Geld besteht der Kauf³³⁾.

Der Abschluß des Kaufes (*conventio*) trifft da, wo das „Handeln“ um den Preis („markten“) stattfindet, mit dem Augenblicke der Uebereinkunft über den Preis³⁴⁾, — da, wo der Preis vornherein bestimmt ist, und die Verzögerung des Abschlusses nur auf Ueentschiedenheit des Käufers in der Beliebung oder Wahl der Sache beruht, mit der Annahme der Sache zusammen. So grundsätzlich ungebunden der Ausdruck

30) vgl. Bechmann S. 213.

31) Wie konnte man, wo das Recht einen Kauf forderte, dieser Forderung des Rechts durch *venditio nummo uno* genügen, wenn diese kein Kauf war? Oder wie kann der Kauf von der Höhe des Preises rechtlich unabhängig, und dann der Kauf darum, weil er ein Pfennigkauf ist, gleichwol nichtig sein? Wenn Bechmann (§. 23) einerseits der *venditio nummo uno* jene Bedeutung und dieses Recht beilegt, und sie anderseits als einen Scheinkauf bezeichnet, so kann er dies nicht im juristischen Sinne thun. In l. 46 D. loc. 19, 2 ist die *conductio nummo uno* zwar nichtig; allein daselbst ist auch angenommen, daß in der That geschenkt, in Wahrheit also kein Zins gewollt sei (s. darüber Bechmann selbst S. 213 Anm. 3). Ueber *vend. nummo uno* vgl. übrigens weiterhin die von Bechmann cit. Schriften von Huschte (T. Flav. Syntr. don. instrum. 1838. Rudorff, Zeitschr. f. Rg. Bd. 11 S. 72. 91, Voigt, Jus Nat. III. 65, IV. 530, Bekker, Akt. I S. 34.

32) Hieher das *pretium debet esse certum, verum, justum*. Ueber das *justum* s. §. 329.

33) z. B. l. 6 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 — *certo pretio et ut aliam insulam meam reficeres* — §. 2 l. 28 eod. — *ut aliquid facerem* —

34) l. 2 §. 1 D. pr. J. h. t. — welche sich bald, als endliche Nachgiebigkeit des Verkäufers, durch „Zuschlag der Sache“ (*addictio* — „so nimm hin“) — bald, als Nachgiebigkeit des Käufers, durch irgend einen Nachklang des „*mihi emptus esto hoc aere etc.*“ kundgibt, und namentlich beim Viehkauf fort und fort gerne durch Handschlag bekräftiget wird. S. übrigens Bechmann §. 61, welcher mit Recht bezweifelt, daß derlei Formen jemals nothwendig gewesen seien, dieselben dagegen u. G. ohne Grund als bloß „*deklarativ*“ anstatt „*konstitutiv*“ hinstellt, hinwider aber treffend als „*formell einseitig, materiell zweiseitig*“ von der *Stipulation*, welche formell und materiell einseitig ist, unterscheidet.

dieser Willenseinigung auch ist³⁵), so kleidet er sich doch gern in gewisse volksthümliche Formen (Num. 34), oder strebt er nach Sicherheit durch Frage und Antwort³⁶), oder durch Schriftlichkeit (in scriptis celebrata venditio). Wird letztere vorausbedungen, so muß die Schrift in's Reine gebracht und gefertigt sein, wenn der Kauf als abgeschlossen gelten soll³⁷); gegen den Rücktritt vor der Fertigung muß man sich durch Arra³⁸) oder Pönalstipulationen sichern. — Daß man (nicht erst auf dem Wege zum Uebereinkommen, sondern bereits) übereingekommen sei, kann abermals durch eine Arra zum Ausdruck gebracht werden (s. g. arra confirmatoria)³⁹). Mag diese wieder „Darangeld“ (Num. 38 a. E.) oder sonst eine Sache, allenfalls Symbol⁴⁰) sein, so muß sie, wenn ihr Zweck erfüllt ist, zurückgegeben werden⁴¹). Ueberall aber ist der Zweck der arra eine pfandartige Sicherung des Geschäfts, dort seiner Verfizirung, hier seines Vollzugs, um eben deswillen die sogenannte arra

35) §. 248 Anm. 12.

36) l. 35 §. 2 D. v. o. 45, 1 M. Voigt, jus nat., aequum et b. Ob. 3 S. 191 Anm. 214.

37) l. 17 C. fide instr. 4, 21. Justinian. pr. J. h. t.

38) welche überall, wo man „super faciendae emtione“ eine Arra gibt, nur super perficiendo negotio sein kann, mag nun „in scriptis sive sine scriptis“ gekauft werden. So wortdeutlich l. 17 C. cit. Minder klar ist das Excerpt in pr. J. h. t.; allein im Zusammenhalt mit l. 17 C. läßt auch es keinen Zweifel übrig (Vinnius, Comm. ad h. l. Nr. 12, Jagemann, die Daraufgabe. Eine vergleichende Rechtsstudie, 1873 S. 95 fg.; und nicht völlig entschieden Schrader, ad h. l. „sine scriptis“; Brunns sogar entgegen: pr. J. cit. spreche von jeder arra (auch negotii perfecti) und die Justinianischen Juristen hätten diese Meinung sogar auf l. 17 C. cit. übertragen: s. pr. Rechtsbuch S. 220, zu §. 51. Ueber die arra neg. perfecti s. aber unten Anm. 43. 46). Kraft gesetzlicher Bestimmung (l. 17 cit. pr. J. h. t.) steht übrigens der arra s. perficiendo n. die, da sie Darangeld zu sein pflegt, der Käufer gibt) eine Haftung auf das Doppelte seitens des Käufers gegenüber.

39) l. 35 pr. D. h. t. Quod saepe arrae nomine pro emtione datur, non eo pertinet quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio; pr. J. h. t. — quod arrae nomine datur, argumentum est emtionis et venditionis contractae.

40) si annulus datus sit arrae nomine: l. 11 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1.

41) l. 11 §. 6 cit. — ex emto agi posse; certe etiam condici poterit — vgl. §. 305. a. Ob „Daraufgaben“, welche statutarisch oder ihrer Natur nach (z. B. Trinkgelder) nicht zurückgegeben werden müssen (Jagemann S. 44 S. 132) noch „arra“ sind?

poenitentialis, welche dem Käufer das Recht einseitigen Rücktrittes gewähren, also vielmehr zur Aufhebung als zur Festigung des Geschäftes führen soll⁴²⁾, in den Quellen nicht zu finden⁴³⁾. Dieselben reden zwar von einer arra, welche bei perfektem Kaufe gegeben wird und dem Käufer zugleich mit Resolution des Kaufes verloren geht⁴⁴⁾; allein dieselbe ist hier an und für sich nichts als ein (confirmatorisches) Darangeld; die Resolution des schon perfekten Kaufes die Folge der vom Verkäufer gestellten Bedingung (lex commissoria), ein Recht des Verkäufers, kein Neurecht des Käufers, der Verlust der arra die Folge eines besonderen mit der lex commissoria ausdrücklich oder stillschweigend verbundenen Pactes⁴⁵⁾, die arra somit ein Pfand für Erfüllung, keine Berechtigung zur Aufhebung des Kaufs⁴⁶⁾. — Wird unter einer Bedingung abgeschlossen, so ist nicht nur die Konvention, sondern das Geschäft überhaupt, seine Existenz und Wirkung, im Ungewissen; dieses selbst im Falle der Resolutivbedingung, bei welcher nach der recipirten Julian'schen Ansicht aus praktischen Gründen der Kauf selbst als pure kontrahirt und nur seine Resolvirung als bedingt erachtet werden soll⁴⁷⁾. Tritt die Re-

42) vgl. Windscheid §. 325 a. C.

43) Daß die arra confirmatoria zugleich poenitentialis sei, stammt allem Anscheine nach aus der irrigen Ansicht, als ob die arra der l. 17 C. und pr. J. citt. sowohl super perficiendo als perfecto negotio sei; denn diese arra ist poenitentialis, läßt dem Geber aber in Wahrheit nur so lange der Kauf noch nicht fertig ist, den Rücktritt offen (Ann. 38 l. cit.).

44) l. 6 pr. l. 8 D. lege comm. 18, 3.

45) l. 8 cit. — pactus est ut arram perderet et villae inemptae essent —

46) Darnach ist die arra confirmatoria schon an und für sich nicht zugleich poenitentialis im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes (Jagemann S. 140 vgl. S. 137); angenommen, daß ein „Neugeld“ gegeben sei, so ist dieses, weil die Aufhebung, nicht den Bestand des Geschäftes, fördernd, trotz d. HGB. Art. 285 doch nicht arra im römischen Sinne des Wortes. Gefragt werden aber muß überdies, ob ein Neugeld und Neurecht mit der Perfektion eines Vertrages, der nur mutuo dissensu und re adhuc integra lösbar ist (§. 329), vereinbar sei (was z. B. Vinnius l. c. Nr. 13 verneint); m. C. allerdings, aber nur in Verbindung mit einer vom Käufer gestellten Resolutivbedingung; die Bedingung heiße Neue, oder Displicenz.

47) Vgl. einstweilen meine Pandd. 1. Aufl. S. 1471 fg.

solutivbedingung ein, so ist der Kauf *resolvirt*, rückwärts aufgehoben, darum *pendente conditione* in Wahrheit selbst hier im Ungewissen, ob der Kontrakt sei. Umso mehr gilt dies im Falle der *Suspensivbedingung*⁴⁸⁾. Uebrigens erscheint der Kauf als eines von den Geschäften, bei welchen sich Bedingungen vorzugsweise einstellen; zumal eigene und typisch ausgebildete, wie die in *diem addictio*, die *lex commissoria*, das *s. g. pactum displicentiae* und *gustus* kommen fast nur beim Kaufe vor⁴⁹⁾. — Nebenvertrag⁵⁰⁾ ist alles, was zur Einschränkung oder Erweiterung des Kaufsobjektes, des käuferischen Rechtes⁵¹⁾, der Gefahr des Käufers, der Haftung des Verkäufers⁵²⁾, ja selbst was zur Suspendirung oder Resolvirung des Geschäftes als Bedingung⁵³⁾ durch die Parteien bestimmt wird, mag es seiner äußeren Gestalt nach einseitig, als ein vom Verkäufer dikirtes Gesetz (*lex*) oder Diktum, oder aber als Vereinbarung erscheinen⁵⁴⁾. Nebenvertrag ist aber auch das Nebengeschäft, welches, an und für sich selbständigen Abchlusses fähig, *accessorisch* mit dem Kaufe verbunden wird, und so denn auch — es fragt sich ob von jeher — an den Kaufsklagen partizipirt. Solche den Kauf selbst überschießende Nebenverträge sind das *pactum de retro-vendendo* oder *emendo*⁵⁵⁾,

48) s. ebendas. §. 334.

49) s. ebendas. S. 1473. Hier und S. 1474 fg. ist auch erörtert, ob und wann diese typischen Bedingungen *resolutiv*, wann *suspensiv* seien.

50) *D. de contrah. e. et de pactis inter emt. et vend. compositis* — 18, 1 *C. de pactis inter e. e. v. compositis* 4, 54.

51) mithin als *Exceptio*, *Deductio*, *Retentio* einer-, *Accessio* anderseits — S. 703–705.

52) *z. B. l. 78 §. 3 D. c. e. 18, 1. Vgl. §. 276 Anm. 24.*

53) *z. B. l. 8 D. de leg. comm. 18, 3 — pactus est, ut . . . in emtae . . . essent* — Nicht unrichtig sprechen die *Ulrigen* von einem „*pactum*“ *displicentiae*: *arg. l. 3 D. c. e. 18, 1.*

54) Die *lex* muß so sicher *acceptirt* werden, als das *pactum* *zweiseitig* ist; nur steht dort das *Accept* in der Annahme der Sache, über deren Vergabung die *lex* dikirt wird. Uebrigens handelt über *lex* und *pactum* ausführlich *Bechmann*, drittes Kapitel, *Pernice*, *Labeo I Kap. 3. Erst* Abschnitt IV.

55) auf *Zurückverkauf*, mit *praeser. v.* oder *ex vendito actio* in *l. 2 C. de pactis inter emt. et vend. compositis* 4, 54 — nur in *factum* (*d. i. wohl praeser. v.*) *actio* in *l. 12 D. p. v. 19, 5* — überall gegen denselben Preis (s. auch *l. 7 C. 4, 54*) — allenfalls auch in Gestalt einer *Resolutivbedingung*: *ut si intra certum tempus soluta fuerit certa quantitas, sit res inemta* (*l. 7 C. cit.*) —

das *pactum protimiseos*⁵⁶⁾, eine Pachtberedung⁵⁷⁾ und dergleichen mehr⁵⁸⁾.

§. 326.

Obligationen entspringen aus dem Kaufe, mag er Real- oder Konsensualkauf sein; beidemfalls zum Theil als bloße Haftungen, zum Theile sofort als Verbindlichkeiten und Schulden. Ist der Kauf

I. Konsensualkauf, so steht

1. keinem Theile ohne weiteres *actio (emti, venditi)* zu¹⁾, kann also ohne weiteres weder von Verbindlichkeit noch Schuld die Rede sein, während doch gewiß ist, daß beide Theile schon jetzt und unbedingt obligirt sind^{1a)}. Diese mit der Perfektion des Geschäftes sofort und unbedingt vorhandenen und doch amoch klaglosen Obligationen sind bloße Haftungen, im Allgemeinen Haftungen für Waare und Preis, des näheren hier Haftung für Tradition in Haupt- und Nebensache, damit auch Haftung für *diligentia* und *custodia*^{1b)}, sowie für Prästation etwaiger Eviktion und Mängel der Sache (§§. 327—328); dort Haftung für den Preis und die etwa nebst dem Preise bedungenen Leistungen oder unbedungen etwa schuldig werden- den Zinse (§. 244 Anm. 19 a. E.), desgleichen für die etwa

56) auf „Vorkaufrecht“: *ut, si vendat, non alii, sed sibi distrahat* — mit *actio ex vendito*: l. 75 D. c. e. 18, 1 — *actio ex vendito est si alii vendideris*: l. 21 §. 5 D. a. e. e. v. 19, 1.

57) l. 75 cit.

58) *vel simile aliquid paciscatur*: l. 75 cit.

1) l. 13 §. 8 l. 25 D. a. e. e. v. 19, 1 Gaj. 4, 126a cf. l. 50 eod. l. 5 §. 4 D. exc. dol. 44, 4 arg. l. 78, §. 2 D. c. e. 18, 1. Die sehr problematische Aufstellung, daß dem jemals nicht also gewesen, die s. g. *exceptio non adimpleti contractus* (§. 288 Anm. 4) gegen denjenigen, der ohne seinerseitige Leistung klagte, nicht von jeher zuständig gewesen sei, s. Beschmann §. 62. vgl. S. 539 oben. S. 541. 543. S. 561 unten. Bekker, *de emtione v. quae Plauti fabulis fuisse probetur*, Berol. 1853. — Hinwider Hofmann, *peric. beim Kaufe* S. 177.

1a) l. 8 pr. D. p. c. e. 18, 6 — *si id quod venierit appareat quid, quale, quantum sit, sit et pretium et pure venit, perfecta est emtio*. — Wie könnte, wenn nur bedingt obligirt wäre, *perfecta emtio* sein?

1b) j. B. l. 36 D. a. e. e. v. 19, 1; überhaupt §. 267 Anm. 20. §. 269, 2. b.

neben geschäftlich bedungenen Leistungen des Wiederverkaufs, des Vorkaufs, der Pachtung u. dgl. (§. 325 Num. 56—58). Erst

2. dadurch, daß von der einen oder andern Seite geleistet, oder aber auf Kredit verkauft und gleichwohl nicht tradirt wird, entstehen Verbindlichkeiten und Schulden — in Ansehung des Preises, der überall aus dem Vermögen des Käufers in das des Verkäufers kommen muß²⁾, durchweg Schulden, in Ansehung der Sache, welche nicht nothwendig im Eigenthum³⁾, überhaupt Vermögen des Verkäufers sein, demselben also nicht nothwendig abgehen muß, allenfalls nur Verbindlichkeiten. Dem Kaufe wesentlich ist, daß Verkäufer, wenn er Eigenthümer ist, veräußert haben wolle⁴⁾, wornach denn auch die Tradition aus Kauf den animus, und wenn Verkäufer Eigenthümer ist, den effectus dominii transferendi nothwendig enthält⁵⁾; allein haftbar ist er für kein dare, sondern für ein bloßes habere licere und darum auch zunächst nur für ein den Sieg in possessorio verschaffendes tradere⁶⁾; in abstracto kann also die Verkaufshaftung insolange nicht das habere non licere zu prästiren ist, zu keiner dandi obligatio und zu keiner Schuld werden⁷⁾. Bloße

2) l. 11 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 — Emtor . . nummos venditoris facere cogitur.

3) l. 25 §. 1 D. c. e. 18, 1 und andere Num. 6 citt. II.

4) l. 80 §. 3 D. h. t. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat —

5) l. 11 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere (folgerecht einst auch mancipare, wenn res mancipi verkauft wurde — Gaj. IV, 131a. Paul. R. S. I, 13 §. 7, Bechmann §. 73 §. 74) quae res si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum.

6) l. 25 §. 1 D. c. e. 18, 1. Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere (sondern nur tradere: l. 11 §. 2 cit.) l. 3 C. evict. 8, 45 — propterea quod aliena vel obligata res dicatur, convenire (autorem suum) non potest. Ferner l. 11 §. 13 D. a. e. e. v. 19, 1 — nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit — l. 3 pr. eod. — ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.

7) wie uns denn auch nirgends eine condictio (Schuldforderung §. 227) auf die verkaufte Sache begegnet; ein dare kann hier nicht intendirt, sondern nur gewünscht werden; in der That konnte denn auch nur die Handlung“ der Mancipation (Bechmann S. 547 unten; vgl. oben Num. 6), oder ein quidquid dare facere oportet intendirt werden, womit dann aber anderseits zum mindesten eine certi condictio (Bechmann §. 73 vgl. §. 62 und oben Num. 1) doch wohl von jeher unvereinbar war.

Haftungen aber können selbst dann, wenn die für Tradition in eine Verbindlichkeit erwachsen und der Kauffchilling schuldig geworden ist, ja sogar nachdem tradirt und gezalt ist, noch fortbestehen; vielmehr: die Haftung wegen Eviction und Mängeln der Sache entsteht erst mit der Tradition⁸⁾ und setzt Zahlung oder Kreditirung des Preises überdies voraus⁹⁾. Die Haftung wegen Mängeln scheint — weil die Mängel zur Zeit der Tradition schon vorhanden oder begründet sein müssen — sofort Schuld¹⁰⁾ oder aber Nichts zu sein. Allein daß die Haftung doch selbst in dem Fall, da die Sache ohne Fehl ist, nicht Nichts ist, zeigt der Umstand, daß der Verkäufer je nach Verlangen des Käufers auch der Mängel halber eigens faviren mußte (§. 327) — ein Ding, das sich hier (wo jene Kaution nicht etwa erst kraft Dekretes, sondern actione emti zu erlangen ist) wie bei der Eviction nicht ohne bereits vorhandene Haftung denken läßt¹¹⁾.

II. Als Realkauf führt der Kauf die Haftung wegen Eviction und Mängeln, und nur wenn kreditirt ist, Verbindlichkeit oder Schuld mit sich¹²⁾.

Auf Erfüllung der Verbindlichkeit, sowie auf Zahlung der Schuld steht überall die b. f. actio aus dem Verkauf (venditi) oder Kauf (emti)¹³⁾, auf Zahlung der Schuld wahlweise eine *condictio*¹⁴⁾, für den Fall, da sie formalkontraktlich besiegelt

8) l. 61 l. 62 pr. D. evict. 21, 2 Paul. R. S. II, 17 §. 2. Nur indem Verkäufer für Tradition haftet, nimmt er die (mit der Tradition naturaliter gegebene) Evictionshaft noch vor der Tradition auf sich; desgleichen die Haft wegen Mängeln. Vgl. übrigens §. 280 zu Anm. 10 §. 325 Anm. 24. §. 328 2.

9) l. 11 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 — *evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum* — §. 328.

10) vgl. das *delictum quod in contractu admisit*: l. 51 pr. D. aed. Ed. 21, 1.

11) vgl. §. 327a zu Anm. 18.

12) eine betagte Geldschuld, wenn der Preis — eine betagte Verbindlichkeit, wenn die Waare kreditirt ist —

13) D. de actionibus emti et venditi 19, 1 C. cod. 4, 49 §. 28 J. act 4, 6. Von der Gegenseitigkeit ist der Bonae fidei Charakter untrennbar; Beschmann, der eine Zeit der Einseitigkeit annimmt (Anm. 1), hält auch die b. fides für kein ursprüngliches Attribut des Kaufkontraktes (S. 467 S. 498).

14) l. 35 D. s. p. u. 8, 2, überhaupt §. 227.

oder novirt sein sollte, die betreffende (Schuldschein- oder Wechsel-) Klage zu.

§. 327.

Insonderheit Haftung, Verschuldung und Schuld wegen Mängeln der Sache.

Betreffs Mängel der Sache gehen das auf dem Boden des *jus gentium* entwickelte civile Kaufrecht (*actio emti*) und das ädilizische Recht (*actio redhibitoria, quanti minoris etc.*) in Einem Punkte wesentlich auseinander. Weithin gehen sie miteinander. Hier und dort handelt es sich nur um Mängel, welche zur Zeit des Verkaufes da oder begründet sind¹⁾; hier und dort kommen nicht nur Mängel, die es nach dem Begriffe der Sache selbst und an sich sind (*morbis, vitium* — Fehler, absolute Mängel) — sondern auch Mängel, die es nur im Vergleiche zu etwaiger Zusicherung des Verkäufers sind (mangelnde Vorzüge, relative Mängel)²⁾ in Betracht; beide verlangen, daß gewisse, nicht offensichtliche, oder dem Käufer bekannte³⁾ Fehler vom Verkäufer angesagt werden, wenn sie nicht an ihm ausgehen sollen, und haben dafür, daß er sie nicht kannte, keine Entschuldigung; auch sind es allem Anscheine nach dieselben Fehler, welche Verkäufer, gleich viel ob er sie kennt oder nicht kennt⁴⁾, hier wie dort ansagen muß — im großen Ganzen körperliche nämlich (§§. 327a. und b.). Ferner kann der Käufer hier wie dort das ausdrückliche Versprechen der Abwesenheit aller der Fehler verlangen, welche Verkäufer nicht ansagt, und aber wenn sie da sind, ansagen

1) l. 1 §. 1 D. aed. Ed. 21, 1 — *Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset* — z. B. l. 54 cf. l. 58 §. ult. eod. Ein ausdrückliches Versprechen *non vitiosum etiam in posterum fieri servum* erscheint zwar als *impossibile* (insofern Promittent die Erfüllung eines solchen Versprechens nicht in seiner Macht hat), wird aber (als ein *Judemnitätsversprechen*) gleichwol aufrecht erhalten (l. 3 C. aed. act. 4, 58).

2) z. B. l. 18 l. 19 D. aed. Ed. 21, 1.

3) §. 327a. Anm. 16. 17. §. 327b. Anm. 8. 9.

4) Dies von Besmann (Kauf S. 655, 4. S. 673, 3) bezüglich des Kaufrechtes noch unentschieden gelassen —

müßte⁵⁾). Unterschiede gibt es freilich auch. So kommt nach dem ädilizischen Edikte auf das Wissen des Verkäufers nichts an⁶⁾), während es nach Kaufsrecht von doppeltem Ausschlag ist: einmal dahin, daß Verkäufer für Fehler aufkommen muß, die das ädilizische Edikt nicht achtet, und welche den Verkäufer auch nach Kaufsrecht nur insofern treffen, als er sie kennt (§. 327a Num. 5–9); dann aber wird durch das Wissen die Prästation des Verkäufers nach Kaufsrecht erweitert (§. 327a Num. 10). Allein diese Unterschiede sind von sekundärer Natur; prinzipiell ist nur der Eine, daß das Kaufsrecht in allem von der Obligation des Verkäufers ausgeht, und aus dieser auf eine Prästation der Mängel⁷⁾ hinauskommt, das ädilizische Edikt dagegen wider die Obligation aus dem Kaufe anstrebt, und mittelst Rescission derselben zwar ein *periculum* des Verkäufers von wegen der Mängel⁸⁾), mit nichten aber auch eine Prästation der Mängel mit sich bringt⁹⁾). In diesem letzteren Sinne ist auch die neben der *redhibitoria* nur mitlaufende *quanti minoris* oder *aestimatoria actio*¹⁰⁾ zu denken.

§. 327a.

I. Nach Kaufsrecht kann der Kauf, wenn er einmal perfekt ist, nurmehr Obligationen, und, mit Zuthat der Tradition, Besitz und Eigenthum bewirken. Resolution ist eine Reaktion gegen Perfektion, und einseitig¹⁾ nur auf außer-

5) l. 62 l. 32 D. aed. Ed. 21, 1; l. 14 C. a. e. e. v. 4, 49 l. 31 §. 20 D. aed. Ed. 21, 1 arg. l. 44 §. 2 eod.

6) Wissend haftet der Verkäufer nach aed. Edikte nur um so mehr (*hoc amplius* — l. 1 §. 1 in f. D. aed. Ed. 21, 1), nicht auf mehr.

7) s. das *praestari oportere* bei Cic. de off. III, 16 §. 65 de oratore I, 39 §. 278.

8) vgl. l. 3 C. aed. act. 4, 58 — *Posteriores enim casus (Mängel) non venditoris sed emtoris periculum expectant* —

9) wornach sich genau genommen nicht sagen läßt, daß das aed. Edikt den Verkäufer für seine positiven Aussagen wie für seine unterlassenen Warnungen „verantwortlich“ mache (Bechmann S. 254).

10) Diese ist in dem überlieferten Stücke des Ediktes über den Verkauf von Sklaven (l. 1 §. 1 D. aed. Ed. 21, 1) gar nicht, in dem über die *jumenta* (l. 38 pr. eod.) an zweiter Stelle erwähnt.

1) im Gegensatz zum *mutuus dissensus* (S. 437 Abs. 2. S. 459).

ordentlichen²⁾ oder unlogischen³⁾ Wegen, oder doch nur dem praktischen Erfolge nach möglich⁴⁾.

In die Obligation des Verkäufers fallen

1. gewisse Mängel der Sache, ohne daß er von ihrem Vorhandensein etwas gewußt, oder deren Nichtdasein versprochen hat. Ursprünglich sind das vielleicht nur wesentliche d. h. solche Fehler, die sich als eine Negation dessen darstellen, als was die Sache gekauft ist⁵⁾; nachmals aber wohl dieselben, welche nach ädilizischem Edikte angesagt werden müssen; also alle nur nicht gar zu geringfügige körperliche (morbus, vitium) und gewisse geistige oder moralische Fehler (§. 327b Anm. 6. 7)⁶⁾. Ihre Prästation geht, wenn nichts besonderes hinzukommt (Anm. 10. 11), nur auf den Belang des Fehlers⁷⁾.
2. Fehler anderer Art⁸⁾ fallen in die Obligation des Verkäufers nur, wenn er sie gekannt und verschwiegen, oder wenn er ihr Nichtvorhandensein zugesagt hat. Sie muß er also nicht ansagen⁹⁾. Die geflißentliche Verschweigung sowohl der

2) b. i. imperialen, wie z. B. i. i. restitutio und redhibitoria —

3) wie die Resolution durch die s. g. Resolutivbedingung, indem entgegen dem allein denkbaren Sabinischen Satze, daß bei jedweder Bedingung das Geschäft selbst bedingt sei, für den Fall, da mit Eintritt der Bedingung für Nichtexistenz des Geschäftes entschieden sein soll, opportunitätshalber das Julianische pure contrahitur, sub conditione resolvitur gesetzt ist. S. einstweilen meine 1. Pand.-Ausfl. §. 330.

4) Faktisch kann es auch mittelst actio emti zur Auflösung des Kaufes kommen: wenn Verkäufer wegen Größe des Fehlers den Käufer für den ganzen Betrag des Preises schadlos halten, Käufer dann aber billigerweise die Sache zurückerstatten muß (redhibitionem quoque contineri emti iudicio: l. 11 §. 3 D. a. e. e. v. 19, I. Unterholzner, Schuldv. II S. 227p.; hieher auch die actio emti ad resolvendam emtionem in l. 11 §. 3 eod.

5) des näheren als eine Negation ihrer Brauchbarkeit: ein Gefäß, das lech (l. 6 §. 4 D. a. e. e. v. 19, 1), Nutzvieh, das krank, Nutzholz, das morsch ist (l. 13 pr. eod.), oder als Negation ihrer Echtheit (ein vergoldetes statt goldenes Geräthe (l. 45 D. c. e. 18, 1).

6) Ein Anhalt für diese Gleichstellung der actio emti mit den aed. aa. liegt in l. 51 pr. D. aed. Ed. 21, 1 und l. 1 C. eod. 4, 58 l. 13 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 14 C. eod. 4, 49.

7) l. 13 pr. D. a. e. e. v. 19, 1 — si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestaturum, quanto minoris essem emturus, si scissem — §. 1 eod. — l. 45 D. c. e. 18, 1 — ipsius rei nomine teneri — arg. l. 1 C. aed. aa. 4, 58.

8) — die mit der Antiquirung der Sklaverei freilich an Boden verloren haben —

9) vgl. l. 52 D. aed. Ed. 21, 1.

schlechthin, als der nur im Wissensfalle anzufagenden Fehler bewirkt, daß er das ganze Interesse des Käufers prästiren muß¹⁰⁾; dasselbe muß aber auch für den Fall der nicht eintreffenden Zusage gelten¹¹⁾. 3. Der Mangel an Vorzügen fällt in die Obligation des Verkäufers nur insofern er solche zugesagt hat¹²⁾.

Mit der Forderung, welche hiernach Mängel halber schon nach Kaufrecht platzgreift, braucht sich Käufer nicht überall zu begnügen; auf das Nichtvorhandensein zum mindesten derjenigen Mängel, welche Verkäufer ansagen muß, besteht überdies ein Promissionszwang¹³⁾; die Verheimlichung anderer Fehler kann er durch eine stipulatio de dolo erschweren¹⁴⁾. Hinwider kann sich Verkäufer von aller und jeder Prästition von Mängeln frei machen: dadurch daß er dieselben von seiner Obligation „ausnimmt“; nur muß er das in redlicher Weise d. h. nicht in Ansehung ihm bekannter, dem Käufer verborgener Mängel thun¹⁵⁾. Für Mängel, die Käufer kannte

10) Dies gilt vorab von den schlechthin anzufagenden (wesentlichen) Fehlern: l. 13 pr. cit. — si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex emptione emptor traxerit, praestaturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idoneae venisse, erit praestandum. §. 1 eod. l. 6 §. 4 eod. l. 45 D. c. e. 18, 1 modo vitiosum quis vendidit. Dasselbe gilt aber zweifellos von allen verheimlichten Fehlern. Denn für die bona fides, worin diese Interessprästition wurzelt, gibt es keine ädilizische (Fehler-) Grenzsperrre. Vgl. l. 1 C. aed. aa. 4, 58 — fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit —

11) vgl. l. 44 §. 2 in f. D. aed. Ed. 21, 1.

12) Was diesbezüglich im ädilizischen Rechte gilt, daß es mit den Vorzügen nicht böse (amare — l. 18 pr. l. 19 §. 4 D. aed. Ed. 21, 1) und daß man das bloße Herausstreichen der Sache (ad nudam laudem dicere — jactare) nicht für Zusätze nehmen soll (l. 19 pr. §. 3 eod.), gilt unbedenklich auch nach Kaufrecht.

13) Eine duplae promissio ist als etwas beim Sklavenkauf Herkömmliches und darum bona fide Schuldiges und actione empti Erzwingbares bezeugt in l. 31 §. 20 D. aed. Ed. 21, 1; nach l. 14 C. a. e. e. v. 4, 49 sind es „sicher“ die ädilizischen Gewährsmängel, derenthalben Verkäufer repromittiren muß; satisfactio kann nicht gefordert werden: arg. l. 3 C. v. s. 6, 38. Unterholzner S. 261. not. b.

14) arg. l. 62 D. aed. Ed. 21, 1.

15) Der exceptio aus der Ausnahme würde sonst eine replicatio de dolo entgegenstehen (l. 9 §. 14 eod. vgl. l. 1 §. 1 §. 9 l. 13 §. 6 l. 39 D. a. e. e. v. 19, 1).

oder kennen oder sehen mußte, steht er ohnedieß nicht ein¹⁶⁾: sie wären denn ausdrücklich abbedungen und von vergänglicher Natur überdieß¹⁷⁾).

Eine Haftung ist betreffs derjenigen Mängel, welche Verkäufer prästiren muß, wenn sie da sind, in der Obligation des Verkäufers auch dann enthalten, wenn sie nicht da sind¹⁸⁾; da verhält es sich mit der Haftung, wie mit der Obligation aus einer auf Abwesenheit von in der That nicht vorhandenen Mängeln gerichteten Stipulation; sie verwirkt niemals. Sind Mängel, die der Verkäufer prästiren muß, vorhanden, dann ist die Haftung mit der Tradition verwirkt¹⁹⁾, gleichwol vor der Bezahlung oder sonstigen Zufriedenstellung des Verkäufers noch nicht klagbar, keine exceptionsfreie Schuld²⁰⁾.

Der Grund dieser kaufrechtlichen Haftung ist klar, soweit es sich um verheimlichte Mängel oder ausdrücklich gegebene Zusagen handelt: dort liegt er in dem Erforderniß von Treu und Glauben²¹⁾, hier in dem Rechte der *pacta conventa*²²⁾.

16) vgl. l. 1 §. 6 l. 14 §. 10 (cf. l. 48 §. 3 §. 4) D. aed. Ed. 21, 1 — *quae quis ignoravit vel ignorare potuit* — ein Wort, das für die äbilitzischen Klagen vorkommt, aber ebensowohl für *actio emti* gilt: l. 43 §. 1 l. 45 D. c. e. 18, 1 l. 9 C. a. e. e. v. 4, 49. Vgl. l. 1 C. aed. aa. 4, 58.

17) Nur unter dieser letzteren Bedingung kann es *bona fide* geschehen, daß man *sciens fugitivum esse* ein *fugitivum non esse* stipulirt; l. 4 §. 5 D. dol. m. 44, 4.

18) s. oben §. 326 zu Anm. 11.

19) vgl. l. 44 §. 2 D. aed. Ed. 21, 1 — *statim enim ut servus traditus est, committitur quanti interest stipulatio*. Bevor tradirt ist, läßt sich das Interesse sanum possidere etc. (ibid.) nicht denken; bis dahin beschränkt sich das Interesse auf Tradition, ist also zum mindesten eine klagbare Obligation vonwegen der Mängel nicht möglich.

20) l. 57 pr. eod. — *nam et si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequetur*.

21) Cic. de off. III, c. 16 §. 67 *Ergo ad fidem bonam statuit (M. Cato) pertinere, notum esse emtori vitium quod nosset venditor* — l. 1 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 — *si cum sciret . . . celavit non evadet ex emto actionem, si modo emtor eam rem ignoravit. Omnia enim quae contra b. f. fiunt, veniunt in emti actionem* — l. 39 in f. l. 41 eod.

22) nach heutigem Recht in der bindenden Kraft der Verträge überhaupt, noch nach iustinianischem Rechte in der *pacta in continenti subsecuta* (vgl. l. 3 C. aed. act. 4, 58. Bd. 1 §. 248. 2).

Nicht so sicher erklärt sich die Haftung für unbekannte Mängel ^{22a}).

§. 327b.

II. Das ädilizische Edikt¹⁾ führt keine Haftung (obligatio) für Prädation von Mängeln oder gegebenen Zusagen ein²⁾, wohl aber befehlt es wortdentliche Ansagung etwa vor-

22a) Da Cicero de off. III, 16 nur von der Haftung für verheimlichte Mängel redet, möchte man die für unbekannte als späteres Recht denken; in der That fand Labeo dieselbe noch nicht fertig vor: I. 6 §. 4 D. a. e. e. v. 19, 1 — Labeo contra putat . . quod et Sabinum respondisse Minucius refert — ; Trebatius erscheint als Vorgänger (I. 45 D. c. e. 18, 1), Julian als derjenige, welcher sie nicht nur anerkennt, sondern den Unterschied bewußter und unbewußter Mängel auch verwerthet (differentiam facit in condemnatione: I. 13 pr. D. a. e. e. v. 19, 1 I. 45 D. c. e. 18, 1). Da wir nun aber annehmen mußten, daß schließlich dieselben Fehler, welche Verkäufer nach ädil. Edikte ohne Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen ansagen muß, auch emti actione prästirt werden müssen, so muß weiterhin auf eine gemeinsame Quelle der beiderlei Rechte geschlossen werden; ein bloßes Herübernehmen und Uebersetzen ädilizischer Vorschriften in die kaufrechtliche Obligation würde der inneren Begründung entbehren haben. Als gemeinsame Quelle aber läßt sich das alte Herkommen jener Stipulationen denken, welche sich außer auf das habere licere auf Abwesenheit gewisser Fehler beim Verkaufe von Sklaven und der verschiedenen Thiergattungen erstreckten (s. namentlich die prisca formula bei Varro r. r. II, 2, 6 und weiterhin A. Pernice, Labeo I S. 455. 2. Bechmann, der Kauf I S. 392 fg.). Von dieser Übung bis zu dem Satze, daß das zu Versprechende auch unversprochen gelten, der Fehler also ausdrücklich (palam) angesagt oder prästirt werden müsse, war nur ein Schritt, überdies ein solcher, der auch auf anderen Gebieten gethan wurde (dies z. B. bezüglich der Eviktionshaft ausdrücklich bei A. Pernice a. a. O. als oben S. 336; vgl. dagegen §. 225 Num. 4 und dazu I. 31 §. 20 D. aed. Ed. 21, 1. überhaupt meine Pandd. I. Ausfl. S. 1507). Die Prädation nun der anzufagenden und nicht angesagten Mängel wird nach Kaufrecht zu einem naturalen Bestandtheile der Verkaufsobligation (praestare oportere), im ädilizischen Edikte dagegen zur Rescission oder Abminderung der Kaufsobligation. Neben dem aber, daß man also den Anspruch auf Ansagung der Mängel in zweifacher Weise geltend machen kann, besteht auch noch ein Anspruch auf Versprechung des Nichtdaseins anzufagender Fehler, sowohl jure emti als nach aed. Edikte (§. 327a Num. 13. §. 327b Num. 3); ihn möchten wir (gegen Bechmann §. 52 S. 405 N. 6) eher neben als vor den Klagen wegen Nichtansagung entwickelt denken.

1) D. de aed. Ed. 21, 1 C. de aed. actt. 4, 58.

2) Das Gegentheil scheinen zu besagen 1) die „obligatio“ in I. 44 §. 2 D. h. t.; 2) die Ediktsworte quod ejus praestari oportere dicetur (I. 1 §. 1 D. h. t.). Allein diese letzteren Worte enthalten nichts, was das Edikt erst anordnet, sondern etwas das es (aus dem Kaufrecht) voraus-

handener, überdies das Versprechen des Nichtdaseins³⁾ irgendwelcher erheblicherer⁴⁾ nicht angefügter körperlicher⁵⁾ — bei Sklaven auch gewisser moralischer⁶⁾ und rechtlicher⁷⁾ Gebrechen, und ermächtigt den Käufer, wenn diesem Befehle entgegen nicht angefügt, oder nicht versprochen, oder wenn zwar das Nichtdasein von Mängeln, oder das Dasein von Vorzügen versprochen, dieses Versprechen aber nicht zugetroffen ist — zur Auflösung des Kaufes durch *redhibitoria actio*, im Falle der Nichtansage und Nichtbewährung des Versprochenen binnen 6, im Falle des Nichtversprechens binnen 2 Monaten. Anstatt

setzt; die *obligatio* in l. 44 §. 2 aber ist um so sicherer eine civilrechtliche, als sie auf *Stipulation* beruht (arg. l. cit. in f.)

3) l. 31 D. *evict.* 21, 2 — *stipulatio quae ab Aedilibus proponitur* —

4) l. 4 §. 6 D. h. t.

5) l. 1 pr. l. 38 D. h. t. „— quid morbi, vitii“ — l. 1 §. 10 eod. — *Aediles de corporalibus vitiis loquuntur* — dieses u. G. im Zusammenhang mit den alten Kaufsformularen (§. 127a Anm. 22). Die Juristen kennen freilich auch schon *animi vitia* (l. 1 §. 10 eod.), welche vom Körper herrühren (*vitium corporis ad animum penetrans* — l. 4 §. 1 eod. — *vitium mixtum*: l. 4 §. 4 eod.) und so denn als körperliche gelten, als welche namentlich Geistesstörungen betrachtet werden (ll. cit. l. 4 §. 3 cf. l. 1 §. 10), während moralische Fehler (*κακοηθία*) nicht hieher gehören (l. 5 eod.) und also im Edikt (Anm. 6) oder von den Parteien eigens namhaft gemacht sein müssen, wenn sie in Betracht kommen sollen. Die reiche Ausführung der körperlichen „Gewährsmängel“ in l. 1 §. 7 — l. 16 eod. ist, weil auf Sklaven bezüglich, großentheils antiquirt; doch gilt für das Zug- und Lastthier im Wesentlichen dasselbe, was vom Sklaven (l. 38 §. 3 eod.; daneben aber auch l. 38 §. 7—10).

6) l. 1 §. 1 eod. „*quis fugitivus erove sit*“ (Ausreißer und Vagabunden) — *nominatim de fugitivo excipitur* (im Edikte); *hoc enim animi vitium est, non corporis* (l. 4 §. 3 eod.). Definition des *fugitivus*: l. 17 pr. — §. 13 l. 54 l. 58 §. ult. eod. des *erro*: l. 17 — §. 16 eod. Zur Beleuchtung dieser „*exceptio*“ s. Ed. Laboulaye, Gesch. der Vereinigten Staaten von Amerika, deutsche Uebers. Hamb 1868 Bd. 1 S. 349.

7) l. 1 §. 1 cit. „*noxave solutus non sit*“ („nicht frei von Schuld d. i. durch ein Privatdelikt (l. 11 §. 1 D. *evict.* 21, 2) obligirt“ (§. 220 S. 46); — „*si quod capitalem frandem admiserit*“ (l. 1 §. 1 cit. — *propter quod capite puniendus erit* l. 23 §. 2 eod.); — „*qui mortis consciscendae sibi causa quid fecerit*“ (l. 1 §. 1 l. 23 §. 3 eod.); — „*inve arnam depugnandi causa ad bestias intromissus est*“. So weit das überlieferte Edikt; in nichtüberlieferten Ediktstücken war noch vom *veterator* (vom „Geriebenen“ im Gegensatze zum „Novizen“) und von Nationalität die Rede (l. 37 l. 65 §. 2; l. 31 §. 21 eod.). Interpretatio: *si quis talis sit servus, qui omnino manumitti non possit ex constitutionibus* (3. B. pr. J. her. inst. 2, 14) *vel si sub poena vinculorum distractus sit a domino vel ab aliqua potestate damnatus vel si exportandus: aequissimum erit etiam hoc praedici.*

auf Auflösung des Kaufes kann Käufer, und zwar 1 Jahr lang, auf bloße Minderung des Preises klagen (*quanti minoris s. aestimatoria actio*). Die Nichtausgabe wird durch kein Nichtkennen entschuldigt, wohl aber durch gewisse Kennzeichnung oder Offensivlichkeit der Fehler ersetzt⁸⁾, durch Kenntniß des Käufers aufgewogen⁹⁾.

Zur Auflösung des Kaufes räumt das Edikt *redhibitoriam actionem* ein¹⁰⁾. Diese beruht in der Auordnung einer gewöhnlich an die Bedingung nicht nur der Verletzung des Ediktes oder der eigenen Zusage¹¹⁾, sondern auch der Restitution (*redhibitio*)¹²⁾ der Sache sammt Zubehör¹³⁾ ge-

8) I. 1 §. 6 D. h. t. zur „gewissen Kennzeichnung“ vgl. außer I. 1 §. 6 cit. (*plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia*) die *servi pileati*, (*pedibus*) *cretati s. gypsati* bei Briss. form. VI. 10, wegen der *titulus* bei A. Gell. VI. 2, 1 eine Art Wanderbuch (*Rationale*) für den einzelnen Sklaven gewesen zu sein scheint. S. auch Bechmann I S. 400.

9) I. 48 §. 4 D. h. t.

10) die da gewissermaßen i. i. *restitutio* (I. 23 §. 7 D. h. t. I. 69 eod.: *perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit*) — Resolution des Kaufes (I. 23 §. 1 eod.) — ein *rem inemptam facere* (I. 38 pr. eod.) — ein *emptionem perfectam imperfectam facere* (I. 43 §. 9 eod.) bezweckt.

11) Sollte nicht die Thatsache der Ediktverletzung, wenn der Fehler nicht angefangt, die Thatsache des Konfliktes mit dem gegebenen Worte, wenn ein vorhandener Fehler als abwesend, ein mangelnder Vorzug als vorhanden zugesagt war, mehr oder minder spezifizirt (I. 48 §. 7 eod.), in der *intentio* dieser in *factum actio* gestanden haben? Vgl. die Ediktsworte I. 1 §. 1 eod. — *quodsi mancipium adversus ea venisset* — ferner die *quod adversus dictum promissumque fuerit actio* (I. 47 §. 1 cf. I. 42 eod.). S. dagegen Rudorff ed. perp. p. 262.

12) *Redhibere est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit etc* I. 21 pr. eod.

13) b. i. 1) *Accessionen der Waare*: *verba Edicti* I. 1 §. 1 I. 23 §. 1 I. 33 pr. §. 1 eod. Vgl. §. 325a. 2) *Die Provenienz derselben*: *Verba Ed.* I. 1 §. 1; I. 23 §. 9 eod. — *si quid ad emptorem pervenit vel culpa ejus non pervenit* (Früchte, Zinsen &c.), darunter auch was Käufer vom Verkäufer verzeugeshalber bekommen hatte — I. 24 l. 31 §§. 2–4 I. 43 §. 5 eod. 3) *Beisidigung der Waare oder ihrer Accessionen durch Schuld des Käufers und seiner Leute* (*emptoris opera, familiae procuratorisve ejus*) nach dem Verkauf und der Tradition: *Verba Ed.* I. 1 §. 1; I. 23 pr. I. 25 pr. — §. 8 I. 33 pr. §. 1 eod. Diese dreierlei Thaten mußte das Edikt eigens vorschreiben, soweit sie sich noch vor der *Litiskonfession* ergaben; soferne sie nachher erwuchsen, gehörten sie zu der *omnis causa*, die der Richter *ex officio* zur Restitution herbeiziehen mußte (I. 25 §. 8 eod. vgl. oben §. 281 S. 344–347). Eine *Offizialsache* ist nun aber noch

knüpften, mit dem Nachlaß freiwilliger Rückzahlung versehenen¹⁴⁾ Condemnation in den Belang des Preises und seiner Zuthaten¹⁵⁾. Ein Erkenntniß ordnet, was und wie beiderseits zu restituiren sei, an¹⁶⁾: den Käufer mit der Waare und „dem Uebrigen“ (Ann. 13) voran — den Verkäufer mit dem Kaufschilling nebst Zuthaten (Ann. 15), oder aber mit Erlaß desselben nach¹⁷⁾. Anstatt mit realer muß sich der Beklagte auch mit verbaler Voranleistung (Kaution) begnügen¹⁸⁾; unter Umständen den Preis heimzahlen, ohne die Waare zurückzubekommen¹⁹⁾. Condemnation gibt es in diesem *judicium* trotz seiner gewissen Gegenseitigkeit (Ann. 16. 17) nur Eine, des Verkäufers; der Käufer kann zur Restitution oder Kaution nur aufgefordert, mit nichten verurtheilt werden; der Verkäufer ist durch Retention gedeckt: insolange Käufer nicht restituirt (kavirt), kann

4) die Auflegung von Kautionen zu Gunsten des Verkäufers: wegen etwa inzwischen erfolgter Belastung der Sache (l. 21 §. 1 eod.), oder etwaigen künftigen Erwerbes aus derselben: l. 21 §. 2 eod., oder möglicher Wiedererlangung derselben: §. 3 eod. — womit aber auch Kautionen zu Gunsten des Käufers konkurriren können (*dupliciter cavere*: l. 21 §. 2 l. 30 pr. eod.).

14) *Verba Ed.* l. 25 §. 9 eod. — *si non reddetur — non liberabitur —*; l. 29 pr. in f. §. 1 §. 3 eod.

15) l. 29 §. 2 eod. *Condemnatio autem fit, quanti ea res erit — continet pretium accessionesque* — aber auch Zinse, wenn Käufer seinerseits Früchte restituirt — die dem Verkäufer gezahlten Verzugszinse (*arg.* l. 23 §. 9 — *quod tardius* l. 27 eod. — *pretium et usuras ejus*) — *et si quid emtionis causa erogatum est* (l. 27).

16) *pronunciatio* (l. 58 pr.) — *arbitrium judicis* (l. 31 §. 9) — *restituere jubere* (l. 23 §. 8).

17) l. 25 §. ult. eod.; „mit Erlaß“: l. 29 §. 1 eod.

18) l. 26 eod.

19) Antiquität ist, was sich aus dem Verkaufe eines *servus noxa non solutus* ergibt (l. 23 §. 8 D. h. t. l. 31 pr. vgl. l. 58 pr. §. 1 l. 29 §. 3 eod.); verwendbar dagegen, was aus dem Sklaven, der noch vor der Klage *redhibirt* oder gestorben ist (l. 31 §. 6 l. 47 §. 1 eod. *Post mortem hominis . . aedilitiae actiones manent* — §§. 11–15 eod. l. 48 pr. eod.). Durch Manumission (und wahrscheinlich jedwede Veräußerung) dagegen verwirkt Käufer sein Anrecht auf *redhibitio* (l. 47 pr. eod.). Endlich kann Käufer außer dem Preise und dessen Zuthaten auch Ersatz von Schäden und Auslagen verlangen, welche durch die zu *redhibirende* Sache verursacht sind; diese jedoch nur *retentionsweise*: so daß es allenfalls wiederum zur *condemnatio* (in den Preis) ohne *redhibitio* kommt (l. 29 §. 3 eod.). Mit dem *Eviktionsregreß* scheint uns keine *redhibitoria* oder *aestimatoria*, sondern nur eine Klage aus der *stipulatio* (*de sanitate etc.*) oder *actio emti* auf das Interesse konkurriren zu können l. 44 §. 2 eod. (— *interfuit emtoris etc.*) vgl. l. 16 §. 2 l. 25 D. *evict.* 21, 2.

auch Verkäufer nicht kondemniert werden²⁰). Kondemnation gibt es auch nur in den Betrag des Preises und seiner Zuthaten; in den der Schäden, welche Verkäufer überdies gutmachen soll, gibt es keine Kondemnation, sondern wiederum nur Retention, zu Gunsten des Käufers²¹), der insoweit als ihm diese Schäden nicht prästirt werden, die Sache selbst nicht zurückzugeben braucht, und Restitution des Preises sammt Zuthaten oder Kondemnation ohne Redhibition verlangen kann²²); das *quanti ea res erit* der Kondemnation²³) begreift außerdem, was auf Rechnung des Kaufschillings und seiner etwaigen Accessionen gezahlt oder gegeben wurde²⁴), allenfalls auch noch die Verzinsung des Kaufschillings in sich²⁵), und ging, wenn es Beklagter zur Kondemnation kommen ließ, aufs Doppelte²⁶). — Diese Klage hat gleich den anderen ädiliziſchen Klagen in einem Verstoß gegen das aed. Edikt (Ann. 11) ihren Grund, und ist darum²⁷) pönal²⁸), nimmt aber aus

20) l. 29 pr. l. 57 pr. eod.

21) l. 31 pr. l. 23 §. 8 l. 58 pr. §. 1 eod.

22) Vgl. oben Ann. 19 a. E. l. 29 pr. cit. — *si autem emptori venditor ista non praestat, condemnabitur ei.* §. 3 eod. Würde Verkäufer nachträglich, sine iudice, prästiren, Käufer aber seinerseits nicht restituiren, so könnte es, arg. l. 23 pr. in f. eod., nun wohl zu einer Verurtheilung des Käufers kommen: allein nicht redhibitoria, sondern *ex vendito actione*. Vgl. l. 30 pr. l. 21 §. 2 eod.

23) l. 29 §. 2 eod. vgl. §. 281. 1.

24) — soweit noch das Edikt selbst: l. 25 §. 9 und dazu l. 27 l. 45 eod.; den Accessionen sind die Zinsen, welche Käufer etwa aus und außer dem Kaufschilling bezahlt hat, beizuzählen; vgl. l. 27 cit. — *quod numeratur venditori, utputa pretium et usuras ejus* —

25) als Entschädigung für die Zwischennutzung des Verkäufers nämlich; so nach der Interpretatio, und nur insofern als auch Käufer den entsprechenden Zwischennutzen der Sache (*fructus*) herausgibt (*maxime cum fructus quoque ipse restituat*) l. 29 §. 2 cit.; würde Käufer den Zwischennutzen (z. B. eines Gespannes) behalten, so brauchte denselben auch Verkäufer nicht zu vergüten.

26) Von einer *simpli condemnatio* kann daher in Wahrheit keine Rede sein: l. 45 eod. — *si reddatur, simpli videtur condemnari*. Vgl. Besmann S. 404.

27) *dupli condemnatio* (Besmann S. 404. vgl. S. 248. Unterholzner S. 278. 5 — Gajus IV. 9) ist Folge, nicht Ursache.

28) l. 23 §. 4 eod. — *quamvis . . poenales videantur actiones* — l. 51 pr. eod. — *delictum* —

einem Kontrakte ihren Ursprung²⁹⁾ und ist darum, von der Rescission des Kaufes selbst und der möglichen dupli condemnatio abgesehen, ohne pönalen Effekt^{29a)}, vererbt aktiv und passiv³⁰⁾, findet allenfalls gegen Bürgen³¹⁾, überall gegen und für den Gewalthaber³²⁾, gegen den Gewalthaber des Verkäufers als actio de peculio³³⁾ und überhaupt adjektivisch³⁴⁾ statt. Dabei kommt nebst dem, was der Erblasser zu leisten oder anzusprechen hatte, auch noch der Zuwachs aus der Person der Erben in Betracht³⁵⁾. Klagt der Gewalthaber, so kommt auf sein Wissen nur dann an, wenn er Auftrag zum Kaufe gegeben hat³⁶⁾.

Die Redhibition und darnach redhibitoria actio ist insofern untheilbar, als der Verkäufer sich — etwa den mehreren Erben des Käufers gegenüber — nicht auf Zurücknahme des einen oder anderen Sachtheils, mithin auch nicht auf Theilklagen einzulassen braucht³⁷⁾, vielmehr eine gemeinschaftliche Redhibition oder Klage Aller verlangen kann³⁸⁾. Hat aber die Redhibition der Sache selbst außergerichtlich stattgefunden, oder liegt ein Fall vor, in welchem ohne Redhibition

29) l. 23 §. 4 cit. — ex contractu veniunt — l. 51 pr. cit. — delictum quod in contractu admiserit —

29a) vgl. N. Bernice, Labeo I S. 456 Anm. 8.

30) l. 23 §. 5 l. 48 §. 5 eod.

31) l. 56 eod. — si in universam causam fidejussor sit acceptus —

32) l. 23 §. 4 §. 6 l. 51 pr. l. 57 pr. §. 1 eod.

33) l. 23 §. 4 §. 6 l. 51 pr. cit. — et rursus delictum ejusdem — l. 57 §. 1 cit., woselbst die interpretationsbedürftige Rechtfertigung und Begrenzung der redhibitorischen de peculio actio.

34) je nach Umständen also auch de in rem verso und quod jussu —

35) l. 48 §. 5 cit. — ut tamen et facta heredum quae postea accesserint (Deteriorationen des klägerischen Erben) et quod experiri potuerint (Ansprüche gegen den Erben des Verkäufers auf weiter verfallene Zinsen, — gegen den Erben des Käufers auf den weiteren Gewinn aus der Sache) quaerantur.

36) l. 51 pr. cit.

37) — ne forte . . injuriam patiat, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit. l. 31 §. 5 eod.

38) — omnes consentire debere ad redhibendum, dareque unum procuratorem — l. 31 §. 5 cit. vgl. §. 233 I. 1. Den mehreren Erben hierin und im folgenden ausdrücklich gleichgestellt die mehreren domini des Käufers: §. 7 eod.

redhibitorisch geklagt werden kann (Ann. 19. 22), dann sind Theilklagen möglich³⁹⁾; denn das meiste, was außerdem zur Restitution kommt, besteht in Geld oder sonstigen Fungibilitäten, so daß es pro parte verlangt, und ohne Beschwer für den Verkäufer pro parte gegeben werden kann⁴⁰⁾; ist einmal etwas von der Art, daß dem Verkäufer theilweise Rücknahme nicht zugemuthet werden darf, dann gilt von solchen Nebensachen dasselbe, was von der Hauptsache⁴¹⁾. In Ansehung der Prästation von Deteriorationen (Ann. 13, 3) kann es zur Solidarität im Sinne der Meinhastung (*solum teneri* — §. 232. II. 3) kommen⁴²⁾. Wo der Erben des Verkäufers mehrere sind, kann und muß pro parte, nach Maßgabe der Erbportionen, redhibirt und redhibitorisch geklagt werden⁴³⁾; ebenso wo der Verkäufer selbst mehrere waren, und zu Theilen verkauft wurde; wo sie in *solidum* verkauften, greift *for reale* Belangbarkeit auch mit der redhibitorischen Klage platz⁴⁴⁾; dasselbe gilt, wenn umgekehrt der Käufer mehrere waren und solidarisch gekauft wurde⁴⁵⁾. Sind der Sachen mehrere verkauft, so kann Solidarität der Redhibition zu Gunsten des Käufers⁴⁶⁾ stattfinden oder ausgeschlossen sein, gleichviel ob Ein oder mehrere Käufe vorliegen⁴⁷⁾.

39*) I. 31 §. 6 eod. — *singulos pro suis portionibus recte agere* —

40) I. 31 §. 6 cit: — *pretium autem et accessiones pro parte recipient. Sed et fructus, accessiones et si quo deterior homo factus est, pro parte praestabitur ab ipsis* —

41) I. 31 §. 6 cit: — *nisi forte tale sit quod divisionem non recipit, utputa ancillae partus etc.*

42) I. 31 §. 9 eod.

43) I. 31 §. 10 eod. Dasselbe gilt beim Verkauf eines in *condominio* befindlichen Sklaven — *ibid.*

44) I. cit. — *si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum* —. Sklavenhändler, welche dies Gewerbe sozietätsweise betrieben, wurden vom *aed. Edikte* eigens betroffen. Wo ihrer mehrere zusammen (oder wer immer von ihnen?) verkauften, sollte Einer von ihnen — nämlich wer an der Sozietät am höchsten oder doch so hoch wie jeder Mitverkäufer theilhaftig war — in *solidum* belangt werden können, gleichviel ob Solidarität der Haftung ausgemacht war oder nicht (I. 44 §. 1 eod.). So *Gloss. ad h. l. y. u. a.*

45) I. cit.

46) *b. i.* das Recht zur Redhibition aller Sachen, trotzdem nur einzelne fehlerhaft oder vertragswidrig sind —

47) *Ausschluß*, trotzdem *uno pretio* verkauft ist I. 59 §. 1 eod. — *Zulassung*, trotzdem in *singula capita pretium constitutum est* (wo dann

Nicht zu verwechseln mit der *redhibitoria actio*, namentlich auch nicht mit der *redhibitoria*, die ohne *Redhibition* stattfindet (Num. 19), ist die nun nicht mehr unter der Bedingung der *Redhibition*⁴⁸⁾, sondern unter der Voraussetzung vorausgegangener gültlicher Rücknahme der Sache⁴⁹⁾ gewährte, von der *Redhibition*mäßigkeit der Sache und der Verjährung der *redhibitoria* unabhängige *in factum actio* auf Rückerstattung des Preises⁵⁰⁾. — Verschieden von derselben ist auch die dem Käufer zwar unter der Bedingung der *Redhibition*, allein unabhängig von der *Redhibition*mäßigkeit, weil auf Grund eines *pactum displicentiae*, eingeräumte, wofür nichts anderes bedungen oder die Verjährung entschuldbar ist, auf 60 Tage beschränkte *in factum actio*. In Betreff der Nebensachen gilt für diese beiden *in factum actiones* die *redhibitoria* zum Muster⁵¹⁾.

Eine wahre *redhibitoria actio* ist die Klage, welche das *aed.* Edikt dem Käufer zwei Monate lang für den Fall gewährt, da der Verkäufer die dem Käufer schuldige Kaution für Abwesenheit der ediktmäßig anzujagenden und nicht angesagten Mängel nicht bestellt⁵²⁾; allein die gekauften Sachen sind diesfalls *redhibition*mäßig (*in causa redhibitoria*) ohne

nur dem Effekte für die *redhibitoria* nach *una emptio est*): l. 34 §. 1 *eod.* Entscheidend ist nicht Einheit des Preises oder Verkaufes (§. 325a Anm. 6—9), sondern die Intention des Geschäftes (ob keines ohne das andere gekauft sein wollte: l. 34 §. 1 *eod.*), oder die Untrennbarkeit der Sachen (l. 35, l. 38 §. 14 — l. 40 *pr. eod.*), oder die Art der Zusage: l. 1. 64 §. 1 *eod.*

48) „*ut redhibeatur*“ l. 1 §. 1 *eod.*

49) *conventio de redhibendo* genügt nicht, sondern *ipsa redhibitio* — l. 31 §. 18 *eod.*

50) l. 31 §. 17 D. *eod.* *In factum actio.. ad pretium recipiendum.. in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit . . . postea quam agnovit venditor recipiendo mancipium, esse in causa redhibitionis . . . nec de tempore quaeretur.* Ob es auch hier noch zu einem Restitutionsbefehl zuvörderst an den Kläger kommen kann? oder ist, wenn seitens des Klägers noch nicht alles restituirt ist, nur *redhibitoria* möglich, und l. 31 §. 19 etwa auf die *redhibitoria*, nicht auf obige *in factum actio* bezüglich? S. aber l. 31 §. 24 *eod.*

51) l. 31 §§. 22—25 *eod.* In l. 4 C. h. t. ist im Falle des *pactum displ.* schlechthin von *redhibitoria* die Rede.

52) l. 28 D. h. t. vgl. l. 14 C. a. e. v. 4, 49 l. 31 §. 20 l. 32 l. 62 D. h. t.

Behauptung, Beweis oder Erkenntniß eines Mangels⁵³). Verschieden von dieser redhibitoria hinwiederum ist die im aed. Edikte für denselben Fall, aber nicht ad redhibendum, sondern auf das Interesse 6 Monate lang gewährte Klage⁵⁴).

Eine modifizierte redhibitoria war auch die zweimonatliche Klage, welche dem Käufer von Pferden, Eseln und Maulthieren (jumenta)⁵⁵ zustand, wenn diese ohne den Putz (ornamentum)⁵⁶, mit welchem sie zum Verkauf ausgestellt waren, abgeliefert wurden⁵⁷); denn das *judicium de ornamentis restituendis jumentisve ornamentorum nomine redhibendis*⁵⁸) denken wir als Eine Klage, in welchem (anders als bei der einfachen redhibitoria) dem Beklagten die Wahl zwischen Restitution (Nachlieferung der ornamenta) oder Rücknahme des Verkauften gelassen wurde⁵⁹).

Quanti minoris (s. aestimatoria) actio konkurriert mit der actio redhibitoria überall, wo diese wegen der vorhandenen Fehler oder Mängel der Sache ange stellt werden

53) Gloss. ad h. l. „licet alias non sit in causa redhibitionis . . . nam hic agitur etiam si vitia non sunt, sc. eo ipso quod non cavet“ — und vergleiche als oppositum 3. B. l. ult. C. h. t. — si illud quod dixerit fugitivum poterit exhibere —

54) l. 28 cit. — ad redhibendum *judicium intra duos menses; vel quanti emtoris intersit, intra sex menses*. Zu dieser Interesseklage schweigt die Glosse und Rudorff, Ed. perp. §. 310 not. 32 p. 262, welcher letzterer wohl den Grund angibt, warum die Medilen wegen Nichtkaufungsklagen (statt *missio*) gewähren (l. 4 D. jurisd. 2, 1), nicht aber die Interesseklage erklärt. — Eingehend bespricht sie Bachmann (S. 405 fg.), jedoch mit negativem Resultat (Interpolation). Er geht dabei von Identität der *quanti intersit* mit *quanti minoris actio* aus. Allein ließe sich ein von *quanti minoris* verschiedenes Interesse nicht etwa dahin denken, daß Käufer weiter verkaufte und fehlershalber zu Schaden kam u.?

55) l. 38 §. 4 §. 6 D. h. t.

56) Darunter ist wohl nichts anderes als das (etwa bessere, das Thier hebenbe) Geschirr und Sattelzeug verstanden: vgl. Brissonius s. v. „ornare“, während Andere (3. B. Dirksen s. v. orn., Unterholzner S. 282 II.) nur an „Aus schmückung“ (etwa Dachshäute, Halbmonde, Glocken) zu denken scheinen, und Keller §. 332 „das Thier mit den ornamentis“ dahingestellt sein läßt.

57) l. 38 pr. §. 11 eod.

58) l. 38 pr. eod.

59) während Rudorff, Ed. perp. §. 311 zweierlei Klagen formuliert, von welchen (je nach Wahl des Klägers) die eine bloß auf Restitution, die andere rein auf Redhibition geht. So auch Unterholzner a. a. D. Keller a. a. D. 3.

kann⁶⁰). Ihr Ziel ist nicht dasselbe wie das der *redhibitoria*, nicht Auflösung des Kaufs, sondern Entschädigung des Käufers; allein ihr Grund und Charakter ist derselbe — Edikts- oder Wortwiderigkeit der Grund, Pönalität der Charakter; die Entschädigung des Käufers fließt nicht aus der Obligation des Verkäufers, sondern findet zur Strafe des letztern, zwar wie bemerkt, nicht in Gestalt der Auflösung des Kaufes, wohl aber durch Abbruch an dem dem Verkäufer kontraktlich zuständigen Preise statt, und kann denn thatsächlich zur Auflösung des Kaufes selbst führen⁶¹). Der Abbruch geschieht nach dem Belange des Mangels am Preise, und vom Preise aus, d. i. auf Grundlage desjenigen Sachwerthes, der sich aus der Preisbestimmung ergeben hat⁶²); so oft als sich, noch rechtzeitig, ein Mangel entdeckt, und noch etwas übrig ist⁶³). Wo die Minderung nichts mehr übrig läßt, muß Käufer billigerweise

60) nicht auch da, wo wegen Nichtversprechens (Nichtfauton) oder der *ornamenta* wegen ad *redhibendum* geklagt werden konnte —

61) s. unten Anm. 64.

62) so daß eine Preisminderung auch dann erfolgt, wenn die Sache mitsamt dem Mangel nach marktgängigem Werthe noch immer so viel kosten würde, als für sie gezahlt wurde; umgekehrt aber bei zu theurem Kaufe die Preisminderung nicht so weit herabgeht, daß Verkäufer nur so viel behält, als die Sache mit diesem Mangel an und für sich werth ist, sondern nur so weit, als sie nach jener hohen Werth-(Preis-)bestimmung noch werth ist. Die Quellen enthalten hierüber keine direkte Entscheidung. Doch gehen Ausdrücke wie *quanti minoris esse emturus* (l. 13 pr. D. a. e. e. v. 19, l. 1. 32 §. 1 D. *evict.* 21, 2) und *quo minoris cum venirent fuerint* eher auf den relativen, durch den Verkauf selbst gegebenen, als auf den absoluten Maßstab nach dem „*verum rei pretium*“. Auch wäre die *quanti minoris a. s. f.* allenfalls nebenher eine *actio propter laesionem enormem*. Darnach ist nicht mehr anzunehmen, daß sie bei wohlfeilem Kaufe leicht ausfällt (Unterh. II S. 278 Nr. 3. *Meine Pandb.* 1. Aufl. S. 494), vielmehr überall festzustellen, ob der Mangel die Sache ganz, oder $\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{3}$ u. s. f. entwerthe und darnach der Kaufpreis ganz, oder $\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{3}$ u. s. f. herauszugeben. Dies stimmt mit Windscheid §. 394 in thesi und in der Anwendung (Anm. 1) überein. Der Fehler, den Eine Sache hat, entwerthet möglicherweise noch eine andere. Sind mehrere Sachen um Einen Preis und als Ein Ganzes verkauft, so wird der Minderwerth des Ganzen gemessen: l. 38 §. 13 cf. §. 12 l. 36 eod.

