

**S y s t e m**

des

**heutigen Römischen Rechts**

von

**Friedrich Carl von Savigny.**

**Dritter Band.**

---

Mit K. Bairischen und K. Württembergischen Privilegien.

---

**Berlin.**

**Bei Veit und Comp.**

**1840.**

### Drittes Kapitel.

## Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse.

### §. 104.

#### Einleitung.

Es ist schon oben bemerkt worden (§ 52), daß unsre Wissenschaft keine anderen Gegenstände hat, als erworbene Rechte. Dieses hat den Sinn, daß die Rechtsverhältnisse, deren Wesen wir zu erforschen haben, nicht schon in der menschlichen Natur als solcher gegründet, sondern als ihr von außenher kommende Zusätze zu betrachten sind. Nur die Möglichkeit und das Bedürfniß solcher Rechtsverhältnisse, das heißt der Keim derselben, findet sich gleichmäßig in der Natur jedes Menschen, führt also eine innere Nothwendigkeit mit sich; die Entwicklung jenes Keimes ist das Individuelle und Zufällige, und offenbart diese ihre Natur durch den höchst verschiedenen Umfang, den wir an den Rechten der Einzelnen wahrnehmen.

Es würde aber irrig seyn, jene Behauptung auch noch dahin näher bestimmen zu wollen, daß alle Rechte einer

Person nur im Laufe ihres Lebens erworben werden können; denn wenngleich dieses von den meisten Rechten allerdings wahr ist, so giebt es doch auch viele und wichtige, die unmittelbar mit der Geburt ihren Anfang nehmen, indem sie gerade durch die unter besonderen Umständen erfolgte Geburt begründet werden (a). Die erworbenen Rechte können daher allerdings auch angeborene seyn.

Jedes einzelne Rechtsverhältniß nun hat seine besonderen Regeln, nach welchen es in Beziehung auf eine bestimmte Person entsteht und wiederum aufhört. Diese Regeln sind von solcher Wichtigkeit, daß sie bey manchen Rechtsverhältnissen beynahe den einzigen Gegenstand genauerer Forschung und Darstellung ausmachen (b). Jedoch

(a) So z. B. entsteht für das Kind im Augenblick seiner Geburt stets Cognation, wenigstens zur Mutter; gewöhnlich auch Abhängigkeit von der Gewalt des Vaters, und Agnation zu dessen Agnaten; ist vor der Geburt der Vater gestorben, in dessen Gewalt das Kind außerdem geboren wäre, so erwirbt das Kind mit der Geburt sogleich dessen Vermögen oder einen Theil desselben als *suus heres*.

(b) Diese Wichtigkeit ist anerkannt und selbst zu einseitig und ausschließend dargestellt von Ulpian in *L. 41 de leg. (1. 3.)*. „*Totum autem jus consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum*

*quid cujusque fiat: aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet: aut quomodo alienet aut amittat.*“ Hier wird noch ein neues Moment in die Mitte jener beiden gestellt, das *conservare*. Nimmt man dieses im eigentlichen Sinn, für die Bewirkung der Fortdauer des Rechts selbst, so fällt es mit dem dritten zusammen, indem es dann als die Negation des dritten (oder umgekehrt) aufgefaßt werden kann; dann sagt aber auch das *totum jus consistit* viel zu viel. Ist dagegen das *conservare* als Erhaltung der Ausübung, oder als Rechtsrerfolgung, gedacht, so umfassen allerdings jene drey Momente den größten Theil aller Rechtsregeln überhaupt: dann

giebt es in diesen, die einzelnen Rechte betreffenden, Regeln viele und wichtige gemeinschaftliche Bestimmungen, die gerade nur indem man sie als solche auffaßt und zusammenstellt, richtig verstanden werden können. Diese Bestimmungen gehören dem allgemeinen Theil des Rechtssystems an (§ 58), und ihre Darstellung ist die Aufgabe des gegenwärtigen Abschnitts.

Ich nenne die Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, juristische Thatfachen. Alle juristische Thatfachen also kommen darin mit einander überein, daß durch sie an den Rechtsverhältnissen bestimmter Personen irgend eine Veränderung in der Zeit hervorgebracht wird. Innerhalb dieser ihnen gemeinsamen Natur aber zeigen sich in ihnen große Verschiedenheiten. Zunächst sind nun die wichtigsten Verschiedenheiten, die in denselben wahrgenommen werden, übersichtlich zusammen zu stellen, und es sind dabey diejenigen Momente besonders hervorzuheben, deren Wichtigkeit sodann eine abgesonderte genauere Darstellung nöthig machen wird.

1) Die juristischen Thatfachen sind theils positiv, theils negativ, indem entweder etwas geschehen, oder etwas unterbleiben muß, damit irgend ein Recht entstehe oder aufhöre. Unter diesen beiden Klassen aber ist die erste bey weitem die häufigste und wichtigste.

aber sind die drey Momente nicht mensstellung derselben gerechtfertigt werden könnten.

2) Wir gingen davon aus, als Wirkung der juristischen Thatsachen entweder die Entstehung oder den Untergang der Rechtsverhältnisse zu bezeichnen. Es giebt jedoch viele und wichtige unter diesen Thatsachen, deren Wirkung weder dem einen noch dem andern jener Momente rein zugerechnet werden kann, indem sie vielmehr als gemischt aus beiden erscheint. Eine solche gemischte Wirkung juristischer Thatsachen ist die Umwandlung oder Metamorphose der Rechtsverhältnisse (§ 59). In diesem Fall wird durch die juristische Thatsache zwar die frühere Gestalt des Rechtsverhältnisses zerstört, zugleich aber eine neue Gestalt desselben erzeugt.

Die Umwandlung selbst aber kann auf zweyerley Weise gedacht werden:

A. Subjectiv, in Beziehung auf die Personen, indem dasselbe Rechtsverhältniß auf andere Personen übertragen, folglich durch neu eintretende Subjecte fortgesetzt wird. Dieser wichtige Rechtsbegriff führt den Namen Succession, und von der allgemeinen Natur derselben wird nachher besonders gehandelt werden.

B. Objectiv, in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses, indem dasselbe Rechtsverhältniß mit verändertem Inhalt als fortdauernd betrachtet wird. Diese objective Umwandlung hat ihre vollständige und genaue Ausbildung im Obligationenrecht erhalten (c). Zwar wird davon auch in anderen Rechtstheilen Anwendung gemacht,

(c) Nämlich in der Lehre von Dolus, Culpa, Casus und Interesse.

aber nur indem man obligatorische Begriffe und Regeln auf sie anwendet (d). Es hat daher diese Lehre eine so concrete Natur, daß es gerathener erscheint, sie an der gegenwärtigen Stelle ganz zu übergehen, als eine Darstellung ihrer Grundbegriffe zu versuchen, die doch nur entweder unlebendig und unbefriedigend ausfallen könnte, oder in das besondere Gebiet des Obligationenrechts hinübergreifen müßte.

3) Die juristischen Thatsachen können bestehen:

A. In freyen Handlungen des Betheiligten, das heißt derjenigen Person, von deren Erwerb und Verlust die Rede ist.

B. In zufälligen Umständen, unter welche auch die Handlungen Anderer als des Betheiligten, imgleichen auch Unterlassungen gehören (e).

In den freyen Handlungen ferner kann der Wille des Handelnden auf eine zwiefache Weise thätig seyn:

a) Als unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses, wengleich diese viel-

(d) So z. B. ist in der rei vindicatio auch Derjenige ein rechter Beklagter, qui dolo desiit possidere. Ferner hat ebenda selbst in der Verurtheilung der Dolus und die Culpa des Beklagten den wichtigsten Einfluß. Allein in diesen Fällen nimmt auch das Verhältniß zwischen dem Kläger und Beklagten einen obligatorischen Character an.

(e) Wenn ich einen Diebstahl

erleide, und dadurch Rechte erwerbe, so ist dieses zwar von Seiten des Diebes eine freye Handlung, in Beziehung auf mich aber etwas Zufälliges, außer meinem Willen Liegendes. — Wenn ich eine Nothfrist versäume, und dadurch ein Recht verliere, so ist dieses niemals eine freye Handlung, die Versäumnis mag nun aus Vergessenheit oder aus Absicht hervorgegangen seyn.

leicht nur das Mittel für andere, auch nichtjuristische Zwecke seyn mag (f). Diese Thatsachen heißen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte.

b) Oder als unmittelbar gerichtet auf andere, nichtjuristische Zwecke, so daß die juristische Wirkung entweder als untergeordnet im Bewußtseyn zurücktritt (g), oder entschieden nicht gewollt wird (h).

Die Willenserklärungen endlich erscheinen wieder auf zweyerley Weise:

1) Als einseitiger Wille des Betheiligten, wohin als wichtigster Fall der letzte Wille gehört, der jedoch nur im besonderen Theile des Rechtssystems, nämlich im Erbrecht, seine rechte Stelle findet.

2) Als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit

(f) Wer ein Haus kauft, tritt mit Bewußtseyn in ein Rechtsverhältniß ein, welches ihm sowohl Rechte als Verbindlichkeiten giebt, aber dieses Verhältniß soll ihm doch nur als Mittel dienen, um das Haus sicher und nach Gutdünken bewohnen zu können, oder durch Vermietzung, vielleicht auch durch neuen Verkauf, Geld zu gewinnen.

(g) Wer auf der Jagd ein Wild erregt, der will das Vergnügen der Jagd genießen, daneben auch das Wild verzehren oder verkaufen; des Eigenthumsverwerbs durch Occupation wird er sich dabei weniger bewußt wer-

den. — Wer das baufällige Haus eines abwesenden Freundes durch schleunige Anstalten gegen Einsturz sichert, der will Schaden abwenden, ohne dabey besonders an den Quascontract negotiorum gestio zu denken, oder den fünften Titel des dritten Buchs der Digesten nachzuschlagen.

(h) Wer mich bestiehlt, hat gewiß nicht die Absicht mein Schuldner ex delicto zu werden. Darum wird diese Thatsache, die in Beziehung auf mich zufällig (Note e), in Beziehung auf ihn eine freie Handlung ist, dennoch auch in dieser letzten Beziehung nicht ein Rechtsgeschäft genannt.

dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, das heißt als Vertrag (i).

Diese allgemeinen Rechtsbegriffe erscheinen in individueller Gestalt bey allen Arten der Rechtsinstitute, bey dem Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, den Obligationen, dem Erbrecht, den Familienverhältnissen: diese ihre concrete Gestalten gehören der Darstellung eben jener Institute, also dem speciellen Rechtssystem, an. Allein zwey besondere Formen derselben sind wieder so umfassender Natur, und mit so verschiedenen einzelnen Rechtsinstituten vereinbar, daß auch ihre genauere Betrachtung nur hier ihre rechte Stelle finden kann: diese weit umfassenden Formen der Willenserklärung sind der Vertrag und die Schenkung.

4) Eine besondere Rücksicht endlich verdienen diejenigen Thatsachen, welche als wesentliches Element den Ablauf irgend eines Zeitraums in sich schließen, folglich von Zeitbestimmungen abhängig sind.

---

Nach dieser vorbereitenden Übersicht ist nun von den juristischen Thatsachen im Einzelnen zu handeln, und zwar:

Erstlich von den wichtigsten unter denselben nach ihrer Natur und den darin vorkommenden Verschiedenheiten.

(i) Der Vertrag also, der in Beziehung auf Jeden derselben eine freye Handlung, und zwar insbesondere ein Rechtsgeschäft. erzeugt, ist zugleich in Be-

Dahin rechne ich folgende, die demnach einzeln abgehandelt werden sollen:

- I. Successionen.
- II. Freye Handlungen.
- III. Willenserklärungen.
- IV. Verträge.
- V. Schenkungen.
- VI. Von Zeitbestimmungen abhängige Thatsachen.

Zweytens von den Hemmungen, welche der Wirksamkeit der juristischen Thatsachen entgegen stehen, oder von den verschiedenen Arten und Gründen ihrer Ungültigkeit.

Das erste können wir als die positive, das zweyte als die negative Seite der Lehre von den juristischen Thatsachen bezeichnen.

## §. 105.

Wichtigste Fälle der juristischen Thatsachen.

### I. S u c c e s s i o n e n .

Es ist bereits als Eigenschaft der juristischen Thatsachen bemerkt worden, daß dieselben in Beziehung auf Rechtsverhältnisse stets eine Veränderung in der Zeit hervorbringen, und daß diese Veränderung insbesondere auch in der bloßen Verwandlung des Subjekts des Rechtsverhältnisses bestehen kann (§ 104). Die so eben bezeichnete Art der Thatsachen nennen wir Successionen, und deren Natur soll nunmehr näher bestimmt werden.

Damit nun eine solche juristische Succession, das heißt die bloß subjective Umwandlung eines Rechtsverhältnisses, angenommen werden könne, wird vorausgesetzt die fort-dauernde Identität dieses Rechtsverhältnisses selbst. Zur Annahme dieser Identität aber genügt keinesweges schon die gleiche Gattung des Rechts, bezogen auf den gleichen Gegenstand. Wenn z. B. Zwey Personen in verschiedenen Zeitpunkten Eigenthum an demselben Grundstück haben, so ist dieser Umstand allein nicht hinreichend, unter Beiden eine Succession anzunehmen; vielmehr muß zur Rechtfertigung dieser Annahme zwischen beiden Rechtsverhältnissen eine solche innere Verbindung wahrzunehmen seyn, wodurch sie als ein einziges, nur in verschiedenen Personen fortdauerndes, Rechtsverhältniß erscheinen. Die Grundlage einer solchen Verbindung ist der Umstand, daß das spätere Recht, der Zeit nach, unmittelbar auf das frühere folgt; denn wenn z. B. eine Sache von einem Eigenthümer derelinqürt, und nach einiger Zeit von einem Andern occupirt wird, so besteht unter denselben schon wegen des gänzlich trennenden Zwischenzustandes der Herrenlosigkeit keine Succession (a). Allein auch jener Anschluß in der Zeit ist noch nicht hinreichend; ein solcher findet sich unter andern bey jedem Übergang des Eigenthums durch Usur-

(a) Man könnte einwenden, je-  
der Erbe sey ja Successor des Ver-  
storbenen, und doch könne zwi-  
schen dem Tod und dem Antritt  
der Erbschaft eine lange Zwischen-  
zeit gewesen seyn, in welcher das

Vermögen keinen wirklichen Herrn  
hatte. Allein mit dem Antritt der  
Erbschaft wird stets durch eine  
Rechtsfiction das Recht des Er-  
ben auf den Augenblick des Todes  
zurück bezogen. C. o. § 102. b.

capion, ohne daß deshalb zwischen beiden Eigenthümern eine juristische Verbindung besteht. Das Wesen dieser Verbindung nun ist darin zu setzen, daß das spätere Rechtsverhältniß auf das erste gegründet, von ihm abgeleitet, also auch durch dasselbe bedingt und von ihm abhängig ist. So verhält es sich mit dem Übergang des Eigenthums durch Tradition. Das neue Eigenthum fängt nicht nur in demselben Augenblick an, wo das frühere aufhört, sondern es entsteht auch nur insoferne der frühere Besitzer wirklich Eigenthum hatte: eine solche Abhängigkeit von einem individuellen früheren Recht findet sich bey dem Erwerb durch Usucapion durchaus nicht. Das hier beschriebene Verhältniß allein berechtigt uns, das spätere Recht mit dem früheren als identisch anzusehen, und dieser Fall erscheint vorzugsweise vor den übrigen, hier damit zusammen gestellten, so wichtig und folgenreich, daß für ihn die besondere Bezeichnung durch einen eigenen Kunstausdruck (Successio) nöthig gefunden worden ist.

Die einfachste und natürlichste Betrachtung der Rechtsverhältnisse führt dahin, die berechtigte Person als die bleibende Substanz, das Recht selbst aber als das Accidens anzusehen, welches nach wechselnden Umständen bald verbunden ist mit der Person, bald nicht (§ 4. 52). Der Begriff der Succession führt uns auf eine Betrachtungsweise, worin die angegebene Stellung der Person gegen das ihr zukommende Recht umgekehrt erscheint. Das Recht kann nun als das Substantielle und Bleibende gelten, in-

dem es in einer Reihe auf einander folgender wechselnder Inhaber unverändert fortbauern kann.

Zunächst ist zu untersuchen, ob der wichtige Rechtsbegriff der Succession auf alle Arten der Rechtsverhältnisse gleichmäßig angewendet werden könne. Diese Frage müssen wir verneinen; vielmehr ist das wahre Gebiet seiner Anwendung das Vermögensrecht, während er in Beziehung auf die Familienverhältnisse nur eine untergeordnete und wenig bedeutende Stelle einnimmt. — Da nämlich das Vermögen an sich selbst der Person fremd, und nur von außen zu ihr hinzugethan ist, folglich die einzelnen Stücke desselben stets in einem ganz zufälligen und wechselnden Verhältniß zu ihr stehen (§ 56), so ist die ausgedehnteste und mannichfaltigste Anwendung des Successionsbegriffs dem Wesen des Vermögensrechts ganz angemessen. — Anders ist es mit dem Familienrecht. Dessen ursprüngliche Institute sind mit dem Wesen der Person so eng verbunden, daß eine Anwendung der Succession ihnen nicht-angemessen seyn kann. Auch finden wir sie hier in der That nur auf zweyerley Weise. Erstlich bey denjenigen künstlichen Theilen der Familie, die selbst nur auf Vermögensverhältnisse gegründet, und daher eben so wie diese der gewöhnlichen Succession unterworfen sind. So ist das Recht des Herrn über den Sklaven gegründet auf Eigenthum, folglich so wie jedes andere Eigenthum Gegenstand einer gewöhnlichen Succession. Eine ähnliche Verwandniß hat es mit dem Patronat, der mancipii causa,

dem Colonat (§ 55). Zweytens hat das älteste Römische Recht selbst einige Theile der ursprünglichen Familienverhältnisse der Natur des Eigenthums angenähert, wodurch die väterliche Gewalt und die strenge Gewalt des Ehegatten (manus) zu Gegenständen einer möglichen Succession gemacht wurden (§ 55 N. 1. 4). Allein fast alle diese Anwendungen sind im heutigen Römischen Recht verschwunden: einige waren schon frühe bey den Römern selbst zu bloß symbolischen Handlungen herabgesunken, und sind dann schon vor Justinian völlig untergegangen. Nur in Einem Institut des Familienrechts hat sich noch eine wahre Succession erhalten, bey der datio in adoptionem; jedoch ist auch hier der Successionsbegriff ohne irgend einen erheblichen Einfluß. — Wir können demnach behaupten, daß das Vermögensrecht dasjenige Rechtsgebiet ist, in welchem allein eine bedeutende Anwendung von dem Begriff der Succession gemacht werden kann.

An diese Bemerkung knüpft sich unmittelbar folgende wichtige Eintheilung der Succession. Dieselbe ist bald Singular- bald Universalsuccession (b).

Singularsuccession nennen wir diejenige, welche irgend ein einzelnes Vermögensrecht zum Gegenstand hat,

(b) Um jedem möglichen Mißverständnis vorzubeugen, bemerke ich gleich hier, daß die von den Neueren gebrauchten Kunstausdrücke Successio universalis und singularis (oder auch particularis) nicht ächt sind; ich weiß jedoch keine eben so kurze, verständliche, und allgemein bekannte, an ihre Stelle zu setzen. Übrigens wird die ächte Terminologie weiter unten ausführlich festgestellt werden.

oder auch mehrere zusammengefaßte Vermögensrechte, jedoch so, daß jedes einzelne für sich übergeht, ohne durch diesen, zufällig gemeinschaftlichen, Übergang mit den übrigen in Verbindung zu treten. Dieser Begriff ist für sich allein weder schwierig noch erheblich, und er bekommt nur durch den Gegensatz des nachfolgenden Falles seine Bedeutung.

Die Universalsuccession hat zum Gegenstand das Vermögen als ein ideales Ganze, das heißt so daß dabey von seinem speciellen Inhalt, sowohl nach der Quantität (dem Geldwerth), als nach der Qualität (der Art der darin enthaltenen einzelnen Rechte, und den Gegenständen dieser Rechte), ganz abstrahirt wird (§ 56) (c). Diese Succession also bezieht sich zwar allerdings auch auf die einzelnen in diesem Vermögen enthaltenen Rechte, jedoch nur mittelbar, das heißt nur insofern und weil sie Theile dieses Vermögens als des eigentlichen Gegenstandes der Succession sind. Dieser wichtige Rechtsbegriff erhält seine nähere Bestimmung durch folgende Reihe von Sätzen.

1) Das Vermögen als solches, als eine ideale Größe, ohne Rücksicht auf seinen besondern Inhalt, ist Gegenstand dieser Art der Succession. Damit aber ist wohl vereinbar, daß dieselbe oft nicht das gesammte Vermögen, sondern

(c) Die wichtigste Schrift über die Natur der Universalsuccession ist die Abhandlung von Haffe über Universitas juris und rerum, Archiv B. 5 N. 1 (s. oben

§ 56. o), obgleich darin dieser Gegenstand nicht Hauptpunkt der Untersuchung ist. Von dem Begriff der Universalsuccession wird daselbst S. 19 gehandelt.

nur eine Quote, das heißt einen Rechnungstheil desselben, betrifft; denn auch ein solcher Theil bezieht sich ja nur auf den angegebenen idealen Begriff des Vermögens als seine Grundlage: das Vermögen ist die Einheit, wovon jener Theil als ein Bruch erscheint. — Eben so ist mit dieser Art der Succession vereinbar der Umstand, daß manche einzelne Rechte, nach ihrer besonderen Natur, nicht fähig sind durch sie mit übertragen zu werden, und daher, im Fall einer solchen Succession, vielmehr ganz untergehen (d); denn durch dieses Ausschneiden bestimmter einzelner Stücke wird das Wesen der Vermögensseinheit, worauf es hier allein ankommt, gar nicht verändert.

2) Da das Vermögen eine universitas ist, und zwar die wichtigste unter allen, so kann man den eben aufgestellten Satz auch so ausdrücken: Gegenstand dieser Art der Succession ist eine universitas als solche; auch wird sich sogleich zeigen, daß die Römische Bezeichnung dieser Successionsart auf den eben erwähnten Ausdruck gegründet ist. Irrigerweise aber haben Manche diesen Ausdruck umgekehrt, und daher angenommen, daß diese Succession auch auf andere Arten einer universitas, z. B. Dos oder Peculium (§ 56), angewendet werden könne, da sie doch nur allein bey dem Vermögen vorkommt.

(d) Haffe a. a. D., S. 24. — So z. B. ist Erbschaft eine Universalsuccession; eben so die Arrogation. Aber bey der Erbschaft geht der Nießbrauch des Verstor-

benen nicht mit über; bey der Arrogation, nach dem älteren Recht, weder der Nießbrauch, noch auch selbst die Schulden des Arrogirten.

3) Das eigentliche Kennzeichen der Universalsuccession ist der unmittelbare Übergang der zu diesem Vermögen gehörenden Forderungen und Schulden (e), für welche dieses sogar der einzig mögliche Übergang ist, indem sie durch Singularsuccession gar nicht übertragen werden können (f).

4) Dieses künstliche Rechtsverhältniß kann nicht etwa nach Gutdünken auf irgend einen beliebigen Zweck angewendet werden, sondern es ist vielmehr ausschließlich für eine Anzahl bestimmter, einzelner Fälle angeordnet, in welchen es dann aber auch immer, und wiederum ohne Rücksicht auf eine möglicherweise entgegengesetzte individuelle Willkühr eintritt (g). Die wichtigsten dieser Fälle betreffen den Nachlaß eines Verstorbenen, als: hereditas, bonorum possessio, fideicommissaria hereditas, und andere ähnliche Verhältnisse. Das Vermögen eines Lebenden geht auf diese Weise über: erstlich, wenn der Inhaber in eines Andern Gewalt kommt (arrogatio, in manum conventio, *Stillicverey* zur Strafe), zweytens wenn das Vermögen desselben im Concourse (nach der älteren Form desselben) ver-

(e) Haffe a. a. D., S. 21. — Bey der Erbschaft ist dieses unzweifelhaft. Bey der Arrogation gehen wenigstens die meisten Forderungen über; die Schulden würden auch übergehen, wenn sie nicht durch *capitis deminutio* zerstört würden (§ 70 N. III). — In Beziehung auf den Erben wird dieser Umstand geradezu als Kennzeichen angegeben in *L. 37 de adqu. vel om. her.* (29. 2).

(f) Bey den Obligationen giebt es keine Singularsuccession, sondern nur Surrogate derselben für die Zwecke des Verkehrs; nämlich Umtausch gegen eine neue Obligation von gleichem Werth (*novatio*), oder Verfolgung der Schuld durch einen Stellvertreter (*cessio actionis*).

(g) Eine Aufzählung dieser Fälle findet sich bey Haffe S. 49.

kauf wird. — In vielen anderen Fällen dagegen kann zwar auch die Absicht auf die Übertragung eines ganzen Vermögens gerichtet seyn; sie geht aber nicht unmittelbar in Erfüllung, weil von der Universalsuccession nicht willkürlich Anwendung gemacht werden kann; vielmehr müssen in solchen Fällen alle Bestandtheile des Vermögens einzeln übertragen werden (h).

5) Man kann nun fragen, aus welchem Grund dieser künstliche Rechtsbegriff aufgestellt, und auf bestimmte Fälle angewendet, auf andere aber nicht angewendet worden ist? Ohne Zweifel lag die Veranlassung dazu in dem uralten, stets wiederkehrenden, höchst wichtigen Verhältniß der hereditas. In dieses die Forderungen und Schulden, so wie besonders die sacra, mit herein zu ziehen, war unentbehrlich. Dieser praktische Zweck konnte durch einzelne, für jedes dieser Verhältnisse besonders erlassene, Vorschriften erreicht werden; es war aber dem juristischen Takt der Römer angemessen, diese Einzelheiten durch einen Total-

(h) Haffs §. 23—40. — Die wichtigsten Fälle sind die, wenn ein ganzes Vermögen verschenkt, zu einer Dos. verwendet, in eine Societät eingebracht werden soll, oder wenn ein Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft. Gewissermaßen gehört dahin auch das legatum partitionis, indem dieses gleichfalls nur als Singularsuccession wirkt, obgleich es eine Quote der Erbschaft zum Gegenstand hat; nur ist hier der Unterschied, daß der Erblasser diese

Quote dem ernannten Legatar eben so leicht als Erbeinsetzung zuwenden könnte, wodurch es eine Universalsuccession werden würde, daß also hier gerade die Absicht des Erblassers darauf gerichtet ist, die angewiesene Quote in den Grenzen einer Singularsuccession zu halten. — Eben dahin gehörte ursprünglich die Restitution einer fideicommissarischen Erbschaft, bis das Sc. Trebellianum die Natur einer Universalsuccession hinein legte. GAIUS II. § 252. 253.

begriff zusammen zu fassen, in welchem dann, neben jenen wichtigsten Zwecken, zugleich alle Nebenfragen ihre ganz zusammenstimmende Erledigung fanden. An die hereditas schlossen sich dann die wichtigsten anderen Fälle, wie die bonorum possessio, unmittelbar an, da sie ohnehin nur erweiterte Anwendungen jenes Rechtsbegriffs waren. Auch für die Arrogation u. s. w. war eine angemessenere Analogie gewiß nicht aufzufinden. Weiter zu gehen mit dieser künstlichen Anstalt, als wohin das unmittelbare Bedürfniß führte, sagte wieder dem juristischen Sinn der Römer nicht zu; insbesondere konnte es zu großen Härten führen, wenn man die Anwendung jenes künstlichen Rechtsinstituts ganz der Privatwillkühr hätte überlassen wollen (i). Insoferne könnte man wohl im Sinne der Römischen Juristen sagen, die Anwendung der Universalsuccession sey juris publici (§ 16).

Es bleibt nun noch übrig, den Sprachgebrauch der Römer genau festzustellen (k).

Der Ausdruck Successio (Successor, Succedere) allein, ohne Zusatz, ist unsicher, indem er in zwey verschiedenen Bedeutungen gebraucht wird, so daß in jeder einzelnen

(i) Man kann daneben wohl annehmen, daß die Grenzen der Anwendung mitunter etwas Zufälliges an sich tragen mögen, und daß unter den minder wichtigen Fällen einzelne mehr oder weniger der Universalsuccession hätten gezählt werden können, ohne das Wesen dieses Rechtsverhält-

nisses zu gefährden. Dasse S. 60 untersucht ausführlich, warum die Römer gerade diese und keine andere Fälle dahin gerechnet haben, wobey er vielleicht hie und da etwas zu subtil verfährt.

(k) Vergl. Dasse a. a. D. S. 40 fg.

Stelle dessen Bedeutung nur aus dem Zusammenhang zur Gewißheit gebracht werden kann. — In mehreren Stellen bezeichnet derselbe schon für sich allein ausschließend die Universalsuccession (l); dahin gehören unter andern auch die Stellen, worin *heredes ceterique succoessores* zusammengestellt werden (m); ja nicht selten wird der Ausdruck noch enger auf die durch einen Todesfall veranlaßte Universalsuccession beschränkt (n). — In anderen Stellen dagegen hat derselbe eine ganz allgemeine Bedeutung, so daß beide Arten der Succession von ihm umfaßt werden. Dahin gehören diejenigen Stellen, worin er bestimmt auf einzelne Fälle bloßer Singularsuccession angewendet wird (o); ganz besonders aber diejenigen, worin die Verfasser nöthig finden, durch Zusätze auszudrücken, daß die eine oder die andere Art besonders gemeint sey, welche Ausdrucksweise unverkennbar voraussetzt, daß *Sucoessio* ohne Zusatz eine ganz allgemeine, beide Arten umfassende, Bedeutung habe. Davon werden sogleich viele Beispiele angegeben werden.

Was nun aber die genauere Bezeichnung für jede Art besonders betrifft, so sind vor allen diejenigen Stellen

(l) Gaius. III. § 82. — *pr. J. de eo cui lib.* (3. 11.). — *Inscript. tit. J. de successioneibus sublati.* (3. 12.). — *L. 170 de V. S.* (50. 16.), *L. 7 §. 2 de cond. furt.* (13. 1.), *L. 1 §. 37. 43 de aqua* (43. 20.) u. a. m.  
 (m) *L. 1 §. 44. 48 de vi.* (43. 16.), *L. 14 §. 1 de div. temp.* (44. 3.), *L. 17 §. 1 de proc.* (3. 3.).  
 (n) Haffse S. 43 fg.  
 (o) *L. 17 §. 5 de pactis* (2. 14.) „*etsi per donationem successio facta sit*“ *L. 4 §. 29 de doll. exc.* (44. 4.), *L. 7 in f. L. 8 de iurej.* (12. 2.).

wichtig, wofür beide Arten neben einander, also in ihrem Gegensatz, erwähnt werden. Dahin gehören folgende:

- I. L. 3 § 1 *de exc. rei vend.* (21. 3.). „*Parī ratione etiam venditoris successoribus nocebit: sive in univēsum jus, sive in eam dumtaxat rem successerint.*”
- II. L. 1 § 13 *quod leg.* (43. 3.). „*In locum successisse accipimus, sive per universitatem, sive in rem his sit successum.*”
- III. L. 37 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.). „*Heres in omne jus mortui, non tantum singularium rerum dominium succedit.*”
- IV. L. 24 § 1 *de damno inf.* (39. 2.). „*... successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.*” (Nämlich in den Worten einer vorher erwähnten Stipulation, worin der Ausdruck *successorum* ohne näheren Zusatz vorkam.)

Ich will nun theils aus diesen, theils aus anderen Stellen eine Übersicht derjenigen Ausdrücke geben, wodurch die eine oder andere Art der Succession besonders bezeichnet wird.

#### A. Die Universalsuccession:

*Per universitatem successio oder succedere.*

N. II. der abgedruckten Stellen.

*pr. J. de succ. subl.* (3. 12.).

Per universitatem acquirere oder adquisitio.

§ 1 *J. de succ. subl.* (3. 12.).

§ 6 *J. per quas pers.* (2. 9.).

GAJUS II. § 97.

Per universitatem transire.

*L. 62 de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

*L. 1 § 1 de fundo dot.* (23. 5.).

Universitatis successio.

*L. 3 pr. de B. P.* (37. 1.).

In jus succedere.

*L. 9 § 1 de edendo* (2. 13.).

*L. 177 § 1 de R. J.* (50. 17.).

*L. 3 pr. de B. P.* (37. 1.).

In omne jus succedere.

N. III. der abgedruckten Stellen.

*L. 11 de div. temp.* (44. 3.).

In universum jus succedere und successio.

N. I. der abgedruckten Stellen.

*L. 19 § 5 de aedil. ed.* (21. 1.).

*L. 24 de V. S.* (50. 16.).

*L. 62 de R. J.* (50. 17.).

Juris successor.

*L. 9 § 12 de her. inst.* (28. 5.).

*L. 9 § 1 de edendo* (2. 13.).

§ 11 *de J. test. ord.* (2. 10.).

In universa bona succedere.

N. IV. der abgedruckten Stellen.

## B. Die Singularsuccession.

In rem succedere.

• N. I. II. der abgedruckten Stellen.

L. 8 *de jurej.* (12. 2.).

In rei dominium succedere.

N. IV. der abgedruckten Stellen.

In singularum rerum dominium succedere.

N. III. der abgedruckten Stellen.

Bey den angeführten Formen: *per universitatem succedere* u. s. w., ist jedoch zu bemerken, daß dadurch die Universalsuccession, d. h. die Succession in das Vermögen selbst als eine universitas, nur auf mittelbare Weise bezeichnet wird. Denn zunächst ist in diesem Ausdruck die Rede von dem Erwerb einer einzelnen Sache, und es wird durch jenen Zusatz nur ausgedrückt, daß der Erwerb der einzelnen Sache vermittelt des Ganzen, wozu dieselbe als Bestandtheil gehört, vor sich gehe.

## §. 106.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Einleitung.

Freye Handlungen können in zwey verschiedenen Beziehungen zu den Rechtsverhältnissen gedacht werden: als Gegenstände der Rechte, und als Entstehungsgründe derselben. Die erste Beziehung ist nur anwendbar auf eine einzelne Klasse der Rechte, die Obligationen, fällt also

dem speciellen Theil des Systems anheim. Die zweyte Beziehung dagegen, in welcher sie als Gründe der Entstehung, oder auch des Untergangs der Rechte, und daher als die wichtigste Klasse der juristischen Thatfachen überhaupt, erscheinen, gehört wesentlich hierher, indem sie für die gemeinsame Betrachtung folgende wichtige Frage darbietet: Welches sind die persönlichen Bedingungen der Handlungsfähigkeit (a), oder genauer: welches sind einestheils die Hindernisse, wodurch jene Fähigkeit ausgeschlossen oder vermindert wird, andernteils die künstlichen Erweiterungen derselben?

Die Hindernisse der Handlungsfähigkeit, oder des vollständig freyen Vernunftgebrauchs, können auf folgende Fälle zurückgeführt werden, die nunmehr einzeln zu erwägen sind:

Unreifes Alter.

Vernunftlosigkeit.

(a) Der wesentliche Unterschied der Rechtsfähigkeit von der Handlungsfähigkeit ist schon oben (§ 60) bemerkt worden. Das Verhältniß beider Rechtsbegriffe zu einander ist aber dieses: Der Rechtsfähige kann nach Umständen bald handlungsfähig seyn, bald auch nicht. Der Rechtsunfähige dagegen muß gerade soweit, als er dieses ist, auch handlungsunfähig seyn, weil in ihm die Handlung die ihr sonst zukommende Wirkung gar nicht hervorbringen kann. Wo dieses anders zu seyn scheint,

da ist es in der That, juristisch zu reden, nicht seine Handlung, sondern die Handlung eines von ihm nur vertretenen Anderen. So z. B. konnte ein Römischer Sklave allerdings die wichtigsten Geschäfte, selbst Mancipationen und Stipulationen, gültig abschließen: allein er galt hierin nur als das juristische Instrument des Herrn, dem die Handlungen des Sklaven gerade so zu gut gerechnet wurden, als ob er selbst gehandelt hätte.

## Interdiction.

## Natur der juristischen Personen.

Daß der Mensch, unmittelbar nach seiner Geburt, alles Vernunftgebrauchs gänzlich ermangelt, ist unzweifelhaft. Zwischen diesem Zustand aber, und dem der vollständigen Ausbildung, liegen allmälige, ganz unmerkliche Übergänge in der Mitte. Dadurch entsteht für die Rechtsanwendung eine zweifache große Schwierigkeit: erstlich durch die unsichere Gränzbestimmung im Leben jedes Einzelnen, zweitens durch die ungleiche Entwicklung verschiedener Menschen. Das praktische Bedürfniß führt darauf, hierin positiv durchzugreifen, weil nur dadurch die erwähnte zweifache Ungewißheit gehoben werden kann. Dieses ist die Bedeutung der im positiven Recht bestimmten Altersstufen, die also lediglich auf die Handlungsfähigkeit, nicht auf die Rechtsfähigkeit, Einfluß haben, und deren Feststellung daher nur an diesem Ort unternommen werden kann.

Das Römische Recht nimmt in dem Leben jedes einzelnen Menschen Drey wichtige Gränzpunkte an, wodurch folgende Vier juristisch verschiedene Lebensalter entstehen:

1) Von der Geburt bis zum Ende des Siebenten Jahres. — *Infans*, *Qui fari non possunt*, Kinder.

2) Von Sieben Jahren bis zum Ende des Vierzehnten oder Zwölften Jahres, nach Verschiedenheit der Geschlechter. — *Qui fari possunt* (bey den Neueren *Infantia majores*). — Beide erste Lebensalter zusammengefaßt: *Impubes*, Unmündige.

3) Von Bierzehn oder Zwölf Jahren bis zum Ende des Fünf und zwanzigsten Jahres. — *Adolescentes, Adulti.* — Dieses Lebensalter mit den zwey ersten zusammen: *Minores (b)*, Minderjährige. — Dieses Lebensalter mit dem folgenden zusammen: *Puberes, Mündige.*

4) Von Fünf und zwanzig Jahren an, ohne weitere Gränze. — *Majores, Volljährige, Großjährige.*

Als Grundlage der weiteren Ausführung aber muß gleich hier bemerkt werden, daß unter diesen drey Gränzpunkten der mittlere (*Pubertas*), wie der älteste, so auch der wichtigste ist (c). Das Römische Recht nämlich, so weit historische Nachrichten aufwärts reichen, nimmt an, mit der Geschlechtsreife sey zugleich auch der volle Ver-  
 nunftgebrauch wirklich vorhanden. Vor diesem Zeitpunkt ist daher der Mensch handlungsunfähig, weshalb sein Vermögen unter der Verwaltung eines Tutors steht. Nach demselben Zeitpunkt ist er völig handlungsfähig, beherrscht also selbst sein Vermögen, und bedarf eines Tutors nicht mehr (d). Beide Regeln aber haben allmählig Modifica-

(b) Der Ausdruck *Minores* ist eine bloße Abkürzung, da es vollständig heißt: *Minores, XXV annis*; eben so auch *Majores*.

(c) Diese vorherrschende Wichtigkeit der *pubertas* zeigt sich auch darin, daß das Alter der *Impubes* und *Puberes* geradezu als *prima* und *secunda aetas* bezeichnet wird, gleich als ob dieses die einzigen Altersstufen wären. *L. 30 C. de ep. aud.* (1. 4.), *L. 10 C.*

*de impub. et al. subst.* (6. 26.), *L. 8 § 3 C. de bon. quas lib.* (6. 61.).

(d) Im männlichen Geschlecht hörte nun jede Tutel auf; im weiblichen trat allerdings eine neue Tutel (die *muliebris*) an die Stelle der bisherigen, allein diese neue hatte gar keine Beziehung mehr auf das Alter, und hörte auch niemals des bloßen Alters wegen auf.

tionen erhalten, worauf sich nun der erste und dritte Gränzpunkt beziehen. Das Ende der Kindheit bezeichnet den Punkt, bis zu welchem aufwärts doch noch ein gewisser Grad der Handlungsfähigkeit reicht; so wie das Ende der Minderjährigkeit den Punkt bezeichnet, bis zu welchem abwärts die ursprünglich unbedingte Handlungsfähigkeit der Mündigen späterhin doch noch einigen Einschränkungen unterworfen worden ist.

Unter diesen vier Lebensaltern bedarf das letzte keiner besonderen Betrachtung, da dasselbe nur den normalen Zustand in sich schließt, worin überhaupt kein Hinderniß der Handlungsfähigkeit wahrzunehmen ist. Die drey ersten aber sind nunmehr nach ihrer natürlichen Zeitfolge abzuhandeln, und zwar ist bey jedem derselben sowohl der Gränzpunkt selbst, als die praktische Bedeutung desselben zu untersuchen: beides, so weit es geschehen kann, mit Rücksicht auf die historische Entstehung der darauf bezüglichen Rechtsregeln.

### §. 107.

#### II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Infantes und Qui fari possunt.

Wir fragen zuerst: durch welche Betrachtungen wurden die Römer veranlaßt, innerhalb der Unmündigkeit noch einen besonderen Zeitraum unter dem Namen Infantia auszuscheiden? oder mit anderen Worten: welches war die praktische Bedeutung der Infantia?

Nach dem ältesten und durchgreifendsten Grundsatz waren alle Impubeses zu juristischen Handlungen ganz unfähig, und deshalb hatten sie stets einen Tutor, der für sie handelte (§ 106). Allein die strenge Durchführung dieses Grundsatzes, auch in dem Fall wenn der Unmündige von väterlicher Gewalt frey, folglich im Besiz eines eigenen Vermögens war, würde für den Rechtsverkehr im Ganzen sehr störend, für die Unmündigen selbst aber äußerst nachtheilig gewesen seyn. Denn die meisten und wichtigsten Geschäfte des älteren Rechts konnten nur durch eigenes Handeln des Betheiligten zu Stande kommen, und die Vertretung durch einen Fremden (wie hier durch den Tutor) war dabey ganz unzulässig und wirkungslos. Folglich hätte der Tutor zwar die Felder des Unmündigen bestellen, Pachtgelder und Kapitalzinsen erheben, den Unterhalt des Mündels bestreiten, kurz alles Dasjenige, was zur laufenden Verwaltung gehört, besorgen können: aber die vortheilhaftesten und nothwendigsten Rechtsgeschäfte, wie Mancipationen, Stipulationen, Kaufcontracte u. s. w., hätten zum großen Schaden des Unmündigen gänzlich unterbleiben müssen. Wie war da zu helfen?

Zunächst durch folgende Betrachtung. Der Grundsatz der Pubertät, als Anfang und Bedingung der Handlungsfähigkeit, beruht auf der Voraussetzung, von diesem Zeitpunkt an werde gewiß die nöthige Einsicht in die Natur der vorkommenden Geschäfte vorhanden seyn. Allein Niemand kann annehmen, daß diese Einsicht mit jenem Zeit-

punkt plötzlich entstehe. Sie wird also wohl auch schon einige Zeit vorher (prope pubertatem) vorhanden seyn, und es hat kein Bedenken, auch schon in dieser Zeit den Unmündigen, der jetzt proximus pubertati ist, selbst handeln zu lassen, wenn nur dafür gesorgt wird, daß er dabey nicht zu Schaden komme. Diese Gefahr aber wird sicher verhütet, wenn man den Unmündigen nur diejenigen Geschäfte, bey welchen nichts zu verlieren ist (wie das Stipulari), allein vornehmen läßt, bey bedenklichen Geschäften aber (wie das Promittere) die Genehmigung des Tutors erfordert. Darin lag dann eine ganz ungefährlische Erleichterung des Verkehrs, in Beziehung auf die oben dargestellte Schwierigkeit, und diese Erleichterung haben die Römer wirklich anerkannt, wobey wohl zu bemerken ist, daß sie Dieses nicht als eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen ansehen, sondern als Etwas, das sich eigentlich von selbst verstehe.

Allein genügend war diese Abhülfe nicht, da sie nur einen so kurzen Zeitraum umfaßte. Man that also einen zweyten und wichtigeren Schritt, indem man annahm, der Unmündige solle auch schon früher, also noch ehe man ihm Geschäftseinsicht zuschreiben konnte, dennoch selbst handeln dürfen: versteht sich mit den schon erwähnten schützenden Maasregeln, so daß er allein handeln sollte nur wo kein Verlust möglich war, sonst aber stets mit Genehmigung seines Tutors. Es ist wohl zu bemerken, daß die Römer diesen zweyten, wichtigeren Schritt als Etwas ansahen,

das sich nicht von selbst verstehe, vielmehr als eine ganz positive, zur Erleichterung des Rechtsverkehrs getroffene Einrichtung, als *benigna interpretatio, utilitatis causa recepta* (a), folglich als ein *jus singulare* (§ 16). Das Besondere dabey lag aber nach ihrer Ansicht darin, daß (unter dem Schutz der erwähnten Vorsichtsmaassregeln) auch Derjenige handeln kann, der von dem Geschäft noch Nichts versteht: eben darum aber betrachteten sie die Fähigkeit des *proximus pubertati* vielmehr als etwas Natürliches.

Jedoch sollte auch diese wichtige Erleichterung wieder eine bestimmte Gränze haben, damit nicht mit Rechtsgeschäften ein bloßes Spiel getrieben würde. Sie sollte erst anfangen mit dem Ende der *Infantia*. Und so ist also die praktische Bedeutung der *Infantia* diese: sie ist der Lebensabschnitt, mit dessen Ablauf der Mensch zu Rechtsge-

(a) Am vollständigsten ausgedrückt findet sich dieser Gang der Gedanken in § 9. 10 *J de inut. stip.* (3. 19.). „*Pupillus omne negotium recte gerit ... Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est ... nullum intellectum habent. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi.*“ (Ist theils wörtlich übereinstimmend mit GAJUS III. § 107. 109, theils aber bestimmter und

unzweydeutiger; ohne Zweifel aus einem anderen Urtext.) — *L. 6 rem pupilli* (46. 6.) „*si (pupillus) .. fari potest, etiamsi ejus aetatis erit, ut non intelligat quid agat: tamen propter utilitatem receptum est, recte eum stipulari et agere.*“ — *L. 1 § 13 de O. et A.* (44. 7.). „*Huic (furioso) proximus est, qui ejus aetatis est, ut nondum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc, benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse.*“ — „*favorabiliter eis praestatur.*“ *L. 9 de adqu. vel om. her.* (29. 2.).

schäften (theils allein, theils mit dem Tutor) fähig wird (b).

Welches ist aber die Gränze der Infantia? Infans heißt wörtlich ein Nichtsprechender, insbesondere jedoch verstand man darunter Den, welcher noch nicht durch sein Alter zum Besitz der Sprache gekommen ist, da der durch organische Mängel Sprachlose mutus genannt wurde (c). Daß man nun in der That den Ausdruck in seinem etymologischen Sinn genommen hat, erhellt unwidersprechlich aus dem Umstand, daß die Römer in vielen Stellen, mit ganz willkürlicher Abwechslung, bald Infans, bald qui fari non potest sagen; und dieses wird wieder am anschaulichsten in solchen Stellen, worin beide Ausdrücke unmittelbar neben einander als gleichbedeutend gebraucht werden (d). Also sollen Diejenigen, und nur Diejenigen, Geschäfte betreiben dürfen, welche schon sprechen können. Allein in dieser Gränzbestimmung liegt noch eine unverkennbare Zweydeutigkeit. Man kann nämlich den Ausdruck nehmen in dem Sinn des gewöhnlichen Lebens, von der niederen Fertigkeit, wodurch das Kind seine kindischen Vorstellungen

(b) *L. 70 de V. O. (45. 1.)*. „Mulier .. fecerat .. promittere dotem ... Infanti ... placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat.“ *L. 141 § 2 eod.* „Pupillus .. ex quo fari coeperit, recte stipulari potest.“ — Vgl. auch *L. 5 de R. J. (50. 17.)*, und die in der Note a

abgedruckte Stellen.

(c) In *L. 65 § 3 ad Sc. Treb. (36. 1.)* wird neben dem Infans, oder qui fari non potest, der mutus als verschieden genannt.

(d) *L. 70 de V. O. (45. 1.)*, s. o. Note b. — *L. 65 § 3 ad Sc. Treb. (36. 1.)*, *L. 30 § 1. 2. 4 de fid. lib. (40. 5.)*, *L. 1 C. ad Sc. Tert. (6. 56.)*.

gen in Tönen zu bezeichnen vermag, welches meist im zweyten oder dritten Lebensjahr anfängt; oder in dem höhern Sinn, nach welchem die Sprache schon ein zusammenhängender Ausdruck verständiger Gedanken ist, und also zugleich einen Fortschritt der Geistesentwicklung voraussetzt und anzeigt. Die Römer nun haben den Ausdruck in diesem letzten Sinn genommen, folglich auch der Infantia eine weit größere Ausdehnung gegeben, als welche aus dem ersten Sinn folgen würde (e). Daß sie überhaupt das *fari posse* als Gränzpunkt annahmen, hatte seinen Grund in der uralten Sitte, alle wichtigen Geschäfte in feyerliche Formeln mündlicher Rede einzuflechten (f). Nun war ihre Meynung gar nicht, juristische Handlungen dadurch herabzuwürdigen, daß man ein Kind hätte gedankenlos unverständens Worte nachsprechen lassen, welches oft auch bey einem Blödsinnigen bewirkt werden könnte; vielmehr sollte der Knabe immer schon verstehen, was er sagte, also mit Bewußtseyn sprechen, wenn ihm auch vielleicht das Geschäft selbst, nach seinen Grün-

(e) Die erste Bedeutung der Infantia (beschränkt auf die allerersten Lebensjahre) wird vertheidigt in einer Abhandlung von Unterholzner, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft B. 1 N. 3 S. 44—53. Eine gelehrte Widerlegung findet sich in einer Recension dieser Abhandlung, Heideberger Jahrbücher Jahr 1815 S. 664—683.

(f) Das *fari posse* drückte also

zweyerley zugleich aus: diejenige Verstandesentwicklung, welche sich durch den verständigen Redegebrauch kund giebt, und die Fähigkeit zu mündlichen Rechtsgeschäften. Beides fällt zusammen, und daher war der Ausdruck auch auf diejenigen Rechtsgeschäfte anwendbar, wozu mündliche Rede nicht gerade erfordert wurde, wie die *Consensualcontracte*.

den und Zwecken, Vortheilen und Nachtheilen, noch unbekannt seyn machte. Dabey lag also zum Grunde die sehr natürliche Unterscheidung folgender drey Zustände: I. Einsicht in das Geschäft selbst, worüber verhandelt wird, II. Mangel dieser (materiellen) Einsicht, neben (formaler) Verstandesentwicklung, das heißt neben dem Verständniß der bey der Verhandlung auszusprechenden Worte (g), III. Mangel dieses letzten Verständnisses, obgleich vielleicht die Worte vernehmlich, aber gedankenlos nachgesprochen

(g) Diese Unterscheidung von zwey verschiedenen Entwicklungsstufen, die in den Stellen der Römischen Juristen unverkennbar zum Grunde liegt, würde darin weniger übersehen worden seyn, wenn die Römer dabey einen festeren und bestimmteren Sprachgebrauch durchgeführt hätten. Zuweilen allerdings finden sich solche Ausdrücke, welche denjenigen, die noch nicht *proximi pubertati* sind, nur die Einsicht in den Gegenstand, also die materielle Geschäftskennntniß, absprechen: (z. B. *L. 5 de R. J.* „*qui dari possunt, quamvis actum rei non intelligunt*, eben so *L. 1 § 13 de O. et A.* (Note a) „*nondum intelligat quid agatur*,” und *L. 9 de adq. vel om. her.* „*ut causam adquirendae hereditatis non intelligat*”), während sie ihnen das intelligere überhaupt, d. h. das verständige Bewußtseyn, wohl zusprechen (*L. 14 de spons.*, abgedruckt oben im Text N. 4). Dagegen sind wieder andere Stel-

len, welche von jenen Unmündigen schlechtthin sagen: *nullum intellectum habent* (§ 10 *J. de inut. stip.* 3. 19., s. v. Note a). — Ubrigens ist die höhere Entwicklung (das *actum rei intelligere*) relativ, und zwar nicht bloß abhängig von den individuellen Anlagen, sondern auch von der Natur des Geschäfts selbst. Ein Knabe z. B. wird früher lernen, mit Sachkenntniß ein Kleidungsstück einzukaufen, als einen verwickeltesten Societätscontract abzuschließen. — Der Gedanke ist also eigentlich der: Nach zurückgelegter Kindheit hat der Unmündige hinreichend passiven Verstand, um das Denken und Wollen des auctorirenden Tutors in sich aufzunehmen und zu dem seinigen zu machen; steht er nahe an der Mündigkeit, so darf ihm auch schon ein selbstthätiger, die Geschäfte begreifender und verarbeitender Verstand zugeschrieben werden.

werden könnten. Bey dem ersten Zustand (Puberes und *pubertati proximi*) versteht sich die Handlungsfähigkeit von selbst; bey dem zweyten (*qui fari possunt*) ist sie als Erleichterung des Verkehrs nachgelassen worden; bey dem dritten (*Infantia*) soll auch diese Erleichterung nicht statt finden.

Ehe aber dieses Alles historisch bewiesen werden kann, muß an die schon oben erwähnte Schwierigkeit erinnert werden, die für das praktische Leben aus der bey jedem Einzelnen allmäligen, bey verschiedenen Menschen aber sehr ungleichen, Entwicklung der Sprachfähigkeit hervorgeht. Hier war eine feste und für Alle gleichförmige Gränze praktisch sehr wünschenswerth. Nun wurde den Römern eine uralte Lehre griechischer Philosophie bekannt, welche der Zahl Sieben geheimnißvolle Kräfte, und den siebenjährigen Lebensperioden eine besondere Wichtigkeit beylegte. Diese Lehre kam jenem praktischen Bedürfniß auf die willkommenste Weise entgegen, und so geschah es, daß die Gränze der Kindheit gerade auf das Ende des siebenten Jahres allgemein angesetzt wurde, anstatt daß wohl auch Sechs oder Acht Jahre dafür angenommen werden konnten (h). Nimmt man nun Sieben Jahre an, so folgt

(h) Es darf also nicht so verstanden werden, als wäre diese ganze Lehre von der *Infantia* erst durch griechische Philosophie in das Römische Recht gekommen; nur die Fixirung auf ein bestimmtes Jahr überhaupt, und gerade

auf Sieben Jahre, ist daher abzuleiten. Die Zeugnisse für die alte Philosophenlehre sind sehr gründlich zusammengestellt in der oben (Note e) angeführten Recension S. 669 fg.

darauß zugleich unmittelbar die Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung, daß das *fari posse* nicht in dem gemeinen, sondern in einem höhern Sinn verstanden wurde, indem es kaum jemals vorkommen wird, daß ein Kind vor dem achten Jahr gar nicht sprechen lernen sollte.

Die Richtigkeit dieser Sätze beruht auf dem Beweise, daß in der That die *Infantia* genau die ersten Sieben Lebensjahre ausfüllt, und dieser Beweis soll nunmehr durch Zusammenstellung folgender übereinstimmenden Zeugnisse juristischer und nichtjuristischer Art geführt werden.

1) *L. 1 § 2 de admin.* (26. 7.). Der Tutor kann für seinen Mündel, wenn dieser verklagt wird, den Prozeß führen. Diesen Satz führt Ulpian in folgenden Worten weiter aus:

*licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant: pro his autem qui supra septimum annum aetatis sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent.*

Das heißt: der Tutor hat die Wahl, ob er will allein den Prozeß führen, oder dem prozeßführenden Mündel die *auctoritas* geben. Freylich wenn der Mündel noch nicht sprechen kann, oder abwesend ist, so kann nur der Tutor allein handeln; das erwähnte gemeinschaftliche Handeln kann also nur eintreten, wenn der Mündel sowohl das siebente Jahr zurückgelegt hat, als auch anwesend ist. —

Hier ist also das *fari posse* als gleichbedeutend gesetzt mit dem Ablauf des siebenten Lebensjahres, und die Schlussworte *auctoritatem praestent* müssen in Gedanken ergänzt werden durch *si velint*, so daß sie bloß die Wiederholung bilden sollen von den vorhergehenden Worten *licentia erit* (i).

2) *L. 8 C. Th. de maternis bonis* (8. 18.). Wenn einem in väterlicher Gewalt stehenden Sohn eine *hereditas* oder *honorum possessio* zufällt, so soll während der *Infantia* der Vater allein den Erwerb besorgen, nach der Kindheit, das heißt nach dem Ende des siebenten Lebens-

(i) Unterholzner (Note e) nimmt in dieser Stelle die Unterscheidung von drey Lebensaltern an: 1) Kinder, die noch gar nicht sprechen, 2) Von da bis Sieben Jahre, 3) Über Sieben Jahre. Im ersten soll nur der Tutor allein handeln, im zweyten soll er die Wahl haben, im dritten sollen nur beide vereinigt handeln können. Zunächst wird aber durch diese Erklärung dem Ulpian eine sehr fehlerhafte Ausdrucksweise aufgebüdet, wie dieses der oben angeführte Recensent S. 678 ausgeführt hat. Ganz entscheidend aber gegen diese Erklärung ist Folgendes. Unter jenen drey Sätzen wäre der wichtigste der dritte, durch welchen es dem Tutor untersagt seyn soll, für den schon Siebenjährigen den Prozeß allein zu führen. Allein dieser wichtigste Satz ist auch ganz ge-

wiß falsch. Für die active Prozeßführung (im § 2 ist von der passiven die Rede) giebt der § 4 dem Tutor ohne alle Einschränkung die Befugniß, allein zu handeln. Besonders aber hat diese uneingeschränkte Befugniß, sowohl bey der activen als bey der passiven Prozeßführung, auch der *Cura* or eines Minderjährigen (*L. 1 cit. § 3. 4*). Es ist aber völlig undenkbar, daß jemals dieser Curator sollte ein ausgedehnteres Recht gehabt haben, als der Tutor eines Unmündigen über Sieben Jahre. Nimmt man nun aus diesen Gründen an, daß der am Ende stehende Ausdruck *auctoritatem praestent* eben so wie der vorhergehende *licentia erit*, dem Tutor die Wahl läßt, so unterscheidet Ulpian überhaupt nicht Drey Lebensalter, sondern nur Zwen.

jahres, der Sohn selbst; auch soll dabey nicht auf die frühere oder spätere Sprachentwicklung der Individuen gesehen werden.

.. *infantis filii aetatem nostrā auctoritate praescribimus, ut sive maturius, sive tardius, filius sancti sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus, pater .. imploret .. hac vero aetate finita, filius Edicti beneficium petat rel.*

Stände diese Stelle allein, so könnte man glauben, Arcadius habe die Sieben Jahre erfunden; die Vergleichen mit allen übrigen Stellen läßt keinen Zweifel, daß dieser Ausdruck nur dem Gesetzstyl der späteren Kaiser zuzurechnen ist. Eben deshalb ist selbst auf die Worte *sive maturius sive tardius* nicht allzu viel Gewicht zu legen, aus welchen man sonst wohl abnehmen könnte, nach einer abweichenden Meinung mancher Juristen hätte die individuelle Sprachfähigkeit untersucht werden müssen, und diese Controverse hätte jetzt der Kaiser entscheiden wollen. Unmöglich ist eine solche Controverse nicht, aber jene Worte können auch als ganz müßige Amplification, oder als Vorbeugung gegen einen bloß denkbaren Zweifel, dastehen.

3) *L. 18 pr. und § 4 C. de jure delib. (6. 30.).*

*Si infanti, id est minori septem annis, ... hereditas sit derelicta .... und nachher § 4: Si autem septem annos aetatis pupillus excesserit rel.*

4) *L. 14 de sponsal. (23. 1.).*

*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium desi-*

nita non est ... si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est si non sint minores quam septem annis.

Hier ist nicht geradezu gesagt, daß unter den minores quam septem annis eben Diejenigen zu verstehen sind, welche anderwärts Infantes heißen; aber die Meynung des Juristen war es ohne allen Zweifel, und die Veranlassung zu dieser Zeitbestimmung lag ganz einfach darin, daß in der älteren Zeit die Verlobung durch eine Stipulation geschlossen zu werden pflegte (k).

5) QUINCTILIANUS I. 1: Aut cur hoc usque ad septem annos lucrum fastidiamus? ... quantum in infantia praesumptum est temporis, adolescentiae adquiritur.

Hier nimmt er offenbar Infantia und Alter unter Sieben Jahren als völlig gleichbedeutend.

6) MACROBIUS in somn. Scip. I. 6: eodemque anno, id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi.

7) ISIDORI origines XI. 2. Prima aetas infuntia est ... quae porrigitur in septem annis.

In diesem Theil der Untersuchung sind bisher zwey Ausdrücke stillschweigend angewendet worden, welche nun noch einer genaueren Feststellung um so mehr bedürfen, als darüber unsere Juristen von jeher sehr viel gestritten

(k) L. 2 de sponsal. (23. 1.). veteribus stipulari, et spondere  
— „Sponsalia autem dicta sunt sibi uxores futuras.“  
a spondendo: nam moris fuit

haben; es sind die Ausdrücke *Pubertati* und *Infantiae proximus* (1). Manche haben Dieses von einer genauen Halbierung des Zeitraums zwischen der Kindheit und Pubertät verstanden, so daß, nach Verschiedenheit der Geschlechter,  $10\frac{1}{2}$  und  $9\frac{1}{2}$  Jahre den Gränzpunkt bilden würden (m). Andere nehmen es ganz subjectiv, so daß ein frühreifer Knabe schon im achten Jahr *pubertati proximus* heißen könnte, ein sehr unentwickelter noch im vierzehnten Jahr *infantiae proximus*. Hält man sich aber ganz einfach an den Wortsinu, so muß man beide Erklärungen verwerfen, und unter dem *proximus* denjenigen verstehen, der dem einen oder anderen Gränzpunkte sehr nahe steht. Dann liegt zwischen beiden in der Mitte ein größerer Zeitraum, der gar keinen Namen führt. Der praktische Sinn jener Ausdrücke ist aber ohne Zweifel der, daß eine gewisse Geschäftekenntniß nahe an der Pubertät zu vermuthen, nahe an der Kindheit nicht zu vermuthen ist, wobey also die Beurtheilung der unbestimmten Zwischenzeit ganz dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, ja selbst nicht ausgeschlossen wird von jener Vermuthung da abzuweichen, wo eine ganz ungewöhnlich frühe oder späte Entwicklung klar

(1) über die Bedeutung dieser Ausdrücke finden sich viele ältere Meynungen zusammengestellt in J. GOTHOFREDI *Comm. in tit. de reg. juris*, L. 111 *tit. cit.* — Von neueren Schriftstellern sind darüber zwey besondere Abhandlungen zu bemerken: Gensler im

*Archiv für civilist. Praxis* B. 4 N. 18, und Dirksen im *Rheinischen Museum* B. 1 (*Jurisprudenz*) S. 316 — 326.

(m) Diese Meynung hat schon ACCURSIVS in *L. Pupillum* (111.) de *R. J.*

vorliegt (n). Insoferne liegt also auch in der zweyten, oben verworfenen, Erklärung ein wahres Element, nur daß sie ganz ohne Noth den Worten Gewalt anthut. Bey Rechtsgeschäften hat nun diese ganze Unterscheidung ihren praktischen Werth völlig verloren, seitdem hier die oben erwähnte benigna interpretatio (Note a) Alles ausgeglichen hat. Sie ist daher nur noch bey Delicten erheblich geblieben, wie dieses im folgenden § bemerkt werden wird.

Zum Behuf der genauen Anwendung der zwey aufgestellten Vermuthungen kann man fragen, welches die eigentliche Gränze des proximus sey. Darüber findet sich keine Bestimmung. Will man indessen eine Gränze annehmen, die doch auf einem allgemeinen Grunde, nicht auf bloßer Willkühr, beruht, so kann man proximus Denjenigen nen-

(n) Dieser praktische Sinn des proximus infantiae und pubertati leuchtet deutlich genug aus solchen Stellen hervor, worin das so bezeichnete Alter als Kennzeichen des Daseyns einer vollständigeren Urtheilsfähigkeit, das heißt als Vermuthungsgrund dafür, angegeben wird. § 10 *J. de inut. stip.* (3. 19.) „infans et qui infanti proximus est .. nullum intellectum habent (Note a). — § 18 (al. 20) *J. de oblig. ex del.* (4. 1.) „si proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere.“ — *L. 4 § 26 de doli exc.* (44. 4.) „doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse.“ — Mit dieser Ansicht über-

einstimmend ist Dirksen a. a. D. Anders verfährt Genßler a. a. D. Er meynt, die Halbierung des Zeitraums (nach Accursius) liege zwar nicht in den Worten, aber doch im Geiste des R. R., und zwar in folgendem Sinn. Bey dem infantiae proximus sey Dolus unmöglich, Culpa möglich, aber erst zu erweisen; der pub. prox. sey des Dolus wie der Culpa fähig, doch werde nur die Culpa präsumirt, der Dolus müsse erwiesen werden; neben beiden Präsumtionen aber gelte stets der Gegenbeweis. Eine unrömischere Behandlung der Sache läßt sich schwer anbringen.

nen, der weniger als ein volles Jahr von dem einen oder andern Gränzpunkt entfernt ist. Dann wären durch jene Ausdrücke die Zeiträume zwischen 7 und 8 Jahren und zwischen 13 und 14 (oder 11 und 12 im weiblichen Geschlecht) bezeichnet (o). Daß die Römischen Juristen es nicht nöthig fanden, eine solche genauere Bestimmung hinzuzufügen, erklärt sich wohl aus der so eben bemerkten geringen praktischen Wichtigkeit, welche diesen Begriffen übrig geblieben war.

§. 108.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Infantes und Qui fari possunt. (Fortsetzung.)

Die im vorigen §. über den Einfluß der zurückgelegten Kindheit aufgestellten Regeln sollen nunmehr auf die wichtigsten einzelnen Rechtsverhältnisse angewendet werden, wobey zugleich noch einige merkwürdige Ausnahmen zur Sprache kommen müssen.

Der hier anzuwendende Grundsatz lautete aber also. Das Kind ist aller juristisch wirksamen Handlungen unfähig. Der Unmündige, der nicht mehr Kind ist, kann mit Genehmigung des Tutors alle Handlungen vornehmen: ohne Genehmigung nur diejenigen, welche bloß Vortheil bringen ohne Nachtheil oder Gefahr. Dieser letzte Theil des Grundsatzes wird so ausgedrückt: meliorem qui-

(o) Auch diese Meynung ist schon früher aufgestellt worden. Vgl. J. GOTHOFREDUS l. c.

dem suam condicionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore (a).

I. Bey den obligatorischen Verträgen zeigt sich jener Grundsatz am reinsten und vollständigsten.

Jeder Unmündige also, der nicht mehr Kind ist, kann auch ohne Tutor gültig stipuliren, nicht promittiren (b).

So bey einseitigen Verträgen. Schließt er dagegen allein einen zweyseitigen Vertrag, worin stets Gewinn und Verlust gemischt ist (wie Kauf und Mieth), so ist der Vertrag für den Gegner bindend, für den Unmündigen nicht, das heißt es steht in der Wahl des Tutors, ob er den Vertrag ganz anerkennen oder verwerfen will (c).

Eine natürliche Beschränkung erleiden diese Regeln bey

(a) *pr. J. de auctor.* (1. 21), *L. 28 pr. de pactis* (2. 14.). In der Pandektenstelle steht nur die erste Hälfte dieser Regel in den Institutionen stehen beide, obgleich in manchen Handschriften die zweyte Hälfte gleichfalls fehlt. Eine besondere Anwendung der zweyten Hälfte enthält *L. 10 de jur. et facti ign.* (22. 6.). „Impubes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur.“ So wie hier die Stelle in die Digesten aufgenommen ist, erklärt sie den Pupillen für unfähig, durch sein Bewußtseyn in irgend einen Nachtheil zu kommen, wodurch also jede Verpflichtung durch Culpa ausgeschlossen seyn würde. Zunächst dachte aber Papinian an

den Verlust durch versäumte Frist der *honorum possessio*, welches daraus erhellt, daß die Stelle durch ihre Inscription mit *L. 2 de successorio ed.* (38. 9) zusammenhängt, worin nicht von einem Pupillen, sondern von einem Minderjährigen die Rede ist, der die B. P. wirklich agnoscirt, und dann dagegen restituirt wird.

(b) *pr. J. de auctor.* (1. 21.), § 9 *J. de inut. stip.* (3. 19.). (GAIUS III. § 107), *L. 9 pr. de auctor.* (26. 8.), *L. 8 pr. de adqu. her.* (29. 2.), *L. 41 de cond. ind.* (12. 6.), *L. 1 C. de inut. stip.* (8. 39.).

(c) *pr. J. de auctor.* (1. 21.), *L. 5 § 1 de auctor.* (26. 8.), *L. 13 § 29 de act. emti* (19. 1.).

dem Unmündigen, der noch unter väterlicher Gewalt steht, und der auf keine Weise eine Schuld contrahiren kann (d). Denn auch bey dem proximus pubertati paterfamilias grüdete sich die Möglichkeit des Eintritts in ein Schuldverhältniß, wengleich nicht wie bey einem jüngeren auf benigna interpretatio (§ 107. a), dennoch auf die künstliche Anstalt der auctoritas, und diese war nur eingeführt wegen des dringenden Bedürfnisses bey einem mit eigenem Vermögen versehenen Unmündigen (§ 107). Bey dem filiusfamilias, der kein Vermögen haben konnte, war dieses Bedürfniß nicht vorhanden, und darum war es ganz unnütz dem Vater eine ähnliche Macht wie die tutoris auctoritas zu verleihen, bloß damit der Sohn möchte Schuldner werden können.

II. Bey den Obligationen aus Delicten gelten andere Regeln. Delicte sind nicht, wie die Rechtsgeschäfte, Bedürfniß für den Verkehr, sondern vielmehr nur Störungen desselben. Daher ist für sie weder die benigna interpretatio (§ 107. a) angewendet worden, noch auch überhaupt die auctoritas, wodurch ja nur erlaubte Ge-

(d) § 10 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L. 141 § 2 de V. O.* (45. 1.). — Dieser Satz bezieht sich nur auf das ältere Recht, nicht auf die der neueren Zeit des R. R. angehörenden sogenannten Peculien. Ein *castrense* kann der Unmündige überhaupt noch nicht haben; als aber das sogenannte *adventitium* aufkam, war die Gewohnheit und das Bedürfniß der aucto-

ritas schon so vermindert, daß man es wohl deswegen unterließ, besondere Vorkehrung für diesen Fall zu treffen. Namentlich für das sogenannte *extraordinarium* bekam der unmündige Sohn keinen Tutor, sondern einen Curator, der also zur auctoritas unfähig war. *L. 8 § 1 C. de bon. quae lib.* (6. 61.).

schäfte erleichtert werden sollten. Wollte man aber dabey strenge stehen bleiben, so läge darin ein großes Unrecht gegen den Verletzten, der gegen das Delict des Unmündigen gar keine Hülfe gehabt hätte. Deshalb gilt hier folgende Regel. So lange der Unmündige das in seiner Handlung liegende Unrecht noch nicht begreift, entsteht für ihn überhaupt keine Verpflichtung; ist er fähig es zu begreifen, so wird er durch seine einseitige Handlung verpflichtet, so daß also diese Art der Obligationen auf der einen Seite schwerer, auf der andern aber leichter entsteht, als die Obligationen aus Verträgen. Daß er fähig ist das Unrecht zu begreifen, wird bey ihm vermuthet sobald er proximus pubertati ist; hier also ist der einzige Fall, worin dieser Begriff noch praktischen Einfluß hat(e). Allein die individuelle Beurtheilung sollte durch diese Vermuthung nicht ausgeschlossen seyn. Diese gründet sich nicht bloß auf die größere oder geringere Entwicklung des Unmündigen, sondern auch auf die mehr oder weniger einfache Natur der verbotenen Handlung; so z. B. wird ein zwölfjähriger Knabe leicht wissen was er thut, wenn er Geld stiehlt; aber er wird es vielleicht nicht begreifen, wenn ihn ein Anderer zu einem künstlich angelegten Be-

(e) In manchen Stellen wird als Bedingung der Zurechnung das proximus pubertati ausgedrückt, in anderen das doli (oder culpae) capax; mit so willkürlicher Abwechslung, daß Beides nothwendig als gleichbedeutend ge-

dacht seyn muß. Am unverkennbarsten ist es in den Stellen, worin beide Bedingungen, als in einem Causalf Zusammenhang stehend, mit einander verbunden werden, vgl § 107. n.

trag als Werkzeug gebraucht (f). Dagegen würde es ganz unrichtig seyn, hierin den Unterschied zwischen culposen und dolosen Delicten als entscheidend anzusehen, so daß der Unmündige früher zu jenen als zu diesen für fähig zu halten wäre (g). — Diese Grundsätze werden nun in vielen Delicten mit großer Consequenz durchgeführt (h). — Ganz dieselben Grundsätze aber gelten auch bey solchen Obligationen, deren erste Entstehung nicht in einem Delict, sondern in einem Vertrag u. s. w., enthalten ist, wo bey aber die einzelne Anwendung der Klage auf einen

(f) *L. 13 § 1 L. 14 de dolo* (4. 3.). Die erste Stelle sagt, auch die *doli actio* könne gegen den *proximus pubertati* gehen; dieses führt die zweite Stelle weiter aus in folgenden Worten: *Quid enim si impetraverit a procuratore petitoris ut absolveretur ... vel alia similia admisit, quae non magnam machinationem exigunt?* Noch deutlicher tritt diese Ansicht bey der Frage wegen der Zurechnung mancher öffentlichen Verbrechen hervor, von welchen sogleich die Rede seyn wird. (Note k).

(g) Diesen Unterschied behauptet Gensler (§ 107. n), ohne Zweifel weil bey mehreren dolosen Delicten der *proximus pubertati* ausgedrückt wird, bey culposen (die aber überhaupt nur selten vorkommen) nicht, wie in *L. 5 § 2 ad L. Aquil.* (9. 2.), *L. 23 de furtis* (47. 2.). Allein in eben so vielen Stellen wird

auch dort nur der *doli capax* erwähnt, gerade so wie hier nur der *culpa capax*. Ja in *L. 23 cit.* werden beide mit völlig gleichartigen Ausdrücken unmittelbar neben einander genannt. — Sieht man auf das Wesen der Sache, so ist es wohl einleuchtend, daß man einem Knaben meist früher einen Diebstahl wird zurechnen können, als die Unvorsichtigkeit woraus gegen einen Erwachsenen unfehlbar die *actio legis Aquiliae* entstehen würde.

(h) So bey *furtum*, *damnum injuria datum*, und *injuria*. § 18 (*al. 20.*) *J. de oblig. ex del.* (4. 1.), *L. 23 de furtis* (47. 2.), *L. 5 § 2 ad L. Aquil.* (9. 2.), *L. 111 pr. de R. J.* (50. 17.), *L. 3 § 1 de injur.* (47. 10.). — Bey *vi bonorum raptorum*. *L. 2 § 19 vi bon. rapt.* (47. 8.). — Bey *sepulchrum violatum*. *L. 3 § 1 de sep. viol.* (47. 12.). — Bey *dolus*. *L. 13 § 1 L. 14 de dolo*

Dolus sich gründet (i). — Und eben so werden diese Grundsätze auch auf die Bestrafung öffentlicher Verbrechen angewendet, bey welchen ganz besonders hervorgehoben wird, daß die Zurechnung von der mehr oder weniger einfachen und leicht einzusehenden Natur des Verbrechens abhängig seyn soll (k).

III. Bey der Auflösung der Obligationen ist die Anwendung des Grundsatzes einfach und unbedenklich. Der Unmündige kann einen Erlaßvertrag schließen: wenn er Schuldner ist für sich allein, als Glaubiger aber nur mit dem Tutor (l). — Zahlung leisten würde er können, weil er dadurch Befreyung erwirbt: dennoch kann er es nicht ohne Tutor, weil es nicht geschehen kann ohne Veräußerung des Geldes. Ganz eben so verhält es sich mit dem Empfang einer Zahlung, wodurch er zwar Geld erwirbt, auf der andern Seite aber auch eine Forderung verliert (m).

(4. 3.), L. 4 § 26 *de doli except.* (44. 4).

(i) L. 1 § 15 *depos.* (16. 3.), L. 46 *de O. et A.* (14. 7.), L. 3 § 2 *de tribut.* (14. 4).

(k) So soll das *Falsum* nicht leicht jemals bey Unmündigen anwendbar seyn. (L. 22 *pr. ad L. Corn. de falsis* (48. 10.)). Bey dem Falschmünzen wird sonst auch das Mitwissen bestraft, an den Unmündigen nicht weil sie es nicht verstehen. (L. 1 *C. de falsa mon.* 9. 24.). Besonders lehrreich ist auch die feine Beurtheilung eines

einzelnen Falls in L. 14 *de Sc. Silan.* (29. 5.). — Schon in den zwölf Tafeln war für das *furtum manifestum* und den Feldschaden bestimmt, der Unmündige solle *praetoris arbitratu* gepeitscht werden; dieses Ermessen betraf wohl weniger das Maas der Züchtigung, als die Zurechnung überhaupt. Vgl. Dirksen zwölf Tafeln S. 45. 577, und im Rhein. Museum B. 1 S. 325.

(l) L. 28 *pr. de pactis* (2. 14.).

(m) § 2 *J. quib. alienare* (2.

IV. Die Prozeßführung, der Unmündige mag nun Kläger oder Beklagter seyn, ist wegen des ungewissen Ausgangs stets ein gefährliches Geschäft; daher ist dazu der Unmündige fähig nur mit Genehmigung des Tutors (n).

V. Eigenthum erwerben kann der Unmündige auch allein, weil er dadurch nur reicher wird. Veräußern kann er nur mit dem Tutor, weil er dadurch sein Vermögen vermindert (o). — So konnte also namentlich die Freylassung eines Sklaven von dem Unmündigen nur mit dem Tutor gemeinschaftlich vorgenommen werden (p).

VI. Sponsalien schließen kann der Unmündige für sich allein (q), welches so zu erklären ist. Steht er in väterlicher Gewalt, so ist er ohnehin, auch unabhängig von dem unreifen Alter, an des Vaters Einwilligung streng gebunden. Ist er unabhängig, so konnte freylich die Genehmigung des Tutors nicht ausbelfen, da diese sich nur auf das Vermögen bezieht, womit die Sponsalien nicht in Verbindung stehen. Man möchte also, nach der Analogie

8.), *L. 9 § 2 de auctor.* (26. 8.),  
*L. 14 § 8 L. 15 de solut.* (46. 3).

(n) *L. 1 § 2. 4 de admin.* (26. 7.). Bgl. § 107. Num. 1.

(o) § 2 *J. quib. alienare* (2. 8.), *L. 9 pr. § 2 de auctor.* (26. 8.), *L. 11 de adquir. rer. dom.* (41. 1.). — Die erste Hälfte der Regel kommt nicht leicht rein für sich zur Anwendung. Denn gründet sich der Erwerb auf ein feyerliches Geschäft, wie die Mancipation, so konnte wohl niemals der Unmündige ohne Tutor da-

bey überhaupt auftreten, so daß hierin Gewinn und Verlust keinen Unterschied machte; entsteht er aber durch Besitz, wie bey der Tradition, so kommen die etwas modificirten Regeln vom Besitz-erwerb (s. u. Num. VIII.) zur Anwendung.

(p) *L. 24 de manum. vind.* (40. 2.), *L. 30 § 1. 2. 3. 4 de fid. lib.* (40. 5.), *L. 9 § 1 de auctor.* (26. 8.).

(q) *L. 14 de sponsal.* (23. 1.). Bgl. oben § 107. Num. 4.

der Obligationen, erwarten, daß die Sponsalien in jenem Alter vielmehr gänzlich unterbleiben müßten. Daß man sie dennoch, und zwar dem Unmündigen allein, gestattete, erklärt sich wohl aus der ganz ungefährlichen Natur einer Handlung, die durch einseitige Willkür jederzeit wieder entkräftet werden kann. Die einzige Gefahr war etwa die, daß vielleicht derselbe Unmündige abermals Sponsalien eingieng, ohne die ersten gekündigt zu haben, auf welche Handlung allerdings die Infamie folgte (§ 77. IV.).

In den bisher abgehandelten Fällen (mit Ausnahme der Delicte) kam unser Grundsatz rein zur Anwendung; in den folgenden Fällen sind durch eigenthümliche Schwierigkeiten einige Ausdehnungen der sonst geltenden Fähigkeit veranlaßt worden.

VII. Erwerb einer Erbschaft. Dieser ist stets mit der Übernahme von Obligationen verbunden. Daher kann der Unmündige nie allein diese Handlung vornehmen, wohl aber (vom achten Lebensjahr an) stets mit dem Tutor, selbst wenn er so jung und unentwickelt ist, daß er die Wichtigkeit dieser Handlung nicht begreift (r). Dieses Alles liegt in der reinen Anwendung unsres Grundsatzes.

(r) § 1 *J. de auctor.* (1. 21.), *L. 9 L. 8 pr. de adqu. her.* (29. 2.), *L. 9 § 3. 4 de auctor.* (26. 8.), *L. 1 C. ad Sc. Tert.* (6. 56.): „*licet liberi .. ita demum per se heredes existant, si dari possint*“ *rel.* Hier heißt das *per se* nicht etwa: für sich allein — denn

so können es auch die älteren Unmündigen nicht; sondern: durch ihre Mitwirkung. Wahrscheinlich sind die Worte eingeschoben, um die Stellen mit den sogleich zu erwähnenden späteren Erleichterungen in Einklang zu bringen.

Allein damit war hier das praktische Bedürfnis noch lange nicht befriedigt. Der Erwerb der Erbschaft unterscheidet sich von jedem andern Erwerb dadurch, daß er ein höchst persönliches Geschäft ist. Darum konnte zu keiner Zeit ein Sklave die dem Herrn deferirte Erbschaft für diesen erwerben, anstatt daß er ihm durch Mancipation oder Stipulation allerdings erwerben konnte. Eben so konnte dieser Erwerb niemals durch freye Mittelspersonen bewirkt werden, selbst nachdem diese zu vielen andern Erwerbungen zugelassen worden waren. War also der berufene Erbe noch in der Kindheit, so konnte für ihn weder der Tutor durch eigenes Handeln, noch auch ein Sklave, aushelfen, und diese wichtigste unter allen Erwerbungen hätte also überhaupt bey Kindern unterbleiben müssen, lediglich zu Ehren der strengen Rechtsform. — Dieselbe Schwierigkeit trat ein bey demjenigen Infantes, die noch in väterlicher Gewalt standen, nur kam bey diesen im älteren Recht der Anfall einer Erbschaft seltner vor; er wurde erst häufig und wichtig seit dem Sc. Orphitianum und den neueren Kaisergesetzen (s). Wie war nun in diesen Fällen zu helfen?

Papinianus schlägt eine Auskunft vor, die von folgender

(s) Nach Agnationsrecht nämlich konnte dem *filiusfamilias* keine Erbschaft zufallen, weil der Vater dem Verstorbenen stets um einen Grad näher stand. Durch Testament war es zwar möglich, aber die Erbeinsetzung eines Kin-

des von Seiten eines Fremden ist wohl überhaupt nicht häufig; vollends wenn dieses Kind in väterlicher Gewalt stand, war es einfacher sogleich den Vater einzusetzen.

Betrachtung ausgeht. Die Erbschaft könne überhaupt erworben werden durch ausgesprochene Worte (*cernendo* oder *nuda voluntate*) oder durch Handlungen (*gerendo*) (t). Die erste Art sey freylich nicht möglich bey dem *qui fari non potest*, wohl aber die zweyte, der Tutor könne also das Kind Handlungen eines Erben vornehmen lassen und dazu die Genehmigung ertheilen (u). Hier gestattet er also die *auctoritas* während der *Infantia*, worin sie sonst durchaus nicht zugelassen wird; offenbar nur aus Noth, und indem er sich zu diesem Zweck hinter den Wortsinne von *Infans* versteckt, sich also darüber hinwegsetzt, daß in allen anderen Beziehungen nicht bloß wegen der Sprachunfähigkeit die Möglichkeit der *auctoritas* bey dem *Infans* verneint wird, sondern zugleich wegen des damit verbundenen gänzlichen Mangels an *intellectus* (v).

(t) GAIUS II. § 167.

(u) L. 65 § 3 *ad Sc. Treb.* (36. 1.) „*sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede, tutore auctore, gerere posse videtur.*“ Er macht davon Anwendung auf den Empfang eines Erbschaftsfideicommisses, wobei er nur unter der Voraussetzung einige Schwierigkeit findet, daß der eingefetzte Erbe zum Antritt gezwungen werden muß; eben diese Schwierigkeit beseitigt er in den angeführten Worten durch die Analogie der *hereditas*. — Bey der *bonorum possessio*, die als ein prätorisches Institut viel freyer behandelt wur-

de, half man sich einfacher. Der Vater sollte für das Kind, der Tutor für den Mündel, selbst die *B. P.* erbitten dürfen, also ganz ohne persönliches Mitwirken des berufenen *bonorum possessor*. L. 7. § 1 L. 8 L. 11 *de B. P.* (37. 1.), L. 3 *C. qui admitti* (6. 9.). — Über die Behandlung der Erbschaftsfideicommisses, die ein Unmündiger empfangen oder restituiren soll, vgl. außer der angeführten L. 65 § 3 *ad Sc. Treb.* auch L. 37 § 1 *eod.* und L. 7 *pr. C. eod.* (6. 49.).

(v) Vgl. oben § 107. f. Wäre die Ansicht des Paulus durchgreifend, und nicht bloß ein Nothbe-

Späterhin beseitigte man die Schwierigkeit auf eine durchgreifendere, weniger subtile Weise, durch Kaisergerese. Während der Kinderjahre des berufenen Erben sollte ihm ganz ohne eigenes Zuthun die hereditas erworben werden können durch seinen Tutor, oder (wenn er noch in väterlicher Gewalt stand) durch den Vater (w). Dadurch war nun die Abweichung von den strengen alten Rechtsregeln auf eine andere Seite gelegt. Anstatt daß Paulus die auctoritas während der Kinderjahre zulassen wollte, ließ man jetzt die Regel fallen, daß der berufene Erbe nur in eigener Person die hereditas erwerben könne; dadurch war aber auch jene frühere Auskunst ganz überflüssig geworden, und sie steht in den Digesten nur noch als eine Antiquität da.

VIII. Erwerb des Besizes.

Nach der Analogie der bisher abgehandelten Rechtsinstitute möchte man hier Folgendes erwarten. Erwerben müßte der Unmündige den Besitz auch für sich allein, weil darin reiner Gewinn liegt; aufgeben könnte er ihn nur mit dem Tutor, denn obgleich der Besitz an sich selbst kein Recht ist, so sind doch bedeutende rechtliche Vortheile

helf gewesen, so hätte man auch die auctoritas neben dem Consensualcontract eines Infans behaupten müssen. Dieses ist jedoch niemals versucht worden, offenbar weil kein praktisches Bedürfnis dazu trieb.

(w) L. 8 C. Th. de bonis mat.

(8. 18.), L. 18 pr. § 2. 4 C. de j. delib. (6. 30.). — Praktisch wichtig war diese Neuerung eben nicht, da in allen Fällen einer solchen hereditas auch schon durch Agnition der bonorum possessio (Note u) der Zweck des Vermögenserwerbs erreicht werden konnte.

baran geknüpft worden. Dieser letzte Theil der aufgestellten Sätze ist denn auch im R. R. unbedenklich anerkannt (x).

Nicht so der erste Theil der aufgestellten Regel. Hierin zeigte sich der Erwerb des Besitzes schwieriger, als der Erwerb der strengen Rechtsverhältnisse des alten Rechts. Zwar der Erwerb mit Genehmigung des Tutors wird auch für den Besitz unbedenklich zugelassen (y). Dagegen soll der allein handelnde Pupill schlechthin nur dann zu diesem Erwerb fähig seyn, wenn er persönlich bereits Einsicht in die Natur dieses Geschäfts (*rei intellectum*) haben kann; fehlt es ihm hieran, so erwirbt er nicht, und die für den Erwerb eigentlicher Rechte eingeführte *benigna interpretatio* (§ 107. a) kommt ihm hier nicht zu gut (z). Der

(x) *L. 11 de adqu. rer. dom.* (41. 1.). „Pupillus, quantum ad acquirendum, non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem quae est naturalis“ rel. Verlieren freylich kann der Unmündige den Besitz auch allein, nämlich corpore. *L. 29 de adqu. poss.* (41. 2.). Das ist aber nicht veräußern, das heißt verlieren durch seinen Willen, so daß die Handlung, neben dem Verlust des Besitzes, auch zugleich die Natur einer Succession hat. Vergl. Savigny Recht des Besitzes, 6te Auflage, S. 418. 419.

(y) *L. 1 § 3. 11 de adqu. poss.*

(41. 2.), *L. 4 § 2 de usurp.* (41. 3.).

(z) *L. 1 § 3 de adqu. poss.* (41. 2.). „... Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse: quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.“ Daß hier der *rei intellectus*, also der Geschäftsbegriff, gemeint ist, ergiebt sich theils aus der Vergleichung mit dem bestimmteren Ausdruck einiger oben (§ 107. g) angeführten Stellen, theils aus *L. 26 C. de don.* (8. 54.) „aut habeat rei, quae sibi donatur, adfectum.“ Eben darauf geht *L. 4 § 2 de usurp.* (41. 3.). „Pupillus .. si non tutore

Grund liegt darin, daß der Besitz seinem Wesen nach ein faktisches Verhältniß ist, dessen Grundbedingung, der *animus possidendi*, außerdem gänzlich fehlen würde. Bey der *auctoritas*, die allerdings auch nur ein künstliches Verhältniß ist, ließ man sich durch diese Bedenklichkeit nicht stören, weil in derselben der Tutor mit dem Pupillen als zu Einem Individuum verschmolzen gedacht wird, so daß in dieser Vereinigung das Bewußtseyn des Tutors zugleich als Bewußtseyn des Pupillen zu betrachten ist. — Ist nun in dieser Hinsicht der Erwerb des Besitzes, verglichen mit eigentlichen Rechten, dem Unmündigen erschwert, so wird er ihm auf der anderen Seite künstlich erleichtert. Anstatt daß nämlich außerdem während der Kinderjahre keine *auctoritas* zugelassen wird, so ist dieselbe hier, abweichend von der Regel, und bloß wegen der Bedürfnisse des Verkehrs (*utilitatis causa*), besonders gestattet (aa). Der Grund

*auctore possideat, et animum possidendi habeat, dicemus posse eam usucapere;*“ das heißt, wenn er, seiner Entwicklung nach, schon fähig ist, für diese Sache einen wahren *animus possidendi* zu fassen. — Das Daseyn dieses *intellectus* ist nun hier, wie anderwärts (§ 107. g), nach der Beschaffenheit der Gegenstände zu beurtheilen, so daß also derselbe Unmündige vielleicht den Besitz eines Geldstücks oder eines Kleides erwerben können, dem diese Fähigkeit bey einem Landgut abzusprechen ist. — Aus den

oben angeführten sehr bestimmten Stellen sind übrigens einige unbestimmtere zu erklären. *L. 1 § 11 de adqu. poss.* (41. 2.). „... *pupillus, maxime tutore auctore, acquirit possessionem*“ (*maxime*, d. h. dann unbedingt, ohne Tutor nicht immer). *L. 32 § 2 eod.* „*Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest*“ (nämlich wenn er hinreichend entwickelt ist). Eben so auch *L. 9 pr. de auctor.* (26. 8.).

(aa) *L. 32 § 2 de adqu. poss.* (41. 2.). „*Infans possidere recte*

dieser eigenthümlichen Abweichung ist so zu erklären. Nach dem älteren Recht konnte überhaupt Niemand durch freye Mittelspersonen Rechte erwerben, also auch nicht der Pupil durch die Handlungen seines Tutors: bey dem Besitz insbesondere, welcher freylich nicht wie ein Recht, sondern wie eine Thatsache entsteht, gehört zu dieser Thatsache wesentlich der Wille des Besitzerwerbers, der aber nicht vorhanden ist, wenn bloß der Tutor will. Daher konnte denn im älteren Recht der Tutor seinem Pupillen eben so wenig den Besitz, als Eigenthum oder Obligationen, erwerben. Allein bey diesen eigentlichen Rechten half das Sklavenverhältniß aus, indem jeder Sklave des Pupillen durch Mancipation oder Stipulation seinen Herrn zum Eigenthümer oder Glaubiger machte. Diese rein juristische Aushülfe fehlte bey dem Besitz, der nur durch die Thatsache des Willens, neben der körperlichen Herrschaft

potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: *utilitatis enim causa hoc receptum est*" rel. — Vgl. über diese Stelle Savigny Recht des Besitzes 6te Aufl. S. 285. — Es würde ganz unrichtig seyn, wenn man sich diese utilitas so vorstellen wollte, als hätten dadurch die eigenen Speculationen der Kinder begünstigt werden sollen; es kam darauf an, den Erwerbungen rechtliche Vollendung zu geben, die sich auf Rechtsgeschäfte des Tutors, oder auch des Erblassers

des Pupillen gründeten. Wie wichtig die Sache war, ergiebt sich aus der Betrachtung folgendes einfachen und häufigen Falles. Wenn ein Mann starb und einen Sohn unter Sieben Jahren als suus heres hinterließ, so erwarb dieser sogleich ipso jure das ganze Vermögen, aber den Besitz desselben, also auch den Interdictenschutz, konnte er nicht anders als mit Hülfe jener anomalistischen tutoris auctoritas erwerben. (Vgl. Savigny Recht des Besitzes § 28).

(corpore et animo), zu Stande kommen sollte: daher konnten Sklaven dem Pupillen zwar jedes Eigenthum durch Mancipation aus eigenem Entschluß erwerben, den Besitz aber nicht anders als wenn ihnen der Pupill, tutore auctore, dazu Befehl gegeben hatte (bb). Da nun in der Regel einem Kinde keine auctoritas gegeben werden konnte, so hätte für ein Kind auf keine Weise jemals Besitz entstehen können. Diesem sehr fühlbaren Nachtheil abzuhelfen, war das dringende Bedürfniß, oder die utilitas, um derenwillen die Römer bey dem Besitz ausnahmsweise die auctoritas zur Ergänzung der Handlung eines Kindes zuließen. Eine formelle Schwierigkeit fand sich dabey nicht, weil der Besitzwerb, eben so wie die pro herede gestio, keiner mündlichen Rede bedarf, wozu gerade das fari posse nöthig gewesen wäre (Note u. v).

Späterhin half man einfacher und durchgreifender dadurch, daß man dem Tutor gestattete, durch seine eigene Handlung dem Pupillen Besitz zu erwerben (cc), so daß

(bb) Eigenthum erwarb durch einen Sklaven Jeder, er mochte es wissen und wollen, oder nicht. Den Besitz dagegen erwarb man durch den Sklaven nur entweder mittelst des eigenen animus possidendi, oder (was nicht hierher gehört) peculiariter, d. h. wenn dieser Erwerb nur zur Erweiterung eines schon ertheilten peculii gehört. L. 1 § 5 de adqu. poss. (41. 2.). Ganz consequent konnte daher ein Unmündiger durch

den Sklaven Besitz erwerben nur 1) in Folge eines Befehls, den er selbst, tutore auctore, gegeben hatte (L. 1 § 11 eod.), 2) oder peculiariter, welches letzte auch bey der Infantia des Unmündigen von selbst anwendbar war (L. 32 § 2 in f. eod.).

(cc) L. 1 § 20 de adqu. poss. (41. 2.), L. 13 § 1 de adqu. rer. dom. (41. 1.), L. 11 § 6 de pign. act. (13. 7.). Vgl. Savigny Recht des Besitzes 6te Aufl. S. 367.

man für diesen Fall über den mangelnden animus possidendi des Besitzers ganz hinwegseh. Dadurch verlor nun freylich der anomalische Erwerb des Kindes, auctore tutore, alle Wichtigkeit, und behielt eigentlich nur noch ein Interesse für die Entwicklungsgeschichte des ganzen Rechtsinstituts. Außerdem hätte er für das Justinianische Recht sogar noch eine weit größere Wichtigkeit, als für das frühere, haben müssen, da in jenem die Tradition (die sich immer auf Besitzerwerb gründet) die einzige Form für die Veräußerung des Eigenthums geworden ist.

---

Im Anfang dieses §. wurde die Regel aufgestellt, daß der Unmündige solche Handlungen, woraus möglicherweise Schaden entstehen kann, für sich allein vorzunehmen nicht fähig ist. Solche von ihm ausgehende Handlungen (wie Verschuldung, Veräußerung, Aufgeben einer Forderung) sind also ungültig. Allein diese Ungültigkeit muß nun noch durch eine gemeinsame Ausnahme beschränkt werden. Die erwähnte Ungültigkeit hat nämlich nur den Zweck, Nachtheil von dem Unmündigen abzuwehren, nicht ihn zu bereichern. Ist er also in Folge jener Handlung zugleich bleibend bereichert worden, so muß diese Bereicherung herausgegeben oder angerechnet werden. So geschieht es bey Rechtsgeschäften. Wenn z. B. ein Unmündiger Zahlung von seinem Schuldner annimmt, so wird dadurch allein der Schuldner nicht frey (Num. III.). Soweit aber das Geld sich noch vorfindet, ist es allerdings als Tilgung

der Schuld anzurechnen (dd). Eben so aber auch bey Delicten. Wenn also der Unmündige eine delictartige Handlung in einem Alter begeht, worin er des Dolus noch nicht fähig ist, so muß dennoch Dasjenige herausgezahlt werden, was sich in Folge jener Handlung in seinem Vermögen befindet (ee).

## §. 109.

## II. Freye Handlungen. — Hindernisse. A. Altersstufen. Impuberes und Puberes (a).

An die Pubertät oder Geschlechtsreife ist nach dem ältesten Recht der Genuß vollständiger Handlungsfähigkeit geknüpft (§ 106). Diese Fähigkeit äußert sich in drey wichtigen Beziehungen. Erstlich hat der Mündige die eigene Herrschaft über sein Vermögen in der Gegenwart, womit also nothwendig verbunden ist das Ende der bisher bestehenden Tutel. Zweytens hat er diese Herrschaft selbst für die Zeit nach seinem Tode, indem er nunmehr ein Testament machen kann. Drittens hat derselbe die Fähigkeit zur Ehe. Diese drey wichtigen Wirkungen sind im Justinianischen Recht unstreitig an die Pubertät mit der näheren Bestimmung geknüpft, daß das zurückgelegte vierze-

(dd) *L. 5 pr. de auctor.* (26. *L. 13 § 1 de dolo* (4. 3.), *L. 4* 8.), *L. 4 § 4 de doli exc.* (44. *§ 26 de doli exc.* (44. 4.).  
4.), *L. 15 L. 47 pr. § 1 L. 66* (a) Vgl. A. G. CRAMER progr. *de pubertatis termino Kiliae* 1804. Rudorff *Recht der Vormundschaft* B. 3 § 202.

(ee) *L. 1 § 15 depositi* (16. 3.),

hente oder zwölfte Jahr als Pubertät allgemein gelten soll, ohne Beachtung individueller Zustände und Verschiedenheiten. Früher war diese einfache Bestimmung von Vielen bestritten, und zwar namentlich für die vierzehnten Jahre des männlichen Geschlechts. Es fragt sich aber, und ist jetzt zu untersuchen, ob dieser Streit alle angegebene Wirkungen der Pubertät, oder etwa nur eine derselben, zum Gegenstand hatte; ferner, ob er sich auch auf die zwölf Jahre des weiblichen Geschlechts erstreckte. Was nun diese letzte Frage betrifft, so kann gleich hier bemerkt werden, daß wir durch kein altes Zeugniß zu der Annahme veranlaßt sind, als wären hier die zwölf Jahre, als Gränze der Mündigkeit, jemals auch nur bezweifelt worden.

I. Ich betrachte nunmehr genauer die erste und wichtigste unter jenen drey Wirkungen, die eigene Herrschaft über das Vermögen, welche gleichbedeutend ist mit der Beendigung der Tutel; man kann dieselbe auch als die allgemeine Handlungsfähigkeit bezeichnen, im Gegensatz der beiden anderen, deren jede nur ein einzelnes Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat.

Justinian sagt uns, in Beziehung auf das männliche Geschlecht, die Alten hätten außer den Jahren auch die Geschlechtsreife der Einzelnen geprüft; diese Untersuchung untersage er, als dem keuschen Sinn seiner Zeit widerstrebend, weshalb ohne Unterschied der Individuen das Ende des vierzehnten Lebensjahres als Zeitpunkt der Pubertät

gelten solle (b). Genauere Nachricht über die früheren Meynungen finden wir bey Gajus und Ulpian. Die Sabinianer forderten die individuelle Reife, die also untersucht werden müsse, die Proculejaner nahmen 14 Jahre an, (Javolenus) Priscus meynte, es müsse beides vereinigt seyn, das Alter von 14 Jahren und die individuell festzustellende Reife (c). Eigentlich ist wohl, diese dritte Meynung bloß als die Ergänzung der Sabinianischen anzusehen, indem Priscus wohl nur aussprach, was auch Jene gedacht hatten, daß die körperliche Untersuchung nur nach Ablauf der 14 Jahre eintreten solle, daß sie also die Zeit der Impubertät nie verkürzen, wohl aber oft verlängern solle. — Wie stand es nun aber vor der Entstehung jener Controverse? Und wie wurde es neben derselben in der Praxis gehalten?

In der älteren Zeit ist von einer Begränzung des Knabenalters die Rede, hergeleitet aus einer alten religiösen Lehre der Römer; die Natur hatte das Lebensziel des Menschen auf 120 Jahre bestimmt, dieses wurde durch das Fatum auf 90 Jahre verkürzt, welche drey gleiche Hauptabschnitte des Lebens, jeden zu 30 Jahren, geben;

(b) *pr. J. quib. mod. tut.* (1. 22.), *L. 3 C. quando tutores* (5. 60.). Die Institutionenstelle ist ausführlicher als die des Eoder.

(c) GAJUS I. § 196, ULP. XI. § 28. Die Stelle des Gajus ist lückenhafter als die des Ulpian, worin die Angabe für das männ-

liche Geschlecht vollständig steht; eine Verschiedenheit in den Angaben beider Schriftsteller erhellt nicht. — Schilling *Institutio-*nen B. 2 § 35 Note m verwirft die handschriftliche Lesart Priscus, und emendirt: *plerisque visum est.*

genau die erste Hälfte des ersten Abschnitts (also 15 Jahre) bildet die Knabenzeit (d). — Daneben steht eine andere rein praktische, die auf die Militärverfassung des Königs Servius zurückgeführt wird; das Knabenalter dauert hier 17 Jahre, dann fängt die Kriegspflicht an (e). Inwiefern die zweyte Angabe durch Voraussetzung ungenauer Ausdrücke und historischer Irrthümer auf die erste zurückgeführt werden kann, mag hier dahin gestellt bleiben (f). Neuerlich ist aber die Vermuthung aufgestellt worden, diese politisch-militärische Gränze des Knabenalters (mag es nun 15, 16 oder 17 Jahre umfassen) sey damals zugleich im Privatrecht der Anfangspunkt der Handlungsfähigkeit gewesen. Diese Annahme ist nicht nur möglich, sondern

(d) CENSORINUS de die natali C. 14 (aus Barro). SERVIVS ad Virgil. Aen. IV. 653.

(e) GELLIUS X. 28. „C. Tubero in historiarum primo scripsit, Servium Tullium ... pueros esse existimasse, *qui minores essent annis XVII.*, atque inde ab anno XVII. .. milites scripsisse.“ — LIVIVS XXII. 57 (a. 538) „juniores ab annis XVII. *et quosdam praetextatos* scribunt.“ Die natürliche Erklärung scheint mir diese: Die Aushebung betraf (nach der Schlacht bey Cannä) alle juniores, d. h. die älter als 17 Jahre waren (und dieses war in der Regel der Kriegsverfassung), diesesmal aber auch manche, die noch nicht dieses Alter hatten, folglich noch zu den praetextati gehörten.

(f) Niebuhr R. Gesch. B. 1 S. 492 ed. 3 erklärt die Angabe des Tubero (Note e) von denjenigen, die noch nicht das 17te Jahr angetreten hätten (was wohl nicht den Worten gemäß ist), und fügt hinzu, Tubero habe doch noch um ein Jahr geirrt, indem das Knabenalter (nach Barro) mit dem Anfang des 16ten Jahres aufgehört habe. Allein es scheint mir durchaus keine innere Nothwendigkeit vorhanden, die alte, von Barro und Servius erwähnte, Lehre mit der praktischen Einrichtung des Kriegsdienstes zu identificiren. Die Stelle des Livius ist allerdings noch mehr, als die des Tubero, verschiedener Erklärungen empfänglich.

auch natürlich, und darum nicht unwahrscheinlich; aber ein Zeugniß dafür haben wir nicht, und besonders darf nicht übersehen werden, daß dadurch in die ältere Zeit des Privatrechts ein ganz neues Princip willkürlich hinein getragen wird. Denn die Geschlechtsreife und die körperliche Fähigkeit zum Kriegsdienst sind nicht nur den Begriffen nach verschieden, sondern sie können auch praktisch aus einander liegen, indem mit früher Entwicklung der Geschlechtsreife ein schwächerer Körperbau wohl vereinbar ist. Alle unsre Nachrichten aber knüpfen die privatrechtliche Fähigkeit unbedingt an die Pubertät; die Zweifel und Streitigkeiten betreffen bloß die Feststellung der Zeit der Pubertät, durchaus nicht die Berücksichtigung irgend eines von der Pubertät selbst verschiedenen Principis.

Wir fragen also nun: wie wurde der Zeitpunkt der Pubertät bestimmt, ehe diese Bestimmung in den beiden Juristenschulen ein Gegenstand des Schulstreites geworden war? Und wir lassen daneben ganz auf sich beruhen die weitere Frage, ob vielleicht in irgend einer Zeit, wovon sich gar keine Nachricht erhalten hat, die privatrechtliche Fähigkeit durch ganz andere Gründe als die Pubertät bestimmt worden sey.