63) l. 31 §. 16 D. h. t. l. 32 §. 1 D. *evict.* 21, 2. Werden der Fehler, von denen jeder schon an und für sich die Sache entwerthet, nach und nach mehrere offenbar, so könnte konsequent der Kläger bis *eiusdem rei aestimationem* bekommen, also lukriren, was aber Julian verhindert wissen will (l. cit.).

redhibiren; insoweit ist die aestimatoria selbst redhibitorisch⁶⁴); sonst hat Verkäufer kein Recht, auf Redhibition zu dringen, wo Kläger nur Preisminderung will⁶⁵). Sechs Monate machen der Konkurrenz, nicht auch der aestimatoria ein Ende⁶⁶). Durch Anstellung der redhibitoria ist die aestimatoria nicht in allen Fällen ausgeschlossen⁶⁷); ebensowenig die redhibitoria durch Anstellung der aestimatoria⁶⁸).

Mit der actio emti ob evictionem stehen redhibitoria und aestimatoria a. in s. g. kumulativer Konkurrenz; einmal begründet fällt das Interesse und die darauf gegründete (ädil.) Klage nicht mehr weg; mit der actio emti wegen Mängeln dagegen stehen sie in der eigentlichen (electiven) Konkurrenz⁶⁹).

Alle diese ädilizischen Klagen sind temporales actiones (§. 113), datiren (wenn wegen nicht angeflagter Mängel ge-

64) l. 43 §. 6 eod. Ist aber aestimatoria in diesem Falle dermaßen zur redhibitoria geworden, daß nun das ganze Recht der redhibitoria gilt? z. B. Retentionsrecht des Verkäufers, wenn die Sache deteriorirt ist, und nicht samt der Præstition dieser Deterioration redhibirt werden will? Bedenke, daß hier nur officio iudicis redhibirt wird.

65) l. 48 §. 1 eod. l. 25 §. 2 D. exc. r. j. 44, 2.

66) Warum eigens ausgesprochen, daß der sex mensium exceptione redhibitoria exclusus immer noch aestimatorisch klagen kann (l. 48 §. 2 eod.)? hat man eine verspätete wirkliche Anstellung der redhibitoria zu denken, und darf man annehmen, daß, weil die Klage nur exceptione temporis verloren ward, res (sanitas, vitium), nicht in iudicium bezugirt worden war, und darum exceptio rei iudicatae der actio quanti minoris nicht wie sonst (l. 25 §. 1 D. exc. r. j. 44, 2) im Wege stand?

67) trotz l. 25 §. 1 D. exc. r. j. 44, 2. Ähnlich der rei vindicatio (§. 98. 2.a) hat die redhibitoria, wenn sie de sanitate angestellt wird, möglicherweise eine weitere (bloß auf das adversus edictum factum gefaßte?) oder engere (auf ein bestimmtes vitium gerichtete) Fassung; in Verbindung mit einem an praescriptio pro actore mahnenden Vorbehalt (praedicere ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur) ward durch die engere Fassung die Möglichkeit der Wiederholung der redh., ohne Zweifel aber auch die Möglichkeit einer aestimatoria wegen anderweitiger Mängel gewahrt. Sonst ist mit einmaliger redhibitoria de sanitate auch die aestimatoria ausgeschlossen (l. 25 §. 1 cit. l. 48 §. 7 D. h. t.).

68) Um desselben Mangels willen, weshalb aestimatorisch geklagt ist, kann freilich nicht mehr redh. geklagt werden (l. 25 §. 1 D. exc. r. j. 44, 2); dagegen scheint nichts im Wege zu stehen, daß wegen eines nachher aufgetauchten Mangels also geklagt werde (arg. l. 31 §. 16 eod.).

69) l. 44 §. 2 eod. l. 16 §. 2 D. evict. 21, 2. Zu dieser letzteren Stelle wird, damit actio redh. begründet sei, urgirt, daß die Sache auch in bonis des Käufers geworden sein müsse.

klagt wird) angeblich vom Tage des „Verkaufs“⁷⁰⁾, wenn wegen Nichtbewährung einer Versprechung geklagt wird (Ann. 11), vom Tage der Versprechung⁷¹⁾. Die Zeitlichkeit wohnt diesen Ansprüchen auch für den Fall bei, daß sie in der Defensiv (ope exceptionis) geltend gemacht werden wollen⁷²⁾.

An den f. g. generellen und zwar schlechthin generellen Kauf (§. 241. §. 243) ist im ädil. Edikte nicht gedacht⁷³⁾; an denselben konnte nicht gedacht werden, wenn es ihn gar nicht gab⁷⁴⁾. Eine andere Frage ist die, ob auf das Geschäft, an welches wir bei dem „schlechthin generellen Kaufe“⁷⁵⁾ denken, wegen der nach der Lieferung auftauchenden Mängel das ädilizische Edikt und das Kaufsrecht anwendbar sei. Denn ist das ädilizische Edikt noch von den Römern selbst über den Kauf hinaus⁷⁶⁾ erstreckt worden, so bestünde darin, daß jener Genuskauf allenfalls gar kein Kauf sein sollte, kein Hinderniß gegen Anwendung des ädilizischen Rechtes; genug, daß er dem Kaufe keinesfalls minder verwandt ist, als der Tausch, auf den das ädilizische Recht erstreckt ist^{76a)}. Allein jener Genuskauf hat seine Besonderheit im Gegentheil von dem, was das ädilizische Edikt in allen seinen Bestimmungen voraussetzt: jener Genuskauf ist ein Handel oder Kontrakt über eine unbeschene Sache; das äd. Edikt setzt einen Handel über eine

70) l. 19 §. 6 D. h. t. — ex die venditionis. — Aber fordert nicht die Konsequenz (§. 326 Ann. 8), sowie die Natur der Sache, daß die Verjährung erst mit der Tradition beginne, unter der venditio also ein Realkauf (Verkauf mit Tradition) gemeint, oder eine mancipatio (si mancipium non redh.) begraben sei?

71) l. 19 §. 6 D. h. t. — vorausgesetzt, daß die Versprechung (dictum) nicht noch vor dem Verkaufe stattgefunden hat; letzterenfalls datirt sie vom Verkaufe an; von ihm sofort, wengleich nachher noch eine Stipulation an die Stelle des dictum getreten ist: l. 20 eod.

72) Zu dieser Art der Geltendmachung vgl. l. 59 pr. §. 1 D. h. t.; über die Verjährung dieser exceptio s. Bd. 1 §. 114 S. 398.

73) arg. „palam recte pronuncianto“ l. 1 §. 1 1 38 pr. D. h. t.

74) vgl. §. 242 Ann. 17b; §. 325.

75) d. i. bei demjenigen „Genuskauf“, bei welchem nicht aus einer beschränkten Zahl oder Masse, sondern in der That nur nach der Gattung gekauft wird, wie namentlich beim f. g. Lieferungskauf oder Kauf auf Bestellung —

76) freilich nur auf permutatio, bei welcher jeder Theil als „emtor“ erachtet wurde (l. 19 §. 5 D. h. t.), nicht auf donatio, locatio conductio (l. 62 l. 63 eod.) —

76a) l. 19 §. 5 D. h. t. l. 2 D. permut. 19, 4.

gegenwärtige, oder doch beiden Parteien bekannte Sache voraus⁷⁷⁾; darum ist zuvörderst das äd. Edikt auf jenen Genuskauf nicht anwendbar. Dasselbe gilt aber auch von dem oben geschilderten Kaufsrecht; denn dieses erhebt ganz dieselben Ansprüche an die Parteien beim Verkaufe, wie das äd. Edikt, und unterscheidet sich von diesem nur in den Folgen, welche bei rechtswidrigem Verhalten nach dem Kaufe eintreten. Mit all dem ist natürlich nicht gesagt, daß der Besteller die Lieferung haben müsse, wie sie kommt; vielleicht bedarf es, um jenen zu schützen, auch keiner anderen oder allgemeineren Grundsätze, als sie das äd. Edikt und das Kaufsrecht bieten, sondern nur einer den veränderten Umständen angemessenen Verwerthung. Lieferant kann beim Verkauf d. i. hier bei der Lieferung nicht mehr „ansagen“ oder „ausnehmen“; um eben deswillen muß er es noch vor der Lieferung thun und Ordre abwarten, oder aber gute, gesunde, richtige Waare schicken⁷⁸⁾ — gleichwie der Verkäufer bei präsentem Kaufe in Ermangelung von Ansage und Ausnahme fehlerfreie Waare tradiren muß. Darnach wird dem Besteller aber auch gleich dem Käufer, wenn ohne vorgängige Verständigung fehlerhafte Waare geliefert ist, Wahlrecht zwischen Interesseforderung und einer Art Redhibition (Zur-Dispositionsstellung der Waare nebst Einbehaltung oder Rückforderung des Preises oder Preisminderung (Decort)⁷⁹⁾ zuzugestehen sein, wogegen mit der Behauptung, daß nebst dem Käufer die mangelhafte

77) Wie sollte sonst Verkäufer den Käufer vergewissern *quid morbi vitiiue cuique sit etc.*, wie sonst all das beim Verkaufe „*palam pronuntiare*“, wie seine *dicta promissa*, oder umgekehrt seine *exceptiones* anbringen, wie von *signis, titulis* der Sache, wie von *Diffensichtlichkeit* oder Kenntniß der Fehler auf Seite des Käufers beim Verkauf die Rede sein? Vgl. Thöl, Handelsr. 6. Aufl. §. 275 Anm. 17 gegen Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 19 S. 98—122.

78) all das also nach dem Muster objektiv bestehenden Kaufs- und Ediktsrechtes (indem die Waare auch beim Genuskauf „gesetzmäßig“ eine gewisse Beschaffenheit haben muß, wenn sie „empfangbar“ oder „Kaufmannsgut“ sein soll — Thöl a. a. D. §. 273 S. 900. 2. Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. Bd. 1, 2. Abth. S. 548. 2 —) ohne die Supposition einer stillschweigenden Vereinbarung zwischen dem Besteller und Lieferanten, wie sie von Windscheid §. 394. 5 vertreten wird.

79) vgl. Thöl a. a. D. S. 215. 2 u. 3.

Leistung für keine Leistung erachten und letztere nachfordern dürfe⁸⁰⁾, der f. g. Lieferungskauf aus der Sphäre des Kaufes und Verkaufes hinaus und in die des Versprechens hinübergespielt wird⁸¹⁾. Entweder hält man den Lieferungskauf für einen wahren Kauf oder doch für ein kaufartiges Geschäft: dann ist nur eine Interesse- oder eine redhibitorische und ästimatorische Klage möglich; oder man macht (unnatürlich genug) die Annahme der Bestellung zum Versprechen fehlerfreier Waare: dann gibt es, der Fehler halber, nur eine Klage auf Erfüllung.

§. 328.

Die Eviktionsobligation¹⁾.

Betrachten wir die Eviktionsobligation nach ihrer allgemeinen Darstellung (§. 280) hierorts des nähern in ihrem Hauptfalle, d. i. bei Kauf und Verkauf²⁾, so zeigt sich

1. der Gegensatz von bloßer Haftung und Schuld nirgends klarer als hier. Vor der Eviktion kann Verkäufer um der Eviktion willen (ob *evictionem*, *de evictione*) nicht belangt³⁾, nichts schuldig werden⁴⁾; haftbar dagegen ist er schon vorher⁵⁾;

80) f. Denselben S. 914 Abf. 1.

81) Aus „stillschweigender Vereinbarung, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden solle“, ist der Schluß, daß, wenn fehlerhaft geliefert worden, „der Vertrag nicht erfüllt sei“ (Windscheid a. a. O. zu Anm. 21) m. E. nicht zu ziehen; das zu Liefernde ist hier nicht nicht, sondern nicht fehlerlos geliefert. Was das zu Liefernde sei, ist zunächst durch ausdrückliche Bestellung, und nur, daß es fehlerfrei sein solle, durch stillschweigende Verabredung bedungen. So ist auch bei präsentem Kauf das zu Tradirende ausdrücklich, Fehlerfreiheit stillschweigend vereinbart, um deswillen aber, daß das Tradirte Fehler hat, nicht nicht, sondern nur nicht so wie es sein sollte, tradirt. Anders wenn man ein „Versprechen fehlerfreier Waare“ in den Vordergrund stellt; dieses Versprechen ist nicht erfüllt, wenn fehlerhafte Waare geliefert wird; hier kann auf Erfüllung geklagt werden.

1) D. de evictionibus et duplae stipulatione 21, 2 C. de evictionibus 8, 44 (45).

2) Nicht bloß *causa emtionis* (S. 336), vor anderen aber sie führt Eviktionshaft mit sich: l. 52 D. h. t. Bedenke auch die Stellung des Digestentitels nach dem *ad. Evikte* und vor der *exc. rei venditae et traditae*.

3) l. 3 C. h. t.

4) In l. 12 C. h. t. ist für den Fall besonderen, dahin gerichteten Gedinges die Zurückforderung des Preises schon nach Anhängigmachung des Eviktionsprozesses gewährt; allein auch so entsteht die Eviktionsschuld erst später, während eine Eviktionshaft vorausging.

5) Unzweideutig entspricht unserer Unterscheidung die Ausdrucksweise

der Ausdruck *evictionis obligatio* umfaßt beides, die bloße Haftung und die Schuld⁶⁾; mit der bloßen Haftung fällt das *periculum evictionis*⁷⁾, mit der Eviktionsschuld die *evictionis actio*⁸⁾ zusammen.

2. Daß die Eviktionsobligation auch beim Kaufe von realer Unterlage (§. 280) sei, den Kauf also nicht als einen Konsensualkontrakt, sondern als Veräußerung und Erwerb voraussetze, beweist das Verhältniß, in welchem sie zur Tradition steht. In *tradendo* (nicht schon *contrahendo*) erfolgen die den Eviktionsfall betreffenden Anjagungen⁹⁾; vor der Tra-

von Paulus in l. 1 pr. D. rer. permut. 19, 4: — *venditori sufficit ob evictionem se obligare; . . si evicta res non sit, nihil debet* — aber auch Afrkanus in l. 46 §. 1 D. h. t., wo wer per alienum fundum ein Wegrecht bestellt und sofort *evictionis nomine obligatus* ist, — l. 54 pr. eod. (Gajus), wo das *teneri de evictione*, welches mit der Usufapion aufhört, vor der Usufapion da gewesen sein muß, — l. 61 (Marcellus) l. 62 (Gellus) eod., wo die Tradition, nicht erst die Eviktion als Anfang des *evictionis nomine obligari* oder *de evictione teneri* erscheint — l. 51 §. 4 eod. Ulp., wo die Mehreren schon jetzt *de evictione tenentur*, und erst nachher *post evictionem cum uno fuero expertus* — und auch l. 51 §. 3 eod., wo der Erbe zwar *evicto homine de evictione tenetur*, allein der Erblasser *de evictione* nicht nicht, sondern nur nicht *similiter obstrictus* war. Daneben scheint manchmal so gesprochen, als ob *evictionis obligatio* durch die Eviktion überhaupt erst begründet (nicht aus Haftung in Schuld umgesetzt) werde: l. 69 §. 4 eod. (Scaevola) (wo erst mit der Freierwerbung des verkauften *statuliber evictionis obligatio* „kontrahirt“ zu werden scheint — vgl. l. 69 §. 3 eod.); indessen steht diese Sprechweise nicht fest; „*obligatio ev. contrahitur*“ in l. 69 §. 4 steht ebensowohl mit *eo quod traditur* als mit *liber factus est* in Verbindung; der *casus*, in dem nach §. 3 eod. *evictionis obligatio* kontrahirt wird, kann ebensowohl die vorhererwähnte *pronuntiatio*, als die nicht ausgesprochene *evictio* sein; stünde sie aber fest, so hätte sie in der eingangs konstatierten anderen Sprechweise ihr Gegenwicht, in dem Umstand, daß die Eviktionsprästination vielleicht in beiden Stellen versprochen ist (arg. §. 3) ihre Erklärung (s. Text Nr. 2), das Wort *obligatio* dann aber die speciellere Bedeutung der (verwirkten) Schuld. Vgl. übrigens §. 217 Anm. 20.

6) vgl. die vorige Anm. a. G. und die „*obligatio debiti*“ l. 96 §. ult. D. solut. 46, 3.

7) l. 19 l. 21 l. 26 C. h. t.

8) 3. B. l. 72 D. h. t.

9) l. 69 §. 1 D. h. t. *Qui . . in tradendo statuliberum dicit §. 2. — qui statuliberum tradit si . . pronunciaverit — §. 4 tradidit et dixit* — heißt es zuvor (pr.) *exceptit in venditione*, so wird sofort klar, daß dabei an die *traditio* gedacht sei (*sive jam tunc cum traderetur etc.*). Darnach ist auch in dem *venire* in l. 6 eod. die Tradition inbegriffen und wohl auch das „in *vendendo*“ (l. 56 pr. eod.) = in *traditione venditionem subsecuta*. S. ferner l. 39 §. 4 eod. Paul. R. S. II. 17, 2.

dition mag man sich keine Evictionsobligation denken¹⁰); das an die infitiatio bei der Mancipation mahrende „mentiri“ steht wie das dicere mit der Tradition in Verbindung¹¹). Gleich der Haftung wegen Fehlern der Sache scheint sich auch die wegen Eviction beim formlosen Kaufe früher nicht so von selbst verstanden zu haben, als sie sich in unseren Quellen ergibt¹²). Auch hier dürfte aus der langen Uebung ausdrücklichen Versprechens einerseits die Selbstverständlichkeit der Haftung, andererseits das Recht auf ausdrückliche Versprechung hervorgegangen sein¹³); und war bei werthvolleren Sachen anstatt des „habere licere“ herkömmlicher Weise eine „dupla für den Fall des habere non licere“ versprochen, so verstand sich bei solchen Sachen endlich auch das Recht auf duplae promissio von selbst¹⁴). Zur Geltendmachung dieses Rechtes bot nicht nur das jus civile¹⁵), sondern auch das ädilizische Edikt die

10) l. 62 pr. eod. — quia pro tradita habetur, evictionis nomine obligari placet; die actio emti, welche in l. 5 C. h. t. noch vor der Tradition auf Befreiung der gekauften Sache geht, ist keine evictionis actio; die perfecta venditio in l. 24 C. eod. ist ein vollzogener Verkauf. Vgl. auch hieher l. 39 §. 4 D. h. t. und l. 11 §. 13 D. a. e. e. v. 19, 1.

11) l. 69 §. 4 cf. §. 3 D. h. t. Vgl. Cic. de off. 3, 16 Bruns fontes, leges XII tab. VI. 1. 2 und oben S. 336 zu Anm. 8. Dem entgegen leitet Bechmann S. 121 fgg. die duplae (ob evict.) stipulatio von einem duplam ab, welches als Bauschalanfschlag verabredet worden sei.

12) l. 8 D. h. t. Noch Imp. Alexander findet sich bemüßiget es auszusprechen, daß auch ohne ausdrückliches Evictionsversprechen actio ex emto (ob ev.) zustehe: l. 6 C. h. t. a. 222. Die „prisca formula“ für den Kauf von Schafen gibt neben der Gesundheitsgarantie das Evictionsversprechen (auf habere licere — Varro r. r. II 2, 5), und ähnlich andere Kaufsformulare (Bechmann, der Kauf I. S. 393).

13) wie überall, wo die vordem ausdrückliche Beliebung zum selbstverständlichen Inhalt der Geschäfte wird, ist letzterer (die Evictionshaftung) auch hier natural: d. i. selbstverständlich, aber durch entgegengesetztes Ge- ding derogirbar. S. oben S. 338 zu Anm. 24 — 27 und §. 327a Anm. 22.

14) l. 37 pr. §. 1 arg. §. 2 D. h. t.

15) auf promissio ging actio ex emto (l. 31 §. 20 D. aed. Ed. 21, 1 arg. l. 37 §. 2 cit. in f. — ex emto id . . . consecuturum ut promittat). Welches war aber deren Verlauf, wenn der Beklagte sich zur promissio auch jetzt nicht herbeiließ? ohne weiteres condemnatio dupli, wenn wir l. 2 D. h. t. so buchstäblich nehmen dürfen als sie lautet: Si dupla non promitteretur et eo nomine agetur (sc. ex emto ut promittat) dupli condemnandus est reus. Irnerius (Gloss.) nahm an dieser sofortigen Condemnation Anstoß, und dachte sich als stillschweigende Vorbedingung des agere eo nomine die Eviction, als ob es hieße: Si dupla non promitteretur et (evicta re) eo nomine agetur etc.; allein von den

Hand¹⁶⁾. Auf mehr als ein ausdrückliches Versprechen hatte der Käufer an und für sich kein Recht¹⁷⁾; dieses Versprechen mußte stipulationsweise abgegeben werden¹⁸⁾; seine Abfassung geschah nach Art der Aktionenzonzeption (*judicii instar*), ohne Zweifel

weiteren Verwicklungen, welche diese Supposition nach sich zieht, abgesehen, erscheint sie denn doch als willkürlich. Eine *condemnatio* auf bloße *promissio duplae*, wie Accursius ad h. l. zunächst empfiehlt, ist unannehmbar; die dafür allegirte l. 41 D. de jud. 5, 1 spricht wohl von *condemnatio*, aber nicht in *cautio*. Bedenkt man, daß im ädilischen Edikt wegen Nichtpromission sofortige Redhibition, ohne Rücksicht ob die Sache gesund oder krank ist, platzgreift, und also die Redhibitionsmäßigkeit zur Strafe des Klägers präsumirt wird, so dürfte das Entsprechende auch hier stattfinden, d. i. zur Strafe wegen Nichtpromission der Fall da die *duplae promissio* verwirken würde (die Eviction) anticipirt und in das Duplum kondemnirt werden. Auf letzteres kommt denn auch Accursius in weiterer Folge selbst hinaus, u. a. mit dem Bemerken, daß wenn dann später wirklich evincirt werde, ein Regreß nicht noch einmal stattfinden. — Theoretisch füsamer wäre es gewesen, für den Fall der Kautionsverweigerung den Rubrischen Weg (wegen Verweigerung der *damni infecti cautio*) zu betreten, also *re evicta* fiktivisch, als ob *dupla promittirt* sei, klagen zu lassen. Für eine Evictionsklage aus fingirter Stipulation halten wir die *utilis de evictione stipulationis datio* in l. 39 pr. D. evict. 21, 2; nur liegt hier keine Kautionsverweigerung vor. Ganz in unserem Sinne und weiter stützend Bechmann, Kauf S. 677 fgg.

16) Heißt es in l. 37 §. 1 in f. D. h. t. — *Per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor jubetur* —, so müssen wir, so schleppend das sein mag, das „auch“ auf das curulische Edikt beziehen, nicht auf den Sklaven (als ob *jure civili de servo* nicht zu faviren, oder der Sklave nicht zu den *res pretiosiores* gehört hätte; und als ob das ädilische Edikt, in welchem die Sklaven sonst voranstehen, dieselben in Ansehung der Eviction hintangesezt hätte). Denke also: *de servo autem etiam per ed. cur. venditor cavere jubetur*. Das Hilfsmittel aber wird auch hier eine kurzfristige *redhibitoria* gewesen sein; eine kaum verkennbare Antithese gegen diese vergängliche *redhibitoria* steckt in der *perpetua ex emto actio „si dictum fuerit vendendo ut simpla promitteretur vel triplum etc l. 56 pr. D. h. t.*

17) l. 1 §. 8 D. stip. praet. 46, 5 l. 37 pr. D. h. t. — *non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. l. 4 pr. l. 56 pr.* — *sufficit nuda repromissio nisi aliud convenerit.*

18) nach obigem (Num. 14) selbstverständlich *promissio duplae*, wenn *res pretiosior* verkauft war, wogegen sonst *promissio simplae* oder das (*quanti interest*) *habere licere* frei gestanden sein dürfte. Daß das Versprechen der *dupla etc.* in Gestalt einer bloßen Zusage (*dicere*) bei der Tradition stattgefunden oder genügt hätte, finden wir nicht; Käufer scheint ein Recht auf *evictionis actio ex stipulatu* gehabt zu haben. Ein anderes als die *promissio duplae, simplae etc.* selbst ist die Zusage solchen Versprechens (*dicere ut simpla promittatur vel triplum etc. l. 56 pr. D. h. t.*) Vgl. die vorige Num. a. G.

nach Typen wie diese¹⁹⁾; einer *duplae stipulatio* geschieht unter den prätorischen Stipulationen Erwähnung²⁰⁾.

3. Dem Gesagten zufolge können beim Kaufe zweierlei Eviktionsobligationen vorkommen: neben der aus dem Kauf als solchem die aus der Eviktionsstipulation²¹⁾. Außer im Grunde sind dieselben zum Theil auch im Inhalt verschieden; denn während die aus dem Kaufe stets auf *habere licere* geht²²⁾, ist die Stipulation bald auf *habere licere*²³⁾, bald auf das Einfache oder Mehrfache des Kaufpreises (*simpla, dupla etc.*) gefaßt²⁴⁾. Bis auf ein gewisses gehen freilich alle Eviktionsobligationen auf *habere licere*, und richtig ver-

19) argg. 1) l. 20 D. h. t. — excipiendum cautione quod pro me obligatus sit — cf. l. 69 pr. §. 2 §. 3 eod.; — 2) in Betreff des Wauu der *litis denuntiatio* pflegt in dieser Stipulatio nichts bestimmt zu werden (l. 29 §. 2 eod.), wogegen im Uebrigen, namentlich darüber, daß sie stattfinden oder erlassen sein solle, ausdrücklich bestimmt worden zu sein scheint; vor allem hierauf dürfte das *si modo omnia facit emtor, quae in stipulatione continentur* in l. 37 §. 2 eod. gehen (s. auch die Glosse ad h. l. und vergl. betreffs des Erlasses l. 63 pr. eod.); — 3) daß *evictio* ausdrücklich als Grund für Verwirkung der stipulatio genannt wurde, zeigt der Umstand, daß das *evictum esse* als die eine der zwei zu „ermahrenden“ Thatfachen hingestellt ist (l. 21 §. 1 eod. — non . . . committi . . . dicamus . . . quoniam quidem etsi verum sit habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit iudicio eum evictum esse l. 24 l. 56 §. 2 eod. — und vgl. dazu dieselbe Verifizirung gegenüber den formularen Klagebedingungen: 3. B. l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1) — sowie daß die *duplae stipulatio* wegen eines *habere non licere* ohne Eviktion nicht verwirkt, während *actio emti* zustehen kann (3. B. l. 24 eod.); — 4) in stipulatione *duplae cum homo venditur partis adjectio necessaria est* (zur Ermöglichung eines künftigen Theilregresses: l. 56 §. 2 eod.); — 5) in verschiedenen Gegenden war verschieden, je nach Ortsgebrauch, zu faviren l. 6 eod. — wornach wir *actionem emti* wegen Nichtfavirung nicht bloß für den Fall, da nicht favirt wurde, sondern auch für den Fall zu denken haben, da nicht so favirt wurde, *uti caveri oporteret* (cf. l. 6 cit. vgl. das *repromittere ex formula* in der *lex Rubria c. 20*).

20) l. 1 §. 8 D. stip. praet. 46, 5.

21) Was bei den Römern von der Eviktionsstipulation, muß bei uns von etwaigem Eviktionsversprechen gelten.

22) — *obligatus est venditor ut praestet licere habere hominem quem vendidit* — l. 8 D. h. t. l. 30 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 — *venditorem hactenus teneri ut rem emtori habere liceat* —

23) vgl. die oben Num. 12 erwähnten Formeln, ferner l. 38 pr. sqq. D. v. o. 45, 1.

24) Statt vieler anderer Stellen s. l. 56 pr. eod. Was von der Eviktionsstipulation, gilt übrigens auch von der durch bloße Verebdung (*lex contractus*) übernommene und *actione emti* zu verfolgenden Haftung: *Fragm. Vat. §. 8*.

standen alle auf Geld; auch die *duplae etc. stipulatio* geht auf *habere licere*: insofern als das *habere non licere* Bedingung (in *condicione*) der Eviktionsschuld ist, während in der Eviktionsobligation aus dem Kaufe und aus der *stipulatio habere licere* das *habere licere* den Inhalt der einstweiligen Eviktionshaftung bildet; — auch die Eviktionsobligation aus dem Kaufe und aus der *habere licere stipulatio* geht auf Geld (*quanti interest*)²⁵⁾: insofern sie aus der bloßen Haftung für *habere licere* durch nachträglich eintretendes *habere non licere* in eine Eviktionsschuld (auf Interesse) umschlagen kann, während die *duplae stipulatio* vornherein auf eine Geldschuld konzipirt, und das, was dort die (selbstverständliche) Eventualität des Ueberganges der Haftung in die Schuld bildet, hier zur (ausdrücklichen) Bedingung der Schuld gemacht ist. Die Eventualität dort und die Bedingung hier bestehen aber des näheren nicht schon in dem einfachen *habere non licere*, sondern in dem Doppelmomente, daß *habere non licet* und daß dieses *propter evictionem* der Fall ist²⁶⁾.

Obwohl demnach alle Eviktionsobligationen schließlich auf eine Geldschuld hinauslaufen, und hiebei nur das in die Augen fällt, daß das eine Mal ein fixer Geldbetrag (das Einfache oder Mehrfache des Preises), das andere Mal ein *quanti interest* schuldig wird: so gab es doch zwischen der Eviktions-Obligation ex *duplae stipulatione* und der ex *emto* noch weitere praktisch nicht unerhebliche Unterschiede — Unterschiede, welche, so viel zu sehen, sämmtlich aus der Fassung oder Anlage der beiderlei Obligationen hervorgingen. An der Obligation aus *duplae stipulatio* gehen die Veränderungen, welche die

25) l. 8 l. 30 §. 1 cit.

26) was in Betreff der *duplae stipulatio* ausgesprochen ist in l. 21 §. 1 D. h. t. — Julianus . . . definit, *duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emtori habere non licet propter ipsam evictionem* — und l. 24 eod. — *non committi . . . dicamus . . . quoniam quidem etiam si verum sit, habere ei non licere servum illud tamen verum non sit, iudicio eum evictum esse* — für die Eviktionsobligation ex *emto* aber u. a. aus den Fällen hervorgeht, in welchen wegen *habere non licere* zwar *actio emti*, aber nicht ob *evictionem* plaggreift z. B. l. 24 cit. S. unten.

Sache zwischen der Tradition und Eviction erleidet, spurlos vorüber²⁷⁾, während von der Obligation ex emto das Gegentheil gilt²⁸⁾. Im Hinblick auf etwaige Theilevictionen waren in duplae etc. stipulatione Klauseln nothwendig, deren es bei der Evictionsobligation ex emto nicht bedurfte²⁹⁾. Und

27) Hiemit befaßt sich die vom Standpunkte der emti obligatio unverständliche l. 64 pr. — §. 2 D. h. t. aus Papinian. Hieher denn namentlich der Satz, daß wenn der in toto evinzirte fundus zuvor durch Stromesgewalt verkleinert war, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta (pr.) — dies nicht, als ob der fixe Geldbetrag keine entsprechende Schmälerung zuließe, sondern darum weil die Bedingung, unter welcher die ganze dupla zur Prästation kommt, die ist, daß keine bloße Theileviction stattfinde, und weil, wenn einmal, wie hier, totus fundus evictus sit, keine partis vindicatio stattfand, mag nun am fundus mehr oder weniger abgerissen sein. Mehr aber als der ganze fundus kann nie evinzirt, mehr als die ganze dupla kann nie prästirt werden: mag inzwischen noch so viel angewachsen sein. Findet eine Theileviction (partis vindicatio) und zwar pro indiviso statt, so theilt sich auch die dupla; fraglich war nur, ob schlechtlin nach Maßgabe der intendirten pars pro indiviso (so daß also der Regreß auf $\frac{1}{4}$ der dupla ging, wenngleich der Evinzent kraft seiner $\frac{1}{4}$ Vindikation nur $\frac{1}{5}$ des — von 1000 auf 800 jugera verkleinerten — ursprünglichen Landes genommen hatte), oder nach dem Verhältniß des evinzirten Maßes zum ursprünglichen Maße (im vorigen Falle also zu $\frac{1}{5}$); hier entschied die Rücksicht auf das periculum für den letzteren Maßstab (— nam quod perit, damnum emtori, non venditori attulit pr. eod. —). Umgekehrt durfte der Verkäufer den inzwischen eingetretenen Anwuchs nicht büßen müssen, weshalb diefalls die dupla schlechtlin nach Maßgabe der intendirten pars pro indiviso sich theilte (§. 1 eod.). Was durch partis (pro ind.) vindicatio von dem einerseits verkleinerten, andererseits vergrößerten fundus genommen wird, ist auf den übrigen alten fundus und die nova regio zu repartiren, und mit der dupla nur desjenigen Preistheiles zu praestiren, der dem auf den alten fundus repartirten Evictionsmaße (160 jugera aus 1000) entspricht ($\frac{1}{24}$) (§. 2). Wird eine pars pro diviso evinzirt, so theilt sich die dupla nicht nach dem Maß, sondern nach dem Werthverhältnisse, in welchem das evinzirte Stück sich zum Ganzen befindet (non pro modo, sed pro bonitate — §. 3 eod.)

28) l. 66 §. 3 D. h. t. — quanti interest sua, actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis (s. traditionis ex emtione) aestimatus, deminuat vel excedat — l. 70 eod. — si minor esse coepit, damnum emtoris erit.

29) Während bei der positiven Richtung der venditi obligatio auf habere licere selbstverständlich der Besitz des Ganzen in Haftung war und also Theileviction ohne weiteres den Regreß begründete, war bei der negativen Einführung des habere licere in die Bedingung der duplae stipulatio (si hominem mihi habere eo quod evictus fuerit habere non licebit, duplam spondes?) im Falle einer Theileviction die Stipulation

auch sonst gab es Fälle, wo die Logik den Uebergang der bedingten *duplae stipulatio* in unbedingte Schuld, d. i. die Verwirkung der Stipulation und den Eintritt der *actio ex stipulatu* hinderte, während die Eviktionshaftung *ex emto* unbehindert in Eviktionsschuld und *actio ex emto* überging³⁰⁾.

4. Aus dem Versprechen haftet, wer es abgibt³¹⁾ und dessen Universalsuccessor³²⁾; aus dem Verkaufe als solchem der Verkäufer³³⁾, seine Universalsuccessoren³⁴⁾, unter Umständen und indirekt sein Prinzipal³⁵⁾ und Gewalthaber³⁶⁾, indirekt

buchstäblich nicht verwirkt: *quia non potest videri homo evictus, cum pars ejus evicta est* (l. 56 §. 2 D. h. t.); man konnte nicht sagen, daß ich den Sklaven nicht mehr habe, da ich noch den halben hatte, oder daß mir der Sklave einjurt sei, da ich ihn zum Theil noch hatte; also in *stipulatione duplae cum homo venditur partis adjectio necessaria est* — ein Zusatz, der ebensowohl zum *habere non licere* als zur *evictio* zu machen war (*hominem partemve ejus habere n. l., eo quod is homo parsve ejus evicta fuerit etc.*). Hieraus erklärt sich denn auch die *quaestio* in l. 72 eod.: ob wenn *plures fundi una emtione* gekauft werden, dieselben als *partes* (*alter alterius pars*) oder als *species* zu betrachten seien, so daß die Eviktion des Einen Theileviktion oder Spezieseviktion ist; diese *Quaestio* bekommt erst durch *Supposition* einer *duplae etc. stipulatio* praktische Bedeutung, da nach der Theilqualität *partis adjectio* nothwendig wäre, nach der Speziesqualität dagegen nicht.

30) So beim Verkauf des *statuliber* in Fällen, wo dieser weniger oder an einen Andern geben muß (um frei zu werden), als angefragt ist; hier drang *Servius* mit der Ansicht durch, daß wohl *actio emti*, nicht aber die *ex stipulatu* zustehe — so viel wir verstehen darum, weil mit der Ausnahme der *XX stipulatori dando* eintretenden Eviktion (*si mihi h. n. l. eo quod evictus erit, nisi quod XX dando liber esse jussus est, duplum dare spondes*) die *dando* eintretende Eviktion überhaupt ausgenommen schien: l. 69 §. 3 D. h. t. — *condicionem excepisse quae esset in dando*. Vgl. l. 69 §. 3 §. 4 §. 5 l. 54 §. 1 eod. — Die Differenzpunkte, welche *Bechmann* (S. 681 unten u. fgg.) hervorhebt, fallen u. G. außer das Gebiet der Eviktionsobligation. S. unten *Ann.* 68.

31) als *reus*, wenn der Verkäufer selbst promittirt, als *fidejussor*, wenn ein Dritter (*auctor secundus*): vgl. l. 4 pr. l. 22 §. 1 l. 40 D. l. 7 l. 8 l. 11 l. 18 C. h. t.

32) l. 31 C. h. t. — *heredem fidejussoris* —

33) selbstverständlich auch der Mitverkäufer, als welcher auch schon der bloß anwesende und nichtwidersprechende Miteigenthümer erscheint: l. 12 D. h. t.

34) l. 38 §. 2 D. v. o. 45. l. 22 §. 1 D. l. 8 l. 18 l. 23 C. h. t.

35) der *Mündel* aus Verkäufen des *Vormunds utiliter*, insofern der Preis dem *Mündel* zu gute kam (*quod rationibus ejus accepto latum est*), oder der *Vormund* selbst insolvent ist (l. 4 §. 1 D. h. t.); *domini* aus den von ihnen ratihabirten Verkäufen der *Procuratoren* (l. 66 §. 3 eod. — ob direkt oder utiliter?)

36) l. 39 §. 1 eod.

und bis auf ein gewisses beim Pfandverkaufe der Pfandschuldner³⁷⁾, dagegen nicht schon, wer den Kauffchilling eingenommen hat³⁸⁾. — Die besagten Personen haften dem Käufer oder Stipulator, deren Universalsuccessoren, unter Umständen und indirekt deren Prinzipalen³⁹⁾, nach römischem Rechte direkt deren Gewalthabern⁴⁰⁾, indirekt den Legataren⁴¹⁾.

Nach heutigem Rechte greift die Eviktionshaftung in der Person der Prinzipale da, wo der Vertreter der moderne Stellvertreter ist, passiv und aktiv stets und direkt platz⁴²⁾. Väter würden, wenn es noch (auch nur profekzische) Peculien gäbe, den Negreß nur aus den Peculiarkäufen ihrer Kinder haben.

5. Die Eviktionshaftung kann vornherein ausgeschlossen sein: durch irgend einen Verzicht nämlich (S. 338). Daß dies auch dann der Fall sei, wo die gekaufte Sache weder fremd noch obligirt⁴³⁾ ist, läßt sich strenge genommen nicht sagen; nur daß hier die Haftung von Rechtswegen niemals in Schuld übergeht, läßt sich sagen. Eine solche Haftung hat ihr Seitenstück in der hier vorkommenden duplae stipulatio; diese kann nie verwirfen und besteht dennoch⁴⁴⁾. Nur wo die evinzirte

37) cessionsweise und insoferne hinter dem Pfandgläubiger: l. 38 D. h. t. — unmittelbar, aber utiliter: l. 12 §. 1 D. pign. 20, 1 vgl. l. 50 D. l. 13 C. h. t. — Dies und das aber nur insoweit der Pfandschuldner durch den Verkauf liberirt ist (l. 13 l. 12 §. 1 citt.). Vgl. oben §. 270 Anm. 38.

38) arg. l. 12 D. h. t.

39) Auf das Verhältniß zwischen Mündel und Vormund geht die nicht anstandslose l. 22 pr. D. h. t. Ist zu quam emit der Pupille oder wie wahrscheinlicher der Tutor Subjekt? woraus erklärt es sich, daß die stipulatio scheinbar unmittelbar dem Pupillen verwirkt?

40) schlechthin so dem Herren des Sklaven; dem Vater nicht mehr schlechthin, seitdem das peculium castronse Sondergut ward —

41) welchen die zu Lasten des Käufers und Erben vermachte Sache evinzirt wird; sie können nur durch Cession der dem Onerirten zuständigen Klagen (oder etwaigen Hypotheken) zu ihrem Rechte kommen. Auf diese Cession haben sie zweifelsohne Anspruch. Uebrigens gehört diese Cession in den Bereich der oben S. 285 angeregten Frage. In dem Falle der l. 40 D. h. t. wird die Cession durch Konfusion abgeschnitten.

42) vgl. einstweilen meine Pandd. 1. Aufl. §§. 367. 369.

43) vgl. l. 27 C. h. t. — fundum . . . alienum vel obligatum comparavit —

44) Vgl. §. 327a. Anm. 18. 19.

Sache gar nicht Kaufsobjekt war, kann von Eviktionshaft vornherein keine Rede sein⁴⁵⁾.

Ein Mittelding zwischen Eviktionshaftungen, welche vom ersten Anfang an und denen, welche nie verwirken können, sind diejenigen, welche erst in der Person des Erben, des Käufers oder Verkäufers, aktiv oder passiv verwirken können⁴⁶⁾.

6. Die Eviktionshaftung kann nachträglich, noch bevor es zur Eviktion kommt, erlöschen, und zwar nicht bloß durch Verzicht⁴⁷⁾, sondern auch durch Ersetzung⁴⁸⁾, Verschuldung der Nichterfüllung⁴⁹⁾, durch Konfusion: des Auktors mit dem Käufer⁵⁰⁾, des Käufers mit dem Eigenthümer (oder Pfandgläubiger)⁵¹⁾, durch Untergang der Sache⁵²⁾. Ueberall hier kann von einer actio ob evictionem, es sei nun ex emto oder ex stipulatu, keine Rede mehr sein, gleichviel ob eine Eviktion von Rechtswegen noch möglich ist⁵³⁾, oder nicht⁵⁴⁾. Eine an-

45) So wenn der nach der Tradition geborene partus ancillae, vitulus vaccae evinzirt wird: l. 42 D. h. t.

46) l. 51 §. 1 §. 3 D. h. t. Diese, dem Verkaufe des statuliber entnommenen Fälle, sind antiquirt. Bezeichnend aber für die Abstufungen der obligatio heißt hier (§. 3) der defunctus „non similiter (nicht nicht) obstrictus“ (non similiter wie der Erbe), und die dem oder gegen den Erben zuständige obligatio „plenior“.

47) Von den §. 281 S. 338 genannten, die Eviktionshaftung vornherein ausschließenden Verzichtsällen gehört hierher nur das pactum de ev. non praestanda. In dem Falle, wo creditor pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit (l. 68 §. 1 D. h. t.) geht keine Eviktionshaftung aus Verkauf, überhaupt keine Eviktionshaftung engeren Sinnes voraus (vgl. §. 280 S. 337 zu Anm. 17); dagegen mag man einen Verzicht auf Eviktionshaftung in der gestiftlichen Preisgebung der Sache erblicken (Käufer manumittirt, der manumissus wird in servitatem vindizirt: non evincitur quominus tibi habere liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris — l. 25 cf. l. 26 eod. Denke statt Manumission Dereliction).

48) l. 54 pr. D. l. 19 C. h. t.

49) l. 56 §. 3 D. h. t.

50) des Verkäufers mit dem Käufer (l. 40 eod.) des Verkäufers mit dem Käufer, der seinerseits selbst vordem auctor (primus oder secundus) des Verkäufers gewesen war, und duplam promittirt hatte (l. 41 pr. eod.); — l. 41 §. 2 eod. (wo der erste Käufer mit dem zweiten konfundirt wird, und Eviktionshaftung des ersten Verkäufers wegen Eviktion gegen den zweiten Käufer in Frage steht, ist dem Texte nicht entgegen).

51) l. 9 l. 41 §. 1 l. 24 cf. l. 22 §. 1 l. 23 eod.

52) l. 21 pr. D. l. 26 C. h. t.

53) wie beim Verzicht —

54) so daß evictionis periculum (nicht nur für den Auktor, sondern

dere Frage dagegen ist, ob wenn nach dem Erlöschen der Evictionshaftung Eviction noch möglich und nun wirklich eingetreten⁵⁵⁾, oder wenn das Evictionsrecht weggefallen und darum die Evictionshaftung erloschen ist⁵⁶⁾, actio emti nicht aus irgend einem anderen Grunde als ob evictionem zuständig sein könne? Es ist dies aber da der Fall, wo die Evictionshaftung wegen Konfusion erlischt⁵⁷⁾; denn überall hier leidet der Käufer infolge davon, daß ihm eine fremde (oder obligirte) Sache verkauft worden ist, einen Verlust, es sei nun dadurch, daß ihm in der That evinzirt wird⁵⁸⁾, oder dadurch, daß, obwohl Eviction ausgeschlossen ist, sein eigenes oder das ererbte Vermögen kleiner wird, je nachdem die Sache diesem oder jenem zuzählt⁵⁹⁾, oder dadurch, daß er außerdem die Sache umsonst hätte⁶⁰⁾.

Dieser Erjaz der ex emto ob evictionem obligatio durch eine ex emto obligatio kommt auch da vor, wo Evictionshaftung vornherein ausgeschlossen ist und Eviction eintritt: wie billig jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Ausschluß der Evictionshaftung erlichlichen ist⁶¹⁾.

auch für den Bürgen) finitum ist (l. 26 C. cit.), wie beim Erlöschen der Evictionshaftung durch Konfusion oder durch Untergang der Sache. —

55) j. B. . 41 pr. D. h. t.

56) l. 9 l. 41 §. 1 D. h. t. — quoniam evinci ei non potest —

57) l. 9 D. h. t. — amissam actionem pro evictione . . . sed in ex emto actionem decurrendum est — l. 41 §. 1 eod. — non committitur duplae stipulatio; his igitur casibus (§. 1 u. pr.) ex emto agendum erit (vgl. §. 280 Anm. 19; Paul. R. S. II. 17, 8).

58) wie möglicherweise nach der Konfusion des Verkäufers mit dem Käufer: l. 41 pr. D. h. t.

59) wie bei Konfusion des Käufers mit dem Eigenthümer l. 9 l. 24 l. 41 §. 1 citt. Vgl. l. 41 §. 2 eod. — ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur etc. Hieher auch der zweite Fall in l. 49 D. mand. 17, 1 a. G., da der Eigenthümer (mandator) mit dem Käufer durch Erbgang konfundirt und Eviction ausgeschlossen ist (vgl. meinen Aufsatz über nemo errans rem suam amittit im Archiv f. civ. P. N. J. Bd. 13 S. 367 unten u. fgg. bes. S. 377).

60) wie in dem Falle der Anm. 59. Hieher das „quia ex alia causa rem haberem: l. 29 pr. D. h. t.

61) l. 69 §. 5 D. h. t. — si modo condicionem . . . celavit — quia decepit emtorem emti iudicio tenetur —; „wie billig“: vornherein cessirt die Evictionshaftung durch irgend eine Art von Verzicht (S. 338); durch solchen Verzicht ist aber auch der Anspruch auf Schadensersatz ex emto ausgeschlossen, wenn der Verzicht nicht dolo malo verwirkt ist. Aus diesem Grund ist auch in l. 26 cf. l. 25 D. h. t. Wissenschaft des Ver-

7. Der Uebergang der Eviktionshaftung in die Eviktions-schuld oder die Verwirkung der Eviktionsstipulation beruht auf dem wegen Eviktion eintretenden *habere non licere* ⁶²⁾.

Vor allem kann also insolang von keiner Eviktions-schuld die Rede sein, als der Käufer infolge seines Kaufes ⁶³⁾ die Sache besitzt ⁶⁴⁾ oder ihm nach eingetretenem Besitzesverlust durch posses-sorische oder petitorische Rechtsmittel wieder zu erlangen mög-lich ist (*habere licet*) ⁶⁵⁾ oder er erst auf Tradition, oder wegen Nichttradition klagen muß, weil er mit dem ihm ausgehän-digten Besitz in *possessorio* unterlegen ist ⁶⁶⁾. Der Umstand, daß er, wenn auch noch so notorisch, eine fremde oder zuvor obligirte Sache hat, gibt ihm noch keinen Anspruch ob *evictionem* ⁶⁷⁾, an und für sich überhaupt kein Recht zur *actio emti* ⁶⁸⁾.

käufers als Voraussetzung der *actio emti* bezeichnet. So kann wegen do-loser Vereitlung der Eviktion anstatt der unmöglich gewordenen *actio ex stipulatu* die *actio de dolo* platzgreifen: l. 21 pr. D. h. t.

62) l. 21 §. 1 D. h. t. — Julianus . . definit, duplae stipulatio-nem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem —

63) nicht etwa einer *secunda emtio* durch Prästation der *litis aesti-matio* (s. unten Anm. 79). Wie, wenn Käufer dem *dominus* ohne Pro-zeß abkauft? l. 29 pr. D. h. t.

64) mag er im Eviktionsprozesse auch schon verurtheilt sein: genug, daß es nicht zur Ablation kommt z. B. wegen Todes und Erblosigkeit des Siegers einer-, Unzuständigkeit fiskalischen oder kreditorchaftlichen Rechtes andererseits: l. 57 pr. D. h. t. — oder daß der Besiegte die Sache vom Sieger noch vor der Ablation geschenkt oder vermacht erhält — l. 57 §. 1 eod.

65) Zu letzteren zählt außer der *Publiciana* auch *emphyteuticaria in rem actio*, nicht mehr die *Serviana*: l. 39 §. 1 arg. l. 66 pr. D. h. t. Wohl dagegen ist das *habere licere* noch nicht zu Ende (*spes habendi* nicht abscissa), so lange ein Dritter (der Verkäufer durch Zahlung) dem Käufer die durch *Serviana* verlorene Sache wiederverschaffen kann: l. 35 eod. Vgl. übrigens unten Anm. 78.

66) l. 11 §. 13 D. a. e. e. v. 19, 1. Bekker S. 66.

67) l. 3 C. h. t. — *auctorem suum propterea quod aliena vel ob-ligata res dicatur, convenire non potest* —

68) Eine solche wird noch vor dem *habere non licere* möglich infolge Geeingens (l. 12 C. h. t.), — oder auf Grund eines durch das bloße *rem alienam, obligatam esse* wesentlich zugesügten Schadens (l. 30 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1) — oder dadurch, daß Käufer von anderwärts her Ei-genthümer wird, und also den Kaufpreis umsonst gezahlt hat (s. oben Anm. 63. Jhering, Jahrb. Bd. 16 S. 293); — ob auch wegen Fur-tivität und Extracommercialität, wie Bechmann §. 98 annimmt? Vgl. §. 245. 1.

Weiterhin aber kann Käufer die Sache unwiederbringlich verloren haben (das habere non licere da sein) und Verkäufer gleichwol ob evictionem nichts schuldig geworden sein. Denn fürs erste kann jener Verlust ohne Eviction eintreten⁶⁹⁾; sodann aber tritt er nicht überall wegen der Eviction ein, wo er durch Eviction eintritt⁷⁰⁾. Das will sagen, daß nicht die Eviction als solche, sondern nur die kraft besseren Rechtes dem Evizenten gelingende⁷¹⁾ Eviction die Evictionsschuld herbeiführt.

Erfolgt die Eviction nicht kraft besseren Rechtes, sondern durch in integrum restitutio⁷²⁾, so muß allenfalls auch ob evictionem actio restituirt werden⁷³⁾.

Hat Käufer auf Præstation der Eviction nur unter der Bedingung eines gewissen Evictionsgrundes verzichtet, und erfolgt dieselbe aus anderem Grunde, so wird Verkäufer die Eviction ipso jure schuldig, unter besonderen Umständen aber ope exc. doli frei⁷⁴⁾.

69) noch vor durchgeführtem Evictionsprozeß verliert der verklagte Käufer die Sache aus dem Besiße, wird entweder, weil er culpa verloren, in litis aestimatio fondemirt, oder weil er sine culpa verloren, gegen Kaution absolvirt, entbehrt „interim“ in beiden Fällen nicht propter evictionem, sondern propter fugam, culpam, und erst dann, wenn er (die bezalte Sache) wiederbekommt (adprehendit) oder (die fabirte Sache) restituirt, propter evictionem (l. 21 §. 3 D. h. t.).

70) Mitunter ist injuria judicis (§. 280 Anm. 20 und dazu noch l. 5 l. 8 C. h. t.), oder eigene Schuld des Besiegten (§. 280 Anm. 21 — wozu noch das quod defuit l. 55 pr. C. h. t.), oder exceptio ex persona (facto) emtoris (l. 27 l. 28 D. cf. l. 8 C. h. t.), oder praeceptum principale (l. 11 pr. D. h. t. §. 280 Anm. 20), der Grund, weshalb Käufer den Prozeß verliert.

71) den Käufer mangels des ihm gewährten Rechts entsetzende (§. 280 zu Anm. 20) — „juris ratione“ (l. 15 C. h. t.) —

72) gegen den Verkauf: l. 39 pr. D. h. t. — gegen die auf Grund des Kaufes erfolgte Usurpation: l. 66 §. 1 eod.

73) allenfalls: wenn nämlich derjenige, gegen welchen i. i. r. restituirt ist, nicht unmittelbar vom Restitutionskläger, sondern von einer Mittelsperson gekauft hat (wie dies ausdrücklich in l. 39 pr., stillschweigend in l. 66 §. 1 citt. enthalten ist); andernfalls würde Käufer den Kaufschilling anläßlich der i. i. r. selbst zurückerhalten haben (Bd. 1 §. 122 S. 438 zu Anm. 4). Durch die i. i. r. ist der Kauf, und mit ihm evictionis obligatio rescindirt; diese mitsammt evictionis actio muß mitrestituirt werden, wenn Käufer nicht seines Rechtes verlustig gehen soll. Bei bloßem Kauf wird a. emti pro evictione (l. 66 §. 1), bei duplae etc stipulatio die utilis stipulatio d. i. actio als ob stipulirt wäre restituirt (— utilem de evictione stipulationem dari — l. 39 pr.).

74) l. 46 §. 2 §. 3 D. h. t.

Grundsätzlich erfolgt die Eviktion nicht ohne richterliches Erkenntniß⁷⁵⁾; das eigene Urtheil der Partei reicht nicht aus⁷⁶⁾, nicht einmal das eines Schiedsrichters⁷⁷⁾. Durch welche Klageart dagegen, und ob als Beklagter oder Kläger der Käufer verliere, ist gleichgiltig; wenn die Klage nur von der Art ist, daß ihm das Recht auf den Besitz aberkannt und auch keine Hoffnung auf Rückerstattung desselben offen gelassen wird⁷⁸⁾. Von „Eviktion“ könnte schon im Momente der Verurtheilung des verklagten Käufers gesprochen werden; von einem *habere non licere* noch nicht; die Eviktion muß bis zur Ablation oder Abduktion durchgeführt, oder aber das *habere licere* neu (durch Oblation der *litis aestimatio*) begründet sein, wenn von einer eine Eviktionsschuld begründenden Eviktion die Rede sein soll⁷⁹⁾.

In gewissen Fällen scheint gleichwol Eviktion ohne Prozeß platzzugreifen⁸⁰⁾.

75) l. 24 D. h. t. — *illud tamen verum non sit, iudicio eum evictum esse* — l. 17 C. h. t. — *nec citra iudicis disceptationem* — l. 18 eod. — *quaestio mota . . . solennibus quae juris admittit ratio interpositis* —

76) vgl. die Bemerkung gegen Huschke in meinem Aufsatz Arch. f. civ. P. R. 8. Bd. 13 S. 354 Abs. 1.

77) l. 56 §. 1 D. h. t. — *quia nulla necessitate cogente id feci* —

78) l. 34 §. 1 D. h. t. — *quia non interest, quo genere iudicii evincatur, ut mihi habere non liceat* — wozu oben Num. 65. Also nicht nur *rei vindicatio* und *Publiciana*, sondern auch *communi dividundo* (l. 34 §. 1 cit.) und *hypothecaria actio* (l. 34 §. 2 cit.); die Durchsetzung der *hypothecaria* führt zwar Verwirfung der Stipulation herbei, und einmal verwirrt kann diese *ipso jure* nicht mehr klaglos werden; allein wenn die Pfandsache nachträglich durch Zahlung frei wird, steht der Klage aus der Stipulation *exc. doli* entgegen (l. 35 eod.). Vgl. Num. 65. Ueber *i. i. restitutio* s. oben Num. 72, 73. Den Käufer klagend s. z. B. l. 16 §. 1 in f. D. h. t.

79) Num. 63, 64 l. 16 §. 1 l. 21 §. 2 §. 3 D. h. t. Wo der Käufer *litis aestimationem* prästirt, hat er gewissermaßen *ex secunda emtione*, nicht *ex pristina* (l. 21 §. 2 cit.) — dies jedoch nicht erst, wenn er *litis aestimationem* zahlt, sondern auch schon, wenn er in sie *foudeuirt* ist (l. 16 §. 1 cit.), ja auch schon, wenn er sie *offerirt* hat: *arg. l. 21 §. 3 in f. D. h. t.*

80) so namentlich in dem *ad libertatem pervenire* des gekauften *statuliber* (l. 46 §. 2 §. 3 l. 51 §. 1 l. 54 §. 1 l. 69 §. 4 D. h. t. l. 3 §. 7 D. *statul.* 40, 7 — während bei der Entwährung von als Sklaven gekauften Freien des Prozeßes ausdrücklich gedacht wird z. B. l. 39 §. 4 l. 46 §. 3 D. l. 10 l. 12 l. 18 l. 24 C. h. t. — wo zwar ein *in libertatem evinci* mit *ad libertatem pervenire* abwechselt, von einem Eviktionspro-

8. Die Evictionshaftung hört damit, daß Käufer weiter veräußert, noch nicht auf⁸¹⁾; die Eviction, welche gegen den zweiten Käufer erfolgt, vermandelt die Evictionshaftung des zweiten Verkäufers in Evictionsschuld, und macht weiterhin den ersten Verkäufer an den zweiten schuldig⁸²⁾; daß der erste Käufer dem zweiten evictionshalber schuldig wird, steht einer ihm selbst widerfahrenden Eviction gleich⁸³⁾. Diese Fortpflanzung des Evictionseffektes über den nächsten Verkäufer hinaus auf den früheren kommt ebensowohl für die Haftung ex stipulatu als ex emto vor⁸⁴⁾.

9. Eine prozessualische Vorstufe des schließlichen Regresses ist die *litis denuntiatio*⁸⁵⁾. Bereits in ihr erscheint der Verkäufer als belangt (auf Defension nämlich)⁸⁶⁾; jemandem denunziren können steht gleichbedeutend mit „wider ihn (post

gressu aber nicht die Rede ist), — *ceteris non cedentibus* nachdem Einer aus den *condominis* eine Servitut, als ob er Alleineigenthümer sei, verkauft und cedirt hat (l. 10 D. h. t.) — in dem Heimfall des vorbehaltenen *usufructus* in l. 46 pr., dem Entgang auf fremdem Grunde bestellter *Wegeservitut* l. 46 §. 1 eod. Vgl. übrigens *Windscheid* §. 391 Anm. 10.

81) d. i. die Weiterveräußerung gehört nicht zu den Endigungen der Evictionshaft (s. oben Nr. 6); — nicht schon dadurch, daß mir nicht evinjirt wird, sondern dadurch, daß mir und auch meinem Käufer nicht evinjirt wird, fällt l. 41 pr. D. h. t. der Regreß gegen den ersten Verkäufer weg.

82) l. 61 l. 41 §. 2 l. 39 §. 1 l. 66 §. 2 l. 71 l. 22 §. 1 l. 23 cf. l. 24 l. 39 pr. D. h. t.

83) s. das *damnum evictionis*, welches ad (primum) emtorem perit, und in l. 66 §. 2 cit. als Grund für den Evictionsregreß gegen den ersten Verkäufer angeführt wird — cf. l. 22 §§. 1—1 24 citt.

84) l. 39 §. 1 cit. — *alias autem si etc.* l. 41 §. 2 l. 71 citt. Ob aber in diesen Fällen die *Stipulation ex parte actoris* ausdrücklich auf *Singularsuccessoren* erstreckt sein mußte, oder ob alle *successores* stillschweigend inbegriffen waren? (vgl. l. 38 §. 5 D. v. o. 45, 1). In l. 66 §. 2 cit. kann man von dem zweiten Käufer nicht sagen, daß ihm *habere non licet* (*neque corpus neque pecunia abest*); darum keine *Verwirkung der stipulatio* zu Gunsten des ersten Käufers, wohl aber *actio emti*, weil ihn *damnum evictionis* trifft.

85) „*auctorem laudare*“ l. 63 §. 1 D. h. t. — „*renuntiare ut adsit*“ l. 29 §. 2 eod. — „*denunciare pro evictione*“ l. 51 §. 1 eod. — „*ad defensionem denuncia*“ l. 23 l. 29 C. h. t.

86) „*ad rem defendendam convenire*“ l. 74 §. 2 D. h. t., — „*interpellare ut assistant et causam instruant*“ l. 21 C. h. t. cf. l. 23 l. 29 C. h. t. — Als „*petitio*“ und zwar als eine Forderung von halber *Solidarität* ist uns die *lit. denunciatio* denn auch schon unter den getheilten und ungetheilten *DD.* erschienen (§. 233. II. 2. S. 76).

evictionem) regressiren können“⁸⁷⁾. Sie erfolgt nach Erhebung des Streites (mota controversia)⁸⁸⁾, zwar nicht vor Gericht, ob aber schlechthin unförmlich, ist fraglich⁸⁹⁾. Personam standi in iudicio zwar brauchte derjenige, der mit litis denuntiatio angegangen werden sollte, nicht zu haben⁹⁰⁾; allein selbst und prinzipaliter obligirt, oder doch an des Obligirten Statt mit Vollmacht zur Defension ausgerüstet mußte er sein⁹¹⁾. — Auch materiellrechtlich ist die Denunziation Vorstufe des Regresses, und insofern als der Regreß außerdem nicht statthat⁹²⁾, eine Nothwendigkeit⁹³⁾; allein wo die Denunziation unmöglich⁹⁴⁾, oder wo sie vertragsmäßig erlassen ist⁹⁵⁾, findet der Regreß auch außerdem statt. Andererseits kann der Auktor oder sein Erbe auch ohne Denunziation interveniren⁹⁶⁾. — Die mehreren Erben des Einen auctor unterliegen nur insofern Einer Eviktionshaftung, als es nur Eine Verwirkung, oder nur Einen Uebergang derselben in Eviktionsschuld gibt, auch nur Einen Eviktionsprozeß, aus welchem sie Alle als Sieger oder besiegt

87) z. B. l. 59 l. 62 §. 1 D. h. t.

88) l. 74 §. 2 D. h. t.

89) Was heißt: praesenti . . venditori denunciandum est (l. 55 §. 1 D. h. t.)? etwa „Aug in Aug“, d. i. mündlich (wofür vielleicht l. 56 §. 4 eod.)? oder Anwesenheit an demselben Ort (Gloss. ad h. l.), so daß es, wenn Verkäufer im weiteren oder engeren Sinne nicht anwesend ist, der Denunziation gar nicht bedarf? Vgl. unten Num. 94.

90) Beim Verkaufe, den der Sklave abschloß, ging die Denunziation ordentlichweise an ihn: l. 39 §. 1 in f. D. h. t.

91) Dem fidejussor braucht nicht denunzirt zu werden (l. 7 C. h. t.), und zweifelsohne genügt auch die Denunziation an ihn nicht, während er sich darauf, daß dem auctor selbst nicht denunzirt ist, berufen könnte (arg. l. 7 cit.); — dem Pupillen muß im Nothfall, sonst dem Tutor (l. 56 §. 7 D. h. t.), dem Prokurator (der nicht auch schon Defensor ist) kann nur im Beisein des Prinzipals denunzirt werden (l. 56 §. 4 eod.); dem Erben des auctor kann jure hereditario denunzirt werden (l. 14 l. 23 C. h. t.), dies selbst in solchen Fällen, wo dem auctor selbst noch nicht denunzirt werden konnte (l. 51 §. 1 §. 3 D. h. t. vgl. oben Num. 46).

92) l. 8 C. h. t. — nisi auctori aut heredi ejus denunciaverit evicto praedio neque ex stipulata, neque ex dupla neque ex emto actionem contra venditorem vel fidejussores ejus habet — l. 20 l. 17 l. 21 l. 23 l. 29 l. 7 C. l. 63 §. 1 D. eod.

93) s. die denuntiandi necessitas: l. 63 pr. D. h. t. — denunciare debere l. 49 eod.

94) l. 53 §. 1 l. 55 §. 1 l. 56 §. 5 D. l. 29 C. h. t.

95) l. 63 pr. D. h. t.

96) l. 20 C. h. t., aber außer durch Appellation wider das Judikat nicht aufkommen (instaurare litem) (l. 20 cit.).

hervorgehen⁹⁷⁾; um deswillen muß ihnen Allen denunzirt werden, würde der Käufer gegen Keinen Regreß haben, wenn auch nur Einem nicht denunzirt würde⁹⁸⁾, gegen Alle den Regreß haben, wenn Allen denunzirt ist, und Keiner, oder Keiner mit Erfolg eintritt, beißtcht oder vertheidiget⁹⁹⁾, jedoch gegen Jeden nur pro parte¹⁰⁰⁾.

10. Wo nach all dem Regreß begründet wäre, darf Verkäufer seine Kauffchillingsforderung nicht geltend machen¹⁰¹⁾; selbst wo noch nicht evinzirt, der Eviktionsprozeß aber bereits anhängig ist, braucht Käufer anders als gegen Kaution nicht zu zahlen¹⁰²⁾. Ob umgekehrt Käufer, nachdem evinzirt, der Kauffchilling aber noch nicht berichtet ist, eviktionshalber klagen kann¹⁰³⁾? — Der Regreß selbst findet in Gestalt der emti oder ex stipulatu actio¹⁰⁴⁾, gemeinhin direkt, unter besonderen Umständen utiliter statt¹⁰⁵⁾. Zwischen den beiderlei Klagen

97) l. 62 §. 1 D. h. t. — una de evictione obligatio est . . . omnibus vincit aut vincitur —

98) — omnibusque denunciari debet — l. cit. l. 85 §. 5 D. v. o. 45, 1.

99) ll. citt.

100) l. 85 §. 5 cit. Vgl. oben §. 233 S. 76.

101) arg. l. 29 pr. l. 68 pr. D. h. t. Nach l. 29 pr. liegt dies schon in der bona fides, l. 68 pr. gibt eine exceptio (wozu Bb. 1 §. 107 S. 374 zu Anm. 11. 14).

102) l. 24 C. h. t.

103) Diese Frage könnte unbedenklich verneint werden, wenn der Regreß überall einzig auf den Kauffchilling ginge; nun er aber (als quanti interest ex emto actio und als quanti interest oder duplae etc. ex stipulatu actio) auf mehr gehen kann, ist ein Regreß auf diesen Ueberschuß denkbar, während sich das Uebrige mit der Forderung auf den Kauffchilling kompensiren würde. So muß für den Fall, da der Kaufpreis kreditirt ist und noch vor dessen Zahlung evinzirt wird, auch in der That entschieden werden; wo nicht kreditirt ist, scheint Käufer den Vortheil, den ihm die Eviktion brächte, wenn er das Eviktionsinteresse nach Abzug des Kauffchillings einlagen dürfte, nicht zu verdienen, und der Einflagung desselben exceptio doli entgegenstehen zu sollen.

104) §. 3. B. l. 18 D. h. t. — vgl. oben Nr. 3.

105) utiliter, wo 1) anstatt der eigentlichen Eviktion i. i. restitutio die Sache entzieht: l. 39 pr. l. 66 §. 1 D. h. t. Vgl. oben Anm. 73; — 2) wo nur gemissermaßen getauft (aus datio in solutum erworben) ist: l. 4 C. h. t.; — 3) wo der Regreß anstatt gegen den auctor selbst über diesen hinweg gegen einen Dritten geht: gegen den Pupillen statt Tutor (l. 4 §. 1 D. h. t.), wider den Schuldner statt gegen den Pfandgläubiger (l. 12 §. 1 D. distr. pign. 20. 5. vgl. überhaupt oben Nr. 4); — 4) wo die Klage einem Dritten an Käufers statt, wie wenn ihm cedirt wäre, zu gewähren ist: vgl. l. 59 D. h. t., oben Anm. 39–41 und §. 284 Anm. 7.

hat Kläger die Wahl¹⁰⁶); für den Fall aber, daß der Verkäufer selbst zur Eviction schreitet, hat Käufer die Wahl zwischen *exceptio rei venditae et traditae* gegen die Eviction, und den Regreßklagen nach der Eviction¹⁰⁷).

§. 329.

Auflösung und Rescission¹).

So lange der Kauf diesseits wie jenseits auf bloßer Haftung beruht (§. 326 I. 1), ist er auch einer jener Aufhebungsarten der Obligationen zugänglich, welche weder bei Verbindlichkeiten noch Schulden, sondern einzig bei bloßen Haftungen vorkommen (§. 289 S. 437 Abf. 2 §. 217 S. 38. 3), dem *mutuus dissensus* oder *contrarius consensus* nämlich²). So lange mehr nicht vorliegt, als eine annoch unverfolgbare Obligation, soll sie durch ein bloßes gegenseitiges Wollen (*pactum conventum*) ganz, und wie wenn nichts geschehen wäre, „wieder aufgelöst“ werden können; ist sie doch selbst aus bloßem Wollen erwachsen, und darüber durch nichts hinausgetommen³). Wird anstatt des bloßen Wollens ein formeller Erlaß ausgestellt, so wirkt dieser nicht kraft der Form, sondern kraft des Wollens; die Form ist hier nur für den Beweis gut⁴). Ist

106) ohne Zweifel so, daß durch Anstellung der einen die andere consumirt wird —

107) l. 17 — l. 19 pr. D. h. t.

1) D. de rescindenda venditione et quando licet ab emtione discedere 18, 5 C. de resc. vend. 4, 44 C. quando liceat ab emtione discedere 4, 45.

2) l. 2 D. h. t. — potest enim dum res integra est, conventionione nostra infecta fieri emtio — post pretium solutum infectam emtionem facere non possumus l. 3 l. 5 §. 1 eod. Nicht nur Zahlung oder Tradition, sondern auch der kasuelle Untergang „alterirt“ die Geschäftslage, indem nunmehr hier wie dort einerseits Befreiung, andererseits eine Schuld oder Verbindlichkeit eintritt (l. 5 §. 2 eod.) — utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat (da er nunmehr und gleichwol zahlen muß).

3) l. 80 D. solut 46, 3 — consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. l. 1 C. h. t. 4, 45 l. 27 §. 2 D. pact. 2, 14 — in b. f. contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit — l. 3 D. h. t. — contrario c. „resolvitur“ — l. 2 cit. — potest . . . „infecta fieri“ emtio.

4) l. 5 pr. D. h. t.

bereits tradirt, so kann ein bloßes Wollen den Kauf nicht mehr auflösen⁵⁾; eine die Tradition rückgängigmachende Retradition dagegen ist möglich, und mit dieser ein nun den Kauf selbst auflösender Konsens⁶⁾. Was von der Tradition, muß auch von der Zahlung und was von jedem für sich, von beiden zusammen gelten.

Ohne den beiderseitigen Willen ist der Kauf, mag er an- noch auf bloßer Haftung beruhen oder zum Theil oder ganz vollzogen sein, nurmehr durch den Eintritt einer Resolutivbedingung (§. 709 fg.), oder aber durch außerordentliche Rechts- hilfe, durch die eigentliche i. i. restitutio⁷⁾ oder durch eine ständige rescissorische Klage, wieder auflösbar. Von der letz- teren Art ist außer der bereits erledigten redhibitoria actio (§. 327b) noch die Klage wegen der f. g. laesio enormis, welche durch Diokletian, scheinbar im Geiste seines Ediktes de pretiis rerum venalium⁸⁾, vielmehr in Folge desselben, als die Gegenmaßregel gegen die Verordnung von Maximalpreisen zu Gunsten desjenigen aufgestellt ist, welcher unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft hat⁹⁾. In dieser Nachtheit ver- stößt sie ebensosehr gegen das Kaufsrecht, wonach Keiner für den Andern zu sorgen, Jeder nur seinen Vortheil zu verfol- gen braucht¹⁰⁾, dieses Bestreben keine mala fides¹¹⁾, und nur dolus malus ausgeschlossen ist¹²⁾ — als gegen das Erforder-

5) l. 1 C. h. t. 4, 45 — post traditionem interpositam nuda vo- luntas non resolvit emtionem — l. 2 D. h. t. — dum res integra est — l. 5 §. 1 eod. — si res secuta non fuerit.

6) l. 1 C. cit. — si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

7) *Vd.* 1 §§. 115–122. *z. B.* l. 7 §. 9 l. 38 pr. l. 47 l. 49 D. min. 4, 4 — insb. §. 118 *§.* 418 *Abf.* 1 *§.* 438 *Abf.* 1.

8) — quis enim . . . ignorare possit . . . in tantum se licentiam difusisse pretiorum, ut effrenata libido rapientium nec rerum copia nec annorum ubertatibus mitigaretur? — Haenel, corp. leg. *§.* 176.

9) l. 2 l. 8 in fin. C. h. t. 4, 44.

10) l. 16 §. 4 D. min. 4, 4 — naturaliter licere contrahentibus se circumvenire — l. 22 §. 3 D. loc. 19, 2 l. 8 C. eod. — emtionis atque venditionis substantiam, et quod emtor vilioris comparandi, ven- ditor carioris distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant —

11) l. 4 C. eod. Ad . . . malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras — *woegen* *Chambon*, *Beitr. z. Obligr. I. §.* 139 fgg.

12) l. 23 D. loc. 19, 2 *vgl.* l. 8 l. 9 C. eod. Dolus emtoris qua- litate facti, non quantitate pretii aestimatur —

niß einer *justa causa* zur *i. i. restitutio*. Von Diocletian's formalistischer Satzung abgesehen würde ein Kauf, auch wenn um mehr als die Hälfte zu wohlfeil verkauft ist, nur aus Gründen einer *i. i. restitutio*, etwa wegen Nothstandes, oder Irrthums des Verkäufers¹³⁾ angefochten werden können. Auf derartige besondere Gründe und Voraussetzungen unserer Klage kommen denn auch so viele ältere und neuere Autoren¹⁴⁾ hinaus, daß man darin eine Usualinterpretation des Diocletian'schen Buchstabens erblicken darf. Gibt man aber dieser Re-
 scission die allgemeinere Grundlage einer *i. i. r.*, so läßt sich ihre Ausdehnung auf den Fall der Uebervortheilung des Käufers (um ein *alterum tantum*) ebensowenig schlechthin verwerfen¹⁵⁾ als im anderen Falle schlechthin gewähren. Namen hat die Klage im römischen Rechte selbst keinen mehr bekommen¹⁶⁾; aber abgesehen davon, daß dem Beklagten die Wahl zusteht zwischen der Restitution und der Nachzahlung bis zum *justum pretium*¹⁷⁾, dürfte ihr die ädilizische *redhibitoria* materiell wie formell als Muster zu dienen haben¹⁸⁾.

2) aus *locatio conductio* 1).

§. 330.

Locatio conductio heißt jeder Kontrakt, in welchem einer-

13) also nicht auch, wenn er „um Geld für die Lotterie oder sonstige Spekulation zc. zu schaffen, um jeden Preis losschlägt“ —

14) Glück, *Comm.* Bd. 17 S. 81 Nr. 5. Matthiä, *Kontroversenlexikon* Bd. 2 S. 3 Nr. IX. Chambon a. a. D. S. 111 fg

15) wie dies vordem namentlich durch Cujacius, neuerdings durch Göschen, Puchta, Sintenis zc. (Chambon a. a. D. S. 116. Vangerow §. 611 Anm. I.), neuestens durch Windscheid §. 396 Anm. 2 a. E. und Anm. 10 geschehen ist. Unterholzner, *Schuldverh.* II S. 246 bezeichnet die Ausdehnung als Gerichtsgebrauch, Glück a. a. D. S. 31 als diejenige Meinung, welche „bei weitem die meisten Anhänger gehabt“.

16) in unserer Doktrin schwankt man zwischen *condictio ex log. 2 C. de resc. vend.* — *condictio indebiti* — *rest. i. i. civilis* — *imploratio officio judicis* — *Spolienklage* — *actio emti, venditi*: Glück a. a. D. S. 67 fgg. Matthiä a. a. D. S. 2. V.

17) I. 2 l. 8 in f. C. h. t. Hierin liegt wohl eine *facultas alternativa*, aber keine *obligatio alternativa*: Vangerow §. 611 Anm. IV.

18) Füglich wird sie darum von Windscheid §. 396 unter dem „Recht des Rücktritts“ und unmittelbar hinter der *redhibitoria* aufgeführt.

1) D. *locati, conducti* 19, 2 C. *de locato et cond.* 4, 65 J. *de locatione et conductione* 3, 25.

seits ein gewisser Zins oder Lohn²⁾ (*pensio, merces*), anderseits die Gewährung von Kapitalnutzung (l. c. rei) oder Arbeit (l. c. operarum und operis) versprochen wird. Arbeiten oder Dienste, nur nach zeitlicher oder räumlicher Ausdehnung bemessen, heißen *operae*, und werden, nur nach diesem Maßstabe gedungen, zum Gegenstand der l. c. operarum; Arbeiten und Dienste, nach einem gewissen Endergebnisse, d. i. als *opus* gedacht und gedungen sind Gegenstand einer l. c. operis, gleichviel ob auch die Löhnung sich nach dem Ergebnisse richtet, oder ob sie sich wie bei der l. c. operarum nach Zeiten oder Maßen richtet³⁾. Der Namenswechsel: daß bei der l. c. rei und operarum derjenige, welcher die Gewährung der Nutzung oder die Arbeit verspricht und dafür Zins oder Lohn erhalten soll, *locator*, — bei der l. c. operis derjenige, der die Arbeit verspricht und den Lohn empfangen soll, umgekehrt *conductor* heißt, erklärt sich vielleicht aus der ursprünglichen Bedeutung von *locare* und *conducere*⁴⁾. Das gemeinsame nach außen unterscheidende Merkmal für die verschiedenen

2) wobei die Gewißheit nicht nothwendig die der fixen Summe (wie bei *certa pecunia credita*), sondern auch nur die des gewissen Maßstabes ist oder sein kann (z. B. jährlich so viel, ohne daß die Zahl der Jahre bestimmt ist u. s. f. l. 21 D. h. t.).

3) nach Zeiten, als Taglohn zc., z. B. l. 51 §. 1 D. h. t.; — nach Maßen: z. B. l. 30 §. 3 eod.

4) Bei Plautus (*Merc. III, 4 in f. IV, 2 v. 6. 15. IV. 4 v. 29 Aulul. II. 4. 1 III. 3. v. 9 etc.*) ist das *conducere* ständig das „Holen“ von Arbeitern (Köchen zc. — bei uns z. B. von Holzspaltern, Dienstmännern), die sich zu diesem Zwecke an gewissen Plätzen zur Verfügung „stellen“ (*locant*); aus dieser *locatio conductio* der *operarii* denken wir die l. c. operarum abgeleitet; — „stunden“ etwa noch vor den Häusern und Feldern bewegliche Sachen, wie Gespanne, Geräthschaften zur verzinslich nutzbaren Anlage und Abholung bereit, so würde sich auch die „*locatio conductio*“ rerum erklären; — wenn endlich der Fuhrmann die Waare zur Verfrachtung, der Schuster den Stiefel zur Ausbesserung abholt, so mag man diesen den *conductor*, jenen der die Sachen behufs Abholung zur Verfügung stellt, den *locator* nennen; wie oben aus der *locatio conductio operarii* eine l. c. operarum, so ist hier aus der l. c. der zur Verfrachtung zc. überhaupt Verarbeitung, Bearbeitung, Versendung verstellten Sachen eine l. c. operis geworden (vgl. dazu l. 20 D. h. t.). Entscheidend für den Sprachgebrauch war nur die Anschauung des körperlichen *locare, conducere*, nicht das wirthschaftliche oder rechtliche Moment des Zinses. — Andere Herleitungen s. bei Degenkolb, Flakrecht und Mieth e. 133 §. 2 §. 56. Pernice, *Labeo I* S. 469. Bachmann, *Kauf. M. Voigt, jus nat. etc. IV* S. 571 fgg.

in der l. c. begriffenen Verkehrsgeschäfte, ist das negative: daß hier nicht wie beim Kaufe „Sachen“, „res (corporales und incorporales)“ oder die Sachen selbst, sondern nur Arbeit, oder die bloße Nutzung von Sachen gegen Entgelt⁵⁾ hingegeben werden⁶⁾. Untereinander sind sie sehr verschieden.

§. 331.

I. *Locatio conductio rei*: „Pachtung“, wenn die res ein *praedium rusticum* ist, sonst aber „Miethe“, enthält, was

1. das Geschäft anlangt,

a. eine Demonstration, einerseits der Sache, die zur Nutzung oder des Nutzungsrechtes, welches zur Ausübung¹⁾ eingeräumt, anderseits der Summe und Art des Entgelts²⁾, welcher für die Nutzung entrichtet werden soll. Möglicherweise (accidentaliter) erweitert sich die demonstratio bezüglich der Sache zur Bezeichnung von Nebensachen³⁾, zur Werthangabe⁴⁾, zur Einschränkung der (Nutzungs-) Konzession⁵⁾ oder zu Gebrauchsvorschriften⁶⁾, — bezüglich des Entgeltes zur

5) der nicht überall Geld, sondern bei l. c. rei auch ein Antheil an den Früchten sein kann l. 21 l. S C. h. t.; vgl. den colonus partiarus in l. 25 §. 6 D. h. t. Theilweiser Naturalleistung kommt dem Effekte nach gleich die Verabredung, ein gewisses Quantum von Früchten zu gewissem Preise abzunehmen: l. 19 §. 3 eod.

6) Windscheid §. 390 nimmt ein gemeinsames positives Merkmal für alle Arten der l. c. an, indem er in ihr einen „Umsatz von Gebrauch gegen Geld“ erblickt. Dies setzt voraus, daß wir uns nicht operae und opus (die man selbst und ganz, nicht bloß dem Gebrauche nach gewährt und lohnt), sondern den Arbeiter selbst als sich (zum Gebrauche) verbunden denken. Siehe gegen Degenkolb a. a. O. S. 130 §. 1. Ueber gewisse Grenzunsicherheiten s. oben §. 325 Anm. 23.

1) §. 325 Anm. 23 a. E.

2) §. 330 Anm. 2 §. 1 J. h. t.; — §. 330 Anm. 5.

3) z. B. Inventar: l. 3 D. h. t. Gewisse Nebensachen verstehen sich je nach Art des Objectes von selbst, z. B. *dolia*, *praelum* etc. bei der Verpachtung gewisser fundi: l. 19 §. 2 eod.

4) l. 3 cit. l. 53 §. 2 eod. „eifern Vieh“ —

5) „ut innocentem ignem habeant? l. 9 §. 3 l. 11 §. 1 D. h. t. — Heueinlage: l. 11 §. 4 eod. — mularum certum pondus oneris: l. 30 §. 2 eod. — silvam ne caedito, cingito, urito: l. 29 eod. — überhaupt ex lege colere: l. 51 pr. eod.

6) ut opera rustica suo tempore faciat — villarum cura: l. 25 §. 3 eod.

Verweisung auf fremdes Ermessen⁷⁾, zur Feststellung gewisser Zahlungszeiten oder Zinsraten⁸⁾, — in beiden Beziehungen zur Feststellung der Pacht- oder Miethzeit (d. i. der beiderseitigen Haftungsfrist⁹⁾, oder zur Einschränkung des bei zeitlich unbestimmter Pacht und Miethzeit geltenden f. g. „ordentlichen“ Kündigungsrechtes auf gewisse Kündigungsfristen¹⁰⁾.

b. Die Convention pflegt auch hier mit der Uebereinkunft über den Entgelt da zu sein¹¹⁾, die mit der Convention sonst eintretende Perfektion des Geschäftes aber hier nicht so häufig durch Bedingungen ins Ungewisse gestellt zu werden¹²⁾. Namentlich aber kommen Versteigerungen (welche in diem adictionem in sich bergen) auch hier vor¹³⁾. Was in der Demonstration als Einschränkung der Konzeption erscheint, tritt in der Konvention als „exceptio“ oder „lex locationis“ auf¹⁴⁾.

2. Die mit der Konvention und Perfektion vorhandenen gegenseitigen Obligationen sind

a. seitens des Lokators im Zweifel nicht bloß Haftungen, sondern zum Theil sofort Verbindlichkeit, zur Gebrauchs- oder Nutzungsgestattung nämlich¹⁵⁾. Denn wo nichts anderes

7) §. 1 J. h. t. l. 25 pr. D. h. t.; vgl. §. 325a. Ann. 29.

8) §. 3. B. „pensiones“ l. 24 §. 2 D. h. t. — wie sie namentlich dann nothwendig werden, wenn auf unbestimmte Zeit vermietet zc. wird. Im anderen Falle kann aversioe d. i. um eine Summe für die ganze Zeit vermietet zc. werden — l. 35 pr. eod. Hieher vielleicht l. 30 pr. eod.

9) l. 1. 9 §. 1 l. 24 §. 2 §. 5 l. 60 l. 13 §. ult. l. 14 l. 19 §. 6 eod. Das beliebte quinquennium der Pachtungen f. l. 24 §. 2 l. 9 §. 1 citt.

10) Dieses Kündigungsrecht f. unten Ann. 35. Nicht von ihm, sondern von einem ausdrücklich auf den Willen des Vermiethers gestellten, darum spätestens mit dessen Tod erdigenden Bestand der Miethzeit handelt l. 4 D. h. t. (S. dagegen Windscheid §. 402 Ann. 2). Vgl. dazu Arnold, R. F., das Miethwesen in München, 1879, §. 23.

11) vgl. l. 2 pr. D. h. t. — si de mercede convenerit —

12) wiewohl sicut emtio ita et locatio sub conditione fieri potest: l. 20 pr. D. h. t.

13) l. 3 C. de loc. praed. civ. vel fisc. 11, 70 (71) — wo, wenn contententium augmenta in eum canonis modum angewachsen sind, ut extendi ultra aut superari alterius oblatione non possint, den perpetuarii conductores der Vorzug gegeben werden soll.

14) §. 3. B. l. 19 §. 3 D. h. t.

15) — welche, nicht etwa schon mit dem Abschlusse des Kontraktes

bedungen ist, braucht der Miether, Pächter nicht vor gemachtem Gebrauche zu zahlen, ist er also auf Einräumung des Gebrauches (*frui licere praestare, concedere*) klageberechtigt¹⁶). Die Gebrauchs- oder Nutzungsgestattung muß, wenn nichts anderes ausgemacht ist, auch an den Aflterpächter oder Afltermiether erfolgen¹⁷). Bloße Haftungen desselben hinwider sind bis auf weiteres seine Obligation in Ansehung der Instandhaltung¹⁸) und Ausstattung¹⁹) der Sache, sowie der Schäden, welche dem Konduktor aus etwaigen Fehlern der Sache erwachsen sollten. Dieser Schäden halber besteht eine Haftung auch hier (wie beim Kaufe) nur insoferne, als der Lokator für den Schaden, also für das ganze Interesse des Konduktors aufkommen muß; wo derselbe nur auf den Zins verzichten muß, ist er ohne Gegenforderung und im Schaden, aber nicht in Haftung²⁰). — Die Verbindlichkeiten wie die Haftungen

selbst vorhanden, sondern wie die Tradition beim Kaufkontrakte etwas nachfolgendes, so dem auch nicht ohne Einräumung der Detention oder ein *frui pati* denkbar ist (vgl. l. 9 pr. l. 24 §. 4 §. 5 D. h. t.).

16) arg. l. 24 §. 2 §. 4 cf. l. 9 pr. §. 1 l. 15 §. 1 §. 2 in f. l. 27 pr. l. 33 — l. 35 pr. D. h. t. l. 12 §. ult. D. usu et hab. 7, 8. Daß übrigens Vorauszahlung nicht selten bedungen wurde, zeigt z. B. l. 19 §. 6 l. 33 D. h. t. (*ut pretium restituas*) l. 19 §. 6 cf. l. 15 §. 6 eod.

17) l. 6 C. h. t. z. B. l. 30 pr. l. 60 pr. cf. l. 48 pr. D. h. t.

18) l. 15 §. 2 in f. D. h. t. — *oportere agrum praestari conductori ut frui possit*; — Reparatur der Gebäude: l. 15 §. 1 eod. — wo für ein Pauschale an den Pächter zc. ausbedungen sein kann: l. 58 §. 2 D. h. t. Hieher gehört auch die Entrichtung von Grundsteuern (arg. l. un. §. 3 D. via publ. 43, 10); nicht hieher die Auslagen des Pächters auf Aufbau und Ernte (cf. l. 7 §. 16 D. sol. matr. quemadm. 24, 3).

19) z. B. Beschaffung eines gewissen Inventars je nach Art der Sache; vgl. oben Num. 3. Wegen nothwendiger oder nützlicher, im Vertrage nicht vorgesehener, vom Pächter zc. einseitig gemachter Anlagen (z. B. von Weinbergen) scheint er nach l. 61 pr. D. h. t. nicht obligirt zu sein, dem Pächter bloßes Retentionsrecht am Pachtshillinge zuzustehen (*opposita exc. doli* muß der Verpächter entweder zahlen d. i. am Pachtshillinge sich den betreffenden Abzug gefallen lassen, — oder aber auf den Pachtshilling verzichten; wird also der Pächter entweder seine Auslagen erstattet erhalten — *expensas consecutorum* — oder aber, wenn Verpächter nicht zahlt oder abrechnet, mehr als er an Auslagen, geleistet hat, nicht prästiren (*vel nihil amplius praestaturum*). Nach l. 55 §. 1 eod. dagegen hat der Pächter wegen solcher Auslagen selbst eine Klage.

20) So wenn er den Fehler nicht kannte, und nicht kennen mußte (wie z. B. das Vorkommen der bösen Gräser auf der Weide); hat er den Fehler gekannt, oder ist die Fehlerhaftigkeit von der Art, daß er sie so gut kennen mußte, wie die Sache selbst, die er vermietet z. B. *dolia vitiosa*,

des Lokators schlagen in Schulden um, jene wenn es an ihm liegt, daß sie nicht mehr erfüllt werden können²¹⁾ oder ihre Erfüllung nicht mehr angenommen zu werden braucht, — diese wenn die Schäden eingetreten oder die Auslagen gemacht sind, denen er, bei Verwirkung seiner Haftung, vorbeugen mußte²²⁾.

Den Unfall, der durch Zufall (*casus*) die vermietete oder verpachtete Sache vernichtet oder unbrauchbar macht, hat der Lokator, allgemeinem Grundsätze entsprechend²³⁾, nicht zu prästiren²⁴⁾, d. h. die mit diesem Unfall für den Konduktor verbundenen Nachtheile braucht er nicht gut zu machen²⁵⁾; das

dann ist er haftbar für den hieraus erwachsenen Schaden, also im ganzen Umfange des Interesses (l. 19 §. 1 D. h. t.); der Schaden, daß er ein leeres Faß hat und keinen Zins dafür ansprechen darf, ist überdies sein; jedoch nicht erst *ex locato conducto* (*casum sentit dominus*. — S. 319 in med.). Vgl. auch l. 25 §. 2 D. h. t. wo das *teneri inquilino* nachher restringirt wird.

21) Römisch ist der Lokator als (ersatz) schuldig gedacht, sobald man sagen kann, daß er nicht erfüllt hat; denn die *actio si re quam conduxit frui ei non liceat* (l. 15 §. 1 l. 19 §. 2 l. 24 §. 4 l. 25 §. 2 D. h. t.) geht auf *condemnatio quanti interest*, und nur insofern noch auf Erfüllung der Verbindlichkeit d. i. Einräumung der Nutzung, als der Lokator sich durch deren Offerirung noch während des Prozesses liberiren kann (Vb. I §. 87. 4). Diese nachträgliche Offerirung braucht der conductor nicht unter allen Umständen oder beliebig lange zu acceptiren: l. 24 §. 4 cit.

22) l. 15 §. 1 D. h. t. — *si . . villa non reficitur . . ex conducto agetur* — l. 2.

23) §. 276 zu Anm. 22.

24) Das Gegentheil scheint l. 15 §. 2 D. h. t. zu sagen: *Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait*; — allein unmöglich ist dieses praestare debere etwas anderes, als der zu aktive Ausdruck für den dem Pächter zu gewährenden Zinsenerlaß oder das nachher von Ulpian richtig gestellte *damnum locatoris*. Einen Beleg hiefür bietet l. 33 eod., wo Africianus selbst sein anfängliches praestare oportere (*quamvis per te non stet quominus id (scil. uti frui licere) praestes*) nachher selbst auf Restitution des Pachtshillings reduzirt und diese sowie das *nihil amplius quam mercedem remittere* dem schließlichen *quanti interfuerit praestare* ausdrücklich entgegensetzt. Ueberhaupt scheint der Begriff des praestare bis zu dem des Leiden- oder Ertragenmüssens erstreckt zu sein — so z. B. auch in dem *ne supra damnum seminis* (das auch prästirt wird) *mercedem praestare cogatur* (l. 15 §. 2 cit.).

25) z. B. nicht das *damnum amissi seminis*, wenn Erdstürze, der Brand, ungewöhnliche Hitze, Erdbeben, Ueberschwemmungen, Vögel, Insekten u. den Pächter um seine Grubte bringen (l. 15 §. 2 cit.).

periculum rei aber trifft ihn, wenn er Eigenthümer ist, doppelt: einmal als Eigenthümer²⁶⁾, dann insoferne von dem Augenblicke des Unterganges oder der Unbrauchbarkeit der Sache (s. g. *damnum circa rem*) an die Haftung für den Zins aufhört²⁷⁾, und insonderheit bei Pachtungen auch Unfälle, welche das Wachsthum der Früchte („Wonne und Weide“) treffen (*damnum circa fructus*) einen Anspruch auf Nachlaß am Pachtchillinge begründen können²⁸⁾. Haftbar, so daß er andernfalls das ganze Interesse des Pächters prästiren muß, ist der Verpächter bloß für Gestattung (*licere*) des *uti frui*²⁹⁾; zinsforderungsberechtigt dagegen wird er nur durch Gewährung (Ermöglichung) des *uti frui*, und insoweit er dieses gewährt: einmal durch Erstellung des Grundstückes überhaupt³⁰⁾, dann durch Erstellung eines in seiner Nutzbarkeit von jener *vis divina* verschonten Grundstückes. So weit gibt es wie keinen Kauf

26) Hier trifft das *casum sentit dominus* (§. 277. 4) direkt zu; vom *conductor* kann man in keiner Weise sagen, daß ihm die Sache gehört, oder daß er sie haben muß, wie der Käufer.

27) I. 15 §. 2 in f. I. 19 §. 6 I. 30 §. 1 I. 33; I. 15 §. 2 I. 25 §. 6 I. 27 §. 1 I. 35 pr. I. 60 pr. D. h. t. Darüber, daß *pro rata* der Zeit, da die Nutzung zustund oder entging, der Zins gezahlt oder nicht gezahlt, allenfalls restituirt werden muß, s. I. 9 §. 1 I. 13 §. ult. in f. I. 19 §. 6 I. 15 §. 7 I. 30 pr. I. 33 §. 1 D. h. t.

28) Nach I. 15 §. 2 §. 3 und I. 25 §. 6 D. h. t. muß der Unfall nicht bloß von der Art sein, daß ihm nicht zu entgehen ist, sondern auch von außen kommen (z. B. *vis fluminum, graculorum, sturnorum* — *incursus hostium* — *incendium fundi* — nicht von innen: *si vinum coacuerit, raucis aut herbis segetes corruptae sint*), außergewöhnlich, und von übermäßigem Nachtheil sein; den mäßigen muß sich der Pächter gefallen lassen, da ihm auch der übermäßige Gewinn bleibt; überhaupt entfällt der Anspruch auf Remission in dem Einen Jahre durch den Uebergewinn in anderen, und zwar auch rückwärts (I. 15 §. 4 eod. I. 8 C. c. 3 X. h. t. 3, 18). — Wo ein Anspruch auf Remission besteht, ist die Zinsbefreiung oder Zinsminderung nicht minder von selbst da als beim *casus*, der *circa rem* eintritt; allein das Ungewisse der Größe des Schadens und der Zinsminderung macht eine Verhandlung, ein *desiderare* und *dare remissionem* (I. 15 §§. 3—5 eod.) nothwendig. Anders Jakobs, über Remission des Pachtzinses nach röm. u. preuß. R. 1856 S. 18.

29) *arg. I. 15 §. 7 D. h. t. Ubicunque remissionis ratio habetur . . . non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata* — Wichtigkeit der *rei suae conductio*: I. 20 C. I. 23 cf. I. 25 D. h. t.

30) I. 15 §. 2 in f. D. h. t. — *si ager terrae motu ita corruevit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit.*

und Rauffschilling sine re, auch keinen Pachtschilling ohne Nutzung. Aber nur so weit; ein von Mißwachs überhaupt freies Land braucht der Verpächter nicht zu stellen; der der gemeinen Art ist die Gefahr des Pächters.

b. Seitens des Konduktors entspringt aus dem Kontrakte zunächst eine bloße Haftung: für seinerzeitige Zahlung des Zinses und Restitution des Pacht- oder Miethobjektes, diesbezüglich für Prästation von *omnis culpa*³¹⁾, *custodia*³²⁾, allenfalls auch für Restitution oder Prästation des Empfangenen schlechthin³³⁾. Diese Haftungen verwandeln sich in Pachtschillings- und Miethzinsschulden, insoweit die Nutzung gestattet und der Pächter nicht remissionsberechtigt oder ohne weiteres frei wird (Ann. 27. 28), — in Prästationsschulden, wenn eine Einschuldung durch Verschuldung (*culpa, custodiae omissio*) oder Eintritt des übernommenen *casus plazgreift*, — in eine Verbindlichkeit zur Restitution des Pacht- oder Miethobjektes, wenn l. c. zu Ende ist.

Die Endigung der l. c. rei, d. i. das Ende der aus der l. c. rei entsprungeneu beiderseitigen Haftungen erfolgt durch den Ablauf der für dieselbe etwa festgesetzten Zeit³⁴⁾; — durch Kündigung von der einen oder anderen Seite, und zwar ohne weiteres, wenn die l. c. unbefristet ist³⁵⁾; nur un-

31) l. 9 §§. 3–5 l. 11 §. 1 §. 2 l. 25 §. 8 D. h. t.

32) §. 269 Ann. 15; dazu l. 9 §. 2 l. 30 §. 4 D. h. t. und S. 274. b.

33) 1) das *instrumentum fundi*, wenn es mit *Restimation* übernommen, und eine solche Uebernahme weder, wie das im Zweifel der Fall ist, als Kauf (l. 3 D. h. t.), noch als Fixirung der Prästationssumme, wenn der Konduktor prästations-schuldig werden würde, — sondern als Uebernahme des *periculum casus* (l. 54 §. ult. D. h. t.) gelten sollte; — 2) überhaupt der gemietheten Sachen, insoferne *periculum casus* vertragsweise übernommen wird (l. 9 §. 2 D. h. t. §. 276 Ann. 24). Der Fall der *f. g. locatio conductio irregularis* gehört zur l. c. operis.

34) arg. l. 10 C. h. t.; bei dem Bedinge „so lange als Lokator will“ spätestens mit dessen Tod: l. 4 D. h. t. Vgl. hierzu oben Ann. 10.

35) *f. g.* „ordentliches Kündigungsrecht“, welches aber namentlich in den Fällen der Hausmieth bald vertragsmäßig, bald gesetzlich oder ortsüblich auf Termine und Fristen eingeschränkt ist (vgl. beispielsweise „das Miethwesen in München“, von R. F. Arnold, 1879 §§. 23–25). In unseren Quellen kommt von diesen Kündigungsterminen und Fristen nichts vor; überhaupt geht in ihnen die Kündigung im *expellere* und *migrare* auf (s. unten Ann. 39).

ter gewissen Voraussetzungen, wenn sie befristet ist und die Kündigung also vor Ablauf der Nacht- u. c. Zeit erfolgen soll³⁶); — durch kasuellen Untergang der Sache oder ihrer Brauchbarkeit³⁷); — durch den Untergang des Verleihungsrechtes, wenn die Verleihung von diesem abhängig gemacht wurde³⁸).

Der Lokator kann dem eingetretenen Ende der l. c. rei, insonderheit der Kündigung, durch Vertreibung des Konduktors, der Konduktor kann ihr durch Auszug Folge geben³⁹). Die Vertreibung oder der Auszug an sich können die Kündigung nicht ersetzen⁴⁰); umgekehrt kann die Nichtaustreibung

36) Kündigung des Lokators: wegen Verschuldung des Konduktors (Nichtzahlung des Zinses: arg. l. 3 C. h. t. cf. l. 54 §. 1 l. 56 D. h. t.; das Erforderniß zweijährigen Rückstandes (s. z. B. Seuffert §. 331, 5 Anm. 11, Windscheid §. 402 Anm. 6) scheint in l. 56 D. h. t. nicht an die Kündigung, sondern an den Anspruch auf Aufsperrung und Einleitung zur Pfändung gestellt zu sein; Nov. 120 c. 8 spricht von der Emphyteuse; — Miswirthschaft l. 24 §. 1 §. 2 l. 54 §. 1 eod. l. 3 C. in f. cit.); — nach der Praxis auch wegen Eröffnung des Konkurses über den Konduktor: (Seuffert §. 331 Anm. 10, jetzt Konk. D. §. 17. 1); — wegen großen Baufalles l. 30 pr. l. 35 pr. cf. l. 27 pr. D. l. 3 C. cit.; — wegen unumgänglichen eigenen Bedarfes: l. 3 C. cit.; — des Konduktors: aus Anlaß der Sache selbst (Verfinsternung l. 25 §. 2 D. h. t. — *justa causa timoris*: l. 27 §. 1 cf. l. 60 pr. eod. — l. 28 l. 29 D. *damni inf.* 39, 2 *propter vitium aedium*) — überall da, wo er den Lokator wegen gestiftlicher Gebrauchsbehinderung belangen kann: l. 24 §. 4 l. 33 in f. D. h. t. — wegen Veräußerung (s. unten Anm. 42—45) —

37) l. 9 §. 1 D. h. t. — *insula exusta* — Hiezu Konk. D. §. 17, 2

38) was der Fall ist, wenn ein Usufruktuar als solcher verpachtet u. c.; hier endiget spätestens sein Tod die Pachtung u. c.; anders wenn er *quasi fundi dominus* verpachtet u. c. hat: l. 9 §. 1 D. h. t. Der Tod an sich hebt l. c. rei nicht auf: l. 10 C. h. t.

39) Daß der Lokator den Konduktor da wo dieser trotz Endigung der l. c. nicht weichen will, ungestraft austreiben dürfe, erhellt *a contrario* aus l. 3 C. h. t. — *si pensionem . . . solvisti, invitam te expelli non oportet* —, direkt aus l. 61 pr. D. h. t., wenn hier die Ejection wegen Nichtzahlung des Zinses (also nach Endigung der l. c. durch Kündigung) stattgefunden hat. Daß sich aber auch der vor Endigung der l. c. vertriebene Pächter u. c. nur durch eine Ersatzforderung mit der *actio conducti* gegen den Verpächter u. c. rächen könne, erhellt aus l. 15 C. l. 24 §. 4 D. h. t. l. 16 D. lib. leg. 34, 3 und arg. l. 18 D. de vi 43, 16 — *quaesitum est etc.*, sowie daraus, daß man sich gegen derartiges Unrecht durch *Pönalstipulationen* zu decken suchte (l. 15 C. cit. l. 54 §. 1 D. h. t. — Das „Ausziehen“ (*migrare*) s. l. 27 §. 1 l. 30 pr. in f. D. h. t.

40) würden allenfalls, trotzdem Kündigung zustand, einen Ersatzanspruch nach sich ziehen. Ein Auszug ohne Kündigung und Kündigungsrecht ist das *deserere habitationem vel fundi culturam*: l. 24 §. 2 D. h. t.

und der Nichtauszug nach eingetretendem Ende der l. c., insonderheit nach Ablauf der Nacht zc. = Zeit oder nach rechtmäßig erfolgter Kündigung die Erneuerung der l. c. (relocatio) bedeuten ⁴¹⁾).

Mit dem Sprichwort „Kauf bricht Mieth“ kann man keine Endigung der l. c. ausdrücken wollen; denn weder wird der Vermiether dadurch, daß er veräußert, seiner Haftung gegenüber dem Miether ledig ⁴²⁾, noch hört die des Miethers nunmehr von selbst auf; vielmehr kommt es erst auf den Willen des Miethers an: ob er die noch übrige Zeit in der Mieth bleiben will, und bleibt, oder nicht; gezwungen werden zur Fortsetzung der Mieth kann er nicht ⁴³⁾. Also nicht der Kauf, sondern der Wille des Miethers, nachdem verkauft ist, bricht die Mieth. Weiterhin ist zwar sicher, daß der Käufer an die Mieth, wenngleich der Miether auf ihr bestehen wollte, nicht gebunden ist ⁴⁴⁾ und Tradition vorausgesetzt, den Miether zc., der gegen seinen Willen in der Mieth bleiben

41) l. 16 C. l. 14 D. h. t. — intelligitur enim dominus cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare — l. 13 §. ult. eod. Qui impleto tempore conductionis remansit in conductiore . . . reconduxisse videtur — beides als Ausdruck des auch hier von jeder Form entbundenen, aber nothwendigen, darum im Wahnsinn- oder Todesfalle unmöglichen Konsenses (l. 14 cit.). Vgl. l. 51 pr. eod.

42) l. 25 §. 1 D. h. t. — curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget ex conducto. l. 32 eod. — si prohiberetur . . . actionem colonum habere — l. 120 § 2 D. leg. I.

43) Daß er Miether bleibt wenn er will, sagt l. 32 D. h. t. — quod si . . . vellet colere et . . . prohiberetur . . . actionem . . . habere; daß er nicht gezwungen werden kann, sagt dieselbe Stelle, unter Bezugnahme zwar auf den Fall der Veräußerung durch Vermächtniß, aber aus einem Grunde, welcher für den Fall des Verkaufes nicht minder zutrifft: quia nihil heredis interest. Des Verkäufers Interesse an der Sache ist durch deren Entäußerung aufgehoben; der Käufer aber hat keine Klage, weil er nicht kontrahirt hat.

44) l. 9 C. h. t. Emptorem . . . necesse non est stare colono cui prior dominus locavit; arg. l. 120 §. 2 D. leg. I.; dies gilt selbst dann, wenn er sich dem Verkäufer zur Belassung des Miethmanns zc. verbunden hätte (ea lege emit); ein solcher Pakt würde ihn dem Verkäufer obligiren und insoweit necessitatem standi colono, dagegen keine Forderung des Miethers zc. gegen ihn, den Dritten, erzeugen. Verschieden von diesem mit dem Verkäufer geschlossenen Pakt ist das Uebereinkommen mit dem Miether zc. „ut in eadem conductione maneat“: darin liegt eine Neuvermichtung; von ihr hebt l. 9 C. cit. mit den Worten an: verum si probetur etc.

will, vertreiben darf⁴⁵); allein damit ist auch schon gesagt, daß wohl der Käufer, nicht aber der Kauf, die Miethe bricht, vielmehr brechen kann. Auch ist, daß er dies kann, keine Besonderheit des Kaufs, sondern eine Folge seines Eigenthums. Bestenfalls also hat unser Sprichwort nur den aus der locatio conductio rei sich von selbst ergebenden Satz, daß im Veräußerungsfalle weder der Miether noch der neue Erwerber weiter an die Miethe gebunden ist, zum Ausdruck bringen wollen, dies aber allzu energisch gethan⁴⁶). — Fragt man daneben, wie die Tradition an den Käufer möglich sei, wenn der Miether weder auf das Verlangen, den Besitz zu räumen, noch auf die Zumuthung, fortan für den Käufer im Besitze zu bleiben, eingeht, so läßt sich nichts anderes antworten, als daß die Tradition unter so bewandten Umständen nicht möglich⁴⁷), der Miether unter so bewandten Umständen viel-

45) Daß l. 25 §. 1 in f. l. 32 D. h. t. und l. 59 §. 1 D. usufr. 7, 1 bloß von prohibere und repellere, nicht auch von expellere (vgl. l. 3 C. h. t.) reden, erklärt sich vielleicht aus dem Gedanken an Parzellenverpachtungen, welche den Pächter nur zeitweilig auf das Grundstück führen (l. 59 §. 1 cit. — locati agri). Aber auch bei Verpachtung ganzer Güter (fundi) kann der (etwa im Herrenhause wohnende) Grundherr dem Pächter wehren und das Wirthschaften unmöglich machen ohne ihn zu vertreiben; der Vermiether eines Hauses kann einen Hausmeister haben und an seiner Statt ab- wie zusperren (D. de migrando 43, 32) lassen. Steht dem Eigenthümer das Vertreibungsrecht trotz der Vermietzung zu, so muß es dem Käufer, der an die Miethe nicht gebunden ist, nur umsomehr zustehen.

46) Im Resultate übereinstimmend Seuffert §. 331, 2. Ueber diese Frage und die folgende s. übrigens Ziebarth, die Realrestitution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe 1866 §. 1.

47) insonderheit auch nicht mittelst constitutum possessorium, da die zu diesem unerläßliche Voraussetzung — corporalis possessio in der Person des Konstituenten — dem Verkäufer, der vermietet u. hat, abgeht und l. 30 §. 6 D. a. v. a. p. 41, 2 (vgl. Windscheid §. 400 Anm. 7. b. α) nur von einer Propagation des alieno nomine possidere nach abwärts, nicht auch nach aufwärts spricht; ein constitutum possessorium wäre nur mit dem Detentor, in Zusammenhang des Besitzers mit dem Detentor, nämlich derart möglich, daß der Besitzer seinerseits Aufgebung des Besitzes und der Detentor diesen nunmehr im Namen des Erwerbers ausüben zu wollen in Einem erklärte. Nun aber will der Miether nicht mitthun. Abgesehen vom const. poss. aber müßte, im Auftrag des Verkäufers, der Miether selbst tradiren (l. 12 D. de vi 43, 16 — cui jussisset dominus tradi possessionem —), wenn der Käufer gütlich zu Besitz kommen sollte.

mehr selbst als nunmehriger Besitzer zu betrachten und zu behandeln ist⁴⁸).

§. 332.

II. Die l. e. operarum geht

1. als Geschäft in Demonstration und Vereinbarung der Dienste und des Lohnes¹⁾, allenfalls einer gewissen Dienstzeit²⁾, bei uns Kündigungsfrist, sowie gewisser Zeiten (Tag-, Wochenlohn u.)^{2a)} vor sich. Nur Arbeiten, welche unter der Herrschaft und nach Anordnung des Arbeitsgebers verrichtet werden, bei denen der Leistende sich also in dienendem Verhältnisse zum Empfänger verhält, nicht beliebiges Thun, sind operae³⁾. Die diesem Geschäft entspringenden

2. Obligationen pflegen

a. seitens des Konduktors (Arbeitsgebers, Dienstherrn) zunächst eine bloße Haftung für den Lohn zu sein, und erst durch Leistung von der anderen Seite, oder dadurch, daß diese durch Schuld des Arbeitgebers⁴⁾ unmöglich wird, klagbar und zur Schuld zu werden⁵⁾, — wogegen

48) Der Miether, welcher den Hausherrn bloß an der Reparatur des Hauses hindert, wird mit dem *uti possidetis* verfolgt und also bis auf weiteres als Einer betrachtet, der jenem *controversiam possessionis facit* (Bd. 1 §. 181 S. 734; §. 182 S. 742 Abs. 2; insonderheit l. 3 §. 6 in f. D. *uti p. 43, 17 — ne possideret*); der Miether dagegen, welcher den Hausherrn an der Inhabnahme des Besitzes selbst in eigener oder dritter Person verhindert, wird als Einer betrachtet, der den Besitz nicht bloß haben will, sondern auch schon hat; er unterliegt dem *interdictum de vi* des Verkäufers, ob er diesen selbst oder den vom Verkäufer eingewiesenen Käufer prohibirt, und erwirbt dann folgerecht auch seinerseits das *i. de vi* gegen den Käufer, wenn dieser auf erfolgte Prohibition ihn, den Prohibenten, beleidigt (l. 12 l. 18 D. *de vi 43, 16*).

1) zu welchem hier häufig Verköstigung u. dgl. m. hinzukommt —

2) l. 22 C. l. 38 pr. D. h. t.

2a) vgl. Unterholzner, *Schuldverh.* II §. 506. 1.

3) l. 5 §. 2 D. pr. v. 19, 5 — *si tale sit factum, quod locari solet — quod locari non possit, puta ut servum manumittas — Unterholzner a. a. D. § 504.*

4) l. 38 pr. D. h. t. — *si per eum non stetit, quominus operas praestet.*

5) Vorausbezahlung kann faktisch vorkommen (*arg. l. 38 §. 1 D. h. t. l. 11 C. cond. ob caus. 4, 6*) oder bedungen sein; letzterenfalls ist der *conductor* sofort schuldig.

b. seitens des Locators sofort oder von einem bestimmten Termine an eine Verbindlichkeit zur Leistung, welche zur Schuld wegen Nichtleistung werden kann⁶⁾, sowie eine Haftung für *omnis culpa*⁷⁾ platzgreift. — *Rasus* ist an den *operae* nicht möglich; wohl dagegen ein *Rasus* an der Sache, welcher die gemietheten Dienste zugewendet, — oder eine Zufälligkeit in den Personen, von denen jene geleistet oder empfangen werden sollen⁸⁾. Ob nun, wenn durch den *Rasus* dort, oder durch die Zufälligkeit hier die Dienstleistung unmöglich wird, *locatio conductio* (und damit die fernere beiderseitige Haftung) lediglich aufhöre, oder aber Lohn ohne Dienste schuldig werde, und also die Gefahr auf Seite des Konduktors sei, hängt zuvörderst von der Ursache der Unmöglichkeit, dann aber auch von der Miethzeit, anderweiter Entschädigung, und endlich von der Art der Dienste ab. Wo die Ursache der Unmöglichkeit nicht am Arbeiter⁹⁾ liegt und auf gewisse Zeit gedungen war, läuft der Lohn für die noch übrige Zeit fort, sofern er nicht anderwärts verdient und bezahlt werden sollte¹⁰⁾. Ist bei der Dienstmieth die Person des Vermiethers mit in Betracht gezogen¹¹⁾, so tritt mit dessen Tod oder Dienstuntauglichkeit das Ende der I. c. ein¹²⁾; außerdem hebt die in der Person des Obligirten eintretende Unmöglichkeit der Leistung die Obligation nicht auf (§. 278 Anm. 10)¹³⁾.

6) l. 22 C. h. t. — *judex conventionem servari jubebit*. l. 26 D. h. t. — *convenit priori conductori ante satisfieri*. Leistung durch Substituten ist je nach Art der *operae* und *operarii* nicht ausgeschlossen: Unterholzner a. a. D. S. 345. 4.

7) vgl. l. 9 §. 5 l. 51 §. 1 D. h. t.

8) §. 276 Anm. 6, 8 und S. 320 Z. 3 §. 278 Anm. 10.

9) sondern z. B. daran, daß der Dienstherr stirbt — l. 19 §. 9 §. 10 D. h. t. l. 4 D. off. ass. 1, 22 l. 1 §. 13 D. extr. cogn. 50, 13 (wozu §. 278 Anm. 10).

10) ll. *citt.* und l. 38 pr. §. 1 D. h. t.

11) vgl. l. 31 D. solut. 46, 3.

12) wie wir beim Tode oder bei Dienstuntauglichkeit von Dienstboten an keine Fortdauer ihrer Verbindlichkeit zu Diensten, oder ihres Anspruches auf Lohn denken —

13) mag auch faktisch noch so oft von der Fortdauer der Haftung Umgang genommen und mit der Einstellung des Lohnes vorlieb genommen werden. Der Satz *ex conducto actionem ad heredem transire* (l. 19 §. 8 D. h. t.) spricht nur von der Vererbung von Seite des *conductor* (vgl. l. 10 C. §. 6 J. h. t.).

Außer durch Tod und Dienstuntauglichkeit des Vermiethers kann l. c. operarum, d. h. können die beiderseitigen Haftungen auch noch durch Ablauf der Miethzeit (Ann. 1), und wo keine Zeit bedungen ist, durch Kündigung diesseits wie jenseits geendigt werden. Kündigungsfristen pflegen namentlich bei der Einstellung von Dienstboten bedungen zu werden, oder ortsüblich stillschweigend bedungen zu sein.

§. 333.

III. L. c. operis enthält als

1. Geschäft die Bezeichnung und Vereinbarung der zu lösenden Aufgabe, sowie des dafür zu leistenden Entgelts. Letzterer besteht hier wieder nothwendig in Geld¹⁾, muß so wie sonst bestimmt sein²⁾, allein entsprechend dem Dinge, was zu vergelten ist³⁾, überall den Charakter eines Preises⁴⁾, nirgends den des Zinses an sich tragen. Gewiß, im Sinne einer fixen Summe (Ann. 1), muß dieser Lohn sein; allein derart gewiß, daß seine Größe den Kontrahenten vornherein bekannt ist, muß auch er nicht sein⁵⁾. Von Seite des Konduktors muß, damit nicht Kauf anstatt Verdingung vorliege, lediglich Arbeit, nicht etwa das zu bearbeitende, verarbeitende Material über-

1) pr. J. h. t. l. 1 §. 9 ab init. D. dep. 16, 3 l. 5 §. 2 l. 22 D. pr. v. 19, 5.

2) §. 1 J. h. t. Würde, wie das so oft geschieht, ohne Vorausbestimmung des Lohnes verbunden werden, so wäre das ein Innominationstratt: §. 1 in f. J. h. t.

3) — das als Ergebnis von Arbeit überall etwas Einmaliges, Einheitliches, darnach der res in emptio venditio Ähnliches ist —

4) f. z. B. l. 51 §. 1 D. h. t. — *utrum uno pretio opus etc.* —

5) Vgl. §. 325a zu Ann. 24. 25 Die Lohnbestimmung kann z. B. nach gewissen Maßen oder Tagsschichten erfolgen, so daß die sich hiernach ergebende Totalsumme dennoch unbestimmt ist: l. 36 l. 30 §. 3 D. h. t. — „*quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio . . . in pedes singulos septem*“ —; l. 51 §. 1 eod. — *ut pro opere . . . in dies singulos mercedem darem . . . ut in singulas operas pecunia daretur . . . si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit.* — Beim f. g. Stücklohn können so viele opera als Stücke verbunden sein, wo dann vielleicht nur die Zahl der opera, nicht die Größe des Lohnes im Unbestimmten gelassen ist. — Fremdem Ermessen kann die Bestimmung des Lohnes auch hier überlassen sein: §. 1 J. h. t.

dies zu liefern sein⁶⁾. Unter den Nebenbestimmungen (*lex locationis*) erscheint hier vornehmlich 1) ein *dies efficiendi operis*, welcher sich aber auch stillschweigend als Gegenstand billigen Ermessens versteht⁷⁾, anderseits in seinen Folgen durch das Präjudiz der Weiterverdingung näher bestimmt sein kann⁸⁾ — 2) ein ausdrücklicher Vorbehalt der Genehmhaltung (*adprobatio operis*), die sich stets als ein *boni viri arbitratus* versteht⁹⁾, auch stillschweigend vorbehalten ist¹⁰⁾, und aber da, wo der Lohn maß- oder schichtenweise bedungen wurde, mit der Zumeßung der einzelnen Maße oder Schichten abgethan sein kann¹¹⁾ — 3) einer in *diem addictio*, welche sich auch hier gerne zur Versteigerung, an den Wenigstnehmenden nämlich (*Submissio*), ausweitet¹²⁾ — 4) Abmachungen in Betreff des *periculum*¹³⁾ — 5) ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, daß die zur Verarbeitung oder Verfrachtung hingeebenen Sachen (Quantitäten) nicht in ihrer Spezialität, sondern nur der Qualität und Quantität nach erstattet werden müssen (s. g. *locatio cond. irregularis*)^{13a)}.

2. Die Obligationen, welche aus der *l. c. operis* beiderseits entspringen, und sofort mit der Perfektion des Kon-

6) Letterenfalls hatte Cassius Kauf und Verdingung nebeneinander angenommen: §. 4 *J. h. t.* (*materiae quidem emtionem venditionemque, operae autem locationem conductionem*); die Institutionen (§. 4 *cit.* vgl. *Gaj.* 3, 147) stellen die Frage auf Kauf oder Verdingung, entscheiden sich aber für Kauf. In *l. 30 §. 3 D. h. t.* (wo der Affordant auch die Steine liefert) liegt wohl die Konsequenz einer entgegengesetzten Entscheidung vor. So übrigens auch noch unten *Num.* 25.

7) *l. 58 §. 1 cf. l. 24 pr. D. h. t.*

8) *l. 13 §. 10 eod.* — *ut si ad diem effectum non esset, relocare id liceret* — *cf. l. 51 pr eod.* Wo die Frist ausdrücklich gesetzt (*lege finitum*) ist, hat bezüglich ihrer kein billiges Ermessen mehr Raum, wofern nicht auch dieses noch ausdrücklich zugesagt ist (*l. 24 pr. eod.*).

9) mag das Ermessen dem Lokator selbst oder einem Dritten vorbehalten sein, und welche den Lokator nicht bindet, wenn sie *dolo malo* des Konduktors erschlichen ist: *l. 24 pr. D. h. t.*

10) *arg. l. 36 l. 37 l. 62 D. h. t. cf. l. 7 §. 2 D. leg. Jul. repet. 48, 11.*

11) *l. 51 §. 1 D. h. t.* — *nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut (Schritt für Schritt) arbitrio domini opus efficeretur* — vgl. *l. 36 eod.*

12) vgl. *l. 3 C. loc. praed. 11, 70 (71).*

13) *l. 13 §. 5 l. 36 D. h. t.*

13a) *l. 31 D. h. t. cf. l. 34 pr. in f. D. auro, arg. 34, 2.*

traktet existirt werden, sind zunächst und an und für sich bloße Haftungen, hier für probehaltige und rechtzeitige Leistung der übernommenen Arbeit, dort für Zahlung des versprochenen Lohnes¹⁴⁾. Die Haftung für Leistung der Arbeit ist nicht absolut zu verstehen, als ob der Konduktor, aus was immer für Gründen die Leistung nicht erfolgt, schuldig würde; vielmehr haftet er für die Leistung grundsätzlich nur insoweit, als sie mit dem Aufgebot von Sorgfalt und Arbeit möglich ist¹⁵⁾; eine darüber hinausgehende Haftung muß ausdrücklich übernommen sein¹⁶⁾. Von solchem Bedinge abgesehen geht sie also nur dann in Schuld über, wenn durch Verschuldung des Konduktors nicht, oder nicht rechtzeitig, oder nicht probehaltig geleistet wird¹⁷⁾. Aber jedwede Verschuldung macht ihn schuldig¹⁸⁾, und jedwede culpa seiner Gehilfen ist seine culpa¹⁹⁾, allenfalls auch die seines Substituten oder Pftermiethers (§. 270, 2; oben Num. 17); namentlich haftet er auch für custodia in Ansehung der ihm zur Bearbeitung oder Verarbeitung anvertrauten Sachen²⁰⁾. Schuldig wird er das Interesse des Lokators²¹⁾.

14) daß der Lohn auch hier *praenumerando* kann gezahlt werden müssen, s. l. 15 §. 6 D. h. t.

15) l. 36 D. h. t. „— non amplius praestare locatori oportet, quam quod sua cura atque opera consecutus esset —“. Defekte, welche mangels Sorgfalt oder Arbeit entstehen, sind ein *vitium operis* im Gegensatz zum *vitium soli* (l. 62 eod.), *materiae* (l. 13 §. 5 eod.), *vis major* (l. 36 eod.).

16) l. 13 §. 5 l. 36 citt.

17) l. 24 §. 3 D. h. t. — *quae praesenti die praestare debuerunt (si non praestiterunt) agere similiter (statim) potest* (cf. §. 2 eod.) — l. 51 §. 1 eod. — *praestari tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum esset* —

18) l. 25 §. 7 D. h. t. — *culpa autem abest si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* —

19) l. 25 §. 7 ab init. — ein Satz, der durch den Nachsatz in l. cit. nicht eingeschränkt wird. Vgl. §. 270. 1, insb. Num. 6.

20) §. 269 Num. 14.

21) welches in l. 58 §. 1 eod. stipulirt ist: *si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat* — auf die Differenz des Betrages mittelst Wiedervermuthung gestellt sein kann: l. 51 pr. cf. l. 24 pr. eod. vgl. Num. 8. Der an den Sachen des Lokators gestiftete Schaden (z. B. l. 25 §. 7 l. 13 §. 1 §. 5 §. 6 eod.) ist in dem Interesse mitbegriffen.

Ueber dem operis conductor schwebt aber nicht bloß dieses periculum culpae und custodiae²²⁾.

Am opus, als einem sachartigen Dinge, ist auch der Kasus möglich²³⁾. Diese Möglichkeit des Kasus ist Gefahr: für den conductor operis, insoferne es casu kommen kann, daß er umsonst gearbeitet²⁴⁾ und allenfalls auch Geld und Gut umsonst ausgelegt hat²⁵⁾; für den locator operis, insofern ihm casu nicht bloß seine zur Bearbeitung, Verarbeitung, Verfrachtung verdungenen Sachen ohne irgend einen Entgelt zu Grunde gehen können, sondern er überdies auch den für das untergegangene opus bedungenen Lohn kann zahlen müssen²⁶⁾. Was nun die Gefahr des Kasus an den verdungenen Sachen (periculum rei) anlangt, so ist diese stets beim Locator oder wer außer ihm Eigenthümer dieser Sache ist und den Locator ihrerthalben nicht in Haft hat; was dagegen die übrige, durch die locatio conductio selbst heraufbeschworene Gefahr der unentgeltlichen Arbeit und Auslagen auf der einen, oder der unfruchtbaren Geldleistung auf der anderen Seite anlangt, so entscheidet sich dieselbe dahin oder dorthin, je nachdem der Kasus nach richtig erstellter Arbeit, oder noch vorher eingetreten ist. Die richtig erstellte Arbeit muß der Locator haben, mit ihr (als dominus der casum sentit — S. 319) deren Gefahr: gleichviel ob er ihr die Approbation noch erteilt hat oder nicht: genug, daß sie von der Art war, um approbirt werden

22) I. 5 §. 7 cit. — ita id periculum praestat etc. Vgl. §. 277 Num. 2.

23) §. 276 zu Num. 7 und vgl. dazu das vitium materiae, soli und die vis major in Num. 15.

24) z. B. ohne Frachtlohn: I. 15 §. 6 D. h. t.

25) Für Auslagen kann in I. c. operis ein bestimmter Erfaß ausbedungen sein (I. 58 §. 2 D. h. t. — ad refectionem fornacis fistularum similiumque rerum centum nummi ut praestarentur ei convenerat —); sie können aber in dem Lohne mitveranschlagt sein. Würde der Unternehmer die zu bearbeitende oder verarbeitende Sache selbst beizustellen haben, so läge gar keine I. c. operis mehr vor (Num. 6); dagegen wäre es immer noch I. c. operis, wenn z. B. ein Bauunternehmer mit Ausnahme nur des Bauplatzes alles andere übernahm.

26) Wohl nur an diese letztere Gefahr ist gedacht, wo von periculum locatoris geredet wird (z. B. I. 36 D. h. t.); nur dieses entspringt aus dem Geschäft der I. c.; das periculum rei trägt er als dominus, nicht als creditor. Vgl. §. 277, 1. b. 2.

zu müssen; bis dahin ist die Arbeit noch des Konduktors Sache und die Gefahr bei ihm²⁷⁾. Wenn der Lohn maß- oder schichtenweise vereinbart wurde (Num. 5), kann gleichwol Ein opus verdungen, Genehmigung des Ganzen vorbehalten, und die Gefahr also bis dahin beim Konduktor sein²⁸⁾; abgesehen von dieser besonderen Intention bleibt die Gefahr für jedes Maß zc. nur bis zu dessen Zumessung beim Konduktor²⁹⁾. Ist der Lohn anstatt nach Mäßen zc. im Ganzen (aversione) bedungen, so bleibt die Gefahr überall bis zur Approbation oder Approbationsmäßigkeit beim Konduktor³⁰⁾. Aus dem Gesagten möchte man schließen, daß da wo im Ganzen verdungen ist, die Gefahr niemals vor Vollendung des Ganzen auf den Lokator übergehen könne. Allein für den Fall, da das Begonnene vi naturali zerstört wird, ist anders entschieden³¹⁾.

Bei der *l. g. locatio cond. irregularis* (Num. 13a) geht die Gefahr der (zur Verarbeitung oder Verfrachtung hingeebenen) Sache in dem Augenblick auf den Konduktor über, da das Eigenthum auf ihn übergeht³²⁾.

27) *l. 36 D. h. t. Opus . . . donec adprobetur, conductoris periculum est . . . l. 37 eod. Si, priusquam . . . probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.* Daß nicht selten der Adprobationsakt schlechthin als Wendepunkt der Gefahr hingestellt wird (z. B. *l. 36 cit. l. 62 eod.*), mag darin seinen Grund haben, daß die Adprobation selbst der vornehmste und sicherste Beweis für die Probehaltigkeit ist, und darum statt dieser selbst steht.

28) *arg. l. 51 §. 1 D. h. t. — si ita opus locasti, ut bonitas ejus tibi a conductore approbaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur —* und oben Num. 5.

29) *l. 36 D. h. t.*

30) *l. 36 cit.*

31) *l. 59 D. h. t. — operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Mass. Sabinus: si vi naturali (nicht operis vitio) veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci (locatoris) esse periculum: l. 33 eod. — si insulam aedificandam locasses et solum corruiisset, nihilominus teneberis.* Daß hier der ganze Lohn gefordert werden könne ist nicht gesagt, und nicht anzunehmen (vgl. sofort *l. 33 cit.* selbst in Ansehung der *l. e. rei: — ejus scil. temporis quo fructus non fuerim —*); ferner muß was von dem Ganzen, auch vom Theile gelten: das Erforderniß der Approbationsmäßigkeit nämlich: Windscheid §. 401 Num. 8–10.

32) Darüber daß dieser Eigenthumsübergang nicht sofort stattfinden müsse, s. §. 317 Num. 13. Wird die Quantität tauschweise hingeeben wie in *l. 34 pr. in f. D. auro, arg. 34, 2*, oder kreditungsweise wie

Die besondere Gefahr, welche dem Verfrachter einer Seefracht insoferne droht, als diese vom Loose des Auswurfs betroffen, überhaupt infolge von Rettungsmaßregeln vernichtet oder beschädigt werden kann, ist nach der *lex Rhodia de jactu*³³⁾ auf Alle vertheilt, deren Gut dadurch gerettet wird³⁴⁾. Die Kontribution erfolgt durch den Schiffer, an welchen sich (*actione locati*) der Geschädigte hält, während er seinerseits Retentionsrecht und Klage (*a. conducti*) gegen die Uebrigen hat³⁵⁾. Insolvenz der Betheiligten trifft nicht ihn³⁶⁾. — Ein anderes als Preisgebung einer Fracht zur Rettung des Schiffes und der übrigen Ladung ist Preisgebung des Schiffes zur Rettung der Ladung; auch sie ist gemeinschaftliche Havarei³⁷⁾.

Eine Endigung der *l. c. operis*, d. i. der ferneren beiderseitigen Haftung (im Gegensatze zur Aufhebung der aus den Haftungen bereits erwachsenen Schulden) tritt hier ein mit der Lösung der übernommenen Aufgabe³⁸⁾ — mit dem Unter-

l. 31 D. h. t. ab init., dann findet der Eigenthumsübergang allerdings sofort statt; anders wenn *ita ut in simili re solvi possit*, wie in l. 31 cit. in fin.

33) D. h. t. 14. 2.

34) „große“ oder „gemeinschaftliche“ Havarei: D. Hdbg. Tit. 8 Abschnitt 1. Der *jactus* Hauptfall: l. 1 l. 2 pr. D. h. t.; nächst dem Ausschiffung auf „Leichterfahrzeugen“: l. 4 pr. eod. Paul. R. S. II, 7 d. Hdbg. Art. 708. 2. — Havarei, die den im Schiffe verbliebenen Waaren durch den *jactus* zustoßt (l. 4 §. 2 eod., — mit Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der also Geschädigte zugleich konferiren müsse, d. Hdbg. Art. 708, 1 Min. 2) — Verwendung der Fracht zum Loskauf des Schiffes von Seeräubern (l. 2 §. 3 eod., d. Hdbg. Art. 708, 6 vgl. 5). Kontributionspflichtiges Gut ist mit Ausnahme der *libera corpora* und des (im Nothfall ja doch gemeinsamen) Mundvorrathes alles, was man bei und an sich hat; insonderheit auch das Schiff selbst (l. 2 §. 2 eod.). Näheres d. Hdbg. Art. 725. Neben dem kontributionspflichtigen distinguirt das d. Hdbg. auch ein kontributionsberechtigtes Gut: Art. 710.

35) l. 2 pr. §. 2 eod.

36) l. 2 §. 6 eod. — d. h. wohl, nicht ihn allein, sondern Alle. Vgl. d. Hdbg. Art. 702 A. 2. Diese Frage tritt nach heutigem Recht insoferne zurück, als die Beitragshaftung nur auf den Gütern lastet, und die Person nur unter besonderen Voraussetzungen an deren Stelle tritt. D. Hdbg. Art. 728. Im Uebrigen s. über die „Aufmachung der Dispache“ Hdbg. Art. 729—733.

37) l. 2 §. 1 in f. l. 3 arg. l. 6 in f. eod. Hdbg. Art. 702 Art. 708, 1, 3, 4, 5.

38) wozu nicht nur probemäßige Vollendung, sondern auch unver-

gange der zu bearbeitenden, verarbeitenden, verfrachtenden Sache³⁹⁾ — allenfalls mit dem Tode des Konduktors (vgl. §. 332 Anm. 11–13)⁴⁰⁾ — durch Einstellung wegen Ueberschreitung des Kostenvoranschlages⁴¹⁾.

Die den Verbindlichkeiten und Schulden aus jeglicher Art von locatio conductio entspringenden Aktionen (locati, conducti) sind bonae fidei⁴²⁾, lassen darum ein Petitum ebenso wohl auf facere als dare zu⁴³⁾, insonderheit auf Erfüllung der Verbindlichkeit zur Restitution der gepachteten *re*. Sache⁴⁴⁾, ermächtigen und verpflichten den Richter, allem was vereinbart ist Geltung zu verschaffen⁴⁵⁾, dabei jedoch auf das was stillschweigend gewollt ist nicht minder als auf ausdrücklich bestimmtes zu achten⁴⁶⁾, umgekehrt dem Vertrag, wenn er durch

kehrte Ablieferung der Arbeit gehören kann (arg. l. 13 §. 6 D. h. t.; des weiteren oben §. 269 Anm. 14). Hiemit wird der conductor frei von der Haftung für Diligenz, custodia, für das opus facere überhaupt, der locator hingegen den Lohn schuldig, wosfern er nicht im Voraus gezahlt hat —

39) mag dieser mit oder ohne Schuld des conductor oder locator erfolgt sein. Keinesfalls besteht eine fernere Haftung für ferneres opus facere: die bisherige ist entweder wegen verschuldeten Untergangs in eine Prästationsschuld übergegangen, oder aber wegen kasuellen Untergangs erlöschen; auch ein Lohn kann weiter als er es bereits geworden ist (Anm. 31), nicht mehr schuldig werden.