Bey der ältesten Bestimmung der Pubertät ist es nothwendig, eine uralte Römische Sitte zu erwähnen, die damit unverkennbar in irgend einem Zusammenhang stand. Jeder Knabe nämlich unterschied sich von dem Jüngling und Mann auf eine sichtbare Weise durch die Kleidung,

indem er ein Kleid mit einem Purpursaum (praetexta) trug, anstatt daß die toga virilis ohne einen solchen farbigen Saum war. Die Anlegung dieser männlichen Tracht aber geschah öffentlich, als eine feyerliche Handlung, und darin lag augenscheinlich die öffentliche Erklärung des Eintritts in das Jünglingsalter. Das Alter nun, in welchem diese Handlung vorgenommen wurde, war keinesweges gleichförmig. Zunächst schon deshalb nicht, weil sie in der Regel für alle Jünglinge auf einen und denselben Tag, den 17ten März, oder das Fest der Liberalien, gesetzt war (g), wodurch also, selbst wenn man ein bestimmtes Lebensjahr zum Grund gelegt hätte, dennoch unter den Einzelnen ein Unterschied von beynahe einem Jahr entstehen konnte. Als eine solche Grundlage galt nun wohl das Alter von Bierzeihen Jahren, so daß regelmäßig die männliche Toga an den nächstfolgenden Liberalien, folglich im Laufe des funfzehnten Lebensjahres, angelegt wurde (h). Jedoch band man sich keinesweges

(g) OVID. fasti III. v. 771—788. — Daß man in einzelnen Fällen auch wohl einen anderen Tag wählte, steht damit nicht im Widerspruch. Wegen solcher angenommenen Fälle will NORIS cenotaphia Pisana Diss. 2 C. 4 p. 113 die ganze Regel verwerfen, und die Stelle des Ovid so erklären, daß an den Liberalien jeder Knabe vorübergehend eine weiße Toga getragen hätte. Dem widerspricht besonders v. 777. 778:

„Sive, quod es Liber, vestis quoque libera per te Sumitur, et vitae liberioris iter.“

(h) Schol. in Juvenalem X. 99 p. 605 ed. Cramer: „Praetexta genus erat togae, qua utebantur pueri, adhuc sub disciplina, usque ad XV. annum: deinde togam virilem accipiebant.“ Usque ad XV. annum heißt, wenn es nicht ungenau gebraucht seyn soll: bis zum Anfang des 15ten Jahres. Beson-

streng an diese Regel, vielmehr scheint es, daß man oft im einzelnen Fall die Zeit mit ziemlich freyer Willkühr auswählte, hauptsächlich wohl mit Rücksicht auf die geistige und leibliche Entwicklung der Individuen, jedoch so daß auch manche äußere Convenienz Einfluß haben mochte. Dieses wird durch folgende sichere Fälle bestätigt. August nahm die Toga im sechzehnten Jahr (i); Caligula weit später, nämlich (nach Verschiedenheit der Lesarten) im 19ten, 20sten oder 21sten (k); Nero umgekehrt schon im vierzehnten (k<sup>1</sup>); Marc Aurel im funfzehnten, also auf die regelmäßige Weise (l).

So lange nun kein Rechtsstreit in irgend einem ein-

ders aber scheint mir für diesen Zeitpunkt entscheidend die Meynung der Proculejaner, deren Entstehung ja nicht anders ungezwungen erklärt werden kann, als aus der ohnehin schon als Regel geltenden Volkssitte. — NORIS l. c. p. 113—116 nimmt die Zeit nach dem vollendeten 15ten Jahr (also ein Jahr später) als Regel an; allein theils muß er doch wieder Ausnahmen daneben zugeben, theils sind mehrere von ihm angeführte Fälle schwankend; so p. 114 Cicero der Sohn geboren 690, Toga 705; Virgil geboren 684, Toga 699. Beide Fälle können auf das 15te oder das 16te Jahr bezogen werden, da wir die Tage nicht kennen.

(i) SUTTON. Augustus C. 8 „duodecimum annum agens aviam Juliam defunctam pro con-

cione laudavit. *Quadriennio post virili toga sumta*“ rel. Vgl. NORIS l. c. p. 115.

(k) SUTTON. Caligula C. 10 „et inde vicesimo aetatis anno ... togam sumsit.“ Andere Handschriften lesen undevicesimo. Durdorp aber emendirt unetvicesimo, weil er durch Berechnung darthut, daß in der That damals Caligula im 21sten Lebensjahr stand. Er war nämlich geboren 765, und die Erzählung des SUTTON fällt in 786. Vergl. NORIS l. c. p. 116.

(k<sup>1</sup>) Er war geboren am 16. December 790, und nahm die Toga schon im Lauf des Jahres 804. NORIS l. c. p. 115.

(l) CAPITOLINI Marcus C. 4: „Virilem togam sumsit XV. aetatis anno.“

zelnem Fall entstand, galt wohl in ganz Rom Jeder unbedenklich als impubes oder pubes, jenachdem er die Prätexta oder die männliche Toga trug. Und so werden bey Juristen und Nichtjuristen die Ausdrücke praetextatus (oder investis) und impubes, so wie vesticeps und pubes, als ganz gleichbedeutend genommen (m). Die Folgen davon waren diese. Der in väterlicher Gewalt stehende Sohn war unfähig Schulden zu contrahiren, so lange er die Prätexta trug, mit der männlichen Toga wurde er dazu fähig (n). Weit wichtiger aber war die Folge bey dem Unabhängigen. So lange dieser die Prätexta trug, stand er unter dem Tutor, wenn er die männliche Toga anlegte, war die Tutel zu Ende (o). Dieses konnte also bey ein-

(m) L. 3 § 6 *de lib. exhib.* (43. 30). „In hoc interdicto, donec res judicetur, feminam, praetextatum, eumque qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem-familias deponi Praetor jubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est.“ Unbegreiflich haben diese Stelle Manche mißverstanden, indem sie meynten, accedere müsse heißen: sich von unten annähern, also im Begriffe stehen hinein zu treten. Es bezeichnet aber nur das Nahestehen, und zwar hier nachdem jene aetas bereits überschritten ist, genau so wie bei dem infantiae proximus. Der Prätor spricht also

1) von Unmündigen, 2) von denen, die eben erst puberes geworden sind, Jenen also noch sehr nahe stehen. — FESTUS: *Vesticeps puer, qui jam vestitus est pubertate: econtra investis, qui necdum pubertate vestitus est.*“ — Ferner war es alte Rechtsregel, (bis auf Hadrian und Antonin) daß nur puberes arrogirt werden dürften. GAJUS I. § 102. ULPIAN. VIII. § 5. Diese Regel drückt aber GELLIUS V. 19 so aus: „Sed arrogari non potest nisi jam vesticeps.“

(n) G. o. § 108 d. und § 67. f.

(o) Daß das Ablegen der Prätexta und das Ende der Tutel zusammenfielen, folgt schon daraus, daß Jenes und Dieses identisch war mit der eintretenden

zelnen Pupillen bald früher bald später geschehen, und so lange der Tutor mit dem Pupillen darüber einverstanden war, hatte kein Dritter ein Interesse zu widersprechen. Vielmehr war es eine für die Rechtsicherheit sehr wohlthätige Einrichtung, daß man es jedem jungen Mann so gleich an der Kleidertracht ansehen konnte, ob er zu eigenen Geschäften fähig sey oder nicht; und wo in einzelnen Fällen ein Irrthum über diesen Punkt erwähnt wird (p), da ist wohl vorauszusetzen, daß ein Pupill durch betrügerliche Anlegung einer männlichen Toga den Andern getäuscht hatte. — Nur wenn Beide nicht übereinstimmten, war eine richterliche Entscheidung nöthig, und auf diesen Fall allein muß der Streit der Schulen bezogen werden. Hier wollten die Proculerjaner nach derjenigen Zahl von Lebensjahren entscheiden, die ohnehin von jeher als Grundlage der erwähnten Sitte gegolten hatte (Note h); die Sabinianer wollten die Pubertät durch individuelle Untersuchung ausmitteln. Jetzt erklärt sich auch leicht die Entstehung dieser zweyten Meynung. Der Zeitpunkt der Pubertät war von jeher verschieden gewesen, aber nach freyer Wahl; im Fall eines Streites, wo diese freye Wahl nicht

Pubertät. Es giebt aber dafür auch unmittelbare Andeutungen. Dahin gehören die Worte des Scholiasten in Note h „adhuc sub disciplina,“ die zwar auch die väterliche Zucht, aber gewiß ebensowohl die Abhängigkeit vom Tutor bezeichnen. Ferner Festus:

„*Bulla aurea* insigne erat puerorum praetextatorum . . . ut significaretur eam aetatem *alterius regendam consilio.*“

(p) L. 2 § 15 *pro emptore* (41. 4.) „si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem“ rel.

gelten konnte, weil die Betheiligten uneinig waren, wollten die Sabinianer die individuelle Verschiedenheit, die ja auch außer dem Fall des Streites galt, beybehalten, und nur der eigenen freyen Wahl des Zeitpunktes die körperliche Untersuchung substituiren. Der Fall eines solchen Streites aber kam wohl nur selten vor. Er setzt voraus einen Pupillen, der nach Unabhängigkeit strebt, und einen Tutor, der die Herrschaft nicht aufgeben will. Aber dieser Fall war gewiß selten, weil die Führung der Pupillartutel, wie wir aus den sehr ausgebildeten Excusationen wissen, fast immer als unerwünscht galt, indem sie Mühe ohne Lohn, und gefährliche Verantwortung mit sich führte. Aus dieser Seltenheit eines solchen Rechtsstreits erklärt es sich auch wohl, warum die ganze Frage, die auf den ersten Blick eine solche praktische Wichtigkeit für das tägliche Leben zu haben scheint, dennoch erst zur Zeit der zwey Schulen angeregt wurde, und sich in diesen Schulen lange als theoretischer Streit erhalten konnte, ohne durch feste Praxis oder Gesetzgebung beseitigt zu werden.

Diese letzte Betrachtung hat nun auch Einfluß auf Das, was wir über den späteren Zustand der Sache anzunehmen haben. Es mag seyn, daß hie und da einmal die Frage vor Gericht gebracht worden ist (q), selten genug geschah Dieses gewiß, und zu der Annahme, daß jemals

(q) QUINCTILIAN. Inst. or. IV. annis an habitu corporis aestimetur.  
2 „cum .. de jure quaeritur  
apud centumvirov ... pubertas

die Befichtigung der bisherigen Pupillen herrschende Sitte geworden wäre, haben wir durchaus keinen Grund. Vielmehr sprechen alle zuverlässigen Zeugnisse der nachfolgenden Zeit für die stete Anerkennung der Bierzehen Jahre als des unzweifelhaften Zeitpunktes der Pubertät (r). Dagegen sind die wenigen Zeugnisse, die für eine entgegengesetzte Praxis etwa angeführt werden könnten, von der unzuverlässigsten Beschaffenheit (s). Sa es läßt sich aus fol-

(r) ULPIAN. XVI. § 1 „... aut XIV. annorum filium vel filiam XII. amiserint ... at intra annum tamen et sex menses etiam .. impubes amissus solidi capiendi jus praestat.“ (Hier ist offenbar 14 und 12 Jahre der Gegensatz von impubes). — L. 11 *pr. quod falso* (27. 6). — L. un. § 1. C. Th. *de his qui ven.* (2. 17.) „feminas .. quarum aetas biennio viros praecedit“). — Ferner von Nichtjuristen: SENECA *consol. ad Marciam* C. 24 „pupillus relictus sub tutorum cura usque ad XIV. annum fuit: sub matris tutela semper.“ — MACROBIUS in *somn. Scip.* I. 6. „.. tutela .. de qua tamen feminae .. maturius biennio legibus liberantur.“ MACROBIUS *Saturn.* VII. 7 „secundum jura publica duodecimus annus in femina et quartusdecimus in puero definit pubertatis aetatem.“ — FRUSTUS v. *pubes.* — ISIDORI *orig.* XI. 2.

(s) SERVIUS in *Virg. ecl.* VIII.

39 „cum annis recte jungit habitum corporis, nam pubertas *de jure ex utroque colligitur.*“ — SERVIUS in *Virg. Aen.* VII. 53 „secundum jus locutus est, in quo et ex annorum ratione, et ex habitu corporis aetas probatur.“ Daß dieses bloße Büchergelehrsamkeit ist, und zwar wenig verstandene, erhellt besonders aus der zweyten Stelle, die sich auf das Alter einer Jungfrau bezieht, da doch bey dem weiblichen Geschlecht nie auf die körperliche Beschaffenheit, sondern stets nur auf die Jahre gesehen wurde. — ISIDORI *orig.* XI. 2. welche Stelle aufgenommen ist in C. 3. X. *de despons. impub.* (4. 2.): „Quidam autem ex annis pubertatem existimant: id est eum puberem esse qui XIV. annos expleverit, quamvis tardissime pubescat. Certissimum autem (*Decr. Certum autem est eum*) puberum esse, qui et (*deest et in Decr.*) ex habitu corporis pubertatem ostendat et generare jam possit.“ Auch

gendem Grunde annehmen, daß schon frühe unter den Kaisern die Bierzehen Jahre eine weit allgemeinere Anwendung erhielten, als sie zur Zeit der Republik gehabt hatten. Denn in der älteren Zeit kamen in der That die Bierzehen Jahre rein zur Anwendung nur in den nicht häufigen Streitfällen, außerdem entschied der mit ziemlicher Willkür behandelte Wechsel der Toga. Unter den Kaisern aber streng man an, den früheren Keiserock (paenula) auch in der Stadt zu tragen (t), der dann nach einiger Zeit die Toga gänzlich verdrängte. Eine Folge dieser Revolution in der Kleidertracht war es nun ohne Zweifel, daß auch die feyerliche Anlegung der männlichen Toga als Nationalsitte ganz wegfiel, da eine solche alte Sitte auf das neue, ohnehin nur allmählig eingeführte Kleid gewiß nicht übertragen wurde (u). Dann hatte man, auch außer dem seltenen Fall eines Rechtsstreites, nur noch die Wahl zwischen den Bierzehen Jahren und der körperlichen Besichtigung, und es erklärt sich hieraus, warum die angeführten Stellen (Note r) so unbedingt die Bierzehen Jahre als wirklichen Zeitpunkt erwähnen, wie es bey Schriftstellern aus der Zeit der Republik schwerlich geschehen seyn würde.

diese Anführung und Billigung der Sabinianischen Meynung steht bloßer Buchgelehrsamkeit ähnlich, wie das Meiste in diesem Schriftsteller.

(t) Schon zur Zeit des Tacitus wurde die Pänula selbst in Gerichten getragen. Dial. de

caussis corruptae eloquentiae C. 39.

(u) Daneben ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, daß in einzelnen vornehmen Familien, namentlich bey dem Sohn eines Kaisers, die alte Feyerlichkeit dennoch beobachtet wurde.

— Ist nun diese ganze Ansicht der Sache richtig, so war auch zu Justinians Zeit in der Praxis schon längst nur von Bierzehn Jahren die Rede, und an eine Besichtigung dachte Niemand mehr. Justinians Gesetz sollte also, wie gewiß auch manches andere, nicht den praktischen Zustand des Rechts ändern, sondern eine in Büchern vorgesehene alte Streitfrage entscheiden. Die gewöhnliche Meynung freylich ist Dieses nicht, vielmehr pflegt man anzunehmen, die Meynung des Priscus habe bleibend die Oberhand behalten, und zur Zeit von Justinian sey stets wirklich besichtigt worden (v). Diese Annahme erklärt sich leicht aus der sittlichen Entrüstung, womit die beiden Justinianischen Gesetzstellen offenbar abgefaßt sind, und die aus einem wahrgenommenen scandalösen Gebrauch herzurühren scheint. Indessen hindert uns Nichts, dabey auch ein bloß theoretisches Scandal vorauszusetzen, und daß auch über ein solches Justinian in Affect gerathen konnte, ist gewiß dem rhetorischen Styl seiner Gesetze ganz angemessen. Ja sogar findet sich bey ihm ein Ausdruck, der auf diesen Zustand der Sache geradezu hindeutet. In den Institutionen heißt es nämlich: Pubertatem .. *veteres* .. ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. So konnte man sprechen, wenn Das was getadelt wurde bloß in alten Büchern stand, aber der Ausdruck wäre sehr unpassend gewesen, wenn die Praxis der Gegenwart mit jener getadelten Lehrmeynung übereingestimmt hätte. — Wie kam

(v) CRAMER l. c. p. 16.

man aber überhaupt auf das Alter von vierzehn Jahren als Zeitpunkt der Pubertät? Dieses könnte zusammenhängen mit der alten Lehre griechischer Philosophen von der Wichtigkeit der Zahl Sieben, so daß die Jahre der Impubertät genau den doppelten Zeitraum der Kindheit ausfüllen sollten (w). Dennoch glaube ich diese Erklärung verwerfen zu müssen. Erstlich weil, wenn man bloß auf den Werth der Zahlen sehen wollte, die altrömische Zahl 15 (Note d) mehr Anspruch auf Beachtung gehabt hätte. Zweitens weil daneben die zwölf Jahre für Frauen vorkommen, die in dieses Zahlensystem gar nicht passen. Drittens weil sich für die Erklärung der 14 und 12 ein anderer, weit einfacherer und natürlicherer, Weg darbietet. Man hatte nämlich als Erfahrungsfaß, angemessen der Einwirkung des Italienischen Himmels, festgestellt, die Geschlechtsreife trete wirklich in den meisten Fällen also im Durchschnitt, mit 14 und 12 Jahren ein.

Die ganze bisherige Untersuchung betraf lediglich das männliche Geschlecht, und es bleibt nur noch die Frage übrig, wie in dem weiblichen die Pubertät, in Beziehung auf das Ende der Pupillartutal, bestimmt wurde. Hierüber nun stimmen die alten Zeugnisse überein, daß stets der Ablauf von zwölf Lebensjahren angenommen wurde, ohne Streit der Schulen, und ohne Anspruch auf Besich-

(w) S. oben § 107. h. — So *autem bis septem ... pubescit.*  
nimmt es auch MACROBIUS in Eben so auch CENSORINUS de die  
somm. Scip. I. 6. „Post annos nat. C. 14 aus Hippocrates.

tigung (x). Die Gründe der verschiedenen Behandlung beider Geschlechter waren folgende. Zuerst in der That die Rücksicht auf das durch ein entgegengesetztes Verfahren verletzte weibliche Zartgefühl, welchen Grund Justinian allein ausdrückt. Dazu kam aber ferner der Umstand, daß bey den Jungfrauen keine ähnliche Veranlassung zu individuellen Schwankungen, wie bey den Knaben durch die Anlegung der männlichen Toga eintrat: denn die Prätexa trugen sie beständig bis zur Ehe (y), so daß bey ihnen gar Nichts geschah, wodurch ein Abschnitt des Alters auf sichtbare Weise ausgedrückt worden wäre. Endlich kam auch noch hinzu, daß hier das Ende der Tutel weniger wichtig und merklich wurde, indem nur die Geschlechtstutel an die Stelle der pupillarischen trat, und ganz gewöhnlich auch in der Person desselben Tutors fort-dauerte. Die Zahl der Zwölf Jahre aber gründete sich ohne Zweifel auf uraltes Herkommen, und wir haben keinen Grund anzunehmen, daß sie durch Gesetze eingeführt, oder auch nur bestätigt worden wäre (z).

(x) So sagt es ausdrücklich Justinian in den Institutionen und im Codex. ULPIAN. XI. 28 ist bey den Frauen lückenhaft, aber die Art des Ausdrucks zeigt augenscheinlich, daß beide Geschlechter völlig verschieden behandelt wurden. Ferner gehören hierher die in der Note für das männliche Geschlecht angeführten Stellen.

melt bey PITISCUS v. Praetexta Num. 3.

(z) CRAMER p. 9. 17. nimmt eine gesetzliche Bestätigung an wegen des Ausdrucks *legitima uxor* in L. 4 *de ritu nupt.* (23. 2.). Allein dieser Ausdruck ist wohl ganz gleichbedeutend mit dem sonst gewöhnlicheren *justa uxor* oder *civiliter nupta* (z. B. in L. 28 § 3 *de lib. et posth.* 28. 2.), gerade so wie auch *legitimo* oder

(y) Die Stellen sind gesamt-

## §. 110.

## II. Freye Handlungen. — Hindernisse. A. Altersstufen. Impubes und Pubes. (Fortsetzung.)

II. Einfacher und leichter stellt sich die Frage nach der Bestimmung der Pubertät in Beziehung auf die Testamentsmündigkeit. Hier sagen mehrere Stellen des Justinianischen Rechts unbedingt, und ohne Hindeutung auf einen Schulstreit, daß Alles auf das zurückgelegte zwölfte oder vierzehnte Jahr ankomme (a). Diese Stellen könnte man noch etwa für interpolirt halten. Allein jeder Zweifel dieser Art wird beseitigt durch die ganz übereinstimmenden Zeugnisse des Gajus und des Paulus (b). — Es läßt sich aber auch natürlich erklären, warum es die Sabinianer ohne Inconsequenz unterlassen konnten, in dieser Anwendung die Forderung individueller Untersachung geltend zu machen. Wenn Derjenige, welcher Vierzehn Jahre alt war, dessen wirkliche Pubertät aber bezweifelt werden

illegitime concepti (GAJUS I. § 89) nur auf jus civile überhaupt, nicht auf eine einzelne lex geht. — Macrobius sagt einmal legibus liberantur, ein anderes mal secundum jura publica (Note r); auch diese beiden Ausdrücke scheinen gleichbedeutend, so daß legibus nicht mehr heißt als jure oder jure civili.

(a) L. 5 qui test. (28. 1.), L. 2 pr. L. 15 de vulg. (28. 6.), L. 4 C. qui test. (6. 22.). In der letzten Stelle findet sich sogar eine Hinweisung darauf, daß hier von

der individuellen Entwicklung gar nicht die Rede seyn könne: „Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia“ rel.

(b) GAJUS II. § 113 „masculus minor XIV. annorum testamentum facere non potest ... femina vero post XII. annum testamenti faciendi jus nanciscitur.“ — PAULUS III. 4 A. § 1. „Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminae post duodecimum.“

konnte, ein Testament machte, so war für den Augenblick Niemand vorhanden, der die Pubertät bestreiten, und die Untersuchung veranlassen konnte. Vor Gericht kommen konnte die Frage erst nach dem Tode, im Rechtsstreit zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben; dann aber war es augenscheinlich zu spät, durch Untersuchung auszumitteln, ob der Erblasser zur Zeit des errichteten Testaments die Pubertät erreicht haben möchte. Daher ließen für diesen Fall die Sabinianer ihre Behauptung, die hier ganz unpraktisch gewesen wäre, fallen. Zugleich ist aber dieser Umstand wichtig, indem er beweist, daß von allen Seiten das Alter von vierzehn Jahren als Zeitpunkt präsumtiver Pubertät unbedenklich anerkannt wurde, und daß die Sabinianer nur noch sicherer gehen wollten, indem sie, so weit es ausführbar war, Gewißheit durch Untersuchung an die Stelle der auch von ihnen nicht bezweifelten Präsumtion zu setzen versuchten.

III. Es bleibt übrig die Feststellung der Pubertät in Beziehung auf die Möglichkeit der Ehe. — Für das weibliche Geschlecht werden auch hier wieder zwölf Jahre als unzweifelhaft angegeben (c). Dagegen wird für die Männer lediglich die Pubertät erfordert (d), ohne irgend eine Hinweisung, ob dieselbe durch Jahre oder durch Untersuchung ermittelt werden solle. Dieses Stillschweigen er-

(c) L. 9 de sponsal. (23. 1.), L. 17 § 1 de reb. auct. jud. (42. L. 4 de ritu nupt. (23. 2.), L. 32 § 5., L. 11 § 3. 4 quod falso (27. 6.). § 27 de don. int., v. et ux. (24. 1.), (d) pr. J. de nupt. (1. 10.).

klärt sich wohl aus dem an sich zufälligen Umstand, daß das Unternehmen einer ungewöhnlich frühen Ehe weit öfter im weiblichen als im männlichen Geschlecht vorkommen wird, weshalb bey diesem weniger Veranlassung zu genauen Bestimmungen vorhanden war. Wie haben wir aber jenes Stillschweigen zu deuten? Daß dem Sinn des Justinianischen Gesetzes in dieser, wie jeder anderen Beziehung die Besichtigung entgegen seyn würde, bezweifelt Niemand; dagegen nehmen Manche ein solches Verfahren für das ältere Recht an (e), und nicht ohne Schein, da die Pubertät in der That eine unmittelbarere Beziehung zu der Ehe hat, als zu der Tutel oder zu den Testamenten. Dennoch halte ich diese Meynung bey der Ehe aus demselben inneren Grunde für verwerflich, welcher schon bey den Testamenten geltend gemacht worden ist. Zu der Zeit nämlich, wo eine solche Ehe von einem Vierzehnjährigen, dessen wirkliche Pubertät bezweifelt werden könnte, geschlossen wird, ist wieder Niemand vorhanden, der durch seinen Widerspruch die gerichtliche Einmischung und die Untersuchung veranlassen könnte. Wäre nun auch die Ehe einstweilen noch ungültig, so würde sie mit eintretender Pubertät eben so von selbst und stillschweigend gültig werden, wie z. B. unstreitig die ungültige Ehe einer elfjährigen Frau am Ende des zwölften Lebensjahres von selbst gültig wird (f). Nun könnte allerdings hinterher einmal

(e) *Zimmern Rechtsgesch. I. § 120 S. 428.*

(f) *L. 4 de ritu nupt. (23. 2.).*

Streit darüber entstehen, ob an irgend einem bestimmten Tage die Ehe schon gültig gewesen sey oder nicht, welches z. B. auf die Gültigkeit einer an diesem Tage gemachten Schenkung Einfluß haben könnte; allein dann ist es auch nicht mehr möglich, durch Untersuchung den körperlichen Zustand festzustellen, der an einem vielleicht längst vergangenen Tage bestanden hat. Der einzige Fall, worin etwa die Untersuchung stattfinden konnte, war der, wenn bald nach dem Anfang einer solchen zweydeutigen Ehe ein Theil die Scheidung aussprach, oder auch die Richtigkeit behauptete, und nun die Frage entstand, ob bis jetzt eine Ehe bestanden habe; für einen so seltenen, vielleicht nie eingetretenen Fall haben aber schwerlich die Sabinianer, aus bloßer Liebe zur Consequenz, die Anwendung ihres Princips behauptet. Höchst wahrscheinlich also hat man auch in Anwendung auf die Ehe die Vierzehnen Jahre stets ohne Streit gelten lassen (g).

(g) Die einzige Stelle, worin die Untersuchung in Beziehung auf Ehe erwähnt wird, ist QUINCTILIAN. declam. 279. Der Fall ist dieser. Ein Vater hat seinen unreifen Knaben verheuratet; dieser findet einen Ehebrecher bey der Frau und läßt sich von ihm mit Geld abfinden; deswegen will ihn der Vater abdiciren, und gegen die Rechtmäßigkeit dieser abdicatio ist die ganze Rede gerichtet. Der Redner behauptet nun

unter andern, es sey noch gar keine wahre Ehe gewesen, und will es deshalb auf eine Beschäftigung des Knaben ankommen lassen. Allein schon an sich können solche romanhafte Einfälle Nichts für das Daseyn eines Rechtsfalles beweisen; vollends aber in dieser Rede, deren ganzer Gegenstand die abdicatio ist, welches Institut dem Römischen Recht gar nicht angehört.

Nach eingetretener Pubertät, und vor der Volljährigkeit, werden noch manche Mittelstufen des Alters behauptet, die auch juristische Bedeutung haben sollen. Insofern sich diese auf ganz einzelne Rechtsgeschäfte beziehen, haben sie mit der allgemeinen Betrachtung der durch das Alter bedingten Handlungsfähigkeit Nichts zu schaffen, vielmehr gehören sie dann bloß jenen einzelnen Instituten an, und sind als Elemente derselben zu betrachten. So verhält es sich mit folgenden Rechtsregeln. Siebenzehnen Jahre werden erfordert, um postuliren zu können (h); Achtzehnen zur Ausübung des (altrömischen) Richteramts (i). Wer Zwanzig Jahre alt ist, und sich betrüglich als Sklaven verkaufen läßt, wird in der That Sklave zur Strafe dieses Betrugs (k). Zwanzig Jahre alt sollte ein Herr seyn, um einen Sklaven ohne obrigkeitliche Prüfung frey lassen zu können: welches Justinian auf Siebenzehnen Jahre herunter gesetzt hat (l).

Etwas mehr Zusammenhang mit der Pubertät hat folgende Bestimmung. Trajan hatte vielen Knaben und Mädchen Alimente ausgesetzt, welche bis zur Pubertät (14 und 12 Jahre) ausgezahlt wurden; Hadrian behnte dieselben bis zu 18 und 14 Jahren aus. Darin lag eine freygebigige Willkühr, ohne alle Beziehung auf Pubertät; eine solche Beziehung entstand erst durch die Anwendung, die

(h) L. 1 § 3 *de postul.* (3. 1.).      (l) ULPIAN. I. § 13, GAJUS I.  
 (i) L. 57 *de re jud.* (42. 1.).      § 38, § 7 J. *qui et quib. ex cau-*  
 (k) § 4 J. *de j. pers.* (1. 3.).      *sis* (1. 6.).

davon im Privatrecht gemacht wurde; wenn in einem Testament Alimente ausgesetzt werden bis zur Pubertät, so soll das in diesem Fall, nach der Analogie jener kaiserlichen Freygebigkeit, so ausgelegt werden, als wären die Alimente bis zu 18 und 14 Jahren ausgesetzt (m). — Eine andere, nur dem Namen nach ähnliche, Bestimmung ist diese. Bey der Adoption war es noch zur Zeit des Gajus bestritten, ob der Adoptivvater nothwendig älter seyn müsse, als das Adoptivkind (n). Später aber wurde als feste Regel angenommen, der Adoptivvater müsse wenigstens Achtzehn Jahre älter seyn, und diese Differenz des Alters nannte man die plena pubertas, wodurch also dieser Rechtsfaß wenigstens durch den Namen mit der Pubertät in Verbindung gesetzt wird (o). Mehr als dieses läßt sich über die plena pubertas nicht behaupten, und es ist ganz ohne Grund, wenn um dieses Namens willen neuere Schriftsteller hieraus ein eigenes Rechtsinstitut, ähnlich der Pubertät selbst, machen wollen.

Zuletzt ist noch eine Schwierigkeit zu erwähnen, die in Folge der Meynung der Sabinianer entstehen mußte. Diese wollten die individuelle Pubertät der jungen Männer be-

(m) L. 14 § 1 *de alim. leg.* (34. 1.). Vgl. über diese merkwürdige Stelle CRAMER l. c. p. 20.

(n) GAJUS I. § 106.

(o) L. 40 § 1 *de adopt.* (1. 7.) von Modestian, § 4 *J. de adopt.*

(1. 11.). Modestian sagt: „major esse debet eo, quem .. filium facit; et utique plenae pubertatis, id est decem et octo annis eum praecedere debet.“ Die Institutionen sagen plena pubertate praecedere.

achtet wissen; wie aber wenn sie Spadonen waren, also niemals zur Pubertät kamen? Ja selbst bey den Proculianern wäre es nicht gerade inconsequent gewesen, diesen Fall abweichend von anderen Fällen zu behandeln; denn wenn überhaupt eine innere Verbindung zwischen Geschlechtsreife und Geschäftsfähigkeit angenommen wird, wie sie die Römer unstreitig annehmen, so wäre es nicht unnatürlich, Denjenigen, der niemals zur Pubertät kommt, auch zu Geschäften später als Andere zuzulassen.

Wir betrachten diese Frage zuerst in Anwendung auf die Testamentsfähigkeit. Hier sagt PAULUS III. 4 A. § 2 ausdrücklich: Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, *id est anno decimo octavo*. Nach dieser Stelle scheinen also beide Schulen darin übereingestimmt zu haben, daß bey den Spadonen ein festes Lebensjahr angenommen werden müsse, aber ein späteres als bey Anderen; und dieses erhält eine nicht geringe Unterstützung durch die oben erwähnte plena pubertas der Achtzehnjährigen; man muß dann zu decimo octavo hinzudenken completo, oder noch besser die Lesart (wie es scheint, der meisten Handschriften) annehmen: annorum decem et octo. Dabey liegt zum Grunde folgende sehr natürliche Betrachtung. Mit Vierzehn Jahren tritt die Pubertät im Durchschnitt ein, also bey den Meisten; bey Einigen verzögert sie sich bis zum Ende des achtzehnten Jahres (plena pubertas), und es ist natürlich, daß man diesen späteren Zeitpunkt auf die Spadonen anwen-

bet (p). Man muß dann unter *plerique* nicht die Meisten verstehen, sondern gerade umgekehrt Einige, also gerade die Wenigsten, die Spätreifen; auch ist diese Erklärung durch den Sprachgebrauch anderer Schriftsteller bestätigt (q). — Manche verwerfen den Zusatz von Achtzehn Jahren als einen eingeschobenen Zusatz der Abschreiber (r); andere wollen emendiren *decimo quarto* (s). Beide Vorschläge haben alle Handschriften gegen sich: durch den ersten wird außerdem die Stelle ganz unverständlich: durch den zweyten wird sie unnütz, da es nicht der Mühe lohnte die Spadonen zu erwähnen, wenn sie ganz dasselbe Recht wie Andere haben sollten. — Eine Constitution von Constantin stellt bey der Abfassung der Testamente die Eunuchen (also die unterste Klasse der Spadonen) den übrigen Menschen gleich (t); diese Vorschrift scheint als Aufhebung

(p) So versteht es auch CUJACIUS in L. 1 D. de minoribus (Opp. I. p. 988): „Sed in eis causis (bey der Adoption) non ideo dicitur plena, quod is sit pubertatis finis, sed quod frigidiores, qui tardius pubescunt, ea fere aetate puberes fiunt, ut Paulus significat lib. 3 Sent. tit. 4.“

(q) TACITUS hist. IV. 84. „Deum ipsum *multi* Aesculapium ... *quidam* Osirin ... *plerique* Jovem ... *plurimi* Ditem patrem ... conjectant.“ Eben so bezeichnet *plerumque* in L. 25 § 2 L. 26 de *pactis* (2. 14.) den seltneren, ausgenommenen Fall,

im Gegensatz des regelmäßigen. Vgl. auch L. 32 § 10 de *don. int. v. et ux.* (24. 1.), und BRISSONIUS v. *plerumque*. — In unsrer Stelle des Paulus lassen einige Handschriften das *plerique* weg, wodurch aber der Sinn zerstört wird.

(r) Dirksen Beiträge S. 53, und Frühere in den Noten von Schulting.

(s) So die Note 3 der Bonner Quartausgabe.

(t) L. 4 C. *qui test.* (6. 22.). „Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas *exemplo omnium voluntates*“

der früheren Regel der Achtzehn Jahre gemeynt, die also dadurch wiederum eine indirecte Bestätigung erhält.

Noch wichtiger war die Frage, wann die Spadonen von der Tutel frey werden sollten. Darüber sagt Gajus (I. 196) Folgendes. Die Sabinianer nehmen juristisch als pubes an Denjenigen qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, *cujus aetatis puberes fiunt*. Das puberes fiunt kann nicht auf die Spadonen gehen, von welchen er selbst so eben bemerkt hatte, daß sie niemals pubescirten; es muß also heißen: in welchem Alter Andere die Pubertät erlangen. Hätte er damit die Vierzehn Jahre gemeynt, die gleich nachher als Meynung der Proculejaner vorkommen, so hätte er ohne Zweifel die Zahl ausgedrückt; der umständliche, umschreibende Ausdruck deutet auf eine abweichende Bestimmung, und wenn man ihn mit der Stelle des Paulus über die Testamente vergleicht, so scheint es natürlich, so zu erklären: in welchem Alter auch noch Einige (die Spärreifen) die Pubertät erlangen. Dann wäre das puberes fiunt des Gajus gleichbedeutend mit dem plerique pubescunt des Paulus. Vielleicht hat aber auch Gajus wirklich geschrieben plerique puberes fiunt, und das plerique ist dann in unsrer Handschrift eben so ausgefallen, wie es in einigen Handschriften des Paulus in der That ausgefallen ist.

Es scheint sonderbar, daß auch für die Möglichkeit rel. — Die Stelle bekommt den das exemplo omnium auf das bestimmtesten Sinn, wenn man Alter bezieht.

der Ehe den Spadonen ein Zeitpunkt vorgeschrieben seyn sollte; und doch konnte von einem solchen die Rede seyn, da denselben (nur mit Ausnahme der Eunuchen) die Ehe überhaupt gestattet ist (u). Indessen ist eine solche Ehe schon an sich so selten, daß es sich leicht erklärt, wenn ihr noch seltneres Zusammentreffen mit sehr früher Jugend nirgend erwähnt wird. Wäre es überhaupt vorgekommen, so würde man vielleicht auch hier Achtzehn Jahre gefordert haben.

Im Justinianischen Recht kann von diesen eigenthümlichen Bestimmungen für die Spadonen nicht mehr die Rede seyn; vielmehr muß die Regel der Vierzehn Jahre in jeder Beziehung auch auf sie angewendet werden, weil besondere Ausnahmen für Dieselben nicht anerkannt sind. Es ist nur zufällig, daß diese Behauptung lediglich in Ansehung der Testamente (Note t) eine ausdrückliche Bestätigung gefunden hat.

## §. 111.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse. A. Altersstufen. Minores und Majores (a).

Die ursprünglich vollständige Freyheit aller Mündigen in der Beherrschung ihres Vermögens erschien schon frühe als gefährlich, und machte daher neue künstliche Anstalten

(u) L. 39 § 1 *de j. dot.* (23. 3.). Römischen Recht und insbesondere von der Lex Plaetoria, in

(a) Vgl. Savigny von dem den Abhandlungen der Berliner Schutz der Minderjährigen im Akademie von 1833 S. 1—39.

ndthig, die bis zu Ende des fünf und zwanzigsten Lebensjahres reichen sollten. Dadurch wurde die letzte juristische Altersgränze herbeygeführt, die der früheren Zeit ganz fremd gewesen war. Auf dieses neue Bedürfniß führte die steigende Ausdehnung des Staats, verbunden mit dem zunehmenden Reichthum und Luxus der Einzelnen; in Folge derselben auf der einen Seite das einreißende Sittenverderben, auf der andern Seite eine größere Verwicklung der Geschäfte, auf welche die der älteren Zeit wohl angemessene Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit aller Mündigen nicht mehr paßte (§ 107. g).

Der künstliche Schutz für die Minderjährigen wurde aber nur allmählig, und zwar in folgenden Abstufungen, eingerichtet.

Zuerst wurde um die Mitte des sechsten Jahrhunderts der Stadt eine Lex Plaetoria gegeben, die den früher unbekanntem Zeitpunkt von Fünf und zwanzig Jahren einführte (b), weshalb auch dieses Alter, und nicht die wichtigere und früher anerkannte Pubertät, den Namen *legitima aetas* erhielt (c). Das Gesetz aber suchte nur auf indirecte Weise die Minderjährigen zu schützen, indem es Diejenigen, die mit ihnen betrüglische Geschäfte eingehen würden, mit einer Criminalanklage bedrohte.

(b) Der unmittelbarste Beweis liegt in der *L. 2 C. Th. de don.* (8. 12.). Bey Plautus heißt daher das Gesetz *Lex quinacvianaria*. Pseudolus I. 3. 69.

(c) *L. 2 C. Th. cit., L. un. § 3 C. Th. de his qui ven.* (2. 17.), *L. 28 in f. de appell.* (49. 1.). Vergl. BRISSONIUS v. legitimus.

Darauf folgte der viel wichtigere und durchgreifendere Schutz des prätorischen Edicts, welches den Minderjährigen eine allgemeine Restitution gegen alle nachtheilige Handlungen oder Unterlassungen ankündigte.

Endlich kam noch hinzu die Verordnung von R. Marc Aurel, welche alle Minderjährige, zur Erhaltung ihres bereits vorhandenen Vermögens, unter Curatoren stellte.

Alle diese Anstalten, innerhalb der letzten Altersstufe, betrafen also weniger unmittelbar, als die niederen Stufen, die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen selbst. Ihre genauere Darstellung gehört daher anderen Theilen des Rechtssystems an (d), und die gegenwärtige allgemeine Übersicht ist hier nur deshalb gegeben worden, um den Zusammenhang sämmtlicher Altersstufen anschaulich zu machen.

Am Schluß dieser Lehre von den Altersstufen ist nun noch anzugeben, welche Theile derselben im heutigen Rechte fortbestehend sind.

Die Römische Lehre von der Infantia hat ihren praktischen Werth größtentheils verloren, weil sie sich hauptsächlich auf die tutoris auctoritas bezog, deren unpraktische Natur erst im Zusammenhang der ganzen Vormundschaft vollständig dargestellt werden kann. Es ist also nur

(d) Die Lex Plaetoria ist schon frühe aus dem praktischen Recht verschwunden (Savigny a. a. D. S. 18). Die Restitution wird im folgenden Kapitel des zweyten Buchs (unter den Mitteln zum

Schutz der Rechte) dargestellt werden. Endlich die Curatoren der Minderjährigen gehören in das Recht der Vormundschaft, also zu dem speciellen Theil des Systems.

noch als praktisches Recht zu betrachten die Regel, daß der Siebenjährige theils Sponsalien schließen, theils solche Handlungen, die reinen Gewinn bringen, gültig vornehmen kann.

Die Pubertät als Anfang freyer Vermögensherrschaft, folglich als Ende der Tutel, hat durch die der Vormundschaft im heutigen Recht gegebene neue Gestalt ganz aufgehört. — Die Pubertät als Anfang der Testamentsfähigkeit hat sich am reinsten erhalten. — Die Pubertät von 14 und 12 Jahren als Anfang möglicher Ehe ist auch noch im canonischen Recht bestimmt anerkannt (e). Unseren Sitten ist diese Zeitbestimmung völlig fremd, und neuere Gesetzgebung hat sie in den meisten Ländern ausdrücklich und stark abgeändert.

Endlich ist die Minderjährigkeit als Grund einer Restitution auch im heutigen Recht unverändert beygehalten. Als Grund einer eigenthümlichen Curatel aber kann sie nicht mehr gelten, weil diese Curatel mit der alten Tutel der Unmündigen verschmolzen worden ist.

(e) C. 6. 10. 11. 14 X. *de spons. impub.* (4. 2.). — Nur darin findet sich eine kleine Abweichung vom R. R., daß, wenn vor den 14 oder 12 Jahren dennoch wirklich der Bepschlaf statt findet, dadurch die Ehe gültig und folglich auch unauflöslich wird. C. 6. 8. 9. 11 X. *eod.* C. un. *eod.* in VI. (4. 2.). Um dieser

Modification willen wurde denn auch die Stelle des Isidor als C. 3 X. *eod.* aufgenommen, welche die zwey Meynungen der Römischen Juristenschulen anführt, und der Sabinianischen den Vorzug giebt (§ 709. s.). — Vgl. überhaupt Glück Pandekten B. 23 § 1203 und Eichhorn Kirchenrecht B. 2 S. 339 fg.

§. 112.

II. Freye Handlungen. — Hindernisse. B. Vernunftlose. C. Interdicirte. D. Juristische Personen.

B. Die Vernunftlosigkeit oder der Wahnsinn ist ein natürliches und unzweifelhaftes Hinderniß für freye Handlungen und ihre Folgen. Die Beurtheilung ist hier theilweise weniger schwierig als bey dem unreifen Alter, indem die Veränderung nicht wie bey dem Alter durch lang dauernde, unmerkliche Entwicklungsstufen hindurchgeht, sondern oft ganz plötzlich, außerdem wenigstens in raschen Übergängen, erfolgt. Dagegen kann auch hier eine Schwierigkeit entstehen durch zweifelhafte Gränzen der Zustände; diese Schwierigkeit aber ist nicht, wie bey dem Alter, durch positiv durchgreifende Regeln zu beseitigen möglich, auch liegt sie weniger auf dem Gebiet des Richters, als auf dem des Sachverständigen, an dessen Urtheil der Richter hier meist gebunden seyn wird.

Die äußere Erscheinung dieses Zustandes ist verschieden, je nachdem er von heftigen Ausbrüchen begleitet ist oder nicht. Die Römer haben zwey Ausdrücke, *furiosus* und *demens*, die sie auf verschiedene Weise gebrauchen: bald mit ganz willkürlicher Abwechslung, als völlig gleichbedeutende Bezeichnung der Vernunftlosigkeit überhaupt (a); bald als besondere Benennung der zwey erwähnten Er-

(a) CICERO tusc. quaest. III. 5, L. 7 § 1 *de cur. fur.* (27. 10.), L. 14 *de off. praes.* (1. 18.).

scheinungsformen (b). Diese Unsicherheit des Sprachgebrauchs ist jedoch ohne allen Nachtheil, da die juristische Beurtheilung beider Zustände völlig dieselbe ist (c).

Die Vernunftlosen nun sind eben so rechtsfähig als Andere; nicht bloß ihr Vermögen bleibt unverändert, sondern auch jedes Familienverhältniß, wie Ehe und väterliche Gewalt (d). Nur ihre Handlungsfähigkeit ist völlig ruhend. Alles also, Was durch sie geschieht, kann nur den täuschenden Schein einer Handlung an sich tragen, die rechtlichen Folgen einer Handlung entstehen daraus niemals (e). Dieser wichtige Satz gilt in den mannichfaltigsten Anwendungen. Er gilt bey Rechtsgeschäften, als Verträgen, Testamenten, Ehescheidung, Besitzerwerbung (f). Er gilt aber auch eben so entschieden bey Verbrechen und Delicten (g), so daß also die von dem Vernunftlosen aus-

(b) *L. 25 C. de nupt.* (5. 4.), *L. 8 § 1 de tut. et cur.* (26. 5.). — Im Deutschen gebrauchen wir als besondere Bezeichnungen: Rasende und Blödsinnige.

(c) Ausdrücklich anerkannt ist diese praktische Gleichheit in *L. 25 C. de nupt.* (5. 4.).

(d) *L. 8 pr. de his qui sui* (1. 6.).

(e) *L. 40 L. 5 de R. J.* (50. 17.), *§ 8 J. de inut. stip.* (3. 19.). — Nur den Schein einer Ausnahme hat der in *L. 8 pr. de his qui sui* (1. 6.) aufgestellte Satz, daß ungeachtet des Wahnsinns eines Ehegatten oder auch

beider, daß in diesem Zustand erzeugte Kind dennoch in väterliche Gewalt kommt. Denn die Erzeugung (verschieden von dem Besschlaf) gilt nicht als freie Handlung, sondern als ein von dem Willen unabhängiges Naturereigniß.

(f) *L. 2 C. de contr. emt.* (4. 38.), *L. 2 de inoff.* (5. 2.), *L. 17 qui test.* (28. 1.), *L. 22 § 7 sol. matr.* (24. 3.), *L. 1 § 12 de O. et A.* (14. 7.), *L. 18 § 1 de adqu. poss.* (41. 2.).

(g) *L. 14 de off. praes.* (1. 18.), *L. 5 § 2 ad L. Aqu.* (9. 2.).

gehende Verletzung fremder Vermögensstücke durchaus keine Verpflichtung erzeugt.

Nur wo der Zustand des Vernunftlosen abwechselnd mit vernünftigem Zustand vorkommt, ist jede in solchen lichten Zwischenzeiten vorgenommene Handlung ganz eben so wirksam, wie wenn vor und nach derselben keine Vernunftlosigkeit vorhanden wäre (h).

Wohl zu unterscheiden aber von der Vernunftlosigkeit ist die bloße Geisteschwäche (i). Diese macht keinesweges unfähig zu freyen Handlungen, wohl aber kann sie, wenn sie einen hohen Grad erreicht, eine außerordentliche obrigkeitliche Vorsorge durch Anordnung einer Curatel veranlassen (k).

Was nun hier über den Fall des Wahnsinns bestimmt worden ist, darf nicht auf diesen allein beschränkt werden, indem es vielmehr auch auf jeden völlig gleichartigen Zustand eben so angewendet werden muß. Gleichartig aber ist jeder Zustand eines Menschen, worin demselben der Vernunftgebrauch fehlt, während der äußere Schein einer menschlichen Thätigkeit allerdings vorhanden

(h) *L. 6 C. de cur. fur.* (5. 70.), *L. 9 C. qui test.* (6. 22.), *L. 14 de off. praes.* (1. 18.), *L. 2 C. de contr. emt.* (4. 38.).

(i) Die Römischen Ausdrücke sind: *Stultus, fatuus, insanus.* § 4 *J. de curat.* (1. 23.), *L. 25 C. de nupt.* (5. 4.). — Zweydeutig ist der Ausdruck *mente cap-*

*tus*, welcher bald den Wahnsinnigen, bald bloß den Geistes schwachen bezeichnet, also überall, wo er vorkommt, eine besonders vorsichtige Erklärung nöthig macht.

(k) § 4 *J. de curat.* (1. 23.), *L. 2 de cur. fur.* (27. 10.), *L. 2 de postul.* (3. 1.).

ist (1). Dahin gehört das fieberhafte Delirium (m), das Nachtwandeln, und der durch magnetische Behandlung erregte Somnambulismus. Wenn also in einem dieser Zustände der Mensch dahin gebracht wird, die einen Vertrag enthaltenden Worte bewußtlos nachzusprechen, oder eine Urkunde zu unterzeichnen, so entsteht durchaus nicht die einer freyen Handlung zukommende Wirkung; eben so auch entsteht keine Delictsobligation, wenngleich der Mensch in solchen Zuständen (was noch leichter eintreten kann als der Schein eines Rechtsgeschäfts) das Vermögen eines Andern beschädigt.

Zweifelhafterer Natur sind folgende Zustände. Zuerst ein hoher Grad der Trunkenheit. In Ansehung der Rechtsgeschäfte muß hier dasselbe wie bey dem Wahnsinn behauptet werden, wenn etwa der Trunkene (was wohl zuweilen geschehen kann) zum bewußtlosen Nachsprechen von Worten, oder zur Unterschrift seines Namens gebracht wird. Anders verhält es sich bey Verbrechen und Delicten. Zwar ein Dolus wird auch in dieser Beziehung dem völlig Betrunknen nicht zugeschrieben werden können. Da jedoch nicht leicht Jemand ohne seine Schuld in diesen Zustand

(1) Für diejenigen Zustände also ist diese Rechtsregel unnütz und unanwendbar, in welchen, neben dem fehlenden gegenwärtigen Vernunftgebrauch, auch nicht einmal der Schein einer Thätigkeit vorhanden ist, wie Schlaf, Ohnmacht, Starrsucht, Scheintod.

(m) Vom fieberhaften Zustand

sprechen *L. 60 de re jud.* (42. 1.), *L. 113 de V. S.* (50. 16.), aber nicht in der Beziehung, in welcher hier die Rede davon ist, sondern in Beziehung auf die Frage, ob das Fieber als ein vollständiges Hinderniß der Anwesenheit im Gericht betrachtet werden könne.

gerathen kann, so wird bey Verbrechen eine öffentliche Strafe, bey Delicten aber eine Verbindlichkeit zur Entschädigung behauptet werden müssen, weil der Trunkene, indem er sich berauschte, die culpose Ursache der später erfolgenden Verletzung wurde (n). — Etwas Ähnliches ist auch von dem höchsten Grad des Zornes behauptet worden, aber ohne Grund. Von Rechtsgeschäften kann in einem solchen Zustand kaum die Rede seyn. Bey Verbrechen und Delicten aber kann durch denselben der Dolus keinesweges ausgeschlossen werden. Ein Zweifel hieran ist veranlaßt worden durch die Regel des Römischen Rechts, daß eine in der Aufwallung des Zornes ausgesprochene Ehescheidung wirkungslos seyn soll (o). Dieses betrifft aber nur das juristische Wesen der zu einer wahren Ehescheidung tauglichen Handlung. Dahin gehören soll nicht jeder Ausspruch der bey der Scheidung üblichen Worte, sondern nur ein Ausspruch mit ruhiger, besonnener Überlegung; ein solcher freylich wird durch einen hohen Grad des Zornes allerdings ausgeschlossen.

C. Die Interdiction wegen Verschwendung wird

(n) Diese Beurtheilung der Trunkenheit wird als die richtige anerkannt in c. 7. C. 15. q. 1.

(o) L. 48 de R. J. (50. 17.), L. 3 de divort. (24. 2.). — Recht praktische Bedeutung hatte diese Regel wohl nur im früheren R. R. Denn seit der von August für die

Scheidung eingeführten feyerlichen Form (L. 9 de divort.) konnte eine Scheidung in erster Aufwallung des Zornes kaum noch vorkommen; in den oben angeführten Stellen scheinen daher die alten Juristen eine traditionelle Regel aus früherer Zeit vorzutragen.

einmal dem Wahnsinn gleich gestellt und als völlige Willenlosigkeit bezeichnet (p). Andere Stellen aber bestimmen das Verhältniß genauer so, daß man den Interdicirten völlig gleich stellen darf dem *impubes pubertati proximus*. Er kann nämlich durch Stipulation eine Forderung erwerben, aber nicht sich als Schuldner durch Vertrag verpflichten (q). Er kann Nichts veräußern (r), und hat überhaupt nicht die Verwaltung seines Vermögens, die stets unter einem besondern Curator steht (s). Eine Novation kann er vornehmen, insofern er dadurch seinen Zustand verbessert (t). Eine ihm deferirte Erbschaft kann er gültig antreten, was jedoch unter der so eben bey der Novation

(p) *L. 40 de R. J.* (50. 17.). (Pomp. lib. 34 ad Sab.) „*Furiosi, vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.*“ Die scheinbare Allgemeinheit dieser Stelle ist sehr gut aus der Inscription erklärt von J. GOTHOFRED., *Comm. in tit. de R. J.*, L. 40 cit. Die Stelle steht nämlich, ihrem Inhalt nach, in Verbindung mit *L. 19. 20 de aqua pluv.* (39. 3.) (der Inscription nach nur mit *L. 20 cit.*), welche so lauten: „*Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae. — Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est.*“ Daran schloß sich nun der aus demselben Buch des Pomponius

(34 ad Sab.) herrührende Satz der *L. 40 cit. an*, welcher in dieser Beziehung auch dem Interdicirten die *voluntas* abspricht: nämlich weil er sich durch sein wissentliches Dulden, das als stillschweigende Einwilligung gilt, schaden würde, wozu er eben keine Fähigkeit hat.

(q) *L. 6 de V. O.* (45. 1.), *L. 9 § 7 de reb. cred.* (12. 1.).

(r) *L. 10 pr. de cur. fur.* (27. 10.), *L. 6 de V. O.* (45. 1.), *L. 26 de contr. emt.* (18. 1.), *L. 11 de reb. eor.* (27. 9.). Daher kann er auch nicht gültige Zahlung leisten, indem der Curator das Geld vindiciren kann. *L. 29 de cond. indeb.* (12. 6.).

(s) *L. 1 pr. de cur. fur.* (27. 10.).

(t) *L. 3 de novat.* (46. 2.).

bemerkten Einschränkung gedacht werden muß (u). Er kann kein Testament machen (v). Da er aber augenscheinlich des Dolus fähig ist, so muß er auch durch seine Delicte eben so, wie ein der Pubertät nahe stehender Unmündiger, verpflichtet werden (w).

D. Endlich sind alle juristische Personen ihrer Natur nach, und für immer, handlungsunfähig (§ 90. 96), weil jede Handlung die menschliche Thätigkeit des Denkens und Wollens voraussetzt, welche in der juristischen Person, als einer bloßen Fiction, nicht gedacht werden kann.

Vergleichen wir die hier dargestellten Fälle der Handlungsunfähigkeit mit einander, so findet sich unter ihnen folgende Ähnlichkeit und Unähnlichkeit. Die drey ersten Fälle (unreifes Alter, Wahnsinn und Interdiction) haben einen zufälligen Character, indem sie auf individuellen Un-

(u) *L. 5 § 1 de adqu. her.* (29. 2.). „Eum, cui lege bonis interdicatur, heredem institutum posse adire hereditatem constat.“ Nach der gewöhnlichen Meynung ist der Consens des Curators nöthig. Vgl. die ausführliche Abhandlung von REINOLD. Var. Cap. 1. Betrachtet man die Form der Handlung (die gerade bey dem Erbschaftsantritt so viele Schwierigkeit macht), so ist dazu der Interdicirte fähig, und wenn er es nicht wäre, so würde von dieser Seite der consensus, der niemals die Kraft einer aucto-

ritas hat, Nichts helfen. Aber materiell kann die Handlung ungültig seyn, wenn die Erbschaft Nachtheil bringt; daß nun dieses nicht der Fall ist, kann durch den Consens des Curators festgestellt werden.

(v) *L. 18 pr. qui test.* (28. 1.), § 2 *J. quib. non est perm.* (2. 12.), *ULPIAN. XX. 13.* — Nicht einmal Zeuge bey einem fremden Testament kann er seyn (§ 6 *J. de test. ord.* 2. 10.), gerade wie jeder Unmündige, auch selbst der *pubertati proximus*.

(w) *J. GOTHOFREDUS l. c.*

vollkommenheiten beruhen, jedoch mit dem Unterschied, daß das unreife Alter eine regelmäßige, in jedem menschlichen Leben nothwendig vorkommende, aber vorübergehende Unvollkommenheit ist, anstatt daß der Wahnsinn und die Interdiction als ungewöhnliche und krankhafte Zustände zu betrachten sind. Dagegen beruht die Unfähigkeit der juristischen Personen überhaupt gar nicht auf einer individuellen Unvollkommenheit, sondern auf dem allgemeinen und bleibenden Wesen dieser Klasse von Personen.

### §. 113.

#### II. Freye Handlungen. — Erweiterung durch Stellvertreter.

Die natürliche Fähigkeit der Person, durch ihre freye Handlungen Veränderungen im Rechtszustand hervorzubringen, kann nach zwey Seiten hin positiv modificirt werden: erstlich einschränkend, indem gewisse Personen ganz oder theilweise für unfähig erklärt werden, durch ihre Handlungen auf den Rechtszustand einzuwirken (§ 106 — 112); zweytens erweiternd, indem eine Stellvertretung in juristischen Handlungen gestattet wird. — Diese Stellvertretung, welche jetzt genauer zu betrachten ist, greift auf zweyerley Weise, als wichtige Förderung, in den gesammten Rechtsverkehr ein. Zunächst als bloße Erleichterung, indem dadurch die juristischen Organe eines Jeden bergestalt gleichsam vervielfältigt werden, daß auf diesem Wege Rechtsgeschäfte zu Stande kommen, welche

außerdem aus faktischen Gründen vielleicht gar nicht, vielleicht nur mit größerer Schwierigkeit entstehen könnten. Außerdem aber dient die Stellvertretung auch als Ersatz für die nach den aufgestellten Regeln fehlende eigene Handlungsfähigkeit, und in dieser Anwendung zeigt sie sich noch weit wichtiger als in der ersten. Denn durch sie wird es möglich, die Rechtsverhältnisse des Unmündigen, des Wahnsinnigen, des Interdicirten, so wie die der juristischen Personen, durch freye Handlungen neu zu gestalten, welches ohne Stellvertretung meist ganz unmöglich seyn würde.

Ehe aber die Regeln selbst über die Stellvertretung aufgestellt werden, ist es nöthig, das Gebiet, worin sie wirksam ist, zu bezeichnen. Dieses Gebiet ist das Vermögen, so weit dasselbe Gegenstand des lebendigen Rechtsverkehrs unter den Zeitgenossen ist. — Daher findet die Stellvertretung nur unbedeutende Anwendung innerhalb des Familienrechts (a). Eben so auch im Erbrecht, welches die Vermögensverhältnisse nicht zwischen Zeitgenossen, sondern im Übergang von einem Geschlecht auf das andere zum Gegenstand hat (b). Endlich auch in den Obligationen,

(a) So kann eine Ehe oder Adoption nur in eigener Person, nie durch Stellvertreter, geschlossen werden; eben so ist es bey der Emancipation, und bey der Freylassung der Sklaven. Gewissermaßen konnte es als Stellvertretung gelten, wenn der *filiusfamilias* eine Ehe durch *confarreatio* oder *coemptio* schloß, und dadurch dem Vater das Recht

*der manus* über die Schwiegertochter erwarb.

(b) So kann Niemand durch Stellvertreter ein Testament machen, oder eine ihm selbst angefallene Erbschaft antreten. Anders ist es, wenn der *filiusfamilias* oder der Sklave eine ihm angefallene Erbschaft antritt, und dadurch dem Vater oder Herrn das Erbrecht erwirbt.

so weit diese nicht auf dem Rechtsverkehr beruhen, das heißt auf der rechtmäßigen Wechselwirkung zwischen Person und Person, sondern auf der nothwendigen Ausgleichung der Rechtsverletzungen (c).

Die Rechtsregeln selbst haben sich in folgender Weise entwickelt. — Ursprünglich bestand der strenge, für den Rechtsverkehr sehr beschwerliche Grundsatz, daß eine Vertretung nur gelte durch die von unsrer juristischen Gewalt abhängenden Menschen, und auch durch diese nur zum Erwerben, nicht zur Verminderung des Vermögens.

Nach diesem ursprünglichen Grundsatz also konnten Kinder und Sklaven, so wie Die welche in manu oder in mancipio standen, dem Familienhaupt gültigerweise erwerben, und zwar sowohl Eigenthum und jura in re, als Schuldforderungen: dieses konnte geschehen selbst durch solche Rechtsgeschäfte, welche unter den strengen Regeln und Formen des alten jus civile standen, wie Mancipation und Stipulation. Diese Wirkung war selbst unabhängig von dem Willen des Vertretenen und des Vertreters; das heißt es konnte nicht bloß der Vater zu seiner Bequemlichkeit dem Sohne den Auftrag geben, für ihn zu stipuliren oder eine Mancipation zu empfangen, sondern auch wenn diese Handlungen von dem Sohn ohne Wissen des Vaters vorgenommen wurden, kam dennoch das so erworbene Recht unmittelbar in des Vaters Vermö-

(c) So können Verträge durch bey Delicten ist das Verhältnis Stellvertreter geschlossen werden; der Stellvertretung unanwendbar.

gen (d). Es waren demnach alle in solcher Abhängigkeit stehende Menschen allgemeine Erwerbssinstrumente des gemeinsamen Familienhauptes.

Dagegen konnte vermittelst dieser Vertretung das Vermögen des Familienhauptes auf keine Weise vermindert werden. Wenn also der Sohn durch Stipulation etwas versprach, so wurde der Vater nicht Schuldner: wenn er eine Sache des Vaters mancipirte, so gieng auf den Empfänger kein Eigenthum über (e). Auch in dieser Hinsicht war wieder der Wille des Vaters gleichgültig, so daß zu solchen Zwecken der Vater zu seiner Bequemlichkeit den Sohn nicht als Instrument gebrauchen konnte (f).

(d) GAJUS II. § 86—96, III. § 163—167. ULPIAN. XIX. § 18—21, *tit. J. per quas pers. nob. adqu.* (2. 9.), *tit. J. per quas pers. nob. obl. adqu.* (3. 28.), *L. 3 C. per quas pers.* (4. 27.). — Nur die in *jure cessio* konnte durch diese Vertretung nicht bewirkt werden, weil der Sohn und der Sklave nicht die Worte aussprechen konnten: *hanc rem meam esse ajo ex jure Quiritium* (GAJUS II. § 96); bey dem Sklaven auch schon deswegen nicht, weil er niemals vor Gericht auftreten durfte.

(e) *L. 133 de R. J.* (50. 17.). „*Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*“ *L. 27 § 1 ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L. 3 C. de pactis* (2. 3.), *L. 12 C. de adqu. poss.* (7. 32.). — Es ist ganz zufällig,

daß in diesen Stellen nur die Sklaven erwähnt werden; der Satz ist gleich wahr bey allen andern Arten der Abhängigkeit. — Werden die von uns Abhängigen zu Erben eingesetzt, so können sie nur mit unfrem Willen die Erbschaft antreten, weil diese insolvent seyn, also Schaden bringen kann; haben sie so angetreten, so kommt dadurch das Erbrecht auf uns, ganz als ob wir selbst zu Erben eingesetzt wären. GAJUS II. § 87, ULPIAN. XIX. § 19.

(f) Wenn also der Herr dem Sklaven befohl, für ihn eine Schuld zu contrahiren, so wurde dennoch der Herr nach altem Recht nicht Schuldner; deswegen führte hier der Prätor eine eigene Klage ein, *quod jussu*. Eben so verhält es sich mit den andern, allmählig eingeführten,

Unabhängige Menschen endlich konnten nach keiner Seite hin eine wirksame Vertretung übernehmen, so daß es ganz unmöglich war, durch die juristischen Handlungen fremder oder freyer Menschen (g) Rechte zu erwerben, Rechte aufzugeben, oder Verpflichtungen zu übernehmen, selbst wenn alle dabey betheiligte Personen über diese Vertretung einverstanden waren (h).

Ein so beschränkender Grundsatz konnte sich nicht erhalten, sobald der Verkehr lebendiger und vielseitiger wurde. Man fieng daher an, in einzelnen Fällen auch eine freye Stellvertretung zuzulassen. Zuerst geschah dieses bey dem Erwerb des Besißes, und bey den auf den Besiß gegründeten Erwerbungsarten des Eigenthums, wie Tradition und Occupation (i). Sehr natürlich wurde dann auch bey der Veräußerung durch Tradition, eben so wie bey der Erwerbung durch dieselbe, die Vertretung zugelassen, die dabey durch eigene Sklaven und Kinder eben sowohl als durch freye Menschen bewirkt werden konnte (k). Nun

indirecten Verpflichtungen durch Kinder und Sklaven: *actio de peculio, tributoria, de in rem verso.*

(g) Derjenige, welcher von uns unabhängig, und deshalb zu unsrer Vertretung nach altem Recht unfähig ist, heißt *extranea* oder auch *libera persona* (GAJUS II. § 95); *libera* bezeichnet also hier den Gegensatz nicht bloß (wie sonst gewöhnlich) der *dominica potestas*, sondern jeder Abhängigkeit

von *potestas, manus, mancipium.*

h) GAJUS II. § 95, § 5 *J. per quas pers. nob. adq.* (2. 9.).

(i) §. 5. *J. per quas pers.* (2. 9.), *L. 1 C. de adq. poss.* (7. 32.), *L. 20 § 2 de adq. rer. dom.* (11. 1.), *L. 1 C. per quas pers.* (4. 27.); *L. 11 § 6 de pign. act.* (13. 7.), PAULUS V. 2 § 2. — Vgl. Savigny, *Recht des Besißes* § 26.

(k) 42. 43 *J. de rer. div.*

also war im Verkehr des Eigenthums die freye Vertretung nur noch für diejenigen Formen ausgeschlossen, die dem alten Civilrecht angehörten, das heißt für die Mancipation und die in jure cessio. — Eine ähnliche Erleichterung des Verkehrs wurde dann auch bey den Obligationen gestattet, nur daß man hier die Veränderung mehr allmählig und zögernd, als bey dem Eigenthum, eintreten ließ (l). Man ließ es also zu, daß bey Contracten, wie Kauf und Miete, durch Stellvertreter Forderungen erworben und Schulden übernommen würden; als vermittelnde Rechtsform wurde dabey die Ertheilung von utiles actiones angewendet. Contracte aber, die auf der strengen Form des alten Civilrechts beruhten, das heißt die Stipulationen, sollten stets nur in eigener Person, nicht durch freye Stellvertreter, geschlossen werden, und diese Regel ist noch im Justinianischen Recht anerkannt (m). Nur wurde auch dabey noch eine praktische Milderung zugelassen. Für eine einzelne Stipulation zwar sollte kein Stellvertreter zugelassen werden. Wenn aber während einer allgemeineren Verwaltung fremder Geschäfte unter andern auch Stipulationen, als einzelne Stücke der Geschäftsführung, geschlossen werden mußten, so sollten die Klagen aus diesen nicht für und wider den Geschäftsführer

(2. 1.), L. 9 §. 4 de adqu. rer. dom. (41. 1.), L. 41 § 1 de rei vind. (6. 1.)

(l) Die genauere quellenmäßige Ausführung dieses Punktes ist nur im Zusammenhange des

Obligationenrechts möglich.

(m) L. 3 C. de contr. stip. (8. 38.), L 1 C. per quas pers. (4. 27.), § 4 J. de inut. stip. (3. 17.), L. 126 § 2 de V. O. (45. 1.)

rer, sondern für und wider den Herrn des Geschäfts, gegeben werden. So bey dem Vormund (n), und eben so bey dem Prozeßprocurator (o), wenn jener in den vormundschaftlichen Geschäften, dieser im Lauf des Prozeßes, Stipulationen abzuschließen veranlaßt wurde.

Aus diesen einzelnen Fällen bildete sich denn endlich die allgemeine Regel, die im Justinianischen Recht nur in folgender Stelle zu allgemeiner Anerkennung gekommen ist.

*L. 53 de adqu. rer. dom. (41. 1.)* (aus Modestin. lib. 14 ad Q. Mucium): „Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.“

Das Resultat, welches hieraus für das Justinianische Recht hervorgeht, läßt sich in folgenden Sätzen darstellen:

1) Civile Handlungen stehen noch jetzt unter den oben dargestellten Regeln des alten Rechts; bey ihnen gilt also nur Vertretung im Erwerb, und nur durch die vom Erwerber abhängigen Menschen.

Civile Handlungen aber sind im Justinianischen Recht (innerhalb der oben bestimmten Gränzen, also mit Ausschluß des Erbrechts und des Familienrechts) nur noch die Stipulationen.

(n) *L. 2 pr. de admin. (26. 7.)*, (o) *L. 5 de stip. praetor. L. 5. 6. 7. 8. quando ex facto (46. 5.) tut. (26. 9.)*

2) Naturale Handlungen lassen jede Vertretung zu: durch abhängige, und durch freye Menschen: wir mögen durch die Handlung erwerben oder verlieren.

Dahin also gehören bey weitem die meisten und wichtigsten Geschäfte des Justinianischen Rechts, so daß dieser Theil der Regel nunmehr von überwiegender Bedeutung ist (p).

3) Die Vertretung selbst ist nun von zweyerley Art:

(a) Die schon im alten Recht gegründete nothwendige Vertretung gilt nur für den Erwerb (geschehe dieser durch civile oder durch naturale Handlungen), hier aber unabhängig vom Bewußtseyn und Willen des Herrn. Sie kommt aber fast nur noch vor bey Sklaven; denn manus und mancipium sind ganz verschwunden, und Kinder in väterlicher Gewalt erwerben in der Regel nicht mehr für den Vater, sondern für sich selbst (q).

(p) Mehrere Stellen des Justinianischen Rechts scheinen damit im Widerspruch zu stehen, z. B. § 5 *J. per quas pers.* (2. 9.) und *L. 1 C. per quas pers.* (4. 27.), nach welchen man glauben könnte, der Erwerb durch Besitz sey der einzige Fall, worin ausnahmsweise eine Vertretung durch freye Menschen gelte (wodurch damals, als jene Stellen geschrieben wurden, besonders die Mancipation ausgeschlossen werden sollte); eben so andere Stellen, worin noch die freye Vertretung bey naturalen Contracten als zweifelhaft erscheint. Alle diese Stellen kön-

nen nun im Zusammenhang des Justinianischen Rechts nur so angesehen werden, daß sie die Entwicklungsgeschichte der Regel darstellen, die in ihrer unzweifelhaften neuesten und allein gültigen Gestalt, durch die im Text abgedruckte *L. 53 de a. r. d.* ausgesprochen wird.

(q) Das heißt, wenn ein *filiusfamilias* Etwas erwirbt, ohne dabey des Vaters zu erwähnen, so wird er selbst Eigenthümer, anstatt daß hier vor Justinian der Vater das Eigenthum erwarb. Will aber der Vater Etwas erwerben, so versteht es sich

b) Die freye Vertretung kann auf zweyerley Weise begründet werden.

In der Regel geschieht es durch den Willen Desjenigen, dessen Rechte entstehen oder untergehen sollen.

Ist aber Dieser selbst handlungsunfähig, so geschieht es durch ein allgemeines, jenen Willen ersetzendes, Rechtsverhältniß: in den Fällen des unreifen Alters, des Wahnsinns, und der Interdiction, durch die Vormundschaft; bey juristischen Personen durch die in ihrer besonderen Verfassung dazu bestimmten Personen.

---

Was ist nun von diesem Justinianischen System der Vertretung noch übrig in unfrem heutigen Recht? Wir haben keine Stipulationen und keine Sklaven mehr. Daher besteht für uns nur noch:

die unbeschränkte Zulassung der freyen Vertretung, indem in unfrem Recht alle Handlungen naturale sind, und indem die nothwendige Vertretung durch Sklaven nicht mehr vorkommen kann.

### §. 114.

#### III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum.

Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Thatsachen zu verstehen, die nicht

von selbst, daß dazu der Sohn, rade so, wie er auch zu Veräu-  
eben so wie jeder Fremde, als ferungen vom Vater als Mit-  
Mittelsperson dienen kann; ge telperson gebraucht werden darf.

nur freye Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist (§ 104).

Drey Momente derselben sind hier einzeln zu erwägen: der Wille selbst, die Erklärung des Willens, und die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung.

Der Wille selbst bedarf nach zwey Seiten hin einer genaueren Bestimmung:

1) Das Daseyn desselben kann zweifelhaft werden durch entgegen wirkende Thatsachen, deren Einfluß untersucht und festgestellt werden muß. Diese Thatsachen sind: Zwang und Irrthum.

2) Der Umfang des Willens kann modificirt werden durch Beschränkungen, die er sich selbst giebt. Diese mögliche Selbstbeschränkungen sind: Bedingung, Zeit, Modus.

---

Das Daseyn des Willens scheint durch Zwang und Irrthum ausgeschlossen zu werden nach folgender Betrachtung. Zwang ist der Gegensatz der Freyheit. Wenn also Zwang als Beweggrund auf den Willen eingewirkt hat, so ist kein freyer, also kein wirklicher Wille vorhanden, sondern nur der Schein des Willens. — Wenn ferner ein Irrthum als Beweggrund auf den Willen einwirkt, so ist der Wollende ohne wahres (mit der Wirklichkeit übereinstimmendes) Bewußtseyn, folglich eben so wenig einer wirk-

samen Willenserklärung fähig, als der Unmündige oder Vernunftlose.

Die genauere Ergründung beider Fälle wird die in diesen Behauptungen enthaltene Täuschung darlegen. Jedoch muß schon jetzt auf das wahre Element hingewiesen werden, welches bey dieser Täuschung im Hintergrund steht. Es findet sich nämlich hier die wichtige Einwirkung sittlicher, dem Rechtszustand wesentlich verwandter, Momente. Der Zwang an sich hebt das Daseyn und die Wirksamkeit des Willens nicht auf; aber die in demselben enthaltene, in das Rechtsgebiet störend eingreifende, Unsittlichkeit macht eine positive Gegenwirkung nothwendig. — Eben so hebt der Irrthum an sich das Bewußtseyn, und mit diesem den Willen, nicht auf; aber es kann da bey eine ähnliche, das Rechtsgebiet störende, Unsittlichkeit vorkommen, und dann ist die gleiche Nothwendigkeit positiver Gegenwirkung vorhanden. — Nunmehr sind diese beiden Fälle abgesondert darzustellen.

Zwang oder Gewalt (vis) bezeichnet zwey ganz verschiedene Arten der Einwirkung eines Menschen auf einen andern.

1) Überwältigung durch körperliche Übermacht, so daß sich der Gezwungene bloß leidend verhält. Von dieser kann hier, bey Willenserklärungen, die in geistiger Thätigkeit bestehen, gar nicht die Rede seyn. Denn wenn z. B. Einer dem Andern mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde führt, so liegt darin, eben so wie bey der

von einem Andern nachgemachten Unterschrift, gar keine Einwilligung, sondern höchstens der täuschende Schein einer solchen. — Negativ freylich kann diese Art des Zwangs bey Willenserklärungen wohl vorkommen, nämlich um dieselben unmöglich zu machen; wenn z. B. Einer durch Einsperren verhindert wird, einen Vertrag zu schließen, oder ein Testament zu machen. — Die Neueren nennen diese Art der Gewalt *vis absoluta*.

2) Einwirkung auf den Willen des Handelnden durch Drohung, also durch die zu diesem Zweck in ihm absichtlich erregte Furcht, bey den Neueren *vis compulsiva* genannt (a). Von dieser allein, als von einer Einwirkung auf den Willen des Andern, kann hier die Rede seyn. Eigentlich wäre es daher besser, in dieser Untersuchung nur von Furcht, nicht von Zwang zu sprechen, wie es auch bey den Römern in der That geschieht (b); dennoch ist hier der Ausdruck Zwang gebraucht worden, theils weil er bey neueren Schriftstellern der üblichere ist, theils weil aus ihm allein der Schein begreiflich wird, als ob gar kein Wille vorhanden wäre: dieser Schein aber ist es,

(a) Der Gegensatz beider Arten der Gewalt wird besonders anschaulich bey dem Verlust des Besitzes; dieser kann sowohl durch absolute Gewalt bewirkt werden, als durch compulsive; im ersten Fall ist es eine Dejection, im zweyten eine erzwungene Tradition; im ersten Fall ist das *interdictum de vi* begründet, im

zweyten die *actio quod metus causa*. Vgl. *L. 9 pr. quod metus* (4. 2.), *L. 5 de vi* (43. 16)

(b) Das *Edict lautete* ursprünglich so: *quod vi metusque causa gestum erit*, späterhin wurde die Erwähnung der *vis* weggelassen, so daß es nun bloß heißt: *quod metus causa gestum erit*. *L. 1 quod metus* (4. 2.).

auf dessen Vernichtung es in dieser Untersuchung vorzugsweise ankommt.

Allerdings liegt es sehr nahe, Zwang und Freyheit als einander ausschließende Zustände anzusehen, mithin die Freyheit schlechthin zu verneinen, da wo Zwang vorhanden ist. Dennoch müssen wir bey genauerer Betrachtung diese Ansicht gänzlich aufgeben. Mit den speculativen Schwierigkeiten des Freyheitsbegriffs haben wir im Rechtsgebiet Nichts zu schaffen; uns berührt bloß die Freyheit in der Erscheinung, das heißt die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen. Daß aber diese Fähigkeit bey dem Gezwungenen, das heißt bey dem Bedrohten, wahrhaft vorhanden ist, kann nicht bezweifelt werden. Er hat die Wahl sogar zwischen Drey möglichen Entschlüssen: die Handlung vorzunehmen, wozu ihn der Drohende bestimmen will; das gedrohte Übel durch Widerstand abzuwehren; oder endlich dieses Übel zu erdulden. Hat er nun den ersten dieser drey Wege erwählt, so ist die Freyheit der Wahl, also seines Willens, wahrhaft vorhanden, und wir müssen das wirkliche, nicht bloß scheinbare, Daseyn einer Willenserklärung, z. B. eines Vertrags, mit allen daran geknüpften Rechtswirkungen, unbedenklich anerkennen.

Diese Ansicht ist denn auch die des Römischen Rechts in so klaren, entscheidenden Stellen (c), daß selbst die

(c) L. 21 § 5 *quod metus* (4. reditatem, 'puto me heredem 2.). „Si metu coactus adii he- effici, quia, quamvis si liberum

scheinbar entgegenstehenden Zeugnisse keinen erheblichen Zweifel erregen können (d). Ganz vorzüglich aber ist die unzweifelhafte praktische Behandlung dieses Falles, von welcher sogleich die Rede seyn wird, nur unter Voraussetzung jener Grundregel begreiflich.

Obgleich nun der Zwang zu einer Willenserklärung die Freyheit des Handelnden an sich nicht aufhebt, folglich der natürlichen Wirksamkeit der Erklärung nicht im Wege steht, so steht er dennoch im geraden Widerspruch mit dem Zweck alles Rechts, welcher auf die sichere und selbstständige Entwicklung der Persönlichkeit gerichtet ist

esset noluissem, *tamen coactus volui*: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur." — L. 21. 22 *de ritu nupt.* (23. 2.). „... Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset ... *malnisse hoc videtur.*“ Es ist kein Grund vorhanden, unter dem allgemeinen Ausdruck dieser letzten Stelle, wie Manche wollen, etwas Anderes als den eigentlichen Zwang, nämlich die ehrfurchtsvolle Nachgiebigkeit gegen den ernststen Willen des Vaters (*metus reverentialis*) zu verstehen.

(d) L. 6 § 7 *de adqu. vel om. her.* (29. 2.). „Celsus .. scripsit, eum qui metu ... *coactus, fallens adierit hereditatem* .. heredem non fieri“ etc. Fallens steht für simulans, er hatte also

nur zum Schein etwa Handlungen eines Erben (als *gestio*) aus Furcht vorgenommen, folglich gar nicht wirklich angetreten (fallens adierit für simulaverit se adire). Die Emendation *fallens* für *fallens* ist verwerflich. Vgl. über die Stelle, außer der Glossen, auch CUIACIUS in L. 21 quod metus Opp. I. 971. MARCKART interpret. II. 13. — L. 9 *pr. qui et a quib. manum.* (40. 9.). In der hier erwähnten erzwungenen Handlung liegt gar keine Manumission, sondern bloß die an sich unwirksame schriftliche Anerkennung der Freyheit. L. 17 *pr. eod.* spricht von einem positiven, polizeylichen Verbot der durch Volksgewalt erzwungenen Freylassungen; das Bedürfniß eines solchen Verbots beweist gerade, daß die Handlung ohne dasselbe gültig gewesen wäre.

(§ 52). Demnach liegt in dem Zwang eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsitlichkeit; sie ist dem Unrecht verwandt, wiewohl kein wirkliches, unmittelbares Unrecht (e). Es ist die Aufgabe des positiven Rechts, diese Unsitlichkeit, durch positive Gegenwirkung, von dem Rechtsgebiet abzuwehren, und genau diese Aufgabe findet sich im Römischen Recht deutlich anerkannt (f). Die sehr mannichfaltigen Mittel zu dieser Abwehr können nur in den einzelnen Theilen des Systems ganz deutlich gemacht werden; hier muß eine allgemeine Übersicht genügen. Es dient zu diesem Zweck erstlich eine besondere Klage; ferner eine Exception gegen die Klage jedes Andern; endlich, wenn diese regelmäßigen Mittel nicht genügen, die Wiederherstellung des veränderten Rechtszustandes auf dem Wege einer Restitution (g).

(e) Der Zwang oder die Drohung enthält nicht einmal nothwendig ein beabsichtigtes, vorbereitetes Unrecht, da der Drohende fest entschlossen seyn kann, die Drohung nicht zu vollziehen. Für die rechtliche Wirkung macht Diefes keinen Unterschied, da die ungehörige Einwirkung auf den fremden Willen stets dieselbe bleibt.

(f) *L. 116 pr. de R. J.* (50. 17.). „Nihil consensui tam contrarium est, qui bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare, contra bonos mores est” Anstatt qui bonae fidei liest die Florentina qui ac b. f., mehrere Hand-

schriften lesen qui et b. f. Die hier angenommene bessere Lesart beruht gleichfalls auf Handschriften. — *L. 3 § 1 quod metus* (4. 2). „... vim accipimus ... quae adversus bonos mores fiat.” — *L. 1 eod.* „Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebō.” — *L. 21 § 5 eod.* (f. v. Note c).

(g) Die Behandlung dieses Gegenstandes ist in Beziehung auf dingliche Rechte und Obligationen größtentheils unzweifelhaft. Mehr bestritten ist die Wirkung solcher Drohungen, wodurch ein letzter Wille veranlaßt wird. Vgl. Glück B. 33 S. 426. MÜHLEN-

Die Bedingungen aber, unter welchen allein der Zwang diese wichtige Wirkung haben kann, sind gleich hier vollständig zusammen zu stellen.

1) Es ist nöthig die Furcht vor einem bedeutenden Übel, das heißt die Bedrohung des Lebens, oder des Leibes (h), oder der Freyheit. Dieses letzte gilt in einem doppelten Sinn: sowohl für die factische Entziehung der Freyheit durch Gefängniß oder Ketten (i), als auch für den wirklichen Sklavenstand (k), wenn etwa die Drohung darauf geht, eine vindicatio in servitutum durch Unterdrückung von Urkunden verderblich zu machen (l), oder wenn es in der Macht des Drohenden steht, den Freyen in einen Sklaven zu verwandeln (m). In allen diesen

BRUCH § 643. — Bey der Ehe hatte das ältere R. R., wegen der freyen Scheidung, kein Bedürfnis einer besonderen Abhülfe; die bey Obligationen angewendeten Mittel paßten hier nicht. Das neueste Recht, welches die Scheidung so sehr erschwert, hat hier eine Lücke gelassen. Das canonische Recht nimmt ganz consequent Nichtigkeit der Ehe an. C. 15. 28 X. de spons. (1. 1.), C. 2 X. de eo qui dux. (4. 7.). BÖHMER § 348. Eichhorn II. S. 351.

(h) L. 3 § 1 L. 7 § 1 L. 8 pr. § 2 quod metus (4. 2.), L. 3 ex quib. causis majores (4. 6.), L. 13 C. de transact. (2. 4.), L. 7 C. de his quae vi (2. 20.).

(i) L. 7 § 1 L. 22 L. 23 § 1. 2 quod metus (4. 2.).

(k) L. 4 quod metus (4. 2.). „Ego puto etiam servitutis timorem, similiumque admittendum.“ Die Similia sind nun eben die in Note i angeführten Drohungen: Gefängniß oder Fesseln.

(l) L. 8 § 1 quod metus (4. 2.).

(m) So z. B. die mit einem fremden Sklaven verheirathete freye Frau, nach dem Sc. Claudianum. Eben so den undankbaren Freygelassenen. Wenn in diesem letzten Fall die Anwendbarkeit des Edicts verneint wird (L. 21 pr. quod metus 4. 2.), so geschieht dieses nicht deswegen, weil die revocatio in servitutum kein hinreichendes Übel wäre, sondern weil in dem durch die angeführte Stelle vorausgesetzten Fall die Furcht gar nicht

Fällen ist es gleichgültig, ob dem Handelnden für sich selbst, oder für seine Kinder, die Gefahr angedroht wird (n). — Auf diese Fälle aber beschränkt sich jene wichtige Wirkung der Drohungen, weshalb folgende Fälle ohne Einfluß sind: Bedrohung des guten Rufes (o), oder auch des Vermögens. Insbesondere ist die Bedrohung mit Prozessen, seyen es Civilklagen oder Criminalanklagen, dazu nicht hinreichend (p). — Man kann also sagen, daß diejenigen Übel, deren Androhung jene Wirkung hervorbringen soll, fast immer wahre Rechtsverletzungen enthalten müssen (q): umgekehrt aber würde die Drohung einer bloß

durch eine Drohung des Patrons, sondern nur durch das böse Gewissen der Freigelassenen selbst, entstanden war.

(n) *L. 8 § 3 quod metus* (4.2).

(o) *L. 7 pr. quod metus* (4.2). „Nec timorem infamiae hoc edicto contineri.“ Der Ausdruck ist zweydeutig. Er kann auf Zuziehung wahrer Infamie gehen (z. B. wenn der Drohende es in seiner Macht hat, durch *doli* oder *furti actio* die Ehre wirklich zu entziehen), oder auch auf Gefährdung des guten Rufes durch üble Nachreden. In beiden Bedeutungen muß der Satz für wahr gehalten werden.

(p) *L. 7 pr. quod metus* (4.2). „Neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui.“ — *L. 10 C. de his quae vi* (2. 20). „Accusationis institutae vel futurae metu alienatio-

nem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium.“ — Damit ist nicht gesagt, daß gegen die Drohung einer Klage, um Geld oder Geldewerth zu erpressen, kein Schutz zu finden wäre; vielmehr bezieht sich darauf das Edict de calumniatoribus (Dig. III. 6), welches jedoch andere Regeln hat, als die *actio quod metus causa*.

(q) Ich sage: fast immer, denn wenn die freye Frau eines Sklaven, oder der undankbare Freigelassene, in Sklaven verwandelt werden, so ist das keine Rechtsverletzung. Diese scheinbare Inconsequenz erklärt sich daraus, daß der zum Sklaven Gemachte rechtlos wird, so daß von nun an gegen seine Person Alles möglich und erlaubt ist, was außerdem Rechtsverletzung gewesen wäre.

auf das Vermögen gerichteten Rechtsverletzung zu jener Wirkung gewiß nicht hinreichen (r).

2) Es ist ferner nöthig eine gegründete Furcht, also ein wahrscheinliches Übel, welchem schwer zu widerstehen ist, so daß der Characterschwäche oder der leeren Einbildung kein Schutz verheißen seyn soll (s).

3) Endlich aber, und was das Wichtigste ist, es genügt nicht das bloße Daseyn der Furcht, sondern die Furcht muß auf einer Drohung beruhen, das heißt sie muß von irgend einem Menschen absichtlich erregt worden seyn, um diese Handlung zu bewirken (t). War dieses der Fall, so beschränkt sich allerdings die Wirkung nicht auf den Urheber allein, sondern sie erstreckt sich auch auf andere, schuldblose Personen, das heißt sie geht in rem (u).

Fassen wir das hier Gesagte, und im Einzelnen Bewiesene, zu einer kurzen Übersicht zusammen, so ergibt sich daraus die Bestätigung des oben aufgestellten Grunds

(r) Auch hier wieder (wie in Note p) muß gegen das Mißverständnis gewarnt werden, als ob gegen solche Drohungen jeglicher Schutz fehlte. Hier kann die *condictio ob turpem causam* helfen (L. 2 pr. L. 4 § 2 de cond. ob turp. 12. 5.), die nur andere Regeln hat, als die *actio quod metus causa*. Der durchgreifendste praktische Unterschied liegt darin, daß die *actio quod metus causa* gegen jeden Dritten wirkt, anstatt daß die erwähnten anderen Rechtsmittel (Note p und

r) nur gegen den Thäter gehen.

(s) L. 6 *quod metus* (4. 2.). „Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere constat.“ L. 7 pr. L. 9 pr. eod. L. 184 de R. J. (50. 17.).

(t) L. 14 § 3 *quod metus* (4. 2.). „sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum.“ L. 9 § 1 L. 21 pr. eod.

(u) L. 9 § 8 *quod metus* (4. 2.), L. 4 § 33 de doli except. (44. 4.).

sages: der Zwang schließt nicht die Freiheit aus, so daß neben ihm die Willenserklärung dennoch besteht und wirkt. Ihre natürlichen Folgen aber werden durch eine positive Gegenwirkung gehemmt, deren Grund in der Unsittheit liegt, wodurch der Zwang das Rechtsgebiet stört.

In dieser Verbindung aber tritt die Wahrheit der Grundregel, daß der Zwang die Freyheit nicht ausschließt, noch deutlicher hervor. Erstlich wegen der nöthig gefundenen positiven Gegenanstalten. Wenn ein Unmündiger oder ein Wahnsinniger solche Worte ausspricht, wodurch ein Handlungsfähiger, welcher sie ausspräche, verpflichtet werden würde, so wird nicht daran gedacht, ihm dagegen einen künstlichen Schutz zu bereiten, z. B. durch eine Exception gegen die Contractsklage des Gegners; es ist juristisch gar Nichts geschehen, das ist genug. Ganz so müßte es auch seyn bey Demjenigen, welcher durch Drohungen zu einer Willenserklärung bestimmt wird, wenn wirklich der Zwang die Willensfreyheit ausschloße; da es hier nicht so ist, so muß wohl Freyheit als vorhanden vorausgesetzt seyn. — Zweytens, wenn die Freyheit durch Furcht ausgeschlossen würde, so müßte es ganz gleichgültig seyn, ob diese Furcht durch das bloße Denken des Fürchtenden allein, oder durch fremde Drohung entstanden wäre, da in beiden Fällen der Seelenzustand des Fürchtenden derselbe ist. Da nun aber jener Rechtsschutz nie der bloßen Furcht allein, sondern lediglich der durch Drohung erzeugten Furcht gewährt wird, so muß der Grund

dieses Rechtsschutzes nicht in die mangelnde Willensfreiheit des Fürchtenden, sondern in die rechtswidrige Unstlichkeit des Drohenden, gesetzt werden.

Um die hier bekämpfte Meynung, nach welcher der Zwang das Daseyn des freyen Willens ausschließen soll, völlig zu beseitigen, ist es nöthig, zum Schluß noch eine mögliche Gestalt derselben zu erwähnen, welche mehreren ihrer Vertheidiger, wenn auch nicht ganz deutlich gedacht, vorgeschwebt zu haben scheint. Man kann sich nämlich den durch die Drohung erzeugten Seelenzustand in Gedanken so steigern, daß er dem Wahnsinn oder der äußersten Trunkenheit gleichartig wird, in welchem Fall der so Geängstete in der That nicht mehr weiß was er thut oder redet, also wirklich bewußtlos ist. In diesem Fall ist nun in Wahrheit gar kein Wille vorhanden (§ 112), und kein Richter wird darüber im Zweifel seyn. Dabey ist es auch ganz gleichgültig, ob diese Art der Bewußtlosigkeit durch menschlichen bösen Willen, oder durch Naturereignisse, vielleicht bloß durch die Einbildungskraft eines höchst furchtsamen Menschen, hervorgebracht worden ist. Das Römische Recht denkt entschieden gar nicht an diesen Fall, theils weil in demselben gewiß Alles ipso jure nichtig seyn würde, theils weil die Drohung als Grund der Furcht dabey gleichgültig ist, die doch das Römische Recht als unerläßliche Bedingung seiner indirecten Schutzeinrichtungen fordert. Dieser Fall ist aber auch praktisch eben so un-

wichtig, als dessen Behandlung unzweifelhaft ist. Er ist unwichtig, weil er nur höchst selten vorkommen kann. Denn wo die Angst diesen höchsten Grad erreicht, in welchem sie den Menschen wahrhaft bewusstlos macht; da wird meist auch nicht die Möglichkeit einer scheinbaren Thätigkeit zurück bleiben; es wird vielmehr eine Ohnmacht erfolgen, oder wenigstens die gänzliche Unfähigkeit zu jeder Aeußerung, die als eine Willenserklärung fälschlich ausgelegt werden könnte.

Die ganze Frage übrigens, die hier für das Privatrecht aufgeworfen und beantwortet worden ist, kommt auch im Criminalrecht vor, und hat auch hier ähnliche Schicksale gehabt, wie im Privatrecht. Das Princip ist auch hier dasselbe. Wer durch Drohungen bestimmt wird, ein Verbrechen zu begehen, handelt frey, und ist zurechnungsfähig, mit Ausnahme der seltenen Fälle, worin die Angst zur wahren Bewusstlosigkeit wird. Allein die praktische Behandlung wird hier eine ganz andere. Von einer indirecten Ungültigkeit (*per exceptionem*) kann im Criminalrecht natürlich nicht die Rede seyn; dagegen wird hier die Drohung zuweilen Grund einer Milde rung oder selbst der Straflosigkeit seyn. Die genauere Ausführung dieser Frage kann hier nicht unternommen werden.

## §. 115.

III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum.  
(Fortsetzung.)

Es bleibt übrig die Betrachtung des Irrthums als eines denkbaren Hindernisses für das Daseyn einer wahren, wirksamen Willenserklärung.

Irrthum überhaupt ist der Zustand des Bewußtseyns, in welchem die wahre Vorstellung eines Gegenstandes von einer unwahren verdeckt und verdrängt wird. Das Wesentliche jedoch in diesem Zustand ist bloß der Mangel der wahren Vorstellung, welcher sich auch in der Gestalt bloßer Bewußtlosigkeit über diesen Gegenstand zeigen kann, ohne daß eine bestimmte andere Vorstellung an die Stelle der wahren tritt. Hierin liegt der innere Unterschied zwischen Irrthum und Unwissenheit (*error* und *ignorantia*), welche jedoch juristisch einander völlig gleich stehen. Es wäre genauer und erschöpfender, überall von Unwissenheit zu reden, da dieser Ausdruck das Wesen jenes mangelhaften Zustandes des Bewußtseyns am allgemeinsten bezeichnet. Dennoch ist bei unsren Schriftstellern häufiger von Irrthum die Rede, ohne Zweifel weil diese Gestalt des erwähnten Zustandes die häufigere und darum praktisch wichtigere ist; auch ist dieser Sprachgebrauch ohne alles Bedenken, sobald man sich voraus darüber verständigt hat, Alles, was über den Irrthum gesagt wird, auch für die bloße Unwissenheit gelten zu lassen.

Der Irrthum nun kommt als ein wichtiges Moment in so mancherley juristischen Beziehungen vor, daß es unmöglich ist, dieselben an einer einzelnen Stelle des Rechtssystems zu erschöpfen. Dennoch ist es für die Vollständigkeit der Einsicht wichtig, diese verschiedenen Beziehungen zu einer gemeinsamen Uebersicht zu verbinden. Diese zusammenhängende Darstellung des Irrthums in seinen verschiedenen Beziehungen auf Rechtsverhältnisse habe ich in einer abgeforderten Abhandlung zu geben versucht (Beylage VIII.).

Gegenwärtig fassen wir den Irrthum bloß in der Beziehung auf, da er als Beweggrund zu einer Willenserklärung erscheint. Bey dieser Beziehung wird fast immer ein eigentlicher Irrthum zum Grunde liegen, da die reine Unwissenheit gewöhnlich nur Unterlassungen zur Folge haben wird. — Wir fragen nun in dieser Beziehung, ob wohl der aus Irrthum entsprungene Wille als ein eigentlicher und wirksamer Wille zu betrachten seyn möge? Der schon oben angedeutete Schein für die Verneinung dieser Frage liegt in einer gewissen Aehnlichkeit des Irrthums mit der Bewußtlosigkeit. So wie nämlich der Unmündige oder Wahnsinnige, könnte man sagen, zu Willenserklärungen unfähig sind wegen ihres allgemeinen Mangels an Bewußtseyn überhaupt (§. 106.), so muß dazu auch Derjenige unfähig seyn, welchem ein richtiges Bewußtseyn in besonderer Beziehung auf die den Willen bestimmenden Thatsachen mangelt. Es finden sich

fogar einige sehr allgemein lautende Stellen des Römischen Rechts, wodurch man versuchen könnte, diese Vergleichung zu unterstützen (a).

Allein bey genauerer Betrachtung muß dennoch diese Gleichstellung gänzlich aufgegeben werden. Wenn wir sagen, die irrige Vorstellung habe den Willen bestimmt, so ist dieses nur in einem sehr uneigentlichen Sinne anzunehmen. Immer war es der Handelnde selbst, der dem Irrthum diese bestimmende Kraft einräumte. Die Freyheit seiner Wahl zwischen entgegengesetzten Entschlüssen war unbeschränkt; welche Vortheile ihm der Irrthum auch vorspiegeln mochte, er konnte sie verwerfen, und durch den Einfluß jener irrigen Vorstellungen ist daher das Daseyn der freyen Willenserklärung keinesweges aufgehoben. Die richtige Auffassung der Frage beruht also auf der scharfen Unterscheidung des Wollens selbst, von Demjenigen was ihm in der Seele des Wollenden vorgehend; das Wollen ist eine selbstständige Thatsache, die allein für die Bildung der Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit ist, und es ist ganz willkürlich und grundlos, wenn wir mit dieser Thatsache jenen vorbereitenden Prozeß so verbinden, als ob derselbe ein Bestandtheil ihres Wesens wäre. Auch ist hier der Schein für eine entgegengesetzte Ansicht weit geringer, als im Fall des Zwanges; sie hat

(a) *L. 20 de aqua et aq. plu.* andere Stellen. Vgl. *Depl. VIII.*  
 (39. 3.) „*nulla enim voluntas errantis est.*“ Eben so mehrere

in dieser Allgemeinheit keine Vertheidiger gefunden, und die in dieser Lehre häufig vorkommenden Misverständnisse haben sich mehr an einzelne Momente, als an die allgemeine Betrachtung dieses Falles überhaupt, angeknüpft.

Diese Grundansicht des Irrthums führt nun zu folgenden Sätzen des römischen Rechts, die, für die hier vorliegende Anwendung (auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen), so wie für alle anderen, Gültigkeit haben.

Der Irrthum an sich hat in der Regel gar keine Wirkung, und es ist überall nur durch besondere Ausnahme, wo ihm eine Einwirkung eingeräumt wird (b).

Auch in diesen ausgenommenen Fällen wird seine Wirkung ausgeschlossen, wenn dem Irrenden eine besondere Verschuldung zur Last fällt, das heißt wenn der Irrthum leicht zu vermeiden war.

Eine solche Verschuldung wird in der Regel angenommen, wenn der Irrthum nicht Thatsachen zum Gegenstand hat (*facti error s. ignorantia*), sondern Rechtsregeln (*juris error s. ignorantia*). Doch kann unter besonderen Umständen, und vorzüglich nach dem heutigen Rechtszustand, auch dieser Rechtsirrtum ein schuldbloser, und daher wirksamer, seyn (c).

Bei Willenserklärungen insbesondere gilt die hier aufgestellte Regel (d): neben ihr finden sich zwey Ausnah-

(b) Beilage VIII. Num. VI.—  
Es ist also falsch, wenn das Princip aufgestellt wird, um Schaden abzuwenden gelte jeder Irrthum, um Gewinn zu ziehen gelte der

factische, nicht der Rechtsirrtum.  
Beilage VIII. Num. VIII. XL.

(c) Beilage VIII. Num. III. IV.

(d) Beilage VIII. Num. X.

man, in welchen der unverschuldete Irrthum eigene Klagen erzeugt, um die Willenserklärungen hinterher zu entkräften: die ädilicischen Klagen, und die auf irrige causa gegründeten Conditionen, insbesondere die wichtigste derselben, die *condictio indebiti* (e).

Allein alle diese Sätze finden doch nur da Anwendung, wo der Irrthum für sich allein in Betracht kommt; denn er kann, eben so wie die Furcht, eine andere Natur annehmen, wenn eine besondere Entstehungsweise hinzugebacht wird. Ist nämlich der Irrthum hervorgebracht durch den unredlichen Willen eines Andern, das heißt durch Betrug, so hat dieser Fall eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem des Zwanges. In beiden Fällen findet sich gleiche Unsitlichkeit in der Einwirkung auf Andere; auch wird in beiden recht eigentlich das Rechtsgebiet durch diese Unsitlichkeit gestört. Denn das Wesen des Rechts geht auf selbstständige Entwicklung der Einzelnen in lebendiger Gemeinschaft und Wechselwirkung. Die nothwendige Bedingung aller Gemeinschaft aber ist Wahrhaftigkeit und das durch sie begründete Vertrauen. So wie nun die Selbstständigkeit beeinträchtigt wird durch den Zwang, so das Vertrauen durch den Betrug. Daher kommen beide Arten der Einwirkung auf Andere — Zwang und Betrug — in folgenden Stücken überein. Beide haben eine unsittliche Natur. Beide enthalten an sich kein Unrecht, aber sie grei-

(e) Beilage VIII. Num. XI.

fen störend ein in die nothwendigen Bedingungen menschlicher Lebensgemeinschaft, die in dem Rechtsgebiet Regel und Schutz empfängt. Beide also verdienen gleicherweise, durch das positive Recht als Unrecht anerkannt, verfolgt und bekämpft zu werden.

Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, einen Unterschied zwischen beiden Fällen darin zu setzen, daß der Zwang unbedingt verwerflich ist und eine juristische Gegenwirkung hervorruft, anstatt daß der Irrthum in der Regel ganz gleichgültig ist, und nur durch die Verbindung mit Betrug einen hemmenden Einfluß auf die Willenserklärung erhält. Allein der Schein dieser Verschiedenheit entsteht nur aus dem zufälligen Umstand, daß man von dem Begriff des Zwanges auszugehen pflegt, anstatt von dem der Furcht (§ 114). In jedem der beiden Fälle muß gleich sorgfältig unterschieden werden Dasjenige, was in dem Innern des Handelnden vorgeht, von dem was durch die unstillliche Einwirkung eines Andern hinzutritt. Im Innern des Handelnden finden wir dort die Furcht, hier den Irrthum; beide sind für das Daseyn wahrer Willenserklärung ganz gleichgültig, und ohne Einfluß auf deren Wirksamkeit. Aber beide können eine besondere Natur annehmen, wenn sie in einer unstilllichen Einwirkung von außen ihre Entstehung haben. Dann erscheint die Furcht als Zwang, der Irrthum als Betrug. Hier ist also überall der vollständigste Parallelismus wahrzunehmen.

Bey dem Betrug, wie bey dem Zwang, kann die ge-

naue Darstellung der dagegen geltenden Rechtsmittel nur in dem speciellen Theil des Rechtssystems ihre Stelle finden. Im Allgemeinen lassen sich diese Rechtsmittel auf dieselben Klassen, wie oben bey dem Zwang, zurückführen: dem Betrogenen wird nach Umständen durch Klage, Exception, oder Restitution geholfen, wie er es gerade bedarf (f). Der durchgreifendste Unterschied zwischen Zwang und Betrug liegt darin, daß die dem Gezwungenen gewährte Hülfe auch gegen fremde, schuldblose Personen wirkt (in rem), die des Betrogenen nur gegen den Betrüger und dessen Successoren (in personam) (g). Dabey liegt also die Ansicht zum Grunde, daß in dem Zwang die schlimmere, gefährlichere Störung des Rechtszustandes enthalten ist, vergleichungsweise mit dem Betrug.

So wie es oben (§ 114) bey dem Zwang geschehen ist, müssen auch bey dem Betrug die Bedingungen gleich hier angegeben werden, unter welchen er dem Irrenden Anspruch auf Schutz gegen die Folgen der Willenserklärung geben kann.

Der Ausdruck dolus bezeichnet überall eine unsittliche Verletzung desjenigen Zutrauens, worauf aller menschliche

(f) Bey der Ehe gilt für den Betrug wesentlich dasselbe, was oben (§ 114. g) für den Zwang bemerkt worden ist, nur mit dem Unterschied, daß in jedem Fall der wesentliche Betrug vom unwesentlichen unterschieden werden muß, so daß nur der wesentliche die Ehe vernichtet. Vergl. G. L.

BÖHMER jus can. § 348. Eichhorn Kirchenrecht II. S. 355. PUFENDORF I. obs. 161.

(g) Nämlich gegen die Erben allgemein, gegen die Singularsuccessoren nur mit Einschränkung. Dieses gehört zur genaueren Ausführung.

Verkehr beruht. Dieser umfassende Begriff nun kommt in sehr verschiedener Weise vor. Zuerst in verschiedener Abstufung, so daß er bald den härtesten Tadel in sich schließt (h), bald nur eine mäßige Mißbilligung (i). Ferner in verschiedener Anwendung. Die bestimmtesten und einflussreichsten Anwendungen des Begriffs sind diese: 1) Absichtliches Zuwiderhandeln eines Schuldners gegen den Inhalt seiner Verpflichtung; dieses ist der *dolus* in Obligationen, wo er als Gegensatz von *culpa* und *casus* erscheint. 2) Absichtliche Erzeugung eines Irrthums, wodurch der Irrende zu einer Willenserklärung bestimmt wird; von dieser Anwendung allein ist hier die Rede.

In dieser Anwendung also heißt *dolus* Verfälschung der Wahrheit, und so ist der Ausdruck gleichbedeutend mit *fraus* (k). Es muß aber noch hinzugedacht werden die böse Absicht, das heißt die welche auf des Gegners Nachtheil gerichtet ist, ohne Unterschied ob zugleich eigener Vortheil bezweckt wird oder nicht (l). Diesen Zusatz bezeichnen die Römischen Juristen durch den Ausdruck *dolus malus*, im Gegensatz eines denkbaren *dolus bonus* in solchen

(h) Besonders sichtbar tritt dieses hervor in den vielen Fällen, worin der in Privatrechtsverhältnissen begangene *dolus* die Infamie zur Folge hat (§ 77).

(i) So in diesen Fällen der *doli exceptio*, wo das Unredliche oft nur in der hartnäckigen Rechtsverfolgung liegt, während den Kläger für seine bisherigen

Handlungen gar kein Tadel trifft. L. 2 § 5 *de doli exc.* (44. 4.) „petendo facit dolose.“ L. 36 *de V. O.* (45. 1.) „hoc ipso dolo facit quod petit.“

(k) L. 1 § 2 *de dolo* (4. 2.), L. 7 § 9. 10 *de pactis* (2. 14.), L. 43 § 2 *de contr. emt.* (18 1.).

(l) L. 39. 40 *de dolo* (4. 3.).

Fällen, worin selbst Gewalt als Selbstvertheidigung erlaubt seyn würde, worin also augenblicklich ein Rechtsverhältniß gar nicht vorhanden ist (m).