40) wobei dann der Lohn wieder pro parte operis verdient (die Haftung für denselben pro parte in Schuld übergegangen) sein kann.

41) l. 60 §. 4 D. h. t. Vgl. Dankwardt, *Jherr. Jahrb.* Bd. 13 S. 313 Anm. 3 und dagegen Windscheid §. 402 Anm. 10.

42) §. 224 Anm. 5. l. 35 pr. l. 54 D. l. 2 l. 17 l. 21 C. h. t.

43) auf facere: 3. B. agam vel in hoc ut me liberet (l. 10 l. 15 D. h. t.) — „ut tollere liceat“ (l. 19 § 4 § 5 eod.) — „ut condicat“ (l. 60 §. 5 eod.) — ut ei praestetur frui quod conduxit licere (l. 9 pr. eod. — womit jedoch auch eine praestatio quod interest wegen non licere gemeint sein kann: l. 33 cf. l. 15 §. 1 §. 8 l. 24 §. 4 §. 5 l. 25 §. 1 l. 32 eod.) — Prästation von Aktionen: l. 25 §. 8 l. 60 §. 2 D. h. t.

44) mit jusjurandum in litem wegen geflißentlicher Nichtrestitution (l. 48 §. 1 D. h. t.), oder Restitutionszwang (l. 68 in f. D. rei vind. 6. 1), und endlich Restitutionszwang nebst Prästation der Schätzung ad similitudinem invasoris alienae possessionis (l. 34 C. h. t. vgl. Bd. 1 S. 748); auch der Pächter *re.*, der Eigenthum geltend machen will, muß zuvor possessionem restituere (l. 25 C. h. t.).

45) l. 21 D. h. t. — Bona fides exigit, ut quod convenit, fiat —

46) l. 21 cit. — sed non amplius etc. — l. 45 §. 1 l. 51 pr. l. 54 §. 1 l. 58 §. 1 l. 60 §. 6 D. l. 9 C. h. t.; — s. oben §. 225, 1. Hieher gehört die Restitution des dolo und culpa geschädigten Interesses (l. 8 C. h. t. 3. B. l. 19 pr. § 1 l. 35 pr. D. h. t.), hieher die

Arglist des Klägers zu Stande gekommen ist, und Beklagter das verlangt, die Anerkennung zu versagen⁴⁷⁾, für den Fall aber, daß der Klage stattzugeben ist, den Gegenansprüchen des Beklagten aus demselben Geschäfte Rechnung zu tragen⁴⁸⁾. Einen Fall, da Jemand in Ansehung derselben Sache actionem locati und conducti zugleich hat, s. l. 35 §. 1 D. h. t.

3. aus dem Mandat¹⁾.

§. 334.

Kauf und Miethe sind selbst Geschäfte, das Mandat ist ein Auftrag zu Geschäften – also gleich der Auctoritas, dem Consensus, Sensus und der Ratihabition nur ein Zusatz zu Geschäften. Gleich diesen anderen zusätzlichen Willenserklärungen den Willen, daß das Geschäft stattfinden soll, enthaltend, unterscheidet es sich von bloßen Anordnungen, wie ein Geschäft eingerichtet oder vorgenommen werden soll, mithin namentlich von den Anordnungen, wie sie der conductor operarum und der locator operis zu treffen pflegt²⁾. – Das Geschäft, welches der Mandatar übernimmt und verrichtet, ist zugleich ein Dienst, den er dem Mandanten leistet. Dadurch reiht sich das Mandat der operarum und operis locatio, conductio an. Allein der Dienst, den der Mandatar leistet, ist ein Freundschaftsdienst, von den Auslagen, die er mit sich führt, abgesehen, unentgeltlich³⁾, so denn gemeinlich auch schon seiner Art nach von dem factum quod locari solet⁴⁾

Ermäßigung der Kondemnation bei unverschuldeter Schädigung des Interesses (l. 30 pr. §. 1 l. 33 eod.); bezgleichen die Berechnung von Verzugs- und anderen Zinsen (l. 17; l. 2 C. l. 54 pr. D. h. t.).

47) l. 23 D. h. t.; s. oben §. 225, 2.

48) s. oben §. 224. l. 3. B. l. 19 §. 3 l. 61 pr. D. h. t. Auf einem Gegenanspruch auf die wegen Mißwachs u. ausgefallenen Nutzungen beruhen die Zinsnachlässe (s. oben §. 331 Anm. 28–30).

1) D. mandati vel contra 17, 1 C. eod. 4, 35 J. de mandato 3, 17.

2) Vgl. Unterholzner, Schulbverh. II S. 343 §. 504 not. a. 3. „wer die Kräfte vermietet, unterwirft sich den Anordnungen des Miethers.“

3) l. 1 §. 4 D. h. t. Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces. §. 13 J. h. t.

4) l. 5 §. 2 D. p. v. 19, 5.

verschieden⁵⁾. Unentgeltlich ist die Dienstleistung des Mandatars trotz scheinbaren Gegentheiles fort und fort geblieben. Zwar kommt es vor, daß Mandatäre um ihrer Dienstleistungen willen „remunerirt“ oder „honorirt“ werden⁶⁾; daß ein Honorar vornherein ausbedungen⁷⁾ und eine Klage darauf gewährt wird: allein solche Remunerationen oder Honorare sind kein einem marktgängigen Tauschwerthe des Dienstes entsprechender Lohn (*merces*), sondern eine sich nicht auf Worte beschränkende Dank- oder Ehrerweisung für die Wohlthat⁸⁾ einer Dienstleistung, deren Werth in Geld nicht abzuschätzen ist⁹⁾, so denn auch erst unter den Kaisern und nur *extraordinaria actione* klagbar¹⁰⁾. Auf Mandat werden wir ferner

5) gemeiniglich auf Beforgung von Rechtsgeschäften gerichtet: *ut a To. X exigeres — ut domum C. emereres — ut fundum C. venderes — ut pro me solvat — ut credat — ut pro me fidejubeat etc.* (I. 17 I. 5 §§. 2. 3 I. 10 §. 8 I. 12 §. 5 I. 22 pr. D. h. t.) — also nicht auf operae und opus, die gemeine Handlungen sind. Näher betrachtet gehen auch die Mandate *ut sphaeristerium et hypocausta faceret* oder *ut monumentum sibi faciat* (I. 16 I. 12 §. 17 eod.) auf Rechtsgeschäfte, nämlich auf Anschaffung dieser Vorrichtungen (*ut fieri jubeat*). Möglich aber ist es, daß auch wahrhaft gemeine Geschäfte mandatsweise besorgt werden: §. 13 in f. J. h. t. Auf sittenwidrige oder verbotene Geschäfte gerichtet ist das Mandat in Wahrheit kein Mandat (I. 6 §. 3 D. h. t.) und nicht obligatorisch (§. 7 J. I. 22 §. 6 D. h. t.).

6) I. 6 pr. I. 7 D. h. t. I. 38 §. 1 D. loc. cond. 19, 2.

7) I. 7 cit. — *salarium constitutum* — I. 1 §. 12 D. extraord. cogn. 50, 13 — *si cui cautum est honorarium* — I. 1 C. h. t. — *de salario . . quod promisit* —

8) I. 1 pr. D. si mentor falsum mod. dix. 11, 6 — *non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praebere, et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari* —

9) I. 1 §. 4 D. extraord. cogn. 50, 13 — *pretio nummario non aestimanda* —

10) I. 1 pr. — §. 9 D. extraord. cogn. 50, 13. Die *actio mandati* in I. 6 D. h. t. wird nicht auf das Honorar, sondern auf den regelrechten Inhalt der *mandati actiones* zu beziehen sein: das Honorar hindert *mandati actionem* nicht. Honorare können übrigens nicht nur aus Mandaten, sondern auch aus solchen Dienstverträgen schuldig werden, welche die Gestalt des Miethvertrages haben. Daher vom Advokaten- und Feldmesserlohn in Verbindung oder in Vergleichung mit der *locatio c.* die Rede: I. 38 §. 1 D. loc. 19, 2 I. 1 pr. D. si mensa 11, 6, während des Prokuratorhonorars in I. 7 D. h. t. gedacht ist. (Anders Windscheid §. 404 Anm. 3. „— Für die Römer zc.“). — Unter den Dienstleistungen, um derenwillen eine außerordentliche Klage auf Honorar bestand, ragt der „literarische“ Unterricht (der Rhetoren, Grammatiker, Geometer, aber auch des Schulmeisters) im Gegensatze zu demjenigen der

auch das kaiserliche Beamtenthum zurückführen müssen¹¹⁾, das ja wesentlich Prokuratur ist; und mit diesen Mandaten sind frühzeitig feste Besoldungen verbunden¹²⁾. Allein diese Besoldungen dürften vielmehr Sustentationen der Personen, als Löhnung ihrer Dienste gewesen sein, als Sustentationen aber von der dem Mandanten obliegenden Deckung der Auslagen nicht ferne abstehen¹³⁾. Inwieweit überall hier das heutige

extra literas et notas bestund, hervor (l. 1 pr. — §. 7 D. extraord. cogn. 50, 13). Gleich den operae locari solitae ist er insofern als er nicht rechtsgeschäftlich ist, gemeines Geschäft, und wohl auch nach Art der loc. cond. operarum (allenfalls auch operis) kontrahirt, anderseits aber sozial über jene operae so sehr erhaben, daß seinethalben mitunter auch extraordinem nicht geklagt werden kann (l. 1 §. 4 §. 5 eod.). Dem literarischen Unterricht reiht sich die ihn voraussetzende Praxis der Advokaten aber auch der Agrimensoren (die gramatische Institutionen und Pandekten gehört haben müssen) an; die der Mediziner wegen des Gegenstandes ihrer Praxis; dann auch die Hebammen gehören hieher (l. 1 §. 1 §. 2 §. 3 eod.); die der Prokuratoren, weil ihre Dienste herkömmlich mandatmäßig sind. In den Gesichtskreis der locati conductio, obwohl durch eine eigene Klage verfolgbar, fällt auch das proxenetium l. 1 — l. 3 D. de proxenetis 50, 14, insb. l. 2 — nec ex locato conductio erit actio.

11) So am entschiedensten D. Hirschfeld, Unterf. auf dem Gebiet der röm. Verwaltungsgeschichte, Bd. I. die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian. Berl. 1876 S. 242 S. 268 Anm. 1 u. 2. Ein Unterschied zwischen den im eigenen Rechte der Magistratur wurzelnden republikanischen Aemter (honores, munera) und den auf Delegation durch die Magistrate, dann Kaiser beruhenden Stellen scheint übrigens fort und fort bestanden zu haben. Wenigstens lauten die Bestallungsformeln bei Cassiodorus, Variarum lib. VI. darnach verschieden z. B. VI, 1 und VI, 5.

12) Mommsen, röm. Staatsrecht Bd. I 2. Aufl. S. 283 S. 291 fg. J. N. Madvig, die Verfassung und Verwaltung des röm. Staates, 1881 Bd. 1 §. 8 S. 574. Ueber die diokletianische und spätere (in Betreff dieser Lehre „noch sehr im Argen liegenden“ Zeit — Mommsen) s. B. Holtweg, Civilpr. Bd. 3 S. 37 fg. S. 70 fg. und bezüglich der notitia des Beamtenstatus in der Präsektur Afrika (l. 1 l. 2 C. de off. praef. p. Africae 1, 27), die Kritik und Erklärung P. Krügers in dessen „Kritik d. just. Kodex“ II. S. 138.

13) Mommsen a. a. O. S. 291 Anm. 1 hat allerdings das Zeugniß des Dio Cassius 52, 25 für sich, wenn er die Besoldungen gerade der kaiserlichen Finanzbeamten als Dienstlöhne auffaßt (*μισθόν . . . οἱ μὲν πλείονα, οἱ δὲ ἑλαττονα, πρὸς τὴ τὸ ἀξίωμα καὶ πρὸς τὸ μέγεθος τῆς πράξεως φερέτωσαν*); allein Konstantin d. G. setzt öffentlichen Lehrern mercedes et salaria aus quo facilius liberalibus studiis et memoratis artibus multos instituant — womit dem Gedanken der Dotation dieser Stellen oder der Sustentation der Personen Ausdruck gegeben ist. Ferner sind die Besoldungen in Geld umgesetzte Naturalreichnisse (Marquardt, röm. Staatsverwaltung Bd. 1 2. Aufl. S. 557 fg.) von denen sie denn auch ihre Namen haben: salaria (Salzgelder) z. B. der Assessoren nunmehr aus der Staatskasse von Alex. Severus ausgesetzt (worüber ins Ein-

Recht vom römischen abweiche, ist fraglich¹⁴); u. E. stimmt es aber im Wesentlichen mit dem römischen überein. — Die Ertheilung des Mandats ist an keine Form gebunden¹⁵). Obwohl ferner einen Dienst fordernd, der dem Mandanten geleistet werden soll, kann es daneben in fremdem Interesse er-

zelne Petrus Burgius Elect. I. 9, in der Ritter'schen Gothofr. Ausg. des Cod. Theod. zu c. 2 de Assess. 1, 12), *annonae, capita* (Fouragegelder) (3. B. in der oben Num. 12 erwähnten *notitia*); diese Naturalreichnisse (wohin auch die *vasaria, cibaria, congiaria, frumentum in cellam* — Mommsen a. a. O. S. 283—290) hatten aber zweifelsohne die Bedeutung von Unterhaltsbeiträgen oder Diäten, nicht minder als die *viatica* (Reisegelder), die den Gesandten mitgegeben wurden. In Geld angeschlagen und verabreicht wurden sie leicht den *mercedes* ähnlich und mit diesen verwechselt. Bedenkt man endlich, daß diese Dienste den ganzen Mann in Anspruch nehmen, so ist sein Unterhalt eine Auslage, die er auf den Dienst macht, und der ihm, wenn der Dienst kein *honoros* oder *munus* republikanischen Charakters ist, nach Grundfätzen des Mandats ersetzt werden muß. Also wäre die Besoldung eine pauschalirte dem Ansehen des Dienstes und dessen Anspruch an standesmäßiges Leben (Repräsentanz) entsprechende Vergütung der Dienstes-Auslage.

14) Hierbei kommt u. E. 1. darauf an, ob die Dienstleistungen, deren halben nach römischen Rechte nur *Honorare* verlangt und *extraordinaria actione* eingeklagt werden können, auch heute noch derselben Behandlung unterliegen, oder ob sie gleich den *operae* der *locatio conductio* nummehr *nummario pretio aestimandae*, also wenn der Entgelt ausdrücklich oder stillschweigend bedungen, *mercede* zu vergelten, und bei bestimmtem Entgelt geradezu *actione locati*, sonst *praeser. v. actione* (§. 1 in fin. J. loc. 3, 25) zu verfolgen sind. Darauf, daß „Verträge dieser Art“ nummehr keiner „anderen rechtlichen Beurtheilung zu unterwerfen seien, als gegenseitige Verträge überhaupt“ (Windscheid §. 404 Num. 3 vgl. Sinteris §. 113 I. Nr. 2), dürfte der Gegensatz des heutigen Rechts zum römischen keineswegs beruhen; wo das *Honorar* bedungen wurde (Num. 7), fehlte die Gegenseitigkeit schon nach römischen Rechte nicht; und glaubte dieses derlei Verträge in einzelnen Streitpunkten dann nicht nach der Norm von „gegenseitigen Verträgen überhaupt“, sondern nach dem Muster einer nächstverwandten Spezies von Verträgen, 3. B. *locatio c. operarum* (wie l. 19 §. ult. in f. l. 38 §. 1 D. loc. 19, 2) beurtheilen zu sollen, so hat es damit einen Weg eingeschlagen oder eingehalten (vgl. 3. B. S. 626. 2 a. a. E.), von dem das heutige Recht nicht abweichen sollte. Auf die Frage, wie wir sie gestellt haben, kann man dagegen eine Antwort bei Thering, Zweck im Rechte S. 192 finden; sie lautet aber vielmehr für eine Fortdauer der römischen Auffassung als für das Gegentheil. In der That ist die unsrige nicht *mercenärer* geworden als es die römische war; das Wesen der römischen Unterscheidung ist auch uns geläufig; höchstens ihr Grenzgebiet hat Aenderungen erfahren; selbst eine *extraordinaria cognitio* bei *Honorarforderungen* dürfte zuweilen noch am Platze sein. 2. Gegenstand einer eigenen Untersuchung mußte die Geschichte und darnach der Begriff der heutigen Besoldungen sein.

15) so daß es auch stillschweigend, durch Duldung, ertheilt werden kann: l. 6 §. 2 l. 18 l. 40 D. h. t. l. 60 D. r. j. 50, 17.

theilt werden; nur im bloßen Interesse des Mandatars kann es nicht ertheilt werden^{15a}). Ein Geschäft des Mandanten ist das mandirte Geschäft überall, wo das Mandat gilt; mag es nun in seinem eigenen oder in fremdem Interesse ertheilt sein; einmal darum, weil es ein von ihm gewolltes Geschäft seines Willens ist¹⁶); dann darum, weil ihm damit ein Dienst geleistet wird.) — Das Mandat an sich aber ist nicht überall bloß Auftrag (daß Mandatar etwas thun solle), sondern zuweilen auch eine Vollmacht (daß Mandatar etwas thun kann)¹⁷); dies dann, wenn das aufgetragene Geschäft schon an sich¹⁸) des Mandanten, und überdies entweder von dispositiver Natur¹⁹) oder aber sonst ein Rechtsgeschäft und direct für oder gegen den Mandanten zu wirken bestimmt ist²⁰). Ob Mandatar einen Substituten ernennen könne²¹), ist eine

15a) l. 2 §. 6 D. h. t. — *cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum; et ob id non est obligatorium* l. 1 §. 14 D. dep. 16, 3; einschränkend §. 6 in f. J. h. t. — *ut pecuniam Titio foenerares; obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses* — überhaupt l. 6 §. 5 D. h. t. — *si non esses factururus nisi ego mandassem* — weitere Beispiele: l. 32 l. 48 §. 1 §. 2 D. h. t. Die Kategorien des *mandatum mea, aliena etc. gratia*: pr. — §. 6 J. h. t. l. 2 pr. — §. 6 D. h. t. Lewes, über die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath etc., Arch. f. civ. P. Bd. 51 S. 35–54.

16) arg. l. 5 §. 12 (l. 6 §. 10) §. 11 (§. 9 D. neg. g. 3, 5. vgl. §. 321 zu Anm. 20 u. 23. Daß hier gleichwohl (ganz anders als bei *negotiorum gestio*) nur das Interesse, nicht diese Geschäftszugehörigkeit urgirt wird, dürfte mit Edicts- und Formelworten zusammenhängen.

17) s. meine Pandb. 1. Aufl. S. 467 in med., besonders aber S. 1619 unten u. fgg. Laband, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. X Nr. III a. G. Windscheid §. 741a §. 409 Alin. 3. Drechsler, die *actio quod jussu* S. 22. IV. Mandry, Familiengüterr. S. 141 und Iherings Jahrb. II S. 121.

18) *re ipsa* — *ipso gestu* — vgl. §. 321 Anm. 18.

19) b. h. eine *rei alienatio, obligatio, diminutio* ist, also *alienandi, obligandi, diminuendi potestas* (Dispositionsbefugniß) voraussetzt (Bd. 1 §. 52 S. 176 unten u. fgg. z. B. l. 9 §. 4 D. a. r. d. 41, 1 l. 60 §. 4 D. h. t. vgl. l. 15 §. 2 D. c. e. 18, 1 l. 49 D. h. t. l. 35 D. a. r. d. 41, 1). Zu solchen Geschäften war das Mandat auch bei den Römern Vollmacht; bloß „eine Thätigkeit von rechtlicher Art“ (Windscheid §. 409 Alin. 3) waren dieselben nicht (s. folg. Anm.).

20) Hier haben wir Geschäfte von überhaupt bloß „rechtlicher Art“ z. B. *stipulari* — und eine bei den Römern unmögliche, heute mögliche Vollmacht zu direkter Stellvertretung.

21) l. 8 §. 3 D. h. t. Vgl. Windscheid §. 410 Anm. 5.

Frage, welche nur in Ansehung der einer Vollmacht bedürftigen Geschäfte oder Geschäftsführung gestellt werden darf. Nicht bloß zuweilen, sondern stets ist das Mandat, außerdem daß es ein Auftrag ist, zugleich eine cautio, d. i. die Zusage, Versicherung der Schadloshaltung (Deckungsversprechen)²²). Stets ist das Mandat Auftrag²³) und Cautio; dagegen kann eine Vollmacht ohne Auftrag und Cautio sein; nur daß sie dann nicht mehr Mandat heißen oder überhaupt als Vertrag betrachtet werden sollte²⁴). — Auf je Ein Geschäft braucht sich das Mandat, als Auftrag wie als Vollmacht, nicht zu beschränken: in beiden Richtungen kann es ebensowohl General- wie Spezialmandat sein²⁵). Von „Grenzen“ des Mandates aber ist nicht bloß quantitativ, in Betreff der Zahl oder des Umfangs, sondern auch qualitativ, in Betreff des Inhalts der Geschäfte die Rede, indem dieser mehr oder weniger allgemein bestimmt sein kann²⁶); die Frage, welche für den Fall ihrer Ueberschreitung in Ansehung der Deckung aufsteht, ist denn

22) ausdrücklich z. B. l. 32 D. h. t. — aliter . . (non) aditurus . . quam si cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset — l. 59 §. 5 eod. — indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati praestaturum —

23) keine bloße Empfehlung: l. 11 §. 12 D. h. t.

24) Vollmacht ohne Mandat scheint in Ansehung der Veräußerung die „Concession“ (*παροίη σοι . . ως θέλεις πραγματούεσθαι* etc.) in l. 60 §. 4 D. h. t. aber auch die Konsenserteilung zu Veräußerungen und Verpfändungen zu sein. Vgl. m. Pandd. I. Aufl. S. 1620 entgegen dem Bevollmächtigungsvertrag von Laband. Hieher auch die Vollmacht des procurator in rem suam datus, der non mandati, sondern ex vendito etc. haftet: l. 42 §. 2 D. proc. 3, 3. Windscheid §. 409 a C.

25) Von einem generale mandatum de universis negotiis gerendis spricht l. 25 §. 1 D. min. 4, 4 l. 60 D. proc. 3, 3. Obwohl auch dieses nicht zu allen Geschäften des Mandanten ermächtigt (i. i. restitutio, transactio — II. eitt.), so scheint es doch weiter zu gehen als die Procuratur des totorum bonorum procurator cui res administrandae mandatae sunt: letzterer geht, wenn sie nicht speziell mandirt ist (wie in l. 60 §. 3 D. h. t.), namentlich die Veräußerungsbefugniß, insoweit sie nicht zur custodia gehört, ab (l. 63 D. proc. 3, 3), so daß man einen solchen Procurator einen Mandatar ohne Vollmacht nennen möchte. Vgl. übrigens §. 321 Anm. 5.

26) z. B. bei einem Kaufsmandat domus, domus sejana — pretium certum, incertum — l. 3 §. 1 §. 2 l. 4 l. 5 pr. — §. 5 D. h. t. Hiezu steht die „forma mandati“ und der Unterschied von mandatum certum und incertum in Verbindung: l. 46 eod. Doch ist forma mandati der Mandatsbegriff überhaupt in l. 48 §. 2 D. h. t.

auch zunächst nicht die, ob Mandatar mehr oder weniger anzusprechen hat, sondern ob das von ihm besorgte Geschäft mit dem aufgetragenen identisch sei oder nicht²⁷⁾. Obwohl nun *qui excessit aliud quid facere videtur*²⁸⁾, der excedirende Mandatar also überall nichts zu fordern gehabt hätte²⁹⁾; drang bei Ueberschreitung des Preises doch eine minder strenge Ansicht durch³⁰⁾; wo wohlfeiler gekauft, theurer verkauft wird, fehlt es an der Identität nicht³¹⁾.

An sich gleich dem *Jussus* eine einseitige Willenserklärung wird das Mandat durch Annahme zum Kontrakt³²⁾, und ist obligirend, trotzdem der eine wie der andere Theil unter Umständen das Mandat einseitig aufheben kann (§. 780. 1)³³⁾. Denn diese Aufhebung ist nur eine der aus dem Mandat entspringenden bloßen Haftungen, und daß eine bisher bestandene Haftung für die Zukunft aufhören kann, kein Grund, weshalb dieselben bis hieher nicht bindend gewesen sein sollten. In der That entspringen aus dem Mandatskontrakt, von verwerflichen Aufträgen abgesehen (Anm. 5 a. E.), beiderseits Obligationen, allein beiderseits zunächst bloße Haftungen³⁴⁾, welche erst durch

27) §. 8 J. h. t. l. 3 §. 2 — l. 5 pr. §. 3 D. h. t.

28) l. 5 pr. cit.

29) l. 41 D. h. t.

30) Nicht ohne weiteren Grund sollte wer um 100 statt 90 gekauft hatte, auch nicht 90 verlangen können: *namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse* (l. 3 §. 2 cit.); allein die *benignior sententia*, „*usque ad pretium statutum acturum*“, ging durch (l. 4 eod.); bei zu geringem Verkauf kann das Mandat nur gegen Schadloshaltung des Mandanten aufrecht gehalten werden (§. 8 J. h. t. l. 5 §. 3 §. 4 eod.).

31) so daß hier *melior causa mandantis fieri potest*: l. 5 §. 5 cf. l. 3 pr. eod. Der Grund liegt darin, daß dort Maximal-, hier Minimalpreise gemeint sind. Bei Abweichung in der Sache ist trotz *melior causa* das Mandat unerfüllt: l. 5 §. 2 cf. l. 3 pr. eod.

32) l. 1 pr. §. 1 §. 2 D. §. 11 J. h. t.

33) dies gegen die 1. Aufl. S. 467.

34) Auch hier kommen Redeweisen vor, nach denen durch die bloße Mandatsannahme noch keine Obligation, überhaupt nichts begründet oder gethan wäre — *z. B. l. 5 §. 1 D. h. t. — si susceptum (mandatum) non impleverit, tenetur*; allein wird wie bei dem Konsensualkontrakt so auch hier *consensu*, mithin sofort mit der Annahme *obligatio* kontrahirt (l. 1 pr. cf. l. 2 in f. D. h. t.). Das Julianische *durare obligationem* in l. 26 pr. eod. ist nur bei der bloßen Haftung denkbar. Das aus l. 5 §. 1 resultirende *non teneri* wird man darnach mit einem *actione non-dum teneri*, nicht mit *non obligari* gleichbedeutend erachten dürfen, gleich-

den Hinzutritt gewisser Eventualitäten zu Verbindlichkeiten und Schulden werden³⁵⁾, und aber Mandatsobligationen bleiben, wenn sie nach Art der eingetretenen Eventualität gleich nachträglich die Merkmale noch anderweitiger Obligationen hinzubekommen haben³⁶⁾. Sofort haftbar, aber vorerst bloß haftbar, ist 1. der Mandatar für Ausrichtung des Geschäftes³⁷⁾, vereinstige Heraus- oder Zurückgabe dessen, was aus Anlaß des Mandates an ihn gekommen³⁸⁾, für Diligenz in der Ausrichtung des Geschäftes³⁹⁾, für Prästation von dolus und culpa in Ansehung der infolge des Mandates an ihn gelangten, insonderheit für custodia in Ansehung der ihm anvertrauten Sachen⁴⁰⁾, — 2. der Mandant für Ersatz alles dessen, was dem Mandatar infolge des Mandates „abgeht“⁴¹⁾,

wie jedes erst im Verlaufe des perfecten Contractes beginnende teneri mit actione teneri (3. B. I. 25 §. 2 D. loc. 19, 2). Ein mandati teneri, das noch nicht actione teneri, mithin bloße Haftung ist, s. 3. B. I 6 §. 2 D. h. t.

35) möglicherweise klaglos bleiben: I. 8 §. 6 eod.

36) I. 6 §. 1 D. h. t. I. 1 §. 13 D. dep. 16, 3.

37) I. 5 §. 1 I. 6 §. 2 I. 22 §. 11 I. 27 §. 2 D. h. t.; cf. I. 8 §. 6 §. 10 eod.

38) Ex mandato . . . nihil remanere oportet — I. 20 cf. I. 8 §. 9 §. 10 I. 9 I. 10 pr. §. 2 I. 26 §. 8 eod. Hieher Cession von Actionen: I. 45 §. 5 eod.; ferner der Zins, den der Procurator aus Geldanlagen gewinnt, oder gewinnen könnte, wenn er das Geld nicht zu seinen eigenen Ausgaben verwendete; brachliegendes Geld verzinst er jedenfalls vom Augenblicke der mora an: I. 10 §. 2 D. h. t., allenfalls auch schon vorher: I. 13 D. usur. 22, 1 §. 244 Anm. 19; I. 12 §. 10 D. h. t.

39) I. 21 in f. C. h. t. — nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est. Zu „besorgen“ Windscheid §. 410 Anm. 4.

40) I. 8 §. 9 §. 10 — I. 10 D.; I. 13 C. h. t. §. 267 Anm. 21; §. 269 Anm. 17. — Ueber die Haftung für Substituten s. oben §. 270. 2.

41) Ein „abesse pecuniam“ ist der wahrscheinlich formularische Ausdruck für den zu deckenden Entgang: I. 26 §. 2 D. h. t. Ueberhaupt: I. 12 §§. 7–9 §. 17 I. 26 §§. 2–I. 27 §. 1 I. 38 §. 1 I. 45 pr. — §. 7 I. 46 — I. 48 pr. I. 51 D. h. t. Im Einzelnen: Abgang in Gestalt von Obligation: I. 45 pr. — §. 5 I. 38 §. 1 (vgl. §. 321 Anm. 38), — in Gestalt einer anderen an die Stelle der Obligation tretenden Last: I. 47 pr. eod. — Daransetzung einer Schenkung: I. 26 §. 3 eod. — durch Verluste, die aus dem Mandat entspringen, im Gegensatz zu solchen, die auf einem außerhalb desselben liegenden casus beruhen: I. 26 §. 6 §. 7 §. 8 eod. — Rechtfertigung der Auslagen: bona fides (I. 12 §. 9 eod.) justa ratio (I. 45 §. 6 D. I. 4 C. h. t.) propter existimationem (I. 48 pr. eod.), propter errorem? (I. 51 eod. I. 29 §. 1 — §. 3 eod.) — quam perdituro . . . sciens credideris (I. 12 §. 11 eod.); — oder gar donaturus (vgl. §. 321 Anm. 34); — Verzinsung der Auslagen: I. 12 §. 9 eod.

für etwa erforderliche Vorschußleistung⁴²⁾, versprochenes Honorar (Num. 7), sowie Abwesenheit aller und jeder Gefahrde⁴³⁾. — Wie diese Haftungen klagbar werden, d. h. in Ansehung der dem Mandanten bereits gehörigen und dereinst zu restituierenden Sachen in Verbindlichkeit, sonst in Schulden übergehen, braucht nicht mehr ausgeführt zu werden (§. 36, 1. vgl. namentlich §. 643 fg.). Ihre Solidarität, nicht nur wenn der Mandatoren⁴⁴⁾, sondern auch wenn der Mandatäre mehrere sind⁴⁵⁾, versteht sich aus der Untheilbarkeit der Mandats-Ertheilung und Annahme, mithin aus Untheilbarkeit der Obligation statt Untheilbarkeit der Obligation⁴⁶⁾. Von den den Mandats-Verbindlichkeiten und Schulden entsprechenden Actionen (*mandati directa und contraria*) ist hervorzuheben, daß die des Mandanten zunächst auf Rechnungslegung gerichtet⁴⁷⁾, weil aber in eine Condemnation in das Interesse ausmündend leicht gar nicht begründet sein kann, trotzdem Mandatar das übernommene Geschäft unverrichtet gelassen⁴⁸⁾; daß die des Mandatars — weil er oft schon wegen bloßer Obligirtheit klagen kann (Num. 41) — zunächst oft auf ein bloßes *facere* geht⁴⁹⁾.

Was man Endigung des Mandats nennt, ist wieder nichts als eine Endigung der aus dem Mandat entsprungenen und in Verbindlichkeit oder Schuld nicht übergegangenen beiderseitigen Haftung, sowie ein Erlöschen der Vollmacht, wenn das Mandat eine Vollmacht enthalten hat, und diese noch nicht erschöpft sein sollte. Die in Verbindlichkeit und Schuld übergegangenen Haftungen unterliegen den gemeinen *modis tollendi obligationem* (§. 289); die anderen dagegen hören mit

42) l. 12 §. ult. D. h. t.

43) z. B. l. 26 §. 7 D. h. t. — *quod si ego scissem talem esse servum, nec praedixissem etc.* — überhaupt §. 28 J. act. 4, 6. Oben §. 225. 2.

44) §. 257, wo aber l. 59 §. 3 D. h. t. anstatt l. 52 §. 3 stehen muß, daneben aber auch l. 52 §. 3 D. de fidej. 46, 1 stehen sollte.

45) l. 60 §. 2 D. h. t.

46) vgl. §. 233 S. 74. 2 a. G.

47) l. 46 §. 4 D. proc. 3, 3.

48) l. 8 §. 6 D. h. t.

49) l. 45 §. 5 D. h. t. — *faciendi causa, non dandi tenebitur reus . . . ut liberemur.*

dem Eintritt der gewissen Endigungsgründe auf, so daß von jetzt an keine *mandati actio directa*, so weit sie nicht schon begründet ist, weiter erwachsen kann, was immer der Mandatar thut oder nicht thut; andererseits auch keine *contraria*, ob nun der Mandatar noch auszugeben fortfährt oder nicht. Derart endiget das Mandat 1. durch Kündigung des Mandanten oder Mandatars⁵⁰⁾, des Mandatars jedoch nicht ohne die Einschränkung, daß sie rechtzeitig oder aus echter Noth erfolge⁵¹⁾, — 2. durch Tod des Einen wie des Anderen⁵²⁾; durch den Tod des Mandatars unter der Voraussetzung, unter welcher Mandatar auch kündigen dürfte⁵³⁾: sonst sind seine Erben für Ausführung des Mandats haftbar⁵⁴⁾; durch den Tod des Mandanten unter der Voraussetzung, daß der Mandatar denselben erfährt: bis dahin dauert die Haftung des Mandanten in der Person seiner Erben und die des Mandatars an die Erben fort⁵⁵⁾; bis dahin wirkt auch die Vollmacht fort⁵⁶⁾; überdies muß auch beim Tode des Mandanten die Sache noch intakt sein, wenn der Mandatar nicht den Erben des Mandanten für Ausrichtung des Mandates haftbar bleiben soll⁵⁷⁾. Endlich nur, wenn das Mandat nicht vornherein auf die Zeit nach dem Tode des Mandanten ertheilt ist, erlischt es mit dem Tode des Mandanten⁵⁸⁾ — 3. durch Erle-

50) §. 9 J. l. 12 §. 16 D. h. t.

51) §. 11 J. h. t. — *nisi justa causa intervenerit . . intempes- tive renunciandi*. *Tempestativa* ist die Kündigung, wenn das Anliegen des Mandanten durch dieselbe nicht beeinträchtigt wird (*ut integra causa mandatori reservetur (vel per se vel per alium) eandem rem commode explicandi* (§. 11 J. l. 22 §. ult. eod.). Ueber die *justae causae* (*intempes- tive*) *renunciandi* s. l. 22 §. ult. — l. 25 l. 27 §. 2 eod. Paul. R. S. II, 15, 1); außer der *justa causa intempes- tive renunciandi* gibt es auch eine *justa causa non renunciandi*: Num. 60.

52) §. 11 J. l. 26 pr. l. 27 §. 2 D. h. t.

53) §. 11 J. cit. — *adhuc integro mandato* — l. 27 §. 3 eod.

54) l. 27 §. 3 cit.

55) l. 26 pr. — *mandatum solvitur morte: si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur*. *Julianus quoque scripsit: mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare*. l. 58 pr. eod.

56) l. 26 §. 1 eod.

57) l. 15 C. h. t.

58) Das s. g. *mandatum post mortem* s. l. 12 §. ult. l. 13 cf. l. 27 §. 1 D. h. t. *Ginwider* l. ult. in f. D. solut. 46, 3. Ob aber in dieser

digung des Auftrages⁵⁹⁾, — 4. durch in der Person des Mandatars oder der Sache eintretende Unmöglichkeit der Aus- oder Fortführung des übernommenen Geschäfts⁶⁰⁾.

Die dem Mandat innewohnende cautio ergibt, wenn jenes auf eine Kreditirung gerichtet ist, das bürgschaftsartige, schon im römischen Recht hervorgehobene⁶¹⁾ Kreditmandat (s. g. *mandatum qualificatum* — §. 257), — wenn auf Zahlung gerichtet und an denjenigen begeben, an den oder an dessen Ordre gezahlt werden soll, unsere heutige Anweisung⁶²⁾ — wenn schriftlich und überdies als Wechsel bezeichnet, unsere heutige Tratte, welche letztere sich von jener wesentlich nur durch wechselmäßige Haftung zwischen dem Aussteller und Nehmer (welche hier statt Assignant und Assignatar Trassant und Remittent heißen) unterscheidet⁶³⁾.

Letzteren Stelle nicht der Unterschied von *jussus* und *mandatum* (§. 282 Anm. 31) in Betracht kommt und der Schluß (*mandatum enim etc.*) Glossen ist? oder soll man mit den Basiliken und Cujacius umstellen: *cui jassi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur*. Unterh. II §. 620. e. Im Allgemeinen vergl. Regelsberger, Vorverh. §. 20. — Ein Mandat *post mortem mandatarii* scheint widersinnig und durch I un. C. *ut act. et ab heredibus et contra heredes incipiant* (4, 11) nicht ermöglicht zu werden. Vgl. über dasselbe Windscheid §. 411 Anm. 5 und die dort Agff. Unterholzner II §. 619. g. 59) vgl. §. 6 J. *de societate* 3, 26.

60) In Betreff der Unmöglichkeit in der Person s. die *justa causa non renuntiandi* in §. 11 J. h. t. — In Betreff der aus der Sache vgl. Unterholzner II §. 620. 2 „oder sonst“.

61) Rubr. Dig. 46, 1.

62) vgl. Thöl, Handelsr. 6. Aufl. §§. 325 – 330. vgl. §§. 318 – 322. Die Cautio kommt bei der Anweisung in Gestalt der Revalirungsflage zur Geltung, nur daß dieser, wenn die Deckung in einem Guthaben des Assignanten an den Assignaten läge, mit Kompensation zu begegnen wäre — wenn anders nicht das Mandat (wie der *Jussus* in der Delegation) direkte Zahlung mit sich führt (§. 282 Anm. 35).

63) Allg. d. W. O. Art. 8. Thöl a. a. O. §. 331, bel. 1–3. Thöl legt dieser Obligation zwischen dem Trassanten und Remittenten (folgeweise auch zwischen dem Indossanten und Indossatar) ein Wechselversprechen, welches Summenversprechen ohne Gegenversprechen sei, zu Grunde. So wenig es nun auch gegen sich hat, in die Ausstellung des Wechsels ein stillschweigendes Versprechen hineinzulegen, so entspringt aus demselben doch 1) keine *certae pecuniae obligatio, petitio* (arg. W. O. Art. 25 Art. 50 „Protestkosten und andere Auslagen“), während wir uns unter dem Summenversprechen das einer bestimmten Summe vorstellen — 2) dürfte, wenn die Anweisung anders ein Doppelmandat ist, des Assignanten an den Assignaten und Assignatar (Zahlungs- und Inkassomandat — Thöl §. 327, — woneben freilich auch Derselbe §. 331 Anm. 3 S. 1091 „Wenn...“

4. aus der Sozietät.

D. pro socio 17, 2 C. eod. 4, 37 J. de societate 3, 26.

§. 335.

Societas heißt die Gesellschaft, welche als eine Gemeinschaft von Verlust oder Gewinn aus etwas eingegangen wird¹⁾.

Dieses Verlust oder Gewinn bringende Etwas ist zugleich der Sozietätszweck (res de qua societas contrahitur)²⁾; von unehrbaren Dingen abgesehen³⁾ kann es in allem möglichen bestehen, in Erstrebung ideeller wie materieller Güter⁴⁾. Um materieller Güter willen eingegangen ist die societas entweder auf Vermehrung oder aber auf den Genuß derselben gerichtet. Ersterenfalls spricht man von „Erwerbsgesellschaft“; für den anderen Fall haben wir keinen eigenen Namen; man könnte feinetthalben aber von Gebrauchsgesellschaft reden⁵⁾. Tritt in dem einen Falle die Erwerbshandlung, das Geschäft, im anderen das Haben in den Vordergrund der Sozietätserscheinung, so soll es doch auch in der Erwerbsgesellschaft zum Haben, und kann es in der Gebrauchsgenossenschaft oft nur mittelst Erwerbes zum Haben kommen; entscheidend für das Dasein der einen oder anderen Art der

dann ist der Assignatar stets Mandatar“), ein Mandat auch zwischen dem Trassanten und Remittenten anzunehmen, und das stillschweigende Wechselversprechen eben in der jedem Mandate innewohnenden cautio enthalten sein. Wie sonst ginge diese cautio auch hier auf keine bestimmte Summe, sondern auf alle etwaigen Auslagen; unter diesen stünde die Wechselsumme, als der Betrag der in der Valuta (Schenkung, Zahlung, Schuld) stehenden Ausgabe, nur obenan.

1) — quoniam societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur. l. 67 pr. in f. cf. l. 52 §. 6 l. 63 §. 8 l. 65 §. 2 D. h. t.; societas = communio: l. 3 §. 1 l. 52 §. 5 in f. l. 63 §. 9 D. h. t.

2) l. 65 §. 10 D. h. t.

3) l. 57 l. 53 l. 54 D. h. t.

4) Ideale sind Gefelligkeit, Wohlthätigkeit, Unterricht, Kultus; ihretthalben eingegangen ist die societas möglicherweise eine Gesellschaft in der Gesellschaft; in einem gefelligen Verein zc. könnten einige der Mitglieder zu einer societas d. i. gemeinsamer Kostendeckung (Garantieverein) verbunden sein.

5) „Societas quoad dominium“ — Unterholzner, Schuldverh. II. §. 526.

Sozietät ist nicht das juristische Merkmal des Erwerbens und Habens, sondern das ökonomische der Mehrung oder des Genusses der Güter⁶⁾. Die römische Terminologie hat nur materielle Sozietätsw Zwecke vor Augen, wenn sie zwischen *societas unius rei* oder *negotii*, s. *negotiationis*, s. *quaestus*, s. *omnium bonorum* unterscheidet⁷⁾; während aber in der s. *negotiationis* und *quaestus* nur an Erwerbsgesellschaften gedacht sein kann, ist die s. *unius rei vel negotii* bald Erwerb-, bald Gebrauchsgesellschaft⁸⁾, die s. *omnium bonorum* vielleicht in den mehreren Fällen überwiegend Gebrauchs- und Genussgesellschaft, gewiß in den meisten aber, wo nicht allen, gemischt dies und das.

Verlust oder Gewinn muß aus oder in dem Dinge zutreffen, das den Sozietätsw Zweck bildet, wenn er *damnum* oder *lucrum societatis*, d. i. den Genossen gemeinsam, nicht etwa nur Verlust oder Gewinn blos des einzelnen Genossen sein soll. Von dieser Art sind, was 1. den gemeinsamen Verlust anlangt, a. die *damna fatalia* — Schäden, welche den im Sozietätsw Zweck begriffenen Gegenstand, oder die zur Erreichung des Sozietätsw Zweckes verwendeten Mittel von unge-

6) wiewohl man richtig verstanden den Unterschied durch *societas habendi* und *gerendi* ausdrücken kann, und dies Ulpian in der That auch gethan hat, indem er l. 58 pr. D. h. t. der *societas quadrigae habendae* eine s. q. *vendendae* gegenüberstellt — wie denn unser Unterschied in unserer Stelle überhaupt seine Bekräftigung erhält. Ihrer Zweie können ein Biergespann zusammenstellen wollen, um damit ein „Geschäft zu machen“ (s. q. *vendendae*), oder aber um ein solches zu haben und zu genießen.

7) s. *unius rei*: l. 5 pr. l. 65 §. 10 cf. l. 63 §. 10 D. h. t. — *negotii*: l. 52 pr. l. 67 §. 2 eod. j. B. l. 52 §§. 11—13 l. 58 pr. l. 65 §. 2 §. 4 §. 5 l. 67 §. 2 l. 69 eod. — *negotiationis*: pr. J. h. t. l. 5 pr. j. B. l. 52 §. 4 §. 5 l. 71 eod. — *quaestus* (qui ex opera cuiusque descendit): l. 7—l. 13 eod. — *omnium bonorum*: pr. J. l. 1 §. 1—l. 3 §. 1 l. 5 pr. l. 27 l. 52 §. 8 §§. 16—18 l. 53—l. 56 l. 73 eod.

8) ausgesprochen in dem Beispiele der l. 58 pr. eod. (Anm. 6); auf eine s. *habendi* deutet die s. *unius rei* in l. 63 §. 10, eher auf eine Erwerbsgesellschaft l. 65 §. 10 eod.; — die s. *negotii* kann j. B. als s. *emendi* (l. 65 §. 2 §. 4 §. 5 eod.) ebensowohl das eine wie das andere sein; in l. 65 §. 5 cit. entpuppt sie sich als Erwerbsgesellschaft (s. auch l. 69 eod.), in l. 52 §. 13 eod. (*Idemque*) als Gebrauchsgesellschaft; von derselben Art ist auch die Sozietät im ersten Falle der l. 52 §. 13; auf eine s. *habendi* geht l. 52 pr. eod. und l. 2 C. h. t.

fähr treffen⁹⁾; Schäden, welche denselben durch Verschuldung des einen oder anderen Genossen zustoßen, treffen diesen, wenn die Verschuldung eine grobe, oder einer groben gleich ist, den Schuldigen allein¹⁰⁾; dasselbe gilt von dem Gewinnentgang oder Schaden, den Einer der socii den Anderen durch Vereitelung des Sozietätszweckes¹¹⁾ oder durch Verzögerung der Gewinnsablieferung¹²⁾ zufügt; auch custodia muß, wenn und wem sie obliegt, von diesem allein prästirt werden¹³⁾; — b. Auslagen, welche von dem einen und anderen Genossen auf den Sozietätszweck gemacht werden¹⁴⁾, nebst Zinsen, wenn solche für das ausgelegte Geld bezahlt oder entbehrt werden mußten¹⁵⁾;

9) I. 52 §. 3 §. 4 I. 58 §. pr. §. 1 D. h. t. Gegenstand im Sozietätszweck ist die Sache, die man mit gemeinschaftlicher Wag und Gefahr haben will (I. 58 pr. cit.); Mittel zur Erreichung des Sozietätszweckes sind nicht nur Gelder und andere Sachen, die man zu jenem Ende einbringt oder mit sich führt, sondern auch die Personen, welche in Ausführung des Sozietätszweckes begrißen (zu dem Ende auf Reisen etc.) sind (I. 52 §. 3 §. 4 cit.). Nach einer älteren und strengeren Ansicht sollten die Sozietätsmittel nur wenn sie auf den Sozietätszweck verwendet (Num. 1. b), nicht auch schon wenn sie wegen desselben geschädiget oder vernichtet würden, auf den gemeinsamen Verlustkonto kommen (I. 60 §. 1 eod.); recipirt ist aber das Gegentheil: I. 61 I. 52 §. 4 I. 58 §. 1 eod.

10) Als bonae f negotium (I. 51 §. 1 eod.) führt die Sozietät an und für sich eine bloße Haftung für dolus mit sich (I. 51 §. 2 eod. Utrum ergo tantum dolum etc. Vgl. §. 267 zu Num. 7—14 und die Num. 19); nur insoferne der Sozietätsvertrag dem Einen oder Anderen eine gewisse Thätigkeit auflegt, kommt zu der Haftung für dolus (und culpa lata) auch die für culpa hinzu (I. 52 §. 2 eod. — si in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter . . . ibi etiam culpa praestanda est); hierauf hat Gellus seinen Satz: Socios inter se dolum et culpam praestare oportet (ibid.) sofort selbst eingeschränkt. Culpa neben dolus bedeutet nun zwar levem culpam (§. 266 Num. 10); allein mehr als diligentiam quam suis soll man von dem, den man sich zum Genossen erkoren, nicht fordern (I. 72 eod.); darum muß die levis culpa doch nur insoferne sie fraus (in suis rebus non consueta, gegen bona fides), also lata culpa (in concreto) ist (§. 267 zu Num. 16 und die Num. 19) von dem der sie begeht, allein gebüßt werden. Die aquilische culpa freilich muß von ihm schlechthin gebüßt werden (vgl. §. 266, 1, 2, 3; das. Num. 10; §. 267 S. 256 Abs. 1 und Num. 32).

11) I. 52 §. 11 §. 13 D. h. t.

12) I. 60 pr. eod.

13) I. 52 §. 3 eod. — quodsi a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est: quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit — vgl. §. 269 Num. 18.

14) I. 2 C. I. 52 §. 10 §. 12 §. 15 I. 67 §. 2 D. h. t.

15) I. 67 §. 2 eod. — si forte mutuatus sub usuris dedit; sed et

den Auslagen gleich stehen c. die statt ihrer gemachten Schulden¹⁶⁾. 2. Zum gemeinsamen Gewinn zählt selbst in der s. *omnium bonorum* nicht alles was ein Genosse erwirbt: nicht der Erwerb aus Delikten, wenn ihn der Delinquent für sich behält, oder durch Strafzahlung büßen muß¹⁷⁾; bei der s. *quaestus* nur der Erwerb aus Arbeit oder geschäftlicher Thätigkeit (*opera*)¹⁸⁾; bei den übrigen Sozietäten nichts, was ein Sozjus für sich und auf eigene Gefahr, wenn gleich mit Mitteln der Sozietät¹⁹⁾, oder was er zwar unwillkürlich und mittelst einer *ex societate* gemeinschaftlichen Sache, jedoch nur wegen des Antheils, den er an dieser hat, nicht weil er Sozjus ist, erwirbt²⁰⁾.

Daß aller Verlust oder Gewinn, der nach vorigem ein gemeinsamer sein müßte, in der That auch ein gemeinsamer aller Genossen sei, ist in Betreff des Gewinnes buchstäblich^{20a)}, in Ansehung des Verlustes nicht buchstäblich der Fall. Denkt man nämlich unter Verlust nur an Einbuße von Sachen und Rechten, welche in die Sozietät eingebracht oder verwendet werden (positiven Schaden, *damnum emergens*), so haben an

si suam pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere si alii mutuam dedisset. Besonderheit aus der oratio D. Marii in Betreff der Auslagen auf Reparatur eines gemeinschaftlichen Hauses: *quatuor mensibus sinit certas usuras*; aber dies nur, wenn der *socius* die ihm nach 4 Monaten gegebenen Eigenthumsantheile haben will; sonst gilt von den Auslagen und deren Verzinsung was oben: *potest . . . pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat* (l. 52 §. 10 eod.).

16) l. 12 l. 27 l. 28 eod. Das non obligatur in l. 82 eod. geht auf Obligirung nach außen (vgl. hiezu §. 259 Num. 22). Schulden die aus Verschulden erwachsen, sind nicht anstatt der Auslagen, und kommen in der Regel nicht auf den gemeinschaftlichen Verlustkonto (zu Num. 10); nur bei der s. *omnium bonorum* scheinen auch solche Schulden noch in die Gemeinschaft zu fallen: vorausgesetzt nämlich, daß ihnen eine bloße „Kontraktsskulpä“ (§. 252) zu Grunde liegt; Deliktsschulden stehen gleich dem Delikte außer der Sozietät (l. 52 §. ult. vgl. l. 55 eod.).

17) l. 53—l. 57 eod.

18) l. 8; l. 7 — *ex quaestu*: h. e. si quod *lucrum* ex *emtionem*, *venditionem*, *locationem*, *conductionem* descendit —; im Gegenfatz zu dem, was ex fortuna kommt (*hereditas*, *legatum*, *donatio* l. 9 l. 11).

19) l. 67 §. 1 eod.

20) l. 63 §. 9 eod.

20a) l. 29 D. h. t. — *societatem talem coiri non posse, ut alter *lucrum* tantum, alter *damnum* sentiret: et hanc societatem *leoninam* solitam appellare* —

diesem Verlust nicht nöthwendig alle Genossen Theil; wo sich sozietätsweise Kapital und Arbeit miteinander verbinden, kann stillschweigend oder ausdrücklich bedungen werden, daß das Kapital auf Wag und Gefahr des Kapitalisten allein stehe²¹⁾. Denkt man dagegen unter Verlust auch an Lohnentgang, dann sind auch am Verlust die Genossen stets alle und nothwendig theilhaftig, indem da wo die Gesellschaft mit Kapitalverlust oder ohne Gewinn abschließt, auch für die in sie eingesetzte Arbeit kein oder doch nicht der gehoffte Lohn übrig bleibt²²⁾.

Die Gemeinschaft von Verlust und Gewinn, die das Wesen der Sozietät ausmacht, besteht überall in gemeinsamer Haftung der Genossen untereinander. Zu dieser Gemeinsamkeit kann noch die eine und andere hinzukommen; jedweder Sozietät nothwendig, dem Sozietätsbegriffe also wesentlich, ist nur das Dasein einer für und gegen die Genossen untereinander bestehenden Haftung für gegenseitige Prästation des Verlustes und Gewinnes. Die Gemeinschaft, welche zu der der Haftung möglicherweise hinzukommt, ist 1) eine Sachengemeinschaft (*rerum communio — res ex societate communes*)²³⁾, 2) eine Gemeinschaft des Handelns (*gestus communis*), — ad 1) ein *condominium* an allen Sachen, die ein Jeder hat und erwirbt, wenn die Sozietät eine *s. omnium bonorum*, der gegenwärtigen und künftigen²⁴⁾, ist, und zwar sofort und von selbst²⁵⁾, wenn der Erwerb ein

21) §. 2 J. h. t. — *ut alter pecuniam conferat alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit — ut quis lucri partem ferat, damni non teneatur* — l. 29 §. 1 arg. §. 2 D. h. t.

22) Ist der Arbeiter, was seinen Lohn anlangt, lediglich auf den Gewinn angewiesen, so hat er keinen Lohn, wenn der Gewinn ausbleibt; ist ihm außer der Dividende ein fester (in die Ausgaben der Gesellschaft fallender) Lohn bedungen (was nach Anm. 37 ohne Alterirung des Sozietätsbegriffes möglich ist), dann verliert er, wenn der Gewinn ausbleibt, wenigstens den gehofften Lohn (*lucrum cessans*).

23) l. 38 §. 1 l. 58 pr. l. 67 pr. D. h. t.

24) l. 73 D. h. t.

25) l. 1 §. 1 §. 2 l. 3 §. 1 eod. — *s. g. transitus legalis* — Erklärung aus einem *constitutum possessorium*: Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl. S. 322 (Thibaut, Sintenis, Rierulff, Keller, Guenz, Windscheid); aus dem Gesetz und ohne Besitzübergang: Buchta, II. civ. Schriften Nr. 26 S. 439 und Weiske's Rechtsf. 2. Aufl. Bd. 2 S. 62 (Böcking, Arndts, Heimbach, Randa, Meischi-

erlaubter ist, erst mittels Kommunikation wenn er aus Delikten des Sozius stammt²⁶⁾; ein Kondominium an denjenigen Sachen, die der Sozius (als Gegenstand des genossenschaftlichen Habens, oder als Mittel zu genossenschaftlichem Erwerb, oder als das Ergebnis genossenschaftlichen Erwerbes kommuniziert, gleichviel ob die Sozietät eine s. unius rei negotii, negotiationis oder quaestus sei²⁷⁾. ad 2. Die zur Erzielung des Sozietätzweckes etwa nothwendigen Geschäfte nach außen können von Einem der Genossen allein, oder aber von Einigen, oder Allen zusammen ausgeführt²⁸⁾, desgleichen von Einem, oder Einigen, oder Allen gemeinsam einem Dritten übertragen werden^{28a)}. Ob übrigens von Einzelnen oder gemeinschaftlich gehandelt wird, stets werden nur die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft²⁹⁾ obligirt und berechtigt (Ann. 31).

Abgesehen von diesen zwei zufälligen Gemeinschaften (von denen jede wieder ihren besonderen Inhalt und ihre besonde-

ber). S. darüber Harburger, Dr. Isidor, das const. poss. Erlangen 1881, der selbst gegen ein constitutum poss., aber für Besitzübergang ist; letzteres gewiß mit Recht: l. 2 eod. — licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

26) l. 52 §. 17 l. 53 cf. l. 54—56. Mit dem Erwerb, den der Sozius durch sein Delikt macht, nicht zu verwechseln der Erwerb, den er aus Delikten Dritter macht: l. 52 §. 16 eod.

27) Ueberall hier ist das Kondominium erst durch ein eigenes hierauf zielendes Geschäft (communicare) bewirkt (vgl. l. 58 pr. in f eod. — si id actum dicatur ut quadriga fieret eaque communicaretur — bei eingehenden Geldern und Sachen ein communicare pretium: l. 67 pr., rem: l. 74, ein vertere in arcam communem: l. 82 eod.). „Kollation“ ist ohne Kommunikation möglich: arg. l. 58 §. 1 D. h. t.

28) von Einem allein: si solus naviget, si solus peregrinetur (l. 29 §. 1 eod.) — alter ex his ad merces comparandas profectus (l. 52 §. 4 §. 15 eod.) — si unus vendiderit, foeneraverit usurasque perceperit (l. 67 pr. §. 1 eod.) — si unus promiserat (l. 27) et pecuniam debeat (l. 28 eod.) — womit stillschweigend auch das Gegentheil (welches übrigens wie bei der Furtel den selteneren Fall bildet) bezeugt ist.

28a) l. 23 §. 1 eod. — servus unius ex sociis societati a domino praepositus — l. 24 eod. — si ambo socii servum alterius praeposuerint —

29) wie dieß n. G. gegen die Natur der Sache in unserer offenen Handelsgesellschaft (vgl. d. Hdbg. Art. 111. 113. 119—122, gegen Art. 112) und in der Aktiengesellschaft (Art. 207 Art. 216 cc.) angebahnt, in der Aktiengesellschaft nach der gewöhnlichen Ansicht sogar durchgeführt ist. S. darüber Windscheid §. 407 Ann. 2.

ren Folgen hat)³⁰⁾ ist die Sozietät eine lediglich in Haftungen beruhende Gemeinschaft — Obligationsgemeinschaft; alles andere in der Sozietät kann, vieles muß des Einzelnen, bald des Einen, bald des Anderen sein³¹⁾; die Gefahr und Hoffnung dagegen, welche für das Vermögen der Genossen aus all dem, was sie dem Sozietätszwecke zulieb einzeln oder gemeinsam einbringen oder geriren, entspringt, die muß Allen gemeinsam sein, und sie ist es nur, indem sie Alle für Theilnahme am Verlust oder für Mittheilung des Gewinnes sich gegenseitig haften. So wird jede Habe, und jedes Geschäft, worauf sich diese gemeinsame Haftung erstreckt, gemeinsam, wengleich sie dem Eigenthum nach einem Einzelnen ausschließlich gehörten, oder der Gestion nach einem Einzelnen als ausschließlichen Gerenten hätten: sie sind gemeinsam dadurch, daß ihrethalben eine Haftung Aller gegenüber Allen besteht³²⁾.

So wenig als das Kondominium (Bd. 1 §. 131) besteht diese Obligationsgemeinschaft ohne Theile; zu was für Theilen ein Jeder am Verlust oder Gewinn betheiligt sei, muß ausgemacht sein, und versteht sich, wenn kein ausdrückliches Ge-
dinge vorliegt, stillschweigend³³⁾. Daß aber die stillschweigend

30) die ad 1. außer dem Kondominium ihren Quasikontrakt und die quasikontraktlichen Obligationen (§. 323) — die ad 2. ihre Obligationsgemeinschaft, etwaige Solidarität (*si ambo praeposuerint*), oder Korrealität (§. 254 Anm. 3) und ihr *commune periculum* (l. 24 eod.).

31) Die in die Sozietät zu verwendenden Sachen können des Einzelnen sein und bleiben (Anm. 27); die von den Einzelnen kontrahirten Obligationen müssen nach röm. Rechte des Einzelnen sein, trotzdem sie in Sachen der Sozietät kontrahirt sind, und greifen in der Person der Uebrigen nur adjektivisch, cessionis- oder abrechnungsweise platz; so selbst in der *s. omnium honorum* (l. 3 pr. eod. *Ea vero quae in nominibus sunt. manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent*; im übrigen arg. l. 27 in f. l. 28 l. 67 pr. eod.); nach heutigem Rechte können die Nichthandelnden durch den handelnden Genossen unmittelbar mitobligirt und mitberechtiget werden (s. einstreifen meine Pand. 1. Aufl. §. 371), wessfalls richtiger nicht bloß die Berechtigung, sondern auch die Obligirung nach Maßgabe der Gesellschaftstheile platzgreift (Windscheid §. 407 Anm. 7).

32) So heißt das Geschäft in l. 52 pr. und l. 67 §. 2 eod. *commune negotium*, trotzdem es Einer allein geführt hat; so können ihrer Mehrere etwelche Sachen „zusammen“ (auf gemeinsames Risiko) haben, so „zusammenwerfen“ (*conferre*), ohne sie zu kommunizieren (Anm. 27 a. E.).

33) l. 29 pr. eod. *si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat*. — Die bedingenen können nominell ungleich, nament-

gewollten Theile schlechthin gleiche (aequae), nicht vielmehr verhältnißmäßige (aequales)³⁴⁾ seien, ist nicht anzunehmen. Wo freilich nicht nur keine partes lucri et damni, sondern auch kein gewisses Maß des Einbringens ausbedungen ist, fehlt es an einer für die Proportion maßgebenden Größe und können nur schlechthin gleiche Theile angenommen werden; wo dagegen ungleiche Einlagen ausbedungen und dieselben nicht durch Mehr- oder Minderleistung an „Arbeit, Geschicklichkeit, Kredit oder Kundenschaft“³⁵⁾ ausgeglichen sind, müssen verhältnißmäßige Theile angenommen werden; das Gegentheil widerstrebt dem Prinzipie der Gleichheit, von welchem die Sozietät durchdrungen ist³⁶⁾. Nicht unvereinbar mit diesem ist es, daß an Stelle der aliquoten Theile zuweilen ein fester Bezug für den Einen, aller Verlust, aber auch aller übrige Gewinn für den Anderen bedungen wird³⁷⁾.

Zu der Haftung für gemeinsame Tragung der gemeinsamen Gefahr kommt in der Sozietät noch die besondere Haftung jedes einzelnen Genossen für die von ihm allein verschuldeten und zu prästirenden Verluste (Num. 10). In Ansehung dieser Sonderprästationen können Vorausschläge auch hier stattfinden³⁸⁾.

Die Eingehung der Sozietät kann anstatt durch bloßen

lich können auch andere Theile an Verlust, andere am Gewinn ausbedungen sein — freilich nur insofern Verlust oder Gewinn als Endergebniß der Sozietät gedacht ist: l. 30 cf. l. 29 §. 1 §. 2 eod.

34) j. B. §. 1 J. l. 3 C. h. t.

35) — si alter plus operae, industriae. gratiae collaturus erat — l. 80 eod.

36) Das Prinzip der Gleichheit ist die natura societatis, aus der Q. Mucius gegen gewisse Ungleichheiten argumentirte (§. 2 J. h. t.), — kraft deren ungleiche Theile nur bedungen werden dürfen, wenn ihnen ungleiche Leistungen entsprechen (l. 29 pr. eod. — si quid plus constituit), kraft deren der Dritte, dem die Bestimmung der Theile anheimgegeben ist, nicht schlechthin gleiche Theile konstituiren darf (l. 6 l. 76 — l. 80 eod.). S. dagegen Vangerow §. 655 Ann. Windscheid §. 406 Ann. 13.

37) l. 44 D. h. t. Ulp. trotz l. 13 pr. D. praeser. v. 19, 5. Ist es nicht unmöglich, daß im Verhältniß zu den beiderseitigen Leistungen der Eine nur am Gewinne theilnimmt (l. 29 §. 1 D. h. t.), so muß es auch angehen, daß für seine Freiheit vom Verlust sein Gewinn auf ein gewisses Maß beschränkt wird.

38) l. 52 §. 3 D. h. t. — si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt. quamvis aestimata.

Konfens auch realkontraktlich, d. i. derart abgeschlossen werden, daß die Genossen es in Ansehung der *damni communio* nicht auf Kreditirung unter einander bewenden lassen, sondern all- oder mehrseitig in Vorschuß gegangen, mithin ohne sofortige Einlagen (Kollation) von allen oder mehreren Seiten nicht Sozii sein wollen³⁹⁾. Ohne Vertrag ist keine Sozietät denkbar⁴⁰⁾; eine *damni lucrative communio*, welche ohne ein Uebereinkommen unter den Genossen entspränge, wäre keine Sozietät⁴¹⁾; aber selbst eine *damni lucrative communio*, welche durch ein Uebereinkommen unter den Genossen, aber nicht um dieser Gemeinschaft willen (ohne *societatis affectio* oder den *animus societatis contrahendae*), zu Stande käme, würde keine Sozietät sein⁴²⁾. Auch muß Jeder mit Allen, welche die Sozietät bilden sollen, kontrahirt haben, wenn er Mitglied dieser Sozietät sein soll; wer bloß mit dem Einen oder Anderen der Genossen kontrahirt, kann auch nur Dessen Genosse werden⁴³⁾, mag es auch sein, daß er es lediglich in Ansehung des Antheils ist, den dieser an der anderen Genossenschaft hat⁴⁴⁾. Nebengedinge betreffen u. a. die Dauer, die Theile der Sozietät, das Maß und den Belang der Haftung⁴⁵⁾.

Beendet wird die Sozietät d. i. die gemeinsame, bis jetzt noch nicht in Verbindlichkeiten oder Schulden übergegangene Haftung 1) durch den Willen der Genossen, und zwar nicht nur durch den übereinstimmenden Willen Aller^{45a)}, sondern auch durch einseitige Kündigung⁴⁶⁾, durch letztere jedoch

39) I. 4 D. h. t. *Societatem coire et re et verbis et per nuncium posse nos, dubium non est. Verbis: z. B. I. 71 eod.*

40) I. 32 eod. — *cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est* —

41) I. 31 I. 32 eod.

42) I. 31 z. B. I. 33 — *qui nolunt inter se contendere, solent per nuncium rem emere in commune* — I. 34 eod.

43) I. 19 I. 20 eod. — *socii mei socius meus socius non est.*

44) wie das überall hier (I. 19—I. 24 eod.) gemeint und in I. 21—I. 23 verfolgt wird. Vgl. oben § 270 zu Num. 18, und S. 282 §. 11 v. unten.

45) I. 1 pr. I. 14—I. 17 pr. eod.; — Num. 33; — I. 52 §. 3 eod.

45a) I. 65 §. 3 eod.

46) §. 4 J. I. 63 §. ult. in f. I. 64 D. h. t.

nur halb⁴⁷⁾, wenn sie arglistig⁴⁸⁾, oder unzeitig⁴⁹⁾ oder vor der festgesetzten Frist und grundlos⁵⁰⁾ geschieht, oder nicht zur Stunde der Andern gelangt⁵¹⁾; — 2) aus den Personen: dadurch daß auch nur Einer stirbt^{51a)} oder verdirbt⁵²⁾; im Falle des Todes mit ähnlichem Vorbehalte wie beim Mandat⁵³⁾; — 3) durch die Sache selbst⁵⁴⁾; — 4) durch Ablauf der der Sozietät etwa vornherein gesteckten Frist⁵⁵⁾; — 5) durch eine die Auseinandersetzung der Sozietät bezweckende Aktion: sei sie nun eine freiwillige (vertragsmäßige — Novation) oder eine gerichtliche⁵⁶⁾. Die gerichtliche ist die pro socio actio, welche so wesentlich wie communi dividundo actio auf Aufhebung des Kondominiums, auf Aufhebung der Obli-

47) §. 4 J. l. 65 §. 6 D. h. t. — socium a se non se a socio liberat — §. 3 eod. damnum . . ad eum pertinebit, commodum autem communicare coetur —

48) l. 65 §. 3 cit. 3. B. cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit — §. 4 — si . . . solus volueris emere — anders si ideo quia emptio tibi displicebat —

49) l. 65 §. 5 eod. — eo tempore quo interfuit socii non dirimi societatem — 3. B. quo vendere (emta) mancipia non expedit und zwar societati, nicht bloß socio. ibid. „intempestive“ l. 14 l. 17 §. 2 eod.

50) l. 65 §. 6 eod. l. 14—l. 16 eod.

51) l. 17 §. 1 eod.

51a) §. 5 J. l. 4 l. 52 §. 9 l. 59 pr. l. 65 §. 9 D. h. t. — nisi in coeunda societate aliter convenerit §. 5 J. h. t. wozu Num. 75. Durch l. unica C. ut act. et ab hered. 4. 11 ist hieran nichts geändert (Windscheid §. 408 Num. 11), insb. l. 59 pr. cit. §. 5 J. h. t. — certam personam sibi eligit — l. 59 §. 9 eod., wonach namentlich auch die Testirfreiheit oder Intestaterbfolge durch keinerlei Sozietät gebeugt werden kann.

52) egestate (l. 4 cit.) — bonorum publicatione, venditione, cessione: §. 7 §. 8 J. l. 65 §. 1 §. 12 eod. — (vgl. Hdgb. Art. 126. 122). in Betreff der capitis deminutio s. gegen die allgemeineredende l. 4 cit. die l. 63 §. ult. 3. B. l. 58 §. 2 l. 65 §. 11 eod.

53) l. 65 §. 10 eod.; vgl. §. 334 C. 780. 2.

54) ex rebus: l. 63 §. ult. eod. 3. B. sive res interierit, aut conditionem mutaverit (l. cit. l. 58 pr. eod.) — finis negotii (l. 65 §. 10 eod.).

55) arg. l. 1 pr. D. h. t. — Societas coiri potest . . . vel ad tempus — cf. l. 70 eod. Nulla societatis in aeternum coitio est.

56) l. 63 §. ult. eod. — ex actione: l. 65 pr. eod. Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis — l. 71 eod. — si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videtur —

gationsgemeinschaft (*societatis divisio*)⁵⁷⁾ ausgeht, eine Kündigung in sich schließt, und nur ausnahmsweise während der Sozietät stattfindet⁵⁸⁾.

Diese *actio pro socio* setzt, wie bemerkt, der gemeinsamen Haftung ein Ziel; allein hierin liegt nur ihre beiläufige Wirkung. Darüber hinaus sollen durch dieselbe die aus der bisherigen Haftung entsprungenen und annoch unausgeglichenen Verbindlichkeiten und Schulden judikatmäßig festgestellt und also ihrer Erfüllung oder Berichtigung entgegengesührt werden. In der judikatmäßigen Feststellung liegt die *causae societatis mutatio*, welche durch *actio pro socio* wie durch Stipulation (*Novation*) bewirkt wird (Nvm. 56). Restitutions- und Kommunikations-, allenfalls auch Präzeptionsbefehle⁵⁹⁾, sowie Kondemnationen sind die Formen, in welche die Verbindlichkeiten und Schulden des Einen an den Anderen umgesetzt werden. Ist zur Zeit des Urtheils noch irgend ein Verlust oder Gewinn in der Person des Einen oder Anderen verlagert oder in der Schwebe, so treten Kautionsbefehle an die Stelle der Kondemnationen⁶⁰⁾. Ist von Mehreren nur Einer oder der Andere noch Diesem oder Jenem schuldig, so bewegt sich die *actio* nur zwischen diesen; sonst findet sie zwischen Allen statt⁶¹⁾. Sie geht nur auf Berichtigung von Forderungen: zwar nicht blos derer, die aus der gemeinsamen Haftung für Verlust oder Gewinn entsprungen, oder durch Verschuldung in Sachen der Sozietät kontrahirt sind, sondern auch auf das Wuthaben insonderheit aus den *ex societate* gemeinsam gewordenen Sachen; allein auf Theilung dieser Sa-

57) l. 66 eod.

58) l. 65 pr. cit. — *hoc ipso renunciata societate* — Ausnahme: § 15 eod. *Nonnunquam . . . manente societate agi pro socio; veluti cum societas vectigalium causa coita est* —

59) l. 3 in f. C. h. t. — *restitui tibi praecipiet* — l. 74 D. eod. — *cogitur rem communicare* — *bei societas omnium bonorum „si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, dotem maritus praecipere debet etc.* l. 65 §. ult. cf. l. 81 eod.; andereß und weitereß hierüber l. 66 eod.

60) l. 38 pr. eod. 3. B. in Folge von betagten oder bedingten Schulden nach außen: l. 28 l. 27 eod., wegen bestehender Obviktionshaftung: l. 67 pr. eod.

61) arg. l. 65 §. 14 l. 63 §. 5 D. l. 2 C. h. t. .

chen geht sie nicht; auf diese geht nur *communi dividundo* a. In Betreff der Forderungen *ex re communi* sind *actio pro socio* und *comm. div. actio*⁶²⁾, in Betreff der Forderungen aus Verschuldungen sind möglicherweise Deliktklagen⁶³⁾ in Konkurrenz. Das *judicium* ist *bonae fidei*⁶⁴⁾, darum u. a. nicht *omnem culpam* verfolgend⁶⁵⁾, überall *boni viri arbitrium* erheischend, wo die Festsetzung der Theile dem Ermessen Dritter überlassen ist⁶⁶⁾, und den Richter zur Korrektur ermächtigend, wo jenes an offener Ungleichheit leidet⁶⁷⁾, überhaupt vom Prinzip der Gleichheit getragen⁶⁸⁾. Dasselbe bietet nicht nur den gegenseitigen Ansprüchen aus dieser Sozietät, sondern auch denen aus allen Sozietäten derselben Genossen Raum⁶⁹⁾. Die Kondemnation findet, vorausgesetzt, daß der Beklagte sich als Sozium bekannt hat, mit dem Nachlasse des Nothbedarfs statt⁷⁰⁾; den diesbezüglichen Ausfall, wie überhaupt die Insolvenz des Einen muß nicht bloß der jeweilige Kläger, sondern müssen Alle tragen⁷¹⁾. Gegen die Erben geht die Klage, trotzdem sie nicht mehr *socii* sind⁷²⁾.

Von einer Einschränkung der Haftung auf die Einlagen, wie sie nach heutigem Rechte bei der Handelsgesellschaft den Kommanditisten gegenüber den offenen Gesellschaftern und nach außen, sowie bei der Aktiengesellschaft den Aktionären zu statten

62) I. 38 §. 1 l. 43 D. h. t.

63) *actio furtiva*, *condictio furtiva*, *legis Aquiliae actio*: I. 45—1. 51 pr. eod. *lex Favia*: §. 1 eod. — Eine räthselhafte Konkurrenz der *actio pro socio* mit *actio ex vendito* s. l. 69 eod., eine leidliche Erklärung u. a. bei Pothier, ad Pand. h. t. No. 41, einen Ausruf der Verzweiflung in Cujacii obs. lib. IV. c. 17, Literatur in Schulting et Small. h. l. not. 6.

64) I. 52 §. 1 D. h. t. §. 224 Anm. 5.

65) I. 52 §. 2 eod. Anm. 10.

66) I. 78 cf. l. 76 l. 77 eod.

67) I. 79 l. 80 eod.

68) I. 3 C. h. t. Eine weitere Anwendung s. unten Anm. 71.

69) I. 52 §. 14 eod.

70) I. 67 §. 3 l. 63 pr. eod. — auch zu Gunsten des Defensors, nicht auch des Bürgen (§. 1 eod.), Gewalthabers (§. 2 cf. l. 58 §. 2 eod.), ja nicht einmal des Erben (§. 2 eod.). Vgl. §. 286 Anm. 38.

71) I. 63 §. 5 l. 67 pr. eod.

72) I. 63 §. 8 l. 65 §. 9 in f. eod.

kommt⁷³⁾, ist im römischen Rechte keine Spur; das Bestreben dagegen, den Bestand der Gesellschaft von dem der einzelnen Gesellschafter unabhängig zu machen⁷⁴⁾, tritt schon in ihm hervor⁷⁵⁾.

b. aus neueren.

§. 336.

insonderheit Kautionen.

D. de stipulationibus praetoriis 46, 5.

Aus bloßem Konsenſe entspringen nach heutigem Rechte unter anderem Kautionen (vgl. §. 309). Von diesen sind diejenigen, welche keine bereits vorhandene oder seihen werdende (§. 309), sondern erst mögliche Schulden sichern oder schaffen sollen, bloße Haftungen. Obwohl sie nach ihrer Fassung eine Bedingung enthalten, mit deren Eintritt eine Schuld platzgreift, so darf man sie gleichwohl mit den eigentlich bedingten Schulden nicht identifiziren. Denn wenn sie das wären, würden sie vorerst pendente Obligationen, und mit Eintritt der Bedingung ex tunc gewesene Schulden, allenfalls Verbindlichkeiten sein¹⁾. Nun aber ist mit diesen Kautionen eine sofort existente Obligation, mit dem Eintritt der Bedingung die Schuld, allenfalls Verbindlichkeit erst von jetzt an vorhanden. Hieraus erhellt, daß was hier wie eine Bedingung lautet, keine eigentliche Bedingung, sondern eine Eventualität ist, unter welcher eine bereits vorhandene, aber noch nicht klagbare Obligation in eine klagbare — eine bloße Haftung in eine Schuld oder Verbindlichkeit umschlägt — ein Entwicklungs-, kein Entstehungs- oder Offenbarungsmoment. Wie in den Römal-

73) D. Hdgb. Art. 161 Min. 2 Art. 165; Art. 207. 218.

74) vgl. D. Hdgb. Art. 123, 2; Art. 182 Min. 3. Art. 183; Art. 222. 223.

75) in besonderer Gestalt bei der *societas vectigalium publicorum*: l. 59 pr. l. 63 §. 8 eod. — durch Nebengebilde in *societate cocunda*: l. 65 §. 9 eod. (in welchem freilich auch eine Erneuerung im Voraus erblickt werden kann: vgl. §. 8 J. l. 58 §. 3 D. h. t. Hdgb. Art. 127).

1) S. einstweilen nur l. 11 §. 1 D. qui pot. 20, 4. *Quum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* —

stipulationen wird in diesen Kautionsstipulationen irgend ein Thun oder Nichtthun versprochen, auf dessen Leistung der Promittent, trotzdem er dazu obligirt ist, nicht eingeklagt, ja womit, nachdem einmal geklagt ist, auch nicht mehr geleistet (die Haftung gelöst) werden kann²⁾; dessen Nichtleistung hier wie bei den Pönalstipulationen eine „Verwirkung“ der Stipulation (*committi st.*), eine Verschuldung der erst von jetzt an vorhandenen, meist unbestimmten, Geldschuld³⁾ enthält⁴⁾. Ob das Schuldigwerden des Kaventen, anstatt von dessen Thun oder Lassen, jemals vom bloßen Zufall abhängen dürfe, scheint fraglich; richtiger aber wird in allen den Kautionsfällen, in welchen ein Thun oder Lassen des Kaventen — als die Leistung für welche er haftet — nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, jenes als stillschweigend versprochen zu betrachten sein; ist die Geldsumme, welche der Kavent eventuell schuldig wird, ja doch geradezu *poena* genannt, und zwar gleichviel ob eine fixe Summe oder das Interesse, und ob dieses ausdrücklich oder stillschweigend stipulirt ist⁵⁾.

2) l. 57 pr. D. solut. 46, 3 l. 84 D. v. o. 45, 1.

3) Mit der *incerta quantitas* (*quanti ea res est*) in l. 2 pr. D. praet. stip. 46, 5 vergl. l. 11 eod.; ferner l. 8 §. 2 D. rat. rem. 46, 8 (In liberali causa Labeo certam summam comprehendendam existimabat.) Wie das im Text Gesagte selbst da zutrifft, wo die cautio „*rei restitutionem continet*“ (l. 2 pr. cit.), s. unten die cautio ex operis n. n. (Anm. 9).

4) Daß das „*committi*“ stipulationem nur für diese nicht eigentlich bedingten (*conditionales*) stipulationes vorkomme, vermögen wir (wegen l. 14 §. 1 D. nov. 46, 2 — *existens conditio primam stipulationem committit* — nachdem zuvor (*pr.*) von *conditionalis obligatio* die Rede ist) nicht zu behaupten. Immerhin aber scheint es eine Seltenheit, und bloße Nachahmung der Kautions- und Pönalstipulationen zu sein, wenn der Eintritt einer eigentlichen Stipulationsbedingung als „Verwirkung“ der Stipulation bezeichnet wird.

5) 3. B. l. 81 pr. §. 1 D. v. o. 45, 1 l. 6 D. praet. stip. 46, 5 — und eine *poena* ohne strafwürdiges Thun oder Lassen nicht denkbar. Man kann einwenden, daß Pönalstipulationen u. a. gerade dazu dienen, um Jemanden für ein *factum alienum* (das ihm, dem Promittenten, gegenüber als *casus* erscheint) haftbar zu machen (l. 38 §. 2 D. v. o. 45, 1 §. 21 J. inut. stip. 3, 20); allein als *poena* kann das, was Promittent zahlen muß, wenn der Dritte nicht leistet, doch auch hier nur dafür gedacht werden, daß Promittent nicht bewirkt hat, daß der Dritte leistete. Steht doch manchmal selbst in der simplen Promittirung eines *factum alienum* das stillschweigende Versprechen, man wolle bewirken, daß der Dritte leiste (vgl. l. 81 pr. D. v. o. 45, 1 — *hoc promittit, id se acturum ut stet.*).

Bloße Haftungen sind demnach

I. die nothwendigen Kautionen, zunächst also

1. die prätorischen, unter diesen voran

a. die judizialen (quae propter iudicium fiunt — Prozeßkautionen)⁶⁾, als da sind

die bei uns nicht übliche stipulatio in iudicio sisti (vadimonium sisti)⁷⁾ — die cautio iudicatum solvi⁸⁾ — die stipulatio ex operis novi nunciatione⁹⁾; —

6) s. diese Eintheilung Bd. 1 §. 101 S. 361.

7) Gaj. IV. 184–187; D. si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit (2, 11). Nach dieser Rubrik erwartet der Berechtigte vom Kaventen eine Obtemperanz und zwar ein gewisses Thun (in iudicio sisti, sistere); ein solches ist denn auch ausdrücklich versprochen (l. 8 l. 9 pr. §. 1 D. h. t.) und als die Leistung hingestellt, deren Nichterbringen den Kaventen in Schuld (hier „Strafe“) verfällt, ob diese Folge nun ausdrücklich hinzu versprochen ward oder nicht (l. 8 pr. cit. l. 81 pr. D. v. o. 45, 1). Nicht auf das sistere oder sisti (den Inhalt der Haftung) und nicht sofort, sondern erst wenn nicht sistirt (die Stipulation verwirkt) und die Schuld hergestellt ist, kann — auf diese — geklagt werden (— ut qui non steterit, is protinus . . . in summam vadimonii condemnetur — Gaj. 4, 185). Zu den für die verschiedenen Fälle im Edikt proponirten (Gaj. l. c.) Stipulationsformeln s. Rudorff, Ed. perp. §. 294.

8) Gaj. IV, 91. 101. 102. D. iud. solvi 46, 7. Ein iudicatum facere, solvi, neßtdem ein boni viri arbitrato defendere auf so lange als noch geklagt werden kann, und endlich ein dolum malum abesse afuturumque esse ist nächster Inhalt des Versprechens und Gegenstand der bloßen Haftung (l. 9 l. 20 D. h. t.; — l. 2 §§. 8–10 l. 5 §. 3; l. 15 l. 17 l. 18 eod. — l. 19 pr. — §. 2 eod.); der Eintritt des Gegentheils der einen oder anderen dieser 3 Klauseln die Eventualität, unter welcher die Stipulation verwirkt und die bloße Haftung in die Schuld des quanti ea res est umschlägt (l. 2 §. 2 D. stip. praet. 46, 5 l. 5 §. 2 l. 19 §. 1 D. h. t. — jedoch ohne daß dadurch jemals die Judikatsschuld nothwendig wird (Paul. R. S. V, 9 §. 3 l. 8 §. 3 D. nov. 46, 2). Was für ein Judikat zu erfüllen sei, steht demonstrativ voran (l. 3 pr. l. 20 D. h. t.). Formeln s. Rudorff, l. c. §. 295, Schirmer, über die prätor. Judizialstipp. S. 45–46. Die zugleich mit der in rem actio per sponsionem antiquirte pro praede litis et vind. stipulatio s. Gaj. IV, 91. 94 cf. 16 Rudorff l. c. §. 296.

9) Bd. 1 §. 175 S. 704 zu Anm. 28; S. 705 zu Anm. 38, 39. Ganz anders als die bisherigen ist diese Stipulation einer Verwirkung ausgesetzt, mit welcher ein bloßes restituere oportere, mithin eine bloße Verbindlichkeit vorliegt (l. 2 pr. D. praet. stip. 46, 5 — praet. stipp. aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem. §. 1 — ex o. n. n. cavetur ut opus restituatur — l. 21 §. 2 §. 4 D. o. n. n. 39, 1 — stipulatio in id committitur, ut res viri b. a. restituatur). Wiewohl nun als die Eventualität, unter welcher die Stipulation verwirkt, ein (dem Nunzianten günstiges) Judikat und Nichtdefension genannt wird (l. 21 §. 2 §. 4 cit.), so können wir gleichwohl das Judikat in der

b. die cautionalen, als da sind

die *damni infecti cautio*¹⁰⁾ — *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*¹¹⁾ — die *legatorum seu fideicommissio-*

Stipulation nicht als Bedingung (*si iudicatum fuerit* — Rudorff §. 308 und so wohl auch Schirmer S. 71) gefaßt denken; denn darin, daß iudiziert wird, liegt kein Thun oder Lassen des Kaventen, darum kein Grund zur „Verwirkung“ der Stipulation. Wir denken uns als nächsten Inhalt des Versprechens und als das Wofür der Haftung lediglich das *defensum iri* nebst dem *dolum abesse* (l. 21 §. 2 D. h. t.), die Defension aber in dem Sinne, daß Kavent nicht bloß den Prozeß aufnehmen (*iudicium accipere*), sondern auch einem das *novum opus* rechtfertigenden Iudikate zuzuführen werde; dieses vorausgesetzt verwirkt die Stipulation allerdings nicht bloß, wenn „nicht defendirt“, sondern auch wenn zu Gunsten des Nunzianten iudiziert wird; dieses Iudikat ist eine Bedingung der Verwirkung der Stipulation, ohne in dieser selbst (als Bedingung der Restitutionsverbindlichkeit, wie man glaubt) ausgesprochen zu sein. — Uebrigens schloß die Stipulation mit der Restitution nicht ab; vielmehr enthielt sie den Zusatz, daß weiterhin die Restitutionsverbindlichkeit im Falle der Nichterfüllung in die Schuld des *quanti ea res est* übergehen soll — wenn Nunziant das vorziehe (l. 21 §. 4 §. 7 D. h. t.) — letztere Klausel darum, weil man außerdem zweifeln konnte, ob dem Nunzianten neben der Schuldforderung auf *quanti ea res est* das *interdictum de opere restituendo* noch zustehe. Zwischen diesem und der Schuldforderung sollte er aber die Wahl haben; denn wenn die Stipulation auf Restitution verwirkt war, war auch die Remission erloschen, also nunziantenwidrig gebaut und das Interdict begründet.

10) Bb. 1 §. 172, bef. S. 678 unten bis S. 680 oben. Scheinbar liegt hier lediglich eine bedingte, überdies eine kasuell (*si quid aedium. loci, operis vitio damnum datum sit* — vgl. l. 24 §. 2 §. 5 §. 6 D. *damni inf.* 39. 2) bedingte Stipulation, kein Versprechen auf ein Thun oder Lassen, keine Haftung für ein solches, sondern einzig eine bedingte Schuld vor. Nun aber, damit diese Schuld (*quanti ea res erit*: l. 18 §. 10 l. 28 D. h. t.) platzgreife, keine bloße Bedingung, sondern eine „Verwirkung“ der Stipulation eintreten muß (l. 25 §. 6 §. 12 eod.), ist diese nothwendig, wenngleich nur stillschweigend, auf ein Thun oder Lassen des Kaventen, auf Abwendung der Gefahr, Verhütung des Schadens gegangen. Dies wird bestätigt u. a. durch l. 24 §. 3 D. h. t. 39. 2 — *quod injuria fit* — §. 4 eod. — *non si violentia ventorum vel qua alia ratione quae vim habet divinam* — cf. §. 5 §. 6 eod. — *quem . . prohibere non potuit* — Vgl. übrigens die Formel bei Rudorff §. 308.

11) D. h. t. 46. 6. Daß auch diese Stipulation, anstatt auf das bloß äußerliche *rem salvam fore*, nach Sinn und Gedanken auf ein *facere ut res salva sit* gestellt ist, zeigt nicht bloß die für den Fall, daß *res non salva* ist, theils nach Endigung der Tutel, theils sofort eintretende „Verwirkung“ (l. 4 §. 4 §. 5 §. 7 l. 11 D. h. t.), sondern auch der Umstand, daß Tutoren und Kuratoren aus dieser Stipulation nur schuldig werden können, was sie aus der Tutel oder Kuratel, von altersher (*gerendo*) ohnedies schuldig werden (l. 1 l. 4 §. 6 eod. vgl. §. 322 Anm. 4—7). Die durch diese Stipulation kontrahirte Obligation ist nach ihrem unmittelbaren Inhalte nichts anderes als die durch Uebernahme der Tutel oder Kuratel (l. 4 §. 3 §. 7 *citt.*) quasikontraftlich begründete, nun in verbo-

rum servandorum causa contrahirte Stipulation¹²⁾ — die cautio rem ratam haberi¹³⁾ — die duplae stipulatio (beim Verkauf)¹⁴⁾; —

rum obligationem debuzirte Haftung (S. 660), mittelbar die durch Verwirkung dieser Haftung begründete Schuld; nicht prästiren was man ex tutela etc. prästiren soll, ist das rem salvam non esse (l. 11 eod.). Daß die Stipulation über das rem salvam fore hinaus auf die eventuelle Schuld (quanti res est) gefaßt zu werden pflegte (Rudorff §. 305), ist nicht bezeugt.

12) welche abermals „verwirken“ muß, um zur Schuld zu werden (l. 15 §. 1 D. cit. ut in poss. legat. vel sc. servandorum causa esse liceat 36, 3), um eben deswillen nicht voruherein auf dari fieri (Rudorff §. 298) konzipirt sein kann. Vielmehr dürfte ein der legat. vel fideicc. servandorum causa entsprechendes salvum fore die nächste Intention der Stipulation und die vorläufige Haftung (l. 13 eod. — hæc quoque praetor . . salva esse vult — wozu l. 1 §. 11 eod. die necessitas cavendi nihil ex iis deminuturum se), ein si salvum non fuerit aber den Fall der Verwirkung und die daraus hervorgehende Schuld (u. G. auch hier das quanti ea res est) abgegeben haben. Das „ut quibus testator dari fieri voluit, his diebus detur vel fiat“ (l. 1 pr. eod.) brüdt sicher den Zweck, nicht nothwendig den Inhalt oder das Konzept der Stipulation aus; von dem dolum malum afuturum, welches ebensowohl auf das Konzept als den Zweck der Stipulation geht, ist sofort gesagt, daß es „stipulirt“ wird (dolumque m. afuturum stipulentur). Bedenken erregt l. 1 §. 16 eod.: — in hanc stipulationem res vel pretia deduci; konnte aber nicht das salvum fore auf res oder pretia konzipirt werden? cf. l. 4 §. ult. eod.

13) insoferne es sich um Ratih. einer actio, petitio handelt: Gaj. IV. 98—100 D. ratam rem haberi et de ratih. 46, 8. Ein non petiturum eum cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes ad quos ea res pertinet (oder ein amplius non agi), wohl auch ein ratum habiturum ohne weiteren Vorderfaß (l. 22 §. 7 D. h. t.), nebst dem ein dolum abesse ist nächster Inhalt des Versprechens und Gegenstand der bloßen Haftung (l. 23 l. 14 l. 15 D. h. t. cf. l. 31 C. transact. 2, 14; l. 22 §. 7 D. h. t.), der Eintritt des Gegentheils der einen oder anderen Klausel die Eventualität, unter welcher die Stipulation verwirkt und in die Schuld des quanti ea res est umschlägt (l. 2 §. 2 D. stip. praet. 46, 5 l. 2 l. 13 pr. D. h. t. l. 73 D. fidej. 46, 1 — einer certa summa in liberali causa: l. 8 §. 2 D. h. t.). Gegen den Einwand, daß hier zunächst factum alienum promittirt und also dafür keinerlei Obligation begründet werde, s. oben Anm. 5; sonst wäre diese Stipulation eine bloße Pönalstipulation.

14) l. 1 §. 8 D. stip. praet. 46, 5. Inwiefern diese, sowohl in ihrer Richtung auf Eviction, als auf vitia etc. den „prätorischen“ Stipp. beigezählt werde, da sie doch theils in jure civili, theils auf dem ädilizischen Edikte beruht (§§. 327. 328), ist fraglich. — Auch hier „committitur stipulatio“ (l. 44 §. 2 in f. D. aed. ed. 21, 1; l. 35 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 21 pr. §. 1 l. 52 l. 55 D. evict. 21, 2 l. 38 §. 3 §. 4 D. v. o. 45, 1); Kavent verspricht darum was 1) die stipulatio de evictione anlangt, zunächst ein facere für sich und für seine Erben: so in dem habere licere (se obligat ne ipse faciat, quominus habere liceat; obligatur etiam ne

II. die freiwilligen¹⁵⁾ alle, insofern sie keine bereits vorhandene oder soeben werdende, sondern erst mögliche Schulden sichern oder schaffen sollen. Indessen pflegt man sich heute da, wo das Bedürfnis nach Kautionen zum Zwecke der Sicherung erst möglicher Schulden entsteht und dieses durch eigene Geschäfte befriediget werden soll (nicht wie beim Mandate in denselben Geschäfte und von selbst besorgt ist

heres suos (faciat) vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat (l. 38 pr. eod.). Da nun aber die Evictionstipulation nicht sowohl gegen Klagen des Verkäufers und seiner Successoren selbst, als gegen die Eviction durch Dritte gerichtet sein muß, so ist anzunehmen: entweder, daß das Versprechen des habere licere gegen Ulpian l. 38 §. 1 D. v. o. 45, 1 noch ein facere ne per ceteros fiat quominus habere liceat enthielt (Paulus l. 83 pr. in f. D. v. o. 45, 1), oder daß neben dem habere licere noch irgend ein anderes der Eviction durch Dritte vorbeugendes facere, ein defendere nämlich, versprochen (vgl. §. 280 Num. 21. §. 328 19; G. Nooht, ad h. t.). oder daß die dupla (allenfalls simpla etc.) als poena gedacht, und mithin auch dann für verwirkt erachtet wurde wenn das habere non licere durch einen Dritten erfolgte (Ulp. l. 38 §. 2 D. v. o. 45, 1 cf. l. 21 §. 1 D. evict. 21, 2). Die Urkunden noch der bessern Zeit (139–159 p. C. Bruns, fontes, 4. ed. p. 205–208) stellen aber größtentheils (Nr. 1–3) bloß die Eviction als Bedingung (Verwirkung) der Doppelschuld hin, und sprechen von dem habere non licere als bloßer Folge der Eviction; nur Nr. 4 macht das habere licere, nächstdem aber auch die Eviction zur Bedingung. Die späteren, in Italien abgefaßten Urkunden (Spangenberg, jur. rom. tab. neg. p. 232–292) wiederholen dieselbe Erscheinung (vgl. zu Nr. 1–3 dort die Nr. 54. 56 hier; zu Nr. 4 dort die Nr. 49. 50. 52. 53 hier), nur daß anstatt des habere licere per se heredesque suos ein se successoresque suos aliquam litem etc. non moturos esse u. dgl. (z. B. Nr. 49) vorkommt. Rudorff formulirt die ädilische Stipulation nach dem Muster der älteren Urkunden Nr. 1–3 (l. c. §. 310 p. 263), eine stipulatio de contrahenda auctoritate nicht wesentlich anders. — Was 2) die stipulatio duplae in Ansehung der corporis vitia etc. anlangt, so „verwirkt“ dieselbe sofort mit der Tradition, wenn der verkaufte Sklave u. nicht sanus ist (l. 44 §. 2 in f. D. acd. Ed. 21, 1); da Promittent erst mit dieser Verwirkung (Geld duplam) schuldig wird, so kann das sanum etc. esse praestari, welches ediktmäßig den Inhalt des Vorversprechens bildete (l. 31 in f. cf. l. 3 D. evict. 21, 2), nicht ebenfalls von einer Interesse- oder Geldprästation, sondern nur von der „Leistung“ eines sanus etc. homo zu verstehen sein (wozu auch das praestari debet tempore venditionis in l. 3 cit. drängt). Also haftet Kavent auch hier wieder für ein Thun; dies auch dann, wenn das praestari weggelassen wird (wie z. B. in den Formeln bei Bachmann, Kauf S. 392 fg.); hier ist das praestari stillschweigend dazu gedacht, damit dann auch dem Anstoß begegnet, welchen etwelche Juristen an dem populären sanum esse nahmen (l. 31 cit.).

15) Ueber den Unterschied der nothwendigen und freiwilligen Kautionen s. noch nachträglich Bd. 1 §. 101 Num. 24.

§. 309 §. 334 S. 776), mit bloßen Versprechungen nicht zu begnügen, sondern Realkautio zu verlangen¹⁶). Weiteres wäre nach dem zu den nothwendigen Kautio nen Angemerkten ohnedies nicht zu sagen.

§. 337.

auf ungenannten.

Nach heutigem Rechte kann in jenen namenlosen Fällen, wo nach römischem Rechte re kontrahirt werden mußte, zwar überall noch, wenn die Parteien wollen, re kontrahirt werden (§. 248 S. 135 §. 319. 1); allein nichts mehr steht im Wege, daß in denselben Fällen bloß konsensual kontrahirt werde. In allen denjenigen Fällen nämlich, in denen es sich kauf- oder miethartig um Leistung und Gegenleistung, mandats- oder sozietätsartig um Geschäftsverrichtung oder Geschäfts- oder Sachbetheiligung (S. 625) handelt, kann heute so gut wie bei Kauf und Miethe, Mandat und Sozietät, ohne die reale Basis einer Vorausleistung auf der einen oder anderen Seite kontrahirt werden; was dort als reelle Leistung nicht bloß den Grund, sondern auch die Möglichkeit der Obligirung eines Anderen abgab, bildet dann als ein bloß Versprochenes den Grund zu dem anderen Versprechen und reicht zu der Wirksamkeit dieses anderen Versprechens wie seiner selbst um so mehr aus, als ein Versprechen nach heutigem, zum Theil schon nach justinianischem Rechte, wie ohne Form, so auch ohne gegenseitiges Versprechen wirksam sein kann (S. 138; §§. 307—309). Nur ohne Grund ist kein Versprechen denkbar (vgl. Bd. 1 S. 582 Anm. 1), und keines, wenn es einseitig und formlos ist, wirksam (§. 310)¹). — Aber auch da, wo es sich darlehens-, kommodats- u. c. artig bloß um Einhändigung gegen Rückgabe handelt, kann die Aushändigung vorerst versprochen werden. Hier ist dann freilich auf Seite desjenigen

¹⁶) im Gegensatze zu römischem Brauche — §. 101 cit. bei Anm. 31 und 32.

¹) Vgl. zu der §. 310 angeführten Aeußerung Brunner's nun auch die Stinping's, Münch. Viertelj. N. F. IV. 4 S. 491 fgg.

der zur Restitution obligirt werden soll selbst eine bloße Haftung nur unter der Voraussetzung wirklich erfolgender Aushändigung denkbar. Und so wenig man das pactum de mutuo contrahendo, de commodato, deposito, pignore dando, recipiendo ein mutuum, commodatum, depositum, pignus nennen könnte, so wenig kann man hier von einem inspiciendum, custodiendum etc. dare sprechen. Bei den Innominatkontrakten auf Gegenleistung dagegen kann man von Tausch, Trödelkontrakt und was man sonst noch an Eigennamen für sie aufbringen sollte, nicht minder dann sprechen, wenn sie consensu, als wenn sie re contrahirt werden; denn längst ist man gewöhnt, von der Type dieser Geschäfte, vom Kaufe nämlich, mit eben dieser Bezeichnung nicht bloß wenn er seiner ursprünglichen Natur nach Realkauf, sondern auch wenn er bloßer Konsensualkauf ist (§. 325), zu sprechen.

Von den Haftungen, Verbindlichkeiten und Schulden aus diesen Innominatkontrakten braucht, nach dem was hierüber anlässlich der Innominatkontrakte gesagt ist (§. 319, 2—4), nicht mehr eigens gehandelt zu werden.

B. Deliktsschulden

überhaupt.

§. 338.

Die aus den Delikten und Quasidelikten entspringenden Obligationen sind, wiewohl zum Theil nicht ohne Restitutionsnachlaß (§. 341 §. 342 §. 345), von vornherein und nichts als Schulden (§. 294), mithin im Augenblicke ihrer Entstehung, in Einem Falle sogar ohne weiteres mit den Wirkungen des Verzugs (§. 301 Num. 2. 33), klagbar, in manchen Fällen von Strafzuwüchsen für den Fall der Leugnung und Beurtheilung begleitet¹⁾; hinwider wenigstens passiv nur beschränkt vererblich, und weithin nur von zeitlicher Dauer. Aber ihrer sind die meisten

1) 3. B. §. 340 l. 1 pr. D. publican. 39, 4.

1. antiquirt,

a. indem die betreffenden Delikte nicht mehr vorkommen oder vorkommen können: so die *actio servi corrupti* in ihrer buchstäblichen Anwendung (D. h. t. 11, 3 C. 6, 2), die Strafflagen zum Schutze und zur Unterstützung der Jurisdiktio: *de albo corrupto* (l. 7 D. jurisd. 2, 1) — *quod quisque in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* (2, 2) — *si quis iudicenti non obtemperaverit* (D. 2, 3) — *si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit* (D. 2, 5) — *ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat* 2, 7. Die Strafflage gegen Zoll- und Steuerpächter aus Raub, Diebstahl, Sachbeschädigung ihrer selbst und ihrer Leute (D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4 l. 1 pr. §. 2 l. 5 pr. §. 1) —

b. indem die betreffenden Klagen entfallen sind. Dieses war mit Ausnahme der *injuriarum actio* schon vor dem Reichsstrafgesetzbuch durch den Gerichtsgebrauch bezüglich aller derjenigen Deliktssklagen der Fall, welche reine Strafflagen waren, und ist es durch das Reichsstrafgesetzbuch (§. 185 fgg.) nunmehr auch bezüglich der Injurienklage²⁾. Wir haben nun keine Strafflage mehr. Die Strafe ist ganz und gar aus dem Privatrecht ins öffentliche Recht übergegangen.

Gibt es

2. gleichwol noch Deliktssklagen, so sind das solche, welche schon nach römischem Rechte keine reinen Strafflagen

2) Ist die römische Privatstrafe durch die öffentliche Strafe des Reichsgb. §. 185 absorbiert (vgl. Mandry, *civilt. Inhalt der Reichsgesetze*, 2. Aufl. S. 252), so ist nun umgekehrt das Privatrecht durch dasselbe Gesetz §. 188 mit einem Entschädigungsanspruch des Beleidigten ausgestattet. Denn daß die daselbst eingeräumte „Buße“ Entschädigung (nicht Privatstrafe) sein soll, versteht sich nach der Voraussetzung, unter der sie verlangt werden kann, sowie nach der Wirkung, vermöge welcher sie jeden „weiteren Entschädigungsanspruch ausschließen soll“ (Mandry S. 488 Anm. 4). Trotz dieses reipersekutorischen Belanges und trotzdem sie durch „Privatklage“ verfolgt wird (Strafproz. D. f. d. D. R. §. 414), ist die Injurienbuße kein Produkt des Civilrechts, vielmehr strafrechtlich nach der Rechtsquelle (Stgb. §. 185), strafrechtlich nach der Art des Gerichtes, das über sie erkennt (Gerichtsverf. G. §. 27, 3), privatrechtlich nur nach ihrem Inhalt, und dadurch daß sie auf dem Verlangen des Beleidigten beruht. Selbst den Begriff der Injurien werden wir demnach den Kriminalisten als Rathgebern der Strafrichter überlassen müssen.

sondern rei persecutionem continentis waren (Bd. 1 §. 85 Anm. 8), oder solche, welche, trotzdem sie ex delicto stammen, keine Strafflagen, sondern lediglich reipersekutorische Klagen waren³⁾. Damit ist nicht gesagt, daß alle Deliktsobligationen, welche bei den Römern rei persecutionem continentis, oder nur reipersekutorisch waren, auch heute noch in Übung seien. Als sicher noch zu Recht bestehend sind legis Aquiliae, quod metus, de dolo und die Pauliana actio anzuführen. An die eine oder andere dieser Klagen schließt sich an, was etwa außer ihnen an Deliktssklagen noch in Geltung sein sollte; an sie auch die im wesentlichen bereits dargestellten Quasideliktssklagen (§. 251). Des furtum wird um der condictio furtiva (§. 301) und verwandter Klagen willen noch nachträglich zu gedenken sein.

Verschieden von den Privatstrafen sind 1. die strafartigen Scharfungen, welche reipersekutorische Ansprüche darum erfahren, daß sie ex delicto herrühren (wie z. B. der Entschädigungsanspruch ex lege Aquilia). 2. die s. g. Prozeßstrafen — welche nicht auf das Delikt, sondern auf Leugnung des Deliktes, Saumsal oder dgl. gesetzt sind. Derlei Strafen und strafartige Verfolgungen sind durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht aufgehoben⁴⁾; eine andere Frage wird die sein, ob und inwieweit sie etwa durch den Gerichtsgebrauch aufgehoben seien. — Im Einzelnen ergeben sich Schulden

aus Furtum.

§. 339.

J. de obligationibus quae ex furto nascuntur 4, 1.

D. de furtis 47, 2 C. de furtis et de servo corrupto 6, 2.

Das Uebel, welches hier wie bei jedem Delikte (§. 151) gestiftet sein muß, besteht in der Entziehung beweglicher Sachen, und zwar entweder der Sache selbst (des Eigenthums), oder

3) Bd. 1 §. 85 Anm. 17 und dazu I. 21 §. 5 D. act. rer. amot. 25, 2.

4) vgl. Mandry S. 250 fgg.

nur des Gebrauches oder des Besitzes derselben¹⁾. Der Entziehung auf der einen entspricht eine Aneignung auf der anderen Seite, welche, von dem *furtum usus* abgesehen, nirgends ohne Besitzergreifung stattfindet, allein die erforderliche Schuld vorausgesetzt unseren Diebstahl bildet, wenn sie lediglich in Besitzergreifung besteht, und diese sich *animo et corpore* vollzieht²⁾ — unsere Unterschlagung, wenn sie wiederum in bloßem Besitzerwerbe besteht, allein auf Grundlage zuvor erworbener Detention (*corporalis possessio*) *solo animo*, durch Verwandlung des *animus alieno nomine possidendi* in den *animus suo nomine possidendi* und deren Bethätigung³⁾ vor sich geht⁴⁾, — einen Fall des Betrugs, wenn sie in Eigenthums- oder sonstigem Erwerbe besteht, und aber unter Mitwirkung des Damnikaten selbst zu Stande gebracht ist⁵⁾. *Furtum usus* und *possessionis*⁶⁾ können nurmehr als Entwendung im weiteren Sinne des Wortes bezeichnet werden.

Die Schuld (§. 155) besteht hier darin, daß die Aneignung 1. rechtlos a. an fremder Sache, oder doch an Sachen fremden Gebrauchsrechtes, fremden Besitzes, mithin an fremdem Gute, b. ohne Wissen und Willen des Herren (*invito domino*)⁷⁾ — 2 im Bewußtsein dieses Unrechtes⁸⁾ und in

1) l. 1 §. 3 D. h. t. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve.* „Contrectatio“ ist allerdings „Behandlung“ einer Sache, nach Forcellini aber u. a. als eine vitiose Behandlung (vielleicht als ein „sich an der Sache vergreifen“) ausgezeichnet, von den Juristen ohne Zweifel als vitiose Behandlung und zwar als darum vitiose Behandlung gedacht, weil sie eine Entziehung der Sache (*amovere, subripere, interceptere*) enthält. — „Bewegliche Sachen“: §. 7 J. usuc. 2, 6 l. 25 D. h. t.

2) mag diese nun „Wegnahme aus fremdem Gewahrsam“ sein, oder wie der Funddiebstahl Wegnahme einer in keiner Detention befindlichen, aber gleichwol fremden Sache. — Zu letzterem s. neuerdings Mandry, zur L. vom Besitzeswillen, Arch. f. civ. P. R. F. Bd. XIII, S. 1 fgg.

3) Bb. 1 §. 137 Anm. 18 vgl. §. 138 Anm. 21.

4) vgl. das Strafgeb. d. D. R. §. 246.

5) „eine Entwendung, welche sich mit Zuwendung verbindet“ s. B. *cum quis indebitos nummos sciens acceperit* — §. 301 Anm. 9 §. 304 Anm. 26 vgl. Strafgeb. d. D. R. §. 263.

6) §. 6 §. 7 J. h. t.; §. 10 eod. Oben S. 509 Anm. 23 unten.

7) §. 6 J. h. t. — *cum quis alienam rem invito domino contrectat.*

8) §. 7 J. h. t. — *si se intelligant id invito domino facere; das*

gewinnlüchtiger Absicht vor sich geht⁹⁾. Dem Thäter stund an Schuld — mit nichten an jedweder Belangbarkeit — der Gehilfe gleich¹⁰⁾.

Von den aus dem furtum entspringenden Obligationen und Actionen ist die Strafforderung (actio furti) antiquirt, deren ehemalige Zuständigkeit¹¹⁾ aber insoweit noch von praktischem Interesse, als sie mit der custodia zusammenhängt (§. 267. 2. a.). Rechtsbeständig dagegen ist die der Thäterschaft¹²⁾ des furtum, und zwar des furtum in allen seinen Wendungen entspringende reipersekutorische condictio furtiva (§. 301 §. 300 S. 510 fg.). Vi bonorum raptorum actio¹³⁾ war auf ein Simplum reipersekutorisch¹⁴⁾, dürfte aber selbst insoweit antiquirt sein^{14a)}. Desgleichen und aus ähnlichem Grunde die Klage aus dem Edicte de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata^{14b)}. Dagegen enthält rerum amotarum actio darin, daß sie durch kein

bloße Meinen, man handle invito domino, schadet nicht, wenn in der That volente domino gehandelt wird — §. 8 eod. Auch muß man die fremde Sache für eine solche halten: §. 1 J. vi bon. rapt. 4, 2.

9) Anm. 1.

10) Nur auf actio furti bezieht sich das *cujus ope et consilio furtum factum est*: §. 11 J. h. t. Bloßes consilium (auch als intellektuelle Urheberschaft: *hortatus est ad furtum faciendum*) soll der handhaften Hilfe nicht gleichstehen — *non tenetur furti* §. 11 in f. cit. l. 34 — l. 36 pr. — § 2 D. h. t. *Condictio furtiva* geht nur gegen den Thäter: Anm. 12.

11) §. 13 J. h. t. — *ei competit cuius interest rem salvam esse* —

12) nicht auch schon der Hilfeleistung und Anstiftung (l. 6 D. cond. furt. 13, 1 vgl. §. 301 Anm. 15).

13) ein mit Gewalt verübtes Furtum (Entwendung) d. i. Raub voraussetzend — pr. J. h. t. 4, 2 l. 1 pr. §. 26 D. h. t. 47, 8.

14) pr. J. eod. l. 1 §. 13 D. eod. Dagegen noch Caj. 4, 8 und auch noch l. 2 §. ult. D. h. t.

14a) vgl. Seuffert §. 399 Anm. 3. Allerdings geht sie auch gegen den Anstifter, und ist auch der Kreis der klageberechtigten Interessenten weiter als bei *furti actio* (l. 2 §. 2—§. 6; l. 2 §§. 23, 24 D. h. t.); allein das sind Eigenschaften, mit denen sie als Strafflage und in Vergleich zur *actio furti* ausgestattet wurde (ll. citt. und l. 80 §. 4 D. furt. 47, 2), überdies pönale Schärfungen, welche über den reipersekutorischen Inhalt der Klage hinausgehen. Angesichts dessen, was nach Abzug derselben übrig bleibt, können wir das *putavit sufficere conductionem* (l. 2 §. ult. D. h. t.) für heute auf *vi b. r. a.* überhaupt anwenden A. W. Windscheid §. 454. 1.

14b) l. 1 pr. l. 3 §. 4 D. h. t. 47, 9.

pervenisse ad eum eamve bedingt ist^{14c)}, einen wesentlichen Unterschied von der *condictio furtiva*, und da sie selbst *condictio* und reipersekutorisch¹⁵⁾ ist, einen Grund zum Fortbestand¹⁶⁾. Die Entwendung von Erbschaftsachen bei ruhender, oder nach angetretener, aber vom Erben noch nicht in Besitz genommener Erbschaft ist kein *furtum*¹⁷⁾, auch kein Privatdelikt (*crimen expilatae hereditatis* D. 47, 19 C. 9, 32), nach den Neueren gleichwol in den Bereich der *condictio furtiva* einzubeziehen¹⁸⁾. *Furti adversus nautas, caup. stab.* (D. 47, 5 f. unten §. 341).

auf Sachbeschädigung.

§. 340.

1) auf Grund der *lex Aquilia*.

D. ad legem Aquiliam 9, 2.

J. de lege Aq. 4, 3.

Das Uebel besteht hier in Beschädigung oder Zerstörung von Sachen, nach dem Buchstaben des Gesetzes in Tödtung, Sengung, Brüchen und Stößen¹⁾. Zur Begründung der *legis Aquiliae actio* ist denn auch 1. überall ein Vergehen an körperlichen Sachen erforderlich²⁾; die Verletzung des freien

14c) l. 19 D. de act. rer. am. 25, 2.

15) l. 26; l. 21 §. 5 eod. — licet ex delicto nascitur, tamen rei persecutionem continet.

16) A. M. Windscheid §. 454. 6. Näheres im Familienrecht, und einstweilen in m. Pand. 1. Aufl. S. 1302. 4.

17) l. 2 §. 1 l. 6 D. exp. her. 47, 19 l. 14 §. 14 l. 68—1. 70 D. furt. 47, 2. Eine nicht unbedenkliche (Anm. 2) Erklärung in l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47, 4; triftiger die Herleitung aus der *lucrative pro herede usucapio*.

18) Windscheid a. a. O.

1) l. 2 pr. D. h. t. — capite primo cavetur: „qui servum servamve alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit — l. 27 §. 5 eod. Tertio autem capite . . . ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit quod asserit, fregerit, ruperit injuria —

2) §. ult. J. h. t. — neque corpus laesum fuerit — und die Thatfache, daß auch bei der weitesten Ausdehnung der *actio*, abgesehen von dem zweiten, in seiner Bedeutung unsicheren und in das Corpus Juris

Menschen war im Gesetze selbst nicht nur nicht inbegriffen, sondern ausgeschlossen, so denn auch in der Gesetzesanwendung nur bis auf ein gewisses und utiliter zugelassen (Num. 22. 30. 31). 2. Verletzungen, welche wie die Tödtung³⁾ nicht nur an einem Körper, sondern auch körperlich durch den Urheber⁴⁾ erfolgen (*damnum corpore corpori datum*), sind der direkten legis Aq. actio ausgesetzt, wenn sie gleich in den vom Gesetze selbst ausgesprochenen Verletzungsarten nicht inbegriffen sein sollten⁵⁾; Verletzungen, welche man nicht körperlich begangen, sondern nur moralisch angestiftet, oder welche man körperlich nur angestiftet (nicht selbst vollzogen) hat, sind nur *utili l. Aq. a.* verfolgbar⁶⁾. 3. Dem körperlichen Verderb und Untergang der Sache ist auch hier⁷⁾ deren Verlust an die Seite gestellt, und für den Fall, daß er aquilisch bewirkt ist, auch aquilisch verfolgbar geworden⁸⁾; desgleichen 4. die Ver-

nicht aufgenommenen Kapitel des Gesetzes (Gaj. III, 215, 216) der Schade stets ein körperlicher ist. Wegen §. ult. in f. J. und l. 33 §. 1 D. h. t. (welche sich anderweitig genügend erklären — Anm. 8) hat man die Klage auch schon auf unförperliche Schäden erstreckt. S. dagegen Windscheid §. 455 Anm. 6.

3) l. 7 §. 1 §. 2 §. 5 §. 7 l. 9 §. 1 §. 4 l. 11 pr. §. 2 §. 4 D. h. t.

4) z. B. *manibus suis*: l. 9 pr. eod., aber auch mittelst Waffen zc. l. 7 §. 1 eod., Fallgruben zc. l. 28 pr. §. 1 l. 29 pr. eod.

5) §. ult. J. h. t. — *si quis praecipue corpore suo damnum dederit* — dies dadurch, daß dem *rumpere* die Bedeutung von *corrumpere*, mithin jedweder Deteriorirung gegeben wurde: l. 27 §§. 13–20 l. 28 pr. l. 29 pr. D. h. t.

6) §. ult. J. h. t. — *in eo qui alio modo (nicht corpore) damnum dederit, utiles actiones dari solent*; anderwärts in *factum actio* (l. 7 §. 6 l. 9 pr. §. 2 §. 5 in f. eod.); beiderlei Abweichungen sind als *mortis, vulneris etc. causam praebere* dem *occidere etc.* entgegengesetzt: l. 7 §. 6 l. 9 pr. eod. Beispiele der moralischen Anstiftung: *alterius impulsu* (l. 7 §. 3), *in insidias deductus* (l. 9 §. 3), *concitato equo efferis etc.* (l. 9 §. 3), *canem irritaverat* (l. 11 §. 5 mit Distinction) — der körperlichen Anstiftung ohne selbsteigene Verübung: *alterius impulsu damnum dederit* (l. 7 §. 3), *hominem incluserit ut fame necaretur* (§. ult. J. l. 9 §. 2 D. h. t. l. 2 §. 20 D. vi bon. r. 47, 8), *alius tenuit, alius interemit* (l. 11 §. 1), *venenum pro medicamento dedit, gladium porrexit* (l. 7 §. 6 l. 9 pr.), *alius mortifero vulnero percussit, alius exanimavit* (l. 11 §. 3 eod. Hierzu vgl. übrigens l. 51 eod. und oben S. 351 Anm. 6).

7) vgl. S. 313 oben.

8) aquilisch bewirkt: 1) entsprechend dem *damnum corpore corpori datum* l. 27 §. 21 l. 14 pr. §. 2 D. p. v. 19, 5 l. 30 §. 2 D. h. t. 2) entsprechend der körperlichen Anstiftung des Schadens: §. ult. J. h. t.

quickung mit verunreinigenden Stoffen⁹⁾. Daß die Klage überdies noch auf Schäden aus Nichtsthun (Unterlassung von Handlungen) erstreckt worden sei¹⁰⁾, ist in den Quellen grundsätzlich verneint¹¹⁾ und kasuistisch nicht eingeräumt¹²⁾.

Die Schuld (§. 155) ist hier wie meistens (§. 152) zunächst ein „Unrecht“, hier aber ausdrücklich und im Gesetze selbst als solches bezeichnet (damnum „injuriam datum“)¹³⁾, trotzdem das Erforderniß, daß die Sache eine fremde, also obenhin einem Unrecht des Thäters zugänglich sein müsse, schon zuvor und nicht minder ausdrücklich aufgestellt ist (Anm. 13). Diese Betonung des Unrechts hat darin ihren Grund, weil die Schädigung an einer fremden Sache, und gleichwohl mit Recht stattfinden könnte¹⁴⁾. Möglich nun, daß injuria ur-

l. 7 §. 7 D. dol. m. 4, 3 l. 55 in f. D. a. r. d. 41, 1 l. 50 §. 2 D. furt. 47, 2; — geradezu legis Aq. actionem gibt l. 27 §. 21 (ad 1), während sonst allenthalben nur in factum actio zusteht, und diese in §. ult. J. h. t. selbst der utilis legis Aq. a. entgegengesetzt wird.

9) l. 27 §. 14 §. 20 eod.

10) Busch, Arch. f. civ. P. Bb. 45 S. 139 ad I. Pernice, A. zur L. von Sachbeschädigungen S. 164. XIV.

11) l. 13 §. 2 D. usfr. 7, 1, wozu nun auch Pernice, A., Labeo II S. 56.

12) Der Ofenheizer in l. 27 §. 9 D. h. t. ist als solcher mit dem Ofen, Gebäude handelnd beschäftigt, und begeht, wenn er dabei etwas versieht oder unterläßt, eine culpa in faciendo — nicht minder als der Kutsher, welcher die Pferde nicht aufzuhalten vermag: l. 8 §. 1 eod. oder der Hirte, welcher das Vieh unachtsam auf des Nachbarn Wiese frezen läßt: l. 6 C. h. t.; alle mußten sie entweder die Hand vom Werke lassen, oder es so verrichten, wie es der Tüchtige vermochte (l. 8 §. 1 — cum affectare quis non debeat etc. l. 27 §. 9 — cum deberet vel ignom extinguere etc.). Allerdings gewährt l. 8 §. 1 die aq. Klage direct, l. 27 §. 9 nur utiliter, und betont letztere überdies das non fecit; allein letzteres thut sie nur in der quaestio; und gibt sie schließlich nur utilem actionem, so kann die Schadensstiftung dem Einen Juristen (Ulpian) zu wenig förperlich oder unmittelbar geschienen haben, während sie der Autor der l. 8 §. 1 (Gaj.) vielleicht für eine directa actio begutachtet hätte. Viel unbedenklicher sind l. 44 l. 45 pr. D. h. t. Vgl. Windscheid §. 455 Anm. 9. — Hierzu oben §. 250 S. 153 fg.

13) pr. J. h. t. Verba legis: l. 2 pr. D. h. t. l. 1 pr. D. injur. 47, 10.

14) jure magistratus: l. 29 §. 7 D. h. t. l. 12–l. 14 pr. D. peric. 18, 6 cf. l. 13 §. 1 §. 6 l. 32 D. inj. 47, 10; — Meisterrecht: arg. l. 5 §. ult. l. 6 D. h. t.; — Nothwehr: l. 4 pr. l. 45 §. 4 eod. cf. l. 12 §. 1 D. quod met. 4, 2; — Nothstand: l. 29 §. 3 D. h. t.; — Privatrecht: l. 29 §. 1 eod. (aliud est dicendum etc.); arg. l. 39 pr. §. 1 eod. l. 27 D. pign. 20, 1. Vgl. zu all dem A. Pernice, Sachbesch. S. 34. IV; — ferner publicum certamen: l. 7 §. 4 eod.

sprünglich mit Nichtberechtigung¹⁵⁾, und Nichtberechtigung mit Schuld derart eins war, daß jede Schädigung, welche ohne Recht geschah, ihrem Urheber ohne weiteres zugerechnet wurde¹⁶⁾; nach Maßgabe der vorhandenen Quellen aber ist dieses äußerliche Unrecht zur aquilischen Schuld nicht ausreichend; diese muß auch innerlich vorhanden, jenes Unrecht muß gewollt oder nicht nichtgewollt, die injuria muß dolus oder culpa (S. 156), etwas äußeres und inneres zugleich sein¹⁷⁾. Sonach kann der Schade ohne Recht zugefügt, und ein *damnum injuria datum* gleichwol nichtvorhanden, weil „*sine culpa et dolo malo casu quodam*“ gestiftet sein¹⁸⁾; anderseits braucht das äußere Unrecht nur von bloßem Versehen, der leichtesten Schuld im moralischen Sinn des Wortes begleitet zu sein, um zur aquilischen injuria zu werden¹⁹⁾. — An eigener Sache ist nach dem Buchstaben des Gesetzes kein aquilisches Unrecht möglich, an vermeintlich eigener Sache ist es entschuldbar²⁰⁾; nachdem aber das Klagerecht aus der lex Aquilia auf Nicht-eigenthümer erstreckt ist, ist ein aquilisches Unrecht auch an eigener Sache möglich geworden (Ann. 28).

Die direkte *legis Aquiliae actio* ist eine Eigenthumsklage (Bd. 1 §. 166 Ann. 2), nicht als ob, wer immer zur Zeit der Klage Eigenthümer ist, klageberechtiget sei, oder als ob, wer es nicht mehr ist, nicht klageberechtiget sein könne, sondern weil nach dem Worte des Gesetzes forderungss=

15) vgl. l. 1 pr. D. inj. 47, 10 *Injuria ex eo dicta est, quod non jure fit.* l. 5 §. 1 D. h. t.

16) vgl. oben §. 250 Ann. 29.

17) l. 1 pr. D. injur. 47, 10 — *Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aq. dicere solemus* — l. 5 §. 1 D. h. t. Seneca, de ira, 2, 26 *Non est enim injuria nisi a consilio profecta.*

18) Gaj. III, 211 *Is injuria . . occidere intelligitur, cujus dolo aut culpa id acciderit . . itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* §. 3 J. h. t. 3. B. l. 7 §. 3.

19) §. 3 J. h. t. — *non minus quam ex dolo ex culpa quisque hac lege tenetur.* l. 44 pr. D. h. t. *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* 3. B. §§. 4—8 J. h. t. l. 7 §. 2 §. 8 l. 8 pr. §. 1 l. 9 §. ult. — l. 1 pr. D. h. t., insonderheit auch *imperitia*: §. 7 J. l. 7 §. ult. l. 8 pr. §. 1 D. h. t.

20) Seuffert, Pandr. §. 100. 1: *arg. l. 3 §. 4 D. inj. 47, 10 l. 46 §. 7 D. furt. 47, 2.*

berechtigt wird, wer im Augenblicke des Deliktes Eigenthümer war²¹⁾, diese Forderung ein Ersatz für den Eigenthums-Verlust oder Schaden ist, und eine Ausdehnung wohl auf dinglich Berechtigte, mit nichten auf bloße Gläubiger stattgefunden hat. Erstreckt ist das aquilische Forderungsrecht nämlich 1. auf denjenigen, der nicht Eigenthümer, wohl aber mehr als dieses, der verletzte Körper nämlich selbst und ein freier Mensch ist²²⁾, — 2. auf denjenigen, der nicht Eigenthümer, wohl aber bonae fidei possessor²³⁾, Pfandgläubiger²⁴⁾, Usufruktuar oder Usuar²⁵⁾, also wohl überhaupt dinglich berechtigt²⁶⁾, darüber hinaus noch auf denjenigen, der nicht Eigenthümer, wohl aber anstatt desselben zur Perzeption ermächtigt ist²⁷⁾. Alle diese

21) Verba legis: l. 2 pr. D. h. t. — quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum aes dare domino damnas esto. l. 11 §. 6 eod. L. A. actio hero competit, i. e. domino — und dazu l. 43 eod. — dominum . . . lex Aquilia appellat non utique eum qui tunc fuerit, cum damnum dederit — „non utique“: nicht als ob wer überhaupt nachher Eigenthümer wird, klageberechtigt sei, sondern weil Einige von denen, welche damals nicht Eigenthümer waren (Erben, postliminio reversi), forderungsberechtigt werden (l. 43 cit. l. 15 eod. pr. l. 36 §. 1 D. h. t. l. 36 §. 2 l. 55 D. her. pet. 5, 3). Anwendung des Satzes, daß man zur Zeit des Deliktes Eigenthümer gewesen, oder Erbe des ursprünglich forderungsberechtigten sein müsse: auf den Legatar l. 13 §. 3 l. 15 pr. D. h. t. l. 66 §. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1, — auf den rescindibaren Kauf l. 11 §. 7 eod. Ein späterer Eigenthümer, der nicht Erbe ist, kann die Klage nur cessionweise bekommen: l. 11 §. 7 cit. Vgl. zu all dem A. Pernice a. a. O. S. 183—191.

22) l. 13 pr. D. h. t. — directam . . . non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Er hat „suo nomine utilem l. Aq. actionem“ — im engsten Sinne des Wortes nur er für sich; wird er getödtet, so hat so wenig als er selbst sein Erbe die Klage: (arg. l. 15 §. 1 in f. l. 16 l. 36 §. 1 eod. vgl. l. 5 §. 5 D. de his qui eff. 9, 3 Pernice S. 184 fg. Unterholzner §. 673. 1).

23) Bb. I §. 143 Anm. 30 — auf den b. f. possessor als solchen, nicht etwa bloß insofern er als vermeintlicher Eigenthümer klagt, wie l. 55 D. her. pet. 5, 3. Daß übrigens dem b. f. possessor der dominus selbst schuldig werden kann (l. 17 pr. D. h. t.), ist mit der widerstrebenden l. 38 eod. vielleicht dadurch zu vereinigen, daß dort ein dominus gemeint ist, gegen welchen der b. f. possessor die exc. rei venditae et trad. hätte. Daß dem Eigenthümer die b. f. possessio des Anderen bekannt sein müsse, wird allgemein und mit Recht gefordert. Pernice S. 196 fgg.

24) l. 30 §. 1 D. h. t.; l. 17 §. 1 eod. l. 27 D. pign. 20, 1.

25) l. 11 §. 19 l. 12 D. h. t. l. 17 §. 3 D. usufr. 7, 1 l. 7 §. 4 D. d. m. 4, 3 l. 13 pr. D. quod vi aut. cl. 43, 24.

26) Unterholzner §. 676. I. Pernice S. 206 oben. Seuffert §. 402 Anm. 1.

27) l. 27 §. 14 D. h. t. — nicht auf diejenigen, welche betreffs der

Personen können gegebenen Falles wider den Eigenthümer selbst klagen²⁸⁾, so daß, ihnen gegenüber, der Eigenthümer an seiner eigenen Sache, freilich nur so weit, als sie fremdem Rechte unterthan ist, Unrecht thun kann. — Gegen den Buchstaben des Gesetzes geht die Klage nicht bloß auf den Werth oder Minderwerth der zerstörten, verlorenen, verdorbenen Sache, sondern auf das ganze Interesse des Geschädigten²⁹⁾. Bei Verletzung freier Personen besteht dieses möglicherweise in Kosten und Verdienstentgang³⁰⁾, nach deutscher Praxis auch in einem gewissen Affektionsinteresse, den Schmerzen³¹⁾. Wird eine Sache geschädigt, an welcher Mehrere berechtigt sind³²⁾, so kann das Interesse unbedingt Aller, aber auch unbedingt des Einen, bedingt des Anderen sein³³⁾. Dadurch, daß der Eigenthümer die geschädigte Sache dem Thäter schuldig ist, entfällt sein Interesse noch nicht³⁴⁾; wohl dadurch, daß er zur

Sache sonst ein Forderungsrecht haben; l. 54 l. 11 §. 9 D. h. t. l. 13 §. 12 D. a. e. e. v. 19, l. §. 3 in f. J. emt. 3, 23 l. 18 §. 5 D. dol. mal. 4, 3. Pernice S. 208 fgg.

28) s. die Anm. 23—27 cit. II.

29) §. 10 J. l. 21 §. 2 l. 22 pr. §. 1 l. 23 pr. §. 1 §. 2 §. 4 l. 37 cf. l. 29 §. 3 D. h. t.

30) Vgl. l. 3 D. si quadrup. 9, l. 7 D. de his qui effud. 9, 3 mit l. 13 pr. D. h. t.

31) Das „Schmerzensgeld“ ist „nicht Strafe, sondern Entschädigung“ (Windscheid §. 455 zu Anm. 31). Dem mit Unrecht Gefolterten war ebenso wie seiner „kosten und schaden“ seiner „schmach und schmerzen“ halber „Ergezung“ zu thun (Carol. art. 20. 21). Für Pönalität des Schmerzensgeldes und gegen die heutige gemeinr. Geltung der Schmerzensgeldklage Seiß (Dr. G. S.), Unterj. über die heutige Schmerzensgeldklage 1860 §. 10 §. 13; obwohl nicht gegen die Pönalität, so doch für die heutige Geltung sein Recensent Stinzing, Münch. Viertelj. Bd. II S. 590—597 S. überhaupt Seuffert §. 462 Anm. 9. Windscheid §. 455.

7. Auch nach dem heutigen gemeinen Strafrecht für dieselbe Mandry, civilr. Inhalt der Reichsgesetze, 2. Aufl. S. 254. Nach Windscheid a. a. O. Anm. 32 wird „das Schmerzensgeld ausgeschlossen durch die nach §. 321 des Reichsstrafgesetzbuches erkannte Buße — was seinen guten Grund hat, wenn die Buße wie das Schmerzensgeld Entschädigung ist (§. 338 Anm. 2). Vgl. hierzu unten Anm. 39.

32) was nicht bloß im Falle des Miteigenthums (z. B. l. 34—l. 36 pr. D. h. t.), sondern auch an einer res fructuaria, usuaria, pignerata zutreffen kann: l. 30 §. 1 D. h. t.

33) unbedingt Aller: der condomini. des Proprietars und Usufruktuars; unbedingt des Pfandgläubigers, bedingt des Schuldners: l. 30 §. 1 D. h. t. Vgl. dazu Pernice S. 201 fgg.

34) l. 54 l. 55 D. h. t.

Zeit der That bereits in Verzug war³⁵⁾. — Die pönale Schär-
fung der Aestimatio³⁶⁾ und die Litiscreſcenz wegen Leug-
nung³⁷⁾ ſind hinweggefallen³⁸⁾. Auch die Haftung der meh-
reren gemeinſchaftlichen Schadensſtifter, und der Erbgang, ſind
nunmehr im Sinne einer lediglich reiperſekutoriſchen Klage zu
behandeln³⁹⁾. Eine Konkurrenz mit anderen Klagen ergibt
ſich namentlich dadurch, daß die aquiliſche culpa von Jemand
begangen werden kann, der zur ſorgfältigen Behandlung der
Sache kontraktlich obligirt iſt (Vb. 1 §. 98 Anm. 18; hier oben
§. 266, 3).

§. 341.

2) aus verwandten Fällen.

An und für ſich als Sachbeſchädigung der legis Aquiliae
actio anheimfallend, zum Theil auch noch in den Quellen mit
ihr zuſammengeſtellt¹⁾, allein um der beſonderen Qualität der

35) l. 54 D. h. t. Ob ſein Intereſſe dort ſich auf den Gebrauch
und Nutzen der Sache beſchränkt, gleichwie es auch in dem Falle der l. 55
cit. ein beſchränktes iſt? oder ob zu entſchädigen iſt, wie wenn die Sache
nicht ſchuldig wäre? Für erſteres Cujacius zu den quaest. Pap. h. l.
Vgl. die Gloſſe.

36) Gaj. III, 214 l. 2 pr. — quanti id in eo anno plurimi fue-
rit l. 21 pr. §. 1 D. h. t.; — Gaj. III, 218 l. 27 §. 5 eod. — quanti
ea res erit in diebus triginta proximis.

37) l. 21 §. 10 eod.

38) beide durch Nonusius — vgl. Windscheid §. 455 Anm. 23, 25.
Sintenis, praet. Civilt. II §. 125 Anm. 17.