In der Regel wird der Betrug durch positive Thätigkeit verübt. Er ist aber auch denkbar durch ein bloß lebendes Verhalten, also durch wissentliches, stillschweigendes Dulden des fremden Irrthums, den wir nicht selbst hervorgebracht haben. Dieses letzte jedoch nur unter Voraussetzung eines solchen Vertragsverhältnisses, worin der Andere von uns Offenheit zu erwarten berechtigt ist, so daß hier Schweigen und Reden als ein untrennbares Ganze betrachtet werden muß (n).

Die Begriffe von Zwang und Betrug, deren Verschiedenheit und Verwandtschaft hier nur in Beziehung auf die Gültigkeit der Willenserklärungen untersucht worden ist, kommen auch anderwärts in wichtigen und ausgedehnten Anwendungen vor. So in der sehr alten Zusammenstellung von *vi, clam, precario* in der Lehre vom Besitz (o). Ganz vorzüglich aber bey den aus *Delictis* entspringenden Obligationen, welche größtentheils auf jenen Begriffen beruhen, und nur vermittelt der scharfen Auffassung derselben richtig verstanden werden können. Allerdings ist in diesen anderen Anwendungen weit mehr von absolutem,

(m) *L. 4 § 2. 3 de dolo* (4. 3.) *contr. emt.* (19. 1.), *L. 11 § 5 de act. emti* (19. 1.).

„*sicuti faciunt qui ... tuentur vel sua vel aliena*“ ... „*maxime, si adversus hostem latro-nemve quis machinetur.*“ (o) Nämlich *clam* und *precario* sind nur äußerlich verschiedene Anwendungen des *dolus* bey

(n) *L. 43 § 2 L. 35 § 8 de Entziehung des Besitzes.*

als von compulsivem Zwang die Rede. Allein diese beiden Formen des Zwangs oder der Gewalt sind in ihrer unsittlichen Natur und in ihrer Gefährlichkeit für das Rechtsgebiet gar nicht verschieden. Wenn aber in der gegenwärtigen Untersuchung die Rücksicht auf die absolute Gewalt abgelehnt worden ist (§ 114), so geschah dieses nicht wegen einer wesentlich verschiedenen Natur dieser Art der Gewalt selbst, sondern nur weil sie als Veranlassung von Willenserklärungen (von welchen allein hier die Frage war) gar nicht vorkommen kann. Darin ist allerdings zwischen beiden Arten der Gewalt ein Unterschied, daß die absolute meist schon an sich eine unmittelbare Rechtsverletzung in sich schließt, die durch die Gewaltthätigkeit oft nur noch eine erhöhte Wirkung erhält, anstatt daß die compulsive Gewalt erst durch das positive Recht zu einer Rechtsverletzung gestaltet wird.

### §. 116.

#### III. Willenserklärungen. — Bedingung. Begriff.

In der Willenserklärung kann der Wille einen eigenthümlichen Character dadurch annehmen, daß er sich selbst beschränkt, und so den Umfang, den er außerdem haben würde, vermindert. Dieses geschieht durch Hinzufügung von Bedingung, Zeit, oder Modus (§ 114). Gemeinschaftliche Quellen für diese Zusätze einer Willenserklärung finden sich in folgenden Titeln:

Dig. XXVIII. 7, XXXV. 1.

Cod. VI. 25. 45. 46, VIII. 55.

**Schriftsteller:**

BALDUINUS de conditionibus (Heineccii Jurispr. Rom. et Att. T. 1).

DONELLUS VIII. 30 — 34 (Legate), XV. 8 — 12 (Verträge).

Die wichtigsten Anwendungen sind die auf Verträge und Testamente, deren jede ihre Eigenthümlichkeiten hat (a). An dieser Stelle wird von solchen besonderen Anwendungen nur Dasjenige ausgehoben werden, welches zur vollständigen Einsicht in die gemeinsame Natur dieser Bestimmungen nöthig ist.

---

Bedingung (conditio) heist der Zusatz einer Willenserklärung, welcher das Daseyn eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen, ungewissen Ereigniß auf willkürliche Weise abhängig macht. Die einzelnen Momente dieses

(a) Ich gebrauche hier der Kürze und Anschaulichkeit wegen, den Ausdruck Testament als Repräsentanten jeder Art des letzten Willens, so daß also stets auch der Codicill darunter mit begriffen ist. Übrigens ist die Anwendung der Bedingungen auf den letzten Willen häufiger und mannichfaltiger, als auf die Verträge, und daher auch mehr von den alten Juristen ausgebildet. — Noch weit weniger bedarf es einer Er-

klärung und Rechtfertigung darüber, daß ich den concreten Ausdruck Vertrag gebrauche, anstatt abstracter von Rechtsgeschäften unter Lebenden zu reden; denn bey Quasicontracten können Bedingungen nicht leicht vorkommen, Sollicitationen aber, ohnehin selten und wenig wichtig, werden hier vielmehr den Legaten ähnlich behandelt. L. 13 § 1 de pollic. (50. 12.). Sell Versuche II. 107, 110.

Begriffs werden durch die Betrachtung solcher Fälle anschaulich werden, worin eine Bedingung nur dem Schein, nicht dem Wesen nach, vorhanden ist, weil es an einem jener Momente fehlt (b).

Es ist also keine wahre Bedingung, wenn der Eintritt des Ereignisses nicht ungewiß ist, sondern entweder sicher Statt findet, oder sicher unterbleibt (nothwendige oder unmbgliche Bedingung). Die Behandlung dieser Fälle wird unten, bey den Wirkungen der Bedingung, angegeben werden (c).

Eben so ist es keine wahre Bedingung, wenn das als Bedingung Ausgedrückte ohnehin schon nothwendige Voraussetzung des Rechtsverhältnisses war, so daß die Nothwendigkeit nicht erst auf willkührliche Weise hervorgebracht worden ist. Solche Bedingungen heißen *conditiones tacitae*, oder *quae insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt* (d). Beispiele sind folgende: Erbsetzung unter der Bedingung,

(b) Die unmittelbare Folge ist freylich meist dieselbe, wir mögen es nun als eine Scheinbedingung ansehen, oder als eine wirkliche, aber erfüllte Bedingung. Im Einzelnen aber wird oft der Unterschied wichtig, namentlich da wo überhaupt Bedingungen verboten sind. Aus jener gewöhnlichen Gleichgültigkeit erklärt es sich, wenn unsre Rechtsquellen sich zuweilen so ausdrücken, als wäre es eine wirkliche und erfüllte Bedingung; solche Ausdrücke finden sich in man-

chen der in Note o angeführten Stellen.

(c) Vgl. § 121 — 124.

(d) *L. 1 § 3 de cond. (35. 1.), L. 99 eod., L. 25 § 1 quando dies (36. 2.), L. 68 de j. dor. (23. 3.)*. Man kann die Natur dieses Falles auch so ausdrücken, daß darin die *conditio juris* zugleich zu einer *conditio facti* gemacht wird (*L. 21 de cond. 35. 1.*). — Über diesen Gegenstand ist zu vergleichen DONELLUS III. 32 § 2 — 4.

daß der Erbe den Testator überlebt; Erbeinsetzung eines extraneus unter der Bedingung, wenn er Erbe seyn will; Legat unter der Bedingung, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft antrete; Legat der Früchte eines Landguts, wenn solche entstehen sollten; Legat unter derselben Bedingung, woran auch schon die ganze Erbeinsetzung geknüpft ist (weil durch deren Nichterfüllung die Erbeinsetzung, mit dieser das Testament, und mit diesem das Legat, ohnehin zerfällt); Versprechen einer Dos unter der Bedingung, daß die Ehe zu Stande kommen wird. — Im Allgemeinen sind solche Bedingungen bloß überflüssige Wiederholungen Desjenigen, was ohnehin gilt, also unschädlich, aber auch unnütz und wirkungslos (e). In den meisten Anwendungen wird dabey nicht einmal ein Zweifel möglich seyn. Von Erheblichkeit ist der Satz nur bey Legaten, bey welchen der Zeitpunkt wichtig ist, den der Legatar erlebt haben muß, damit das Legat auf seine Erben übergehen könne (dies *legati cedit*). Dieser Zeitpunkt ist in der Regel der Tod des Testators, bey bedingten Legaten aber die Erfüllung der Bedingung (f). Da jedoch die hier erwähnten Bedingungen gar nicht wahre Bedingungen sind, so wird durch sie das Legat nicht zu einem bedingten, so daß ungeachtet derselben der unwiderrufliche Erwerb schon mit dem Todestag des Testators eintritt (g). Darin liegt also

(e) „*frustra adduntur.*“ L. 12 *coll.* (6. 51.).  
*de cond. inst.* (28. 7.), L. 47 *de cond.* (35. 1.).  
 (g) L. 99. 107 *de cond.* (35. 1.), L. 21 § 1 L. 22 § 1 L. 25 § 1 *quando dies* (36. 2.). — An-

zwar auch nur eine Anerkennung der aufgestellten allgemeinen Regel; sie ist aber insofern erheblich, als diese einzelne Anwendung leicht verkannt werden könnte. — Anders verhält es sich nur bey denjenigen Willenserklärungen, für welche der Zusatz einer Bedingung durch eine positive Rechtsregel untersagt ist. Hier sind auch jene Bedingungen nicht als wirkungslos anzusehen, vielmehr vernichten sie die ganze Bestimmung, welcher sie als Zusätze beygefügt sind, so daß also in dieser Beziehung die ganz positive Regel gilt: *Expressa nocent, non expressa non nocent* (h). Beispiele sind diese. Der Vater hat die Wahl, seinen Sohn einzusetzen oder zu enterben, nur darf die Enterbung keine bedingte seyn (i); wenn nun der Vater den Sohn enterbt, unter der Bedingung, daß der eingesetzte einzige Erbe die Erbschaft antrete, so sagt er eigentlich etwas Überflüssiges (da bey dem Nichtantritt das ganze Testament zerfällt), dennoch ist eine solche Enterbung ungültig (k).

ders ist es z. B. bey einem Legat unter der Bedingung: *si volet legatarius*, weil nun eine Willenserklärung des Legatars erfordert wird, die sich nicht von selbst versteht, da vielmehr andere Legate ohne Zuthun des Legatars erworben werden. *L. 65 § 1 de leg. 1* (30. 1.), *L. 69 de cond.* (35. 1.). Hier ist also jener Zusatz eine wahre und wirksame Bedingung. Nicht so in der scheinbar ähnlichen Bestimmung bey einem Fideicommiss „*cum ipsi petissent sine ulla juris cavilla-*

*tionem*,” welches nur als Einschränkung der unverzüglichen, unweigerlichen Entrichtung, nicht als Bedingung gemeint ist. *L. 85 de cond.* (35. 1.), f. § 117. b.

(h) *L. 195 de R. J.* (50. 17.), *L. 68 de her. inst.* (28. 5.), *L. 47 in f. de cond.* (35. 1.).

(i) *L. 3 § 1 de lib. et posth.* (28. 2.). Der Grund liegt darin, daß der Sohn für den der Bedingung entgegengesetzten Fall präterirt seyn würde.

(k) *L. 68 de her. inst.* (28. 5.).

Die Acceptilation kann bey einer bedingten Stipulation natürlich nur dann wirken, wenn die Bedingung eintritt, weil sonst gar keine Schuld vorhanden ist (l); die Acceptilation selbst aber darf durch keine Bedingung beschränkt werden (m). Wenn nun der Acceptilation dieselbe Bedingung hinzugefügt wird, die auch schon in der Stipulation stand, so ist das eigentlich nur eine müßige Wiederholung des ohnehin Gültigen; dennoch ist eine so gefasste Acceptilation schlechthin ungültig (n). — Diese letzte Bestimmung ist unstreitig sehr subtil, und opfert unverkennbar das Wesen der Form auf; im heutigen Recht wird dazu bey Verträgen ohnehin keine Anwendung möglich seyn, da wir keine Acceptilation in Römischer Form haben; und auch bey Enterbungen möchten gegen die Anwendbarkeit Bedenken eintreten, die jedoch hier noch nicht klar gemacht werden können.

Ferner ist es keine wahre Bedingung, wenn das Ereigniß schon nach dem gebrauchten Ausdruck nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit oder Gegenwart fällt (in praeteritum vel praesens collata, relata, concepta conditio), z. B. wenn Titius im vorigen Jahr Consul war, oder: wenn Titius gegenwärtig Consul ist. Eine solche Bestimmung ist stets wirksam, und zwar im Ganzen auf dieselbe Weise, wie wenn es eine Bedingung wäre, so daß also die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ganz von dem Da-

(l) L. 12 de acceptil. (46. 4.). (n) L. 77 de R. J. (50. 17.).

(m) L. 4 de acceptil. (46. 4.).

seyn oder Nichtdaseyn der als Bedingung ausgedrückten Thatsache abhängt. Dennoch ist es durchaus nicht Bedingung, sondern das Rechtsgeschäft ist ein unbedingtes, da alle Ungewißheit nur für das Bewußtseyn des Urhebers besteht, in der Sache selbst aber Alles bereits völlig entschieden ist, und als solches auch durch den gebrauchten Ausdruck anerkannt wird (o). Praktisch wichtig ist die Unterscheidung dieses Falles von dem Fall wahrer Bedingung in zwey Beziehungen. Erstlich wird dadurch die Gültigkeit derjenigen Geschäfte, in welchen Bedingungen überhaupt verboten sind, nicht gefährdet (p). Zweitens wenn eine solche Bestimmung einer Erbeinsetzung oder einem Legat hinzugefügt wird, und sich nun als deficiend erweist, könnte man geneigt seyn, sie einer unmöglichen Bedingung zu vergleichen, und deshalb als nicht geschrieben zu behandeln; dieses darf jedoch nicht gelten, eben deswegen, weil es überhaupt keine Bedingung ist (§121. p).

Von diesem Fall ist aber noch der zu unterscheiden, da das Ereigniß als ein künftiges gedacht und ausgedrückt wird, jedoch zur Zeit des Rechtsgeschäfts ohne Wissen

(o) L. 16 de injusto (28. 3.), L. 3 § 13 de bonis lib. (38. 2.), L. 10 § 1 de cond. inst. (28. 7.) (bey Testamenten). — § 6 J. de verb. oblig. (3. 15.), L. 37. 38. 39 de reb. cred. (12. 1.), L. 100. 120 de verb. oblig. (45. 1.) (bey Verträgen).

(p) Wenn also ein Vater sei-

nen Suus unter der Bedingung, wenn jetzt Titius Consul ist, zum Erben einsetzt, und Titius ist wirklich Consul, so ist die Erbeinsetzung gültig, obgleich es scheinbar eine nichtpotestative Bedingung war. Ist freylich Titius nicht Consul, so ist der Sohn präterirt, und das Testament ist nichtig.

des Urhebers desselben, bereits eingetreten oder vereitelt ist. Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen durch die Absicht des Urhebers, die auf eine wahre Bedingung gerichtet ist. Ist das Ereigniß eingetreten, so wird dadurch dennoch dasjenige Rechtsgeschäft, in welchem Bedingungen verboten sind, ungültig: ist es dagegen vereitelt, und ist das Rechtsgeschäft eine testamentarische Verfügung, so gilt die Bedingung einer unmöglichen gleich, folglich als nicht geschrieben (§ 121.).

## §. 117.

## III. Willenserklärungen. — Bedingung. Arten.

Es sind jetzt die verschiedenen Gegenstände zu betrachten, die mit dem allgemeinen Begriff der Bedingung vereinbar sind, das heißt die Eintheilungen dieses Gattungsbegriffs.

A. Sehen wir auf die logische Form der bedingenden Thatsache, so besteht diese entweder in einem Seyn oder Nichtseyn (positive, negative Bedingung).

B. Die Ursache ferner, wovon der Eintritt der Bedingung abhängt, kann enthalten seyn in der menschlichen Freyheit oder der Natur; und, wenn wir diesen Gegenstand mit dem vorigen in Verbindung setzen, so können alle Bedingungen bestehen in einem Handeln oder Unterlassen, so wie in dem Eintreten oder Unterbleiben eines zufälligen, von menschlichem Willen unabhängigen, Ereignisses. — Diese Unterscheidung wird eben so von den Römischen

Juristen anerkannt. Nur waren sie von jeher gewohnt, die freyen Handlungen in zwey Klassen, *dare* und *facere*, zu sondern, und so nehmen sie, durch Zugiehung dieses untergeordneten Gegensatzes, drey Arten der Bedingungen an (a).

Die in der Freyheit beruhenden Bedingungen bedürfen jedoch noch einer genaueren Betrachtung. Es kann nämlich die Erfüllung abhängen von der freyen Handlung Desjenigen, der in diesem Rechtsverhältniß lediglich als Berechtigter erscheint; oder Desjenigen, der darin Verpflichteter ist (mag er auch daneben, in anderer Hinsicht, berechtigt seyn); oder endlich von der freyen Handlung eines unbetheiligten Dritten.

1) Beruht die Erfüllung auf der Freyheit des in diesem Rechtsverhältniß ausschließend Berechtigten, z. B. des Stipulators, des ernannten Erben oder Legatars, so wird dadurch niemals das Rechtsverhältniß selbst ungültig. Allerdings ist oft die Bedingung selbst überflüssig und wirkungslos, wenn sie nämlich auf ein bloßes Wollen gerichtet ist (*si velit*), und es sich ohnehin von selbst versteht, daß das Recht nur durch den Willen erworben oder ausgeübt werden kann. So z. B. ist die Erbeinsetzung eines freywilligen Erben (*extraneus*) unter der Bedingung *si*

(a) *L. 60 pr. de cond. (35.1.)*. „In facto consistentes conditiones varietatem habent, et quasi tripartitam recipiunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat: vel retro

*ne detur, ne fiat, ne obtingat: Ex his dandi faciendique conditiones in personas collocantur aut ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum; tertia species in eventu ponetur.*“

velit in der That eine unbedingte (§ 116); eben so die Stipulation mit dem Zusatz cum petiero, da es sich ohnehin von selbst versteht, daß es von der Willkühr des Stipulators abhängt, sein Recht geltend zu machen oder nicht (b).

Anders ist es bey solchen Rechten, die außerdem ihrer Natur nach ohne Willenserklärung erworben werden, und deren Erwerbung daher durch die Bedingung si velit allerdings modificirt wird; dahin gehört die Erwerbung von Legaten (§ 116. g.), so wie die Erwerbung der Erbschaft von Seiten eines eingesetzten unfreywilligen Erben, z. B. eines Suus (c).

Eben so ist es anders, ohne Unterschied der Rechte und ihrer regelmäßigen Erwerbung, wenn die Bedingung nicht auf den bloßen Willen an sich selbst (si velit) gestellt ist, sondern auf irgend eine äußere Handlung, z. B. si Capitolium ascenderit. Denn wengleich diese Handlung ganz von dem Willen abhängig seyn kann, auch vielleicht als ganz gleichgültig erscheint, so daß man geneigt seyn könnte, sie bloß als einen veränderten Ausdruck des si velit anzusehen, so ist dabey doch immer ein materielles

(b) *L. 48 de verb. oblig.* (45. 1.). Es ist, den Worten nach, ein dies, der nur der Ungewißheit wegen zu einer Bedingung wird (§ 125). Hier hat ihn aber der Stipulator nicht als Bedingung gemeynt, sondern er wollte die augenblickliche Leistung, sobald nur gefordert würde, ein-

schärfen. Wäre es eine auf die persönliche Handlung des Stipulators gestellte Bedingung, so würde diese durch den Tod des Stipulators vereitelt werden, welches nun nicht geschieht. Vergl. § 116. g.

(c) *L. 86 de her. inst.* (28. 5.), *L. 12 de cond. inst.* (28. 7.).

Interesse der Betheiligten wenigstens denkbar, und sie gilt und wirkt daher stets als wahre Bedingung (d).

Für diese Art der Bedingungen, die ganz auf der Freyheit des künftigen Berechtigten beruhen, kommt in der besondern Anwendung auf Legate der Ausdruck *potestativae* vor, so daß hiernach alle Bedingungen in dieser Anwendung eingetheilt werden in *casuales, potestativae, mixtae* (e). Wichtig ist der Begriff solcher Potestativbedingungen bey der Erbeinsetzung des *Suus filius*, die nur unter einer reinen Potestativbedingung gültig geschehen kann (f). Dabey wird nun die nähere Bestimmung gegeben, es solle die Natur der Potestativbedingung aus den besondern Umständen jedes einzelnen Falles beurtheilt werden (g).

(d) Bey Testamenten liegt das Interesse schon darin, daß der Erbe oder Legatar durch Erfüllung der Bedingung seinen Gehorsam gegen den Willen des Testators beweist.

(e) *L. un. § 7 C. de caducis toll.* (6. 51.). In anderen Stellen heißt es stets *conditio quae est in potestate ipsius*. Auch außer den Rechtsquellen scheint das Wort *potestativus* nur in einer einzigen Stelle bey Tertullian vorzukommen. — Das Französische Gesetzbuch hat diese Terminologie auch, giebt ihr aber eine abweichende Bedeutung. Art. 1169 — 1171.

(f) *L. 4 pr. de her. inst.* (28. 5.), *L. 4 C. de inst. et subst.* (6. 25.).

(g) *L. 4 § 1 L. 5 de her. inst.* (28. 5.), *L. 28 de cond. inst.* (28. 7.), *L. 4 C. de inst. et subst.* (6. 25.). — Aus diesen Stellen erhellt, daß auch schon die ungewöhnliche Schwierigkeit und Gefährlichkeit der Erfüllung der Natur einer Potestativbedingung im Wege steht (ganz nach der in *L. 137 § 2 de V. O.* 45. 1 angewendeten Ansicht), so daß es also nur darauf ankommt, ob der gute, kräftige Wille eines besonnenen Menschen die Erfüllung bewirken konnte. Ohnehin ist eigentlich nur eine negative Bedingung schlechthin potestativ, da den Entschlossenen keine menschliche Gewalt zum Handeln zwingen kann. Die leichteste positive Handlung dagegen (z. B. *si Capitolum ascen-*

2) Beruht die Erfüllung auf einer freyen Handlung Desjenigen, der in diesem Rechtsverhältniß als verpflichtet erscheint (mag er nun auch von seiner Seite Rechte haben oder nicht), so gelten folgende Regeln.

Ist die Bedingung gestellt auf das bloße Wollen an sich (*si velit*), so wird dadurch das Daseyn eines Rechtsverhältnisses überhaupt gänzlich ausgeschlossen.\* Dieses gilt zunächst bey einseitigen Verpflichtungen, wenn in einer Stipulation der Schuldner unter jener Bedingung Etwas verspricht (h). Eben so aber auch, wenn bey einem Kauf der Käufer oder der Verkäufer diese reine Willkühr sich vorbehält; denn er selbst ist dann ja zu gar Nichts verpflichtet, woraus aber, wegen der in diesem Vertrag liegenden Gegenseitigkeit, nothwendig folgt, daß auch der Gegner nicht verpflichtet seyn kann (i). Auch verhält es sich nicht anders mit einem Legat, welches dem Erben unter der Bedingung seiner Einwilligung auferlegt wird (k).

derit) kann wenigstens durch fremde Gegenwirkung unmöglich gemacht werden, z. B. wenn der so eingesezte Erbe gefangen gehalten wird.

(h) *L. 17 L. 46 § 3 L. 108 § 1 de verb. oblig.* (45. 1.), *L. 7 pr. de contr. emt.* (18. 1.). — Das Preussische N. L. R. Th. 1 Tit. 4 § 108 hat wesentlich denselben Satz. Der Französische Code civil art. 1174 giebt demselben einen viel zu weit gehenden Ausdruck, wodurch namentlich alle Conventionalstrafen aus-

geschlossen seyn würden.

(i) *L. 7 pr. de contr. emt.* (18. 1.), *L. 13 C. eod.* (4. 38.) — Es ist eine ganz einzelne Ausnahme dieser Regel, daß der Kauf *ad gustum*, also auf einseitige (jedoch nur die Güte der Sache betreffende) Willkühr des Käufers geschlossen werden kann. *L. 34 § 5 de contr. emt.* (18. 1.), § 4 *J. de emtione* (3. 23.).

(k) *L. 43 § 2 de leg. 1* (20. un.). „*Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.*“ (Vgl. jedoch unten

Anderß wenn die Bedingung auf eine äußere Handlung des Verpflichteten gestellt ist, wenngleich diese ganz von der Willkühr abhängen mag. So waren also zu allen Zeiten die höchst wichtigen Conventionalstrafen gültig, deren Wirksamkeit lediglich auf diesem Grunde ruht. Das *legatum poenae nomine* freylich war im älteren Recht nicht gültig (l), und erst Justinian hat dasselbe zugelassen (m). Das lag aber nicht an der allgemeinen Natur einer Bedingung von der oben beschriebenen Art, sondern daran, daß man es für unwürdig hielt, den Schein der Liberalität (die ja das Wesen des Legats ausmacht) anzunehmen, da wo bloß auf den Willen des Erben durch die Drohung eines Geldverlustes gewirkt werden sollte (n). Daher wäre es ganz irrig, jede von dem bloßen Willen des Erben abhängige Bedingung stets für ein *legatum poenae nomine* zu halten. Dieses hieng vielmehr ganz von der individuellen Prüfung der Absicht ab (o), und fand es sich, daß

Note t). *L. 11 § 7 de leg. 3* (32. un.). — Waren unbestimmtere Ausdrücke gebraucht, z. B. *si aestimaverit, si justum putaverit*, so legte man diese als nichts sagende Höflichkeit gegen den Erben aus (nicht als Bedingung), und erhielt so das Legat aufrecht. *L. 75 pr. de leg. 1* (30. un.), *L. 11 § 7 de leg. 3* (32. un.). Noch leichter wurde es hierin mit den Fideicommissen genommen. *L. 46 pr. § 3. 4 de fideic. lib.* (40. 5.), deren Ausdrücke aller-

dings etwas schwankend sind.

(l) GAJUS Lib. 2 § 235, ULP. XXIV. 17, XXV. 13.

(m) *L. un. C. de his quae poenae* (6. 41.), § 35. 36 *J. de legatis* (2. 20.).

(n) GÖSCHEN *observ. jur. Rom. Berolini* 1811. 8. p. 52—59.

(o) *L. 2 de his quae poenae* (34. 6.). „*Poenam a conditione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio .. sit, ex voluntate defuncti apparet.*“

diese Absicht nicht vorzugsweise auf eine Bedrohung des Erben gieng, so war die von dem Willen des Erben abhängige Bedingung auch schon nach dem älteren Rechte gültig (p).

3) Beruht endlich die Erfüllung der Bedingung auf der freyen Handlung eines Dritten, so sind die Verträge von den Testamenten zu unterscheiden.

Die Gültigkeit eines Vertrags von der bloßen Einwilligung eines Dritten abhängig zu machen, hat nicht das geringste Bedenken, da Derselbe ein mögliches Interesse haben kann, den Vertrag zu verhindern, welches beide Theile zu schonen geneigt seyn möchten.

Anders bey Erbeinsetzungen und Legaten, in welchen der Testator gewissermaßen als Gesetzgeber auftritt (q). Dieser soll aus eigener Ueberzeugung von der Würdigkeit der durch ihn bedachten Personen verfügen, und nicht fremden Willen walten lassen. Daher ist die Erbeinsetzung und das Legat ungültig, wenn dieselben von dem bloßen Willen eines Dritten abhängig gemacht werden (r). Bey Fideicommissen fällt jener, in der formellen Stellung des Testators liegende Grund weg, und daher können sie auch

(p) *L. 3 de leg. 2* (31. un.), in welcher daher keine Interpolation vorauszusetzen ist, wie denn auch keine Spur einer solchen erscheint.

(q) *ULPIAN. XXI. und XXIV. 1.*

(r) *L. 68 de her. inst.* (28. 5.),

*L. 52 de cond.* (35. 1.). — Manche glauben, diese Regel sey aufgehoben in *C. 13 X. de test.* (3. 26.). Diese Meynung ist aber gründlich widerlegt in der Anmerkung von Böhmer zu dieser Stelle. Vergl. *Sell Versuche II. 290.*

geradezu von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden (s). — Besteht dagegen die Bedingung in einer materiellen Handlung jenes Dritten, so ist sowohl die Erbeinsetzung oder das Legat selbst, als auch die hinzugefügte Bedingung, völlig gültig (t).

Fassen wir alle diese Bestimmungen in einem gemeinsamen Ueberblick zusammen, so ergibt sich, daß in den meisten Fällen die auf den bloßen Willen (eines Betheiligten oder eines Dritten) gestellte Bedingung entweder selbst wirkungslos ist, oder das ganze Rechtsgeschäft ungültig macht. Dagegen ist, wiederum in den meisten Fällen, die Bedingung gültig und wirksam, wenn sie auf eine materielle Handlung gerichtet ist, mag auch diese lediglich von der Willführ der Person abhängen, und vielleicht nur dazu dienen, jene beschränkende Rechtsregel zu umgehen (Note t). Auch in dieser Beziehung also gilt der oben (§ 116) in

(s) L. 46 § 2 *de fid. lib.* (40. 5.). Consequent wäre es gewesen, dieses freye Recht der Fideicommissie auch auf die Erbeinsetzung auszudehnen, nach L. 15 *C. de test.* (6. 23.), allein die in die Digesten aufgenommenen Stellen (Note r) stehen entgegen. Dagegen müssen wir es wohl auf Legate anwenden, weil zwischen diesen und Fideicommissen aller Unterschied gänzlich aufgehoben ist.

(t) L. 68 *de her. inst.* (28. 5.), L. 52 *de cond.* (35. 1.). We-

sentlich dasselbe sagt, auch L. 1 *pr. de leg. 2* (31. un.), die nur darauf aufmerksam macht, daß der Testator durch eine solche indirecte Form das gesetzliche Verbot leicht umgehen könne. Das war aber unvermeidlich, wenn nicht über Gebühr die Willensfreiheit beschränkt werden sollte, da der als Bedingung vorgeschriebenen Handlung des Dritten nie mit Sicherheit anzusehen ist, ob sie um eines materiellen Interesse willen, oder zum Zweck jener Umgehung, gewählt wurde.

einem andern Sinn gebrauchte Ausdruck: *Expressa nocent, non expressa non nocent* (u).

C. Die wichtigste Eintheilung der Bedingungen betrifft die Art der Einwirkung, die sie auf das Rechtsverhältniß haben sollen; es ist die Eintheilung in *suspensive* und *resolutive*, welche weiter unten (§ 120) dargestellt werden wird.

§. 118.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Erfüllung.

Bei der Untersuchung, wie eine Bedingung gemeint sey, worin also regelmäßig ihre Erfüllung bestehen müsse, ist überall auf die Absicht des Urhebers der Bedingung, mehr als auf den wörtlichen Ausdruck, zu sehen (a).

(u) *L. 52 de cond.* (35. 1.), *L. 195 de R. J.* (50. 17.) (die aus jener Stelle excerpirt ist), *L. 68 de her. inst.* (28. 5.). — Am meisten Gleichförmigkeit findet sich hierin bey den Testamenten, in welchen (mit Ausnahme des alten Verbots der *legata poenae nomine*) Nichts darauf ankommt, ob die Bedingung auf die freye Handlung des Berechtigten, des Verpflichteten, oder eines Dritten geht. In diesen drey Fällen nämlich ist der als Bedingung ausgedrückte bloße Wille meist entweder wirkungslos, oder für die Verfügung selbst vernichtend. Dagegen ist die ma-

terielle freye Handlung als Bedingung wirksam. Dieser behaupteten Gleichheit der drey Fälle scheint zu widersprechen *L. 43 § 2 de leg. 1* (30. un), s. oben Note k. Ohne Zweifel entsteht dieser Schein aus der Weglassung eines ursprünglichen Theils der Stelle, welche durch das veränderte Recht der *legata poenae nomine* veranlaßt seyn dürfte.

(a) *L. 19 pr. de cond.* (35. 1.), *L. 101 pr. eod.* „... cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat“ ... Was hier von Testamenten gesagt ist, soll gewiß auch von Verträgen

Bey positiven Bedingungen (§ 117. A.) kann die Natur des darin geforderten Ereignisses verschieden seyn. Ist dieses von solcher Art, daß es sich nicht oft und leicht wiederholt, so ist es genug, daß es irgend einmal geschehe, also bey Testamenten auch wenn es während des Lebens des Testators geschieht, z. B. „wenn der Erbe heurathet,“ „wenn er Consul wird“. Nur wenn es schon vor dem Testament geschah, und der Testator dieses weiß, ist eine spätere Wiederholung erforderlich. — Bey solchen Ereignissen dagegen, deren Natur eine öftere und willkürliche Wiederholung zuläßt, z. B. Zahlung einer bestimmten Summe an eine bestimmte Person (*conditio promiscua*), ist die Vollziehung der Handlung nach des Testators Tode (als Beweis des Gehorsams) nöthig, selbst wenn dieselbe Handlung zufällig schon früher einmal geschehen seyn sollte (b).

Bey Verträgen ist es gleichgültig, ob die Erfüllung vor oder nach dem Tode des Glaubigers eintritt, so daß das bedingte Recht stets auf die Erben übergeht (c). Anders bey Testamenten, wegen der höchst persönlichen Natur der darin enthaltenen Successionen, so daß der bedingte Erbe oder Legatar die Erfüllung der Bedingung erleben muß, wenn diese überhaupt Etwas wirken soll (d).

gelden, nur mit Ausnahme der Stipulation, die wir aber nicht mehr haben.

(b) *L. 11 pr. § 1 de cond.* (35. 1.), *L. 45 § 2 de leg. 2* (31. un.), *L. 7 C. de inst. et subst.* (6. 25.).

(c) § 4 *J. de verb. oblig.* (3. 15.).

(d) *L. 1 § 1. 2 de cond.* (35. 1.), *L. un. § 7 C. de caducis toll.* (6. 51.). Darum eben ist es so wichtig, die wahren von den Scheinbedingungen zu unterscheiden (§ 116). — Sogar wird

Negative Bedingungen (§ 117. A.) können auf folgende verschiedene Arten in Erfüllung gehen.

Zuerst (wenn sie auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind), sobald diese Zeit abgelaufen ist, ohne daß darin das Ereigniß eingetreten war.

Ferner dadurch, daß das Ereigniß unmöglich wird, z. B. indem der Sklave stirbt, dessen Nichtfreylassung die Bedingung eines Rechts war.

Endlich durch den Tod des Berechtigten, ohne daß derselbe die ihm durch die Bedingung untersagte Handlung vorgenommen hat (e). Zur Erleichterung der Erben und Legatäre, deren Recht an eine negative Bedingung gebunden ist, wird die Muciana cautio zugelassen, wodurch sie sogleich in den Genuß der ihnen zugeordneten Rechte durch Stellung einer Caution gelangen können, indem diese die Rückgabe des Empfangenen für den Fall künftiger Verletzung der Bedingung sichert (f).

einmal die Benennung creditor dem bedingten Legatar abgesprochen, dem bedingten Stipulator beygelegt (*L. 42 pr. de O. et A. 44. 7.*); jedoch ist sie auch bey diesem letzten nur in beschränkten Beziehungen zuzulassen.

(e) Gewöhnlich also hat eine

negative Bedingung dieselbe Wirkung, wie wenn es hiesse: zur Zeit des Todes. § 4 *J. de verb. oblig.* (3. 15.), *L. 73 de cond.* (35. 1.). — Vgl. *L. 103 de cond.* (35. 1.), *L. 61 pr. de manum. test.* (40. 4.).

(f) *L. 7 L. 73 de cond.* (35. 1.).

## §. 119.

## III. Willenserklärungen. — Bedingung. Fingirte Erfüllung (a).

In drey Fällen wird, mittelst einer Fiction, die unerfüllte Bedingung als erfüllt angesehen und behandelt; der Grund dieser Fiction liegt wiederum in der schon oben (§ 118. a.) erwähnten Regel einer freyen, auf Billigkeit gegründeten, Auslegung und Anwendung der Bedingungen. Zwey dieser Fälle werden schon in den Rechtsquellen aus ursprünglichen und natürlichen Regeln abgeleitet; sie sind auf Verträge und Testamente gleich anwendbar, wiewohl die häufigste Anwendung allerdings bey Testamenten vorkommt. Die Fiction für den dritten Fall wird dagegen als eine ganz positive Rechtsregel dargestellt, sie ist entsprungen aus der Begünstigung der Freylassungen, und nur anwendbar bey Testamenten. Es ist wichtig, die drey Regeln über diese Fictionsen gerade in dem hier angegebenen Verhältniß zu einander aufzufassen, welches von neueren Schriftstellern öfter vernachlässigt worden ist.

A. Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn Derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung berechnet ist, darauf freywillig verzichtet. Man kann dieses so ausdrücken: *quotiens per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quominus impleatur* (b). Dieser Satz wird dem *jus commune*

(a) Vgl. DONELLUS VIII. 34. *inst.* (28. 7.), *L. 11 eod.*, *L. 34*

(b) *L. 5 § 5 quando dies* (36. § 4 *de leg. 2* (31. un.), *L. 1 C. 2.*), *L. 78 pr. de cond.* (35. 1.), *de his quae sub modo* (6. 45.), *L. 14. 31 eod.*, *L. 23 de cond.* ULPIAN. II. § 6 „... si is, cui jus-

zugeschrieben, und er gründet sich offenbar darauf, daß der Zweck erreicht ist, die in der Bedingung vorgeschriebene Handlung mag wirklich geschehen, oder von jener Person, auf welche dabey allein gesehen war, erlassen, also für überflüssig erklärt werden. Besonders einleuchtend ist Dieses bey einer auf ein Geben gerichteten Bedingung; denn wollte man hier auch auf der buchstäblichen Vollziehung, ungeachtet des Verzichts, bestehen, so würde doch den Empfänger Nichts abhalten können, das empfangene Geld sogleich wieder zurück zu geben. Allein der Satz ist keinesweges auf diesen, besonders unzweifelhaften, Fall eingeschränkt; vielmehr gilt er auch bey der Bedingung, eine bestimmte Frau zu heurathen, wenn Diese die Ehe ausschlägt (c): eben so bey der Bedingung der Arrogation, die der zu Arrogirende verweigert (d), oder der öffentlichen Aufstellung von Bildsäulen, die von der Stadtgemeinde nicht zugelassen wird (e).

Überall wird also bey dieser Fiction eine mixta conditio (§ 117. e.) vorausgesetzt, deren Erfüllung durch den Willen einer bestimmten Person (nicht durch zufällige Umstände) verhindert wird (f). Unter dieser Voraussetzung

*sus est dare .. nollet accipere.*"  
— Das Preussische N. E. R., Th. 1  
Tit. 4 § 112. 113 bestimmt gerade  
das Gegentheil von dieser Regel.

(c) *L. 23 de cond. inst.* (28.  
7.), *L. 31 de cond.* (35. 1.), *L. 1*  
*C. de his quae sub modo* (6. 45.).

(d) *L. 11 de cond. inst.* (28. 7.).

(e) *L. 14 de cond.* (35. 1.).

(f) Wenn also die Bedingung der Ehe mit einer bestimmten Frau deswegen unerfüllt bleibt, weil diese Frau die Ehe versagt, so gilt sie als erfüllt: wenn dagegen durch den früheren Tod der Frau die Ehe unmöglich ist, so tritt die Fiction nicht ein, und das Legat ist verloren. Eben so im

aber muß der Satz bey Verträgen ebensowohl gelten, als bey Testamenten, und es ist daher als ganz zufällig anzusehen, daß in unseren Rechtsquellen nur bei Testamenten Erwähnung davon geschieht; dieses mag daher entstehen, daß bey Verträgen diese Fiction fast immer mit der folgenden zweyten zusammen fallen wird, so daß sie dann in ihrer Eigenthümlichkeit nicht wahrzunehmen ist.

B. Die Bedingung gilt ferner als erfüllt, wenn Derjenige die Erfüllung verhindert, der aus der Nichterfüllung Vortheil zieht. Unsre Rechtsquellen selbst drücken diesen Satz so aus: *Jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset* (g).

anderen, ähnlichen Fällen. L. 31 L. 94 *pr. de cond.* (35. 1.), L. 23 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), L. 72 § 7 *de cond.* (35. 1.), L. 4 C. *de cond.* (6. 46.).

(g) L. 161 *de R. J.* (50. 17.), L. 24 *de cond.* (35. 1.), L. 85 § 7 *de verb. oblig.* (45. 1.), L. 50 *de contr. emt.* (18. 1.) — L. 5 § 5 *quando dies* (36. 2.), L. 66. 81. 110 *de cond.* (35. 1.). L. 3, L. 4 § 4, L. 20, L. 23 § 1, L. 34 § 1 *de statulib.* (40. 7.), L. 3 § 9 *de cond. causa data* (12. 4.). — ULPIAN, II. § 5, FESTUS v. Statuliberi. — Die zwey ersten unter den hier angeführten Stellen sind fast ganz wörtlich gleichlautend. In der ersten ist die Leseart *non impleri* sicher, in der zweyten (L. 24. *de cond.*) lesen die Handschriften theils *non im-*

pleri, theils (wie die Flor.) *impleri* (ohne *non*). Nach dieser letzten Leseart würde die Stelle nicht auf die zweyte, sondern auf die erste Fiction gehen, und ihr Inhalt wäre dann ein anderer, aber nicht minder wahr und gewiß. Jedoch entscheidet für die Leseart *non impleri* nicht nur die übrigen wörtliche Übereinstimmung beider Stellen, sondern auch das am Schluß angeführte Beyspiel von dem die Erfüllung verhindernden promissor; denn dieses Beyspiel paßt nur zu *non impleri*, das heißt zu der zweyten Fiction, da man von dem promissor nur sagen kann, daß er durch die Nichterfüllung allgemein Vortheil habe (nämlich nicht Schuldner werde), anstatt daß er durch die Erfüllung gar nicht immer Vortheil

Auch diese Fiction wird als eine natürliche Regel betrachtet. Der Grund derselben liegt in dem Dolus Desjenigen, der aus Eigennuß den durch die Willenserklärung in die Bedingung gelegten Charakter der Zufälligkeit und Ungewißheit aufhebt; dieser Dolus soll ihm keinen Vortheil bringen (h).

Sie gilt nicht blos bey Bedingungen, die auf freyen Handlungen beruhen, sondern auch bey der casualis conditio, da bey dieser ein positives Entgegenwirken durch menschliche Willkühr wohl denkbar ist.

Die Person, durch deren hindernde Einwirkung die Fiction begründet wird, ist oft dieselbe, welche in der ersten Fiction erwähnt war (i), oft auch eine andere (k).

hat, sondern nur in dem besondern Fall, da die Bedingung gerade in einer an ihn zu entrichtenden Leistung besteht. — Derselbe Rechtsatz findet sich auch in dem Französischen Code civil art. 1178, und in dem Preussischen N. L. R. Th. 1 Tit. 4 § 104 — 107 (doch hier mit Beschränkungen).

(h) Die hierauf gerichtete Absicht also ist das Entscheidende. L. 38 de statulib. (40. 7.). „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta conditione cedit: sed id dumtaxat, quod impediendae libertatis (causa) factum est.“ Das Wort causa fehlt zwar in der Flor., steht aber in allen anderen Handschriften, und ist schon durch die Construction ganz unentbehrlich. — In vielen Fällen wird von ei-

nem solchen Dolus gar nicht die Rede seyn können, und dann wird auch nicht die Erfüllung fingirt. So z. B. wenn Einer unter einer Conventionalstrafe eine Unterlassung verspricht, und nun wirklich unterläßt, so ist blos sein freyer Wille Ursache der vereitelten Bedingung der Strafe; dennoch braucht er nicht die Strafe zu zahlen, weil sein Unterlassen gerade der Zweck des Vertrags war.

(i) So z. B. wenn der Testator einen Sklaven frey läßt, unter der Bedingung dem Erben 100 zu zahlen. Verweigert der Erbe die Annahme, weil er dem Sklaven die Summe erlassen will, so tritt die erste Fiction ein: verweigert er die Annahme, um die Freyheit zu hindern, die zweyte.

(k) So z. B. wenn die Bedin-

Diese Fiction endlich gilt nicht nur bey Testamenten, sondern auch bey Verträgen, und diese zweyte Art der Anwendung wird hier in unsren Rechtsquellen ausdrücklich erwähnt (1).

C. Eine ganz andere Natur hat die dritte Fiction, welche nicht auf einer, aus allgemeineren Grundsätzen abgeleiteten, Rechtsregel beruht, sondern auf der bloßen Begünstigung der Freyheit, folglich auch den Charakter eines ganz positiven Rechtsfahes, eines *jus constitutum* oder *singulare* (§ 16. q.) an sich trägt. Wenn nämlich ein Sklave durch letzten Willen, direct oder fideikommissarisch, freygelassen wird unter einer *mixta conditio*, und wenn derselbe von seiner Seite zur Erfüllung bereit ist, auch alle von ihm erwartete Mittel zur Erfüllung in Bereitschaft hat, nun aber die Erfüllung durch eine äußere Ursache verhindert wird, so gilt die Bedingung dennoch als erfüllt, und der Sklave wird frey (m). Dieses geschieht also namentlich in dem Fall, wenn der Sklave einer be-

gung der Freyheit darin besteht, daß der Sklave einem Dritten 100 zahle. Hier tritt die erste Fiction ein, wenn der Dritte die Annahme verweigert: die zweyte, wenn der Erbe dem Sklaven die Zahlung verbietet. L. 3 § 2 *de statulib.* (40 7.). Vgl. L. 3 § 9 *de cond. causa data* (12. 4.).

(1) Vgl. die vier ersten unter den in Note g angeführten Stellen.

(m) L. 20 § 3. 4, L. 19, L. 3 pr. § 8. 10. 11, L. 4 § 2. 5, L. 5

pr., L. 28 pr. *de statulib.* (40. 7.), L. 55 pr. § 1. 2 *de manum. test.* (40. 4.), L. 94 pr. § 1 *de cond.* (35. 1.). — ULPIAN. II. § 6 „*si paratus sit dare, et is cui jussus est dare ... moriatur.*“ Ulpian hat in den §§ 5 und 6 unsre drey Fictionen neben einander (s. o. Note b und g), ohne sie genau zu unterscheiden, was auch in dem Fall des *statuliber*, von welchem allein er hier spricht, gar nicht nöthig war.

stimmten Person Geld zahlen sollte, und Diese vor dem Empfang starb, der Sklave aber das Geld bereit hatte (n). Es wird aber in unsren Rechtsquellen die hierin liegende positive Begünstigung der Freyheit ausdrücklich bemerkt, und zwar gerade im Gegensatz der Legate. Wenn also demselben Sklaven, unter derselben mixta conditio, sowohl die Freyheit, als ein Legat hinterlassen ist, so wird er in dem oben bezeichneten Fall zwar frey, bekommt aber dennoch das Legat nicht (o).

Aber selbst diese Begünstigung der Freyheit sollte doch nur innerhalb der hier bezeichneten Gränzen eintreten. Gesetzt also der Sklave kann die Mittel zur Erfüllung nicht herbeybeschaffen, so wird er nicht frey, selbst wenn ihm dabey keine Verschuldung zur Last fällt (p). Eben so darf die Begünstigung nicht ausgebehnt werden auf die casualis conditio, wobey ja von einer Bereitschaft des Sklaven gar nicht die Rede seyn kann (q).

(n) Auch hierin wurde die Begünstigung allmählig erweitert. Anfangs sollte es nur gelten, wenn jene Person den Testator überlebte; dann ließ man es auch zu, wenn sie vor dem Testator verstorben war. L. 39 § 4 *de statulib.* (40. 7.). (Starb sie selbst vor Abfassung des Testaments, so war die Bedingung unmöglich, also wie nicht geschrieben. Vgl. § 121).

(o) L. 20 § 3 *de statulib.* (40. 7.).

(p) L. 3 § 5. 8, L. 4 § 6, L. 5 § 1 *de statulib.* (40. 7.). — Etwas besonderes ist späterhin bestimmt worden für den Fall, da er das Geld überbringt, aber auf dem Wege durch Räubergewalt verliert. Hier wird er sogleich frey, und die Bedingung wird in einen Modus verwandelt, so daß er sie nachträglich erfüllen muß. L. 7 C. *de cond. insertis* (6. 46.).

(q) L. 4 § 7 *de statulib.* (40. 7.), L. 96 *pr. de cond.* (35. 1.). — Besteht die casuelle Bedingung

Diese letzte Fiction ist an sich selbst für das heutige Recht gleichgültig; sie ist aber wichtig, weil sie zur Beseitigung der mancherley Irrthümer dienen kann, die von den Neueren in diese Lehre eingemischt werden. So nehmen Manche an, das zufällige Hinderniß der Erfüllung schade nicht, wenn es vor dem Tode des Testators eintrete. Andere, es schade nicht, wenn es eine Potestativbedingung betreffe, sondern nur wenn eine gemischte dadurch unerfüllt bleibe. Alles ohne Grund, und der wahren Natur der Bedingungen ganz entgegen. Diese Irrthümer sind entstanden, indem man theils die ganz singuläre Begünstigung der Freylassung auf Erbeinsetzungen und Legate willkürlich übertragen, theils indem man die in den Rechtsquellen, für diese Begünstigung selbst, gezogenen scharfen Gränzen verkannt hat. Allen diesen Irrthümern liegt die mehr oder weniger dunkle Voraussetzung zum Grunde, es komme bey der potestativa und mixta conditio nur auf die Bereitwilligkeit und Schuldlosigkeit des Handelnden an,

darin, daß der Verpflichtete, oder daß ein Dritter ein gewisses Lebensjahr erreiche, und stirbt Derselbe vor diesem Jahr, so wird, durch begünstigende Interpretation, die conditio in einen dies certus verwandelt, und der Sklave wird frey an dem Tage, an welchem Jener, bey fortdauerndem Leben, das bestimmte Jahr erreicht haben würde. L. 16 de manum test. (40. 4.), L. 19 de statulib. (40. 7.), L. 23 § 3, L. 41

§ 10 de fideic. lib. (40. 5.), L. 10 C. eod. (7. 4.). Für Legate gilt dieses nicht. Vgl. unten § 125. — Wiederum etwas Besonderes gilt für den Fall, wenn der Sklave pure zum Erben eingesetzt, und unter einer casuellen Bedingung, die deficirt, freygelassen ist. Hier wird er sogleich frey, bekommt aber die Erbschaft nur wenn sie insolvent ist. L. 6 C. de necessariis (6. 27.).

und äußere Hindernisse der Erfüllung schaden nicht. Dieses ist ausnahmsweise wahr in den Fällen der oben dargestellten drey Fiktionen, in allen anderen Fällen ist es nicht wahr, und es ist grundfalsch, es in irgend einer Gestalt zur Regel erheben zu wollen.

Ich will aber noch einige einzelne Bestimmungen anführen, welche, durch Mißverständniß über ihre wahre Natur, zur Befestigung jener Irrthümer beygetragen haben.

1) Wenn ein Testament die Erfüllung einer Bedingung vor einem bestimmten Tage vorschreibt, der Erbe oder Legatar aber die Erfüllung unterläßt, weil wegen des Sc. Silaniani das Testament vor jenem Tage gar nicht eröffnet wurde, so bekommt er Restitution gegen diese Verschümmniß (r). Dieser Fall gehört unter die (nicht häufigen) Restitutionen wegen Unwissenheit, und gerade daß eine solche Restitution möglich und nöthig gefunden wird, ist ein Beweis dafür, daß die regelmäßige Natur der Bedingung auf einen entgegengesetzten Erfolg führen mußte. Die einleuchtende Rechtfertigung der Restitution liegt aber darin, daß die Unwissenheit eine nothwendige Folge der Befolgung einer gesetzlichen Vorschrift war.

2) Werden Alimente oder Jahrgelder hinterlassen unter der Bedingung, daß der Legatar seinen steten Aufenthalt in der Nähe einer bestimmten Person habe, und stirbt diese Person, so dauert dennoch das Legat fort bis zum

(r) L. 3 §31 de Sc. Silan. (29.5.). Vgl. Beilage VIII. Num. XXIX. am Ende.

Tode des Legatars, obgleich er die Bedingung nicht mehr erfüllen kann (s). Dieses beruht auf einer begünstigenden Auslegung solcher Legate, als ob der Bedingung des Aufenthalts die Worte hinzugefügt wären: „so lange diese Person lebt“. Dieses gehört also zur Interpretation der Legate, und zwar in einem Fall, dessen Natur ohnehin zu einer Behandlung nach Milde und Billigkeit auffordert: die Natur der Bedingungen und ihrer Erfüllung hat damit Nichts zu schaffen.

3) Wird ein Legat gegeben unter der Bedingung, daß der Legatar nach dem Gutfinden des Titius heurathe, und stirbt Titius vor dem Testator, so ist dennoch das Legat gültig, obgleich die Bedingung unerfüllt bleiben muß. Allein diese Bedingung soll, als unstatlich, ohnehin nicht beachtet werden, selbst wenn Titius noch lebte; also kam natürlich auch dessen Tod hierin Nichts ändern (t).

4) Das Legat unter der Bedingung eines Eides, den Skaven Stichus zu manumittiren, ist gültig, auch wenn die Manumission durch den Tod dieses Skaven unmöglich wird. Das gründet sich aber darauf, daß die Bedingung des eidlichen Versprechens einer Handlung überhaupt nicht als Bedingung gelten soll; vielmehr wird dann die Handlung selbst als Modus behandelt, und durch dessen Un-

(s) L. 20 *pr. de annuis* (33. L. 18 § 2 *de alim.* (34. 1.), L. 20 § 3 *de alim.* (34. 1.), L. 84 *de cond.* (35. 1.), L. 1 C. *de leg.* (6. 37.). — Vergl. auch (t) L. 72 § 4 L. 28 *pr. de cond.* (35. 1.), L. 54 § 1 *de leg.* 1 (30. un.) (f. u. § 123. c).

möglichkeit kann niemals die Gültigkeit des Legats gehindert werden (u).

5) Zwey Brüder werden zu Erben eingesetzt, so daß Derjenige, welchen die Seja zum Ehegatten erwählt, Zwey Drittheile, der Andere Ein Drittheil der Erbschaft erhalten soll. Stirbt Seja vor der Wahl, so sind dennoch Beide Erben, und zwar Jeder zur Hälfte (v). Allein hier war die Erbeinsetzung selbst unbedingt, und nur die Ungleichheit der Portionen bedingt. Da die Bedingung unerfüllt blieb, so fällt diese Ungleichheit weg, und es bleibt bey der regelmäßigen Gleichheit, wie wenn gar keine Portionen ausgedrückt wären.

6) Das Cap. 66 de Reg. juris in VI. ist so allgemein und unbestimmt gefaßt, daß es offenbar nicht dazu dienen kann, die Regeln des Römischen Rechts abzuändern, sondern nur in Erinnerung zu bringen. Es muß daher diese Stelle als eine, nur etwas zu allgemein ausgedrückte, Anerkennung der ersten und zweyten oben dargestellten Fiction angesehen werden. Diese Auffassung ist dem allgemeinen Charakter des ganzen Titels angemessen, worin sich jene einzelne Stelle befindet.

7) Die bedenklichste Stelle endlich, und die vorzüglich

(u) *L. 8 § 7 de cond. inst.* (28. 7.), vgl. mit § 8 *eod.* und mit *L. 26 pr. de cond.* (35. 1.), so daß also nur der Ausdruck *conditio* in dem §. 7 (so wie in gar manchen anderen Stellen)

uneigentlich gebraucht ist. Vgl. DONELLUS VIII. 34 § 7. AVERANUS *Interpr.* II. 24 Num. 28. 29. — Vgl. auch unten § 123. s.

(v) *L. 24 de cond. inst.* (28. 7.)

zu den oben gerügten Irrthümern beygetragen hat, ist  
L. 54 § 2 *de leg. 1.* (30. un.).

Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses: nihilo minus debetur tibi legatum, quia per te non stetit quo minus perveniat ad libertatem.

Sollte nun wohl diese einzige Stelle Dasjenige zweifelhaft machen können, was in so vielen anderen einstimmig anerkannt ist? Dann wäre ja die oben dargestellte dritte Fiction keine singuläre Begünstigung der Freyheit, und es bestände nicht in dieser Hinsicht der Gegensatz zwischen Legat und Freylassung, der doch von mehreren alten Juristen so scharf und bestimmt hervorgehoben wird (Note m. und o.). Durch die geringe Veränderung eines einzigen Buchstabens ließe sich der Widerspruch heben, wenn anstatt mors gelesen würde mora, so daß die servi mora, das heißt das aus seinem widerstrebenden Willen hervorgehende Hinderniß (z. B. indem er sich versteckte oder entfernte) der wirklichen Erfüllung im Wege stände. Nun würde die Bedingung als erfüllt gelten müssen, weil die erste unter den drey dargestellten Fictionsen anwendbar wäre (w).

(w) Die Art, wie DONELLUS VIII. 34 § 9 diesen Fall als eine Ausnahme zu beseitigen sucht, scheint mir gezwungen und willkürlich. — Sell Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. 2 S. 228. 232 nimmt an, bey rei-

nen Potestativbedingungen schade die Nichterfüllung wegen eines äußeren Hindernisses nicht, die Bedingung si Stichum manumiserit sey aber eine solche. Schon der aufgestellte Grundsatz selbst gehört in die Reihe der oben ge-

## §. 120.

## III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Wirkung.

Indem nunmehr die regelmäßige Wirkung der Bedingungen darzustellen ist, muß die schon oben (§ 117) angedeutete wichtigste Eintheilung in Erinnerung gebracht, und jetzt genau dargestellt werden. Das allgemeine Wesen der Bedingungen wurde in die Abhängigkeit eines Rechtsverhältnisses von einem ungewissen Ereigniß gesetzt (§ 116). Diese Abhängigkeit aber läßt sich auf zwiefache Weise denken, indem durch das Ereigniß entweder der Anfang oder das Ende des Rechtsverhältnisses bestimmt werden soll. Unsere Juristen nennen die Bedingung im ersten Fall eine *suspensive* (aufschiebende), im zweyten eine *resolutive* (auflösende); in unsren Rechtsquellen finden sich Kunstausdrücke für diese Begriffe nicht. Der erste Fall ist übrigens so sehr der häufigere und darum wichtigere, daß überall, wo von *conditio* ohne nähere Bestimmung geredet wird, zunächst an die *suspensive* zu denken ist.

Das unter einer *suspensiven* Bedingung stehende Rechtsverhältniß kann in drey verschiedenen Zuständen gedacht werden. Zunächst in dem Zustand der Unentschiedensten willkürlichen Behauptungen; ferner ist Das, was von außen verhindert werden kann, eben darum nicht mehr rein *potestativ*; endlich ist besonders die angeführte Bedingung gar nicht

*potestativ*, weil, wenn auch nicht die Einwilligung des Sklaven, doch dessen Gegenwart zur *Manumission* nöthig ist, so daß er diese durch die Flucht wohl hinderen kann.

denheit, der aus dem Wesen der Bedingung hervorgeht (pendet conditio). Hier ist ein Recht noch gar nicht vorhanden, und es ist nur das künftige Daseyn desselben von der Willfähr der Betheiligten mehr oder weniger unabhängig gemacht. — Dieser Zustand kann sich in Gewisheit verwandeln auf zweyerley entgegengesetzte Weise. Erstlich indem das Ereigniß wirklich eintritt (erfüllte Bedingung, impleta oder expleta conditio), wodurch das Rechtsverhältniß völlig zu Stande kommt, wie wenn es ohne Bedingung gewesen wäre (a). Zweytens indem umgekehrt gewiß wird, daß das Ereigniß nicht eintritt (verreitelte Bedingung, deficit conditio), wodurch nun die Erwartung eines Rechtsverhältnisses spurlos verschwindet.

Die erfüllte Bedingung also begründet das Rechtsverhältniß gerade so, wie wenn es unbedingt gewesen wäre, und für die künftige Zeit ist diese Wirkung unzweifelhaft. Es fragt sich aber, ob diese Wirkung auch rückwärts, auf die Zwischenzeit zwischen dem eingegangenen Rechtsgeschäft und der erfüllten Bedingung, zu beziehen ist? Im Allge-

(a) L. 26 de cond. inst. (28. 7.). "... conditione expleta, pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit." Jetzt also kann man erst sagen: cessit dies, das Recht selbst ist in das Vermögen gekommen, welches pendente conditione noch nicht behauptet werden konnte. L. 213 pr. de verb. sign. (50. 16.). In-

dessen ist doch dieser Begriff und Kuntausdruck nicht bey allen Anwendungen von Ererblichkeit, worin Bedingungen vorkommen können, sondern nur bey Testamenten, und zwar insbesondere bey Legaten, deren Übergang auf die Erben des Legatars davon abhängt, daß der Legatar den dies cedens erlebt (§. 116).

meisten kann diese Frage bejaht werden (b), jedoch sind dabey manche Beschränkungen zu bemerken.

1) Ist eine Sache bedingungsweise tradirt, so bleibt sie einstweilen im Eigenthum des Schuldners, der sie also auch ferner verpfänden oder mit Servituten beschweren kann. Sobald aber die Bedingung erfüllt wird, sind alle diese Veräußerungen der Zwischenzeit vernichtet. Eben so wird die Priorität eines bedingungsweise gegebenen Pfandrechts nicht nach der Zeit der Erfüllung, sondern nach der Zeit des Pfandvertrags, bestimmt (c). — Dieses leidet jedoch eine Ausnahme, wenn die Erfüllung der Bedingung in einer von der Willkühr des Schuldners abhängenden Handlung besteht (d); und zwar nicht als ob dieses keine

(b) Vgl. im Allgemeinen: W. Sell über bedingte Traditionen Zürich 1839 S. 100 fg. Man kann Das so ausdrücken: *retro-trahitur impleta conditio ad conventionis diem*. Zwar kommt der Ausdruck in dieser Verbindung nicht vor; aber bey der Rationabilisation eines in fremdem Namen geschlossenen Vertrags gebraucht ihn Justinian in der That, und ganz in demselben Sinn. *L. 7 C. ad Sc. Maced.* (4. 28.). Eben so sagt Marcian in *L. 15 pr. de reb. dubiis* (34. 5.) „*ex post facto retro ducitur*,” von einer legitimen Sache, die der Erbe veräußert, wenn späterhin der Legatar das Legat entweder annimmt oder ausschlägt. Eben so Ulpian in *L. 17 § 1 L. 35 ad*

*L. Aquil.* (9. 2.) „*retro adcrevisse dominium*.” — In *L. 11 § 2. 9 de don. int. vir.* (24. 1.) steht *retro agi*, in *L. 40 de m. c. don.* (39. 6.) *reducitur*, in *L. 25 C. de don. int. vir.* (5. 16.) *referatur* und *reduci*. Vgl. über diese letzte Stellen, und über ihre Verbindung mit der Lehre von den Bedingungen, § 170.

(c) *L. 8 pr. de peric.* (18. 6.), *L. 9 § 1 L. 11 § 1 qui pot.* (20. 4.). Sell bedingte Traditionen S. 157 fg.

(d) *L. 16 § 7 de pign.* (20. 1.), *L. 4 quae res pign.* (20. 3.), *L. 9 § 1 L. 11 pr. § 2 qui pot.* (20. 4.). So z. B. bey einer Verpfändung unter der Bedingung, daß der Schuldner ein Darlehen empfangen, oder daß er Mobi-

wahre Bedingung wäre, welches doch in der That anzunehmen ist (§ 117), sondern weil der Schuldner, der die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners verhindern kann, auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben muß hervorbringen können.

2) Ob die Früchte, welche in der Zwischenzeit entstanden sind, mit der Sache selbst herausgegeben werden müssen, ist streitig; consequenterweise muß im Allgemeinen diese Frage bejaht werden, jedoch mit steter Rücksicht auf die wahrscheinliche Absicht in einzelnen Fällen (e).

3) Bey einer bedingten Erbeinsetzung muß die Frage in jeder denkbaren Beziehung bejaht werden, und zwar schon aus dem Grunde, weil jeder Verstorbene von dem Augenblick seines Todes an beerbt seyn muß, so daß das Recht des Erben zwar lange Zeit ungewiß seyn kann, sobald es aber gewiß ist, auf die Todeszeit zurück bezogen werden muß (f).

4) Bey bedingten Legaten tritt allerdings dieser Grund  
 fien in ein Haus hereinbringen wird, die dann als Pfand gelten sollen. Denn er kann es willkürlich unterlassen, das Darlehen anzunehmen, oder Mobilien in das Haus zu bringen. Vgl. Sell bedingte Traditionen S. 166.

(e) Vergl. Thibaut civilist. Abhandlungen S. 363; Sell bedingte Traditionen S. 144; dagegen ist, was die Regel betrifft, Bangerow Pandekten I. 116. Durch die hier (im Text) hinzugefügte Einschränkung verschwin-

det großentheils die praktische Bedeutung der Streitfrage. — Hier und bey den folgenden Sätzen konnte es nicht die Absicht seyn, in das theilweise sehr weit führende Detail einzugehen. Vielmehr sollte nur eine übersichtliche Zusammenstellung der verschiedenen Anwendungen gegeben werden, worin sich die Wirkung der erfüllten Bedingung zeigt.

(f) S. v. § 102, und besonders die in der Note b dieses § angeführte Stellen.

nicht ein. Dennoch sind auch hier, wie bey den Verträgen, alle Veräußerungen der Zwischenzeit vernichtet, sobald die Bedingung erfüllt wird (g).

5) Dagegen gilt bey bedingten Legaten ein anderes Recht in Ansehung der Früchte der Zwischenzeit. Man nimmt nämlich an, daß der Testator die Bedingung zugleich als Zeitbestimmung gedacht habe (h), und daß daher der Fruchtgenuß der Zwischenzeit dem Erben verbleiben solle, auch nachdem durch die eingetretene Erfüllung alle Ungewißheit aufgehört hat (i). Dieses ist jedoch nur Interpretation des Willens, und es muß daher anders gehalten werden, wenn der Testator ausdrücklich verordnet, daß bey eintretender Erfüllung das Legat von der Todeszeit an zu entrichten sey, das heißt, daß die in der Zwischenzeit entstandenen Früchte dem Legatar herausgegeben werden sollten (k).

(g) *L. 11 § 1 quemadm. serv.* (8. 4.), *L. 105 de cond.* (35. 1.), *L. 3 § 3 C. comm. de leg.* (6. 43.). — Die Proculejaner nahmen an, die per vindicationem legitirte Sache sey einstweilen herrenlos, die Sabinianer sahen den Erben als Eigenthümer an, so lange die Erfüllung nicht eingetreten war. GAIUS II. § 200. Justinian hat die Sabinianische Meynung (für alle Legate) anerkannt, und nur unter dieser Voraussetzung hat auch der im Text aufgestellte Satz Sinn. *L. 66 de rei vind.* (6. 1.), *L. 12 § 5 de usufr.* (7. 1.), *L. 12 § 2 fam. herc.* (10. 2.), *L. 29 § 1*

*qui et a quib. manum.* (40. 9.), und mehrere andere Stellen.

(h) *L. 22 pr. quando dies* (36. 2.). „... per conditionem tempus demonstratur“ ...

(i) *L. 15 § 6 L. 24 § 1 L. 88 § 3 ad L. Falc.* (35. 2.), *L. 18 pr. L. 33 L. 57 pr. ad Sc. Trebell.* (36. 1.).

(k) Darauf wohl ist zu beziehen das praeposterum, wovon Justinian sagt, es sey früher allgemein ungültig gewesen, N. Leo habe es bey der Dos zugelassen, er selbst gestatte es allgemein, bey Stipulationen und Testamenten. *L. 25 C. de testam.* (6. 23.), § 14

Das unter einer resolutiven Bedingung stehende Rechtsverhältniß hat eine viel einfachere Natur. Zunächst ist es einem unbedingten völlig gleich. Tritt aber die Bedingung ein, so ist es dadurch völlig vernichtet, als wenn es nie vorhanden gewesen wäre: es ist eine *pura conventio, quae resolvitur sub conditione* (1). Das Eigenthum kehrt daher von selbst zurück, ohne neue Tradition, und alle in der Zwischenzeit vorgenommene Veräußerungen, die bis dahin allerdings gültig waren, sind augenblicklich vernichtet (m).

Der letzte Zweck einer solchen Resolutivbedingung kann auch unter zwey anderen Rechtsformen erreicht werden, die ihr also verwandt sind, aber nicht mit ihr verwechselt

(13) *J. de inut. stip.* (3. 19.). Dahin würde z. B. dieses Legat gehören: *Si Consul factus erit Titius, a die mortis meae fundum ei heres dato.* Der Sinn und Erfolg war nun der, daß Titius die Früchte der Zwischenzeit bekam. Auch lag in der Sache nichts Anstößiges, denn diese Bestimmung über die Früchte konnte unbedenklich zu allen Zeiten in Stipulationen und in Testamenten getroffen werden. Vgl. *L. 18 pr. ad Sc. Trebell.* (36. 1.). Das Anstößige lag nur in dem Ausdruck, weil wörtlich etwas Unmögliches und Widersinniges vorgeschrieben war, nämlich die Vollziehung einer Handlung in einer bereits vergangenen Zeit. Diese Unvollkommenheit der wörtlichen

Fassung sollte nicht mehr schaden, die unzweifelhafte Absicht sollte zur Ausführung kommen.

(1) *L. 3 de contr. emt.* (18. 1.), *L. 2 de in diem addict.* (18. 2.), *L. 1 de L. Commiss.* (18. 3.), *L. 4 C. de pactis inter emt.* (4. 54.). — *L. 29 de mortis causa don.* (39. 6.). — Man kann also die Resolutivbedingung auch auffassen als eine suspensive für die Vernichtung des Rechtsgeschäfts; nur nicht als eine Suspensivbedingung für ein neues Rechtsgeschäft von umgekehrtem Inhalt und Zweck.

(m) *L. 41 pr. de rei vind.* (6. 1.). — *L. 4 § 3 de in diem addict.* (18. 2.), *L. 3 quib. mod. pign.* (20. 6.). — Vgl. Sell bedingte Traditionen S. 219 fg.

werden dürfen, da sie sich in einzelnen Folgen sehr von ihr unterscheiden. Es kann nämlich:

1) die umgekehrte Thatsache als Suspensivbedingung ausgedrückt seyn, da denn die oben angegebenen Wirkungen eintreten (n);

2) die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zum Gegenstand eines eigenen Nebenvertrages unter suspensiver Bedingung gemacht seyn. Dann entsteht aus diesem ein bloß obligatorischer Anspruch, das Eigenthum kehrt nicht von selbst zurück, und die Veräußerungen der Zwischenzeit bleiben gültig (o).

(n) Es ist mithin in solchen Fällen eine factische Frage, welche von beiden Arten der Bedingungen die Partheyen gemeynt haben. *L. 2 de in diem addict.* (18. 2.), *L. 1 de L. commiss.* (18. 3.).

(o) *L. 12 pr. de praescr. verbis.* (19. 5.), *L. 2 C. de pactis inter emt.* (4. 54.). — Thibaut civilist. Abhandl. S. 361 überseht diese Unterschiede, indem er bloß darauf Rücksicht nimmt, wer am Ende die Sache bekommen und behalten soll, weshalb er den wesentlichen Unterschied zwischen suspensiven und resolutiven Bedingungen ohne Grund verneint. (Vgl. Sell S. 183). In einem anderen Sinn freylich läßt sich allerdings die Resolutivbedingung auf eine suspensive zurückführen (Note 1). — Auch hier also ist es eine factische Frage, ob die Par-

theyen nur die erste Veräußerung durch Bedingungen einschränken wollten, oder ob sie vielmehr einen zweyten Vertrag über bedingte Rückübertragung zur Absicht gehabt haben. Nun fragt es sich ferner, woran der Richter diese Absicht erkennen soll. Die Römer haben, ächt praktisch, für bestimmte einzelne Geschäfte Präsumtionen aufgestellt: so enthält die *in diem addictio* und die *lex commissoria* eine bedingte Veräußerung, die *retroventio* einen zweyten Vertrag auf Rückveräußerung. Weniger praktisch haben viele neuere Juristen die Entscheidung davon abhängig gemacht, ob die Partheyen *verba directa* oder *obliqua* gebraucht haben; Andere haben, auf noch bedenklidere Weise, eine durchgreifende Präsumtion für alle Fälle, und zwar gerade für einen

Dieses ist die Natur der Resolutivbedingung, da wo sie überhaupt gültig und wirksam ist. Für welche Rechtsgeschäfte aber dieses zu behaupten ist, kann erst weiter unten, in Verbindung mit den gleichartigen Zeitbestimmungen, (§ 127) untersucht werden.

Eine eigenthümliche Natur haben hierin die Schenkungen auf den Todesfall (§ 170). Bey ihnen hat der Geber die Wahl zwischen der suspensiven und resolutiven Bedingung, und zwar so daß im Zweifel die letzte anzunehmen ist. Eben daher aber wird die suspensive, wenn er ihr den Vorzug giebt, nicht retrotrahirt in Beziehung auf die Veräußerungen der Zwischenzeit; wohl aber behält der Beschenkte die Früchte der Zwischenzeit. Geschieht eine solche Schenkung unter Ehegatten, so ist die augenblickliche Übertragung des Eigenthums (mit Resolutivbedingung) unmöglich; daher bekommt aber nun die allein mögliche Suspensivbedingung in der Regel eine retroactive Wirkung.

### §. 121.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Nothwendige und unmögliche (a).

Außer der regelmäßigen Wirkung der Bedingungen (§ 120) muß nun auch die größtentheils anomalische Wir-

zweyten Vertrag, aufzustellen versucht. Vergl. über die neuesten, diese Frage betreffenden, Aufse- rungen: B a n g e r o w Pandek-

ten I. S. 117. S e l l bedingte Traditionen S. 220 fg.

(a) Vgl. DONELLUS VIII. 32 § 5—24. W. S e l l Versuche im

fung dargestellt werden, welche im Fall der nothwendigen und der unmöglichen Bedingungen stattfindet. So nennt man nämlich, mit etwas abgekürztem Ausdruck, diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung nothwendig oder unmöglich eintritt.

Daß diese keine wahren Bedingungen sind, indem in ihnen die Ungewißheit des Erfolgs, also das Wesen der Bedingung, fehlt, ist schon oben bemerkt worden (§ 116). Um aber deutlich machen zu können, welche Wirkung eine solche irrig angewendete Form der Willenserklärung auf das Rechtsgeschäft selbst hat, ist es nöthig, zuvor die hier angeedeuteten Fälle selbst, nach den verschiedenen Gestalten, deren sie empfänglich sind, genau ins Auge zu fassen.

Zuvörderst ist es einleuchtend, daß jene sogenannte Bedingungen sowohl positiv als negativ seyn können (§ 117). Sehen wir ferner auf den Grund der vorhandenen Nothwendigkeit und Unmöglichkeit, so kann derselbe bald in einem Naturgesetz liegen, bald in einer Rechtsregel, und wir können daher eine physische und eine juristische Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit unterscheiden, die jedoch völlig gleiches Recht haben (b).

Hieraus ergeben sich nun folgende mögliche Combina-

Gebiete des Civilrechts Th. 2 Gießen 1834. Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts. Heft 1. Bonn 1837. Num. IV.

(b) Die Gleichheit physischer und juristischer Unmöglichkeit der Be-

dingung ist ausdrücklich anerkannt in L. 137 § 6 *de verb. obl.* (45. 1.). Eben so auch da, wo nicht von Bedingungen die Rede ist, nämlich bey der Unmöglichkeit der Handlung selbst, vgl. L. 35 *pr. eod.*

tionen, die überall durch Beispiele anschaulich gemacht werden sollen:

I. Nothwendig:

A. positiv:

a) physisch nothwendig.

Wenn den Tag nach meinem Tode die Sonne aufgehen sollte; oder: wenn ich jemals sterben sollte.

b) juristisch.

Wenn Titius überhaupt rechtsfähig seyn sollte (c).

B. negativ (d):

a) physisch nothwendig.

Wenn Titius unterläßt, den Mond zu ersteigen.

(c) Weil nämlich wir eine gänzliche Rechtsunfähigkeit nicht kennen. Bey den Römern hätte diese Bedingung den Sinn gehabt: „wenn Titius ein freyer Mensch ist“ (welches ja zweifelhaft seyn konnte), und sie wäre nicht nothwendig gewesen.

(d) Die Neueren nennen irrig eine solche Bedingung: negativ unmöglich, da sie doch in der That nothwendig (und daneben zugleich negativ) ist; da nämlich der Gegenstand des Unterlassens unmöglich ist, (welches eben den falschen Ausdruck veranlaßt hat), so ist die Bedingung selbst, d. h. die Erfüllung, nothwendig. Allerdings hat jenen unrichtigen Sprachgebrauch schon Aljian in L. 50 § 1 *de her. inst.* (28. 5).

„Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset.“ Man könnte glauben, Aljian habe nicht an diesen Fall gedacht, sondern an den, welchen ich mit II. B. bezeichnet habe, wobey sein Ausdruck richtig seyn würde. Das kann aber nicht angenommen werden, weil gerade dieser Fall streitig war, so daß er von ihm nicht sagen konnte: secundum omnium sententiam. Derselbe Sprachgebrauch liegt zum Grunde in L. 7 *de verb. oblig.* (45. 1.), und L. 20 *pr. de cond. inst.* (28. 7.). Diese ganze Bemerkung ist gut ausgeführt von Arndts S. 162—169.

b) juristisch.

Wenn Titius, mein einziger Erbe, das was ich ihm schuldig bin nach meinem Tode nicht einfordern wird (e).

Wenn Titius unterläßt, vor seiner Mündigkeit ein gültiges Testament zu machen; oder das Eigenthum der Kirchen meines Wohnorts zu erwerben.

II. Unmöglich:

A. positiv:

a) physisch unmöglich.

Wenn Titius den Mond ersteigt.

Eben dahin gehören, ihrem Begriffe nach, die einen inneren Widerspruch in sich schließende Bedingungen (*conditiones perplexae*) (f).

b) juristisch.

Wenn Titius vor seiner Mündigkeit ein gültiges Testament macht; oder: wenn er das Eigenthum der Kirchen meines Wohnorts erwirbt.

B. negativ:

a) physisch unmöglich.

Wenn Titius niemals sterben sollte.

(e) *L. 20 pr. in f. de cond. inst.* (28. 7.). Er muß diese Schuld wohl uneingeklagt lassen, da vor der Antretung Niemand vorhanden ist, gegen den er klagen könnte, durch die Antretung aber Confusion eintritt, also die

Forderung untergeht.

(f) Sie sind nämlich unmöglich durch das in der menschlichen Natur gegründete logische Gesetz. — Vgl. Sell §. 267. Beispiele kommen vor in *L. 16 de cond. inst.* (28. 7.), *L. 39 de man. test.*

## b) juristisch.

Wenn der jetzt vierzehnjährige Titius bey meinem Tod noch nicht mündig seyn sollte; oder: wenn Titius zur Zeit meines Todes gar nicht rechtsfähig seyn sollte.

Diese Fälle sind nun nach folgenden Regeln zu beurtheilen.

Nothwendige Bedingungen sind gar nicht als Bedingungen zu betrachten, vielmehr gilt das Rechtsgeschäft, dem sie hinzugefügt sind, als ein unbedingtes (g). Im Ganzen dieselbe Wirkung würde auch eintreten, wenn man sie als wahre Bedingungen betrachtete, die bereits in Erfüllung gegangen wären. Dennoch ist es nicht einerley, ob man sie nach jenem oder nach diesem Grundsatz behandelt. Denn wären sie wahre Bedingungen, so würden durch ihre Hinzufügung diejenigen Rechtsgeschäfte, in welchen alle Bedingungen überhaupt untersagt sind, ungültig werden (§ 116). Da aber das Geschäft, neben welchem sie sich ausgedrückt finden, als ein unbedingtes angesehen

(40. 4.), *L. 88 pr. ad L. Falc.* (35. 2.). — Ihre praktische Behandlung aber ist abweichend (Note m).

(g) *L. 9 § 1 de nov.* (46. 2.). „Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari.“ *L. 7. 8 de verb. oblig.* (45. 1.), *L. 17. 18 de cond. indeb.* (42. 6.) (von

Berträgen). — *L. 50 § 1 de her. inst.* (28. 5.). „... heres erit, perinde ac si pure institutus esset“ (von Testamenten). Über diese letzte Stelle vgl. Note d. — Eine merkwürdige Ausnahme (bey dem *legatum poenae nomine*) wird am Ende des § 124 erwähnt werden. Eine andere, weit willkürlichere, findet sich in *L. 13 quando dies* (36. 2.).

wird, so kann auch durch sie dessen Gültigkeit nicht gefährdet werden.

Ähnlichkeit hat mit ihnen diejenige, an sich zufällige, Bedingung, die zur Zeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts bereits in Erfüllung gegangen war, ohne daß der Urheber des Geschäfts dieses wußte. Jedoch gilt bey diesen das Geschäft nicht als unbedingt, sondern vielmehr als ein solches, dessen wahre Bedingung in Erfüllung gegangen ist (h). Daher aber muß consequenterweise angenommen werden, daß ein Geschäft, in welchem Bedingungen verboten sind, durch eine solche Bedingung ungültig werde. Wenn also z. B. ein Vater seinen Soos unter einer casualen Bedingung, die ohne sein Wissen bereits erfüllt ist, zum Erben einsetzt, so ist das Testament dennoch nichtig (i). Auch hat Dieses seinen guten Grund darin, daß es der Urheber als eine wahre Bedingung dachte, also dem Geschäft eine nach seinem Wissen unrechtliche Form gab. Eben daher muß aber auch das Gegentheil gelten, wenn

(h) L. 10 § 1 L. 11 *pr. de cond.* (35. 1). „Si sic legatum sit: *si navis ex Asia venerit, et ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore: dicendum, pro impleta haberi*“ ..... Der Zusatz *ignorante testatore* bekommt nur dadurch Sinn, daß man den Gegensatz hinzudenkt: wenn es der Testator wußte, so war nicht von einer erfüllten Bedingung, sondern von einem unbedingten Legat die Rede.

(i) Dieses ist der einzige erhebliche Unterschied des erwähnten Falles von dem Fall nothwendiger Bedingung. Für den dies cedens eines Legats ist gar kein Unterschied, denn auch in dem eben erwähnten Fall ist dafür der Todestag anzunehmen, da es hierbey überhaupt nur auf den Eintritt des Ereignisses selbst ankommt, nicht auf das Bewußtseyn des Legatars.

der Urheber die schon eingetretene Erfüllung wußte (Note h), in welchem Fall die eben beschriebene Bedingung der nothwendigen vollkommen gleich steht.

Unmögliche Bedingungen sollten, nach allgemeiner Betrachtung, noch weniger Zweifel erregen können, als die nothwendigen. Es scheint nämlich, daß schon durch ihren Inhalt das ganze Rechtsgeschäft völlig entkräftet seyn müßte, wodurch dann zugleich alle mögliche Nebenfragen erledigt seyn würden. Allein unser positives Recht hat es größtentheils anders gewollt.

Zwar bey den Verträgen ist jene natürliche Behandlung allerdings anerkannt worden. Eine unmögliche Bedingung also soll sie völlig wirkungslos machen, und zwar ohne Unterschied, ob es Stipulationen oder Consensualcontracte sind (k).

Aber ein Anderes ist vorgeschrieben für die testamentarischen Verfügungen. Bey diesen wollten nur die Proculejaner jene natürliche Ansicht gelten lassen, die Sabinianer dagegen sahen die Bedingung selbst als nicht geschrieben an, wodurch sich die Verfügung des Testators in eine unbedingte verwandelte (l). Und diese Meynung der Sabinianer ist denn auch in das Justinianische Recht aufgenommen worden (m); wahrscheinlich nachdem sie schon

(k) GAIUS III. § 98, § 11 J. (l) GAIUS III. § 98.  
*de inut. stip.* (3. 19.), L. 7 L. 137 (m) § 10 J. *de her inst.* (2.  
 § 6 *de verb. oblig.* (45. 1.), L. 1 14.), L. 3 L. 6 § 1 *de cond.* (35.  
 § 11 L. 31 *de oblig. et act.* 1.), L. 1 L. 6 L. 20 *pr. de cond.*  
 (44. 7.), L. 9 § 6 *de reb. cred.* *inst.* (28. 7.), L. 16 *de injusto*  
 (12. 1.), L. 29 *de fidejuss.* (46. 1.) (28. 3.) (am Ende der Stelle),

lange zuvor in der Praxis entschiedenes Übergewicht erhalten hatte (n). — Ehe ich von dem Grund dieser etwas auffallenden Bestimmung rede, will ich die Consequenzen derselben bemerklich machen.

Ist die an sich mögliche Bedingung schon vor Abfassung des Testaments vereitelt worden, so gilt sie, auch wenn der Testator dieses nicht wußte, der unmöglichen gleich, folglich als nicht geschrieben (o); woraus denn von selbst folgt, daß ihre Aufnahme in eine Verfügung, die keine Bedingungen enthalten darf, dennoch der Gültigkeit nicht schadet. Allerdings liegt darin eine Abweichung von dem Princip, welches oben bey den bereits früher erfüllten angewendet wurde (Note h); allein diese Verschiedenheit ist eine consequente Folge der eigenthümlichen und ganz positiven Behandlung, welcher die unmöglichen Bedingungen unterworfen worden sind.

Ganz anders verhält es sich mit der Bedingung, welche der Testator selbst als in der Vergangenheit oder Gegen-

L. 104 § 1 *de leg. 1* (30. un.),  
L. 5 § 4 *quando dies* (36. 2.).  
— Nur bey den perplexen Bedingungen gilt ein anderes Recht. Hier wird die Bedingung als unzertrennlich verbunden mit der Verfügung selbst angesehen, und darum ist nun diese letzte nichtig. Vergl. die in der Note f angeführte Stellen.

(n) PAULUS III. 4 B. § 1, L. 3 *de cond.* (35. 1.). „*Obtinuit, impossibiles conditiones testa-*

mento adscriptas pro nullis habendas.“ Diese Stelle des Ulpian trägt keine Spur einer Interpolation an sich, scheint vielmehr für die entschiedene Praxis zur Zeit ihres Verfassers Zeugniß zu geben.

(o) L. 6 § 1 *de cond.* (35. 1.), woraus zugleich erhellt, daß auch diese einzelne Anwendung erst nach und nach, und nicht ohne Widerspruch, gestand wurde.

wart liegend ausgedrückt hat (§ 116). Zeigt sich eine solche hinterher als vereitelt, wenngleich der Testator darüber wirklich in Ungewißheit war, so ist die daran geknüpfte Verfügung entkräftet (p). Auf diesen Fall ist also die Regel, nach welcher die unmögliche Bedingung als nicht geschrieben gelten soll, gar nicht anzuwenden, und der Grund der Unanwendbarkeit liegt darin, daß eine solche Bestimmung überhaupt gar nicht Bedingung ist, sondern nur den äußeren Schein einer Bedingung an sich trägt.

Ist die Bedingung theilweise möglich, theilweise unmöglich, so gilt der unmögliche Theil als nicht geschrieben, der mögliche besteht als gültige Bedingung (q).

Die aufgestellte Regel gilt ferner nicht nur bey solchen Ereignissen, die nach Naturgesetzen an sich nicht vorkommen können (absolut unmögliche), sondern auch bey denen, deren Erfüllung durch zufällige Umstände ausgeschlossen wird, anstatt daß sie unter anderen Umständen möglich seyn würden (relativ unmögliche). So z. B. Zahlung an eine individuell bezeichnete Person, oder Freylassung bestimmter Sklaven, wenn diese entweder nie gelebt haben, oder zur Zeit des Rechtsgeschäfts schon gestorben waren; Tilgung einer Schuld, wenn diese gar nicht vorhanden ist (r). — Ja auch diejenigen Ereignisse sind als unmög-

(p) *L. 16 de injusto* (28. 3.), deren größter Theil von diesem Fall handelt, und worin nur am Schluß auf die entgegengesetzte Behandlung der wirklichen, aber unmöglichen, Bedingungen über-

gegangen wird.

(q) *L. 45 de her. inst.* (28. 5.), *L. 6 § 1 de cond.* (35. 1.).

(r) *L. 72 § 7, L. 6 § 1 de cond.* (35. 1.), *L. 45 de her. inst.* (28. 5.), *L. 26 § 1 de statutib.*

liche zu betrachten, deren Bewirkung, nach allen gewöhnlichen Verhältnissen zwischen Mittel und Erfolg, für unerreicherbar gelten muß; man könnte sie unerschwingliche Bedingungen nennen. Der Grund dieser Unerreichbarkeit muß daher in allgemeinen Verhältnissen liegen, nicht in den besonderen einer einzelnen Person, indem eine solche subjectve Unmöglichkeit gar nicht beachtet wird (s). Übrigens kann die Gränze zwischen dieser Unerreichbarkeit und der bloßen Schwierigkeit, welche von der Erfüllung keinesweges befreyt, freylich nicht durch allgemeine Regeln, sondern nur in jedem einzelnen Fall durch richterliches Ermessen bestimmt werden. Daß aber in der That dieser Fall dem Fall der wahren Unmöglichkeit gleich steht, wird in folgenden Anwendungen anerkannt. Die Bedingung, dem Testator binnen drey Tagen nach seinem Tode ein Denkmal zu errichten, gilt als eine unmögliche; und doch war die Erfüllung nicht völlig undenkbar, wenn etwa der so eingesezte Erbe die Bedingung vor dem Tode erfuhr, alle Baumaterialien zubereiten und beyfahren ließ, auch eine große Zahl von Arbeitern voraus bestellte. An ein so höchst ungewöhnliches Zusammentreffen von Umständen wird hier, wie billig, nicht gedacht. Eben so gilt es als unmöglich, wenn die Freylassung eines Sklaven an die

(40. 7.). — In der ersten dieser Stellen wird eine solche Bedingung *falsa conditio* genannt, sehr passend, da die Unmöglichkeit nur auf falschen factischen

Voraussetzungen beruht.

(s) So z. B. wenn Einer 100 zahlen soll, und diese aus Armuth nicht aufbringen kann. Vgl. *L. 137 § 4 de verb. oblig.* (45. 1.).

Bedingung geknüpft wird, dem Erben Fünf Millionen Thaler unfres Geldes zu zahlen; dennoch wäre es nicht unbedenklich, daß irgend ein Reicher diese ungeheure Summe für die Freyheit des Sklaven aufopfern wollte (t).

Nur diejenige Unmöglichkeit aber kann als solche gelten, welche eine bleibende Natur hat, also nicht von dem Wechsel der Zeit und der Umstände abhängt. Ist daher ein Ereigniß zur Zeit des Rechtsgeschäfts möglich, so wird es bey später eintretender Unmöglichkeit keinesweges in eine unmögliche Bedingung verwandelt (welche neben einer testamentarischen Verfügung als nicht geschrieben gelten würde), sondern vielmehr in eine vereitelte, so daß dadurch die Erbeinsetzung oder das Legat selbst entkräftet werden (u). Eben so wird auch im umgekehrten Fall die zur Zeit des

(t) *L. 6 de cond. inst.* (26. 7.), *L. 4 § 1 de statutib.* (40. 7.). „... aut si tam difficilem, immo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti si heredi millies dedisset“ .... Die *Bulgata* liest mille (könnte heißen 50 Thaler, oder auch 50000, je nachdem man kleine oder große Sesterze hinzudenkt), was in diesem Zusammenhang keinen befriedigenden Sinn giebt. Die Florentinische Lesart miles führt auf die sehr nahe liegende Emendation milies für millies. Dieses aber heißt tausendmal 100,000 Sesterze, oder Fünf Millionen Thaler, welches offenbar das Richtige ist. — Ubrigens ist

hier nur von der Gleichstellung der unerschwinglich hohen Summe mit der Unmöglichkeit die Rede; die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung des Falles selbst wird weiter unten erklärt werden (§ 124. h).

(u) *L. 94 pr. de cond.* (35. 1.), *L. 19 L. 20 § 3 de statutib.* (40. 7.), *L. 23 § 2 ad L. Aquil.* (9. 2.). — So z. B. wenn ein Legat an die Bedingung geknüpft wird, daß der Legatar dem Titius Hundert gebe; stirbt Titius nach gemachtem Testament, so ist die Bedingung vereitelt, und das Legat ist ungültig. Anders bey der Freylassung unter gleicher Bedingung, weil diese hierin eine besondere Begünstigung genießt. Vgl. § 119. m und Sell C. 55.

Rechtsgeschäfts unmögliche Bedingung, wenn die Unmöglichkeit eine veränderliche Natur hat, als wahre und gültige Bedingung behandelt, bey deren Hinzufügung der Urheber gerade an die vielleicht später eintretende Möglichkeit gedacht haben wird. So z. B. ist gültig das einer Sklavin unter der Bedingung ihrer künftigen Ehe hinterlassene Legat, obgleich sie zur Zeit des Testaments als Sklavin einer Ehe unfähig ist; man muß nämlich abwarten, ob sie künftig freigelassen werde, und dann eine Ehe schliesse (v). Nur muß freylich die Veränderung, wodurch die Möglichkeit herbeygeführt werden kann, von der Art seyn, daß man sie als ein gewöhnliches und nicht unwahrscheinliches Ereigniß wohl erwarten kann (wie z. B. die Freylassung eines Sklaven); ausserdem wäre die Rücksicht auf sie nicht natürlich, nach Umständen sogar tadelnswerth, und die Bedingung müßte als eine schlechthin unmögliche behandelt werden. Dahin gehören z. B. die Bedingungen, wenn ein freyer Mensch Sklave werden, oder wenn eine res sacra zur profana gemacht werden sollte (w). — Aber ganz dasselbe muß auch bey Verträgen gelten. Wenn also Einer

(v) *L. 58 de cond. (35. 1.)*

(w) *L. 83 § 5 de verb. oblig. (45. 1.)*. „... ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: illum cum servus erit dare spondes? item: eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari? quia .. ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt,

deducuntur in obligationem ... et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, neque civile, neque naturale est.” ... *L. 34 § 1 de contr. emt. (18. 1.)* „nec enim fas est, ejusmodi casus exspectare.” Vgl. *§ 2 J. de inut. stip. (3. 20.)*. — Eben so gilt es als etwas Natürliches und Gewöhnliches, daß

dem Andern für die künftige Ehe der unmündigen Tochter desselben eine Brautgabe verspricht, so ist dieses Versprechen gewiß gültig, obgleich zur Zeit des Vertrags die Tochter eben so unfähig zur Ehe ist, wie jene Sklavin zur Zeit des gemachten Testaments. Denn gerade die Beachtung veränderlicher Umstände ist ja der Natur der auf eine unbestimmte Zukunft gerichteten Bedingungen im höchsten Grade angemessen. Eben darum verhält es sich anders, wenn die vertragsweise unbedingt versprochene Handlung selbst eine verbotene Natur hat; hier ist der Vertrag ungültig, selbst wenn die Handlung später durch veränderte Umstände einen erlaubten Character annehmen könnte (x). Denn die aus dem Vertrag entspringende Obligation ist nicht, wie eine Bedingung, auf unbestimmte Zukunft berechnet, sondern auf die Gegenwart, und wenn sie in dieser einen unerlaubten Character hat, so ist der Vertrag schlechthin ungültig (y). Endlich ist auch bey den Bedingungen nur dieserige Veränderlichkeit zu beachten, die aus den faktischen Zuständen hervorgeht, nicht die welche eine Veränderung gesetzlicher Vorschriften voraussetzt. Wenn also Etwas versprochen wird unter der Bedingung, daß eine

ein Deportirter, aber nicht daß ein *servus poenae*, begnadigt werde und die Civität wieder erlange. *L. 59 § 1. 2 de cond.* (35. 1.).

(x) So z. B. wenn eine Ehe zwischen Adoptivgeschwistern durch Vertrag verabredet wird, obgleich diese Ehe durch spätere Emanci-

pation des einen Theils zulässig werden kann. *L. 35 § 1 de verb. oblig.* (45. 1.).

(y) Darauf also, und nicht auf die Beurtheilung der Bedingungen, ist zu beziehen *L. 144 § 1 de R. J.* (50. 17.). „In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.“

res sacra oder religiosa veräußert werde, so ist der Vertrag schlechthin ungültig, obgleich es denkbar wäre, daß durch ein neues Gesetz auch diese Sachen dem freyen Verkehr überlassen würden (z); denn auf die Veränderlichkeit der factischen Zustände zu rechnen, liegt in der Natur der Bedingungen, aber nicht auf die Veränderlichkeit der Rechtsregeln.

## §. 122.

## III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unfittliche.

Nach der Lehre neuerer Schriftsteller giebt es eine dreyfache Unmöglichkeit der Bedingungen: physische, juristische, moralische, je nachdem in den Gesetzen der Natur, des Rechts, oder der Sittlichkeit, der Grund der Unmöglichkeit

(z) L. 137 § 6 *de verb. oblig.* (45. 1.). „... nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis, aestimari debet stipulatio.“ (Allerdings könnte man die Stelle auch beziehen auf die in der Note erwähnten Veränderungen, doch scheint mir die hier angenommene Erklärung natürlicher. Gleich wahr sind ohnehin beide denkbare Bedeutungen, denn auch eine Veränderung der gesetzlichen Regel gehört nicht zu den gewöhnlichen Ereignissen, auf deren Erwartung

man Rechtsgeschäfte einzurichten pflegt). Ganz dasselbe muß aber in dieser Hinsicht auch von Erbseinzetzungen und Legaten gelten. — Sell S. 47. 51 übersteht die wesentliche Verschiedenheit des Inhalts der in den vorhergehenden Noten benutzten Stellen, und behauptet deshalb mit Unrecht, einen Unterschied zwischen Verträgen und Testamenten; der Vertrag soll nämlich ungültig seyn und bleiben, wenn die Bedingung zur Zeit des Abschlusses eine unmögliche war, mag sie auch durch spätere Veränderung der Umstände möglich werden.

enthalten ist (a). Die Auffassung ist darum zu verwerfen, weil sie die verschiedensten Begriffe als gleichartig behandelt, da doch höchstens von einer Gleichstellung in der Wirkung die Rede seyn kann; und weil sie eben deshalb genöthigt ist, in der Wirkung vollkommene Gleichheit anzunehmen, anstatt daß nur eine beschränkte behauptet werden darf (b).

Das Wesen der unmöglichen Bedingungen besteht darin, daß ihnen der Grundcharacter wahrer Bedingungen, die Ungewißheit des Erfolgs, gänzlich fehlt, daß also bey ihnen weder der menschlichen Freyheit, noch dem Zufall, irgend ein Spielraum übrig bleibt. Mit diesen nun werden in jener Lehre als gleichartig zusammengestellt diejenigen Handlungen, welche entweder durch Rechtsregeln oder durch Regeln der Sittlichkeit mißbilligt werden. Diese sind aber völlig frey, bey ihnen ist es ganz ungewiß, ob sie geschehen oder nicht geschehen werden, und sie sind daher dem Grundcharacter der Bedingungen, welchem die unmöglichen widersprechen, ganz angemessen. Die größte Verwirrung der Begriffe aber entsteht in jener Lehre dadurch, daß durch den Namen der juristischen Unmöglichkeit zwey völlig verschiedene Fälle zusammen geworfen werden:

(a) Sehr vollständig ist diese herrschende Ansicht dargestellt von Sell §. 19 fg. — Consequenterweise mußte man nun auch von einer dreyfachen Nothwendigkeit sprechen; daß dieses gewöhnlich nicht geschah, erklärt sich wohl

aus der geringeren Erheblichkeit, die überhaupt die Betrachtung der nothwendigen Bedingungen hat.

(b) Sehr treffend ist dieses bereits bemerkt von Arndts §. 172 fg. §. 182. 183.

das Testament oder die Ehe eines Unmündigen ist juristisch unmöglich, der Diebstahl dagegen ist durchaus möglich; aber durch Rechtsregeln untersagt; von jenen Handlungen also wissen wir gewiß, daß sie nicht eintreten werden, bey dem Diebstahl bleibt dieses ungewiß.

Wir haben also hier vielmehr diejenigen Bedingungen zu betrachten, die entweder widerrechtlich (c), oder nur unstittlich sind; da jedoch das Widerrechtliche stets zugleich unstittlich ist, so ist es völlig genügend, wenn wir den einfachen Ausdruck unstittlicher Bedingungen gebrauchen, und darunter diejenigen verstehen, deren Inhalt eine unstittliche Handlung oder Unterlassung ist.

Diese unstittlichen Bedingungen nun werden in der Wirkung den unmöglichen gleichgestellt. Zwar wörtlich findet sich diese Gleichstellung in der dafür gewöhnlich angeführten Hauptstelle nur beyläufig und indirect, indem nur ausgesprochen wird, daß die unstittliche Bedingung als eine nichtpotestative anzusehen sey, so daß man Keinem vorhalten dürfe, es stehe in seiner Macht eine Handlung vorzunehmen, sobald diese Handlung sittlich verwerflich sey (d). Allein der Sache nach läßt sich jene Gleichstel-

(c) Also gegen *Leges, Senatusconsulta, Kaiserconstitutionen*, das *Edict u. s. w. L. 14. 15 de cond. inst. (28. 7.)*. Wo dieses zweifelhaft war, konnte vom Kaiser eine Aufhebung der Bedingung erbeten werden, *L. 2 § 44 ad Sc. Tert. (38. 17.)*. — Das in *fraudem legis* steht hier, wie

überall, dem *contra legem* gleich. *L. 64 § 1, L. 79 § 4 de cond. (35. 1.), L. 7 de cond. inst. (28. 7.)*. — Auch was der *publica utilitas* entgegen ist, gehört dahin. *L. 13 § 1 ae pollic. (50. 12.)*.

(d) *L. 15 de cond. inst. (28. 7.)*. „*Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus*

lung nicht bezweifeln, da sich hier derselbe charakteristische Unterschied zwischen Verträgen und testamentarischen Verfügungen findet, wie bey den unmöglichen Bedingungen: Verträge werden durch sie entkräftet, Erbsetzungen und Legate werden in unbedingte verwandelt.

Das Wichtigste jedoch besteht darin, daß jene Gleichstellung keinesweges allgemein gilt, sondern nur insofern sie zur Aufrechthaltung der Sittlichkeit unentbehrlich ist, das heißt nur

insofern durch die Wirksamkeit einer solchen Bedingung das Schlechte befördert werden würde.

Diese Beziehung allein ist es, woraus wir mit Sicherheit beurtheilen können, in welchen Fällen eine anomalische Behandlung solcher Bedingungen eintreten oder nicht eintreten müsse; die Fiction, daß dem Menschen, vermöge seiner sittlichen Natur, das Schlechte unmöglich sey, ist zu dieser sicheren Beurtheilung keinesweges ausreichend, sie dient nur dazu, den allgemeinen Zusammenhang der Gedanken anzugeben, unter welchen diese Bedingungen gebracht werden.

Der Hauptfall, in welchem jener Grundsatz zur An-  
*heres quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in ejus potestate: nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est.* Die Stelle ist von Papinian, aus dessen Munde diese Worte besonders wohl klingen, da er ihnen durch seinen Tod treu geblieben ist. — Unmittelbarer ist die Gleichstellung anerkannt in L. 137 § 6 *de verb. oblig.* (45. 1.), s. die folgende Note.

wendung kommt, ist der, wenn die Bedingung selbst eine schlechte Handlung Desjenigen, der ein Recht erwerben soll, enthält, so daß eben diese Handlung, durch die Aussicht auf den daran geknüpften Gewinn, bewirkt werden soll. Geschieht dieses in einem Vertrag, so ist der ganze Vertrag ungültig (e): geschieht es in einem Testament, so gilt die Bedingung als nicht geschrieben, und die Erbeinsetzung oder das Legat werden unbedingt (f); beides völlig so, wie wenn die in der Bedingung ausgedrückte Handlung unmöglich gewesen wäre.

Außerdem gilt jene Gleichstellung auch noch in folgendem Fall, aber mit umgekehrter Wirkung. Wenn ein Vater seinen Sohn unter einer unfittlichen Bedingung zum Erben einsetzt, so konnte der fittliche Zweck dadurch erreicht werden, daß die Bedingung als nicht geschrieben, folglich die Erbeinsetzung als unbedingt, und daher als gültig be-

(e) *L. 123 de verb. oblig.* (45. 1.). „*Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.*“ *Flagitii faciendi causa*, das ist eben der Fall einer unwürdigen Handlung, unter deren Bedingung ein Lohn versprochen wird, die also durch dieses Versprechen bewirkt werden soll. — *L. 137 § 6 eod.* „*Cum quis sub hac conditione stipulatus sit ... ubi .. id facere ei non liceat: nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta*

*esset*“ ... Der größte Theil der Stelle geht auf solche Bedingungen, die wirklich unmöglich sind, aber aus juristischen Gründen (§ 121).

(f) *L. 9 de cond. inst.* (28. 7.) „*remittendae sunt,*“ *L. 14 eod.* „... *pro non scriptis habentur, et perinde ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas, legatumve.*“ *L. 27 pr. eod., L. 5 C. de institut.* (6. 25.), *PAULUS III. 4 B. § 2* „*nullius sunt momenti.*“

handelt würde. Hier soll es aber vielmehr bey jener Gleichstellung bleiben: die Handlung gilt als unmöglich, die Bedingung ist daher nichtpotestativ, folglich fehlt es an einer Erbesezung des Suus in gesetzlicher Form, das ganze Testament ist nichtig, und der Sohn wird Intestat-erbe (Note d). Hier wird also der sittliche Zweck durch Vernichtung der ganzen Verfügung erreicht, immer aber indem die Gleichstellung des Unstittlichen mit dem Unmöglichen festgehalten wird.

Dagegen kann von jener Gleichstellung nicht die Rede seyn, überall wo der sittliche Zweck sie nicht nöthig macht, oder sogar durch sie gefährdet werden würde. Hier wird stets Dasjenige angenommen, was zu jenem Zwecke führt, und es findet sich keine ähnliche Fiction, wie die bisher betrachtete, wodurch ein gleichförmiger Gesichtspunkt gewonnen werden könnte. Dieses wird in folgenden Fällen anschaulich werden.

Wenn Einer eine Conventionalstrafe verspricht, unter der Bedingung, daß er eine unstittliche Handlung begehen werde, so ist dieser Vertrag völlig gültig, da durch denselben dem Schlechten geradezu entgegen gearbeitet wird (g).