39) Nach §. 9 J. h. t. gewinnt es den Anſchein, als ob die Klage
nur wegen jener Schärfung der Aestimatio pönal geweſen ſei; in der
That war ſie auch ohnebies pönal, wenngleich die Pön in der Präſtation
des Schadens enthaltend — rei pers. continens; darum die Haftung der
gemeinſchaftlichen Schadensſtifter ſo ſelbſtändig wie bei furtum etc. — ex
lege Aquilia quod alius praestitit alium non relevat, cum sit poena
l. 11 §. 2 D. h. t. Vgl. oben §. 233 Anm. 24, 25); darum der Erbe
des Thäters nur für den Fall der Bereicherung und bis zu dieſer belang-
bar (l. 23 §. 8 eod. l. 10 pr. D. comm. div. 10, 3). Nunmehr dagegen
haſten die gemeinſchaftlichen Schadensſtifter ſolidariſch nur bis zu der ein-
maligen Entſchädigung (vgl. §. 233, 2. Windscheid a. a. O. Anm. 26),
während die Haftung der Erben weder auf die Bereicherung noch auf den
Beſtand der Erbschaft (Vb. 1 §. 85 Anm. 9) beſchränkt ſein kann (Sin-
tenis §. 124 Anm. 1. Dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 28).

1) l. 1 l. 5 §. 1 D. arb. furt. caes. 47, 7. Ejus actionis eadem
causa est quae est legis Aquiliae; — l. 3 §. 1 l. 4 l. 5 §. 2 D. de servo
corrupto 11, 3; — l. 2 D. de sepulchro viol. 47, 12. Vgl. dazu auch den
antiquirten Fall des puer castratus in l. 27 §. 28 D. ad leg. Aq. 9, 2.

Sache, oder des Schadens, oder um der Gemeingefährlichkeit willen besonderen Klagen unterstellt, ist das *sepulchrum violatum*, der *servus corruptus*, sind die *arbores furtim caesae*, und das *damnum hominibus coactis* und *in turba datum*. Diese Klagen sind sämmtlich pönal, zum Theil popular²⁾ und infamirend³⁾, oder schlechthin auf ein Quadruplum oder Duplum des Interesses⁴⁾ oder des Werthes⁵⁾ gerichtet, aber auch allenthalben dolose Schädigung voraussetzend⁶⁾. Entkleidet man sie dieser pönalen Voraussetzung und Folgen, wie man theils der Praxis theils der Strafgesetzgebung nach muß⁷⁾, so bleibt nur der gemeine aquilische Reat mit der nunmehr bloß reipersekutorischen Folge übrig, und entfällt aller Grund, dieselben von der *legis Aquiliae actio* zu unterscheiden. Mit letzterer ist auch schon dafür gesorgt, daß sie nicht nur gegen den Thäter selbst, sondern auch gegen den Anstifter gehen können⁸⁾. Nur die *servi corrupti actio* weicht von dem aquilischen Reat insoferne ab, als in ihr häufiger eine moralische als eine körperliche Deterioration der Sache verfolgt wird⁹⁾; bei uns kann von derselben überdies nur in ihrer Anwendung auf Hauskinder die Rede sein¹⁰⁾.

Zwei Fälle des *damnum corpori datum* sind zum Theil durch die Urheberschaft, zum Theil durch die Vertretung ausgezeichnet, welche sie nach sich ziehen. *Si quadrupes pau-*

2) l. 3 §. ult. cf. pr. l. 6 D. sepulchr. viol. 47, 12.

3) l. 1 eod.

4) l. 7 §. ult. l. 8 pr. D. arb. furt. caes. 47, 7.

5) l. 2 pr. l. 4 pr. §. 11 D. vi bon. rapt. 47, 8 et de turba; — l. 1 pr. l. 5 §. 2 l. 9 §. 2 §. 3 D. servo corr. 11, 3.

6) l. 1 pr. §. 3 l. 3 pr. §. 1 l. 5 pr. D. servo corr. 11, 3; — D. arborum furtim caesarum: l. 7 pr. §. 1 h. t.; — l. 4 pr. §. 4 D. vi bon. r. et de turba 47, 8; — l. 3 pr. §. 1 D. sep. viol. 47, 12.

7) In Betreff der Praxis vgl. Unterholzner §. 678 II. 91; §. 681 X. und überhaupt §. 124. In beiden Beziehungen Windscheid §. 456. l. 3. 4. 5. 9. Ob aber *sepulchri violati* a. wegen Reichsstrafgb. §. 304 nicht ganz entfallen ist?

8) Vgl. l. 4 §. 4—6 D. vi bon. rapt. 47, 8 mit §. 340 Anm. 6.

9) l. 1 pr. — §. 5 l. 2 l. 3 pr. D. 11, 3. Daß übrigens die Corruption auch eine körperliche sein kann, s. l. 3 §. 1 l. 9 §. 3 eod.

10) *actio servi c. utilis*: l. 14 §. 1 eod.

periem fecisse dicatur¹¹⁾, muß der Herr wie bei Privatdelikten von Sklaven (S. 215) entweder ausliefern, oder für den Schaden aufkommen¹²⁾. Vom aquilischen *damnum* ist die *pauperies* dadurch unterschieden, daß sie ohne *injuria* geschieht¹³⁾; allein anderseits ist doch nicht jeder Schade, den das Thier anstiftet, eine *pauperies*, vielmehr eine die *injuria* ersetzende ungewöhnliche Bözartigkeit oder Erregtheit die nothwendige Voraussetzung derselben¹⁴⁾; wilde Thiere können darum keine *pauperies* verursachen¹⁵⁾. Auch muß das Thier selbst Urheber des Schadens sein¹⁶⁾. Das *noxia caput sequitur* und solidarische Haftung der mehreren Herrn gilt hier wie bei Sklavendelikten¹⁷⁾; daß die Klage jedem Interessenten direkt zusteht, und ebenso direkt wegen Beschädigung freier Personen stattfindet¹⁸⁾, ist eine weitere Besonderheit im Vergleich zur aquilischen Klage. Wegen Schädigungen durch andere als vierfüßige Thiere kann nur *utiliter* geklagt werden¹⁹⁾. — Schiffer, Wirthe, Stallhalter müssen ihr Hilfspersonal, Wirthe auch ihre Miethwohner, wie wegen Diebstahls²⁰⁾ so auch wegen der gegen die Passagiere verübten Sachbeschädigung vertreten²¹⁾. Die diesbezügliche *in factum actio* ist verschieden von der aus dem *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, bei welcher der Beklagte gleichfalls das Vergehen seiner Leute kann büßen müssen, dies aber auf kontraktlicher (depositenartiger) Unterlage beruht²²⁾, während hier le-

11) D. h. t. 9, 1 J. eod. 4, 9.

12) l. 1 pr. §. 13—§. 17 eod. Die Klage heißt denn auch *noxialis actio*: l. 1 §. 14 cit.

13) l. 1 §. 3 eod. *Pauperies est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.*

14) l. 1 §. 4—§. 7 — *quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit* — l. 2 §. 1 l. 5 eod.

15) l. 1 §. 10 eod.

16) l. 1 §. 5 §. 8 §. 11 eod.

17) l. 1 §. 12 §. 17; l. 1 §. 14 eod.

18) l. 2 pr.; l. 3 eod.

19) l. 4 eod.

20) D. *furti adversus nautas, caupones, stabularios* 47, 5.

21) l. 6 pr. §. 1—§. 4 l. 7 pr. D. *nautae, caup., stab. ut recepta rest.* 4, 9 l. 6 §. 3 cit. *In factum actione caupo tenetur pro his qui etc.*

22) Ueber den Belang dieser Klage und den Grund ihrer Aufstellung . l. 3 §. 1 D. h. t. und oben §. 269 Anm. 40 und 42.

diglich die Thatsache, daß ein Delikt durch die Leute des Beklagten verübt ist, die Grundlage seiner Belangbarkeit bildet²³). Aber ohne Schuld ist der Wirth zc., der also haftet, auch nicht²⁴), der Fall mithin der eines Quasideliktes (§. 251. 1 und Anm. 1). Das Duplum der Haftung²⁵) ist auch hier schon durch die Praxis auf Entschädigung reduzirt²⁶). — Hausherren müssen aus ähnlichem Grunde für den Schaden aufkommen, der durch Ausschütten und Herabwerfen (effusis et dejectis) aus dem Hause entsteht (§. 251 Anm. 1—3) — Ausmündung auf einen begangenen Weg vorausgesetzt²⁷) und Regreß gegen den Thäter, wenn er gleich nicht Miethsmann sein sollte, vorbehalten²⁸). Das duplum und die Besonderheiten, welche wegen Tödtung eines Freien platzgriffen²⁹), sind antiquirt³⁰). Letzteres gilt von der privatrechtlichen Verfolgbarkeit bloß gefährlicher Vorkehrungen überhaupt³¹).

Nicht mehr in diesen Zusammenhang gehören die „Beschädigung durch Sachen“³²) oder die „von benachbarten Grundstücken kommenden Beschädigungen“³³); ihr ethalben wird vor-

23) Vgl. §. 270 Anm. 3.

24) l. 7 pr. §. 4 D. eod. — tenetur culpae scilicet suae qui tales adhibuit — l. un. §. 5 D. furti adv. naut. 47, 5.

25) l. 7 §. 1 eod.

26) Unterholzner §. 694. S. 733 I. Windscheid §. 454. 5. „ging“.

27) l. 1 pr. l. 6 pr. §. 1 D. de his qui eff. vel dej. 9, 3.

28) l. 5 §. 4 eod.

29) l. 1 pr. l. 5 §. 5 eod. Betreffs bloßer Verwundung s. l. 1 pr. §. 5 l. 7 eod.

30) Windscheid §. 457 Anm. 4.

31) Das positum suspensumve (§. 251 Anm. 4) wegen Reichsstrafg. §. 366, 8. Letzteres nimmt das „Ausgießen und Auswerfen“, sowie die Aufstellung von Thieren an öffentlichen Wegen und Plätzen auch schon vom Gesichtspunkte der bloßen Gefährlichkeit wahr (§. 366, 8 a. G. und §. 366, 5), während die Straflagen des r. Rechts wirkliche Schadensstiftung voraussetzen (Anm. 27. 28 und l. 40 — l. 42 D. aed. Ed. 21, 1).

32) unter welcher Rubrik inmitten der Deliktobligationen Windscheid von der damni infecti cautio (Beschädigung durch Grundstücke §. 458—460) und von einer „Beschädigung durch bewegliche Sachen“ (einem Kauionsfall aus Anlaß der actio ad exhibendum — §. 461) handelt. Ueber diesen letzteren Fall s. hier oben §. 324, 3.

33) unter welcher Rubrik Unterholzner §. 684 von der damni infecti cautio handelt.

beugend, zum Schutze des Eigenthums (Bd. 1 §. 172) und kraft Eigenthums, geklagt.

aus Zwang und Drohung.

§. 342.

D. quod metus causa gestum erit 4, 2 C. de his quae vi metusve causa gesta sunt 2, 20.

Das Uebel ist auch hier ein „damnum“¹⁾, denkbarerweise ein *damnum corpori datum*²⁾, oder doch ein durch gemeinsames Geschäft³⁾, gewöhnlich aber ein durch erzwungenes Rechtsgeschäft⁴⁾, allgemein durch ein *gestum*⁵⁾ erlittener Vermögensnachtheil. Mit Affektionsinteresse kann dieser untermischt sein⁶⁾.

Die Schuld hat hier wie zum Theil bei der *actio de dolo* das Eigenthümliche, daß der Thäter den Damnsifakten selbst handeln, das Uebel sich selber zufügen läßt⁷⁾ — hier

1) l. 12 §. 2 D. h. t. — *propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit* — Eine vis ohne Schaden wäre „ohne Effekt“ und nicht in die *actio quod m. fallend*: arg. l. 14 §. 14 D. h. t. l. 14 pr. eod. — *quia nihil tibi abest* — Zahlungszwang: l. 12 §. 2 l. 13 eod. vgl. Bd. 1 S. 266. 2.

2) wenn z. B. Jemand gezwungen würde, ein in seiner Gallerie befindliches Gemälde zu zerstören —

3) l. 9 §. 2 eod. — *aedificii depositionem quam quis coactus fecit* l. 9 pr. eod. — *si in meo solo per vim aedifices* — vgl. m. Pand. 1. Aufl. §. 121 ab init., und hier oben Bd. 1 S. 409 unten u. fg. „Dies wird gewöhnlich nicht beachtet“ (Windscheid §. 462 Anm. 10).

4) l. 7 §. 1 D. h. t. — *dedit aliquid vel se obligavit* (cf. l. 9 §. 1) l. 21 §. 2 l. 9 pr. eod. — *si per vim tibi possessionem tradero* — l. 10 §. 1 l. 11 l. 9 §. 3 l. 14 §. 3 eod. — *ut acceptam pecuniam faceret vel rem traderet* — l. 12 §. 1 eod. — *si metu te coegerit sibi promittere* — l. 21 §. 4 eod. — *metu coactus ab emtione, locatione discedere* — §. 5 eod. — *adii hereditatem* — §. 6 eod. — *hereditatem repudiam* — l. 9 §. 2 eod. — *coactus manumissionem fecit* — l. 12 §. 1 l. 7 §. 1 eod. — *alienavit* —

5) Rubr. D. u. C. h. t. l. 9 §. 1 D. h. t. — welches stets Handlung ist: l. 3 pr. eod. — *si quid vi compulsus aliquid fecit* — l. 14 §. 3 eod. — *vel quid aliud faceret* —, namentlich auch im Falle der l. 9 pr. eod. — *si postea quam armati ingressi sunt, discessi* —

6) arg. des Bd. 1 §. 116 zu Anm. 22 Bemerkten.

7) was namentlich auch noch in dem *gestum* der Anm. 3, u. 5 a. C. der Fall ist —

durch Anwendung von Gewalt (vis), eine Gewalt, welche davon, daß sie den Vergewaltigten mit seinem Willen gegen seinen Willen zu handeln bewegt, Zwang heißt⁸⁾. In der Seele des zu Zwingenden erscheint der Zwang als Furcht (metus). Soll wirklich er, der Zwang, Ursache des Uebels sein, so darf die Furcht nicht die des Furchtsamen⁹⁾, die zu ihrer Erzeugung aufgebotene Gewalt muß eine furchtbare¹⁰⁾, dem Bedrohten nur zwischen einem scheinbar sofort eintretenden großen Uebel¹¹⁾ oder der Handlung die Wahl lassende Gewalt sein. — An und für sich aber ist der Zwang nicht auch schon Schuld und obligirend; auch er muß zugleich injuria (vgl. §. 340 Anm. 13—19) sein¹²⁾. Ohne geflissentliches Wollen (dolus im Falle des Unrechts) ist der Zwang ohnehin nicht denkbar; stets ist also wo actio quod metus auch die actio de dolo begründet¹³⁾. Weder Gewalt noch Arglist verübt, wer einen Anderen dafür, daß er ihn von einer anderswoher drohenden Gewalt befreit, zalen läßt¹⁴⁾. Haftbar wird gleichwohl nicht bloß der Vergewaltiger selbst; außer ihm und

8) f. g. vis compulsiva: l. 21 §. 5 D. h. t. — si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui — im Gegensatze zur f. g. vis absoluta z. B. Vb. 1 §. 82 C. 262. 1 C. 265. c. d. l. 1 §. 1 D. auct. tut. 26, 8 vgl. mit l. 17 eod.

9) l. 6 l. 9 pr. D. h. t.

10) vis atrox: l. 3 §. 1 eod.

11) „major malitas“ (l. 5 eod.) mors, verbera, vincula, servitus, stuprum — nicht bloße Veration, nicht einmal Insamie: l. 3 §. 1 l. 7 pr. §. 1 l. 8 pr. §. 1 §. 2 l. 22 eod. — „metus praesens“ oder „illatus“ im Gegensatze zur suspicio inferendi ejus (l. 9 pr. eod.). Vgl. Vb. 1 C. 421.

12) Ein Recht zum Zwang kann im Rechte begründet sein (z. B. in der Person des Magistrates, der bis auf ein gewisses jure licito et jure honoris zwingt (l. 3 §. 1 eod.) oder doch in der Sitte (l. 3 §. 1 eod. — vim . . . quae adversus bonos mores fit —). Uebrigens ist daraus, daß man unter Umständen mit vis ablativa oder mit absoluter Gewalt vorgehen kann, ein Schluß auf Zwangsrecht nicht zu ziehen; das allfällige Löbtlingsrecht gegen den Ehebrecher und Dieb entschuldigt den Zwang nicht (l. 7 §. 1 eod.). Darum hat der Gläubiger gegen den süchtigen Schuldner Ablationsrecht (Vb. 1 C. 262 zu Anm. 10), aber kein Zwangsrecht (auf Zahlung). Hat das Zwangsrecht, was das Maß der Bedrohung anlangt, selbst in der Person des Magistrates seine Grenzen (l. 3 §. 1 in f. cit.), so wird das auch vom Ablationsrecht zu gelten haben.

13) l. 14 §. 13 eod.

14) l. 9 §. 1 eod. — operae potius meae mercedem accepisse videor — vorausgesetzt nur, daß ich nicht ipse vim submissi.

gleich ihm haftet der Dritte, für welchen und unter dessen Mitwissen der Zwang stattgefunden hat¹⁵); neben ihm, aber nicht gleich ihm, nämlich nicht persönlich, sondern nur dinglich, der Dritte, welcher, von der Bergewaltigung nichts wissend¹⁶), in den Besitz der abgedrungenen Sache gekommen ist¹⁷). Dieser wird durch den Untergang oder Verlust der Sache, wofern er ihn nur nicht *dolo malo* verschuldet hat, unbelangbar¹⁸), indeß der Bergewaltiger von der Sache vornherein nichts zu haben braucht¹⁹) und wenn er sie vornherein bekam, selbst durch factuellen Untergang derselben nicht schlechtthin frei wird (Ann. 29); durch Umsatz in Geld aber oder in etwas anderes gilt er für dauernd bereichert, und belangbar ohne weitere Untersuchung, ob von dem anfänglichen Besitze noch irgend etwas bei ihm ist²⁰). Wer an der Bergewaltigung unbetheiligt, aber von derselben wissend in den Besitz gekommen ist, haftet nicht anders als der *bonae fidei emtor*²¹).

15) es sei nun, daß er dabei war und die Hand hielt, indessen der Andere den Zwang verübte, oder daß der Bergewaltiger die Sache selbst in Empfang nahm und an Jenen aushändigte. Auf einen solchen Dritten, der vom Delikte bloß die Frucht und nicht die That will, geht das *lucrum sensisse* in l. 14 §. 3 eod. (nicht etwa auf ein *aliquid pervenit* — Ann. 17); auf ihn der *consciis*, welcher arg. §. 5 eod. gleich dem Thäter selbst haftet, und die *malitia* in l. 11 eod.; auf ihn der Gegensatz eines Dritten, der von der Gewaltigung nichts wissend in den Besitz der abgedrungenen Sache kommt, und nicht sofort einstimmig in den Bereich der Klage eingezogen wurde.

16) In diesem Sinne spricht l. 14 §. 5 cit. von einem *bonae fidei emtor* etc.

17) Manche nehmen Jeden in Anspruch, an den „etwas“ aus der Bergewaltigung gekommen ist (z. B. Puchta §. 163, Arndts §. 333, Eintenis §. 124 zu Ann. 53); angesichts der Quellen jedoch, welche nur in Betreff des Erben von einem *aliquid pervenit* (l. 16 §. ult. l. 17 D. h. t.), von *lucrum sensisse* in ganz anderem Sinn (Ann. 15), sonst aber von *res ipsa* reden (l. 10 pr. l. 11 l. 14 §. 5 l. 18 l. 9 §. ult. — l. 11 eod.), verlangen Seuffert §. 423, 4 und Windscheid §. 462, 2 mit Recht, daß der Beklagte die abgedrungenene Sache selbst bekommen haben müsse.

18) l. 18 l. 14 §. 5 eod.

19) l. 14 §. 5 — *ut eum: qui vim admisit, jubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit* —

20) l. 18 eod.

21) Der praktische Unterschied zwischen beiden ist nur der, daß der *bonae fidei emtor* etc. erst Kenntniß von der Bergewaltigung erlangen muß, um *dolo malo* des Besitzes sich entäußern zu können (l. 14 §. 5 ab init). Ein historischer Unterschied ist der, daß ursprünglich Manche den b. f. *emtor* für überhaupt nicht belangbar erachteten (l. 14 §. 5 cit.).

Die *actio quod metus* ging auf das Vierfache des Schadens mit Nachlaß der Restitution²²⁾; ein Simplum der Kondemnation war Ersatz für die Restitution und reipersekutorisch, das Dreifache pönal²³⁾; das ganze Quadruplum nur 1 Jahr, und auch das Simplum nicht ohne Vorbehalt darüber hinaus verfolgbar²⁴⁾; ein Jahr lang konnte auch der Erbe auf das Ganze klagen²⁵⁾; der Erbe des Thäters ist nur auf das, was an ihn gekommen, belangbar²⁶⁾. In *rem scripta* konnte sich die Klage mit ihrem Restitutions- und eventuellen Kondemnationsbegehre „gegen Alle“ wenden, ohne Unterschied, ob sie Gewalt verübt hatten oder nicht²⁷⁾, und ohne die Person des Thäters bezeichnen zu müssen²⁸⁾; allein während gegen den Vergewaltigten selbst (und denjenigen, der ihm gleich stand — Anm. 15) der Restitutionsbefehl fast ohne Rücksicht auf das Schicksal der Sache erlassen, die Klausel „*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*“ fast buchstäblich gehandhabt, und die Kondemnation nicht minder streng vollzogen wurde²⁹⁾, erging an alle Andern kein Restitutionsbefehl, mithin auch keine Schuldverfällung (*condemnatio*), wenn sie die abgedrungene Sache gar nicht bekommen, oder ohne Umsatz und ohne *dolus*

22) eine von den *actiones*, welche als *arbitrariae* ausdrücklich bezeichnet werden (Bd. 1 §. 87 Anm. 3, dazu I. 14 §. 4 §. 1 §. 3 in f. eod.). Vierfach wurde *id quanti ea res erit i. e. cum fructibus et omni causa* (I. 14 §. 7 cf. §. 14 l. 12 pr. eod.). Hiemit ist auch der Umfang der Restitution bezeichnet (I. 14 §. 1 eod.: — *quadruplatur omne quodcumque restitui oportuit* — I. 9 §. ult. — I. 12 pr. eod.); ihre Art ist verschieden je nach Art des gestum: I. 9 §. 7 l. 11 eod. §. ult. l. 10 pr. §. 1 eod.

23) I. 14 §. 10 mit Anwendung in §. 11 und §. 9 §. 2 in f. eod.

24) I. 14 §. 1 eod. — *causa cognita* §. 2 — *si alia actio non sit* —

25) I. 14 §. 2 l. 16 §. 2 eod.

26) I. 16 §. 2 l. 17 eod. — *sufficit semel pervenisse* — wonach die Erben des Erben, ohne daß etwas an sie gekommen ist, haftbar bleiben (I. 17 cit.).

27) I. 9 §. 8 eod.

28) I. 14 §. 3 eod. — *sufficit docere metum sibi illatum* — *non adstringitur ut designet quis ei metum vel vim adhibuit* —

29) Kasueller Verlust vor der Sentenz befreite nur, wenn derselbe auch ohne den *metus* eingetreten wäre, auch so nur gegen Kaution für den Fall etwaiger Wiedererlangung; nach der Kondemnation blieb *actio iudicati* auf das Straf-Triplum unter allen Umständen aufrecht (I. 14 §. 11 eod.).

malus wieder verloren hatten (Ann. 17. 18). Die Solidarität der Haftung, wenn ihrer mehrere den Zwang gemeinsam verübt haben, findet, trotzdem ein Triplum Strafe bedeutet, schon im röm. Recht nach dem Gesichtspunkt des Ersatzes statt³⁰). Nach heutigem Rechte geht die Klage nurmehr auf Restitution, eventuell deren Ersatz³¹); Art und Umfang der Restitution, sowie Belangbarkeit und Befreiung richten sich nach römischem Rechte. Die Einschränkung auf 1 Jahr hat keinen Grund mehr; die nach dem Jahre (causae cognitio) nicht mehr und nicht weniger als im römischen Recht³²). Bezüglich der Erben hat sich nichts verändert; eine Einschränkung ihrer Haftung auf den Bestand der Erbschaft³³) wäre begründet, wenn die Klage nicht nunmehr bloß reipersecutorisch, oder ihre Haftung nicht vornherein auf das quod pervenit beschränkt wäre.

§. 343.

Durch Gewaltthätigkeit mit vis ac metus verwandt ist das, was vi aut clam, sowie was einer operis novi nuntiatio entgegen geschieht (Bd. 1 §. 173 §. 175 S. 703 Ann. 1); die betreffenden Interdikte gehen aber nicht von einem etwaigen damnum, sondern (da die richtige prohibitio und nuntiatio einem öffentlichen Verbote gleich gelten) von der Störung der Rechtsordnung oder des öffentlichen Friedens aus, verfolgen auch keinen Zwang, sondern Gewalt im Sinne der Auflehnung gegen den öffentlichen Willen (vis voluntati contraria). Aehnlich verhält es sich mit den Interdikten gegen gewaltthätige Störung im Gebrauch öffentlicher Plätze, Wege, Flüsse (D. 43, 9, 11, 14, 15) — welche

30) l. 14 §. ult. l. 15 D. h. t. (§. 235 §. 233 I. 2) — dies wohl im Zusammenhange mit der Restitution, welche nur Einmal möglich ist, — und in Ansehung des Quadruplums nicht ohne Bedenken (verius est). Dieselbe Erscheinung und dasselbe Bedenken bei der actio de dolo (l. 17 pr. D. h. t. 4, 3) — im Gegensatz zu der nicht arbiträren, auf keine Restitution gerichteten legis Aq. actio (§. 340 Ann. 39; §. 344 Ann. 17 a. G.)

31) In Betreff der Strafe s. das Reichsstrafgb. §§. 253—256.

32) s. aber Windscheid §. 462 Ann. 7.

33) Windscheid a. a. D.

freilich längst vor dem Reichsstrafg. (§. 366, 2—5, 8—10, §. 366a) ganz oder größtentheils polizeilichem Einschreiten gemichen sind¹⁾; — ähnlich mit der gleichfalls veralteten Klage aus dem Edikte *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (D. 43, 4); — ähnlich endlich mit sämtlichen possessorischen und quasipossessorischen, mehr oder weniger erst wieder restaurirten Interdikten (Bd. 1 §§. 181—184; §. 201).

aus Trug und Arglist.

§. 344.

D. de dolo malo 4, 3 C. eod. 2, 21.

Das Uebel ist hier abermals ein Schade¹⁾, auch hier zuweilen Sachbeschädigung (*damnum corpori datum*)²⁾, gewöhnlich aber ein sonstiger Vermögensnachtheil, aus Rechtsgeschäften oder Unterlassung von solchen³⁾.

Die Schuld besteht in der Hälfte von Fällen wieder darin, daß Thäter den Damnikaten selbst handeln, den Schaden sich selber zufügen läßt — hier ihn nicht mehr offen und mit Gewalt, sondern durch *dolus* engeren Sinnes, d. i. irgend eine Vorspiegelung, Täuschung zum Handeln oder Unterlassen bewegend⁴⁾. In der anderen Hälfte von Fällen fügt der

1) vgl. Seuffert §. 422a.

1) l. 1 pr. l. 31 D. h. t.

2) §. B. l. 7 §. 6 D. h. t. In l. 18 §. ult. l. 19 eod. liegt der Schade für den Damnikaten nicht in der Tödtung des fremden Sklaven, Thieres, sondern in der Befreiung des Schuldners, in l. 7 §. 3 eod. in Entwerthung der Forderung. In aquilischen Schadensfällen cessirt *de dolo actio* nicht mangels passenden Schadens, sondern weil *legis Aquiliae* oder eine sonstige *actio* zusteht: §. B. l. 7 §. 4 §. 5 l. 18 §. 2 eod. Vgl. Anm. 27.

3) §. B. Antretung einer insolventen, Ausschlagung einer solventen Erbschaft l. 9 §. 1 l. 40 D. h. t.; Versäumung der *querela inoff. t.*; l. 9 §. 2 eod.; überhaupt Verlust von Klagen l. 1 §. 7 l. 7 §. 3 l. 9 §. 3 §. 4 l. 39 eod.; *Acceptilation* l. 38 eod. u. f. f.

4) §. die Definitionen von *Servius* und *Labeo* l. 1 §. 2 D. h. t. Wenn *Labeo* gegen *Servius* den *dolus m.* auch ohne *simulatio* (oder *dis-simulatio*) für möglich hält, so könnte ihm bereits ein *dolus m.* weiteren Sinnes vorschweben — vgl. A. Pernice, *Labeo* II. S. 101. 11. Möglicherweise will aber *Labeo* nicht minder als *Servius* einen *dolus m.* engeren Sinnes definiren, festhaltend, daß dieser irgend eine Täuschung sein müsse, nicht aber zugeben, daß jede Täuschung auch eine *simulatio* sei —

Thäter den Schaden selbst und unmittelbar zu; es ist sein Thun oder Lassen, was den Damnikaten, ohne daß er es weiß oder will, schädiget; es ist zwar niemals bloße culpa, daß er so handelt oder nicht handelt, allein der dolus, den er sich hierbei zu Schulden kommen läßt, häufiger der gemeine, nur das Wollen des Uebels enthaltende dolus, als Simulation oder Täuschung⁵⁾. In dieser weiteren Bedeutung, als ein böswillig zugefügter Schade, ist unser Delikt einerseits in einer unbegrenzten Zahl von Fällen zu finden, wo weder furtum, noch damnum injuria datum, noch vis ac metus Platz hat⁶⁾ und also ein „Rehrbesen“ noththat⁷⁾; andererseits da wo furtum oder vis ac metus vorliegt, stets, wo damnum injuria datum vorliegt, unter der Voraussetzung zugleich vorhanden, daß dieses dolo verschuldet ist⁸⁾. — Daß die That überall auch injuria sein müsse⁹⁾, ist nicht ausgesprochen, und auch

während Servius vielleicht in jeder Täuschung auch schon eine Simulation (oder Dissimulation) erblickte — so daß Servius und Labeo nicht sowohl im Begriffe des d. m. als in dem der Simulation auseinandergegangen wären. Jedenfalls sind Beispiele dieses dolus m. e. S. in l. 8 l. 9 pr. §. 1 §. 2 §. 4 l. 18 §. 3 l. 24 l. 38 l. 39 l. 40 eod. Sollte Labeo zur Simulation etwa ein den wirklichen Sachverhalt verbergendes, oder ein einen unwahren Sachverhalt vorspiegelndes Handeln (statt bloßen Nebens) verlangt haben, so läge ein solches in den Fällen von l. 7 §. 9 l. 9 §. 2 §. 4 l. 18 §. 3 l. 38 l. 39 eitt. vor.

5) Simulirung (eines reblichen Sachwalters) ist der d. m. des Procurators, der den Gegner siegen läßt und so den Schaden des Prinzipals selbst herbeiführt (l. 7 §. 9 eod.); gemeine Böswilligkeit dagegen der d. m. desjenigen, der die fremde Sache zum Schaden desjenigen, der sie vom Eigenthümer zu fordern hat, vernichtet (l. 18 §. ult. l. 19 eod.); bezugleich der dolus m. in l. 7 §. 5 §. 6 l. 34 eod.

6) z. B. das Abgraben der Quelle, das kraft Eigenthums (Bd. 1 S. 480 Anm. 9) aber lediglich animo nocendi stattfindet (l. 1 §. 12 l. 2 §. 9 D. a. p. arc. 39, 3), — die Fälle in Anm. 5 a. G. Vgl. A. Pernice a. a. O. S. 107. 19—22.

7) everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo, quod G. Aquilius, familiaris noster protulit — (Cic. nat. Deor. III, 30).

8) Die Koinzidenz mit vis ac metus grundsätzlich in l. 14 §. 13 D. quod met. 4, 2 — die mit der lex Aquilia folgerungsweise ausgesprochen dadurch, daß, wo diese zutrifft, nur die actio de dolo cessirt, nicht dessen Reat (z. B. l. 7 §. 4 D. h. t.); ähnlich das Verhältniß zum furtum (l. 7 §. 6 eod.); beide, furtum und unser dolus, können denn auch Betrug sein (s. unten Anm. 14—16).

9) wie sie es z. B. l. 18 §. ult. l. 19 eod. überhaupt überall ist, wo sie mit vis ac metus, damnum inj. datum, furtum koinzidirt —

nicht der Fall¹⁰). Auch darauf, daß der Thäter den Vortheil aus der Sache habe, kommt nichts an¹¹); Schadenfreude kann sein ganzer Gewinn sein¹²), oder daß ein Dritter den Vortheil habe¹³); gestaltet sich der dolus wie in der ersten Hälfte von Fällen zur Täuschung und geht diese auf Gewinn aus¹⁴), auf eigenen oder für einen Dritten¹⁵), dann liegt Betrug vor¹⁶).

Die actio de dolo war eine Strafflage¹⁷), wiewohl der Thäter etwas anderes oder mehreres als das Interesse des Damnikaten nicht zu büßen hatte¹⁸), und vor der Kondemnation überall, wo dieses nicht vornherein aussichtslos war, wie bei quod metus actio Nachlaß der Restitution stattfand¹⁹). Gegen den Erben des Thäters ging sie mehr auf Vermögensbereinigung als auf Buße²⁰), darum nur bis zur Bereicherung²¹); so weit gegen diesen wie gegen den Thäter

10) In dem oben Anm. 6 genannten Fall der l. 1 §. 12 D. a. pl. a. steht das Recht auf Seite des Thäters, und lediglich die gute Sitte (s. die boni mores in l. 3 §. 1 D. quod met. 4, 2) gegen ihn.

11) l. 1 pr. D. h. t. — ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa — l. 1 §. 12 cit. (Anm. 6), allenfalls auch l. 40 l. 18 §. 3 §. 4 §. 5 eod. u. a. m.

12) z. B. Anm. 6.

13) z. B. l. 39, allenfalls l. 18 §. 3—§. 5 eod.

14) wie in l. 9 pr. eod., wenn nicht ex vendito actio vorhielte, wie ferner in l. 9 §. 1 §. 2 eod., wenn Thäter Nacherbe ist; unbedingt in l. 8 l. 38 eod.

15) wie z. B. möglicherweise in l. 18 §. ult. eod.

16) vgl. Reichsstrafg. §. 263.

17) während ihr Pernice a. a. D. S. 97. 4 nicht einmal den Charakter einer „reinen Deliktstrafe“ zugesteht. S. aber l. 9 §. ult. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5 — cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur —. Schwierigkeit macht allerdings die l. 9 §. 4 D. h. t., die neben einer noxalis von einer de peculio actio spricht. Aber sollte unter dem dolus, um dessentwillen de peculio geklagt wird, nicht eine Kontrakt- oder Quasikontraktverschuldung gemeint sein? vgl. die Glosse zu haec de dolo a. Uebrigens ist mehreres in dieser Stelle unklar. — Die reipersekutorische Behandlung der Solidarität (l. 17 pr. D. h. t.) kann gegen die Personalität nicht geltend gemacht werden: sonst würde auch quod metus actio bloß reipersekutorisch sein müssen (§. 342 Anm. 30 vgl. §. 340 Anm. 39).

18) l. 18 §. 1 D. h. t. l. 11 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5 — et rei continet persecutionem. Selbstverständlich hier wie in actio quod metus allenfalls jusj. in litem: l. 18 pr. eod. Vgl. oben S. 365.

19) l. 18 pr. §. 1 eod.

20) — calculi potius quam maleficii — l. 29 D. h. t.

21) duntaxat de eo quod ad eos pervenit: l. 17 §. 1 D. h. t. l. 9 §. ult. l. 10 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5.

immer²²⁾, auf das Volle ursprünglich nur einen annus utilis, zuletzt ein biennium continuum vom Tage des Deliktes an²³⁾. Diese Klage ist in personam, der Thäter und seine That muß genannt und beschrieben werden²⁴⁾; gegen wen sie erwiesen wird, der wird nicht nur restitutionspflichtig und allenfalls schuldfällig, sondern auch infam²⁵⁾. Um dieser letzteren Folge willen wird die Klage gegen Respektspersonen, und je nach besonderen Umständen auch außerdem in eine in factum actio „temperirt“²⁶⁾. Endlich aber ist sie subsidiär²⁷⁾, nicht ohne Rücksicht auf die infamirende Wirkung, aber nicht vonwegen derselben²⁸⁾. Der entscheidende Grund lag in der Rechtsentwicklung; in dieser denn auch der Grund, daß actio de dolo mit einigen Klagen gleichwohl konkurrierte²⁹⁾.

Ist heutigen Tages auch diese Klage nurmehr reiperfektorisch, und nicht mehr infamirend, subsidiär ist sie nach dem Grunde der Subsidiarität (Anm. 28) fort und fort³⁰⁾. Dage-

22) l. 9 §. ult. l. 10 cit. l. 28 l. 29 D. h. t.

23) l. 9 §. ult. cit. l. ult. C. h. t. Justinian.

24) l. 15 §. ult. l. 16 D. h. t.

25) Vb. 1 C. 182 Anm. 33 a. C. l. 1 §. 4 l. 29 D. h. t.

26) l. 11 §. 1 D. h. t.: gegen den Erben, nach Ablauf der ersten Zeit auch gegen den Thäter selbst l. 28 l. 29 eod.; besondere Umstände: wo Mitleid zum bösen Vorworte treibt (l. 7 §. 7 D. h. t. cf. l. 7 pr. D. dep. 16, 3 l. 14 §. 2 D. cust. et exh. reorum. 48, 3).

27) und zwar sofort bei ihrer Aufstellung an die Bedingung geknüpft: si de his rebus alia actio non sit. l. 1 § 1 Ausführung §. 4 — l. 9 §. 4 eod.

28) So müssen wir jetzt gegen unsere frühere (meine Pand. I. Aufl. C. 526 unten) und gegen die gewöhnliche Ansicht nach Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des röm. R. C. 328, und wohl auch Pernice a. a. D. C. 98. 5 annehmen. Die Klage ward (von G. Aquilius) aufgestellt, um Fälle des dolus zu treffen, an die keine der bisherigen Aktionen heranreichte — so weit suppletorisch; vermöge der weiteren Bedeutung von dolus war sie aber zugleich angethan, um sich in alle bisherigen Deliktfälle einzudrängen und die bisherige Begriffsordnung aufzulösen, wenn man sie nicht hinter der Schranke des si alia actio non erit hielt. Letzteres beliebte man aber um so mehr, als die Klage infam machen sollte (l. 1 §. 4 D. h. t.). Mit Recht fragt Schneider, warum die anderen infamirenden Klagen nicht subsidiär, wenn actio de dolo ihrer infamirenden Wirkung halber subsidiär ist?

29) mit der actio quod metus: l. 14 §. 3 D. h. t. Paul. R. S. I. 8, 2 — mit praeser. v. actio: l. 15 l. 16 D. h. t. 19, 5; — dazu, wie gegen andere angebliche Konkurrenzfälle Schneider C. 337—377.

30) Die Gefahr, daß sonst die Delikte in Einen Drei aufgelöst würden, liegt uns näher als den Römern. C. dagegen Hänel, Arch. f. civ.

gen scheint das *tempus actionis* von der infamirenden Wirkung herzurühren³¹⁾, darum heute nicht mehr am Plage zu sein; ohne Zweifel gilt dasselbe von dem Erfordernisse des gewissen Klagebetrages³²⁾, und der Abschwächung in eine *in factum actio* (Ann. 26)³³⁾.

aus Verkürzung der Gläubiger.

§. 345.

D. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur 42, 8. C. de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt 7, 75.

Das Uebel besteht hier in der Schädigung, welche Gläubiger dadurch erleiden, daß ihr Schuldner sich der Zahlungsmittel entäußert; ist also stets ein Vermögensschaden, hat möglicherweise in einem *damnum corpori datum* seinen Grund¹⁾, ist aber selbst unförperlich, eine mehr oder minder große Entwerthung von Forderungen. Daß Schuldner, bereits im Zustande der Insolvenz, die Gelegenheit sich Zahlungsmittel zu verschaffen, nicht benützt, ergibt die Schädigung nicht²⁾. Die

§. Bb. XII C. 416, über das Wesen und den heutigen Gebrauch der *actio* und *exc. doli*; Windscheid §. 451 Anm. 10 und die dort Agff. — Die Fortdauer der Subsidiarität behauptet Sinenis, gem. Civilr. §. 124 Anm. 9, trotzdem er sie aus der infamirenden Wirkung der Klage herleitet; seine Gründe für die Fortdauer fallen aber so ziemlich mit dem zusammen, was oben Anm. 28 als Grund der Einführung der Subsidiarität behauptet wurde.

31) Warum ist *quod metus actio* auf ein *Simplex perpetua* (§. 342 Anm. 24)? Dagegen Windscheid a. a. D. Sinenis a. a. D. a. C. Hinwider Hänel a. a. D. C. 418.

32) l. 9 §. ult. l. 10 D. h. t. — *usque ad duos aureos* (l. 11) non debet dari —

33) Sinenis a. a. D.

1) indem der Schuldner seiner Zahlungsmittel nicht bloß geschäftlich — durch Schenkungen in jedweder Art und Form, Schuldverkäufe, Verschlebung seiner Sachen mit darauffolgender Dilapidation, Dereliction (l. 1 §. 2—l. 5 D. h. t. l. 43 §. 7 D. aed. Ed. 21, 1) — sondern auch durch Zerstörung oder Verschlechterung seiner Sachen sich entäußern kann (Windscheid §. 461. 1 Anm. 1). Hierauf geht l. ult. §. ult. D. h. t. — *si vero quaedam disperdidisset si nulla restitutione recuperari possent*, sowie die Begründung des Satzes, daß auch gegen den Fraudator selbst geklagt werden könne.

2) l. 6 pr. D. h. t. *Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim*

Bezahlung von Schulden ist keine Verringerung des Vermögens, keine Entäußerung von Zahlungsmitteln, sondern richtige, von rechtswegen gebotene Verwendung derselben³⁾; sie kann bewirken, daß für andere Gläubiger nichts mehr übrig bleibt; allein so lange der Schuldner seine Dispositionsbefugniß noch nicht verloren hat⁴⁾, besteht keine Gemeinschaft der Gläubiger (*par condicio* §. 286. 4), und ist jedem für sich selber zu sorgen gestattet⁵⁾; erst durch die Konkursordnung für das D. R. ist unter gewissen Voraussetzungen die Zahlung an Gläubiger anfechtbar geworden (Ann. 23. 25). Endlich liegt die Schädigung nicht schon in der Möglichkeit (daß Gläubiger, wenn jetzt exequirt würde, zu kurz käme), sondern erst in dem Erfolg (daß exequirt wird oder werden will, und nichts oder zu

Edictum ad deminuentes patrimonium, non ad eos, qui id agunt ne locupletentur. Beispiele: l. 6 §. 1 §. 2 §. 3 §. 4 §. 5 eod.

3) l. 6 §. 6 eod. — eum enim, quem Praeses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse; totum enim hoc Edictum ad contractus pertinere, in quibus Praetor se non interponit: ut puta pignora venditionesque (die ohne vorausgehenden Anspruch erfolgen).

4) — (ante) bona possessa l. 6 §. 7 eod. — vor Eröffnung des Konkurses —

5) l. 6 §. 7 D. h. t. — quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa etc. cf. l. 24 in fin. eod. — vigilavi, meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est. So selbst dann, wenn „per gratificationem“ dem Einen vor dem Anderen gezahlt wird; denn aus dem Falle der Abstinenz, wo die von dem Pupillen immiscendo gemachten Zahlungen strenge genommen alle rückgängig, und nur opportunitätshalber in so weit als sie bona fide gemacht sind, aufrechterhalten werden sollen (l. 24 D. h. t. l. 6 §. 1 §. 2 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5), ist kein Schluß zu ziehen auf unseren Fall, da grundsätzlich alle Zahlungen gelten sollen; in l. 24 cit. in fin. wird fraglich, ob Ex-torsion Anfechtung begründe, und aber verneint; daß im Fall der Begünstigung (Oblation) nichts anzufechten sei, bleibt außer Frage. Die l. 96 pr. D. solut 46, 3 endlich läßt zwar *interdictum fraudatorium* gegen einen Gläubiger zu, der fraudis particeps sich zalen ließ; allein der Fall ist der, da der andere Gläubiger durch die frau nicht bloß um die Zahlungsmittel, sondern um sein Guthaben (Geld selbst gebracht werden sollte. Uebrigens ist der Gratifikationsfall auf dem Boden des röm. Rechts streitig; diesseits Francke, Arch. f. civ. P. Bd. 16 S. 251. Bangerow §. 697 Anm. Buchta, Vorl. §. 380, 2. b. Huschke, Zeitschr. f. Civ. u. P. R. §. XIV S. 33. Arndts §. 288. Reinhart a. a. O. S. 111 fg. Windscheid §. 463 Anm. 31. Dagegen Laspeyres, Arch. f. civ. P. Bd. 21 Nr. 2 und §. 9.

wenig sich vorfindet)⁶⁾. Dieser findet, wenn ein Konkurs in das Vermögen des Schuldners platzgreift, nach römischem Rechte nicht vor dem Verkauf der Masse⁷⁾, außerdem nicht ohne das Experiment einer unbefriedigenden oder vergeblichen Zwangsvollstreckung statt⁸⁾.

Die Verschuldung ist diesmal schlechthin kein „Unrecht“ im rechtlichen Sinne des Wortes. Die Entäußerung der Zahlungsmittel, welche sich der Schuldner zu Schulden kommen läßt, muß, damit unser Delikt zu Stande komme, vor einer etwaigen Immission der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners, heute vor „Eröffnung“ eines Konkurses in dasselbe, mithin in einer Zeit erfolgt sein, wo der Schuldner jedenfalls noch im Besitze seiner Dispositionsbefugniß, seine Entäußerung also in seinem Rechte begründet und rechtlich wirksam ist⁹⁾. Die Schuld kann darum lediglich in der bösen Ab-

6) l. 10 §. 1 eod. Ita demum revocatur . . si eventum fraus habuit — l. 15 eod. Vgl. dazu die querela inofficiosae donationis — Nov. 92 c. 1 — in tantum autem aucta quantitate —. Vor diesem Erfolg kann von einem Schaden noch keine Rede sein.

7) l. 10 §. 1 cit. — scil. si . . . bona ipsius vendiderunt. cf. §. 18 eod. l. 6 §. 7 §. ult. l. 10 §. 10 l. ult. §. ult. D. l. 1 l. 5 C. h. t. — nach der Konkursordnung f. d. deutsche Reich auch schon vorher arg. §. 34.

8) So jedenfalls nach §. 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, welches eigens im Interesse von Nichtkonkursgläubigern, vor allem für Fälle, da es zu keinem Konkurse kommt, gegeben ist (Mandry, civilr. Inhalt der Rgg. 2. Aufl. S. 509 Anm. 4; S. 516, 2b. Ausschließlich von dieser Anfechtung handelt Dr. P. Jädel, die Anf. v. Rechtshh. 2c. Berlin 1881, von der Anfechtung von Rechtshh. in und außer dem Konk. L. Korn, Berlin 1882. Die Quellen des römischen Rechts (Anm. 7) scheinen einen anderen Ausgangspunkt für die Paulianischen Klagen als den der bonorum venditio gar nicht zu kennen; nur etwa der Umstand, daß doch nicht einzig der curator bonorum soll klagen können (l. 1 pr. D. h. t. „vel ei cui de ea re actionem dare oportebit cf. l. 7 eod. Cic. ad Att. I. 1 §. 3), bringt auf einen anderen Gedanken; und wenn nichts da war, wozu immittirt werden konnte? mußte vielleicht dennoch eine Immission erwirkt und wo nichts zu verkaufen war, nummo uno (§. 325a Anm. 31) verkauft werden, um die Vorbedingung der actio herzustellen? weßfalls dann freilich kein curator aufgestellt zu werden brauchte, und der Gläubiger selbst klagen konnte. Die Kontroverse selbst s. bei Windscheid §. 463 Anm. 25, und gegen Huschke, der (Zeitschr. f. Civilr. u. P. R. J. XIV S. 48 fgg. und Zeitschr. f. RG. S. 393) als Hauptvertreter für die Nothwendigkeit einer Konkursöffnung (nicht schlechthin auch der bon. venditio) bezeichnet werden muß, Windscheid selbst.

9) Die Dispositionsbefugniß geht heute mit der Eröffnung des Konkurses verloren (K. D. §. 5); nach römischem Rechte konnte sie die Auf-

sicht liegen, in welcher der Schuldner kraft seines Rechtes das Recht der Gläubiger zu vereiteln sucht, die mit Inbegriff des Uebels, das sie zufügt, *fraus* heißt¹⁰⁾, an und für sich aber nichts anderes als jener in der *actio de dolo* vorkommende *dolus malus* weiteren Sinnes ist¹¹⁾. Demnach geht auch

was die Klagen aus diesem *maleficium* anlangt, alles Verlangen des Klägers wie bei der *actio de dolo* auf Restitution^{11a)}, eventuell *Kon demnation* in das Interesse und sind dieselben ihrem Wesen nach auch nichts anderes als *actiones de dolo*. Allein abgesehen von der prozessualischen Eigenthümlichkeit, daß sie sich bald zu einer *actio in rem rescissoria*¹²⁾, bald zu einer *in factum actio*¹³⁾, bald zu einem *interdictum (fraudatorium)*¹⁴⁾ gestalten¹⁵⁾, ist hier 1. vorzugsweise der Theilnehmer (*cum quo gestum est*), und nur allenfalls der Urheber der *Fraudation* („*Fraudator*“) selbst der Beklagte¹⁶⁾; 2. ist bei der Aufstellung dieser Klagen wider den Theilnehmer zwar verlangt, daß dieser nicht bloß an der Schädigung, son-

stellung eines *curator bonorum* nicht überdauern. Vgl. Bd. 1 §. 57, 2. Huschke, Zeitschr. f. Civl. u. P. R. §. Bd. 14 S. 66. Daß nicht auch schon nach röm. Rechte *post bona possessa* die Disposition des Schuldners über diese cessirte (Huschke a. a. O. Windscheid §. 272 Anm. 8), hat innere Gründe, aber die dafür citirten l. 26 D. contr. emt. 18, l. 1. 6 §. 7 l. 9 l. 10 §. 16 l. 3 D. cess. bon. 42, 3 nicht unwiderleglich für sich.

10) *z. B.* *lucrum ex fraude* (l. 10 §. 24 D. h. t.) = *lucrum ex damno alieno* — vgl. Bd. 1 S. 412 Anm. 27.

11) vgl. l. 9 D. h. t. — *dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit* — *qui dolo malo emit* —

11a) so denn auch *arbitrium judicis*: l. 10 §. 20 eod.

12) §. 6 J. act. 4, 6 cf. l. 18 l. 6 §. 13 D. h. t. l. 38 §. 4 D. usur. 22, 1.

13) *z. B.* l. 6 §. 12; l. 10 pr. in f. §. 2 D. h. t.

14) l. 96 pr. D. solut. 46, 3.

15) *m. C. rescissorisch in rem*, soferne von der Veräußerung abgesehen *vindizirt* werden könnte — *in factum*, wo dies nicht der Fall wäre, sondern nur in *personam* geklagt werden könnte; wo körperliches und unförperliches zu restituiren war; außerdem, wo wegen Abweichung vom Normalfall (Anm. 18—21) *in factum* konzipirt werden mußte; — *interdictum* aus prozessualischen, vielleicht auch materiellrechtlichen Gründen (l. 96 pr. cit.). *Paulianisch* waren diese Klagen alle. Vgl. meine Bemerkungen zu Reinhardt, die Anfechtungsklage wegen Verk. der Gl. in der Münch. krit. Viertelj. Bd. 15 S. 83 fg.

16) l. 1 pr. D. h. t. — *cum eo qui fraudem non ignoraverit . . . actionem dabo; idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo.* cf. l. 10 §. 24 l. 12 l. ult. §. ult. D. h. t.

dern auch am dolus betheiliget sei¹⁷⁾; allein eine Erstreckung auf gewisse Fälle schuldloser Theilnahme, und also gegen das Prinzip der actio de dolo (§. 344 Anm. 24) gewissermaßen eine actio de dolo aus fremdem dolus ward noch im Edikte selbst vorbehalten¹⁸⁾, und fand denn auch wirklich statt. Diese Fälle sind der des lufrativen Erwerbes¹⁹⁾, der, da der Theilnehmer ein Pupille²⁰⁾, sowie der, da er ein Sklave oder Haussohn²¹⁾ ist. — Das heutige Recht ist von dem Gedanken einer auf Dolus gebauten Klage noch weiter abgewichen, indem es Schenkungen und gewisse andere Geschäfte, die leicht Schenkung sein können, anfechten läßt, wenn sie nur binnen gewisser Frist vor der Eröffnung des Konkurses gemacht sind²²⁾, insofern also von allem dolus, auch des Urhebers der Schädigung Umgang nimmt; — oder indem es sich, wenn die nachtheiligen Geschäfte zwar vor der Eröffnung des Konkurses, aber nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung desselben eingegangen sind, mit dem Bekanntheit der Zahlungseinstellung oder des Antrages auf Seite des anderen Theiles begnügt²³⁾, mithin ein Geschäft, das nach jenem Zeitpunkte ge-

17) l. 1 pr. cit. — cum eo qui fraudem non ignoraverit.. actionem dabo — l. 10 pr. cit. Quae L. T. fraudandi causa sciente te. . . . fecit — l. 6 §. 8 eod. Hoc Edictum eum coercet qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit, quod in fr. cc. fiebat; quare si . . . is qui cepit, ignoravit, cessare videntur verba Edicti. l. 10 §. 2 eod. — si particeps fraudis est — §. 3—§. 5 eod.

18) l. 10 pr. cit. — Interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem dabo.

19) l. 6 §. 11 eod.; hieher auch die Hinauszahlungen der Vermächtnisse: l. 6 §. 13 eod.

20) man soll die Unwissenheit dieses Alters nicht mißbrauchen dürfen: l. 6 §. 10 eod. — pupilli ignorantia quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa —

21) indem, allerdings Mitwissen in der Person des ff. r. vorausgesetzt, nicht bloß abjeftizisch, sondern bis auf das quod ad eum pervenit selbständig gegen den unschuldigen Gewalthaber geklagt werden kann: l. 6 §. 12 eod. — hactenus teneri etc.

22) Gemeine Schenkungen (mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke), wenn sie binnen Jahresfrist, Schenkungen zu Gunsten des Ehegatten, sowie Sicherungen oder Zurückgabe von Heiratsgut oder Paraphern, die nicht gesetzlich oder vertragsmäßig von früher her geboten waren, wenn sie in den letzten zwei Jahren vor Eröffnung des Konkurses erfolgt sind: R. D. §. 25, 1. 2.

23) so namentlich auch, wenn es sich um Anfechtung einer zu Gun-

macht wird, für anfechtbar erklärt, wenn es gleich nicht in fraudem cc. gemacht sein, und also kein dolus seitens des Schuldners vorliegen sollte, — nicht minder von Dolus des anderen Theiles Umgang nimmt, da es bloße Kenntniß von der Zahlungseinstellung und dem Eröffnungsantrage fordert²⁴); — oder indem es endlich in gewissen anderen Fällen zwar vom Dolus nicht Umgang nimmt, allein das Dasein desselben präsumirt²⁵). — 3. Der Grundgedanke einer actio de dolo ist im römischen R. darin festgehalten, daß die Gläubiger, um derenwillen geklagt werden soll, dieselben sein müssen, die nach Absicht des Schuldners geschädiget werden wollten; die Thatsache der Schädigung allein, gesetzt auch, daß sie die Folge einer Fraudation sei, genügt nicht; Gläubiger, von denen der Schuldner nichts wußte, können sich über Fraudation nicht be-

sten des einen oder anderen Gläubigers erfolgten Zahlung oder Sicherstellung handelt: R. D. §. 23, 1.

24) vgl. Mandry S. 519 oben: „Auf diesen dem gemeinen Rechte allerdings nicht bekannten Dolus stützt sich die Bestimmung des §. 23 der R.D.“ Mandry will wohl sagen, daß dieser Dolus nicht nur dem gemeinen Rechte nicht bekannt, sondern überhaupt nicht Dolus sei. Nicht klar ist uns dann aber, warum er der Meinung anderer Schriftsteller, daß das Anfechtungsrecht des §. 23 R. D. auch ohne Dolus des Gemeinschuldners begründet sei, in Anm. 16 S. 518 entgegentritt.

25) bis zum Gegenbeweise nämlich annimmt, daß alle entgeltlichen Verträge, welche im letzten Jahre vor der Konk.-Eröffnung mit dem Ehegatten vor oder während der Ehe, mit Verwandten oder Verschwägerten in auf- oder absteigender Linie, so wie mit den Seitenverwandten und Seitenverschwägerten des nächsten Grades abgeschlossen wurden, unter Mitwissen des Beklagten in fraudem creditorum errichtet seien. R. D. §. 24, 2. Eine Präsumtion stellt auch §. 23, 2 auf, für den Fall nämlich, daß etwelche Gläubiger nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkurs-Eröffnungs-Antrage, oder in den letzten 10 Tagen von da rückwärts über Gebühr befriediget oder sichergestellt wurden. Diese Präsumtion ist aber in ihrer Fassung unsicher und im Verhältniß zu §. 23, 1 a. E. uneben. — Einmal wird allerdings auch schon im römischen Rechte der Dolus präsumirt: wenn der Schuldner, von seinen Schulden wissend, alle seine Sachen vergab (l. 17 §. 1 eod.); daß dieselbe Präsumtion überall, wo der Schuldner in Kenntniß seiner bereits vorhandenen oder damit beginnenden Insolvenz sein Vermögen verringert, platzgreife, ist damit nicht gerechtfertigt (s. dagegen Windscheid §. 463 Anm. 10 und die dort Agff.). Mit Windscheid von Neueren auch Reinhart, die Anfechtungsklage wegen Verfürgung der Gl. 1871 S. 4 fg., Schey, Zeitschr. f. Rg. Bd. XIII S. 131 fgg.; dagegen Scheurl, M. krit. Viertelj. Bd. 2 S. 444, Hasenbalg, d. L. v. d. Paulian. Klage 1874 S. 39 fg.

schweren²⁶⁾; im heutigen Rechte ist dieser Gedanke preisgegeben²⁷⁾. 4. Eine Abweichung von der *actio de dolo* war es, daß nicht einfach und ohne weiteres die Damnifikaten klagten, sondern daß, ob nun der Kurator oder etwa die Gläubiger selbst klagten, in Betreff des der Immission und dem Verkaufe unterstellten Vermögens geklagt²⁸⁾ und daß die Fraudation als eine an diesem Vermögen begangene Verkürzung demonstriert werden mußte²⁹⁾. Ueberdies scheinen nicht bloß der Kurator, sondern auch die Gläubiger, wenn solche klagten, nur in Vertretung geklagt zu haben, und zwar in Vertretung des Vermögens, das sie (als *immissi* oder Kuratoren) zu „wahren“ berechtigt waren, keineswegs aber bereits als Herren innehatten³⁰⁾. Dieser letzteren Eigenthümlichkeit der Paulianischen Klagen ist im heutigen Rechte, soferne die Anfechtung nach Eröffnung des Konkurses stattfindet, nicht derogirt³¹⁾. Dagegen braucht weder in Betreff noch in Vertretung eines Vermögens geklagt zu werden, wenn ohne Konkurs geklagt wird (Anm. 8); und daß die Fraudation gerade an dem in Konkurs gerathenen Vermögen stattgehabt

26) l. 15 D. h. t. — *utrumque in eorundem personam exigimus, et consilium et eventum* — Modification: l. 16 l. 10 §. 1 eod. Ausführung: l. 15 l. 16 l. 10 §. 1 §. 6 §. 7 §. 8 eod.

27) Mandry S. 517 Anm. Unten Anm. 32.

28) l. 10 pr. D. h. t. — *in bonis quibus de agitur* —

29) l. 10 pr. cit. *Quae L. T. fraudandi causa . . in bonis quibus de agitur fecit*; — darum namentlich keine Klage aus der Fraudation des Erblassers, wenn das Vermögen des Erben in Konkurs kam: l. 10 §. 9 D. h. t., wozu weiter §. 10 §. 11 eod.

30) l. 10 pr. cit. — *si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex Edicto meo competere esse oportet* — Sind es unmittelbar vorher die *bona quibus de agitur*, so dürften auch sie es sein, „in deren Namen“ geklagt wird. Die Gläubiger sind *rei servandae causa immittit* (l. 1 §. 2 D. *ne vis fiat ei qui in poss.* 43, 4 l. 1 D. *quibus ex caus. in poss.* 42, 4), nicht *domini loco* (Huschke, Zeitschr. f. Civilt. u. P. R. F. Bb. XIV S. 48. 50). Ihnen oder dem Kurator spricht das Edikt die Klage unter der Voraussetzung zu, daß in *coram fraudem* die Verkürzung des in Frage befindlichen Vermögens erfolgt sei (*si . . actio ei ex Ed. meo competere esse oportet*): sie ist ihnen aber bloß als Hütern dieses Vermögens zugesprochen. Vgl. was hierzu Mandry S. 523 vom Standpunkt des heutigen Rechts bemerkt.

31) R. D. §. 29 „das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt“.

haben müsse, ist selbst dann nicht mehr nöthig, wenn infolge Konkurses geklagt wird³²⁾. 5. Gegen den Dritten, mit welchem böswillig zum Schaden von Gläubigern gehandelt wurde, geht die Klage, wenn er die Absicht kannte, und also theilte, entsprechend dem Ediktzwecke, daß alles wiederhergestellt werden müsse, wie wenn nicht veräußert worden wäre³³⁾, auf volle³⁴⁾, von der Fortdauer des Besizes unabhängig³⁵⁾ und durch Rückerstattung etwaigen Entgelts nur insofern und soweit er noch vorhanden ist, bedingte³⁶⁾ Restitution oder Kondemnation. In diesem Umfang haftet er nach römischem Rechte nur 1 Jahr lang; bis zur Bereicherung dagegen ist die *actio perpetua*³⁷⁾; in letzterer Art, aber vornherein auf Bereicherung beschränkt, besteht sie gegen seine Erben³⁸⁾. Das gleiche gilt gegen ihn selbst, wenn er die Absicht des Fraudators nicht kannte³⁹⁾, allem Anscheine nach auch gegen seine Singularsuccessoren, wenn diese in *mala fide*⁴⁰⁾ oder im Besitze einer (der Klasse nicht durch den ersten Erwerber ersetzten) Bereicherung sind⁴¹⁾. Gegen den Fraudator selbst geht die Klage als etwaigen Singularsuccessor⁴²⁾, oder wenn

32) Dies folgt aus dem Text zu Num. 27. Vgl. *Manbrj* S. 522, 4 Alinea 2.

33) l. 38 §. 4 D. *usur.* 22, 1 l. 10 §. 22 D. h. t.

34) l. 38 §. 4 cit. 22, 1 — *nam et verbum restituas, quod in hac re praetor dixit (l. 10 pr. D. h. t.), plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.* l. 10 §. 19 eod. — *restitui debet cum sua sc. causa.* § 20—§. 24 l. 25 §. 4—§. 6 eod. Auffallend was hier (l. 25 §. 4) von den *fructus medii temporis* gesagt ist, an sich und im Vergleiche zu l. 10 §. 20 eod.

35) arg. l. 10 §. 20 cit. — *qui percipi potuerunt* —; jedoch wohl mit demselben Nachlasse wie bei der *actio quod metus* §. 342 Num. 29. In l. 9 D. h. t. „*in solidum pretium rei quod accepit tenebitur*“ wird der Nachdruck auf *in solidum* zu legen sein; daß Kläger sich überall mit *pretium* statt *res* begnügen müsse, würde, selbst wenn eine *Pauliana* nach Analogie der *hereditatis petitio* konzipirt wäre (Huschke), nicht anzunehmen sein. Vgl. *Windscheid* §. 463 Num. 15.

36) l. 7 l. 8 D. h. t.

37) l. 10 §. 24 eod.

38) l. 11 l. 12 cf. l. 10 §. 24 eod.

39) l. 6 §. 11 l. 10 pr. in f. eod.

40) arg. l. 9 eod.

41) l. 10 §. 24 eod. — *sive igitur ipse fraudator sit ad quem pervenit sive alius quis* —

42) l. 10 §. 24 cit. (Num. 40. 41).

er nicht veräußert, sondern zerstört hat⁴³). Die Art und Weise der Restitution ist verschieden je nach Art des Restitutionsobjektes⁴⁴).

Im heutigen Rechte verjährt das Anfechtungsrecht in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens, wenn die Anfechtung nach Maßgabe der Konkursordnung platzgreifen soll⁴⁵); wenn ohne Konkurs in zehn Jahren nach Konstatirung der Fraudation⁴⁶). Das durch die Konkursordnung begründete und durch Eröffnung des Verfahrens bedingte Anfechtungsrecht entsteht gar nicht, wenn die Fraudation sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens stattgefunden hat, und die Anfechtung „aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung“ erfolgen soll⁴⁷). Eine Fortdauer der Klage auf die Bereicherung ist nicht vorbehalten⁴⁸). Gegen den Erben findet sie ohne Einschränkung statt⁴⁹), gegen Singularsuccessoren nur, wenn ihnen der betrügerische Vorgang bekannt war⁵⁰), oder wenn sie Nächstverwandte oder Nächstverschwägerte des Gemeinschuldners (§. 24, 2) sind und ihre Unkenntniß von dem betrügerischen Vorgang nicht beweisen können⁵¹). Eine Einschränkung der Klage auf die Bereicherung besteht nurmehr zu Gunsten des „gutgläubigen Empfängers einer unentgeltlichen Leistung“ (R. D. §. 30 Absf. 1); um so wichtiger ist, daß außerdem bei der Anfechtung auf Grund der R. D. ohne Rücksicht auf den Betrag der Konkursforderungen der ganze Belang der trüglichen Veräußerung an die Masse herausgegeben werden muß, während die Anfechtung aus dem

43) I. ult. §. ult. eod. — si nulla restitutione recuperari possent; die poena, auf die es gegen den bonis exutus hiebei abgesehen war, wird in der Personalexekution gelegen haben; fondemuirbar war er wegen Nichtrestitution.

44) I. 14 l. 17 pr. l. 25 pr. l. 10 §. 15 §. 23 D. h. t.

45) R. D. §. 34.

46) Gef. vom 21. Juli 1879 §. 12.

47) R. D. §. 26. Wie, wenn sie wegen Kenntniß der betrügerischen Absicht des Schuldners (3. B. §. 24, 1. 2 a. G.) erfolgen soll?

48) vgl. Mandry S. 532 Anm. 36.

49) R. D. §. 33 Min. 1.

50) R. D. §. 33, 1.

51) R. D. §. 33, 2.

Gesetze vom 21. Juli 1879 nur so viel als dem Berechtigten abgeht, rescindirt⁵²⁾. Eine Klage gegen den Fraudator selbst erscheint, wenn er nicht in die Klasse der Singularsuccessoren fällt, als ausgeschlossen⁵³⁾.

52) R. D. S. 30; Ges. vom 21. Juli 1879 §. 7. Mandry S. 529. 4.

53) Vgl. Mandry S. 525. III.

Zweite Abtheilung.

Die Sachenhaftung

(rei obligatio — Pfandrecht).

Ueberhaupt.

§. 346.

Daß das Pfandrecht nichts anderes als eine Obligation, eine Obligation freilich nicht in der Spezialität der Verbindlichkeit oder Schuld, sondern von der allgemeineren Art der Haftung sei; daß es als eine Sachenobligation neben der Personenobligation in der Haftung als dem allumfassenden Wesen jedweder Obligation beruhe, und daß das dingliche Recht, als welches das Pfandrecht weithin, nicht überall erscheint, nur eine Ausgeburt der Haftung (*pignoris persecutio parit in rem actionem*), und daß insonderheit das *jus in re*, zu welchem das Pfandrecht an körperlichen Sachen entwickelt ist, nur eine der verschiedenen Formen sei, in welche die Sachenhaftung sich im Laufe der Zeiten gekleidet hat; wie man endlich, anstatt vor einem Pfandrecht, das Obligation ist, zu erschrecken, sich vielmehr daran gewöhnen müsse, die Personenobligation als ein Pfandrecht zu denken, — als ein Pfandrecht, das der Gläubiger an der Person des Obligirten hat und das, wahrscheinlich von einem fiduziariischen Eigenthum des Gläubigers an der Person des Obligirten (*Nektirten*) an, nicht weniger Formationen durchlaufen hat, als die Sachenhaftung, bis es dazu gekommen ist, daß die Person nur *actione* haften, und daß, trotzdem *actio in personam* geht, die Exekution nur in deren Pertinenz stattfinden könne — — das alles ist in der allgemeinen Betrachtung der Obligation (§§. 206—213) vorgekommen. Gegen das seitdem unentwegt

fortgesponnene Mährchen, als ob man sich einer unstatthafter Metapher hingebte, wenn man, in den Fußstapfen der klassischen Jurisprudenz, eine Sache, „obligirt“ (bindet), dagegen nüchtern verfähre, wenn man dasselbe bezüglich der Person thut, ist weiter auch nichts zu sagen¹⁾.

Nurmehr das ist hier wiederholt zu betonen, daß es auch innerhalb der Sachenhaftung gewisse Phasen gibt (§. 212); zu Verbindlichkeiten und Schulden, die nur bei Personen denkbar sind, kann dieselbe freilich niemals werden; fort und fort, von dem Augenblicke ihrer Entstehung (Contrahirung) bis zu dem ihrer Lösung (distractio, solutio) ist und heißt sie, was immer für Aenderungen in und an ihr vorgehen mögen, lediglich Haftung, obligatio; aber ein Stadium, vor welchem nicht geklagt oder exequirt werden kann, ein Stadium der Fälligkeit oder Verwirkung der Haftung gibt es im Verlaufe dieser Obligationen wie in dem der Personenobligation. Von dem Stadium, wo res obligirt, aber pignoris persecutio noch nicht nata ist, kann man unzweifelhaft nach l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4 sagen, daß invito creditore jus pignoris in eo solvi non posset; ob aber auch umgekehrt überall, wo der Verpfänder ohne den Willen des Gläubigers nicht mehr zurück kann, schon „rei obligatio“ da sei, scheint fraglich²⁾.

1) Eine unstatthafte Metapher wäre es, die Sache zu „verpflichten“; allein obligare heißt binden, verhaften, necere, nicht verpflichten. — Martialis Epigr. XII. 25 ist keine „geistreiche Persiflage der obligatio rei und der Personifikation des Pfandes“, sondern eine Persiflage des Gesellen, der auf die Person des altbewährten Freundes nichts, auf dessen Sache alles gibt — mihi non credis veteri, telesine, sodali, credis coliculis arboribusque meis. Ecce reum carus te detulit: adsit agellus. Exitio comitem quaeris? agellus eat. Daß er, der Dichter, daraufhin die Sache personifizirt, indem er sie als Bürgen auftreten läßt (pro mospundet agellus), ist keine Persiflage; er müßte denn sich selber persifliren. S. dagegen Kohler, pfandrechtliche Forschungen 1882 S. 47 §. 5.

2) gegen Regelsberger, zur L. vom Altersvorzug der Pfandrechte, §. 6, womit das Verdienst, den in l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4 ausgedrückten Moment der Gebundenheit in Ansehung an die „rei obligatio“ betont und für die Prioritätslehre verwerthet zu haben, nicht Abbruch leidet. Aber sollte z. B. bei Verpfändung der nächstjährigen Weinlese (res futura) res schon jetzt obligirt sein? U. G. ist in diesem und ähnlichen Fällen (z. B. Verpfändung für eine künftige Schuld) rei obligatio selbst noch nicht fertig, vielmehr irgendwie bedingt, betagt. Darnach möchten wir abermals gegen Regelsberger a. a. O. zwischen rei obligatio und Pfandrecht nicht unterschieden haben.

Im Einzelnen wird es sich des näheren darum handeln: I. was haſte (Gegenſtand der Haſtung) — II. wofür gehaſtet werde (Pfandſchuld) — III. worin die Haſtung beſtehe (Inhalt und Form der Haſtung) — IV. wodurch und wie ſie entſtehe, aufhöre. Daran ſchließt ſich V. die ſowohl in der Entſtehung als in der Löſung der rei obligatio auftauchende Solidarität dieſer Obligation.

L. Gegenſtand.

D. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt 20, 3
C. quae res pignori obligari possunt vel non (et qualiter pignus contrahatur) 8, 16 (17).

§. 347.

Gegenſtand dieſer Haſtung iſt alles, was ſich verkaufen und alſo zur Satiſfaktion des Gläubigers (§. 207. §. 210) verwenden läßt¹⁾, mithin auch res incorporales: Forderungen²⁾, — Servituten, und zwar Prädialſervituten nur uneigentlicher und zum Theil unvollkommener Weiſe, indem nicht die Servitut, wohl aber ein Grundſtück dem Gläubiger unterworfen werden kann, entweder zur bloßen Ausübung einer Servitut für ſein benachbartes Grundſtück³⁾, oder zur verkaufsweiſen Beſtellung einer Servitut für das benachbarte Grundſtück eines Dritten⁴⁾; Urbanalſervituten wa-

1) l. 9 §. 1 D. pign. 20, 1. Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. l. 1 §. 2 D. h. t. Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest — 3. B. l. 3 l. 6 C. h. t. Nicht ſowohl erſt ex post, wegen pignoris distractio, ſondern weil was haſten, zugleich in irgend eine Unterthänigkeit unter den Gläubiger kommen ſoll: l. 6 C. cit. — cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia —

2) l. 18 pr. D. pign. act. 13, 7 l. 4 C. h. t. l. 7 C. hered. vel act. vend. 4, 39 —

3) l. 12 D. pign. 20, 1 — ut . . talis pactio fiat „quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur (sc. si fundum vicinum habeat) —

4) l. 12 cit. et „si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat“. — Darüber, daß l. 12 cit. zweierlei Paktionen meint, Keller, Jahrb. d. gem. d. Rechts II. S. 216. Dawider Sohnfeldt, die f. g. irreg. Serv. d. r. R's S. 90 fg. Dernburg, das Pfand-

ren gar nicht verpfändbar⁵⁾, Personalservituten sind es in derselben Weise wie die Prädialservituten⁶⁾. Denkbar wäre eine (wegen mangelnden Verkaufsrechts freilich wieder unvollkommene) Verpfändung von Servituten in quasifiduziarischer Weise: so daß Gläubiger auf so lange, bis er bezahlt wäre, das Servitutenrecht selbst bekäme. Superficies und Emphyteuse können wie körperliche Sachen (Eigenthum) verpfändet werden^{6a)}, wiewohl man sich Verpfändungsweisen wie bei den Servituten auch hier denken kann. Unverpfändbar dagegen ist das Pfandrecht selbst⁷⁾, weshalb beim subpignus (si pignus pignori datum sit C. 8, 24) nicht das Pfandrecht, wohl aber kraft desselben die verpfändete Sache weiter verpfändet ist⁸⁾. Diese Sachen können im Einzelnen⁹⁾ oder ihrer mehrere zusammen, unter Kollektivbezeichnung¹⁰⁾, oder generell, so viel ihrer der Verpfänder hat und haben wird¹¹⁾, und zwar durch Eine Obligation¹²⁾ verhaftet sein. Daß die zu obli-

recht nach den Grundsätzen des heutigen r. R's Bb. I S. 495, insb. Anm. 12; dafür Rindervater, Jahrb. d. gem. d. Rechts VI. S. 129 fg.

5) l. 11 §. 3 eod. Wegen der Schwierigkeit des Warum (vgl. darüber Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XIII S. 186) hat man das Daß zu entfräften versucht; s. darüber Windscheid §. 227 Anm. 10.

6) die erstere unvollkommene ist in l. 11 §. 2 eod. bezeugt; cf. l. 15 pr. eod.

6a) l. 13 §. 3 D. pign. 20, 1 l. 15 D. qui pot. 20, 4.

7) weil wohl das Pfand, nicht das Pfandrecht an sich verkauft werden kann —

8) Man muß über das quod emtionem venditionemque recipit hinwegsehen, wenn man mit Sohm, L. vom subpignus (S. 53 fgg.) und auch Windscheid §. 227 S. 729 fg. ein Pfandrecht am Pfandrecht möglich zu machen sucht. — Vgl. dagegen l. 1 C. h. t. 8, 24. Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jam dudum placuit — und l. 13 §. 2 D. pign. 20, 1 — pignori rem pignoratam accipi posse — Huschke, Zeitschr. f. Civilt. u. P. Bb. 20 S. 228 f. Dernburg, Pfandr. I S. 477 fg. Grner, Kritik des Pfandr.begriffes nach r. R. 1873 S. 87 fg.

9) l. 15 §. 1 D. pign. 20, 1 — conventio quae specialiter facta est s. g. Spezialhypothek — cf. l. 6 eod.

10) j. B. l. 13 eod. Grege pignori obligato — l. 34 pr. eod. — taberna —

11) l. 6 eod. Obligatione generali rerum „quas quis habuit habiturusve sit“ — l. 15 §. 1 eod. l. 9 C. — res ad me pertinentes, tam praesentes quam futurae — „mein ganzes gegenwärtiges und künftiges Vermögen“ — „generalis hypotheca“ (l. cit.) — l. 34 §. 2 D. pign. 20, 1.

12) obligatione generali — rerum hypotheca etc. ll. citt.

rende Sache im Augenblicke der Obligirung schon existire, oder dem Verpfänder bereits gehöre, ist nicht nothwendig, damit die Obligirung später, und allenfalls *ex tunc*, wirksam werde; insoferne gibt es eine Verpfändung künftiger¹³⁾, und künftig zu erwerbender Sachen (Num. 11); eine Haftung aber oder ein Pfandrecht, das an künftigen, oder künftig zu erwerbenden Sachen schon jetzt bestünde, oder dessen Existenz schon jetzt entschieden wäre, gibt es nicht¹⁴⁾. Nichts natürlicher endlich, als daß *neque pignus rei sua e consistere potest*¹⁵⁾; allein ebenso natürlich oder doch billig und zweckmäßig ist ein Pfandrecht auch an eigener Sache angekommen (§. 351).

Mit der Frage nach der Verpfändbarkeit künftiger und künftig zu erwerbender, sowie eigener Sachen, ist bereits über die Grenze des Pfandobjectes hinübergegriffen in die Kontrahirung der *rei obligatio* oder die zur Verpfändung nothwendige Disposition (§. 354). In den Bereich der in der Verpfändung liegenden Disposition gehört die Frage, was alles im gegebenen Falle verpfändet sei (ob auch die Früchte u. dgl. §. 351), oder verpfändet werden könne (ob *res aliena* etc.).

II. Wofür der Haftung. (Pfandschuld?)

§. 348.

Auf den ersten Blick scheint dieses Wofür ein anderes zu sein, als das wofür bei der persönlichen Obligation die Person haftet. Denn während diese durchweg für eine Leistung (*dare, facere, praestare*) haftet (§. 238), wird als das Ding, wofür Pfänder gegeben werden, ganz allgemein eine Obligation, nämlich die andere, persönliche Obligation hingestellt¹⁾. Dieser Schein wird dadurch bestärkt, daß „Pfänder und Hypotheken“ als „Accessionen“ der persönlichen Obligation bezeichnet sind²⁾. Vielleicht hauptsächlich auf Grund dieser Erschei-

13) l. 11 §. 3 D. qui pot. 20, 4.

14) Näheres unten §. 352.

15) l. 45 D. r. j. 50, 17 l. 33 § 5 D. usurp. 41, 3 l. 29 D. pign. act. 13, 7.

1) l. 5 pr. D. pign. 20, 1. *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione* -

2) l. 43 D. solut. 46, 3.

nung ist man gewohnt, das Pfandrecht in demselben Maße, als es praktisch noch immer überwiegend eine bloße That zu den Obligationen darstellt, auch begrifflich als solche zu denken, und nicht zuzugeben, daß es selbst Obligation sei — der Diener von demselben Schlage wie sein Herr. Näher betrachtet ist es aber nur Schein, daß das Pfand für eine Obligation hafte. Die Haftung ist eine Bindung, welche, wenn das Ding, wofür sie besteht, eintritt, gelöst, im entgegengesetzten Falle straffer angezogen (verwirkt, flagbar) wird. Wäre nun eine Obligation das Ding, wofür das Pfand haftet, so könnte für's erste nur für eine künftige oder bedingte Obligation verpfändet werden; denn nur bei solchen ließe sich die Eventualität des Eintritts denken. Zum anderen aber hat, wenn in der That um künftiger oder bedingter Forderungen willen ein Pfand bestellt wird, weder der Eintritt der Obligation die Lösung, noch ihr Nichteintritt eine Schärfung oder Verwirkung der Haftung zur Folge; umgekehrt macht hier mit dem Eintritt der Obligation die Haftung einen Fortschritt, im entgegengesetzten Fall den Rückschritt zur Auflösung. Ferner bildet das Wofür nicht etwa den Zweck, sondern einen Theil im Begriffe der Haftung (§. 209). Wäre nun eine anderweitige Obligation das Wofür unserer Haftung, so müßte sie als integrierender Theil im Pfandrechte begriffen, und diesem untergeordnet sein, anstatt daß sie quellenmäßig als die *res principalis* dasteht, zu welcher das Pfandrecht neben der Bürgschaft³⁾ eine *Accession* bildet.

Unmöglich also bildet eine anderweite Obligation das Wofür der *rei obligatio* oder Pfandhaft. Kommt die persönliche Obligation gleichwohl als das Ding vor, „wofür Pfänder und Hypotheken gegeben werden“⁴⁾ und als die *res principalis*, wozu diese eine *Accession* bilden, so kann damit nicht gemeint sein, daß die persönliche Obligation einen Inzidenzpunkt der *rei obligatio* bilde; vielmehr muß das „für“ diesmal die Zweckrichtung bedeuten, mithin auf etwas außer und über der

3) l. 43 cit.

4) l. 5 cit.

rei obligatio liegendes hinweisen, die persönliche Obligation mit dem Zwecke der sachlichen in Verbindung bringen. Und wie sonst gewöhnlich der Gegenstand im Zwecke, d. i. das Ding, dessen Sein und Wohlsein oder dessen Vernichtung im Zwecke angestrebt wird, anstatt des Zweckes genannt wird⁵⁾, so wird auch hier die persönliche Obligation, zu deren Förderung (Sicherheit) Pfänder und Hypotheken gegeben werden, anstatt der Förderung (Sicherheit) als Zweck der rei obligatio hingestellt.

Den Zweck also wozu, mit nichten das Ding, wofür Sachen haftbar gemacht werden, bilden persönliche Obligationen. Das Ding wofür ist das, daß dem Inhaber der rei obligatio irgend etwas geleistet werde (§. 309); eine Leistung entbindet, eine Nichtleistung verwirkt die Haftung. Begrifflich wie rechtlich ist es gleichgiltig, von wem die Leistung erwartet wird, ob vom Verpfänder selbst oder sonst wem⁶⁾; begrifflich, nicht rechtlich, ist es gleichgiltig, ob für die Leistung, wofür eine Sache haftet, zugleich eine Person, und zwar, da Personen nur für eigene Leistungen haften können (§. 214 Anm. 1), die Person desjenigen haften, der da leisten soll. Denn die Leistungen, wofür eine Sache haften kann, sind dieselben, wofür eine Person haften kann — ein und dasselbe dare, facere, praestare (§. 238)⁷⁾. Aber trotzdem nach römischem Rechte rei obligatio nicht entstehen kann, es werde denn derjenige, der leisten soll, persönlich obligirt, mithin der römische Gläubiger — so häufig er auch der Person nicht traute (§. 346 Anm. 1) — auf die Sache allein seinen Kredit nicht setzen konnte, und nach einem treffenden Worte „Befestigung des Personalkredites das Endziel des römischen Pfandrechtes war“⁸⁾: die persönliche Obligation, zu deren Sicherheit rei

5) Bd. 1 S. 203 Anm. 1.

6) arg. l. 5 §. 2 D. pign. 20, 1 Dare . . quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena §. 261 Anm. 2.

7) Der Beweis hiefür liegt darin, daß andere nicht erdacht werden können, und daß eine Sicherung der persönlichen Obligation durch rei obligatio nur denkbar ist, wenn dieselbe Leistung hier und dort löst, dieselbe Nichtleistung hier und dort verwirkend wirkt.

8) P. Roth, zur Literatur des neueren Hyp.-Rechts, Münchener krit. Vierteljahr. Bd. 21 S. 18.

obligatio kontrahirt wird, steht als deren Zweck außer der Sachobligatio, die Leistung und Nichtleistung dagegen als deren Aufhebungs- oder Verwirkungsbedingung in derselben. So kann es denn nicht fehlen, daß 1. in der Entfaltung der Pfandrechtsprache nicht nur die persönliche Obligation im Zweck der Pfandgebung, sondern auch die Leistung als das Wofür der Haftung allenthalben auftaucht⁹⁾; — daß 2. selbst im römischen Rechte, trotzdem es ohne persönliche Obligation keine sachliche D. entstehen läßt, doch der Fortbestand dieser letzteren nicht mehr von dem der persönlichen Obligation, sondern einzig von Leistung oder Nichtleistung, Befriedigung oder Nichtbefriedigung als seiner Bedingung abhängig ist¹⁰⁾, und daß, wenn nach dem Untergange der persönlichen Forderung vonwegen der fortwährenden rei obligatio doch noch das Dasein einer naturalis obligatio angenommen wird, dieses eben nur wegen und auf Grund der rei obligatio geschieht¹¹⁾; — daß endlich 3., das Dasein einer rei obligatio vorausgesetzt, die persönliche Forderung civiliter wie naturaliter getilgt werden, und dennoch eine Succession in die rei obligatio stattfinden, diese also ohne jedwede persönliche D. fort dauern kann¹²⁾.

9) 3. B. l. 1 C. in quib. caus. 8, 14 (15) universa bona... vice pignorum tributis obligata sunt — a. 214. l. 7 eod. — de invecitis et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur — besgl. l. 2 D. eod. 20, 2; — l. 9 eod. — propter pensionem — l. 10 eod. — in residuam quantitatem pignus obligavit — l. 1 § 1 D. qui pot. 20, 4 — pignus ad eam summam — l. 12 §. 6 eod. — rem teneri in . . usuris — l. 16 pr. eod. — in ea quantitate . . substituitur — l. 1 pr. eod. — pignus s. hyp. de restituenda sibi dote —

10) — snas habet conditiones hypothecaria actio, i. e. si soluta est pecunia aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet — ohne Leistung besteht das Pfandrecht fort, wenn gleich die persönliche Obligation erloschen ist; l. 13 §. 4 D. pign. 20, 1.

11) l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1 — remanet propter pignus naturalis o. l. 38 §. ult. D. solut. 46, 3; l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1. Vgl. m. Pand. 1. Aufl. S. 292; hier oben §. 289 a. E. Windscheid §. 225. 2. „die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung.“

12) §. g. hypothecarische Successio (§. 352). Gegen die Meinung derer, welche die successio in locum priorum creditorum (D. 20, 4 C. 8, 18 (19) für eine successio in deren Forde-

Also hat sich die rei obligatio selbst im römischen Rechte wenigstens was den Fortbestand anlangt, von der persönlichen Obligation unabhängig erhalten; im deutschen Rechte kann sie ohne persönliche Obligation auch entstehen. Mehrererlei Specialitäten von Sachobligationen verkörpern hier den Satz, daß für gewisse Leistungen oder Viebigkeiten ausschließlich eine Sache haftbar sein könne¹³); die Verpfändung des älteren

rung nebst Pfandrechte halten (Bachofen, röm. Pfr. I S. 512 fg. Nr. 11. 15, Keller, Pand. S. 209, trotz dessen, was er in Richters u. Schneiders Jahrb. Bd. XXII S. 1012 gegen Bachofen bemerkt), oder auf eine fingirte Cession der Forderung stützen (Mühlenbruch, Cession 3. Aufl. S. 468, Sintenis, Pfanbr. S. 46 S. 417 fgg., Glück, Komm. XIX S. 1097, Schmid, Cession I S. 259–352), spricht der Umstand, daß nicht einmal von der Geltendmachung dieser angeblich durch Cession oder Succession erlangten Forderung, sondern allenthalben von Tution des Successors nur durch dieses Pfand die Rede ist, — daß eine „successio“ in die Forderung eine dem römischen Rechte unbekannt Singularsuccession in Forderungen wäre, — daß unsere Succession überall lediglich als eine in locum creditoris erscheint, eine bestimmte „Stelle“ der creditor aber nur im Pfandrechte einnimmt, — daß der Gläubiger, an dessen Stelle Jemand succedirt, allenthalben schlechtweg „bezahlt“ (nicht etwa ihm abgekauft), seine Forderung also im Augenblicke der Succession getilgt wird, — daß die Sache dem Successor nicht auf den Belang dieser Forderung, sondern nur auf den seines Aufwandes haftet, — daß kein anderes für jene Forderung etwa bestellt gewesenes Pfand, sondern nur das Pfand, in welches succedirt wird, dem Successor haftet. Gegen die Meinung, daß bei der hyp. Succession nicht nur die alte Forderung, sondern auch das alte Pfandrecht erloschen sei, die Succession also in kein Pfandrecht, sondern nur in den Rang (locus, jus) eines solchen stattfinde (Derenburg, die hyp. Succession, Arch. f. civ. P. Bd. 41 S. 3 S. 7, Pfandrecht II §§. 161–166) sprechen die Quellen, insoferne sie die hyp. Succession eine pignoris (nicht bloß loci) translatio nennen (l. 2 D. distr. p. 20, 5), spricht ferner, daß ein Pfandrecht ohne Pfandrecht nicht denkbar ist, das eigene Recht des Successors aber, kraft dessen diese („originäre“) Succession stattfinden soll, entweder selbst kein Pfandrecht ist, oder den Rang, den es schaffen soll, weder zuvor hat, noch nachher erhält. Für hyp. Succession in das Pfandrecht und bloß in dieses Windscheid S. 233a. Arndts (im Text) S. 374. Baron, Pandd. 4. Aufl. S. 193, so wohl auch Seuffert S. 202 S. 219.

13) vgl. Stobbe, zur Literatur d. d. Privatrechtes — insonderheit zu Victor v. Meibom, d. deutsche Pfandrecht, 1867 — z. B. der Bobmereivertrag (s. oben S. 298 S. 496 unten u. fg.), der alte Rentenkauf, während andere dort ausgeführte Fälle eher in das Gebiet persönlicher und (nach Art der peculiotenus bestehenden Haftungen) auf ein gewisses Vermögenmaß beschränkter Haftungen fallen — Stobbe selbst gelangt mit Meibom zu dem Ergebnis, daß „in älterer Zeit von Seite des Schuldners häufig ein Grundstück zum Gebrauch und Genuß oder eine bewegliche Sache zum Besitz ausgeantwortet sei, mit der Verabredung, daß, wenn der Schuldner die Schuld nicht rechtzeitig tilgte, sich der Gläubiger zu seiner Befriedigung allein an das Pfand halten dürfe“

Rechtes geht vor sich, ohne daß der Gläubiger einen Anspruch auf andere Befriedigung erhält, oder daneben zu erhalten braucht, als die aus dem Pfand¹⁴⁾ — eine der Eigenschaften des älteren deutschen Pfandrechts, „welche die neueste Hypothekengesetzgebung zur Grundlage genommen hat“¹⁵⁾, und auf denen diese der Wiederherstellung des Realkredites zustrebt¹⁶⁾. Der Grundgedanke, der im preussischen Gesetze nur noch nicht vollständig zur Durchführung gelangt ist, kommt im mecklenburg'schen Hypothekenrechte zum unumwundenen Ausdruck¹⁷⁾.

(S. 306 fg.). Will er gleichwohl weiterhin gegen Meibom bei jedem Pfandrecht wenigstens eine *naturalis obligatio* dessen, der leisten soll, festhalten, so scheint dies damit, daß „derjenige, welcher die Sache verpfändet hat, sich als Schuldner fühlt, und sein Lösungsrecht nur mit Bezug auf sein Schuldverhältniß geltend macht“, kaum gerechtfertigt zu werden. Geht man wie das römische Recht von dem *Sage* aus, daß eine *rei obligatio* nur um einer Personenobligation willen entstehen könne, so ergibt sich das Bestreben, die persönliche *O.* so lange festzuhalten als die *rei o.* besteht, ganz natürlich; kann man es *civiliter* nicht zuwege bringen, so thut man es *naturaliter*. Ist dagegen wie im deutschen Rechte eine Verpfändung möglich, bei der nach Intention des Geschäftes vornherein ausschließlich die Sache zur Befriedigung (*Satisfaktion*) des Gläubigers dienen soll, wenn der Verpfänder oder sonst wer nicht leistet, so liegt es näher, von einer persönlichen Obligation ganz Umgang zu nehmen, und die Leistung, welche er prästiren muß, wenn die Sache nicht zur *Satisfaktion* dienen soll, als etwas das in *conditione* der *rei obligatio*, nicht aber selbst in *obligatione* — seiner Person nämlich — sich befindet, zu betrachten.

14) F. Roth a. a. O. S. 17 unten.

15) Derselbe a. a. O. Zu den Grundgedanken, mit denen man in Preußen an die Reform des Hypothekenrechtes ging, gehörte der, „daß die Verbindung des persönlichen Forderungsverhältnisses mit dem dinglichen Elemente den Realkredit schädige“ (Roth S. 24, 2), „die Hypothek, ganz von der Forderung losgelöst, eine rein dingliche Belastung darstellen solle“ (S. 25 Min. 1) — ein Grundgedanke, der in der nunmehrigen Grundschuld allerdings nicht rein durchgeführt ist (a. a. O.).

16) Roth a. a. O. S. 18 oben.

17) Meibom, das mecklenb. Hypothekenrecht, 1871 §. 4 S. 31 „daß der Zweck, die Befriedigung eines außerhalb der Hypothek bestehenden Forderungsrechtes zu sichern, und der hieraus sich ergebende accessorische Charakter nicht zum Wesen des hypothekarischen Rechts gehört.“ §. 13, die rittersch. Hyp.-Ordnung und die Stadtbuchordnung stellen folgende Sätze auf: 1. durch die Eintragung einer Hypothek im Hyp.-Buch entstehen nicht bloße Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks. 2. Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr bleibt dieserwegen Alles der Vereinbarung der Beteiligten überlassen —

III. Inhalt und Form der Haftung oder das Pfandrech.

§. 349.

Ueberhaupt.

Nach ihrer Rechtsseite ist die Obligation auf den ersten Blick von den anderen Rechten nicht wesentlich unterschieden¹⁾; eigenthümlicher zeigt sie sich sofort auf der passiven Seite. Zwar besteht diese auch bei der Obligation in einer gewissen Unterthänigkeit, der Person bei der persönlichen, der Sache bei der sachlichen Obligation; allein mit der Unterthänigkeit ist hier wie sonst nirgends ein gegen den Willen des Herren durchsetzbares Anrecht auf Befreiung verbunden²⁾. Hätte das Pfandrech mit der Obligation sonst gar nichts gemein, als eben diese Freilösbarkeit, so müßten wir es schon darum Obligation nennen. Denn nicht bloß, daß in ihr etwas gebunden ist, sondern auch, daß sie gelöst werden kann, und zwar, was das Besondere ist, von dem Gebundenen oder seitens des Gebundenen selbst, kann in dem Namen obligatio ausgesprochen sein. Näher betrachtet jedoch ist die Rechtsseite der Obligation vor anderen Rechten nicht minder ausgezeichnet als die Passivseite. Nicht nur auf Seite des Obligirten, sondern auch auf Seite des Gläubigers besteht ein Recht auf Lösung. Und nicht etwa bloß so wie der Herr den Sklaven, der Vater das Kind, der Eigenthümer die Sache gegen die Bestimmung ihrer Unterthänigkeit frei- oder preisgibt, kann der Gläubiger lösen, die Person oder Sache freigeben: das Eigenthümliche seines Rechtes besteht darin, daß er das Gebundene löst, indem er es, dem Zwecke seiner Bindung entsprechend, gemeiniglich durch

1) Wesentlich nichts anderes als actio (S. 14 Min. 2) ist z. B. auch das Eigenthumsrecht (Vb. 1 S. 472 Min. 1), während anderseits das uti frui licere auch Inhalt einer Forderung sein kann (z. B. §. 331. 2. a.). Eine Person steht den Berechtigten auch in den Familienrechten gegenüber, u. s. f.

2) s. diese Scheurl'sche Charakterisirung der Obligation oben §. 209 bei Anm. 3.

Verkauf, zu seiner Satisfaktion verwendet (§. 207) — das Gebundene (haftende) selbst und ganz, wenn es eine Sache ist, in seiner Pertinenz (Vermögen), wenn es Person ist. Jus distrahendi heißt dieses der Obligation eigene, den Obligationbegriff vollendende³⁾, den Gläubiger aus dem haftenden Objekt befriedigende aktive Lösungsrecht.

Uebrigens ist es dazu gekommen, daß das jus distrahendi des Pfandgläubigers nicht ohne actio, und die actio des persönlichen Gläubigers nicht ohne jus distrahendi⁴⁾ besteht. Rechtlich zwar kann man, seit emtio venditio zum Konsensualgeschäfte geworden ist, ohne den Besitz der Sache verkaufen; faktisch aber wird dies in der Mehrzahl von Fällen nicht gelingen⁵⁾. So bedarf der Pfandgläubiger, wofern er die Sache ohne Besitz in Haft bekommen hat, vorerst einer Klage, mit welcher er sich streitigen Falls den Besitz der Sache verschaffen kann; aber auch, wenn ihm mit Besitzesübergabe verpfändet ist, bedarf er einer solchen, da ihm die possessorischen Interdikte nicht gegen alle Fälle des Besitzverlustes helfen.

Fassen wir das gesammte Recht des Pfandgläubigers, der rei obligatio ein Ende zu machen, in Ein Wort zusammen, so besteht es in demselben Dinge, in welchem das Recht des Gläubigers bei der persönlichen Obligation beruht: in der executio obligationis. Diese gliedert sich nach dem, was gesagt ist, in zwei Abschnitte: 1. in die klagbare Verfolgung der Sache behufs Besitzes und Verkaufes (rei s. pignoris persecutio) — 2. in die rei s. pignoris distractio selbst.

Bevor in diese Abschnitte eingegangen wird, muß noch der drei Fälle gedacht werden, in deren einem dem Pfandgläubiger gar kein Recht auf obligationis executio zusteht, — in deren

3) Wo es an diesem jus distrahendi fehlte, wie zufolge eines pactum ne distrahatur, allenfalls auch in Ermangelung eines pactum ut distrahatur der Fall sein konnte, fehlte es nicht an Deckung, Retentionsrecht, wohl aber an der Spontaneität des Satisfaktionsrechtes. Vgl. unten Ann. 6.

4) hierüber s. §. 211 S. 15 Min. 1.

5) insonderheit nicht der Verkauf von Mobilien, der eine Vorzeigung zu erheischen pflegt — 3. B. l. 6 D. pign act. 13, 7.

anderem dagegen neben dem Recht auf *pignoris distractio* ein Recht auf anderweitige Befreiung zusteht, — und in deren letztem nur *pignoris distractio*, nicht auch *persecutio* gegeben ist. Ersteres ist der Fall, wenn eine Prädialservitut derart verpfändet wird, daß Gläubiger, der Nachbar des Verpfänders ist, eine Servitut nur in Quasibesitz (zur Ausübung) erhalten soll (§. 347 Anm. 3 und 6). Hier liegt Pfandrecht in jenem unfertigen Zustande der bloßen Unterthänigkeit des Objekts, oder eines bloßen Retentionsrechtes vor⁶⁾. Der andere Fall ist der des *pignus nominis*; hier kann das nomen, anstatt verkauft⁷⁾, beigetrieben, das Pfand also in der gerade diesem Pfandobjekt eigenen Weise erequirt werden⁸⁾. Endlich kommt eine Servitutenverpfändung auch noch derart vor, daß in dem Recht auf Bestellung der Servitut das Pfandrecht liegen soll⁹⁾. Einer *persecutio* bedarf es hier zur *executio obligationis* nicht; das ganze Satisfaktionsverfahren besteht in verkaufsweiser Bestellung; haftbar war freilich keine Servitut, sondern die fremde Sache, insoferne sie dem Gläubiger zur Bestellung der Servitut unterworfen worden war¹⁰⁾. Von dem denkbaren quasifiduziarischen Servitutenpfand (§. 347 nach dem Texte zu Anm. 6) ist in den Quellen keine Rede.

1. Die Pfandfolge (*pignoris persecutio*).

§. 350.

1. Daß dem Gläubiger, damit er desto sicherer Besitz- und Verkaufsrecht bekomme, das Eigenthum selbst anvertraut werde

6) ähnlich demjenigen, das aus der frivolen Verpfändung einer fremden Sache nachträglich entstehen kann (l. 1 pr. D. pign. 20. 1). sowie dem Retentionsrechte, das der Gläubiger nach Bezahlung seiner Pfandforderungen für chirografarisches Guthaben behält C. *etiam ob chirogr. pecuniam pignus teneri posse* 8, 26 (27) — nur daß in unserem Falle hyp. actio zusteht, während sie in den beiden herangezogenen Fällen fehlt.

7) l. 7 C. her. v. act. vend. 4, 39.

8) l. 18 pr. D. pign. act. 13, 7 l. 4 C. *quae res pign.* 8, 16 (17).

9) §. 347 Anm. 4.

10) vgl. Windscheid §. 227 a. C.

(*fiducia cum creditore*)¹⁾, die Haftung also die Gestalt des Eigenthums annehme, wäre noch immer möglich, ist aber schon im Justinianischen Rechte nicht mehr üblich. Dagegen haben wir in dem f. g. Faustpfand ein Seitenstück jener Eigenthumsfiduzia, insoferne bei demselben dem Gläubiger *possessio* anvertraut (§. 139), die Sache also in Gestalt Besitzes dem Gläubiger unterthan ist und haftet. Freilich wird hier nach dem vor uns liegenden Rechte nicht mehr bloß *possessio*, sondern die Sache (das Eigenthum) selbst Gegenstand der Persekution und Distraktion. Zur Persekution als einer eigens auf die *rei obligatio* gefaßten Klage (*rei, pignoris persecutio*) kommt es hier aber nur insoferne, als der etwaige Besitzesverlust nicht durch die possessoriischen Interdikte aufrechterhalten oder wiedererlangt werden kann oder will. Die Persekution erfolgt in *rem*, mittelst einer aus hypothekarischer Verpfändung entsprungenen, und dann auf vertragsweise Sachenobligierung überhaupt gefaßten Klage (*Quasi-Serviana* — §. 351).

2. Theils nach einheimischem, in unseren Quellen untergegangenem, theils nach griechischem Vorbild kann eine Sache derart obligirt werden, daß sie dem Gläubiger zu seinerzeitigem Besitz und Verkauf nur ausgesetzt, nicht wie beim Faustpfande versezt wird — hypothekarische Verpfändung, Hypothek²⁾. Hier besteht die Haftung wie bei der persönlichen Obligation nurmehr in Gestalt einer *actio*, jedoch so daß sie anstatt wie dort in *personam* doppelt in *rem* ist: einmal in dem gemeinen Sinne, daß sie nicht an eine gewisse Person des Gegners gebunden und gegen diese konzipirt, sondern gegen jedweden Besitzer der Sache gerichtet ist; dann in dem anderen, spezielleren, der *actio in personam* positiv parallelen Sinne, daß wie dort die Person so hier die Sache den Zielpunkt der

1) Gaj. II, 59. 60.

2) griechischer Einfluß: Dernburg, Pfandr. I S. 69—76. Die einheimische *praedium praediorumque obligatio* war aber auch kein Faustpfand und ihrer Art nach nur in der Persekution von der Hypothek verschieden (Th. Mommsen, Stadtr. v. Malaga u. Salp. (aus dem III. Bd. der Abhh. der Akad. d. W. zu Berlin) S. 466—478). Ueber das *pignus opponere, supponere, deponere* s. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 13 S. 194—196. 200. 202.

actio bildet, indem wie dort die Person so hier die Sache durch die actio zur Execution befördert werden soll. Erst in dieser spezielleren Bedeutung ist in rem actio eine (zur rei executio führende) rei persecutio, und zugleich Grund und Quelle einer in rem actio gemeinen Sinnes³⁾; denn ohne gegen jedweden Besitzer zu gehen, ist eine ausreichende Persecution nicht denkbar. Anderseits ist die in rem actio in jener spezielleren Bedeutung keine bloß dingliche Klage mehr; in keiner anderen dinglichen Klage ist es auf Satisfaktion des Klägers aus der Sache abgesehen, wie hier; dieser Belang der Klage ist etwas lediglich und rein Obligatorisches oder Forderungsartiges. So bewahrt das Pfandrecht inmitten der Dinglichkeit sein obligatorisches Wesen; es ist jus in re, soweit es in rem actio des gemeinen Schlags ist; es ist eine (rei) obligatio, insoweit es Execution aus einer Sache und zu diesem Zwecke in rem actio in engerem und eigenem Sinn ist.

Hier, in der Hypothek, hat rei obligatio ihre einfachste, und ihre eigenste Gestalt, zugleich aber ihre vollkommenste Entwicklung gefunden; in ihr nimmt die ebengenannte reipersecutorische in rem actio ihren Anfang und Fortgang (Serviana-hypothecaria); von ihr aus wird sie für das Faustpfand nutzbar. Nur hypothekarisch kann ein ganzes, gegenwärtiges und künftiges Vermögen verpfändet werden; nur hypothekarisch ein Pfandrecht stillschweigend entstehen. Erst hier entsteht die Möglichkeit, dieselbe Sache mehreren nach einander zu obligiren, hier die Lehre vom Datum des Pfandrechts und der Komparativ des pignus potius und posterius (Priorität). Endlich gilt nur innerhalb der hypothekarischen Obligation der Satz, daß pignoris persecutio ihre Zeit hat, daß nicht sofort nach der Verpfändung auch schon verfolgt, geschweige denn verkauft werden kann; daß wie die personae so auch rei obligatio ihre Phasen, die der bloßen, und die der klagbaren Haftung hat (§. 212), kommt erst in ihr zum Ausdruck. —

3) 1. 17 D. pign. 20, 1. Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. 1. 18 C. pign. 8, 13(14). Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est. 1. 13 §. 3 D. pign. 20, 1 — consistere potest . . adversus quemlibet possessorem —

Verschieden von diesem auf rei obligatio beruhenden Befestigungsrecht ist die Pfändung (pignoris capio): eine Besitzergreifung, welche Pfandrecht nicht zur Voraussetzung, sondern allenfalls zur Folge hat (§. 351). Mitten inne liegend zwischen der bereits obligirten und der erst zu pfändenden Sache ist die zur Pfändung durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag ausgesetzte Sache (§. 351).

§. 351.

Hypothecaria actio.

Die durch bloßes Beding¹⁾ erfolgende Aussetzung seiner Sache zu Pfand hatte nicht von allem Anfange an eine rei obligatio, wohl aber vielleicht von jeher ein Pfändungsrecht zur Folge²⁾. Die Durchsetzung dieses letzteren liegt, wenn nichts weiteres hinzukommt, lediglich in der Hand des Gläubigers (manifestarium pignus — Anm. 2); vertragsweise ist ihm gestattet, die zu Pfand ausgesetzten Sachen sich seinerzeit selbst zu holen, zu nehmen³⁾; die Gewalt, die er zu

1) ohne Anvertrauung von Eigenthum oder Besitz — §. 350. 1; — pacisci ut ea res pignori sit — pactum hypothecae (§. 354) —

2) Den Gegensatz eines solchen gegen rei obligatio heben noch die Pandekten hervor in l. 9 D. in quib. caus. 20, 2: Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum quae ex conventionem manifestarii pignoris nomine tenentur — Dernburg, das Pfandr. nach den Grundf. des h. r. Rechts I S. 54 hält „ein formloses künftiger Apprehension ausgesetztes Vertragspfand“ gegen Rudorff (Pfandklagen) und Bachofen für etwas „so Raffinirtes, ich möchte fast sagen Zbeelles, daß es für unsere Vorstellung in dem verben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum gewinnen kann.“ Demzufolge muß er manches aus dem Wege räumen, wie z. B. das Wort des lateinischen Bündnisses. Von seinen Gegenargumenten am wichtigsten ist, daß in dem Gewaltsverbot der possessorischen Interdikte die vertragmäßige Pfändung nirgends ausgenommen ist. Aber wie, wenn die vertragmäßige vis voluntati nicht contraria, also keine vis war? l. 3 C. pign. 8, 13 (14) — vim quidem facere non videntur — arg. Paul. R. S. V. 26, 4 cf. l. 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7.

3) „in rem ire, mittere, ingredi permisit“ (Huschke, Syntrophus p. 11 cf. l. 1 C. pact. pign. 8, 34 (35)); l. 55 D. furt. 47, 2 cum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contrectare sed pignori suo incumbere; Cassiodor. Var. 4, 10 nec liceat nisi obligatum forsitan pignus auferre; ferner das conventionis legem exercere und ingredi in l. 3 C. pign. 8, 13 (14) cit. — Rudorff, Zeitschr. f. g. RW. XIII S. 202 fgg. — das adprehendere in l. 1 pr. D. Salv. 43, 33.

diesem Zwecke gegen den Konzedenten allenfalls anbieten muß, ist nicht verboten⁴⁾, wie das Einschreiten überhaupt aber nur gegen den Konzedenten selbst und wohl auch noch seine Erben erlaubt. Was die Folge der wirklich vollzogenen Pfändung war, ob eine Verwirkung der verpfändeten Sache⁵⁾, oder ein Retentionsrecht bis zur Auslösung, läßt sich nicht bestimmen; keinesfalls ist anzunehmen, daß die Pfändung eine rei obligatio erzeugte. In dem bloßen Pfändungsrecht lag eine rei obligatio weder vor und bis zur Pfändung, noch nach derselben; vor der Pfändung bestand ein Recht nur gegen die Person des Konzedenten und seine Erben, kein Recht und keine Persekution auf die Sache bei wem immer sie wäre; nachher vielleicht eine Vindikation auf Grund erlangten Eigenthums, aber keine Persekution auf Grund einer rei obligatio. Eine solche Persekution ist überhaupt erst in geschichtlicher Zeit, und nachdem zuvor noch das Pfändungsrecht selbst für einen gewissen Fall eine Unterstützung durch Interdikt erhalten hatte, aufgestellt worden. Für den Fall nämlich, daß der Pächter pachtzins halber dem Verpächter die auf das Pachtgut einzubringende todte und lebendige Fahrniß (*invecta et illata*) zu Pfand aussetzen würde, sollte der Verpächter nach dem Edikte eines Prätor Salvius wider den Pächter, wenn dieser der richtigen Pfändung Widerstand entgegensetzen sollte, mit einem prohibitorischen Interdikte (*interd. Salvianum*)⁶⁾ einschreiten können. Auf ein mehreres als das Faktum, daß die mit Pfändung beanspruchten Sachen vom Pächter wirklich zu Pfand ausgesetzt seien, brauchte sich Kläger nicht zu stützen; über Rechtsnachfolger des Pächters⁷⁾ hinaus ist das Interdikt in seiner prohibitorischen Eigenschaft allem Anscheine nach nicht ausgedehnt worden (s. unten Num. 42—44).

4) wiewohl später nicht mehr gern gesehen: l. 3 C. pign. 8, 13 (14) cit. — *attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent* —

5) wie sie bei Cato r. r. c. 146—150 gegen Verschleppung vorkommt — *si quid deportaverit, domini* (Grundherren und Verpächters) *esto*. Vgl. l. 61 §. 8 D. furt. 47, 2.

6) §. 3 J. de interdictis 4, 15; den *invectis et illatis* gleich steht, was aus diesen geboren und gemacht ist („*quae ibi nata factave essent*“) arg. l. 1 pr. D. Salv. 43, 33 cf. l. 1 pr. D. migr. 43, 32.

7) vgl. l. 1 pr. D. h. t. 43, 33.

Für eben diesen Fall und für ihn allein ist zuerst eine dingliche Pfandklage — *Serviana actio* — aufgestellt worden. Zweifelsohne bedurfte diese Klage zu ihrer Begründung nicht nur des Faktums, daß die Sache vertragsmäßig zu Pfand ausgesetzt worden sei, sondern auch des Rechtes: daß die Sache dem Verpächter zur Zeit ihres Einbringens gehört habe; ohne diese rechtliche That konnte der Gläubiger unmöglich zur *Revindikation* gegen Dritte für ermächtigt erachtet werden, während doch fest steht, daß die dingliche Pfandklage selbst über *Eigenthum* und *Usufapion* hinweggeht⁸⁾. Dieser letztere Effekt — höchste Blüthe des Pfandrechts — war aber durch jenen Beweis, daß die Sache dem Verpfänder gehört habe, für sich allein noch nicht erzielbar; des weiteren auch durch keine Fiktion⁹⁾, weder durch die, daß Kläger *Eigenthümer*, noch durch die, daß er vom Pächter und *Eigenthümer* zur *Revindikation* an seiner Statt ermächtigt sei; ein fingirtes *Eigenthum* wäre nicht gegen das wirkliche, eine *Vollmacht* des früheren *Eigenthümers* nicht gegen das Recht des gegenwärtigen *Eigenthümers* durchgedrungen; diesen Effekt konnte der *Prätor* seiner *Serviana* nur kraft der *rei obligatio* geben. Nur indem er annahm, daß der Pächter, falls er *Eigenthümer* der *Invekten* und *Illaten* sei, durch deren Aussetzung zu Pfand kein bloßes Pfändungsrecht gegen den *Konzedenten*, sondern zugleich eine *rei obligatio* schaffen, die *Invekten* und *Illaten* also zum Gegenstande eines forderungsartigen, der in *personam actio* parallelen, also über *Eigenthum* und *Usufapion* erhabenen Anspruchs in *rem* machen könne^{9a)}, vermochte er dem

8) I. 1 §. 2 D. pign. 20 1 — *pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit* —

9) vgl. Dernburg S. 78.

9a) Daß *Serviana* und *Quasi-Serviana* außer dem *rem tunc in bonis* ein *rem obligatam* esse in ihrer *intentio* hatten (Keller, *Civilpr.* 5. Ausg. S. 150) zeigt u. a. §. 7 J. act. 4, 6, allwo zum Beweise, daß zwischen *pignus* und *hypotheca* in Ansehung der *actio hypothecaria* kein Unterschied sei, angeführt wird, daß in der Phrase (*appellatio*) *de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata*, beiderlei *res, pignus* und *hypotheca* begriffen sei. Vgl. zu dem „*obligata*“ I. 15 C. pign. 8, 13 (14) I. 6 C. si aliena res 8, 16 (17) und die Stelle des *Cassiodorus* in *Ann.* 3. Aus derselben Stelle erhellt

Verpächter eine Klage von der Art und Wirkung der *Serviana* zu gewähren. Also war mit der Aufstellung der *Serviana* ausgesprochen, daß in einem gewissen Falle gewisse Sachen durch bloßen Pakt dem Gläubiger obligirt werden könnten; noch war nicht jedwede zu Pfand ausgesetzte Sache auch schon obligirt, oder *servianisch* verfolgbar.

Im fertigen Rechte ist die *Serviana* als Quasi-*Serviana* oder *hypothecaria*, noch allgemeiner *pignoraticia* (in rem) auf alle Sachen erstreckt, welche für irgend ein Guthaben verpfändet, und derselben ihrer Natur nach zugänglich sind¹⁰⁾. Die Invekten und Malen des Miethmanns sind dem Vermiether miethzinshalber stillschweigend zu Pfand ausgesetzt, allein vor der Sperre noch nicht obligirt¹¹⁾; bei ausdrücklicher Verpfändung gilt die Erklärung, daß die Sache zu Pfand sein solle, nun überall auch schon als Obligirung¹²⁾, jedoch ohne daß damit das bisherige Pfändungsrecht nebst *interdictum Salvianum* ausgeschlossen worden wäre¹³⁾. Materiellrechtliche Voraussetzung des obligatorischen Effectes der Verpfändung und nothwendige Klagsbehauptung ist, daß der Verpfänder auch die Macht zur Verpfändung gehabt habe¹⁴⁾. Ohne *bonita-*

aber auch, weshalb andere Stellen ein *convenisse de pignoribus* oder *ut pignori sit* als Intentionspunkt erscheinen lassen (l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 23 D. probat. 22, 3 l. 15 §. 1 cf. l. 3 pr. D. pign. 20, 1); denn nach der Institutionenstelle stand beides in der *intentio: de qua re . . . convenerit ut sit pro debito obligata*. — Die Erwähnung eines *convenisse ut pignori sit* (l. 23 cit.) muß darum ebenso wie die des *quo (tempore) pignus contrahebatur* als eine verkürzende Wieder-
gabe des Formelstückes betrachtet werden. Beides ist in der Formel bei Dernburg S. 81, nur das *obligatum* bei Keller a. a. O., abwechselnd das eine oder andere bei Rudorff, ed. perp. §. 272.

10) §. 7 J. act. 4, 6, und Schlußsatz von §. 349.

11) arg. l. 9 D. in quib. caus. 20, 2 — *scilicet antequam pensionis nomine precludamur* —

12) arg. l. 23 D. prob. 22, 3 l. 10 l. 15 §. 2 l. 32 D. pign. 20, 1. So namentlich auch das *pignori* oder *hypothecae dare* mit *rem obligare* gleichbedeutend — 3. B. l. 15 pr. — §. 2 l. 16 pr. §. 2 l. 34 §. 2 D. pign. 20, 1 l. 1 pr. D. qui pot. 20, 4.

13) s. u. a. die Stelle des Cassiodorus Anm. 3, wornach nurmehr *obligatum pignus* gepfändet werden durfte —

14) *Alienandi* und *obligandi potestas* gehen Hand in Hand (Bd. 1 §. 130 Anm. 5).

rische Innehabung ist diese Macht nicht vorhanden¹⁵⁾; dieselbe erscheint denn auch als nothwendige Klagsbehauptung, und zwar mit dem Zusatz „zur Zeit der Verpfändung“¹⁶⁾ für den Fall der Spezialverpfändung¹⁷⁾; für den Fall, daß Verpfänder erst nachträglich erwirbt, und nicht frivol eine fremde Sache verpfändet worden (§. 354), oder daß er nicht erwirbt, aber der Eigenthümer ihn beerbt, ist billigerweise utilis actio gewährt^{17a)}; auch für den Fall, daß ein Nichteigenthümer, dieser aber mit Konsens, Rathabition oder Vollmacht des Eigenthümers verpfändet¹⁸⁾, ist eine Modifikation der Klage nothwendig. Eine Vollmacht zur Pfandverpfändung hat in seinem Pfandrechte der Pfandgläubiger¹⁹⁾. Dagegen war das schwächere Eigenthum (der Publicianische Besitz), sowie das superfiziariische und emphytenikarische Recht in dem „in bonis“ inbegriffen²⁰⁾. Materiellrechtliche Voraussetzung und nothwendige Klagsbehauptung ist ferner das Dasein eines reobligatorischen Kontraktes zwischen dem Eigenthümer *re.* und Kläger (Num. 9a u. 12); in manchen Fällen gilt er aber als stillschweigend eingegangen (§. 354); im Falle Erbgangs und hypothekarischer Succession muß auf den Vorfahren des Klägers intendirt werden. — Materiellrechtliche Voraussetzung und

15) l. 5 l. 6 C. si aliena res 8, 16 (17) etc.

16) l. 6 C. cit. — cum Serviana etiam actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse nisi quae obligantis in bonis fuerint — l. 15 §. 1 D. pign. 20, 1 — probare . . . „cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse —“

17) l. 15 §. 1 D. pign. 20, 1.

17a) l. 5 C. cit. — ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur. a 286; — l. 22 D. pign. 20, 1 — heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pign. dabitur creditori. Aber l. 9 §. 3 D. qui pot. 20, 4 und gar l. 41 D. pign. act. 13, 7? E. über diese Stellen Bangerow §. 372 Num. 2. d. Windscheid, Zeitschr. f. Civill. u. P. R. 3. III. 339 S. 426. Trotsche, ebendaf. XVIII Nr. 3 §. 4 S. 93 — hinwider Hufschke ebendaf. XX S. 243

18) vgl. l. 6 C. cit.; l. 16 §. 1 D. pign. 20, 1.

19) Seine utilis hypothecaria f. l. 1 C. h. t. 8, 24 (23). Vgl. oben §. 347 Num. 8 und unten Num. 31.

20) l. 18 D. pign. 20, 1 — qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit — cf. l. 52 D. a. r. d. 41, 1 Bb. 1 §. 178. 2; l. 13 §. 3 eod.

nothwendige Klagsbehauptung ist endlich das Faktum, daß rei obligatio annoch aufrecht, d. h. weder die Leistung, wofür die Sache verhaftet worden, erfolgt, noch anstatt derselben satisfazirt worden, auch der Gläubiger nicht etwa selbst der Leistung im Wege gestanden sei²¹⁾.

Schon als in rem actio gemeinen Schlags oder Vindikation fordert unsere Klage Besitz in der Person des Beklagten. Dolose Besizentichlagung steht dem vorhandenen Besize gleich²²⁾, darum wohl auch das Vorgeben des Besitzes (Bd. 1 §. 167 Anm. 11). Selbstverständlich handelt es sich dabei um den Besitz derselben Sache, welche als obligirt demonstrirt ist²³⁾. Bloße Veränderung schließt aber hier die Identität nicht aus²⁴⁾; wohl die Spezifikation²⁵⁾, vorausgesetzt nur, daß ihr auch das Eigenthum unterliegt²⁶⁾. Bei völligem Untergang kann von rei obligatio nicht mehr die Rede sein²⁷⁾; von einer Pfandklage nur, insoferne durch dolosen, nach dem Streitbeginn durch kulposen Untergang die untergegangene Sache durch Geld ersetzt werden muß; ein anderes als rei obligatio ist auch die persönliche Obligation, welche sich der Verpfänder durch Zerstörung der Sache zuziehen kann (§. 318 S. 621. b. β.).

Exceptionen ergeben sich 1. vom Gesichtspunkte der Leistung, wofür obligirt worden, indem dieselbe noch nicht fällig oder noch nicht entschieden schuldig ist²⁸⁾; 2. von

21) l. 13 §. 4 D. pign. 20, 1 — si soluta est pecunia aut satisfactum — l. 19 C. usur. 4, 32 — vel si per creditorem steterit, quominus solvatur —; daß hier das Keller'sche satisve fiat falsch sei, ist auf Grund von l. 6 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6 längst bemerkt (m. Pand. 1. Aufl. S. 335 unten). Vgl. übrigens u. a. noch l. 30 §. 1 in f. D. exc. r. jud. 44, 2.

22) l. 16 §. 3 D. pign. 20, 1.

23) l. 16 §. 3 cit. — quaeritur an rem de qua actum est possideat is cum quo actum est —

24) So wenig als die Vergrößerung (l. 16 pr. eod.) thut es die Verringerung, beim Kaufe z. B. die Verbrennung: l. 29 §. 2 l. 35 eod. — ganz anders als beim Ususfructus (Bd. 1 §. 198 Anm. 3).

25) l. 18 §. 3 D. pign. act. 13, 7.

26) Bd. 1 §. 149 S. 580 oben Voët, comm. ad Pand. XX. 6 §. 14.

27) l. 8 pr. D. pign. 20, 1.

28) l. 5 §. 1 D. q. m. p. 20, 6 arg. l. 10 C. pign. 8, 13 (14). In l. 14 pr. D. pign. 20, 1 muß man in dem quia interest mea wie den

dem der rei obligatio: indem es auf Seite des Verpfänders zu dieser zwar nicht am Eigenthum, wohl aber an der Dispositionsbefugniß gefehlt hat²⁹⁾, — oder das Eigenthum nach der Verpfändung bis in die Zeit vor der Verpfändung zurück wiederaufgelöst worden ist³⁰⁾ — oder das erste Pfandrecht, aus dem das Afterpfandrecht des Klägers seine Kraft schöpft, erloschen³¹⁾, — das Pfandrecht des Klägers durch pignoris distractio³²⁾, Verzicht, durch einen der rei obligatio gesetzten Endtermin, oder Klageverjährung unmittelbar geendigt³³⁾, — oder eine Ablehnung der Klage: durch einen Anfangstermin oder eine Bedingung, welche der Verpfändung selbst gesetzt ist³⁴⁾,

Grund, so auch die Bedingung der entgegengesetzten Entscheidung erblicken. Wo der Faustpfandgläubiger den Besitz verlor, wird das erforderliche Interesse stets da sein. Vgl. übrigens Keller a. a. O. S. 967 gegen Bachofen; l. 13 §. 5 D. pign. et hyp. 20, 1 — ante conditionem (debiti) non recte agi —

29) arg. l. 7 pr. D. q. m. p. s. 20, 6. Materiellrechtlich ist hier gar nicht obligirt worden, durch die formula hypothecaria dagegen ist actio gleichwohl begründet.

30) l. 3 D. q. m. p. 20, 6 l. 14 §. 3 D. de in diem add. 18, 2 — was im Redhibitionsfalle nicht geschieht: l. 4 pr. D. q. m. p. 20, 6.

31) l. 1 l. 2 C. si pignus pign. 8, 24.

32) l. 1 l. 2 C. si antiquior cred. 8, 19 (20) l. 6 C. qui pot. 8, 17 (18).

33) Nicht ohne weiteres liegt hier (selbst ein satisfizirendes Ereigniß vorausgesetzt) jene in der formula hyp. antizipirte Einrede der Satisfaktion vor; denn dort ist Satisfaktion für die ausgebliebene Leistung (Zahlung, solutio) gemeint. Ueber pignoris distractio s. §. 353, — über den Pfand-Verzicht C. de remissione pignoris 8, 25 (26) l. 4 §. 1 §. 2 l. 5 pr. l. 7 pr. — §. 4 l. 8 §. 1 — §. 18 l. 9 §. 1 l. 11 l. 12 pr. D. q. m. p. s. 20, 6 l. 1 §. 1 D. lib. leg. 34, 3; ein solcher liegt nun allerdings auch folgerungsweise in (satisfaktorischem) Erlaß des persönlichen Guthabens (l. 5 pr. cit.), besonders häufig aber und in den II. citt. vorzugsweise erfolgt Verzicht in Gestalt der Veräußerungs- oder Verpfändungsgestattung; — Endtermin: l. 6 pr. D. q. m. p. s. 20, 6; — über die Klageverjährung Bd. 1 §. 114 Anm. 6.

34) Bemerkenswerther Weise ist hier actio noch vor dem Eintritt des dies oder der conditio begründet: verum quidem est pecuniam solutam non esse; nur billigkeitshalber soll dem Besitzer die Sache noch nicht abgenommen (sed auferri hypothecam iniquum est), dafür aber Restitution für den Fall, daß die Bedingung eintritt, noch nicht gezahlt ist und die Sache noch existirt, cavirt werden (l. 13 §. 5 D. pign. 20, 1). Letzteres schon von wegen der Klagenkonsumtion (vgl. z. B. §. 286 Anm. 43). Die Zulässigkeit der Klage noch vor dem Eintritt der Bedingung beweist übrigens, daß in der Formel von der conditio der Pfandkonvention (Anm. 9a) nicht die Rede war oder sein konnte, während bezüglich der

oder durch das f. g. *beneficium excussionis*³⁵⁾, oder durch das Anerbieten der Zahlung³⁶⁾, oder durch stärkeres Recht des Beklagten begründet ist. Letzteres kann in zweifacher Weise der Fall sein: dadurch, daß das Recht an der Sache, kraft dessen verpfändet wurde, ein schwächeres (blos publizianisches) war, dem Beklagten aber das stärkere (Eigenthum) zusteht³⁷⁾; dadurch, daß der Beklagte an derselben Sache ein gleich starkes oder stärkeres Pfandrecht hat, als der Kläger³⁸⁾ — 3. zu Gunsten von bloß chirografarischen Forderungen, derenthalb der Gläubiger nach Bezalung der Pfandschuld Retentionsrecht haben soll³⁹⁾.

Das *Petitum* geht auf Restitution dessen was, als dem Kläger verpfändet, eingeklagt sich im Besitze des Beklagten befindet oder befinden sollte, eventuell auf Kondemnation⁴⁰⁾. —

conditio der Forderung das Gegentheil der Fall gewesen sein muß (arg. l. 13 §. 5 cit.).

35) welches in seiner ersten und älteren Hälfte, als Verweisung auf das Spezialpfand, wenn die Klage gegen das übrige mitverpfändete Vermögen des Verpfänders gerichtet ist (f. g. *benef. exc. realis*), auf „Temperirung der *jurisdictio*“ beruht (l. 2 C. pign. 13 (14)), — in seiner anderen Hälfte dagegen, als Verweisung auf den persönlich haftenden Schuldner, wenn Dritte besitz und belangt werden (*benef. exc. personalis*), erst in Nov. 4 eingeführt ist. Bürgen können, wenn sie selbst auch Pfänder bestellt haben, auch an die von dem Schuldner bestellten Pfänder verweisen (*ibid.*).

36) Die Klage durch Zahlungsoffert abwenden kann jedweder Besitzer (l. 12 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6); ein anderes ist die Frage, ob jedweder durch Zahlungsoffert sich auch die Cession der Forderung (und damit des Pfandrechtes) erzwingen kann (l. 19 D. qui pot. 20, 4. Unten §. 352 Anm. 46).

37) l. 18 D. pign. 20, 1 *si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accipi: sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam* — also nicht gegen die *exceptio dominii*, woferne dem Publ. Kläger nicht *replicatio*, etwa *rei venditae et traditae*, zustehe (Bd. 1 §. 178 Nr. 7. a.).

38) Priorität (§. 352) — Vorzug des Besitzes bei gleich starkem Pfandrecht: l. 10 D. pign. 20, 1 l. 14 D. qui pot. 20, 4.

39) l. 1 C. etiam ob chirografariam pecuniam pignus teneri posse 8, 26 (27).

40) l. 16 §. 3 D. pign. 20, 1. Folgerecht können auch Früchte, die mit der fruchttragenden Sache stillschweigend mitverpfändet sind (§. 354 Anm. 8) mitverlangt werden. Bei der arbiträren Natur der Klage (§. 31 J. act. 4, 6) liegt es aber im Ermessen des Richters zu bestimmen, ob und wie weit Früchte zu restituiren seien; dabei ist die Größe der For-

Der Ausdehnung der Serviana entsprechend ist auch das *interdictum Salvianum* auf alle Fälle hypothekarischer Verpfändung erstreckt worden⁴¹⁾. Zweifelhafter ist die Erstreckung desselben auf dritte Besitzer⁴²⁾; nicht unwahrscheinlich aber eine Umwandlung des Interdiktes in der vierten Periode aus einem prohibitorischen in ein restitutorisches Rechtsmittel⁴³⁾ und demzufolge Erstreckung gegen Dritte⁴⁴⁾. Damit wäre denn auch das vertragsmäßige Verpfändungsrecht, welches so lange bestanden haben muß, als das *Salvianum* prohibitorisch war, veraltet.

derung und das Dasein der Früchte maßgebend. Auf Früchte aus der Zeit vor der Litiskontestation soll nur so weit solche da sind, erkannt werden dürfen: l. 16 §. 4 eod. Richterlichen Ermessens ist auch, ob Kläger, wenn Beklagter nicht restituiren kann, sich mit Kaution anstatt Restitution begnügen, oder mit *jusjurandum in litem* condemniren soll (l. 16 §. 3 cit.).

41) l. 1 C. de prec. et Salv. int. 8, 9 Gord. a. 239 — *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* — was Huschke, Studien S. 385 in *conductorum eundemque debitorem* verwandelnd zu entkräften sucht, gleichwie wir das Argument aus Paul. R. S. V. 6 § 16 nur der „Ignoranz der Westgothen“ zu verdanken haben sollen.

42) Während l. 1 C. cit. ein bestimmtes Zeugniß (allerdings wider Rudorffs S. 223 und Huschke's S. 358 S. 382 Ansicht) dagegen enthält, spricht l. 1 pr. D. h. t. 43, 33 (Julian.), wohl auch §. 1 eod. (*extraneum*), und Theoph. ad § 3 J. interd. 4, 15 da für.

43) Dafür spricht die Verbindung mit dem *interd. de precario* im Roder, die Abneigung der späteren Zeit gegen das durch das *Salv.* bisher geschützte eigenmächtige Pfänden (l. 3 C. pign. 8, 13 (14)), sowie der Erfolg, indem ein der restitutorischen Serviana entsprechendes restitutorisches Interdikt sich um so mehr empfehlen mochte, als ein solches sich zur Serviana wie Possessorium zum Petitorium verhielt, und, weil ein eigenmächtiges Einschreiten weder voraussetzend noch schützend, ohne Anstand gegen jeden Besitzer zugelassen werden konnte.

44) Vgl. die vorige Ann. a. G. Hieraus würde sich namentlich die Freigebigkeit erklären, mit der Theophilus *κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα* klagen läßt. Der *extraneus* in l. 1 §. 1 D. h. t. könnte aus *colonus* interpolirt sein; nur l. 1 pr. eod. scheint authentisch und mit l. 1 C. h. t. unvereinbar.

§. 352.

Priorität und hypothekarische Succession.

D. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 20, 4. C. qui potiores in pignore habeantur 8, 17 (18) C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 8, 18 (19).

Eine und dieselbe Sache kann von Demselben Mehreren nach einander obligirt werden (Ann. 9). Hieraus entspringt ein Komparativ nach der Zeit der Pfandrechte — Priorität und Posteriorität —, ein Komparativ in der Stärke der Pfandrechte — Potiorität —, damit denn auch bildlich ein Unterschied der „Stelle“ (locus), welche die mehreren Gläubiger gegenüber demselben Pfande einnehmen. Daß im Rang nachgehende oder schwächere Pfandrecht ist kein bloß vertagtes, oder bedingtes, sondern ein unbedingt und schon jetzt vorhandenes Pfandrecht¹⁾. Es ist unbedingt und schon jetzt vorhanden in der pignoris persecutio, indem der nachgehende Gläubiger mit Ausnahme des vorgehenden gegen jeden dritten Besitzer durchdringt²⁾, allerdings noch nicht vorhanden in Ansehung der pignoris distractio, welche ausschließliches Vorrecht des ersten Gläubigers ist (§. 353).

Die Potiorität richtet sich nun in der Regel nach der Zeit³⁾. Als die Zeit jedweden Pfandrechts muß aber, nachdem es einmal entstanden und nicht durch einen Anfangstermin autonom auf eine spätere Zeit verlegt ist, die der Verpfändung — des ausdrücklichen oder stillschweigenden

1) s. dagegen Gesterding, Pfd. S. 168 fg. Löhr, Arch. f. civ. P. XIV S. 168 fg.; betreffs l. 9 §. 3 D. qui pot. 20, 4 hinwider Windscheid §. 241 Ann. 3.

2) l. 12 § 7 D. h. t. — secundus creditor . . ab omni possessore eam auferre poterit, praeter priorem creditorem; die Bedingungen der hypothecaria treffen in ihm alle zu; wer sich wie der prior creditor derselben erwehren will, bedarf einer exceptio: „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata“; gegen den wider ihn hypothekarisch vindizirenden ersten Gläubiger hat der zweite eine exceptio „si non convenit ut sibi res sit obligata“, welche erst mit Replik (si non mihi ante etc.) beseitigt werden muß: l. 12 pr. eod.

3) l. 4 C. h. t. — sicut prior es tempore, ita potior es jure.