(g) *L. 1. 2 C. si mancipium* (4. 56.), *L. 121 §1 de verb. oblig.* (45. 1.). Die letzte Stelle sagt: wenn ein Mann seiner Frau eine Conventionalstrafe verspricht für den Fall, daß er künftig wieder mit einer früheren Concubine leben werde, so ist diese Stipulation „*quae ex bonis moribus*

*concepta fuerat*“ gültig. — Zweifel könnte erregen *L. 19 de verb. oblig.* (45. 1.): wenn ein Ehegatte für die durch seine Schuld bewirkte Ehescheidung eine Geldstrafe verspricht, so ist das ungültig „*quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis.*“ Man könnte nämlich

Wollte man hier das Unsittliche als unmöglich ansehen, so wäre das Versprechen ungültig (§ 121. k.). — Eben so, wenn der Testator seinem Erben ein Legat ansetzt, für den Fall, daß der Erbe eine schlechte Handlung begiehe; das Legat muß bezahlt werden, sobald die Handlung geschieht, außerdem nicht (h). Stünde diese Bedingung einer unmöglichen gleich, so müßte sie als nicht geschrieben behandelt werden (§ 121. m.). — Eben so endlich ist in Verträgen und Testamenten die auf die schlechte Handlung eines Dritten gestellte Bedingung in der Regel erlaubt und wirksam. Ergiebt es sich aus den besonderen Umständen, daß diese Bedingung das Schlechte zu befördern dient, so müßte sie allerdings die Natur einer unsittlichen Bedingung annehmen. Allein die absolute Gleichstellung würde auch hier mit Unrecht dahin führen, selbst da wo dieser besondere Umstand nicht vorhanden wäre,

diese Worte als ein allgemeines Verbot jeder vertragsmäßigen Strafanstalt, neben der in den Strafgesetzen des Staats enthaltenen, ansehen. So sind sie aber nicht zu verstehen, sie gehen bloß auf den Fall der Ehe, und enthalten den auch sonst unzweifelhaften Rechtsatz, daß die Freyheit der Eingehung und Fortsetzung einer Ehe nicht durch Privatwillkühr, also auch nicht durch Conventionalstrafen, eingeschränkt werden dürfe. *L. 134 pr. de verb. oblig.* (45. 1.), *L. 2 C. de inut.*

*stip.* (8. 39.). Vgl. § 123. e.

(h) Das ältere Recht verbot alle *legata poenae nomine*, der Testator mochte dadurch gleichgültige oder pflichtmäßige Handlungen oder Unterlassungen des Erben erzwingen wollen; Justinian läßt sie im Allgemeinen zu, also auch für den Fall, daß der Erbe genöthigt werden sollte, ein Verbrechen zu unterlassen, oder eine Pflicht zu erfüllen (§ 117 Note l. m. n). Der einzige Fall, worin sie unzulässig sind, wird in der folgenden Note angegeben.

eine solche Bedingung schlechthin als eine unmögliche zu behandeln.

Wenn Jemand eine Conventionalstrafe verspricht, für den Fall, daß er ein Verbrechen unterlassen, oder eine Pflicht erfüllen werde, so ist die Ungültigkeit des Vertrags nicht zu bezweifeln, wenn auch keine Stelle in unsren Rechtsquellen diesen Fall namentlich erwähnen sollte. Wollte man die Gleichstellung des sittlichen Gebots mit dem Naturgesetz auch hier anwenden, so müßte man die Bedingung als eine nothwendige, folglich den Vertrag als unbedingt gültig behandeln (§ 121. g.). — Ganz eben so verhält es sich, wenn der Testator seinem Erben ein Legat als Strafdrohung für den Fall auflegt, wenn derselbe ein Verbrechen unterlassen, oder eine Pflicht erfüllen würde. Jene Gleichstellung würde auch hier darauf führen, die Bedingung als nothwendig und das Legat als unbedingt anzusehen; hier aber hat Justinian ausdrücklich die Ungültigkeit des Legats verordnet, die auch gewiß dem sittlichen Zweck am meisten entspricht (i).

Wenn sich Jemand Geld versprechen läßt, unter der Bedingung ein Verbrechen zu unterlassen, oder eine Pflicht zu erfüllen, so würde wiederum jene Gleichstellung darauf führen, die Bedingung als nothwendig, folglich den Vertrag als unbedingt und gültig zu betrachten; dennoch ist

(i) § 36 *J. de legatis* (2. 20.), *L. un. C. de his quae poenae* (6. 41.), am Ende beider Stellen. Es ist dieses der einzige Fall, worin das alte Verbot der *legata poenae nomine* noch jetzt fortbauert (Note h).

dieser Vertrag schlechthin ungültig (k), so daß also dabei jene Gleichstellung ganz ohne Anwendung bleibt. Diese Vorschrift ist deswegen räthselhaft, weil ja durch den erwähnten Vertrag der stittliche Zweck vielmehr gefördert erscheint. Man könnte den Grund darin suchen, daß durch den versprochenen Lohn die Reinheit der stittlichen Triebfeder gefährdet würde, indem nun aus Eigennuß unterbliebe, was aus Pflichtgefühl unterbleiben sollte; allein diese, für den Rechtsverkehr allzu feine, Rücksicht kann nicht gelten, denn sonst dürfte auch nicht eine Conventionalstrafe für den Fall einer Unstittlichkeit versprochen werden, die jedoch zulässig ist (1). Der wahre Grund liegt vielmehr darin, daß ein solcher Vertrag leicht zur unwürdigsten Speculation misbraucht werden kann, indem ein gedrohtes Verbrechen, oder eine verweigerte Schuldigkeit, den Andern, dem der Weg gerichtlicher Klage zu beschwerlich oder unsicher scheint, bewegen kann, den bösen Willen

(k) L. 7 §3 *de pactis* (2. 14.). „Si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione;“ das heißt, wenn ich einem Andern Geld verspreche unter der Bedingung, daß er ein Verbrechen unterlassen werde. — Den Worten nach könnte die Stelle auch bezogen werden auf eine Conventionalstrafe unter der Bedingung, daß der promissor ein Verbrechen begehe; dann würde sie aber mit den in der Note g angeführten Stellen in geradem Widerspruch stehen.

(1) S. o. Note g. — Manche suchen das turpe darin, daß es überhaupt der Ehre zuwider sey, für eine Pflichtübung einen Geldvortheil anzunehmen. Man kommt leicht dahin, sich in solche moralische Übertreibungen hinein zu reden. Niemand hält es für anstößig, wenn einem Beamten für angestrenzte Dienstleistung eine Gratification bewilligt, oder wenn Dem, der mit eigener Gefahr einem Andern das Leben rettet, ein Ehrengeschenk gereicht wird.

durch versprochenen Lohn zu überwinden. Diese Gefahr ist nicht vorhanden bey der Conventionalstrafe für den Fall eines Verbrechen, die daher ganz zulässig ist (Note g.). Sie ist auch nicht vorhanden, wenn ein Testator die Erbssetzung oder das Legat an die Bedingung knüpft, daß der Erbe oder Legatar das Schlechte unterlasse, oder eine Pflicht erfülle; hier ist von einem solchen Verbot der Bedingung in unsren Rechtsquellen gar nicht die Rede, welches aus dem angeführten Grunde des Unterschieds nicht als eine zufällige Auslassung angesehen werden darf. — Es ist aber noch besonders zu bemerken, daß die angeführte Rechtsregel in folgendem größeren Zusammenhang aufgefaßt werden muß, durch welchen jeder Zweifel über den hier entwickelten Grund verschwindet. Wenn nämlich für die Unterlassung eines Verbrechen oder die Erfüllung einer Pflicht Geld nicht bloß versprochen, sondern baar bezahlt wird, so kann dieses gezahlte Geld mit der *condictio ob turpem causam* zurückgefordert werden (m). Daraus aber folgt von selbst das geringere Recht, ein bloßes Versprechen der Zahlung als ungültig zu behandeln (n).

(m) *L. 2 pr. § 1. 2, L. 4 § 2, L. 9 pr. § 1. 2 de cond. ob turpem* (12. 5.), *L. 6. 7. C. eod.* (4. 7.).

(n) *L. 1 C. de cond. ob turpem* (4. 7.). — Nämlich aus dem Recht auf die *condictio*, folgt überall das auf die *exceptio*, aber nicht umgekehrt. Wenn z. B.

einem Richter Geld versprochen wird unter der Bedingung eines ungerechten Urtheils, so ist das Versprechen, wegen der unästlichen Bedingung nicht bindend; ist das Geld aber schon gezahlt, so kann es der Geber nicht zurückfordern, weil auch ihn der stitliche Tadel trifft. *L. 3 de cond. ob turp.* (12. 5.).

Allein es folgt zugleich aus dieser Zusammenstellung, daß überall die Ungültigkeit nur insoweit behauptet werden kann, als dabey Derjenige, welcher gab oder versprach, durch Furcht oder Hoffnung bestimmt seyn konnte. Auch beziehen sich alle angeführte Stellen (Note k. m. n.) auf solche Fälle, worin ein eigenes Interesse des Gebers entweder augenscheinlich ist, oder als vorausgesetzt leicht hinzugebacht werden kann. Wenn dagegen Jemand einem Trunkenbold, um dessen Besserung zu befördern, eine Geldsumme verspricht unter der Bedingung, daß derselbe ein ganzes Jahr lang die Trunkenheit vermeide, so ist das Versprechen gültig, weil der Versprechende kein persönliches Interesse bey Erfüllung der Bedingung hat, also auch nicht zu befürchten ist, daß der Andere durch die Drohung, das Laster fortzusetzen, in unzulässiger Weise auf den Willen des Versprechenden einwirken werde.

## §. 123.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unsittliche.  
(Fortsetzung.)

Bisher war von solchen Bedingungen die Rede, deren Gegenstand eine an sich selbst unsittliche Handlung ist. Es giebt aber auch mehrere Fälle, in welchen die an sich tadellose Handlung nur dadurch einen unsittlichen Character annimmt, daß sie eben zur Bedingung eines Rechts-

geschäfts gemacht wird. Bey einigen derselben finden sich bedeutende Abweichungen von den über die unsittlichen Bedingungen im Allgemeinen (§ 122) aufgestellten Regeln.

I. In Beziehung auf Ehe sind folgende Bedingungen untersagt.

A. Die Bedingung der gänzlichen Ehelosigkeit, und zwar diese durch eine ausdrückliche Bestimmung der Lex Julia (a). Diese Bestimmung war sehr natürlich in einem Gesetz, welches durch eine Reihe von Belohnungen und Strafen die Ehe auf alle Weise zu befördern suchte.

B. Die Ehescheidung, wenn sie eben so, wie dort die Ehelosigkeit, zur Bedingung eines Vermögensvorthells gemacht wird (b). Denn auch die Römer sahen die Scheidung stets als ein Übel an, wozu der Entschluß nur durch sittliche Nothwendigkeit gerechtfertigt werden könne; die Einladung dazu durch Gründe des Eigennuzes mußte daher als unsittlich erscheinen.

C. Unterwerfung unter fremdes Gutdünken bey der

(a) *L. 22, L. 63 § 1, L. 72 § 5, L. 74, L. 77 § 2, L. 100 de cond. (35. 1.), L. 65 § 1 ad Sc. Treb. (36. 1.), PAULUS III. 4 B. § 2.* — Auch indirect, wenn unter dieser Bedingung dem Vater oder dem Sohn Desjenigen, der ehelos bleiben soll, ein Legat zugewendet wird. *L. 79 § 4 de cond. (35. 1.)*. Auch das Verbot der Ehe mit einer bestimmten Person, wenn diese in einer Lage

ist, dann keine Ehe zu finden, also ehelos bleiben zu müssen. *L. 64 § 1 de cond. (35. 1.)*. — Ganz eigene Schicksale hat die Bedingung des Wittwenstandes gehabt, d. h. der Ehelosigkeit nach einer früheren, durch den Tod aufgelösten Ehe; diese Bedingung hat zuletzt Justinian als wirksam zugelassen. Vgl. *Sell §. 178.*

(b) *L. 8 § 1 de usu (7. 8.), L. 5 C. de inst. (6. 25.)*.

Wahl eines Ehegatten, als Bedingung eines Vermögensvorthells (c). •

D. Conventionalstrafe, wodurch auf-irgend eine Weise der freye Wille in Ehesachen gefährdet wird. Also Strafe für den Fall der Unterlassung einer bestimmten Ehe (d), eben so aber auch Strafe für den Fall der Scheidung (e).

Nach dem Ausdruck mancher der hier angeführten Stellen könnte man glauben, es wäre jede Bedingung unstittlich, wodurch irgend ein Einfluß des Eigennuzes auf solche Entschlüsse herbegeführt werden könnte; so ist es jedoch nicht. Vielmehr werden folgende Bedingungen ausdrücklich als gültig und wirksam anerkannt. Am unbedenklichsten gültig ist die Erbeinsetzung oder das Legat unter der Bedingung, wenn der Honorirte überhaupt heurathe (f). Aber es gilt auch die Bedingung, eine be-

(c) *L. 28 pr., L. 72 § 4 de cond.* (35. 1.), und zwar, nach dieser letzten Stelle, hauptsächlich deswegen, weil dieses zu gänzlicher Ehelosigkeit führen konnte: „eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.“ Vgl. oben § 119. t.

(d) *L. 71 § 1 de cond.* (35. 1.), *L. 134 pr. de verb. oblig.* (45. 1.). „... quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.“ In dem Fall der letzten Stelle sollte nicht einmal von der Frau selbst, die nicht heurathen wollte, sondern

von den Erben ihres Vaters, der den Vertrag geschlossen hatte, die Strafe bezahlt werden; selbst diese Bestimmung des Vertrags wird für ungültig erklärt.

(e) *L. 2 C. de inut. stip.* (8. 39.) (der Grund ist: „Libera matrimonia esse antiquitus placuit“). *L. 134 pr. de verb. oblig.* (45. 1.) verb. „sive jam contracta“ (Note d). *L. 19 eod.* (f. § 122. g).

(f) *Sell C. 162.* Die Zulässigkeit folgt ohnehin schon aus der folgenden Bedingung, worin auch diese mit enthalten ist, nur mit weit größerer Beschränkung der Freyheit.

stimme Person zu heurathen (g), oder nicht zu heurathen (h), welches letzte besonders zweifelhaft scheinen konnte. Ja sogar ist es an sich gültig, und nur nach individuellen Umständen ungültig, wenn ein Mann einer Frau (oder umgekehrt) Geld verspricht, unter der Bedingung, daß sie ihn heurathe (i). Denkt man nämlich diesen Fall so, daß der Entschluß bezahlt, der Widerwille abgekauft werde, so ist gewiß der Vertrag unwürdig und ungültig; aber er kann auch einen ganz andern und tabellofen Sinn haben.

(g) *L. 63 § 1, L. 71 pr. § 1 de cond. (35. 1.), L. 2 C. de inst. (6. 25.)*. — Ist freylich die Ehe mit jener Person unanständig, so ist die Bedingung ungültig, nicht bloß weil überhaupt dem Honorirten etwas Unanständiges zugemuthet wird, sondern auch weil darin die indirecte Bedingung liegt, nun überhaupt gar nicht zu heurathen. *L. 63 § 1 cit.* — Schlägt die bezeichnete Person die Ehe aus, so gilt die Bedingung als erfüllt (§ 119. c). — Eine besondere Gestalt dieses erlaubten Falles liegt in dem Legat an zwey Personen, unter der Bedingung, daß diese unter sich eine Ehe eingehen. *L. 31 de cond. (35. 1.)*.

(h) *L. 63 pr. L. 64 pr. de cond. (35. 1.)*, mit Ausnahme des in der Note a berührten Falles aus *L. 64 § 1 eod.*

(i) *L. 97 § 2 de verb. oblig. (45. 1.)*. „Si tibi nupsero, decem dare spondes? *causa cognita actionem denegandam puto: nec raro probabilis causa ejus-*

*modi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.*” Sell §. 175 hat diese Stelle mehrfach mißverstanden. Zuerst indem er die negative Kraft übersieht, die das *causa cognita* (hier wie in vielen anderen Stellen) hat; es heißt: *non nisi causa cognita*, nur unter besonderen, aus der Untersuchung hervorgehenden, Umständen. Dann indem er die verbotene Schenkung unter Ehegatten mit hereinzieht, von der dieser Fall gar nicht berührt wird, da es ein *datum ob causam* ist. Bey dem Mann soll es sich eben so verhalten wie bey der Frau (item), also auch *causa cognita* und *nec raro*. Das *non in dotem* geht darauf, daß die *dotis stipulatio* ein höchst gewöhnlicher, ja auf alle Weise gepflegter und begünstigter Vertrag war, bey dem es widersinnig gewesen wäre, die Gültigkeit auch nur zu bezweifeln, oder von einer *causae cognitio* abhängig zu machen.

Wenn die Frau bisher ihre armen Eltern durch Arbeit ernährte, und nun durch die versprochene Summe versorgen will, wenn sie das Geld dem Mann als Dos zurückgeben will, um für den Fall des Wittwenstandes ihren Unterhalt zu sichern, so ist gegen die Absicht eines solchen Vertrags Nichts einzuwenden.

Vergleicht man diese erlaubten Fälle mit den unerlaubten, so ergiebt sich Folgendes. Conventionalstrafen sind ungültig, wenn sie auf irgend eine Weise die Entschlüsse in Ehesachen zu leiten bestimmt sind. Vermögensvorthelle können in der Regel auch an solche Entschlüsse, als gültige Bedingungen, geknüpft werden. Schlechthin verboten, als solche Bedingungen, sind: Ehelosigkeit, Ehescheidung, Unterwerfung des Entschlusses unter fremde Willkühr. In anderen Fällen kann nur durch die besonderen Umstände die Bedingung als eine unsittliche erscheinen. — Im Ganzen also hat hier die Ansicht eingewirkt, daß Strafen meist gefährlicher für die Willensfreyheit seyen, als angebotene Vorthelle. Diese Ansicht aber findet ihre Rechtfertigung nicht nur in der Natur der menschlichen Empfindung überhaupt, sondern auch noch in folgendem Umstand. Vermögensvorthelle sind gar nicht immer (so wie Conventionalstrafen) dazu bestimmt, als eigennützige Reizmittel auf den Willen einzuwirken, sondern sie können auch dazu dienen, dem ohnehin vorhandenen tadellosen Willen die Ausführung möglich zu machen. Wenn z. B. die Tochter eines armen oder geizigen Vaters

einen armen Mann zu heurathen, oder einen ihr widerwärtigen Reichen auszuschlagen geneigt ist, so kann ihr ein wohlbedenkender Testator zu Hülfe kommen, indem er ihr ein ansehnliches Legat aussetzt, unter der Bedingung jenen Armen zu heurathen, oder diesem Reichen die Ehe zu versagen.

II. Wegen übertriebener Beschränkung der natürlichen Freyheit ist für unerlaubt erklärt die Bedingung, daß ein Legatar seinen Aufenthalt nicht nach freyer Wahl bestimme, sondern entweder stets an einem bestimmten Ort wohne, oder seinen Wohnsitz von dem eines Andern abhängig mache (k). Ausnahmsweise jedoch konnte der Patron seinen Freygelassenen eine so beschränkende Bedingung gültig auferlegen (l).

III. Eben so gilt als unsittlich die Conventionalstrafe, die Einer unter der Bedingung zu zahlen verspricht, wenn er nicht den Andern zum Erben einsetzen werde (m). Es wird nämlich für durchaus nothwendig erachtet, daß Jeder bis zu seinem Tode ein völlig freyes Urtheil über das den Umständen jeder Zeit angemessene Schicksal seines Vermögens behalte.

IV. Unsittlich ist ferner, nach der von Vielen aufgestellten, mit guten Gründen unterstützten, Behauptung, die auf Änderung oder Nichtänderung des Religionsbekennt-

(k) L. 71 § 2 *de cond.* (35. test. (40. 4.), L. 18 § 1. 2 *de alim.* (34. 1.), ferner die in § 119

(l) L. 71 § 2, L. 13 § 1 *de cond.* (35. 1.), L. 44 *de manum.* (m) L. 61 *de verb. oblig.* (45. 1.).

niffes gerichtete Bedingung (n). Jeder dieser Entschlüsse nämlich ist an sich selbst bloße Gewissenssache, und von dem Standpunkt des Rechts aus tadellos. Allein der Einfluß von Gewinn und Verlust auf diese innerste An gelegenheit des Menschen ist gewiß in hohem Grade be denklich, und wir verfahren daher ganz im Sinn der vom Römischen Recht für andere Fälle aufgestellten Grundsätze, wenn wir diese Bedingung als unstittlich behandeln, so daß durch die Aufnahme derselben der Vertrag selbst un gültig, die testamentarische Verfügung dagegen unbe dingt wird.

Die bisher dargestellten Fälle hatten die gewöhnliche Wirkung unstittlicher Bedingungen überhaupt (§ 122). Die folgenden weichen davon in verschiedener Weise ab; diese beziehen sich insgesammt nur auf testamentarische Verfügungen, nicht auf Verträge.

V. *Conditio jurisjurandi*, das heißt die Bedingung, daß der ernannte Erbe oder Legatar irgend eine künftige Leistung (Geben oder Thun) zuvor eidlich verspreche. Betrachten wir zuerst, was geschehen würde, wenn diese Be dingung nicht untersagt worden wäre. Der Eid müßte geschworen werden, dann wäre die Bedingung vollkom men erfüllt, und von einer weiteren juristischen Folge

(n) Sell S. 142, wo diese Frage sehr befriedigend behandelt ist. Später hat sich Bangerow Pandekten I. 110 für die unbeschränkte Zulässigkeit dieser Bedingung erklärt.

wäre nicht die Rede. Die Vollziehung der angelobten Handlung selbst bliebe dem Gewissen überlassen, ein Rechtsschutz bestände dafür nicht, weil sich der Testator bloß an das Gewissen wenden wollte, anstatt daß es bey ihm gestanden hätte, nicht den Eid auf die Handlung, sondern die Handlung selbst, als Bedingung auszudrücken (o). — Daß nun dieses so geschehe, hat das Prätorische Edict untersagt, und zwar aus folgender Erwägung. Leichtsin- nige Menschen würden den Eid schwören, und dann un- erfüllt lassen; damit wäre die Religion verhöhnt, die Er- wartung des Testators getäuscht, und die unwürdigste Ge- sinnung führte zu einem unverdienten Gewinn. Andere würden aus übertriebener Angstklichkeit lieber Alles aus- schlagen, um nur nicht schwören zu müssen (p), und auch

(o) So sagt es wörtlich Ulpian in *L. 8 pr. de cond. inst.* (28. 7.), am Schluß dieser Stelle. Es ist also ganz irrig, wenn Manche annehmen, nach dem Inhalt des Testaments bestehe eine doppelte, rechtlich geschützte Verpflichtung, erstlich zu schwören, und zwey- tens die Handlung selbst zu ver- richten. *Thibaut* Pandekten § 954 Num. III. *Sell* S. 235. — Die zweyte Verpflichtung ist nach dem Testament gar nicht vor- handen, und entsteht erst durch die künstliche Verwandlung, wo- von sogleich die Rede seyn wird.

(p) So erklärt es Ulpian in *L. 8 pr. de cond. inst.* (28. 7.),

und diese Äußerung wird von *WALCH* opusc. I. 188 aus dem un- begreiflichen Mißverständnis be- stritten, als ob Ulpian läugnen wollte, daß es auch noch eine dritte Klasse gebe, nämlich Menschen von verständiger Religiosität, die un- bedenkl. schwören, dann aber auch den Eid gewissenhaft erfül- len werden. Die Meynung ist aber die: wären alle Menschen verständig und religiös, so wäre die *conditio jurisjurandi* unbedenklich, da aber auch jene beiden Klassen existiren, und der *Hono- rirte* eben so wohl zu diesen, als zu den verständig Gewissenhaften gehören kann, so ist die Bedin- gung nicht zuzulassen.

dadurch würde die Erwartung des Testators getäuscht werden. Diese mögliche Verleitung zur Unstittlichkeit, verbunden mit dem höchst unvollkommenen Schutz für den Willen des Verstorbenen, hat das Verbot veranlaßt (q). Die erste Maasregel des Prätors besteht nun darin, daß er die Bedingung mißbilligt und als nicht geschrieben betrachtet (*remittit Praetor conditionem*) (r). Bliebe er dabei stehen, so wäre der Wille des Verstorbenen, der ja doch nicht etwas an sich Schlechtes verlangte, eigenmächtig verändert. Man hätte nun die zu beschwörende Handlung selbst unmittelbar als Bedingung behandeln können (und das nehmen wirklich Manche an); damit aber wäre man über den Willen weit hinaus gegangen, denn die

(q) Irrige Erklärungsgründe sind folgende. Nach WALCH OPUSC. I. 191 die Lehre der Stoiker, daß der Eid zu heilig sey, um wegen irdischer Vortheile gebraucht zu werden. Allein wie paßt dazu das von den Römern so hoch gehaltene und so häufig angewendete *iusjurandum delatum*, welches ja auch stets des Vermögens wegen gebraucht wird? — Sell §. 235 meynt, es sey schimpflich für den Honorirten gewesen, daß man sich nicht mit seiner ohnehin vorhandenen Obligation zu der Handlung begnügen wollte, sondern noch daneben, aus Mißtrauen, einen Eid forderte. Allein eben jene andere Obligation ist gar nicht vorhanden (Note o), und wäre sie da, so würde eine Bestärkung derselben durch Eid eben

so wenig kränkend seyn, als eine Bestärkung durch *Caution* es ist, die doch gewiß der Testator nach Belieben auslegen kann. Sell ist getäuscht worden durch die Ausdrücke *turpis* und *turpiter* (*L. 8 pr. de cond. inst.*, *L. 20 de cond.*); diese aber bedeuten nicht nothwendig eine Beschimpfung, sondern auch Alles, wodurch sittliche Interessen verletzt oder gefährdet werden.

(r) *L. 26 pr. L. 20 de cond.* (35. 1.), *L. 8 pr. § 1—5 de cond. inst.* (28. 7.), *L. 29 § 2 de test. mil.* (29. 1.), *L. 14 § 1 de leg. 3* (31. un.). — Mit Unrecht wird wohl darauf bezogen *L. 112 § 4 de leg. 1* (30. un.), welche Stelle eher auf einen von dem Testator selbst niedergeschriebenen Eid zu deuten ist.

Handlung hätte nun jedesmal vor dem Erwerb geschehen müssen, was der Testator gar nicht verlangt hatte, und dadurch wäre bey Legaten die neue Gefahr entstanden, das ganze Recht (wegen des späteren dies cedens) zu verlieren. Das geschieht also nicht, vielmehr wird die ganze Verfügung durchaus eine unbedingte (s). Allein man zwingt nun hinterher den Erben oder Legatar, die Handlung, die er hätte beschwören sollen, wirklich zu vollziehen, oder mit anderen Worten, man verwandelt die Bedingung in einen Modus (t). Dadurch ist der Wille des Testators viel mehr, als durch den Eid, gesichert, und die oben erwähnte sittliche Gefahr ist gänzlich abgewendet.

(s) Dieser Satz, den Manche verkennen (Sell S. 253), ist der wichtigste. Er liegt vor Allem schon in der oft erwähnten *remissa conditio*; dann ist er anerkannt in *L. 26 pr. de cond. inst.* (28. 7.) (vgl. § 119. u), am deutlichsten aber in *L. 8 § 8 eod.* Zwey Umstände haben den Irrthum veranlaßt; erstlich der in § 7 gebrauchte Ausdruck *conditio*, der sich daraus erklärt, daß das Ganze ursprünglich als *conditio* gefaßt war: zweytens *L. 8 § 6 eod.*, nach welchem der Erbe in diesem Fall die Klagen aus der Erbschaft nicht eher haben soll, als bis er zuvor die Handlung vollzogen hat. Allein dieses ist bey einem Universalerben gerade das eigentliche Mittel, einen

Modus zu erzwingen; auch unterscheidet sich die Einwirkung dieser Zwangsmittel wesentlich von der Einwirkung einer auf dieselbe Handlung gerichteten Bedingung. Denn dem Erben wird hier doch nur die Ausübung gewisser erbenschaftlicher Rechte entzogen; das Erbrecht selbst ist ihm schon völlig erworben, und wird bey seinem Tod auf seine Erben übertragen. Ist es dagegen Bedingung, und stirbt er vor deren Erfüllung, so geht Nichts auf seine Erben über.

(t) Vgl. die drey in der Note s zuerst angeführte Stellen. — Hierin liegt nun eben die wichtige praktische Verschiedenheit dieses Falles von den eigentlich unethischen Bedingungen, indem diese spurlos vernichtet werden.

Jedoch ist dieses Alles nur als ein Recht des bedingt Honorirten zu betrachten (*remittit conditionem*). Verboten ist der Eid nicht, und leistet ihn der eingesezte Erbe freywillig, so thut er damit nichts Unerlaubtes, vielmehr liegt darin eine gültige *pro herede gestio* (u). Aber freylich die Verwandlung in einen *Modus* bleibt daneben doch bestehen, sonst wäre die ganze Maasregel ohne Zweck und Erfolg.

Die Bedingung des Eides aber ist ausnahmsweise (v) in folgenden Fällen gültig. Zuerst wenn einer Stadtgemeinde unter der Bedingung eines Eides Etwas hinterlassen ist, so müssen ihre Verwaltungsbeamte schwören (w). Der Grund der Ausnahme liegt wohl darin, daß eine Stadt weder leichtsinnig, noch abergläubisch seyn kann, die Gesinnung der Beamten aber ungefährlich ist, weil diese kein eigenes Interesse haben. — Zweytens wenn ein Sklave unter der Bedingung irgend eines eidlichen Versprechens freigelassen wurde (x). Der Grund liegt darin, daß die meisten Handlungen, die man einem Freyen als Bedingung auflegen kann, von einem Sklaven wegen seiner Rechtlosigkeit nicht vollzogen werden können. Nun war

(u) *L. 62 pr. de acquir. her.* (29. 2.). Hier heißt es: *si juraverit, heres esto*. Das haben Manche so verstanden, als wäre ein Eid ohne Inhalt vorgeschrieben gewesen. Offenbar hat der Jurist nur den (hier gleichgültigen) Inhalt weggelassen.

(v) *L. 20 de cond.* (35. 1.).

„Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendae sint: quo in numero *plerumque* sunt etiam *jurisjurandi*.“ Das *plerumque* deutet auf Ausnahmen.

(w) *L. 97 de cond.* (35. 1.), s. v. § 92. n.

(x) *L. 12 pr. § 1 de manum. test.* (40. 4.).

allerdings auch der vom Sklaven geleistete Eid nicht juristisch verpflichtend, sondern nur der nach der Freylassung geleistete (y). Allein man rechnete darauf, der Sklave werde, wenn er durch den ersten Eid frey geworden wäre, aus Religiosität zu einer Wiederholung desselben sich entschließen, wodurch er dann klagbar verpflichtet wurde (z). — Ohne Zweifel ist von diesem Fall die ganze Sitte ausgegangen, in Testamenten einen Eid als Bedingung vorzuschreiben; manche Testatoren haben später diese Bedingung auch Freyen auferlegt, und dadurch ist das Verbot im Edict veranlaßt worden.

Diese Unzulässigkeit der *conditio jurisjurandi* galt jedoch nur in Testamenten, nicht in Verträgen (aa); ohne Zweifel, weil sich hier Jeder leicht die Überzeugung verschaffen kann, daß sein Gegner diejenige Gesinnung wirklich habe, wodurch eine solche Bedingung unbedenklich wird.

VI. Ungültig ist diejenige Bedingung, wodurch die testamentarische Verfügung zu einer *captatorischen* wird.

(y) *L. 36 de man. test.* (40. 4.), *L. 7 pr. § 1. 2 de op. lib.* (38. 1.). Es war gleichgültig, ob der durch Testament Freygelassene früher oder später den Eid leistete (*L. 7 § 2 cit.*); bey der *manumissio vindicta* mußte es *incontinenti* geschehen, wenn es verpflichten sollte. *L. 44 pr. de lib. causa* (40. 12.).

(z) Diese Vorsicht wurde nämlich angewendet bey der *manumissio vindicta*, wobey man auch

schon zuvor den Sklaven schwören ließ. *L. 44 pr. de lib. causa* (40. 12.). Dieselbe Berechnung aber lag augenscheinlich auch der *conditio jurisjurandi* in Testamenten zum Grunde.

(aa) *L. 19 § 6 de don.* (39. 5.). Die Gültigkeit der Bedingung wird vorausgesetzt, indem bloß bemerkt wird, es sey keine Schenkung, sondern ein *datum ob causam*. *Cell §. 245.*

Hier soll aber nicht die Bedingung wegfallen, sondern die ganze Verfügung ist ungültig (bb).

VII. Endlich gehörten dahin früher auch die *poenae causa* getroffenen Verfügungen in einem Testament, und auch hier war die Verfügung selbst ungültig, nicht die Bedingung. Justinian hat dieses aufgehoben (§ 117 Note l. m. n).

§. 124.

III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unmögliche und unsittliche. (Fortsetzung.)

Es bleiben jetzt noch einige Fragen zu erörtern übrig, die sich auf die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen gemeinschaftlich beziehen.

Die erste Frage betrifft das Verhältniß dieser Hindernisse zu dem Bewußtseyn des Urhebers des Rechtsgeschäfts. Gewöhnlich denkt man an den Fall, da der Urheber das Hinderniß kennt, und sich dadurch nicht abhalten läßt, die Bedingung hinzu zu fügen. Wie aber wenn er es nicht kennt, also über die besondere Beschaffenheit der Bedingung im Irrthum ist? Ein solcher Irrthum wird bey absolut unmöglichen, so wie bey unsittlichen Bedingungen, kaum vorkommen können; bey relativ unmöglichen ist er allerdings denkbar, indem z. B. der Testator einen Erben einsetzen kann unter der Bedingung Geld an

(bb) Sell §. 295. — Die genaue Zusammenhang des Erbrechts  
nauere Ausführung ist nur im möglich.

eine bestimmte Person zu zahlen, die zur Zeit der Abfassung des Testaments, ohne Wissen des Testators, bereits verstorben ist. Die aufgeworfene Frage ist bestritten, wir müssen aber schon deshalb annehmen, daß im Fall des Irrthums dasselbe gelte, wie im Fall des richtigen Bewußtseyns, weil die in unsren Rechtsquellen aufgestellten Regeln von unmöglichen Bedingungen allgemein reden, ohne jenen denkbaren Unterschied auch nur zu berühren. Dazu kommt, als wichtige Unterstützung, die Analogie des Falles, da nicht die Bedingung, sondern die in einem Vertrag versprochene Handlung selbst, relativ unmöglich ist; durch diesen Umstand wird der Vertrag völlig ungültig, auch wenn die Contrahenten die Unmöglichkeit nicht kannten (a). Endlich aber wird noch in dem gegenwärtigen § gezeigt werden, daß wahrscheinlich die Regeln über die unmöglichen Bedingungen gerade von dem Fall des Irrthums ihren Ausgang genommen haben.

Die bisher angestellte Betrachtung der unmöglichen und unstatlichen Bedingungen bezog sich nur auf Suspensivbedingungen; es ist nun noch die Anwendung dieser Regeln auf die resolutiven zu erwähnen. Jedoch nur mit wenigen Worten, da schon das Schweigen unsrer Rechtsquellen beweist, wie wenig erheblich dieser Gegenstand ist. Auch kann diese Frage nur in Beziehung auf Verträge aufgeworfen werden (§ 120). — Halten wir uns nun an die Auffassung der Resolutivbedingung als einer suspensiven

(a) Sell S. 77 fg.

für die Vernichtung des Hauptgeschäfts (§ 120. 1), so ist durch die Unmöglichkeit derselben die daran geknüpfte Vernichtung entkräftet. Es ist also so gut, als ob der Vertrag ganz ohne Resolutivbedingung geschlossen wäre. So einleuchtend nun im Allgemeinen diese Bestimmung ist, so wird doch auch folgende Einschränkung schwerlich einen Widerspruch finden. Ist nämlich von einer unsittlichen Bedingung die Rede, so können dieser die Parteien die Form einer resolutiven geben, lediglich um die Anwendung der oben aufgestellten Regeln zu umgehen; damit muß in jedem einzelnen Fall Dasjenige geschehen, was zur Aufrechthaltung des sittlichen Zwecks nothwendig ist. Verspricht also Einer dem Andern Hundert unter der Suspensivbedingung, daß der Andere einen Dritten mishandle, so ist der Vertrag nichtig. Nun könnte man dem Vertrag die Wendung geben, daß eine Schenkung von Hundert versprochen würde, mit der Resolutivbedingung, wenn die Mishandlung unterbliebe. Nach dem Buchstaben der eben aufgestellten Regel würde bloß die Resolutivbedingung wegfallen, und die Hundert müßten bezahlt werden; nach der Absicht der Parteien aber ist es so gut, wie wenn jene Form der Suspensivbedingung gewählt wäre, die unsittliche Absicht darf nicht durch Schenkung einen Lohn erhalten, und es muß vielmehr das ganze Geschäft als ungültig behandelt werden.

Die wichtigste Frage endlich bleibt noch für die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen gemeinschaftlich zu

beantworten übrig: was ist der Grund der aufgestellten Regeln, und insbesondere der auffallenden Regel, nach welcher in Testamenten die in solcher Weise bedingte Verfügung als unbedingt aufrecht erhalten wird? was ist also zugleich der Grund, die Testamente hierin anders zu behandeln, als die Verträge?

Die scheinbare Genealogie der Gedanken ist diese: Unmögliche Bedingungen gelten als nicht geschrieben, und weil die unsittlichen für den besseren Menschen zugleich unmögliche sind, so müssen sie juristisch eben so behandelt werden, wie es sich bey den unmöglichen ohnehin von selbst versteht. Der Typus also, von welchem in diesen zusammenhängenden Regeln ausgegangen werden müßte, wäre etwa die in den Rechtsquellen erwähnte Bedingung: *si digito coelum tetigerit, heres esto.*

Allein nach dieser Auffassung bleibt die Sache von allen Seiten unerklärlich. Erwägen wir zuerst das logische Wesen der Bedingung, so führt dieses gerade auf das entgegengesetzte Resultat. Denn das Seyn oder Nichtseyn der bedingenden Thatsache soll das Seyn oder Nichtseyn des Rechtsverhältnisses zur Folge haben, darin besteht das Wesen der Bedingung. Nun ist aber das Nichtseyn der Thatsache im Fall der Unmöglichkeit eben so unzweifelhaft, als im Fall der zufälligen Vereitlung. Diese Identität wird bey den Verträgen ausdrücklich anerkannt, warum nicht bey den Testamenten? Die Unterscheidung derselben von den Verträgen fand schon Gajus anstößig,

obgleich er, seiner Secte getreu, die Regel selbst darum nicht minder annahm (b).

Betrachtet man aber die Sache weniger von der streng logischen, als von der praktischen Seite, nämlich nach dem wahrscheinlichen Gedankengange des Testators, so liegt in der That die Annahme sehr nahe, es sey demselben mit einer solchen Verfügung überhaupt nicht Ernst gewesen, sondern er habe nur mit Worten ein Spiel getrieben. Diese natürliche Annahme ist nun bey Verträgen wirklich anerkannt (c), liegt aber bey Testamenten nicht minder nahe; ja auch hier findet sie sich einmal geradezu ausgesprochen (d). Aus diesen Gründen wollten nun in der That die Proculer Testamente und Verträge gleich behandelt wissen (Note b). Daß aber dennoch die Sabianer das Gegentheil annahmen, und daß Justinian ihrer Meynung den Vorzug gab, erklärt man gewöhnlich aus

(b) GAJUS III. § 98 „... diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*“ (Die Lesart *vix* ist nach den von Blume angegebenen Schriftzügen und nach dem inneren Zusammenhang nicht zu bezweifeln.)

(c) *L. 31 de oblig. et act.* (44. 7) „... quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione quam sciant esse impossibilem.

(d) *L. 4 § 1 de statutib.* (40. 7.). Hier wird gesagt, eine testamentarische Freylassung sey nichtig in folgenden drey Fällen: 1) wenn sie gegeben sey nach einer solchen Zahl von Jahren, daß der Sklave dieselbe nicht erleben könne, 2) unter der Bedingung, millies zu zahlen (§ 121. t), 3) zur Zeit seines Todes. Nun lautet der Schluß so: „sic enim libertas inutiliter datur, et ita Julianus scribit, *quia nec animus dandae libertatis est.*“ Vgl. unten Note i.

einer gesetzlichen Begünstigung des letzten Willens (e). In welchem Sinn diese hier gewissermaßen zugegeben werden könnte, wird sich weiter unten zeigen; nach dem einfachen Wortsinne, wie man sie gewöhnlich auffaßt, kann sie nicht gelten, denn so dürfte sie doch nur gebraucht werden, um den wahren Willen des Verstorbenen gegen das Hinderniß gesetzlicher Formen in Schutz zu nehmen; hier aber scheint Etwas gegen jenen Willen durchgesetzt zu werden.

Eine befriedigende Erklärung ist nur möglich, wenn wir die oben dargestellte Genealogie der Gedanken geradezu umkehren, indem wir annehmen, es war ursprünglich die Rede von den unsittlichen Bedingungen, und nachdem man diese als nicht geschrieben anerkannt hatte, ist dieselbe Behandlung auf die unmöglichen übertragen worden, mit denen man, eben zu diesem Zweck, die unsittlichen identificirte. Gelingt es, diese Herleitung zu rechtfertigen, so wird dadurch zugleich ein anderer Anstoß beseitigt. Es läßt sich schwerlich annehmen, daß in Römischen Testamenten die absolut unmöglichen Bedingungen oft genug vorgekommen seyn sollten, um dieser Frage irgend eine Erheblichkeit zu geben; die alten Juristen stellten vielmehr Beispiele derselben auf, nur um den Begriff in aller Schärfe zur Anschauung zu bringen. Dagegen mögen die Fälle unsittlicher Bedingungen, die ja in so vielen Gestal-

(e) So z. B. Sell S. 38 fg., diesen favor testamentorum zu-  
der nach vielen künstlichen Wen- rüd kommt.  
dungen endlich doch wieder auf

ten erscheinen, häufig genug vorgekommen seyn; hier war es von praktischem Interesse, Rechtsregeln auszubilden, und deren vollständige Behandlung führte dann weiter zurück auf die unmöglichen.

Betrachten wir also nun den Fall der unsittlichen Bedingungen an sich, noch ganz absehend von der Fiction der Unmöglichkeit unsittlicher Handlungen. Das erste und unzweifelhafteste bey ihnen ist Dieses, daß der Bedingung keine Folge gegeben werden darf, weil sonst das Schlechte gefördert werden würde. Diesen ersten Zweck nun können wir auf zwey entgegengesetzten Wegen erreichen, entweder indem wir das ganze Rechtsgeschäft vernichten, oder indem wir die Bedingung als nicht vorhanden ansehen, und das Geschäft als unbedingt behandeln. Das Justinianische Recht (übereinstimmend mit den Sabinianern) entscheidet für den ersten Weg bey Verträgen, für den zweyten bey Testamenten, und wir haben die Gründe dieser Verschiedenheit aufzusuchen.

Bey Verträgen liegt der Grund darin, daß eine Trennung der Bedingung von dem Versprechen in den meisten Fällen augenscheinlich gegen die Absicht der Parteyen seyn würde. Verspricht Einer Hundert für die Begehung eines Verbrechens, und wollten wir aus dem Vertrag nur diese Bedingung hinwegnehmen, so würden wir den ganzen Vertrag völlig willkürlich und gegen die unzweifelhafte Absicht in eine reine Schenkung verwandeln. Diese Behandlung wäre aber nicht nur dem Willen der Parteyen wi-

bersprechend, sondern auch an sich selbst anstößig, da sie Demjenigen, der doch an der schlechten Absicht so viel als der Andere Theil genommen hat, einen bleibenden Vortheil zuwenden würde. Und selbst in den seltneren und verwickelteren Fällen, worin die Parteyen den Vertrag auch bey Entfernung der Bedingung vielleicht eben so geschlossen haben würden, ist für sie Nichts verloren, indem sie diesen unbedingten Vertrag noch immer schließen, also das Versäumte nachholen können.

Bev Testamenten finden wir von diesem Allen das Gegentheil. Wer ein Testament macht, hat die unzweifelshafte Absicht, über sein Vermögen zu verfügen, und jede Erbesezung, jedes Legat, fällt in diese allgemeine Absicht freygebiger Austheilung des Vermögens. Finden wir also eine solche Verfügung unter einer unsittlichen Bedingung, so hat die Annahme viele Wahrscheinlichkeit, daß er zwar das Schlechte bey dieser Gelegenheit durchsetzen wollte, aber auch davon abgesehen, denselben Erben oder Legatar ernannt haben würde, indem er ohnehin damit beschäftigt war, Erben oder Legatäre zu ernennen, anstatt daß bey dem Vertrage kein anderer Beweggrund zu irgend einem Versprechen vorlag, als eben die Beförderung der unsittlichen Handlung (f). Allerdings ist es zweifelhaft,

(f) Es wird also derselbe Gedanke des Testators vorausgesetzt, der in L. 2 § 7 *de don.* (39. 5.) bey dem Fall einer Schenkung so ausgedrückt ist: „si vero alias quoque donaturus Titio

decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae, existimari debet.“

ob der Testator diesen Gedanken hatte, oder ob er vielmehr, wenn die schlechte Absicht nicht zu erreichen war, lieber dieses ganze Legat fallen lassen wollte; allein gerade für solche zweifelhafte Fälle besteht die Regel, daß für die Aufrechthaltung des letzten Willens gesprochen werden soll (g), und in diesem beschränkten Sinn könnte man etwa noch die einwirkende Begünstigung der Testamente zugeben; in der That aber liegt auch darin keine Begünstigung, da für Verträge genau dieselbe allgemeine Auslegungsregel gilt (h). Allein selbst wenn wir in einzelnen Fällen durch jene Annahme irren, so bekommt wenigstens nicht, wie bey Verträgen, ein Unwürdiger den Vortheil, da der Erbe oder der Legatar bey der aufgestellten unstatlichen Bedingung unschuldig ist; der Verstorbene aber hat es durch seine schlechte Absicht selbst verschuldet, wenn in diesem Stück sein Wille theilweise mißverstanden wird. Irren wir jedoch nicht bey jener Annahme, so liegt zugleich in dieser Behandlung das einzig mögliche Mittel, den wahren Willen aufrecht zu halten, indem hier der Verstorbene nicht mehr im Stande ist, das Versäumte nachzuholen, so wie Dieses bey Verträgen noch immer geschehen konnte.

(g) *L. 24 de rebus dub.* (34. 5.). „Cum in testamento *ambiguae*, aut etiam *perperam scriptum est*: *benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est.*“ Diese Vorschrift paßt

ganz auf den vorliegenden Fall.

(h) *L. 80 de verb. oblig.* (45. 1.). „*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quod res, qua de agitur, in tuto sit.*“

War nun auf diese Weise die Sache entschieden für die un sittlichen Bedingungen, so gieng man weiter zurück auf die unmöglichen, die in der That eine entfernte Verwandtschaft mit jenen haben. Die aufgestellten Betrachtungen paßten allerdings nicht auf die absolut unmöglichen oder unerschwinglichen Bedingungen, aber diese sind ja überhaupt, wie oben bemerkt, so selten und unerheblich, daß sie auf eine besondere Vorsorge durch Rechtsregeln keinen Anspruch haben können. Anders verhält es sich mit den relativ unmöglichen. Kennt hier der Testator die Unmöglichkeit, so sind sie freylich in gleicher Lage mit den absolut unmöglichen, denn es gehört immer eine besondere Laune dazu, daß ein Testator in diesem ernstern Geschäft so mit leeren Worten spiele. Dieses gilt aber nicht von dem Fall, wenn er es nicht weiß, so z. B. von dieser Bedingung: ich setze den Gajus zum Erben ein, wenn er zuvor dem Sejus eine Wohnung gebaut haben wird; (vorausgesetzt, daß, zur Zeit der Abfassung des Testaments, Sejus ohne Wissen des Testators bereits gestorben war). Hier nun sind die meisten der bey den un sittlichen Bedingungen aufgestellten Gründe gleichfalls anwendbar, theilweise sogar in noch höherem Grade. Denn offenbar kann man hier mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen, der Testator wollte zwey, an sich von einander unabhängige, Zwecke erreichen: Gajus sollte Erbe seyn, Sejus sollte auf Kosten des Gajus eine Wohnung erhalten. Diesen letzten Zweck konnte er in verschiedenen For-

men erreichen, am einfachsten in der Form eines Legats. Er wählte die Form einer Bedingung, die allerdings am schnellsten und kräftigsten wirken konnte; daraus folgt aber nicht einmal mit Wahrscheinlichkeit, daß, wenn die Erreichung des zweyten Zwecks unmöglich wurde, deshalb auch der erste aufgegeben werden sollte.

War man nun durch diese Erwägungen dahin gekommen, die relativ unmöglichen und die unsittlichen Bedingungen in Testamenten nach einer gleichen Regel, und zwar ganz anders als in Verträgen, zu behandeln, so lag es dann sehr nahe, in diese Regel auch die (praktisch unbedeutenden) absolut unmöglichen und unerschwinglichen Bedingungen mit aufzunehmen. Man gewann dadurch den Vortheil einer einfacheren Formel, die ganze Lehre erhielt gleichsam eine breitere Basis, und das Schicksal einiger selten vorkommenden wunderlichen Einfälle mancher Testatoren konnte dabey kein sonderliches Bedenken erregen.

Die hier versuchte Erklärung der Römischen Behandlung unmöglicher Bedingungen in Testamenten läßt sich noch durch folgende Betrachtungen unterstützen.

1) Ist eine auf die vergangene oder gegenwärtige Zeit schon durch den Ausdruck gestellte Bedingung vereitelt, so wird sie nicht, gleich der unmöglichen, als nicht geschrieben angesehen, sondern die ganze Verfügung ist ungültig (§ 121. p). Dennoch kommt dieser Fall mit dem der unmöglichen in der gegenwärtigen Entschiedenheit völlig über-

ein, so daß also hierin der Grund der besonderen Behandlung überhaupt nicht liegen kann. Es fehlt hier aber die oben nachgewiesene innere Verwandtschaft der unmöglichen und unsittlichen Bedingungen, und hierin allein kann daher der Grund jener eigenthümlichen Behandlung gesucht werden.

2) Das *legatum poenae nomine* ist von Justinian in der Regel erlaubt, und nur ausnahmsweise für unwirksam erklärt, wenn durch dessen Androhung der Erbe zu einer unmöglichen oder unsittlichen Handlung gezwungen werden soll (§ 122. h. i). Eigentlich ist nun die Unterlassung der geforderten unmöglichen Handlung etwas schlechthin Nothwendiges, und man konnte daher erwarten, daß das Legat vielmehr unbedingt gelten würde (§ 121. g). Weil aber hier der sittliche Zweck bey der geforderten unsittlichen Handlung eine entgegengesetzte Behandlung nöthig machte (§ 122), so hat diese wiederum ein gleiches Verfahren auch bey der geforderten unmöglichen Handlung nach sich gezogen.

3) Außer den unmöglichen Bedingungen kommen auch unmögliche Zeitbestimmungen (*dies impossibilis*) vor. In der Entschiedenheit des Nichtseyns kommen diese mit jenen ganz überein, so daß man erwarten möchte, auch eine solche Zeitbestimmung werde als nicht geschrieben behandelt, und so die Verfügung selbst aufrecht erhalten werden. Hier findet sich aber gerade das Gegentheil; die unmögliche Zeit wird als ein Zeichen betrachtet, daß die

ganze Verfügung nicht erfüllt gemeynt war, und diese ist dadurch vernichtet (i). Diese scheinbare Inconsequenz erklärt sich daraus, daß zwischen der unmöglichen Zeit und der unsittlichen Bedingung gar kein Zusammenhang statt findet, so daß hier kein Grund vorhanden ist, von der natürlichsten und einfachsten Behandlung abzuweichen. Wäre die bloße Begünstigung des letzten Willens der Grund, warum die unmögliche Bedingung als nicht geschrieben behandelt wird, so müßte dieselbe ja ganz eben so auch den unmöglichen dies als nicht geschrieben hinweg räumen.

---

Zum Schluß soll noch angegeben werden, welche Grundsätze über die den Testamenten beygefügtten unmöglichen und unsittlichen Bedingungen in neueren Gesetzgebungen aufgestellt worden sind.

Das Französische Gesetzbuch schließt sich ganz an das Römische Recht an. Unmögliche und unsittliche Bedingungen gelten als nicht geschrieben; ja es wird dieses selbst

(i) Vgl. unten § 126. i. k. l. und daraus besonders L. 4 § 1 *de statutib.* (40. 7.), deren Inhalt oben in Note d angegeben ist. Übrigens erklärt sich hieraus auch, wie von der in der Mitte der Stelle erwähnten Bedingung *si heredi millies dedisset* gesagt werden konnte, sie entkräfte die ganze Freylassung (§ 121. t).

Diese Entscheidung paßt offenbar nur zu der Meinung der Proculerjaner, und hat sich in die Justinianische Gesetzgebung blos verirrt. Dieses wurde dadurch übersehen, daß sie in der Mitte zwischen zwey, auch im Justinianischen Recht unbedenklichen, Entscheidungen über den *dies impossibilis* steht.

auf Schenkungen ausgedehnt, die überhaupt in diesem Gesetzbuch den Testamenten so sehr angenähert sind (k).

Das Preussische Recht schlägt einen Mittelweg ein. Die unmögliche Bedingung macht die testamentarische Verfügung selbst ungültig (l); die unsittliche dagegen gilt als nicht geschrieben (m).

Das Oesterreichische Gesetzbuch endlich ist ganz zu Proculjanischen Gesinnungen zurückgekehrt. Erbeinsetzungen und Legate werden durch unmögliche und durch unsittliche Bedingungen ganz ungültig (n).

### §. 125.

#### III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung.

Eine zweyte Art der Selbstbeschränkung, welche in einer Willenserklärung vorkommen kann (§ 114), besteht in der hinzugefügten Zeitbestimmung (dies), das heißt in dem Ausdruck einer zeitlichen Begränzung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses.

Diese Zeitbegränzung kann, ähnlich der Bedingung, entweder an den Anfang oder an das Ende des Rechtsverhältnisses gelegt werden. Im ersten Fall heißt dieses

(k) Code civil art. 900. — Anders natürlich bey Verträgen die nicht Schenkungen sind. art. 1172. Diese Behandlung der Schenkungen wird von den Französischen Juristen als inconsequent getadelt; Manche tadeln den Rechtsatz auch bey den Testa-

menten. MALEVILLE zu art. 900. TOULLIER droit civil T. 5 § 247.

(l) A. L. R., Th. 1. Tit. 4 § 129—132 Tit. 12 § 504.

(m) A. L. R., Th. 1. Tit. 12 § 63 (vergl. mit Tit. 5 § 227.).

(n) Oesterreich. Gesetzbuch § 698 (vergl. mit § 897).

Verhältniß in diem oder ex die gegeben (a), im zweyten ad diem (b). Wir können jene den Anfangstermin, diese den Endtermin eines Rechtsverhältnisses nennen. — Zunächst soll hier von dem Anfangstermin gehandelt werden.

Alle Zeitbestimmung nun kann sich lediglich auf die Zukunft beziehen, da wir nur auf diese für unsre Handlungen Vorsehrung treffen können. Die künftige Zeit selbst aber kann bestimmt werden entweder durch Beziehung auf einen einzelnen Punkt in der allgemeinen, unabänderlich feststehenden Zeitreihe (Kalendertag) (c), oder auf relative Weise durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß, welches ja nothwendig auch in einen bestimmten Punkt jener Reihe fallen muß. — Nun knüpft sich auch die Bedingung stets an ein künftiges Ereigniß (§ 116), und eben so läßt sich

(a) Ex die. *L. 56 de cond. indeb.* (12. 6.), *L. 34 de her. inst.* (28. 5.), *L. 44 § 1 de O. et A.* (44. 7.). In diem. § 2 *J. de verb. obl.* (3. 15.), *L. 3. 15. 46. pr. de V. O.* (45. 1.), *L. 213 pr. de V. S.* (50. 16.), *L. 16 pr. de her. pet.* (5. 3.), *L. 43 de j. dot.* (23. 3.), *L. 22 de cond. inst.* (28. 7.), *L. 27 qui et a quib. man.* (40. 9.), *L. 22 de O. et A.* (44. 7.).

(b) *L. 34 de her. inst.* (28. 5.), *L. 44 § 1 de O. et A.* (44. 7.). In dieser letzten Stelle heißt es daneben auch einmal in diem, jedoch nur in einer Construction:

„nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem.“ Das letzte heißt nachher: „Ad diem autem.“

(c) Auch dieses ist wieder auf zweyerley Weise möglich: unmittelbar (z. B. am 1. März 1840), oder mittelbar, z. B. „in Einem Jahr,“ vorausgesetzt daß der Vertrag am 1. März 1839 geschlossen wird, indem nämlich das Heute, worauf sich diese Bestimmung bezieht, selbst gewiß und bekannt ist. Eben so: „drey Jahre nach meinem Tode,“ weil zu der Zeit, worin das Testament wirksam wird, der Todestag völlig gewiß und bekannt seyn muß.

umgekehrt der Kalendertag auffassen als ein Ereigniß, nämlich als der Eintritt eben dieses bestimmten Tages, so daß also beide Arten einschränkender Nebenbestimmung oft in einander zu fließen scheinen. Da jedoch für Zeit und Bedingung ganz verschiedene Regeln aufgestellt sind, so ist es vor Allem nöthig, eine scharfe Gränze zwischen beiden zu ziehen. Auf die in den Rechtsgeschäften gebrauchten Ausdrücke können wir gar nicht bauen, denn obgleich jede unter jenen Nebenbestimmungen ihre eigenthümlichen Ausdrücke hat, so herrscht doch darin oft eine regellose Abwechslung (d). Die wahre Gränze aber ist dahin zu bestimmen: die Bedingung knüpft sich an ein ungewisses Ereigniß (§ 116), die Zeitbestimmung an ein gewisses. Jeder künftige Kalendertag nämlich ist ohnehin gewiß; manche Ereignisse aber sind es nicht minder, vorzüglich für jeden Menschen der Tod. Wird also der Anfang eines Rechtsverhältnisses auf die Todeszeit des Berechtigten, oder des Verpflichteten, oder eines Dritten gestellt (*cum morietur*), so ist dieses im Allgemeinen wegen der Gewißheit dieses Todes, nicht als Bedingung, sondern als dies anzusehen; und zwar besteht die besondere Regel, daß darunter stets der letzte Augenblick des Lebens, oder die Zeit unmittelbar vor dem Tode zu verstehen ist (e).

(d) Bey den Römern werden hier verschiedene Partikeln gebraucht: *si* für die Bedingung, *cum* für den dies. Aber die alten Juristen erkennen selbst die gänzliche Unzuverlässigkeit dieser

Ausdrücke. *L. 45 § 3 de V. O.* (45. 1.).

(e) Denn Sterben ist eine Thätigkeit, weshalb nur der noch Lebende sterben kann, nicht der Todte. *L. 18 § 1 L. 61 de man.*

Diese relative Art der Zeitbestimmung hat jedoch auch noch ein ungewisses Element, das Verhältniß des Ereignisses zu der festen, allgemeinen Zeitreihe, welches neuere Schriftsteller die *quaestio quando* nennen. Doch ist sie darum nicht minder, ihrem Begriffe nach, den Bedingungen scharf entgegengesetzt.

Dagegen ist jedes ungewisse Ereigniß, schon seinem Begriffe nach, eine wahre, eigentliche Bedingung, selbst wenn es durch die dabey gebrauchten Ausdrücke den täuschenden Schein einer Zeitbestimmung an sich tragen sollte. Wer z. B. Etwas „an seinem Hochzeitstage“ zu geben verspricht, der verspricht eigentlich unter der Bedingung, wenn er in die Ehe treten sollte, und diese erhält nur durch die wörtliche Fassung den Schein eines dies. Es kann dabey jedoch noch der besondere Fall eintreten, daß mit der Bedingung auch ein Kalendertag verbunden wird. Gesezt, es ist Einer am 1. März 1825 geboren, und es wird ihm Etwas versprochen: „am Tage seiner Volljährigkeit,“ so heißt das so viel als: Am 1. März 1850, vorausgesezt daß alsdann Jener noch lebt (f).

*test.* (40. 4.), L. 107 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), *GAJUS* II. § 232, III. § 100. Die Erheblichkeit dieser Regel wird sich sogleich in mehreren Anwendungen zeigen.

(f) L. 22 *pr. quando dies* (38. 2.) „*quoniam non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet.*“ Also sind hier beide Arten der Be-

schränkung wirklich vorhanden und vereinigt. — Unter die als dies ausgedrückte Bedingung gehörte auch der, bey den Römern so wichtige, Fall, wenn ein *Latinus Junianus*, oder ein Eheloser, auf die Zeit seiner *Capacität* (d. h. also unter der Bedingung derselben) eingesezt wurde. L. 62 *pr. de her. inst.* (28. 5.). L. 51

Es ergeben sich hieraus für die als Zeitbestimmung ausgedrückte Zusätze der Rechtsgeschäfte Vier mögliche Combinationen, die von neueren Schriftstellern auf folgende Weise ausgedrückt zu werden pflegen:

Dies certus für die quaestio an, certus für quando.

Dies certus für die quaestio an, incertus für quando.

Dies incertus für die quaestio an, certus für quando.

Dies incertus für die quaestio an, incertus für quando.

Für den ersten und vierten Fall ist die Bezeichnung unzweifelhaft; der zweyte und dritte dagegen könnten, wegen ihrer gemischten Natur, bald als certus, bald als incertus dies, bezeichnet werden, es scheint indessen daß die alten Juristen hier vorzugsweise diesen letzten Ausdruck gebraucht, und unter certus dies meist den Kalendertag verstanden haben (Note h, und § 126. c. e. h.).

Der dritte und vierte Fall nun gehören, wie schon bemerkt, wegen der Ungewißheit des Ereignisses, gar nicht unter die Zeitbestimmungen; sie sind wahre Bedingungen, welchen höchstens der falsche Schein eines dies durch den ungenauen Ausdruck gegeben worden ist. Bey dem vierten Fall insbesondere ist dieses ohne Ausnahme anerkannt (g).

*de leg. 2.* (31. un.). Ohne diese wohlthätige Vorsorge war ihm die Erbschaft oder das Legat verloren, wenn er nicht spätestens 100 Tage nach des Erblassers Tod die Capacität erlangt hatte (*ULPIAN XVII. § 1*). Jetzt konnte dieses auch nach vielen Jahren geschehen, weil ihm, wegen der

Bedingung, die Erbschaft nicht früher deferirt war.

(g) So z. B. „zur Zeit, in welcher Jemand eine Ehe schließt, oder ein Amt erlangen wird.“ *L. 21 pr. quando dies* (36. 2.), *L. 56 de cond. ind.* (12. 6.), *L. 8 C. de test. manum.* (7. 2.).

Hey dem dritten Fall gilt zwar allerdings auch dieselbe Regel, so daß also z. B. ein auf die Pubertät oder die Volljährigkeit eines Dritten gestelltes Legat völlig als ein bedingtes zu beurtheilen ist (h). Jedoch giebt es von dieser Regel natürliche Ausnahmen, wenn nämlich aus den Umständen sicher hervorgeht, daß der Urheber diese Nebenbestimmung lediglich aus Vorsorge für den Berechtigten, also zu dessen Vortheil, und nicht zur Beschränkung der Rechte desselben, gegeben hat; dann gilt das Rechtsverhältniß als ein unbedingtes, \*das heißt es wird jene Nebenbestimmung als Kalendertag behandelt, der nur indirect bezeichnet ist, nämlich durch Beziehung auf ein Ereigniß, welches freylich seiner Natur nach auch wohl ganz ausfallen kann (i). Hier wirkt also ausnahmsweise das in jenem dritten Fall enthaltene Element der Gewißheit, und zwar nicht als ob dann die regelmäßige Natur dieses Falles verkannt oder unrichtig behandelt würde, sondern wegen der durch die Umstände gerechtfertigten Interpretation des wahren Willens, die ja überall vormalten soll (§ 118. a). Nur in Einem Fall gilt dieselbe Ausnahme

(h) *L. 21 pr. L. 22 pr. quando dies* (36. 2.), *L. 36 § 1 de cond.* (35. 1.), *L. 49 § 2. 3 de leg. 1* (30. un.). — In der ersten der angeführten Stellen wird ein solcher Tag *dies incerta* genannt.

(i) *L. 46 ad. Sc. Treb.* (36. 1.), *L. 5 C. quando dies* (6. 53.). Vgl. auch *L. 18 § 2 de alim.*

*leg.* (34. 1.) (§ 119. 5.), und AVERANUS *Interpr.* II. 16 Num. 12. sq. — Es ist natürlich, daß eine solche günstige Interpretation vorzugsweise angenommen wird, wenn ein Testator seinen Kindern Etwas zuwendet; ferner vorzugsweise bey den, besonders im älteren Recht, ohnehin freyer behandelten Fideicommissen.

and; ohne solche individuelle Gründe einer abweichenden Interpretation, nämlich bey der testamentarischen Freylassung (§ 119. q); hier gründet sich die Ausnahme auf eine der vielen ganz positiven Begünstigungen der Freyheit.

Nachdem diese Fälle beseitigt sind, in welchen nur der Schein eines dies, das Wesen einer Bedingung enthalten ist, bleibt nun noch die nähere Betrachtung der zwey Fälle des wahren dies übrig; die zeitliche Beschränkung des Rechtsverhältnisses vermittelt eines Kalendertags, und die vermittelt eines gewissen, das heißt nothwendig irgend einmal eintretenden Ereignisses.

### §. 126.

#### III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung).

I. Die Beschränkung des Rechtsverhältnisses durch einen Kalendertag, von welchem es erst anfangen soll, hat den Sinn, daß das Recht selbst sogleich erworben, die Ausübung desselben aber bis zu jenem Tage aufgeschoben werde. — Betrachten wir das Verhältniß einer solchen Bestimmung zu dem Bewußtseyn des Berechtigten, so finden wir darin gar nichts Unklares. Er kennt nicht nur das Daseyn des Rechts, sondern auch ganz genau dessen Umfang und Werth. Es läßt sich sogar durch eine Discontorechnung der gegenwärtige Werth ausmitteln, ja selbst der augenblickliche Genuß durch Verkauf um diesen sichereren Werth bewirken. Daher wird die in dieser Be-

stimmung liegende Gewißheit nicht einmal durch einen so entfernten Zeitpunkt ausgeschlossen, welchen der Berechtigte selbst unmöglich erleben kann (a); denn dieser Umstand hindert ihn nicht, ein solches Recht in alle seine Berechnungen und Verfügungen über die Zukunft mit aufzunehmen.

Es bleibt nur noch übrig, diesen Grundsatz auf die wichtigsten einzelnen Rechtsverhältnisse, worin ein Kalendertag vorkommen kann, anzuwenden.

A. Bey der Erbeinsetzung kann eine solche Beschränkung deswegen nicht zur Ausführung kommen, weil nach dem Tode weder eine Zeit ohne Vertretung des Verstorbenen, noch eine Abwechslung gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge, zulässig ist. Daher gilt eine solche Beschränkung hier als nicht geschrieben, und das Erbrecht gilt vom Tode an (b). Dieses scheint sonderbar, da doch die weit ungewissere Bedingung als eine wirksame Beschränkung zugelassen wird. Dabey aber gleicht sich Alles dadurch aus, daß die erfüllte Bedingung auf die Todeszeit zurückgeführt wird (§ 120); wollten wir nun diese Zurückführung auch hier vornehmen, so würde das genau auf denselben Erfolg führen, der jetzt wirklich dadurch eintritt, daß der dies als nicht geschrieben gilt.

B. Bey Legaten kommt der Kalendertag unbedenklich zur Ausführung, so daß das Recht auf das Legat vom

(a) So z. B. der Vertrag über eine Zahlung nach Hundert Jahren. *L. 46 pr. de V. O.* (45. 1.). — Ein Legat, Hundert Jahre nach des Testators Tod zahlbar. *L. 21 pr. quando dies* (36. 2.).

(b) § 9 *J. de her. inst.* (2. 14.), *L. 34 de her. inst.* (28. 5.).

Tode an erworben wird (dies cedit), und nur der Genuß (das dies venit) aufgeschoben bleibt. Die streng persönliche Natur aller durch einen Todesfall bedingten Successionen (§ 118) hindert dieses nicht, da der Legatar das Legat, auch wenn er selbst den Genuß nicht erlebt, dennoch in seine Verfügungen mit Sicherheit aufnehmen kann.

C. Noch weniger zweifelhaft ist die völlige Wirksamkeit des Kalendertags bey Verträgen.

II. Die Beschränkung auf den Zeitpunkt eines gewissen Ereignisses, das heißt eines solchen, welches irgend einmal nothwendig eintreten muß, hat ein anderes Verhältniß zum Bewußtseyn des Berechtigten, indem diesem der gegenwärtige Werth und Umfang des Rechts völlig unklar ist, so daß er es nicht mit Sicherheit in seine Verfügungen über die Zukunft aufnehmen kann. Dieses ungewisse Element der Nebenbestimmung wird bei Testamenten, wegen der ganz persönlichen Natur der Successionen (§ 118), als überwiegend betrachtet, und verwandelt den dies in eine Bedingung, nämlich in die Bedingung des Erlebens eines solchen Tages (c); bei Verträgen, in welchen jene persönliche Natur des Rechts nicht angenommen

(c) L. 75 de cond. (35. 1.) „Dies incertus conditionem in testamento facit.“ Das in testamento deutet auf eine entgegengesetzte Behandlung der Verträge, die in diesem Fall auch wirklich eintritt. Dadurch aber wird es zugleich nothwendig, die Stelle nur auf diesen Fall zu

beziehen, und nicht auf die wahrhaft ungewissen Ereignisse, die auch in Verträgen als Bedingungen gelten. Daraus folgt aber ferner, daß in dieser Stelle dies *incertus* zur Bezeichnung eines gewissen (nur bald früher, bald später eintretenden) Ereignisses gebraucht wird.

wird, bleibt das gewisse Element überwiegend, die Nebenbestimmung kommt als dies (was sie ihrem Begriff nach in der That ist) rein zur Ausführung, und der Vertrag ist unbedingt.

A. Bey der Erbeinsetzung also wird eine Zeitbestimmung solcher Art verwandelt in die Bedingung, „wenn der eingesetzte Erbe den Eintritt des Ereignisses erleben sollte“ (d).

B. Ganz eben so wird in der Regel auch ein dergestalt gegebenes Legat behandelt. Es ist also bedingt dadurch, daß der Legatar das Ereigniß erlebe, und stirbt er früher, so geht davon auf seine Erben Nichts über (e). — Nur in einem Fall ist es anders, wenn das Ereigniß von der Art ist, daß es der Legatar nothwendig erleben muß. Dieses gilt von dem Legat auf die Todeszeit des Legatars (cum ipse morietur); denn dieses ist gemeynt von der Zeit unmittelbar vor dem Tode (§ 125), welche jeder Mensch gewiß erlebt. Daher ist ein solches Legat purum, und das Recht darauf wird unwiderruflich erworben mit

(d) *L. 9 C. de her. inst.* (6. 24.).

(e) So z. B. *heres cum morietur dato. L. 1 § 2, L. 79 § 1 de cond.* (35. 1.), *L. 12 § 1 de leg. 2* (31. un.), *L. 4 pr. L. 13 in f. quando dies* (36. 2.). In der ersten und dritten der hier angeführten Stellen heißt wieder ein solcher Tag *incertus*. — Eben so ist es unzweifelhaft, wenn das Legat auf den Tod eines Dritten gestellt wird. — Anders wenn der Testator sagt: *cum ipse moriar*. Ein solches Legat ist ganz

ungültig, weil Niemand durch Testament Etwas bewirken kann, das vor seinem Tod geschehen müßte, sondern nur *post mortem*; nur die Freylassung wurde in einem solchen Fall durch besondere Begünstigung aufrecht erhalten. *L. 18 § 1 de man. test.* (40. 4.). Im Sinn des Justinianischen Rechts ist es aber unstreitig, auch bey dem Legat den ungeschickten Ausdruck zu beseitigen, und es so anzusehen, als ob es hieße *post mortem meam*.

dem Tode des Testators (f). Selbst wenn man es als Bedingung ansehen wollte, so würde der Erfolg derselbe seyn, da die Bedingung eine nothwendige wäre, neben welcher das Legat unbedingt bleibt (§ 121. g). Auch ist dieses keine bloße Spitzfindigkeit, sondern es hat einen guten praktischen Sinn, indem der Legatar, wenngleich er ein solches Legat gewiß nicht selbst genießt, es doch unter die, Jedem besonders wichtigen, Verfügungen für seine Erben sicher aufnehmen kann.

C. Der Vertrag ist, ungeachtet einer solchen Nebenbestimmung, ein unbedingtter, und die Beschränkung gilt ganz als dies. Die Ungewißheit des gegenwärtigen Werthes der Leistung steht hier nicht im Wege, da diese eben so bey jedem gewagten Geschäfte vorkommt, welches darum gar nicht nothwendig ein bedingtes zu seyn braucht. — Der praktische Einfluß jener Regel zeigt sich bey der *condictio indebiti*. Hier gilt im Allgemeinen der Grundsatz, daß die auf einen Kalendertag gestellte Schuld, wenn sie vor diesem Tage bezahlt wurde, nicht zurückgefordert werden kann, wohl aber die bedingte, vor erfüllter Bedingung gezahlte Schuld (g). Die Schuld nun, welche auf ein gewisses Ereigniß gestellt ist, hat ganz die Natur einer Schuld auf den Kalendertag, nicht die einer bedingten:

(f) *L. 79 pr. de cond. (35. 1.)*, *L. 4 § 1 quando dies (36. 2.)*.  
 (g) *L. 10 L. 16 pr. L. 56 de cond. ind. (12. 6)*. Es versteht sich von selbst, daß auch bey der bedingten Schuld die *Condictio indebiti* wegfällt, wenn nur vor ihrer Anstellung die Bedingung erfüllt wird. *L. 16 pr. cit. (Note h)*.

ste kann also nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Zahlung vor dem eingetretenen Ereigniß erfolgte (h).

Ist die Beobachtung des Anfangstermins unmöglich, so wird ein solcher Fall auf die natürlichste Weise, ohne positive Modification, behandelt. Das Rechtsverhältnis bleibt ohne Anfang, das heißt es entsteht gar nicht, und zwar gilt dieses nicht nur bey Verträgen, sondern auch bey Testamenten. Hierin unterscheidet sich also die Zeitbestimmung von der Bedingung, und der Grund dieses

(h) Die entscheidende Stelle steht in folgendem Zusammenhang: *L. 16 pr. de cond. ind.* (12. 6.) „Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur: conditione autem existente repeti non potest. — §1. Quod autem (Hal. *etiam*) sub incerto die debetur, die existente non repetitur. — *L. 17*: Nam si *cum moriar* dare promisero, et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est.“ Unter diesen drey Sätzen ist der erste und dritte unzweifelhaft: der erste betrifft die Bedingung, der dritte ein gewisses Ereigniß, und indem dabey die Condition auch für die Zeit vor dem eintretenden Tag verworfen wird, (denn mir wird ja die Condition verweigert, also muß ich wohl noch nicht ein Sterbender seyn, sonst könnte ich nicht klagen wollen), so ist damit der im Text aufgestellte Satz bewiesen. Zweifelhaft ist der zweyte

Satz (§ 1), wegen der Zweydeutigkeit des *incertus dies*. *CYJACIUS* obs. XIII. 20 läßt sich durch das *autem* verleiten, diesen Satz mit dem dritten (*L. 17*) für identisch zu halten, und will daher im §1 emendiren *pendente* oder *non existente*, welches ganz verwerflich ist. Haloanders *etiam* entfernt jenen Grund, und das Nam in *L. 17* braucht nicht als Bestätigung des §1 gedacht zu werden, sondern kann auch eine adversative Bedeutung haben. Dann ist der ganze Zusammenhang folgender: *L. 16 §1*. „Eben so, wie mit der Bedingung, ist es auch mit einem (ganzen) ungewissen Tage (z. B. *si nupsero*), so daß auch hier die Condition nur erst nach eingetretenem Tage wegfällt.“ *L. 17* „Denn nur bei einem gewissen Tage, wie *cum moriar*, kann man sagen, daß die Condition durchaus nicht gilt, auch wenn sie vor jenem Tage angesetzt werden sollte.“

Unterschieds ist schon oben (§ 124) angegeben worden. — Die Unmöglichkeit kann nun gegründet seyn in der Natur der Handlung, worauf das Rechtsverhältniß gerichtet ist, so z. B. wenn Einer verspricht, unmittelbar vor seinem Tode (*cum morietur*) nach Alexandrien zu kommen (i). Sie kann aber ferner gegründet seyn in der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses selbst, und dahin gehören folgende Fälle. Wenn der Nießbrauch gegeben wird für die Zeit unmittelbar vor dem Tode des Fructuars, so ist er unmöglich, weil er gleich in dem folgenden Augenblick wieder aufhören muß, also niemals genossen werden kann (k). Eben so war es, wenn einem Sklaven im Testament die Freyheit gegeben wurde für die Zeit seines Todes, oder für eine so entfernte Zeit, daß er sie gar nicht erleben konnte (l); denn die Freyheit hat nur Werth, insofern sie

(i) *L. 46 § 1 de V. O.* (45.1.). Man möchte einwenden, der Sterbende sey eben so wenig fähig Geld zu zahlen. Allein diese Handlung, als etwas Momentanes, ist von Seiten des Sterbenden wenigstens nicht undenkbar, und kann in jedem Fall von dem Erben nachgeholt werden, ohne ihren Werth und Character zu verändern, jene versprochene Reise war etwas ganz Persönliches. Ist die für die Todeszeit versprochene Handlung zwar auch zeitraubend, aber nicht persönlich, wie z. B. ein Hausbau, so war die Stipulation auch ungültig, da nur der Erbe sie erfüllen konnte: Justi-

nian gestattete sie, so wie die *post mortem. L. 15 C. de contr. et comm. stip.* (8. 38.).

(k) *L. 51 de usufructu* (7. 1.), *L. 5 de usu et usufr. leg.* (33. 2.). — Außerdem konnte ein Nießbrauch gegeben werden *ex die*, wenigstens gewiß durch Legat; bey den andern Entstehungsarten war die Möglichkeit wegen der besondern Form derselben streitig (*FRAGM. VAT. § 49. 50.*), für das neueste Recht ist es gewiß möglich.

(l) *L. 4 § 1 de statutib.* (40. 7.), *L. 17 pr. L. 61 pr. de man. test.* (40. 4.), *L. 107 § 1 de leg. 1* (30. un.) — Über *L. 4 § 1 cit.* vgl. oben § 124. d. i., und § 121. t.

von dem Sklaven selbst genossen wird, anstatt daß Geld oder Geldeswerth auch den Erben zu gut kommt, und daher unter jenen Zeitbestimmungen allerdings gültig gegeben werden kann. Endlich ist hierauf zu beziehen das alte Verbot, Stipulationen zu schließen auf die Zeit post mortem des Gläubigers oder Schuldners (m), desgleichen Legate zu geben post mortem des Erben (n), welche Einschränkungen Justinian aufgehoben hat (o).

Eine unsittliche Zeitbestimmung kann nicht vorkommen, da alle Unsittlichkeit freye Handlungen voraussetzt, welche bevor sie geschehen stets ungewiß sind, anstatt daß die wahre Zeitbestimmung nur auf gewisse Ereignisse gegründet seyn kann.

## §. 127.

## III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung.)

Es bleibt nun noch übrig, von dem Endtermin (ad diem) zu sprechen; mit diesem aber ist die Resolutivbedin-

(m) GAJUS III. § 100. — Die Stipulation *cum moriar*, oder *cum morieris* scheint immer gültig gewesen zu seyn. § 15 *J. de inut. stip.* (3. 19.), FR. VAT. § 98, L. 20 L. 76 *de j. dot.* (23. 3.), L. 67 § 6 *de leg. 2.*, L. 32 *pr. ad. L. Falc.* (35. 2.), L. 45 § 1. 3 L. 121 § 2 *de V. O.* (45. 1.), L. 4 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38.). Der einzige Widerspruch, GAJUS III. § 100, dürfte wohl auf einer fal-

schen Lesart beruhen. Huschke Studien I. 279.

(n) Post mortem verboten, cum heres morietur erlaubt. GAJUS II. § 232, ULP. XXIV. § 16. Bei Fideicommissen auch post mortem erlaubt. GAJUS II, § 277, ULP. XXV. § 8.

(o) § 13 *J. de inut. stip.* (3. 19.), L. 11 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38.). — § 35 *J. de legatis* (2. 20.), L. 11. *C. cit.*

gung nahe verwandt, und nur indem hier beide Rechtsinstitute zusammengefaßt werden, ist es möglich, für die Resolutivbedingung Dasjenige, was oben (§ 120) ausgesetzt bleiben mußte, auf befriedigende Weise nachzuholen. Beide sollen nunmehr in Anwendung auf die wichtigsten Rechtsverhältnisse betrachtet werden.

A. Die Erbeinsetzung kann weder durch Resolutivbedingung, noch durch Endtermin, begrenzt werden, das heißt jede Nebenbestimmung dieser Art wird als nicht geschrieben betrachtet (§ 126. b). Der Grund liegt darin, daß das einmal erworbene Erbrecht überhaupt nicht wieder aufhören kann (a). Die praktische Wichtigkeit dieses Satzes ist jedoch durch die Einführung der Fideicommissse sehr vermindert worden, indem nun der Testator seinen Zweck dadurch größtentheils erreichen kann, daß er den eingesezten Erben verpflichtet, die Erbschaft unter einer

(a) *L. 88 de her inst.* (28. 5.) „... cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse.“ — *L. 3 § 2 de liberis* (28. 2.) „... hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile.“ — *L. 3 § 10 de minor.* (4. 4.) „... sine dubio heres manebit, qui semel exstitit.“ Endlich auch *L. 15 § 4 de test. mil.* (29. 1.), wo das Entgegengesetzte als ein besonderes Vor-

recht der Soldaten angegeben wird. — Die Neueren drücken das so aus: Semel heres, semper heres. — Über die Unanwendbarkeit der Resolutivbedingung ist auch eigentlich kein Streit, nur ist neuerlich von Mehreren behauptet worden, eine solche müsse dadurch künstlich erhalten werden, daß man sie in die umgekehrte Suspensivbedingung verwandle, und so den Willen aufrecht erhalte. Allein auch diese Behauptung ist unhaltbar. Vgl. Sell S. 254 und die von ihm angeführten Schriftsteller.

Suspensivbedingung, oder nach einer bestimmten Zeit, an den Intestaterben zu restituiren.

B. Bey Legaten war es nach dem älteren Recht gleichfalls unmöglich, das Ende des Rechts durch Resolutivbedingung oder durch Zeitbestimmung herbeizuführen, und dieser Satz konnte auf zweyerley Weise zur Anwendung kommen:

1) Wenn innerhalb der bestimmten Zeit der Legatar (auf ein damnationis legatum) nicht geklagt hatte, so sollte dennoch die Verpflichtung des Erben nicht (wie durch eine Art von Verjährung) erloschen seyn (b). Schon zur Zeit der klassischen Juristen aber wurde ohne Zweifel der Klage eine *doli exceptio* entgegengestellt, eben so wie es bey der Stipulation ausdrücklich bezeugt wird (Note f).

2) War das damnationis legatum bereits erfüllt, oder war es ein vindicationis legatum, so sollte nicht etwa das Legat, durch den Eintritt der Bedingung oder des Tages, an den Erben zurück fallen. Dieser Satz beruhte nicht bloß auf einer vom Testator verfehlten Form, denn es konnte gar nicht der Legatar mit der Entrichtung eines neuen Legats (welches in dieser Rückgabe enthalten gewesen wäre) onerirt werden (c). Durch die Einführung der Fideicommissse fiel diese letzte Beschränkung hinweg (d), und

(b) *L. 55 de leg. 1* (30. un.)  
 „... nec tempore .. aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.“ —  
*L. 44 § 1 de O. et A.* (44. 7.)  
 „... Placet enim ad tempus obli-

gationem constitui non posse: non magis quam legatum.“

(c) *ULPIAN. XXIV. § 20, GAJUS II. § 271.*

(d) *GAJUS II. § 271.*

nun war es bloß ein Fehler in der Form, wenn jener Rückfall an den Erben nicht statt fand, da ihn der Testator durch die für Fideicommissie eingeführten Ausdrücke unbedenklich bewirken konnte. Daher war es ganz consequent, daß Justinian verordnete, ein solcher Formfehler solle niemals schaden, indem ein solches Legat immer so ausgelegt werden sollte, als wäre, für den Fall der Bedingung oder für den bestimmten Tag, die Rückgabe an den Erben als Fideicommiss aufgelegt (e).

C. Auch Verträge sollten nicht so eingerichtet werden, daß die Obligation durch Bedingung oder Zeit zu wirken aufhörte, und auch diese Regel war in denselben zwey Bedeutungen anzuwenden, welche schon bey den Legaten erklärt worden sind.

1) Versprach also Jemand eine Zahlung dergestalt, daß die Klage zwar zunächst wirksam seyn, mit dem Eintritt einer Bedingung oder eines bestimmten Tages aber (wie durch eine Art von Verjährung) wegfallen sollte, so war dennoch die Klage auch nach jenem Zeitpunkt gültig; diese buchstäbliche, die Absicht verletzende, Strenge wurde jedoch späterhin gemildert durch Zulassung einer *doli* oder *pacti exceptio* (f).

(e) *L. 26 C. de legatis* (6. 37.), welche gewiß eben sowohl auf Resolutivbedingung, als auf dies, geht. Vgl. Sell §. 258. — Hier also, wie auch andermwärts, ist Justinian, in der Beseitigung formeller Schwierigkeiten des äl-

teren Rechts, bey Legaten weiter gegangen als bey der Erbeinsetzung; und nicht ohne Grund.

(f) Für die *obligatio ad diem* sagt dieses § 3 *J. de V. O.* (3. 15.), *L. 56 § 4 de V. O.* (45. 1.), *L. 44 § 1 de O. et A.* (44. 7.),

2) War der Vertrag bereits erfüllt, so daß die eintretende Zeit oder Bedingung den Rückfall des Gegebenen hätte herbeyführen müssen, so sollte auch dieser Rückfall nicht eintreten. Gegen diese Folge aber half ohne Zweifel die *condictio ob causam datorum* (hier zusammen fallend mit der *actio praescriptis verbis*), deren Princip auf einen Fall dieser Art vollkommen anwendbar ist.

Bei den Verträgen nun ist es einleuchtend, daß diese strenge Ausschließung von Zeit und Bedingung nicht (wie früher bey den Legaten) in einer durch das Rechtsverhältniß selbst herbeygeführten Unmöglichkeit, sondern lediglich in einem Formfehler, gegründet war. Denn unbedenklich konnte auch schon in alter Zeit der Zweck erreicht werden, wenn nur das Aufhören der Obligation, oder der Rückfall des Gegebenen, in einer hinzugefügten zweyten, unter Suspensivbedingung oder *ex die* geschlossenen, Stipulation versprochen wurde, oder auch (bey dem dies) durch bloße Hinzufügung der Suspensivbedingung „*si intra quinquennium petiero.*“ Die Ungültigkeit lag also blos an einem Mangel der Form, und dagegen eben sollte die *doli* oder *pacti exceptio* schützen. Aber eben deshalb konnte die Ungültigkeit niemals behauptet werden, und es bedurfte gar

für die Resolutivbedingung *L. 44 §. 2 eod.* (vgl. über diesen §. GÖSCHEN obsf. j. Rom. p. 66). Der Grund dieser Einschränkung wird in *L. 44 § 1 cit.* so ausgedrückt: „*Nam quod alicui de-*

*beri coepit, certis modis desi-*  
nit *debere;*“ das heißt: der dies gehört nicht zu den unabänderlich bestimmten Tilgungsarten der Obligationen, und kann nicht durch Privatwillkühr diesen Character mitgetheilt bekommen.

nicht der nachhelfenden Exception, bey denjenigen Verträgen, welche gar keiner beschränkenden Form unterworfen waren, sondern nur nach der wahren Absicht der Parteyen beurtheilt wurden, also vorzüglich bey den Consensualcontracten. In der That spricht die Stelle, worin von der alten Strenge berichtet wird (Note f), lediglich von der Stipulation. Dagegen war von jeher eine höchst gewöhnliche und ganz unzweifelhafte Form des Miethcontracts die auf bestimmte Jahre gerichtete, mit deren Ablauf doch gewiß die Verpflichtung des Vermiethers aufhört. Ebenso wird bey dem Kauf und bey der (ohne Stipulation möglichen) Schenkung die völlige Wirksamkeit der Resolutivbedingung auf eine Weise anerkannt, die keinem Gedanken an späteres Recht, und an künstliche Nachhülfe, Raum läßt (§ 120. 1. m). Dieses also sind die Fälle, worauf sich auch schon nach dem früheren Recht das in seinen einzelnen Folgen völlig ausgebildete Institut der Resolutivbedingungen bezog; namentlich die im Fall der erfüllten Resolutivbedingung ipso jure eintretende Rückkehr des Eigenthums zu dem früheren Eigenthümer, mit Vernichtung aller in der Zwischenzeit vorgenommenen, bis dahin gültigen, Veräußerungen (g).

(g) Einen Zweifel könnten erregen Justinians Worte in *L. 26 C. de legatis* (6. 37.) „Cum enim jam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus,“ welche allerdings auf neueres Recht hindeuten. Al-

lein diese Worte gehen auf solche Schenkungen und andere Contracte, die durch Stipulation geschlossen werden, und auf die dabey zugelassene *doli exceptio*; sie sind also nur eine kurze Verweisung auf den ausführlichen

Nachdem hier die eigentliche Bedeutung der nach früherem Recht bey Legaten und Obligationen unzulässigen Resolutivbedingungen und Endtermine angegeben worden ist, muß noch eine sehr eigenthümliche Anwendung derselben dargestellt werden. Verspricht Jemand eine jährliche Rente von Hundert, so wird dieses betrachtet als eine einfache, nur auf mehrere Zahlungen gerichtete, Stipulation, die auf ewige Zeiten fortwirken soll (h). Wird diese Obligation nun auf Fünf Jahre, oder auch auf Lebenszeit, beschränkt, so widerspricht das der oben angegebenen Regel, die Rente wird eine immerwährende, und gegen diese Härte half man nur erst später durch eine Exception (i). Allerdings hätten die Contrahenten leicht und sicher durch eine andere Form des Vertrags die wahre Absicht erreichen können; man brauchte nur, anstatt der fünfjährigen Rente, überhaupt Fünfhundert versprechen, und zwar in Fünf Portionen ex die: oder, anstatt der lebenslänglichen Rente, viele einzelne Summen, und zwar jede ex die und zugleich unter der suspensiven Bedingung des Erlebens; dieses Alles war ja von jeher erlaubt. Allein bei den Stipulationen sollte nicht auf die Absicht, sondern auf die Worte, gese-

Inhalt der *L. 44 § 1. 2 de O. et A.* (44. 7.) und der anderen in Note f. angeführten Stellen. — Ein besonderer Zweifel, in Beziehung auf die Schenkung allein, entsteht aus der Vergleichung der *L. 2 C. de don. q. s. modo* (8. 55.) mit ihrer sehr

abweichenden früheren Gestalt in *FR. VAT. § 283*; das Verhältniß dieser beiden Texte zu einander dürfte schwerlich ganz in's Reine zu bringen seyn.

(h) *L. 16 § 1 de V. O.* (45. 1.),  
*L. 35 § 7 de m. c. don.* (39. 6.).  
 (i) § 3 *J. de V. O.* (3. 15.).

hen werden, und so mußten der Schuldner und seine Erben den Formfehler so lange büßen, bis die schützende Exception erfunden war. Daß man nicht von jeher gegen solchen Unsinn Schutz suchte, erklärt sich sehr natürlich aus der Seltenheit solcher Stipulationen.

Anderß verhielt es sich mit Legaten von ähnlichem Inhalt, die in der That häufig vorkamen, und daher ein praktisches Bedürfniß der Abhülfe mit sich führten. Die Möglichkeit derselben war durch den allgemeinen Grundsatz gegeben, Legate überhaupt mehr nach der Absicht als nach dem Buchstaben auszulegen (§ 118. a). Wusste man nun, daß, wie gewöhnlich, die Absicht dahin gieng, durch die legitirte Rente dem Legatar seinen persönlichen Unterhalt ganz oder theilweise zu verschaffen, so wurde durch folgende Interpretation für Alles gesorgt. Das Legat soll gelten, als wären es mehrere: die erste Jahresrente ist pure legitirt, und wird mit des Testators Tod erworben; jede folgende ist an die Suspensivbedingung gebunden, wenn der Legatar den Tag, wo sie fällig wird, erlebt (k). Dadurch erreichte man einen doppelten Vortheil. Erstlich-

(k) L. 4 L. 8 *de ann. leg.* (33. 1.), L. 10 *quando dies* (36. 2.), ferner die Stellen in Note h. — Bey einer Rente auf bestimmte Jahre ist es eine factische Frage, ob der Testator sie als eine alimentenartige Unterstützung (so wie die lebenslängliche) dachte, oder vielmehr als eine gewöhnliche Zahlung, die nur zur Er-

leichterung in Termine zertheilt ist. Im ersten Fall wird sie eben so behandelt, wie die lebenslängliche, im zweyten Fall ist es ein einfaches Legat, welches sogleich ganz erworben wird, so daß auch die nach des Legatars Tod fällig werdenden Termine an seinen Erben zu zahlen sind. L. 20 *quando dies* (36. 2.), L. 3 *pr. de annuis* (33. 1.).

verhinderte man die immerwährende Dauer der Rente, die ja auch nicht in des Testators Absicht lag; zweytenz entgieng man dem Verbot der zeitlichen Beschränkung der Legate, indem man nun nicht mehr mit einem einzelnen Legat ad diem zu thun hatte, welches ungültig gewesen wäre, sondern mit vielen bedingten Legaten, welche gültig waren.

D. Bey einigen dinglichen Rechten finden sich folgende ausdrückliche Bestimmungen.

Prädialservituten konnten durch Bedingung oder Zeit nicht beendigt werden, ohne Zweifel weil die Natur solcher Rechte auf immerwährende Dauer berechnet ist; pacti und doli exceptio schützt auch gegen diese buchstäbliche Strenge (l).

Der Nießbrauch dagegen, als ein ohnehin vergängliches Recht, konnte auch schon nach älterem Recht einer solchen willkürlichen Beendigung unterworfen werden (m). Und eben so auch das Pfandrecht, welches vermöge seiner neueren Entstehung, ohnehin weniger an die förmliche Strenge des alten Rechts gebunden ist (n).

Fassen wir alle bisher dargestellten Anwendungen zu-

(l) *L. 4 pr. de serv.* (8. 1.), *L. 6 de usu et usufr. leg.* (33. 2.), *L. 56 § 4 de V. O.* (45. 1.), *L. 16 § 2 fam. herc.* (10. 2.), *L. 12 pr. C. de usufr.* (3. 33). Durch die Natur der in jure cessio war dergleichen ohnehin ausgeschlossen; es muß also dabey entweder ein Legat vorausgesetzt werden, oder ein neben der in jure cessio (vor oder nachher) geschlossener besonderer Vertrag. In dieser letzten Stelle kommt eine ähnliche Interpretation vor, wie die in § 125. i. erwähnte; hier aber mit umgekehrtem Erfolg.

(m) FRAGM. VAT. § 48. 52, (n) *L. 6 pr. quib. modis pign.* (20. 6.).

sammen, so ergibt es sich, daß Resolutivbedingungen und Endtermine fast überall wirksam seyn können, und daß die früheren Beschränkungen derselben, mit Ausnahme der Erbssetzung, für das heutige Recht fast spurlos verschwunden sind.

Auch ein Endtermin läßt sich so denken, daß die Anwendung desselben unmöglich wird. Dann wird derselbe als nicht geschrieben betrachtet, und das Rechtsverhältniß bleibt von dieser Seite her unbeschränkt (o).

### §. 128.

#### III. Willenserklärungen. — Modus (a).

Rechtsgeschäfte, welche auf die Übertragung von Vermögensrechten, also auf ein Geben, gerichtet sind, können zugleich Bestimmungen über das fernere Schicksal des Empfangenen, vermittelt einer Verpflichtung des Empfängers, in sich aufnehmen. Die meisten Bestimmungen dieser Art gehören zum eigenthümlichen Inhalt der einzelnen Geschäfte selbst, und es entsteht für sie weder das Bedürfniß, noch die Möglichkeit, sie unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt, den Bedingungen und Zeitbestimmungen ähnlich, zu brin-

(o) So z. B. wenn ein Nießbrauch auf Hundert Jahre legirt wird, da der Legatar diese Zeit gewiß nicht erlebt.

(a) Unter den oben (§ 116) im Allgemeinen angeführten Rechtsquellen gehören hierher besonders: Dig. XXXV. 1, Cod. VI. 45, VIII. 65.

gen. So z. B. wenn bey dem Darlehen die Rückgabe des Geldes, oder vom Käufer bey Empfang der Sache die Zahlung des Kaufpreises, versprochen wird, so sind das wesentliche Theile dieser Verträge: verspricht der Käufer, das erkaufte Haus, so lange der Verkäufer lebt, nicht zu veräußern, oder dem Verkäufer darin drey Jahre lang freye Wohnung zu geben, so liegen darin zufällige Nebenverträge; in beiden Fällen dient die Contractsklage dazu, diese Verpflichtungen zur Ausführung zu bringen. Indessen können manche Bestimmungen dieser letzten Art auch in die Form von Bedingungen eingekleidet werden, und wirken dann in anderer Weise (b).

Nur bey einigen Rechtsgeschäften reichte diese Behandlungsweise nicht aus, und so ist für diese eine besondere Art von Nebenbestimmungen, der Modus, ausgebildet worden. Es sind dieses die testamentarischen Verfügungen, und die Schenkung; bey denselben ist zuvor das besondere Bedürfnis im Einzelnen nachzuweisen, weil nur dadurch ein fester Standpunkt für das erwähnte Rechtsinstitut gewonnen werden kann.

1. Erbeinsetzung. Besteht die Verpflichtung des Erben darin, daß er einem Dritten Etwas gebe, so ist ein solches Bedürfnis nicht vorhanden, da die Legate, und späterhin auch noch die Fideicommissse, für jenen Zweck vollkommen

(b) L. 41 pr. de contr. emt. (18. 1.). Hier ist nur gesagt, die Übereinkunft könne, je nach der Absicht der Parteyen, als

pactum adjectum, oder als conditio, gemeint seyn: von einem dritten möglichen Fall (dem modus) ist nicht die Rede.

ausreichen. Aber der Erblasser kann auch ganz andere Dinge dem Erben auflegen: z. B. ein Denkmal zu errichten, öffentliche Spiele oder Gastmähler zu veranstalten, das Grab des Verstorbenen auf bestimmte Weise zu besuchen und zu schmücken u. s. w. Manches dieser Art kann unter der Form einer Bedingung bewirkt werden; für Anderes ist diese unpassend, und überall kann der Erblasser die Form einer neuen, fortwirkenden Verpflichtung vorziehen. Dazu dient dann der Modus.

2. Legat. Auch hier kommen Verpflichtungen der eben beschriebenen Art vor, wozu der Modus angewendet werden kann (c). Aber bey ihnen war er lange Zeit auch wichtig und unentbehrlich, wenn der Legatar einem Dritten Etwas geben sollte, da der Legatar mit einem neuen Legat nicht belastet werden kann. Durch die Einführung der Fideicommissse freylich, die dem zuletzt erwähnten Zweck völlig genügen, fiel dieses Bedürfniß des Modus hinweg (§ 127. c. d.).

3. Fideicommissse. Der Modus kommt hier auf gleiche Weise vor, wie bey den Legaten.

4. Eben so auch bey der testamentarischen Freylassung, neben welcher dem Sklaven jede Leistung, sey es als Bedingung, sey es als Modus, nach Gutfinden des Testators auferlegt werden konnte. Hier war das Bedürfniß zu allen Zeiten so ausgedehnt, wie in früherer Zeit bey den Legaten. Denn auch mit einem Fideicommiss kann nur

(c) L. 17 § 4 *de cond.* (35. 1.).

Derjenige belastet werden, der von dem Verstorbenen ein Vermögensrecht bekommen hat (d); da nun die Freyheit ein solches nicht ist, so war es consequent, die Belastung der Freygelassenen mit Fideicommissen, wenn sie bloß die Freyheit erhielten, auszuschließen (e).

5. Bey Schenkungen waren lange Zeit die gewöhnlichen Rechtsmittel (*actio praescriptis verbis* und *condictio*) für solche Verpflichtungen des Beschenkten ausreichend. Späterhin fand man es gut, eine ähnliche Behandlung wie bey Legaten eintreten zu lassen, und nun war auch hier das Bedürfniß vorhanden, den Modus als eigenes Rechtsinstitut anzuwenden.

Als Name dieses Rechtsinstituts ist *modus* technisch (f), obgleich freylich derselbe Name oft in anderer, sehr allgemeiner Bedeutung gebraucht wird, z. B. für die Begrenzung oder die Ausübungsart eines Rechts, also für dessen nähere Bestimmung. Im Deutschen hat man dafür Zweck und Zweckbestimmung vorgeschlagen, jedoch nicht passend; denn wenn Jemand einen Freund oder Verwandten zum Erben einsetzt, und ihm die Errichtung eines Denkmals zur Pflicht macht, so hat er zum Zweck bey der Erbeinsetzung, sein Vermögen in die Hände einer würdigen und geliebten Person zu bringen, nicht ein Denkmal zu veran-

(d) L. 1 § 6 *de leg. 3* (32. un.),  
L. 9 C. *de fideic.* (6. 42.).

(e) L. 94 § 2 L. 95 *de leg. 1*  
(30. un.).

(f) Der Ausdruck steht in dieser bestimmten Bedeutung in der Überschrift der drey in der Note a. angeführten Titel; eben so in L. 17 § 4 *de cond.* (35. 1.).

lassen. Zutreffender ist der Ausdruck *Verwendung*, da in den allermeisten Fällen das Empfangene, oder ein Theil desselben, zur Ausführung des Modus verwendet werden soll. Jedoch auch dieser Ausdruck hat eine zu abstracte Gestalt, um den Gedanken an das sehr eigenthümliche Rechtsinstitut hervorzurufen, und so ist es besser den lateinischen Kunstaussdruck beizubehalten, der schon durch seine fremde Herkunft zu einer individuellen Bezeichnung geschickter ist.

Es bedarf aber einer Rechtfertigung, daß hier der Modus mit der Bedingung und Zeitbestimmung auf gleiche Linie gestellt, also unter die Selbstbeschränkungen des Willens aufgenommen wird (§ 114), da er vielmehr eine Erweiterung des Willens auf einen neuen Gegenstand zu enthalten scheint. Jene Auffassung rechtfertigt sich durch die quantitative Betrachtung jedes Vermögens oder Vermögensstücks als einer bloßen Geldsumme. Da diese Betrachtung eben sowohl auf das ursprünglich Gegebene (z. B. die Erbschaft oder das Legat), als auf den Modus, anwendbar ist, so erscheint der Modus als eine Verminderung des Werths der ursprünglichen Gabe, und insofern kann man sagen, daß der auf das Geben gerichtete Wille, durch Aufnahme eines Modus, sich selbst beschränke. Darin ist also auch die Gleichartigkeit des Modus mit Bedingung und Zeit begründet.

Für die Anwendung ist es nöthig, den Begriff des Modus, nach zwey Seiten hin, scharf zu begränzen: er

darf nämlich auf der einen Seite nicht verwechselt werden mit der Bedingung, auf der andern nicht mit dem bloßen Wunsch oder Rath.

Für die Gränze zwischen Bedingung und Modus ist zu bemerken, daß in den meisten Fällen die bezweckte Handlung auf beiden Wegen gleich sicher bewirkt werden kann, nur vermittelt ganz verschiedener Rechtsverhältnisse. Die Bedingung nämlich suspendirt, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendirt aber nicht. Der Modus ist daher weit vortheilhafter für den, welcher handeln soll, denn erstlich wird durch ihn der Rechtserswerb selbst (das *dies cedit*) nicht hinausgeschoben, und dadurch in die Gefahr des gänzlichen Verlusts gebracht; zweytens kann der Genuß des Rechts erlangt werden durch bloße Caution, ohne Vollziehung der Handlung selbst; drittens ist hier die eintretende Unmöglichkeit der Handlung unschädlich (g). Die Unterscheidung beider Rechtsformen ist daher für jeden einzelnen Fall praktisch wichtig. Auch hier sind die gebrauchten Worte unsichere Führer (h), und es muß

(g) Zweifel könnte erregen *L. 1 C. de his quae sub modo* (6. 45.) „*In legis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur.*“ . . . Das heißt aber nur, der Modus wird eben sowohl als die Bedingung beachtet, aufrecht erhalten, namentlich durch Forderung einer Caution: völlige Gleichheit sollte damit nicht ausgesprochen werden. Das ergibt

sich deutlich aus dem nachfolgenden Hauptsatz, zu welchem jene Worte bloß als Eingang dienen sollten.

(h) Eigentlich bezeichnet *si* die Bedingung, *cum* die Zeit, *ut* den Modus (*L. 80 de cond. 35. 1.*), aber dieser Unterschied wird nicht streng beobachtet, s. o. § 125. d. — Auch der Ausdruck *conditio* wird oft gebraucht, wo entschieden ein Modus gemeint ist. Vgl.

vielmehr aus den Umständen die wahre Absicht ermittelt werden (i). Bleibt die Absicht völlig zweifelhaft, so ist der Modus, als die geringere Beschränkung, vorzugsweise vor der Bedingung, anzunehmen (k). In Einem Fall wahrer, aber unzulässiger, Bedingung, bey der *conditio jurisjurandi*, wird die Absicht des Testators durch Verwandlung in einen Modus aufrecht erhalten (§ 123. s. t.).

Auf der andern Seite darf der Modus nicht mit solchen Erklärungen verwechselt werden, die gar nicht die Absicht einer rechtlichen Verpflichtung in sich schließen. Wird also ein Legat oder eine Schenkung gegeben mit der Erklärung, daß der Empfänger davon ein Haus zu bauen, oder ein Landgut zu kaufen habe, so gilt dieses gewöhnlich als bloßer Ausdruck eines Rathes oder Wunsches, auch wohl bloß um die Veranlassung der Gabe zu bezeichnen; eine Verpflichtung ist dann nur unter solchen Umständen anzunehmen, welche die darauf gerichtete Absicht besonders wahrscheinlich machen (l).

L. 71 § 1 *de cond.* (35. 1.), L. 2 § 7 *de don.* (39. 5.), L. 44 *de man. test.* (40. 4.).

(i) L. 44 *de man. test.* (40. 4.), L. 80 *de cond.* (35. 1.). Die Schwierigkeit dieser letzten Stelle ist doch wohl am sichersten durch Wegstreichen des *non* zu beseitigen, welches nach dem Zeugniß

der Glosse auch schon in alten Handschriften fehlte. Die Erklärung von RÜCKER *interpr.* II. 3 ist nicht haltbar.

(k) L. 9 *de R. J.* (50. 17.).

(l) L. 13 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.), L. 71 *pr. de cond.* (35. 1.), L. 2 § 7 *de don.* (39. 5.).

## §. 129.

## III. Willenserklärungen. — Modus. (Fortsetzung.)

Es ist nunmehr anzugeben, durch welche Mittel der in dem Modus enthaltene Wille eines Gebers zur Ausführung gebracht wird.

1) Ist ein einziger Erbe eingesetzt, und diesem der Modus auferlegt, so kann von einer Obligation nicht die Rede seyn, weil ihm kein Creditor gegenüber steht. Hier übernimmt die Obrigkeit den Zwang gegen den Erben, theils durch außerordentliche Zwangsmittel, theils indem dem Erben, wenn er Klagen aus der Erbschaft anstellen will, dieselben einstweilen verweigert werden. Sind mehrere Erben eingesetzt, so kann Jeder den Andern durch die *actio familiae herciscundae* zur Erfüllung des Modus anhalten (a).