Pfandvertrages, oder sonstiger Pfandbestellung (§. 354), beim Pfandvermächtniß die der Vermächtnißexistenz — betrachtet werden; eine sichere Ausnahme läßt sich nur für den Fall behaupten, da die Sache für eine schlechthin künftige, d. i. selbst als bloße Haftung noch nicht vorhandene Schuld verpfändet, die Wirksamkeit der Verpfändung also vom Willen des Verpfänders oder Dritter (ob sie sich und die Sache obligiren wollen) abhängig ist. Hier ist rei obligatio nicht vor jener künftigen Obligation existent⁴⁾; sonst datirt sie vom Zeitpunkte des Verpfändungsaktes oder der Vermächtnißexistenz, wenngleich das Objekt welches, die Forderung wofür, das Geschäft wodurch verpfändet wurde, erst später entstanden⁵⁾, erwor-

4) Den Ausdruck „futura obligatio“ (l. 5 pr. D. pign. 20, 1 l. 6 D. fidej. 46. 1) finden wir für Fälle, in denen eine Forderung in einer bestimmten Potenz (durch einen Kontrakt, als bloße Haftung) jetzt schon vorhanden ist, gleichbedeutend mit quidquid te dare facere oportebit z. B. ex conducto (l. 89 D. v. o. 45, 1 cf. l. 16 D. lib. leg. 34, 3 und den Gegensatz gegenwärtiger Haftung gegen künftige Schuld: l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4 — eo tempore . . quo nondum quidquam pro conductione deberetur —). Auf eine solche künftige Forderung paßt auch Gaj IV, 131 — sane quidem obligatio contracta intelligitur, praestatio vero adhuc nulla est. Sie ist so wenig als eine gegenwärtige eine bedingte, oder betagte (Windscheid §. 225 Anm. 6; gleichwohl gilt das für eine solche künftige Forderung bestellte Pfand vom Tage der Verpfändung an, wenn die Forderung zur Existenz kommt, und zwar aus keinem andern Grunde, als weil (die bereits kontrahirte persönliche Haftung, damit die Möglichkeit der Schuld und also auch) der Bestand der Pfandhaft nicht mehr vom bloßen Willen des Verpfänders abhängig ist (l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4). Wo für eine nur überhaupt mögliche, in der Gegenwart noch durch keinerlei Bindung begründete Forderung verpfändet wird, gilt aus dem entgegengesetzten Grunde das Gegentheil (l. 1 pr. in fin. §. 1 l. 11 pr. cf. § 1 D. h. t. l. 4 D. quac res pign. 20, 3 arg. l. 11 § 2 D. pign. act. 13, 7). Der Widerspruch dagegen, daß für futura obligatio ein Pfandrecht ex tunc bestehe (z. B. Huschke, vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandr. Zeitschr. f. Civilt. u. P. XX S. 153. Puchta, P. §. 210, 1. Arndts, P. §. 366 §. 384, 2. Vangerow § 372 Anm. 3) ist wesentlich eine Sprachdifferenz, da man gerade jene lediglich in der Luft hängenden Forderungen, für welche wir die Bezeichnung „futura obligatio“ in den Quellen nicht finden, als „künftige“ bezeichnet (s. auch Windscheid §. 225 zu Anm. 6), die „künftigen“ der Quellen dagegen fälschlich für betagte oder bedingte hält. Mit uns Regelsberger, Altersvortrag der Pfandrechte §. 11 §. 12.

5) Künftige Sachen sind, ähnlich den künftigen Forderungen, entweder nur überhaupt möglich, oder aber (als Früchte) vielleicht durch eine bestimmte gegenwärtig vorhandene (fruchttragende) Sache in einer bestimmten Potenz jetzt schon vorhanden. Res futurae dieser letzteren Art

ben⁶⁾, eingetreten oder entschieden⁷⁾ worden ist. Daß derselbe

sind, ihre nachherige Entstehung vorausgesetzt, sofort im Augenblicke der Verpfändung obligirt, wenn das Fruchtverbrechrecht (Eigenthum, *fructus*, *usufructus*, Pachtrecht an der fruchttragenden Sache) im Augenblicke der Verpfändung und in dem der Erzeugung oder Trennung der Frucht beim Verpfänder oder dem, in dessen Namen verpfändet worden, gewesen ist (l. 11 §. 3 D. *qui pot.* 20, 4 l. 29 §. 1 l. 1 §. 2 in *fin.* D. *pign.* 20, 1 l. 18 §. 2 D. *pign. act.* 13, 7 vgl. l. 8 pr. D. *c. o.* 18, 1 Huschke a. a. O. S. 261. Bangerow §. 370 Anm. I.). Den Früchten aus einer gewissen fruchttragenden Sache sind die Produkte aus einem gewissen Stoffe vergleichbar (l. 18 §. 3 D. *pign. act.* 13, 7), und auch gleich zu behandeln (wiewohl sie, anders als die Früchte §. 354 Anm. 8, aus gutem Grunde bei Verpfändung des Stoffes nicht stillschweigend mitverpfändet sind l. 18 §. 3 cit.). — Ueberhaupt erst mögliche Sachen müssen nicht bloß entstehen, sondern auch erworben werden, wenn sie sollen verpfändet sein, fallen also unter die erst zu erwerbenden Sachen. Vgl. überhaupt Regelsberger a. a. O. §§. 22–24.

6) Erst zu erwerbende Sachen sind vielleicht noch gar nicht existente (Anm. 5 a. E.), Existenz vorausgesetzt entweder dem Verpfänder sofort auch schon gehörige, — oder erst zu erwerbende, also fremde Sachen. Insoweit die Verpfändung einer fremden Sache nicht ausgeschlossen ist (l. 1 pr. D. *pign.* 20, 1 §. 354 Anm. 18), enthält sie nothwendig die Bedingung nachträglichen Erwerbs, mögen nun fremde Sachen unterschiedslos, ob sie fremde oder eigene seien, oder unter ausdrücklicher Bedingung „*si res debitoris facta erit*“ (l. 16 §. 7 D. *pign.* 20, 1 l. 7 §. 1 D. *qui pot.* 20, 4), oder als „zu erwerbende“ („*quae habiturus sum*“, „*postea quaesita*“ l. 1 pr. D. *pign.* 20, 1 l. 7 §. 1 cit.) verpfändet, oder mögen sie in einem Sammelganzen (z. B. Heerde) nebst dem, was aus demselben entstehen und dem Eigenthümer (z. B. der Heerde) sofort gehören wird, stillschweigend mitverpfändet sein (als annoch nicht existente oder fremde aber dereinst einzustellende Stücke). Ob nun der Umstand, daß unter der Bedingung des Erwerbs verpfändet wird, oder weil Entstehung und Erwerb doch nicht ganz vom Willen des Verpfänders abhängig sind, oder ob praktisches Bedürfnis (Trotsche a. a. O. S. 117 Anm. 1, Regelsberger §. 23) oder was sonst der Grund war: Ueberall hier datirt das Pfandrecht vom Augenblicke der Verpfändung. Die Hauptstütze der entgegengegesetzten Ansicht (Buchta, Sintenis, Huschke, Bangerow, Windscheid §. 230. 3) war l. 7 §. 1 D. *qui pot.* 20, 4, bis Schmidt (Zeitschr. f. Civilr. u. P. R. F. VIII. S. 367 fgg.) wahrscheinlich machte, daß die Stelle von gleichzeitiger Verpfändung rede (*concurrere et in pignore* Regelsberger §. 25); l. 34 §. 2 D. *pign.* 20, 1 l. 28 D. *j. fisci* 49, 14 haben keine Beweisraft für dieselbe; l. 21 pr. D. *qui pot.* 20, 4 l. 7 C. *eod.* 8, 17 (18) Nov. 97 c. 3, das Argument aus l. 11 §. 2 *eod.* 20, 4 und die Praxis stehen gegen dieselbe (Regelsberger §. 22–§. 31).

7) Ueber den Fall, da für eine bedingte Forderung verpfändet wurde, s. l. 5 pr. l. 13 §. 5 in *l.* D. *pign.* 20, 1 l. 11 §. 1 l. 9 §. 2 D. *qui pot.* 20, 4; über die Modifikation in l. 9 §. 1 *eod.* s. Regelsberger §§. 16–18; den Fall der bedingten Verpfändung s. l. 13 §. 5 cit. Regelsberger §. 39, und vgl. die betagte Verpfändung in l. 12 §. 1 D. *qui pot.* 20, 4.

Tag dieselbe Zeit sei⁸⁾, läßt sich auch schon für das römische Recht behaupten⁹⁾.

Die Regel, daß die Priorität auch Potiorität sei, ist durch Privilegien durchbrochen — Pfandprivilegien¹⁰⁾. Privilegiert ist 1. das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus wegen rückständiger Steuern¹¹⁾; — 2. das gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau für ihre Dos¹²⁾; — 3. das vertragsmäßige wie gesetzliche Pfandrecht desjenigen, mit dessen Geld oder Kredit das Pfand beschafft oder erhalten ist¹³⁾; — 4. das in einem instrumentum publicum oder quasi publicum beurkundete Pfandrecht¹⁴⁾. — Unter mehreren privilegierten Pfandrechten geht in der Regel wieder das ältere dem jüngern vor; allein bis auf ein gewisses sind die privilegierten unter und voreinander selbst privilegiert, indem das privilegierte Pfandrecht des Fiskus nach gewöhnlicher Annahme allen¹⁵⁾, das pignus publicum allen Privatpfandrechten¹⁶⁾ vorgeht¹⁷⁾. — Frag-

8) wie dies vom Standpunkte der deutschen Hypothekenbuchordnungen geboten ist —

9) l. 16 § 8 D. pign. 20, 1 würde es nicht zu sagen brauchen, daß, wenn Zweien an demselben Tage getrennt dieselbe Sache verpfändet ist, Jeder in solidum gegen den Besitzer klagen könne, wenn nicht eben darum, daß am selben Tage verpfändet ist, „pariter“ verpfändet und also der Zweifel begründet wäre, daß jedem nur pro parte, es sei nun pro quantitate debiti oder pro parte dimidia, verpfändet sein könnte.

10) l. 5 D. h. t. Interdum posterior potior est priori — Nov. 97 c. 3 „— ex privilegiis a legibus datis —“

11) l. 1 C. si propter publ. pens. venditio fuerit celebrata 4, 46 — Wächter, Arch. für civ. P. XIV S. 386. — Das privilegium fisci für Kontraktforderungen (l. 2 C. priv. fisci 7, 73 fragm. de jure fisci §. 5) ist ein privilegium exigendi (vgl. §. 286 S. 417): Huschke, Zeitschr. f. Civilt. u. P. XX S. 209, wegen l. 28 D. jure fisci 49, 14 aber meistens als privilegiertes, nicht bloß gesetzliches Pfandrecht, das es wirklich ist, behandelt (Vangerow §. 386 Anm. 1. 1).

12) §. 29 J. act 4, 6 l. 12 C. h. t. Justinian. §. 1 Nov. 91 praef.

13) hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam — l. 5 — l. 7 pr l. 3 § 1 l. 21 §. 1 D. h. t. l. 7 C. h. t.

14) l. 11 C. h. t. Leo 469 — nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

15) l. 1 C. si propter publ. pens. 4, 46 Nov. 97, 4. Wächter a. a. O. Vang. §. 386 Anm. 2.

16) also auch den privilegierten (Franke, Beiträge Abh. 5. Buchta, P. §. 212), mit nichten aber auch den gesetzlichen (wogegen Löhr, Arch. f. civ. P. VI S. 153 S. 160 XII S. 159 fg.)

17) Eine dritte Ausnahme, zu Gunsten des zum Ankauf einer Offi-

lich ist, ob diese Privilegien auch gegen die von einem früheren Pfandeigenthümer bestellten Pfandrechte bestehen? Mit Ausnahme von Grundabgaben¹⁸⁾, und wohl auch des Geldes, mit welchem das Pfand vor Untergang bewahrt worden, ist aber die Frage zu verneinen¹⁹⁾.

Obwohl also die Priorität nicht mehr bloß auf Priorität beruht, ist die „Priorität“ mit ihr gleichwol gleichbedeutend geblieben.

Gegen die dem nachgehenden Pfandrecht anhängende Schwäche ist in dem „jus offerendi“²⁰⁾ ein Stärkungsmittel²¹⁾ geschaffen. Mit diesem Rechte will nicht besagt sein, daß der nachgehende Gläubiger ein Recht habe, den vorgehenden hinauszuzalen²²⁾; denn darin allein wäre weder eine Stärkung, noch etwas Singuläres enthalten gewesen (§. 274 bei Ann. 11); wohl aber, daß er für die Summe, mit welcher er ihn abfindet, oder im Falle einer mora accipiendi dessen ganzes Guthaben zeuge Ob signation und Deposition hinauszuzalen bereit ist²³⁾, in dessen Pfandrecht einrückt²⁴⁾, falls er nach-

ziersstelle hergeliehenen Geldes (Nov. 97 c. 4 cf. c. 3) ist antiquirt (Arndts §. 386 Ann. 3); eine vierte Ausnahme, zu Gunsten des Dotalsprivilegiums vor dem für Beschaffung u. des Pfandes (angeblich in Nov. 97 c. 3) existirt nicht (Wangerow a. a. D.).

18) Wächter a. a. D. §. 385 arg. 1 7 D. public. et vect. 39, 4 l. 36 D. jur. fisc. 49, 14. Rubr. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse 4, 47.

19) wie dies bis auf Thibaut geschah, der da zeigte, daß man es ohne hinreichenden Grund that (civ. Abth. Nr. 13 S. 311 Nr. 4), — und seit Wächter (welcher a. a. D. Nr. 15 ausführt, daß man aus allgemeinen Gründen auch nicht bejahen könne, die Verneinung aber im Einzelnen begründet), wieder geschieht.

20) l. 3 D. distr. pign. 20, 5.

21) l. 1 l. 5 C. qui pot. 8, 17 (18) — pignoris tui causa firma bitur — l. 22 C. pign. 8, 13 (14) — confirmat sibi pignus —

22) d. i. ihn für den Fall der Nichtannahme in moram accipiendi zu versetzen und gegen seine hypothecaria das neque per eum stare quominus solveretur (§. 351 Ann. 21) unmahr zu machen —

23) l. 1 C. qui pot. 8, 17 (18) l. 11 §. 4 D. h. t. l. 12 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6.

24) nur in dieses: §. 348 Ann. 12. l. 12 §. 6 §. 9 in f. l. 11 §. 4 D. h. t. l. 5 l. 20 D. distr. pign. 20, 5.

weislich mit diesem Vorbehalt gezalt oder zalen gewollt hat²⁵⁾. Dem jus offerendi des nachgehenden Gläubigers kann der vorgehende begegnen, indem er umgekehrt ihm offerirt²⁶⁾.

Eine derartige hypothekarische Succession findet aber noch in vielen anderen Fällen und theilweise zu anderen Zwecken statt. Sie findet 1. abermals zur Stärkung nachgehender Pfandrechte, aber anstatt durch Zahlung oder Zahlungsoffert an den vorgehenden Gläubiger dadurch statt, daß der nachgehende Gläubiger den Schuldner in Stand setzt, an den vorgehenden Gläubiger zu zalen²⁷⁾; oder durch käuflichen Erwerb der Pfandsache, indem der spätere Gläubiger entweder vom ersten Gläubiger, oder vom Pfandschuldner, mit der Bestimmung kauft, daß aus dem Kauffchilling der frühere Gläubiger abgefunden wird²⁸⁾. Derlei Käufe werden nicht als solche, sondern als Sicherung des Rechtes, was man schon bisher an der Sache hatte, betrachtet²⁹⁾; trotzdem der Käufer Eigenthum erwirbt, behält er sein bisheriges Pfandrecht und erwirbt er ein neues, letzteres, um sein bisheriges Pfandrecht von dem Belieben des vorgehenden Gläubigers unabhängig zu machen, beides, um sein nunmehriges Eigenthum vor anderen späteren Pfandgläubigern zu schützen³⁰⁾. Dafür bleibt er denn aber auch dem jus offerendi dieser späteren Gläubiger ausgesetzt³¹⁾; — 2. wie der des

25) l. 1 C. h. t. 18 (19) — sub hoc pacto „ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat“ —

26) selbstverständlich abermals mit dem Effekte der Succession; l. 5 C. qui pot. 8, 17 (18) sagt, daß der nachgehende Gl. kein Recht auf Abfindung durch den früheren habe, und deutet damit an, daß er sie sich gefallen lassen müsse. Dies wird durch Paul. R. S. II 13 §. 8 bestätigt. Gegen Rimmern, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 1 S. 53 fgg. f. Vangerow §. 377 Anm. 1.

27) z. B. indem er ihm den Verkauf anderweitiger Pfänder gestattet: l. 12 §. 9 D. h. t., oder Geld leiht l. 3 D. quae res pign. 20, 3 — beides mit dem Vorbehalt der Succession: l. 3 cit.

28) l. 6 D. distr. pign. 20, 5 l. 17 D. qui pot. 20, 4 l. 3 C. h. t.

29) l. 6 cit. — non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse —

30) l. 3 cit. — et contra eos qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

31) l. 6 in f. cit.

nachgehenden Pfandgläubigers wird der Kauf des Bürgen behandelt; ohne weiteres (juris necessitate) gilt er als Erwerb des Pfandrechtes behufs Stärkung der bisherigen Position³²⁾; — 3. desgleichen der Kauf oder Annahme an Zahlungsstatt durch den ersten Gläubiger selbst, nur daß er den Schutz, den er schon bisher an der Sache hatte (gegen die späteren Gläubiger), nur erhält, nicht stärkt; jus offerendi bleibt diesen letzteren auch wider ihn³³⁾; — 4. nicht minder behält der Pfandgläubiger, trotzdem er inzwischen das Eigenthum erworben, sein vorgehendes Pfandrecht, wenn zugleich mit dem Erwerbe des Eigenthums Konfusion seines Guthabens eingetreten ist, eine Satisfaktion für dasselbe aber nicht vorliegt³⁴⁾. Injoweit (2–4) konkurriert mit der hypothekarischen Succession Pfandrecht an der eigenen Sache. — 5. Ohne bisheriges Pfandrecht, vielmehr zum Behufe pfandrechtlicher Deckung seines Anspruches gegen den Schuldner erhält bis zum Belange dieses seines Anspruches eine bisherige Hypothek, wer mit diesem Vorbehalt im Auftrag oder doch Interesse des Schuldners³⁵⁾ entweder den Inhaber derselben selbst bezahlt³⁶⁾, oder dessen Bezahlung mit seinem Gelde bewirkt³⁷⁾; — 6. behufs Erhaltung des bisherigen Pfandrechtes gibt es endlich eine Succession in die eigene Hypothek (in suum locum) für den Fall, da der Gläubiger novirt, jedoch nicht über den Belang der alten Forderung³⁸⁾, und nur kraft ausdrücklichen Vorbe-

32) l. 5 §. 1 l. 2 D. distr. pign. 20, 5 — nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate juris fieri solet —

33) l. 1 C. si antiquior creditor pignus vendiderit 8, 19 (20).

34) Erwerb durch gezwungenen Erbschaftsantritt: l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1 vgl. §. 220 Anm. 33; — Annahme in Unkenntniß des bestehenden Pfandrechts: l. 30 §. 1 D. exc. rei jud. 44, 2.

35) vgl. Arndts §. 374, 2.

36) l. 2 C. h. t. — wegen des Vorbehalts vgl. oben Anm. 28. 33. 39 und die folgende Anmerkung.

37) l. 3 D. quae res pign. 20, 3, welche Stelle den Fall, da ein nachgehender Gläubiger die Zahlung bewirkt, zwar mitbegrift, aber nicht nothwendig voraussetzt, und aber die Nothwendigkeit des Vorbehalts ut sibi eadem res sit obligata zum Ausdrucke bringt. Hieher entschieden l. 12 §. 8 D. h. t., wo dem Schuldner ein Dritter Geld leiht „damit dem Ersten gezahlt werde und er an dessen Stelle rücke“ —

38) l. 3 pr. l. 12 §. 5 D. h. t.

halts³⁹⁾. Eine hypothekarische Succession kraft rechtskräftigen Urtheils gibt es nicht⁴⁰⁾. Der mit der hypothecaria actio belangte Besitzer kann, wenn er justus possessor ist, mittelst Zahlungsoffertes nicht bloß hyp. Succession, sondern Cession der Forderung und damit des Pfandrechtes erzwingen⁴¹⁾, was aber immer für ein Besitzer er ist, offeriren, mit nichten auch succediren⁴²⁾: es wären denn die Bedingungen vorhanden, unter denen Dritte durch Bezahlung des Gläubigers sich die Succession in dessen Hypothek verschaffen können (Ann. 39 – 41).

2. Pfandverkauf (pignoris distractio).

§. 353.

D. de distractione pignorum 20, 5 C. si antiquior creditor pignus vendiderit 8, 19 (20) C. de distractione pignorum 8, 27 (28).

Pignoris distractio ist der die Pfandsache von aller bisherigen Haftung befreiende¹⁾ Verkauf derselben. Ein solcher Verkauf ist die vornehmste Lösung der rei obligatio (pignoris solutio); sie geht ihrer Gattung in den Quellen voran²⁾; pig-

39) arg. l. 18 D. nov. 46, 2 cf. l. 13 §. 4 D. pign. 20, 1.

40) Die für eine solche herangezogene l. 16 D. h. t. würde, wenn z. B. Bangerow's Erklärung (§. 377 Ann. 2) richtig wäre, in der That nicht auf dem Judikat, sondern dem circulus inextricabilis beruhen. Die Succession ist für beide Fälle, da der Dritte klagend und verklagt siegt, in Abrede gestellt — igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit — mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. — Eine Analyse der Stelle und Kritik abweichender Auslegung in m. Pand. 1. Aufl. S. 347 – 349.

41) l. 19 D. h. t. Dafür, daß bei Cession der Forderung das dieser zustehende Pfandrecht stillschweigend übergeht, l. 6 D. her. et act. vend. 18, 4 l. 7 C. o. e. a 4, 10 cf. l. 29 pr. D. ad SC. Vell. 16, 1.

42) Eisteres ist ausgesprochen in l. 12 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6; letzteres folgt aus dem Schluß der Stelle soluto pignore; die Qualität des Besitzes kommt, wenn einmal offerirt wird, nicht weiter in Frage — neque enim quaeri debere de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur l. cit. — Gegen Glück, Komm. XIX §. 1097 S. 376 Gesterding, Ffdr. S. 308. Haubold. diss. de jure off. in opusc. I cap. 1 §. 2 p. 754 c. 4 §. 5. Eintenis, Ffdr. S. 423.

1) l. 3 pr. D. l. 1 l. 2 C. h. t. 8, 19 (20).

2) D. de distr. p. 20, 5: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur 20, 6.

noris distractio bringt den Begriff der obligatio zum erschöpfenden Vollzug, indem sie Satisfaktion aus dem haftenden Objecte verschafft; von seiner pfandlösenden Wirkung hat der Verkauf auch anderweitig den Namen distractio bekommen³⁾.

Die Befugniß und Macht zu einem solchen Verkaufe⁴⁾ steht dem Gläubiger, wo ihrer mehrere, frühere und spätere, sind, nur dem ersten zu⁵⁾. Zu ihrer „richtigen“ Ausübung gehört Fälligkeit der Leistung, wofür die Sache obligirt ist⁶⁾, Denunciation an den Verpfänder⁷⁾, Ablauf eines von der Denunciation oder dem richterlichen Urtheil datirenden Bienniums überdies, wenn nichts anderes ausgemacht ist⁸⁾, und Abwesenheit der freilich nur durch Deposition zu begründenden und zu erweisenden mora accipiendi⁹⁾. Mora solvendi ist, wo-

3) so daß selbst in der Juristensprache „distractio“ zuweilen für den gemeinen (keine rei obligatio lösenden) Verkauf vorkommt (z. B. l. 49 D. min. 4, 4 l. 19 §. 2 D. jud. 5, 1), wie umgekehrt anstatt distrahere auch bloß vendere steht, wo der Verkauf ein pfandlösender ist: z. B. l. 3 pr. l. 4 D. l. 1 C. h. t.

4) l. 4 D. h. t.

5) arg. l. 5 pr. D. h. t. Außerdem bestünde kein jus offerendi für den nachgehenden Gläubiger. Etwas diesem pfandlösenden Verkaufe ähnliches hat der gemeine Verkauf, wenn der Fiskus Verkäufer ist: §. ult. J. usuc. 2, 6.

6) l. 4 pr. D. h. t. Cum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur. l. 5 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6 l. 7 C. l. 3 pr. D. h. t.; — l. 5 pr. D. h. t. „recte“ facit —

7) l. 4 C. h. t. — dreimalige für den Fall, daß simpliciter (ohne ausdrückliche Verkaufsgestattung) oder mit Verkaufsverbot verpfändet war: Paul. R. S. II, 5 §. 1; II 13, 15 l. 4 D. pign. act. 13, 7. Brunß, ihr. Rechtsbuch zu §. 96; einmalige auch bei ausdrücklicher und determinirter Gestattung, weil zur bona fides gehörig: vgl. l. 4 C. cit. l. 9 eod. (wogegen Bachofen, Pfandr. S. 164 Anm. 8).

8) l. 3 §. 1 C. de jure dom. impetr 8, 33 (34). Nur 2 Monate hat die Verkaufsfrist beim pignus in causa judicati captum (l. 31 D. re jud. 42, 1). Das „richterliche Urtheil“ könnte zwar ein arbitrium über die Größe der Schuld sein (cf. l. 5 C. h. t. und meine Pand. 1. Aufl. S. 355 unten u. fg.); ein rechtskräftiges Urtheil in Sachen der persönlichen Forderung, oder aber der hypothecaria, liegt näher. Denunciation wäre hier nicht nothwendig.

9) l. 2 C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse 8, 28 (29) l. 8 C. h. t. Mora accipiendi soll den Verkauf nicht hemmen, sondern erst Contestation der Nichtannahme und Deposition (Vangerow §. 379 Anm. 3); indessen ist mit der Deposition nichts anderes als mora

ferne sie mit der Denunciation noch nicht da sein sollte¹⁰⁾, auch nicht nothwendig, weil nirgends verlangt¹¹⁾. Auch Liquidität der Forderung ist nirgends gefordert¹²⁾; Einsprache des Verpfänders macht die Sache nicht litigios¹³⁾, und also auch nicht unveräußerlich¹⁴⁾. — Der Abschluß des Verkaufes kann wie durch den Gläubiger selbst, so mit seinem Willen auch durch Dritte erfolgen¹⁵⁾. Solch ein Dritter könnte auch der Schuldner oder der Verpfänder sein. Der Verkauf durch den Schuldner, zu welchem wir so oft den Konsens von Seiten des Gläubigers ertheilen sehen, ist nur der gemeine Verkauf. Dieser Konsens ist keine Vollmacht, als ob außerdem der Schuldner nicht verkaufen könne¹⁶⁾, sondern bald nur eine Rechtfertigung für den Schuldner, der bewegliche Sachen ohne Wissen und Willen des Gläubigers nicht veräußern soll, und ohne dasselbe leicht unterschlägt^{16a)}; bald ein Verzicht des konsentirenden Pfandgläubigers auf sein Pfandrecht an der Sache (§. 351 Anm. 33), welche deren Eigenthümer ohne Zustimmung der Pfandgläubiger nicht pfandfrei verkaufen kann¹⁷⁾; da wird denn durch den Ver-

acc., sondern nur eine gewisse Konstatirung derselben verlangt. Vgl. auch l. 5 C. h. t. S. dagegen wieder Dernburg, Pfdr. II S. 126 fg.

10) *z. B. absentia reip. causa — naturalis obligatio —*

11) Bangerow §. 379 Anm. 3; dagegen Buchta §. 205. d. Dernburg II S. 122.

12) namentlich nicht mit der *judicialis sententia* in l. 3 §. 1 C. h. t.

13) l. 1 C. de litig. 8, 36 (37) cf. l. 1 pr. D. litig. 44, 6.

14) l. 2 C. deb. vend. pign. imp. non posse 8, 28 (29). Nach der Nov. 112 c. 1 sollen ab hoc litigiosi vocabulo die Hypothesen separirt werden. Damit scheint aber nicht mehr und nicht weniger gemeint, als daß das Dasein einer Hypothek etwas ganz anderes als Litigiosität sei, ersteres also dem Schuldner das Verkaufsrecht mit nichten benehme, freilich auch dem Gläubiger sein Vindikationsrecht belasse, wosern er nicht aus dem Kaufpreis befriediget werde. Vgl. l. 2 C. h. t. Anders die Glossen zu „et quando“.

15) Spezialmandat: l. 7 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6 — Ratihabition l. 4 §. 1 in fin. eod. Konsens des Pupillen l. 7 pr. eod.

16) arg. l. 12 pr. D. h. t. l. 1 C. de prec. et Salv. 8, 9 — oder als ob durch die Verpfändung die Sache litigios würde — Anm. 14.

16a) l. 19 §. 6 l. 66 pr. D. fort. 47, 2.

17) l. 12 C. h. t. (cum sua causa) l. 15 C. pign. 8, 13 (14) l. 10 C. remiss. pign. 8, 25 (26) l. 7 pr. D. q. m. p. s. 20, 6 l. 8 §. 15

kauf die Sache vom Pfandrechte des Konsentienten, nicht von allem und jedem frei. Uebrigens ist hier der Verzicht im Konsense, nicht umgekehrt dieser in jenem enthalten, und also vor wirklichem Erfolg sowie nach Wiederauflösung des Kaufes auf nichts verzichtet¹⁸). — Daß zum Abschlusse des Kaufes Tradition und Zahlung hinzukommen müsse, damit er seine pfandlösende Wirkung habe¹⁹), scheint unrichtig²⁰). Die persönliche Forderung freilich ist durch den bloßen Abschluß des Kaufes noch nicht erloschen²¹). Findet die Sache keinen Käufer, so kann der Gläubiger Zuzug des Pfandes um den

eod. l. 3 §. 1 D. h. t. Beim Verkauf von Grundstücken kann der Konsens nicht leicht etwas anderes als *pignoris remissionem* bedeuten, wornach er präsumtiv als solche gilt und Konsentient sich gegen dieselbe verwahren muß, wenn er „*salva pignoris causa*“ konsentiren will: l. 4 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6 l. 158 D. r. j. 50, 17.

18) l. 8 §. 6 D. q. m. p. s. 20, 6 l. 10 pr. eod. Hinwider genügt der Abschluß des Verkaufes: l. 8 §. 12 eod.; Befriedigung aus dem Kaufschilling kann ausdrücklich vorbehalten sein: l. 4 §. 1 l. 8 §. 13 eod.

19) Bachofen S. 571. Platner, Beitrag z. Lehre vom Verkauf des Pfandobjekts, Arch. f. civ. P. XXXII S. 103.

20) Bachofen hält sich an die Satisfaktion, bis zu welcher nach der formula *hypothecaria* das Pfandrechte fortbesteht; allein damit ist der Frage, ob der Verkauf durch den Gläubiger nicht schon als solcher exceptionem begründe (§. 351 Num. 32), vorgegriffen. Platner hält sich an die Tradition, bis zu welcher der Gläubiger die *hypothecaria*, mithin sein Pfandrechte behalten müsse, da er sie sonst (wenn er ohne Besitz verkauft) nicht cediren könne (l. 13 D. h. t.); allein verkauft der Gläubiger, wenn er ohne Besitz verkauft, nicht eben seine *hypothecaria*, und nur mittelst dieser den Besitz und die Sache, damit dann aber auch alles Pfandrechte an derselben tilgend? l. 4 §. 1 D. q. m. p. s. 20, 6 — *sed etsi ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit „ne discederet a pignore nisi ei satisfiat“*, dicendum erit, exceptionem ei non nocere — zeigt, daß Satisfaktion nur kraft besonderen Vorbehalts Bedingung der durch *pignoris distractio* erioigenden Pfandlösung sei. Vgl. auch l. 12 §. 1 eod. Mit dieser letzteren Stelle wird man auch für den Fall, da der Pfandgläubiger verkauft, die *actio emti* auf Tradition als Surrogat der Tradition, die *actio venditi* aber als Surrogat der Zahlung hinnehmen müssen, und nur für den Fall, daß wegen Nichtzahlung Rücknahme der Sache stattfinden sollte, die Pfandrechte wieder aufleben lassen (vgl. Num. 18). Ein *argum. a contr. s.* in der folg. Num. — *manere debitorem obligatum*.

21) l. 9 D. h. t. — *si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset . . . si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum; quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta.*

obrigkeitlich festzustellenden Werth verlangen²²⁾, während pignoris addictio in causa iudicati capti transaktionsweise um den jeweiligen Belang des Guthabens stattfindet²³⁾. Der Zuschlag des freiwilligen Pfandes (s. g. *dominii impetratio*) läßt dem Schuldner ein zweijähriges Einlöfungsrecht offen²⁴⁾. Letzteres kann dem Schuldner auch vom Gläubiger beim Verkaufe vorbehalten werden²⁵⁾; gegen den Bürgen, der vom Gläubiger gekauft hat, steht es ohne Vorbehalt zu²⁶⁾. Den Eigenthums-erwerb aus *dominii impetratio* und *pignoris addictio* s. Bd. 1 S. 592 fg.

Dem Begriffe der Haftung wesentlich ist die eventuelle Satisfaktion aus dem haftenden Objecte, nicht ebenso die Satisfaktion mittelst Verkaufs. Eine solche liegt auch in dem Verfall des Pfandes: da mit der Verwirkung der Haftung zugleich eine der haftenden Sache eintritt²⁷⁾. Wie wenig fremd auch diese Satisfaktionsweise dem römischen Pfandrechte gewesen sei, zeigt das erst späte Verbot ihrer kontraktlichen Verabredung (*lex commissoria*)²⁸⁾. Aber die dem Verpfänder wie dem Gläubiger allein gerechte Satisfaktionsweise war die aus dem Verkaufe. Sie läßt dem Verpfänder, was vom Erlöse nach Bezahlung des verkaufenden Gläubigers und der etwa nachfolgenden Gläubiger übrig bleibt²⁹⁾, und muß deshalb ge-

22) I. 3 §. 1 §. 2 §. 3 §. 6 C. de jure domini impetrandi 8, 33 (34) Justinian.

23) I. 15 §. 3 D. re jud. 42, 1 — nec posse eum in certam quantitatem pignora tenere et superfluum petere.

24) I. 3 §. 3 cit.

25) I. 13 pr. D. pign. act. 13, 7.

26) I. 59 §. 1 D. mand. 17, 1 — neque habendum similem extraneo emtori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat. I. 1 C. de dolo malo 2, 21. Dernburg II, 165—169. Brunß, syr. Ab. S. 275 zu §. 100.

27) §. 9 Vatic. fr. „ut pecunia fœnoris non soluta creditor jure emti dominium retineat.“

28) I. 3 C. de pact. pign. et de comm. lege resc. 8, 35 a. 327.

29) Vgl. I. 3 §. 4 C. jure dom. imp. 8, 34 — aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.“ — Der Verpfänder hat hierauf einen pfandkontraktlichen Anspruch: §. 318 Num. 29; die nachgehenden Gläubiger, je der nächste auf superflui restitutio berechtigt (I. 12 §. 5 D. qui pot. 20, 4), haben in factum actionem (Glosse zu

treulich ausgeführt werden³⁰); sie beläßt umgekehrt dem Gläubiger seinen persönlichen Anspruch auf den durch den Verkauf nicht mehr zur Kompensation³¹) gelangten Betrag, und sein hiefür an anderen Sachen etwa bestehendes Pfandrecht³²). Mit gutem Grunde ist darum das „*jus pignoris distrahendi*“ frühzeitig präsumtiver, noch in klassischer Zeit wesentlicher Bestandtheil der *rei obligatio*³³), und der Pfandverkauf überall, wo körperliche Sachen verpfändet werden, die so lange möglich (Anm. 22, 23) einzige Satisfaktionsweise geworden. — Das Verkaufsrecht ist bloß Recht, nicht zugleich Pflicht³⁴); nichtsdestoweniger wird das Interesse, das der Verpfänder daran, daß verkauft werde, hat³⁵), berücksichtigt und der Gläubiger, wenn er nicht selbst verkaufen will, genöthiget, den Verpfänder (gegen Befriedigung aus dem Erlöse mit pfandlösender Wirkung) verkaufen zu lassen³⁶).

restituat), *faum utilem hypothecariam* (Bachofen nach Cujacius S. 491): l. 1 C. si antiquior creditor 8, 19 (20).

30) l. 9 C. h. t. — *bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit* — l. 4 eod. — bei Vermeidung der *actio quae eo nomine competit* — §. 318 S. 621. b. α. Gegen den Käufer hat der Verpfänder ordentlicher Weise kein Recht (l. 7 eod. l. 5 C. si vendito pignore agatur 8, 29 (30)); wohl aber, wenn er die *mala fides* des Verkäufers theilte, und von diesem nichts zu erlangen ist, i. i. restitutionem gegen Erstattung des Preises und der Zinse: l. 1 C. eod. 8, 29 (30) l. 3 l. 4 eod. *Fraudis particeps* ist der Käufer namentlich auch als *supposita persona*: l. 10 C. h. t.

31) l. 96 §. 3 D. solut. 46, 3 l. 3 C. luit. pign. 8, 30 (31).

32) l. 4 l. 9 C. h. t.

33) *Jus distr. praesumptiver Bestandtheil*: Gaj. II, 64 l. 4 D. pign. act. 13, 7 Ulp. — wesentlich: l. 4 cit. — *Ubi vero convenit ne distraheretur, creditor si distraxerit furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat et cessaverit.* Als Recht besteht so der Verkauf unterogirbar selbst für den Fall einer *lex commissoria*, die Verwirkung aber bis a. 326 noch als die andere Satisfaktionsweise neben dem Verkauf. Schließlich besteht zwar noch der Pfandzuschlag als Satisfaktion außer dem Verkauf: aber nur für den Fall, daß dieser unausführbar wird.

34) l. 6 D. pign. act. 13, 7 — *quia tua causa id (ut vendere liceret) caveatur — invitum enim cogi creditorem vendere, satis inhumanum est* — l. 15 §. 5 D. re jud. 42, 1. *Utilicinus* war übrigens (nach der Gegenseitigkeit des Kontraktes?) anderer Meinung.

35) l. 6 cit. — *quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie plaris venire possit pignus quam postea?*

36) Dies gäbe einen Fall für *ad exhibendam actio*; l. 6 cit. — *ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam si res mobilis*

IV. Kontrahirung und Auflösung der rei obligatio.

§. 354.

D. de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum 20, 1 D. in quibus causis pignus vel h. tacite contrahitur 20, 2 C. eod. 8, 14 (15); — D. quibus modis pignus vel h. solvitur 20, 6 C. de luitione pignoris 8, 30 (31).

Die Kontrahirung der rei obligatio geschieht vornehmlich durch Vertrag¹⁾, nach justinianischem Rechte entweder durch bloßen Vertrag (Hypothek)²⁾ oder durch Besitzesübergabe mit demselben ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedinge, daß die Sache forderungshalber obligirt sein solle (Faustpfand)³⁾. Nebengedinge (Rubr. D. 20, 1 — et de pactis eorum) sind namentlich das pactum ne distrahatur, das aber längst als ein den Verkauf bloß aufschiebendes, nicht ausschließendes Bedinge verstanden (§. 353 Anm. 33), — die lex commissoria, welche abgeschafft ist (§. 353 Anm. 28), während man immerhin wirksam bedingen kann, daß die Sache seinerzeit um einen dann festzusetzenden gerechten Preis dem Gläubiger verbleiben solle⁴⁾ und gegen einen nachträglichen Verkauf oder

sit — wenn eine Vindikation hinter ihr stünde, anstatt pigneraticia in personam (§. 324 S. 681).

1) Wäre pignus wirklich ein „Verträgniß“ (Rudorff, Zeitschr. f. g. RW. XIII S. 189), so läge darin ein weiteres Argument, daß man sich der rei obligatio oder eines eigenen Pfandrechtes erst da bewußt wurde, da man auf Grund eines Vertrages und bloßen Vertrages (praedium praediorumque obligatio, hypotheca) eine forderungsartige rei persecutio (Serviana) aufstellte. Bei fiducia und Faustpfand gab es noch keine eigene rei persecutio, so denn auch nur eine auf Vindikation und Interdikt beschränkte Sachenhaftung.

2) quum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae . . nomine obligatae — l. 4 D. pign. 20, 1 — allenfalls auch durch Einräumung eines wesentlichen Pfandrechtsbestandtheils: „ut rem ejus propter aliquam obligationem vendere liceat — l. 35 eod. l. 3 §. 2 D. qui pot. 20, 4. Der antichretische Vertrag — nicht bloßes Nebengeding (pactum antichreticum), sondern selbständiger Vertrag (antichresis) — begründet, trotzdem von einem „Pfande“ die Rede ist, kein Pfandrecht: l. 11 §. 1 D. h. t. 20, 1 l. 33 D. pign. act. 13, 7. Glück, Komm. XIII §. 870. A. M. Buchta, Vorl. §. 320. Zu vergleichen l. 6 C. quod cum eo 4, 26 l. 14 C. usur. 4, 32.

3) l. 4 cit. wiewohl „vel pignore“ hier nicht Gegensatz, sondern anderer Name von Hypothek ist.

4) l. 16 §. 9 D. pign. 20, 1.

Hingabe an Zahlungsort ebensowenig auszusetzen ist⁵⁾, — das *pactum antichreticum*⁶⁾. Auch Zeitbestimmung und Bedingung kann dem Vertrage hinzugefügt werden (§. 351 Anm. 34 §. 352 Anm. 7). Nicht eigentlich, aber *jure* bedingt ist der Pfandvertrag und damit *rei obligatio* auch in dem Falle, da für künftige und bloß mögliche Forderungen, oder da eine künftige oder künftig zu erwerbende Sache verpfändet ist⁷⁾; daß und wieferne man künftige Sachen, daß und inwieferne man für künftige Forderungen verpfänden kann, ist schon oben erörtert (§. 352 Anm. 4—6). — Auf gewisse künftige Sachen erstreckt sich die Verpfändung stillschweigend: auf die künftigen Früchte nämlich, wenn eine fruchttragende Sache verpfändet ist⁸⁾, vorausgesetzt, daß sie bei ihrer Trennung noch in das Eigenthum des Verpfänders oder seiner Erben fallen⁹⁾. Künftige und künftig zu erwerbende Sachen können stillschweigend bei der Verpfändung von Sach-

5) l. 12 pr. D. distr. pign. 20, 5 l. 13 C. pign. 8, 13 (14).

6) l. 17 C. usur. 4, 32 — „ut fructus in vicem usurarum consequetur“ — zu unterscheiden von bloßem Pfandrecht an den Früchten (Anm. 8).

7) Wegen l. 13 §. 5 D. pign. 20, 1, wornach es den Anschein bekommt, als ob bei bedingter Verpfändung (im Sinne Regelsberger's §. 346 Anm. 2) eine unbedingte *rei obligatio* da sei, s. §. 351 Anm. 34; nur formular war dies der Fall; aber auch dem prozessualischen Erfolge nach (ope exceptionis) war die Klage aus der bedingten *obligatio* nur bis zur Kaution durchführbar.

8) — *fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse* (l. 3 C. in quib. caus. pign. tac. 8, 14(15)). Dasselbe ist für Thierfrüchte bezeugt in l. 29 §. 1 D. pign. 20, 1 — selbst für *partus ancillae* in l. 26 §. 2 eod. l. 1 C. de partu pignoris et omni causa 8, 24 (25) — wornach man in Paul. R. S. II, 5 §. 2 gegen Bachofen S. 154, Puchta, P. §. 203, Warnkönig „Inwiefern erstreckt sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpf. Sache“ Arch. f. civ. P. XXII Nr. 15 nach Huschke und mit den Meisten (Vangerow §. 370 Anm.) *retinetur* statt *tenetur* wird lesen müssen. Andere Vereinigungsversuche s. bei Dernburg S. 441, Hartmann, über Göppert, org. Erzeugnisse, in W. Viertelj. XI S. 525, Scheurl ebendas. S. 486 — Versuche, die mit l. 29 §. 1 D. pign. 20, 1 Paulus nicht wohl stimmen.

9) l. 29 §. 1 cit — *ceterum si apud alium dominum pepererint obligata* — womit auch der abrupte Schlußsatz Papinians in l. 1 §. 2 D. pign. 20, 1 in Verbindung gebracht wird: Dernburg I §. 58 (welcher gegen l. 29 §. 1 cit. auch den Satz vertheidiget, daß der *partus ancillae* nur noch als Embryo dem Verpfänder gehört haben müsse). Zu l. 18 §. 2 D. pign. act. 13, 7 vgl. Huschke a. a. O. S. 251. Vang. §. 370 Anm. 1 a. G.

gesammtheiten mitverpfändet sein; sie sind es bei Verpfändung einer Heerde¹⁰⁾ und eines Waarenlagers¹¹⁾, überhaupt von Sachgesammtheiten, welche in fortwährender Nachzucht und Nachschaffung gleichwie in fortwährendem Umfaze begriffen sind. Hier muß dann aber alles was wirthschaftlicherweise in Abgang (zu Veräußerung oder Konsumtion) kommt, ebenso vom Pfandnegus frei werden, wie dasjenige, was zuwächst, in ihn eintritt¹²⁾. Dieses muß aber auch von den mitverpfändeten Früchten gelten, wenn nichts gegentheiliges ausgemacht ist. — Als stillschweigend mitverpfändet muß man auch die Pertinenzen der Sache (S. 703) denken, wenigstens die zur Zeit der Verpfändung vorhandenen¹³⁾; dagegen erstreckt sich zwar das Pfandrecht auch auf die körperlichen Accessionen der Sache (Bd. 1 §. 146)¹⁴⁾, dies aber mit natürlicher Nothwendigkeit¹⁵⁾, nicht durch stillschweigenden Pakt; wird die Vereinigung rückgängig, so wird es auch das Pfandrecht¹⁶⁾. Was von der Erweiterung der Sache durch Accession gilt von der durch heimfallenden *iusfructus*¹⁷⁾. — Bestimmte fremde Sachen sollen wissentlich nicht ohne weiteres verpfändet werden; darum, selbst wenn sie nachher in das Eigenthum des Verpfänders gelangen, nicht einmal einer *utilis hypothecaria* unterworfen, sondern nur soferne sie Gläubiger besitzt, demselben gewährt sein¹⁸⁾. Anders wenn dieselben unter der Bedingung nachträglichen Erwerbes¹⁹⁾, oder weil man sie zu fordern hat²⁰⁾, oder weil der Eigenthümer still-

10) l. 13 pr. D. pign. 20, 1.

11) l. 34 pr. eod.

12) vgl. Hufschke, Zeitschr. f. Civilt. u. P. XX S. 252 fgg. Vgl. Dernburg I §. 59.

13) Dernburg I S. 435. 2.

14) l. 16 pr. D. pign. 20, 1.

15) weil die Sache Eins bleibt, und an körperlichen Theilen der Eignen Sache eben so wenig Pfandrecht als Eigenthum und Besitz (Bd. 1 §. 130 S. 475 §. 135 S. 497) möglich ist: arg. l. 21 D. pign. act. 13, 7. Vgl. Dernburg I S. 434 All. 1.

16) Dernburg I S. 434 All. 2.

17) l. 18 §. 1 D. pign. act. 13, 7.

18) l. 1 pr. D. pign. 20, 1 — *sed facilius erit possidenti retentio* —

19) l. 16 §. 7 D. pign. 20, 1 vgl. l. 7 §. 1 D. qui pot. 20, 4.

20) l. 1 pr. cit.

(schweigend zusieht²¹), oder Gläubiger in gutem Glauben ist²²), verpfändet worden sind.

Stellvertretung war in der Kontrahirung der rei obligatio nicht minder als in der der personae obligatio ausgeschlossen²³); Annäherungen an dieselbe finden sich noch im klassischen Rechte²⁴), eine Gleichstellung der Pfandkontrahirung mit der in fremdem Namen erfolgenden Darlehenskontrahirung im Justinianischen²⁵). —

Ein Pfandvertrag läge in allen denjenigen Fällen vor „in quibus . . . pignus vel hypotheca tacite contrahitur“ (D. 20, 2 C. 8, 14 (15)), wenn die tacita pignoris conventio überall noch in der That eine conventio wäre²⁶), nicht vielmehr oft eine Rechtsfälschung, die da Pfandrecht in Wahrheit statuiert, wo sie sich geberdet, als ob die Parteien es gewollt hätten. Manche von diesen „stillen Pfändern mögen lange wirklich paktirt“, dann in der That stillschweigend gewollt, endlich aber allgemein verordnet und immer noch als stillschweigend gewollte hingestellt worden sein²⁷), wiewohl durch die gesetzliche Verordnung Denken und Wollen in Abnahme kam.

21) es sei nun, daß er es in fraudem creditoris thut: l. 2 C. si aliena res pignori data sit 8, 16 (17), oder consentirend: l. 20 pr. l. 27 D. pign. act. 13, 7 cf. l. 7 C. cit. 8, 16 (17) — nur daß letzterenfalls ein nachträglicher Erwerb nicht hinzuzukommen braucht.

22) arg. l. 1 pr. cit. — qui non ignoravit rem alienam. — Nur mit der einen oder anderen von diesen Voraussetzungen sind Stellen wie l. 41 D. pign. act. 13, 7 l. 5 C. cit. 8, 16 (17) l. 9 §. 3 D. pign. 20, 1 hinzunehmen (Sintenis Bdr. 1836 S. 87 fg.).

23) l. 11 §. 6 §. 7 l. 12 D. pign. act. 13, 7.

24) l. 21 pr. D. pign. 20, 1, wonach der Prokurator, Mandat oder Ratihabition vorausgesetzt, die Pfandkonvention mit dem Kolonen so abschließen kann, wie wenn sie der Herr selbst abgeschlossen hätte. — Hierher vielleicht auch das „plerumque“ in l. 11 §. 6 cit.

25) l. 2 C. per quas pers. nobis acquiratur 4, 27 a. 530. Vgl. oben §. 296 S. 476 Anm. 11.

26) wie sie es z. B. noch oben Anm. 8 und l. 5 §. 2 C. h. t. 8, 14 (15) ist —

27) l. 4 pr. D. h. t. 20, 2 — quasi id tacite convenerit — §. 1 l. 2 l. 3 l. 5 pr. §. 1 l. 6 l. 7 pr. eod. — tacite intelliguntur pignori esse — l. 2 l. 3 C. h. t. 8, 14 (15) l. unic. C. rei ux. act. 5, 13 — in multis juris articularis — tacitas hyp. inesse accipimus — et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur — hinwider aber auch ex praesenti nostra lege habeat hypothecam — l. 11 C. pact. conv. tam super dote 5, 14.

Derart stillschweigend vereinbarte, in der That gesetzliche Pfandrechte sind

etwelche, die das ganze Vermögen des Schuldners umfassen, nämlich

das des Fiskus wegen der öffentlichen Abgaben²⁸⁾ und für Kontraktforderungen²⁹⁾, —

das des patrimonium principis und der Regentin³⁰⁾, —

das der Städte wegen der städtischen Abgaben und der Ansprüche an ihre Verwalter³¹⁾, —

das der Kirche wegen Deterioration ihrer Emphyteusen³²⁾, —

das des Mündels am Vermögen des Tutors oder Kurators³³⁾, des Protutors³⁴⁾, des Stiefvaters, wenn die Mutter Vormünderin ist³⁵⁾, —

das der Ehegatten, sowohl des Mannes für Ausantwortung, als der Frau für Restitution, an dem Vermögen derer, welche die Dos zu leisten oder zu restituiren haben³⁶⁾; der Frau am Vermögen des Mannes für die Paraphernen³⁷⁾ und die donatio propter nuptias³⁸⁾, —

das der Kinder an dem Vermögen 1) des parens binubus wegen der für sie verwirkten lucra nuptialia³⁹⁾, 2) des Vaters vonwegen der in seiner Hand befindlichen bona materna und materni generis⁴⁰⁾, —

28) l. 1 C. h. t. 8, 14 (15).

29) l. 2 C. h. t. 8, 14 (15) — nur daß es ein privilegiertes Pfandrecht sei, wie das vorige, ist §. 352 Num. 11 widersprochen. Für Straforderungen steht ihm noch l. 46 §. 3 D. j. fisc. 49, 14 kein stillschw. Pfand zu: l. 17 l. 37 eod.; auch nicht für cedirte Forderungen: l. 3 §. 7 cf. l. 6 pr. eod. Sintonis, Pfandr. S. 312.

30) l. 6 §. 1 eod.

31) Praxis: Glüf, Komm XIX S. 83 II.

32) Nov. 7 c. 3 §. 2.

33) l. 20 C. adm. tut. 5, 37 l. 7 §. 5 in f. C. curat. fur. 5, 70.

34) l. ult. D. tut. act. 27, 3 (ob nicht bloß privil. exigendi?).

35) l. 6 C. h. t. 8, 14 (15) Nov. 22 c. 40.

36) l. unic. C. rei ux. act. 5, 13.

37) l. 11 C. pact. conv. tam sup. dot. 5, 14.

38) Nov. 109 c. 1 cf. l. 29 C. j. d. 5, 12 Basil. lib. 29 tit. 1 c.

116 Schol. 3.

39) l. 6 §. 2 l. 8 §. 4 C. sec. nupt. 5, 9 Nov. 89 c. 1.

40) l. 8 §. 5 eod.

daß der Erben des einen Gatten am Vermögen des sich wieder verheiratenden anderen Gatten, wenn er unter der Bedingung der Nichtverheiratung vom anderen Gatten letztwillig bedacht und nun Rückerstattung schuldig geworden ist⁴¹⁾; —

etwelche, die nur gewisse Vermögensbestandtheile ergreifen:

daß des Hausvermiethers an den Invekten und Mlalen des Miethmannes zu Gunsten des Miethzinses und sonstiger Ansprüche aus der Mieth⁴²⁾, — des Verpächters an den auf dem Pachtgut bezogenen Früchten zu Gunsten des Pachtschilings⁴³⁾, —

daß der Frau für ihren Dotalanspruch insonderheit an den res dotales eingeräumte Pfandrecht⁴⁴⁾, —

daß des Gläubigers an dem Hause, für dessen Wiederherstellung er Geld geliehen⁴⁵⁾, —

daß des Pupillen an Sachen, die der Vormund mit dem Gelde desselben erworben hat⁴⁶⁾, —

daß des Legatars an den dem Duerirten vom Testator hinterlassenen Sachen⁴⁷⁾.

Außerdem sind Verpfändungen noch möglich geworden durch Testament (*pignus testamentarium*)⁴⁸⁾, mittelst magistratlicher Ermächtigung (*pignus praetorium*)⁴⁹⁾,

41) Nov. 22 c. 44 pr. und §. 2.

42) l. 4 pr. §. 1 l. 2 J. 3 l. 5 pr. §. 1 l. 6 l. 7 §. 1 D. h. t. 20, 2.

43) l. 7 pr. D. eod. l. 3 C. h. t. 14 (15).

44) l. 30 C. j. d. 5, 12.

45) l. 1 D. h. t.

46) l. 7 pr. D. qui pot. 20, 4 l. 6 C. serv. pign. dat. 7, 8 vgl. l. 17 C. pign. 8, 13 (14)

47) l. 1 C. comm. leg. et fe. 6, 43.

48) l. 26 pr. D. pign. act. 13, 7 l. 1 C. comm. leg. et fe. 6, 43 — Eigentum des Erblassers vorausgesetzt; ohne daß fann aus dem Testament nur die Verbindlichkeit zur Pfandbestellung entspringen (Abweichendes s. Bangerow §. 373 Anm. 1).

49) si ex quacunque causa (magistratus) in possessionem aliquem miserit — l. 26 pr. cit., jedoch erst si ventum fuerit in possessionem (§. 1 eod.) C. de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat 8, 22. Bachofen, Pfr. I Nr. XIII S. 201; Stölzel, Arch. f. civ. P. Bb. 48 S. 369.

mittels richterlicher Pfändung⁵⁰⁾, durch Adjudikation⁵¹⁾.

§. 355.

Die Lösung der rei obligatio kommt

I. aus dem Wofür dieser Haftung, indem was geleistet werden soll, geleistet wird, oder der Gläubiger anstatt der Leistung bekommt, was ihm „genug“ ist, also nichts mehr da ist, weshalb noch rei persecutio oder distractio platzgreifen könnte¹⁾. Daß rei persecutio u. a. auf das Nichtdasein der Leistung (solutio) oder stellvertretender „Genugthuung“ gegründet ist, s. oben §. 351; daß rei distractio dem Gläubiger „Genugthuung“ aus der Sache, aus dieser aber nur, wenn die Leistung selbst nicht erzielt werden konnte, verschaffen soll, s. §. 353. Wie sehr aber alles, was zu leisten ist, geleistet oder satisfaktionsweise prästirt sein muß, erhellt aus der schließlich darzustellenden Solidarität der rei obligatio (§. 356). Hier ist nur noch zu nennen, was alles als Genugthuung anstatt der Leistung erachtet wird, und was, trotzdem es die persönliche Obligation aufhebt, weder solutio noch satisfactio ist. Satisfactio enthält aber die in solutum datio und die vertragsmäßig oder richterlich vollzogene Kompensation²⁾, die Novation³⁾, der vom Gläubiger über das Pfandrecht oder über die Forderung deferirte und geschworene oder erlassene Eid⁴⁾, An-

50) Si in causa iudicati pignus captum sit (8, 23): l. 1 — pignoris jure teneri ac distrahi posse — in vicem justae obligationis succedit . . auctoritas jubentis. Vgl. C ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa imprimere rebus quas alius tenet 2, 17 l. 20 D. inj. 47, 10.

51) arg. l. 22 §. 3 D. fam. h. 10, 2. Arndts, Pand. §. 372 Anm. 2 — und besonders l. 29 eod., wo durch Adjudikation zwar ein Pfandrecht nicht ursprünglich begründet, aber eines, das Allen in solidum zusteht, auf Einen überwiesen wird (§. 356 Anm. 14).

1) Vgl. was über das Wofür der Haftung in §. 348, insbesondere in Allin. 3 daselbst bemerkt ist.

2) l. 3 C. luit. pign. 8, 30 (31).

3) arg. l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2 — nicht die j. g. novatio necessaria: l. 29 D. nov. 46, 2 l. 13 §. 4 D. pign. 20, 1 — auch nicht die contra SC. Vell. eingegangene, für den Gläubiger vergebliche Novation: l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1.

4) l. 5 §. 3; l. 13 D. h. t. 20, 6.

nahme neuer Versicherungen an Pfandes Statt⁵⁾, Acceptilation und pactum de non petendo⁶⁾. So wenig dagegen als durch die f. g. novatio necessaria (Anm. 3) ist der Gläubiger schon durch die Kondemnation des Schuldners satisfazirt⁷⁾, oder durch jedwede Konfusion⁸⁾, oder durch die Klageverjährung⁹⁾; —

II. aus Thatsachen, welche die Haftung (der Sache) selbst betreffen, und die Forderung möglicherweise unberührt lassen. So vor allem aus pignoris distractio (§. 353), dann aus dem Verzicht auf das Pfand (pignoris remissio — §. 351 Anm. 33, §. 353 Anm. 18), aus einem der rei obligatio gesetzten Endtermin (§. 351 Anm. 33), Verjährung der hypothecaria (§. 351 Anm. 33), überhaupt aus allen den Umständen, welche eine peremptorische exceptio gegen die hypothecaria aus dem Gesichtspunkte der sachlichen Haftung im Gegensatze zur persönlichen Forderung begründen (§. 351 S. 855 Nr. 1 u. 2).

V. Solidarität der rei obligatio.

§. 356.

Solidarisch haftet das Pfand in Ansehung der Forderung, zu deren Deckung es bestimmt ist; bis nicht die ganze Forderung bezahlt oder Gläubiger nicht ganz befriediget ist, haftet dasselbe ungetheilt fort; weder der Verpfänder selbst, der eine Theilzahlung macht, noch einer von den mehreren Erben desselben, wenn er seine Theilschuld bezahlt, kann theilweise Befreiung des Pfandes oder die Rückgabe von einem der mehreren Pfänder verlangen¹⁾; und so sicher der Gläubiger auch bei kleinstem Rückstande das Pfand ganz verkaufen kann²⁾, so

5) l. 5 §. 2 l. 14 eod. l. 9 §. 3 D. pign. act. 13, 7 cf. l. 6 §. 2 D. h. t.

6) l. 49 in f. D. solut. 46, 3.

7) l. 13 §. 4 D. pign. 20, 1. Vgl. Merkel, Klagenkonfurrenz S. 13 und S. 14 (l. 60 D. mand. 17, 1 l. 116 D. v. o. 45, 1).

8) entgegen der l. 71 D. fidej. 46, 1 vgl. l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1.

9) Bb. 1 §. 114 bei Anm. 6.

1) l. 19 D. pign. 20, 1 l. 1 C. de luit. pign. 8, 30 (31).

2) l. 6 C. distr. pign. 8, 27 (28) l. 16 C. eod. l. 2 C. debit. vend. p. imp. n. p. 8, 28 (29).

sicher steht ihm vonwegen desselben rei persecutio in **solidum** zu. Anstatt der ganzen Sache kann aber auch ein ideeller Theil derselben Pfand sein³⁾; soferne dieses der Fall ist, gilt von dem Theil dasselbe, was vom Ganzen; er haftet gleich diesem in **solidum**⁴⁾.

Wo Einer dieselbe Sache gleichzeitig Mehreren verpfändet, oder Mehrere zumal dieselbe Sache Einem verpfänden, kann die Intention die sein, daß dort Jedem der Mehreren, hier dem Einen in **solidum** obligirt werden soll⁵⁾. Hier liegt dann abermals eine Solidarität der rei obligatio vor; allein der Gegensatz, von dem sie ausgeht, ist ein anderer als bei der vorigen. Dort handelt es sich um Solidarität entgegen einer mit der Abnahme des Guthabens zusammentreffenden Verkleinerung des Haftungsobjectes; hier dagegen um Solidarität im Gegensatz zu anfänglicher Getheiltheit des Haftungsobjectes; dort um eine Solidarität entgegen einer Theilung, die das Recht nicht zuläßt, hier um eine Solidarität entgegen einer Getheiltheit, die das Recht nicht nur zuläßt, sondern annimmt, wenn die Solidarität nicht erweislich gewollt ist⁶⁾; dort also um eine Solidarität, welche ein Essentiale, hier um eine, die ein bloßes Naturale der rei obligatio ist. Die der erstgen Art besteht bei jeder Verpfändung, ob zwischen Einzelnen oder

3) Ein Kondominus verpfändet seine „pars pro indiviso“ l. 7 §. 4 D. q. m. p. s. 20, 6 l. 3 §. 2 D. qui pot. 20, 4 l. 1 §. 2 D. Salv. interd. 43, 33 l. unic. C. si communis res pignori data sit 8, 20 (21) — suam (partem) dando obligationem creditori quaesivit. Vgl. dazu den Pakt „ne pars dimidia pro indiviso pignori sit“ in l. 8 §. 3 D. 20, 6.

4) z. B. nur pro parte besteht rei persecutio (l. 16 §. 8 in fin. D. pign. 20, 1 vgl. l. 1 §. 2 D. Salv. interd. 43, 33), aber diese pars kann in **solidum** verfolgt und verkauft werden für den kleinsten Schuldrest. Würde die verpfändete pars pro indiviso durch Theilung unter den Mit-eigenthümern untergehen, so würde nicht schlechtweg die an die Stelle der pars pro ind. getretene pars pro diviso fortkommen, sondern jede der nunmehr selbständig gewordenen Sachen zu dem ideellen Theile obligirt bleiben, zu dem die noch ungetheilte Sache obligirt war (l. 7 §. 4 D. q. m. p. s. 20, 6). Das zieht einen Anspruch des vordem unbelasteten Kondominus nach sich, und darauf geht l. 3 §. 2 D. qui pot. 20, 4.

5) l. 10 l. 16 §. 8 D. pign. 20, 1 l. 1 §. 1 D. interd. Salv. 43, 33; arg. l. 8 §. 4 D. q. m. p. s. 20, 6.

6) arg. der Ann. 3 citt. II. und l. 1 §. 2 D. interd. Salv. 43, 33. Die Theile bemessen sich nach Proportion der Forderungen: l. 16 §. 8 D. pign. 20, 1.

Mehreren, ob ein Theil oder das Ganze, ob zwischen Mehreren in solidum oder pro parte verpfändet ist; die Solidarität der zweiten Art besteht nur, wo zwischen Mehreren verpfändet wird, und besagt bloß, daß dasjenige, was einem Jedem oder entgegen Jedem in der ersten essentiellen Weise in solidum haftbar ist, nicht etwa je ein Theil der Sache, sondern je die ganze Sache sei. Bei mehreren Gläubigern kann darnach gegen dritte Besitzer jeder in solidum klagen⁷⁾, während im Verhältnisse unter einander der Besitzer als der stärker Berechtigte erscheint, darum nicht bloß eine exceptio (si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset) gegen die hypothecaria der Anderen hat⁸⁾, sondern auch mit Ausschluß derselben Verkaufsrecht haben muß. Bei mehreren Verpfändern muß, wer immer von ihnen besitzt, in solidum belangt werden können⁹⁾.

Für den Fall, daß der Gläubiger oder der Schuldner und Verpfänder mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, scheint es die essentielle Solidarität der rei obligatio mit sich bringen zu sollen, daß ungeachtet der eingetretenen Theilung der persönlichen Obligation ein Jeder der mehreren Erben in solidum klagen und verkaufen, ein Jeder, wofern er Besitzer ist, in solidum belangt werden kann¹⁰⁾. Das wird durch l. 1 und l. 2 C. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit 8, 31 (32)¹¹⁾ unterstützt. Für den Fall, da der Erben des Schuldners mehrere sind, hat es hiebei auch sein Bewenden. Von den mehreren Erben des Gläubigers dagegen sollen, wenn der eine oder andere aus ihnen bezahlt wird, die Uebrigen an und für sich nicht mehr das ganze Pfand verkaufen können, sondern diese Möglichkeit erst dadurch erlangen, daß sie dem Schuldner, was er an den

7) l. 10 l. 16 §. 8 D. pign. 20, 1 l. 1 §. 1 D. interd. Salv. 43, 33.

8) l. 10 cit.

9) arg. l. 8 §. 4 D. q. m. p. s. 20, 6.

10) Denn wie für die Eine noch ungetheilte Schuld oder Forderung scheint auch für deren nunmehrige Theile die Sache ungetheilt bis aufs letzte haften zu müssen.

11) In l. 1 cit. ist wenigstens ein unicuique in solidum teneri ausgesprochen.

Einen gezalt hat, offeriren^{11a)}. Damit wäre die Konsequenz aus der essentiellen Solidarhaft gebeugt: man dürfte denn annehmen, daß der Schuldner durch Bezahlung des Einen Gläubigers in dessen Pfandrecht succedirt und nur dadurch das solidarische Verkaufrecht der Uebrigen gestört sei¹²⁾. Noch eine andere Stelle, und zwar von den schwierigsten eine, betrifft den Fall der mehreren Erben des Gläubigers¹³⁾. Auch sie erweckt den Schein, als ob Jeder an dem Pfand seinen Theil habe¹⁴⁾. Indessen geht diese Stelle von dem Verhältnisse aus, in dem die mehreren Erben des Gläubigers untereinander stehen, und insoweit besteht allerdings eine Getheiltheit: dahin, daß die Satisfaktion, die das Pfand bietet, unter alle nach Maßgabe ihrer Forderungstheile vertheilt werden muß.

11a) l. 11 §. 4 D. pign. act. 13, 7.

12) worauf das „non debent ceteri heredes creditoris injuria affici“ gehen könnte —

13) l. 29 D. fam. herc. 10, 2, dazu Bachofen, S. 196 fg. Bangerow §. 365 Anm. —

14) nicht dadurch, daß das Pfand in fam. judicium kommt und Citem abjudicirt wird (denn nicht nur in Ansehung der theilbaren, sondern auch der untheilbaren Objekte soll fam. herc. j. die Erben auseinandersetzen), wohl aber insoferne als dem Falle der Abjudikation der da der Theilerbe „alteram partem emerit“ an die Seite gestellt, und auch der Gedanke, daß der Schuldner (durch Theilzahlung) Anspruch auf theilweise Restitution erheben könne, nicht ausgeschlossen ist (si velit totum reddere, licet debitor nolit).

2498



H. J. ...