2) Ist der Modus einem Legatar oder Fideicommissar vorgeschrieben, so nimmt die Verpflichtung die Gestalt einer Obligation an, indem nun der Erbe die Stelle des Verstorbenen vertritt, und für die Ausführung des Willens zu sorgen hat. Dieses geschieht regelmäßig dadurch, daß die Entrichtung des Legats so lange, vermittelst einer *doli exceptio*, verweigert wird, bis der Legatar für die Erfüllung des Modus Cautio gestellt hat (b). Ist der Legatar

(a) *L. 7 de ann. leg.* (33. 1.) § 6 *de cond. inst.* (28. 7.) (f. v. „*interventu judicis*,” *L. 50 § 1 de her. pet.* (5. 3.) „*principali aut pontificali auctoritate*,” *L. 8* § 123. s. t.), *L. 1 § 3 ubi pup.* (27. 2.).  
 (b) *L. 40 § 5, L. 71 pr. § 1. 2,*

durch Zufall bereits in den Besitz des Legats gekommen, so kann es der Erbe zurück fordern, um dann jene Caution zu erzwingen (c). Ein eigenes Interesse an der Erfüllung braucht der Erbe nicht nachzuweisen, der Wille des Erblassers ist als sein wohlbegründetes Interesse zu betrachten (d).

Außerdem kann aber auch dem Legatar gegenüber ein obrigkeitlicher Zwang eintreten, unabhängig von dem erwähnten Rechte des Erben (e).

3) Bey der testamentarischen Freylassung erfolgt die Freyheit von selbst, so daß also hier ein Zwang durch verweigerete Klage nicht möglich ist. Daher wurde hier die Erfüllung des Modus durch die Obrigkeit unmittelbar erzwingen (f).

4) Bezieht sich der Modus auf eine Schenkung, so ist der Zwang zur Erfüllung so eigenthümlicher Art, daß er nur im Zusammenhang mit dem ganzen Recht der Schenkung dargestellt werden kann (§ 175).

Ferner kann auch in allen oben genannten Fällen der

L. 80 *de cond.* (35. 1.), L. 48 *de fid. lib.* (40. 5.). — Der bey dem Erben, wie bey dem Legatar, öfter vorkommende Ausdruck *denegantur actiones* geht sowohl auf die officiële Verweigerung von Seiten des Richters (bey dem Erben), als auf die durch des Gegners Widerspruch veranlaßte (bey dem Legatar).

(c) L. 21 § 3 *de ann. leg.*

(33. 1.), L. 17 *de usu leg.* (33. 2.), L. 25 *C. de leg.* (6. 37.).

(d) L. 19 *de leg* 3 (32 un.).

(e) L. 92 *de cond.* (35. 1.) „*ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est.*“ Vgl. über den in dieser Stelle vorkommenden Fall auch L. 15 *C. de fideic.* (6. 42.).

(f) L. 44 *de man. test.* (40. 4.),

„*officio judicis.*“ L. 17 § 2 *cod.*

Testator selbst den Modus dadurch mehr sichern, daß er dem Verpflichteten, der ihn nicht erfüllt, eine Strafe an eine öffentliche Kasse androht (g).

Überall aber ist der Modus ähnlichen Beschränkungen unterworfen, wie die Bedingung. Geht er also auf etwas Unmögliches oder Thörichtes, so wird die Erfüllung desselben nicht verlangt (h).

Ist die Erfüllung des Modus auf irgend eine Weise unmöglich, so fällt die Verpflichtung zu demselben hinweg, ohne daß die Erbschaft oder das Legat selbst, woran er geknüpft war, darunter leidet (i); darin besonders liegt eine wichtige Verschiedenheit von der Bedingung. — Ist die Erfüllung des Modus nicht ganz, sondern nur theilweise, unmöglich oder durch sittliche Gründe verhindert, so wird der mögliche Theil dennoch aufrecht erhalten (k).

(g) *L. 6 pr. L. 27 de cond. (35. 1.)*. Die Strafe wird von der dieser Kasse vorgesezten öffentlichen Behörde eingetrieben; bey uns also von der Armenverwaltung, wenn etwa die Strafe an die Armenkasse im Testament gewiesen ist. Dieser Fall ist wesentlich verschieden von dem *legatum poenae nomine*, und das Verbot dieses letztern bezog sich auf jenen Fall niemals.

(h) *L. 7 de ann. leg. (33. 1.)*, *L. 113 § 5 de leg. 1 (30. un.)*. — Die amtliche Einwirkung höherer Gewalten, z. B. des Kaisers oder der pontifices (Note a. e) bezog sich nicht auf den Schutz

des Modus überhaupt, der dazu nicht wichtig genug war, sondern auf den besonderen Inhalt desselben, wenn er etwa auf die Errichtung eines Grabmals gieng, oder auf die Emancipation von Kindern; von diesen Fällen ist in den angeführten Stellen die Rede.

(i) *L. 8 § 7 de cond. inst. (28. 7.)*, *L. 1 C. de his quae sub modo (6. 45.)*. Dadurch sind die bey Bedingungen vorkommende Fälle fingirter Erfüllung (§ 119) von selbst absehbirt.

(k) *L. 6 pr. L. 27, L. 37 de cond. (35. 1.)*, *L. 16 de usu et usufr. (33. 2.)*.

Besonders merkwürdig ist derjenige Modus, welcher in einer Leistung des Erben oder des Legatars an eine dritte Person besteht (l). Diesen konnte der Testator, besonders seit Einführung der Fideicommissse, dadurch unmittelbar sichern, wenn er dem Dritten, durch die Form eines Legats oder Fideicommisses, ein Klagerrecht auf Erfüllung verschafft hätte. Dennoch behandelte man es lange Zeit nicht also, sondern ließ nur die oben erwähnten indirecten Zwangsmittel eintreten, anstatt dem Dritten, was das Einfachste war, ein Klagerrecht zu gestatten. Der Grund davon lag ohne Zweifel bloß in der von dem Testator gerade gebrauchten Formel, und es war gewiß fast immer nicht die Absicht des Testators, sondern ein Formfehler, weshalb der Wille nur unvollkommen und minder sicheren Schutz erhielt (m). Diese Schwierigkeit überwand zuerst K. Severus zum Vortheil der Freyheit, indem er den auf Manumission gerichteten Modus als eine fideicommissarische

(l) Ein solcher kommt mitten unter anderen Arten des Modus, als ihnen völlig gleichartig vor in L. 17 § 4 *de cond.* (35. 1.).

(m) Nämlich das Legat hätte so lauten müssen: *do lego, oder damnas esto, das Fideicommiss: fidei committo, rogo, peto, volo* (GAJUS II. 249). War keine dieser Formeln gebraucht, sondern die auferlegte Leistung bloß mit *ut* eingeleitet, so war es ein bloßer Modus, und der Dritte hatte keine Klage. Diese Ansicht ist

deutlich ausgesprochen in L. 92 *de cond.* (35. 1.), L. 3 § 5. 6 *de leg. praest.* (37. 5.), L. 8 § 5 *de transact.* (2. 15.). — Die Sache ist sehr merkwürdig; die Fideicommissse waren eingeführt als Befreyung von der förmlichen Strenge des alten Civilrechts. Die Römer waren aber so an den Formalismus gewöhnt, daß ihnen auch die Fideicommissse wieder zu einer einengenden Form wurden, zu deren Beseitigung eine neue Anstrengung nöthig war.

Freylassung behandelte, und also durch die Fideicommissklage des Sklaven schützte. R. Gordian that den letzten Schritt, indem er dasselbe Recht auf den in einem Geben bestehenden Modus anwandte (n). Seitdem kann nun von einem Modus, der in einer Leistung an dritte Personen besteht, gar nicht mehr die Rede seyn. Denn ein solcher ist nun, ohne Rücksicht auf die gewählten Ausdrücke, als wahres Legat oder Fideicommiss zu behandeln, und bedarf eines indirecten Schutzes nicht mehr, da der Dritte stets eine Klage auf die Entrichtung hat.

## §. 130.

## III. Willenserklärungen. — Erklärung. Förmliche.

Die Grundlage jeder Willenserklärung ist das Daseyn des Wollens, welches bisher betrachtet worden ist; unsere Betrachtung muß nun weiter fortschreiten zu der Offenbarung desselben, wodurch das innere Ereigniß des Wollens in die sichtbare Welt als Erscheinung eintritt; das heißt, wir haben die Erklärung des Willens zu betrachten (§ 104. 114). Diese nun schließt folgende wichtige Gegensätze in sich. Sie kann förmlich oder formlos seyn; ausdrücklich oder stillschweigend; wirklich vorhanden, oder fin-

(n) *L. 2 C. de his q. sub modo* (6. 45). — Aus dieser Entwicklung des Rechts erklärt es sich zugleich, warum die *L. 48 de fid. lib.* (40. 5.), die bloß vom Fall eines

Modus handelt, in diesen Digestentitel gesetzt worden ist. Vgl. *CUSACII obs. XIV. 25*, und *opp. IX. 857*.

288 Buch II. Rechtsverhältnisse. Kap. III. Entstehung und Untergang.  
girt, das heißt vermöge einer Rechtsregel als vorhanden  
anzusehen.

Förmliche Willenserklärungen sind diejenigen, deren  
Wirksamkeit durch die Beobachtung einer positiv vorge-  
schriebenen Handlungsweise bedingt ist, die allein als Aus-  
druck dieses Willens gelten soll; wir nennen sie vorzugs-  
weise förmlich, weil in ihnen die Form durch positive  
Rechtsregeln als nothwendig bestimmt ist, anstatt daß sie  
bey den formlosen der freyen Willkühr der Handelnden über-  
lassen bleibt. Diese förmlichen Willenserklärungen nehmen  
vorzüglich im älteren Römischen Recht eine wichtige Stelle  
ein, und zwar in der besondern Gestalt feyerlicher Hand-  
lungen, wodurch der eigenthümliche Sinn eines jeden Rechts-  
verhältnisses symbolisch dargestellt, und so auf sinnliche Weise  
für die Bethelligten und für Andere zur Anschauung ge-  
bracht wird. In dieser Art die Rechtsgeschäfte zu behan-  
deln zeigt sich zunächst ein im Recht thätiger Kunstsin (a);  
allein neben dieser ästhetischen Seite der symbolischen Hand-  
lungen darf auch die praktische nicht übersehen werden.  
Nichts ist geeigneter, als eine solche symbolische Form, um  
in dem Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit  
zu wecken, der für alle ernstern Geschäfte so wünschenswerth  
ist. Ferner kommt ein Entschluß über wichtige Dinge sel-  
ten mit einemmal zur Reife; es pflegt ihm ein Zustand  
der Unentschiedenheit vorherzugehen, worin die Übergänge

(a) J. Grimm von der Poe- schichtliche Rechtswissenschaft B. 2  
sie im Recht, Zeitschrift für ge- Num. II.

allmählig und unmerklich sind, und dessen Unterscheidung von dem vollendeten Willen eben so schwierig seyn kann, als sie für den später urtheilenden Richter unentbehrlich ist. Jene symbolische Form nun dient als untrügliches Kennzeichen des reifen Entschlusses. Dazu kommen, als untergeordnete Vortheile, die Sicherung des Beweises für den Fall eines künftigen Rechtsstreites, so wie die Öffentlichkeit, die das neue Rechtsverhältniß durch die symbolische Form erhält, und die in vielen Fällen wünschenswerth und wichtig seyn kann. Nicht als ob Römische Gesetzgeber (wie etwa der Alles ordnende Romulus) durch die Erwägung dieser Vortheile bewogen worden wären, die symbolischen Handlungen willkürlich zu erfinden und vorzuschreiben. Wollte ein Gesetzgeber dieses versuchen, so würde er doch nur die ungeschickte Darstellung eines Schauspiels erzwingen, und jene Vortheile würden ihm unter den Händen meist verschwinden, da sie gerade davon abhängen, daß der Handelnde selbst von dem Werth und der Bedeutung der Handlung durchdrungen ist. Vielmehr entstehen solche Formen durch den einer Nation inwohnenden bewußtlosen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der oben beschriebenen heilsamen Folgen wirksam ist.

Auch würde es ein großer Irrthum seyn, wenn man das Daseyn solcher symbolischen Handlungen ausschließend im Römischen Recht anerkennen wollte. Dieselben zeigen sich vielmehr bey den verschiedensten Völkerstämmen, und besonders im alten germanischen Recht nehmen sie eine

sehr wichtige Stelle ein (b). Den Römern eigen ist der besondere Beruf, das Recht überhaupt, vorzugsweise vor anderen Nationen, zu einem hohen Grad der Vollenbung zu bringen. Wie sich dieses in der späteren wissenschaftlichen Ausbildung unverkennbar zeigt, so auch in den, einem früheren Zeitalter angehörenden, symbolischen Handlungen; sie erscheinen bey ihnen ausgebildeter und fester, als bey anderen Völkern, und sie erhalten sich weit länger in gleichförmig fortdauernder Gestalt.

Die Entstehung der symbolischen Rechtsformen fällt überall in diejenige Entwicklungsstufe, in welcher die Phantasie vor anderen Geisteskräften mächtig ist. In demselben Maaße, als der reflectirende Verstand seine Oberherrschaft ausbreitet, müssen jene Formen erst lästig erscheinen, dann verkümmern und absterben. So war es auch im Römischen Recht, und in dessen neuester Gestalt sind nur noch geringe Überreste vorhanden, von welchen wiederum nur Weniges, fast nur als Erinnerung an längst verschwundene Zeitalter, in das heutige Europa herüber gekommen ist. — Wo aber diese wichtige Veränderung in dem Recht vorgeht, da werden meist andere Formen, durch willkürliche Vorschrift der Gesetzgeber, an die Stelle treten. Dazü gehört die schriftliche Abfassung der Rechtsgeschäfte, und, in höherer Stufe, die Abfassung vor Gericht, vor Notarien, vor Hypothekenbehörden. Die wichtigste und häufigste unter diesen neueren Formen war bey den Röm-

(b) J. Grimm in der angeführten Abhandlung.

mern die gerichtliche Insinuation. Sie bestand darin, daß ein Rechtsgeschäft vor einer städtischen Curie, oder auch vor der Kanzley (officium) des Statthalters einer Provinz abgeschlossen, und in das Gerichtsprotokoll (Acta, Gesta) wörtlich eingetragen wurde, wovon man dann den Be-theiligten, so oft es nöthig war, beglaubigte Abschriften mittheilte. Es geschah oft ganz willkürlich, bloß um einer Handlung mehr Feyerlichkeit oder sicherern Beweis zu geben. Dann wurde es auch bey einigen Handlungen als besondere Form erfordert, namentlich bey Schenkungen, bey der Abfassung von Testamenten, so wie bey der Eröffnung derselben (c).

Solche willkürlich eingeführte Formen gewähren gleichfalls die oben dargestellten praktischen Vortheile, nur mit dem Unterschied, daß die untergeordneten Folgen der symbolischen Handlungen (die Sicherung des Beweises und die Publicität) hier mehr in den Vordergrund treten, während die inneren und wesentlichen Vortheile, die bey den symbolischen Handlungen mit ihrer lebendigen Anschaulichkeit zusammenhängen, hier weniger erreicht werden können, wo die Form nur als ein äußeres Gebot erscheint, dem man sich unvermeidlich fügen muß. In dieser Zusammenstellung übrigens soll nur eine Anerkennung des eigenthümlichen Characters verschiedener Zeitalter liegen, der sich in dem Recht wie in anderen Seiten des Völklerlebens offenbart. Das eine auf Kosten des andern erheben zu wollen,

(c) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 1 § 27—29.

wäre ein nichtiges Bemühen; jedes hat sein Gutes zu genießen, seine Mängel aber zu tragen, oder, wenn es vermag, minder fühlbar zu machen. Am wenigsten kann es die Absicht seyn, die Gesetzgeber zu tadeln, welche durch Einführung neuer Formen dem praktischen Bedürfnis da entgegen kommen, wo die Sinnesart verschwunden ist, in welcher allein die symbolischen Handlungen entstehen, und ein lebendiges Daseyn fortführen können.

## §. 131.

## III. Willenserklärungen. — Erklärung. Ausdrückliche oder stillschweigende.

Die Erklärung kann ferner entweder eine ausdrückliche, oder eine stillschweigende seyn. Der Wille selbst nämlich, als eine innere Thatsache, kann nur mittelbar, durch eine sinnlich wahrnehmbare Thatsache, erkannt werden. Dieses Mittel der Erkenntniß kann nun von zweyerley Art seyn. Gewöhnlich hat es nur allein die Bestimmung, als Kennzeichen des Willens zu dienen; nicht selten aber hat es zunächst eine andere, selbstständige Bestimmung, jedoch so daß es daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schließt. Im ersten Fall heißt die Willenserklärung ausdrücklich, im zweyten stillschweigend (a).

(a) Neuerlich hat man die üblicher und daher bekannter. Benennungen unmittelbarer und mittelbarer Willenserklärungen vorgeschlagen; ich ziehe die im Text gebrauchten vor, theils als anschaulicher, theils als genauer wäre es allerdings, diejenige die wir stillschweigend zu nennen pflegen, als Einwilligung durch Handlungen zu bezeichnen, weil der Ausdruck

Das Mittel der ausdrücklichen Erklärung kann bestehen in mündlicher Rede, in schriftlicher Rede (b), oder auch in bloßen Geberden; so z. B. wenn derjenige, welchem ein bestimmter Vertrag angeboten wird, durch bloßes Zucken seine Einwilligung ausdrückt (c): oder wenn der Gegenstand des Vertrags durch Hindeuten mit der Hand bezeichnet wird (d). Nur wird nicht leicht ein ganzes Rechtsgeschäft durch bloße Geberden zu Stande kommen, vielmehr wird dann die Erklärung meist aus Worten und Geberden gemischt seyn (e). — Die schriftliche Willenser-

stillschweigend zu einer Verwechslung dieses Falles mit dem des bloßen Schweigens (§ 132) verleiten kann; die Bezeichnung wäre aber wörtlich unbehüllicher, und jene Verwechslung wird durch das Herkömmliche des hier beibehaltenen Sprachgebrauchs abgewendet. — Für ungenau halte ich es, den Unterschied beider Arten davon abhängig zu machen, ob der Wille aus einer äußeren Thatsache mit oder ohne Schlussfolgerungen erkannt werden könne (Söfken Vorlesungen I. S. 274). Wenn eine undeutlich gefaßte Vertragsurkunde nur durch künstliche Auslegung, wozu gewiß auch Schlüsse nöthig sind, verstanden werden kann, so ist sie darum nicht weniger eine ausdrückliche Willenserklärung. Auch darin kann, streng genommen, der Unterschied nicht gesetzt werden, daß bey der einen Art durch Worte, bey der anderen ohne

Worte, der Wille erklärt werde; denn es kann auch eine stillschweigende Erklärung in bloßen Worten enthalten seyn, wenn diese Worte zunächst einen andern Zweck haben, als zum Ausdruck gerade dieses Willens zu dienen; davon werden sogleich Beispiele unter den stillschweigenden Erklärungen vorkommen. Vgl. die Stellen in den Noten q. r. t.

(b) Beide stehen einander ganz gleich, natürlich mit Ausnahme der förmlichen Rechtsgeschäfte. *L. 38 de O. et A. (41. 7.)* „... placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.“

(c) *L. 21 pr. de leg. 3 (32. un.)*, *L. 1 § 3 de adsign. lib. (38. 4.)*, *L. 52 § 10 de O. et A. (44. 7.)*, *L. 17 de nov. (46. 2.)*.

(d) *L. 6 de reb. cred. (12. 1.)*, *L. 58 pr. de her. inst. (28. 5.)*.

(e) Vgl. die Stellen in Note d.

Klärung wird seit dem Mittelalter hauptsächlich durch die eigenhändige Unterschrift des eigenen Namens unter irgend eine, von dem Unterschreibenden oder einem Anderen herührende Schrift bewirkt, wodurch er den Inhalt dieser Schrift für seinen Gedanken und Willen erklärt. Wir sind an diese Form, in Briefen, wie in Urkunden über Rechtsgeschäfte, so gewöhnt, daß gewiß Viele glauben, sie verstehe sich von selbst, und es könne darin gar nicht anders seyn; den Römern aber war diese Form fremd, und sie ist bey ihnen erst spät und in sehr beschränkten Anwendungen eingeführt worden.

Die in Worten enthaltene ausdrückliche Willenserklärung ist, eben so wie die Gesetzgebung, einer Auslegung empfänglich, und oft bedürftig (f). Die allgemeinsten Principien der Gesetzauslegung (§ 32—37) kommen auch hier insofern zur Anwendung, als in beiden Fällen der Zweck nur darauf gerichtet seyn kann, den in dem todtten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unsrer Betrachtung wieder entstehen zu lassen. Auch darin kommen beide Fälle überein, daß die Römischen Juristen für die Behandlung derselben zwar eine Fülle belehrender Bey-

(f) Ein Unterschied zwischen beiden liegt allerdings darin, daß das Gesetz als einzelnes Element des in dem positiven Recht enthaltenen großen Ganzen weit allgemeiner Gegenstand einer kunstmäßigen Behandlung seyn kann und muß, als das völlig verein-

zelt stehende Rechtsgeschäft. Von diesem kann man daher mit mehr Wahrheit sagen, als von dem Gesetz, daß es nur unter Voraussetzung der Dunkelheit, also eines zufälligen und mangelhaften Zustandes, der Auslegung bedarf (vgl. § 50).

spiele, daneben aber sehr unzureichende und nur mit Vorsicht anzuwendende allgemeine Regeln aufgestellt haben. Hier in das Einzelne dieser Regeln einzugehen, würde nicht rätzlich seyn, da sie mit der Eigenthümlichkeit der Verträge und der Testamente dergestalt in Verbindung stehen, daß sie nur im Zusammenhang des Obligationenrechts und des Erbrechts zweckmäßig dargestellt werden können.

Die stillschweigende Erklärung des Willens besteht in solchen Handlungen, die zwar selbstständige Zwecke haben, zugleich aber als Mittel für die Erkenntniß des Willens dienen. Sollen sie dafür gelten, so muß ein sicherer Schluß möglich seyn von der vorgenommenen Handlung auf das Daseyn des Willens (g). Die Annahme einer stillschweigenden Erklärung beruht also stets auf einer wirklichen Beurtheilung der einzelnen Handlung, mit Rücksicht auf alle Umstände, von welchen sie begleitet ist, und diese Beurtheilung nimmt hier dieselbe Stelle ein, wie bey der ausdrücklichen die Auslegung der gebrauchten Worte. Nicht selten wird die Handlung für sich allein gar nicht als Willenserklärung gelten können, sondern es wird dazu der positiven Mitwirkung äußerer Umstände bedürfen; aber auch wo aus ihr allein ein Schluß auf den Willen in der Regel wohlbegründet seyn mag, kann derselbe dennoch durch entgegenwirkende Umstände entkräftet werden. Diese

(g) Die Neueren drücken das so aus: es müssen *facta concludentia* seyn.

werden oft ganz individueller Natur seyn, also lediglich in dem besondern Hergang eben dieser einzelnen Handlung liegen; sie können aber auch einen allgemeineren Charakter an sich tragen, so daß sie sich auf gemeinsame Regeln zurückführen lassen. So wird die Wirksamkeit einer Handlung als stillschweigender Willenserklärung vor Allem entkräftet durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, welche Protestation oder Reservation genannt wird (h). Ferner wenn die Handlung eine erzwungene ist, weil nun der Handelnde nicht die Absicht gehabt hat, seinen Willen auszudrücken, sondern sich nur dem gedrohten Übel entziehen wollte. Endlich auch wenn die Handlung auf einem solchen Irrthum beruht, daß sie um feinetwillen nicht als Ausdruck jenes Willens gelten kann (i).

Alle diese Regeln werden durch folgende in unsren Rechtsquellen vorkommende Anwendungen anschaulich werden.

Wenn der Gläubiger seinem Schuldner den Schuldschein einhändigt (k), so kann diese Handlung nach Umständen ganz verschiedene Bedeutungen haben. Sie kann

(h) Protestation ist der allgemeinere Ausdruck; Reservation wird von dem besonderen Fall gebraucht, worin wir uns gegen die Annahme der stillschweigenden Verzichtung auf ein Recht durch ausdrückliche Gegenerklärung verwahren.

(i) Vgl. Beylage VIII. Num. XII., worin dieses Hinderniß stillschweigender Willenserklärung

ausführlich dargestellt, und zugleich in gehörige Gränzen eingeschlossen ist.

(k) Ist der Schuldner auf andere Weise, als durch des Gläubigers Willen, in Besitz des Schuldscheins gekommen, so entsteht dadurch gar keine dem Gläubiger nachtheilige Vermuthung. L. 15 C. de sol. (8. 43.).

gelten als stillschweigender Erlaß der Schuld (l), besonders wenn etwa der Schuldner vorher um Erlaß gebeten hatte; sie kann die Zahlung der Schuld wahrscheinlich machen, wenn auch nicht vollständig beweisen (m); sie kann aber auch zu ganz anderen Zwecken geschehen seyn; z. B. weil der Schuldner Abschrift davon zu nehmen wünschte. — Auf ähnliche Weise wird das Durchstreichen des Schuldscheins, nach Umständen, bald als Beweis der Zahlung (n), bald als stillschweigender Erlaß gelten können. — Wenn derjenige, dem eine Erbschaft angefallen ist, Geschäfte, die zu derselben gehören besorgt, so liegt in dieser pro herede gestio in der Regel eine stillschweigende Antretung der Erbschaft (o). Es kann aber diese Deutung einer solchen Handlung ausgeschlossen werden, theils durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, theils durch Irrthum, theils durch erweisliche andere Absichten (p). — Die freywillige Einlassung vor einem incompetenten Richter gilt als stillschweigende Prorogation; jedoch wird durch Irrthum über die Gerichtsbarkeit diese Wirkung der Einlassung ausgeschlossen (q). — Wer den Prozeß, den ein Anderer ohne Auftrag für ihn führte, selbst fortführt, genehmigt dadurch

(l) L. 2 § 1 *de pactis* (2. 14.),  
L. 7 *C. de remiss. pign.* (8. 26.).

(m) L. 14 *C. de sol.* (8. 43.)  
In diesem Fall liegt in der Rückgabe des Scheins ein Anerkennung der empfangenen Zahlung, oder eine stillschweigende Quittung.

(n) L. 24 *de prob.* (22. 3.).

(o) § 7 *J. de her. qual.* (2. 19.), L. 20 *pr. § 1 de adq. her.* (29. 2.), GAJUS II. § 166, 167, ULPIAN. XXII. § 25. 26.

(p) L. 20 *pr. § 1 de adq. her.* (29. 2.), L. 14 § 7. 8 *de relig.* (11. 7.).

(q) L. 1 L. 2 *pr. de jud.* (5. 1.), L. 15 *de jurid.* (2. 1.).

die von dem Andern bisher vorgenommenen Prozeßhandlungen (r). — Wenn ein Gläubiger für einen künftigen Zeitraum Zinsen annimmt, so liegt darin das stillschweigende Versprechen, bis zum Ablauf dieses Zeitraums das Kapital nicht einzufordern (s). — Wenn Jemand eine fremde Sache verpfändet, der Eigenthümer aber die Pfandurkunde unterschreibt, so liegt darin eine stillschweigende Einwilligung in die Verpfändung (t). — Wenn ein Miterbe alle Grundstücke der Erbschaft verkauft, die übrigen Miterben aber nicht nur gegenwärtig sind ohne zu widersprechen, sondern auch ihren Theil am Kaufgeld in Empfang nehmen, so sind sie als stillschweigende Verkäufer ihres Antheils zu betrachten (u).

§. 132.

III. Willenserklärungen. — Erklärung. Durch bloßes Schweigen.

Das bloße Stillschweigen zu den Handlungen, oder auf die Frage eines Anderen, kann in der Regel nicht als Einwilligung oder Zugeständniß betrachtet werden (a). Trägt

(r) *L. 5 ratam rem.* (46. 8.).

(s) *L. 57 pr. de pactis* (2. 14.).

(t) *L. 26 §1 de pign.* (20. 1.).

(u) *L. 12 de evict.* (21. 2.).

(a) *L. 142 de R. J.* (50. 17.)

„Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.“ — Wenn also *C. 43 de R. J. in VI.* sagt: Qui tacet, consentire videtur, so kann das

nicht als Regel gelten, sondern darf vielmehr nur auf die hier nachfolgenden Ausnahmen bezogen werden. An eine Abänderung des *R. R.* durch das canonische ist bey einer so abstracten Regel ohnehin nicht zu denken; zum Überflusß aber ist die angeführte Stelle des *R. R.* als *C. 44 de R. J. in VI.* unmittelbar hinter

mir also ein Anderer einen Vertrag an, und erklärt, daß er mein Schweigen als Einwilligung betrachten werde, so bindet mich dieses dennoch nicht, da Jener kein Recht hat, mich, wenn ich nicht einwillige, zu einem positiven Widerspruch zu nöthigen. — Von diesem Standpunkt aus sind denn auch die wichtigen Ausnahmen jener Regel zu betrachten, welche nunmehr zusammengestellt werden sollen. Sie gründen sich stets auf eine vorausgesetzte Pflicht, sich zu erklären, mag nun diese in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses ihren Grund haben (besonders bey Familienverhältnissen), oder in dem natürlichen Anspruch des Anderen auf Ehrfurcht, oder in dem Zusammenhang des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen. Alle diese Ausnahmen haben eine ganz positive Natur, und es ist unzulässig, sie durch Aufnahme anderer, ähnlicher Fälle vermehren zu wollen. In einigen derselben wird die Auslegung des Schweigens als einer Einwilligung sogar auf den Fall des unmöglichen Wollens ausgedehnt; diese Ausdehnung aber trägt vielmehr die Natur einer fingirten Einwilligung an sich.

Wenn der Vater seine Tochter verlobt, so gilt das bloße Schweigen der Tochter als Einwilligung. Eben so, wenn die Tochter sich selbst verlobt, das Schweigen des Vaters (b). — Die Adoption im engern Sinne wird gültig schon durch das bloße Schweigen des Adoptir-

jene bedenklich lautende Stelle  
gesetzt worden.

(b) *L. 12 pr. de sponsal.* (23.  
1.). — *L. 7 § 1 eod.*

ten (c). Eben so verhält es sich auch mit der Emancipation (d). — Wenn ein Vormund eine anwesende Person als Bürgen benennt, und dieser ohne zu widersprechen die Eintragung in das Gerichtsprotokoll geschehen läßt, so ist er dadurch wirklich Bürge geworden (e). — Die Ehe eines in väterlicher Gewalt stehenden Kindes wird nur durch des Vaters Einwilligung gültig; als Einwilligung aber gilt das bloße Stillschweigen des Vaters, wenn diesem die Ehe bekannt ist (f). — Der Vater, welcher die Ernennung seines Sohnes zum Decurio einer Stadt weiß, und dazu schweigt, wird als einwilligend betrachtet (g). — Wenn eine geschiedene Frau dem Manne ihre Schwangerschaft anzeigt, so gilt dessen Schweigen als Anerkennung

(c) *L. 5 de adopt.* (1. 7.). Darum ist die Adoption eines Kindes (Infans) möglich, welches zwar nicht widerspricht, aber auch unfähig ist zum Wollen wie zum Widersprechen; hier ist also die Einwilligung fingirt.

(d) Daß hier dasselbe gilt, wie in dem vorhergehenden Fall, ergibt sich aus *L. 5 in f. C. de emanc.* (8. 49), verglichen mit PAULUS II. 25 § 5.

(e) *L. 4 § 3 de fidej. et nomin.* (27. 7.).

(f) Ursprünglich war bey dem Sohn ein ausdrücklicher, und zwar vorhergehender, Consens des Vaters nöthig. *pr. J. de nupt.* (1. 10); bey der Tochter ließ man auch schon früher das bloße

Stillschweigen des Vaters zu. *L. 25 C. de nupt.* (5. 4). Aber auch bey dem Sohn wurde in einzelnen Fällen durch kaiserliche Rescripte das Schweigen für genügend erklärt. *L. 5 C. de nupt.* (5. 4.). Durch die Aufnahme eines solchen Rescripts in den Codex ist nun dieser, ohnehin der neueren Begünstigung der Ehe angemessene, Satz zur allgemeinen Regel erhoben. Die oben aus den Institutionen angeführte Vorschrift des vorhergehenden Consenses ist daher Ausdruck der strengen älteren Regel, und nur aus Versehen aus dem Werk eines alten Juristen in die Compilation aufgenommen.

(g) *L. 2 pr. ad munic.* (50. 1.), *L. 1 C. de filisfam.* (10. 60.).

des Kindes (h). — Wird die Ehe einer *familia* aufgelöst, so kann der Vater nur mit Einwilligung der Tochter auf Rückgabe der *Dos* klagen; jedoch gilt ihr Stillschweigen als Einwilligung (i). — Wenn der Erbe, der durch Testament zur Restitution der Erbschaft verpflichtet ist, die einseitige Besitzergreifung des Fideicommissars weiß und dazu schweigt, so gilt dieses als Restitution (k). — Das Schweigen des Vaters zu einem Gelddarlehen, welches sein Sohn aufnimmt, gilt als Einwilligung (l). — Eben so das Schweigen des Vaters oder Herrn, wenn der Sohn oder Sklave mit dem *Peculium* Handelsgeschäfte treibt; hier hat die Einwilligung die Folge, daß sich der Vater die für ihn ungünstigere *tributoria actio* gefallen lassen muß (m). — Der Vermiether, der den Miether nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache stillschweigend fortsetzen läßt, hat damit den Miethcontract verlängert (n). — Wenn ohne Auftrag des Schuldners Bürgschaft geleistet wird, der Schuldner aber dazu wissentlich schweigt, so gilt dieses als Mandat (o). — Das Urtheil eines Schiedsrichters

(h) *L. 1 § 4 de agnosc.* (25. 3.).

(i) *L. 2 § 2 sol. matr.* (24. 3.).  
Dieses nun wird dahin ausge-  
dehnt, daß der Vater ohne Ein-  
willigung klagen kann, wenn die  
Tochter wahnsinnig, also zum  
Widerspruch unfähig ist; hier ist  
der Consens wiederum ein fin-  
girter.

(k) *L. 37 pr. ad Sc. Treb.*  
(36. 1.).

(l) *L. 12. 16 ad Sc. Maced.*  
(14. 6.).

(m) *L. 1 § 3 de tribut. act.*  
(11. 4.).

(n) *L. 13 § 11 locati* (19. 2.).  
Von Seiten des Miethers ge-  
schieht dieses nicht durch bloßes  
Schweigen, da die Fortsetzung  
des Gebrauchs eine positive Hand-  
lung ist.

(o) *L. 6 § 2 mandati* (17. 1.),  
*L. 60 de R. J.* (50. 17.).

verpflichtet die Parteyen zur Erfüllung des Inhalts nur wenn sie einwilligen; wenn sie jedoch zehen Tage lang nicht widersprechen, so gilt ihr Schweigen als Einwilligung (p). — Wenn eine Anlage auf einem Grundstück dem Nachbar die Gefahr einer Beschädigung durch Regenwasser zuzieht, dieser aber dazu wissentlich schweigt, so willigt er ein durch dieses bloße Schweigen (q).

In diesen ausgenommenen Fällen wird das bloße Stillschweigen als Kennzeichen des wirklich vorhandenen Willens angesehen, gerade so wie bey der gewöhnlichen stillschweigenden Willenserklärung (§ 131) die positive Handlung. Daher muß auch, aus ähnlichen Gründen wie bey dieser, eine solche Wirkung des Schweigens oft ausgeschlossen werden. Dieses ist zu behaupten, wenn aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles andere Beweggründe des Schweigens hervorgehen; ferner wenn der Schweigende durch Zwang oder durch Irrthum zum Schweigen bestimmt worden ist. Dagegen würde eine Protestation in diesen Fällen gar nicht denkbar seyn, indem diese stets in einer ausdrücklichen Erklärung besteht, durch eine solche aber der Fall des bloßen Stillschweigens gänzlich ausgeschlossen wird.

(p) *L. 5 pr. C. de receptis arb.* (2. 56.).

(q) *L. 19 de aqua pluvia* (39. 3.).

## §. 133.

## III. Willenserklärungen. — Erklärung. Fingirte.

Alle bisher dargestellten Fälle der Willenserklärung kommen darin überein, daß wir den durch sie offenbarten Willen als eine wirklich vorhandene Thatsache annehmen, wie verschieden auch unsere Beweggründe zu dieser Annahme seyn mögen. Daneben aber giebt es auch wichtige Fälle, welchen eine positive Rechtsregel die Kraft einer Willenserklärung beylegt, ohne daß deshalb der Wille als Thatsache behauptet werden kann; ich bezeichne diese als fingirte Erklärung. Allerdings liegt bey mehreren Fällen dieser Art eine allgemeine Wahrscheinlichkeit des Willens zum Grunde, den man daher einen vermutheten oder präsumtiven nennen könnte; allein in anderen Fällen läßt sich auch diese Wahrscheinlichkeit nicht behaupten, die Gränze zwischen jenen und diesen ist schwankend, und in jedem Fall die Unterscheidung derselben unfruchtbar (a). Die gänzliche Verschiedenheit von der stillschweigenden Willenserklärung, die stets eine wirkliche ist, zeigt sich

(a) Es wäre den Worten nicht unangemessen, diesen Unterschied durch die Ausdrücke *praesumptus* und *fictus* zu bezeichnen. Vgl. HOFACKER I. § 183—185; die Gründe, warum ich diesen Sprachgebrauch verwerfe, sind im Text angegeben. — Andere brauchen dieselben Ausdrücke, um die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des

Gegenbeweises auszudrücken. So MÖHLENBRUCH I. § 98. — Die von mir angewendete Bezeichnung wird, als die einfachste, am wenigsten Mißverständnisse veranlassen. Der schwankende Ausdruck *praesumptus consensus*, der an sich auch für die stillschweigende Erklärung gebraucht werden könnte, wird dann ganz beseitigt.

darin, daß manche hierher gehörende Fälle gar nicht auf einer einzelnen Handlung beruhen, die etwa als Zeichen des Willens interpretirt werden könnte, sondern auf einem allgemeinen, bleibenden persönlichen Verhältniß: ferner daß diese Fiction in mehreren Fällen zur Anwendung kommt, worin der wirkliche Wille nicht einmal möglich ist.

Eine fingirte Willenserklärung kommt in folgenden Fällen vor. Ist für einen Abwesenden ein Rechtsstreit zu führen, so dürfen für ihn seine Kinder, Eltern, Brüder, Schwäger, Freigelassene als fingirte Procuratoren auftreten; desgleichen der Mann für seine Frau (b). — Eben dahin gehören sämtliche Fälle des sogenannten stillschweigenden Pfandrechts. Es würde ganz unrichtig seyn anzunehmen, in jedem Rechtsgeschäft, woran ein solches geknüpft ist, sey der Wille des Schuldners, gewisse Sachen zu verpfänden, auch wirklich enthalten. Wenn z. B. Jemand eine Wohnung miethet, oder ein Landgut pachtet, so wird er, wenn er nicht zufällig Rechtsgelehrter ist, schwerlich daran denken, daß seine Mobilien oder seine Feldfrüchte mit einem Pfandrechte behaftet werden; es geschieht kraft einer Rechtsregel, welche dieses Pfandrecht als natürlich, billig und zweckmäßig voraussetzt (c). —

(b) *L. 35 pr. de proc.* (3.3.), *L. 21 C. eod.* (2. 13.).

(c) Zweifel könnte hieran erregen der Ausdruck *pignus tacite contrahitur*, den man als Anerkenntniß einer stillschweigenden Willenserklärung ansehen könnte.

Alein ein solcher Ausdruck würde in keinem Fall entscheidend seyn; am wenigsten ist er es hier, da *L. 4 pr. in quib. causis pign.* (20. 2.) sagt: „*quasi id tacite convenerit*,” und *L. 6 pr. eod.* „*tacite intelliguntur pignori*

Ferner gehört dahin die Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung oder neue Verpfändung der Sache, welche stets so ausgelegt wird, als wäre darin die freiwillige Aufhebung des eigenen Pfandrechts, oder wenigstens die Einräumung des Vorzugs an den neuen Gläubiger enthalten (d). — Endlich auch diejenigen Fälle des als Einwilligung geltenden bloßen Stillschweigens, worin in der That weder Einwilligung noch Widerspruch möglich ist; so bey der Adoption oder Emancipation Desjenigen, der noch in dem Kindesalter steht, ferner bey der wahn- sinnigen Tochter, deren Vater ihre Dos nach aufgelöster Ehe zurückfordern will (§ 132. c. d. i.).

Da in diesen Fällen der Wille gar nicht als Thatsache angenommen wird, so daß wir dabey kein der Auslegung ähnliches Verfahren anzuwenden haben, so kann es auch nicht auf individuelle Umstände ankommen, wodurch bey der stillschweigenden Willenserklärung die Wahrscheinlichkeit erhöht oder vermindert werden kann (§ 131). Eben so wird hier der Zwang oder Irrthum nicht auf ähnliche Weise, wie bey der stillschweigenden Willenserklärung hin-

weise," welches gerade die eigent- lichsten Bezeichnungen einer Fic- tion sind.

(d) *L. 4 § 1 L 7 pr. quibus modis pign.* (20. 6.). — *L. 12 § 4 qui potiores* (20. 4.). — Hier könnte man noch zweifeln, ob nicht vielmehr eine stillschwei- gende Willenserklärung in jenen

Einwilligungen angenommen wer- de. Dagegen ist aber zu bedenken, daß diese Regeln als schlechthin geltend aufgestellt werden, obgleich man in vielen Fällen nicht wird behaupten können, daß sich der Gläubiger gerade diesen Erfolg seiner Einwilligung bestimmt ge- dacht habe.

dernd einwirken (e). Nur die ausdrückliche Gegenerklärung, das heißt die Protestation, soll in der Regel die Fiction ausschließen. Dieses ist ausdrücklich anerkannt bey der Prozeßführung durch nahe Verwandte u. s. w., wenn der entgegengesetzte Wille des Abwesenden dargethan werden kann (f). — Eben so auch bey der Einwilligung des Pfandgläubigers in den Verkauf der verpfändeten Sache (g). — Es hat ferner durchaus keinen Zweifel in den meisten Fällen des stillschweigenden Pfandrechts. Wenn also Jemand ein Haus miethet oder ein Landgut pachtet, wenn der Fiscus einen Vertrag schließt, wenn einem Ehemann eine Dos versprochen wird, so kann zuverlässig durch einen Nebenvertrag die Entstehung des stillschweigenden Pfandrechts ausgeschlossen werden.

Dagegen giebt es allerdings einige ausgenommene Fälle, in welchen eine solche Protestation entweder undenkbar, oder nach positiven Rechtsregeln unzulässig ist. Undenkbar ist sie bey der Adoption oder Emancipation im Kindesalter, so wie bey der Klage auf die Dos der wahnsinnigen Tochter, weil nämlich Kinder und Wahnsinnige überhaupt nicht wollen können. — Unzulässig ist sie bey dem stillschwei-

(e) Wenn der Miether durch Drohungen zu dem Contract gezwungen wird, so ist dieser in jeder Beziehung unwirksam, also auch in Beziehung auf das Pfandrecht; es läßt sich aber nicht behaupten, daß die Drohung den stillschweigend erklärten Willen der Verpfändung ausschließe, denn ein solcher Wille ist überhaupt nicht vorhanden.

(f) *L. 40 § 4 de proc. (3. 3)*  
 „... non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur“ ...

(g) *L. 4 § 1 quibus modis pign. (20. 6.)*

genden Pfandrecht, welches die Frau am Vermögen des Mannes wegen Rückgabe der Dos hat. Denn wollte die Frau diesem Pfandrecht entsagen, so würde sie dadurch ihre rechtliche Lage in Beziehung auf die Dos ungünstiger stellen, welches, wenn es nicht mit Rücksicht auf Kinder dieser Ehe geschieht, überhaupt unwirksam ist (h). — Eben so ist die Protestation unzulässig bey dem stillschweigenden Pfandrecht, welches der Unmündige und der Minderjährige am Vermögen des Vormundes hat. Denn die Übernahme der Vormundschaft, welche den Grund jenes Pfandrechts enthält, geschieht weder durch Vertrag, noch überhaupt durch die Willkühr des Vormunds. Er selbst kann also durch seinen Willen weder diese Übernahme verhindern, noch die durch Rechtsregeln daran geknüpften Folgen verändern; eben so aber steht auch ihm gegenüber Niemand, der durch seinen Willen dieses zu bewirken fähig wäre.

§. 134.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen  
Absichtliche.

Bisher ist die Willenserklärung nach ihren beiden Bestandtheilen betrachtet worden, dem Willen an sich (§ 114 — 129), und der Erklärung desselben (§ 130 — 133); es bleibt noch übrig, von der Übereinstimmung beider Stücke,

(h) *L. 1 § 1 de dote praeleg.* (33. 4.), *L. 17 de pactis dotat.* (23. 4.).

oder von ihrer Verbindung zu einem Ganzen zu reden. Jedoch ist dieses nicht so zu verstehen, als ob beide ihrer Natur nach von einander unabhängig wären, etwa wie der Wille Eines Menschen von dem eines Anderen, deren Übereinstimmung in der That ganz zufällig ist; vielmehr sind sie schon ihrem Wesen nach als verbunden zu denken. Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung. Daraus folgt aber, daß die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung nicht etwas Zufälliges, sondern ihr naturgemäßes Verhältniß ist.

Allein es läßt sich eine Störung dieses natürlichen Verhältnisses denken. Dann entsteht ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung, aus dieser geht der falsche Schein des Willens hervor, und das ist es, was ich die Erklärung ohne Willen nenne.

Nun beruht aber alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können. Daher darf die erwähnte Störung nicht angenommen werden in dem einfachsten dafür denkbaren Fall, wenn nämlich Derjenige, welcher Etwas als seinen Willen erklärt, heimlich den entgegengesetzten Willen hat, mag er sich auch darüber anderwärts (etwa schriftlich, oder vor Zeu-

gen) deutlich ausgesprochen haben (a). Demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird, also unabhängig bleibt von dem bloßen Gedanken des Handelnden. Dieses kann geschehen auf zweyerley Weise. Erstlich mit dem Bewußtseyn des Handelnden, indem Dasjenige, was sonst als Zeichen des Willens dient, in diesem einzelnen Fall erweislich einen anderen Zweck hat. Zweitens ohne dessen Bewußtseyn, indem derselbe in einem solchen Irrthum befangen ist, wodurch der Wille selbst ausgeschlossen, und der bloße Schein des Willens hervorgebracht wird. Ich nenne jenes die absichtliche, dieses die unabsichtliche Erklärung ohne Willen.

Die absichtliche Erklärung ohne Willen macht für die allgemeine Betrachtung wenig Schwierigkeit, und nur die Anwendung kann zuweilen durch zweifelhafte Thatfachen schwierig werden. Die wichtigsten Fälle derselben möchten folgende seyn.

Worte, die an sich auch den vollendeten Willen auszudrücken fähig sind, können gebraucht seyn als Ausdruck des unentschiedenen Zustandes (§ 130), der nur erst auf

(a) Eine solche *reservatio mentalis*, verbunden mit einem angenommenen falschen Namen, wird vorausgesetzt in *C. 26 X. de spons.* (4. 1.); in dem besondern Fall dieser Stelle wird ihr

sogar seltsamerweise Wirkung zugeschrieben, woraus aber gewiß Niemand geneigt seyn wird ein Rechtsprincip zu bilden. Vergl. *Bömmers Jus eccl. Prot. Lib. 4 Tit. 1 § 142.*

dem Wege war, künftig in einen wahren Willen überzugehen (b).

Dieselben Worte, welche gewöhnlich bey einem Rechtsgeschäft angewendet werden, können zum Scherz gebraucht seyn, oder als Übung bey dem Unterricht in einer Sprache oder im Recht (c), oder bey einer dramatischen Darstellung.

Sie können ferner gebraucht seyn bey einem wirklichen Rechtsgeschäft, aber in einer bloß symbolischen Bedeutung, so daß der unmittelbare Wortsinne ganz unwirksam bleibt. So erhielt bey dem Römischen Testament der familiae emptor keine Rechte (d). Die Worte eines Kaufcontractes wurden bey der Mancipation, und in manchen anderen Fällen (e), bloß symbolisch gebraucht, und bey einer älteren Form der Vindication wurde eine sponsio praejudicialis von Fünf und Zwanzig Sesterzen geschlossen, die

(b) *L. 24 de test. mil.* (29. 1.). Soldaten können bekanntlich ohne alle Form testiren. Darüber heißt es hier: „Id privilegium sic intelligi debet ... ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse ... Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui, *Ego te heredem facio*: aut, *Tibi bona mea relinquo*: non oportet hoc pro testamento observari ... et per hoc judicia vera subvertuntur.“ Hier, wie in den übrigen Fällen dieser Art, kommt es theils auf die Auslegung der Worte an (§ 131), theils auf den Zusammenhang derselben mit allen um-

gebenden Ereignissen.

(c) *L. 3 § 2 de V. O.* (45. 1.). „*Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim, si per jocum puta, vel demonstrandi intellectus causa, ego tibi dixerero: Spondeo? et tu responderis, Spondeo: nascetur obligatio.*“ War es so bey der Stipulation, wie viel mehr bey anderen Contracten, in welchen der Buchstabe weit mehr der Absicht untergeordnet blieb.

(d) GAJUS II. § 103.

(e) GAJUS II. § 252, *L. 66 de j. dot.* (23. 3.).

blos den Prozeß reguliren sollte, und niemals eingeklagt wurde (f).

Wird ein Rechtsgeschäft durch Drohungen herbeygeführt, so ist dasselbe darum nicht minder vorhanden und an sich wirksam, aber der Bedrohte wird gegen die nachtheiligen Folgen desselben durch mancherley Anstalten des positiven Rechts geschützt (§ 114). Ganz anders wenn die Drohung angewendet wird, nicht um den Willen selbst, sondern um das bloße Zeichen des Willens hervorzubringen, z. B. wenn Einer durch Drohungen bestimmt wird, seinen Namen unter eine Urkunde, die er nicht einmal gelesen hat, zu schreiben (§ 131). Hier ist es einleuchtend, daß kein Wille vorhanden seyn konnte, da er den Inhalt der Urkunde nicht kannte: es war also das bloße Zeichen des Willens vorhanden, welches nicht den Zweck hatte, den Willen zu erklären, sondern nur das gedrohte Ubel abzuwenden (g).

Endlich gehört dahin auch der, oft allein erwähnte, Fall der Simulation. Darunter wird eine gemein-

(f) GAJUS IV. § 93. 94.

(g) Die Unterscheidung beider Fälle im allgemeinen Begriff ist unzweifelhaft, in der Anwendung kann es ungewiß seyn, wohin der einzelne Fall zu rechnen ist, da die Gränzen in einander laufen. Erheblich wird der Zweifel nicht seyn, da die praktische Behandlung des gar nicht vorhandenen und die des erzwungenen Vertrags nicht sehr verschieden aus-

fallen kann. — Gar nicht dahin gehört der Fall, wenn Einem mit absoluter Gewalt die Hand zur Unterschrift geführt wird. Hier handelt er gar nicht, eben so wie wenn ein Anderer seine Schriftzüge nachmacht; es ist also überhaupt keine von ihm ausgehende Erklärung vorhanden, deren Widerspruch mit seinem Willen bemerkt werden könnte.

schaftliche Willenserklärung Mehrerer verstanden, die darüber einverstanden sind, ihren Erklärungen eine andere als die gewöhnliche Bedeutung zu geben (h). Der allgemeine Grundsatz geht nun dahin, daß die wahre Meinung gelten soll, nicht die aus den Worten hervorgehende scheinbare (i). Es kommt dieses vor in folgenden verschiedenen Anwendungen:

1) Wenn überhaupt gar kein Rechtsgeschäft gewollt wird, obgleich die Worte auf ein solches lauten (k).

2) Wenn ein anderes, als das wörtlich ausgesprochene, Rechtsgeschäft gewollt wird (l).

3) Wenn andere Personen Träger des Rechtsverhältnisses seyn sollen, als worauf die Worte der Willenserklärung lauten (m).

Wie verschieden auch die hier zusammen gestellten Fälle

(h) Hierauf bezieht sich der Titel des Codex: *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (IV. 22.). — In den meisten Fällen dieser Art wird eine schlechte, unredliche Absicht zum Grunde liegen, keinesweges in allen Fällen.

(i) *L. 1 C. tit. cit.*

(k) *L. 54 de O. et A.* (44. 7.), *L. 55 de contr. emt.* (18. 1.), *L. 4 § 5 de in diem addict.* (18. 2.), *L. 30 de ritu nupt.* (23. 2.), *L. 1 C. de don. ante nupt.* (5. 3.), *L. 20 C. de don. int. vir.* (5. 16.), *L. 3 C. de repud.* (5. 17.).

(l) *L. 36. 38 de contr. emt.* (18. 1.), *L. 14 pr. de in diem*

*addict.* (18. 2.), *L. 46 loc.* (19. 2.), *L. 5 § 5 L. 7 § 6 de don. int. vir.* (24. 1.), *L. 3 C. tit. cit., L. 3 C. de contr. emt.* (4. 38.). — In einigen dieser Stellen bleibt es zweifelhaft, ob von einer Simulation, oder von der irrigen Benennung eines Rechtsgeschäfts die Rede ist; eben so wird dieses in einzelnen Fällen der Anwendung zweifelhaft seyn können. Da indessen unter beiden Voraussetzungen gleiche Wirkung eintritt, so kommt es hierauf nicht an.

(m) *L. 2. 4 C. tit. cit., L. 5. 6 C. si quis alteri vel sibi* (4. 50.), *L. 16 C. de don. int. vir.* (5. 16.).

seyn mögen, so bewährt sich doch in allen der oben bemerkte gemeinschaftliche Character, daß der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen ist, sondern von Denen, welche mit ihm in unmittelbare Berührung kommen, erkannt werden kann.

§. 135.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen.  
Unabsichtliche(a)

Die unabsichtliche Erklärung ohne Willen beruht darauf, daß der Handelnde ein gültiges Rechtsgeschäft einzugehen glaubt, in der That aber Dasjenige, was zu einem solchen nöthig wäre, nicht will. Sie ist also stets von einem Irrthum begleitet, aber dieser ist nicht der positive Grund des Schutzes, welcher dem Irrenden gegen Nachtheil gewährt wird, sondern dieser Grund ist ganz negativ, die bloße Abwesenheit des Willens, wodurch allein dieser Nachtheil begründet werden könnte (b). Der Irr-

(a) Von diesem Fall im Allgemeinen handelt H. Richelmann, der Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837.

(b) Bey der *condictio indebiti* ist der Irrthum der positive Grund für das Recht der Rückforderung, denn die Zahlung ist eine an sich gültige, wirksame Handlung, die nur ausnahmsweise, und zwar nur des Irr-

thums wegen, hinterher entkräftet werden kann. — Wenn dagegen bey dem Kauf eines Hauses ein *error in corpore* zum Grund liegt, so gründet sich Derjenige, der sich der Contractsklage des Andern entzieht, darauf daß es an einem übereinstimmenden Willen, also an dem Wesen des Vertrags, gänzlich fehlt. Dieser Mangel der Übereinstimmung würde eben so, ja noch unzwei-

thum ist also hier Das, was ich anderwärts den unächten Irrthum genannt habe (c), und diese Unterscheidung hat keinesweges bloß das theoretische Interesse klarer und scharf bestimmter Begriffe, sondern es knüpfen sich daran auch praktisch wichtige Folgen. Es folgt daraus, daß hier der Irrende frey von jeder Verbindlichkeit bleibt, ohne Unterschied ob er diesen Irrthum leicht vermeiden konnte oder nicht (d). Es ist jedoch dieser Irrthum nicht etwa hier für minder wichtig zu halten, als in anderen Fällen der ächte Irrthum, er ist es nur auf andere Weise; er ist wichtig, insoferne wir aus ihm erkennen, daß der Wille, welcher nach der Erklärung angenommen werden mußte, in der That nicht vorhanden ist (§ 134), weshalb auch die rechtlichen Folgen desselben nicht eintreten können.

Die Schwierigkeit des hier darzustellenden Falles liegt hauptsächlich darin, daß er in sehr mannichfaltigen Gestalten vorkommt, und ich will es daher versuchen, vor Allem diese Verschiedenheiten übersichtlich anzugeben. Sie

selbster, die Entstehung einer angeführten Fall hatte vielleicht Obligation verhindern, wenn der Verkäufer deutlich gesagt, beide Personen das Bewußtseyn welches Haus er verkaufen wolle, dieses Mangels hätten; jetzt, da und der Käufer hatte ihn bloß sie sich hierüber einige Zeit gestauscht haben, soll dieser Irrthum nur Nichts ändern. Der aus Unbedachtsamkeit hierüber Irrthum ist also augenscheinlich misverstanden. Mag er nun auch nicht der Grund, weshalb die deshalb zu tadeln seyn, so hat er doch nicht daran gedacht, das von dem Andern angebotene Haus zu kaufen, ohne diesen Willen aber ist keine Obligation nicht entsteht, da dieselbe ohne ihn eben so wenig entstanden wäre. und ohne Vertrag keine Verbindlichkeit vorhanden.

(c) Bepf. VIII. Num. XXXIV.

(d) In dem oben (Note b)

beziehen sich sowohl auf das irrende Subject, als auf den Gegenstand des Irrthums.

Was das irrende Subject betrifft, so sind zwey Hauptfälle möglich:

A. Der Wille eines Einzelnen steht im Widerspruch mit der Erklärung desselben Einzelnen.

Dieses kann ferner vorkommen bey einer einseitigen Willenserklärung; wenn z. B. der Testator, durch Verwechslung von Personen, einen Erben oder Legatar ernennt, den er nicht will, oder, durch Verwechslung von Sachen, eine Sache legirt, anstatt daß er eine andere Sache legiren wollte.

Eben so aber auch bey einer gegenseitigen Willenserklärung; entweder so, daß der Eine allein irrt (e), oder auch so daß Jeder derselben irrt (f).

B. Der Wille jedes Einzelnen stimmt mit dessen Erklärung überein, so daß also Jeder für sich etwas Bestimmtes und Wahres denkt und erklärt, aber etwas von dem Gedanken des Andern Verschiedenes. Hier irrt also jeder Einzelne bloß über den Willen und die Erklärung des Andern, und nur wenn wir Beide als ein gemeinschaftlich wollendes Subject künstlich zusammenfassen, können wir

(e) So z. B. es kauft Jemand ein vergoldetes Gefäß, das er für ein goldnes hält, während der Verkäufer weiß, daß es nur vergoldet ist. Hier ist ferner möglich, daß der Verkäufer den Irr-

thum des Käufers kennt, oder daß er ihn nicht kennt.

(f) So z. B. wenn der Käufer und Verkäufer zugleich das vergoldete Gefäß für ein goldnes halten.

auch hier einen Irrthum annehmen, wodurch dieser Fall mit den vorhin angegebenen Fällen gleichartig wird (g).

Wäre nun für jeden dieser Fälle eine besondere Regel aufzusuchen, und zugleich für jede Stelle des Römischen Rechts genau anzugeben, welcher unter jenen Fällen dem alten Juristen vorgeschwebt habe, so wäre unsre Aufgabe mißlich genug. Glücklicherweise aber verhält sich die Sache anders. Alle diese Fälle kommen darin überein, daß das Daseyn einer wirklichen Willenserklärung dadurch völlig ausgeschlossen ist, so daß in keinem derselben ein wahres Rechtsgeschäft vorhanden ist. Auch habe ich jene verschiedene Fälle nur deshalb zusammengestellt, um die mannichfaltige Anwendung der aufgestellten gemeinsamen Rechtsregel zur Anschauung zu bringen (h).

(g) Je nachdem wir den einen oder den anderen Standpunkt der Betrachtung wählen, können wir diesen Fall als *dissensus in corpore* oder als *error in corpore* bezeichnen. Beide Ausdrücke sind also an sich richtig, und bezeichnen nur den Begriff von verschiedenen Seiten; beide sind aber auch quellenmäßig, und werden von den alten Juristen abwechselnd gebraucht. Vergl. *L. 9 pr. § 2 de contr. emt.* (18.1.), *L. 57 de O. et A.* (44. 7.), *L. 4 pr. de leg. 1* (30. un.). — Der Grund des Mißverständnisses wird hier meist darin liegen, daß die Erklärung von jeder Seite durch Unbestimmtheit zweideutig war.

(h) Unsere Schriftsteller pfe-

gen hierbey die Kunstausdrücke des einseitigen und zweiseitigen Irrthums anzuwenden, die sie bald so bald anders bestimmen, je nachdem sie die angegebenen Fälle mehr oder weniger vollständig in's Auge fassen. Vgl. *Thibaut Pandekten* § 449. 450, *Versuche* II. S. 120. *Richardmann* S. 9. Über diesen Sprachgebrauch zu streiten, ist unfruchtbar; besser enthalten wir uns desselben gänzlich. — Wenn ich übrigens sage, daß alle diese Fälle auf gleicher Linie stehen, so ist das nur insofern wahr, als in allen gleichmäßig ein gültiges Rechtsgeschäft nicht vorhanden ist. Daneben aber kann allerdings der *Dolus* des einen Theils auch noch eigenthümliche Wirkungen hervor-

Was nun ferner den Gegenstand des Irrthums betrifft, so sind folgende mögliche Fälle zu bemerken:

I. Der Irrthum kann sich beziehen auf den Inhalt des Willens im Ganzen. So wenn Jemand eine Urkunde unterschreibt (§ 131), die ihm anstatt einer anderen, richtigen, untergeschoben, oder die ihm unrichtig vorgelesen worden ist; oder, wenn Er im Vertrauen auf einen Bevollmächtigten, ein leeres Blatt unterschreibt, der Bevollmächtigte aber dieses eigenmächtig, und gegen den erteilten Auftrag, ausfüllt.

Dieser Fall kann am wenigsten Zweifel erregen, und macht auch keine näheren Bestimmungen nöthig.

II. Der Irrthum kann sich aber auch beziehen auf einzelne Theile des Willens, und zwar:

- 1) auf die Natur des Rechtsverhältnisses;
- 2) auf die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüber stehende Person;
- 3) auf die Sache, die den Gegenstand des Rechtsverhältnisses bildet.

Die drey zuletzt bezeichneten Fälle, die allein einer besondern Erwägung bedürfen, sollen nunmehr einzeln dargestellt werden; zuvor aber ist es nöthig ihre gemeinsame Natur näher zu betrachten. In jedem derselben finden wir einen das Rechtsgeschäft begleitenden Irrthum, aus welchem wir die Abwesenheit des wahren Willens, also

bringen, die hier, wo wir von der an sich reden, außer unsrer Wirksamkeit der Willenserklärung gabe liegen.

auch des gültigen Rechtsgeschäfts, erkennen. Allein nicht jeder begleitende Irrthum ist ein Grund, diese Abwesenheit zu behaupten, und es ist daher von großer Wichtigkeit, die Gränzen genau zu bestimmen, innerhalb welcher dem Irrthum jener Einfluß allein zuzuschreiben ist. Unsere Schriftsteller haben diesen Unterschied durch die ganz passenden Ausdrücke des wesentlichen und unwesentlichen Irrthums bezeichnet. Wir haben also zunächst, mit Rücksicht auf die schon angegebenen Gegenstände, die Fälle des wesentlichen Irrthums genau zu bestimmen, dann aber einige Fälle des unwesentlichen Irrthums hinzuzufügen, lediglich um gegen den möglichen Einfluß zu warnen, den man auch diesen irrigerweise zuschreiben möchte.

Des Gegensatzes wegen muß hier an einige andere, schon oben dargestellte, Umstände erinnert werden, wodurch der Wille mehr oder weniger unwirksam werden kann: Zwang und Betrug (§ 114. 115). Bey diesen war der Wille wirklich vorhanden, es wurde ihm aber durch positive Anstalten entgegen gewirkt. Ganz anders hier, wo wir das Daseyn des Willens schlechthin verneinen müssen, und wo daher auch kein Rechtsverhältniß, als Folge des Willens, denkbar ist. Um hierauf einen Römischen Sprachgebrauch anzuwenden, müssen wir den Unterschied so angeben: bey Zwang und Betrug ist eine Ungültigkeit per exceptionem denkbar, ja dem Zweck angemessen; in den Fällen des wesentlichen Irrthums kann das Rechtsverhältniß nur ipso jure nichtig seyn.

§. 136.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen.  
Unabsichtliche. (Fortsetzung.)

Unter den Fällen des wesentlichen, also den Willen ausschließenden Irrthums ist der erste und unzweifelhafteste der, welcher die Natur des Rechtsverhältnisses betrifft. Wenn also Einer eine Sache zu leihen verspricht, der Andere nimmt das Versprechen an, welches er von einer Schenkung versteht, so entsteht keine Verbindlichkeit; eben so, wenn Einer Geld schenken will, der Andere nimmt es als Darlehen an, entsteht nicht die dem Darlehen eigenthümliche Verbindlichkeit (a).

Ein zweyter Fall des Irrthums, welcher eben so allgemein für wesentlich gehalten werden muß, ist der welcher die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüber stehende Person betrifft. In manchen Anwendungen ist dieses niemals bezweifelt worden. So wenn ein Testator einen Erben schriftlich ernennt, während er erweislich eine andere Person in Gedanken hat, die er mit jenem ernannten Erben verwechselt; hier ist die Erbeinsetzung für Keinen von Beiden gültig (b). Noch leichter läßt sich dieses

(a) *L. 3 § 1 de O. et A.* (44. 7.). „... non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est.“  
*L. 9 pr. de contr. emt.* (18. 1.). „... sive in ipsa emtione dissentient .. emtio imperfecta est“ .. — Die besondere Anwendung dieses Satzes auf die Schenk-

fung wird unten dargestellt werden (§ 161).

(b) *L. 9 pr. de her. inst.* (28. 5.). „Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans“ ...

denken, wenn der Testator mündlich testirt, und den Erben oder Legatar mit der Hand bezeichnet, dabey aber durch die Schwäche des Gesichts oder die Dunkelheit des Krankenzimmers Personen verwechselt. — Eben so unzweifelhaft ist in diesem Fall die Ehe ungültig, selbst wenn im Fall einer solchen Personenverwechslung der kirchliche Segen über das vermeintliche Ehepaar ausgesprochen seyn sollte (c). — Auf dieselbe Weise muß die Ungültigkeit eines obligatorischen Vertrages behauptet werden, wenn Ein Contrahent durch Verwechslung an einen anderen Contrahenten denkt, als den welcher ihm wirklich gegenüber steht. In manchen Fällen ist dieses so augenscheinlich, daß es nie bezweifelt werden konnte, z. B. wenn ich eine bestimmte Person, die ich nie gesehen habe, beschenken will, und mir dafür eine andere Person untergeschoben wird; eben so wenn ich bey einem bestimmten Künstler eine Arbeit bestellen will, ein Anderer aber sich für diesen ausgiebt, und mit mir contrahirt. Allein mit Unrecht haben Manche die Ungültigkeit auf diese Fälle beschränken wollen, da sie vielmehr allgemein angenommen werden muß (d). Folgende Entscheidungen des Römischen Rechts lassen hieran keinen Zweifel. Wenn ich ein Darlehen von Gajus zu empfangen glaube, das in der That Sejus giebt, so entsteht aus dem angegebenen Grund keine

(c) Eichhorn II. S. 352.

BRUCH § 338, und besonders Rie-

(d) Thibaut Pandekten § 449, Versuche II. S. 114, MÜHLEN-

helmann S. 24 — 32, der diese Frage gründlich behandelt.

Darlehensobligation (e); eine Klage soll aber *Sejus* dennoch gegen mich haben, und zwar ist diese Klage nicht etwa eine besonders für diesen Fall erfundene (f), sondern die gewöhnliche *condictio ob causam datorum*: denn *Sejus* gab mir das Geld in der Erwartung, daß ich dadurch sein Darlehensschuldner werden würde, und diese Erwartung ist ihm durch meine Verwechslung der Personen vereitelt worden (g). — Wenn ich dem *Titius*, einem wohlhabenden Mann, den ich aber nicht persönlich kenne, ein Darlehen geben will, ein Anderer aber wird mir für ihn untergeschoben, so entsteht keine Darlehensobligation, und das Eigenthum des Geldes geht so wenig auf den Empfänger über, daß dieser sogar, wenn er selbst an dem Betrug Antheil nahm, als Dieb behandelt werden muß (h). — Die irrige Meynung vieler Rechtslehrer über diesen Punkt erklärt sich daraus, daß in vielen Fällen der Irrende gar kein Interesse bey der Verwechslung der Personen haben wird, weshalb die Ungültigkeit des Vertrags,

??!

(e) *L. 32 de reb. cred.* (12. 1.). „... non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest“ ...

(f) Man hat sie unter andern *Juventiana condictio* nennen wollen, von *Juventius Celsus*, dem Verfasser der angeführten Pandektenstelle. Vergl. Glück XII. S. 25. XIII. S. 200.

(g) Der Fall ist ganz ähnlich, wie wenn Jemand Geld als *Dotis* giebt, die Ehe aber nicht zu Stande kommt; auch hier war die er-

wartete Entstehung einer *dotis obligatio* vereitelt worden. *L. 6 L. 7 § 1 L. 8 de cond. ob causam datorum* (12. 4.). Auch folgt es aus der allgemeinen Natur jener *Condictio*, welche überhaupt auf das aus einer irrigen *causa futura* Gegebene gerichtet werden kann, so wie die *cond. sine causa* und *indebiti* auf *causa praesens* und *praeterita*.

(h) *L. 52 § 21 L. 66 § 4 de furtis* (47. 2.).

die hier überall behauptet werden kann, oft unbemerkt bleiben, auch wohl durch spätere Genehmigung, nachdem die Verwechslung entdeckt worden, förmlich beseitigt werden wird (i).

Es bleibt nun noch übrig die Betrachtung des Irrthums über die Sache, oder den Gegenstand des Rechtsverhältnisses. Dieser aber nimmt mannichfaltigere Gestalten an als die übrigen, und bietet eben deshalb auch größere Schwierigkeiten dar.

Die einfachste und unzweifelhafteste Gestalt dieser Art des Irrthums ist folgende. Das Rechtsverhältniß hat eine individuell bestimmte Sache zum Gegenstand, und dabey wird ein Individuum mit dem andern verwechselt: error oder dissensus in corpore (§ 135. g). Daß hier niemals ein Rechtsgeschäft vorhanden ist, kann nicht bezweifelt werden. Einzelne Anwendungen sind folgende. Der Testator bezeichnet eine bestimmte Sache als legirt, während er in der That an eine andere denkt, die er mit

(i) Wenn ich eine Sache kaufe oder verkaufe, so wird es mir oft ganz gleichgültig seyn, wer der Verkäufer oder Käufer ist; doch kann auch dieses anders seyn wegen der Evictionspflicht des Verkäufers, und wegen der möglichen Zahlungsunfähigkeit des Käufers. Bey dem Darlehen wird mir meist die Person meines Schuldners von Wichtigkeit seyn, die des Gläubigers weniger. Vermiethe ich mein Haus, so kann die Persönlichkeit des Miethers

an sich für wichtig gehalten werden; doch wird dieses Interesse dadurch gemindert, daß das R. die sublocatio zuläßt, wodurch Dasselbe bewirkt werden kann, wie durch einen untergeschobenen Miether. — Der Grundsatz muß allgemein gelten, daß Jeder, der es gut findet, diese Ungültigkeit des Vertrags behaupten kann. — Von einer Modification der aufgestellten Regeln in Anwendung auf die Schenkung wird im § 161 die Rede seyn.

jener verwechselt; hier gilt das Legat für keine von beiden Sachen (k). — Wenn bey einem Kaufgeschäft Käufer und Verkäufer einander missverstehen, und an verschiedene individuelle Sachen denken, so ist kein Contract geschlossen; eben so auch bey dem Miethcontract und der Societät (l); desgleichen bey der Stipulation (m) und bey der Schenkung, die mit oder ohne Stipulation verabredet seyn konnte (n). — Auch die Tradition erfordert übereinstimmenden Willen, und auch sie wird daher durch ein Missverständnis über den Gegenstand verhindert (o). Durch eine solche bloß vermeintliche Tradition kann also weder unmittelbar Eigenthum, noch die Fähigkeit zur Usucapion erworben werden (p). — Nur in Einem Fall soll ein solches Missverständnis über individuelle Sachen die Gültigkeit juristischer Handlungen nicht hindern: im Prozeß. Behauptet also der Beklagte am Ende des Rechtsstreits, er habe an eine andere Sache gedacht, als der Kläger, so wird er damit nicht gehört, weil außerdem durch die-

(k) L. 9 § 1 *de her. inst.* (28. 5.), L. 4 *pr. de leg. 1* (30. un.).

(l) L. 9 *pr. de contr. emt.* (18. 1.), L. 57 *de O. et A.* (44. 7.).

(m) § 23 *J. de inut. stip.* (3. 19.), L. 83 § 1, L. 137 § 1 *de V. O.* (45. 1.). Der Unterschied der einseitigen und gegenseitigen Verträge, so wie der b. f. und str. j. contractus, kommt also hierbey nicht in Betracht. —

Wahrscheinlich bezieht sich auf den Fall des *error in corpore* bey Verträgen die sehr unbestimmte L. 116 § 2 *de R. J.* (50. 17.). „Non videntur qui errant consentire.“ Vergl. Beilage VIII. Num. VII. und Num. XXXIV. g.

(n) L. 10 *C. de donat.* (8. 54.).

(o) L. 34 *pr. de adqu. poss.* (41. 2.).

(p) L. 2 § 6 *pro emt.* (41. 4.)

ses Vorgeben die gerichtliche Verhandlung leicht vereitelt werden könnte (q).

Der Gegenstand des Rechtsverhältnisses, auf welchen sich der Irrthum bezieht, kann ferner eine nur nach Gattung und Quantität bestimmte Sache seyn. Betrifft hier der Irrthum die Gattung selbst, so ist der Fall dem *error in corpore* völlig gleich, z. B. wenn bey einem generischen Kaufcontract der Verkäufer an Roggen, der Käufer an Weizen denkt. Wenn über die bloße Quantität ein Mißverständniß unter zwey Personen herrscht (r), so kann diese Quantität entweder der einzige Gegenstand des Vertrags seyn, oder auf eine Gegenleistung sich beziehen. Im ersten Fall gilt als wahrer Gegenstand des Vertrags die

(q) *L. 83 § 1 de V. O. (43. 1.)* „... actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.“ Es versteht sich von selbst, daß nicht der Kläger durch fehlerhafte Bezeichnung der Sache das Mißverständniß selbst herbeygeführt haben muß. Aber auch ohne dieses wird der Beklagte, der das behauptete Mißverständniß, und zugleich sein Interesse, wahrscheinlich machen kann, leicht Restitution erhalten. — Im ältesten Prozeß der Römer waren die *manus consortae*, als Einleitung jeder *Vindication*, recht eigentlich darauf berechnet, das Mißverständniß über den Gegenstand unmöglich zu machen. Bewegliche Sachen wurden dabey vor den Prätor gebracht, in das Grund-

stück mußten sich die Parteyen gemeinschaftlich hinbegeben.

(r) Man denkt dabey gewöhnlich nur an Geldsummen, aber es kann auch bey der Waare ein Mißverständniß über die Quantität vorkommen, z. B. wenn der Verkäufer 500 Scheffel Roggen anbietet, und der Käufer glaubt, es seyen 300 Scheffel angeboten; daneben kann der Preis nach einzelnen Scheffeln, oder auch zu einer festen Summe im Ganzen bestimmt seyn, ohne daß bey dessen Bezeichnung ein Mißverständniß über die Quantität statt findet. — Am leichtesten können solche Irrthümer über die Quantität vorkommen, wenn Unterhandlungen durch Correspondenz geführt, und die Zahlen undeutlich geschrieben werden.

geringste unter den beiden Quantitäten, woran die Partheyen dachten, weil über diese Quantität Übereinstimmung des Willens wirklich vorhanden ist (s). Im zweyten Fall muß unterschieden werden, ob Derjenige, welcher die zweifelhafteste Quantität leisten soll, mehr oder weniger als der Gegner in Gedanken hat; denkt er an mehr, so gilt wieder der Vertrag auf die geringere Quantität; denkt er an weniger, so ist gar kein Vertrag vorhanden (t). — Mit diesen Fällen wirklicher Misverständnisse über Quantitäten darf folgender Fall nicht verwechselt werden. Wenn Jemand ein Legat so angiebt: „Zehen Thaler, die in meiner Kasse vorräthig seyn werden zur Zeit meines Todes,“ so erhält der Legatar nie mehr als Zehen, vielleicht aber weniger oder auch gar Nichts, wenn sich keine Zehen in der Kasse finden. Dasselbe soll auch gelten bey Stipula-

(s) *L. 1 § 4 de V. O.* (45. 1.). Nämlich wer Zwanzig anbietet, hat eigentlich Zehen und Zehen angeboten; nimmt also der Gegner Zehen an, weil er nur diese für angeboten hält, so ist für Zehen ein wahrer Consens, also Vertrag, vorhanden, für die anderen Zehen ist kein Vertrag geschlossen. Eben so im umgekehrten Fall.

(t) *L. 52 locati* (19. 2). „Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conduce, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego pu-

tavi.“ Denn wer Zehen als Miethgeld anbietet, hat darin auch Fünf angeboten, für welche daher Consens vorhanden ist; wer aber um Zehen vermietthen will, ist darum keinesweges geneigt, sich auch mit Fünf zu begnügen. — Damit man nicht in diesem Beispiel an der geringen Pachtsumme für einen ganzen Fundus Anstoß nehme, ist zu bemerken, daß die alten Juristen, wenn sie Cardinalzahlen als Beispiele anführen, damit gewöhnlich so viele Tausend Gesterze ausdrücken wollen. Decem ist also ein jährliches Pachtgeld von 10000 Gesterzen, oder ungefähr 500 Thaler.

tionen, wobey also angenommen wird, der Schuldner habe den Bestand seiner Kasse als ungewiß gedacht (u). Diese Bestimmung beruht auf folgender Auslegung der erwähnten Rechtsgeschäfte: es ist dem Andern angewiesen dasjenige Geld, was gerade in der Kasse sich findet, kein Anderes, aber auch Jenes nur bis zu einem Maximum von Zehen. Es gehört also diese Bestimmung zu den Anweisungen, für die Auslegung der Rechtsgeschäfte; diese Auslegung aber vorausgesetzt, ist dabey von einem Widerspruch zwischen der Erklärung und dem Willen, also von einem Irrthum, gar nicht die Rede.

### §. 137.

#### III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Error in substantia.

Die bisher dargestellten Fälle des wesentlichen Irrthums könnten an sich für erschöpfend gehalten werden. Insbesondere dürfte dann derjenige Irrthum über den Gegenstand nicht für wesentlich gelten, welcher, bey einer individuell bestimmten Sache, bloß eine Eigenschaft derselben beträfe. Dennoch kommen auch solche Fälle vor, denen die Kraft eines wesentlichen Irrthums beygelegt wird. Freylich werden wir, noch ehe die Natur dersel-

(u) *L. 108 § 10 de leg. 1* (30. un.), *L. 1 § 7 de dote praeleg.* (33. 4.).

ben untersucht ist, anerkennen müssen, daß sie nur als scharf begränzte Ausnahmen denkbar sind; denn wollten wir als Regel annehmen, daß jeder Irrthum über irgend eine dem Gegenstand des Rechtsverhältnisses zukommende Eigenschaft den Willen ausschleße, so würde damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs völlig vernichtet seyn.

Unsere Schriftsteller bezeichnen die dahin gehörenden Fälle mit dem Kunstausdruck Error in substantia, und dieser Ausdruck, wie so manche andere, hat nicht wenig dazu beygetragen, die Sache selbst zu verwirren. Die Gewöhnung an diesen vermeintlichen Kunstausdruck führte unvermerkt zu der stillschweigenden Voraussetzung, an der Spitze dieser Lehre stehe etwa folgender Grundsatz: Quotiens in substantia erratur, nullus est contractus. Die Untersuchung selbst wird aber zeigen, wie wenig ein so gefaßter Grundsatz der Wahrheit entspricht (§ 138. a.).

Unsere Aufgabe besteht also darin, die einzelnen Fälle aufzusuchen, in welchen der Irrthum über Eigenschaften einer Sache dem Error in corpore gleich wirkt, und diese Fälle wo möglich auf eine gemeinsame Regel zurückzuführen. Bey diesem Unternehmen werden wir uns weniger an abstracte Begriffe halten dürfen, als an die im wirklichen Verkehr herrschenden Ansichten und Gewohnheiten, wodurch denn die ganze Untersuchung eine nicht streng juristische Richtung erhält. Die Römischen Juristen geben uns Vier einzelne Fälle dieser Art an:

1) Es kauft Jemand Hausgeräthe (a) von Bronze (b), welches er für Gold hält;

2) Oder Hausgeräthe von Bley oder anderem geringen Metall, oder auch von Holz, welches er für Silber hält (c);

3) Oder Essig, den er für Wein hält (d);

4) Oder endlich eine Sklavin, die er für einen männlichen Sklaven hält (e). In allen diesen Fällen soll kein Consens des Käufers angenommen werden.

In den drey ersten Fällen betrifft der Irrthum den Stoff, und dieser wird einmal als *substantia* bezeich-

(a) Allerdings ist in den hier einschlagenden Stellen meistens die Rede von *aurum*, *aes*, *argentum*, *plumbum*, so daß man auch an unverarbeitetes Metall denken könnte; daß aber in der That metallene Geräthe gemeynt sind, zeigt deutlich das Beyspiel in *L. 14 de contr. emt.* (18. 1.), wo dasselbe, was zuerst *aurum* und *aes* hieß, nachher genauer als *viriola aurea* und *aenea* bezeichnet wird; eben so in *L. 45 eod. vas aurichalcum*. Dazu kommt, daß als Beyspiele aus dem täglichen Verkehr die Contracte über Metallgeräthe so sehr viel näher liegen, als die über rohes Metall, die doch nur bey Handelsleuten und Handwerkern oder Fabrikanten vorzukommen pflegen, bey welchen wiederum ein Irrthum über den Gegenstand ihres Gewerbes sehr selten seyn wird.

(b) *Aes*, das bey den Römern

von so ausgebreitetem Gebrauch war, und das wir noch in so vielen Tausenden von antiken Hausgeräthen und Bildwerken übrig haben, ist nicht Kupfer, sondern Bronze, eine Mischung, deren Grundlage freylich das Kupfer ist.

(c) Diese beiden ersten Fälle kommen vor in *L. 9 § 2 L. 10 L. 14 L. 41 § 1 de contr. emt.* (18. 1.). In der letzten Stelle kann die *mensa argento cooperta* sowohl versilbertes Holz als Metall seyn.

(d) *L. 9 § 2 de contr. emt.* (18. 1.). Es wird dabey ausdrücklich bemerkt, daß nur von eigentlichem Essig, der als solcher bereitet oder angefeßt ist, nicht von sauer gewordenem Wein die Rede seyn dürfe. Damit ist zu vergleichen *L. 9 § 1. 2 de tritico* (33. 6.).

(e) *L. 11 § 1 de contr. emt.* (18. 1.).

net (f), aber abwechselnd mit diesem Namen, und ungleich häufiger, kommt als ganz gleichbedeutend der Ausdruck *materia* vor (g). Schon dadurch wird es bedenklich, den Ausdruck *Error in substantia* an die Spitze der ganzen Untersuchung zu stellen; noch weit mehr aber dadurch, daß gar nicht gesagt ist, jeder Irrthum über den Stoff, und kein anderer als dieser, solle die Kraft eines *Error in corpore* haben. Wir wollen also den abstracten Begriff des *Stoffs* einstweilen bey Seite setzen, und die einzelnen Fälle genauer in's Auge fassen.

Bey den Metallarbeiten fällt zuerst auf, daß die Waare, die der Käufer zu erhalten glaubt, von der die er wirklich erhält, so sehr im Werth verschieden ist. Dennoch können wir hierin das Wesen der Sache nicht sehen, theils weil es an aller scharfen Gränze fehlen würde, wenn wir diesen Gegensatz auf andere Gegenstände anwenden wollten, theils weil der Irrthum über gutes und schlechtes Gold kein wesentlicher Irrthum seyn soll (h), obgleich auch davon der Geldwerth sehr abhängt, besonders da in dieser

(f) *L. 9 § 2 de contr. emt.* (18. 1.).

(g) *L. 9 § 2 L. 11 pr. L. 14 de contr. emt.* (18. 1.). Eben so bey der Frage, ob durch Verarbeitung eines *Stoffs* Eigenthum an demselben erworben werde, wo bey *materia* als Gegensatz von *species* vorkommt. § 25 *J. de rer. div.* (2. 1.), *L. 7 § 7 L. 24 de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

(h) *L. 10. 14 de contr. emt.*

(18. 1.). In der letzten Stelle heißt: *si inauratum aliquid sit* nicht: wenn das Gefäß vergoldet ist, sondern: wenn dessen Stoff eine Mischung von Gold und anderem Metall ist. Dieses folgt unwidersprechlich theils aus den vorhergehenden, nach dem Zusammenhang gleichbedeutenden Worten, theils aus dem Zusatz *aliquid*, der bey bloßer Vergoldung keinen Sinn haben würde.

Vorschrift gar keine Gränze für die mögliche Legirung des Goldes gesetzt wird. Sehen wir aber auf die im Verkehr auch bey uns allgemein herrschende Ansicht, so finden wir, daß goldne und silberne Geräthe, in Vergleichung mit andern Metallarbeiten, als Waaren von ganz eigenthümlicher Art betrachtet werden. Der durchgreifende Unterschied liegt darin, daß bey den edlen Metallen, auch nach zerstörter oder veralteter Form des Geräthes, stets ein bedeutender Werth im Stoff zurück bleibt, anstatt daß im gleichen Fall bey andern Metallarbeiten meist ein sehr geringer, oft völlig unmerklicher, Werth übrig ist. Es zeigt sich dieses unter andern auch darin, daß die Fabrikation der edlen Metalle, und der Handel mit solchen Fabrikaten ein ganz eigenes, abgeschlossenes Gewerbe zu seyn pflegt. Halten wir nun diesen natürlichen, durch tägliche Erfahrung bewährten Gesichtspunkt fest, so ergeben sich folgende Bedingungen und Gränzen der aufgestellten Regel. Sie kann nur gelten bey Arbeiten, die durch Fabrik oder Handwerk hervorgebracht werden, nicht bey eigentlichen Kunstwerken, wobey der Stoff ganz in den Hintergrund tritt (i). Sie

(i) Bey einem Bildwerk von Benvenuto Cellini wird Niemand das Hauptgewicht darauf legen, ob es von Silber oder übersilbert ist. Dagegen werden Geräthschaften von Silber oder Gold in der Regel nach dem Gewicht verkauft, wengleich die Façon auch berücksichtigt wird, jedoch nur so daß sie den Preis des Lothes, der Mark u. s. w. um Etwas höher oder niedriger stellt. — Zweifel kann entstehen bey Taschenuhren; denn Das, was wir eine goldne Uhr nennen, ist doch eigentlich nur eine Uhr mit goldnem Gehäuse. Man würde wohl annehmen dürfen, daß bey gewöhnlichen Fabrikuhren der Irrthum über das Gehäuse (ob golden oder

gilt ferner auch bey vergoldeten, versilberten oder plattirten Arbeiten (k), denn obgleich zu diesen wirklich edles Metall verbraucht wird, so läßt sich doch dasselbe, nach Zerstörung der Form, nicht mehr abgefordert herstellen. Sie gilt endlich auch, wenn das vergoldete silberne Gefäß für ein goldnes gehalten wird, da der Unterschied zwischen Gold und Silber, nach der im Verkehr allgemein geltenden Werthschätzung, ein eben so durchgreifender ist, als der zwischen dem edlen und unedlen Metall. Sie gilt aber nicht bey Geräthschaften von unedlem Metall, wenn nur über die Gattung dieses Metalls ein Irrthum obwaltet; denn obgleich auch dabey die Verschiedenheit des Stoffes Einfluß auf den Geldwerth zu haben pflegt, so ist doch in den meisten Fällen das Geräthe von dieser besonderen Form und Bestimmung die Hauptsache, die Art des Metalls aber eben so das Untergeordnete, wie bey dem goldnen Gefäß die Feinheit des Goldes. Aus allen diesen Anwendungen also folgt ganz klar, daß selbst diesen Regeln über die Metallarbeiten etwas Anderes zum Grunde liegt, als der bloße abstracte Begriff des Stoffes.

Bey dem Wein und Essig ist allerdings eine Verschiedenheit des Stoffes unverkennbar; dagegen kann man nicht allgemein sagen, daß der höhere oder geringere Werth entscheidend sey. Denn feiner, künstlich bereiteter Essig kann

vergoldet) ein wesentlicher sey, der Werth des Gehäuses ein ganz; bey einem besonders sorgfältig gearbeiteten Werk aber nicht; bey unbedeutender Gegenstand.  
(k) L. 41 § 1 de contr. emt. (18. 1.), vgl. Note c.

weit kostbarer seyn, als geringer Wein, und selbst der umgeschlagene, also gewiß sehr schlechte Wein soll kein Gegenstand eines wesentlichen Irrthums seyn. Auch hier also, wie bey den Metallarbeiten, ist nicht sowohl die Preisverschiedenheit, als die völlige Ungleichartigkeit der Waare Das, was den wesentlichen Irrthum bestimmt.

Endlich bey dem Sklaven und der Sklavin liegt der Unterschied gewiß nicht in dem allgemein verschiedenen Geldwerth, da ohne Zweifel Sklavinnen oft weit theurer bezahlt wurden, als männliche Sklaven. Noch seltsamer würde es seyn, hier an verschiedenen Stoff denken zu wollen, auch hat kein Römischer Jurist von einer verschiedenen substantia oder materia der beiden Geschlechter gesprochen. Allein die regelmäßige Benutzung der Sklaven bestand in Dienst und Arbeit, und da die männlichen Sklaven auch außer dem Hause zur Feldarbeit, in Fabriken, und als Handwerker regelmäßig benutzt zu werden pflegten, die Sklavinnen vorzugsweise im Hausdienste und zu weiblichen Arbeiten, so galten beide Geschlechter für Waaren verschiedener Art, und daher war ein Irrthum über das Geschlecht ein wesentlicher Irrthum. Auch hier nun würde es wieder ganz irrig seyn, bey dem abstracten Begriff des Geschlechts stehen zu bleiben, und diesen überall anzuwenden, auch bey einem Kauf von Thieren. Denn bey Pferden z. B. ist die regelmäßige Benutzung unabhängig von dem Geschlecht, und es darf daher der Irrthum hierüber nicht für einen wesentlichen gehalten werden.

Fassen wir alle diese Anwendungen zusammen, so läßt sich daraus folgender allgemeine Begriff bilden. Der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. Die Verschiedenheit des Stoffs ist dazu weder nothwendig, noch stets hinreichend, und der Ausdruck Error in substantia ist daher keine angemessene Bezeichnung (l).

Ich will nun diesen Begriff zur Beurtheilung einiger, in den Rechtsquellen nicht erwähnter, Fälle anwenden. Der Irrthum ist wesentlich, wenn unächte Edelsteine oder Perlen für ächte gekauft werden (m). — Eben so wenn

(l) Wer Wein kauft, will nicht eine in diesem Faß enthaltene Flüssigkeit überhaupt, welche es sey, erwerben, sondern sein Gedanke ist zunächst und hauptsächlich auf Wein gerichtet; eben so, wer ein goldnes Gefäß kauft, denkt nicht an ein Gefäß überhaupt, sondern wesentlich an das Gold als Stoff des Gefäßes. Römisch läßt sich das so ausdrücken: es ist eine species gekauft, aber unter der stillschweigenden Bedingung, daß sie zu einem bestimmten genus gehöre. Ist also unter der Hülle des Faßes Essig anstatt Wein verborgen, so wird der Fall eben so behandelt, wie wenn bey dem Kauf eines Sklaven unter der Hülle eines Gewandes,

oder unter der Hülle des gemeinsamen Namens Stichus, ein anderes Individuum verborgen wäre, als dasjenige woran der Käufer denkt.

(m) Bey ungefaßten Steinen und Perlen muß dieses unbedingt gelten. Eben so auch bey gefaßten, wenn die Fassung nur dazu dient, den Stein zu zeigen und zu tragen, wie bey Brillantringen und bey dem Frauenschmuck; anders wenn der Stein zur Verjierung eines Gefäßes oder andern Geräthes gebraucht ist, wobey der Stein als Nebensache gilt, selbst wenn er von größerem Geldwerth seyn mag, als das Gefäß selbst. Vgl. L. 19 § 13—16 § 20 *de auro* (34. 2.).

von verschiedenen Thierarten die Rede ist, weil Niemand ein Thier überhaupt, seinem abstracten Begriff nach, kauft, sondern jede Thierart zugleich eine Waare anderer Art ist, ohne Rücksicht auf die Größe der Preisverschiedenheit. — Eben so bey rohen Metallen verschiedener Art, weil jede derselben eine andere Waare ist. — Ferner bey verschiedenen Getreidearten; desgleichen bey verschiedenen flüssigen Stoffen, auch außer Wein und Essig (n). — Endlich könnte dahin auch noch folgender Fall gerechnet werden. Wenn ich ein Grundstück kaufe, auf welchem ein Haus oder ein Wald stand, ohne zu wissen, daß unmittelbar vorher das Haus oder der Wald abgebrannt ist, so ist der Gegenstand des Vertrags, das Grundstück, eigentlich noch vorhanden (o), aber es ist für den Verkehr ein Gegenstand anderer Art geworden, denn eine Brandstätte und ein Haus wird im Verkehr Jeder für ungleichartig halten. Auch ist nun der Vertrag in der That ungültig (p), aber diese Ungültigkeit wird hier unter einen andern Gesichtspunkt

(n) Die Identität oder Verschiedenheit wird hier nicht selten schwankend seyn, auch wohl von persönlichen Gewohnheiten abhängen können. Vgl. *L. 9 de tritico* (33. 6). — In allen diesen Fällen wird übrigens ein Vertrag über bestimmte Säcke, Haufen, Fässer mit Waaren (also über eine species) vorausgesetzt; von dem ganz andern Fall, da über ein genus contrahirt ist, war schon im § 136 die Rede.

(o) *L. 98 § 8 de solut.* (46. 3.)  
 „. . . Non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse, imo et peti potest area, et aestimatio ejus solvi debet: *pars enim insulae area est, et quidem maxima, cui etiam superficies cedit*“ . . .

(p) *L. 57. 58 de contr. emt.* (18. 1.).

punkt gebracht. Es gilt nämlich der Gegenstand des Vertrags selbst als vernichtet, welches in manchen einzelnen Folgen von unfrem Fall verschieden ist (q). Dennoch kann die Analogie dieses Falles auch für unfre Frage benutzt werden.

Dagegen wird in folgenden Fällen der Irrthum nicht als ein wesentlicher, den Willen ausschließender, betrachtet werden dürfen. Bey gutem und schlechtem Gold (Note h); bey gutem und schlechtem Wein (Note d); bey dem Stoff von Geräthen aus unedlem Metall; bey einer Sklavin, die irrig für eine Jungfrau gehalten wird (r); bey alten und neuen Kleidern (s). Endlich auch noch in einem Fall,

(q) Nämlich die Stipulation soll in einem solchen Fall ungültig seyn (L. 1 § 9 de O. et A. 44. 7), die doch im Fall eines wesentlichen Irrthums, z. B. zwischen Gold und Bronze, gültig seyn würde. L. 22 de V. O. (45. 1.).

(r) L. 11 § 1 de contr. emt. (18. 1.). Der Kauf ist also hier wirklich geschlossen, und an sich gültig; ja selbst eine Klage auf Entschädigung oder auf Auflösung des Vertrags hat der Käufer nur dann, wenn ihn der Verkäufer betrog. L. 11 § 5 de act. emti (19. 1.).

(s) L. 45 de contr. emt. (18. 1.) „... si vestimenta interpola quis pro novis emerit.“ Mit diesen Worten ist eben so gut die Annahme vereinbar, daß der Verkäufer die Kleider für neu ausgab (wissentlich oder unwissentlich),

als daß bloß der Käufer sich dieses einbildete. Der Sache nach muß aber nothwendig das erste angenommen werden. Denn ein wesentlicher Irrthum ist gewiß nicht vorhanden, da hier der Vertrag als wirksam vorausgesetzt wird, und da alte und neue Kleider gewiß nicht verschiedener sind, als guter und verdorbener Wein, oder als feines und schlechtes Gold. Dann aber kann sich eine Entschädigungsverbindlichkeit nur gründen entweder auf den Dolus, oder auf die Zusage der Eigenschaft neuer Kleider; da nun der Jurist auch außer dem Fall des Dolus eine Verbindlichkeit annimmt, („si quidem ignorabat venditor“) so ist nur die Zusage denkbar. Eine Bestätigung liegt auch in dem als gleichartig dargestellten Fall von dem messingnen Gefäß,

der eine genauere Betrachtung bedarf: bey hölzernen Hausgeräthen, wenn über die Holzart geirrt wird. Daß auch diese auf den Preis Einfluß haben kann, wird Niemand läugnen, aber zu einer andern Art von Waare werden dadurch die Möbeln nicht, besonders wenn das feinere Holz so täuschend durch Politur nachgeahmt ist, daß eine Verwechslung möglich wird. Der Unterschied von edlen Metallen ist augenscheinlich, da die Bearbeitung des geringeren und des edleren Holzes von demselben Gewerbe besorgt wird, und da nach zerstörter Form die übrig bleibenden Holzstücke bey feinem und geringerem Holz gleich werthlos zu seyn pflegen. So steht es nach allgemeiner Betrachtung, wovon die meisten Schriftsteller das Gegentheil annehmen, theils durch die scheinbare Ähnlichkeit der edlen Metalle, theils durch den abstracten Begriff der Stoffverschiedenheit irre geführt. Alles aber kommt auf die Erklärung folgender Stelle an. *L. 21 § 2 de act.*

worin es ausdrücklich heißt: *aurum quod vendidit*. Er muß es also für Gold ausgegeben haben. (Vgl. unten § 136). — *Vestimenta* interpola sind getragene, aufgепutzte, ausgebesserte Kleider, die dabey noch gut aussehen können, ja wohl müssen, wenn ihre Verwechslung mit neuen möglich seyn soll. Ganz unrichtig behauptet *Richelmann* S. 160, die Eigenschaft alter Kleider sey wie *vitium* und *morbis*, und gebe daher Anlaß zu den *adilicischen* Klagen. Ihn täuschen die Worte in *L. 37*

*de aedil. ed.* „*idcirco interpolant veteratores et pro noviciis vendunt*.“ Dieses heißt aber, die Verkäufer betrügen dadurch, daß sie den veterator unter novicii unterstecken, wodurch er selbst als novicius angesehen wird. Der Verkauf des veterator ohne Anzeige war von den *Adilen* namentlich verboten; mit der Ausdehnung des *Edicts* auf nicht namentlich erwähnte Fälle verfuhr man vorsichtig, stets nach der Analogie von *vitium* und *morbis*, wie *L. 49 eod.* zeigt.

*anti* (19. 1.) „Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest (emtoris se) non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.“

Wir wollen das am Ende erwähnte Beyspiel an die Spitze stellen. Es hatte Jemand Tische gekauft, als ob sie von Citronenholz wären, die es nicht waren (t); das quasi citreas ist an sich zweydeutig, indem es sowohl auf die bloße Einbildung des Käufers, als auf die Versicherung des Verkäufers gehen kann: daß das letzte der wahre Sinn ist, wird sogleich gezeigt werden. Die Hauptfrage ist nun die, ob gelesen werden soll emtionem esse (wie in der Florentina), oder emtionem non esse (wie in anderen Hff., vielleicht allen anderen). Die herrschende Meynung ist für non, theils weil man von der vorgefaßten Meynung ausgieng, jeder Irrthum über den Stoff, also auch bey Holz-möbeln, sey ein wesentlicher, theils weil man seltsamerweise annahm, die Worte supra diximus seyen von Tribonian, und giengen auf L. 9. 11. 14 *de contr. emt.* (18. 1.); dadurch war man genöthigt, qualitas gleichbedeutend mit substantia oder materia zu nehmen. Aber eben dieses letzte ist gegen allen klar erweislichen Sprachgebrauch, da in

(t) Von dem ungläublichen Luxus der Römer mit Citronenholz, welches in großen Stücken, wie sie zu Möbeln brauchbar waren, aus Afrika gebracht werden mußte,

gibt genaue Nachricht PLINIVS hist. nat. XIII. 15. Er erzählt von einem Tisch, der mit 1400,000 Sesterzen, oder 70,000 Lhalern, bezahlt wurde.

allen sicheren Stellen *qualitas* nur auf die mehr oder weniger gute Beschaffenheit geht, von welcher nie ein wesentlicher Irrthum abhängt (u). Das logische Verhältniß des *quamvis* und *tamen* beweist für keine von beiden denkbaren Erklärungen. Denn nach unsrer Erklärung kann es heißen: „Obgleich der Vertrag gültig ist, so folgt daraus doch nicht, daß sich der Käufer mit den bloßen Tischen, ohne Selbentschädigung, begnügen müsse“ (v). Nach der entgegengesetzten aber würde es, logisch eben so befriedigend, heißen: „Obgleich der Vertrag als solcher nicht gilt und wirkt, so ist doch der Verkäufer (aus anderen Gründen, also neben dem Vertrag) verpflichtet.“ *Deceptum* heißt hier, wie in vielen Stellen, nicht betrogen, sondern irrend, getäuscht durch sich selbst, oder durch des Gegners Versicherung, nicht gerade durch dessen Betrug. — Nun ist der Hauptsatz dieser: der Vertrag ist zwar gültig, dennoch ist der Verkäufer durch die in der Tradition liegende scheinbare Erfüllung nicht frey; vielmehr muß er Entschä-

(u) *L. 14 de contr. emt.* (18. 1.) „*Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent?*“ Man hat hier in dem zweyten Ausdruck eine müßige Wiederholung des ersten finden, also die gleiche Bedeutung beider Worte daraus beweisen wollen; allein es folgen nun in der That zwey Beyspiele, in dem einen wird über den Stoff geirrt (*materia*), in dem andern bloß über die Güte (*qualitas*), und beide

Fälle werden auf entgegengesetzte Weise entschieden.

(v) *Cujacius* findet es lächerlich, daß der Jurist sagen sollte: „Obgleich der Vertrag gültig ist, kann dennoch der Käufer klagen.“ (*Comm. ad L. 22 de V. O., opp. T. 1.*) Allein wenn man den Nachsatz nicht auf das Daseyn eines Klagerechts überhaupt, sondern auf dessen Gegenstand und Umfang bezieht, so verschwindet die scheinbare Lächerlichkeit.

bigung leisten, selbst wenn er nicht betrog, sondern gleichfalls irrte. Aus dieser letzten, klaren Entscheidung ist es denn gewiß, daß der Jurist voraussetzt, der Verkäufer habe im Contract ausgesprochen, die Tische seyen von Citronenholz; denn zur Entschädigung konnte er nur verpflichtet seyn entweder durch eine solche Zusage (w), oder durch seinen Dolus: ein dritter Grund ist dafür nicht denkbar. — So ist also durch diese Stelle anerkannt, daß bey Holzgeräthen der Irrthum über den Stoff kein wesentlichlicher, der Vertrag also dennoch gültig ist, indem er die actio emti erzeugt; die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Entschädigung, wenn er entweder betrog, oder die bessere Qualität im Vertrag aussprach, folgt aus allgemeinen Grundsätzen. — Es ist merkwürdig zu sehen, wie weit manche Interpreten gehen, um ihre vorgefaßte Meinung gegen die in den Worten etsi venditor quoque nes-

(w) Die Zusage einer bestimmten Eigenschaft bey dem Verkauf einer Sache, verpflichtet stets den Verkäufer wenn diese Eigenschaft fehlt: und zwar hat der Käufer in diesem Fall sowohl die ädilischen Klagen (L. 18 pr. L. 52 de aed. act. 21. 1), als die actio emti auf das Interesse (L. 13 § 3 de act. emti 19. 1, L. 19 § 2 de aed. act. 21. 1). In L. 13 cit. heißt es: Videamus an ex emto teneatur? et putem teneri. Natürlich auf das Interesse, wie immer bey dieser Klage. Gerade so heißt es aber auch in unsrer Stelle: teneri

debet quanti interest. Über den Umfang und die Berechnung dieses Interesse ist in beiden Stellen Nichts gesagt, aus dem einfachen Grunde weil nicht jede Stelle alle bey einem Rechtsfall denkbare Fragen erschöpfen kann; es ist also unbegreiflich, wie R i c h e l m a n n S. 65 wegen der Art des hier vorgeschriebenen Interesse behaupten kann, die Worte etsi . . nesciat dürften nicht auf teneri quanti interest bezogen werden. — Die Annahme einer ausdrücklichen Zusage hat also hier denselben Grund wie in L. 45 de contr. emt., s. o. Note a.

ciat enthaltene Widerlegung zu retten. NooDt, dessen Interpretation überhaupt nicht sehr schüchtern ist, läßt dem Leser die Wahl, ob er jene Worte wegstreichen, oder ob er sie auf den Vordersatz (quamvis . . . emtionem [non] esse) beziehen wolle, welches letzte jedoch ganz außer der Möglichkeit einer Construction liegt (x). Bynkershoek hat die Stelle richtig aufgefaßt, aber freylich die Hauptschwierigkeit, die scheinbare Analogie der edlen Metalle, gar nicht berührt (y): weshalb auch seine Erklärung keinen Eingang gefunden hat (z).

(x) NOODT Comm. ad Pand. XVIII. 5. Die zuletzt vorgeschlagene Construction nimmt auch Nitschmann S. 66 an, ohne sich durch ihre Unmöglichkeit stören zu lassen.

(y) BYNKERSHOEK Observ. Lib. 8 C. 20.

(z) Ich habe in diesem ganzen §. zu zeigen gesucht, daß der Stoff an und für sich nicht das Entscheidende ist bey der Feststellung des wesentlichen Irrthums. Dieses würde wahr seyn, selbst wenn die Gleichartigkeit des Stoffs wirklich so an sich selbst gewiß, und von individuellen Ansichten unabhängig wäre, wie man gewöhnlich voraussetzt. Allein auch daran fehlt viel. Bey Metallarbeiten z. B. kann man, je nach subjecti-

ven Ansichten, entweder den allgemeinen Begriff des Metalls zum Grunde legen, oder den besonderen Begriff des Goldes, Silbers u. s. w. Desgleichen bey Holzarbeiten entweder den allgemeinen Begriff des Holzes (im Gegensatz von Metall oder Pappe), oder den der einzelnen Holzart. Allein auch mit dieser letzten Annahme ist bey weitem nicht Alles abgethan, da die Arten wieder viele Unterarten haben. Um bey dem Fall der L. 21 cit. stehen zu bleiben, vorausgesetzt daß wirklich die Holzart einen wesentlichen Irrthum begründete; soll es dann gerade auf die species der Citrone ankommen, oder auf das genus der Agrumi, das bekanntlich eine große Zahl von species hat.

## §. 138.

III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Error in substantia. (Fortsetzung.)

Im vorigen §. sind die Bedingungen festgestellt worden, unter welchen ein Irrthum über die Eigenschaften einer Sache als wesentlich zu betrachten ist; die praktischen Rechtsregeln für diesen Fall, welche einstweilen nur vorausgesetzt worden sind, sollen nunmehr genauer angegeben werden.

Fand man es überhaupt billig, dem Irrenden in diesem Fall zu Hülfe zu kommen, so konnte dieser allgemeine Zweck auf zweyerley Weise erreicht werden. Man konnte das Rechtsgeschäft als an sich gültig ansehen, dem Irrenden aber ausnahmsweise die Anfechtung wegen eines irrigen Beweggrundes gestatten, so wie dieses bey den adilitischen Klagen und bey der *condictio indebiti* geschieht; man konnte aber auch den Willen selbst durch jene Art des Irrthums als ausgeschlossen betrachten, woraus sich dann die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von selbst als Folge ergab. Das Römische Recht hat diese zweyte Behandlung gewählt, welches sowohl aus der Zusammenstellung mit dem *Error in corpore*, als auch aus einzelnen Aussprüchen, un widersprechlich hervorgeht (a). — Der Irr-

(a) *L. 9 § 2 de contr. emt.* (18. 1.). „... in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.“ Dieses steht dem oben für unrichtig erklärten allgemeinen Prin-

cip ähnlich: *quotiens in substantia (materia) erratur, nullus est contractus* (§ 137), ist aber davon wesentlich verschieden, da es schon nach den Worten bloß auf die vorhergehenden zwey Fälle

thum ist hier, wie bey dem Error in corpore, ein unächter, so daß es also gleichgültig ist, ob den Irrenden ein Tadel der Nachlässigkeit trifft oder nicht (§ 135). — Der Irrthum an sich ist der Grund, der uns bestimmt, den Willen als nicht vorhanden anzusehen. Nun können aber mit demselben noch andere Thatsachen zusammentreffen, die vielleicht auch für sich wieder besondere juristische Folgen haben. So z. B. kann über die irrig angenommene Eigenschaft der Sache ein ausdrückliches Versprechen gegeben seyn; es kann sich darauf ein Dolus des Gegners beziehen. Alle diese möglicherweise concurrirende Thatsachen liegen außer dem Kreise unsrer gegenwärtigen Betrachtung, indem sich diese auf die Ausschließung des Willens durch wesentlichen Irrthum über eine Eigenschaft der Sache beschränkt. Es ergibt sich daraus, daß die juristische Beurtheilung von Fällen dieser Art eine sehr zusammengesetzte Natur haben kann. — Endlich ist hier, wie bey dem Irrthum über die Person (§ 136) zu bemerken, daß zuweilen diese Folge des Irrthums unmerklich verschwinden wird, weil in manchen Fällen die Verschiedenheit der wahren Beschaffenheit von der irrig vorausgesetzten, dem Irrenden gleichgültig, vielleicht sogar vortheilhaft seyn wird.

von Gold und Silber geht, also durchaus kein allgemeines Princip für den abstracten Fall des Error in substantia überhaupt vorstellen will. — Eben so wird in *L. 11 pr. eod.* das Daseyn des

consensus negirt. — Welche Ansicht bey dieser Behandlung zum Grund liegt, ist schon oben angegeben worden (§ 137, besonders Note 1). Vergl. auch *Beylage VIII. Num. XXXIV. Note n*

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß diese Behandlung des erwähnten Falles, so natürlich und billig sie uns oft erscheinen mag, eine künstlichere Natur hat, als die gleiche Behandlung des Error in corpore, bey welchem die Annahme eines wirklichen Willens ganz unmöglich seyn würde. Daher wird sie überhaupt nur da angewendet, wo ein (sicheres oder denkbare) Rechtsinteresse des Irrenden dadurch zu schützen ist. Daher ist es ferner denkbar, daß jene Behandlung nicht zu allen Zeiten, auch wohl nicht schlechthin für alle Fälle, statt gefunden hat. Die nun folgende Aufstellung der Rechtsregeln im Einzelnen wird daher zugleich auf die Ermittlung und Angabe solcher historischen und praktischen Grenzen gerichtet seyn müssen.

Die einzelnen Stellen, die einen solchen Irrthum für wesentlich, und deshalb den Vertrag für nichtig erklären, betreffen insgesammt den Fall, da ein Käufer über die Gattung der gekauften Waare zu seinem Nachtheil irrt; er kauft nämlich ein Gefäß von Bronze oder Bley für Gold oder Silber, Essig für Wein, eine Sklavin für einen Sklaven. Hier ist überall der Kauf nichtig, der Käufer braucht daher nicht zu zahlen, und kann das gezahlte Geld zurückfordern (b). Dieses soll gelten, ohne Unterschied ob der Verkäufer es besser wußte, oder gleichfalls im Irrthum war (c). Offenbar ist hier an das zunächst

(b) L. 9 § 2 L. 11 pr. § 1  
L. 14 L. 41 § 1 de contr. emt.  
(18. 1.).

(c) Die ersten unter den angeführten Stellen sprechen von dem Irrthum des Käufers, ohne

liegende Interesse des Käufers gedacht, nicht einen hohen Preis für eine geringe Waare zahlen zu müssen, und dieser Zweck ist durch die aufgestellte Regel vollständig erreicht. Es hat dieselbe aber auch noch andere Folgen. War z. B. im Vertrag ausgesprochen, daß das Gefäß von Gold sey, und der Preis war für ein goldnes Gefäß nur mäßig, so würde der Käufer wünschen, den Vertrag als gültig zu behandeln und die Differenz des Werths zu verlangen (§ 137. w); dieses kann er nun nicht, weil gar kein Vertrag geschlossen ist, selbst wenn der Verkäufer in dolo war. Allein dieser Betrug wird freylich selbstständige Folgen haben können, unabhängig von dem Vertrag; der unredliche Verkäufer also muß den Käufer entschädigen, wenn dieser durch das, nunmehr als nichtig erkannte, Geschäft irgend einen Verlust erlitten hat (d).

sich über das Bewußtseyn des Verkäufers zu äußern; aber *L. 14 cit.* sagt: „*Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent?*“ Daraus folgt unwidersprechlich, daß in den vorhergehenden Stellen ein wissen der Verkäufer vorausgesetzt wird. Dieses Wissen nun läßt sich noch auf zweyerley Weise denken, redlich und unredlich, indem der Verkäufer ein gleiches Wissen bey dem Käufer vorausgesetzt haben könnte. Allein in den Stellen selbst ist wohl die Unredlichkeit des Verkäufers vorausgesetzt, theils weil der ohne Zweifel weit höhere Preis das Wissen des Käufers

unwahrscheinlich machen mußte, theils weil es in *L. 9 § 2 cit.* heißt: „*si acetum pro vino veneat, aes pro auro.*“ *Veneat* ist so viel als *venditum sit*, das Wort bezeichnet also die Handlung des Verkäufers, welcher Essig anstatt Wein feil geboten und verkauft, also für Wein ausgegeben hat, welches Verfahren bey seinem besseren Wissen nothwendig einen Betrug in sich schließt.

(d) Wegen des Betrugs muß der Verkäufer den Käufer in die Lage setzen, wie wenn von diesem Geschäft nie die Rede gewesen wäre. Hat also der Käufer durch das Geschäft Kosten gehabt,

Diese Richtigkeit des Kaufs war jedoch nicht zu allen Zeiten anerkannt, ihre völlige Anerkennung muß daher der ausgebildeteren Rechtswissenschaft zugeschrieben werden. Zwar hatte sie schon Julian behauptet (e), Marcellus aber verwarf sie (f), und erst durch Ulpian und Paulus (g) mag diese Lehre die unbestrittene Herrschaft erlangt haben. Aus der älteren Zeit hat sich denn auch noch ein Zeugniß für die Meynung erhalten, nach welcher der Kauf eines messingnen Gefäßes für ein goldnes den Vertrag eben so wenig ungültig machen soll, wie der Kauf getragener Kleider, die man für neue hält. Die Stelle ist die theilweise schon oben erklärte *L. 45 de contr. emt.* (18. 1.) (§ 137. s), die unter den neueren Schriftstellern besonders viele Mißverständnisse erzeugt hat. Marcian sagt zuerst, *Labeo führe* (bestätigend) die Meynung des Trebatius an, wenn ein Verkäufer getragene Kleider für

hat er an das vermeintlich goldne Gefäß Arbeitslohn gewendet, oder deshalb einen andern vortheilhaften Kauf versäumt, so kann er Ersatz fordern. Allein für den Gewinn, den er, bey einem wirklich goldnen Gefäß, durch den gültigen Vertrag gemacht hätte, kann er keinen Ersatz fordern. Ganz unrichtig nehmen Manche an, der irrende Verkäufer sey wegen *Culpa* verantwortlich. *Culpa* ist gar nicht allgemein eine *causa obligationis*, wie es der Betrug allerdings ist. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden

ist (der hier fehlt), da ist dieser eine *causa obligationis*, und die daraus entspringende *Obligation* kann durch *Culpa*, wie durch Betrug, modificirt und erhöht werden.

(e) *L. 41 § 1 de contr. emt.* (18. 1.).

(f) *L. 9 § 2 de contr. emt.* (18. 1.). „... Marcellus scripsit .. emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia erratum.“ Das wird nun scheinbar beschränkt, in der That völlig widerlegt.

(g) *L. 9. 11. 14 de contr. emt.* (18. 1.).

neue ausgabe, so könne der Käufer doch nur in dem Fall, wenn er sie wirklich für neu hielt, Entschädigung fordern. Hierauf folgt die aus Pomponius und Julian entlehnte Bestätigung und weitere Ausführung dieser Behauptung. Daran schließt sich endlich die Fortsetzung des von Labeo aufgestellten Satzes (h), indem derselbe nun auch auf metallene Gefäße in folgenden Worten angewendet wird: „quemadmodum si vas aurichalcum (i) pro auro vendisset ignorans, tenetur ut aurum quod vendidit praestet“ (k). Hier ist es einleuchtend, daß der Kauf der me-

(h) Die Worte: quam sententiam et Pomponius bis: quod ex eo contingit bilden eine, bloß auf das vorhergehende zu beziehende, Parenthese. Dieses Verhältniß der Sätze wird schon durch die wechselnde Construction angedeutet, denn der Zwischensatz schließt mit: qui ait ... teneri, während der folgende Satz so lautet: quemadmodum .. tenetur, welches nicht mehr durch qui ait regiert werden kann. Noch sicherer aber folgt es daraus, daß der Schlusssatz unmöglich von Julian herrühren kann, weil dieser nach L. 41 § 1 eod. über die Metallgefäße die entgegengesetzte Meynung hatte.

(i) aurichalcum oder orichalcum ist Messing, eine Mischung aus Kupfer und Galmey, wie es auch die Alten beschreiben; nicht, wie es Manche nach einer täuschenden Etymologie erklären wollten, Mischung aus Gold und Ku-

pfer, welches gerade für unsere Untersuchung ein entgegengesetztes Resultat geben müßte. Hier wird das Wort, welches außerdem nur substantivisch vorkommt, als Adjectivum gebraucht. Dieser (bey einem nicht häufigen Wort minder erhebliche) Anstoß hat in der Vulgata die Lesart si vas aurichalci, bey Haloander die wichtigere Emendation si vas aurichalcum veranlaßt, welche letzte wohl durch keine Handschrift unterstützt wird, und verworfen werden muß.

(k) Scheinbaren Anstoß erregt es, daß es erst heißt aurichalcum vendidisset, und nachher doch aurum quod vendidit. Aber Beides ist richtig; er verkaufte in der That Messing, nach seinen Worten (also nach dem Inhalt des Contracts) Gold. Die Worte ut aurum quod vendidit praestet sind so zu verstehen: er soll für das im Vertrag zuge-

tallenen Gefäße dem Kleibertauf völlig gleich gestellt, und daß bey beiden gleichmäßig die Gültigkeit des Vertrags entschieden angenommen wird. Da nun in den anderen angeführten Stellen bey Metallgefäßen gerade das Gegentheil angenommen wird, so nahmen hieran mit Recht unsere Schriftsteller Anstoß. Die Vereinigungsversuche sind indgesammt gezwungen und unbefriedigend ausgefallen, theilweise widersprechen sie geradezu den Worten(1). Das Einfachste ist aber wohl, die Äußerung des Labeo, eben so wie die des Marcellus, zu der älteren, nunmehr verworfenen, Meynung zu zählen. Ob Marcian diese Meynung billigte, oder vielleicht in der nicht mit excerptirten Fortsetzung der Stelle widerlegte, läßt sich nicht ausmachen. Zu tabeln sind die Compileren nur insofern, als sie diese Äußerung eines sehr alten Juristen in einer solchen Gestalt aufgenommen haben, aus welcher nicht unmittelbar, und ohne Vergleichung anderer Stellen, ihre spätere Verwerfung erhellt; das Versehen erklärt sich aber daraus, daß dieser Fall hinter dem andern, ganz unbedenklichen, Fall von den alten Kleidern erwähnt war, durch welche Verbindung den Compileren die wesentliche Verschiedenheit unbemerkt blieb, wie denn ähnliche Fälle öfter vorkommen (vgl. § 124. i).

sagte Gold Entschädigung leisten. Darauf geht nämlich die actio emti, s. o. § 137. w.

die Sache gründlich behandelt) die Vereinigung höchst gezwungen; eben so bey Richelmann S. 69. Die Meisten helfen sich damit, daß sie auf die Schwierigkeit nicht recht eingehen.

(1) So ist bey AVERANIUS Interpr. I. 19 § 9. 10 (der übrigens

Ich will es nun versuchen, die in den angeführten Stellen nicht erwähnten, aber verwandten Fälle, nach den dort angewendeten Grundsätzen zu beurtheilen. Wenn der Käufer weiß, daß das Gefäß nur vergoldet ist, welches der Verkäufer für Gold hält, so gilt der Kauf, und der versprochene Preis muß gezahlt werden; denn der Käufer irrt nicht, und in dem irrenden Verkäufer ist kein denkbares Rechtsinteresse durch Annahme der Ungültigkeit zu schützen (m). — Wenn umgekehrt der Verkäufer das wirklich goldne Gefäß für vergoldet hält, und in diesem Irrthum verkauft, so ist nach derselben Regel, die in jenen Stellen zum Schutz des Käufers angewendet wurde, auch der Verkauf für nicht geschlossen zu halten (n); es ist auch dabey gleichgültig, ob der Käufer in demselben Irrthum war oder nicht.

Die hier über den Kauf und Verkauf aufgestellten Regeln sind unbedenklich auch auf den Tausch anzuwenden, dessen innere Verwandtschaft mit dem Kauf, an sich selbst

(m) Wer ein Gefäß um Hundert verkaufen will, das er für ein goldnes hält, kann unmöglich diesen Verkauf abweisen, wenn er erfährt, daß es nur vergoldet ist. Es ist genau derselbe Fall wie in *L. 52 loc. (19. 2.)*, wo Derjenige, welcher ein Grundstück um Zehen pachten will, geradezu so angesehen wird, als hätte er auch um Fünf pachten wollen, ohne daß er weiter hierüber gefragt wird. Es ist in beiden Fällen von einem reinen

Mehr und Weniger die Rede. Auch spricht dafür die augenscheinliche Analogie von *L. 57 § 2 L. 58 de contr. emt. (18. 1.)*.

(n) Man könnte dagegen einwenden, jeder Verkäufer müsse die Eigenschaften seiner Sache kennen, und der Irrthum sey daher seine eigene Schuld (*L. 15 C. de resc. vend. 4. 44.*). Allein bey dem unächten Irrthum, wovon hier die Rede ist, kommt auf die Verschuldung überhaupt Nichts an.

unverkennbar, in unsren Rechtsquellen deutlich ausgesprochen ist (o).

Bey dem Miethcontract wird seltner eine Veranlassung zu diesen Regeln vorkommen (p). Wo sie aber vorkäme, würde es dieser Regeln nicht etumal bedürfen, da hier der Vertrag auf Gebrauch gerichtet ist, welcher an sich schon eine bestimmte Form und Gebrauchsart der Sache voraussetzt. Daher wird hier auch in ähnlichen Fällen dem Miether ein viel durchgreifenderer Schutz als dem Käufer gewährt (q).

Bey der Schenkung (r) sind folgende Grundsätze anzuwenden. Wird ein vergoldetes Gefäß geschenkt, das der Beschenkte für Gold hält, so ist die Schenkung dennoch gültig, da der Irrende kein mögliches Rechtsinteresse dagegen hat; denn dieses geringere Gefäß ist doch mehr werth, als gar Nichts. Wird umgekehrt ein goldnes Ge-

(o) *L. 2 de rer. perm.* (19. 4.).

(p) Es wäre möglich bey Sklaven und Sklavinnen; eben so wenn Jemand ein Silberservice miethen wollte, und ein plattirtes erhielte.

(q) Wenn ein Haus nach geschlossenem Kauf abbrannt, so trifft der Schade den Käufer, der das ganze Kaufgeld bezahlen muß; brennt es ab nach geschlossenem, ja sogar nach theilweise erfülltem Miethcontract, so wird von der Zeit des Brandes an kein Miethgeld gezahlt. *L. 19 § 6 locati* (19. 2.).

(r) Es ist gleichgültig, ob hier von einem Schenkungsverspre-

chen, oder von der Tradition als Schenkung, die Rede seyn mag. Denn auch die Tradition erhält ihre Kraft nur durch die donationis causa, den donandi animus, und dieser eben wird durch den wesentlichen Irrthum ausgeschlossen. — Ich betrachte übrigens hier die Schenkung rein als solche, wobey das Versprechen nach *L. 35 C. de don.* (8. 54.) die Natur eines b. f. contractus hat. Inwiefern die hinzutretende Stipulation einen Unterschied macht, wird sogleich untersucht werden.

schenkt, das der Schenkende für vergoldet hält, so ist die Schenkung, ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn des Beschenkten, für ungültig zu halten. Dafür spricht die Analogie der gleichartigen Regel für den Verkauf, die hier sogar noch höheren Anspruch auf Anerkennung haben muß.

Dasselbe ist unbedenklich auch anzunehmen, wenn ein Testator in einem so wesentlichen Irrthum über die legitime Sache ist.

Bey der Stipulation wird ausdrücklich gesagt, das Versprechen sey gültig, auch wenn der Glaubiger das Bronzegefäß für Gold halte (s). Dieses könnte nun schon aus der Natur des einseitigen Vertrags gefolgert werden, eben so wie bey der Schenkung (t), weil Bronze mehr ist als Nichts. Allein der Grund, den der alte Jurist an giebt (quoniam in corpore consenserimus), deutet auf mehr. Da nämlich derselbe Jurist (Paulus) bey dem Kauf den Consens in corpore für nicht hinreichend hält, um bey Gold und Bronze den Irrthum über den Stoff zu beseitigen (u), so will er ohne Zweifel sagen, die freye

- (s) *L. 22 de V. O.* (45. 1.). „Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me feceris.“ Der dolus geht darauf, wenn mit Rücksicht auf eine (vergangne oder künftige) Gegenleistung die Stipulation geschlossen ist, welche da-
- durch dennoch nicht aufhört, ein einseitiger Vertrag zu seyn. Fehlt in der Stipulation die doli clausula, so gilt hier freylich nicht die Stipulationsklage, aber unstreitig die doli actio.
- (t) Nämlich die Stipulation kann zugleich eine Schenkung seyn, dann fallen beide Gesichtspunkte zusammen; das ist aber ganz zufällig; vgl. Note s.
- (u) *L. 10 de contr. emt.* (18.

aequitas, die zu dieser etwas künstlichen Behandlung bey dem Kauf geführt habe, dürfe bey der streng buchstäblichen Natur der Stipulation nicht gelten. Daraus folgt denn, daß auch die Stipulation gelten mußte, worin der Schuldner das versprochene Gefäß für vergoldet hielt, welches in der That Gold war. Für unser heutiges Recht übrigens kann dieses gleichgültig seyn.

Endlich wird noch diese Art des Irrthums erwähnt bey der Verpfändung. Empfängt der Glaubiger als Pfand ein vergoldetes Gefäß, das der Verpfänder für Gold ausgiebt, so soll das Pfandrecht dennoch begründet seyn (v). Dieses folgt wieder aus der Natur des einseitigen Vertrags, da das vergoldete Gefäß mehr Sicherheit giebt als gar Nichts. Es wird aber hinzugesetzt, gegen den Verpfänder gehe eine *pignoraticia contraria actio*, und außerdem habe er sich eines *Stellionats* schuldig gemacht (vorausgesetzt, daß er in *dolo* war, welches aus der Zusage allein nicht nothwendig folgt). Die *pignoraticia contraria*, die durch die Zusage unzweifelhaft begründet ist (§ 137. w), geht darauf, daß ein Pfand von gleichem Werth mit dem versprochenen goldnen Gefäß gegeben

1.), die offenbar dieselbe Ansicht voraussetzt, wie die vorhergehende *L. 9 eod.*

(v) *L. 1 § 2 de pign. act.* (13. 7.). — Ein ganz verschiedener, nicht hierher gehörender Fall ist es, wenn ein goldnes Gefäß wirklich verpfändet, diesem aber

nachher bey der Übergabe ein vergoldetes untergeschoben wird. Hier ist das Rechtsgeschäft ohne Irrthum vollendet, und die Vertauschung gilt als Diebstahl. *L. 1 § 1 de pign. act.* (13. 7.), *L. 20 pr. de furtis* (47. 2).

werde. Aber ich glaube, daß dieselbe Klage, als b. f. actio, auch außer dem Fall einer ausdrücklichen Zusage gelten muß, wenn nur der wahre Werth der verpfändeten Sache nicht im Verhältniß mit dem Betrag der Schuld steht. Denn auch in anderen Fällen gilt diese Klage, wenn der Glaubiger aus Irrthum ein Pfand annimmt, das ihm keine hinreichende Sicherheit gewährt: namentlich wenn die verpfändete Sache in fremdem Eigenthum, oder schon an Andere verpfändet, oder wenn der verpfändete Sklave durch Krankheit von geringerem Werth ist (w).

### §. 139.

#### III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Gränze dieses Falles.

Es ist bisher eine Reihe von Fällen angegeben worden, in welchen der Irrthum bey einem Rechtsgeschäft als ein wesentlicher, das heißt den Willen ausschließender, zu betrachten ist (§ 135 — 138). Wegen der Wichtigkeit dieses Einflusses ist es nun noch nöthig, die Gränze dieses Falles dadurch fester zu bestimmen, daß einige verwandte Fälle, denen dieselbe Natur leicht zugeschrieben werden möchte, ausdrücklich davon ausgeschlossen werden.

Es darf also nicht dahin gerechnet werden der wichtige Fall, da die Ausführung eines Rechtsgeschäfts schon zu der Zeit, worin das Geschäft geschlossen wurde, unmöglich war, z. B. wenn eine verkaufte Sache dem Ver-

(w) L. 9 pr., L. 16 § 1, L. 32, L. 36 § 1 de pign. act. (13. 7).

kehr entzogen, oder zur Zeit des Verkaufs schon untergegangen ist. Zwar wird hier gewöhnlich auch ein Irrthum über die Eigenthumsfähigkeit oder das Daseyn der Sache vorhanden seyn: auch ist in der Regel die Wirkung, eben so wie bey dem wesentlichen Irrthum, Nichtigkeit des Geschäfts; dennoch hat dieser Fall eine ganz andere Natur, und gehört gar nicht in den gegenwärtigen Kreis der Betrachtung. Zwar werden auch hier gewöhnlich die Parteyen in Unwissenheit über den Untergang der Sache seyn, wodurch man verleitet werden möchte, diesen Fall mit dem wesentlichen Irrthum über die Eigenschaften in Verbindung zu setzen. Allein der Irrthum ist dabey keinesweges nothwendig, vielmehr wird die Nichtigkeit unbedingt, ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn der handelnden Personen, ausgesprochen (a), ja sie wird ausdrücklich für den Fall anerkannt, da der Käufer jenen Grund der Ungültigkeit kannte (b). Demnach ist hier überhaupt nicht von einer mangelhaften Willenserklärung die Rede, diese ist vielmehr in sich vollendet, und alles Besondere, was hier eintritt, liegt in einem ganz anderen Gebiets, dem der Ausführung des Willens, oder seiner Wirkungen. Diese Wirkungen aber können nicht in einer gemeinsamen Betrachtung zusammengefaßt werden, da sie bey den einzelnen Klassen der Rechtsverhältnisse zu verschiedenartig sind;

(a) L. 8 L. 15 pr. L. 34 § 1 de contr. emt. (18. 1.), L. 1 § 9 de O. et A. (44. 7.).

(b) L. 6 pr. L. 34 § 2 de contr. emt. (18. 1.).

304 Buch II. Rechtsverhältnisse. Kap. III. Entziehung und Untergang.  
fe-müssen daher dem besondern Theile des Systems vorbehalten bleiben (c).

Ferner ist der Irrthum in den Beweggründen in der Regel ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte (d). Auch wenn der Beweggrund ausgesprochen wird, und sich ungegründet befindet (*falsa causa*), so ist darum das Geschäft nicht weniger gültig (e). Nur giebt es bey Testamenten mehrere Fälle, in welchen der Irrthum die Verfügung entkräftet, wobey es dann wieder gleichgültig ist, ob der Beweggrund ausgesprochen war oder nicht (f). Auch kann bey allen Rechtsgeschäften dem Beweggrund die Gestalt einer Bedingung oder eines Modus gegeben werden, in welchem Fall er nach der Natur dieser Rechtsverhältnisse wirkt. Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft seyn, ob eine gegebene Erklärung die eine oder andere dieser Bedeutungen haben soll, da es denn auf deren Auslegung ankommt (g).

(c) So muß also z. B. bey den Verträgen der Fall beachtet werden, wenn die Ausführung unmöglich ist wegen des Untergangs der Sache oder wegen ihrer Unfähigkeit zum Eigenthum. Eben dahin aber gehört auch der Fall, da der Inhalt des Vertrags, wegen seiner Widerrechtlichkeit oder Unstiftlichkeit, nicht zur Ausführung kommen darf, in welchem Fall auch nicht einmal der Schein einer mangelhaften Willenserklärung vorhanden ist. Diese Fälle, bezogen auf den Inhalt der Ver-

träge, stehen unter einander in derselben Verbindung, in welcher sie oben in Beziehung auf die Bedingungen (die eine allgemeinere Natur haben) betrachtet worden sind (§ 121 — 124).

(d) Vgl. § 115, und Beilage VIII. Num. X. XI. XVII.

(e) ULP. XXIV. § 19. § 31 *J. de leg.* (2. 20.), *L.* 17 § 2 *L.* 72 § 6 *de cond.* (35. 1.), *L.* 1 § 8 *de dote prael.* (33. 4.).

(f) Beilage VIII. Num. XVII.

(g) § 31 *J. de leg.* (2. 20.),

Ferner ist in der Regel unwesentlich der bloße Irrthum über Eigenschaften des Gegenstands eines Rechtsverhältnisses, mag auch die irrige Annahme derselben zugleich der Beweggrund für den Willen gewesen seyn. Dieses ergiebt sich am unzweifelhaftesten aus dem Gegensatz der wenigen, beschränkten Fälle, in welchen der die Eigenschaften betreffende Irrthum in der That ein wesentlicher ist, und daher den Willen ausschließt (§. 137. 138).

Unwesentlich ist eben so der Irrthum in der namentlichen Bezeichnung persönlicher oder sachlicher Individuen (nomen), vorausgesetzt daß die Person oder Sache richtig gedacht, und nur der Name verwechselt ist (h). — Eben so ist gleichgültig die unrichtige Benennung eines Rechtsgeschäfts (z. B. Kauf oder Schenkung), wenn die Parteyen aus Rechtsunkunde für das von ihnen wirklich gemeinte Geschäft einen falschen Namen gewählt haben (§ 134. 1). — Endlich auch ist gleichgültig das in einem Testament von dem Testator selbst, oder von dem Schreiber dem er dictirte, falsch geschriebene Zahlzeichen, wenn nur die Zahl selbst, an die der Testator dachte, außer Zweifel steht (i).

L. 17 § 3 *de cond.* (35. 1.), L. 2 § 7 L. 3 *de don.* (39. 5.).

(h) So bey Erbeinsetzungen und Legaten in Ansehung der Personen. § 29 *J. de leg.* (2. 20.), L. 16 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), L. 4 *C. de test.* (6. 23.); in Ansehung der legitirten Sachen. L. 4 *pr. de leg.* 1 (30. un.), L. 28 *de reb. dub.* (34. 5.), L. 7 § 1

*C. de leg.* (6. 37.). — Eben so bey Contracten. L. 32 *de V. O.* (45. 1.), L. 9 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.). — Bey der Wahl eines Richters. L. 80 *de jud.* (5. 1.). — Bey der Tradition. L. 34 *pr. de adqu. poss.* (41. 2.).

(i) L. 9 § 2. 3. 4 *de her. inst.* (28. 5.).

— Dagegen ist nicht gleichgültig die irrige appellative Bezeichnung einer Gattung von Sachen; das Gemeyne, aber nicht Ausgedrückte, soll hier nicht gelten (k).

Ferner ist auch unwesentlich der Irrthum in der beschreibenden Bezeichnung von Individuen (*demonstratio*), das heißt in der Angabe nicht vorhandener Eigenschaften oder Verhältnisse derselben, wenn nur wiederum der richtige Gedanke dem Erklärenden beygewohnt hat (l). — Anders ist es, wenn die falsche Beschreibung zusammenfällt mit einem falschen Beweggrund, und dieser zugleich ein solcher ist, welcher ausnahmsweise den Willen entkräftet (m). — Von dem Fall der bloßen Beschreibung ist zu unterscheiden die Angabe der Eigenschaft einer Gattung, wodurch diese auf eine besondere Art beschränkt wird.

(k) *L. 4 pr. de leg. 1* (30. un.). „... rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.“ *L. 7 § 2 de suppell.* (33. 10). „... ex communi usu nomina exaudiri debere ... non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit“ ... Das wird dabey freylich anerkannt, daß auch die Gattung nicht gelte, die der Testator wörtlich bezeichnet, aber nicht gemeynt habe. — Indessen, auch mit dieser natürlichen Beschränkung, ist doch der Satz aus der etwas ängstlichen Behandlung der Legate zu erklären, und dürfte sich im heutigen Recht schwerlich rechtfertigen lassen. Wenigstens

bey Verträgen scheint es unbedenklich, diejenige Gattung gelten zu lassen, an welche die Contractanten übereinstimmend gedacht haben, selbst wenn sie dieselbe mit einem unrichtigen Ausdruck bezeichnet haben mögen.

(l) So bey der Person des Erben oder Legatars. *L. 17 § 1 L. 33 pr. L. 34 pr. L. 40 § 4 de cond.* (35. 1.), *L. 48 § 3 de her. inst.* (28. 5.), *L. 5 C. eod.* (6. 24.); bey der legitimen Sache. *ULPIAN. XXIV. § 19, § 30 J. de leg.* (2. 20.), *L. 17 pr. § 1 L. 72 § 8 de cond.* (35. 1.), *L. 35 § 1. 2 L. 102 § 1 de leg. 3* (32. un.), *L. 28 de reb. dub.* (34. 5.).

(m) *Beylage VII. Rom. XVII.*

Diese Bestimmung ist eben so von Einfluß, wie die der Gattung selbst; ist sie nun irrig, indem eine solche Eigenschaft bey der ganzen Gattung nicht vorkommt, so daß die Haupt- und Nebenbestimmung mit einander im Widerspruch stehen, so wird dadurch das ganze Rechtsgeschäft entkräftet (n).

## §. 140.

## IV. Vertrag.

Unsere Betrachtung der juristischen Thatsachen ist bis jetzt stets vom Allgemeinen zum Besonderen fortgeschritten: von der Thatsache überhaupt zur freyen Handlung, von dieser zur Willenserklärung (§ 104 fg.). Wir gehen auf diesem Wege einen Schritt weiter, indem wir das Wesen des Vertrags zu bestimmen suchen, welcher unter allen Arten der Willenserklärung die wichtigste und umfassendste ist. Der Begriff desselben ist Allen, auch außer dem Gebiet unsrer Wissenschaft, geläufig, den Juristen aber durch vielfache Anwendungen so bekannt und unentbehrlich, daß man überall eine gleichförmige und richtige Auffassung desselben erwarten möchte; dennoch fehlt hieran sehr viel.

(n) *L. 7 § 1 de trit. (33. 6.)*, „*Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato*, Oskius, nihil legatum esse, quod et Labeo probat: quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non

esset: quod verum puto.“ Der Modius Weizen mochte im Durchschnitt kaum fünf und zwanzig Römische Pfunde wiegen (PLINIUS H. N. XVIII. 7.), Weizen zu Hundert Pfund schwer war also unmöglich zu finden.

Ich will es versuchen, durch die Analyse eines Falles, an dessen Vertragsnatur Niemand zweifelt, den Begriff selbst zur Anschauung zu bringen. Betrachten wir zu diesem Zweck den Kaufcontract, so ist das Erste, was wir dabey wahrnehmen, eine Mehrheit einander gegenüber stehender Personen. In diesem besonderen Fall, so wie in den meisten, sind es gerade zwey Personen; in manchen Fällen aber, wie bey der Societät, ist die Anzahl ganz zufällig, und so müssen wir bey dem allgemeinen, unbestimmten Merkmal der Mehrheit stehen bleiben. — Diese Mehreren müssen irgend Etwas, und zwar Beide dasselbe, bestimmt gewollt haben, denn so lange noch entweder Unentschiedenheit, oder Mangel an Übereinstimmung vorhanden ist, wird Niemand einen Vertrag annehmen können. — Sie müssen sich dieser Übereinstimmung bewußt geworden seyn, das heißt der Wille muß gegenseitig erklärt worden seyn, da der bloß gefaßte, aber heimlich gehaltene Entschluß nicht als Bestandtheil eines Vertrags gelten kann. — Ferner ist der Gegenstand des Willens zu beachten. Kommen zwey Menschen mit einander überein, sich gegenseitig in Tugend, Wissenschaft, Kunst, durch Rath und Beyspiel zu fördern, so würde das nur sehr uneigentlich ein Vertrag genannt werden. Der Unterschied von dem beyspielsweise angeführten Kaufcontract, der wirklich ein Vertrag ist, liegt aber darin, daß in diesem der Wille auf ein Rechtsverhältniß als Zweck gerichtet ist, in jenen Fällen auf andere Zwecke. — Aber auch die bloße Rich-

tung auf ein Rechtsverhältniß ist noch nicht hinreichend. Wenn die Mitglieder eines Gerichtshofs, nach langen Debatten, über ein Urtheil sich einigen, so finden sich alle bisher angegebene Merkmale, auch ein Rechtsverhältniß ist Zweck des Beschlusses, und dennoch ist kein Vertrag anzunehmen. Der Grund liegt darin, daß das Rechtsverhältniß ihnen fremd, nicht wie bey dem Kaufcontract ihr eigenes ist.

Die angegebenen Merkmale lassen sich in folgenden Begriff zusammenfassen. Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. — Dieser Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren, oben dargestellten Begriffs der Willenserklärung. Er unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen, anstatt daß die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Person ausgehen kann.

Unter den zu diesem Begriff zusammengefaßten Merkmalen ist nur eines einer näheren Erwägung bedürftig, da gerade hierin der Sitz mancher Misverständnisse ist: das Merkmal des Rechtsverhältnisses. Es fragt sich nämlich, ob Rechtsverhältnisse aller Art, oder etwa nur eine einzelne Art derselben, Gegenstand des Vertrages seyn können. Von dieser Seite nun müssen wir für den angegebenen Begriff die ausgedehnteste Anwendbarkeit in An-

spruch nehmen. Es sind also Verträge möglich im Völkerrecht, im Staatsrecht, im Privatrecht: in diesem ferner bey allen Arten der ihm angehörenden Rechtsinstitute.

Völkerrechtliche Verträge finden sich in allen Bündnissen, Friedensschlüssen, wie in der Unterwerfung eines souveränen Staats unter die Hoheit eines andern, oder umgekehrt in der Verwandlung von Bestandtheilen eines Staats in einen eigenen, selbstständigen Staat (a). Die Römischen Juristen nennen den völkerrechtlichen Vertrag *publica conventio* (b); sie warnen vor der mißbräuchlichen Anwendung der Regeln und Formen des Privatrechts auf denselben (c).

Staatsrechtliche Verträge sind namentlich in Deutschland häufig vorgekommen: so zwischen dem Fürsten und den Ständen, zwischen verschiedenen Mitgliedern eines regierenden Hauses. Recht entschieden tritt diese Form ins-

(a) Von Unterwerfungsverträgen in mancherley Abstufungen liefert die Römische Geschichte viele Beispiele. Die Verträge, wodurch souveräne Staaten entstehen, sind meist die Folge von Revolution und Krieg: so die Losreißung Hollands von Spanien, der vereinigten Staaten in Nordamerika von England, Belgiens von Holland, der Spanischen und Portugiesischen Colonien vom Mutterland. Sie kommen aber auch als friedliche und freiwillige vor: so wenn in Nordamerika eine Anzahl von Einwohnern zu einem neuen Staat vereinigt werden.

(b) *L. 5 de pactis* (2. 14.).

(c) GAIUS III. § 94. Nachdem er zuerst gesagt hatte, nur Römische Bürger könnten in der Formel: *Spondeo? Spondeo* gültig contrahiren, fährt er fort: „Unde dicitur, uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si Imperator noster Principem alicujus peregrini populi de pace ita interroget: *Pacem futuram spondeo? vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est: quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed jure belli res vindicatur.*“

besondere in der Wahlkapitulation des Kaisers hervor (d). — Dagegen ist in diesem Gebiet dem Vertrag manche irrige Anwendung beygelegt worden. So bey der ursprünglichen Entstehung der Staaten, die häufig auf einen Vereinigungs- und Unterwerfungs-Vertrag zurückgeführt wird, da doch jede Ableitung derselben aus individueller Willkühr verneint werden muß (§ 9). Eben so aber auch bey dem Eintritt des Einzelnen in den Staat. Wie nämlich der Mensch durch seine Geburt Glied einer Familie wird, und zwar in der Regel einer durch Ehe rechtlich geordneten Familie: eben so wird er durch Geburt Glied eines Volks und zugleich eines Staates, welcher nur die Erscheinung des Volks in bestimmter Rechtsform ist. Durch jenes, wie durch dieses Band wird der Einzelne an das Ganze der Menschheit angeknüpft, lange ehe er ein Bewußtseyn davon haben kann; daher ist es für beiderley Verbindungen gleich unzulässig, sie auf Vertrag, also auf individuelle, Willkühr, zurück zu führen. Allein das ursprünglich vorhandene Familienband kann durch freye Handlungen modificirt oder nachgeahmt werden, namentlich durch Emancipation und Adoption. Eben so ist es denkbar, daß der Einzelne durch freyen Entschluß den angeborenen Staat verlasse, und in einen neuen eintrete; auch diese Verände-

(d) Am Schluß des Eingangs heißt es: „daß Wir Uns demnach aus freyem gnädigen Willen mit denselben . . Kurfürsten, für sich und sämmtliche Fürsten und Stände des heiligen römischen

Reichs geding- und paktsweise dieser nachfolgenden Artikel vereiniget, verglichen, angenommen und zugesagt haben.“

rung kann, je nach den Einrichtungen eines Staates, die Form eines wahren Vertrags annehmen.

Die privatrechtlichen Verträge aber sind unter allen die mannigfaltigsten und häufigsten, und sie allein haben die gegenwärtige Betrachtung veranlaßt. Hier nun kommt der Vertrag bey allen Arten der Rechtsinstitute vor, und überall als eine der wichtigsten Rechtsformen. So zuerst bey den Obligationen, und zwar vor Allem zur Begründung derselben, welche Verträge man vorzugsweise die obligatorischen nennt: eben so aber auch zur Auflösung der Obligationen. — Ferner im Sachenrecht, und zwar gleichfalls in der ausgedehntesten Anwendung. So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf. Eben so entstehen die Servituten regelmäßig durch Vertrag, man mag nun mit den Meisten eine Tradition fordern, wie bey dem Eigenthum, oder den bloßen Vertrag an sich für genügend halten. Eben so entsteht durch Vertrag die Emphyteuse, die Superficies, das Pfandrecht; bey diesem letzten ist

nicht einmal die irrige Behauptung versucht worden, daß noch eine Tradition hinzutreten müsse. — In diesen häufigen und wichtigen Fällen wird die Vertragsnatur der Handlung meist übersehen, weil man sie nicht gehörig von dem obligatorischen Vertrag unterscheidet, welcher jene Handlung gewöhnlich vorbereitet und begleitet. Wird zum Beispiel ein Haus verkauft, so denkt man gewöhnlich an den obligatorischen Kauf, und ganz richtig; aber man vergißt darüber, daß die nachfolgende Tradition auch ein Vertrag ist, und ein von jenem Kauf ganz verschiedener, nur durch ihn nothwendig gewordener. Die Verwechslung wird recht anschaulich durch die seltneren Fälle der Tradition ohne vorhergehende Obligation, wie bey dem Geschenk an einen Bettler, das einen wahren Vertrag enthält ohne alle Obligation, bloßes Geben und Nehmen in übereinstimmender Absicht; ferner durch die Verpfändung ohne Besitz (hypotheca), wobey durch Vertrag bloß das dingliche Pfandrecht entsteht, gar keine Obligation. Man könnte, zur schärferen Unterscheidung alle diese Fälle als dingliche Verträge bezeichnen. — Endlich gehören unter die privatrechtlichen Verträge auch diejenigen, wodurch in der Familie Rechtsverhältnisse bestimmt werden, namentlich die Ehe, die Adoption, die Emancipation. Die Einwürfe gegen die Vertragsnatur der Ehe werden im folgenden §. geprüft werden; die Vertragsnatur der Adoption und Emancipation ist bey den durch ihr Alter handlungsfähigen Kindern nicht zu bezweifeln. Für diese Art

der Verträge würde die Benennung der Familienverträge an sich passend seyn; sie ist jedoch nicht rathlich, weil sie nach dem herrschenden Sprachgebrauch schon für andere (das Vermögen betreffende) Verträge angewendet zu werden pflegt.

### §. 141.

#### IV. Vertrag. (Fortsetzung.)

Von der hier gegebenen Darstellung des Begriffs vom Vertrag weichen unsre Schriftsteller, ältere und neuerd, darin ab, daß sie eine einzige unter den angegebenen Anwendungen für den Gattungsbegriff selbst nehmen, indem sie den Vertrag im Allgemeinen so erklären, und mit dem Ganzen ihrer Systeme in solche Verbindung setzen, als wäre der obligatorische Vertrag der einzige überhaupt (a). Sie geben dadurch dem Begriff eine zu enge Begränzung, und schließen viele wichtige Fälle von dessen Anwendung aus, anstatt daß im Staatsrecht nicht selten eine zu ausgedehnte Anwendung jenes Begriffs gemacht wird (§ 140). Der Grund dieser unvollständigen Auffassung liegt darin, daß der obligatorische Vertrag nicht nur der häufigste unter allen ist, sondern auch derjenige, in welchem die Ver-

(a) DONELLUS Lib. 12 C. 6. Lehrbuch der Pandekten 1838  
 HOFACKER T. 3 § 1752. Thi- § 237 wird die allgemeinere Be-  
 baut § 444. Heise B. 3 § 69. deutung der Verträge ganz aus-  
 MÜHLENBRUCH § 331. Mackel- drücklich anerkannt.  
 dey § 353. — Von Puchta

tragsnatur augenscheinlicher und wirksamer als in anderen Anwendungen hervortritt. Dieses zeigt sich deutlich in einer Stelle des Ulpian, welcher den Vertragsbegriff im Allgemeinen festzustellen sucht (b). Er wählt dafür zuerst den Ausdruck *Pactio*, und erklärt diesen genau in dem allgemeinen, umfassenden Sinn, welchen ich dem Vertrag zugeschrieben habe: *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus*. Darauf wird der Ausdruck *Conventio* gebraucht, augenscheinlich nur als abwechselnde Bezeichnung, nicht als ob *Conventio* etwas Anderes, oder Engeres, oder Weiteres ausdrücken sollte. Diese *Conventio* nun wird Anfangs eben so allgemein erklärt, dann aber verliert sich unvermerkt der Gattungsbegriff ganz in die einzelne Art der obligatorischen Verträge.

Man könnte jedoch leicht diesem Gegensatz der Meynungen eine größere Wichtigkeit beylegen, als ihm in der That zukommt. Wenn nämlich nun von mir allgemeine Rechtsregeln über die Verträge aufgestellt würden, die ich auf die Ehe, Tradition u. s. w. anwendete, während Andere diese Anwendung unterließen, so würde darin eine wichtige praktische Verschiedenheit enthalten seyn. So ist es aber nicht. Denn die für die Verträge geltenden Rechtsregeln beziehen sich auf die ihnen zum Grunde liegenden allgemeineren Begriffe der freyen Handlungen oder der Willenserklärungen (§ 104. 106. 114); so die Lehre von den Altersstufen, von Zwang und Irrthum, von den Bes-

(b) L. 1 § 2. 3. 4 *de pactis* (2. 14.).

dingungen u. s. w. Diese sind also auf alle Willenserklärungen unzweifelhaft anwendbar, folglich unabhängig von der hier angeregten Streitfrage. Man kann in dieser Hinsicht die Verträge beynahe als gleichbedeutend ansehen mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden überhaupt, und in diesem Sinn ist von ihnen auch schon bisher häufig geredet worden (§ 116. a). Was aber außerdem noch bey den Verträgen von Wichtigkeit ist, namentlich die Eintheilungen derselben, und vorzüglich der Gegensatz der *contractus* und *pacta*, bezieht sich in der That nur auf die obligatorischen Verträge. Und so können wir uns an dieser Stelle damit begnügen, dem Begriff des Vertrags seine wahre Ausdehnung vindicirt zu haben, ohne bey demselben in allgemeiner Betrachtung länger zu verweilen.

Wollte man indessen die eingeräumte mindere Wichtigkeit des hier erhobenen Streites dazu benutzen, um den Streit selbst für leer und überflüssig auszugeben, so müßte ich dieser Ansicht sehr bestimmt widersprechen. Es haben sich nämlich an die gerügte unvollständige Auffassung des Vertragsbegriffs manche Irrthümer angeknüpft, deren gänzliche Beseitigung nicht unerheblich ist. Wer den obligatorischen Vertrag für den einzigen überhaupt hält, und also die Vertragsnatur in der Tradition verkennet, kann diese nur sehr einseitig auffassen. Zwar wird er bey ihr die nothwendige Handlungsfähigkeit, den Einfluß von Zwang und Betrug, die Möglichkeit von Bedingungen u. s. f., wo diese gerade zur Sprache kommen, nicht völlig verneinen,

weil dieses widersinnig wäre; aber er wird bey ihr diese Momente nicht aus dem wahren Grund und nicht im rechten Zusammenhang anerkennen, und dadurch wird unvermeidlich die Einsicht in das Wesen eines Rechtsverhältnisses verkümmert. Eben so wird er die Ehe entweder gar nicht als Vertrag ansehen, und daraus wird ihm derselbe Nachtheil entstehen, welcher so eben bey der Tradition bemerkt worden ist; oder er wird genöthigt seyn, sie unter die obligatorischen Verträge aufzunehmen, wie man sie denn in der That als einen neuen, von den Römern seltsamerweise nicht beachteten, Consensualcontract neben den Kauf und die Societät zu stellen versucht hat (c). Dadurch aber wird das Wesen der Ehe im höchsten Grad entstellt, ja herabgewürdigt. Die hier, im Widerstreit mit der herrschenden Ansicht, aufgestellte Behauptung geht also keinesweges bloß auf die Berichtigung eines Sprachgebrauchs; denn daß die Römer die Ausdrücke Pactio, Pactum und Conventio, von anderen als den obligatorischen Verträgen wirklich gebraucht haben, wird von mir gar nicht behauptet, und der Umfang, in welchem man unsren Deutschen Kunstausdruck gebrauchen will, ist an sich nicht von Erheblichkeit. Wichtig aber ist es, daß das Gemeinsame, wodurch die Ehe, die Tradition u. s. w. mit den obligatorischen Verträgen verwandt sind, bestimmt aner-

(c) Langsdorf de pactis et contractibus Romanorum, einen besonderen Consensualcontract an, sondern geradezu als Mannhemii 1777. 4. § 73. Er sieht freylich die Ehe nicht als eine Art der Societät.

kannt und in einzelnen Anwendungen durchgeführt werde; will man aber dieses Gemeinsame anerkennen, so ist zur Bezeichnung desselben unser deutscher Kunstausdruck so geschickt und bequem, daß es unnatürlich wäre den Vortheil zu versäumen, den uns der Besitz eines passenden Ausdrucks für einen wichtigen Rechtsbegriff darbietet. Und das ist es, was ich durch die gegenwärtige Untersuchung über den Begriff des Vertrags zur allgemeinen Überzeugung bringen möchte.

Die hier an unsren juristischen Schriftstellern gerügte einseitige Auffassung der Verträge ist auch bey den Naturrechtslehrern nicht ohne Einfluß geblieben. Kant (d) bestimmt sogar den Begriff noch weit enger, als es unsre Juristen zu thun pflegen. Ihm ist Vertrag nur diejenige vereinigte Willkühr zweyer Personen, wodurch Eigenthum veräußert (§. 98), oder eigentlich diese Veräußerung vorbereitet wird, da ihre Vollendung doch erst in der Tradition stattfindet (§. 103). Eigenthum aber nimmt er in demselben Sinn wie die Römer, nämlich für die Herrschaft über eine bestimmte Sache (§. 95. 96). Unter seinen Begriff fallen also nicht einmal alle obligatorische Verträge, z. B. nicht die welche auf Dienst oder Arbeit gehen, sondern nur die worin eine Tradition versprochen wird, wie Kauf oder Tausch. Dennoch behandelt er sogar die Ehe als Vertrag, und zwar indem er eine Art von Eigenthum

(d) Kant *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* 1797. — Vgl. hierüber oben § 54.

jedes Ehegatten an der Person des anderen (ein auf dinge-  
liche Art persönliches Recht) annimmt, welches dann wie-  
der nur durch das Zusammentreffen des Vertrags mit der  
Tradition (copula carnalis) wirklich erworben werden kann  
(S. 110. 111). Die Ehe ist ihm daher recht eigentlich ein  
obligatorischer Vertrag, und er erklärt sie ausdrücklich  
(S. 107) als „die Verbindung zweyer Personen verschie-  
denen Geschlechts zum lebenswierigen wechselsei-  
tigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften.“ —  
Hegel (e) erklärt zwar wörtlich gleichfalls den Vertrag,  
so wie Kant, als gleichbedeutend mit der Veräußerung  
(§ 71—75); bey ihm aber ist diese enge Begränzung doch  
nur scheinbar, indem er auch die einzelne Thätigkeit der  
Person als Sache, das heißt als Gegenstand des Eigen-  
thums und der Veräußerung, behandelt (§ 67. 80). In  
der That also nennt er Vertrag alles Dasjenige, was  
ich oben als den obligatorischen Vertrag bezeichnet habe.  
Weiter aber geht er auch nicht, vielmehr erklärt er sich  
bestimmt, und selbst in harten Ausdrücken, gegen die Be-  
handlung der Ehe und des Staats als Vertrag (§ 75).  
Was den Staat betrifft, so ist im vorigen §. gleichfalls  
die Natur desselben als eines Vertrags verneint worden,  
und zwar deswegen, weil der Staat überhaupt nicht von  
individueller Willkühr ausgeht; dieses also ist von dem  
hier erhobenen Streit über den Vertragsbegriff unabhän-  
gig. Der harte Tadel gegen die Subsumtion der Ehe

(e) Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts Berlin 1833.

unter den Vertragsbegriff, die Hegel als Schändlichkeit bezeichnet (§. 116), bezieht sich lediglich auf die oben dargestellte Lehre von Kant, also auf die Auffassung der Ehe als eines obligatorischen, und zwar wechselseitig auf den Besehlag gerichteten, Vertrags. Allein was nöthigt uns, den in der Ehe liegenden Vertrag gerade so zu denken? Wenn der Geistliche die Verlobten fragt, ob sie einander Liebe und Treue beweisen wollen bis in den Tod, und sie diese Frage bejahen, so hat ihre Erklärung nicht den Sinn eines Versprechens bestimmter Handlungen, noch der Unterwerfung unter den gerichtlichen Zwang, für den Fall daß diese Handlungen nicht geleistet würden; wohl aber hat sie den Sinn, daß sie sich der von dem Christenthum geforderten Gestalt der Ehe bewußt sind, und daß sie den übereinstimmenden Willen haben, in dieser Weise ihr gemeinsames Leben zu führen. Weil von dieser Willenserklärung die Anerkennung der Ehe als eines Rechtsverhältnisses abhängt, nennen wir sie mit gutem Grund einen Vertrag. Man sage nicht, diese Auffassung sey gezwungen, oder mit Willkühr hineingetragen. Sie ist so sehr die natürliche, daß Jeder, der sich darüber unbefangenen Rechenschaft geben will, gerade darauf kommen wird; sie ist insbesondere die in allen christlichen Kirchen anerkannte, denn nur von diesem Standpunkt aus erklärt es sich, daß der Geistliche eine Handlung leitet und vermittelt, die zugleich einen kirchlichen und einen privatrechtlichen Character hat (f).

(f) Das, was ich hier, gegen Hegel streitend, behaupte, ist, wie

Der Grund, der uns bey dem Staat bestimmte, das Da-  
seyn eines Vertrags zu verneinen, fällt bey der Ehe ganz  
hinweg. Bey dem Staat kann die Willkühr als Entste-  
hungsgrund nicht für Wahrheit gelten, nur für eine Fic-  
tion; bey der Ehe ist es unzweifelhaft, daß es von der  
freyesten Willkühr jedes der beiden Gatten abhängt, diese  
Ehe zu schließen oder zu unterlassen.

oben gezeigt worden, für das im  
Einzelnen durchgeführte Rechts-  
system nicht gleichgültig; im Zu-  
sammenhang der Lehre von He-  
gel ist es sehr unerheblich, ob  
man dem Ausdruck Vertrag  
eine engere oder weitere Bedeu-  
tung unterlegt, wie er denn auch  
in der angeführten Stelle nur  
wenige Worte daran wendet, die  
Vertragsnatur der Ehe abzuwei-  
sen. Worauf es ihm ankam, war

der entschiedene Widerspruch ge-  
gen Kants Ansicht, worin ich ihm  
völlig bestimme. Mit seiner ei-  
genen, nicht genug zu lobenden,  
Darstellung der Ehe (§ 161—164)  
ist die hier vertheidigte Auffassung  
derselben als eines wahren Ver-  
trags völlig vereinbar. Sehr be-  
stimmt und befriedigend ist die  
Vertragsnatur der Ehe dargestellt  
von Haffse, Güterrecht der Ehe-  
gatten § 31.



B e y l a g e .

VIII.



## **Beilage VIII.**

### **Irrthum und Unwissenheit.**

(Zu § 115.)

Die wichtigsten Quellen dieser Lehre finden sich in den Titeln de juris et facti ignorantia in den Digesten (XXII. 6) und im Eoder (I. 18).

Folgende Schriftsteller sind zu bemerken:

CUJACIUS observ. V. 39.

CUJACIUS recit. in Dig. XXII. 6, Opp. VII. 886—896.

CUJACIUS in Papin. quaest. XIX., ad L. 7 de j. et f. ignor., Opp. IV. 502.

CUJACIUS in Papin. definit. I. ad L. 8 eod., Opp. IV. 1429.

DONELLUS I. 18—23.

Glück B. 22 C. 262—374.

C. F. VAN MAANEN de ignorantiae et erroris natura et effectibus Lugd. Bat. 1793.

MÜHLENBRUCH doctr. Pand. I. §. 95. 96.

MÜHLENBRUCH über juris und facti ignorantia, Archiv B. 2 C. 361—451.

---

## I.

Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstand läßt sich auf zweyerley Weise denken: entweder als bloße Bewußtlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweyten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist es gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht. Bey unsren Juristen ist der zweyte gebräuchlicher, weil der Irrthum häufiger als die bloße Unwissenheit bey Rechtsverhältnissen in Betracht kommt (a).

Das Daseyn eines solchen mangelhaften Zustandes wird stets nach dem Bewußtseyn derjenigen Person beurtheilt, auf welche sich das Rechtsverhältniß zunächst und unmittelbar bezieht, ohne Rücksicht auf die, welche neben ihr ein Interesse, vielleicht selbst ein größeres, an jenem Verhältniß haben kann (b).

Man unterscheidet den Rechtsirrtum und den fac-

(a) Über die wesentliche Identität des Irrthums und der Unwissenheit vgl. das System § 115, und DONELLUS I. 19 § 5. — Eigentlich besteht also das allgemeinste Wesen des hier vorhandenen mangelhaften Seelenzustandes in der Unwissenheit, oder dem Mangel richtiger Erkenntniß, und davon ist der Irrthum nur eine be-

sondere Modification, deren Eigenthümlichkeit aber juristisch gleichgültig ist.

(b) *L. 5 h. t., L. 3 quis ordo* (38. 15.). Vgl. CUJACIUS opp. VII. 868 und in *Africanum Tract.* 8 ad *L. 51 de aedil. ed. HELNECCIUS ad L. Jul. p. 189.* Glück B. 22 S. 306. Vgl. auch unten Num. XXI. Note w.

tischen Irrthum. Der Rechtsirrtum hat zum Gegenstand den Inhalt einer Rechtsregel, also das objective Recht (c); der factische Irrthum bezieht sich auf die juristischen Thatfachen, das heißt auf die thatsächlichen Bedingungen der Anwendung einer Rechtsregel. — Von beiden läßt sich noch derjenige Irrthum unterscheiden, welcher in der unrichtigen Subsumtion der Thatfachen unter die Rechtsregel enthalten ist; da jedoch unsre Rechtsquellen nur jene beiden Arten des Irrthums anerkennen, so muß bestimmt werden, welcher derselben dieser dritte Fall hinzu zu rechnen ist. Sehen wir nun auf dessen innere Natur, so müssen wir ihn als factischen Irrthum anerkennen. Denn die Rechtsregel ist als das Feste, unabänderlich Gegebene anzusehen; unsere Aufgabe ist es, die einzelnen Elemente der Thatfachen, theils durch Zergliederung, theils durch Verbindung, dergestalt zu einem Ganzen zu bilden, daß die feste Rechtsregel auf dasselbe anwendbar erscheine. Wir mögen nun in der unmittelbaren Auffassung des Geschehenen selbst irren, oder in dieser Ausbildung desselben durch unser Denken, so ist es doch immer die Erkenntniß der Thatfachen, worüber wir irren, mithin der Irrthum selbst ein factischer. So ist es also

(c) Beispiele des Rechtsirrhums sind zusammengestellt in *L. 1 pr. § 1—4 h. t.* — Verschieden von dem *jus ignorare* ist das *jus suum* (oder *de jure suo*) *ignorare*, das heißt der Irrthum über den eigenen persönlichen

Rechtszustand; denn dieser wird gerade gewöhnlich auf factischen Irrthümern beruhen, obgleich er allerdings auch mit Rechtsirrtum zusammenhängen kann. Vergl. über diesen Ausdruck *L. 3 pr. h. t.* und *L. 2 § 7 de f. fisci* (49. 14.).

aus dem inneren Wesen der Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel erwiesen, daß der auf sie bezügliche Irrthum als ein factischer, nicht als ein Rechtsirrtum, betrachtet werden muß. Weiter unten wird diese Behauptung von der praktischen Seite her ihre Bestätigung finden (Num. V.).

## II.

Der juristische Einfluß des Irrthums steht in Verbindung mit den juristischen Thatsachen, oder den Gründen der Entstehung und des Untergangs der Rechtsverhältnisse. Wenn nämlich diese Thatsachen in freyen Handlungen oder Unterlassungen bestehen (a), und wenn auf jene oder diese irgend ein Irrthum Einfluß gehabt hat, so fragt es sich, ob etwa dieser Irrthum die regelmäßige Wirkung jener Thatsachen störe, so daß nun die Entstehung oder der Untergang des Rechtsverhältnisses entweder ganz unterbliebe, oder doch auf andere als die gewöhnliche Weise einträte. Ja es ließe sich denken, daß der Irrthum die Wirkung der Thatsachen nicht bloß ausschloße oder verminderte, sondern in anderen Fällen sogar verstärkte, indem Dasjenige, was außerdem ein Hinderniß des Rechtsverhältnisses seyn würde, um des Irrthums willen diese hindernde Kraft nicht äußern könnte. Alle diese Verschiedenheiten lassen sich unter den gemeinsamen Gesichtspunkt bringen, daß durch den Irrthum die regel-

(a) Vergl. das System § 104. Num. I. III.

mäßige Wirksamkeit juristischer Thatsachen ausnahmsweise modificirt werden kann.

Eine solche Einwirkung des Irrthums kommt in der That vor, und zwar auf zweyerley Weise. Nicht selten wird dadurch die Rechtsregel selbst bestimmt, so daß das Daseyn eines richtigen Bewußtseyns unter die Bedingungen der Rechtsänderung unmittelbar aufgenommen wird, und also der Fall des Irrthums von der Anwendung der Regel ausdrücklich ausgeschlossen ist (b). In anderen Fällen dagegen kommt das richtige Bewußtseyn als Bedingung der Rechtsänderung nicht vor, es ist also nicht schon unmittelbar Bestandtheil der Rechtsregel selbst; allein es ist anderwärts anerkannt, daß der Irrthum die gewöhnliche Anwendung der Regel modificiren, daß er eine Aus-

(b) So z. B. sagte das Edict: „*Quae dolo malo facta esse dicentur .. iudicium dabo.*“ *L. 1 § 1 de dolo* (4. 3.). Der Begriff des *dolus* begreift Bewußtseyn und Absicht in sich, schließt also den Fall des Irrthums von selbst aus. — Die Formel der Erbeinsetzung *cum cretione* war diese: „*cernitoque in centum diebus proxumis, quibus scies potestis, risque.*“ (GAIUS II. § 165). Sehr wahrscheinlich sprach eben so das Edict, indem es für die *agnitio* der B. P. eine Zeit von 100 Tagen oder einem Jahr vorschrieb. (*L. 1 § 1 h. t.*, *L. 10 de B. P.* 37. 1.). Der Richter also, der den Verlust der B. P. ohne Rücksicht auf Unwissenheit

ausprechen wollte, würde schon den bloßen Buchstaben der Rechtsregel eben so willkürlich verlegen, wie wenn er 80 Tage anstatt 100 als hinreichend für diesen Verlust annähme. — Ebenso ist die Infamie Demjenigen gedroht, der eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs wissentlich heirathet („*sciens .. uxorem duxerit*“ *L. 1 de his qui not.* 3. 2.). Dadurch ist also der Fall einer aus Irrthum über jene Thatsache geschlossenen Ehe schon wörtlich ausgeschlossen. — Am häufigsten ist in eigentlichen Strafgesetzen die Formel *sciens dolo malo*. Vergl. Rudorff Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft B. 9 S. 396.

nahme herbeiführen, oder als Grund einer Entschuldigung dienen soll. — Für die Theorie und für die Anwendung bedürfen eigentlich nur die Fälle der zweyten Art einer besonderen Untersuchung und Feststellung, indem die der ersten Art schon durch sich selbst hinreichende Begründung haben. Der vollständigeren Übersicht wegen ist es jedoch rathlich, beide Arten von Fällen zusammen zu fassen.

Um diese Einwirkungen des Irrthums auf die Rechtsverhältnisse hervorzubringen, werden, je nach Verschiedenheit der Fälle, folgende verschiedene Rechtsformen angewendet.

1) Oft wirkt der Irrthum geradezu, das heißt so daß nun die ohne denselben eintretende Rechtsveränderung schlechthin unterbleibt. Dieses geschieht in allen Fällen der oben angegebenen ersten Art, in welchen das richtige Bewußtseyn ein ausgesprochener Bestandtheil der Rechtsregel selbst war, welches in den beyspielsweise angegebenen Fällen (Note b) von selbst einleuchtet. — Es geschieht aber zuweilen auch in Fällen der zweyten Art, obgleich es hier die seltnerere Rechtsform ist (c).

2) In anderen Fällen wirkt der Irrthum nicht schon

(c) Wer einem *filiusfamilias*, den er aus guten Gründen für unabhängig hält, ein Gelddarlehen giebt, ist ganz frey von der *exceptio Sc. Maced.*, obgleich das wissentliche Geben im *Senatusconsult* selbst nicht erwähnt wird. *L. 3 pr. ad Sc. Maced.* (14. 6.), verglichen mit *L. 1 pr. eod.* — Eben so gilt als nicht geschehen der Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft, wenn der Erbe über Daseyn oder Art der Delation im Irrthum ist. *L. 15. 16. 19. 22. 23. 32. 33. 34 de adq. vel om. her.* (29. 2.).

an sich selbst oder unmittelbar, wohl aber mittelst eines besondern, und zwar ordentlichen, Rechtsmittels. Dahin gehören mehrere Conditionen, und eben so die Klagen aus dem Edict der Aullen. Auch wird die *doli exceptio* zu diesem Zweck angewendet (d).

3) Endlich giebt es auch noch andere Fälle, in welchen der Irrthum weder unmittelbar, noch in Kraft eines ordentlichen Rechtsmittels auf das Rechtsverhältniß einwirkt, sondern nur mittelst einer außerordentlicher Weise durchgreifenden richterlichen Verfügung, das heißt einer Restitution. Das Daseyn einer solchen, auf Irrthum gegründeten, Restitution hat im Allgemeinen keinen Zweifel (e), aber die Gränzen der Anwendung sind sehr bestritten. Manche haben dieser Restitution, und dadurch der Wirksamkeit des Irrthums überhaupt, eine ungebührliche Ausdehnung gegeben; Andere haben sie allzusehr eingeschränkt. Das Genauere darüber kann erst im Einzelnen festgestellt werden; an dieser Stelle mag eine vorläufige Übersicht genügen. Die häufigste Anwendung hat diese Restitution bey unvorsichtigen Handlungen und Unterlassungen im Prozeß; außerdem kommt sie vor zum Schutz Desjenigen, der sich mit einem *falsus tutor* eingelassen hat (f): in manchen Fällen der Klagverjährung: gegen

(d) So z. B. wenn ein Legat aus einem irrigen Beweggrund gegeben wird. *L. 72 § 6 de cond.* (35. 1.).

(e) PAULUS I. 7 § 2. „*Integri restitutionem Praetor tribuit ex*

*his causis, quae per ... justum errorem .. gesta esse dicuntur.*“ *L. 2 de in int. rest.* (4. 1.).

„*Sive per status mutationem, aut justum errorem.*“

(f) *L. 1 § 6 quod falso* (26.

eine von den Erbschaftsgläubigern unvorsichtigerweise bewirkte Separation: bey den Erben, die aus Nachlässigkeit die Mörder des Erblassers zu verfolgen unterlassen: endlich in mehreren Fällen zum Vortheil einiger besonders begünstigten Klassen von Personen (Num. XXX — XXXIII.) (g).

### III.

Ehe die einzelnen Fälle zusammengestellt werden, worin der Irrthum wirkt oder nicht wirkt, muß der Versuch gemacht werden, irgend ein allgemeineres Princip für diese Wirksamkeit aufzufinden. Hier tritt uns nun sogleich in vielen Stellen die Regel entgegen, nach welcher zwischen dem factischen und Rechtsirrthum ein Unterschied gelten soll. Bald werden beide Fälle geradezu, als praktisch verschieden, neben einander gestellt (a); bald wird von dem

7.). So viel wir wissen, war dieses der einzige, im Edict namentlich erwähnte, Fall einer Restitution wegen Irrthums. Andere Fälle wurden aus der *clausula generalis* abgeleitet.

(g) Im Ganzen ist diese Begrenzung der Restitution wegen Irrthums übereinstimmend mit *Burchardi* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand § 21 und § 12 S. 184. Nur hält dieser noch daneben für zulässig alle Fälle, welche sich auf die bekannten Regeln von *damnum* und *lucrum* zurückführen lassen (S. 385). Davon wird weiter unten (Num. VIII.)

die Rede seyn. Ich nehme keine Restitution wegen Irrthums an, außer den in unsren Rechtsquellen namentlich erwähnten Fällen.

(a) *L. 2 h. t.* „In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet“ ... *L. 9 pr. h. t.* „Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere“ ... *L. 9 § 5 h. t.* „... sciant, ignorantiam facti, non juris, prodesse“ ... *L. 8 h. t.*, *L. 29 § 1 mandati* (17. 1.), *L. 11 § 4 de his qui not.* (3.2.), *C. 13 de reg. juris in VI.*

Rechtsirrthum besonders angegeben, daß er dem Irrenden nicht nütze (b).

Fragen wir jedoch nach dem Grund dieser verschiedenen Behandlung, so werden wir dadurch sogleich auf ein höheres Princip zurückgeführt, welches uns zugleich nöthigt, jene beiden Regeln sehr zu beschränken.

Der Grund nämlich der günstigen Behandlung des factischen Irrthums wird darin gesetzt, daß es oft schwer, ja unmöglich sey ihn zu vermeiden (c). Hieran knüpft sich aber sogleich die natürliche Beschränkung, daß er Demjenigen nicht zu gut kommen soll, welcher sich dabey in einer groben Nachlässigkeit befindet (d). — Die Anwendung dieser beschränkenden Bestimmung kann nur in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit gemacht werden. Im Allgemeinen wird angenommen, daß der Irrthum über eine eigene Handlung oder über den eigenen Rechtszustand unzulässig sey, weil man darüber nicht ohne große Nachlässigkeit irren könne (e). Doch darf dieses nur als eine Vermuthung gelten, indem auch ein solcher Irrthum zulässig seyn kann, theils wegen der besonderen Beschaffenheit der irrenden Person (f), theils wegen der eigenthümlichen, den

(b) *L. 7 h. t., L. 11. 12 C. h. t. dil. ed. (21. 1.), L. 3 § 7. 8 L. 4*

(c) *L. 2 h. t. „cum ... facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.“*

(d) *L. 3 § 1 L. 6 L. 9 § 2 h. t., L. 11 § 11 de interrog. (11. 1.), L. 3 pr. ad Sc. Mac. (14. 6.), L. 15 § 1 de contr. emt. (18. 1.), L. 14 § 10 L. 55 de ae-*

*quod vi (43. 24.).*

(e) *L. 3 pr. h. t., L. 6. 7 ad Sc. Vell. (16. 1.), L. 5 § 1 pro suo (41. 10.), L. 42 de R. J. (50. 17.).*

(f) *L. 2 § 7 de j. fisci (49. 14.) „si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel*

Irrthum entschuldigenden, Umstände des einzelnen Falles (g).

Auf gleiche Weise soll der Rechtsirrtum deswegen ungünstiger beurtheilt werden, weil dabey den Irrenden stets der Vorwurf großer Nachlässigkeit treffe (h); denn die Rechtsregel sey klar und gewiß (i), und daher könne ein Jeder sie entweder selbst wissen, oder durch Erkundigung bey Rechtsverständigen leicht erfahren. Dieser letzte Gedanke wird nun noch dahin näher ausgebildet, daß es allerdings Fälle gebe, worin diese Nachlässigkeit, also auch die darauf gegründete ungünstige Behandlung, wegfallen, aber diese Fälle seyen sehr selten anzunehmen (k).

propter sexum femininum jus suum possit." Über die Bedeutung des jus suum vergl. oben Num. I. Note c.

(g) Ein solcher Fall wird erwähnt in *L. 1 § 2 h. t.* — Wenn nun in anderen Stellen der Irrthum über eigene Handlungen ohne Weiteres als zulässig behandelt wird, so sind dabey stets solche besondere entschuldigende Umstände vorauszusetzen. So in *L. 22 pr. L. 32 § 1. 3 de cond. indeb.* (12. 6.).

(h) Daß hierin Alles auf den Begriff der culpa zurück zu führen ist, erhellt deutlich sowohl aus den in Note d angeführten Stellen, als aus *L. 29 § 1 mandati* (17. 1.). Hier ist nicht von der Zulässigkeit und den Wirkungen des Irrthums nach allgemeinen Rechtsregeln (wie in unsrer Un-

tersuchung) die Rede, sondern im Verhältnis zu einem anderen Contractanten, wo gewiß nur die culpa entscheiden kann; und doch wird auch hier der Unterschied zwischen dem factischen und Rechtsirrtum zum Grund gelegt. Vgl. auch *GLOSSA* in *L. 11 § 4 de his qui not.* (3. 2.) und *CUJACIUS* *Opp.* IV. p. 508.

(i) *L. 2 h. t.* „cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.“

(k) *L. 10 de Bon. Poss.* (37. 1.), *L. 2 § 5 quis ordo* (38. 15.), *L. 9 § 3 h. t.* „Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia:“

In der That also lassen sich beide Regeln auf den gemeinsamen Grundsatz zurückführen, daß kein Irrthum, der auf großer Nachlässigkeit beruht, dem Irrenden zu gut kommen soll, oder, was die Sache von anderer Seite her ausdrückt, daß nur derjenige Irrthum geltend gemacht werden darf, den man *justus* oder *probabilis error*, *justa ignorantia*, nennen kann (1). Dieser gemeinsame Grundsatz aber erscheint in der Anwendung verschieden, indem die Nachlässigkeit bey dem factischen Irrthum als eine besondere Thatsache erwiesen werden muß, anstatt daß sie sich bey dem Rechtsirrhum von selbst versteht, und nur durch den Beweis ungewöhnlicher Umstände widerlegt werden kann. Beide Arten des Irrthums stehen also nicht unter einer verschiedenen Rechtsregel, sondern die Beweis-

*quod raro accipiendum est.*" Diese letzten Worte könnten an sich eine dreyfache Bedeutung haben. Erstlich: nur selten könne Jemand den Rechtsirrhum vermeiden; dieses aber würde augenscheinlich falsch seyn, auch mit den übrigen Stellen völlig im Widerspruch stehen. Zweytens: die Meynung des Labeo sey nur selten als wahr anzunehmen. Einfacher und natürlicher ist aber die dritte Erklärung, nach welcher Paulus nicht die Meynung des Labeo befreitet, sondern ihre Anwendbarkeit näher bestimmt. Denn eigentlich liegt in der Behauptung des Labeo der umgekehrte positive Satz, daß selbst der Rechtsirrhum zulässig sey, da wo er nicht ein-

mal durch Erkundigung vermieden werden könne. Diesen Satz nun will Paulus nicht bestreiten, er bemerkt nur, daß der darin vorausgesetzte Fall nur selten angenommen werden könne, der Satz selbst also von keiner erheblichen Anwendung sey.

(1) Über diesen letzten Ausdruck vgl. *L. 11 § 10 de interrog.* (11. 1.), *L. 42 de R. J.* (50. 17.), *L. 25 pr. de prob.* (22. 3.), ferner die in Num. II. Note e abgedruckten Stellen, und (was den *probabilis error* betrifft) *L. 5 § 1 pro suo* (41. 10.). — Das hier aufgestellte Princip wird im Allgemeinen auch anerkannt von *M ü h l e n b r u n n* Archiv B. 2 S. 383.

last ist für beide Arten verschieden. Ja man kann noch einen Schritt weiter gehen, und behaupten, daß bey dem Rechtsirrhum nicht bloß die Schuldblosigkeit, sondern selbst das Daseyn des Irrthums, schwerer und seltner, als bey dem factischen, anzunehmen ist; und dieser letzte Gegensatz ist besonders wichtig, da überhaupt der Irrthum, als eine innere Thatsache, durch gewöhnliche Beweismittel nur selten zur vollen Gewißheit gebracht werden wird.

#### IV.

Die bereits ange deutete Beschränkung einer ungünstigen Behandlung des Rechtsirrhums soll jetzt genauer ausgeführt werden. Zu einer solchen findet sich Veranlassung schon nach dem Römischen Recht, noch mehr aber nach dem heutigen. Es wird nämlich bey jener ungünstigen Behandlung als Gegenstand des Irrthums eine solche Rechtsregel vorausgesetzt, die als gewiß allgemein anerkannt ist. Denn nur bey einer solchen kann man dem Irrenden eine große Nachlässigkeit vorwerfen, auch sind die zahlreichen, in unsren Rechtsquellen vorkommenden, Beispiele insgesammt von Regeln eines solchen Characters hergenommen (a). Daher würde denn eine solche Behandlung in folgenden zwey Fällen nicht eintreten dürfen. Erstens bey controversen Rechtsfällen. Wenn z. B. ein Satz

(a) *L. 1 § 1—4 h. t.*, *L. 25 de usurp.* (41. 3.), *L. 2 § 15 pro § 6 de her. pet.* (5. 3.), *L. 10 de emt.* (41. 4.), *Bon. Poss.* (37. 1.), *L. 31 pr.*

unter den beiden Schulen der Römischen Juristen streitig war, so konnte der Richter, welcher die Meynung einer Parthey für einen Rechtsirrtum hielt, ihr nicht einen nachlässigen Mangel der Erkundigung bey Rechtsverständigen vorwerfen, da ja auch die *diversae scholae auctores* Rechtsverständige waren. Zweitens bey Sätzen des particulären Rechts, da dessen Kenntniß oft weit weniger verbreitet und zugänglich ist, als die des allgemeinen; vorzüglich wird diese Schwierigkeit anerkannt werden müssen, wenn das örtlich beschränkte Recht ein Gewohnheitsrecht ist, welches meist schwerer kennen zu lernen seyn wird, als das Daseyn eines Gesetzes (b). Die Anerkennung dieser beiden Fälle aber muß uns dahin führen, in dem heutigen Recht den Rechtsirrtum überhaupt milder zu behandeln, als er nach den Aussprüchen der Römischen Juristen behandelt werden sollte. Denn der Umfang des controversen Rechts ist in unfrem gelehrten und verwickelten Rechtszustand ungleich größer, als er den Römern erscheinen konnte. Eben so aber nimmt auch das particuläre Recht bey uns eine ohne Vergleich wichtigere Stelle ein, als bey den Römern; in Beziehung auf dieses wird daher auch die Schuldblosigkeit des Rechtsirrtums in einer merkwürdigen Stelle des canonischen Rechts

(b) Gegen diese Berücksichtigung des Unterschieds zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht, in Beurtheilung des Rechtsirrtums, ist Nichts einzuwenden. Dagegen ist es ganz verwerflich, wenn Man-

che den Irrthum über ein Gewohnheitsrecht gar nicht als Rechtsirrtum, sondern als factischen, ansehen wollen. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 217—220.

ausdrücklich anerkannt (c). Indem wir also hier eine mildere Behandlung des Rechtsirrhums für die heutige Zeit in Anspruch nehmen, so liegt darin keinesweges eine willkürliche Abweichung von den Grundsätzen des Römischen Rechts, die wir vielmehr ganz in ihrem Sinn auf die veränderten Umstände anwenden wollen. So verwandelt sich von selbst der eine bloße Thatsache ausdrückende Satz des Paulus: quod raro accipiendum est (Num. III. k) in den etwas veränderten Satz: quod minus raro hodie accipiendum est.

## V.

Aus der hier entwickelten Natur des Rechtsirrhums folgt nun zugleich die schon oben (Num. I.) angekündigte praktische Bestätigung des Satzes, daß der Irrthum über die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel zu den Fällen des factischen, nicht des Rechtsirrhums, zu rechnen ist. Die Subsumtion nämlich ist in einfachen Fällen so leicht, daß in derselben ein Irrthum kaum vorkommen kann. Sobald aber ein Rechtsfall in verwickelter Gestalt erscheint, wird oft die Subsumtion so schwierig seyn, daß selbst Diejenigen, die über die einschlagenden Rechtsregeln ganz einig und im Klaren sind, dennoch den

(c) C. 1 de constitut. in VI. (1. 2). „Romanus pontifex ... locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistent, potest

probabiliter ignorare.“ Was hier dem Pabst nachgesehen wird, muß doch wohl jeder andern Person nicht weniger zugestanden werden.

Fall selbst auf ganz entgegengesetzte Weise beurtheilen werden. Dann aber wäre es doch die höchste Willkür und Ungerechtigkeith, wenn wir Demjenigen, dessen Subsumtion wir verwerfen, nicht nur Unrecht geben, sondern auch große Nachlässigkeit vorwerfen wollten, indem er durch Erkundigung die Wahrheit leicht hätte erfahren können. Ein Beispiel mag dieses anschaulich machen. Der berühmten *L. Frater a Fratere* (*L. 38 de cond. indebiti*) liegt ein so verwickelter Rechtsfall zum Grund, daß sehr namhafte Juristen, lediglich durch verschiedene Subsumtion, auf ganz entgegengesetzte Erklärungen gerathen sind. Wollten wir nun Demjenigen, der unter Voraussetzung einer irrigen Erklärung dieser Stelle ein Rechtsgeschäft vorgenommen hätte, eine unverzeihliche Nachlässigkeit vorwerfen, und deshalb den Schutz entziehen, worauf er außerdem, des Irrthums wegen, Anspruch haben dürfte? Die Römer urtheilten nicht also. Denn obgleich sie überhaupt den Rechtsirrtum sehr streng behandeln, und namentlich als Grund der *condictio indebiti* nicht gelten lassen, so gestattet doch Africanus in dem Fall dieser Stelle die *Condictio* unbedenklich: offenbar von der Ansicht ausgehend, daß der Irrthum des an seinen Bruder zahlenden Schuldners, der sich in das verwickelte Rechtsverhältniß nicht hatte finden können, ganz anderer Natur sey, als der Irrthum über eine leicht faßliche, überall zu erfragende Rechtsregel (a).

(a) *W. h. I. e. n. b. r. u. c. h.* S. 423 nimmt freylich in dieser Stelle

Die hier aufgestellten Regeln gelten übrigens nur da, wo der Irrthum lediglich als solcher in Betracht kommt. Tritt also zu dem Irrthum des Einen der Betrug des Andern hinzu, so kommt lediglich die Regel des Betrugs, nicht die des Irrthums, zur Anwendung. Dann also erscheint die in dem Irrthum vielleicht enthaltene Nachlässigkeit als ganz gleichgültig, und eben deshalb auch die besondere Natur des Rechtsirrhums. Es ist daher ganz einerley, ob durch den Betrug ein factischer, oder ein Rechtsirrhum in dem Betrogenen erzeugt worden ist.

## VI.

Obgleich wir nun die besonderen Regeln für den factischen und den Rechtsirrhum auf eine gemeinsame Regel zurückführen konnten, so müssen wir dennoch anerkennen, daß damit ein positives Princip für die Lehre vom Irrthum keinesweges aufgefunden ist: ein positives Princip nämlich in dem Sinn, daß daraus die Wirksamkeit des Irrthums für jeden einzelnen Fall erkannt werden könnte. Wer z. B. eine Sache zu theuer bezahlt oder zu wohlfeil verkauft, weil er über ihren wahren Werth im Irrthum ist, wird gegen diesen Nachtheil nicht geschützt; ohne Unterschied des factischen oder des Rechtsirrhums, des schuldlosen oder nachlässigen. Dagegen kann die irrige Zahlung einer Nichtschuld allerdings zurück gefordert werden, vor-

die Voraussetzung eines Rechts- als Beweis, daß dieser bey der irrthums an, und gebraucht sie *condictio indebiti* nicht schade.

ausgesetzt daß ein factischer Irrthum zum Grunde liegt. Diesen Unterschied also, und somit überhaupt die Wirksamkeit des Irrthums, erkennen wir aus jener Regel nicht. Vielmehr hat dieselbe die bloß negative Bedeutung, daß in den Fällen, die an sich für die Wirksamkeit des Irrthums wohl geeignet sind, diese Wirksamkeit dennoch wegfällt, sobald dem Irrthum eine große Nachlässigkeit zum Grunde liegt, in der Regel also wenn derselbe ein Rechtsirrtum ist. Finden wir also nicht etwa anderwärts ein positives Princip, so werden wir genöthigt seyn, von folgender Ansicht auszugehen. Der Irrthum im Allgemeinen wirkt an und für sich gar nicht, schützt also auch nicht gegen den dadurch entstandenen Nachtheil. Für viele einzelne juristische Thatsachen ist ihm allerdings eine Einwirkung mitgetheilt, und diese muß für jede derselben besonders begründet werden. Allein auch bey diesen fällt die Einwirkung hinweg, wenn der Irrthum auf einer großen Nachlässigkeit beruht, welches in der Regel bey dem Rechtsirrtum anzunehmen ist, bey dem factischen aber stets besonders erwiesen werden muß.

Wir haben also nun die verschiedenen Klassen juristischer Thatsachen, in Beziehung auf die Wirksamkeit des Irrthums, einzeln zu untersuchen. Da jedoch in den Quellen des Römischen Rechts zwey scheinbare positive Principien erwähnt werden, so ist zur Rechtfertigung des vorgezeichneten Verfahrens zuvor die Prüfung dieser Principien nöthig.

## VII

In folgenden Stellen scheint das durchgreifende Princip ausgesprochen, daß der aus Irrthum entsprungene Wille gar kein Wille sey, also auch nicht als Wille wirke.

„. . . cum non consentiant qui errent. Quid enim tam „contrarium consensui est quam error qui imperitiam „detegit?“

*L. 15 de jurid. (2. 1.).*

„error enim litigatorum non habet consensum.“

*L. 2. pr. de jud. (5. 1.).*

„nulla enim voluntas errantis est.“

*L. 20 de aqua plu. (39. 3.).*

„Non videntur, qui errant, consentire.“

*L. 116 § 2 de R. J. (50. 17.).*

„cum errantis voluntas nulla sit.“

*L. 8 C. h. t.*

„cum nullus sit errantis consensus.“

*L. 9 C. h. t.*

Wäre dieser Satz richtig, so würde er von der äußersten Wichtigkeit seyn, und wir hätten dann in ihm das durchgreifendste positive Princip für die Wirksamkeit des Irrthums gefunden. Aber Nichts ist auch gewisser, als daß derselbe verworfen werden muß. Der entscheidendste Beweis dafür liegt in der ganzen, vom Römischen Recht so sorgfältig ausgebildeten, Lehre vom dolus. Wäre der Irrthum schon an sich hinreichend, die Annahme irgend

eines Willens, also auch aller Folgen desselben, völlig auszuschließen, so würde z. B. jeder durch Irrthum veranlaßte Vertrag nichtig seyn. Dann wäre also auch die Entstehung des Irrthums durch den Betrug des Gegners ganz gleichgültig. Das Römische Recht aber behandelt gerade diese Entstehung als höchst wichtig, und sieht sie als ganz entscheidend an. Ja selbst im Fall dieser Entstehung behandelt es den Vertrag nicht als nichtig, sondern es sucht ihn auf indirectem Wege (durch *doli exceptio*) zu entkräften. Dieses Alles ist augenscheinlich nur denkbar unter der sicheren Voraussetzung, daß der Irrthum an sich das Daseyn des Willens und dessen Folgen nicht ausschließt, daß also der durch bloßen Irrthum veranlaßte Vertrag ein vollgültiger, unanfechtbarer Vertrag ist.

Der in den mitgetheilten Stellen enthaltene scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn man dieselben nicht in dieser willkürlichen Absonderung, worin allein der trügerische Schein derselben, als durchgreifender Rechtsregeln, enthalten ist, betrachtet, sondern im Zusammenhang mit ihrer ganzen Umgebung und mit anderen verwandten Stellen. Jede derselben will also nur sagen, daß in einem gegebenen Fall, unter den besonderen Bedingungen desselben, die in Verbindung mit einem Irrthum vorgenommene Handlung keine Wirkung habe. Es wird im Verfolg unserer Untersuchung gezeigt werden, welches die besonderen Bedingungen dieser Fälle sind. Hier war es genug, vor-

läufig zu zeigen, daß jene Stellen ein positives Princip für die Lehre vom Irrthum überhaupt nicht enthalten können.

### VIII.

Weit allgemeinere Anerkennung hat bey neueren Schriftstellern folgendes positive Princip gefunden: der factische Irrthum helfe ohne Unterschied, der Irrende möge sich bereichern, oder nur Schaden von sich abwenden wollen; der Rechtsirrhum dagegen helfe nur in dem letzten dieser beiden Fälle, nicht in dem ersten. Dieses Princip scheint in zwey Stellen vollständig enthalten zu seyn, welche merkwürdigerweise beide von Papinian herrühren.

*L. 7 h. t.* „Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.“

*L. 8 h. t.* „Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.“

Ein Stück dieses Principis kommt auch noch in folgender Stelle vor, die ohne Zweifel auf jene Aussprüche des Papinian gegründet ist:

*L. 11 C. h. t.* „Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri solet“ ...

Versucht man aber, dieses scheinbare Princip in der Anwendung durchzuführen, so zeigt es sich bald durch den Widerspruch mit den unzweifelhaftesten einzelnen Entscheidungen, bald durch seine Unbestimmtheit, ganz unbrauchbar. Die erste dieser Behauptungen, die ihrer Natur nach die

entscheidendste seyn muß, kann erst durch die ganze folgende Untersuchung des Irrthums in einzelnen Rechtsverhältnissen ihre volle Begründung erhalten. Zwei Betrachtungen aber können ihr schon vorläufig Zustimmung verschaffen. Die in unsren Rechtsquellen anerkannte Grundansicht war die, daß ein verschuldeter Irrthum niemals helfe, und daß der Rechtsirrtum, mit Ausnahme seltener Fälle, ein verschuldeter sey (Num. III.). Damit aber steht es in offenbarem Widerspruch, wenn der Rechtsirrtum stets dazu helfen soll, positiven Schaden abzuwenden. Ferner ist einer der wichtigsten Fälle des Irrthums im täglichen Verkehr der, wenn Jemand aus Unkunde des wahren Werthes einer Sache zu Schaden kommt, z. B. wenn er zu theuer kauft oder miethet, zu wohlfeil verkauft oder vermietet. Das ist stets ein factischer Irrthum, der also nach dem hier vorliegenden Princip den Schaden abwenden müßte. Aber gerade über diesen wichtigen und häufigen Fall sind so ziemlich Alle einig, daß der Irrthum keine Hülfe gewähre.

Unsere Rechtslehrer haben diesen Mängeln durch höchst subtile Unterscheidungen abzuhelpen versucht. So z. B. bezeichnen die Römischen Juristen die Zulässigkeit des Irrthums, oder die günstige Behandlung des Irrenden, abwechselnd durch *prodest, non obest, non nocet, permissum est, subvenitur*: die entgegengesetzte Unzulässigkeit eben so durch *non prodest, obest, nocet, detrimento est* (a); jeder

(a) *L. 7. 8 h. t.*, verglichen die Ausdrücke ganz zufällig und mit *L. 9 pr. § 3 h. t.*, worin willkürlich abwechseln.

dieser Ausdrücke nun soll nach manchen Neueren eine subtile Eigenthümlichkeit des Erfolgs bezeichnen (b). Eben so kommt einmal der besondere Ausdruck vor: in *damnis amittendae rei suae* (L. 8 h. t.); dieser wird benutzt, um darauf einen, die ganze Lehre beherrschenden, Gegensatz von *damnum rei amittendae* und *amissae* zu gründen (c). Ein so willkürliches, unkritisches Verfahren in der Auslegung würde höchstens durch sehr klare und einfache Resultate einige Wahrscheinlichkeit gewinnen können; allein auch daran fehlt es bey jenen Schriftstellern gänzlich. Es ist daher am Gerathensten, ein Princip ganz aufzugeben, welches doch nur durch die willkürlichsten Deutungen und Einschränkungen sein Scheindaseyn fristen kann, also eine ganz unnütze Verwicklung in eine Lehre bringt, die in der Anwendung auf einzelne Rechtsinstitute meist klar und gewiß erscheint (d). Wir widersprechen also nicht etwa durch dieses Verfahren unsren Rechtsquellen, sondern wir halten uns nur an deren sichere Entscheidungen im Einzelnen, und behandeln die oben mitgetheilten Stellen als einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Principes. Dieser Tadel aber trifft nicht Papinian, son-

(b) CUIACIUS obs. V. 39, und Opp. VII. p. 890.

(c) DONELLUS I. 21 § 14—20, I. 22 § 1. 2.

(d) Im Allgemeinen stimmt diese Ansicht überein mit Wühlensbruch S. 413—416, der nur darin nicht consequent verfährt, daß

er einen Theil jener im Allgemeinen auch von ihm aufgegebenen Regel zu retten versucht, nämlich die Unzulässigkeit des Rechtsirrhums im Fall des *lucrum*. Allein eine solche Theilung läßt sich eben so wenig durchführen, als das ganze Princip.

bern die Compileren. Hätten wir jene Stellen in ihrem ursprünglichen Zusammenhang vor uns, so würde ohne Zweifel aus ihrer Umgebung klar werden, in welcher beschränkten Beziehung Papinian jene Sätze aufstellen wollte (e). Nur so abgerissen, wie wir sie jetzt lesen, erhalten sie die absolute Bedeutung, in welcher wir sie nicht als wahr annehmen können. Ja selbst abgesehen von dieser neuen Gestalt, in welche diese Stellen durch ihre Aufnahme in die Digesten gerathen sind, dürfen wir uns auf den allgemeineren Grundsatz der Auslegung berufen, nach welchem im Conflict allgemeiner, von den alten Juristen gebildeter Rechtsregeln mit sicheren concreten Entscheidungen, diese letzten den Vorzug erhalten müssen (§ 44).

Zur noch vollständigeren Rechtfertigung dieses Verfahrens gegen den Vorwurf willkürlicher Behandlung unsrer Rechtsquellen mögen folgende Betrachtungen dienen. Im Wesentlichen ist dasselbe nicht von demjenigen verschieden, welches wir oben zur Befestigung des scheinbaren ersten Principis (Num. VII.) angewendet haben. Ist es nun hier

(e) Wir behaupten also nicht, daß die in Papinians Stellen gemachten Unterscheidungen unwahr, sondern daß sie nur beziehungsweise wahr sind. Welches nun die besonderen Beziehungen waren, an welche Papinian dabey dachte, und die aus dem ganzen Zusammenhang seiner Rede deutlich hervorgehen mochten, können wir freylich bey dem abgerissenen

Zustande der Stellen nicht mit völliger Sicherheit angeben. Wahrscheinlich aber sprach Papinian von den Wirkungen des Irrthums nicht im Allgemeinen, sondern bey beders privilegierten Klassen, oder vielmehr bloß bey Frauen. Das Genauere hierüber wird am Ende dieser Nummer ausgeführt werden.

von den Meisten stets als zulässig und unbedenklich angenommen, wenigstens stillschweigend vorausgesetzt worden, so darf es nicht ohne Inconsequenz bey der Prüfung des zweyten Principis verworfen werden. — Ferner ist das Resultat unsrer Untersuchung eigentlich dieses, daß in den mitgetheilten Stellen die Unterscheidung zwischen *lucrum* und *damnum*, als zu einem allgemeinen Princip nicht geeignet, ausgeschieden werden müsse; dann aber bleibt in denselben Nichts übrig, als die ohnehin gewisse verschiedene Behandlung des factischen und des Rechtsirrhums, und sie stimmen nun ganz überein mit den vielen, diese Verschiedenheit bezeugenden Stellen (Num. III. Note a). Ja unter diesen ist eine so gefaßt, daß sie mit den Stellen Papinians geradezu in Widerspruch treten würde, wenn wir nicht diesen, auf die oben vorgeschlagene Weise, die Kraft eines durchgreifenden Principis versagen wollten (f). — Endlich müssen wir aber auch noch zu der schon oben angedeuteten Behauptung zurückkehren, daß das in den Stellen Papinians scheinbar enthaltene Princip zu einer sicheren Anwendung durchaus nicht geeignet ist, weil ihm keine scharf bestimmbaren Begriffe zum Grunde liegen. Denn ob der durch den Irrthum veranlaßte Nachtheil als entbehrter Gewinn, oder als positiver Schade gelten soll, das hängt oft bloß von dem Zeitpunkt ab, den wir für

(f) *L. 9 pr. h. t.* „Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.“ Hier wird

die Schädlichkeit des Rechtsirrhums absolut ausgesprochen, ohne Unterschied des positiven Verlustes und des entbehrten Gewinnes.

die Betrachtung wählen; dieser Zeitpunkt aber wird durch jenes Princip auf keine Weise bestimmt, so daß dasselbe den letzten Erfolg meist unentschieden lassen wird. Wer z. B. die *condictio indebiti* anstellt, will etwas gewinnen in Beziehung auf die unmittelbar vorhergehende Zeit, da das bezahlte Geld in seinem Vermögen gegenwärtig gar nicht mehr enthalten, er also durch die geleistete Zahlung schon wirklich ärmer geworden ist; in Beziehung auf die Zeit vor der Zahlung will er Verlust abwenden; Alles hängt also davon ab, ob wir den Umfang des Vermögens vor oder nach der Zahlung unsrer Betrachtung zum Grund legen wollen (g). Wer eine *Usucapion* vollendet, wird vielleicht gar nicht reicher, da die *Usucapion* sehr oft nur dadurch einen praktisch höchst wichtigen Dienst leistet, daß sie den fehlenden Beweis des bereits vorhandenen Eigen-

(g) Hieraus erklärt sich die subtile Unterscheidung des *Donellus* zwischen *damnum rei amitendae* und *amissae*. — Höpfner, *Institutionencommentar* § 954, nimmt an, der Kläger bey der *condictio indebiti* wolle zwar gewöhnlich nur Verlust abwenden, zuweilen aber auch Gewinn machen; dieses namentlich wenn der Testamentserbe die Legate ohne Abzug der *Falcidia* ausgezahlt habe, und nun das so zuviel Bezahlte zurückfordere; denn dieser Abzug sey reiner Gewinn. Hier schiebt also Höpfner den Standpunkt der Beurtheilung in

eine noch frühere Zeit zurück, nämlich vor den Erwerb der Erbschaft, in welcher Zeit freylich die ganze Erbschaft, also auch der in der *Falcidia* enthaltene Theil derselben, noch als bevorstehender reiner Gewinn erscheinen muß; oder gar in die Zeit vor der *Lex Falcidia*, die ja überhaupt erst den Abzug, als reinen Gewinn, dem Erben zugestanden hat. Hieraus wird es nun immer einleuchtender, daß jene Unterscheidung die willkürlichste Anwendung zuläßt, also schon an sich selbst als sichere Regel zu dienen unfähig ist.

thums entbehrlich macht. Jedoch auch Der, welcher durch sie wirklich erst Eigenthum erwirbt, wird zwar um den ganzen Werth dieses Eigenthums reicher, als er unmittelbar vor der Usucapion war; gehen wir aber auf einen früheren Zeitpunkt zurück, so wendet er vielleicht blos den Verlust ab, den er durch den Kauf einer fremden Sache erleiden würde, wenn gerade der Verkäufer die Eviction zu leisten nicht im Stande ist. Wer eine Sache zu theuer kauft, und nun gegen diesen nachtheiligen Contract Hülfe verlangt, will Schaden abwenden mit Rücksicht auf den Vermögenszustand vor geschlossenem Contract; sehen wir auf den gegenwärtigen Zeitpunkt, so will er reicher werden, denn der Schade ist durch die in dem geschlossenen Contract übernommene Obligation bereits vollendet, und wird es nicht erst durch die Zahlung des Geldes. — Indem also jenes Princip ganz entgegengesetzte Anwendungen zuläßt, zeigt es sich schon durch seine Fassung untauglich als sichere Regel gebraucht zu werden, ganz abgesehen noch von den ihm widersprechenden sicheren Entscheidungen einzelner Fälle.

Ich will damit nicht behaupten, daß der Begriff von *lucrum* überall ein unbestimmter, juristisch wenig brauchbarer Begriff wäre. Wenn einem Rechtsgeschäft die bestimmte Absicht einseitiger Bereicherung zum Grunde liegt (durch Schenkung), so ist allerdings der *lucri animus* eine bestimmte und wichtige Bedingung für die Eigenthümlichkeit dieser Handlung. Aber hier ist uns auch durch die

Handlung selbst ein unzweifelhafter Zeitpunkt gegeben, in Beziehung auf welchen das Mehr oder Weniger in dem Vermögen abzumessen ist. Gerade der Mangel eines solchen sicheren Zeitpunkts ist es, wodurch jenes angebliche Princip für die Lehre vom Irrthum so unbrauchbar für die Anwendung wird.

Diese letzte Bemerkung aber führt uns nun noch zu einer bestimmteren Behauptung über die ursprüngliche Gestalt der Stellen Papinians und deren gegenwärtig vorliegende Interpolation. Die ganze Verwirrung entsteht dadurch, daß Papinian eine erschöpfende Classification aller möglichen Rechtsereignisse aufstellen zu wollen scheint, aus welcher man für jeden vorkommenden Fall eines Irrthums abnehmen könne, ob dem Irrenden zu helfen sey oder nicht. In dieser Gestalt aufgefaßt, führten die Stellen theils zu anerkannt unrichtigen, theils zu schwankenden, in beiden Fällen also zu unbrauchbaren Resultaten. In der That aber hatte Papinian nicht von dem Irrthum überhaupt, sondern nur von dem Irrthum der Frauen gesprochen. Diese hatten zu seiner Zeit das Vorrecht, da wo überhaupt der Irrthum schützte, auch den Rechtsirrtum für sich geltend machen zu dürfen: jedoch mit Ausnahme der Schenkungen, d. h. der Geschäfte, die uns nicht etwa bloß bereichern (welches bey sehr vielen Geschäften nach Einer Seite hin geschieht), sondern wobey diese einseitige Bereicherung die bestimmte Absicht beider zusammen wirkenden Personen ist. In diesem Zusammenhang hatte der von

ihm gebrauchte Ausdruck *lucrum* eine ganz bestimmte Bedeutung, und in welcher Verbindung daneben von *damnum* gesprochen war, können wir jetzt nicht errathen. Daß er aber von den Frauen sprach, erhellt aus den Worten der Stelle selbst ganz deutlich. Die generalisirende Interpolation fanden die Compileren deswegen nöthig, weil späterhin das ausgedehnte Vorrecht der Frauen beschränkt, und dem Recht der Männer nahe gebracht worden ist (Num. XXXI.). So haben durch ungeschickte Behandlung jene Stellen die irre führende Gestalt eines durchgreifenden Princips über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Irrthums im Allgemeinen erhalten. — Bisher habe ich diese Behauptung bloß als eine Hypothese aufzustellen gesucht, die sich als wahrscheinlich durch ungezwungene und befriedigende Lösung der vorliegenden Schwierigkeit bewährt. Sie erhält aber ein historisches Gewicht durch eine, auch schon oben angeführte, Kaiserconstitution, in welcher wir glücklicherweise unmittelbar nachweisen können, daß die Compileren ein ähnliches, als das hier für Papinian behauptete, Verfahren wirklich angewendet haben. Es ist dieses die von Constantin herrührende *L. 3 C. Th. de sponsal.* (3. 5.) „*Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat, contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro principum statuta declarant.* Ne igitur soluta matrimonii caritate inhumanum aliquid statuatur, censemus, si futuris conjugibus tempore nuptiarum intra aetatem constitutis res fuerint donatae et traditae,

non ideo posse eas revocari, quia actis consignare donationem quondam maritus noluit." Soweit hier die Stelle cursiv gedruckt ist, steht sie wörtlich gleichlautend (nur mit Einschaltung des gleichgültigen Wortes *attamen*) als *L. 11 C. h. t.* im Justinianischen Eoder. Aus dem weggelassenen Stück aber erhellt deutlich, daß das *luorum* hier speciell die Schenkung, und nicht die eine Hälfte aller Rechtsgeschäfte überhaupt bezeichnet: ferner daß von der Begünstigung gewisser Klassen die Rede ist, welche im Fall der Schenkung bey Frauen nicht gelten, bey Minderjährigen gelten soll. Erst durch die Weglassung des letzten, concreten Stück's hat die so abgekürzte Stelle dasselbe abstracte Ansehen erhalten, wie die Stellen Papinians; und da im Eoder die Entstehung dieses Ansehens durch bloße Abkürzung vor unsren Augen liegt, so gewinnt durch diese Analogie unsre Annahme einer gleichartigen Entstehung in den Digesten, historischen Boden.

## IX.

Nachdem diese beiden scheinbaren Principien beseitigt sind, kehre ich zu der früher (Num. VI.) eingeschlagenen Bahn zurück, um nach den einzelnen Klassen juristischer Thatsachen zu untersuchen, auf welche derselben dem Irrthum ein, die regelmäßige Wirksamkeit modificirender, Einfluß zuzuschreiben ist. Zur leichteren Übersicht will ich gleich hier den Gang dieser Untersuchung durch eine tabellarische Zusammenstellung anschaulich machen.

- I. Positive Thattsachen (Thun):
  1. Rechtsgeschäfte inter vivos:
    - A. Wirksamkeit an sich.
      - a. Ausdrückliche Willenserklärung (Num. X. XI.).
      - b. Stillschweigende Willenserklärung (Num. XII.).
    - B. Hindernisse der Wirksamkeit, die in Folge eines Irrthums beseitigt werden können:
      - a. entweder gleich ursprünglich (Num. XIII.);
      - b. durch spätere Ergänzung (Num. XIV—XVI.).
  2. Handlungen im Gebiet des Erbrechts (Num. XVII. XVIII.).
  3. Prozeßualische Handlungen (Num. XIX.).
  4. Delicte und delictenähnliche Handlungen (Num. XX—XXIII.).
- II. Negative Thattsachen (Unterlassen) (Num. XXIV—XXIX.).

## X.

Der wichtigste und ausgedehnteste Fall einer denkbaren Einwirkung des Irrthums betrifft die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, und namentlich die Verträge; sowohl die obligatorischen, als die Tradition, die ihrem eigentsten Wesen nach auch ein Vertrag ist. Hier aber hat in der Regel der Irrthum gar keine Einwirkung, er mag nun ein factischer oder ein Rechtsirrhum, verschuldet oder unverschuldet seyn. Der Kauf aus Irrthum also ist dennoch ein unanfechtbarer Kauf, eine aus Irrthum entsprungene

Tradition ist vollgültig. In dieser regelmäßigen Unwirksamkeit des Irrthums liegt sogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkür. Sie muß zugleich behauptet werden im Gegensatz jeder an sich denkbaren Form der Einwirkung (Num. II.). Es ist also der durch Irrthum veranlaßte Vertrag weder schon an sich selbst ungültig, noch auch durch eine gewöhnliche Klage oder durch eine Restitution zu entkräften möglich (a).

Der aufgestellte Satz ist gleich wahr, der Irrthum mag nun den Werth und die Brauchbarkeit des Gegenstandes (welches der häufigste Fall ist) betreffen, oder aber das Rechtsverhältniß des Irrenden zu diesem Gegenstand. Wenn ich also meine Sache, deren Eigenthum ich dem Titius irrig zuschreibe, im Auftrag des Titius veräußere, so ist diese Veräußerung dennoch für mich bindend (b). — Ferner ist der Satz wahr, nicht bloß in der gewöhnlich beachteten Bedeutung, daß der Irrende nicht verlangen kann, um des Irrthums willen von den nachtheiligen Folgen des Geschäfts befreit zu werden; sondern auch in der umgekehrten Bedeutung, daß der Irrende die Vortheile des an sich gültigen Geschäfts behaupten kann, wenngleich er irrig

(a) Der hier aufgestellte Grundsatz ist auch schon dargestellt und gegen die widersprechenden Behauptungen anderer Schriftsteller vertheidigt worden von Thibaut, Versuche B. 2 Abhandlung 4 Num. II.

(b) *L. 49 § 1 mandati* (17. 1.). Scheinbar widersprechend ist *L. 35 de adqu. rer. dom.* (41. 1.), die jedoch von der Verwechslung zweyer verschiedener Sachen bey der Tradition (*error in corpore*) verstanden werden muß. Vgl. Thibaut Versuche B. 2 S. 107.

glaubte, dasselbe sey weniger gültig. Wer also eine Sache von dem Eigenthümer tradirt bekommt, den er irrig für einen Rechteigenthümer hält, wird darum nicht minder Eigenthümer (c).

Dieser wichtige Satz soll nunmehr gegen jede Einwendung gesichert werden. Er folgt erstlich aus der Natur des freyen Willens selbst, dessen Daseyn und Wirkung von den wahren oder irrigen Beweggründen ganz unabhängig ist: und zwar sowohl nach der allgemeinen Betrachtung der Freyheit (System § 115), als nach den Bestimmungen des Römischen Rechts, wengleich einige derselben das Gegentheil zu sagen scheinen (Num. VII.). — Er ist ferner unzweifelhaft als die nothwendige Voraussetzung einiger der wichtigsten Institute des Römischen Rechts, die ohne ihn ganz unmöglich seyn würden. Dahin gehört die Lehre vom dolus, die schon oben zu diesem Zweck benutzt worden ist (Num. VII.). Eben so aber auch die Ausnahmen des Sages, von welchen sogleich ausführlich die Rede seyn wird, nämlich die *adilicischen Klagen*, und die *Condictio-  
nen*; denn diese wären völlig überflüssig, ja in ihrer fest begränzten Ausnahmenatur undenkbar, wenn nicht unser Satz als bekannte und unzweifelhafte Regel vorausgesetzt

(c) *L. 9 § 4 h. t.* (HERALD. obs. C. 35 emendirt *ementis für mentis*, was einen guten Sinn giebt, aber nicht nöthig ist). — Allerdings ist hier der Empfänger in *mala fide*, und dieses würde

die *Usucapion* hindern: die unmittelbare Wirkung der Tradition des wahren Eigenthümers, wobey eine ergänzende *Usucapion* nicht nöthig ist, hindert es nicht.

werden dürfte. — Endlich wird dieser Satz noch durch folgende einzelne Aussprüche des Römischen Rechts bestätigt:

1. Wer Etwas schenkt, um den Andern für irrig vor-  
ausgesetzte Dienste zu belohnen, kann ungeachtet dieses Irr-  
thums das Gegebene nicht zurück fordern (d).

2. Wenn Waaren nach Gewicht verkauft werden, und ein Dritter hat zu diesem Handel wissentlich falsches Gewicht hergeliehen, so kann in der Regel der Beschädigte die Berichtigung der ungenauen Erfüllung des Vertrags verlangen, wodurch dann jeder Schaden abgewendet ist. Nur wenn ausdrücklich auf dieses individuelle Gewicht contrahirt war, fällt diese Aushülfe weg, und nun gilt die *doli actio* gegen den Betrüger (e). Daraus aber folgt nothwendig, daß jener Vertrag selbst, ungeachtet des Irrthums, unanfechtbar seyn muß, indem die *doli actio* nicht gegeben werden darf, sobald der Schaden durch ein anderes Rechtsmittel (Klage oder Exception) abgewendet werden kann, es möge dieses Rechtsmittel gegen den Betrüger selbst, oder gegen einen Andern, zulässig seyn (f).

3. Wenn der Gläubiger durch Betrug seines Schuldners zur Acceptilation bestimmt wird, so hat er gegen den Schuldner die *doli actio* (g). Daraus folgt aber, daß die Acceptilation, ungeachtet des Irrthums, gültig seyn muß,

(d) L. 65 § 2 *de cond. indeb.*  
(12. 6.).

(e) L. 18 § 3 *de dolo* (4. 3.).

(f) L. 1 § 4—8, L. 2—7 *de dolo* (4. 3.).

(g) L. 38 *de dolo* (4. 3.).

weil außerdem jene Klage entbehrlich, also auch unzulässig, seyn würde (Note f).

## XI

Es giebt jedoch zwey wichtige Ausnahmen der eben dargestellten Regel: Fälle, in welchen ein Rechtsgeschäft bloß wegen eines irrigen Beweggrundes als ungültig durch besondere Klagen angefochten werden kann (a).

Der erste dieser ausgenommenen Fälle findet sich in den ädilicischen Klagen. Wer eine Sache kauft, die mit einem heimlichen Fehler besonders bestimmter Art behaftet ist, kann nach seiner Wahl entweder den Kauf aufheben, oder eine Verminderung des Kaufgeldes verlangen, und zwar lediglich wegen dieses Irrthums, der Verkäufer also mag den Fehler gekannt haben oder nicht (b). Die ge-

(a) Mit diesen ausgenommenen Fällen darf nicht zusammengestellt werden der Fall des Betrugs; denn bey diesem tritt der Irrthum als solcher ganz zurück, und der Betrug für sich ist selbstständiger Entstehungsgrund eigenthümlicher Rechtsverhältnisse (System § 115). Eben so darf dahin nicht gezählt werden die Anfechtung des Kaufs wegen *laesio ultra dimidium*; denn bey dieser ist der Irrthum des Verkäufers über den wahren Werth der Sache zwar ein möglicher Beweggrund, aber nicht der nothwendige: es kann auch ein Verkauf seyn aus Geldnoth, die der Käufer wahrlich mißbraucht,

in welchem Fall kein Irrthum zum Grund liegt.

(b) Mit den ädilicischen Klagen darf in dieser Hinsicht nicht zusammengestellt werden die Klage auf *Evictionsleistung*, obgleich auch bey dieser ein Irrthum allerdings vorausgesetzt wird. (*L. 27 C. de evict.* 8. 45.). Denn der wahre Grund der Klage ist hier nicht der Irrthum, sondern der nicht gehörig erfüllte Kauf (*L. 11 § 2 de act. emti* 19. 1, *L. 8 de evict.* 21. 2.); der Irrthum aber kommt hier nur insofern in Betracht, als umgekehrt in der Bekanntheit mit dem fremden Recht eine Entsagung auf den Regres

naueren Bestimmungen dieses Rechtsatzes gehören hierher nicht, sondern nur dessen Verbindung mit der Lehre vom Irrthum, worin er als positive Ausnahme erscheint von der Regel, nach welcher der Irrthum keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Verträge hat. Das ganz Positive des erwähnten Rechtsatzes ist von allen Seiten unverkennbar: in der unzulässigen Contractsklage: in den dafür eingeführten eigenen Klagen mit ganz besonderer, kurzer Verjährung: in dem Wahlrecht des Klägers: ja schon in den sehr eigenthümlich und willkürlich bestimmten factischen Bestimmungen der Klage (*vitium und morbus*). — Gleich hier aber bewährt sich deutlich das oben (Num. VI.) aufgestellte negative Princip, indem die erwähnten Klagen ungeachtet des Irrthums wegfallen, wenn derselbe nicht ohne große Nachlässigkeit des Irrenden eintreten konnte (c).

Der zweyte, weit wichtigere, ausgenommene Fall ist gegen den Verkäufer liegen würde. Darum gilt auch bey den Römischen Juristen die Evictionsleistung gar nicht, so wie die Vorschrift des ädilischen Edicts, als ein ganz positiver Rechtsatz, sondern als eine natürliche Folge des Kaufcontractes; sie kann daher durch die *actio emti* geltend gemacht werden, die wegen *vitium und morbus* der erkauften Sache nicht gilt.

(c) *L. 14 § 10 de aedil. ed.* (21. 1.) „Si ... talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere .. ejus nomine non teneri Caecilius ait ... ad eos

enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit.“ Der letzte Ausdruck erklärt sich aus dem ersten; es soll der Irrthum entweder als Thatsache nachgewiesen seyn, oder wegen der Verborgenheit des Fehlers mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden können. Dabey versteht es sich von selbst, und wird durch die voranstehenden Worte bestätigt, daß auch der wirklich vorhandene Irrthum nicht beachtet wird, wenn er mit großer Nachlässigkeit verbunden ist.

enthalten in den Conditionen (d). Auch bey diesen wird ein an sich gültiges Rechtsgeschäft vorausgesetzt, welches lediglich wegen des Irrthums durch eine besondere Klage wiederum entkräftet werden kann. Die eigenthümliche Voraussetzung wird darin gesetzt, daß das Rechtsgeschäft vorgenommen werde mit Rücksicht auf eine juristische causa, und daß der Irrthum gerade diese causa, nicht etwa bloß die factischen Vortheile oder Nachtheile, die dabey eintreten können, betreffe (e). Das Rechtsgeschäft kann nun bestehen entweder in einem Geben, besonders einer Geldzahlung, oder in dem Abschluß eines obligatorischen Ver-

(d) Ich gebrauche hier der Kürze wegen diesen allgemeinen Ausdruck, obgleich dabey als hierher nicht gehörend abgerechnet werden müssen: 1. Die Conditionen aus Verträgen (Darlehen und Stipulation), 2. die anomalousen Conditionen, bey welchen es auf Irrthum gar nicht ankommt, nämlich *condictio furtiva* und *ob turpem causam*. Dann bleiben folgende, als hierher gehörend, das heißt auf einer irrigen causa beruhend, übrig: a. wegen einer künftigen causa die *condictio ob causam datorum*, b. wegen einer gegenwärtigen oder vergangenen: die allgemeine *condictio sine causa*, und für einen einzelnen Fall, aber den wichtigsten und häufigsten unter allen, die *condictio indebiti*.

(e) Wenn ich einen Tauschvertrag von meiner Seite erfülle,

so geschieht es, um den Andern zur gegenseitigen Erfüllung zu verpflichten. Diese (*obligandi*) causa hat eine ganz juristische Natur, und wenn ich mich in dieser Erwartung getäuscht finde, so habe ich die *condictio ob causam datorum*. Wenn dagegen der Andere gleichfalls erfüllt, und es sich findet, daß ich eine gute Sache gegen eine schlechte vertauscht habe, so ist mir zwar auch ein Nachtheil aus Irrthum entstanden, aber dieser Irrthum betrifft bloß die factischen Verhältnisse der Sache (Branchbarkeit und Preis), steht nicht in Verbindung mit einer juristischen causa, und begründet keine *condictio*. Die juristische causa ist hier vielmehr vollständig in Erfüllung gegangen, und auf sie hat sich daher kein Irrthum bezogen.

trags: im ersten Fall geht die *Condictio* auf Rückgabe des gezahlten Geldes (f), im zweyten auf Befreyung von der übernommenen *Obligation*; und dieser Anspruch auf Befreyung kann nicht bloß durch die *Condictio* geltend gemacht werden, sondern noch einfacher durch eine *Exceptio* gegen die Klage des Gläubigers auf Erfüllung jenes abgeschlossenen Vertrags (g). — Es kann nun hier noch weniger, als bey den üblichen Klagen, die Rede davon seyn, diesen sehr wichtigen Abschnitt des *Obligationenrechts* am gegenwärtigen Ort vollständig abzuhandeln; vielmehr soll hier nur der Zusammenhang der *Conditionen* mit der Lehre vom Irrthum nachgewiesen werden. Die genauere Bestimmung dieses Zusammenhangs aber wird fast nur bey der *condictio indebiti* erforderlich; auch ist diese überhaupt häufiger und wichtiger als die übrigen *Conditionen*, und erscheint daher unter allen am meisten im Römischen Recht ausgebildet. Es wird deshalb hier ausschließlich von dem Irrthum in Beziehung auf die *condictio indebiti*

(f) *L. 1 § 1, L. 7 de cond. indeb.* (12. 6.). Dieses ist der gewöhnlichste Fall, der in dem ganzen *Digestentitel* fast überall vorausgesetzt wird.

(g) *L. 5 § 1 de act. emti* (19. 1.), *L. 51 pr. § 1 de pactis* (2. 14.), *L. 31 de cond. ind.* (12. 6.). Auch dieses wieder läßt sich auf ganz verschiedene Weise denken. Es geschieht, wenn ich als Erbe fälschlich glaube, durch

Testament zum Verkauf meines Hauses verpflichtet zu seyn, und deswegen das Haus wirklich verkaufe. Es geschieht aber auch, wenn ich für eine fälschlich angenommene Geldschuld, anstatt baarer Zahlung, durch *Novation* eine ganz neue Schuld contrahire, z. B. einen Wechsel ausstelle. Andere und verstecktere Formen, worin dieser wichtige Rechtsatz erscheint, werden noch weiter unten erwähnt werden.

ferner die Rede seyn. — Bey dieser nun zeigt sich der oben aufgestellte Unterschied des factischen und Rechtsirrhums (Num. III.) vorzüglich wirksam, indem nur der erste, nicht der zweyte den Anspruch auf die Condictio soll begründen können. Indessen ist dieser wichtige Satz sehr bestritten, und bedarf einer ausführlichen Darstellung der entgegen stehenden Meynungen und ihrer Gründe. Dadurch würde aber, wenn diese gleich hier vorgenommen werden sollte, der übersichtliche Zusammenhang der Hauptuntersuchung sehr gestört werden. Ich habe es daher vorgezogen, diese Streitfrage hier auszuschneiden, und an das Ende der gegenwärtigen Abhandlung, als eine für sich bestehende Untersuchung zu verweisen (Num. XXXV. u. fg.).

Dieses sind die beiden Ausnahmen des Römischen Rechts. Das canonische Recht fügt eine dritte hinzu, welche sich auf die Eingehung einer Ehe aus irrigen Voraussetzungen bezieht. Dadurch soll jedoch die Ehe nur in dem einzigen Fall nichtig werden, wenn der eine Ehegatte frey, der andere unfrey ist, und der Freye die Unfreyheit des Andern nicht kannte (h). Im Römischen Recht konnte dieser Fall gar nicht vorkommen, da für die Sklaven, die einzigen Unfreyen die bey den Römern vorkommen, eine Ehe über-

(h) *c. 4 C. 29. q. 2, C. 2. 4 X. de conj. serv. (4. 9.)*. BÖHMER § 348. 384 not. a. Eichhorn II. S. 352. — Ohne Grund will die Praxis dieses auf andere Fälle ausdehnen. Dazu wird in den meisten Fällen nicht einmal ein Bedürfnis vorhanden seyn, da meist Betrug concurrirt, von welchem dann der Irrthum absorbirt wird.

haupt unmdglich war, ohne Rucksicht auf das Bewusstseyn und den Willen der Parteyen.

## XII.

Bisher war von Rechtsgeschäften durch ausdrückliche Willenserklärung die Rede; eine etwas andere Natur hat in Beziehung auf Irrthum die stillschweigende (§ 131). Denn das Daseyn des Willens war, bey der ausdrücklichen, durch die mündliche oder die schriftliche Rede völlig gewiß, und es konnte nur die Frage seyn, ob diesem wirklich vorhandenen Willen wegen des Irrthums die gewöhnliche Wirkung entzogen werden sollte. In der stillschweigenden Erklärung dagegen ist das Daseyn des Willens nicht schon für sich gewiß, vielmehr soll dasselbe erst aus Handlungen geschlossen werden, die wir als Ausdruck des Willens annehmen. Sind nun aber diese Handlungen in einer solchen irrigen Voraussetzung unternommen, daß sie gar nicht als Ausdruck jenes Willens gelten können, dann fehlt es an allem positiven Grund einer Rechtsänderung, und es kann gar nicht die Frage davon seyn, dem Willen seine gewöhnliche Wirksamkeit zu versagen.

Wenn wir aber dieses anerkennen, so nehmen wir nicht etwa bloß einen anderen Grund an für die Einwirkung des Irrthums auf die stillschweigenden Willenserklärungen, sondern auch die praktische Beurtheilung im Einzelnen wird eine ganz andere. Denn die Schuldblosigkeit des Irrthums wird nunmehr ganz gleichgültig: dann aber verschwindet

auch der Unterschied zwischen dem factischen und Rechtsirrtum, indem auch dieser letzte das Daseyn des Willens, mithin den positiven Grund irgend einer Rechtsänderung, ausschließt.

Bestätigungen der hier aufgestellten Ansicht sind folgende.

Wer auf seinem Grundstück solche Arbeiten vornimmt, wodurch das Regenwasser einem Nachbar schädlich werden kann, wird durch eine eigene Klage zur Herstellung des früheren Zustandes gezwungen. Hat aber der Nachbar die Arbeit gewußt und geschehen lassen, so hat er dadurch in die möglichen Nachtheile stillschweigend eingewilligt, weshalb die Klage wegfällt. Jedoch kann wiederum diese Ausnahme nicht gelten, wenn der Nachbar aus Irrthum die Gefährlichkeit der Arbeit nicht einsah; denn nun kann sein Stillschweigen nicht als freye Unterwerfung unter diese Gefahr angesehen werden (a). Dabey ist nun bloß von error aut imperitia die Rede, ohne Unterschied ob der Irrthum schwer oder leicht zu vermeiden war, welcher letzte Fall hier wohl am häufigsten angenommen werden dürfte.

(a) *L. 19. 20 de aqua et aquae plu.* (39. 3.). Dieses ist eine der oben angeführten Stellen (Num. VII.), deren allgemeiner Ausdruck dahin führen könnte, wegen des Irrthums das Daseyn jedes (auch des ausdrücklich erklärten) Willens zu verneinen. — Der augenscheinliche Grund der von der Ausnahme gemachten Ausnahme liegt darin, daß der Nachbar, dem die Arbeit wirklich keine Gefahr bringt, auch kein Recht des Widerspruchs hat, weshalb sein Schweigen nicht als Einwilligung gelten kann.

Wenn sich zwey Parteyen vor einem incompetenten Gericht einlassen, so wird dieses durch freywillige Prorogation competent; die Einlassung also gilt als stillschweigende Erklärung, daß sie diesem Gericht durch freyen Entschluß sich unterwerfen wollen (b). Glaubten sie aber irrigerweise, das Gericht sey ohnehin competent, so wollten sie sich bloß der vermeyntlichen Nothwendigkeit fügen; dann kann ihre Einlassung nicht als stillschweigende freye Unterwerfung ausgelegt werden, und sie hat daher nicht die Kraft einer Prorogation (c). Hier wird nun der Irrthum fast immer ein Rechtsirrthum seyn, indem er die Rechtsregeln über die örtlichen oder persönlichen Gränzen des Gerichtsprengels zum Gegenstand haben wird, so daß also hier, wie oben bemerkt, der Rechtsirrthum dieselbe Wirkung hat, wie der factische Irrthum.

Wenn ein zur Erbschaft Berufener Geschäfte der Erbschaft besorgt, so liegt in dieser pro herede gestio eine stillschweigende Antretung. Wenn er jedoch irrigerweise das zur Erbschaft gehörende Geschäft nicht für ein solches, sondern für sein eigenes hielt, so kann unmöglich seine Handlung als Ausdruck jenes Willens angesehen werden (d).

(b) *L. 1 de judiciis* (5. 1.).

(c) *L. 2 pr. de judiciis* (5. 1.), *L. 15 de jurisd.* (2. 1.). Diese beide Stellen gehören wiederum, eben so wie die in Note a angeführte, unter diejenigen, welche scheinbar jede Willenserklärung für nicht vorhanden erklären, wenn

ihr ein Irrthum zum Grunde liegt (Num. VII.). Gerade die Hälfte der dort angeführten sechs Stellen bezieht sich also lediglich auf die eigenthümliche Natur der stillschweigenden Willenserklärung.

(d) *L. 20 pr. de adqu. her.* (29. 2.) „.. si quid non quasi

Allein nicht jeder Irrthum schließt die stillschweigende Willenserklärung aus, sondern nur derjenige, welcher dem Schluß von der Handlung auf das Daseyn des Willens im Wege steht. Wenn also jener berufene Erbe die erb-schaftlichen Geschäfte besorgt, weil er aus Irrthum die Erbschaft für vortheilhaft hält, obgleich sie insolvent ist, so ist er dennoch Erbe geworden; denn der Wille, Erbe zu werden, war in ihm unzweifelhaft vorhanden.

### XIII.

Bisher war die Rede von solchen Fällen, worin die regelmäßige Wirksamkeit von Rechtsgeschäften wegen eines Irrthums auf irgend eine Weise gehemmt wird. Umgekehrt aber giebt es auch Fälle, worin die in der Regel eintretende Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts durch die Zwischenkunft eines Irrthums weggeräumt, und dem Geschäft Gültigkeit verschafft wird.

In einigen Fällen geschieht dieses gleich von Anfang an, so daß dann zu keiner Zeit die Ungültigkeit des Geschäfts behauptet werden kann. Das *Scutum Macedonianum* erklärt das Gelddarlehen an einen in väterlicher Gewalt stehenden Schuldner allgemein für ungültig, ohne zu untersuchen, ob der Glaubiger jene Eigenschaft des Schuldners kenne oder nicht (a). Die Interpretation der

heres egit, sed quasi alio jure dominus" ... § 1 *ead.* „... aut putavit sua." (a) *L. 1 pr. de Sc. Maced.* (14. 6.).

Juristen fügte jene billige Unterscheidung hinzu, und nahm also an, daß der Irrthum des Schuldners die Schuldklage von der gewöhnlichen Exception befreye; vorausgesetzt jedoch, daß es weder ein Rechtsirrhum, noch ein leicht zu vermeidender factischer sey, also ganz nach den oben für den Irrthum überhaupt aufgestellten Grundsätzen (b). — Minderjährige jedoch dürfen sich hier auch auf den Rechtsirrhum berufen (c).

Eine ganz ähnliche Bestimmung findet sich bey der durch das Sc. Vellejanum untersagten Bürgschaft der Frauen. Die Exception aus diesem Senatusconsult gilt ohne Unterschied, ob die Frau selbst die Bürgschaft leistet, oder ein Anderer im Auftrag der Frau. Wenn aber in diesem letzten Fall der Glaubiger von dem Auftrag Nichts weiß, und also den Bevollmächtigten für einen Bürgen auf eigene Rechnung hält, so wird die Exception durch *doli replicatio* ausgeschlossen (d).

Ein Sklave konnte nicht als Zeuge bey einem Testament zugezogen werden. Gesah dieses dennoch, jedoch bey einem solchen Sklaven, der allgemein für einen Freyen

(b) *L. 3 pr. de Sc. Maced.* (14. 6.). „*Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahabat, sic muneribusungebatur: cessavit Senatusconsultum.*“ Dasselbe sagt indirect, in

Beziehung auf den Rechtsirrhum, *L. 9 pr. h. t.*, worin nur dem Minderjährigen (also dem Volljährigen nicht) Hülfe zugesagt wird, wenn er aus Rechtsirrhum einem *filiusfamilias* Geld als Darlehen giebt.

(c) *L. 9 pr. h. t.* (s. Note b), *L. 11 § 7 de minor.* (4. 4.).

(d) *L. 6 ad Sc. Vellej.* (16. 1.).

gehalten wurde, so sollte das Testament darum nicht minder gültig seyn (e).

Eben dahin kann man auch die Vortheile rechnen, die der redliche Besitz einer Sache verschafft; denn dieser muß immer auf Irrthum beruhen, wenn in der That kein Eigenthum zum Grunde liegt (f).

#### XIV.

Wichtiger aber sind die Fälle, in welchen der Irrthum die Folge hat, daß die anfängliche Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts hinterher weggeräumt wird. Eine solche Veränderung kann man als Ergänzung eines unvollständigen Rechtsgeschäfts bezeichnen, und diese Ergänzung eben ist es, welche durch den Irrthum vermittelt werden kann.

Ein Fall dieser Art war im älteren Recht die *erroris causae probatio*. War nämlich eine Ehe unter solchen Personen geschlossen, die kein gegenseitiges *Connubium* hatten, so war sie nach Eivilrecht ungültig, die Kinder folgten nicht dem Stande des Vaters, und kamen nicht in väterliche Gewalt. Hielten aber die Ehegatten ihre Ehe für eine richtige, indem sie aus Irrthum dem einen unter ihnen einen höheren oder niederen Stand, als er hatte, zuschrieben, und deshalb Standesgleichheit unter sich annahmen, so war ihnen gestattet, *eine causae probatio*,

(e) § 7 *J. de test. ord.* (2. 10.), und der. (etwas beschränkte) Erwerb durch den *servus bona fide*  
L. 1 *C. de test.* (6. 23.).

(f) Dahin gehört der Frucht-  
erwerb (§ 35 *J. de rer. div.* 2. 1.), 2. 9.).

das heißt den Beweis des Irrthums, zu unternehmen; dann kam der niedere Gatte nebst den in dieser Ehe erzeugten Kindern in den Stand des höheren, also gewöhnlich in die Civität, und die Kinder kamen zugleich in die Gewalt des Vaters (a). Es wird nicht gesagt, ob der Irrthum durch ungewöhnliche Umstände entschuldigt werden mußte, welches man, da er den Zustand der eigenen Person betrifft, nach allgemeinen Grundsätzen wohl annehmen möchte (Num. III.). Vielleicht aber galt hier eine begünstigende Ausnahme mit Rücksicht auf die Kinder; vielleicht auch ist eben der Nachweis besonderer Umstände in dem Ausdruck *causae probatio* angedeutet, und wird nur zufällig in den angeführten Stellen nicht besonders hervorgehoben.

Eine weit wichtigere Anwendung dieses ergänzenden Verhältnisses aber, die auch noch in dem heutigen Recht volle Anwendung findet, gilt bey der *Usucapion*. Wenn eine Handlung, wodurch Eigenthum erworben werden soll, dazu auf irgend eine Weise untauglich ist, so kann der Erwerber dieses entweder wissen oder nicht wissen. Im ersten Fall ist ihm nicht zu helfen; im zweyten dagegen wird das Anfangs fehlende Eigenthum durch den Ablauf der *Usucapionszeit* ergänzt, vorausgesetzt daß der Irrthum die gehörige Beschaffenheit hat. Hier ist also der (gehörig qualificirte) Irrthum nicht nur kein Hinderniß des rechtlichen Erwerbs, sondern sogar dessen nothwendige Bedin-

(a) ULPIAN. VII. § 4. GAJUS Lib. 1 § 67 sq.

gung und Vermittlung, so daß man sagen kann, es gebe keine Usucapion ohne Irrthum (b). — Es kann nun nicht die Absicht seyn, hier die ganze Lehre der Usucapion vorzutragen; allein das Verhältniß derselben zum Irrthum muß hier allerdings vollständig dargestellt werden. Es wird sich zeigen, daß die über den Irrthum oben aufgestellten Regeln bey der Usucapion sehr rein angewendet, und mit vorzüglicher Sorgfalt ausgebildet worden sind.

### XV.

Soll sich nun diese Behauptung bewähren, so muß der zur Usucapion geeignete Irrthum erstlich ein factischer, und zweytens ein durch die Umstände gerechtfertigter, also nicht leichtsinniger Irrthum seyn. Gerade diese zwey Forderungen sind es aber, die der ganzen Lehre der Usucapion zum Grunde liegen.

(b) Damit dieser Satz nicht mißverstanden werde, ist eine zweifache Erinnerung nöthig. Erstlich kannte das ältere Recht zwey ganz verschiedene Anwendungen des Usucapionsprincips, indem das durch sowohl das in bonis, als die davon ganz verschiedene h. f. possessio in vollständiges Eigenthum verwandelt werden konnte. (Gaius Lib. 2 § 41 — 44). Unser Satz gilt bloß für die zweyte Anwendung, gar nicht für die erste; allein diese erste Anwendung ist auch überhaupt im Justinianischen Recht völlig ver-

schwunden, so daß nunmehr unser Satz allgemein wahr geworden ist. — Zweytens ist der Satz allerdings nur wahr da wo die Usucapion vollständig wirkt, nämlich in der That Eigenthum dem Einen nimmt, dem Andern giebt. Praktisch stellt sich die Sache oft ganz anders, indem die Usucapion vielleicht nur den fehlenden Beweis des wirklich schon vorhandenen Eigenthums ersetzt, in welchem Fall allerdings kein Irrthum vorhanden ist. Die weitere Ausführung dieser Ansicht gehört an einen andern Ort.

Ehe dieses bewiesen werden kann, muß zuvor untersucht werden, welche Elemente der Usucapion eigentlich in Verbindung mit dem Irrthum gedacht werden müssen. Die Usucapion hat zwey positive Bedingungen: redliches Bewußtseyn, und Daseyn eines Rechtstitels. Das erste ist eine Thatsache, auf deren bloßes Daseyn die Art ihrer Entstehung keinen Einfluß hat. Mag also auch ein Rechtsirrtum, oder ein leichtsinniger factischer, zum Grunde liegen, das redliche Bewußtseyn ist darum nicht minder vorhanden (a); allein zur Usucapion taugt der Irrthum nur, wenn er gerechtfertigt ist, und diese Rechtfertigung eben wird durch die Forderung des Titels ausgedrückt. Insofern kann man sagen, die Nothwendigkeit besonderer Eigenschaften des Irrthums beziehe sich nicht auf die bona fides, sondern auf den Titel (b). Über das Verhältniß aber der bona fides zum Titel muß hier noch Folgendes hinzugefügt werden. Der Titel dient nicht nur dazu, die

(a) Man kann umgekehrt fragen, ob das auf Irrthum beruhende unredliche Bewußtseyn die Usucapion hindert. Es hindert, wenn es auf einem Rechtsirrtum beruht (*L. 32 § 1 de usurp. 41. 3.*), aber nicht im Fall des factischen Irrthums. *L. 25 de don. int. vir. (24. 1.)*, *L. 3 pro don. (41. 6.)*. Vgl. das System § 156.

(b) Man könnte diese Unterscheidung für eine leere Subtilität halten, da doch eben nach unsrer Darstellung der Titel

Nichts seyn soll, als die Rechtfertigung der bona fides, so daß beide Momente als ein ungetrenntes Ganze erscheinen. Allein sie wird praktisch wichtig bey der außerordentlichen Usucapion, in welcher der dreßsigjährige Besitz den Titel ersetzt und entbehrlich macht (*L. 8 § 1 C. de praescr. XXX. 7. 39.*). Hier bleibt die bona fides als einziges Erforderniß bey dem Anfang des Besitzes übrig, und der Rechtsirrtum macht dabey kein Hinderniß

bona fides zu rechtfertigen, sondern auch das Daseyn derselben als Thatsache so lange festzustellen, bis der Gegner die Unredlichkeit beweist (c). Dieses ist bey der Usucapion der durchgreifende Grund, weshalb der Besizer seine bona fides nicht zu beweisen braucht. Aber auch von diesem Grunde abgesehen, müssen wir sagen, daß stets Derjenige, welcher einem Gegner die Unredlichkeit vorwirft, diese als eine Thatsache zu beweisen hat. Wir verfahren daher am genauesten, wenn wir die bona fides überhaupt negativ, als Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseyns, ausdrücken (d).

Die Natur des zur Usucapion tauglichen Titels soll nunmehr genauer festgestellt werden.

Der Titel besteht in einem solchen Anfang des Besizes, welcher zwar kein Eigenthum giebt (denn sonst bedürfte es keiner ergänzenden Usucapion), wohl aber zu geben scheint, so daß selbst der Besonnene und Geschäftskundige glauben kann, es sey Eigenthum schon jetzt vorhanden. Was darf nun zum ursprünglichen Eigenthumswerb fehlen, damit dennoch für diesen gerechtfertigten Glauben Raum bleibe?

(c) *L. 30 C. de evict.* (8. 45.).

(d) Diese Auffassung ist dem Ausdruck der Rechtsquellen ganz gemäß. *L. 109 de V. S.* (50. 16.). „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi ha-

here, puta procuratorem, aut tutorem esse.“ Auch ist die in der Note c angeführte *L. 30 C. de evict.*, welche den Besizer vom Beweise der bona fides entbindet, gar nicht auf die Usucapion eingeschränkt.

Vor Allem darf bey den Veräußerungen, als der häufigsten unter allen Erwerbungsformen, das Eigenthum des Auctors fehlen; dieses ist der Hauptfall aller Usucapion, und dabey wird der Irrthum am unbedenklichsten zugelassen, weil in der Regel die genaue Prüfung fremder Rechte uns nicht zugemuthet werden kann. Lassen sich jedoch Umstände nachweisen, welche diesen Irrthum als besonders leichtsinnig darstellen, so liegt gewiß auch hierin ein Hinderniß der Usucapion (e).

Bedenklicher schon wird der Mangel, wenn er das zur wirklichen Erwerbung erforderliche Rechtsgeschäft betrifft, indem er sich dann meist auf eine eigene Handlung des Irrenden beziehen wird. Zwar wenn das Geschäft blos wegen der Handlungsunfähigkeit des Veräußernden ungültig ist, so kann in Beziehung auf diese, als den Zustand einer fremden Person, der Irrthum leicht gerechtfertigt seyn; so z. B. wenn der Käufer den unmündigen oder wahnsinnigen Verkäufer für mündig oder vernünftig hält (f).

(e) Es kann dieser Irrthum noch eine zwiefache Gestalt annehmen, indem man dem Verkäufer fälschlich entweder das Eigenthum selbst, oder die Vollmacht der Veräußerung für den Eigenthümer, zuschreibt, welche beide Fälle in *L. 109 de V. S.* (Notec) erwähnt werden. Vorzüglich in dem letzten Fall wird der Irrthum oft leicht zu vermeiden, also zur Usucapion untauglich seyn.

(f) *L. 2 § 15. 16 pro emptore*

(41. 4.). (Bey § 15 ist es bestritten, wie man den Fall zu denken habe, damit die Stelle nicht mit anderen in Widerspruch komme. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre I. S. 128. 133). Natürlich wird vorausgesetzt, daß die irrige Annahme durch das täuschende äußere Ansehen der Person unterstützt wurde; sonst würde derselbe dennoch als leichtsinnig anzusehen seyn, und zur Usucapion nicht genügen. — Von der

Anderß wenn die Handlungen selbst, die zu dem Geschäft gehören, auf mangelhafte Weise vorgenommen waren, oder wenn sogar das Daseyn irgend eines Rechtsgeschäfts nur irrigerweise von dem Erwerber angenommen wird, welches letztere man einen Putativtitel zu nennen pflegt. Allerdings erscheinen gerade für diesen Fall die Aussprüche unserer Rechtsquellen schwankend; einige Stellen scheinen ihn schlechthin zuzulassen (g), andere schlechthin zu verwerfen (h). Noch andere aber vermitteln diesen scheinbaren Widerspruch auf eine Weise, die mit den allgemeinen Grundsätzen vom Irrthum völlig übereinstimmt: in der Regel ist der Irrthum über das Daseyn eines Titels unzulässig, weil er meist eine eigene Handlung betreffen wird; er kann jedoch durch ungewöhnliche Umstände gerechtfertigt werden, z. B. wenn der Erwerber den Kaufcontract durch einen Bevollmächtigten abschließen wollte, und durch dessen falschen Bericht über den wirklichen Abschluß getäuscht worden ist (i).

## XVI.

Bisher ist angegeben worden, wie ein factischer Irr-

Interdiction, und einer ähnlichen, bey dem *spatium deliberandi* möglichen, Beschränkung reden indirect (nach dem *argumentum a contrario*) *L. 12 de usurp.* (41. 3.), *L. 7 § 5 pro emt.* (41. 4.), mit welchen Stellen noch zu verbinden ist *L. 26*

*de contr. emt.* (18. 1.).

(g) *L. 3, L. 4 § 2 pro suo* (41. 10.).

(h) *L. 27 de usurp.* (41. 3.), *§ 11 J. eod.* (2. 6.).

(i) *L. 11 pro emtore* (41. 4.), *L. 5 § 1 pro suo* (41. 10.), *L. 4 pro legato* (41. 8.).

thum beschaffen seyn müsse, um eine Usucapion möglich zu machen. Bey dem Rechtsirrhum ist eine so genaue Unterscheidung nicht nöthig, da er schon im Allgemeinen als unzulässig anzusehen ist, welches bey dem factischen Irrthum von den Umständen jedes Falles abhängt (Num. III.). Daher wird in mehreren Stellen unsrer Rechtsquellen die Regel allgemein ausgesprochen, daß der (den Titel betreffende) Rechtsirrhum die Usucapion stets unmöglich mache (a):

Inbessen darf diese Regel doch nicht so unbedingt angenommen werden, wie man es nach der wörtlichen Fassung der angeführten Stellen glauben möchte. Vielmehr sind darauf diejenigen Einschränkungen anzuwenden, die schon oben (Num. IV.) für die Unzulässigkeit des Rechtsirrhums im Allgemeinen geltend gemacht worden sind. Auch passen dazu ganz die in den angeführten Stellen (Note a) angeführten Beispiele des Rechtsirrhums, die indessamt von den einfachsten und unbestrittensten Rechtsregeln hergenommen sind; so die Regel, daß ein Unmündiger ohne den Vormund Nichts veräußern dürfe: ferner daß die vormundschaftliche auctoritas unmittelbar nach der Willenserklärung des Pupillen ausgesprochen werden muß, also weder vorher, noch auch lange Zeit nachher. Da

(a) *L. 4 h. t., L. 31 pr. L. 32 § 1 de usurp. (41. 3.), L. 2 § 15 pro emptore (41. 4.)*. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre § 117 S. 408. — Bey der angeführten *L. 2 § 15 pro emptore* ist die Erklärung sehr bestritten jedoch in Beziehung nicht auf die Unzulässigkeit des Rechtsirrhums, sondern umgekehrt auf die Zulässigkeit des factischen, s. oben Num. XV. Note f.

gegen müssen wir auch bey dem Rechtsirrthum die Usucapion zulassen, wenn er sich auf wirklich controverse Rechtsregeln bezieht. Folgende, aus dem älteren Römischen Recht hergenommene Fälle werden diesen Satz einleuchtend machen.

Die Sabinianer rechneten die Pubertät von der Zeugungsfähigkeit an, die Proculerjaner (so wie Justinian) von Bierzeihen Jahren (b). Wenn nun ein Proculerjaner von einem Bierzeihenjährigen, der noch nicht zeugungsfähig war, eine Sache kaufte, so glaubte er sogleich Eigenthümer zu werden. Entstand aber nach Jahren Streit über dieses Eigenthum, so war der Prätor, der den Prozeß durch seine Instruction leitete (oder dessen juristischer Rathgeber), entweder ein Proculerjaner oder ein Sabinianer. Im ersten Fall erkannte er jenem Käufer das Eigenthum schon von der Tradition oder Mancipation an zu. Im zweyten Fall konnte er dieses freylich nicht, aber nun entstand die Frage, ob dem Käufer nicht wenigstens die Usucapion zu gut komme? Allerdings mußte jener Prätor dem Käufer einen Rechtsirrthum zuschreiben, allein für einen leichtsinnigen, durch bloße Erkundigung zu vermeidenden, Irrthum konnte er ihn gewiß nicht erklären, da ja die *diversae scholae auctores* doch auch für angesehene Juristen galten. Ich glaube also, daß selbst der Sabinianische Prätor in diesem Fall die Usucapion zulassen mußte, nach dem (von dem Schulenstreit ganz unabhängi-

(b) ULPIAN. XI. § 28. Vergl. das System § 109.

gen) Ausspruch des Labeo: *ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia* (Num. III. Note k).

Ganz ähnliche Fälle sind folgende. Das unter einer unmöglichen Bedingung gegebene Legat erklärten die Proculejaner für ungültig, die Sabinianer (und eben so Justinian) für gültig (c). Hatte nun ein Sabinianischer Legatar mehrere Jahre hindurch ein solches Legat besessen, so konnte ihm ein Proculejanischer Prätor wenigstens die *usucapio pro legato* nicht versagen. — Eben so bey dem alten Streit, ob der Nießbrauch einer Sklavin dem Fructuar das Eigenthum an den Kindern dieser Sklavin gewähre (d). Der Prätor, der dieses auch nicht annahm, mußte dennoch dem Fructuar die *usucapio pro suo* gestatten.

War nun schon bey den Römern die *Usucapion* nicht allgemein wegen eines Rechtsirrhums zu verwerfen, so muß dieses in noch ausgehnterer Weise für unser heutiges Recht anerkannt werden (Num. IV.) (e).

## XVII

Bey den auf das Erbrecht bezüglichen juristischen Handlungen hat der Irrthum eine etwas ausgehntere Einwirkung, als bey den Geschäften des Verkehrs unter Lebenden.

(c) GAJUS Lib. 3 § 98.

(d) L. 68 *pr. de usufructu* (7. 1.). CICERO *de finibus* I. 4.

(e) Mit dieser Ansicht, daß der Rechtsirrhum über einen contro-

versen Rechtsatz die *Usucapion* nicht ausschliesse, stimmen auch schon ältere Rechtslehrer überein. GILKEN *de usucapionibus* P. 2 membr. 1. Cap. 3 Num. 2.

Dieses zeigt sich zunächst bey den Verfügungen des Erblassers in folgenden Fällen:

1) Das Testament ist nichtig, wenn der Testator über seinen persönlichen Rechtszustand im Irrthum, oder auch nur im Zweifel ist (a).

2) Die Erbeinsetzung ist in der Regel von dem bloßen (unförmlichen) Willen unabhängig, und unterscheidet sich dadurch von den Legaten, von welchen sogleich die Rede seyn wird. Daher wird sie, abweichend von den Legaten, durch einen unförmlichen Widerruf nicht entkräftet (b). Eben so aber schadet ihr auch in der Regel nicht ein bloßer Irrthum im Beweggrund (c). Von diesem letzten Satz giebt es jedoch Zwey wichtige Ausnahmen:

(a) *L. 14. 15. qui test.* (28. 1.), *ULPIAN. XX. § 11.* — *Gld & B. 22 C. 285.*

(b) *L. 22 de adimendis* (34. 4.), *L. 36 § 3 de test. mil.* (29. 1.).

(c) Dieses folgt aus dem in der vorhergehenden Anwendung (Note b) anerkannten Princip, woraus der Unterschied zwischen Erbeinsetzung und Legat klar hervorgeht, und wozu sich die folgenden Fälle als bloße singuläre Ausnahmen verhalten. Eine sehr scheinbare Einwendung gegen die hier aufgestellte Regel liegt in *L. 4 § 10 de doli exc.* „*Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, et ideo heres, qui non habet voluntatem,*

*per exceptionem doli repellitur.*“ Erklärt man den letzten Satz von einer Ausschließung der hereditatis petitio, so ist unsre Behauptung widerlegt; allein diese Erklärung muß verworfen werden, weil die doli exceptio bey einem dritten, vielleicht ganz unrechtmäßigen, Besitzer völlig ohne Grund seyn würde. Die Stelle ist vielmehr von einem einzelnen Anspruch des wahren Erben, z. B. gegen einen Erbschaftsschuldner, zu erklären, dessen Befreyung in dem Willen des Erblassers lag, und nur nicht durch ein rechtsgültiges Legat civilrechtliche Kraft erhalten hat, also von solchen Fällen wie der in *L. 6 § 1 de pecul. leg.* (33. 8.) erwähnte.

A. Die Erbeinsetzung ist ungültig, wenn sie bewirkt wurde durch die irrige Annahme, daß ein Intestaterbe oder ein früher eingesetzter Erbe verstorben sey (d).

B. Sie ist ungültig, wenn sie sich gründet auf die irrige Annahme einer Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem eingesetzten Erben. Bezieht sich diese irrige Erbeinsetzung auf ein vermeyntliches, aber untergeschobenes Kind des Testators, so liegt darin eine Indignität, und die Erbschaft fällt an den Fiscus (e); in allen andern Fällen gilt die Erbeinsetzung als nicht geschrieben (f).

(d) *L. 28 de inoff. (5. 2.), L. 92 de her. inst. (28. 5.)*. Die Legate und andere Nebenbestimmungen des auf jenem Irrthum beruhenden Testaments werden aufrecht erhalten. Man sah es freylich nicht als eine gewöhnliche Rechtsregel an, sondern als eine frey eingreifende Billigkeit; daher wird in beiden Stellen erwähnt, daß der Kaiser auf diese Weise zu Hülfe gekommen sey.

(e) *L. 46 pr. de j. fisc. (49. 14.), L. 4 C. de her. inst. (6. 24.)* „*auferendam ei successionem.*“ Der Grund der abweichenden Behandlung dieses Falles liegt darin, daß durch die Drohung der Confiscation dem Verbrechen der Unterschlebung entgegen gewirkt werden soll. — Wären diese Stellen nicht so sehr bestimmt, so könnte man nach *L. 1 § 11 de Carbon. ed. (37. 10.)* annehmen, auch die Einsetzung eines untergeschobenen

Kindes sey pro non scripta, wodurch das Recht des Fiscus ausgeschlossen würde. Man muß nun den Ausdruck dieser letzten Stelle als einen ungenauen ansehen, so daß der bestimmtere Erfolg allein aus den vorher angeführten Stellen zu entnehmen ist. Vielleicht ist auch das Recht des Fiscus erst nach der Zeit des Ulpian eingeführt, von welchem *L. 1 § 11 cit.* herrührt; die *L. 46 de j. fisci* ist von Hermogenian.

(f) *L. 7 C. de her. inst. (6. 24.)*. Der Fall dieser sehr bestrittenen Stelle muß so gedacht werden. Ein Peregrinus hatte einen Andern als Bruder adoptirt, dann waren Beide Römische Bürger geworden, und der Adoptirende hatte den vermeyntlichen Bruder zum Erben eingesetzt. Die Kaiser erklären die Erbeinsetzung für ungültig, weil die vorausgesetzte brüderliche Verwandtschaft gar nicht vorhanden

3) Die Enterbung eines ächten Sohnes, den der Testator irrig für unächt hält, ist ungültig (g). Eben so auch die in einer allgemeineren Formel ausgedrückte Enterbung eines Sohnes, der aus Irrthum für verstorben gehalten wird (h).

4) Auch ein Legat wird in der Regel durch den bloßen Ausdruck eines irrigen Beweggrundes nicht entkräftet,

sey, indem selbst unter Peregrinen Niemand als Bruder adoptirt werden könne. Die später erworbene Civität muß in den Fall der Stelle hinein interpretirt werden; denn wenn (wie Manche wollen) die fortdauernde Peregrinität der Grund der ungültigen Erbeinsetzung wäre, so würde gewiß dieser einfachste Grund namhaft gemacht seyn, durch welchen ja die irrige Meinung des Testators zu einem ganz gleichgültigen Umstand werden würde. — Dasselbe Princip liegt zum Grunde in *L. 5 C. de testam.* (6. 23.). Denn wenngleich diese Stelle vielleicht ursprünglich auf den Fall eines Legats gegangen seyn mag („non debet“), so hat sie doch durch ihre Aufnahme in den Titel *de testamentis* eine allgemeinere Bedeutung bekommen, und es ist kein nothwendiger Grund vorhanden, ihre Beweiskraft für die Erbeinsetzung dadurch zu beseitigen, daß man sie (wie Manche wollen) für eine *lex fugitiva* erklärt. — Fälschlich würde man

zur Widerlegung unsrer Behauptung anführen *L. 33 pr. de cond.* (35. 1.), denn diese spricht von der *falsa demonstratio*, die von der *falsa causa* wesentlich verschieden ist.

(g) *L. 14 § 2 L. 15 de lib. et posth.* (28. 2.).

(h) *L. 25 pr. de lib. et posth.*

(28. 2.). Ein Testator hatte gesagt: *ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunt*; Einen Sohn hatte er aber fälschlich für todt gehalten. Paulus erklärt nun, dieser Sohn könne zwey Gründe für sich geltend machen wollen: a) die mangelhafte Form der Enterbung, da diese hätte *nominatim* geschehen müssen (*pr. J. de exher.* 2. 13.); dieser Grund sey jedoch hier unhaltbar, da die angeführte Enterbung für *nominatim* geschehen gelten müsse. b) Den Irrthum über den Tod; dieser Grund sey an sich entscheidend, und es komme nur darauf an, das Daseyn der behaupteten falschen Voraussetzung vor Gericht zu erweisen.

weil der Erblasser zugleich durch andere, nur nicht ausgedrückte, Gründe bestimmt seyn kann (i). Wenn jedoch aus den Umständen sicher hervorgeht, daß ohne jenen Irrthum das Legat nicht gegeben seyn würde, so steht dem Legatar eine *doli exceptio* entgegen (k). Diese ist nur eine einzelne Anwendung der allgemeineren Regel, daß der Legatar, dem der erwelsliche Wille des Verstorbenen entgegensteht, durch die *doli exceptio* ausgeschlossen wird (l); weshalb denn auch der unförmliche Widerruf eines Legats zur Begründung dieser *doli exceptio* hinreicht (m). Hierin liegt also ein wichtiger, von Vielen verkannter, Unterschied zwischen Erbeinsetzungen und Legaten (n).

5) Ungültig ist endlich das Legat einer fremden Sache, wenn nicht der Testator wußte, daß sie eine fremde sey, welches Bewußtseyn vom Legatar bewiesen werden muß (o).

Wenngleich nun hier der Irrthum einen größeren Einfluß hat, als bey Verträgen, so würde es doch ganz unrichtig seyn, über die Gränzen der angegebenen Fälle hinaus zu gehen, und jedem Irrthum überhaupt eine gleiche Kraft bezulegen. Gesezt also, der Testator hätte dem eingesetzten Erben Verdienste oder andere Eigenschaften zu

(i) *L. 17 § 2. 3 L. 72 § 6 de cond. (35. 1.), § 31 J. de leg. (2. 20.), L. 1—5 C. de falsa causa (6. 44.).*

(k) *L. 72 § 6 de cond. (35. 1.), L. 1 in f. C. de falsa causa (6. 44.).*

(l) *L. 4 § 10 de doli exc. (44. 4.), s. oben Note c.*

(m) *L. 22 de adimendis (34. 4.), L. 36 § 3 de test. mil (29. 1.).*

(n) Über diese ganze Frage sind zu vergleichen RAMOS bey Meerman. V. 176, und CHESIUS, Jurispr. Rom. et Att. II. 723.

(o) § 4 *J. de leg. (2. 20.), L. 67 § 8 de leg. 2 (31. un.).*

geschrieben, die dieser in der That nicht besäße, so wäre dennoch der Intestaterbe nicht berechtigt, deshalb das Testament als ungültig anzufechten.

Man darf mit diesen Fällen nicht verwechseln den scheinbar ähnlichen Fall, da der Testator einen Erben ernennet, den er für eine andere Person hält. Hier wird nicht, wie in jenen Fällen, die gewöhnliche Wirkung juristischer Thatfachen wegen des Irrthums modificirt, sondern es ist in Beziehung auf den wörtlich bezeichneten Erben gar kein Wille vorhanden, so daß dieser Fall unter die des unächtigen Irrthums gehört (p).

### XVIII.

Eben so zeigt sich die Einwirkung des Irrthums bey den zum Erwerb der Erbschaft führenden Handlungen auf folgende Weise. Ist der berufene Erbe über die Art der Delation (aus letztem Willen oder gesetzlich u. s. w.) im Irrthum, so ist seine ausdrückliche oder stillschweigende Antretung (a) sowohl, als seine Ausschlagung der Erbschaft ohne Wirkung (b). Auch hier wird die gewöhnliche Beschränkung hinzugefügt, daß der Rechtsirrtum eine solche

(p) E. u. Num. XXXIV. und das System § 135. — In einem solchen Fall also gibt weder der Ausgesprochene als Erbe, weil er nicht gemeynt ist, noch der Gemeynthe, weil er nicht ausgesprochen ist. *L. 9 pr. de her. inst.* (28. 5.).

(a) Die Ungültigkeit der irri- gen pro herede gestio könnte nun zugleich auf das allgemeinere Princip der irrigen stillschweigenden Willenserklärungen zurückgeführt werden (Num. XII.).

(b) *L. 13 § 1 L. 14. 15. 16. 19. 22. 28. 32. 33. 34. de adquir. hered.* (29. 2.).

Wirkung nicht hervorbringe (c). — Jeder andere Irrthum dagegen kann dem antretenden Erben nicht zu gut kommen. Insbesondere nicht der vorzüglich wichtige Irrthum über den reinen Werth des erbschaftlichen Vermögens. In einem solchen Fall gab einmal Hadrian, aus durchgreifender Billigkeit, dem irrenden Erben Restitution: Gordian erhob dieselbe bey Soldaten zu einer allgemeinen Rechtsregel: Justinian aber machte jede Hülfe dieser Art auf einem andern Wege entbehrlich, indem er jeden Erben, der ein Inventarium macht, von allem Überschuss der Schulden über das active Erbschaftsvermögen befreyte. Jetzt fällt also auch jene Restitution des irrenden Erben als überflüssig im Allgemeinen hinweg, und ist nur wieder dem Soldaten, der das Inventarium versäumt, vorbehalten (d); in diesem Fall aber betrifft sie nicht mehr, wie früher, die unvorsichtige Handlung, sondern die bloße Unterlassung. Die Richtigkeit dieser Behauptung, daß jeder andere Irrthum

(c) L. 2 C. h. t.

(d) GAJUS Lib. 2 § 163, § 5. 6 *J. de hered. qualit.* (2. 19.). Die im Text enthaltenen Sätze stellen den wahren Sinn und Zusammenhang der Institutionenstelle dar. Es ist also irrig, wenn Manche glauben, es gelte noch außer und neben dem *beneficium inventarii* eine allgemeine Restitution des unvorsichtig antretenden Erben. (So Burchardi *Wiedererfindung* S. 388). Allerdings wollte Justinian, wie er

ausdrücklich sagt, dem berufenen Erben gründlicher helfen, als es Hadrian und Gordian gethan hatten: nur nicht durch Erweiterung der Restitution, sondern durch ein ganz anderes Mittel. In Justinians Sinn müssen wir sagen: entweder hat der Erbe ein Inventarium gemacht, dann braucht er keine Restitution; oder er hat es unterlassen, dann verdient er sie nicht. Der Soldat freylich sollte auch durch diese Unterlassung nicht leiden (Num. XXXIII.).

des antretenden Erben gleichgültig ist, bewährt sich noch in dem besondern Fall, da der Patron die Testamentserbschaft seines Freygelassenen antritt, dessen große Veräußerungen er nicht kannte; in diesem Fall würde dem Patron die Anfechtung des Testaments vortheilhafter gewesen seyn, und dennoch muß es bey der erklärten Antretung verbleiben (e).

Wenn die Erbschaftsgläubiger eine Separation der Erbschaft auswirken, die sich hinterher als nachtheilig zeigt, so können sie, bey vollständiger Rechtfertigung ihres Irrthums, Restitution erlangen (f).

Fassen wir alle diese Bestimmungen zusammen, so müssen wir allerdings bey erbchaftlichen Handlungen dem Irrthum einen größeren Einfluß zuschreiben, als bey Geschäften des gewöhnlichen Verkehrs. Allein es ist doch nur eine etwas größere Zahl einzelner Fälle, worin der Irrthum ausnahmsweise wirkt. Und so erscheint auch hier das allgemeinste Princip festgehalten und bestätigt, daß der Irrthum an sich das Daseyn des freyen Willens nicht ausschließt, also auch den Wirkungen desselben im Allgemeinen nicht im Wege steht.

## XIX.

Im älteren Römischen Prozeß kamen mehrere Handlungen vor, die schon für sich allein eine strenge formelle

(e) *L. 3 pr. si quid in fraud. patr.* (38. 5.).

(f) *L. 1 § 17 de separat.* (42. 6.).

Wirkung mit sich führten, und daher dem Handelnden, wenn sie unvorsichtigerweise vorgenommen wurden, großen Schaden bringen konnten. Gegen diesen Nachtheil aber konnte ihm Hülfe gewährt werden nach den Grundsätzen vom Irrthum; das heißt also wenn der Irrthum nicht nur seinem Daseyn nach dargethan werden konnte, sondern auch weder ein Rechtsirrhum, noch ein leichtsinniger factischer Irrthum war. Die Hülfe aber bestand hier nicht in einer besonderen Klage, wodurch ja der Gang des früheren Prozesses nur hätte erschwert und verwirrt werden können, sondern in einer Restitution, die hier, wo sich ohnehin schon die Parteien vor dem Prätor befanden, gewiß die angemessenste Form war. Die Fälle selbst, wie sie in unsren Rechtsquellen vorkommen, sind folgende.

1. Jedes Klagerecht wurde durch die angebrachte Klage consumirt, oft auch wenn man eine unrichtige Person als Gegner gewählt hatte. Dieses geschah namentlich durch die Klage gegen einen Pupillen, bey welcher ein falsus tutor die auctoritas gegeben hatte; dagegen gab aber der Prätor Restitution (a). — Eben so geschah es, wenn eine Erbschaftsschuld gegen einen der Miterben, der sich fälschlich für den einzigen Erben ausgegeben hatte, ganz eingeklagt wurde. Dieser war nun wirklich für das Ganze verpflichtet, gegen die Miterben war die Klage consumirt. War nun aber jener, theilweise falsche, Beklagte insolvent,

(a) *L. 1 § 6 L. 2—6 quod litiscontestatio § 68. Burchardi*  
*falso (27. 6.). Vgl. Keller di Wiedereinsetzung § 21.*

so wurde die verlorne Klage gegen die Miterben restituiert (b).

2. Wer mehr einklagte, als er zu fordern hatte, verlor sein ganzes Recht (plus petendo). War es aber aus erweislichem, und zugleich völlig gerechtfertigtem, Irrthum geschehen, so konnte er dagegen Restitution erhalten (c).

3. Wenn eine Parthey Prozeßcaution zu fordern berechtigt war, und dafür einen Bürgen annahm, der nachher als Sklave anerkannt wurde, folglich zur Bürgschaft untanglich war, so konnte die dadurch gefährdete Parthey Restitution erhalten (d).

4. Wer vor dem Prätor Etwas einräumte, sey es aus eigenem Antriebe (confessio), oder auf die Aufforderung des Gegners (responsio), der war dadurch in der Regel verpflichtet. Wenn er aber einen Irrthum in diesem Geständniß besonders nachweisen konnte (e), oder wenn dieser Irrthum aus der nachher augenscheinlich gewordenen Unmöglichkeit der eingeräumten Thatsache von selbst hervorging (f), so wurde er von dieser Verpflichtung durch Re-

(b) *L. 18 de interrog.* (11. 1.).

(c) § 33 *J. de act.* (4. 6.)  
GAJUS Lib. 4 § 53. Vgl. Burchar-  
di Wiedereinsetzung S. 387.  
— Die Restitution, die in einem  
ähnlichen Fall der Beklagte er-  
hielt (GAJUS Lib. 4 § 57), bezog  
sich nicht auf dessen Irrthum.

(d) *L. 8 § 2 qui satisfacere*  
(2. 8.). Der erste Theil der  
Stelle setzt einen factischen Irr-  
thum voraus, und gestattet daher  
die Restitution allgemein; der

zweite Theil, der den Minder-  
jährigen und Frauen besonders  
die Restitution einräumt, mag  
von dem Fall eines Rechtsirr-  
thums verstanden werden, näm-  
lich so daß die Parthey wußte, daß  
es ein Sklave sey, und ihn den-  
noch für fähig hielt. Vgl. Mühl-  
lenbruch S. 390.

(e) *L. 2 de confessis* (42. 2.),  
*L. 11 §. 8. 10. 11 de interrog.*  
(11. 1.).

(f) *L. 13 pr. de interrog.*

stitution befreyt. Hier wird nun ausdrücklich bemerkt, es dürfe weder ein Rechtsirrtum gewesen seyn (g), noch ein auf grober Nachlässigkeit beruhender factischer Irrthum (h).

Von diesen Fällen sind die meisten schon im Justinianischen Recht, noch mehr aber in dem unfrigen, nicht mehr anwendbar. Der letzte jedoch, welcher das gerichtliche Geständniß betrifft, kann, ungeachtet der veränderten Form des zum Grunde liegenden Rechtsfages, auch noch im heutigen Recht zur Anwendung kommen (i).

Ich habe hier absichtlich Fälle des älteren Rechts zusammengestellt. Die Art, wie in dem heutigen Prozeßrecht der Irrthum behandelt wird, ist diesem ganz eigenthümlich, und gehört nicht mehr zu den Entwicklungen der allgemeinen Rechtslehre vom Irrthum (k).

(11. 1.), L. 23 § 11 L. 24 L. 25 pr. ad L. Aquil. (9. 2.), L. 8 de confessis (42. 2.).

(g) L. 2 de confessis (42. 2.). Dieser Satz hängt zusammen mit dem Grundsatz der *condictio indebiti*, welcher gleichfalls den Rechtsirrtum von der Rückforderung ausschließt (Num. XXXV. fg.). Denn wer gesteht, thut es, eben so wie der welcher zahlt, in der Meynung, damit nur seine Schuldigkeit zu thun, nicht aus freyer Willkühr.

(h) L. 11 § 11 de interrog. (11. 1.).

(i) Wichtiger, als alle hier zusammengestellte, Prozeßrestitutionen ist die gegen das rechtskräftige Urtheil. Vgl. Burchar di Wiedereinsetzung S. 185. Allein diese gehört nicht zur Lehre vom Irrthum, da der Irrthum der unterliegenden Partey doch nur unter andern, und nur auf indirecte Weise, als Ursache des Urtheils angesehen werden kann.

(k) So z. B. steht die Behandlung des Irrthums eines Advocaten im Zusammenhang mit der besondern Stellung der Advocaten im Prozeß.

## XX.

In Anwendung auf Delicte (a) erscheint die Lehre vom Irrthum auf folgende eigenthümliche Weise.

Es giebt Delicte, deren Begriff zunächst nur auf die Erscheinung eines äußeren Ereignisses gegründet ist, so daß dabey die Freyheit des Handelnden zwar auch als nöthig, aber doch als untergeordnet erscheint. Bey diesen ist Dolus und Culpa strafbar; so bey dem Todschlag, obgleich mit verschiedenem Grade der Strafbarkeit: so auch bey der actio legis Aquiliae, bey welcher selbst die Höhe der Strafe von jenem Unterschied unabhängig ist. — Dagegen giebt es andere Delicte, zu deren Begriff und Thatbestand der rechtswidrige Wille, also auch das Bewußtseyn der Rechtsverletzung, gehört, so daß in dessen Ermanglung gar kein Delict vorhanden ist. Bey diesen kann es nicht einmal einen Unterschied machen, ob der den Dolus ausschließende Irrthum durch die Umstände gerechtfertigt ist oder nicht, also auch ob er factisch oder ein Rechtsirrtum ist. Denn der Dolus ist eine Thatsache, deren Daseyn durch den Irrthum jeder Art ausgeschlossen wird.

(a) Ich gebrauche hier der Kürze wegen diesen Ausdruck, und verstehe darunter sowohl das öffentliche Verbrechen (crimen), als das Privatdelict, das heißt die Rechtsverletzung, welche im Privatrecht die eigenthümliche Wirkung einer actio quae poenae causa datur hervorbringt; es mag nun diese Klage zum

Inhalt haben eine Strafe (wie die furti actio), oder bloßen Schadensersatz (wie die doli actio), oder beides zugleich (wie vi honorum raptorum). Beide Fälle hier zusammen zu fassen, wird dadurch nothwendig, daß die Behandlung des Irrthums in beiden völlig dieselbe ist.

Indessen ist hierin noch folgender Unterschied wohl zu beachten. Wenn der Handelnde das Strafgesetz kennt, aber durch einen Rechtsirrtum über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung getäuscht wird, so ist der eben aufgestellte Satz allgemein wahr. Anders, was die Kenntniß des Strafgesetzes selbst betrifft. Diese wird bey Jedem gefordert und vorausgesetzt, und ihr Mangel schließt den Dolus und die Strafbarkeit nicht aus. Von dieser Strenge sind nur gewisse Klassen von Personen ausgenommen, denen auch die Rechtsunwissenheit überhaupt nachgesehen wird; dahin gehört Minderjährigkeit, weibliches Geschlecht, Rusticitas und Soldatenstand. Jedoch sind auch diese Klassen nur bey denjenigen Strafgesetzen ausgenommen, welche eine mehr positive Natur haben (*juris civilis*), nicht bey denen, welche schon dem natürlichen Rechtsgefühl einleuchten (*juris gentium*) (b). Der Ausdruck *juris ignorantia* nun ist zweydeutig, indem er an sich sowohl auf die strafbare Natur der Handlung, als auf die Unbekanntschaft mit dem Strafgesetz bezogen werden kann; die *juris ignorantia* im ersten Sinn also wird jedes dolose Delict ausschließen, die im zweyten Sinn dagegen nur in den beschränkten Fällen der angegebenen Ausnahmen. Durch diese Zweydeutigkeit des Ausdrucks sind manche scheinbare Widersprüche in unsren Rechtsquellen aufzulösen (c).

(b) Der Unterschied ist deutlich anerkannt in *L. 38 § 2. 4 ad L. J. de adult.* (48. 5.), *L. 2 C. de in jus voc.* (2. 2.), welche Stel-

len im Num. XXI, bey den einzelnen Delicten, benutzt werden sollen.

(c) *Coll. LL. Mos. et Rom.*

Diese Grundsätze kommen in unsren Rechtsquellen nirgend in der Allgemeinheit vor, worin sie hier aufgestellt worden sind; dagegen werden sie in folgenden einzelnen Anwendungen zum Theil so bestimmt und unverkennbar vorausgesetzt, daß wir berechtigt sind, diese bestimmteren Vorschriften theilweise auch auf diejenigen Fälle anzuwenden, worüber wir weniger genau bestimmte Vorschriften besitzen.

## XXI.

Zum Begriff des Diebstahls gehört rechtswidrige, und zwar insbesondere gewinnsüchtige Absicht. Wer nun dem Andern eine Sache entwendet, die er irrigerweise für seine eigene hält, begeht keinen Diebstahl, und macht die Sache nicht zur *res furtiva*, selbst wenn er durch Rechtsirrthum zu jener Meinung gekommen wäre; z. B. wenn er den Mißbrauch einer Skavin hat, und an dem Kind derselben aus Rechtsirrthum Eigenthum zu haben meynt (a). Die

I. § 12 (von Modestini): „*Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus juris civilis venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris ignoret: quae scilicet consilio delinquentibus praestari non solet. Propter quod necessarium est, addita distinctione considerare, utrum sciente an ignorante aliquo quid gestum proponatur.*“ Hier wird unabweislich unter der *juris ignorantia*, die niemals entschuldigen soll, die Unbekanntheit mit dem

Strafgesetz verstanden, und auch dafür bloß die Regel vorgetragen, mit Uebergehung der persönlichen Ausnahmen, die dadurch nicht etwa von Modestini verneint werden sollen. Das *Nonnunquam* bezieht sich darauf, daß die Strafslosigkeit selbst des factischen Irrthums nicht für alle *Delicta* behauptet werden kann, sondern nur für die *dolosae*.

(a) § 5 *J. de usuc.* (2. 5.), L. 36 § 1 L. 37 *pr. de usurp.* (41. 3.).

Unbekanntheit mit dem Strafgesetze gegen den Diebstahl würde ihn, da der Diebstahl schon nach dem *jus gentium* verboten ist, selbst dann nicht schützen, wenn er zu jenen begünstigten Klassen von Personen gehörte (Num. XX.).

Eben so, wer eine Sache, die er für sein hält, mit Gewalt wegnimmt, unbekannt mit dem Verbot der Selbsthülfe, ist frey von der *actio vi bonorum raptorum*, weil zu dieser das Bewußtseyn der Eigenthumsverletzung erfordert wird. Um dieser Entschuldigung zu begegnen, haben daher die Kaiser auch schon die bloße Selbsthülfe mit schwerer Strafe bedroht (b). Offenbar liegt dabey die Voraussetzung zum Grunde, die Unbekanntheit mit dem Gesetze gegen die Selbsthülfe befreye nicht von der Strafe der Selbsthülfe, so wie die Unbekanntheit mit dem Edict *vi bonorum raptorum* nicht von dieser prätorischen Strafklage befreye. Beide Strafbestimmungen hatten auch nicht einmal eine streng positive Natur, sie waren vielmehr in dem natürlichen Rechtsgefühl gegründet.

Der Incest wird natürlich immer ausgeschlossen durch die factische Unbekanntheit mit dem Verwandtschaftsverhältniß (c). Dagegen soll der Rechtsirrtum, das heißt die Unbekanntheit mit dem Eheverbot, nur ausnahmsweise entschuldigen: 1. die Frauen, jedoch nur wenn der Incest *juris civilis*, nicht *gentium*, also begangen mit Seitenverwandten, nicht mit Ascendenten oder Descendenten,

(b) § 1 *J. de vi bon. rapt.* (c) *L. 4 C. de incestis* (5. 5.) (4. 2.).

ist (d); 2. die minderjährigen Männer, und zwar unter derselben Einschränkung wie die Frauen (e).

Das Sc. Turpillianum verbietet unter Strafe den Anklägern, von ihrer Anklage ohne ausgewirkte obrigkeitliche Abolition zurück zu treten. Dieses Strafgesetz ist ganz positiver Art, weshalb Frauen und Minderjährige wegen Rechtsunwissenheit von der Strafe desselben Befreyung erhalten (f).

Die dolose Beschädigung obrigkeitlicher Edicte war mit einer Strafe von 500 aurei bedroht (g), und diese Strafe konnte durch ihre Höhe als eine völlig positive Bestimmung

(d) *L. 38 pr. § 2. 4. 7 ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), vgl. mit *L. 68 de ritu nupt.* (23. 2).

(e) *L. 38 § 4. 7 ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), *L. 4 C. de incestis* (5. 5.). — Wörtlich ist hier von *incestus juris civilis* Nichts gesagt; dennoch können wir diese Beschränkung hinzu denken wegen der völligen Zusammenstellung mit den Frauen. Daß sie nicht ausdrücklich erwähnt ist, mag aus der äußersten Seltenheit des *incestus juris gentium* bey minderjährigen Männern erklärt werden. Denn mit der Mutter (also der älteren Frau) wird er nicht vorkommen, und eine Tochter, die des Incests fähig wäre, kann er schon seinen Jahren nach nicht haben. — In *L. 38 § 4 cit.* muß übrigens statt *Claudia* gelesen werden *Claudio*, da offenbar von einem Mann die

Rede ist, wie der nachher folgende Gegensatz zeigt.

(f) *L. 1 § 10 L. 4 pr. ad Sc. Turpill.* (48. 16.). Der § 10 enthält zwey verschiedene Erwähnungen der strafflosen Frauen: 1. wenn ihre Anklage ohnehin ungültig ist, als nicht auf eigenes Interesse gegründet, 2. (am Schluß) ganz allgemein, wobey die Frauen mit den Minderjährigen zusammengestellt werden. Die erste (beschränktere, aber besonders einleuchtende) Erwähnung beruft sich auf ein Responsum des Papinian, und dieses Responsum steht eben in der angeführten *L. 4 pr. eod.*, weshalb aber auch in dieser anstatt *injuriae propriae* emendirt werden muß *injuriae non propriae*, wie schon Eufacius bemerkt hat.

(g) *L. 7 pr. de jurid.* (2. 1.).

angesehen werden. Deshalb wurde hier dem Erforderniß des Dolus eine größere Ausdehnung als in anderen Fällen gegeben. Es sollte daher der Thäter durch allgemeine Rechtsunwissenheit oder durch gänzlichen Mangel an Bildung von der Strafe befreyt werden (h).

Das Testament eines Ermordeten sollte bey Strafe von 100 aurei nicht eher eröffnet werden, als die Sklaven desselben gefoltert wären, damit nicht durch die im Testament vielleicht enthaltene Freylassung solcher Sklaven die Folter verhindert werden möchte (i). Die Strafe war durch den Dolus des Thäters bedingt, und wegen der ganz positiven Natur des Strafgesetzes wurde dieselbe Befreyung gestattet, wie bey dem vorhergehenden Fall (k).

Wer aus Rechtsunwissenheit die Zollgesetze übertritt, wird dadurch von der Strafe um so weniger frey, als dieselbe überhaupt nur durch die materielle That, nicht durch Dolus, bedingt ist (l). Nur der Minderjährige bleibt

(h) *L. 7 § 4 de Jurisd. (2. 1.)*  
 „... si per imperitiam vel rusticitatem . . . aliquis fecerit, non tenetur.“ Imperitia ist die Unbekanntschaft mit dem Recht und den Geschäften, die mit anderer Art von Bildung wohl verstehen kann, und damit sind, nach der Analogie anderer Stellen, Frauen und Minderjährige, auch wohl Soldaten, gemeynt. Rusticitas ist die allgemeine Rohheit und Unbildung, wie sie in

der untersten Klasse häufig vorkommt.

(i) *L. 25 § 2 de Sc. Silan. (29. 5.)*

(k) *L. 3 § 22 de Sc. Silan. (29. 5.)* „Et si sciens, neque non tenebitur: si forte per imperitiam, vel per rusticitatem, ignarus Edicti Praetoris vel Scti, aperuit.“

(l) *L. 16 § 5 de publicanis (39. 4.)*

von der Strafe ausgenommen, wenn ihm nicht Dolus besonders nachgewiesen werden kann (m).

Wer einer in jus vocatio nicht Folge leistet, wird zu einer willkürlichen Geldstrafe verurtheilt, wovon jedoch gänzliche Unbildung befreyt (n).

Der Schreiber, dem ein Testament dictirt wird, soll bey schwerer Strafe kein ihm selbst angewiesenes Legat niederschreiben. Dagegen sollte Rechtsunwissenheit weniger als in anderen Fällen schützen (o). Soldaten zwar waren auch hier allgemein befreyt (p), Frauen aber nur unter besonderen entschuldigenden Umständen (q).

Wer eine Frau innerhalb des Trauerjahres heurathet, wird infam; dagegen schützt nur die Unwissenheit über die Thatsache, nicht der Rechtsirrtum (r).

Der Freygelassene, der sich eine in jus vocatio gegen den Patron erlaubt, wird bestraft. Dagegen schützt selbst gänzliche Unbildung nicht, weil schon das natürliche Gefühl der Ehrfurcht ihn zurückhalten mußte (s).

(m) L. 9 § 5 *de minor.* (4. 4.) Der Vorbehalt des Dolus ist eigentlich keine Ausnahme, da durch den erwiesenen Dolus die behauptete Rechtsunwissenheit von selbst widerlegt ist.

(n) L. 2 § 1 *si quis in jus. voc.* (2. 5.).

(o) L. 15 *pr. ad L. Corn. de falsis* (48. 10.).

(p) L. 5 *C. de his qui sibi adscrib.* (9. 23.). Nämlich befreyt

von der Strafe, nicht von der Ungültigkeit des Legats.

(q) L. 15 § 5 *ad L. Corn. de falsis* (48. 10.).

(r) L. 1 L. 11 § 4 *de his qui not.* (3. 2.). In diesen Stellen ist blos von dem Mann die Rede, Die Frau selbst aber hatte gewiß auch keine Strafflosigkeit, weil dieses Verbot nichts weniger als positiv war, und gerade den Frauen vorzugsweise einleuchten mußte.

(s) L. 2 *C. de in jus voc.*

Dem Vormund ist unter Strafe verboten, seine vor-  
malige Mündel für sich oder seinen Sohn zur Ehefrau zu  
nehmen. Dagegen schützt auch nicht *imperitia* und *rusti-*  
*citas* (t).

Die Frau, die es unterläßt einen Vormund für ihr  
Kind zu erbitten, wird bestraft, und dagegen schützt sie  
nur Minderjährigkeit, nicht die allgemeine Rechtsunwissen-  
heit des Geschlechts, ohne Zweifel weil sie als Mutter zur  
äußersten Sorgfalt durch die Natur aufgefordert war (u).

Der Senator, der eine Freygelassene zur Frau nahm,  
war mit Strafen bedroht, wenn er es *sciens dolo malo*  
*thät* (v). Dagegen schützte ihn natürlich nicht die Unbe-  
kanntschaft mit dem Gesetz, wohl aber der Irrthum über  
den Stand der Frau, vorausgesetzt jedoch daß selbst die-  
ser Irrthum nicht leicht zu vermeiden, also nicht tadelns-  
werth war (w).

## XXII.

Bisher ist die Beziehung des Irrthums zum Dolus

(2. 2.) „*Nec in ea re rusticitati  
venia praebetur, cum naturali  
ratione honor hujusmodi per-  
sonis debeat.*“

(t) *L. 1 C. de interdicto ma-  
trim.* (5. 6.).

(u) *L. 2 C. si adv. del.* (2. 35.),  
vgl. *L. 8 C. qui pet.* (5. 24.).

(v) *L. 44 pr. de ritu nupt.*  
(23. 2.).

(w) *L. 6 h. t.* Die Beziehung

dieser Stelle auf das Eheverbot  
zwischen dem Senator und der  
Freygelassenen folgt aus der In-  
scription. *Henzcius ad L. Jul.*  
*p. 442.* Aus gleichem Grunde  
gehört eben dahin *L. 5 h. t.*,  
welche sagen will, es komme nur  
auf Wissen oder Nichtwissen des  
Senators selbst, nicht auf das  
der Frau, bey Beurtheilung sei-  
ner Strafbarkeit an. Vgl. oben  
Num. I. Note b.

bey den Delicten nachgewiesen worden. Eine gleichartige Beziehung aber kommt auch bey einigen Rechtsinstituten vor, worin der Dolus nicht selbst als Delict erscheint, sondern nur andere Rechtsverhältnisse modificirt. Wegen dieser Gleichartigkeit wird es zweckmäßig seyn, davon an dieser Stelle zu reden.

Bey der hereditatis petitio und bey der rei vindicatio macht es, wenn der Kläger Recht behält, einen großen Unterschied, ob der Beklagte ein b. f. oder ein m. f. possessor ist, unter welchen letzten Fall insbesondere auch der praedo gehört, das heißt der Besizer, welcher seinen Besitz nicht einmal durch einen angeblichen Titel zu beschönigen weiß. Das Bewußtseyn des redlichen Besizers kann sich nun entweder gründen auf einen factischen Irrthum über die früheren Schicksale der Sache, oder auf einen Rechtsirrhum. Wenden wir auf diesen letzten Fall dieselbe Beurtheilung, wie bey den Delicten (Num. XXI.) an, so ergeben sich als unzweifelhaft folgende Sätze. Niemand kann sich darauf berufen, daß er die Rechtsregeln über den unredlichen Besitz und dessen nachtheilige Folgen nicht gekannt habe. Hat aber der Besizer über die Regeln des Eigenthumserwerbs geirrt, und sich deswegen das Eigenthum fälschlich zugeschrieben, so ist er darum nicht weniger ein redlicher Besizer, denn dieser Zustand ist eine Thatfache, die durch den Rechtsirrhum, woraus sie entstanden seyn mag, nicht ungeschehen gemacht werden kann. Dieser prä-

tisch wichtige Satz wird nun in folgender Stelle auf das Deutlichste anerkannt.

*L. 25 § 6 de hered. petit. (5. 3.)* „Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel, cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret.“

Es ist wohl zu bemerken, daß die Rechtsfälle, über welche hier ein Irrthum vorausgesetzt wird, nicht etwa verwickelte und bestrittene, sondern einfache und gewisse sind: die bekannten Formen des Testaments, und noch mehr die Ordnung worin die Agnaten zu der Intestaterbfolge berufen werden. Dennoch wird ein so Irrender unbedingt als redlicher Besizer anerkannt. — Hier zeigt sich nun auch recht deutlich die Unbrauchbarkeit des oben (Num. VIII.) beurtheilten Principis, nach welchem der Rechtsirrtum zwar soll Schaden abwehren, aber nicht Gewinn bringen können. Der redliche Besizer hat bey den oben angeführten Klagen zweyerley Folgen: er wendet Schaden ab, indem der unredliche Besizer auch nicht gewonnene Früchte, und auch den Werth der verschenkten oder verschwendeten Sachen vergüten muß (a); er bringt Gewinn, indem der redliche Besizer den Werth der verzehrten oder verkauften Früchte als Bereicherung behalten darf, die der unredliche Besizer

(a) *L. 25 § 2. 4. 11. 15 de hered. petit. (5. 3.)*

zu vergüten hat (b). Da nun nach der oben mitgetheilten Stelle der redliche Besitz, ungeachtet des Rechtsirrhums, unbedingt als vorhanden anerkannt wird, so ist eben dadurch dem Rechtsirrhum die Kraft zugeschrieben, nicht nur die Abwendung des Schadens, sondern auch die Erwerbung eines reinen Gewinns zu vermitteln.

### XXIII.

Eine ähnliche, vielleicht noch wichtigere, Frage entsteht für die Beziehung des Irrthums auf die Klagverjährung. Diese Beziehung kommt auf zweyerley Weise vor: bey dem Irrthum des Klagberechtigten, wovon weiter unten, bey den Unterlassungen, die Rede seyn wird (Num. XXV.); bey dem des Beklagten, welcher Irrthum hier zu erwägen ist, indem er mit einer delictähnlichen Handlung des Beklagten in Verbindung steht.

Die Klagverjährung wird größtentheils vom Römischen Recht als bloße Versäumnisß des Klagberechtigten behandelt, ganz ohne Rücksicht auf das Verhalten des möglichen Beklagten. Nur zu der *longi temporis praescriptio* war es nöthig, daß der Besitzer gerade so besitze, wie zum Zweck der *Usucapion*, also mit redlichem Bewußtseyn und mit einem Titel des Besitzes. Dabey also müssen ungewißhaft, auch in Beziehung auf den Irrthum, und namentlich den Rechtsirrhum, genau dieselben Re-

(b) § 35 *J. de rer. divs.* (2. 1.), § 2 *J. de off. jud.* (4. 27.).

gehn angewendet werden, welche eben über den Irrthum bey der Usucapion aufgestellt worden sind (Rum. XV. XVI).

Allein das canonische Recht hat für die Verjährung zwey neue und wichtige beschränkende Regeln aufgestellt: die bona fides soll bey jeder Verjährung nöthig seyn, und sie soll während der ganzen Verjährungsfrist fortbauern (a), anstatt daß sie das Römische Recht, da wo sie überhaupt nöthig war (bey der Usucapion und l. t. praescriptio) doch nur für den Anfang des Besizes erforderte. Was nun die erste neue Bestimmung betrifft, so ist anzunehmen, daß das canonische Recht, abweichend von dem Römischen Sprachgebrauch, unter praescriptio jede durch Zeitlauf bewirkte Rechtsänderung begreift, also die Usucapion und die Klagerverjährung zugleich; und als Klagerverjährung nicht bloß die longi temporis praescriptio, sondern gewiß auch die dreißigjährige, welche die wichtigste unter allen ist. Jedoch diese, nach der richtigern Meynung, nicht in allen Fällen, sondern nur insofern sie zum Schutz eines Besizverhältnisses des Beklagten geltend gemacht wird (b). Daher schließt das unredliche Bewußt-

(a) C. 5 und C. 20 X. de praescript. (2. 26.). — Die aus Augustin genommene Stelle c. 5 C. 34 q. 1 sagt nur, daß der Anfangs redliche Besizer durch späteres Bewußtseyn des fremden Rechts ein injustus oder m. f. possessor werde. Das ist auch schon nach R. R. wahr, aber es folgt daraus noch nicht die Unterdrehung der Verjährung. Gra-

tian selbst trägt vielmehr noch das reine Römische Recht vor. (Additio ad c. 15 C. 16 q. 3). Daher ist denn der Anfang des neuen Rechtsfazes auf die angeführten Decretalen von Alexander III. und Innocenz III. zurück zu führen.

(b) Unterholzner Verjährungslehre § 92.

seyen die Klagverjährung aus, nicht nur bey der rei vindicatio und hereditatis petitio, sondern auch bey der actio commodati, depositi, locati auf Rückgabe der anvertrauten Sache, weil auch durch diese der Kläger die Rückgabe eines unrechtmäßig vorenthaltenen Besitzes verlangt; dagegen nicht bey den gewöhnlichen Schuldklagen aus Verträgen oder Delicten, auch nicht bey der actio emti oder der Klage auf Erfüllung eines Tauschvertrags.

Damit ist der Umfang der neuen Regel bestimmt, und nun haben wir für dieselbe die Frage zu beantworten, ob etwa die Redlichkeit des Besitzes, mithin die Klagverjährung selbst, durch einen Rechtsirrthum des Beklagten ausgeschlossen werde? Es ist merkwürdig, daß diese von den älteren Schriftstellern lebhaft verhandelte Streitfrage von den neueren gar nicht berührt zu werden pflegt.

Nach den oben aufgestellten Grundsätzen wird die Klagverjährung durch den Rechtsirrthum nicht verhindert. Denn die Redlichkeit des Bewußtseyns, die das canonische Recht allein fordert, ist eine Thatsache, für deren Daseyn der Entstehungsgrund, auch wenn derselbe in einem Rechtsirrthum liegen mag, ganz gleichgültig ist. Die buchstäbliche Vorschrift des canonischen Rechts hindert also die auf einem Rechtsirrthum beruhende Klagverjährung nicht. Aber auch der Grund dieses Gesetzes führt auf ein gleiches Resultat. Denn dieser Grund wird darin gesetzt, daß vor Allem die Sünde vermieden werden müsse (Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est); Niemand aber wird

behaupten wollen, daß jeder Rechtsirrthum eine sündliche Natur an sich trage. Endlich entscheidet für diese Meynung auch noch die augenscheinliche Analogie der *L. 25 § 6 de hered. petit.* (Num. XXII.). Denn wenn der Rechtsirrthum den Beklagten nicht hindert, die Vortheile des redlichen Besitzes im Fall der Verurtheilung zu genießen, so ist kein Grund denkbar, warum er den Vortheil der Klagerjährung sollte verhindern können.

Folgende Gegengründe sind aufgestellt worden:

1) Die Klagerjährung bewirke eine Bereicherung des Beklagten, wozu der Rechtsirrthum niemals führen dürfe. — Dieses Princip ist oben schon an sich widerlegt worden (Num. VIII.). Auch hier aber zeigt sich wieder seine (von der historischen Begründung noch unabhängige) geringe Tauglichkeit zu irgend einer sicheren Anwendung. Denn ob der Beklagte durch die Klagerjährung reicher wird, oder bloß Schaden vermeidet, wird in den meisten Fällen völlig ungewiß bleiben; er wird reicher, wenn eine wirklich vorhandene Klage untergeht; er vermeidet Schaden, wenn ihm bloß der zufällig fehlende Beweis des ohnehin schon aufgehobenen Klagerrechts durch die Verjährung ersetzt wird. Ob nun aber im einzelnen Fall der eine oder der andere Erfolg anzunehmen sey, dieses eben wird meist im Dunkeln bleiben, und in der Umgehung dieser Schwierigkeit liegt ein Hauptvortheil des durchgreifenden Principes der Klagerjährung.

2) Die Analogie der Usucapion, welche gleichfalls

durch den Rechtsirrhum verhindert werde. Allein bey dieser bezieht sich der allerdings hindernde Rechtsirrhum nicht auf die bona fides, sondern auf den Titel (Num. XV.), und ein Titel wird zur Klageverjährung im Allgemeinen nicht erfordert.

Mit der hier vertheidigten Meynung stimmten die älteren Rechtslehrer größtentheils überein (c). Die neueren haben diese Frage so wenig behandelt, daß sich unter ihnen eine überwiegende Meynung gar nicht bilden konnte (d).

Das wahre Element aber, welches man in der entgegengesetzten Meynung noch anerkennen kann, ist folgendes. Über die Annahme der Unredlichkeit als einer Thatsache hat der Richter freyes Urtheil. Wenn nun der Beklagte nach den vorliegenden Beweisen, vielleicht nach eigenem Geständniß, alle factischen Umstände vollständig kannte, und daneben sein redliches Bewußtseyn lediglich aus einem Rechtsirrhum ableitet, so ist dieser nicht zu vernuthen, vielmehr von dem Beklagten darzuthun (f. o. Num. III.). Der Richter wird dabey ein freyes Ermessen haben müssen, und besonders auch die Persönlichkeit des Beklagten zu berücksichtigen haben (e). In dieser Hinsicht

(c) GILKEN de usucapione P. 2 membr. 1 Cap. 3 Num. 8 sq. handelt sehr gründlich von dieser Frage, und erklärt sich für die hier angenommene Meynung, die auch, nach vielen von ihm angeführten Schriftstellern, als communis opinio angesehen wer-

den muß.

(d) RAVE de praescriptione § 56 erklärt sich für unsre Meynung; gegen dieselbe LÜDER MACKEN an requiratur b. f. in praescript. actionum personalem Lips. 1692 Thes. 4.

(e) GILKEN l. c. Num. 12.

kann man sagen, daß der Besitzer bey der Klagerjährung zuweilen in einer nachtheiligeren Lage seyn kann, als bey der Usucapion. Jedoch ist dieser Nachtheil nur scheinbar. Der Unterschied entsteht vielmehr daraus, daß der usucapirende Besitzer stets einen Titel für sich hat, welcher seine bona fides bis zum Beweise des Gegentheils außer Zweifel setzt (Num. XV.), und daß er nie in den Fall kommen kann, durch Berufung auf Rechtsirrtum in eine verdächtige und darum ungünstige Lage zu gerathen.

Alles nun, was hier über den Irrthum im Verhältniß zur Klagerjährung gesagt worden ist, gilt ganz eben so auch bey der außerordentlichen oder dreyßigjährigen Erßigung. Denn diese hat keine andere Voraussetzungen, als die bloße Klagerjährung, nur unter der hinzutretenden Bedingung eines redlichen Besitzes (f). Da nun diese Bedingung durch das canonische Recht schon zum Zweck der bloßen Klagentilgung allgemein aufgestellt worden ist, so ist die Klagerjährung des Besitzers, in ihren factischen Bedingungen, mit der dreyßigjährigen Erßigung identisch geworden, so daß die eben beendigte Untersuchung nothwendig beide zugleich umfassen muß.

#### XXIV.

Es bleibt nun noch übrig, von den Folgen des Irrthums bey bloßen Unterlassungen zu sprechen. Auch hier müssen wir zuvörderst an das allgemeine Princip erin-

(f) *L. 8 § 1 C. de praescr. XXX. (7. 39.)*

nern, welches in dieser Anwendung mehr als anderwärts verkannt zu seyn scheint: Der Irrthum schützt in der Regel gegen die nachtheilige Folge der Unterlassung nicht, weder direct noch durch Restitution, und es sind daher nur einzelne, ausgenommene Fälle worin er schützt; aber auch in diesen Fällen wird der Schutz ausgeschlossen durch besondere Nachlässigkeit, also auch in der Regel bey jedem Rechtsirrhum. — Die einzelnen Fälle, worin der Irrthum als Ursache einer Unterlassung vorkommt, sind folgende:

I. Die Bonorum Possessio muß innerhalb einer Frist von einem Jahr oder 100 Tagen agnoscirt werden, sonst ist sie verloren. Wie aber, wenn der Berufene aus Unwissenheit die Frist versäumt hat? Da wir die Worte des hier einschlagenden Edicts nicht kennen, so ist es nöthig, auf ein anderes, dem älteren Recht angehörendes, Institut zurück zu gehen. Es war üblich, die Erben cum cretione einzusetzen, und zwar besonders häufig mit dieser Formel: Titius heres esto, cernitque in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque (a). Wahrscheinlich

(a) Dieses hieß cretio vulgaris. ULPIAN. XXII. § 27. 31. 32, GAJUS Lib. 2 § 165. 171—173. Ähnliche Bedingungen (des Antritts in einer bestimmten Zeit) können auch nach dem neuesten Recht in einem Testamente vorkommen (L. 72 de adqu. her. 29. 2.). Ob dann die Frist von dem Todestage, oder von der Zeit

worin der Erbe die Bedingung erfuhr, gerechnet werden soll, das muß von dem Inhalt und der Auslegung des Testaments abhängen. — Auf den Fall einer cretio vulgaris bezog sich ohne Zweifel in ihrer ursprünglichen Abfassung L. 86 de adqu. her. (29. 2.), die durch Verwandlung von cretionis in additionis interpolirt ist.

hatte das Edict über die Bonorum Possessio dieselben Ausdrücke, oder doch ähnliche, gebraucht, so daß die Frist erst anfangen sollte von der Zeit, wo der Berufene den Tod und zugleich den Grund seiner Berufung (Testament, Verwandtschaft u. s. w.) erfahren hatte (a<sup>1</sup>). Die Unterlassung durch factischen Irrthum war also schon unmittelbar durch die buchstäbliche Fassung der Rechtsregel gegen Nachtheil geschützt, so daß sie eines künstlichen Schutzes gar nicht bedurfte (Num. II.). Allein auf den factischen Irrthum sollte dieser Schutz beschränkt bleiben, der Rechtsirrtum sollte ihn nicht genießen (b). Dieser Satz gestattet zwey Anwendungen, und ist in beiden wahr. Die Erbschaft geht also durch versäumte Frist verloren, sowohl wenn der Berufene über das Daseyn oder die Länge dieser Frist in Unwissenheit ist, als wenn er, bey völliger Bekanntschaft mit den verwandtschaftlichen Verhältnissen, über die Successionsordnung irrt; so z. B., wenn ein entfernter Agnat des Verstorbenen glaubt, daß ein naher Cognat ihm vorgehe.

Von dieser Regel werden zwey Ausnahmen erwähnt, die rusticitas und die Minderjährigkeit. Wenn also der Berufene durch seinen hohen Grad allgemeiner Unbildung in einer solchen Rechtsunwissenheit sich befindet, so soll ihm die Versäumniß nicht schaden, das heißt wohl, er soll

(a<sup>1</sup>) *L. 2 pr. quis ordo* (38. C. h. t., *L. 10 de Bon. Poss.* 15.). „... ut per singulos dies (37. 1.), *L. 6 C. qui admitti et scierit et potuerit* admittere.“ (6. 9.)

(b) *L. 1 § 1 — 4 h. t., L. 3*

dagegen Restitution erhalten (c). Desgleichen haben Minderjährige allgemein Restitution gegen versäumte Bonorum Possessio (d); also auch im Fall des Rechtsirrhums, der ihnen ja überall nachgesehen wird (Num. XXX.).

II. Bey dem alten spatium deliberandi bedurfte es keiner besonderen Vorsorge für den Fall des Irrthums, da es überhaupt nur auf die Bitte des berufenen Erben gegeben wurde, die ja ohne Bewußtseyn der Berufung nicht denkbar ist. Dagegen ist im neueren Recht auf die Befugniß zur Deliberation ein besonderes Transmissionsrecht gegründet; dieses dauert Ein Jahr, welches allerdings erst von der Zeit der Kenntniß des berufenen Erben angeht (e).

III. Eben so ist in Justinians neuer Vorschrift, daß der berufene Erbe, um gegen jeden Verlust sicher zu seyn, binnen Dreyßig Tagen ein Inventarium zu machen an-

(c) *L. 8 C. qui admitti* (6. 9). „... sciat sibi non obesse, si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur: quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.“ Soll die Stelle keine müßige Wiederholung enthalten, so muß die rusticitas auf den Rechtsirrhum gehen, womit sie ja auch anderwärts stets in Verbindung genannt wird: die quaecunque alia ratio aber auf eine der Abwesen-

heit ähnliche äußere Abhaltung, z. B. Gefangenschaft am Wohnort selbst oder lange schwere Krankheit. Die Schlußworte deuten auf einen neuen Rechtsatz; damit ist wohl der durch rusticitas entschuldigte Rechtsirrhum, und eben so die äußere (auch neben der factischen Sachkenntniß denkbare) Abhaltung gemeint, denn der factische Irrthum schützte ja auch schon früher gegen jeden Nachtheil (Note b).

(d) *L. 2 C. de in int. rest. min.* (2. 22.).

(e) *L. 19 C. de j. delib.* (6. 30.).

fangen solle, ausdrücklich hinzugefügt, diese Dreyßig Tage seyen zu zählen von dem Tage an, wo der Erbe die Berufung erfahre (f); dieses jedoch mit Ausnahme der Soldaten, die durch die Versäumniß der Frist nicht leiden sollen (g).

## XXV.

IV. Die wichtigste Anwendung des Irrthums bey Unterlassungen betrifft die Klagverjährung, womit wir in dieser Beziehung auch die Verjährung der Restitution verbinden können, wiewgleich das Restitutionsgesuch nicht als eine Römische actio bezeichnet werden kann. Kann nun der Kläger die verjährte Klage mit Erfolg anstellen, wenn er sie aus Unbekanntschaft mit seinem Klagrecht in der vorgeschriebenen Zeit anzustellen unterlassen hat? Diese Frage kommt in zwey verschiedenen Bedeutungen vor. Jede Verjährung hat einen bestimmten Zeitraum angewiesen, bey welchem zuerst der Anfangspunkt festzustellen ist. Dieser könnte möglicherweise entweder auf ein äußeres Ereigniß gesetzt werden, oder auf des Klägers Bekanntschaft mit diesem Ereigniß, welche vielleicht erst in einem weit späteren Zeitpunkt eintritt. Darin liegt eine erste denkbare Einwirkung des Irrthums. Allein wenn man

(f) *L. 22 § 2 C. de jure delib.* (6. 30.). „.. ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel de-

latam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium”...

(g) *L. 22 § 15 eod.*

auch regelmäßig die Verjährung von dem äußeren Ereigniß an berechnet, so wäre es doch wiederum denkbar, daß gegen den Ablauf derselben der Kläger wegen seines Irrthums einen außerordentlichen Schutz (durch Restitution) in ähnlicher Weise erhielte, wie es nun schon für viele andere Fälle nachgewiesen worden ist.

Zuerst also: Wird die Klagverjährung regelmäßig berechnet von dem äußeren Ereigniß, das heißt von der Rechtsverletzung an, oder aber von des Klägers Bekanntschaft mit diesem Ereigniß (a scientia)? Eine scheinbare Ähnlichkeit mit den Fristen der Bonorum Possessio (Num. XXIV.) könnte uns für diese letzte Behandlung bestimmen. Allein eine genauere Betrachtung muß uns von der wesentlichen Verschiedenheit beider Fälle überzeugen.

Die kurzen Fristen der Bonorum Possessio haben den Zweck, die Person des Erben bald außer Zweifel zu setzen. Diesem Zweck ist die von der Kenntniß des Verurtheilten anfangende Berechnung nicht hinderlich, da Diejenigen, welche bey der schnellen Entscheidung Interesse haben, den Verurtheilten unterrichten, und so den Lauf der Frist veranlassen können. Die Klagverjährung soll auf schnelle Rechtsverfolgung hinwirken, damit die sichere Entscheidung erleichtert und die Rechtungsgewißheit abgekürzt werde. Diesem Zweck würde durch die Berechnung der Frist von der Kenntniß des Klägers an entgegengewirkt, da hier Niemand ist, der zu einer Aufforderung des Klägers veranlaßt wäre; dem möglichen Beklagten kann man diese nicht

zumuthen, da in so vielen Fällen das Recht auf der Seite des Beklagten, oder doch ungewiß ist, der Beklagte aber wünschen muß, den Rechtsstreit lieber ganz zu vermeiden. In der That würde die wohlthätige Wirkung der Klagverjährung größtentheils vernichtet seyn, wenn man von der erweislichen Kenntniß des Klägers an rechnen wollte. Dazu kommt noch, daß der Kläger durch Aufmerksamkeit auf seine Rechte die Verletzung wahrnehmen kann, also meist den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient, wenn er die Verjährung, sey es auch durch Unbekanntschaft mit der Verletzung, ablaufen läßt. Nicht so der prätorische Erbe, der keinen Beruf hat, den vielleicht ganz zufälligen und unerwarteten Anfall der Bonorum Possessio schnell in Erfahrung zu bringen. Es ist demnach der Natur der Klagverjährung angemessen, die Frist von dem äußeren Ereigniß anfangen zu lassen, ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Klagberechtigten. Auch wird in allgemeineren Verjährungsgesetzen beyläufig bemerkt, die Unwissenheit des Klägers sey gleichgültig (a); vollends die Rechtsunwissenheit, das heißt die Unbekanntschaft mit dem Verjährungsgesetze selbst, sollte gar keinen Einfluß haben (b).

(a) *L. 12 C. de praescr. longi temp.* (7. 33). „... nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.“ — Eine ganz andere Natur haben die Prozeßfristen, die stets von der Zeit an berechnet werden, wo die Parthey das Ereigniß erfährt, welches

sie zum Handeln veranlassen soll.

(b) *L. 3 C. de praescr. XXX.* (7. 39). „... Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem competere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.“ An sich war dieser Zusatz überflüssig, er wurde wohl

## XXVI.

Nur bey Einer, und zwar sehr zahlreichen, Klasse von Klagen konnte ein Zweifel entstehen: bey den Klagen mit *utile tempus*, also bey denen, welche eine einjährige oder noch kürzere Verjährung hatten. In das *utile tempus* nämlich wurden nur eingerechnet diejenigen Tage, an welchen es dem Kläger möglich war, die Klage anzustellen (*quibus experiundi potestatem habebat*); die übrigen Tage wurden bey Berechnung des Ablaufs der Verjährung nicht mitgezählt, so daß der wörtlich vorgeschriebene Zeitraum um die Zahl dieser nicht mitgezählten Tage verlängert wurde (a). Nun entstand die Frage, ob der Kläger auch dadurch in der Unmöglichkeit zu klagen sey, daß er die Verletzung nicht wisse? Faßt man die Stellen des Römischen Rechts zusammen, so ergiebt sich folgende Antwort. Jener Kläger ist der Regel nach nicht in der Unmöglichkeit zu klagen, denn in vielen Fällen ist es augenscheinlich, daß er durch gehörige Aufmerksamkeit die Verletzung hätte erfahren können, und in noch mehreren Fällen wird gerade dieser Umstand ungewiß bleiben. Es gilt also die im Allgemeinen für den Anfang der Klagverjährung aufgestellte Regel auch bey den einjährigen Klagen. In einzelnen, seltenen Fällen jedoch kann für den Kläger

deswegen nöthig gefunden, weil ren Recht Fremdes war.  
das ganze so wichtige Princip ei-  
ner allgemeinen Klagverjährung  
etwas völliĝ Neues, dem frühe-

(a) *L. 1 de div. temp. praescr.*  
(44. 3.).

die Entdeckung der Rechtsverletzung so schwer seyn, daß sie der Unmöglichkeit gleich zu achten ist; kann er also solche Umstände nachweisen, so wird die Verjährung ausnahmsweise von der Zeit seiner Kenntniß an gerechnet. Es verhält sich also hier gerade umgekehrt, als in andern Fällen, worin die Unwissenheit Einfluß hat, und worin dieser Einfluß gilt, wenn nur nicht eine besondere Nachlässigkeit dargethan werden kann, anstatt daß bey den Klagen mit *utile tempus* die Unmöglichkeit der Kenntniß zu erweisen ist. Die besonders zahlreichen Fälle zweifelhafter, unerweislicher Umstände kommen daher in andern Fällen dem Unwissenden, bey der Verjährung der einjährigen Klagen seinem Gegner zu gut. Hierin wird also die einjährige Klagverjährung namentlich ganz anders behandelt, als die Frist der *Bonorum Possessio* (Num. XXIV.) (b). — Der hier aufgestellte Grundsatz ist von den Römern nirgend allgemein ausgesprochen; er findet sich in einzelnen Anwendungen, und zwar hier bald mehr bald weniger vollständig, so daß es gewiß das einzig richtige Verfahren ist, die weniger bestimmten Stellen aus den bestimmteren zu ergänzen, da ihnen allen ohne Zwei-

(b) Vergl. über diese verschiedene Behandlung das System § 190. — Mit Unrecht wirft beide Fälle zusammen *Burchardi* Wiedereinsetzung S. 188. — Der hier aufgestellten Ansicht nähert sich *Arndts* in *Linde's* Zeitschrift B. 14 S. 31, der jedoch das Ver-

hältniß von Regel und Ausnahme nicht so, wie es hier geschehen, auffaßt, sondern Alles dem richterlichen Ermessen überläßt, und dabey eher geneigt scheint, die Regel auf die entgegengesetzte Seite zu legen.

fel ein und derselbe Gedanke zum Grunde liegt. Gerade das wichtigste Stück meiner Behauptung aber, daß nämlich auch bey den einjährigen Klagen in der Regel gerechnet werde von dem äußeren Ereigniß an (also nicht von der Kenntniß), ist in allen Stellen deutlich anerkannt; die Ausnahme, die ja so selten zur Anwendung kommen kann, wird nur in einigen derselben erwähnt. Da aber diese letzten unsere ganze Behauptung am Vollständigsten enthalten, will ich sie hier voranstellen.

A. Das Interdict quod vi aut clam dauert Ein Jahr, und dieses fängt an mit der widerrechtlichen Unternehmung selbst, nicht mit der Kenntniß, die davon der Kläger erhält. Anders ist es nur, wenn die Arbeit unter solchen besonderen Umständen geschieht, daß sie der Kläger fast gar nicht ohne bloßen Zufall bemerken kann (c). Die Vorschrift für diesen Fall ist die klarste und vollständigste unter allen, und sie kann am Sichersten zur Ergänzung der übrigen weniger bestimmten Vorschriften benutzt werden.

B. Die Strafflage de calumnia gilt unter andern für den Fall, da ein Anderer einem Dritten Geld giebt, damit dieser Dritte eine grundlose Klage gegen mich erhebe.

(c) *L. 15 § 4. 5 quod vi* (43. 24.). *Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit* ..... (§ 5) *Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio lo-*

*co, sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit; etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est, nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et justa causa ignorantiae interveniente."*

Diese Klage dauert Ein Jahr, welches aber berechnet wird nicht von jener verwerflichen Verabredung an, sondern von meiner Kenntniß (d). Hier wird also das, was die vorhergehende Bestimmung als Ausnahme bezeichnete, sogleich als Regel ausgedrückt, und dieser verschiedene Ausdruck erklärt sich hinreichend aus der Eigenthümlichkeit des Falles. Denn jene hinterlistige Verabredung ist für mich immer und nothwendig so lange verborgen, bis die spätere Ausführung oder ein anderer Zufall sie mir offenbart. Ja, wenn man dieses nicht annehmen wollte, so würde die widersinnige Folge eintreten, daß die Strafe dieses Delicts von den Thätern durch eine kleine Vorsicht stets abgewendet werden könnte; sie brauchten nur ihrer Abrede den Zusatz zu geben, daß sie erst nach einem Jahr ausgeführt werden solle, und während dieser Zeit über die Sache zu schweigen.

C. Die Klagen aus dem Edict der Aedilen verjähren theils in Einem Jahr, theils noch kürzer. Diese Verjäh-

(d) *L. 6 de calumniatoribus* (3. 6). „... In illius vero personam, cum quo ut agatur alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere: *et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit.*“ Das qui nescit u. s. w. ist hier von diesem einzelnen Rechtsverhältniß (der calumnia) zu ver-

stehen, nicht als allgemeine Regel für alle Verjähungen mit utile tempus. Unbedenklich können wir es auch anwenden auf gleichartige Fälle, nur nicht (mit Mühlbruch S. 386) auf alle Klagen aus einem factum alienum, wohin namentlich alle Delictenklagen gehören würden; denn die meisten Delicte berühren unsere Rechte auf so merkliche Weise, daß es ganz unsre Schuld ist, wenn wir darüber in Unwissenheit bleiben.

zung fängt an von dem abgeschlossenen Contract (e), nicht von der Bekanntschaft des Käufers mit dem mangelhaften Zustand der Sache. Diese Regel gilt selbst in dem Fall, worin man sie am leichtesten bezweifeln könnte, wenn der gekaufte Sklave die Gewohnheit hat zu entlaufen (fugitivus) (f); nur dann leidet sie eine Ausnahme, wenn dieser Fehler des Sklaven besonders verdeckt war (etwa durch ein täuschendes gutes Betragen), und zugleich der Käufer nicht durch versäumte Erkundigung Nachlässigkeit bewiesen hat (g).

D. Die *doli actio* verjährte ehemals in Einem annus utilis, und verfährt jetzt in Zwey gewöhnlichen Jahren (continui). Diese sollen angehen von der Zeit des Betrugs, nicht der Kenntniß des Betrogenen (h). Die Worte

(e) *L. 19 § 6 de aedil. act.* (21. 1.).

(f) *L. 2 C. de aedil. act.* (4. 58.). Hier ist allerdings bloß die Flucht des Sklaven als einzelne Thatsache, nicht die fehlerhafte Gewohnheit eines fugitivus erwähnt. Diese wird aber offenbar vorausgesetzt, da die Regressklage nicht als an sich unbegründet, sondern bloß wegen der Verjährung, verworfen wird.

(g) *L. 55 de aedil. act.* (21. 1.). „... non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen *dissolutam ignorationem* emtoris excusari oportebit.“ Hier sind zwey Bedingungen aufgestellt für die gün-

stige Zeitberechnung: erstlich daß die böse Gewohnheit des Sklaven nicht aus dem sichtbaren Benehmen desselben vermuthet werden konnte (latens); zweytens daß auch sonst nicht die Unkunde des Käufers leicht vermeidlich war. Indessen könnte man auch den zweyten Satz für eine Wiederholung des ersten in anderen Worten halten, was den Sinn nicht wesentlich ändern würde. — Der Widerspruch dieser Stelle mit der in der Note f angeführten ist wohl nur auf die im Text angegebene Weise zu beseitigen. Vgl. auch HAUBOLD opuseula T. 1 p. 429. 430.

(h) *L. 8 C. de dolo* (2. 21.), d. h. *L. 1 C. Th. de dolo* (2. 15.).

dieses Zusatzes sind so gefaßt, daß auch hierin eine beabsichtigte Neuerung unverkennbar ist. Der hier abgeänderte Zustand des älteren Rechts war aber nicht der, daß immer von der Zeit der erlangten Kenntniß an gerechnet wurde, sondern daß diese Berechnung, eben so wie bey den vorher erwähnten Klagen, zuweilen statt finden konnte, nämlich wenn der Betrug besonders listig versteckt war; selbst diese Ausnahme sollte jetzt wegfallen (i).

E. Die Restitutionsfrist dauerte früher Ein Jahr, welches bey Minderjährigen genau von ihrer Volljährigkeit an berechnet wurde (k), bey Abwesenden von der Wiederkehr, also bey Allen ohne Rücksicht auf die erlangte Kenntniß. Dieselbe Berechnungsweise ist natürlich auch auf die im neuesten Recht bestimmten Vier Jahre übertragen worden (l).

F. Die *actio Pauliana* dauert Ein Jahr lang, welches von der unredlichen Veräußerung des Schuldners an

„Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolum intra continuum biennium de dolo actionem moveri“ ...

(i) Man könnte dieses Recht für zu hart halten, um es annehmbar zu finden, es paßt aber völli- g zu dem übrigen Inhalt dieses Gesetzes, welches ja auch ganz unerhörterweise nicht bloß die An-

stellung der Klage, sondern die Beendigung des Prozesses, auf die Zeit von zwey Jahren beschränkt. Praktisch wird die eine und die andere Härte dadurch sehr gemildert, daß dreyßig Jahre lang eine *actio in factum* fortbauert insoweit der Betrüger Vortheil durch den Betrug erlangt hat. L. 28. 29 *de dolo* (4. 3.).

(k) L. 19 *de minor.* (4. 4.).

(l) L. 7 *C. de tempor. in int. rest.* (2. 53.).

gerechnet wird, also nicht von der erlangten Kenntniß des Glaubigers (m).

G. Die Anklage aus der Lex Julia de adulteriis verjährete bey beiden Geschlechtern in Fünf Jahren von der Zeit des begangnen Verbrechens an; außerdem bey Frauen auch noch in Sechs Monaten. Diese Sechs Monate waren ein *utile tempus*, und wurden dennoch berechnet, bey Wittwen von der That an, bey Ehefrauen von der Scheidung an; in beiden Fällen also ganz ohne Rücksicht auf die Kenntniß, die der Ankläger von der That haben mag (n).

In den Fällen nun, worin eine begünstigende Berechnung als Ausnahme eintreten soll, könnte man zweifeln, ob diese ganz von selbst eintrete, oder nur vermittelt einer Restitution. Nach den Ausdrücken mehrerer Stellen (Note d und g) dürfte wohl das erste angenommen werden, womit jedoch eine vorgängige Cognition des Prätors (Note c) wohl vereinbar ist. Auch würde wenigstens die Anordnung einer Restitution hier gar nicht praktisch fühlbar gewesen seyn. Denn das Wichtigste bey der Restitution war die Einschränkung auf Ein Jahr; in jenen

(m) L. 6 § 14 L. 10 § 18 *quae in fraud.* (42. 8).

(n) L. 29 § 5 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), L. 1 § 10 *ad Sc. Turp.* (48. 16.). — Bey Wittwen wurden die Fünf Jahre stets absorbirt von den Sechs Monaten, weil beide Zeiträume denselben Anfangspunkt haben; bey Ehefrauen kann bald die eine, bald

die andere Verjährung vortheilhafter seyn, und die Frau hatte zwischen beiden die Wahl. L. 29 § 5 *cit.* — Alles Dieses übrigens gehört nur dem ältern Recht an; späterhin wurde diese sechsmonatliche Verjährung ganz aufgehoben, und die fünfjährige für die einzige erklärt. L. 28 C. *ad L. J. de adult.* (9. 9.).

Fällen aber wäre das Restitutionsjahr mit der einjährigen Klagverjährung völlig zusammen gefallen, da beide von der Zeit der erlangten Kenntniß an gerechnet werden mußten. Dagegen ist es sehr wichtig sich davon zu überzeugen, daß nicht noch neben jenen strengen Bedingungen der Ausnahme, also in Ermanglung derselben, eine Restitution gegen die einjährige Klagverjährung bloß auf den Grund des (nicht unüberwindlichen) Irrthums statt finden konnte. Wer die angeführten Stellen unbefangen betrachtet, kann wohl nicht an eine solche Restitution denken; ohnehin wäre die Unterscheidung einer solchen Restitution von der ohne dieselbe eintretenden günstigen Berechnung viel zu kleinlich und unpraktisch gewesen, als daß wir sie bey den Römischen Juristen voraussetzen dürften.

Allein alles hier Gesagte darf bloß auf die Fälle bezogen werden, worin der Irrthum allein, als solcher, die Anstellung der Klage verhindert. Anders ist es, wenn man den Beklagten nicht kennt, oder nicht verklagen kann weil derselbe entflohen oder verborgen ist. Denn nun ist eine vom Irrthum ganz unabhängige wahre Unmöglichkeit der Klage vorhanden, die den Lauf des *utile tempus* an sich ausschließt (o).

(o) *L. 1 de div. temp. praescr.* (44. 3.). So z. B. ist die *actio vi bonorum raptorum* einjährig (*L. 3. 4 pr. vi bon. rapt.* 47. 8.). Sind die Räuber entflohen, so läuft keine Verjährung. Eben so wäre es mit der *actio furti*, wenn man, wie gewöhnlich, gar nicht weiß wer der Dieb ist; allein davon kann deswegen nicht die Rede seyn, weil diese Klage 30 Jahre dauert.

## XXVII.

Bisher ist gezeigt worden, daß die Klagverjährung zu laufen anfängt von dem äußern Ereigniß an, welches die Klage begründet, ohne Rücksicht auf die mögliche Unwissenheit des Klägers über dieses Ereigniß; und zwar bey den Verjährungen mit tempus continuum ganz allgemein, bey denen mit utile tempus unter Vorbehalt einer seltenen Ausnahme (Num. XXV. XXVI.). Es bleibt nun noch die Frage übrig, ob nach Ablauf einer solchen durch Unwissenheit veranlaßten Verjährung, dem früher Unwissenden durch Restitution geholfen werde. Eine solche Restitution würde wichtig seyn für die einjährigen Verjährungen, sobald die Bedingung der begünstigenden Ausnahme fehlt; weit wichtiger noch für die übrigen, weil bey diesen überhaupt keine Ausnahme vorkommt.

Diese Frage aber nimmt wieder zwey verschiedene Gestalten an, indem die Restitution gedacht werden könnte entweder wegen des Irrthums oder der Unwissenheit an sich, die also selbst der Restitutionsgrund wäre: oder aber wegen eines andern, allgemeineren Restitutionsgrundes, der dann die nachtheiligen Folgen der Unwissenheit hinwegnehmen würde.

Zuerst also: Wird der Kläger schon aus dem Grund allein restituirt, weil er aus Unbekanntschaft mit dem Klagrecht die Verjährung ablaufen ließ? Sind die bisher aufgestellten Sätze richtig, so kann die Verneinung dieser

Frage keinen Zweifel haben. Sie folgt aus dem praktischen Bedürfniß der Klagverjährung, deren wohlthätige Wirksamkeit durch diese Art der Restitution nicht minder entkräftet werden würde, als durch die oben widerlegte anfängliche Berechnung der Verjährung (Num. XXV.). Sie folgt aber noch nothwendiger aus der Art, wie das Römische Recht die einjährige, mit *utile tempus* versehene Verjährung behandelt. Daß bey dieser eine Restitution wegen Unwissenheit nicht gegeben wird, ist bereits gezeigt worden (Num. XXVI.). Daraus aber folgt unwidersprechlich, daß sie noch weit weniger bey den längeren Verjährungen gelten kann, die auf ein *continuum tempus* angewiesen sind. — Dennoch haben Viele der angesehensten Rechtslehrer diese Restitution in Schutz genommen; Manche ganz allgemein, Andere nur mit Ausnahme der dreißigjährigen Verjährung (a). Alle diese Schriftsteller unterlassen es, die Frage in dem hier dargestellten Zusammenhang aufzufassen, durch welchen ich sie insgesammt für widerlegt halte. Daneben setzen sie stillschweigend voraus eine unbeschränkte Anwendbarkeit der Restitution aus Irrthum auf alle denkbare Fälle; sie selbst suchen diese Voraussetzung mit Nichts zu begründen, und im Widerspruch mit derselben ist schon oben (Num. II.) bemerkt worden, daß die

(a) COCCEJI Lib. 4 Tit. 6 qu. 4, Thibaut Besitz und Verjährung § 73, Unterholzner Verjährungslehre § 137 Num. 4, Burchar di Wiedereinsetzung

§. 188. Sehr gut wird die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt von EMMINGHAUS zu der angeführten Stelle von Cocceji ed. Lips. 1791.

Restitution aus Irrthum kein allgemeines Rechtsmittel ist, sondern nur eine ziemlich beschränkte Aushilfe darbietet für einzelne genau bestimmte Fälle. Und diese Behauptung steht wieder mit unsrer Grundansicht vom Irrthum (Num. VI.) in so unzertrennlicher Verbindung, daß sie mit derselben stehen und fallen muß.

Zweytens: Kann der Kläger, der aus Unwissenheit eine Verjährung ablaufen ließ, gegen diesen Verlust durch allgemeine Restitutionsgründe, wie Minderjährigkeit, Abwesenheit u. s. w. geschützt werden? Die Bejahung dieser Frage könnte, eben wegen der allgemein umfassenden Natur jener Gründe keinen Zweifel haben, wenn nicht besondere gesetzliche Bestimmungen gerade über diese Frage vorhanden wären, deren Inhalt nunmehr dargestellt werden soll.

A. Gehört die Klage zu einem sogenannten *peculium adventitium ordinarium*, so daß der eigentlich Klagberechtigte auf die Ausübung seiner Rechte keinen Einfluß hat, so ist während dieses Rechtszustandes die Klageverjährung *ipso jure* gehemmt, so daß es keiner Restitution bedarf. Es ist dabey gleichgültig, ob die Klage einer einjährigen oder einer dreyßigjährigen Verjährung unterworfen ist (b).

B. Döllig dasselbe gilt, wenn der Klagberechtigte noch unmündig ist, solange dieser persönliche Zustand dauert (c).

C. Dasselbe Recht, nur in einer beschränkteren Anwen-

(b) *L. 1 § 2 C. de annali except.* (7. 40.).

(c) *L. 3 C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

bung, gilt, solange der Klagberechtigte minderjährig ist. Es gilt dieses nämlich bey denjenigen Verjährungen, welche weniger als dreyßig Jahre dauern, so daß dabey der Minderjährige keiner Restitution bedarf (d).

Für alle übrige Fälle muß unterschieden werden die dreißigjährige Verjährung von den kürzeren, wobey also die einjährige und zwanzigjährige ganz auf gleicher Linie stehen. Bey der dreißigjährigen ist jede anderwärts geltende Restitution völlig ausgeschlossen, und dieser Satz enthält eine positive Ausnahme von allgemeineren Rechtsregeln. Bey den kürzeren ist gar nichts Positives vorgeschrieben, so daß hier die gewöhnlichen Regeln der Restitution unbeschränkt zur Anwendung kommen. Der erste Satz ist in hohem Grade bestritten (e); bey dem zweyten kommt ein solcher Streit nicht vor.

Gegen die dreißigjährige Klagverjährung also sollen auch Diejenigen keine Restitution erhalten, die gegen jeden anderen Nachtheil restituirt werden, namentlich die Min-

(d) *L. 5 C. in quib. causis* (2. 41). — VOET IV. 4 § 29 behauptet, die Minderjährigen müßten in dieser Hinsicht gleiches Recht mit den Unmündigen haben, weil sie gleich diesen unter Tutoren ständen. Allein die Unterordnung unter Tutoren hindert sie nicht, zugleich selbst von ihren Geschäften Kenntniß zu nehmen. Auch zu Justinians Zeit wurde ihr Vermögen nicht von

ihnen selbst, sondern von Curatoren verwaltet, und doch sollten sie der dreißigjährigen Verjährung völlig unterworfen seyn.

(e) Die hier vorgetragene Meinung wird vertheidigt von Thibaut Besitz und Verjährung § 65. 73, und Unterholzner Verjährungslehre § 136; die entgegengesetzte von Burchar di Wieder-einsetzung S. 136.

verjährigen. Der Beweis liegt in folgenden Worten der L. 3 C. de praescr. XXX. (7. 39.):

non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt.

Der Sinn dieser Worte ist folgender. Von der dreißigjährigen Verjährung sind ipso jure frey (so daß sie keiner Restitution bedürfen), die Unmündigen (huic eximenda sanctioni) (f). Alle übrigen dagegen sollen nicht einmal Restitution erhalten (contra hanc legem defendenda), noch viel weniger also ipso jure frey seyn; in dieser Hinsicht sollen die Minderjährigen ganz auf gleicher Linie stehen mit den Frauen, Abwesenden, und Soldaten. — Hätten wir bloß den wörtlichen Gegensatz von eximenda und defendenda vor uns, so würde dieser in einer Constitution aus so später Zeit nicht völlig entscheiden; der Verfasser hätte eine nichtsagende Abwechslung der Ausdrücke als Zierlichkeit der Rede anbringen können. Allein folgende Gründe nöthigen uns, diese Ausdrücke in dem bestimmteren Sinn zu nehmen, welcher oben in unsrer Erklärung vorausgesetzt ist. Erstlich will der Gesetzgeber offenbar

(f) Daß nur diese ipso jure Befreyten, und nicht auch die filiifamilias (Note b) hier genannt werden, erklärt sich historisch. Das im Text abgedruckte Gesetz ist von Theodosius II., die Befreyung der filiifamilias hat erst Justinian hinzugefügt.

einen starken praktischen Unterschied anordnen zwischen den Pupillen und Minderjährigen. Nun ist aber der Unterschied zwischen Befreyung ipso jure und durch Restitution ungleich geringer, als der zwischen Befreyung überhaupt und Nichtbefreyung. Der Gesetzgeber konnte also unmöglich jenen geringeren Unterschied mit Wichtigkeit behandeln, und den größeren mit Stillschweigen übergehen, also zweifelhaft lassen; er konnte nicht von den Minderjährigen sagen, sie seyen strenge an die Beobachtung der 30 Jahre gebunden, wenn sie sich von dieser Strenge sogleich wieder durch Restitution los machen konnten. Zweytens zeigt der ganze Ausdruck, daß der Gesetzgeber etwas Neues, Unerwartetes anordnen wollte, Etwas das ohne diese Vorschrift nicht so gewesen seyn würde. Dieses paßt ganz zu unsrer Erklärung, denn die hier zusammen gestellten Personen hatten in der That einen sehr ausgedehnten Anspruch auf Restitution, der ihnen unzweifelhaft auch gegen die dreißigjährige Verjährung geholfen haben würde, wenn nicht hier die Restitution ausdrücklich verboten worden wäre. Zu der entgegengesetzten Erklärung paßt jener Ausdruck gar nicht, da Niemand daran denken konnte, den Frauen u. s. w. gegen die dreißigjährige Verjährung eine Befreyung ipso jure zu geben, die sie selbst gegen kürzere Verjährungen niemals gehabt hatten (g).

(g) Burhardi §. 136 stellt dagegen die Behauptung auf, die Abwesenden und Soldaten hätten allerdings oft ipso jure Befreyung

gehabt, und er führt zum Beweise mehrere Stellen an, die in der That nicht ausdrücklich von Restitution sprechen. Allein es ist eine ganz

Der zweyte oben aufgestellte Satz war der, daß gegen alle kürzere als dreyßigjährige Verjährungen jede an sich begründete Restitution geltend gemacht werden könne, wodurch dann auch der Nachtheil aus der Unwissenheit abgewendet werde, die nur nicht als ein selbstständiger Restitutionsgrund angesehen werden darf. Diesen zweyten Satz haben wir nicht, so wie den ersten, gegen den Widerspruch Anderer zu vertheidigen, sondern nur in unsren Rechtsquellen als anerkannt und vielfältig angewendet nachzuweisen. Darüber ist voraus im Allgemeinen zu bemerken, daß auch diejenigen Stellen von dieser Restitution verstanden werden müssen, welche bey Abwesenden u. s. w. nur überhaupt die Befreyung von der Verjährung erwähnen, selbst wenn darin die Restitution nicht namentlich angegeben wird (Note g). Die vorkommenden Fälle selbst sind folgende.

1. Abwesenheit schützt gegen die vierjährige Verjährung der Regressklage gegen den Fiscus, der die Sache des Abwesenden veräußert hat (h).

verwerfliche Interpretation, aus jeder etwas unbestimmt redenden Stelle (besonders wenn es ein Rescript ist) sogleich einen isolirten Rechtsatz zu machen, da wo sich die Zurückführung auf ein sonst schon bekanntes Princip so ungezwungen darbietet. Zudem stehen in der Reihe jener befreiten Personen auch die Frauen; bey diesen aber hat Burchardi auch nicht einmal den Schein ei-

ner früheren Befreyung ipso jure, so wie bey Abwesenden, hervorzubringen vermocht.

(h) L. 5 C. de rest. mil. (2. 51.) „Neque . . . praescriptionem quadriennii . . . obesse manifestum est,“ nämlich eben wegen der Restitution, worauf sogar in den hier ausgelassenen Worten ausdrücklich hingewiesen wird. Burchardi S. 136 versteht es dennoch von der Befreyung

Ferner gegen die Verjährung einer öffentlichen Anklage (i).

Ferner gegen die einjährige Verjährung des Interdicts quod vi (k).

Ferner gegen die longi temporis praescriptio (l).

2. Die Abhaltung durch Amtsgeschäfte (se mag mit Abwesenheit verbunden seyn oder nicht) schützt gegen die Verjährung der doli actio (m).

3. Wer die Klage, die er gegen einen Pupillen hat, gegen den falsus tutor anstellt, und darüber die Verjährung ablaufen läßt, hat die Wahl zwischen der Restitution und dem Regreß gegen den Tutor; die erste gilt allgemein, der Regreß nur wenn der Tutor in mala fide war (n).

4. Minderjährige würden diese Restitution haben, wenn sie nicht von Justinian die günstigere Befreyung ipso jure

ipso jure. Der ganze Titel handelt aber von der Restitution.

(i) *L. 44 pr. ex quib. causis maj.* (4. 6.) „... non perimitur,“ nämlich mit Hülfe der Restitution, von welcher ja der ganze Titel handelt.

(k) *L. 15 § 6 quod vi* (43. 24.).

(l) *L. 1. 2. 4. 6. 8 C. quibus non obicitur* (7. 35.). In einigen dieser Stellen wird deutlich genug auf die Restitution hingewiesen, in anderen ist der Ausdruck unbestimmter; ohne Zweifel aber kann diese ganz zufällige Abwechslung des Ausdrucks eine verschiedene Auslegung dieser wesentlich übereinstimmenden Re-

scripte nicht rechtfertigen. — Die *L. 8 cit.* steht nochmals im *Codex* als *L. 8 C. de rest. mil.* (2. 51.).

(m) *L. 3 C. de dolo* (2. 21.).

(n) *L. 1 § 6 L. 7 pr. quod falso* (27. 6.) enthalten das Princip des Wahlrechts überhaupt, *L. 10 eod.* enthält die Anwendung der Regreßklage auf den Fall, der erlittenen Klageverjährung. Die Restitution gegen die Klageverjährung ist eben so unzweifelhaft; die alten Juristen haben sie wohl deswegen nicht besonders erwähnt, weil sie zu ihrer Zeit mit der Restitution gegen die Klageconsumtion (*Num. XIX.*) zusammen fiel.

erhalten hätten (o). Vor diesem Gesetz hatten sie die Restitution unzweifelhaft; eben so auch die Pupillen vor dem Gesetz von Theodosius II.

5. Kirchen sollen *adversus lapsum temporis restituit* werden (p). Da dieselben jedoch im Allgemeinen die Rechte der Minderjährigen haben (q), so müssen sie bey der Klagerjährung theils *ipso jure* geschützt seyn, theils auch nicht einmal durch Restitution. Daher kann ihre oben erwähnte Restitution gar nicht auf die Klagerjährung bezogen werden, sondern auf andere Zeitversäumnisse, namentlich auf die bey den Prozeßfristen (r).

Es ist also überhaupt die Restitution gegen Klagerjährungen von sehr beschränkter Anwendung, ja die Abwesenheit ist eigentlich die einzige etwas umfassende Veranlassung derselben. Und nicht nur die Abwesenheit des Klägers kann sie veranlassen, sondern auch die des Beklagten. Zwar bey den einjährigen Klagen (mit *utile tempus*) würde es einer Restitution nicht einmal bedürfen, weil die Lage der Abwesenheit, wegen der fehlenden *experiundi potestas*, ohnehin nicht mitgezählt werden. Allein bey den Verjährungen von Zwey, Vier, Fünf, Zehen, Zwanzig Jahren kann diese Restitution eine wichtige und billige Hülfe gewähren.

(o) C. o. Note d. — Daraus erklärt es sich wohl, daß in den Digesten so wenig von dieser Restitution die Rede ist. Ich finde sie nur einmal erwähnt, in L. 15 § 6 *quod vi* (43. 24.).

(p) *Clem. un. de restit.* (1. 11.).

(q) C. 1. 3 X. *de in int. rest.* (2. 41.).

(r) Unterholzner Verjährungslehre § 136.

## XXVIII.

Ich fasse das hier Dargestellte kurz zusammen. Gegen die Verjährung der Frist zur Bonorum Possessio schützt der factische Irrthum, nicht der Rechtsirrtum, außer bey ganzlichem Mangel an Bildung (Num. XXIV.). — Die Klagverjährung wird in der Regel berechnet von der Entstehung des Klagrechts an, ohne Rücksicht auf die Bekanntschaft des Klägers mit ihrem Daseyn (Num. XXV.). Dieses letzte leidet eine Ausnahme bey den einjährigen Klagen, vorausgesetzt daß durch besondere Umstände die Unbekanntschaft des Klägers unüberwindlich war (Num. XXVI.). Außerdem sind manche Personen gegen die Klagverjährung (also auch gegen den dieselbe veranlassenden Irrthum) ipso jure, ohne Restitution geschützt: nämlich filii familias und Pupillen allgemein, Minderjährige gegen die Verjährungen die weniger als dreißig Jahre dauern. Endlich gilt jede gewöhnliche Restitution auch gegen die Klagverjährungen unter dreißig Jahren: gegen die dreißigjährige gilt gar keine Restitution (Num. XXVII.).

## XXIX.

Nachdem die wichtigsten Fälle der Unterlassungen, wobey der Irrthum von Einfluß seyn kann, betrachtet worden sind (Num. XXIV. XXV. u. fg.), bleiben jetzt nur noch folgende zu erwägen übrig.

V. Wer es zur Zeit des älteren Processes unterließ,

zugleich mit einer angestellten Klage die Beweisurkunden einzureichen, sollte diese nachher nicht mehr gebrauchen dürfen. Gegen diesen Nachtheil erhielten Restitution die Minderjährigen, Frauen, und sehr ungebildete Menschen (a).

VI. Gegen die unterlassene Einwendung einer peremptorischen Einrede wurde im älteren Prozeß allgemein Restitution ertheilt; bey dilatorischen Einreden war es bestritten (b).

VII. Wenn eine schwangere Frau nach aufgelöster Ehe die vorgeschriebenen Formen wegen der künftigen Geburt aus Unkunde versäumt, so wird ihr dieses nachgesehen (c).

VIII. Der Erbe, der es unterläßt, die Mörder seines Erblassers gerichtlich zu verfolgen, verliert sein Erbrecht, und selbst die Klagen, die ihm durch Confusion verloren giengen, werden ihm nicht restituirt. Unterläßt er es aber aus factischer Unwissenheit über den Hergang, so bekommt er Restitution gegen diese Confusion, nicht gegen den Verlust des Erbrechts (d).

IX. Wenn ein Testament die Erfüllung einer Bedingung vor einem bestimmten Tage vorschreibt, der Erbe oder Legatar aber diese Bedingung deswegen nicht erfuhr,

(a) *L. 1 § 2—5 de edendo* (2. 13.). Vgl. SCHULTING *enarratio* Lib. 2 Tit. 13 § 13. Burchardi Wiedereinsetzung S. 184. — Unrichtig erklärt diese Stelle NOODT ad Pand. II. 13.

(b) GAJUS Lib. 4 § 125. Vgl. Burchardi Wiedereinsetzung S. 185.

(c) *L. 2 § 1 de insp. ventre* (25. 4.).

(d) *L. 8. 17 de his quae ut ind.* (34. 9.), *L. 29 § 1. 2 de j. fisci* (49. 14.), *L. 21 § 1 de Sc. Silan.* (29. 5.). Vgl. Burchardi Wiedereinsetzung S. 390.

weil die Eröffnung des Testaments wegen einer gesetzlichen Vorschrift verschoben wurde, so wird gegen die Unterlassung rechtzeitiger Erfüllung Restitution gegeben (e).

X. Endlich werden die Prozeßfristen in der Regel, und ohne daß es dabey einer Restitution bedarf, von dem Zeitpunkt an berechnet, in welcher der Partey die ihren Anfang bestimmende Thatsache bekannt geworden ist, so daß sie in dieser Hinsicht wie die Bonorum Possessio, und nicht wie die Klagverjährung, behandelt werden. In dieser Beziehung ist auch die Excusationsfrist gegen eine uns angefallene Vormundschaft, ganz wie eine Prozeßfrist zu behandeln (f).

### XXX.

Im Laufe dieser Untersuchung sind viele Fälle vorgekommen, in welchen der Irrthum bey gewissen Klassen von Personen günstiger als bey allen Übrigen behandelt wurde. Es gehören dahin:

Winderjährige, Frauen, Ungebildete (*Rusticitas*), Soldaten.

Indem diese jetzt einzeln betrachtet werden sollen, ist es nöthig, neben jener gemeinschaftlichen Begünstigung,

(e) *L. 3 § 31 de Sc. Silan.* *eod.* (5. 62.) *Fragm. Vatic.* § 156. — Über die Prozeßfristen vgl. u. a. *L. 1 § 15 quando appell.* (49. 4.).

(f) § 16 *J. de excus.* (1. 25.), *L. 13 § 9 eod.* (27. 1.), *L. 6 C.*

zugleich die eigenthümliche Natur jeder Klasse sorgfältig im Auge zu behalten.

Die Minderjährigen haben bekanntlich einen allgemeinen Anspruch auf Restitution gegen alles Thun oder Lassen, welches ihnen im erlaubten Rechtsverkehr (also abgesehen von Verletzungen) Nachtheil bringen kann. Dieser allgemeine Grundsatz hat die wichtigsten Folgen auch in Beziehung auf den Irrthum. Volljährige werden in der Regel nicht gegen den aus ihrem Irrthum entstehenden Nachtheil geschützt, sondern nur in besonders bestimmten Fällen (Num. VI.): Minderjährige allgemein (a). Bey Volljährigen wird der Schutz gegen Irrthum ausgeschlossen durch besondere Nachlässigkeit, und deshalb in der Regel bey jedem Rechtsirrtum: Minderjährige dürfen sich auch auf den Rechtsirrtum berufen (b). Bei Volljährigen deutet der Schutz gegen Irrthum darauf hin, daß durch wissentliches Handeln jeder Schutz ausgeschlossen seyn soll: Minderjährige werden auch in diesem Fall geschützt.

Folgende Anwendungen dieser Grundsätze werden ausdrücklich erwähnt: Wenn der Minderjährige einem *filiofamilias* Geld als Darlehen giebt (Num. XIII.), wenn er einen untauglichen Bürgen zur Prozeßcaution annimmt (Num. XIX. Note d.), und wenn er die Frist einer Bono-

(a) *L. 8 C. de in int. rest. min.* (2. 22.), interpolirt aus *L. 3 C. Th. de int. rest.* (2. 16.) f. u. (b) *L. 9 pr. h. t., L. 11 C. h. t.,* interpolirt aus *L. 3 C. Th. de sponsal.* (3. 5.).  
Num. XXXI.

rum *Possessio* veräußert (Num. XXIV.). Es hat aber durchaus keinen Zweifel, daß sie auch in allen anderen, nichtermähnten, Fällen gelten müssen, so daß also gewiß ein Minderjähriger *usucapiren* kann, auch wenn sein Besitztitel mit einem Rechtsirrtum in Verbindung steht.

Es ist jedoch wohl zu bemerken, daß diese Begünstigung bey dem Irrthum, so wie die Restitution überhaupt, nur auf den erlaubten Verkehr zu beziehen ist. Auf *Delicte* geht Beides nicht, hier wird überhaupt keine Restitution gegeben, und der Minderjährige kann sich also auch nicht durch die Unbekanntheit mit dem Strafgesetze entschuldigen (c). Diese Regel gilt ohne Unterschied der *dolosen* und *culposen* *Delicte*, ja auch bey dem in *Contracten* begangenen *Dolus*, da dieser eine *delictenähnliche* Natur hat (d). Jedoch gilt sie nur für diejenigen *Rechtsverletzungen*, deren Strafbarkeit schon dem natürlichen Rechtsgefühl einleuchtet, nicht auf die welche eine mehr positive Natur haben (Num. XX.). Daher sollte der Minderjährige frey seyn von der Strafe des *incestus juris civilis* und der übertretenen *Zollgesetze*, so wie die minderjährige Frau,

(c) *L. 9 pr. h. t. „ . . ante praemisso, quod minoribus viginquinque annis jus ignorare permissum est: quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur.*“ Die hier *curso* gedruck-

ten Worte müssen als *Parenthese* gedacht werden, so daß der letzte Satz unmittelbar an den ersten anschließt, und auf die Minderjährigen geht, nicht auf die Frauen (vgl. Num. XXXI.). — *L. 9 § 2. 3. 4 L. 37 § 1 de minor.* (4. 4.), *L. 1 C. si adv. del.* (2. 35.).

(d) *L. 9 § 2 de minor.* (4. 4.).

die ihrem Kind keinen Vormund erbittet, von der Strafe dieser Unterlassung (Num. XXI.) (e).

### XXXI.

Frauen befinden sich in einer ganz andern Lage als Minderjährige. Einen allgemeinen Anspruch auf Restitution haben sie überhaupt nicht, also auch nicht bey Gelegenheit des Irrthums. Wenn aber der Fall, worin ihnen ein Irrthum Nachtheil gebracht hat, so gestaltet ist, daß dagegen ohnehin, und selbst Männern, Hülfe gewährt wird, dann haben die Frauen die Begünstigung, daß ihnen auch der Rechtsirrtum, nicht bloß wie den Männern der factische, zu gut kommen soll. Sie gehören also auch zu den Personen, quibus jus ignorare permissum est, und das ist die einzige Ähnlichkeit, die wir zwischen ihnen und den Minderjährigen annehmen können.

Jedoch ist hierin noch eine wichtige Veränderung des Rechts zu bemerken. Ursprünglich war diese Begünstigung der Frauen in Ansehung des Rechtsirrtums eben so unbeschränkt als die der Minderjährigen. R. Leo aber hob dieselbe im J. 469. als allgemeine Regel auf, und ließ sie

(e) Von solchen Fällen müssen denn auch folgende etwas unbestimmt beschränkende Ausdrücke verstanden werden: *L. 37 § 1 de minor.* (4. 4.) „utique atrocioribus,” *L. 1 C. si adv. del.* (2. 35.) „Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit . . .

restitutionis auxilium competit.” Auf die culposen Delicte im Allgemeinen kann diese mildernde Vorschrift nicht bezogen werden, da gerade bey der actio Legis Aquiliae die Restitution schlecht-hin verneint wird (Note d).

nur als Ausnahme für diejenigen einzelnen Fälle fort dauern, worin ihre Anwendung in früheren Gesetzen speciell erwähnt worden war (a). Von dieser Änderung des Rechts haben sich die sichtbarsten Spuren erhalten theils in Interpolationen (b), theils in solchen Stellen, worin das früher ausgebehntere Recht nicht sowohl ausgesprochen, als unverkennbar vorausgesetzt ist (c). — Nur für Eine Art

(a) *L. 13 C. h. t.* „Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his quae praetermiserint vel ignoraverint: statuimus, si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.“ Hätten wir diese Stelle allein, so könnte man annehmen, das Recht der Frauen sey von jeher so beschränkt gewesen, und die bisher geltende Rechtsregel sollte nicht abgeändert, sondern nur eingeschärft werden. Allein die Stellen in Note b. und c. machen die im Text dargestellte Erklärung nöthig.

(b) *L. 3 C. Th. de integri restit.* (2. 16.) vom J. 414 „Et mulieribus, et minoribus in his, quae vel praetermiserint, vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum.“ Daß damit eine unbefchränkte Begünstigung der Frauen in Beziehung auf die juris ignorantia gemeint war, zeigt theils die unbestimmte Allgemeinheit des Ausdrucks, theils

die Zusammenstellung mit den Minderjährigen, deren Recht ohnehin unzweifelhaft ist. Dieselbe Stelle nun lautet im Justinianischen Codex (*L. 8 C. de in int. rest. min.* 2. 22.) wörtlich eben so, nur mit Weglassung der drey ersten Worte (Et mulieribus et), wobey die Absicht unverkennbar ist, dieses Recht der Frauen nicht mehr gelten zu lassen. — Eine gleiche Interpolation, nur durch Zufügen anstatt durch Weglassen, findet sich in *L. 9 pr. h. t.* (Num. XXX. Note c), wo die Worte in quibusdam causis ganz im Sinn der Constitution des K. Leo, eingeschoben sind.

(c) *L. 3 C. de praescr. XXX.* (7. 39.) sagt, bey Einführung der dreißigjährigen Klavierjährung: *non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda* (s. v. Num. XXVII.) welches offenbar voraussetzt, daß die hier zusammengestellten Personen gegen die bisher bekannten kürzeren Verjährungen Restitution haben konnten, weil es außerdem überflüssig war, diese Restitution für die neu ein-

von Rechtsgeschäften sollte auch schon im älteren Recht die *juris ignorantia* den Frauen nicht zu gut kommen, bey Schenkungen nämlich (d).

Wir haben also nunmehr die einzelnen Fälle aufzuzählen, in welchen die Frauen ausnahmsweise befugt seyn sollen, sich auf ihre Rechtsunwissenheit zu berufen, und worauf der Ausdruck der Constitution von Leo (in his tantum casibus), nach dem Inhalt der Justinianischen Gesetzgebung, allein noch anzuwenden ist.

Es gehört dahin die Annahme eines untauglichen Bürgen im Prozeß (Num. XIX. Note d.).

Ferner die unterlassene Urkundenedition (Num. XXIX.).

Ferner die versäumte Form, welche nach aufgelöster Ehe im Fall der Schwangerschaft zu beobachten war (Num. XXIX.).

Ferner die Zahlung einer solchen Schuld, gegen welche sie durch die *exceptio Scti Vellejani* geschützt war, wenn die Frau dieses *Senatusconsult* nicht kannte (e).

geführte längere Verjährung zu verbieten. Bey den Frauen nun kann diese Restitution nichts Anderes seyn, als eine Folge der ihnen damals allgemein nachgesehenen Rechtsunwissenheit. — Eben dahin gehört die in den Stellen der folgenden Note erwähnte Ausnahme bey Schenkungen, die nur unter Voraussetzung der entgegengesetzten Regel bey allen anderen Rechtsgeschäften Sinn hat. Endlich auch die allgemeine Gleichstellung von rusti-

*citas* und *sexus* im *L. 2 § 7 de j. fisci* (49. 14.).

(d) *L. 11 C. h. t.*, und die auf dieselbe Ausnahme anspielenden Worte *ne maribus quidem* in *L. 8 h. t.* Vgl. über beide Stellen oben Num. VIII.

(e) *L. 9 C. ad Sc. Vell.* (4. 29.). Es ist dieses eine einzelne Ausnahme von der Regel, welche die *condictio indebiti* im Fall des Rechtsirrhums überhaupt ausschließt. Donellus will diese Ausnahme auf alle von Frauen

Außerdem aber gehören dahin auch die Fälle des Strafrechts, worin die Frau aus Unkunde eines völlig positiven Strafgesetzes (*juris civilis*) gefehlt hat. Hierin steht die Frau mit dem Minderjährigen noch jetzt fast ganz auf gleicher Linie. Als solche Fälle werden namentlich erwähnt: *Incestus juris civilis*, *Sc. Turpillianum*, und das Vergehen der Frau, welche in ein ihr dictirtes Testament Verfügungen zu ihrem eigenen Vortheil aufnimmt; dieses letzte jedoch nur unter besonderen, entschuldigenden Umständen (*Num. XXI.*).

Dagegen kommt nun gewiß nicht mehr der Rechtsirrtum einer Frau zu gut in folgenden wichtigen Fällen:

Bey dem Titel einer *Usucapion*.

Bey der Frist der *Bonorum Possessio* (f).

Bey der Frist der *Klagverjährung*.

Denn für die dreyßigjährige ist ihr die Begünstigung ausdrücklich untersagt (*Num. XXVII.*), für die kürzeren aber ist sie ihr nicht besonders beygelegt, folglich kann sie dar-

aus Rechtsirrtum geleistete Zahlungen ausdehnen (*I. 21 § 13*), und er führt zum Beweise an die *L. 5 C. de pactis* (2. 3.). Allein die Worte dieser Stelle „*cum et solutum per ignorantiam repeti potuisset*“ können eben so gut von einem factischen Irrthum verstanden werden, beweisen also jene ausgedehnte Ausnahme nicht.

(f) Hier ist die Begünstigung ausdrücklich verweigert in *L. 3 C.*

*h. t.*, und *L. 6 C. qui admitti* (6. 9.). Beide Stellen sind älter als die Verordnung des *R. Leo*. Ob sie nun mit Rücksicht auf diese interpolirt sind (was man ihnen allerdings nicht ansieht), oder ob den Frauen von jeher, bey der *B. P.* allein, der Rechtsirrtum weniger als in allen anderen Fällen zu Hülfe kommen sollte, muß unentschieden bleiben. Das Resultat des neuesten Rechts ist ungewisshast.

auf, nach dem Gesetz des R. Leo, keinen Anspruch mehr haben, obgleich sie einen solchen vor diesem Gesetz ohne Zweifel hatte.

### XXXII.

Es ist ferner zu betrachten der Zustand ganz roher, ungebildeter Menschen (*Rusticitas*), deren allgemeine Unwissenheit auch über ihre besondere Rechtsunkunde keinen Zweifel läßt (a).

Diese haben eben so wenig, als die Frauen, einen allgemeinen Restitutionsgrund. Ihnen kommt die Rechtsunwissenheit nur in folgenden einzelnen Fällen zu gut.

Bey der versäumten Frist der *Bonorum Possessio*, wobey sie gerade den Frauen nicht gestattet ist (Num. XXIV.) (b).

(a) *Rusticitas* bezeichnet also nicht einen Stand oder ein Gewerbe, sondern einen Geisteszustand, der sich allerdings vorzugsweise bey dem abgesonderten Leben der untersten Klassen auf dem Lande finden wird. *Imperitia* ist zweydeutiger: Es heißt oft die Unwissenheit im Einzelnen, als Thatsache, also so viel als *ignorantia*. Einigemal steht es neben *rusticitas* (*imperitia vel rusticitas*, vgl. Num. XXI. Note h. k und t). Dann heißt es wohl die allgemeine Rechtsunwissenheit der einzelnen Person, die neben mancher andern Art von Kenntniß oder Bildung be-

stehen kann, und darum von der umfassenderen *rusticitas* noch verschieden ist. — Vgl. auch Mühlensbruch S. 446 fg.

(b) Es ist wohl nicht zufällig, daß gerade hierin eine Begünstigung gilt. Verwandtschaft und Erbschaft findet sich bey jeder Bildungsstufe, und ist auch jedem Stande gleich wichtig. Bey sehr ungebildeten Menschen wird es aber leicht selbst an der Ahnung fehlen, daß Formen zu beobachten und Rath einzuholen seyn möchte. Frauen dagegen, die nicht zu der untersten Klasse gehören, auch wenn sie völlig rechtsunkundig sind, werden doch leichter die

Bey der versäumten Urkundenedition (Num. XXIX.).

Bey einigen strafbaren Handlungen, deren Strafbarkeit eine bloß positive Natur hat; namentlich bey der Verletzung obrigkeitlicher Edicte, Sc. Silanianum, und bey Ungehorsam gegen eine in jus vocatio (Num. XXI.).

In anderen Fällen, namentlich bey der Usucapion und der Klageverjährung, kann keine Ausnahme zum Vortheil dieses Zustandes behauptet werden.

### XXXIII.

Bey Soldaten kamen zwey verschiedene Rücksichten zusammen, um große Begünstigungen zu bewirken: die Anerkennung, daß sie meist durch ihre Beschäftigung an der Erwerbung von Rechtskenntnissen verhindert werden; zugleich aber der Wunsch, durch Privilegien die Neigung zum Soldatenstand zu befördern, wovon sich ja auch anderwärts viele Beyspiele finden.

Dennoch haben sie ihres Standes wegen eine allgemeine Restitution, etwa gleich den Minderjährigen, nie erhalten; in vielen Fällen aber werden sie an der allgemeinen Restitution der Abwesenden Antheil nehmen, die sogar ursprünglich als ein höchst billiger Schutz der im Feld stehenden Soldaten eingeführt worden ist.

Dagegen ist allerdings von den Kaisern die unverschuldete Rechtsunwissenheit der Soldaten im Allgemeinen an-

Wichtigkeit eines Todesfalls insoweit begreifen, daß sie um Rath fragen werden.

erkannt worden (a). Indessen hat dieselbe niemals zu einer allgemeinen Restitution der Soldaten wegen Rechtsunwissenheit geführt, sondern nur zu einzelnen, allerdings wichtigen, Begünstigungen, worüber jetzt eine Übersicht gegeben werden soll.

Eine derselben ist zu einer regelmäßigen Rechtsform ausgebildet worden, und kommt also nicht mehr als Restitutionsgrund in Betracht; es ist das Soldatentestament, dessen privilegirte Gültigkeit ausdrücklich durch die Rechtsunkunde der Soldaten begründet wird (b).

Soldaten werden restituirrt, wenn sie die Frist zur *aditio* einer *hereditas* versäumen (c), oder zur *agnitio* einer *Bonorum Possessio* (d).

Wenn sie aus Unkunde eine sehr verschuldete Erbschaft antraten, so erhielten sie dagegen im früheren Recht Restitution (e). Diese hat Justinian dadurch entbehrlich gemacht, daß er allgemein, nicht bloß für Soldaten, das *Inventarium* einführte, wodurch der Erbe von den die Erbschaft übersteigenden Schulden frey wird. Für dieses

(a) *L. 22 pr. C. de j. delib.* (6. 30.). „*arma etenim magis quam jura scire milites, sacratissimus Legislator existimavit.*“

(b) *L. 1 pr. de test. mil.* (29. 1.). „*simplicitati eorum consulendum existimavi.*“ — *pr. J. de militari test.* (2. 11.). „*propter nimiam imperitiam.*“

(c) *L. 9 § 1 h. t.* Ohne Zweifel sprach die Stelle von einer *cretio*, und ist daher interpolirt.

Im Justinianischen Recht muß sie verstanden werden von einer Erbeinsetzung, bedingt durch den Antritt innerhalb eines bestimmten Zeitraums, also dem Wesen nach der alten *cretio* ähnlich.

(d) *L. 1 C. de restit. mil.* (2. 51.).

(e) § 5 *J. de hered. qual.* (2. 19.), *L. 22 pr. C. de j. delib.* (6. 30.).

Inventarium freylich sind kurze Fristen vorgeschrieben; aber von der Beobachtung dieser Fristen sind wieder die Soldaten dispensirt (f).

Bey Strafgesetzen genießen sie keine allgemeine Befreyung. Ein Soldat, der in ein ihm dictirtes Testament eine Verfügung zu seinem Vortheil aufnahm, erhielt Freyheit von der Strafe (Rum. XXI. Note p).

Über diese einzelnen Fälle hinaus zu gehen, ist selbst im Justinianischen Recht kein Grund vorhanden. Für das heutige Recht aber müssen wir die Unanwendbarkeit auch dieser Bestimmungen behaupten, da sie sich auf die Stellung der Soldaten als eines eigenen Standes bezieht, die zu den Staatseinrichtungen, also zum öffentlichen Rechte, gehört (g).

---

Fassen wir die hier dargestellten Klassen von Personen (Rum. XXX — XXXIII.) unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zusammen, so finden wir, daß ihnen allen mehr als gewöhnlich die Rechtsunwissenheit nachgesehen, das heißt daß sie zu ihrem Vortheil der factischen Unwissenheit gleich behandelt wird; jedoch dieses wieder in verschiedenen Graden, so daß sich eine durchgreifende praktische Re-

(f) L. 22 § 15 C. de j. delib. (6. 30.).

(g) Anders ist es mit dem Militärtestament, wobey nicht bloß der Stand als solcher, sondern auch die Handlung unter besonderen Umständen, in Betracht

kommt, welche Umstände in unsrer Zeit dieselben sind wie bey den Römern. Ohnehin ist diese Testamentsform in den Deutschen Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannt.

gel für die Bier Klassen nicht aufstellen läßt. Aber nicht bloß diese Rücksicht muß bey ihnen angewendet werden, sondern es liegt dabey auch unzweifelhaft der Gedanke zum Grunde, daß bey ihnen stets die Rechtsunwissenheit als Thatsache vermuthet werde, so lange nicht ihre Rechtskenntniß besonders bewiesen werden kann (h).

### XXXIV.

Die juristische Lehre vom Irrthum ist dadurch nicht wenig verdunkelt worden, daß man (theilweise schon in den alten Rechtsquellen) Fälle in dieselbe eingemischt hat, die eigentlich außer ihrem Gebiet liegen. Von einer Einwirkung des Irrthums nämlich kann nur da die Rede seyn, wo die gewöhnlichen, regelmäßigen Folgen solcher juristischen Thatsachen, die auf dem freyen Willen beruhen, durch das Daseyn eines Irrthums aufgehoben oder verändert werden, indem der Wille, mit Rücksicht auf diesen Irrthum, als ein unvollkommener Wille betrachtet wird (Num. II.). Ist aber der Fall, worin ein Irrthum vorkam, auch schon an sich selbst so gestaltet, daß es an den nothwendigen Bedingungen einer juristischen Thatsache fehlt, so ist es nicht der Irrthum, der die Folgen derselben hindert, weshalb es unrichtig ist, in diesen Fällen von einer Einwirkung des Irrthums zu reden, und dieselben überhaupt mit den bisher abgehandelten Fällen zusammen

(h) Diese Ansicht ist deutlich jährigen, der die Zollgesetze überausgesprochen bey dem Mindertritt, s. o. Num. XXI. Note m.

zu stellen. Man kann diese Fälle als unächten Irrthum bezeichnen.

Wenn also ein Eigenthümer fälschlich glaubt, seine Sache gehöre einem Andern, und diese Meynung auch wörtlich ausspricht, so schadet das seinem Eigenthum nicht (a). Eben so wenn er es dadurch ausspricht, daß er dem Andern, der dieselbe Sache gegen einen Dritten vindicirt, in diesem Rechtsstreit Beystand leistet (b). Eben so, wenn er es durch die That erklärt, indem er dem Andern, den er für den Eigenthümer hält, Früchte der Sache zukommen läßt (c). Der Grund der Unschädlichkeit liegt nicht in dem Irrthum, sondern darin daß diese einseitige Handlungen schon an sich selbst keine rechtsverbindliche Natur haben.

Wenn der Eigenthümer eines Sklaven diesen aus Irrthum als einen freyen Menschen anerkennt, so wird dadurch der Sklave nicht frey, und der Eigenthümer oder dessen Erben können ihn noch immer in servitutum vindiciren (d). Denn die Freyheit des Sklaven entsteht nur durch die Freylassung in bestimmten Formen (e), und die

(a) *L. 18 C. de rei vind.* (3. 32.).

(b) *L. 54 de rei vind.* (6. 1.).

(c) *L. 79 de leg. II.* (31. un.). Hier heißt es „*juris ignoracione lapsi;*“ und dennoch sollen sie ihr wahres Recht geltend machen können.

(d) *L. 8. 9 C. de jur. et facti ign.* (1. 18.). Diese beide

Stellen gehören unter diejenigen, woraus man die unrichtige allgemeine Regel gebildet hat, daß jeder Irrthum den Willen ausschliesse (Num. VII.). Der Ausdruck derselben ist freylich nicht vorsichtig genug gefaßt.

(e) Allerdings gehörte unter diese Formen auch die unfeyerliche *manumissio inter amicos*,

einseitige Anerkennung einer schon vorhandenen Freyheit ist eine gleichgültige, wirkungslose Handlung.

Wenn ein Erbe gegen seine Miterben eine unvollständige Collation vornimmt, indem diese sie für vollständig halten, also nicht durch Vertrag das Fehlende erlassen, so können dieselben das Fehlende in der Theilung nachfordern, weil jene vorläufige Handlung an sich nichts Rechtsverbindliches hat (f). Es ist also wie eine unvollständige Geldzahlung, die man für vollständig hält, und wodurch die Nachforderung des Restes nicht ausgeschlossen wird (g).

Wer ein Stück seines Vermögens für mütterliches Erbgut irrig erklärt, da es in der That väterliches ist, wird dadurch nicht gebunden, weil eine solche einseitige Erklärung an sich nichts Verbindliches hat (h).

Nach altem Recht sollte der EheLOSE aus einem Testament gar Nichts bekommen können, der Kinderlose nur die Hälfte des ihm angewiesenen Werthes; das, was ein und die Berufung auf den Irrthum konnte dazu dienen, um die Behauptung einer solchen zu widerlegen. Dann aber stand doch nur die Thatsache in Frage, und der Grund, warum der Sklave nicht frey wurde, lag nicht in dem Irrthum, sondern darin daß der Wille des Herrn, den Sklaven in einen Freyen zu verwandeln, nicht vorhanden war.

(f) *L. 20 pr. fam. heretic.*  
(10. 2.).

(g) Wer zu viel zahlt, bedarf

einer *condictio indebiti*, weil die Tradition des Geldes Eigenthum übertragen hat. Wer zu wenig annimmt, bedarf weder einer Klage noch einer Exception, weil für den nicht gezahlten Theil der Schuld noch gar nichts juristisch Wirkfames geschehen ist. Nur wenn eine *Acceptilation* der ganzen Schuld hinzugekommen wäre, würde er eine *condictio* gebrauchen.

(h) *L. 5 C. de jur. et facti ign.* (1. 18.).

Solcher nicht erwerben konnte, sollte in vielen Fällen (späterhin immer) dem Fiscus zufallen. Nur wer die ihm günstige Verfügung des Testaments und seine Incapacität freywillig anzeigte, sollte zum Lohn für diese Offenheit die Hälfte der dem Fiscus gebührenden Portion erhalten (i). Hatte er aber aus Irrthum die Anzeige gemacht, obgleich er in der That nicht unfähig war (k), so sollte ihm diese irrige Anzeige nicht schaden, das heißt er sollte dennoch alles ihm Zugebachte bekommen, ohne die Hälfte an den Fiscus abgeben zu müssen (l). Der Grund lag hier offenbar nicht in dem entschuldigenden Irrthum bey der Delation, sondern darin daß der Anspruch des Fiscus an sich gar nicht auf die Delation gegründet war, sondern auf die (in einem solchen Fall gar nicht vorhandene) Incapacität.

Ein ähnlicher Fall ist der, wenn Jemand seine eigene Sache, die er für eine fremde hält, aus dem Besitz eines

(i) *L. 13 pr. § 1 de j. fisci* (49. 14.).

(k) Dieses läßt sich beyspielsweise so denken. Das Gesetz sollte überhaupt nicht Anwendung finden bey den an nahe Verwandte angewiesenen Erbschaften oder Legaten. Nun konnte es geschehen, daß ein zum Erben eingesetzter Erbe sich irrig für unfähig hielt, entweder weil er über die Verwandtschaft in Unwissenheit war, oder weil er die gesetzliche Begünstigung nicht kannte; das erste war ein factischer, das zweyte

ein Rechtsirrhum.

(l) *L. 13 § 10 de j. fisci* (49. 14.), nach Rescripten dreyer Kaiser. *L. 2 § 7 eod.*, nach *complura rescripta*. Dann folgt aber der Zusatz, nach Einem Rescript könnte man behaupten, diese Freyheit von den Nachtheilen der irrigen Selbstdelation gelte nur „*si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem, vel propter sexum femininum, jus suum possit.*“ Von diesem Zusatz wird sogleich weiter die Rede seyn.

Andern entwendet, der gar kein Recht (auch nicht ein jus in re) daran hat, vielleicht selbst durch Diebstahl in ihren Besitz gekommen ist. Der entwendende Eigenthümer hat zwar die Absicht eines Diebstahls, begeht aber einen solchen dennoch nicht, weil zum Wesen des Diebstahls eine Rechtsverletzung gehört, die hier unmöglich ist. Es besreyt ihn also nicht etwa der entschuldigende Irrthum, sondern der Umstand, daß der Begriff des Diebstahls (das corpus delicti) gar nicht vorhanden ist (m).

Unter einen gleichen Gesichtspunkt aber sind ferner auch die Fälle zu bringen, welche man als error in corpore oder in substantia bezeichnet. Bey diesen ist gar nicht (so wie bey dem wahren Irrthum) von einem unvollkommenen, und darum oft minder wirksamen, Willen die Rede, sondern vielmehr von einem Mangel an Übereinstimmung des Willens selbst, mit der Erklärung des Willens (n). Ein Beyspiel wird die Grundverschiedenheit sogleich anschaulich machen. Wenn ein Kaufcontract über den Kლა-

(m) Ähnliche Fälle kommen auch im Prozeß vor. Dabey hängt Alles von der Frage ab, unter welchen Bedingungen die Erklärung einer Partey an sich unverbindlich, oder einer Berichtigung empfänglich ist, und die Beantwortung dieser Frage kann nicht aus der allgemeinen Lehre vom Irrthum, sondern nur aus den besonderen Bestimmungen des Prozeßrechts entnommen werden. Dahin gehören L. 6 § 1 de off.

praes. (1. 18.), L. un. C. ut quae desunt (2. 11.), L. 1. 2. 3 C. de error. advoc. (2. 10.), und noch mehrere andere Stellen.

(n) Vgl. hierüber das Rechtssystem § 135. 138. Auf den error in corpore ist am Wahrscheinlichsten zu beziehen L. 116 § 2 de R. J. (50. 17.), eine der Stellen, woraus man beweisen wollte, daß der Irrthum den Willen überhaupt ganz ausschliesse (Rum. VII.). Vgl. § 136. m.

ven Stichus geschlossen wird, der Verkäufer aber hat zwey Sklaven dieses Namens, und Jeder der Contrahenten denkt an einen andern Stichus, so hat Keiner von Beiden geirrt, vielmehr hat Jeder einen bestimmten und richtigen Gedanken gehabt, und es fehlt nur an der Übereinstimmung, die bloß scheinbar vorhanden war, und über deren Daseyn allein Beide irrten. Wir haben also nicht zu thun mit einem geschlossenen, wegen des Irrthums unwirksamen, Vertrag. Vielmehr fehlt das Daseyn irgend eines Vertrags gerade so, wie wenn Einer einen Vertrag anbietet, der Andere verneint, und der Erste glaubt fälschlich, eine Bejahung gehört zu haben.

Endlich gehören zu diesem unächtten Irrthum auch mehrere der schon oben abgehandelten Fälle. Wenn nämlich wegen des Irrthums diejenige Auslegung einer Handlung verneint wird, wodurch sie außerdem als stillschweigende Willenserklärung zu betrachten gewesen wäre (Num. XII.), so wollen wir nicht die regelmässige Wirkung einer juristischen Thatsache ausschließen, sondern vielmehr das Daseyn einer solchen verneinen, und nur den falschen Schein aufdecken, der uns zur Annahme dieses Daseyns verleiten könnte. Ganz eben so verhält es sich in den wichtigen Fällen, worin wir wegen des Irrthums das Daseyn eines Dolus nicht annehmen können, also auch, weil derselbe gar nicht vorhanden ist, jede rechtliche Folge desselben schlechthin abweisen müssen (Num. XX — XXIII.).

Indem ich nun behaupte, daß alle diese Fälle des un-

ächten Irrthums aus der Lehre vom Irrthum sorgfältig entfernt werden müssen, könnte man einwenden, dieses sey eine überflüssige, bloß theoretische Strenge, da das Resultat ja doch dasselbe sey. Allein das praktische Interesse der Unterscheidung ist im Gegentheil sehr groß. Die Grundregel des eigentlichen Irrthums ist die, daß derselbe, da wo er überhaupt von Einfluß ist, diesen Einfluß dennoch verlieren soll, wenn er ein verschuldeter, namentlich also wenn er ein Rechtsirrtum ist. In allen hier zusammen gestellten Fällen dagegen kann es auf diesen Umstand durchaus nicht ankommen. Wer also durch eine einseitige Erklärung an seiner Sache das Eigenthum eines Andern fälschlich anerkennt, der ist daran nicht gebunden, auch wenn ein Rechtsirrtum seiner falschen Meinung zum Grunde liegt. In einer der oben angeführten Stellen ist dieses sogar ausdrücklich anerkannt (Note c). Allerdings wird in einer anderen Stelle (Note l) eine entgegengesetzte Behauptung aufgestellt; die irrige Selbstbetelation an den Fiscus soll nur dann nicht schaden, wenn der Irrthum durch die Raskicität oder durch das weibliche Geschlecht der irrenden Person entschuldigt werde. Allein dieser (der Natur der Caducität ganz widersprechende) Satz wird doch nur als die mögliche Consequenz eines einzelnen (von den übrigen verschieden lautenden) Rescripts versuchsweise aufgestellt, nicht bestimmt behauptet; auch ist darin eine bloße Fiscalität kaum zu verkennen. — Eben so ist es bey dem error in corpore ganz

gleichgültig, ob das Mißverständniß vielleicht von einer Seite leicht zu vermeiden, also verschuldet war. — Endlich ist auch da, wo der Dolus durch Irrthum ausgeschlossen wird, die Beschaffenheit desselben ganz ohne Einfluß, so daß selbst der Rechtsirrhum keine nachtheilige Folgen hat, wie dieses in einer Stelle des R. R. (Num. XXII.) ausdrücklich anerkannt wird.

## XXXV.

Ich kehre jetzt zu der oben (Num. XI.) einstweilen ausgefetzten, wichtigen und bestrittenen, Frage zurück, ob die *condictio indebiti* nicht bloß durch einen factischen Irrthum (worüber kein Streit ist), sondern auch durch einen Rechtsirrhum, begründet werden könne? Ich muß diese Frage entschieden verneinen, und habe hierin die größere Zahl namhafter Rechtslehrer auf meiner Seite (a).

(a) Die Frage wird gleichfalls verneint von CUIACIUS opp. VII. 895. DONELLUS I. 21 § 12. 18, XIV. 14 § 5—10. VOLT. XII. 6 N. 7. COCCEJI XII. 6. qu. 14 (wo zugleich viele Schriftsteller für die Anerkennung dieser Meynung in der Praxis angegeben werden). MERLIN Répertoire v. Ignorance § 1. — Sie wird bejaht von VINNIUS quaest. I. 47. Mühlenbruch §. 419—431. — Höpfner § 954 unterscheidet zwischen Gewinn und Schadensabwendung, womit ohnehin Nichts anzufangen ist. Thibaut Pandek-

ten § 29 bejaht die Frage, aber in den Vorlesungen (Braun §. 41—43) fügt er die Bedingung hinzu, wenn der Rechtsirrhum entschuldbar sey, und damit bin ich ganz einverstanden. Ebenso Banerow Pandekten I. §. 100—104, der also auch nur scheinbar zu den Gegnern gehört. Glück B. 13 §. 128—151 verneinte zuerst; nachdem aber die Abhandlung von Mühlenbruch erschienen war, gerieth er (B. 22 §. 336—340) in solches Schwanken, daß der Leser völlig rathlos bleibt.

Die hier ausgesprochene Verneinung geht mit Nothwendigkeit hervor aus der ganzen, in gegenwärtiger Abhandlung dargestellten, Natur des Irrthums. Derselbe soll nicht überall helfen, sondern nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen; auch die *condictio indebiti* versteht sich nicht von selbst, der Zahlende hat freywillig das Geld veräußert, und es ist besondere Begünstigung aus Billigkeit, wenn ihm die Rückforderung verstattet wird (b). In den Fällen aber, worin der Irrthum zur Abwendung eines Nachtheils geltend gemacht werden kann, ist doch diese Hilfe ausgeschlossen im Fall eines verschuldeten Irrthums, und als ein solcher wird in der Regel jeder Rechtsirrtum betrachtet (Num. III.). Durch diese allgemeine Betrachtung ist die Verneinung der aufgeworfenen Frage begründet, und sie erhält eine große Unterstützung dadurch, daß diese Betrachtung sich jetzt bereits in der Anwendung auf so viele andere Rechtsverhältnisse, worin der Irrthum von Einfluß ist, bewährt hat.

Ich will aber sogleich einige, schon oben begründete, Einschränkungen des Satzes hinzufügen, wodurch vielleicht die Gegner geneigter werden möchten ihn anzunehmen. Der Satz gilt nicht, wenn der Irrthum nicht den Inhalt der Rechtsregel, sondern die Subsumtion einer verwickelten Thatsache unter die Regel betrifft (Num. I. V.). — Eben so auch nicht, wenn die Rechtsregel selbst nicht leicht mit Sicherheit zu erkennen ist, welches sowohl bey dem

(b) *COJACIUS* opp. VII. 895. A.

controversen, als bey dem partikulären Recht vorzugsweise der Fall seyn wird; denn in diesen Fällen führt selbst die Erkundigung bey Rechtsverständigen oft zu keinem sichern Erfolg, wodurch also der Rechtsirrthum, wo er sich zeigt, zu einem unverschuldeten wird (Num. IV.). Dieses wird häufiger in unfrem heutigen Rechtszustand eintreten, aber auch bey den Römern fehlt es nicht an Beyspielen eines Rechtsirrthums, bey welchem nach diesem Grundsatz die *condictio indebiti* zugelassen werden mußte. So z. B. wenn der Erbe ein unter unmöglicher Bedingung auferlegtes *Damnationslegat* auszahlte (c), oder wenn der Kauf auf die Bestimmung des Kaufpreises durch eine dritte Person geschlossen war, und nun der Käufer das Geld auszahlte (d). Denn in diesen beiden Fällen war vor Justinian die Gültigkeit der Obligation controvers, und es konnte daher von keiner Seite der etwa vorhandene Rechtsirrthum als ein verschuldeter, leicht zu vermeidender, angesehen werden. — Ferner darf auch der aufgestellte Satz nicht zur Anwendung kommen, da wo nicht der Irrthum als solcher, sondern etwas außer ihm Liegendes, das Überwiegende ist. Dieser Fall tritt ein, wenn der Empfänger den Irrthum veranlaßt hat oder wenigstens wissentlich duldet (Num. V.). Hier gilt der Empfang des Geldes sogar als wahrer Diebstahl (e), wobey es natürlich keinen

(c) GAJUS Lib. 3 § 98.

(d) GAJUS Lib. 3 § 140.

(e) L. 18 de *condict. furtiva*

(13. 1.). „.... furtum fit, cum quis indebitos numos sciens acceperit“ ...

Unterschied machen kann, ob es bey dem Geber ein factischer oder ein Rechtsirrthum war. Dann aber muß consequenterweise auch für den Fall, wo nicht sogleich Geld gegeben, sondern erst eine Obligation contrahirt war (indebita obligatio) (f), dem Schuldner die *condictio indebiti* gestattet werden. Ja wollte man sie versagen, so würde ihm wenigstens die *doli actio* eingeräumt werden müssen, worin aber eine noch härtere Behandlung des Gegners liegen würde. Dasselbe aber, was hier vom *Dolus* behauptet worden ist, muß gewiß auch gelten in den ausgenommenen Fällen, worin selbst das wissentlich Gezahlte mit der *Condictio* zurückgefordert werden kann, wie bey der Spielschuld, der nicht insinuirten großen Schenkung, und den wucherlichen Zinsen; denn da, wo selbst das Bewußtseyn des Zahlenden die *Condictio* nicht hindert, kann um so weniger der etwa vorhandene Rechtsirrthum im Wege stehen, indem hier überhaupt nicht der Irrthum das entscheidende Moment ist, sondern die durchgreifende Handhabung absoluter Rechtsregeln. — Endlich aber wird jener Satz auch nicht gelten können zum Nachtheil solcher Personen, denen im Allgemeinen jeder Rechtsirrthum nachgesehen wird. Dieses ist unstreitig der Fall bey den Minderjährigen (Num. XXX.). Im früheren Recht war es eben so bey den Frauen; im Justinianischen Recht ist nur noch als einzelne Ausnahme der Fall übrig, wenn eine Frau aus Unbekanntschaft mit dem *Sc. Velle-*

(f) *L. 5 § 1 de act. emti* (49. 1.), *L. 51 pr. de pactis* (2. 14.).

janum eine Zahlung leistet, die sie verweigern konnte (Num. XXXI. e).

### XXXVI.

Für die entgegengesetzte Meynung werden folgende allgemeine Gründe geltend gemacht.

1. Die Regel, daß sich Niemand durch den Schaden eines Andern bereichern soll (a). — Diese Regel ist indessen so allgemeiner und unbestimmter Natur, daß sie eine unmittelbare Anwendung auf die Beurtheilung praktischer Rechtsfragen gar nicht zuläßt, sondern lediglich auf die Entstehung mancher Rechtsregeln Einfluß gehabt hat, so daß sie höchstens als einzelnes Element in wirklich praktischen Regeln enthalten ist, wo sie nur in Verbindung mit sehr concreten Voraussetzungen Leben und Wirksamkeit erhält. So wird sie in der That in den angeführten Stellen (Note a) erwähnt, und zwar gerade als ein Element der in der *condictio indebiti* wirksamen praktischen Regel, so daß wir aus ihr allein unmöglich den Umfang der zur *condictio indebiti* noch außerdem nöthigen rein praktischen Bedingungen bestimmen können. Wollten wir aber in der That jener Regel, nach ihrer buchstäblichen Fassung, praktische Anwendbarkeit einräumen, so würden wir sogleich durch die Folgen zur Umkehr genöthigt werden. Denn nach ihr könnte jeder theure Kauf angefochten werden,

(a) *L. 14 de cond. indeb.* (12. 6.), *L. 206 de R. J.* (50. 17.)  
Mühlenbruch S. 417.

weil durch ihn der Verkäufer mit dem Schaden des Käufers reicher wird. Um die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf der Möglichkeit des Gewinns und Verlustes durch freyen Austausch beruht, wäre es alsdann geschehen.

2. Der Umstand, daß so viele Stellen, und zwar namentlich im Digestentitel *de conditione indebiti*, den *error* im Allgemeinen als Bedingung der *Condition* ausdrücken, ohne den Rechtsirrtum auszuschließen (b). — Dieser Grund widerlegt sich durch den oben dargestellten Zusammenhang, in welchem allein der Rechtsirrtum vorkommt. Allerdings ist *error* die wahre Bedingung der *Condition*, aber es ist diesem Begriff in allen Anwendungen (nicht bloß bey der *Condition*) die nähere Bestimmung gegeben worden, daß er, um wirksam zu seyn, nur nicht ein verschuldeter Irrthum seyn dürfe, wohin aber in der Regel jeder Rechtsirrtum gehört. War es nun nöthig oder möglich, bey jeder einzelnen Erwähnung des Irrthums diese nähere Bestimmung ausführlich zu wiederholen? Es war genug, wenn sie in einzelnen Stellen niedergelegt war, und dazu war der Titel *de juris et facti ignorantia* gerade der passende Ort. Diese Ansicht der Sache erhält volle Bestätigung durch die schlagende Analogie der *actio quod metus causa*. Bey dieser ist *metus* die allgemeine Bedingung, so einfach wird sie im Edict, und auf gleiche Weise in

(b) Mühlentruch S. 420. 421. — Vgl. hierüber DONELLUS XIV. 14. § 6. 7.

zahlreichen Anwendungen des Digestentitels ausgedrückt. Beyläufig wird gesagt, es reiche nicht jede Furcht hin, sondern nur die vor einem großen Übel, und nur die vor einem wahrscheinlichen, nicht in der Angstlichkeit einer unmännlichen Seele gegründeten (c). Sollte nun etwa diese Einschränkung in jeder einzelnen Anwendung wiederholt werden, und dürfen wir darum, daß dieses nicht geschehen ist, die Klage bey jeder Furcht ohne Unterschied zulassen? Der Fall ist genau derselbe, wie bey der Ausschließung des Rechtsirrhums als Veranlassung der *condictio indebiti*.

3. Der Rechtsirrhum könne überhaupt geltend gemacht werden zur bloßen Abwendung eines Schadens, eine solche aber, und nicht Gewinn, werde stets durch die *Condictio* bezweckt. — Hier muß ich mich auf Dasjenige beziehen, was oben über die Unhaltbarkeit dieser ganzen Unterscheidung ausgeführt worden ist; insbesondere auch darauf, daß dieselbe, gerade in Anwendung auf die *Condictio*, zu gar keinem sicheren Resultat führt (d).

4. Der Irrthum überhaupt werde bey der *Condictio* nur gefordert, um die Absicht der Schenkung auszuschließen (e), eine solche Absicht aber sey bey dem Rechtsirrhum eben so wenig, als bey dem factischen, vorhanden.

(c) *L. 5. 6. quod metus* (4. 2.).

(d) *S. v. Num. VIII.* — Um diesem Grunde zu begegnen, hatte Donellus seine Unterscheidung von *damnum rei amittendae* und *amissae* ausgeföhnen (I. 21 § 12. 8, XIV. 14 § 9).

(e) *L. 53 de R. J.* (50. 17.)

„*Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.*“ *L. 82 eod.*, *L. 29 pr. de don.* (39. 5.), *L. 47 de operis libert.* (38. 1.), *L. 7 § 2 pro emt.* (41. 4.), *L. 12 de novat.* (46. 2.).

— Dieser Grund ist der scheinbarste unter allen, jedoch nicht entscheidend. Es steht fest, daß die wissentliche Zahlung (mit einigen Ausnahmen) nicht zurückgefordert werden kann, wohl aber die aus factischem Irrthum geleistete; der Rechtsirrhum ist bestritten. Der Fall der wissentlichen Zahlung war am leichtesten und sichersten durch die Absicht der Schenkung zu beseitigen, und darum wurde vorzugsweise dieser Grund geltend gemacht. Es folgt aber daraus nicht, daß es der einzige Grund sey, und daß in Ermanglung desselben das Gegentheil gelten müsse. Gerade umgekehrt bedarf jede Anwendung der Condictio einer positiven Begründung, diese liegt in dem Irrthum, der Irrthum aber darf überall, um wirken zu können, kein verschuldeter, also unter andern kein Rechtsirrhum seyn.

### XXXVII.

Bisher ist die Frage aus allgemeinen, für beide Meynungen aufgestellten, Gründen erwogen worden; ich wende mich jetzt zu einzelnen Aussprüchen unsrer Rechtsquellen, welche aber wiederum die Frage theils im Allgemeinen, theils in der Anwendung auf besondere Fälle, beantworten. Allgemein redende Stellen sind folgende.

L. 10 C. h. t. „Cum quis *jus ignorans* indebitam pecuniam solverit, *cessat repetitio*. *Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.*“

L. 6 C. k. t. „Si. . indebitam, *errore facti*, olei mate-

riam spondisse . . animadverterit . . . condicentes audiet.”

L. 7 C. h. t. „*Error facti*, necdum finito negotio, nemini nocet” . . .

L. 6 C. de cond. ind. (4. 5.) „*Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio solvisti . . restitui eo agente providebit.*”

L. 7 C. eod. „*Fideicommissum vel legatum indebitum, per errorem facti solutum, repeti posse, explorati juris est.*”

Wer diese übereinstimmende Stellen läse, ohne noch irgend eine Meynung über die vorliegende Frage gefaßt zu haben, möchte die entscheidende Kraft derselben schwerlich in Zweifel ziehen. Wir wollen zusehen, was unsre Gegner dawider vorzubringen haben (a). Alle diese Stellen, sagt man, haben den großen Fehler, daß sie Rescripte sind: einem Rescript aber soll niemals recht zu trauen seyn, weil man nicht weiß, was noch neben dem mitgetheilten Excerpt gestanden hat, und wie viel von der darin scheinbar enthaltenen Regel auf die besonderen Bedingungen des einzelnen Falles zu rechnen ist. — Dieser, die Rescripte überhaupt entkräftende, Grund darf indessen überall nur mit großer Vorsicht angewendet werden. Bey den vier letzten unter den oben abgedruckten Stellen gewinnt er dadurch Schein, daß in denselben unsre Regel über den Rechtsirrtum nur vermittelst des *argumentum a contrario*

(a) Wählenbruch S. 427 — 431.

gefunden werden kann, dieses aber allerdings in Rescripten bedenklicher als in anderen Stellen ist. Es wäre also denkbar, daß die Kaiser in diesen vier Stellen die Zulässigkeit des factischen Irrthums ausgesprochen hätten, ohne dabey als Gegensatz die Unzulässigkeit des Rechtsirrhums andeuten zu wollen. Allein wahrscheinlich ist dieses doch nicht, weil sonst überall der Gegensatz beider Arten des Irrthums in der Art vorkommt, daß der eine hilft, der andere nicht hilft. Wer also in irgend einer Anwendung die helfende Natur des factischen Irrthums ausspricht (wie es in jenen vier Stellen geschieht), der wird dabey so nothwendig an die nichthelfende Natur des Rechtsirrhums erinnert, daß er es fast unvermeidlich ausdrücken müßte, wenn er sie nicht anerkennen wollte. — Allein selbst jener schwache Schein verschwindet bey der ersten der abgedruckten Stellen. Diese sagt auf das Bestimmteste: der factische Irrthum hilft zur *condictio indebiti*, der Rechtsirrhum hilft dazu nicht. Was sagt nun dagegen Mühlensbruch? Nichts, als es sey ein Rescript, und es könne irgend Etwas dabey gestanden haben, wodurch die ausgesprochene Regel beschränkt, oder eigentlich vernichtet werde. Doch nein: er giebt sogar an, was daneben gestanden haben werde, nämlich ein Fall von der Falcidischen Quart. Aber erstlich ist dieses eine rein willkührliche Zuthat, und zweytens führt es ihn gar nicht einmal zu seinem Zweck, wie sich sogleich bey der folgenden Stelle zeigen wird. Und heißt denn das überhaupt interpretiren? Die Römer

wußten auch, was Rescripte seyen, und wie sie behandelt werden müßten, damit der Kern einer reinen Regel von der Hülfe seiner zufälligen concreten Umgebung befreyt würde. Von dem Theil des Rescripts, welcher allein in den Codex aufgenommen ist, hätten sie ohne Zweifel gesagt, wie sie es von anderen Rescripten wirklich sagen: *illa pars rescripti generalis est* (b).

Zu jenen allgemein redenden Stellen will ich nun noch folgende hinzufügen, welche die Unzulässigkeit des Rechtsirrhums in einzelnen Anwendungen aussprechen (c).

*L. 9 § 5 h. t.* Der Erbe, welcher ein Legat ganz auszahlt, ohne die *Falcidia*, wozu er berechtigt wäre, abzuziehen, hat keine *condictio indebiti*, wenn er durch Rechtsirrhum dazu veranlaßt wurde. Dieser Satz wird durch ein ausführliches Kaiserrescript belegt (d). Es ist wohl zu bemerken, in welchem Zusammenhang diese Stelle steht. Paulus hatte (im princ.) den allgemeinen Satz an die Spitze gestellt, der factische Irrthum sey unschädlich, der Rechtsirrhum aber schädlich. Diese Sätze werden theils mit Beschränkungen versehen, theils durch Anwendungen erläutert, und eine solche Anwendung der Schädlichkeit

(b) Vgl. das System § 24 Note k.

(c) Unter diese einzelnen Anwendungen kann man auch rechnen die irrige in *jure confessio*, die nicht schadet, außer wenn sie auf einem Rechtsirrhum beruht. Denn Das geht ganz aus dem der

*condictio indebiti* zum Grunde liegenden Princip hervor (Num. XIX. g).

(d) Wörtlich Dasselbe, und eben so bestimmt, nur kürzer, findet sich in *L. 9 C. ad. L. Falc.* (6. 50.).

des Rechtsirrhums ist es denn auch, die in dem eben ausgeführten § 5 weitläufig dargestellt wird. Könnte man noch daran zweifeln, daß es so gemeynt sey, so würde durch folgende Worte des Rescripts jeder Zweifel verschwinden:

„Quod si ideo repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt: sciant, *ignorantiam facti non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.*”

Also wegen des Rechtsirrhums sollen sie die Condictio nicht haben, und zwar weil in dem Rechtsirrhum ein thörichter Rechtsinn liegt, dessen Folgen sie mit Recht zu tragen haben. Es ist wohl einleuchtend, daß die Entscheidung und der Grund derselben ganz unverändert geblieben wäre, wenn auch irgend eine andere Veranlassung der Condictio vorgelegen hätte; so daß also die Erwähnung der Falcidia ein ganz gleichgültiger Nebenumstand war. — Zu dieser Stelle sagt Mühlenbruch (e), der Grund der Entscheidung liege lediglich in der Falcidia. Die volle Auszahlung der Legate sey nämlich zwar keine naturalis obligatio, aber doch eine Gewissenspflicht, und dieses habe die Folge, daß die Condictio wegen eines Rechtsirrhums wegfallt, die bey jedem andern Indebitum gelten würde. Allein durch diese Erklärung wird zuerst willkürlich der oben dargelegte Zusammenhang der ganzen Stelle ignorirt. Eben so wird ignorirt der wahre Sinn des von den Kaisern

(e) Mühlenbruch S. 393. 394.

ausgesprochenen Grundes, der ja auf jedes andere *Indebitum* völlig eben so paßt. Was soll nun hier die Gewissenspflicht die keine *naturalis obligatio* erzeugt? Sie könnte nur erheblich seyn als Beweggrund der Auszahlung; dann waren die Erben wegen ihres Edelmuths zu loben, nicht als *stulti* zu schelten: davon also war im vorliegenden Fall gar nicht die Rede, sondern vielmehr von einem ganz entgegengesetzten Beweggrund, dem Rechtsirrtum (f). Die ganze von Mühlenbruch zur Rettung seiner Meinung versuchte Erklärung ist also der Stelle völlig aufgezwungen. Und diese Erklärung nun ist es zugleich, die er zur Fiction eines Rechtsfalls benutzt, der ursprünglich in der *L. 10 C. h. t.* gestanden haben soll (g). Wollte man ihm also auch diese Fiction nachsehen, so würde damit für die Vertheidigung seiner Sache gegen die *L. 10 C. h. t.* gar Nichts gewonnen seyn.

Eine andere Stelle, *L. 2 C. si adv. sol.* (2. 33.) drückt unsre Regel in folgender noch allgemeineren Anwendung aus:

„*Indebito legato, licet per errorem juris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.*”

Ein Minderjähriger hatte ein Legat, das er aus irgenb

(f) Darum ist es denn auch völlig unrichtig, wenn Mühlenbruch a. a. D. mit *L. 9 § 5 h. t.* die *L. 2 C. de fideic.* (6. 42.) zusammenstellt. Denn in dieser letzten ist geradezu von einem Fall wissentlicher Zahlung aus Achtung

gegen den Willen des Verstorbenen die Rede. Der Inhalt beider Stellen hat also gar keine Ähnlichkeit.

(g) Mühlenbruch S. 430. 431.

einem Grunde nicht schuldig war, aus Rechtsirrhum ausgezahlt. Er soll es zurück bekommen, wenn die Restitutionszeit noch nicht abgelaufen ist. (Also nicht, wenn sie abgelaufen ist; und eben so wenig, wenn die Zahlung von einem Volljährigen geschah. Gegen dieses arg. a contrario wird wohl Niemand Etwas einwenden.). — In dieser Stelle liegt wiederum eine reine, einfache Anwendung unsrer Regel. Mühlenbruch erklärt auch sie wieder aus der (oben wiederlegten) Natur der Gewissenspflicht (h). Freylich ist er zu diesem Behuf genöthigt, erst noch den Fall einer solchen in die Stelle hinein zu tragen; denn das *indebitum legatum*, wovon die Stelle spricht, kann ja auch so gedacht werden, daß dabey selbst nach seiner Ansicht von einer Gewissenspflicht nicht die Rede seyn würde (i).

### XXXVIII.

Ich will nun noch die Stellen angeben, welche von den Segnern für ihre Meynung angeführt werden (a). Davon ist eigentlich nur die erste von einiger Erheblichkeit.

*L. 1 pr. ut in poss.* (36. 4.). Der Testamentserbe mußte den Legataren Caution stellen, und davon konnte

(h) Mühlenbruch S. 440, verbunden mit S. 393. 394.

(i) So z. B. wenn der Testator die Legate einem Miterben allein auslegte, und der Minderjährige aus Rechtsirrhum glaubte, er sey dennoch mit verpflichtet; oder wenn der Legatar ein Pere-

grinus war, und der Minderjährige von dieser Unfähigkeit Nichts wußte, der Testator vielleicht auch Nichts.

(a) Die meisten dieser Stellen finden sich bey Mühlenbruch S. 418 u. fg., einige bey Glück.

ihn nach älterem Recht selbst der Wille des Testators nicht entbinden; diese letzte Bestimmung wurde von M. Aurel durch ein Rescript aufgehoben, welches in die Semestria dieses Kaisers aufgenommen wurde (b). Nun hatte ein Erbe die ihm erlassene Caution dennoch geleistet. That er es, weil er von dem Erlaß im Testament Nichts wußte, so konnte er unstreitig mit der *condictio indebiti* die Befreyung von der Caution verlangen. Wie aber, wenn er diesen Erlaß für unwirksam hielt, also in einem Rechtsirrthum befangen war? Darüber sagt hier Ulpian:

„Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisfactionem condicti posse.“

Auf den ersten Blick ist es einleuchtend, wie schüchtern und zweifelnd der Jurist seine Meynung vorbringt, gleichsam versuchsweise; daran ist also wohl nicht zu denken, mit dieser einzelnen Äußerung die vielen entschiedenen Aussprüche für die entgegengesetzte Meynung zu entkräften. Aber wie ist auch nur diese zweifelnde Äußerung zu erklären, da alle andere Stellen so entschieden sprechen? Man hat gesagt, es sey hier nur ein geringes Interesse im Spiel gewesen (c); das ist völlig willkürlich; und wo wäre die Gränze? Eine andere Erklärung ist die, es handle sich hier von einer *indebita promissio*, nicht *solutio* (d); aber beide haben nicht nur auch sonst überall glei-

(b) *L. 46 de pactis* (2. 14.), *L. 2 C. ut in poss.* (6. 54.).  
 über die Semestria von D. Marcus vgl. das System § 24 Note v.  
 (c) *CUJACIUS opp. IV. 1432.*  
 (d) *DOUILLIUS I. 21 § 18.*

ches Recht; sondern gerade die Nothwendigkeit des factischen Irrthums wird auch bey der *indebita promissio* ausdrücklich anerkannt (e). Andere sagen, es sey eine specielle Ausnahme, zur Aufrechthaltung des letzten Willens (f), und diese Erklärung könnte zur Noth zugelassen werden. Allein ich halte auch sie nicht für nöthig, und erkläre die zweifelnde Äußerung Ulpian's aus der Natur des vorliegenden Rechtsfages. Dieser enthält eine Abänderung des früheren Rechts, nicht etwa durch eigentliches Gesetz begrenzt, sondern durch praktisches Bedürfniß herbeugeführt, und in dem Rescript eines Kaisers anerkannt, das ja kein Gesetz war, ungeachtet der Aufnahme in die *Semestria* (§ 24). Es konnte also als angewisses Recht betrachtet werden, und in dieser Sachlage konnte ein billiger, nachsichtiger Prätor wohl Grund finden (*benigne quis dixerit*), den Rechtsirrtum als unverschuldet anzusehen, und daher die *condictio indebiti* zu gestatten.

Die übrigen Stellen geben weit weniger Schein; die meisten trifft die gemeinschaftliche Bemerkung, daß in ihnen eben so gut ein factischer, als ein Rechtsirrtum vorausgesetzt werden kann, daß wir also diesen erst willkürlich hinzu denken müßten, um die Stellen für unsre Frage entscheidend zu machen.

L. 17 § 10 *ad mun.* (50. 1.). Kann factischer Irrthum seyn.

(e) L. 6 C. h. t.

eben so vor ihm Westenberg und

(f) Glück B. 13 S. 145, und

Weber, die er anführt.

L. 16 § 2 *de minor.* (4. 4.). Eben so; wahrscheinlich Irrthum über den Inhalt oder die Auslegung des Testaments. So ist wenigstens die Stelle nach dem Justinianischen Recht auszulegen; der Verfasser der Stelle (Ulpian) wollte wohl sagen, diese Frau würde auch nach ihrer Volljährigkeit durch die *Condictio* geschätzt seyn, weil nämlich zu seiner Zeit die Frauen auch durch den Rechtsirrhum nicht leiden konnten (Num. XXXI.). Man muß dann am Ende der Stelle lesen: *munita* (anstatt *munitus*), welches auch durch sehr alte Ausgaben unterstützt wird.

L. 10 *C. de cond. ind.* (4. 5.). Es hatte Einer zwey Sachen alternativ versprochen, und aus Irrthum beide abgeliefert. Darüber waren Alle einig, daß er Eine zurückfordern könne, nur das Wahlrecht war streitig; Justinian entschied für das Wahlrecht des zurückfordernden Schuldners. — Auch hier ist ein Rechtsirrhum nicht nothwendig vorauszusetzen; der Inhalt oder die Auslegung der *Stipulation* konnte zweifelhaft seyn, besonders wenn die Erfüllung nicht von dem ursprünglichen Schuldner, sondern von dem Erben ausgieng. Hätte ein Rechtsirrhum (über die Natur der *Alternativobligation*) zum Grunde gelegen, so wäre es undenkbar, daß von so vielen über die Nebenfrage streitenden Rechtslehrern nicht Einer diesen Hauptpunkt auch nur der Erwähnung werth gehalten haben sollte.

L. 16 § 4 *de publicanis* (39. 4.). Wer aus Irrthum dem Zollpächter zahlt, was er nicht schuldig ist, kann es zurück fordern. — Auch hier kann der Irrthum ein facti-

scher seyn, z. B. in unrichtigem Wiegen der Waare bestehen. Aber selbst wenn er das Zollgesetz, z. B. den Tarif, betrifft, so hat doch die *Condictio* kein Bedenken. Denn der Zollpächter kennt gewiß das Zollgesetz; wenn er also das *indebitum* dennoch annimmt, so ist sein *Dolus* unzweifelhaft, und dann ist dieser, und nicht der Rechtsirrtum des Zahlenden, der Grund der Rückforderung (Num. V. und XXXV.) (g).

*L. 38 de cond. indebiti* (12. 6.). In dem hier beurtheilten Rechtsfall betraf der Irrthum nicht die Rechtsregel, sondern die Subsumtion der Thatfache, und hatte daher die Natur eines factischen Irrthums (Num. I. und V.).

*L. 37 de auro* (34. 2.). Ob die Frauenkleider zu den *Ornamentis* gerechnet werden sollten, war eine die Auslegung der Testamente betreffende Frage, mithin hatte ein Irrthum darüber bloß factische Natur. Eine bestimmte Rechtsregel ist erst entstanden durch die Aufnahme dieser Stelle in die *Digesten*. Auch ist nicht gesagt, ob der Irrthum des Erben bereits zur *Tradition*, oder nur erst zu einer einseitigen Erklärung geführt hatte, die ohnehin nicht bindend war, und einer *condictio indebiti* zur Abhülfe gar nicht bedurfte.

*L. 79 de leg. II.* (31. un.). Diese Stelle spricht von

(g) Selbst die Worte der Stelle weisen nicht undeutlich auf den *Dolus* des Zollpächters hin: „*si quid autem indebitum per errorem solventis publicanus ac-*

cepit;“ also der Zahler allein war im Irrthum, der *Publicanus* benutzte das, und nahm stillschweigend das Geld an.

einer einseitigen, schon ihrer Form nach nicht verbindlichen, Handlung, wobey es einer Condictio gar nicht bedarf (Num. XXXIV. c).

L. 20 *pr. fam. herc.* (10. 2.). Es gilt hier dasselbe wie bey der vorhergehenden Stelle (Num. XXXIV. f) Auch ist dabey nicht einmal gesagt, daß gerade ein Rechtsirrhum zum Grunde gelegen habe.

### XXXIX.

Die *condictio indebiti* giebt außerdem Veranlassung, auf eine schon oben (Num. III.) aufgestellte Ansicht über den Beweis des Irrthums zurück zu kommen. Wo nämlich der Irrthum überhaupt hilft (welches in der Regel nur vom factischen gilt), da wird zugleich sein Daseyn von selbst angenommen, anstatt daß bey dem Rechtsirrhum, welcher überhaupt nicht helfen soll, auch schon das bloße Daseyn nicht anzunehmen ist. Daher braucht denn bey der *Usucapion*, der mit einem Titel versehene Besizer den factischen Irrthum, der die *bona fides* möglich machte, nicht zu beweisen: eben so der *Bonorum Possessor*, dem der Lauf der *Ignitionsfrist* erst angerechnet werden kann von dem Tage, für welchen ihm die Kenntniß der *Delation* zuerst nachgewiesen werden kann.

Diese ganze Ansicht liegt zum Grunde bey folgender Bestimmung, welche in Anwendung auf die *condictio indebiti* eine festere Regel über die Beweislast enthält, als

sonst wohl über dieselbe vorzukommen pflegt (a). Wenn nämlich die Frage streitig ist, ob die Schuld vorhanden war oder nicht, so soll der Zurückfordernde das indebitum in der Regel beweisen, also indirect auch den bey der Zahlung vorgefallenen Irrthum: aber nicht etwa wegen der allgemeinen Natur des Irrthums überhaupt, sondern gerade umgekehrt, nur wegen der besondern Beschaffenheit dieses Falles. Der Grund wird nämlich darin gesetzt, daß nicht leicht Jemand so unvorsichtig seyn werde, sein Geld, wenn er Nichts schuldig ist, wegzuworfen (b): dieses aber besonders in dem Fall, wenn außerdem der Zahler als ein sorgfältiger Mann und besonnener Haushalter anerkannt ist. Ausnahmsweise aber soll gerade das Gegentheil angenommen, und dem Empfänger der Beweis der Schuld auferlegt werden, wenn die Zahlung geschah von einem Minderjährigen, Weibe, Soldaten, Bauer, oder überhaupt einem Solchen, der aller Geschäfte unkundig, oder einfältig und sorglos ist. Diese Eigenschaften also sollen wieder die Unwahrscheinlichkeit aufwiegen, daß Ei-

(a) *L. 25 pr. § 1 de prob.* (22. 3.).

(b) „qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat . . . et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, *vel aliquam justam ignorantiae causam* indebitum ab eo solutum“ . . . Hier erscheint also die

*justa ignorantiae causa*, die anderwärts als Bedingung eines zulässigen, nicht völlig verwerflichen Irrthums vorkommt (*Num. III.*), zugleich als Grund, das bloße Daseyn desselben anzunehmen: und Dieses ist praktisch um so wichtiger, als der Irrthum ein innerer Zustand ist, der nur selten und zufällig durch unmittelbaren Beweis darguthan werden kann.

ner sein Geld wegwerfen werde. In der Mitte liegen nun noch manche unentschiednere Fälle, worin der Richter ein freyes Urtheil nach den individuellen Umständen haben muß. Im Ganzen aber liegt die Hauptansicht zum Grunde, daß der factische Irrthum, da wo jene besondere Unwahrscheinlichkeit nicht vorhanden ist, Dem der ihn behauptet, vorläufig wohl geglaubt werden kann.

## XL.

Es sind oben zwey scheinbare Principien für die Lehre vom Irrthum geprüft und verworfen worden (Num. VII. VIII.); diese lassen sich jetzt, nachdem diese Lehre im Einzelnen durchgeführt worden ist, mit noch größerer Sicherheit zu ihrer wahren und sehr beschränkten Bedeutung zurückführen.

Das eine lautete so: der Irrthum schließt das Daseyn des freyen Willens selbst aus. Was zu einem so starken Ausdruck in einigen Stellen des Römischen Rechts Gelegenheit gab, waren nur folgende einfache Sätze: Wenn eine Handlung als stillschweigende Willenserklärung gelten soll, darf sie nicht auf Irrthum beruhen, sonst würde man ihr durch jene Auslegung Gewalt anthun (Num. XII. Note a und c). Ferner: Wenn eine Handlung schon an sich, ihrer Form nach, keine verbindliche Kraft hat, so wird sie noch weniger als Grund eines Rechts angeführt werden können, wenn sie auf Irrthum beruht (Num. XXXIV. Note d und o).

Das andere Princip war: Der factische Irrthum hilft in allen Fällen, der Rechtsirrhum nur wenn man Schaden abwenden, nicht wenn man reicher werden will. Dieses sehr eingreifende Princip zeigte sich in den unzweifelhaftesten Anwendungen bald falsch, bald unbrauchbar zu irgend einem sicheren praktischen Resultat. Als wahre Veranlassung ergab sich nur der Satz des älteren Rechts: Frauen haben das Vorrecht, sich eben sowohl auf Rechtsirrhum, als auf factischen Irrthum, berufen zu dürfen, nur mit Ausnahme der Schenkungen. Dieser Satz war im späteren Recht größtentheils aufgegeben worden. Durch ungeschickte Behandlung in der Compilation hatten dann Stellen der alten Juristen, welche jenen Satz enthielten, die trügerische Gestalt angenommen, in welcher sie uns jenes falsche Princip verkündigen (Num. VIII. XXXI.).

## XLI.

Nachdem jetzt die Römische Lehre vom Irrthum dargestellt worden ist, wird es nicht uninteressant seyn, einen vergleichenden Blick auf die Behandlung dieser Lehre in neueren Gesetzbüchern zu werfen.

Das Preussische Landrecht stellt den allgemeinen Satz auf: „Es kann sich Niemand mit der Unwissenheit „eines gehdrig publicirten Gesetzes entschuldigen“ (Einkl. § 12), wovon es nur eine Ausnahme bey den Strafgesetzen gegen vorher unverbundene Handlungen zuläßt (§ 13).

Bey den Willenserklärungen (I. 4 § 75—82) werden

Regeln aufgestellt, die größtentheils mit den Römischen Grundsätzen über den error in corpore u. s. w., jedoch mit manchen Erweiterungen, übereinstimmen. Dann aber wird ausdrücklich der wichtige Satz anerkannt, daß jeder andere Irrthum die Gültigkeit der Willenserklärung nicht aufhebe, namentlich nicht der Irrthum im Beweggrund, außer wenn der Gegner in dolo sey, oder das Geschäft eine bloß lucrative Natur habe (§ 83. 148—150). Dieses stimmt im Ganzen mit dem R. R. überein, nur die letzte Ausnahme enthält eine absichtliche und nicht zu tadelnde Abweichung von demselben.

Endlich die *condictio indebiti* (I. 16) wird, so wie im Römischen Recht, auf Irrthum des Zahlenden gegründet, den Derselbe zu beweisen hat (§ 166. 178. 181). Ein Rechtsirrtum aber ist dazu deswegen nicht hinreichend, weil das Daseyn desselben in der Regel nicht angenommen werden kann (a). Nur der Dolus des Gegners ersetzt jede andere fehlende Bedingung (§ 167).

Im Ganzen also wird hier die Rechtsunwissenheit mit noch weniger Nachsicht, als im Römischen Recht, behandelt, obgleich unser heutiger Rechtszustand eine mildere

(a) Ursprünglich hatte Suarez, dem R. R. folgend, die *condictio indebiti* wegen jedes Rechtsirrtums schlechthin versagen wollen. Dieses wurde späterhin verworfen, und die *Condictio*, dem Grundsatz nach, für jeden Irrthum ohne Unterschied zugelassen. Jedoch ist diese geänderte Ansicht

praktisch nicht erheblich. Denn da in der Regel ein Rechtsirrtum gar nicht als vorhanden angenommen werden darf (L. R., Einleitung § 12. 13), so kann man sich auch zur Begründung der *condictio indebiti* auf denselben nicht berufen. Dieser Gedanke liegt zum Grunde bey L. R. I. 16 § 176. 184

Behandlung wohl rechtfertigen dürfte (Num. IV.). Man wird aber jene Bestimmung natürlich finden, wenn man erwägt, daß bey der Abfassung des Landrechts die Erwartung gehegt wurde, das Recht werde von nun an nicht nur unzweifelhaft, sondern auch der ganzen Nation bekannt seyn. Die angeführte Bestimmung ist ohne Zweifel gemeynt von jedem Rechtsirrthum überhaupt; der Ausdruck aber geht zunächst auf das Daseyn der einzelnen Gesetze, indem deren Publication als das einzig entscheidende Moment betrachtet wird. Es ist also dabey nicht beachtet, daß der Rechtsirrthum in den allermeisten Fällen nicht auf der Unbekanntschaft mit dem Daseyn eines einzelnen Gesetzes, sondern auf der Bildung einer unrichtigen, aus vielen Gesetzen abgezogenen, wissenschaftlichen Theorie beruhen wird. Wir müßten daher, zur Rechtfertigung jener Strenge des Landrechts, annehmen, daß Niemand ohne eine leicht vermeidliche Nachlässigkeit in einem solchen theoretischen Irrthum gerathen könne. Dieser Annahme aber steht schon die große Zahl von Gesetzdeclamationen entgegen, die seit der Erscheinung des Landrechts nöthig gefunden worden sind, und die fast immer durch irrige, oder widersprechende, Entscheidungen der mit wohlgeprüften Personen besetzten Gerichtshöfe veranlaßt wurden.

Das Oesterreichische Gesetzbuch sagt § 2, so wie das Preussische, es könne sich Niemand durch die Unbekanntschaft mit dem Gesetze entschuldigen (b). — Der Irr-

(b) Zeillar Vorbereitung zur Oesterreich. Gesetzkunde B. 4 S. 84

thum entkräftet den Vertrag nur bey dem Dolus des Gegners (§ 871); nicht, wenn er durch einen Dritten oder den Irrenden selbst (also auch nicht wenn er durch bloßen Zufall) entstanden ist (§ 875. 876). — Die *condictio indebiti* wird durch jeden Irrthum begründet, auch durch den Rechtsirrtum (§ 1431); welches letzte, verglichen mit der vorher angegebenen Strenge der allgemeinen Vorschrift, nicht ganz consequent scheint.

Das Französische Gesetzbuch scheint im Fall jeder Art des Irrthums die Verträge für ungültig anzusehen (art. 1109). In der That aber ist damit doch nur der *error in corpore* und Ähnliches gemeint (art. 1110). Der Irrthum im Beweggrund, wohin namentlich der über den Werth und die Brauchbarkeit der Sache gehört, wird unter der allgemeinen Bezeichnung der *lésion* begriffen, und gegen diese finden zwar die Minderjährigen allgemein Schutz (art. 1305), die Volljährigen aber in der Regel nicht (art. 1313), und nur ausnahmsweise bey dem Ver-

rechtigt diese Vorschrift dadurch, daß bey einem guten einheimischen Gesetzbuch selbst der minder Gebildete nicht leicht durch Rechtsunwissenheit in Schaden kommen könne. Das R. R. sagt er, gestattete in mehreren Fällen den Landleuten, Soldaten, Weibern u. s. w. die Entschuldigung der Rechtsunwissenheit. „Bey einer zahllosen Menge unordentlich zusammengehäufte, in einer gelehrten, wenigstens den er-

wähnten Personen unverständlichen Sprache abgefaßter Gesetze war die Ausnahme billig, ja sie hätte billigerweise schon zur Zeit der Römer .... beynahe auf alle ... ausgedehnt werden sollen.“ Dabey scheint fast die Voraussetzung zum Grund zu liegen, das Römische Volk habe Wienerisch gesprochen, und deshalb die lateinisch geschriebenen Volksschlüsse und Edicte nicht verstehen können.

Kauf eines Grundstücks mit einem Verlust von mehr als  $\frac{7}{12}$  des Werthes. — Der Rechtsirrtum wird nur in zwey einzelnen Fällen nachtheiliger, als der factische, behandelt: bey dem gerichtlichen Geständniß (art. 1356), und bey dem Vergleich (art. 2052. 2053). In allen übrigen Fällen stehen beide Arten des Irrthums einander ganz gleich. Namentlich zur *condictio indebiti* berechtigt jeder Irrthum ohne Unterschied (art. 1235. 1376—1381), und dieser allgemeine Ausdruck wird von den Auslegern und in der Praxis so verstanden, daß auch der Rechtsirrtum zur Klage berechtigt (c). Dieses Letzte ist bemerkenswerth, da Pothier, dessen Lehrmeynungen sonst auf die Bestimmungen des Code überwiegenden Einfluß auszuüben pflegen, für das Römische Recht den entgegengesetzten Grundsatz vertheidigt (d).

Vergleicht man diese gesetzliche Bestimmungen in Beziehung auf die *condictio indebiti*, so geben sie folgendes merkwürdige Resultat. Das Römische und das Preussische Recht lassen den Rechtsirrtum nicht zu, das Österreichische und das Französische lassen ihn zu. Und betrachtet man diese letzte Bestimmung von dem legislativen Standpunkt aus, so liegt darin eigentlich die praktische Aner-

(c) MERLIN Répertoire v. Ignorance § 1. TOULLIER droit civil T. 6 Num. 59—67 Num. 75. T. 11 Num. 63.

faisance, *Condictio indebiti* Num. 162. Anders freylich äußert sich derselbe an einem andern Ort. Pandectae Justin.

(d) POTHIER traités de bien-

XXII. 6. Num. 5.

fennung des Umstandes, daß nach heutigem Rechtszustand weniger, als nach dem Römischen, der Rechtsirrtum des Zahlenden den Vorwurf großer Nachlässigkeit begründen könne (Num. XXXV.). Diese eingetretene Veränderung ist in den erwähnten Gesetzgebungen dahin ausgebildet worden, daß die Präsuntion in Beziehung auf Verschuldung nunmehr auf die entgegengesetzte Seite gelegt worden ist.

---



## Inhalt des dritten Bandes.

### Zweytes Buch. Die Rechtsverhältnisse.

#### Drittes Kapitel. Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse.

	Seite
§. 104. Einleitung . . . . .	1
§. 105. Wichtigste Fälle der juristischen Thatsachen. I. Successionen . . . . .	8
§. 106. II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Einleitung . . . . .	21
§. 107. II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Infantes und Qui fari possunt . . . . .	25
§. 108. II. Freye Handlungen. — Hindernisse. A. Altersstufen. Infantes und Qui fari possunt. (Fortsetzung.) . . . . .	39

§. 109.	II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Impuberes und Puberes . . . . .	55
§. 110.	II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Impuberes und Puberes. (Fortsetzung.) . . . . .	70
§. 111.	II. Freye Handlungen. — Hindernisse: A. Altersstufen. Minores und Majores . . . . .	79
§. 112.	II. Freye Handlungen. — Hindernisse: B. Verunfluthete. Interdicirte. Juristische Personen . . . . .	83
§. 113.	II. Freye Handlungen. — Erweiterung durch Stellvertretung . . . . .	90
§. 114.	III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum . . . . .	98
§. 115.	III. Willenserklärungen. — Zwang und Irrthum (Fortsetzung.) . . . . .	111
§. 116.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Begriff . . . . .	120
§. 117.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Arten. . . . .	127.
§. 118.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Erfüllung . . . . .	135
§. 119.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Singirte Erfüllung . . . . .	138
§. 120.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Regelmäßige Wirkung . . . . .	149
§. 121.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Nothwendige und unmögliche . . . . .	156
§. 122.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unstittliche . . . . .	169

Inhalt des dritten Bandes.

▼  
Seite.

§. 123.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unstittliche (Fortsetzung) . . . . .	185
§. 124.	III. Willenserklärungen. — Bedingung. Unmögli- che und unstittliche. (Fortsetzung.) . . . . .	191
§. 125.	III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung . . .	204
§. 126.	III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung.) . . . . .	210
§. 127.	III. Willenserklärungen. — Zeitbestimmung. (Fortsetzung.) . . . . .	217
§. 128.	III. Willenserklärungen. Modus . . . . .	226
§. 129.	III. Willenserklärungen. — Modus. (Fortsetzung.)	233
§. 130.	III. Willenserklärungen. — Erklärung. Formliche	237
§. 131.	III. Willenserklärungen. — Erklärung. Ausdrück- liche oder stillschweigende. . . . .	242
§. 132.	III. Willenserklärungen. — Erklärung. Durch bloßes Schweigen. . . . .	248
§. 133.	III. Willenserklärungen. — Erklärung. Fingirte	253
§. 134.	III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Wil- len. Absichtliche. . . . .	257
§. 135.	III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Wil- len. Unabsichtliche . . . . .	263
§. 136.	III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Wil- len. Unabsichtliche. (Fortsetzung.) . . . . .	269
§. 137.	III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Wil- len. Unabsichtliche. Error in substantia. . . .	276

Inhalt des dritten Bandes.

Seite.

§. 138.	III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Error in substantia. (Fortsetzung.) . . . . .	291
§. 139.	III. Willenserklärungen. — Erklärung ohne Willen. Unabsichtliche. Gränze dieses Falles . . . .	302
§. 140.	IV. Vertrag. . . . .	307
§. 141.	IV. Vertrag. (Fortsetzung.) . . . . .	314

---

Beilage VII.	Irthum und Unwissenheit . . . . .	326
--------------	-----------------------------------	-----